ADALET DERGİSİ

Adalet Dergisi, 1873 yılında Cerîde-i Mehâkim adıyla yayın hayatına başlamıştır. Cerîde-i Mehâkim-i Adliye, Cerîde-i Adliye, Adliye Cerîdesi ve Adliye Dergisi isimleri ile yayımını sürdürmüştür. Dergi, 1946 yılından itibaren Adalet Dergisi adıyla yayımlanmaya başlamıştır. Dergiye ait dönemlendirme bu duruma göre yapılmıştır. Adalet Dergisi 62-63. sayılarından itibaren hakemli olarak yayımlanmaktadır.

65

ADALET DERGİSİ
Journal Of Justice

65 2020/2
ISSN: 1011-730X
Adalet Bakanlığı tarafından yayımlanmaktadır.

SAHİBİ
Adalet Bakanlığı Adına
Abdulhamit GÜL
(Adalet Bakanı)

Yayın Danışma Kurulu Başkanı
Hasan YILMAZ
(Bakan Yardımcısı)

Genel Yayın Yönetmeni
Murat EROL

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü
Ahmet Kemal PEKACAR

Dijital Koordinatör: Abdulkadir CANLI
Kapak Tasarım: Mustafa SUNAR
Tasarım: Burcu OYAR/Merve TÜRKOĞLU
Web Tasarım: İbrahim KÖSE / Enes ŞERBET
Yayın İşleri Büro: Hasan KELEŞ/Kaan KORKMAZ/Barış KÖKSAL
Mahmut CESUR/Murat YILMAZ

Eğitim Dairesi Başkanlığı
Emniyet Mahallesi, Mevlana Bulvarı No:36 Kat: 13 - 14 - 15
Yenimahalle / ANKARA
Tel: (0312) 204 11 29 - (0312) 204 13 07, Belge Geçer: (0312) 219 64 17
e-posta: adaletdergisi@adalet.gov.tr www.adaletdergisi.adalet.gov.tr

Yazıların hukuki sorumluluğu yazarlara aittir. Yazılarda öne sürülen görüş ve tezler sadece yazarları için bağlayıcıdır. Dergide yayımlanan yazılar, kaynak belirtilmek suretiyle alıntılanabilir.

Yayın Türü: Altı Aylık, Ulusal Süreli Yayın, Yayın Dili: Türkçe
Adalet Dergisi yılda iki defa yayımlanır. Adalet Dergisi AD kısaltmasını kullanır.

Baskı – Cilt:
Aralık 2020 ANKARA

BİLİM KURULU

Prof. Dr. Feridun YENİSEY
İstanbul Bahçeşehir Üniversitesi

Prof.Dr. Mehmet Âkif AYDIN
İstanbul Medipol Üniversitesi

Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ
İstanbul Üniversitesi

Prof. Dr. Ali Cem BUDAK
Istanbul Ticaret Üniversitesi

Prof Dr. Cumhur ŞAHİN
Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi

Prof.Dr. Süha TANRIVER
Çankaya Üniversitesi

Prof.Dr. Kemal ŞENOCAK
Ankara Üniversitesi

Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK
Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi

YAYIN DANIŞMA KURULU

İbrahim ŞAHİN
Eğitim Dairesi Başkanı

Cengiz ÖZEL
Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü
Daire Başkanı

Murat EROL
Eğitim Dairesi Başkanlığı
Daire Başkanı

Ahmet ÜSTÜNBAŞ
Mevzuat Genel Müdürlüğü
Daire Başkanı

Dr. Berat DUMAN
Personel Genel Müdürlüğü
Tetkik Hâkimi

Prof.Dr. M. Fatih UŞAN
Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi
Hukuk Fakültesi

Prof.Dr. Muharrem ÖZEN
Ankara Üniversitesi
Hukuk Fakültesi

Doç.Dr. Olgun DEĞİRMENCİ
TOBB ETÜ
Hukuk Fakültesi

Doç. Dr. Ahmet KILINÇ
Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi
Hukuk Fakültesi

Dr.Öğretim Üyesi Cem Duran UZUN
Çankaya Üniversitesi
Hukuk Fakültesi

65. SAYI HAKEM KURULU

Prof. Dr. Ahmet GÖKÇEN	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ali AKYILDIZ	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ayşe NUHOĞLU	İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Bünyamin KOCAOĞLU	Milli Savunma Üniversitesi Atatürk Stratejik Araştırmalar Enstitüsü
Prof. Dr. Enver BOZKURT	Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Feridun YENİSEY	Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. İbrahim KAYA	Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ	Ankara Hacı Bayram Veli (HBV) Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mahmut KOCA	İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Muharrem KILIÇ	Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi (AYBÜ) Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Murat YÜKSEL	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Veli Özer ÖZBEK	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Yücel ACER	AYBÜ Hukuk Fakültesi
Doç.Dr. Atike Eda MANAV ÖZDEMİR	Hâkim
Doç. Dr. Üyesi Hakan ALBAYRAK	Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Koray DOĞAN	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Nesibe Kurt KONCA	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Olgun DEĞİRMENCİ	TOBB ETU Hukuk Fakültesi
Dr. Hakan YAVUZ	Yargıtay Cumhuriyet Savcısı

Dr. Hasan Kadir YILMAZTEKİN	Türkiye Adalet Akademisi Daire Başkanı
Dr. Ögr. Üyesi Ahmet Hulusi AKKAŞ	Erciyesi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Ögr. Üyesi Çiğdem YATAĞAN ÖZKAN	TOBB ETÜ Hukuk Fakültesi
Dr. Ögr. Üyesi Mehmet ÇATLI	Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Ögr. Üyesi Mehtap YÜCEL BODUR	Ankara HBV Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Ögr. Üyesi Muhterem DİLBİRLİĞİ	Polis Akademisi Güvenlik Birimleri Enstitüsü
Dr. Ögr. Üyesi Murat AKSAN	Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Ögr. Üyesi Özkan OZYAKIŞIR	Afyon Kocatepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Ögr. Üyesi Tuğçe Nimet YAŞAR	AYBÜ Hukuk Fakültesi

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER/ CONTENTS

9 • **Adalet Dergisinden**

ÖZEL DOSYA: "DOĞU AKDENİZ GÜNDEMİ"

13-26 • **Prof. Dr. Yücel ACER** / Doğu Akdeniz'de Yunanistan-Mısır Deniz Sınırı Antlaşması ve Türkiye
The Delimitation Agreement Between Greece And Egyp in the Eastern Mediterranean Sea and Turkey

27-50 • **Doç. Dr. İsmail DEMİR** / Türk Deniz Yetki Alanlarının Belirlenmesinin Hukuki Dayanaklarıüzerine Bazı Düşünceler
Some Considerations on the Legal Basis tf Delimitation of Turkish Maritime Jurisdictions

51-70 • **Doç. Dr. İsmail ŞAHİN** / Türkiye - Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Kıta Sahanlığı Anlaşması
The Continental Shelf Delimitation Agreement Between Turkey and TRNC

KAMU HUKUKU

73-97 • **Prof. Dr. Ayşe NUHOĞLU** / Tecrit Kurumuna Gönderme Tedbiri
Sicherungsverwahrung

99-165 • **Prof. Dr. Berrin AKBULUT** / Kasten Öldürmenin Nitelikli Halleri (TCK m. 82)
The Qualified Cases of Intentional Killing (tpc art. 82)

167-200 • **Doç. Dr. Fatih KIRIŞIK-Dr. Kübra ÖZTÜRK** / Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemiyle Kamu Yönetiminin Geliştirilmesi
Development of Public Administration with the Presidential Government System

201-236 • **Dr. Harun MERT** / 6706 Sayılı Kanuna Göre Yabancı Devlette Yürütülen Soruşturma Veya Kovuşturmaların Devralınması
Taking Over the Criminal Proceedings from Foreign States Pursuant to the Law no. 6706

237-254 • **Dr. Ayşe Yaşar ÜMÜTLÜ** / Herbert Spencer's Evolutionary Theory of Judicial and Executive Systems
Herbert Spencer'da Yargı ve İnfaz Sistemlerinin Evrimsel Teorisi

255-299 • **Dr. Öğr. Üyesi Ercan YAŞAR** / Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Seri Muhakeme Usulü
Accelerated Proceedings in Turkish Criminal Procedure Law

301-333 • **Suat ŞİMŞEK** / Ermeni Malları Hakkında Yapılan İlk Düzenlemelerin Hukuki Açıdan Tahlili
Analysis of Legal Arrangement on Armenian Abandoned Properties From Legal Aspect

335-363 • **Arş. Gör. Dilek Özge ERDEM** / Sermaye Piyasası Kanununda Düzenlenen Piyasa Dolandırıcılığı Suçları
Offences of Market Fraud According to Turkish Capital Market Code

365-394 • **Süleyman ÖZAR** / İfade Özgürlüğünü Kısıtlamada Meşru Bir Amaç Olarak Dini Duyguların Korunması : "E.S. v. Avusturya" Davası
Protection of Religious Feelings as a Legitimate Aim on Restricting Freedom of Expression "E.s v. Austria"

395-440 • **Muhammed Taha BÜYÜKTAVŞAN** / 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 81. Maddesinde Düzenlenen Bandrol Yükümlülüğüne Riayet Etmeme Suçları
The Crimes of Bandrol Liability Regulated in Article 81 of the Law of Idea and Artwork NO: 5846 (FSEK)

441-462 • **Seçkin KOÇER** / İletişimin Denetlenmesi Tedbirinde Tesadüfen Elde Edilen Deliller
Obtained Evidence in the Interception of Communication

ÖZEL HUKUK

465-498 • **Doç. Dr. Ersin ERDOĞAN-Dr. Öğr. Üyesi Canan ERDOĞAN** / Şüphe Feshine Dayalı Davalarda Yargılamanın İadesi ve Yeniden Yargılama
Termination on Ground of Suspicion, Renewal Procedure and Retrial

499-557 • Dr. Hasan Kadir YILMAZTEKİN / Fikir Ve Sanat Eserleri Kanunu Uyarınca Eser Sahipliği Ve Hak Sahipliği İle Bunların Tecavüz Davaları Bağlamında Davacı Sıfatına Etkileri
Standing to Sue in Cases of Infringement of Rights Proctected in the Law on Intellectual and Artistic Works

559-583 • **Dr. Özlem BAL BEKTAŞ** / İşsizlik Sigortasından Yararlanma Koşulları
Eligibility Requirements for Unemployment Benefit

585-605 • **Arş. Gör. Neyzen Fehmi DOLAR** / Anonim Şirketlerde Azınlığın Genel Kurulun Toplantıya Çağrılmasını Talep Hakkı
The Minority Shareholders' Right to Request General Meeting in Joint Stock Companies

TERCÜME

609-628 • **Dr. Tamer SOYSAL** / Merkezi Makamlar İçin İyi Uygulamalar Rehberi Çevirisi ve Uluslararası Adli İşbirliğinde Merkezi Makamın Rolüne İlişkin Kısa Açıklamalar
Translation of the International Institute for Justice and the Rule of Law (IIJ), Good Practices for Central Authorities and Brief Explanations on the Role of Central Authority in International Judicial Cooperation

ARAŞTIRMA İNCELEME

631-654 • **Hüseyin YÜRÜK** / Osmanlı Devletinde Adalet Sistemi ve Teşkilatı İçinde Bir Örnek Şahsiyet Adliye Nazırı Abdurrahman Nureddin Paşa

655-670 • **Orhan DOĞAN** /Adliye Adalet Komisyonlarının Dünü, Bugünü ve Yarını

671-685 • **Mustafa GÜNER** /Arayış İçinde Türkiye: Türk Anayasal Gelişme Süreci Işığında Cumhurbaşkanlığı Hükûmet Modeli

687-692 • **Yayın İlkeleri ve Yazım Kuralları**

ADALET DERGİSİNDEN

Adalet Dergisi olarak hukuk hayatımıza katkı sağlayacak makalelerle yeni sayımızı yayımlamış bulunuyoruz. Dergimizin, Adalet Bakanlığı'nın yayın çalışmalarında önemli ve köklü bir yeri tuttuğunu belirtmek isteriz. Dergimiz bu anlamda akademik dünyanın ve adalet teşkilatındaki araştırmacıların birikimlerini, Bakanlığımızın teorik ve pratik birikimiyle buluşturma misyonunu da ifa etmektedir. Adalet Dergisi arşivi, özel internet sitesi (adaletdergisi.adalet.gov.tr) ve her yeni dijital ve matbu baskılarıyla özgül bir yere sahip hale gelmiştir. Dergimizin müstesna arşivinin hem akademisyenler hem de araştırmacılar için önemli bir katkı sağlayacağına inanıyoruz.

Adalet Dergisi olarak Türk hukuk hayatına katkı sağlayacak her çalışmayı titizlikle incelediğimizi ifade etmek isteriz. Diğer yandan konu seçimleri, mevzuat ve yüksek mahkeme kararlarının alıntılanma usulleri, atıf kuralları ve metinlerde etik kurallara riayet konusundaki hassasiyetlerimizin altını bir kez daha çizmek isteriz. Bu saydığımız konularla ilgili uygulamalarımızın metinlerin ön incelemelerinden son incelemelerine kadar titizlikle ortaya konulduğunu belirtmek isteriz. Yazı ve makale konularının daha önce tekrar edilmiş ve çokça yazılmış konulardan seçilmemesi, üzerinde durulmamış konu ve alanlar ile tartışmalara odaklanılması hususunun bu açıdan dikkate alınmasını rica ediyoruz. Atıf kuralları konusunda ise, üzerinde uzun süre çalıştığımız ve ilan ettiğimiz kurallara uyulmasını önemle hatırlatıyoruz. Son olarak, makalelerin son dönemde yayımlanmış eserlere öncelikle atıf yapmasını, özellikle pozitif hukuk açısından önemli görüyoruz. Diğer yandan atıf yapılan eserlerin yakın dönem eserlerden oluşması, yazarın dikkat ve özeninin de devam ettiğini de göstermektedir.

Bu sayımızda ülkemizin hakkaniyet temelli tezleri ile gündeme gelen Doğu Akdeniz Gündemi'ne katkı sağlamak amacıyla küçük bir dosya hazırladık. Dosyanın okurların ilgisini çekeceğini, teknik ve terminolojik kavramlar konusunda katkı sağlayacağına inandığımızı ifade etmek isteriz. Bu sayımız yine kamu hukuku, özel hukuk, araştırma-inceleme ve tercüme eserlerden oluşuyor.

Yazılarıyla katkı sunan yazarlarımıza, yazıları incelemeyerek akademik kaliteye katkı sunan hakemlerimize, yıl içerisindeki toplantılarla yayın politikamıza yön veren Yayın Danışma Kurulu üyelerimize teşekkürlerimizi sunuyoruz.

ÖZEL DOSYA:
“DOĞU AKDENİZ GÜNDEMİ”

DOĞU AKDENİZ'DE YUNANISTAN-MISIR DENİZ SINIRI ANTLAŞMASI VE TÜRKIYE

The Delimitation Agreement Between Greece and Egypt in the Eastern Mediterranean Sea and Turkey

Prof. Dr. Yücel ACER*

Özet: Yunanistan ve Mısır arasında 6 Ağustos 2020 tarihinde imzalanan ve Doğu Akdeniz'de, iki taraf arasında münhasır ekonomik bölge sınırı oluşturan antlaşma, üzerinde hukuki analizler yapılması gereken durumlara yol açmıştır. Bu nedenledir ki Antlaşma, Türkiye'nin itirazlarına yol açmış, hatta hukuken "yok" hükmünde sayılmıştır. Antlaşma, bir yandan Doğu Akdeniz'de yeni gerginliklere yol açabilecek karmaşık bir durumun oluşmasına neden olmuş, diğer yandan Yunanistan'ın bu güne kadar özellikle adalarla ilgili savunduğu görüşlerden tavizler vermesine de yol açmış gözükmekte. Antlaşma'nın, daha önce yapılmış Türkiye-Libya Sınırlandırma Antlaşması ile çizilmiş sınırı dikkate almaması ile yeni gerginliklere ve çözülmesi zor yeni hukuki sorunlara yol açmaktadır. Diğer yandan ise, Mısır karşısında bazı Yunan adalarına sınırlandırmada azaltılmış etki tanıyarak, Yunanistan'ın geleneksel iddialarından tavizler verdiğini de göstermekte.

Anahtar Kelimeler: Deniz Alanları Sınırlandırma Hukuku, Adaların Sınırlandırmadaki Rolü, Doğu Akdeniz Sınırlandırma Sorunları, Yunanistan-Mısır Sınırlandırma Antlaşması

Abstract: The treaty signed between Greece and Egypt on August 6, 2020 which established the exclusive economic zone boundary between the two parties in the Eastern Mediterranean Sea creates situations that require a proper legal analysis. This is why the Treaty has led to Turkey's objections amounting to the argument of legally "null" and "void" by Turkey. The Treaty, on the one hand, caused a complex situation that could lead to new tensions in the Eastern Mediterranean, on the other hand, it seems that it also caused Greece to make concessions from the views it has defended, especially regarding the islands. As the Treaty disregards the boundary which were previously drawn between Turkey and Libya through a bilateral treaty, it is inevitable that new tensions and legal problems will arise eventually. On the other hand, it also shows that Greece has made concessions from its traditional position by giving some Greek islands a reduced effect against Egypt.

Keywords: Maritime Delimitation Law, Role of Islands in Delimitation, Eastern Mediterranean Delimitation Disputes, Greece-Egypt Delimitation Agreement.

* Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, yacer@ybu.edu.tr, ORCID: 0000-0001-6542-7134
Makale Geliş Tarihi: 08.10.2020, Makale Kabul Tarihi: 12.11.2020

Giriş

Denize kıyısı olan bir devlete, doğal kaynakları üzerinde münhasır yetkiler veren kıta sahanlığı ve münhasır ekonomik bölge (MEB) alanları, devletin tam egemen olduğu içsular ve karasularına nispeten oldukça geniş deniz alanlarıdır. Kıta sahanlığı, kıyıdan itibaren bazı durumlarda 350 deniz miline kadar uzanabilirken[1] MEB, 200 deniz mili mesafeye kadar uzanabilmektedir. Bu nedenledir ki, özellikle nispeten dar deniz alanlarına kıyısı bulunan ülkeler arasında, kıyıdaş ülkelerin kıta sahanlıklarını ve MEB alanlarını birbirlerinden ayıracak uluslararası sınırların oluşturulması gerekmektedir.

Bütün dünyada, coğrafi ve siyasi nitelikleri birbirlerinden olukça farklı deniz alanları mevutken, devletler bütün bu deniz alanlarda hukuktan beklenen hakkaniyeti sağlayacak sınır oluşturmaya dair somut kural ya da kurallar üzerinde uzlaşamamışlardı. Hem 1958 Kıta Sahanlığı Sözleşmesi'nin hem de 1982 Deniz Hukuku Sözleşmesi'nin hazırlık çalışmaları esnasında gerçekleştirilen derin müzakerelere rağmen devletler, somut bir kural ya da kurallar üzerinde bir uzlaşmaya varamadılar.[2]

Açık, sarih ve somut nitelikte bir kural yerine hem devletlerarası uygulamada hem de 1982 Deniz Hukuku Sözleşmesi'nin ilgili maddeleri olan 74 ve 83. maddelerinde çok daha genel bir kural üzerinde ancak uzlaşılabildi. Söz konusu hükme göre, kıta sahanlığı ve MEB sınırlandırması, "*hakkaniyete uygun bir çözüme ulaşmak amacıyla*", "*uluslararası hukuka uygun olarak anlaşma ile*" yapılacaktır.

Her kıyıdaş devlete, yukarıda belirtilen maksimum genişlikte kıta sahanlığı ve MEB alanları verebilecek kadar geniş olmayan Doğu Akdeniz'de de kıyıdaş devletler, söz konusu deniz alanlarını kendi aralarında sınırlandırmaya dair, bir kısmı hala çözülememiş derin görüş ayrılıkları yaşamaktadırlar. Doğu Akdeniz'e kıyısı olan ve dolayısı ile sınırlandırma sorunlarının tarafı olan önemli sayıda taraf bulunmaktadır. Bunlar, Türkiye, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti (KKTC), Mısır, İsrail, Filistin, Lübnan, Suriye, Libya, Yunanistan (bazı adaları nedeni ile) ve Güney Kıbrıs Rum Yönetimi (GKRY) dir.

Bu çalışma, 6 Ağustos 2020 tarihinde Yunanistan ve Mısır arasında imzalanan ve Türkiye'nin hak talep ettiği deniz alanlarını da doğrudan ilgilendiren antlaşmanın içeriğine ve özellikle Türkiye açısından ne gibi hukuki yansımalar doğurduğuna odaklanmaktadır.

---

1 Bakınız 1982 Deniz Hukuku Sözleşmesi, Madde 76 (6).

2 1958 Kıta sahanlığı Sözleşmesi'nin müzakerelerinde de, her durumda uygulanacak açık bir kural üzerinde anlaşma sağlanamamış ve onun yerine, bu unsurların ve somut sınırlandırma metotlarının neler olduğu belirtilemeden eşit uzaklık prensibinin yanı sıra "özel unsurların" (*special circumstances*) dikkate alınması gerektiğine dair genel bir prensip üzerinde anlaşılabilmiştir. Bakınız, 1958 Kıta Sahanlığı sözleşmesi, Madde 6.

I. Yunanistan-Mısır Antlaşması'na Giden Süreç

A. İkili Görüşmeler Süreci

Doğu Akdeniz'de, deniz alanlarının sınırlandırılmasına dair bu güne kadar bazı ikili antlaşmalar gerçekleştirilmiştir. İkili antlaşmalar sürecinin ilk adımını, 17 Şubat 2003 tarihinde yaptıkları MEB sınırlandırma antlaşması ile Güney Kıbrıs Rum Yönetimi (GKRY) ve Mısır atmışlardır. Bu antlaşmayı sırasıyla, 17 Ocak 2007 Lübnan-GKRY MEB Sınırlandırma Antlaşması,[3] 17 Aralık 2010 İsrail-GKRY MEB Sınırlandırma Antlaşması, 21 Eylül 2011 Türkiye-KKTC Kıta Sahanlığı Sınırlandırma Antlaşması ve 27 Kasım 2019 tarihinde Türkiye ve Libya Sınırlandırma Antlaşması izlemiştir.

Bunlara en son eklenen ve incelememizin konusunu oluşturan antlaşma, 6 Ağustos 2020 tarihinde Yunanistan-Mısır arasında imzalanan sınırlandırma antlaşması olmuştur. Mısır ve Yunanistan, 6 Ağustos 2020 tarihinde, iki ülke arasında Doğu Akdeniz'de MEB sınırlandırma antlaşması imzaladıklarını bir basın toplantısı ile duyurdular. Antlaşmanın imzalandığının ilanı, Mısır Dışişleri Bakanı Samih Şukri ve Yunan mevkidaşı Nikos Dendias'ın Kahire'de düzenledikleri ortak basın toplantısında yapıldı.

Söz konusu Antlaşma, 27.08.2020 tarihinde Yunanistan Parlamentosunca ve 18.08.2020 tarihinde de Mısır Parlamentosunca onaylandı ve bu ülkeler açısından yürürlüğe girmiş oldu.

Yunanistan ve Mısır, bir sınırlandırma antlaşmasına yönelik müzakerelere 2005 yılında başladılar. Ancak, sınırlandırma alanında Türkiye gibi üçüncü devletlerin muhtemel haklarının varlığının yarattığı hukuki ve siyasi zorluklalar, iki ülkenin kısa sürede bir antlaşma yapabilmelerine imkan vermemiş gözükmekte.[4] Hatta, Yunanistan ve Mısır, sırasıyla 16 Ocak 2015 ve 16 Şubat 2017 tarihlerinde, BMDHS'nin 298 maddesi uyarınca, deniz sınırı anlaşmazlıkları ile ilgili olarak, Bölüm XV, Kısım 2'deki (bağlayıcı kararları gerektiren zorunlu prosedürler) prosedürleri kabul etmediklerini beyan ederek, aralarındaki sınırlandırma meselesini uluslararası yargıya götürmeyi de uygun görmemişlerdir. Mısır'ın Yunan-Türk ihtilafına karışmamaya özen gösterdiği ve bu nedenle de Yunanistan'a, öncelikle Türkiye ile bir sınırlandırma antlaşması yapmayı telkin ettiği ifade edilmekte.[5]

Ancak, yakın zamanda Yunanistan ve Mısır'ı sonunda bir sınırlandırama antlaşması yapmaya iten hususun, bazı yeni hukuki ve

---

[3] Bu antlaşma, Lübnan Parlamentosunca onaylanmadığı için yürürlüğe girememiştir.

[4] Constantinos Yiallourides, Münhasır Ekonomik Bölgenin Sınırlandırılmasına İlişkin Yunanistan ve Mısır Anlaşmasına İlişkin Bazı Gözlemler, Bölüm . https://www.ejiltalk.org/18969-2/ (erişim tarihi 26 Ağustos 2020)

[5] Bakınız, Angelos Syrigos. https://www.kathimerini.gr/opinion/1091434/mia-anagkaia-symfonia/

siyasi gelişmeler olduğu belirtilebilir. Bu gelişmelerin başında, Türkiye'nin 28 Kasım 2019 tarihinde Libya Ulusal Mutabakat hükümeti ile imzaladığı sınırlandırma antlaşması gelirken, diğer gerekçenin, özellikle Mısır açısından Türkiye'nin Libya Ulusal Mutabakat Hükümeti ile olan yakın ilişkileri hatta 28 Kasım 2020 tarihinde sınırlandırma mutabakatı ile birlikte bir savunma ve işbirliği antlaşmasının da imzalamış olmasıdır denebilir.

Türkiye-Libya Sınırlandırma Antlaşması'nın imzalanmasından sonra Yunanistan'ın Mısır ile bir sınırlandırma antlaşmasının imzalanmasını sağlamak için yoğun bir çaba içerisine girdiği görülmüştür. Yunanistan, Türkiye-Libya antlaşması ile sınır çizilen yani paylaşılmış olan aynı alanda, bu antlaşmayı kendi açısından bir nevi "etkisiz kılmak" ya da Türkiye'nin faaliyetlerini "bloke etmek" için Mısır ile bir antlaşma yapma çabası içerisine girmiş gözükmekte.[6] Nihayetinde, 1 Aralık 2019 gibi erken bir tarihte Yunanistan ve Mısır'ın bir sınırlandırma antlaşması yapma sürecini hızlandıracaklarına dair anlaştıkları da ifade edilmiştir.[7]

Mısır açısından bakıldığında, Türkiye'nin Libya'daki faaliyetlerinin ve güvenlik ve savunma boyutunun bir antlaşmaya bağlanmasının önemli bir etken olduğu görülmekte.[8] BM'ye gönderdiği notada Mısır, sınırlandırma antlaşmasından ziyade savunma işbirliği antlaşması üzerinde durarak, askeri işbirliği konusundaki mutabakat muhtırasının, çeşitli askeri ve güvenlik işbirliği biçimlerine ve mühimmat transferine izin verdiğini ve bu durumun "*Güvenlik Konseyi'nin Libya ile ilgili kararlarını ve özellikle Güvenlik Konseyi'nin 1970 (2011) kararının 9. paragrafını açıkça ihlal ettiğini*" ifade etmiştir.[9] Mısır ayrıca, söz konusu antlaşmaların "Libya Siyasi Antlaşması" hükümleri bağlamında "*usulsüz yapıldığı*" iddiasını da dile getirmiştir.[10]

Sonuç olarak, Yunanistan, Türkiye-Libya sınırlandırma antlaşmasına "kendi adalarının kıta sahanlığı alanlarını ihlal ettiği" temel gerekçesi ile itiraz ederken,[11] Mısır ise Türkiye'nin Libya Ulusal

---

6 Özellikle Yunanistan Dışişleri Bakanı'nın yaptığı bazı açıklamalarda bu çabanın açıkça dile getirildiği de görülmekte idi. Bakınız, https://www.neweurope.eu/article/greece-italy-ink-agreement-on-exclusive-economic-zones/

7 Bakınız, https://www.neweurope.eu/article/greece-italy-ink-agreement-on-exclusive-economic-zones/ (07.10.2020).

8 Libya ile yapılan anlaşmaya Yunanistan ve Güney Kıbrıs teknik ve hukuki açılardan karşı çıkarken, Mısır, İsrail, ABD ve Rusya gibi ülkeler siyasi açıdan itirazlarını dile getiriyorlar görüşü ifade edilmektedir.

9 Bakınız, Note Verbale dated 23 December 2019 from the Permanent Mission of Egypt to the United Nations addressed to the Secretary-General. A/74/628. Website of the Division for Ocean Affairs and the Law of the Sea.

10 Bakınız, Note Verbale dated 23 December 2019 from the Permanent Mission of Egypt to the United Nations addressed to the Secretary-General. A/74/628. Website of the Division for Ocean Affairs and the Law of the Sea.

11 Yunanistan özetle, bu anlaşmanın, deniz alanlarının sınırlandırılmasına dair uluslararası deniz hukuku kurallarını ihlal ettiği, zira Türkiye ve Libya'nın, örtüşen

Mutabakat Hükümeti ile olan yakın ilişkisinden duyduğu rahatsızlık temelinde bazı hukuki gerekçeler ileri sürerek itirazlarını dile getirmiştir. Bütün bu gerekçelerin oluşturduğu ortamda, yıllardır Yunanistan'ın yapılması için uğraştığı sınırlandırma antlaşmasının yapılması şartları oluşmuş gözükmektedir.

B. Yunanistan ve Mısır'ın Antlaşma'dan Beklentileri

Aşağıda görüleceği gibi, her ne kadar içerik olarak arzuladığı içerikle tam olarak örtüşmese de Yunanistan, Mısır ile yaptığı sınırlandırma antlaşması ile aslında kendi açısından amaçladığını bir nevi gerçekleştirmiş oldu. İmzadan sonra yapılan basın toplantısında Yunan Dışişleri Bakanı Dendias, "*Türkiye ile Trablus arasında imzalanan hukuka aykırı, hükümsüz ve hukuki temelsiz mutabakat muhtırasının mutlak zıttı bir antlaşma imzalanmıştır. Bu anlaşmanın imzalanmasının ardından, var olmayan Türk-Libya mutabakatı, en başından beri ait olduğu yerde, yani çöp tenekesinde sona erdi.*" demiştir.[12]

Öte yandan Yunan diplomatlar, Mısır-Yunanistan antlaşmasının, Türkiye ile Libya Ulusal Mutabakat Hükümeti arasındaki anlaşmayı etkili bir şekilde geçersiz kıldığını" nı ileri sürerek, aslında bu antlaşmasının gerçek amacının Türkiye-Libya Antlaşmasını etkisizleştirmek olduğunu ifade etmiş olmaktaydılar.

Bu ifadeden kast edilenin, aslında Türkiye'nin Libya ile yaptığı antlaşmanın, Libya Siyasi Antlaşması'na aykırı olduğu için yürürlüğe girip geçerlilik kazanamadığını ama onun yerine ve aynı bölgeye dair "yasal" bir antlaşmanın yapılarak, Türkiye-Libya Sınırlandırma Antlaşması'nın etkisiz kılındığının iddia edildiği söylenebilir. Dolayısı ile Yunanistan'ın beklentilerinden birisinin de, Türkiye-Libya Sınırlandırma Antlaşması'nı, ilgili sınırlandırma bölgesinde "etkisiz" kılmak olduğu görülmekte.

---

deniz bölgeleri ve ortak sınırlara sahip olmadığı, Girit Adası da dahil olmak üzere, bu deniz bölgesindeki Yunan adalarının varlığını göz ardı ettiği, Türkiye'nin ilan edilen sınır belirlenirken Doğu Akdeniz'deki Yunan adalarına ağırlık vermemesine rağmen, Antlaşmanın 1. maddesi 3. paragrafında belirtildiği gibi Türk adalarının ve kayalıkların eşit uzaklık çizgisi için esas noktalar olarak kullanıldıkları, ayrıca 2015 Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi tarafından 2259 (2015) sayılı karar vasıtası ile onaylanan Libya Siyasi Anlaşması'nın 8. maddesi, paragraf 2 (f) uyarınca, Libya Temsilciler Meclisi tarafından onaylanmadığı için bu anlaşmanın geçersiz ve yok hükmünde olduğunu ifade etmiştir. Letter dated 14 February 2020 from the Permanent Representative of Greece to the United Nations addressed to the Secretary-General. Annex to this letter is the Letter dated 9 December 2019 from the Permanent Representative of Greece to the United Nations addressed to the Secretary-General. A/74/706. 19 February 2020. Website of the Division for Ocean Affairs and the Law of the Sea. https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-50682215

[12] https://www.reuters.com/article/us-egypt-greece/egypt-and-greece-sign-agreement-on-exclusive-economic-zone-egyptian-fm-idUSKCN252216

Yunanistan'ın bir başka beklentisinin, bölgedeki Yunan adaları ile ilgili olduğu görülmekte. Yunanistan, Doğu Akdeniz'e bakan adalarının ve Meis Adası'nın sınırlandırmada Türkiye ve diğer ülkelerle eşit statüde değerlendirilmesini ve sınırın bu adalarla Türkiye ve diğer ülkeler arasında eşit uzaklık sınırı olarak belirlenmesini savunmakta.[13] Hatta, Türk Dışişleri Bakanlığı'nın yaptığı resmi bir açıklamada ifade edildiği gibi, birkaç km^2 çapındaki Meis Adası'na 40,000 km^2 deniz alanı talep edilmektedir. Bu bağlamda, Mısır ile yaptığı antlaşmaya dair açıklamalarında Yunanistan, Antlaşma'nın Yunan adalarına eşit statü tanımasını ve eşit deniz alanları vermesini memnuniyetle karşılandığı ifade edilmekte.[14]

Mısır'ın ise, öncelikle hukukun Doğu Akdeniz'de verdiği imkanları en uç noktalara kadar kullanarak enerji kaynaklarından maksimum yararlanmayı amaçladığı söylenebilir. Mısır Dışişleri Bakanı Şükrü, Antlaşma'nın imzalanmasından sonraki açıklamasında, "*Bu anlaşma, her iki ülkenin de münhasır ekonomik bölgede bulunan kaynakların kullanımını, özellikle de gelecek vaat eden petrol ve gaz rezervlerini en üst düzeye çıkarma konusunda ilerlemesine izin veriyor*" demiştir.

Doğalgaz arzındaki hızlı büyüme ile Mısır'ın bölgesel bir enerji merkezi olmayı umduğu da ifade edilmekte.[15] Mısır, Doğu Akdeniz'i çevreleyen bazı ülkelerle birlikte, bölgenin gaz piyasasını geliştirmeyi amaçlayan sözde "Doğu Akdeniz Gaz Forumu" nu kurmuştur. Bu Forum içerisinde Yunanistan, GKYR, İsrail, İtalya ve Ürdün yer almakta ancak Türkiye yer almamaktadır.

Öte yandan, bu mesellerde Mısır'ın aynı zamanda Türkiye'ye yaklaşımının siyasi çerçevesinden de derinden etkilendiği söylenebilir. Geçmişte ve günümüzde, Doğu Akdeniz'deki sorunlara dair takip ettiği tutumlar Türkiye'nin beklentilerinin aksine hareket ederek Türkiye'yi bir nevi olumsuz etkileme amacı güttüğü de söylenebilir. Yukarıda belirtildiği gibi, 2003 yılında, Kıbrıs Adası'nın tamamının temsilcisi imiş gibi hareket eden GKRY ile MEB sınırlandırma antlaşması imzalamıştır. Bu antlaşma bir yandan Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'ni (KKTC) yok

---

[13] Yunanistan bir resmi beyanında Türkiye'nin "*eylemlerin özünde, Türkiye'nin, karasularının altı deniz milini aşan deniz bölgelerini tanımayı reddederek, Yunanistan'ı Doğu Akdeniz'deki makul ve meşru egemen haklarından, uluslararası deniz hukuku ve uluslararası içtihat hükümlerinin açık bir şekilde ihlali ile, mahrum etme niyetinin yattığını vurgulamak gerekir*" ifadelerine yer vermiştir. Letter dated 4 September 2020 from the Permanent Representative of Greece to the United Nations addressed to the President of the Security Council. S/2020/888.

[14] Bakınız, The Statement of the Minister of Foreign Affairs, Nikos Dendias, following the signing of the agreement on the delimitation of EEZ between Greece and Egypt (Cairo, 6 August 2020). https://www.mfa.gr/en/current-affairs/top-story/statement-of-the-minister-of-foreign-affairs-nikos-dendias-following-the-signing-of-the-agreement-on-the-delimitation-of-eez-between-greece-and-egypt-cairo-august-2020.html

[15] https://www.reuters.com/article/us-egypt-greece/egypt-and-greece-sign-agreement-on-exclusive-economic-zone-egyptian-fm-idUSKCN252216

sayarken diğer yandan Türkiye'nin muhtemel haklarını da dikkate almamıştır. Türkiye'nin şiddetli itirazlarına rağmen bu defa Yunanistan ile bir sınırlandırma antlaşması yaparak Türkiye üzerinde benzeri bir etki yaratmaya çalıştığı söylenebilir.

Yine bu bağlamda, Türkiye'nin Doğu Akdeniz'de gerçekleştirdiği sınır antlaşmalarına ve faaliyetlerine neredeyse Yunanistan'ın ifade ettiği gerekçeleri aynen tekrar ederek itiraz eden Mısır,[16] son zamanlarda Türkiye'nin Libya ile yaptığı sınır antlaşmasına dayanarak Girit ve Rodos adalarının güneyinde 30 Mayıs 2020 tarihinde TPAO'ya verdiği doğal kaynak arama ve işletme ruhsat alanlarına, kendi alanlarına potansiyel olarak tecavüz ettiği gerekçesi ile itiraz etmiştir. Bütün bunların gerisinde Mısır'ın mevcut yönetiminin Türkiye ile başta Libya konusunda olmak üzere yaşadığı siyasi görüş ayrılıklarının da bulunduğu, Türkiye'ye karşı Mısır'ın bir nevi "siyasi manevraları" olarak değerlendirilmesi gerektiği ifade edilebilir.

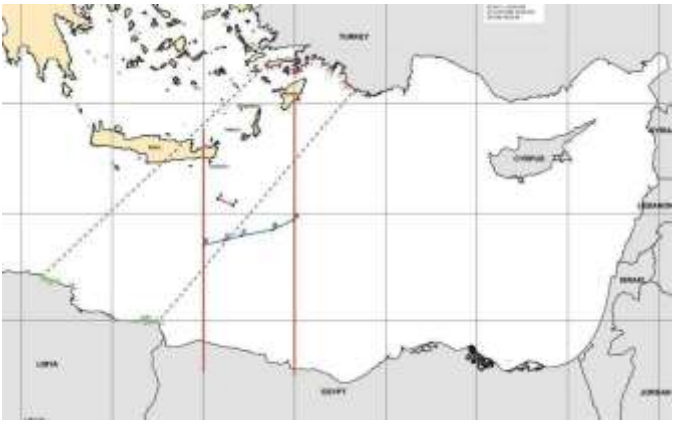
II. Antlaşma'nın İçeriği ve Türkiye'nin Yaklaşımı

A. Sınırın Niteliği

Yunanistan'ın adaları dışında anakara coğrafyası büyük oranda Ege Denizi'ne kısmen de güneyde Akdeniz'e ve Batıda ise İyon Denizi'ne bakmakta. Yunanistan'ın Doğu Akdeniz'de Meis Adası, ayrıca bazı cepheleri Akdeniz'e ve Doğu Akdeniz'e bakan Girit, Rodos, Kerpe (Karapthos) ve Çoban (Kasos) adaları bulunmakta. Dolayısı ile, Yunanistan söz konusu adalar bağlamında, özellikle Doğu Akdeniz'de deniz alanlarının sınırlandırılmasında taraf olan ülkelerden birisi konumunda olduğunu ifade etmektedir.

Yunanistan-Mısır Antlaşması, 5 maddeden oluşan kısa bir metindir. Antlaşma'nın 1 numaralı ekinde sınırın koordinatları verilirken, 2 numaralı ekinde sınır bir harita üzerinde gösterilmektedir. Sınır 5 farklı noktanın birleştirilmesinden oluşmakta ve tam olarak 26. paralelden başlayıp 28. paralelde son bulmaktadır. (Bakınız, Harita) Bu noktaların hangi unsurlara dayanılarak belirlendiği Antlaşma'da açıkça belirtilmemekte.

[16] Note Verbale, dated 23 December 2019 from the Permanent Mission of Egypt to the United Nations addressed to the Secretary-Genera. A/74/628.



Harita: *İkili Antlaşmalarla belirlenen Türkiye-Libya Sınırı ve Yunanistan-Mısır Sınırı.*

(Bkz:https://www.ekathimerini.com/255573/gallery/ekathimerini/news/greece-and-egypt-sign-agreement-on-exclusive-economic-zone)

Bu Antlaşma ile çizilen sınırın tam konumu ve antlaşmanın içeriği dikkatlice gözden geçirildiğinde üzerinde durulması gereken bazı özellikler gösterdiği görülmekte. Öncelikle Antlaşma, Yunanistan ile Mısır anakaraları arasında bir sınırlandırma işlemi gibi değil de, Mısır ülkesi ile Mısır'ın karşısından bulunan Yunan adaları arasında MEB sınırı çizen bir antlaşma niteliğine sahip gözükmekte.

Söz konusu sınır konumu itibarı ile incelendiğinde, Yunanistan tarafında bazı Yunan adalarının esas alındığını ve bunların da ancak kısmen dikkate alındığını görüyoruz. Dikkate alınan adalardan birisi olan Girit adasının Mısır'a bakan kıyılarının tamamının değil Ada'nın doğu kısmında bir noktadan itibaren doğuya doğru kıyılarının, yani dikkate aklanabilecek kıyı uzunluğunun yaklaşık yarısının dikkate alındığı görülmekte. Yine dikkate alınan bir başka ada olan Rodos Adası'nın da kıyılarının yaklaşık yarısının esas alınarak sınırın çizildiği görülmekte.

Sınırın bu bağlamda bir başka önemli niteliği aslında hem Girit hem de Rodos adalarına ve bu iki ada arasında bulunup da dikkate alınan Kerpe (Karpathos) ve Çoban (Kaşot) adalarına azaltılmış etki verildiği görülmekte. Yani aslında sınır, Mısır anakarası ile bu adalar arasında eşit uzaklık konumunda değil, bu adalara daha yakın konumdadır ve dolayısı ile bu adalara tam etkiye nispeten azaltılmış deniz alanları vermektedir. Verilen etkinin, tam etkiye göre ne oranda azaltılmış etki olduğuna dair Antlaşma'da açık bir kayıt da bulunmamakta.

Belirlenen sınırın önemli bir özelliği de, Türkiye ile Yunanistan arasındaki sınırlandırma sorunlarının temel unsurlarından birisi olan Meis Adası'nın, sınırlandırmada hiç dikkate alınmadığıdır. Bunun gerekçesinin ne olduğu konusunda yine Antlaşma'da bir açıklık

bulunmamakta. Meis adasının konumu, büyüklüğü ve üzerindeki anlaşmazlıklar hatırlandığında bu unsurun üzerinde özellikle durulması gerekmektedir.

Sınırın, söz edilmesi gereken bir başka önemli özelliği, Türkiye ile Libya'nın 28 Kazım 2019 tarihinde bir antlaşma ile belirledikleri ve yaklaşık 30 uzunluğunda olan Libya-Türkiye MEB sınırını hiç dikkate alınmadan çizilmiş olmasıdır. Zira bu sınıra göre Libya ve Türkiye arasında paylaşılmış olan alan, hem Türkiye'nin hem de Libya'nın kendi kıta sahanlığı alanı olarak belirledikleri alanların bir kısmının, özellikle de Türkiye'nin kıta sanallığının önemli bir kısmının Yunanistan tarafında bırakıldığı yani bir nevi Yunanistan'a verildiği görülmekte. Aslında Mısır'ın bu Antlaşma'ya göre kendi tarafında kalan MEB alanı ile Türkiye'nin muhtemel deniz alanına müdahil olmadığı söylenebilir. Ancak Yunanistan'ın bu Antlaşma ile hem Türkiye'nin hem de Libya'nın kıta sahanlığı ve MEB alanlarını kendi tarafında bırakarak, bir nevi kendi alanı imiş gibi değerlendirdiği görülmekte.

B. Türkiye'nin İtirazları

Antlaşma'nın imzalanmasının hemen akabinde Türk Dışişleri Bakanlığı, Türkiye'nin resmi görüşlerini özetleyen bir açıklama yayınladı.[17] Bu açıklamada,

"*Yunanistan ile Mısır arasında deniz sınırı bulunmamaktadır. Bugün imzalandığı açıklanan sözde deniz yetki alanları sınırlandırma antlaşması Türkiye için yok hükmündedir. Bu anlayışımız sahada ve masada ortaya konacaktır*" denmiştir.

Bu açıklamadan anlaşıldığı üzere, Türkiye, bu antlaşmayı hukuka uygun bulmadığını ve "yok hükmünde" gördüğünü ifade etmekte. Gerekçe olarak ise, Yunanistan ve Mısır'ın aralarında deniz sınırı çizmelerine hukuki esas teşkil edecek bir coğrafi ve hukuki durumun olmadığına işaret etmektedir.

Türkiye'nin, aslında Türkiye, Libya ve Yunanistan arasındaki bir sınırlandırmaya esas teşkil edecek bir deniz alanının, Yunanistan ile Mısır tarafından bir sınırlandırma antlaşmasına konu edilmesini kastettiği görülmektedir. Zira Türkiye'ye, söz konusu Antlaşma ile sınır oluşturulan alan "*Birleşmiş Milletler'e de bildirilen Türk kıta sahanlığı içinde yer alan*" deniz alanıdır. Bu Antlaşma ile, Libya'nın da haklarının gasp edildiği belirtilmiştir. Dolayısı ile söz konusu alan, Türk kıta sahanlığından ve kısmen de Libya kıta sahanlığından oluşan bir alan olduğuna göre, Yunanistan ve Mısır'ın sınırlandırma yapabileceği bir

---

[17] Bakınız, No 165, 6 Ağustos 2020. Yunanistan ile Mısır Arasında Sözde Deniz Yetki Alanları Sınırlandırma Antlaşması İmzalanması Hakkında Açıklama. http://www.mfa.gov.tr/no_-165_-yunanistan-ile-misir-arasinda-sozde-deniz-yetki-alanlari-anlasmasi-imzalanmasi-hk.tr.mfa (07.10.2020).

alan değildir ve yapılan Antlaşma hukuki değildir, hatta yok hükmündedir.

Yine bu bağlamda Türkiye, Türkiye ve Libya arasında yapılan sınırlandırma antlaşması ile belirlenen sınırın hiçe sayılmasına da işaret etmektedir.[18] Zira, söz konusu Antlaşma ile Türkiye ve Libya arasında sınırları belirlenen deniz alanın önemli bir kısmı, özellikle de Türkiye'nin kıta sanallığının büyükçe bir kısmı, Yunanistan-Mısır Sınırlandırma Antlaşması tarafında Yunanistan'a bırakılmaktadır. Türkiye, Yunanistan-Mısır Sınırlandırma Antlaşması'nı hukuka aykırı bulduğu ve tanımadığı yaklaşımını bu unsura da dayandırmaktadır denebilir.

III. Uluslararası Hukuk Bağlamında Değerlendirmeler ve Türkiye'ye Yansımaları

Mısır ve Yunanistan arasında yapılan söz konusu sınırlandırma antlaşmasının, uluslararası hukukun ve daha özelde de uluslararası deniz hukukunun ilgili kuralları bağlamında değerlendirmesi gereken bazı nitelikleri bulunduğu görülmektedir. Değerlendirilmesi gereken bu hususların, Türkiye'nin ifade ettiği bazı itirazlarının da dikkate alınarak belirlenmesi gerektiği açıktır.

Öncelikle Türkiye, Yunanistan ve Mısır Sınırlandırma Antlaşması'nı tanıma yükümlülüğü altında değildir. Daha önce belirtildiği gibi, uluslararası hukukun ilgili kuralları gereği sınırlandırma işlemi, tek taraflı bir bildiri ya da iç hukuk işlemi ile değil, iki taraf arasında yapılacak bir uluslararası antlaşma ile yapılabilecektir. Ancak, iki taraf arasında yapılmış bu antlaşmanın diğer ülkelere, onların rızası hilafına herhangi bir hak ya da sorumluluk getirmesi hukuken mümkün değildir.[19]

Dolayısı ile, Türkiye, bu Antlaşma'nın yarattığı durumları kabul etme yükümlülüğü altında olmadığı gibi, bu Antlaşma'nın oluşturduğu sınır ve hukuki durumları kabul etmeme hakkına da sahiptir. Nitekim, Antlaşma'nın yapıldığı ve ilan edildiği aynı gün, Türk Dışişleri Bakanlığı'nın yaptığı resmi açıklamada "*Türkiye'nin, söz konusu alanda herhangi bir faaliyete izin vermeyeceği ve Doğu Akdeniz'de ülkemizin ve Kıbrıs Türkleri'nin meşru hak ve çıkarlarını kararlılıkla savunmaya devam edeceği kuşkusuzdur*" ifadelerine yer verilmiştir.

Bu yaklaşım, uluslararası hukuk bağlamında takip edilecek doğru bir tutum olarak değerlendirilebilir. Hukuken esas olan, Türkiye'nin

---

[18] Örneğin bakınız, Türk Dışişleri Mevlut Çavuşoğlu, açıklamasında Yunanistan ve Mısır'ın Türkiye'nin ve Libya'nın kıta sahanlığı alanlarını ihlal ettiklerini ifade etti. https://www.aa.com.tr/en/europe/greece-egypt-violate-turkeys-libyas-rights/1934121 (06.08.2020)

[19] Bakınız, 1969 Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi, Madde 34, 35, 36.

hem resmi açıklamaları ile hem de eylemleri ile söz konusu antlaşmayı tanımadığını ya da hukuki bulmadığını göstermesidir. Böylelikle bu antlaşmanın sonuçlarının Türkiye'yi etkilemesine hukuken engel olunabilecektir.

Benzer bir şekilde Türkiye, 2003 Mısır-GKRY Sınırlandırma Antlaşmasına, kendi kıta sahanlığı ve ilan edildiğinde MEB alanlarına tecavüz ettiği ve GKRY'nin, Ada'nın tek yasal temsilcisi olmadığı ve Kıbrıslı Türkler adına da hareket edemeyeceği gerekçeleri ile resmen itiraz etmiştir. Ayrıca Türkiye ve KKTC, 2010 İsrail-GKRY Sınırlandırma Antlaşması'na da, GKRY'nin Ada'nın tek yasal temsilcisi olmadığı ve KKTC'nin MEB ve kıta sahanlığı alanlarına tecavüz ettiği gerekçeleri ile resmen itiraz etmiştir.[20]

İkinci olarak, Doğu Akdeniz gibi yarı kapalı bir deniz alanında, daha baştan ilgili ülkelerin işbirliği yapması öngörülmüşken, tam tersine Yunanistan ve Mısır'ın bu antlaşmayı yaparken, Türkiye ile istişare etmedikleri gibi Türkiye'nin muhtemel haklarını dikkate almadıkları görülmektedir. Yunanistan ve Mısır'ın taraf olduğu 1982 Deniz Hukuku Sözleşmesi'nin 123. maddesi "Kapalı veya yarı kapalı bir denizi çevreleyen Devletler, haklarını kullanırken ve bu Sözleşme kapsamındaki görevlerini yerine getirirken birbirleriyle işbirliği yapmalıdır" ilkesini öngörmektedir. Ayrıca sınırlandırmaya dair uluslararası yargı kararları, üçüncü ülkelerin muhtemel haklarının söz konusu olduğu bölgelerde, bu ülkeler dahli olmadan sınırlandırma yapılmaması gerektiğine dair bir içtihat oluşturmuş durumdadır.[21]

Değerlendirilmesi gereken bir başka husus, Yunanistan ile Mısır arasındaki sınırlandırma antlaşmasının sadece Yunan adaları ile Mısır arasında yapılıyor gözükmesidir. Bu uygulama, aslında geniş bir birikim oluşturmuş uluslararası yargı kararlarının tespit ettiği prensiplerle uyumlu gözükmemekte. Kıyıları karşılıklı ya da yandaş olan ülkeler arasında esas sınır anakaralar arasında, anakara kıyıları esas alınarak yapılır.[22] Sınırlandırmada hakça bir çözüm oluşturma yönündeki temel kural gereği, özellikle anakara coğrafi unsurları temelinde bir esas (*primary*) sınır belirlenmesi ve ancak ikinci aşamada hatta ikincil bir unsur olarak adaların çeşitli nitelikleri bağlamında değerlendirilmesi, hakça bir çözümü bozmadıkları derecede etki tanınması yerleşmiş bir içtihattır. Yunanistan ve Mısır'ın kendi aralarındaki sınırlandırmada, anakaraları esas almadan, Yunan adaları sanki ayrı birer ada devleti içmiş gibi değerlendirilerek sınır çizmeleri, söz konusu "hakça çözüm"

---

[20] Bakınız, Information note dated 2 March 2004 concerning Turkey's objection to the Agreement between the Republic of Cyprus and the Arab Republic of Egypt on the Delimitation of the Exclusive Economic Zone, 17 February 2003. *Law of the Sea Bulletin*, No. 54, p. 127.

[21] Örneğin bakınız, Eritre-Yemen Sınırlandırma Davası Kararı, par. 136.

[22] Bakınız, İngiltere-Fransa Sınırlandırma Davası Kararı, par. 199, 201. Eritre-Yemen Sınırlandırma Davası Kararı, par. 40, 153, 212.

ve hakkaniyet prensiplerinin uygulanması kuralına uygun gözükmemektedir.

Bir başka önemli husus ise, Antlaşma'nın, bölgede sınırlandırma için dikkate aldığı bazı adaları "kısmen" dikkate almış olmasıdır. Girit Adası'nın Mısır kıyılarına bakan kıyılarının tamamının değil Ada'nın doğu kısmında bir noktadan itibaren doğuya doğru kıyılarının, yani dikkate aklanabilecek kıyı uzunluğunun yaklaşık yarısının dikkate alındığı görülmekte. Benzer bir şekilde Rodos Adası'nın da kıyılarının yaklaşık yarısının esas alınarak sınırın çizildiği görülmekte. Bu durum genel olarak, hakça bir değerlendirme bağlamında, bu adaların sınır çizgisi üzerindeki etkilerini sınırlamanın, yani makul bir etki oluşturmanın bir yolu olarak da öngörülmüş olabilir. Şayet değerlendirme bu esasta yapılmış ise kavramsal olarak uluslararası yargı içtihatlarına uygunluk gösteriyor denebilir. Daha da önemlisi, Türkiye'nin bu bölgede, hakça çözüm bağlamında, Yunan adalarının kısmen ya da tümden ihmal edilmesi gerektiği görüşü ile de uyumlu bir nitelik göstermektedir.[23]

Antlaşma'nın çizdiği sınırın, Türkiye'nin adalar bağlamında hakkaniyete yaklaşımını destekleyen bir başka niteliği, hem Girit hem de Rodos adalarına ve bu iki ada arasında bulunu ve dikkate alınan Kerpe (Karpathos) ve Çoban (Kaşot) adalarına, bir başka metot ile daha azaltılmış etki verildiğinin görülmesidir. Bu durum, Mısır anakara sahili ile Yunan adaları arasındaki sınırın, Yunan adalarına daha yakın konumlandığı ve dolayısı ile sınır çizgisi üzerinde Yunan adalarının etkisinin azaltıldığı anlamına gelmektedir.

Yine bu Antlaşma'nın Türkiye'nin yaklaşımları açısından önemli bir niteliği, Meis Adası'nın, sınırlandırmada hiç dikkate alınmamış olmasıdır. Bir başka ifade ile, Meis Adası Mısır kıyılarını gördüğü halde ve bu adanın da kıta sahanlığı olduğu Yunanistan tarafından iddia edildiği halde, Meis Adası'na herhangi bir etki tanınmamıştır. Bu durum, hakça çözüm bağlamında değerlendirildiğinde, bazı adaların konumu ve büyüklükleri bağlamında kısmen ihmal edildikleri anlamına gelir ki, bu da yine kavramsal olarak Türkiye'nin yaklaşımını destekler niteliktedir.

---

[23] Yunanistan eski dışişleri bakanı Nikos Kotzias, bu antlaşmanın eşit uzaklık prensibimi ihlal ederek Türkiye'nin görüşünü destekler bir nitelik arz ettiğini ifade etmiştir. Eski bakan şu ifadeleri kullanmıştır: "*the agreement between Egypt and the Greek Cypriot Administration was based on the middle line principle but the agreement with Greece was based on proportionality of the coasts. Egypt did not divide EEZ between equal parts but it took 55% and gave Greece 45%. This approach in a sense is close to what Turkey sought*". https://www.aa.com.tr/en/europe/former-greek-fm-criticize-maritime-deal-with-egypt-/1935257 (07.10.2020). Yunanistan'dan muhalefet partisi Syriza da, antlaşmanın, deniz alanlarının sınırlandırılması konusunda Yunan ulusal çıkarları için büyük tehlike oluşturduğunu ifade etti. https://www.politico.eu/article/greece-signs-maritime-border-deal-with-egypt-amid-spat-with-turkey/ (07.10.2020). Ayrıca bakınız, Turkey says Greek-Egypt deal endorses Turkish thesis over maritime rights. https://www.hurriyetdailynews.com/turkey-says-greek-egypt-deal-endorses-turkish-thesis-over-maritime-rights-157250. (07.10.2020).

Yunanistan-Mısır Sınırlandırma Antlaşması'na dair değerlendirilmesi gereken bir önemli husus da, oluşturduğu sınırın konumu itibarı ile Türkiye-Libya Antlaşması ile daha önceden belirlenmiş ve yaklaşık 30 uzunluğunda olan sınır ile gösterdiği çarpıcı uyumsuzluktur. Buradaki sorun, Yunanistan ve Mısır, bir uluslararası antlaşma ile belirlenmiş Türkiye-Libya kıta sahanlığı/MEB sınırını hiç dikkate almadan hatta bu sınır ile çatışan bir sınır belirlemiş olmalardır. Yunanistan-Mısır sınırı ile Türkiye-Libya sınırının birleştirilmeye ya da uyumlaştırılmaya çalışılması durumunda, Yunanistan-Mısır Sınırlandırma Antlaşması'na göre Yunanistan'ın kıta sahanlığı/MEB alanı olarak belirlenmiş deniz alanının bir kısmının Libya ve Türkiye'ye iadesi gerekecektir. Bu da, Yunanistan-Mısır sınırının büyük oranda revize dilmesini ya da tam tersi, Türkiye-Libya sınırının revize edilmesini gerektirecektir.

Fiili sürtüşmelerin önlenmesi maksadı bir gün mutlaka gerçekleştirilmesi gereken bu uyumlaştırmanın, ikili ya da üçlü bir antlaşma ile yapılabilmesinin, siyasi nedenlerle ve özellikle de ülkelerin iç politikaları bağlamında oldukça zor olacağını tahmin etmek mümkündür. Bir başka deyişle, Yunanistan-Mısır Sınırlandırma Antlaşması ile Doğu Akdeniz'de özellikle Türkiye, Yunanistan ve Libya arasındaki deniz yetki alanları sorununu çözmek daha da karmaşık bir hale gelmiş ve çözümü siyasi ve hukuki olarak daha da zorlaştırmış gözükmektedir.

Sonuç

Doğu Akdeniz'e bakan bazı adaları bulunan Yunanistan, söz konusu adalar ile Türkiye dahil diğer ülkeler arasındaki sınırın "eşit uzaklık" olması gerektiğini, Meis Adası da dâhil olmak üzere bu adalara tam etki verilmesi gerektiğini savunmakta. Yunanistan, Türkiye-Libya Sınırlandırma Antlaşması'na bu temelde ciddi itirazlarda bulunmuş ve ayrıca, Mısır ile aynı deniz alanını konu alan bir antlaşma yaparak, Türkiye-Libya Sınırlandırma Antlaşması'nı fiilen de etkisiz kılmaya çalışmaktadır.

Bu bağlamda söz konusu Antlaşma Türkiye'nin hukuki itirazlarına konu olmuştur. Zira Türkiye, deniz alanlarının sınırlandırılmasına dair deniz hukuku kurallarının açıkça öngördüğü gibi, sınırlandırmanın "hakça bir çözüm üretecek şekilde" yapılması gerektiğini savunmakta. Türkiye, ilgili hüküm ve uygulamalarla oluşturulduğu gibi, sınırlandırmanın esas olarak coğrafi unsurların ve bu çerçevede kıyı uzunlukları arasındaki oranın dikkate alınarak yapılması gerektiğini savunmakta.

Uluslararası hukukun ilgili kuralları temelinde değerlendirildiğine, antlaşmanın Yunanistan'ın sınırlandırmaya dair genel yaklaşımlarında zafiyet gösterdiğine işaret eden hatta adalara tanınacak etki konusunda Türkiye'nin sınırlandırmaya dair genel yaklaşımlarına destek bulacağı unsurlar taşıdığı görülmektedir.

Ancak, söz konusu Antlaşma, Türkiye-Libya Sınırlandırma Antlaşması'nın yapıldığı bölgede yeni ve çatışan bir sınır oluşturarak, özellikle Türkiye ve Yunanistan'ın sürtüşme yaşayabileceği yeni unsurlar yaratmış, bundan sonraki süreçlerde bölgesel istikrarı tehdit eden bir ortam oluşturmuş ve böylelikle sorunların çözüm sürecini zorlatırmıştır denebilir.

TÜRK DENİZ YETKİ ALANLARININ BELİRLENMESİNİN HUKUKİ DAYANAKLARI VE İÇ HUKUK ÜZERİNE BAZI DÜŞÜNCELER

Some Considerations On The Legal Basis Of Delimitation Of Turkish Maritime Jurisdictions And National Law

Doç. Dr. İsmail DEMİR *

Özet: Deniz yetki alanları, iç sular, karasuları, bitişik bölge, kıta sahanlığı ve münhasır ekonomik bölgeden oluşmaktadır. Devletler, deniz yetki alanlarında egemenlik dâhil sair hakları ve yetkileri kullanırlar. Kıyı devletlerinin denizlerden azami ölçüde yararlanmaya ihtiyaç duymaları, ister istemez deniz yetki alanlarının sınırlandırılması sorununu doğurmaktadır. 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi ("BMDHS"), deniz alanlarının belirlenmesini ve kaynaklarının kullanımını bütün yönleriyle ele alan ilk metindir. Sözleşme, yürürlükteki birçok örf ve adet kuralını yazılı hâle getirmiştir. Türkiye, bu Sözleşme'ye taraf olmamıştır.

Türkiye, taraf olmasa da BMDHS'de tanımlanan iç sular, karasuları, bitişik bölge, kıta sahanlığı ve münhasır ekonomik bölge kavramları, büyük ölçüde Türk hukuku açısından da kabul edilebilirdir. Bu kavramlar, esasen örf ve adet hukuku olarak doğmuştur. Türk hukukunda 2674

Abstract: Maritime jurisdictions are composed of internal waters, territorial sea, contiguous zone, continental shelf and exclusive economic zone. States may exercise various rights and powers including sovereignty in maritime jurisdictions. That the coastal states maximally need to exploit seas necessarily bring about the delimitation issue of maritime areas. United Nations Convention on the Law of Sea, 1982 ("UNCLOS") is the first instrument dealing with the delimitation of maritime areas and exploitation of marine resources at all points. The Convention has codified a lot of customary rules in force. Turkey hasn't become party it. In spite of the fact that Turkey isn't a state party, the internal waters, territorial sea, contiguous zone, continental shelf and exclusive economic zone concepts that has been defined in UNCLOS is also substantially acceptable from the

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
idemir@ankara.edu.tr, ORCID: 0000-0002-5065-8850
Makale Geliş Tarihi:30.10.2020, Makale Kabul Tarihi: 17.11.2020

sayılı Karasuları Kanunu hariç deniz yetki alanlarının belirlenmesine ilişkin müstakil bir kanun bulunmamaktadır. Bu sebeple, Türkiye, uluslararası örf ve adet kurallarına dayanarak deniz yetki alanlarını belirleyebilir. Nitekim, Türkiye, Karadeniz ve Akdeniz'de kıta sahanlığı ve münhasır ekonomik bölge ilan etmiştir. Çalışmamızda, Türk deniz yetki alanlarının belirlenmesini düzenleyen müstakil bir kanunun denizlerdeki hak ve menfaatlerimizin korunmasına büyük katkı sağlayacağı tespit edilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Deniz yetki alanları, deniz alanlarının sınırlandırılması, 1982 Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi, Türk deniz yetki alanları, deniz yetki alanları kanunu.

point of Turkish law. Those concepts fundamentally arose as customary law. In Turkish law, there isn't any separate act regarding delimitation of maritime jurisdictions, excluding Territorial Waters Act, No. 2674. Therefore, Turkey may delimitate the marine jurisdictions according to international customary rules. Thus, Turkey has declared its own continental shelf and exclusive economic zone in Black Sea and Mediterranean Sea. In my working, it is determined that any separate act regulating delimitation of Turkish maritime jurisdictions would considerably contribute to preservation of our rights and benefits in seas.

Keywords: Maritime jurisdictions, delimitation of maritime areas, United Nations Convention on the Law of Sea, 1982, Turkish maritime jurisdictions, act on maritime jurisdictions

Giriş

Deniz yetki alanları, devletlerin egemenlik dâhil üzerlerinde sair hakları ve yetkileri kullandıkları deniz alanlarıdır. Deniz yetki alanları; iç sular, karasuları, bitişik bölge, kıta sahanlığı ve münhasır ekonomik bölgeyi ifade etmektedir. Devletlerin iç sular ve karasularındaki egemenlikleri, uluslararası hukuktan gelen bazı sınırlandırmalar hariç tamdır. Buna karşılık, bitişik bölge, kıta sahanlığı ve münhasır ekonomik bölgede sınırlıdır. Bitişik bölge, kıta sahanlığı ve münhasır ekonomik bölgede sınırlı egemenlik yetkilerinin dışında bazı haklar ve yetkiler de kullanılabilir.

Kıyı devletleri, denizlerden azami ölçüde yararlanmak isterler. Deniz yoluyla taşıma, diğer taşıma türlerine göre daha ekonomik ve kolaydır. Ayrıca, denizlerdeki canlı ve cansız doğal kaynakların işletilmesi yoluyla ülkelerin refah seviyesi yükselir. Bu sebeplerle kıyı devletleri, deniz alanlarının sınırlarını mümkün olduğunca geniş tutmayı arzu ederler. XX. yüzyılın başlarından itibaren bilim ve teknolojide yaşanan hızlı gelişmelerle birlikte dünya nüfusunun hızla artmaya başlaması, enerjiye ve denizdeki doğal kaynakların işletilmesine olan ihtiyacı artırmıştır. Denizlerdeki doğal kaynaklardan elde edilen ürünlerin ve enerjinin büyük miktarlarda tüm dünyaya düşük maliyetle taşınması, deniz yoluyla mümkün olmaktadır.

Denizlerden azami yararlanma ihtiyacı, ister istemez deniz yetki alanlarının tespiti ve sınırlandırılması sorununu beraberinde getirmektedir. Bu bağlamda devletlerin belirli yetkilere sahip oldukları iç sular, karasuları, bitişik bölge, kıta sahanlığı ve münhasır ekonomik bölge gibi kavramların içeriklerinin ortaya konulması gerekmiştir. İlk olarak Milletler Cemiyeti önderliğinde 1930 yılında La Haye'de toplanan bir konferansta deniz hukukuna dair birçok mesele ele alınmıştır. Bu konferansta karasularında seyrüsefer serbestliği, kıyı devletinin hakları, esas çizgi, zararsız geçiş ve bitişik bölge konularında bir anlaşmaya varılmış olmasına rağmen, karasularının genişliği konusunda görüş birliğine varılamadığından bir uluslararası sözleşmeye ulaşılamamıştır.[1]

Amerika Birleşik Devletleri ("ABD") Başkanı Truman'ın 1945 yılındaki bir bildirisiyle "kıta sahanlığı" kavramı deniz hukukuna girmiş ve kısa sürede yaygın bir şekilde uygulama bulmuştur.[2] Bu kavramla birlikte bir örf ve adet hukuku olarak münhasır ekonomik bölge kavramı ortaya çıkmıştır. 1958'de Cenevre'de toplanan Birleşmiş Milletler Birinci Deniz Hukuku Konferansı'nda Karasuları ve Bitişik Bölge Sözleşmesi, Açık Deniz Sözleşmesi, Kıta Sahanlığı Sözleşmesi, Açık Denizlerde Balıkçılık ve Canlı Kaynakların Korunmasına İlişkin Sözleşme ile

---

[1] Pazarcı, Hüseyin, *Uluslararası Hukuk Dersleri*, II. Kitap, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003, 7. Baskı, s. 291.

[2] Pazarcı, Hüseyin, "Kıta Sahanlığı Kavramı ve Ege Kıta Sahanlığı Sorunu", Prof. Aziz Köklü'ye Armağan, Ankara, 1984, s. 397 – 398.

Uyuşmazlıkların Zorunlu Çözümüne İlişkin İhtiyari Protokol kabul edilmiştir. Türkiye, bu sözleşmelerin hiçbirine taraf olmamıştır.

Birinci Deniz Hukuku Konferansı'nda karasularının genişliği ve balıkçılığa dair bazı konular üzerinde uzlaşmaya varılamaması üzerine 1960 yılında Birleşmiş Milletler İkinci Deniz Hukuku Konferansı düzenlenmiştir. Ancak, herhangi bir anlaşmaya varılamaması sebebiyle konferans dağılmıştır.

Bu kez yine Birleşmiş Milletler önderliğinde 1973 ilâ 1982 yılları arasında Üçüncü Deniz Hukuku Konferansı gerçekleştirilmiştir. Konferans, başarıyla sonuçlandırılmış, Jamaika'nın başkenti Montego Bay'da yapılan tören niteliğindeki son toplantıda 10 Aralık 1982 tarihinde Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi ("BMDHS") imzalanmıştır. BMDHS, 16 Kasım 1994 tarihinde yürürlüğe girmiştir.[3] Türkiye, BMDHS'nin nihai senedini ne imzalamış, ne de Sözleşme'yi onaylamıştır. BMDHS, deniz alanlarının ve kaynaklarının kullanımını bütün yönleriyle ele alan ilk metindir. Sözleşmeyle yürürlükteki örf ve adet kurallarının bazıları yazılı hâle getirilmiştir. Sözleşme, sadece deniz hukukunu kodifiye etmekle kalmamış, aynı zamanda münhasır ekonomik bölge, uluslararası deniz yatağı ve insanlığın ortak mirası gibi yeni birçok kavram ve ilkelerle bu alanı zenginleştirmiştir.[4] Sözleşme'ye bugün itibarıyla 168 devlet taraf olmuştur.[5]

Deniz yetki alanlarının ne şekilde sınırlandırılacağı ve bu alanlarda kullanılacak hak ve yetkilerin nelerden ibaret olduğu uluslararası hukuka uygun olarak belirlenir. Türkiye, her ne kadar Taraf Devlet sıfatına sahip olmasa da BMDHS'nin deniz yetki alanlarına ilişkin hükümleri dikkate alınmadan Türk deniz yetki alanlarının ne şekilde belirleneceği ve bunun hukuki dayanaklarını açıklamak mümkün değildir. BMDHS, denizciliğin anayasası sayılabilecek son derece önemli bir uluslararası belgedir. Sözleşme, tüm dünyada geniş kabul görmüştür. Sözleşme, üç tarafı denizlerle çevrili, stratejik önem taşıyan boğazlara sahip ve Ege Denizi gibi dar ve bazı özellikleri bulunan bir denize kıyıdaş devlet olarak Türkiye bakımından hayati önem taşımaktadır. BMDHS içeriği ve Sözleşme'nin kabul edildiği Üçüncü Deniz Hukuku Konferansı çalışmalarını tamamen ihmal ederek meseleleri ele almaya çalışmak,

---

[3] Konferans'ta 130 devlet BMDHS'ne olumlu oy verirken, 4 devlet ret oyu vermiştir. 17 devlet ise çekimser kalmıştır. Türkiye, ABD, İsrail ve Venezuela, ret oyu kullanmışlardır. Sözleşme'ye 174 devlet taraf olmuştur. Bkz. https://treaties.un.org/Pages/showDetails.aspx?objid=0800000280043ad5&clang=_en, Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 21 Ekim 2020.

[4] Özman, Aydoğan, *Deniz Hukuku I*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006, s. 44, 45.

[5] https://www.un.org/Depts/ los / reference _ files / chronological_lists_of_ratifications .htm#The%20United%20Nations%20Convention%20on%20the%20Law%20of%20the%20Sea, Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 18 Ekim 2020.

ülkemizin içinde bulunduğu güncel ve önemli sorunların gereği gibi değerlendirilmesine engel oluşturur, açıklamalar eksik kalır.[6]

Türkiye'nin BMDHS'ne taraf olmamasının temel sebepleri, Ege Denizi'nde Yunanistan ile arasında mevcut karasularının genişliği ve kıta sahanlığı sorunlarının çözümlenmemiş olması ile uyuşmazlıkların zorunlu yöntemlerle çözümlenmesine ilişkin hükümlerdir. Bununla birlikte, bu Sözleşme'de tanımlanan iç sular, karasuları, bitişik bölge, kıta sahanlığı ve münhasır ekonomik bölge kavramlarının içerikleri, büyük ölçüde Türk hukuku açısından da kabul edilebilirdir. Söz konusu kavramlar, birer örf ve adet hukuku kuralı olarak doğmuşlar ve BMDHS ile yazılı hâle getirilmişlerdir.

Türkiye, Taraf Devlet sıfatına sahip olmamakla birlikte, BMDHS'nin örf ve adet hukuku kuralına dönüştüğünün genel olarak kabul edilmesi durumunda bu Sözleşme'nin kendisi hakkında bağlayıcı olmasını önlemek için ısrarlı itirazcı (*persistent objector*) pozisyonunu sürdürmektedir.[7] Sözleşme'nin birçok hükmü Türkiye açısından da kabul edilebilir olmakla birlikte, Türkiye çekince ileri sürme imkânının tanınmaması sebebiyle hem konferans müzakerelerinde, hem de sonrasında BMDHS'ne sürekli karşı çıkmak zorunda kalmıştır. Türkiye, nihai senedi ve Sözleşme metnini imzalamamış, Konferansın kapanış oturumunda ve daha sonra çeşitli uluslararası platformlarda Sözleşme'yi onaylamayacağını açıkça ifade etmiştir. Türkiye, Konferansın kapanış oturumunda görüşlerini oldukça ayrıntılı bir şekilde açıklamıştır.[8]

Türkiye, Sözleşme'ye karşı belirtilen bir tutum içinde olmakla birlikte, ulusal hukukumuzla çelişmediği kapsamda Sözleşme'nin bazı hükümlerinin iç hukukumuza dâhil edilmesine de engel bir durum bulunmamaktadır. Keza, Türkiye, bir kıyı devleti olarak denizlerde kıta sahanlığı ve münhasır ekonomik bölge ilan etme hakkına da sahiptir. Zira bu kavramlar, uluslararası örf ve adet hukuku kuralına dönüşmüştür. Nitekim, münhasır ekonomik bölge kavramı, henüz Üçüncü Deniz Hukuku Konferansı sona ermeden ve BMDHS yürürlüğe girmeden geniş kabul görmüş, birçok devlet münhasır ekonomik bölgelerini ilan etmişlerdir.[9] Devletlerin bu yaklaşımı, münhasır ekonomik bölgeye ilişkin hükümlerin örf ve adet kuralı niteliğini aldığı yönünde yorumlanmıştır.[10] Türkiye de 5 Aralık 1986 tarihli ve 86/11264

---

6 Toluner, Sevin, *Milletlerarası Hukuk Dersleri*, Beta Yayınevi, İstanbul, 1996, 4. Baskı, s. 62.

7 Persistent objector kavramı hakkında bkz. Brownlie, Ian, *Principles of Public International Law*, Oxford University Press, 2003, Oxford / Newyork, Sixth Edition, s. 11; Charney, Jonathan I., "Universal International Law", The American Journal of International Law, Vol. 87, No. 4, 1993, s. 529, 538-542.

8 Özman, 2006, s. 47 – 54.

9 Toluner, 1996, s. 273.

10 Çelik, Edip F., *Milletlerarası Hukuk*, Birinci Kitap, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1987, 2. Baskı, s. 164.

sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla Karadeniz'de 200 deniz mili uzunluğunda münhasır ekonomik bölge ilan etmiştir.[11]

Çalışmamızda yukarıda yapılan açıklamalar ışığında, özellikle uluslararası hukukta genel kabul gören ilkeler göz önüne alınarak Türk deniz yetki alanlarının belirlenmesinin hukuki dayanaklarının irdelenmesi amaçlanmıştır. Bu bağlamda Türkiye'nin BMDHS'ne taraf olmamakla birlikte, deniz yetki alanlarını ne şekilde ve hangi hukuki temellere dayanarak belirlediği hususu irdelenmiştir. Sonuçta uluslararası hukukta genel olarak belirlenen ilkeler çerçevesinde, Türk deniz yetki alanlarının belirlenmesini düzenleyen müstakil bir kanunun kabulünün birçok yönden faydalı olacağı, bu amaçla mevcut çalışmaların hızlandırılmasının uygun olacağı tespit edilmiştir.

I- DENİZ YETKİ ALANLARI

Türk deniz yetki alanlarının belirlenmesinin hukuki dayanaklarından önce deniz yetki alanlarının kapsamında yer alan temel kavramların genel hatlarıyla açıklanmasında fayda görülmüştür.

A-İÇ SULAR

BMDHS m. 8(1)'e göre iç sular, karasularının ölçülmeye başlandığı esas hattın kara tarafında kalan deniz alanlarıdır. Diğer bir ifadeyle, karasularının iç sınırı ile kara ülkesi arasında kalan deniz kesimi iç suları oluşturmaktadır. İç sular, kıyı devletinin kara ülkesine sıkı sıkıya bağlı olan sulardır. Koylar, körfezler, limanlar, kapalı denizler ve iç denizler ile düz esas hat yönteminin uygulandığı durumlarda bu hatların geresinde kalan su alanları, iç sularda yer almaktadır.[12]

İç sular, kıyı devletinin egemenliği altındadır. İç sular, kara ülkesinden farksız görülmektedir. Bu sularda kıyı devletinin yetkileri tam ve mutlaktır. Uluslararası hukukun devletin kara ülkesi için kabul ettiği sınırlandırmalar varsa bunlar aynen iç sularda da geçerlidir. Kıyı devletinin mutlak egemenliğine iç hukuk hükümleri ve tarafı olduğu bazı uluslararası sözleşme hükümleriyle istisnalar getirilebilir.[13]

B-KARASULARI

Karasuları, kıyı devletinin kıyıları veya iç sularının dış sınırı ile açık deniz arasında kalan belirli genişlikteki bir deniz alanını ifade etmektedir. Karasuları kıyı devletinin egemenliği altında kabul edilen deniz alanlarıdır. Günümüzde karasularının devlet ülkesinin bir parçası

---

[11] 17.12.1986 tarihli ve 1931 sayılı Resmî Gazete.

[12] Kuran, Selami, *Uluslararası Deniz Hukuku*, Türkmen Kitabevi, İstanbul, 2009, 3. Baskı, s. 31; Pazarcı, 2003, s. 301; Toluner, 1996, s. 67; Özman, 2006, s. 247; Baykal, Ferit Hakan, *Deniz Hukuku Çalışmaları*, Alfa Yayınevi, İstanbul, 1998, s. 10.

[13] Kuran, 2009, s. 35; Özman, 2006, s. 248; Baykal, 1998, s. 10. Pazarcı, 2003, s. 307.

olduğu hususunda fikir birliği mevcuttur.[14] Nitekim, BMDHS'nin 2(1) maddesinde de bir kıyı devletinin egemenliğinin kara ülkesinin ve iç sularının ötesinde ve bir takımada devleti söz konusu olduğunda, takımada sularının ötesinde karasuları denilen bir bitişik deniz bölgesine kadar uzanacağı belirtilmektedir.[15] Aynı maddenin 2. paragrafında belirtildiği üzere, karasuları, kıyı devletinin deniz ülkesinin bir parçası sayıldığından karasularının üstünde yer alan hava sahası, altında yer alan deniz yatağı ve toprak altı da kıyı devletinin egemenliğine tabidir.

Karasuları kıyı devletinin egemenliği altında olmakla birlikte, uluslararası seyrüseferin sürekliliği ve serbestliğinin sağlanmasının gerekliliği dolayısıyla uluslararası deniz hukuku, kıyı devletinin egemenliğini özellikle iki yönden sınırlandırmıştır. Bunlar; yabancı devlet gemilerinin karasularından zararsız geçiş hakkı ve kıyı devletinin karasularındaki yargı yetkisine getirilen sınırlardır.[16]

BMDHS'nin 3. maddesine göre her devlet, karasularının genişliğini tespit etme hakkına sahiptir. Ancak, bu genişlik, işbu Sözleşme'ye göre tespit edilen esas hatlardan itibaren 12 deniz milini geçemez.

C- BİTİŞİK BÖLGE

Bitişik bölge, karasularına bitişik olan ve kıyı devletinin belirli bir genişliğe kadar bazı konularda yetkilerini kullandığı açık deniz alanlarıdır.[17] Anlaşılacağı üzere, bitişik bölge, açık denizlerin bir kesimi olarak değerlendirilmektedir.[18] Bitişik bölge hukuki olarak ilk kez 1958 tarihli Cenevre Karasuları ve Bitişik Bölge Sözleşmesi'nin 24. maddesinde tanımlanmıştır. Bu tanım, genişlik konusunda yapılan bir değişiklik hariç olmak üzere, BMDHS m. 33'de de aynen benimsenmiştir.

BMDH m. 33(1)'e göre kıyı devleti, bitişik bölge olarak adlandırılan karasularına bitişik olan bir bölgede aşağıdaki amaçlarla gerekli kontrolleri yapabilir:

(a) Ülkesi üzerinde veya karasularında gümrük, maliye, sağlık ve muhaceret ile ilgili kanun ve kurallarına riayetsizlikleri önlemek,

(b) Bu kanun ve kurallara karşı ülkesi üzerinde veya karasularında meydana gelebilecek riayetsizlikleri cezalandırmak.

---

14 Özman, 2006, s. 285, 292; Pazarcı, 2003, s. 319; Gönlübol, Mehmet, *Barış Zamanında Sahil Sularının Hukuki Statüsü*, Siyasal Bilgiler Fakültesi, Ankara, 1959, s. 1.

15 BMDHS'nin Türkçe tercümesi için bkz. Özman, Aydoğan, *Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi*, İstanbul Deniz Ticaret Odası Yayın No: 5, İstanbul, 1984.

16 Kuran, 2009, s. 81, 92; Pazarcı, 2003, s. 319, 320; Özman, 2006, s. 309.

17 Gönlübol, 1959, s. 179; Pazarcı, 2003, s. 358; Brownlie, 2003, s. 192.

18 Toluner, 1996, s. 191.

Aynı maddenin 2. paragrafına göre bitişik bölge, karasuları genişliğinin ölçülmeye başlandığı esas hatlardan itibaren 24 deniz milinin ötesine geçemez. Dolayısıyla, gerçekte bitişik bölgenin genişliği, ilan edilen bitişik bölgenin genişliğinden karasularının genişliği çıkartıldıktan sonra kalan deniz alanına tekabül etmektedir.

Kıyı devletinin bitişik bölgeye sahip olması için bu deniz alanında yetki kullanacağına dair bir karar alması ve bunu ilan etmesi gerekir. Bitişik bölgede kullanılan yetkilerin konusu, kıyı devletinin kara ülkesi, iç sular ve karasularında işlenen suçlardır. Burada bir ülkesel yetki kullanımının ülke dışına uzanması söz konusu olmaktadır.[19]

D- KITA SAHANLIĞI

Coğrafi olarak deniz dibi, genellikle karadan sonra birden bire büyük derinliklere ulaşmaz. Kara ile denizin birleştiği noktadan itibaren açık denize doğru belirli bir derinliğe, ortalama 133 metreye kadar yavaş yavaş derinleşir, bu derinlikten sonra birden bire keskin bir yamaç hâlinde büyük derinliklere ulaşılır. Kıyı ile yamacın başladığı kenar arasındaki sualtı alanlarına kıta sahanlığı denilmektedir.[20] Kıta sahanlığı, kıyı devletinin kara ülkesinin denizin altında süren doğal uzantısına verilen addır. Ancak, hukuksal anlamda kıta sahanlığı kavramı İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra ortaya çıkmıştır.[21]

Teknolojik ilerlemeler sayesinde deniz dibindeki kaynaklardan yararlanmanın kolaylaşması, hukukçuların ve siyasetçilerin dikkatini kıta sahanlığına çekmiştir. Kıta sahanlığının bir hukuki kavram olarak ortaya çıkması, 28 Eylül 1945 tarihinde ABD Başkanı Harry S. Truman'ın bildirisiyle gerçekleşmiştir. Truman, bildirisinde sınırları tarif edilmemekle birlikte açık denizin altında fakat ABD kıyılarına bitişik ve kendisine ait olan kıta sahanlığının kendi yetki ve kontrolü altında olduğunu ilan etmiştir. Ayrıca, Truman, kıta sahanlığı alanının komşu devletlerle sınırlandırılmasının gerekli olduğu hâllerde bunun hakça ilkelere göre yapılmasının gerekli olduğunu belirtmiştir. Truman'ın bildirisinden sonra başta Güney Amerika devletleri olmak üzere İngiltere, Filipinler, İzlanda, Portekiz, Kore Cumhuriyeti gibi birçok devlet, kıta sahanlıklarını ilan etmişlerdir.[22]

Kıta sahanlığının hukuki rejimi ilk olarak 1958 tarihli Cenevre Kıta Sahanlığı Sözleşmesiyle düzenlenmiştir. Hukuki bir kavram olarak kıta

---

[19] Pazarcı, 2003, s. 358, 359; Kuran, 2009, s. 192.

[20] Toluner, 1996, s. 196; Kuran, 2009, s. 197; Tekil, Fahiman, *Deniz Hukuku*, Alkım Yayınevi, İstanbul, 2001, 6. Baskı, s. 501.

[21] Pazarcı, 2003, s. 363; Kuran, 2009, s. 192; Gündüz, Aslan, *The Concept of the Continental Shelf in Its Historical Evolution*, Marmara Üniversitesi Avrupa Topluluğu Yayın No: 490, İstanbul, 1990, s. 1.

[22] Pazarcı, 2003, s. 365; Toluner, 1996, s. 196; Kuran, 2009, s. 198; Işık, Nurser Gökdemir, *Kıta Sahanlığı, Hukuki Rejimi ve Ege Sorunu*, T.C. Dokuz Eylül Üniversitesi Denizcilik İşletmeleri Yönetimi Anabilim Dalı Doktora Tezi, İzmir, 2009, s. 11 – 15.

sahanlığı, ilk kez bu Sözleşmeyle tanımlanmıştır. Ancak, özellikle teknolojik gelişmeler karşısında tanım yetersiz kalmış, BMDHS'nde yeni ve farklı bir kıta sahanlığı tanımı yapılması gerekli olmuştur.[23] BMDHS'nin 76. maddesine göre kıta sahanlığı; karasularının ötesinde kıta kenarının dış eşiğine kadar veya bu eşik daha az bir mesafede ise karasularının ölçülmeye başlandığı esas hatlardan itibaren 200 deniz mili mesafeye kadar olan kısımda, bu devletin kara ülkesinin doğal uzantısının bütünündeki denizaltı alanlarının deniz yatağı ve toprak altlarını içermektedir. BMDHS'nde kıta sahanlığı genişliğinin tespitinde kıta kenarı 200 milden geniş ve 200 milden dar olan devletler arasında denge sağlayan bir çözüm kabul edilmiştir. Buna göre kıta sahanlığı; kıta kenarının 200 milden dar olduğu kıyılarda 200 mil, 200 milden geniş olduğu kıyılarda ise azami 350 mil veya 2.500 metre derinlikten itibaren azami 100 mildir.

BMDHS'nin 77. maddesine göre kıyı devleti, kıta sahanlığı üzerinde egemen haklara sahiptir. Kıyı devleti, egemen haklara doğal olarak sahiptir. Kıyı devletinin bu haklara sahip olabilmesi için kıta sahanlığında herhangi bir şekilde bazı eylemlerde bulunması veya bu alan üzerindeki haklarını ilan etmesi gerekmemektedir. Kıyı devletinin kıta sahanlığı üzerindeki hakları, fiilen (*ipso facto*) ve başlangıçtan beri (*ab initio*) mevcuttur. Bununla birlikte, deniz alanlarının sınırlandırılmasında devletler arasında en fazla uyuşmazlık konusu olan alan, kıta sahanlığıdır.[24] Kıyı devletinin kıta sahanlığı üzerindeki hakları, kendisine münhasırdır. Ancak, bu haklar, sadece doğal kaynaklardan yararlanmaya yöneliktir. Bir başka deyişle, kıyı devleti, kıta sahanlığı üzerinde sadece doğal kaynakların araştırılması ve ekonomik olarak işletilmesi konusunda egemen haklara sahiptir. Doğal kaynaklar, madenler ve diğer cansız kaynaklar, deniz yatağı ve toprak altı ile sürekli fiziksel dokunma durumunda bulunan canlılardır.[25]

BMDHS m. 80'e göre kıyı devleti belirtilen haklarını kullanırken kıta sahanlığı üzerinde suni adalar, çeşitli nitelikte tesisler ve araç-gereçler yerleştirmek ya da yerleştirilmesine izin vermek yetkisine sahiptir. Bunların kıta sahanlığına yerleştirilmesi durumunda kıyı devleti, münhasır ekonomik bölgede olduğu gibi, bu tesisler üzerinde idari ve yargı yetkilerine sahip olur.

E- MÜNHASIR EKONOMİK BÖLGE

Münhasır ekonomik bölge, bir kıyı devletinin karasularının ölçülmeye başlandığı esas çizgilerden itibaren başlayan 200 deniz miline kadar varan ve karasuları dışında kalan su tabakası ile deniz yatağı ve onun toprak altında bu kıyı devletine münhasır ekonomik hakların ve

---

[23] Toluner, 1996, s. 200.
[24] Işık, 2009, s. 246.
[25] Pazarcı, 2003, s. 367; Toluner, 1996, s. 266 – 268.

yetkilerin tanındığı bir deniz alanıdır. Kıyı devleti, münhasır ekonomik bölgedeki canlı ve cansız doğal kaynaklar üzerinde ekonomik haklara sahiptir.[26]

Münhasır ekonomik bölge kavramı, 1945'den sonra bazı Güney Amerika devletlerinin ortaya attığı miras denizi kavramı ile 1960'lı yıllardan itibaren yerleşmeye başlayan balıkçılık bölgesi kavramının etkisi sonucu kıta sahanlığı üzerindeki yetkileri de içine alan bir kavram olarak gelişmiştir. Kavram, 1971 yılında Afrika – Asya Hukuk Danışma Komitesi'nin Kolombo'da yaptığı toplantıda Kenya temsilcisi tarafından ortaya atılmış, sonrasında Afrika Devletleri'nin önderlik etmeleriyle yeni bir kavram olarak BMDHS'nde yer almıştır. Yeni bir kavram olmasına rağmen, henüz BMDHS'nin kabulünden önce birçok devlet 200 millik münhasır ekonomik bölgelerini ilan etmişlerdir.[27]

Kıyı devleti, münhasır ekonomik bölgesi üzerinde aşağıdaki hak ve yetkilere sahiptir:

(a) Deniz yatağı üzerindeki sularda, deniz yataklarında ve bunların toprak altında canlı ve cansız doğal kaynakların araştırılması, işletilmesi, muhafazası ve yönetimine; yine sudan, akıntılardan ve rüzgârlardan enerji üretilmesi gibi bölgenin ekonomik amaçlarla araştırılmasına ve işletilmesine yönelik diğer faaliyetlere ilişkin egemen haklar,

(b) BMDHS çerçevesinin ilgili hükümlerine göre sağlanan;

  (i) Suni adaların, tesislerin ve yapıların kurulması ve bunların kullanılması,

  (ii) Denize ilişkin bilimsel araştırmalar yapılması,

  (iii) Deniz çevresinin korunması ve muhafazası hususlarında yargı yetki.

(c) Sözleşmeyle sağlanan diğer hak ve yükümlülükler.

BMDHS'nin 58. maddesine göre münhasır ekonomik bölgede kıyısı bulunsun veya bulunmasın, bütün devletler, bu Sözleşme'nin ilgili hükümlerinde belirtilen şartlar çerçevesinde açık denizlerin serbestliğine dair m. 87'de düzenlenen seyrüsefer serbestliği ile uçuş serbestliğinden ve denizaltı kabloları ve petrol boruları döşeme serbestliğinden yararlanırlar. Aynı şekilde bu devletler, söz konusu serbestliklerin kullanımına ilişkin olarak özellikle gemilerin, uçakların ve denizaltı kabloları ve petrol borularının işletilmesinde, denizin uluslararası diğer yasal amaçlarla kullanılması serbestliğinden

---

[26] Pazarcı, 2003, s. 379; Toluner, 1996, s. 272; Yaycı, Cihat, *Sorular ve Cevaplar ile Birlikte Münhasır Ekonomik Bölge Kavramı*, Deniz Kuvvetleri Komutanlığı Yayınevi, İstanbul, 2019, s. 6; Brownlie, 2003, s. 214.

[27] Toluner, 1996, s. 272, 273; Kuran, 2009, s. 215; Pazarcı, 2003, s. 379, 380; Çelik, Edip, F., *Milletlerarası Hukuk*, İkinci Kitap, Filiz Kitabevi, 1987, İstanbul, s. 230, 231.

Sözleşme'nin diğer hükümleriyle bağdaşır bir şekilde yararlanırlar.[28] Üçüncü devletler, kıyı devletinin uluslararası hukuka uygun kanun ve düzenlemelerine uymak zorundadırlar.

BMDHS, ayrıca bölge devletlerine, sosyal ve ekonomik dengenin sağlanması amacıyla sadece canlı doğal kaynaklardan yararlanma hakkı tanımıştır.[29] Denize kıyısı olmayan ve coğrafi bakımdan elverişsiz konumda bulunan devletler, hakkaniyet esasına göre Sözleşme'nin 69. ve 70. maddesi hükümleri çerçevesinde canlı kaynaklardan yararlanabilirler.

Münhasır ekonomik bölgenin sınırlandırılmasında kıta sahanlığının sınırlandırılmasına ilişkin unsurlardan büyük ölçüde yararlanılır. Bununla birlikte, deniz yatağı ve deniz yatağı üzerindeki sınırların ayrı olması sebebiyle bazı sorunlarla karşılaşılması da mümkündür.[30] Bu arada aynı kıyı devletinin aynı deniz alanında münhasır ekonomik bölgenin haklarını da kullanıyor olması durumunda kıta sahanlığı haklarının çok fazla önemi olmayacağı anlaşılmaktadır.[31]

II- TÜRK DENİZ YETKİ ALANLARININ SINIRLARI

A- GENEL OLARAK

Türk deniz yetki alanlarının sınırlarının tespitine yönelik tek kanuni düzenleme, 20 Mayıs 1982 tarihli ve 2674 sayılı Karasuları Kanunu'dur ("Karasuları Kanunu").[32] Gerekli görüldüğü takdirde bitişik bölge, kıta sahanlığı ve münhasır ekonomik bölgenin ne şekilde belirlenerek ilan edileceği hususunda herhangi bir kanun hükmü bulunmamaktadır.

Karasuları Kanunu'nun 1(2) maddesine göre Türk karasularının genişliği 6 deniz milidir. Aynı maddenin 3. fıkrasına göre Cumhurbaşkanı, belirli denizler için, o denizlerle ilgili bütün özellikleri ve durumları göz önünde bulundurmak ve hakkaniyet ilkesine uygun olmak şartıyla, 6 deniz milinin üstünde karasuları genişliği tespit etmeye yetkilidir.

---

[28] Üçüncü devletlerin münhasır ekonomik bölge üzerindeki hak ve yetkileri hakkında bkz. Karataş, Salih, "Münhasır Ekonomik Bölge Üzerinde Üçüncü Devletlerin Hak ve Yetkileri", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 23, S. 2, 2015, s. 79 vd.

[29] Kuran, 2009, s. 266; Toluner, 1996, s. 277.

[30] Baykal, Ferit Hakan, *Devletler Hukukunda Münhasır Ekonomik Bölge Kavramı ve Hukuki Niteliği*, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, 1987, s. 51.

[31] Baykal, 1987, s. 60; Gündüz, Aslan, "Kıta Sahanlığı Hukukunda Yeni Gelişmeler (Libya/Malta Davası)", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 1, S. 3, 1986, s. 5 – 25; Kuran, 2009, s. 233.

[32] 29.05.1982 tarihli ve 17708 sayılı Resmî Gazete.

Karasuları Kanunu'nun 2. maddesi, Türkiye ile kıyıları bitişik veya karşılıklı olan devletler arasında karasularının anlaşma ile sınırlandırılacağını, bu anlaşmanın bölgenin bütün ilgili özellikleri ve durumları göz önünde bulundurularak, hakkaniyet ilkesine göre yapılacağını, 3. maddesi ise karasularının genişliğinin Cumhurbaşkanınca tespit edilecek esas hatlardan itibaren ölçüleceğini belirtmektedir.

Karasuları, Karadeniz ve Akdeniz'de 12 mil, Ege Denizi'nde 6 mil olarak belirlenmiştir. Türkiye, herhangi bir bitişik bölge ilan etmemiştir. Ancak, Türkiye, Karadeniz'de 200 mil genişliğinde, Akdeniz'de ise sınırları ilgili haritada gösterildiği şekilde kıta sahanlığı ve münhasır ekonomik bölge ilan etmiştir.

B- KARADENİZDE

1- Karasuları

Mülga 15 Mayıs 1964 tarihli ve 476 sayılı Karasuları Kanunu'nun[33] ("476 sayılı Kanun") yürürlükte olduğu dönemde kaçakçılığın men ve takibiyle ilgili olarak Bakanlar Kurulu'nun 18 Mart 1981 tarihli ve 8/2624 sayılı Kararnamesi'nin Eki 1. maddesinde Karadeniz'de Türk karasularının 12 mil olduğu belirtilmiştir.[34] 476 sayılı Kanun'a göre karasularının genişliğinin 6 mil olarak belirlenmesi ve karasuları daha geniş olan devletlere karşı mütekabiliyet esasına göre karasularının belirlenmesinin gerekmesi sebebiyle bu uygulamanın Kanun'a aykırı olduğu ileri sürülmüştür.[35]

Karasuları Kanunu'nun 1(3) maddesinin verdiği yetkiye dayanarak çıkartılan Bakanlar Kurulu'nun 29 Mayıs 1982 tarihli ve 8/4742 sayılı Kararnamesiyle, Türkiye'yi çevreleyen denizlerin özellikleri ile hakkaniyet ilkesi göz önünde bulundurulmak suretiyle bu Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce karasularının genişliği ile ilgili olarak Karadeniz ve Akdeniz'de mevcut olan durumun sürdürülmesine karar verilmiştir.[36] Bu Kararname'de karasularının genişliği açıkça düzenlenmediğinden bir ölçüde belirsizlik söz konusudur. 8/2624 sayılı Kararname, doğrudan Karadeniz'de karasularının genişliği düzenlememektedir. Bu Kararname'de sadece parantez içinde Karadeniz'de karasularının 12 mil olduğu belirtilmektedir. 8/4742 sayılı Kararname öncesinde ise Akdeniz'de karasuları genişliğinin 12 mil olduğuna dair bir Bakanlar Kurulu Kararı mevcut değildir. Bununla birlikte karşılıklılık ilkesi gereği Akdeniz ve Karadeniz'de karasuları 12

---

[33] 24.05.1964 tarihli ve 11711 sayılı Resmî Gazete.
[34] 30.05.1981 tarihli ve 17355 sayılı Resmî Gazete.
[35] Özman, 2006, s. 339.
[36] 29 Mayıs 1982 tarihli ve 17708 Mükerrer Sayılı Resmî Gazete.

mil olarak uygulanmıştır. Ege Denizi'nde ise karasuları 476 sayılı Kanun'un genel hükmü çerçevesinde 6 mil olarak uygulanmıştır.

Karadeniz'de karşılıklı kıyıların uzaklığı sebebiyle komşu devletlerle deniz yan sınırlarının tespiti gerekmiştir. İlk olarak eski Sovyet Sosyalist Cumhuriyetleri Birliği ("SSCB") ile 17 Nisan 1973 tarihinde eşit uzaklık yöntemine göre yan sınırlar belirlenmiştir.[37] SSCB'nin dağılmasından sonra özellikle sınır anlaşmalarına halefiyet ilkesi gereği bu anlaşma Türkiye ile Gürcistan arasında geçerliğini sürdürmüş, herhangi bir hukuksal sorun ortaya çıkmamıştır.[38]

Türkiye ile Bulgaristan arasında ise karasularının yan sınırının belirlenmesi sorunu, iki devletin kara sınırını oluşturan Rezve deresinin denize döküldüğü ağız kesimine ilişkin olarak uzun süre çözülememiştir.[39] Ancak, sorun, iki devlet arasında 4 Aralık 1997 tarihinde Sofya'da imzalanan Türkiye Cumhuriyeti İle Bulgaristan Cumhuriyeti Arasında Mutludere/Rezovska Deresi Mansap Bölgesindeki Sınırın Belirlenmesi ve İki Ülke Arasında Karadeniz'de Deniz Yetki Alanlarının Sınırlandırılması Anlaşması ile çözümlenmiştir.[40]

2- Kıta Sahanlığı ve Münhasır Ekonomik Bölge

Türkiye ile SSCB arasında 23 Haziran 1978 tarihinde Moskova'da Karadeniz'de kıta sahanlığının sınırlandırılmasına dair bir anlaşma imzalanmıştır.[41] Türkiye, 5 Aralık 1986 tarihli ve 86/11264 sayılı Bakanlar Kurulu Kararnamesiyle Karadeniz'de 200 millik bir münhasır ekonomik bölge ilan etmiştir.[42] Bu arada Türkiye ve SSCB arasında Karadeniz'de kıta Sahanlığının sınırlandırılmasına dair anlaşma, Türkiye ve SSCB'nin sırasıyla 23 Aralık 1986 ve 6 Şubat 1987 tarihli mektuplarının teatisiyle münhasır ekonomik bölgeye uzatılmıştır.[43] Böylece, mevcut kıta sahanlığı sınırının Türkiye ve SSCB'nin münhasır ekonomik bölgelerinin de sınırını teşkil etmesi sağlanmıştır. SSCB'nin dağılmasından sonra kıta sahanlığı ve münhasır ekonomik bölge sınırlarının belirlenmesine ilişkin anlaşmaların Rusya Federasyonu, Ukrayna ve Gürcistan açısından da geçerli olacağının kabulü halefiyet ilkesine uygun olur.[44]

Diğer yandan, Bulgaristan, Temmuz 1987'de Karadeniz'de münhasır ekonomik bölge ilan etmiştir. Türkiye ile Bulgaristan arasında

---

37 13.12.1974 tarihli ve 15091 sayılı Resmî Gazete.
38 Pazarcı, 2003, s. 334.
39 Pazarcı, 2003, s. 334; Özman, 2006, s. 345.
40 21.07.1998 tarihli ve 23409 sayılı Resmî Gazete.
41 20.01.1981 tarihli ve 17226 sayılı Resmî Gazete.
42 17.12.1986 tarihli ve 19314 sayılı Resmî Gazete.
43 28.02.1987 tarihli ve 19386 sayılı Resmî Gazete.
44 Pazarcı, 2003, s. 385.

4 Aralık 1997'de imzalanan bir sözleşmeyle kıta sahanlığı ve münhasır ekonomik bölge yan sınırı tespit edilmiştir.[45]

C- EGE DENİZİ

Ege'de Türk karasularının genişliği, 6 mildir. Türkiye, 476 sayılı Kanun döneminde olduğu gibi, yürürlükteki Karasuları Kanunu döneminde de karasularının genişliğini değiştirmemiştir. Türkiye, Yunanistan ile arasında mevcut adaların karasuları ve kıta sahanlığı sorunu sebebiyle Ege Denizi'nde münhasır ekonomik bölge ilan etmemiştir.

Türkiye'nin Ege Denizi'nde Yunanistan ile Trakya bölgesinde yan sınırı da mevcuttur. Lozan Barış Andlaşması'nın 5. maddesi gereği kurulan komisyonun çalışmaları sonucunda 3 Kasım 1926 tarihinde kabul ettiği Protokol'ün "Sınırın Tanımı" başlığını taşıyan IV. Bölümünde karasuları sınırlandırılması yapılmıştır. Buna göre sınır oluşturan akarsuyun denize ulaştığı noktadan itibaren bu akarsuyun ulaşıma olanak veren ana yolunun ortasından güney-batıya doğru denize uzatılacak yaklaşık 3 millik çizgi iki komşu devlet arasında karasularının yan sınırını oluşturmaktadır. Ne var ki, günümüzde her iki devlet karasularını 6 mil olarak uyguladığından karasularının yan sınırının tespitine yönelik yeni bir anlaşma yapılması gereklidir.[46]

D- AKDENİZ

1- Karasuları

Akdeniz'de karasularının genişliği 12 mil olarak kabul edilmektedir. 476 sayılı Kanun döneminde Akdeniz'de karasuları genişliğinin 12 mil olduğuna dair bir Bakanlar Kurulu Kararnamesi ilan edilmemiştir. Karasuları Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden sonra çıkartılan 8/4742 sayılı Kararname'de bu Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce karasularının genişliği ile ilgili olarak Karadeniz ve Akdeniz'de mevcut durumun sürdürülmesine karar verilmiş ise de Akdeniz'de karasularının 12 mil olduğuna dair bir hükme yer verilmemiştir. Buna karşılık 476 sayılı Kanun'un karasularının genişliği konusunda mütekabiliyet esasını benimsemesi sebebiyle Akdeniz'de karasuları 12 mil olarak uygulanmıştır. Böylece 476 Kanun'da yer alan mütekabiliyet esası, fiili mütekabiliyet olarak anlaşılmıştır.[47]

---

[45] 21.07.1998 tarihli ve 23409 sayılı Resmî Gazete.

[46] Pazarcı, 2003 s. 335; Özman, 2006, s. 346; Güngören, Bülent Okan, *Türkiye'nin Deniz Yetki Alanları üzerine Bir İnceleme*, T.C. Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Denizcilik İşletmeleri Yönetimi Ana Bilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 2006, s. 156.

[47] Kuran, 2009, s. 79; Toluner, 1996, s. 108

Akdeniz'de Meis Adası'na ilişkin sınırlandırmadan da bir miktar bahsedilmelidir. Lozan Barış Andlaşması'nın 15. maddesi ile İtalya'ya bırakılan Oniki Adalar Bölgesi'ne ilişkin olarak Türkiye ile İtalya arasında 4 Ocak 1932 tarihinde Anadolu Sahilleri İle Meis Adası Arasındaki Ada ve Adacıkların ve Bodrum Körfezi Karşısındaki Ada'nın Cihedi Aidiyeti Hakkındaki İtilafname imzalanmıştır.[48] İtilafname'nin 5. maddesiyle doğuda Tuğ Burnu ile batıda Volo adası civarındaki bir noktaya kadar deniz sınırı saptanmıştır. Ancak, bu hükmün son cümlesinde Tuğ Burnu ile Volo Adası civarındaki belirtilen noktadan sonra, "Türkiye ile İtalya arasında asla münakaşaya dâhil bulunmayan umumi hududu bahrî"den bahsedilmektedir ki, bu bölgeyle ilgili tarafların kabul ettiği başka bir karasuları sınırlandırılmasını akla getirmektedir. Oysa böyle bir sınırlandırmaya dair yayımlanmış herhangi bir belge bulunmamaktadır. Bu itilafnamaden sonra, söz konusu deniz sınırının geri kalan bölümünün (On İki Ada'ya ilişkin nbölümünün) sınırlarının tespiti amacıyla bir araya gelen Türk ve İtalyan teknisyenlerden oluşan bir heyet tarafından 28 Aralık 1932 tarihinde bir tutanak düzenlenmiştir. Ancak, bu tutanağın onaylandığına ve resmî olarak yürürlüğe girdiğine dair herhangi bir kanıt mevcut değildir. Böylece Ege Denizi'nde Türkiye ve Yunanistan'ın karşılıklı kıyılarında karasularının dış sınırını belirleyen bir belgenin var olmadığı görülmektedir.[49]

Diğer taraftan, Türkiye'nin Akdeniz'de Suriye ile yan sınırı bulunmakla beraber, bu zamana kadar karasularının yan sınırının belirlenmesine dair yapılmış bir anlaşma yapılmamıştır. Bununla birlikte, bölgede iki devlet arasında bir fiilî karasuları yan sınırının oluştuğu ileri sürülebilir.[50]

2- Kıta Sahanlığı ve Münhasır Ekonomik Bölge

Doğu Akdeniz'de[51] Güney Kıbrıs Rum Yönetimi'nin ("GKRY") 17 Şubat 2003'de Mısır, 17 Ocak 2007 tarihinde Lübnan[52] ve 17 Aralık 2010

---

48 25.01.1933 tarihli ve 2313 sayılı Resmî Gazete.

49 Özman, 2006, s. 347, 348; Pazarcı, 2003, s. 335, 336. Meis Adası'nın Doğu Akdeniz deniz yetki alanları sorununa etkileri hakkında bkz. Ak, Gökhan, "Meis, Karaada ve Fener Adası'nın Doğu Akdeniz Deniz Yetki Alanları Sorununa Muhtemel Etkileri", Uluslararası Hukuk ve Politika, C. 11, S. 41, 2015, s. 123 vd; Bayıllıoğlu, Uğur, "Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi'nin 121. Maddesinin Doğu Akdeniz'de Etkisi: Meis, Karaada ve Fener Adası'nın Statüsüne İlişkin Bir Değerlendirme", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XXIII, S. 2, 2019, s. 185 vd.

50 Pazarcı, 2003, s. 337.

51 Doğu Akdeniz; İtalya, Slovenya, Hırvatistan, Bosna-Hersek, Karadağ, Arnavutluk, Yunanistan, Türkiye, Suriye, Lübnan, İsrail, Filistin, Mısır, Libya ve Tunus kıyıları ile çevrili bir deniz alanıdır. Bkz. Yıldız, Dursun, *Akdeniz'in Doğusu* (*Tarihi Geçmişi, Stratejik Önemi ve Su Sorunu Açısından*), Bizim Yayınlar, İstanbul, 2008, s. 4.

52 Bu anlaşma, Lübnan parlamentosunca onaylanmamış ise de sonradan Lübnan, 17.08.2010 tarihinde kabul ettiği bir kanun ile kendi münhasır ekonomik bölgesini ilan

tarihinde İsrail ile münhasır ekonomik bölge anlaşmaları imzalamasının arkasından Türkiye, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti ("KKTC") ile New York'ta 21 Eylül 2011 tarihinde "Türkiye Cumhuriyeti ile KKTC Arasında Akdeniz'de Kıta Sahanlığı Sınırlandırılması Hakkında Anlaşma" imzalamıştır.[53] Bu anlaşma, Meis adası hariç, Türkiye'nin Akdeniz'de yapmış olduğu ilk sınırlandırma anlaşmasıdır. Bu anlaşmayla GKRY'nin tek taraflı ve gayri meşru olarak ilan ettiği Kıbrıs'ın münhasır ekonomik bölgesi ve buradaki faaliyetlerin tanınmadığı tescillenmiştir.[54]

Bölgede Yunanistan ile birlikte GKRY, deniz yetki alanlarını Türkiye aleyhinde genişletme çabası içindedir. Türkiye'nin Meis adası hariç Yunanistan ile deniz yetki alanlarının sınırlandırılmasına ilişkin bir anlaşması mevcut değildir.[55] GKRY, Mısır ve İsrail'in uluslararası hukuka aykırı bir şekilde Doğu Akdeniz'de deniz yetki alanlarını genişletme çabaları[56] karşısında oldukça önemli bir adım atmış, Libya ile 27 Kasım 2019 tarihinde deniz yetki alanlarının sınırlandırılmasına ilişkin bir anlaşma imzalamıştır.[57] Bu anlaşmayla Türkiye ve Libya, karşılıklı kıta sahanlığı ve münhasır ekonomik bölgelerini belirlemişler, bilahare Birleşmiş Milletler Teşkilatı'na gerekli bildirimde bulunmuşlardır. Hukuken ve siyaseten Türkiye için önemli bir kazanım ve başarı olan

---

etmiştir. Suriye de 19.11.2003 tarihli bir kanun ile 200 millik münhasır ekonomik bölge ilan etmiştir.

53 29.06.2012 tarihli ve 6344 sayılı uygun bulma kanunu, 12.07.2012 tarihli ve 28351 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Daha sonra 20.09.2012 tarihli ve 2012/3764 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ekinde anlaşma metni, 10.10.2012 tarihli ve 28437 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

54 Doğru, Sami, "Doğu Akdeniz'de Hidrokarbon Kaynakları ve Uluslararası Hukuka Göre Bölgedeki Kıta Sahanlığı ve Münhasır Ekonomik Bölge Alanlarının Sınırlandırılması", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 119, 2015, s. 518.

55 Doğu Akdeniz'de Yunanistan tezleri hakkında bkz. Ünal, Mustafa, "Doğu Akdeniz'de Münhasır Ekonomik Bölge ve Kıta Sahanlığına İlişkin Yunanistan'ın Tezleri", Selçuk 2. Uluslararası Sosyal Bilimler Kongresi, Ubak Uluslararası Bilimler Akademisi, Konya, 7 Haziran 2020, s. 11 vd,

56 Peker, Hasan Sencer / Oktay, Kübra Öztürk / Şensoy, Yavuz, "Doğu Akdeniz'de Deniz Yetki Alanları ve Enerji Kaynakları Çerçevesinde Türkiye'nin Enerji Güvenliği", Güvenlik Bilimleri Dergisi, C. 8, S. 1, Mayıs 2019, s. 91; Acar, Işılay / Yılmaz, Mutlu, "Doğu Akdeniz Kıta Sahanlığı Sorunsalı Üzerinden Doğalgaz Paylaşımı", Türkiye Coğrafyası Araştırma ve Uygulama Merkezi (TÜCAUM) 30. Yıl Uluslararası Coğrafya Sempozyumu Bildiriler Kitabı, Ankara, 3-6 Ekim 2018, s. 602; Kedikli, Umut / Deniz, Taşkın, "Enerji Kaynakları Mücadelesinde Doğu Akdeniz Havzası ve Deniz Yetki Alanları Uyuşmazlığı", Alternatif Politika, C. 7, S. 3, Ekim 2015, s. 406 – 410.

57 05.12.2019 tarihli ve 7195 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Hükûmeti İle Libya Devleti Ulusal Mutabakat Hükûmeti Arasında Akdeniz'de Deniz Yetki Alanlarının Sınırlandırılmasına İlişkin Mutabakat Muhtırasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun, 07.12.2019 tarihli ve 30971 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır. Ayrıca, 6 Aralık 2019 tarihli ve 1815 sayılı Cumhurbaşkanı Kararı ekinde Türkiye Cumhuriyeti ile Libya Ulusal Mutabakat Hükümeti arasında Akdeniz'deki kıta sahanlığı ve münhasır ekonomik bölge sınırları ilan edilmiştir. Cumhurbaşkanı Kararı, 7 Aralık 2019 tarihli ve 30971 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır. Ayrıca, anlaşma, Libya Ulusal Mutabakat Başkanlık Konseyi'nde 06.12.2009 tarihinde onaylanmış ve Libya iç hukukunda yürürlüğe girmiştir.

anlaşma, Türkiye'nin Doğu Akdeniz'deki hukuki pozisyonunu bir hayli güçlendirmiştir. Anlaşmayla Türkiye, mevcut anlaşmalara hukuk temelinde itiraz eden bir ülke olmakla yetinmeyip hukuki zemin oluşturan bir ülke konumuna gelmiştir. Ayrıca, Türkiye, Doğu Akdeniz'de deniz yetki alanlarının sınırlandırılmasının hangi prensipler temelinde ve nasıl yapılması gerektiğine dair görüşlerini bir diğer ülkeyle anlaşarak bir oranda kabullendirmiş ve uygulayabilmiş gözükmektedir.[58]

III- DENİZ ALANLARININ BELİRLENMESİNİN HUKUKİ DAYANAKLARI

Egemen devletler, ulusal hukuk hükümleriyle birlikte uluslararası hukuka göre deniz yetki alanlarını belirlerler. Türkiye'nin deniz mevzuatı bir hayli geniştir. Türkiye, denize ilişkin çok sayıda uluslararası sözleşmeye taraf olmuştur. Ayrıca yürürlükte bulunan çok sayıda kanun, yönetmelik ve daha alt seviyede düzenleyici işlem mevcuttur. Ne var ki, Türk hukukunda denizciliğin esaslarını düzenleyen bir çerçeve kanun kabul edilmiş değildir. Keza, Karasuları Kanunu hariç olmak üzere, diğer deniz yetki alanlarının belirlenmesini, bu alanlarda kullanılacak hak ve yetkileri düzenleyen bir kanun da mevcut değildir. Deniz yetki alanlarında kullanılacak hak ve yetkileri, sadece kendi uygulama kapsamı içinde düzenleyen münferit bazı kanun hükümleri mevcut ise de bunlar hem yetersizdir, hem de birbirleriyle uyumlu değildir. Esasen bunların bir kısmı, kurum veya kuruluşların kuruluş ve görevleriyle ilgilidir.

Karasuları Kanunu, sadece Türk karasularının belirlenmesine ilişkin usul ve esasları düzenlemektedir. Bitişik bölge, kıta sahanlığı ve münhasır ekonomik bölge gibi uluslararası deniz hukukunda iyi bilinen kavramların iç hukukumuzda düzenlenmemiş olması önemli bir eksikliktir. BMDHS'ne Taraf Devletler, böyle bir kanuna ihtiyaç hissetmemektedir. Ancak, Türkiye'nin bu Sözleşme'ye taraf olmaması, söz konusu kavramların içeriklerinin ortaya konulması bakımından bu eksikliği göstermektedir.

Başlangıçta bir örf ve adet hukuku kuralı olarak ortaya çıkan ve gelişen deniz yetki alanları, dünyada geniş kabul gören, hâlihazırda 168 devletin taraf olduğu ve denizciliğin anayasası olarak nitelendirilen BMDHS'nde kapsamlı şekilde düzenlenmiştir. Türkiye, yukarıda belirtilen özel sebeplerle bu Sözleşme'ye taraf olmayıp *persistent objector* konumunu muhafaza ettiğinden özellikle uluslararası platformlarda bu Sözleşme'ye açık ya da örtülü şekilde referansta bulunamamaktadır. Ne var ki, Türkiye'nin de tarafı olduğu birçok uluslararası sözleşmenin

[58] Acar, Yücel, "Doğu Akdeniz'de Deniz Yetki Alanları ve Türkiye – Libya Mutabakatı", Seta I Analiz, S. 301, Aralık 2019, s. 15.

uygulama kapsamı bakımından deniz yetki alanlarına dair unsurların belirlenmesinde BMDHS'ne sürekli olarak referans yapılmaktadır. Bu durumda deniz yetki alanlarının ortaya konulmasında sadece uluslararası örf ve adet hukuku kurullarına referansta bulunmaktan başka bir çare kalmamaktadır. Oysa, deniz yetki alanlarına dair unsurlar bir örf ve adet hukuku kuralı iken BMDHS ile yazılı hâle getirilmişlerdir. Bu Sözleşme, deniz yetki alanlarının başlı başına ve kapsamlı şekilde düzenlendiği, esasen birçok hükmüne ülkemizin de itiraz etmediği tek metin uluslararası metindir. Buna karşılık yazılı olmayan, mevcudiyetini ve sınırlarını ispatlamanın kolay olmadığı örf ve adet hukukuna başvurmak, daha avantajlı görülemez.

Şüphesiz, Türkiye, bir kıyı devleti olarak uluslararası deniz hukukunun genel ilkelerine göre bitişik bölge, kıta sahanlığı ve münhasır ekonomik bölge ilan etme hakkına sahiptir. Ancak, iç hukukunda açık bir düzenleme bulunmaması sebebiyle uluslararası örf ve adet hukuku kurallarına dayanarak belirtilen deniz yetki alanlarını tespit edebilir.[59] Örf ve adet hukuku, uluslararası hukukun temel kaynağıdır.[60]

Başta egemen yetkiler olmak üzere sair yetki ve haklarımızın bulunduğu iç sular, karasuları, bitişik bölge, kıta sahanlığı ve münhasır ekonomik bölge kavramlarının uluslararası deniz hukukundaki düzenlemelere paralel şekilde iç hukukumuza aktarılması gerekmektedir. Bu amaçla, Dış İşleri Bakanlığı koordinasyonunda yaklaşık iki yıl süren bir çalışma sonunda "Türk Deniz Egemenlik ve Deniz Yetki Alanları Kanun Taslağı" hazırlanmış ise de çalışma nihayete erdirilemediğinden kadük olmuştur. Kanun Taslağı, bütün kamu kuruluşlarının katılımıyla oluşturulmasına rağmen kanunlaşamamıştır. Oysa, aşağıda gösterilen sebeplerle böyle bir Kanun'a ihtiyaç bulunmaktadır:

(1) İç sular, karasuları, bitişik bölge, kıta sahanlığı ve münhasır ekonomik bölge kavramları, BMDHS'nde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Başlangıçta bir örf ve adet kuralı olarak ortaya çıkan bu kavramlar, bu Sözleşmeyle nihai olarak yazılı kurallara dönüştürülmüştür. Türkiye, BMDHS'nin kendisine karşı bir örf ve adet hukuku olarak uygulanmasını engellemek için *persistent objector* konumunu muhafaza etmekle birlikte, belirtilen kavramların genel

---

[59] Başeren, Sertaç Hami, *Doğu Akdeniz'de Hukuk ve Siyaset*, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi, Ankara, 2013, s. 285; Balcıoğlu, Halis, *Deniz Yetki Alanları Uyuşmazlıkları Kapsamında Doğu Akdeniz'de Durum Değerlendirmesi*, T.C. İstanbul Gelişim Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Siyaset Bilimi ve Uluslararası İlişkiler Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2016, s. 166; Erenoğlu, Simay, "Doğu Akdeniz'de Deniz Yetki Alanlarının Sınırlandırılması Sorunu", T.C. Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Ankara, 2019, s. 186.

[60] Özman, 2006, s. 93; Kuran, 2009, s. 2, Toluner, 1996, s. 57; Kütükçü, Mehmet Akif / Kaya, İslam Safa, "Uluslararası Deniz Hukuku Kapsamında Doğu Akdeniz'deki Petrol ve Doğalgaz Kaynakları İle Türkiye'nin Hukuki durumu", Batman Üniversitesi Yaşam Bilimleri Dergisi, Prof. Dr. Abdüsselam Uluçam Armağanı, C. 6, S. 2/1, 2016, s. 82.

olarak bir örf ve adet hukuku kuralı oldukları söylenebilir[61]. Nitekim, Türkiye, BMDHS'ne taraf olmadığı hâlde Karadeniz ve Akdeniz'de kıta sahanlığı ve münhasır ekonomik bölgelerini ilan etmiştir. Karasuları Kanunu'ndaki hükümler de genel hatlarıyla bu Sözleşme'ye paraleldir.

(2) Türkiye'nin denizlerdeki haklarını ve menfaatlerini koruyabilmesi, sahip olduğu hak ve yetkileri hukuka uygun şekilde kullanabilmesi, yeterli ve güçlü hukuki enstrümanlarla mümkün olabilir. Deniz yetki alanları ile bu alanlarda kullanılacak hak ve yetkileri açıkça ve sistematik biçimde tanımlayan ve bunların kullanılmasına ilişkin esasları düzenleyen müstakil bir kanun, bu enstrümanların başında yer almaktadır.

(3) Deniz yetki alanlarına ilişkin kavramların uluslararası deniz hukukuna paralel şekilde müstakil bir kanunda düzenlenmesi yoluyla Türkiye'nin BMDHS'ne taraf olmamasının doğurduğu eksiklik ve olumsuzluklar bir ölçüde giderilmiş, ulusal hukukumuz ile uluslararası deniz hukuku arasında uyum sağlanmış olur.

(4) Bu uyum, ülkemizin denizlerdeki hak ve menfaatlerinin daha güçlü ve etkili şekilde korunması ve savunulması amacına katkı sağlayabilir. Türk deniz yetki alanlarında kullanılacak hak ve yetkilerin esas ve usullerini özel olarak düzenleyen bir kanunun mevcut olmaması, deniz alanlarındaki kaynakların araştırılması, işletilmesi ve korunması bakımından belirli ölçüde bir dezavantaj oluşturmaktadır. Buna karşılık, deniz alanlarının sınırlandırılmasına ilişkin uluslararası hukukun temel ilkeleriyle uyumlu müstakil bir kanun, Türkiye ile diğer kıyıdaş devletler arasındaki mevcut sorunların çözümüne belirli ölçüde katkı sağlayabilir, ülkemizin hukuki pozisyonunu güçlendirebilir. Sadece egemenlik yetkisi ve uluslararası örf ve adet hukuku dayanak gösterilerek deniz alanlarında istenilen kapsamda arama ve işletme ruhsatları vermek mümkün ise de bu durum, gerçekte istenildiği şekilde deniz kaynaklarının araştırılması, işletilmesi ve korunmasında yeterli olmayabilir.

(5) Türkiye, BMDHS'ne taraf olmadığından söz konusu kavramların içeriklerinin ortaya konulmasında BMDHS'ne değil, fakat örf ve adet hukukuna başvurmak zorunda kalmaktadır. Oysa, bu Sözleşme'de genel olarak düzenlendiği şekilde belirtilen kavramların müstakil bir kanunla düzenlenmiş olması, böyle bir zorunluluğu ortadan kaldırmaktadır. Yazılı olmayan bir kurala dayanmaktansa uluslararası hukukla uyumlu bir kanun hükmüne dayanmak daha avantajlıdır.

---

[61] Özman, 2006, s. 44, 45, Topsoy, Fevzi, "1982 Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi Kapsamında "Barışçıl Amaçlar" Teriminin Anlamı", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 61, S. 1, 2012, s. 384; Ertuğrul, Ümmühan Elçin, "Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesine Göre Kıyı Devletinin Egemen Hakları", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XXI, S. 1, 2017, s. 47.

(6) Doğu Akdeniz'de deniz yetki alanlarının paylaşımı sorunu oldukça karmaşık bir hâl almıştır.[62] Türkiye, Doğu Akdeniz'de ilan ettiği kıta sahanlığı ve münhasır ekonomik bölgesinde güçlü donanmasının desteğinde[63] araştırma ve sondaj faaliyetlerini yürütürken aynı zamanda meselenin nihai olarak çözüme kavuşturulması amacıyla kıyı devletlerini bir uluslararası konferansa katılmaya zorlamaktadır. Şüphesiz, en sağlıklı ve ideal çözüm, bütün kıyı devletlerinin katıldığı bir anlaşmayla sınırların belirlenmesidir.[64] Bu atmosfer içinde uluslararası hukukla uyumlu deniz yetki alanlarını düzenleyen bir kanunun kabulü, Türkiye'nin elini güçlendirecektir.

IV- DENİZ YETKİ ALANLARINA DAİR KANUN'UN KAPSAMI

Deniz Yetki Alanlarına Dair Kanun Taslağı üzerinde genel olarak ilgili kurum ve kuruluşlar arasında bir fikir birliği olduğu değerlendirilmektedir. Mevcut konjonktür içinde Kanun Taslağı üzerinde bazı revizyonların yapılması mümkün olmakla birlikte, Taslak metinde düzenlendiği şekilde Kanun'da temel olarak aşağıda gösterilen hususlara yer verilmesinde fayda görülmektedir:

(1) Genel olarak deniz yetki alanlarının anlamı,

(2) Deniz yetki alanları kapsamında iç sular, karasuları, bitişik bölge, kıta sahanlığı ve münhasır ekonomik bölge kavramlarının açık tanımları,

(3) Deniz yetki alanlarının belirlenmesinin usul ve esasları,

(4) Deniz yetki alanlarında kullanılabilecek haklar ve yetkiler,

(5) Deniz yetki alanlarında sahip olunan hak ve yetkilerin ne şekilde kullanılacağı ile yetkili her bir kurum ve kuruluşun belirlenmesi,

(6) Karasuları Kanunu'nun kaldırılarak hükümlerinin buraya dâhil edilmesi,

---

[62] Doğu Akdeniz'de deniz yetki alanlarının paylaşımı mücadelesi hakkında bkz. Yaycı, Cihat, "Doğu Akdeniz'de Deniz Yetki Alanlarının Paylaşılması Sorunu ve Türkiye", Bilge Strateji, C. 4, S. 6, Bahar 2012, s. 1 vd.

[63] Doğu Akdeniz'de Türk Deniz Kuvvetlerinin faaliyetleri hakkında bkz. Özgen, Cenk, "Doğu Akdeniz'de Deniz ve Enerji Güvenliği", https://tasam.org/Files/Icerik/File/Pages_from_akdeniz_pdf_8486e1a1-bebd-4769-8836-f2852b31cc79.pdf, s. 39, Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 29 Ekim 2020; Özgen, Cenk, "Doğu Akdeniz'de Enerji Güvenliğine Yönelik Bir Girişim: Akdeniz Kalkanı Harekatı", Akademik ORTA DOĞU, C. 8, S. 1, 2013, s. 101 vd. Peker / Oktay / Şensoy, 2019, s. 98, 99.

[64] Balık, İsmet, "Türkiye'nin Deniz Yetki Alanları ve Kıyıdaş Ülkelerle Yetki Alanı Anlaşmazlıkları", Kent Akademisi, Kent Kültürü ve Yönetimi Hakemli Elektronik Dergi, C. 11, S. 1, Bahar 2018, s. 96; Kütükçü / Kaya, 2016, s. 94; Doğru, 2015, s. 548; Erenoğlu, 2019, s. 163.

(7) Bütün denizlerimizde karasuları genişliğinin açıkça gösterilmesi ve Cumhurbaşkanı'na karasuları genişliğini artırma yetkisinin verilmesi,

(8) Türk Ceza Kanunu hükümleriyle gerekli uyumun sağlanması,

(9) Genel olarak Cumhurbaşkanı'na verilecek yetkilerin kapsam ve sınırları,

(10) Kapsam dâhilindeki Türk ve Yabancı bayraklı gemiler.

SONUÇ

Gelinen safha itibarıyla Deniz Egemenlik ve Yetki Alanlarına Dair Kanun Taslağı'nın bir an evvel ihya edilerek kanunlaştırılması zorunluluk olmuştur. Bu hususta ilgili kamu kurum ve kuruluşları nezdinde genel bir fikir birliğinin mevcudiyeti önemli bir avantajdır. Diğer yandan, Doğu Akdeniz'de deniz yetki alanlarının paylaşımı sorununun şiddetlendiği bu dönemde söz konusu Kanun'un kabulü, Türkiye'nin hukuki yönden elini güçlendiren önemli bir gelişme olacaktır.

Ulusal hukukumuzun uluslararası deniz hukukunun temel kavramlarıyla uyumlu olması, ülkemizin denizlerdeki hak ve yetkilerini azami ölçüde kullanmasına katkı sağlayacaktır. Bunun en etkili yolu, deniz yetki alanlarını düzenleyen müstakil bir kanunun kabulüdür. Bir diğer alternatif olarak deniz yetki alanlarını da içine alan bir Türk Denizcilik Kanunu'nun kabulünün uygun olacağı düşünülebilir. Bu yaklaşım tarzı ideal olmakla birlikte, böyle bir kanunun hazırlanması ve üzerinde mutabakat sağlanması uzun bir zaman alacağından bu aşamada elverişli ve pratik gözükmemektedir.

KAYNAKÇA

Acar, Işılay / Yılmaz, Mutlu, "Doğu Akdeniz Kıta Sahanlığı Sorunsalı Üzerinden Doğalgaz Paylaşımı", Türkiye Coğrafyası Araştırma ve Uygulama Merkezi (TÜCAUM) 30. Yıl Uluslararası Coğrafya Sempozyumu Bildiriler Kitabı, Ankara, 3-6 Ekim 2018, ss. 597 – 607.

Acer, Yücel, "Doğu Akdeniz'de Deniz Yetki Alanları ve Türkiye – Libya Mutabakatı", Seta I Analiz, S. 301, Aralık 2019, ss. 1 – 15.

Ak, Gökhan, "Meis, Karaada ve Fener Adası'nın Doğu Akdeniz Deniz Yetki Alanları Sorununa Muhtemel Etkileri", Uluslararası Hukuk ve Politika, C. 11, S. 41, 2015, ss. 123 – 151.

Balcıoğlu, Halis, *Deniz Yetki Alanları Uyuşmazlıkları Kapsamında Doğu Akdeniz'de Durum Değerlendirmesi*, T.C. İstanbul Gelişim Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Siyaset Bilimi ve Uluslararası İlişkiler Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2016.

Balık, İsmet, "Türkiye'nin Deniz Yetki Alanları ve Kıyıdaş Ülkelerle Yetki Alanı Anlaşmazlıkları", Kent Akademisi, Kent Kültürü ve Yönetimi Hakemli Elektronik Dergi, C. 11, S. 1, Bahar 2018, ss. 86 – 98.

Başeren, Sertaç Hami, *Doğu Akdeniz'de Hukuk ve Siyaset*, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi, Ankara, 2013.

Bayıllıoğlu, Uğur, "Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi'nin 121. Maddesinin Doğu Akdeniz'de Etkisi: Meis, Karaada ve Fener Adası'nın Statüsüne İlişkin Bir Değerlendirme", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XXIII, S. 2, 2019, ss. 185 – 223.

Baykal, Ferit Hakan, *Deniz Hukuku Çalışmaları*, Alfa Yayınevi, İstanbul, 1998.

Baykal, Ferit Hakan, Devletler Hukukunda Münhasır Ekonomik Bölge Kavramı ve Hukuki Niteliği, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, 1987.

Brownlie, Ian, *Principles of Public International Law*, Oxford University Press, 2003, Oxford / Newyork, Sixth Edition.

Charney, Jonathan I., "Universal International Law", The American Journal of International Law, Vol. 87, No. 4, 1993, ss. 529 – 551.

Çelik, Edip F., *Milletlerarası Hukuk*, Birinci Kitap, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1987, 2. Baskı.

Çelik, Edip, F., *Milletlerarası Hukuk*, İkinci Kitap, Filiz Kitabevi, 1987, İstanbul.

Doğru, Sami, "Doğu Akdeniz'de Hidrokarbon Kaynakları ve Uluslararası Hukuka Göre Bölgedeki Kıta Sahanlığı ve Münhasır Ekonomik Bölge Alanlarının Sınırlandırılması", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 119, 2015, ss. 503 – 554.

Erenoğlu, Simay, "Doğu Akdeniz'de Deniz Yetki Alanlarının Sınırlandırılması Sorunu", T.C. Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Ankara, 2019.

Ertuğrul, Ümmühan Elçin, "Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesine Göre Kıyı Devletinin Egemen Hakları", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XXI, S. 1, 2017, ss. 41- 71.

Gönlübol, Mehmet, *Barış Zamanında Sahil Sularının Hukuki Statüsü*, Siyasal Bilgiler Fakültesi, Ankara, 1959.

Gündüz, Aslan, *The Concept of the Continental Shelf in Its Historical Evolution*, Marmara Üniversitesi Avrupa Topluluğu Yayın No: 490, İstanbul, 1990.

Gündüz, Aslan, "Kıta Sahanlığı Hukukunda Yeni Gelişmeler (Libya/Malta Davası)", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 1, S. 3, 1986, ss. 5 – 24.

Güngören, Bülent Okan, *Türkiye'nin Deniz Yetki Alanları üzerine Bir İnceleme*, T.C. Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Denizcilik İşletmeleri Yönetimi Ana Bilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 2006.

Işık, Nurser Gökdemir, *Kıta Sahanlığı, Hukuki Rejimi ve Ege Sorunu*, T.C. Dokuz Eylül Üniversitesi Denizcilik İşletmeleri Yönetimi Anabilim Dalı Doktora Tezi, İzmir, 2009.

Karataş, Salih, "Münhasır Ekonomik Bölge Üzerinde Üçüncü Devletlerin Hak ve Yetkileri", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 23, S. 2, 2015, ss. 79 – 110.

Kedikli, Umut / Deniz, Taşkın, "Enerji Kaynakları Mücadelesinde Doğu Akdeniz Havzası ve Deniz Yetki Alanları Uyuşmazlığı", Alternatif Politika, C. 7, S. 3, Ekim 2015, ss. 399 – 424.

Kuran, Selami, *Uluslararası Deniz Hukuku*, Türkmen Kitabevi, İstanbul, 2009, 3. Baskı.

Kütükçü, Mehmet Akif / Kaya, İslam Safa, "Uluslararası Deniz Hukuku Kapsamında Doğu Akdeniz'deki Petrol ve Doğalgaz Kaynakları İle Türkiye'nin Hukuki durumu", Batman Üniversitesi Yaşam Bilimleri Dergisi, Prof. Dr. Abdüsselam Uluçam Armağanı, C. 6, S. 2/1, 2016, ss. 81 – 96.

Özgen, Cenk, "Doğu Akdeniz'de Deniz ve Enerji Güvenliği", https://tasam.org/Files/Icerik/File/Pages_from_akdeniz_pdf_8486e1a1-bebd-4769-8836-f2852b31cc79.pdf, Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 29 Ekim 2020, ss. 33 – 42.

Özgen, Cenk, "Doğu Akdeniz'de Enerji Güvenliğine Yönelik Bir Girişim: Akdeniz Kalkanı Harekatı", Akademik ORTA DOĞU, C. 8, S. 1, 2013, ss. 101 – 114.

Özman, Aydoğan, *Deniz Hukuku I*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006.

Özman, Aydoğan, *Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi*, İstanbul Deniz Ticaret Odası Yayın No: 5, İstanbul, 1984.

Pazarcı, Hüseyin, *Uluslararası Hukuk Dersleri*, II. Kitap, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003, 7. Baskı.

Pazarcı, Hüseyin, "Kıta Sahanlığı Kavramı ve Ege Kıta Sahanlığı Sorunu", Prof. Aziz Köklü'ye Armağan, Ankara, 1984, ss. 395 – 421.

Peker, Hasan Sencer / Oktay, Kübra Öztürk / Şensoy, Yavuz, "Doğu Akdeniz'de Deniz Yetki Alanları ve Enerji Kaynakları Çerçevesinde Türkiye'nin Enerji Güvenliği", Güvenlik Bilimleri Dergisi, C. 8, S. 1, Mayıs 2019, ss. 85 – 106.

Tekil, Fahiman, *Deniz Hukuku*, Alkım Yayınevi, İstanbul, 2001, 6. Baskı.

Toluner, Sevin, *Milletlerarası Hukuk Dersleri*, Beta Yayınevi, İstanbul, 1996, 4. Baskı.

Topsoy, Fevzi, "1982 Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi Kapsamında "Barışçıl Amaçlar" Teriminin Anlamı", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 61, S. 1, 2012, ss. 383 - 414.

Ünal, Mustafa, "Doğu Akdeniz'de Münhasır Ekonomik Bölge ve Kıta Sahanlığına İlişkin Yunanistan'ın Tezleri", Selçuk 2. Uluslararası Sosyal Bilimler Kongresi, Ubak Uluslararası Bilimler Akademisi, Konya, 7 Haziran 2020, ss. 11 – 24.

Yaycı, Cihat, *Sorular ve Cevaplar İle Birlikte Münhasır Ekonomik Bölge Kavramı*, Deniz Kuvvetleri Komutanlığı Yayınevi, İstanbul, 2019.

Yaycı, Cihat, "Doğu Akdeniz'de Deniz Yetki Alanlarının Paylaşılması Sorunu ve Türkiye", Bilge Strateji, C. 4, S. 6, Bahar 2012, ss. 1 – 70.

Yıldız, Dursun, Akdeniz'in Doğusu (Tarihi Geçmişi, Stratejik Önemi ve Su Sorunu Açısından), Bizim Yayınlar, İstanbul, 2008.

https://treaties.un.org/Pages/showDetails.aspx?objid=0800000280043ad5&clang=_en, Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 21 Ekim 2020.

https : // www. un. org/Depts / los / reference _ files / chronological_lists_of_ratifications .htm#The%20United%20Nations%20Convention%20on%20the%20Law%20of %20the%20Sea, Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 18 Ekim 2020.

TÜRKIYE-KUZEY KIBRIS TÜRK CUMHURİYETİ KITA SAHANLIĞI ANLAŞMASI

The Continental Shelf Delimitation Agreement Between Turkey and TRNC

Doç. Dr. İsmail ŞAHİN*

Özet: Bu çalışmanın amacı Türkiye ile KKTC arasında imzalanan kıta sahanlığı anlaşmasını incelemektir. Doğu Akdeniz'de meydana gelen gelişmeler dikkate alındığında bu anlaşmanın önemli bir belge olduğu görülür. Çalışmada ilk önce Kıbrıs meselesi genel hatlarıyla ele alınmıştır. Nitekim Kıbrıs meselesi anlaşılmadan anlaşmayı kavramak mümkün değildir. Araştırma, ardından anlaşmanın gerekçesine, amaçlarına ve de anlaşmaya yönelik tepkilere odaklanmıştır. Aynı zamanda anlaşmaya yönelik tarafların tezlerine de çalışmada yer verilmiştir. Araştırma bazı bulgular tespit etmiştir. Bunlardan birincisi, Kıbrıs'taki egemenlik tartışmalarının artık denizlere de yayılmış olmasıdır. İkincisi, doğalgaz ve petrol tartışmalarının, Kıbrıs sorununun çözümüne ilişkin kabul edilen parametrelerden ayrı bir şekilde ele alınamayacağıdır. Son olarak üçüncüsü ise denizlere taşan çok aktörlü tartışmalarla birlikte Kıbrıs sorununun farklı bir boyut kazandığıdır. Tüm bunlar dikkate alındığında Kıbrıs sorununa kapsamlı, kalıcı ve adil bir çözüm bulunması durumunda, aynı zamanda denizlerdeki tartışmaların büyük bir kısmı da ortadan kalkacaktır. Bu çalışma inşa edilirken ulaşılabilir resmi belgelerden, gazetelerden ve konuyu esas alan bilimsel eserlerden istifade edilmiştir

Anahtar Kelimeler: Kıta Sahanlığı Anlaşması, Doğu Akdeniz, Kıbrıs, Türkiye, KKTC

Summary: The aim of this study is to examine the continental shelf agreement signed between Turkey and TRNC. Considering the developments in the Eastern Mediterranean, it is seen that this agreement is an important document. First of all, the Cyprus issue is discussed in general terms in the study. As a matter of fact, it is not possible to understand the agreement without understanding the Cyprus issue. The research then focused on the rationale, aims, and responses to the agreement. At the same time, the theses of the parties towards the agreement are included in the study. The research found some findings. The first of them is that the sovereignty debates in Cyprus now cover the seas. Secondly, the natural gas and oil discussions cannot be handled separately from the accepted parameters for the solution of the Cyprus problem. Finally, the third one is that the Cyprus problem has gained a different dimension with the multi-actor discussions overflowing the seas. Considering all these, if a comprehensive, permanent and fair solution to the Cyprus problem is found, most of the disputes about Eastern Mediterrenean sea will also disappear. The official documents, newspapers and scientific works based on the subject have been used to make up this study

Keywords: Continental Shelf Delimitation, Eastern Mediterranean, Cyprus, Turkey, TRNC.

* Ankara Hacı Bayram Üniversitesi Uluslararası İlişkiler Bölümü
ismailsahin@hbv.edu.tr, ORCID: 0000-0003-3144-7844
Makale Geliş Tarihi: 03.11.2020, Makale Kabul Tarihi: 09.11.2020

Giriş

"Türkiye Cumhuriyeti ile Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Arasında Akdeniz'de Kıta Sahanlığı Sınırlandırılması Hakkında Anlaşma"[1] mahiyeti itibariyle Türkiye ile KKTC arasında imzalanmış çok yönlü hukuki ve siyasi bir belge görünümü arz etse de, esasında Kıbrıs meselesine bir çözüm getirme amacı taşımaktadır. Bu vaziyeti anlaşmanın gerekçeleri ile amaçlarından tespit etmek mümkündür. Dolayısıyla anlaşmayı enine boyuna kavrayabilmek için öncelikle Kıbrıs sorununu genel hatlarıyla ortaya koymak, çalışmanın bütünlüğü açısından yerinde bir adım olacaktır. Öyle ki 2000'li yılların başında Kıbrıs adasının çevresinde doğalgaz ve petrol aramaya yönelik tüm faaliyetler, Kıbrıs meselesinin sorunlu mirası üzerinde yükselmektedir. Nitekim ortada Kıbrıs adasının tümünü ilgilendiren bir egemenlik meselesi vardır ve adadaki parçalanmış egemenlik sorunu çözülmeden, hidrokarbon (petrol ve doğalgaz) kaynaklarının tasarrufu ve paylaşımı konusunda tartışmasız bir sürecin ilerlemesi pek olası değildir. Buradan hareketle çalışmada öncelikle Kıbrıs meselesinin gelişimi ele alınmıştır. Meselenin özünün anlatımının ardından çalışmada anlaşmanın gerekçesine, amacına ve anlaşmaya yönelik tepkilere yer verilmiştir.

1- Genel Hatlarıyla Kıbrıs Meselesinin Gelişimi

Kıbrıs adası yaklaşık bir yıl süren büyük bir savaşın sonunda 1571 yılında Venedik Cumhuriyeti'nden alınmış ve Osmanlı Devleti'nin toprakları arasına katılmıştı. Savaş sonrasında adayı yeniden mamur hale getirip şenlendirmek amacıyla Anadolu'dan zanaatkârlar, çiftçiler ve köylüler adaya yerleştirilmişti. Fethin hemen ardından adadaki tahrir işlemleri sürerken Sultan II. Selim çıkarttığı bir fermanda adaya yönelik arzusunu şu cümlelerle ifade ediyordu:

> *"[Arzum] Herkesin kafası endişe ve tedirginlikten arınmış olarak günlük işi ve gücüyle meşgul olmasını ve adanın eski refah düzeyine tekrar kavuşmasını sağlamaktır. Zulüm ve teaddi yoluyla reayanın topraktan kaçıp dağılmasına sebep olanların hadleri bildirilecektir."*[2]

Böylece Anadolu'dan Kıbrıs'a getirilen göçmenler vasıtasıyla adanın zengin çok kültürlü yapısına Türk ve Müslüman unsuru da eklenmiş oldu. Kıbrıs'ın fethini müteakip meydana gelen İnebahtı Savaşı dikkate alındığında, adanın fethinin Osmanlı İmparatorluğu'na siyasi, askeri ve ekonomik maliyetinin çok ağır olduğu anlaşılmaktadır. 1571 yılında fiilen başlayan Osmanlı idaresi 307 yıl boyunca devam etmiş ve Rus tehdidine karşılık İngiliz desteğini almak muradıyla 4 Haziran 1878

---

[1] Metnin bundan sonraki kısmında, "kıta sahanlığı anlaşması" veya "anlaşma" olarak ifade edilecektir.

[2] Halil İnalcık, Donald Quataert, *Osmanlı İmparatorluğu'nun Ekonomik ve Sosyal Tarihi*, I Cilt: 1300 – 1600, Çev. Halil Berktay, Eren Yayıncılık, İstanbul, 2004, s. 176.

tarihinde Kıbrıs hükümranlık hakkı Osmanlı İmparatorluğu'nda kalmak koşuluyla geçici surette İngiltere'ye devredilmiştir. Sıkça karşılaşıldığı üzere bu bir "kiralama" olmayıp, koşullu ve geçici bir devirdir.

Birinci Dünya Savaşı, İngiltere'ye geçici olarak yönetimi devraldığı Kıbrıs'ı ilhak etme fırsatı sundu. Yakındoğu'dan Uzakdoğu'ya uzanan bölgesel çıkarlarında Kıbrıs'ı jeopolitik açıdan değerli bulan ve bir başka gücün eline geçmesini tehlikeli gören İngiltere, 5 Kasım 1914 tarihinde adayı ilhak ettiğini duyurdu. Türkiye bu ilhakı ve ada üzerindeki İngiliz egemenliğini Lozan Antlaşması'na kadar tanımadı.

Adada fiili İngiliz idaresi başladığı yıldan itibaren Kıbrıslı Rumların başlıca politik amacı Kıbrıs'ın Yunanistan ile birleşmesi yani Enosis oldu. 1878 yılında başlayan Enosis kampanyası etkin ve örgütlü bir şekilde 1950'li yılların sonlarına kadar devam etti. Enosis kampanyalarından İngiltere nezdinde olumlu bir sonuç alınamayınca, bu defa Yunanistan adaya self determinasyon verilmesi amacıyla 1954 yılında Kıbrıs sorununu Birleşmiş Milletlere götürme kararı aldı. Ancak Atina, Birleşmiş Milletler'den 1954-1958 yılları arasında Kıbrıs için self-determinasyon kararı çıkartmayı başaramadı. Diplomatik yöntemlerle Enosis hedefine ulaşamayan Rumlar ve Yunanlılar 1950'li yılların başında gizlice kurdukları terör örgütü EOKA vasıtasıyla bu amaçlarına ulaşmaya çalıştılar. 1 Nisan 1955 tarihinden itibaren silahlı eylemler aracılığıyla adadaki İngilizleri hedef alan EOKA'nın nihai amacı İngilizleri ve Birleşmiş Milletleri silah zoruyla Enosis'e razı etmekti.[3] Başlangıçta adadaki İngilizleri hedef alan silahlı saldırılar kısa zaman içerisinde Enosis'e karşı direnen ve Kıbrıs'ta azınlık durumuna düşmek istemeyen Türklere de yönelmeye başlayınca Kıbrıs'ta şiddet eylemleri giderek artmıştır.

Nihayetinde Kıbrıs Türklerinin Enosis'e karşı direnişleri ve örgütlenme çalışmalarına gitmeleri, Türkiye'nin Kıbrıs Türklerini desteklemekteki kararlılığı ve Gerek EOKA'nın gerekse de Yunanistan'ın Enosis'i gerçekleştirmek için BM'den tek taraflı self-determinasyon taleplerinin herhangi bir sonuç vermemesi, üç NATO müttefiki İngiltere, Türkiye ve Yunanistan arasında müzakerelerin başlatılmasına kapı aralamıştır. Kıbrıs sorununa çözüm bulma arayışının hızlanmasına, Ortadoğu ve Akdeniz'de artan Sovyet tehdidinin de itici bir etki yaptığı söylenebilir. Yunanistan ve Türkiye'deki siyasi liderlerin etkin bir inisiyatif alması sonucunda 11 Şubat 1959 tarihinde Zürih'te taraflar bir uzlaşıya varmışlardır. Hemen ardından 19 Şubat 1959 tarihinde üç devletin başbakanları Macmillan, Karamanlis ve Menderes Londra'da bir araya gelerek Kıbrıs konusundaki temel belgeleri imzalamışlardır. Adadaki iki toplumun liderlerinin onayının da alınmasıyla ortaya çıkan Zürih ve Londra Anlaşmaları bağımsızlık, iki toplumun siyasi ortaklığı ve toplumsal alanda otonomi ilkelerine dayandırılıyordu. Aynı zamanda

[3] İsmail Şahin, "Düşünceden Eyleme EOKA", Yakın Dönem Türkiye Araştırmaları, Sayı 37, 2020, ss. 21-49.

söz konusu üç devlet garantör devlet sıfatıyla Kıbrıs Cumhuriyeti'nin bağımsızlığını, ülke bütünlüğünü, güvenliğini ve anayasasının oluşturduğu temel esasları korumayı taahhüt ediyorlardı. Öz itibariyle tüm taraflar adada iki toplumun eşit siyasi hakka ve statüye sahip olduğunu antlaşmalar yoluyla kabul ediyorlardı. Ancak buna rağmen başta Kıbrıs Cumhuriyeti'nin ilk Cumhurbaşkanı Başpiskopos Makarios olmak üzere Enosis taraftarları bahsekonu antlaşmaları birer ihanet olarak gördüler. Onların nazarında Kıbrıs Türklerine azınlık haklarından öte hiçbir siyasi hak verilemezdi.

Bu nedenle Başpiskopos Makarios Cumhurbaşkanı makamına oturduğu andan itibaren ulusal ve uluslararası düzeyde antlaşmaların kendisine zorla imzalatıldığını ve adada Türklere adil olanın ötesinde haklar verildiğini yüksek sesle dillendirmeye başlayarak kendisine uluslararası destek arama yoluna başvurdu. Makarios-SSCB yakınlaşması, Bağlantısızlar Hareketi'nin Makarios'a sempati duyması, Filistin meselesi üzerinden Arap dünyasıyla yakından kurduğu ilişkiler, Küba Krizi sırasında ABD'nin Türkiye'nin güvenliğini göz ardı etmesi ve 27 Mayıs Darbesi sonrası Türkiye'de baş gösteren siyasi ve ekonomik istikrarsızlık gibi birçok faktör, Makarios'u 30 Kasım 1963 tarihinde anayasanın temel maddelerinde 13 maddelik değişiklik önerisi yapması için cesaretlendirmiştir. Makarios anayasanın tadilat önerisinin Kıbrıs Türk Toplumu Lideri ve Cumhurbaşkanı Yardımcısı Dr. Fazıl Küçük ve Türkiye tarafından reddedileceğini çok iyi biliyordu. Öyle de oldu. 13 maddelik değişiklik önerisi 16 Aralık 1963 tarihinde hem Kıbrıs Türk tarafı hem de Türkiye tarafından üzerinde düşünülmeden reddedilmiştir. Zira söz konusu öneriler antlaşmaların taahhüt ettiği siyasi eşitlik prensibine ve iki toplumun menfaatlerinin korunması için kurulan dengeye aykırıydı. Kaldı ki Makarios devlet başkanı olarak devletin kurumlarının inşasında ve işleyişinde kasıtlı bir şekilde Türklerin anayasal hak ve menfaatlerini ihlal etmekten geri durmuyordu. Dahası devlet başkanı ve Rum bakanlar devleti kuran antlaşmaları işlevsiz kılmak ve ortadan kaldırmak için Rum toplumunu kışkırtmaktan geri durmuyorlardı. Bin bir güçlükle kurulan adadaki rejimin zarar görmesinden endişe duyan Türkiye, bu olumsuz davranışların durdurulması ve adada statükonun barışçıl araçlarla devam ettirilmesi için Makarios'a birçok kez dostane diplomatik uyarılarda bulunmuştur.[4] Tüm girişimlere rağmen Makarios adada uluslararası antlaşmalar yoluyla kurulan rejimi ortadan kaldırmak ve Kıbrıs Türklerini azınlık haklarına razı etmek maksadıyla 21 Aralık 1963 tarihinde Kıbrıs Türk toplumuna karşı kapsamlı ve sistematik saldırıları başlatmıştır. Kıbrıs Türk tarihine "Kanlı Noel" adıyla geçen bu olaylarla birlikte adada antlaşmaların kurduğu düzen bozulmuş, Kıbrıs Türkleri

[4] İsmail Şahin, "Türkiye'nin Kıbrıs'ta Statükoyu Koruma Çabaları ve Makarios'un Ankara Ziyareti", Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi, 9/42, 2016, ss. 779-796.

hızlıca devlet kurumlarından uzaklaştırılmış ve Türklere yönelik toplumsal, ekonomik ve siyasi tecridin önü açılmıştır.

Sonuçta Kıbrıs sorunu uluslararası toplumun gündemini 1963 yılından bu yana meşgul etmektedir. Adada kurulan ortaklık devleti yıkılmıştır. Kıbrıs Türklerinin devletin eşit ortakları olarak haklarını kullanmalarını sağlayan tüm hukuki ve idari mekanizmalar ortadan kaldırılarak yasadışı ve gayrimeşru yeni bir siyasi ve idari durum tanzim edilmiştir. Uluslararası hukuka aykırı olarak ortaya çıkan bu yapıda Kıbrıs Türklerinin siyasi temsil hakları gasp edilmiştir. 1963 yılında meydana gelen olaylar nedeniyle Kıbrıs Cumhuriyeti dayandığı yasal zemini yitirmesine rağmen adanın meşru ve yasal tek otoritesi olarak tanınmaya devam etmiştir. Ortaklık devletinden Rum devletine dönüşen siyasi yapıyı Kıbrıs Türk tarafı ve Türkiye, hiçbir zaman kabul etmemiştir. 1963 yılında adada yıkılan rejimi yeniden onarmak ve ayağa kaldırmak amacıyla BM İyi Niyet Misyonu çerçevesinde 1968 yılında taraflar arasında siyasi eşitlik temelinde yeni bir ortaklık kurulması niyetiyle müzakereler başlatılmıştır. Üzerinden yaklaşık yarım asır geçmesine rağmen iki tarafın mutlak eşitliği ve yetki paylaşımı temelinde gerçek ortaklığa dayalı sürdürülebilir bir çözüm modelinde bir uzlaşıya henüz varılamamıştır. Taraflar ciddi şekilde ilk kez 2004 yılında bir çözüme yaklaşmıştır.

24 Nisan 2004 tarihinde iki tarafta referanduma sunulan Annan Planı'na, Rum halkının yüzde 75.83'ü "hayır", Kıbrıs Türk tarafı ise yüzde 64.91 oranında "evet" demiştir. Rum tarafının hayır oyu karşısında, BM ve AB gibi uluslararası kuruluşlar ile ABD, İngiltere, Almanya gibi devletlerin desteklediği Annan Planı geçersiz hale gelmiştir. Rum tarafının bu olumsuz tavrı yine de Güney Kıbrıs Rum Yönetimi'nin (GKRY) 1 Mayıs 2004 tarihinde, "Kıbrıs Cumhuriyeti" adı altında AB'ne tam üye olmasına ve de Kıbrıs Türklerinin yıllarca maruz kaldıkları izolasyonların sona erdirilmesine mani olmamıştır. Türk tarafına ve Türkiye'ye göre Rum tarafının "Kıbrıs Cumhuriyeti" adıyla AB'ne tam üye olarak katılması her şeyden önce Garanti Antlaşması'nın, "Kıbrıs Cumhuriyeti, ayrıca tümüyle veya bir bölümüyle herhangi bir devlet ile hiçbir şekilde siyasi veya ekonomik bütünleşmeye girmeyeceğini taahhüt eder" hükmüne aykırıydı. Ancak Rum tarafının AB'ne katılmasını destekler görüş ileri sürenler, maddede "devlet" lafzının geçtiğini oysa AB'nin devlet olmadığını savundular. Bu itirazın yanı sıra Türk tarafı ve Türkiye, GKRY'nin AB'ne girişinin Türkiye'nin 1960 Antlaşmalarına dayanan Kıbrıs üzerindeki hak ve yükümlülüklerine hiçbir şekilde halel getirmeyeceğini ifade ederek konuya ilişkin aşağıdaki görüşlerini diplomatik usuller çerçevesinde muhataplarına ve kamuoyuna duyurmuşlardır:[5]

---

[5] Altuğ Günar, "Güney Kıbrıs Rum Yönetimi'nin (Kıbrıs Cumhuriyeti'nin) Avrupa Birliği Üyeliğinin Kıbrıs Sorununa Etkisi", *Yakın Dönem Türkiye Araştırmaları*, Sayı 37, 2020, ss. 95-118;

1.AB'ne katılacak olan Rumların, Kıbrıs Türklerini veya Kıbrıs'ın tamamını temsil etmeye yetkileri bulunmamaktadır.

2.Rumların kendileriyle eşit statüye sahip Kıbrıs Türkleri ve Kıbrıs'ın bütünü üzerinde yetki veya otoriteleri bulunmamaktadır.

3.Kıbrıs'ta adanın tamamını temsil eden yasal ve meşru tek bir otorite veya hükümet söz konusu değildir.

4.Adada kendi ülke sınırları ve anayasal düzenleri içerisinde örgütlenmiş hükümet etme yetkisine sahip iki halk bulunmaktadır.

5.Türkiye garantör ülke olarak Kıbrıs Türklerinin hak ve menfaatlerini korumaya ve bu bağlamda Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'ni tanımaya devam edecektir.

2- Kıta Sahanlığı ve Doğalgaz Krizinin Başlangıcı ve Gelişimi

2000'li yılların başına doğru Doğu Akdeniz'de zengin doğalgaz ve petrol kaynaklarının bulunduğuna dair bilimsel bulguların ortaya çıkması beraberinde bölgesel düzeyde deniz yetki alanlarının sınırlandırılması sorunlarını getirdi. Haliyle bu vaziyet enerji kaynaklarının paylaşımı, işletilmesi ve nakliyesi konusunda da ciddi bir rekabeti kamçıladı. Enerji ihtiyacının her geçen gün arttığı bir iktisadi ve toplumsal sistemde, ekonomik değeri yüksek kaynakların varlığına dönük bulgular, Doğu Akdeniz'in kıyıdaş ülkelerinde ve bölgeye yakın pazarlarda ciddi bir heyecan meydana getirdi. Gelişmeleri yakından takip eden birçok akademisyen ve piyasa uzmanının, bölgedeki hidrokarbon kaynaklarının enerji ithalatçısı konumundaki kıyıdaş ülkeleri enerji ihracat eden ülke pozisyonuna getirebilecek nitelikte ve hacimde olduğunu ileri sürmesi[6], Doğu Akdeniz'in uluslararası aktörler düzeyinde enerji jeopolitiği bakımından yeniden değerlendirilmesine neden oldu. Bu durum doğal olarak Doğu Akdeniz'de sahildar ülkeler arasında hem yeni işbirliği alanlarına hem de yeni ittifaklar kurulmasına yansıdı. Bu bağlamda 14 Ocak 2019 tarihinde Kahire'de bir araya gelen Güney Kıbrıs, Yunanistan, İsrail, İtalya, Ürdün, Filistin ve Mısır, Doğu Akdeniz Gaz Forumu'nu kurduklarını ilan ettiler. Forumun genel amacı bölgesel enerji kaynaklarının üretimi, tüketimi ve pazarlanması süreçlerinde aktif işbirliği yapmak olarak bildirildi. Yakın bir gelecekte bölgesel bir örgüte dönüştürülmesi beklenen Doğu Akdeniz Gaz Forumu'nun Arap ve Avrupa ülkeleri arasında güçlü bir işbirliği ağı meydana getirebileceği düşünülmektedir.

Nitekim ABD ve AB'nin gözlemci statüsüne sahip olmak istediği; Birleşik Arap Emirlikleri ile Fransa'nın da foruma üye olmak için diplomatik girişimler başlattıkları bilinmektedir. Diğer taraftan forumun

---

[6] Recep Yorulmaz, Doğu Akdeniz'de Ekonomi-Politik Stratejiler ve Türkiye, Orsam Yayınları, No. 139, Ankara, 2020, s. 3.

kuruluşunun ve resmi sıfat kazanmasının, İsrail-Arap ilişkilerinin güçlendirilmesine önemli katkılar sunacağı tahmin edilmektedir. Doğu Akdeniz'i yeni bir enerji üssüne dönüştürme hedefiyle bir araya gelen forum üyelerinin odağında enerji güvenliği bulunmaktadır. Zira forumun üzerinde durduğu önemli bir proje de Doğu Akdeniz gazının Avrupa pazarlarına ulaştırılması için deniz altından boru hattı inşa etmektir. Doğu Akdeniz doğal gazını deniz altından Avrupa'nın güneyine ulaştırması planlanan boru hattı, EastMed projesi olarak bilinmektedir. Projeye göre İsrail'den çıkarılacak doğalgaz, su altı boru hattıyla önce Güney Kıbrıs'a getirilecek ve oradan da Girit adasına götürülecektir. Buradan ise Yunanistan ve İtalya üzerinden Avrupa'ya ulaştırılacaktır. Yaklaşık 1900 kilometre uzunluğunda olması planlanan boru hattıyla yıllık 12 milyar metreküp doğalgazın Avrupa'ya taşınması hedeflenmektedir. Yıllık ortalama 500 milyar metreküp doğalgaz tüketimi yapan Avrupa için EastMed projesinin hem ihtiyacı karşılama hem de maliyet bakımından cazip olmadığını öne süren birçok görüş mevcuttur. Projeye ilişkin ekonomik eleştirilerin yanı sıra güzergâhla ilgili de ciddi problemler söz konusudur. 2025 yılında faaliyete girmesi beklenen EastMed boru hattı projesi için belirlenen rota, Türkiye'nin ilan ettiği deniz yetki alanları içerisinde kalmaktadır ve Türkiye'nin her fırsatta kendisinin ve KKTC'nin dâhil edilmediği hiçbir projeye müsaade etmeyeceğini ifade etmesi diplomatik gerginliklere yol açmaktadır. Yunanistan, İsrail ve Güney Kıbrıs EastMed doğalgaz boru hattının yapımını öngören prensip anlaşmasını 2 Ocak 2020 tarihinde Atina'da imzaladı. Adı geçen ülkelerin temsilcileri, bu anlaşmanın Türkiye ya da herhangi başka bir ülkeye karşı olmadığını belirtmesine rağmen yapılan açıklamalar Ankara'nın kuşkularını gidermedi. Türk hükümetine göre İsrail-Güney Kıbrıs-Yunanistan arasında yapılan ittifakın ana gayesi Türkiye'yi denizlerden çevrelemektir.

Ayrıca Ankara nazarında Doğu Akdeniz Gaz Forumu ile EastMed projesi iyi niyetli olmayan siyasi girişimlerdir ve esas amaçları Türkiye ve KKTC'yi Doğu Akdeniz'deki enerji denkleminden dışlamaktır.[7] Türkiye bu nedenle söz konusu iki projeyi bölgesel işbirliğinin geliştirilmesi yolunda atılmış gerçekçi bir adım olarak görmemektedir. Adı geçen projelerin her ne kadar Avrupa kıtasına enerji sevkiyatıyla ilgili olduğu sıklıkla ifade edilse de Türkiye'nin Doğu Akdeniz'deki etkinliğini sınırlama şeklinde bir amaç taşıdığı meydana gelen gelişmelerden anlaşılmaktadır. Kaldı ki Türkiye'nin Doğu Akdeniz'de defalarca yinelediği diyalog ve müzakere çağrılarının şimdiye kadar yanıtsız kalması, Türk hükümetinde ve Türk kamuoyunda, "bilinçli dışlanmışlık" düşüncesinin yerleşmesine neden olduğu dikkatlerden kaçmamaktadır. Kıbrıs sorununa adil ve kalıcı bir çözüm getirilmeden

[7] Türkiye Dışişleri Bakanlığı (MFA), "Dışişleri Bakanlığı Sözcüsü Hami Aksoy'un Doğu Akdeniz Gaz Forumu'nun Uluslararası Bir Kuruluşa Dönüştürülmesine Yönelik Toplantı Hakkındaki Soruya Cevabı", 16 Ocak 2020. http://www.mfa.gov.tr/sc_-3_-dogu-akdeniz-gaz-forumu-hk-sc.tr.mfa (E.T. 08.10.2020).

adanın çevresindeki doğal zenginliklerin tek taraflı yönetimi ve paylaşımı, Kıbrıs Türk tarafının hukuki ve meşru haklarını ortadan kaldıran durumlar oluşturmaktadır. Yine benzer şekilde GKRY ile Mısır arasında 2003 yılında imzalanan MEB anlaşması Türkiye'nin kıta sahanlığını ihlal etmektedir. Tüm bu hususların diplomatik teamüller çerçevesinde ele alınıp müzakere edilmesi gerekmektedir. En azından Kıbrıs'ta adil ve kalıcı bir çözüm bulunana kadar adanın etrafındaki kaynakların iki halk arasında hakça yönetimi ve paylaşımı için her iki tarafın temsil edildiği ortak bir komisyonun kurulması, adada çözüm için de bir uzlaşı zemini yaratabilirdi. Ancak GKRY adanın tek meşru otoritesi olduğu iddiasıyla hiçbir surette yetki paylaşımına ve işbirliğine açık olmadığını gözler önüne sermesi, Doğu Akdeniz'de Türkiye ile KKTC arasında daha yakın bir işbirliği kurulmasının yolunu açtığı söylenebilir.

3- Türkiye-KKTC Kıta Sahanlığı Anlaşması

1968 yılından bu yana müzakere edilen fakat bir türlü çözülemeyen Kıbrıs sorunu, Doğu Akdeniz'de yeni enerji kaynaklarının keşfiyle farklı bir boyuta taşındı. Kamuoyunda yer bulan araştırmalara göre sadece Kıbrıs, Lübnan, Suriye ve İsrail arasında kalan Levant havzasında 3.45 trilyon metreküp doğalgaz ve 1.7 milyar varil petrol bulunmaktadır.[8] Ekonomik ve stratejik değeri yüksek bu enerji kaynağı, Doğu Akdeniz'e kıyıdaş ülkeler içerisinde deniz yetki alanlarının sınırlandırılmasına yönelik adımların atılmasına kapı araladı. Bu bağlamda ilk adımı atan GKRY oldu.

Türkiye ve KKTC, GKRY'nin 2003 yılından itibaren Doğu Akdeniz'deki ülkelerle deniz yetki alanlarını ilgilendiren ikili anlaşmalar yapmasını endişeyle takip etmiştir. Türkiye ve KKTC makamları yaptıkları resmi açıklamalarda, Kıbrıs adasının deniz alanlarında Kıbrıs Türklerinin de hak ve yetkilerinin bulunduğunu, GKRY'nin adanın tümünü bağlayan kararlar ihdas edemeyeceğini, bu nedenle de Rum tarafının bölge ülkeleriyle yaptığı anlaşmaların yok hükmünde olduğunu ifade etmişlerdir. Buna karşılık Rum tarafı, adada tanınmış resmi tek devlet "Kıbrıs Cumhuriyeti" olduğundan, doğal kaynaklar konusunda hareket etme yetkisinin sadece kendilerinde bulunduğunu ileri sürmüştür. Türkiye, 2007 yılında GKRY'nin ilan ettiği münhasır ekonomik bölgede petrol ve doğalgaz arama için uluslararası ihale açmasına karşı çıkmış ancak bu itiraza rağmen Rum tarafı Ağustos 2011'de 12. parsel için yakın bir zaman içinde ABD'ye ait Noble Energy tarafından sondaj çalışmalarının başlayacağını duyurmuştur. Hâlbuki GKRY'nin bu yaklaşımı, Kıbrıs müzakerelerinin devam ettiği bir dönemde hem iyi niyet hem de ahde vefa kurallarına aykırıydı. Zira iki toplum arasında sürdürülen müzakerelerde adanın tüm doğal kaynakları

[8] Yorulmaz, s. 5.

"merkezi hükümetin" yetkisine bırakılıyordu. O nedenle GKRY'nin bu açıklamasına KKTC'den 17 Ağustos 2011 tarihinde sert bir tepki geldi. KKTC hükümeti, Rum tarafının sondaj faaliyetlerini askıya almaması halinde, KKTC'nin de benzer anlaşmalar yaparak adanın deniz alanlarında petrol ve doğalgaz arama faaliyetleri yürüteceğini, Rum makamlarına iletti. Ne Türkiye'nin ne de KKTC'nin uyarılarına kulak asan GKRY, Noble Energy'nin, "Afrodit" adı verilen 12. parselde petrol ve doğalgaz arama faaliyetlerine başladığı bilgisini 19 Eylül 2011 günü kamuoyuyla paylaştı. Rum tarafının bu adımı, artan doğalgaz gerginliğini iyice tırmandırırken Kıbrıs müzakerelerini de gölgeledi. Bu tarihten sonra Kıbrıs meselesi için de yeni bir süreç başlamış oldu. Şurası çok açıktır ki Türkiye ile KKTC arasındaki kıta sahanlığı sınırlandırma anlaşması bir zorunluluktan doğdu. Türkiye ve KKTC'nin Rum yönetimini, petrol ve doğalgaz aramaları konusunda sürekli uyarmasından somut bir netice elde edilememesi, bu anlaşmanın temel nedenleri arasında yer almaktadır. Nitekim KKTC Dışişleri Bakanlığı yaptığı açıklamada anlaşmanın nedenini şu ifadelerle özetlemiştir:

> *"Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti ile Türkiye Cumhuriyeti arasında 21 Eylül 2011 tarihinde imzalanan "Kıta Sahanlığı Sınırlandırma Anlaşması" tamamıyla Kıbrıs Rum tarafının 19 Eylül 2011 tarihinde Kıbrıslı Türklerin varlığını gözardı ederek sondaj faaliyetlerine başlaması üzerine, Kıbrıslı Türklerin meşru hak ve çıkarlarını korumak için atılmış bir adımdır."*[9]

Açıklamadan anlaşılacağı üzere Türkiye ile KKTC arasında imzalanan "Kıta Sahanlığı Sınırlandırma Anlaşması" Rum tarafının tek taraflı eylemlerine bir tepki olarak ortaya çıkmıştır. Bu noktada KKTC'nin Rum tarafına yönelik itirazlarını aşağıdaki şekilde maddeler halinde özetlemek mümkündür.

1.Kıbrıs Türk halkı adanın iki eşit ortağından biridir. Diğer konularda da olduğu gibi, adanın deniz yetki alanlarındaki doğal kaynakların araştırılması, çıkartılması ve işletilmesinde de eşit ve meşru haklara sahiptir.

2.Rum tarafının kendisini adanın tümü üzerinde yetkili tek meşru yönetim olduğunu ileri sürerek, adanın tümü adına deniz yetki alanları sınırlandırma anlaşmaları yapması kabul edilir bir durum olmayıp, söz konusu anlaşmalar ve diğer eylemler KKTC otoritelerini bağlamaz.

3.GKRY makamları, Kıbrıs Türklerinin haklarını göz ardı ederek, adanın doğal zenginlikleri üzerinde tek taraflı tasarruflarda bulunmaya, bu bağlamda Kıbrıs Türklerinin hak ve menfaatlerini gasp etmeye ısrarla devam etmektedir.

---

9 KKTC MFA, "Akdeniz'de Kıta Sahanlığı Sınırlandırması Anlaşması hakkında basın açıklaması", 2 Mayıs 2014, https://mfa.gov.ct.tr/tr/akdenizde-kita-sahanligi-sinirlandirmasi-anlasmasi-hakkinda-basin-aciklamasi/ (E.T. 25.09.2010).

4.Rum tarafının KKTC'nin varlığını inkâra dayalı tepkiler vermesi, mesnetsiz ve yersiz olduğu kadar, tek taraflı bir irade beyanından öte bir anlam taşımamaktadır.

5.Kıbrıs Türk tarafı, adanın doğal kaynaklarının paylaşımının karşılıklı diyalog, iyi niyet ve hakkaniyet ölçüsünde çözülmesine taraftardır.

6.Kıbrıs meselesine bulunacak kapsamlı çözüme kadar petrol ve doğalgaz faaliyetleri askıya alınmalı veyahut BM aracılığıyla ortak bir komite kurularak adanın doğal kaynaklarının hakça paylaşımına yönelik çalışmalar yürütülmelidir.

Kıbrıs Türk tarafının bu önerilerinin veya itirazlarının hiçbiri Rum tarafı tarafından dikkate alınmayınca ve de Rum tarafının fiili olarak sondaj faaliyetlerine başlaması üzerine 21 Eylül 2011 tarihinde BM Genel Kurulu toplantıları için New York'ta bulunan Türkiye Başbakanı Recep Tayyip Erdoğan ile KKTC Cumhurbaşkanı Derviş Eroğlu arasında "Kıta Sahanlığı Sınırlandırma Anlaşması" imzalandı. Türkiye ve KKTC'nin bölgede petrol ve doğalgaz arama faaliyetlerini birlikte yürütmelerine imkân tanıyan anlaşma için Başbakan Erdoğan yaptığı açıklamada, "bugün imzaladığımız bu anlaşma ile KKTC'nin Akdeniz'deki kıta sahanlıklarının bir bölümü, uluslararası hukuka uygun olarak ve hakça ilkeler dikkate alınarak, belirlenen 27 coğrafi koordinatın birleştirilmesiyle elde edilen bir çizgiyle sınırlandırılmıştır"[10] sözlerine yer vermiştir. Ayrıca Erdoğan, Doğu Akdeniz'de petrol ve doğalgaz faaliyetleri kapsamında GKRY ile işbirliği yapan uluslararası enerji şirketlerinin Türkiye'deki projelere alınmaması ve bu firmalara bazı yaptırımların uygulanması için Enerji Bakanlığı tarafından bir çalışma yürütüleceğini söylemiştir. KKTC Cumhurbaşkanı Eroğlu ise ilgili anlaşmaya ilişkin aşağıdaki değerlendirmeyi yapmıştır:

> "*Rum tarafının 2003 yılından bu yana Kıbrıs adasının deniz alanlarındaki zenginlikleri, tek yanlı ve hukuka aykırı bir biçimde düzenleme ve işletme faaliyetlerine girişmiştir. (...) Türkiye Cumhuriyeti ile imzalamış olduğumuz bu antlaşma Rum muhataplarımızı bu davranışlarından vazgeçirmeye yönelik önleyici bir tedbir niteliğindedir. (...) Kıbrıs'ın etrafındaki tüm zenginliklerin hem Kıbrıslı Türklere, hem de Kıbrıslı Rumlara aittir. (...) Bu konulardaki antlaşmaların ve ruhsatların sadece Kıbrıslı Rumların iradesiyle verilmesini kabul etmek Kıbrıslı Türklere yapılabilecek en önemli haksızlıktır. (...) Umudumuz en azından bu noktadan sonra Rum tarafının aklıselim bir davranış içerisine girerek bu eylemlerini*

[10] "Kritik anlaşma New York'ta imzalandı", https://haberkibris.com/8c855a86-2011_09_21.html (E.T. 25.09.2020).

sona erdirmesidir. Uluslararası aktörlerden de beklentimiz Rum tarafını bu yönde teşvik etmeleridir, aklın yolu bunu gerektirir."[11]

Doğu Akdeniz'de enerji kaynakları konusunda ciddi gelişmelerin yaşandığı bir dönemde, iki ülke karşılıklı haklarını korumak amacıyla önemli bir diplomatik metne imza atmıştı. Anlaşmanın iki mühim sonucu vardı. Birincisi, Kıbrıs Türklerinin adanın tüm kıta sahanlığı üzerinde meşru, eşit ve ayrılmaz hakları olduğunu öne çıkarmasıydı. Böylece KKTC'nin adanın kıta sahanlığının tümü üzerindeki meşru haklarını korumakta kararlı olduğu bir kez daha gösterilmiştir. İkincisi ise, anlaşmanın Türkiye'ye adanın tüm deniz yetki alanlarında petrol ve doğalgaz arama faaliyetleri yürütebilmesi için hukuki bir zemin oluşturmasıdır. Anlaşma sayesinde iki ülke, GKRY ile diplomatik açıdan eşitliği sağlayabilmiştir. Nitekim anlaşmanın ertesi günü Başbakan İrsen Küçük başkanlığında olağanüstü toplanan KKTC Bakanlar Kurulu, Türkiye Petrolleri Anonim Ortaklığı'na (TPAO) Kuzey Kıbrıs deniz yetki alanlarında petrol ve doğalgaz arama ruhsatı verme kararı aldı. Bu kararın alınmasından dört gün sonra (26 Eylül) Piri Reis gemisi sismik çalışmalara başlamak üzere Kıbrıs açıklarına gönderildi. Artık Türkiye ve KKTC için diplomatik toleransın sınırının eşiği aşılmıştı. Türkiye ve KKTC ihtimal dâhilindeki bütün alternatifleri değerlendirmişti. Yine de Rum tarafının taleplerini frenlemeyi başaramamışlardı. Bu tablo üzerine iki ülke, ortak hak ve menfaatlerine yönelik tehdidi yerinde karşılık vermek maksadıyla somut adımlar atmak zorunda kalmıştır. Anlaşmadan umulan gaye çok açıktı: Türkiye'nin kıta sahanlığının güvenliğini sağlamak ve Kıbrıs'ta iki topluma ait olan kaynakların tek yanlı olarak kullanılmasının önüne geçmek. Nitekim Rum tarafının 19 Eylül 2011 tarihinde doğalgaz sondaj çalışmalarını fiilen başlatmasıyla iki ülkenin hak ve menfaatlerine yönelen tehdit ve ihlal somutlaşmıştı. TBMM Dış İlişkiler Komisyonu'nun anlaşmaya ilişkin raporunda, "KKTC ve GKRY arasında oluşan asimetrinin mukabil eylemler ile dengelenmesinin hedeflendiği" belirtiliyordu.[12] Bu cümle anlaşmanın hangi saikle yapıldığını hiçbir tartışmaya mahal bırakmayacak şekilde özetliyordu.

4- Anlaşmanın Sınırları ve Esasları

Toplamda 6 maddeden oluşan anlaşmayla, iki ülkenin arasındaki kıta sahanlığı sınırlandırma çizgisi doğuda 35-49-09.889K ile 34-48-51.634D koordinatlarında; batıda ise 35-33-09.584K ile 32-16-18D koordinatları olarak belirlenmişlerdir. İki ülke bu sınırlandırmanın doğu

---

[11] Anadolu Ajansı, "KKTC ile imza atıldı", https://www.aa.com.tr/tr/dunya/kktc-ile-imza-atildi/411724 (E.T. 27.09.2020).

[12] "Türkiye Cumhuriyeti ile Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Arasında Akdenizde Kıta Sahanlığı Sınırlandırılması Hakkında Anlaşmanın Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun Tasarısı ve Dışişleri Komisyonu Raporu", 1/471, 19 Aralık 2011, https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss114.pdf (E.T. 10.09.2020).

ve batıda daha uzağa doğru uzatılarak çizilmesini diğer kıyıdaş ülkelerle uluslararası hukuk kurallarına ve hakkaniyet ilkelerine göre yapılacak anlaşmalarla gerçekleştirilmesi konusunda da bir uzlaşıya varmışlardır. Ayrıca anlaşmanın 4. maddesiyle anlaşmanın Kıbrıs Türklerinin adanın kıta sahanlığının tümü üzerindeki meşru, eşit ve ayrılmaz haklarına halel getirmeyeceği vurgulanmıştır.

İki ülke, iyi komşuluk ve dostluk ilişkilerini daha derinleştirmek üzere kendi kıta sahanlıklarındaki doğal kaynakları araştırmak ve işletmek amacıyla egemenlik haklarını kullandıklarını beyan etmişlerdi. Doğu Akdeniz'de hidrokarbon kaynakları üzerinden gelişen ihtilaflar veya ittifaklar Türkiye ile KKTC arasında işbirliğini zorunlu kılıyordu. Dolayısıyla akit taraflar uluslararası hukukun ilgili ilkelerini ve kurallarını göz önünde bulundurarak hakça ilkeler esasına göre kıta sahanlığı sınırlandırmasına gitmişlerdi. Uluslararası hukuk kuralları ve hakkaniyet ilkeleri ışığında kaleme alınan anlaşmada öne çıkan bir diğer durum ise Kıbrıs meselesine kapsamlı çözüm bulunması çabalarının sürdürülecek olmasıydı.

Kıta sahanlığı anlaşması adadaki siyasi eşitlik prensibinin bir sonucu olarak doğmuştu ve bu eşitliği ortadan kaldırmaya yönelik fiiliyata dökülen teşebbüsleri azaltma veya ortadan kaldırma niyetiyle sınırlıydı. Anlaşma ile Kıbrıs Türklerinin adanın doğal zenginliklerinden eşit olarak yararlanma hakkı bulunduğu ve bu hakkın Rumlar tarafından ihlal edilmesine müsaade edilmeyeceği teyit ediliyordu. Anlaşmanın gerekçe ve hükümlerinden kolayca anlaşılabileceği üzere Kıbrıs Türklerine adanın kıta sahanlığı üzerinde tam ve etkin bir eşitlik sağlamak temel ilkedir. Özellikle anlaşmanın 1. maddesinde atıfta bulunulan, "hakkaniyet ilkeleri" ile deniz yetki alanlarının "adaletli bir bölüşüme" tabi tutulması gerektiği ön plana çıkartılmıştır. Ayrıca bu vurgunun hukuki bir temeli de bulunmaktadır. 1982 tarihli BM Deniz Hukuku Sözleşmesi'nin 74. maddesine göre, karşı veya bitişik kıyılara sahip devletler arasındaki münhasır ekonomik bölgenin sınırlandırılmasının, "hakkaniyete uygun bir anlaşmayla" yapılması şarttır.[13] Bu şarttan maksat kıyıdaş ülkeler arasında adil bir çözüm bulma ihtiyacıdır. Nitekim Akdeniz gibi yarı-kapalı denizlerde karşı veya bitişik kıyılara sahip ülkeler arasında münhasır ekonomik bölge tespitinde karşılaşılan en büyük sorun, deniz yetki alanlarının hakça paylaşılmasıdır. Kaldı ki yarı-kapalı denizlerde bölgenin coğrafi özellikleri de dikkate alınmak zorundadır. Hakkaniyet, adil paylaşım ve coğrafi esaslar şeklindeki bölgesel önceliklerin dikkate alınmadığı deniz yetki alanları sınırlandırılmalarının uluslararası davalara konu olması buradan ileri gelmektedir. Bilindiği üzere Yunanistan ile Türkiye arasında yaşanan kıta sahanlığı ihtilafının özünde, Atina'nın Türkiye'ye yakın adaları devreye sokarak kıta sahanlığını genişletme çabası vardır.

[13] Malcolm N. Shaw, Uluslararası Hukuk, Tüba Yay., Çev. İbrahim Kaya, 8. Baskı, Ankara, 2018, s. 427.

Bu vaziyet doğal olarak, Türkiye ve Yunanistan gibi iki karşılıklı devlet arasındaki sınırlandırmaya Ankara'nın itirazına yol açan bir orantısızlık getirmektedir.

Anlaşmaya Yönelik Tepkiler

A. KKTC Muhalefeti

Türkiye ile KKTC arasında önleyici bir tedbir mahiyetinde imzalanan anlaşmaya ilişkin KKTC, GKRY ve Yunanistan'dan tepkiler gelmiştir. KKTC Anayasası'nın 90/1 maddesine göre, devlet adına yabancı devletlerle veya uluslararası kuruluşlarla yapılacak antlaşmaların onaylanması Cumhuriyet Meclisinin onaylamayı bir yasa ile uygun bulmasına bağlıdır.[14] Bu kural çerçevesinde KKTC Bakanlar Kurulu, 28 Eylül 2011 tarihindeki toplantısında söz konusu anlaşmayı onaylayarak Meclis'e sevk etmiştir. Ana muhalefet partisi konumundaki Cumhuriyetçi Türk Partisi - Birleşik Güçler (CTP-BG) Parti Meclisi, Türkiye ile KKTC arasında imzalanan kıta sahanlığı anlaşmasına 5 Ekim 2011'de yaptığı toplantıda meclis oylamasında "hayır" oyu verme kararı almıştır. Parti "hayır" kararına ilişkin gerekçelerini ise 7 maddede toplamıştır:[15]

1.Kıbrıs Türk halkının varlığı, kimliği, iradesi göz ardı edilmiştir.

2.Cumhurbaşkanı yetkilerini aşmış, Meclisi devre dışı bırakmıştır.

3.Kıbrıs Rum yönetimi, çözüm sürecini zora sokacak bir sorumsuzlukla davranmış, arama girişimini ısrarla sürdürmüştür. Türk tarafı ise karşı tavrıyla aynı hataya düşmüştür.

4.Anlaşma içeriği Kıbrıslı Türklerin hak ve çıkarlarını gözetmiyor. Adımıza imzalanan bu anlaşma için kim, nerede, nasıl bir müzakere yürütmüştür?

5.KKTC Meclisinin iradesine büyük saygısızlık yapılmıştır.

6.Yapılan anlaşmanın çözüm sürecine bir katkısı yoktur.

7.CTP-BG için en öncelikli ve şaşmaz hedef Kıbrıs sorununun çözümüdür.

27 Aralık 1970 yılında kurulan Cumhuriyetçi Türk Partisi, tüzüğünde belirttiği üzere sosyalist ilkelere ve değerlere bağlı siyasi bir partidir.[16] CTP Kıbrıs sorununun çözümüne ilişkin, iki bölgeli, iki

---

14 KKTC Anayasası, Madde 90/1.

15 Kıbrıs Postası, "CTP'den Meclis'te oylanacak TC ile Kıta Sahanlığı anlaşmasına 'hayır'", 5 Ekim 2011, https://www.kibrispostasi.com/c35-KIBRIS_HABERLERI/n63471-ctpden-mecliste-oylanacak-tc-ile-kita-sahanligi-anlasmasina-hayi (E.T. 22.10.2020).

16 Cumhuriyetçi Türk Partisi Parti Tüzüğü, https://www.cumhuriyetciturkpartisi.org/tuzuk.html (E.T. 25.10.2020).

toplumlu, siyasal eşitliğe dayalı, AB ilkelerine bağlı federasyon tezini savunmaktadır. CTP için her zaman öncelikli amaç, Kıbrıs sorununun yukarıdaki parametreler ölçüsünde çözüme kavuşturulması olmuştur. CTP'ye göre "Kıbrıs Cumhuriyeti Devleti" demokratik meşruiyetini yitirmiş, gayrimeşru bir otoritedir ve uluslararası hukuk bakımından "yasal" olarak görülmesi bu durumu ortadan kaldırmaz. Kıbrıs Rum yönetiminin münhasır ekonomik bölge anlaşmaları yapmasını ve uluslararası şirketlere petrol ve doğalgaz arama ruhsatları vermesini tasvip etmeyen CTP için tüm bu eylemler ve faaliyetler adadaki çözüm sürecini zora sokan kötü niyetli davranışlardır. CTP organları, ada üzerindeki ve etrafındaki canlı ve cansız bütün doğal zenginliklerin yalnızca Rumlara ait olmadığını, adada yaşayan tüm insanların ortak hakkı olduğunu, yazılı ve sözlü yaptığı birçok açıklamada vurgulamıştır. Fakat CTP'ye göre bu hakkın paylaşımı çözüm sonrasına bırakılmalıdır. CTP'nin adanın deniz alanlarında doğalgaz ve petrol aramalarına ilişkin siyasi tavrının odağında Kıbrıs sorunu vardır. Buna göre adada kalıcı ve adil çözüm bulunana kadar petrol ve doğalgaz meselesine yönelik ne Türk tarafı ne de Rum tarafı herhangi bir tek taraflı adım atmalıdır. Bu görüşten hareketle CTP, Türkiye ile KKTC arasında yapılan kıta sahanlığı anlaşmasını adanın bölünmüşlüğünü kalıcı hale getireceğini ileri sürmektedir. Bunun yanında parti nazarında kıta sahanlığı anlaşması, Kıbrıs sorununun çözüm parametrelerine aykırı ve barışa engel bir girişim olarak görülmektedir. CTP organlarınca Kıbrıs'ı çevreleyen denizlerde doğalgaz ve petrol kaynaklarına dair şimdiye kadar atılan tüm adımlar, adayı barıştan uzaklaştıran ve daha büyük bir çatışma ortamına sürükleyen tehditler olarak değerlendirilmektedir. Hâlbuki söz konusu anlaşmanın 4. maddesinde yer alan, "akit taraflar Kıbrıs meselesine kapsamlı çözüm bulunması çabalarını sürdüreceklerdir" hükmüyle, söz konusu anlaşmanın çözümden uzaklaşmak ya da çözüm sürecini ortadan kaldırmak gibi bir niyet taşımadığı sarih bir şekilde ortaya konmuştur. Ayrıca Cumhurbaşkanı Derviş Eroğlu'nun 24 Eylül 2011 tarihinde New York'ta BM Genel Sekreteri'ne, GKRY ve KKTC'nin denizdeki arama ve sondaj faaliyetlerini "karşılıklı ve eşzamanlı olarak durdurmaları" teklifini iletmesi, Türkiye ve KKTC tarafının adadaki önceliğinin doğal kaynakların paylaşımından ziyade kalıcı ve adil bir çözüme ulaşma arzusu olduğunu ortaya koyması bakımından oldukça önemlidir. Bu nedenle kıta sahanlığı anlaşmasının nihai hedefi, Rum tarafını hidrokarbon kaynakları konusunda tek taraflı adım atmasını önlemek, Kıbrıs Türkleriyle birlikte hareket etmesini sağlamaktır. Dolayısıyla kıta sahanlığı anlaşmasının önleyici ve caydırıcı yönü göz ardı edilmemelidir.

CTP'nin siyasi itirazları haricindeki diğer karşı çıkışları dikkate alındığında, bunların anayasal bir temele dayanmadığı anlaşılmaktadır. Nitekim KKTC Anayasası'na göre yalnızca usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası antlaşmalar yasa hükmündedir. Bu bağlamda KKTC adına yabancı devletlerle veya uluslararası kuruluşlarla anlaşmalar

yapma yetkisi yürütmenin görev alanına girmektedir. Anayasaya ilgili hükmüne göre, "yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından Anayasa ve yasalara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir."[17] Yine KKTC Anayasası devletin ve toplumun birliğini ve bütünlüğünü temsil etme yetkisini, "Devletin Başı" sıfatıyla Cumhurbaşkanına vermiştir.[18] Dolayısıyla Cumhurbaşkanı bu sıfatla devleti adına her türlü anlaşmayı görüşme ve imzalama yetkisine sahiptir. Kaldı ki anayasal bir kural olarak anlaşmalar ancak imzalandıktan sonra kabul veya ret edilmek üzere Meclisin gündemine gelir. O halde KKTC adına yabancı devletlerle veya uluslararası kuruluşlarla yapılacak antlaşmaların onaylanma sürecinin tamamlanması için Meclisin onaylamayı bir yasa ile uygun bulması gerekmektedir. Tüm bu hususlar dikkate alındığında, Cumhurbaşkanı Eroğlu'nun yetkilerini aştığı, Meclisin iradesinin yok sayıldığı şeklindeki ithamların hukuki bir geçerliliği bulunmamaktadır.

CTP'nin anlaşmayı esas alan başka bir itiraz noktası ise Kıbrıs Türk halkının varlığı, kimliği, iradesi ile hak ve menfaatlerinin göz ardı edilmiş olduğudur. Bu itiraza ilişkin CTP'nin detaylı bir izahat yapmadığı, sadece, "Kıbrıs Türk halkının çıkarlarını ne oranda ve hangi kriterler dâhilinde gözettiğinin bilinmediği"[19] ifadeleriyle özetlemeye çalıştığı tespit edilmiştir. Oysa adı geçen anlaşmanın 4. maddesi, Kıbrıs Türklerinin Kıbrıs adasının kıta sahanlığının tümü üzerindeki meşru, eşit ve ayrılmaz haklarının var olduğunu teyit etmesi bakımından kıymeti yüksek hukuki bir metindir. Burada altı çizilmesi gereken önemli bir husus da Kıbrıs Türklerinin hak ve menfaatlerinin GKRY tarafından gasp edildiğidir. Yoksa Türkiye ile KKTC arasında herhangi bir yetki veya hak gaspından söz etmek mümkün değildir. Kaldı ki anlaşmanın 3. maddesi, her iki tarafın da kıta sahanlığı alanına girecek doğal kaynak rezervinin en verimli şekilde nasıl işletileceği konusunu müştereken saptamak üzere görüşmeler yapılmasını karara bağlamıştır. Bir bütün olarak değerlendirildiğinde kıta sahanlığı anlaşmasında uluslararası hukukun ilkelerinin esas alındığı, iyi komşuluk, hakça ilkeleri ön plana çıkardığı ve nihayetinde adil ve karşılıklı kabul edilebilir çözüm modelini prensip edindiği kolaylıkla anlaşılmaktadır. Sonuç itibariyle Kıbrıs Türkleri bu anlaşmayla ne ada genelinde ne de Türkiye ile ilişkilerinde hak ve menfaat kaybına uğramıştır. Dahası Türkiye nazarında ve de anlaşmayla doğan uluslararası hukuk tahtında adanın sadece kuzeyinde değil tümü üzerinde hak ve yetkilere sahip olduğu bir kez daha teyit edilmiştir.

Son tahlilde uzun süren tartışmaların neticesinde Cumhuriyet Meclisi Genel Kurulu, "Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti ile Türkiye

---

17 KKTC Anayasası, Madde 5.

18 KKTC Anayasası, Madde 102.

19 Kıbrıs Postası, "CTP'den Meclis'te oylanacak TC ile Kıta Sahanlığı anlaşmasına 'hayır'", 5 Ekim 2011, https://www.kibrispostasi.com/c35-KIBRIS_HABERLERI /n63471-ctpden-mecliste-oylanacak-tc-ile-kita-sahanligi-anlasmasina-hayi (E.T. 22.10.2020).

Cumhuriyeti Arasında Akdeniz'de Kıta Sahanlığı Sınırlandırılması Hakkında Anlaşmanın Uygun Bulunmasına İlişkin (Onay) Yasa Tasarısı"nı 9 Ocak 2011 tarihinde oyçokluğuyla kabul etmiştir.[20] Oturuma katılan vekillerin 28'inin "kabul", 8'inin ise "ret" oyu verdiği oylamaya 14 vekilin de katılmadığı görülmüştür. Anlaşmaya, CTP ve Toplumcu Demokrasi Partisi'nin (TDP) ret oyu vereceği, oylama öncesinde parti organları tarafından açıklanmıştı.

B- Yunanistan ve GKRY

Türkiye ile KKTC arasında imzalanan kıta sahanlığı anlaşmasına en büyük tepki, beklenildiği üzere Yunanistan ve GKRY'den gelmiştir. Söz konusu iki devlet nazarında bütün ada toprakları üzerindeki tek yasal ve meşru otorite "Kıbrıs Cumhuriyeti"dir ve bu nedenle KKTC'nin hiçbir resmi ve meşru hüviyeti bulunmamaktadır. O nedenle yapılan anlaşmanın her türlü hukuki zeminden yoksun olduğu ve hiçbir bağlayıcı yönünün bulunmadığı öne sürülmüştür.[21] Başka bir ifadeyle KKTC'nin uluslararası anlaşma yapma ehliyeti ile Kıbrıs adasına ilişkin herhangi bir tasarrufta bulunma yetkisi yoktur. Yunanistan ve GKRY bu iddialarını BM Güvenlik Konseyi'nin 1964 yılından bu yana Kıbrıs'taki statü için aldığı kararlar ile 18 Kasım 1983 tarihli 541 sayılı karara dayandırmaktadırlar. Güvenlik Konseyi'nin kararlarına ek olarak 2004 yılında GKRY'nin "Kıbrıs Cumhuriyeti" sıfatıyla AB üyesi olmasını da, Rum ve Yunan iddialarına güç katmaktadır. 15 Kasım 1983'te KKTC'nin bağımsızlığını ilan etmesi üzerine 18 Kasım günü Güvenlik Konseyi 541 sayılı kararı almıştır. Kararda, KKTC'nin bağımsızlık ilânının "hukuken geçersiz" olduğu, "Kıbrıs Cumhuriyeti"nin egemenliğine, bağımsızlığına ve toprak bütünlüğüne saygı gösterilmesi ve nihayetinde BM üyesi devletlerden "Kıbrıs Cumhuriyeti"nden başka bir devleti tanımamaları talep edilmiştir.[22]

Rum ve Yunan tarafının itirazlarının odak noktasının, anlaşmanın muhteviyatından öte "KKTC'nin hukuki varlığı" olduğu görülmektedir. Buna göre yok hükmünde olan bir devletin kıta sahanlığı anlaşması yapma yetkisi de söz konusu değildir. Nitekim Yunanistan Dışişleri Bakanlığı Sözcüsü Grigoris Delavekuras, anlaşmanın uluslararası hukuka aykırı olduğundan ötürü "geçersiz ve hükümsüz" olacağını iddia

---

[20] Anlaşma onay veren yasa 18 Ocak 2012 tarih ve 11 sayılı KKTC Resmi Gazetesi'nde yayımlanmıştır. Diğer taraftan TBMM de anlaşmayı uygun bulan kanunu 29 Haziran 2012 tarihinde kabul etmiştir. İlgili yasa 12 Temmuz 2012 tarih ve 28351 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

[21] Jonathon Burch, "Turkey-North Cyprus gas deal set to raise regional tensions", Reuters, 21 Eylül 2011, https://www.reuters.com/article/us-turkey-cyprus-idUSTRE78K5AC20110921 (E.T. 15.09.2020).

[22] Soyalp Tamçelik, BM Güvenlik Konseyi'nin Kıbrıs'la İlgili Aldığı Bazı Kararların Özellikleri ve Analitik Değerlendirmesi (1964-1992), Turkish Studies, Volume 8/12, Fall 2013, p. 1229-1268, s. 1251.

etmişti.[23] Rum Yönetimi Başkanı Dimitris Hristofyas ise yukarıdaki eleştirilere ilave olarak anlaşmanın "Kıbrıs Cumhuriyeti"nin egemenlik haklarına ve münhasır ekonomik bölge sınırlarına yönelik bir tehdit olduğunu ileri sürdü.[24] Rum ve Yunan tarafına göre, Türkiye "Kıbrıs Cumhuriyeti"nin münhasır ekonomik bölgesi içerisinde yer alan hidrokarbon kaynaklarını araştırma ve kullanmaya dönük egemenlik hakkını kullanmasına ortaya koyduğu tehditler vasıtasıyla müsaade etmemektedir. Yine Hristofyas, adanın etrafında sürdürülen hidrokarbon araştırmaları ile Kıbrıs sorunu arasında bir bağ kurmanın mümkün olmadığını, bu iddiaların "sakat mazeretler"[25] olduğunu ifade etmiştir.

KKTC devlet olmanın maddi ve manevi unsurlarını taşıyan siyasi bir yapıdır. KKTC'nin tanınmaması ise siyasi bir karardır. Zira bir devleti tanıyıp tanımama kararı büyük ölçüde siyasi mülahazalara bağlı olarak ortaya çıkar. Nitekim KKTC'nin tanınmaması tanımanın hukuki neticelerinin yürürlüğe girmesinden duyulan endişeden kaynaklanmaktadır. Yoksa KKTC'nin kendi toprakları üzerinde sağlıklı bir otoritesi ve egemenliği olmadığından ileri gelmemektedir. Açıkça ifade etmek gerekirse KKTC'nin tanınması hukuk terminolojisine giydirilmiş olsa da, tamamen politik bir karardır. Kaldı ki KKTC organlarının düzenlediği seçimler, Mal Tanzim Komisyonu, mahkeme kararları gibi birçok siyasi ve hukuki sonuç doğuran kararlar uluslararası düzeyde tanınmaktadır. Buradan hareketle KKTC'nin uluslararası hukuk önünde yetki ve yükümlülüklerden yoksun olduğunu ve hukuksal hiçbir sonuç doğurucu davranışta bulunamayacağını iddia etmek temelsiz bir yaklaşımdır.[26] Örneğin, 1948 yılında Kolombiya'nın başkenti Bogota'da kabul edilen Amerikan Devletleri Örgütü Şartı, "Bir devletin politik olarak varlığı, diğer devletler tarafından tanınmasından bağımsızdır. Tanınmadan önce dahi söz konusu devletin bütünlüğünü ve bağımsızlığını savunma hakkı vardır"[27] ilkesine yer vererek tanımanın hukukta devlet olma durumuna karşı kati bir argüman olmadığını belirtmektedir. Sonuç itibariyle KKTC, sınırları belirlenmiş bir toprak parçasına ve belli bir nüfusa, bu toprak parçası üzerinde organize bir

---

[23] Aljazeera Turk, "Kıta Sahanlığı Anlaşması imzalandı", 22 Eylül 2011, http://www.aljazeera.com.tr/haber/kita-sahanligi-anlasmasi-imzalandi (E.T. 20.10.2020).

[24] Kıbrıs Postası, "Hristofyas: Kıta sahanlığı anlaşması tahrikten başka bir şey değil", 30 Eylül 2011, https://www.kibrispostasi.com/c58-GUNEY_KIBRIS/n63072-hristofyas-kita-sahanligi-anlasmasi-tahrikten-baska-bir-sey-degi (E.T. 30.09.2020).

[25] Kıbrıs Postası, "Hristofyas: Kıta sahanlığı anlaşması tahrikten başka bir şey değil", 30 Eylül 2011, https://www.kibrispostasi.com/c58-GUNEY_KIBRIS/n63072-hristofyas-kita-sahanligi-anlasmasi-tahrikten-baska-bir-sey-degi (E.T. 30.09.2020).

[26] Mehmet Emin Çağıran, "Türkiye-KKTC Kıta Sahanlığı Sınırlandırma Anlaşmasının Geçerliliğiyle İlgili İddialar", ORSAM, 29 Eylül 2011, https://www.orsam.org.tr/tr/turkiye-kktc-kita-sahanligi-sinirlandirma-anlasmasinin-gecerliligiyle-ilgili-iddialar/ (E.T. 22.09.2020).

[27] Shaw, 2018, s. 317.

hükümete ve de dış ilişkilerini yürütebilecek kapasiteye sahip bir devlettir. Bu vaziyet apaçık ortadayken KKTC ile Türkiye arasında imzalanan anlaşmayı yok hükmünde ilan etmek, gerçekçi bir tutum değildir.

Sonuç

Türkiye ile KKTC arasında imzalanan kıta sahanlığı anlaşması, Doğu Akdeniz'de meydana gelişmelere Türkiye ve KKTC'nin aktif bir şekilde katılımını sağlayan önemli bir belgedir. Akit taraflar bu anlaşma sayesinde GKRY'nin adanın tümü üzerinde tek başına mutlak hâkimiyet kurma girişimine son vermiştir. Anlaşma aynı zamanda Kıbrıslı Rumların Türkler üzerinde siyasi hâkimiyet kurma düşüncesine de gösterilmiş bir tepkinin yansımasıdır.

GKRY'nin Kıbrıs Türklerini doğal kaynaklar konusunda alınan kararlarda egemenlik sürecinin bir parçası haline getirmemesi, bunun aksine adadaki egemenliğin mutlak sahibi olduğu iddiasıyla kendi kararlarını Kıbrıs Türklerine empoze etmeye çalışması, hem Kıbrıs Türklerinde hem de Kıbrıs'taki üç garantör devletten biri konumundaki Türkiye'de haklı tepkilere yol açmıştır. Rum tarafının Kıbrıs adasının tümünü bağlayıcı kararlar alması ve bu durumu uluslararası tanınırlığın siyasal gücüne dayalı egemenlik iddiasıyla meşrulaştırma gayreti, KKTC tarafından ulusal yetkilerini aşan yönetim ve siyasal bir kontrol veyahut müdahale biçimi olarak görülmüştür.

Anlaşmanın siyasal açıdan üç açık mesajı bulunmaktadır. Bunlardan ilki, ada üzerinde iki eşit siyasi otoritenin varlığıdır. İkincisi, Kıbrıs Türklerinin adanın kıta sahanlığının tümü üzerinde meşru, eşit ve ayrılmaz haklara sahip olduğudur. Son olarak üçüncüsü ise, Türkiye'nin adada çözüm olmadıkça Akdeniz'deki muhatabının KKTC olduğunu beyan etmesidir. Tüm bunlar KKTC'nin egemenlik haklarının dokunulmazlığını esas alan adımlar şeklinde yorumlanabilir. Aynı zamanda anlaşmanın hukuki ve siyasi ölçekte mütekabiliyet ve iyi niyet üzerine inşa edildiğini söylemek mümkündür.

Bu bağlamda anlaşmayı doğuran esas faktör muhatabın yetki aşan davranışlarıdır. Buna göre anlaşmanın varmak istediği nihai hedef, Kıbrıs'ta kalıcı bir çözümdür. Anlaşma bu doğrultuda caydırıcı ve önleyici bir tedbir olarak tasavvur edilmiştir. Nitekim GKRY'nin sondaj faaliyetlerine fiilen başlaması durumunda böylesine bir anlaşmanın imzalanacağı önceden bildirilmiştir. Haliyle Türkiye ve KKTC'nin bu adımını barışçıl yollarla bir çözüme ulaşma şeklinde tasvir etmek yerinde bir tespit olacaktır. Başlangıçta hiçbir şekilde Türkiye'ye hak vermeyen aktörlerin anlaşmaya binaen atılan adımlar sonrasında Ankara'nın da belirli ölçüde haklı olabileceği yönünde kanaat değiştirmesi, anlaşmanın diplomatik niteliğini göstermesi bakımından önemlidir.

KAYNAKÇA

Resmi Yayınlar

Cumhuriyetçi Türk Partisi Parti Tüzüğü

Dışişleri Bakanlığı (MFA), "Dışişleri Bakanlığı Sözcüsü Hami Aksoy'un Doğu Akdeniz Gaz Forumu'nun Uluslararası Bir Kuruluşa Dönüştürülmesine Yönelik Toplantı Hakkındaki Soruya Cevabı", 16 Ocak 2020. http://www.mfa.gov.tr/sc_-3_-dogu-akdeniz-gaz-forumu-hk-sc.tr.mfa (E.T. 08.10.2020).

KKTC Anayasası

KKTC MFA, "Akdeniz'de Kıta Sahanlığı Sınırlandırması Anlaşması hakkında basın açıklaması", 2 Mayıs 2014, https://mfa.gov.ct.tr/tr/akdenizde-kita-sahanligi-sinirlandirmasi-anlasmasi-hakkinda-basin-aciklamasi/ (E.T. 25.09.2010).

T.C. Cumhurbaşkanlığı Resmi Gazete, "Türkiye Cumhuriyeti ile Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Arasında Akdenizde Kıta Sahanlığı Sınırlandırılması Hakkında Anlaşmanın Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun", S. 28351, 12 Temmuz 2012.

Türkiye Cumhuriyeti ile Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Arasında Akdenizde Kıta Sahanlığı Sınırlandırılması Hakkında Anlaşmanın Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun Tasarısı ve Dışişleri Komisyonu Raporu", 1/471, 19 Aralık 2011.

Araştırma Eserler

Altuğ Günar, "Güney Kıbrıs Rum Yönetimi'nin (Kıbrıs Cumhuriyeti'nin) Avrupa Birliği Üyeliğinin Kıbrıs Sorununa Etkisi", Yakın Dönem Türkiye Araştırmaları, Sayı 37, 2020, ss. 95-118.

Halil İnalcık, Donald Quataert, Osmanlı İmparatorluğu'nun Ekonomik ve Sosyal Tarihi, I Cilt: 1300 – 1600, Çev. Halil Berktay, Eren Yayıncılık, İstanbul, 2004.

Hüseyin Pazarcı, Uluslararası Hukuk, 8. Baskı, Turan Kitabevi, Ankara, 2009.

İsmail Şahin, "Düşünceden Eyleme EOKA", Yakın Dönem Türkiye Araştırmaları, Sayı 37, 2020, ss. 21-49.

İsmail Şahin, "Türkiye'nin Kıbrıs'ta Statükoyu Koruma Çabaları ve Makarios'un Ankara Ziyareti", Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi, 9/42, 2016, ss. 779-796.

Jonathon Burch, "Turkey-North Cyprus gas deal set to raise regional tensions", Reuters, 21 Eylül 2011, https://www.reuters.com/article/us-turkey-cyprus-idUSTRE78K5AC20110921 (E.T. 15.09.2020).

Malcolm N. Shaw, Uluslararası Hukuk, Tüba Yay., Çev. İbrahim Kaya, 8. Baskı, Ankara, 2018.

Mehmet Emin Çağıran, "Türkiye-KKTC Kıta Sahanlığı Sınırlandırma Anlaşmasının Geçerliliğiyle İlgili İddialar", ORSAM, 29 Eylül 2011, https://www.orsam.org.tr/tr/turkiye-kktc-kita-sahanligi-sinirlandirma-anlasmasinin-gecerliligiyle-ilgili-iddialar/ (E.T. 22.09.2020).

Recep Yorulmaz, Doğu Akdeniz'de Ekonomi-Politik Stratejiler ve Türkiye, Orsam Yayınları, No. 139, Ankara, 2020.

Soyalp Tamçelik, BM Güvenlik Konseyi'nin Kıbrıs'la İlgili Aldığı Bazı Kararların Özellikleri ve Analitik Değerlendirmesi (1964-1992), Turkish Studies, Volume 8/12, Fall 2013, p. 1229-1268.

Gazeteler ve Haber Siteleri

Anadolu Ajansı

haberkibris.com

Reuters

Kıbrıs Postası

Aljazeera Turk

KAMU HUKUKU

TECRİT KURUMUNA GÖNDERME TEDBİRİ

Sicherungsverwahrung

Prof. Dr. Ayşe NUHOĞLU*

Özet: Suçun önlenmesi cezanın amaçlarından biri olsa da, bazı hükümlülerin cezaevinden çıktıktan sonra tekrar suç işledikleri de gerçektir. Bazı hallerde hükümlünün infazdan sonra tekrar suç işleyeceği ihtimalinin çok yüksek olmasına rağmen, hukuk bu kişiler karşısında çaresiz kalmakta, işlenecek suçları önleyememektedir. Almanya ve diğer bazı devletlerin hukuk sistemlerinde kabul edilen tecrit kurumuna gönderme tedbiri, tekrar suç işlemesi ihtimaline karşı, toplumu bu tehlikeli suçlulara karşı korumaktadır. Şiddet içeren suçlarda ve özellikle cinsel suçlarda tecrit kurumuna gönderme tedbirinin toplumun korunması amacına hizmet edeceği ve bu nedenle Ceza Kanununda düzenlenmesi halinde, ölüm cezasının tekrar kabulüne ihtiyaç kalmayacağı söylenebilir. Bu makalede tedbire ilişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararı ile Alman Anayasa Mahkemesi kararı da yapılacak düzenlemede göz önünde bulundurulması amacıyla incelenmiştir..

Anahtar Kelimeler: Güvenlik tedbirleri, suçu önleme, tehlikelilik, tecrit kurumuna gönderme.

Zusammenfassung: Obwohl die Kriminalitätsprävention ein Strafzweck ist, begehen einige Verurteilte nach ihrer Entlassung wieder Straftaten. Das Rechtssystem steht der Tatsache, dass die Rückfallquote nach dem Strafvollzug sehr hoch ist, hilflos gegenüber und kann diese neuen Taten nicht verhindern. Die Sicherungsverwahrung, die es im deutschen Recht und einigen anderen Ländern gibt, schützt die Gesellschaft vor gefährlichen Straftätern und erneuten Straftaten. Die Normierung der Sicherungsverwahrung für Gewaltverbrechen und insbesondere Sexualdelikte dient dem Schutz der Gesellschaft. Durch solch eine Regelung wäre auch eine eventuelle Wiedereinführung der Todesstrafe hinfällig. In diesem Zusammenhang werden die Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte und des deutschen Verfassungsgerichts ebenfalls dargelegt, damit diese bei einer Regelung zu Grunde gelegt und beachtet werden können.

Schlüsselwörter: Die Maßregeln der Sicherung und Besserung, Kriminalitätsprävention, Gefährlichkeit, Sicherungsverwahrung.

* İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ayse.nuhoglu@medipol.edu.tr, ORCID: 0000-0002-0536-6517
Makale Geliş Tarihi: 30.10.2020, Makale Kabul Tarihi: 19.11.2020

I. Giriş

Türk Ceza Kanunu'nun adalet ve kanun önünde eşitlik başlıklı 3. maddesi uyarınca, "suç işleyen kişi hakkında işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunur". Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunun 3. maddesi uyarınca, ceza ve güvenlik tedbirlerinin infazı ile ulaşılmak istenilen temel amaç, öncelikle genel ve özel önlemeyi sağlamak, bu maksatla hükümlünün yeniden suç işlemesini engelleyici etkenleri güçlendirmek, toplumu suça karşı korumak, hükümlünün; yeniden sosyalleşmesini teşvik etmek, üretken ve kanunlara, nizamlara ve toplumsal kurallara saygılı, sorumluluk taşıyan bir yaşam biçimine uyumunu kolaylaştırmaktır. Maddeden de anlaşılacağı üzere diğer amaçlar yanında hükümlünün sosyalleşmesini, rehabilitasyonunu sağlamak ceza ve güvenlik tedbirlerinin temel amacıdır. Ancak her hükümlünün rehabilitasyon ihtiyacının derecesi, türü ve süresi farklıdır. Bazı hükümlülerde bu süre çok uzun olabilmektedir. Bu nedenle günümüz ceza kanunlarında cezaların suçluların kişiliğine uydurulması veya bireyselleştirilmesi amacıyla birtakım kurumlar bulunmaktadır. Örneğin şartlı salıverme kurumunun uygulanabilmesi için, diğer koşullar yanında hükümlünün iyi halli olması gerekir. Erteleme kurumunun uygulanabilmesi için tekrar suç işlemeyeceği yönünde mahkemede kanaat oluşması gerekir.

Görüleceği üzere hukukumuzda cezanın bireyselleştirilmesini sağlayan kurumların hepsi, hükmedilen hapis cezasının, cezaevinde geçirilmesi gereken süreyi kısaltmaya yönelik kurumlardır. Hükümlü, ceza infaz süresini tamamlayıp, cezaevinden çıkarken, sosyalleşmediği, toplumsal tehlikeliliğinin halen devam ettiği bilinse dahi, bu hükümlü serbest bırakılmak zorundadır, aksi halde kanunsuz özgürlük kısıtlaması söz konusu olacağından başta Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve diğer uluslararası sözleşmelere olduğu gibi, Anayasa'ya ve diğer kanunlara da aykırılık söz konusu olacaktır. Ancak bugün toplumda, bazı hükümlülerin sosyalleşmeden ceza süresini tamamlayıp cezaevinden çıktıkları ve çıktıktan kısa bir süre sonra suç işleyerek tekrar cezaevine döndükleri bilinen bir gerçektir. Hafif suç işleyip cezaevine girip, infaz tamamlanıp çıktıktan sonra daha ağır suçlar işleyerek tekrar cezaevlerine girenlerin bulunduğu da bilen bir gerçektir. İşte bu suçlulara karşı cezanın yetersiz olduğu, hükümlünün sosyalleşmesini sağmaladığı, toplumu bu suçluya karşı koruyamadığı sonucu ortaya çıkmaktadır.

Özellikle cezaların hafif olduğu, yetersiz olduğu bu nedenle suç işlendiği veya tekerrür olduğu gerekçeleriyle ölüm cezası tartışmaları zaman zaman gündeme gelmektedir. Aslında bu gibi durumlarda ölüm cezasını savunanların çoğu, halihazırda hükmedilen cezaların yetersiz olduğu, hafif olduğu, bu tür hükümlülere karşı toplumun korunması gerektiği ve cezanın caydırıcı olması gerektiğini ileri sürmektedir. Oysa Türk Ceza Kanunu, Kara Avrupası hukuk sistemini kabul eden diğer ülke kanunları ile karşılaştırıldığında cezaların, bu ülke kanunlarına nazaran oldukça ağır olduğu görülecektir.

Bu makaleyi kaleme almama sebep olan husus da tam buradadır. Hukukumuzda cezalar ağır, fakat infaz sisteminde bulunan ve/veya sonradan çıkarılan koşullu salıverme kanunları ile infaz süreleri kısaltılmaktadır. Bu tür uygulamalar cezanın caydırıcılığını olumsuz yönde etkilemekte ve toplumda suçluların çok hafif cezalandırıldığı veya hiç cezalandırılmadığı gibi bir algı oluşturmaktadır. Toplumdaki bu algıyı ortadan kaldırmak üzere zaman zaman ölüm cezasının tekrar düzenlenmesi gündeme gelmektedir. Oysa ölüm cezasını tekrar kabul etmek, Türkiye'nin uluslararası yükümlülükleri düşünüldüğünde mümkün değildir, böyle bir ihtimal akla dahi getirilmemelidir. Ancak tehlikeli suçlulara karşı toplumun korunması da gerekmektedir. İşte bu noktada Avrupa'da birçok ülke ceza kanunlarında yer alan tecrit kurumuna gönderme tedbiri bir çare olabilir. Özellikle tekerrür oranı yüksek olan, kişiye karşı şiddet içeren ağır suçlarda, toplumu aynı suçlu tarafından işlenebilecek yeni suçlardan korumak ve suçlunun da sosyalleşmeden toplumun arasına katılmasını engellemek amacıyla bu tedbir uygulanabilir. Burada akla gelen ilk suç grubu cinsel dokunulmazlığa karşı olan suçlardır. Bu suçlar sebebiyle hakkındaki hapis cezası infaz edilen kişi, cezanın infazından sonra, hala tehlikeli ise, bu suçları işleme tehlikesi varsa, tehlikeliliği ortadan kalkıncaya kadar tecrit kurumunda tutulabilir. Benzer şekilde kadına yönelik şiddet fiillerinden ağır olanlarında, fail eylemin gerektirdiği hapis cezası ile cezalandırıldıktan ve cezanın infazı tamamlandıktan sonra, tekrar şiddet uygulama ihtimali varsa tecrit kurumuna gönderilebilir. Bu kişiler hakkında kurumda tedavi ve terapi metotları uygulanacaktır. Örneğin şiddet uygulama eğilimi olan kişiye, öfke kontrol mekanizmaları öğretilerek, bunun önüne geçilebilecektir.

II. Tehlikeli Faillerin Toplumdan Tecrit Edilmesi Tedbiri

A. Kavram

Alman Ceza Kanunu 66. paragrafta "Sicherungsverwahrung", Avusturya Ceza Kanunu 23. paragrafta "Unterbringung in einer Anstalt für gefährliche Rückfallstäter" ve İsviçre Ceza Kanunu 64. maddede "Verwahrung" terimleri kullanılmaktadır. Bu Almanca terimler "güvenlik tedbiri olarak muhafaza altına alma",[1] "tehlikeli suçluların güvenlik nedeniyle kapatılması",[2] şeklinde tercüme edilmiştir. Tedbirin amacına bakıldığında, tehlikeli suçluları toplumdan ayrı tutmak, toplumu korumak amacı göz önüne alındığında "tehlikeli suçluların

[1] Yenisey, Feridun/PlagemannGottfried; Alman Ceza Kanunu Strafgesezbuch (StGB) , 2. Baskı, İstanbul 2015, s. 69; Mehmet Emre Yıldız; Ceza Hukukunda Akıl hastalığının Kusur Yeteneğine Etkisi ve Akıl Hastalarına Özgü Güvenlik Tedbirleri, Ankara 2020, s. 542.

[2] Demirbaş, Timur; *Ceza Hukuku Genel Hükümler,* 14. Bası, Ankara 2019, s. 653.

tecrit kurumuna gönderilmesi" olarak isimlendirmenin yerinde olacağını düşünmekteyim.

B. Tehlikeli Suçlularla Mücadele

Mukayeseli hukukta, tehlikeli suçlularla mücadelede birden fazla yöntem uygulanmaktadır. Alman (§ 66), İsviçre (m. 64) ve Avusturya (§ 23) ceza kanunlarında tehlikeli suçlularla mücadele etmek ve toplumu bu tehlikeli suçlulardan korumak için tecrit kurumuna gönderme tedbiri uygulanmakta iken, hukukumuzda böyle bir tedbir bulunmamaktadır. Bu tedbire ilişkin hükümler 1977 yılında İngiltere'de yürürlükten kaldırılmıştır.[3] Fransız Ceza Kanununda ise 131-36-1. maddelerinde tekerrürü önlemek amacına hizmet eden "sosyal gözetim altına alma" tedbiri/yaptırımı düzenlenmiştir.

Avrupa Birliğine üye ülkelerde Almanya'ya ek olarak, sözleşmeye taraf en az yedi devletin akıl hastası olarak kabul edilmeyen hükümlüler için, yani ceza sorumluluğu tam olan ve tekrar suç işleme eğilimi nedeniyle toplum açısından tehlikeli olarak kabul edilen suçlular için koruma sistemleri sağlanmıştır. Bu devletler Avusturya, Danimarka, İtalya, Lihtenştayn, San Marino, Slovakya ve İsviçre'dir. Bu ülkelerde, özgürlük kısıtlaması genellikle görevlin mahkemeler tarafından hükmedilir ve genellikle ilgili kişiler hapis cezası ile cezalandırıldığında uygulanır. Hükümlülerin tehlikelilikleri düzenli aralıklarla kontrol edilir ve artık toplum için bir tehlike oluşturmamaları koşuluyla serbest bırakılırlar.[4]

Ceza Kanunumuzda tehlikeli suçlulara ilişkin özel bir yaptırım bulunmasa da, bunların cezalarının infazının ağırlaştırılacağına dair Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'da düzenlemeler bulunmaktadır. Ayrıca TCK'da (m. 6) itiyadi suçlu, suçu meslek edinen kişi, örgüt mensubu suçlu gibi kavramlar kabul edilerek, tehlikeli suçlular hakkında ceza infazının ağırlaştırılması yöntemi benimsenmiştir. Tekerrür (TCK 58) kurumu da hukukumuzda güvenlik tedbirleri arasında düzenlenmiş ve mükerrirler hakkında infazın ağırlaştırılması sistemi benimsenmiştir. Gerçekten TCK 58. maddenin başlığı "suçta tekerrür ve özel tehlikeli suçlular"dır. TCK 58. maddenin

---

[3] Allen Claud; Die Behandlung der gefärlichen Gewohnheitsverbrecher im englischen Strafrecht, ZStW, Band 80, 1968, 163 vd. İngiliz hukukunda tedbirin yürülükten kaldırılmasının gerekçesi, failin yaşam kusuru nedeniyle işlediği suçtaki kusurunu aşan bir şekilde özgürlüğünün kısıtlanamayacağıdır.(Horstkotte, Hartmuth: Die Vorschriften des ersten Gesetzes zur Reform des Strafrechts über den Rückfall und über die Maßregeln der Sicherung und Besserung, JZ 1970, Nr. 5/6, 154). İngiliz mahkemeleri, İHAS'ne taraf diğer devletlerden farklı olarak, müebbed hapis cezasında, cezanın cezalandırıcı kısmı ile önleyici kısmı arasında açıkça ayrım yaparlar (Mücke kararı, prg. 73). Hollanda, İtalya,İsveç ve Polonya hukuku açısından bkz. Nuhoğlu, Ayşe; *Ceza Hukukunda Emniyet Tedbileri,* Ankara 1997, s. 262.

[4] Mücke kararı, prg. 70. Kararın almanca metni için bkz. https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/egmr/04/19359-04-1.php (erişim tarihi 01.10.2020)

düzenlemesinden kanun koyucunun itiyadi suçlu, mükerirler, suçu meslek edinen kişiler ve örgüt mensubu suçluları özel tehlikeli suçlu olarak tasnif ettiği anlaşılmaktadır.

Tecrit kurumuna gönderme tedbiri, ağır suçlar işlemiş ve bu bağımlılığı yüzünden ağır suçlar işleme tehlikesi olan kişilerden toplumun korunmasına hizmet eder. Tedbirin amacı, tehlikeli suçluya karşı toplumun güven altına alınmasıdır: Tedbire hükmedilirken iyileştirme düşüncesi hiç rol oynamaz, ancak infaz aşamasında sosyalleştirme düşüncesi gündeme gelir (Alman CK 66c). Tedbir failin kusurundan bağımsız, sadece özel tehlikelilik bakış açısıyla hükmedilir.[5]

Görüleceği üzere tehlikeli suçlulardan toplumu korumak amacıyla ülkeler genellikle iki sistemden birini benimsemektedir. Bunlardan ilki Türk hukuk sisteminde olduğu gibi, cezanın infazını ağırlaştırmak, veya İspanya da olduğu gibi cezanın ağırlaştırılması sistemi,[6] ikincisi ise Alman, Avusturya ve İsviçre hukuklarında olduğu gibi, cezanın yanında ve cezanın infazından sonra uygulanmak üzere güvenlik tedbiri hükmetmek, bu halde sadece cezanın, tehlikeli faile karşı toplumu koruyamayacağı kabul edilmektedir. Sadece önleme amacına yönelik tedbirlerle toplumun, tehlikeli itiyadi suçlulardan korunmasına ilişkin yaptırımlarda, bireysel kusur ve tehlikelilik farklılaştırılır.[7]

C. Tecrit Kurumuna Gönderme Tedbirinin Alman Hukukundaki Gelişimi

Tecrit kurumuna gönderme tedbiri Alman Ceza Kanununa ilk olarak, 24.11.1933 tarihinde girmiştir 25.06.1969 tarihli I. Ceza Kanunu Reform Kanunu ile kapsamı genişletilmiştir. Bu hüküm yaklaşık 25 yıl hiç değiştirilmeden uygulanmıştır. 1996 ve 1997 yıllarında iki çocuğa tecavüz edilip öldürülmeleri toplumda büyük bir infial uyandırmış ve toplumda şiddet suçlarında ve özellikle cinsel suçlarda cezaların ağırlaştırılması yönünde bir hareket başlamıştır. Bunun üzerine Cinsel Suçlarla ve Diğer Tehlikeli Suçlarla Mücadele Kanunu (SexBG) ile 26.01.1998 tarihinde tecrit kurumuna gönderme tedbirine hükmedilmesinin koşulları değiştirilmiştir. 1998 ile 2008 yılları arasında Alman kanun koyucusu altı farklı kanunla tecrit kurumuna gönderme tedbirine ilişkin hükmü on noktada değiştirmiştir.[8] Öğretide Almanya'da tedbire hükmedilme koşullarının 1998 yılından 2012 yılına kadar birçok

---

5 Meier, Bernd-Dieter; Strafrechtliche Sanktionen, 4. Auflage, Springer, 2015,s. 345.

6 Ruth Rissing-van Saan/Jens Peglau; in: Strafgezetsbuch Leipziger Kommentar Grosskommentar 12. Neu bearbeitete Auflaga, Dritter Band § 56 bis 79b, De Gruyter Recht Berlin 2008, § 66, kn.1.

7 Rissing-van Saan/Peglau, in: LK § 66, kn. 1.

8 Schöch, Heinz; Sicherungsverwahrung im Übergang, s. 48, in: https://www.nk.nomos.de/fileadmin/nk/doc/Aufsatz_NK_12_02.pdf (erişim tarihi 12.10.2020)

kez değiştirildiği ve Alman CK 66. paragrafının, karmaşık, kafa karıştırıcı bir yapıya büründüğü eleştirileri yapılmaktadır.[9]

Ayrıntıları aşağıda belirtilen Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 17.12.2009 tarihli kararından sonra Alman kanun koyucusu tecrit kurumuna gönderme tedbirini 22.12.2010[10] tarihinde yeniden düzenlemiştir. 22.12.2010 tarihinde Alman kanun koyucusu yaptığı değişiklikle tecrit kurumuna gönderme tedbirinin koşullarını sınırlandırmış, tedbire hükmedilmesini zorlaştırmış, ayrıca Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararına tepki olarak, tecrit kurumunda geçirmesi gereken azami süreyi (10 yıl) geçirmiş olmasına rağmen, failin psikolojik bir rahatsızlığı varsa ve bu rahatsızlık sebebiyle yaşama, beden dokunulmazlığına, kişisel özgürlüğe veya cinsel dokunulmazlığa karşı bir suç işleme ihtimali yüksek ise, terapi amacıyla bir kuruma yatırılabileceğine ilişkin bir değişikliği kabul etmiştir.[11]

Son olarak 05.12.2012 tarihli Kanunla[12] Tecrit Kurumuna Gönderme Tedbirinin Uygulanması Hakkında Kanun ile bu kuruma ilişkin hükümlerde değişiklikler yapılmıştır.

D. Tedbirin Amacı

Tedbirin amacı, toplumu tehlikeli faillerden korumaktır.[13] Tedbir suç karşılığı özgürlüğü bağlayıcı cezaya ek olarak hükmedilmektedir, bu durumda failin özgürlüğü, önemli toplumsal menfaatin varlığı halinde, kusurunun da ötesinde kısıtlanmaktadır.[14]

Tecrit kurumuna gönderme tedbiri ceza hukukunda ancak ağır suçlarda başvurulabilen en son araçtır. Diğer yaptırımlarla toplumun korunması görevinin yerine getirilemediği hallerde, itiyadi kronik suçlular hakkında bu tedbir uygulanır.[15]

Fail, tedbirin infazı devam ettiği sürece, topluma zarar veremeyecek şekilde koruma altında tutulur. Bununla birlikte Alman İnfaz Kanunu'nun tecrit kurumuna gönderme tedbirinin amacı başlıklı 129. maddesine göre[16] tedbirin amacı, toplumun korunması için, kişinin

---

9 Meier, s. 349.

10 Yürürlüğe giriş tarihi 01.01.2011.

11 Schöch, s. 50.

12 Yürürlüğe giriş tarihi 01.06.2013 bkz. https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/__66c.html (erişim 02.10.2020).

13 Kögler, Matthias, Die Zeitliche unbesstimmtheit freiheitsentziehender Sanktionen des Strafrechts, Eine vergleichende Untersuchung zur Rechtslage und Strafvollstreckungspraxis in der Bundesrepublik Deutsclands und den USA, Diss., Frankfurth am Main, Bern, New York, Paris 1988, s. 71.

14 Laich, Mario; De vorbeugenden Massnahmen in System und Praxis, Öst. JZ, 14.12.1979, Heft 24, s. 648.

15 Schönke, Adolf/Schröder, Horst; (Kinzig) Strafgesetzbuch Kommentar, 30. Auf München 2019, § 66, kn. 2.

16 Maddenin almanca metni için bkz. https://www.gesetze-im-internet.de/stvollzg/__129.html (erişim tarihi 01.10.2020)

güvenli bir şekilde barındırılmasıdır. Aynı zamanda kurumda bulunan kişinin toplumsal hayata katılabilmesine (sosyalleşmesine) hizmet etmelidir. Ancak aynı Kanunun 130. maddesine göre, tedbirin infazında, aksi belirtilmedikçe, hapis cezalarının infazına ilişkin hükümler de uygulanır. Görüleceği üzere tedbirin asıl amacı, tehlikeli suçluyu kuruma kapatarak toplumun korunmasını sağlamak, ancak ikincil amaç olarak suçlunun bu kurumda sosyalleşmesini sağlayacak metotlar uygulayarak, onu toplumla barışık bir halde yaşamaya hazırlamaktır. Benzer şekilde Avusturya CK nun 171. maddesinde de tecrit kurumuna yatırma tedbirinin amacının kişinin kötü alışkanlıklarını devam ettirmekten alıkonulması ve faile yeniden toplum yaşamına katılabilme niteliklerinin kazandırılması olarak belirtilmektedir.

Failin tehlikeliliği karşısında, toplumun korunması, onun özgürlüğünün kısıtlanmasına nazaran daha üstün bir değere sahip ise tedbire hükmedilir. Bu tedbirin ultima ratio, son çare olma karakteri vardır ve kriminal politikanın en son başvurulması gereken zorunlu güvenlik tedbiridir.[17] Bağımlılığı sebebiyle kronik suçlu haline gelen, toplum bakımından tehlikeli, ağır suçluluk alanındaki kişilerle başka türlü mücadele edilemediğinde uygulanır. Fail tehlikeliliği süresince öncelikli olarak güvenli bir şekilde muhafaza edilir (Alman İnfaz Kanunu § 129).[18]

Tecrit kurumuna gönderme failin kusuru ile bağlı olmadığından, failin kusuru ve tedbirin süresi birbirinden bağımsızdır. Alman Ceza Kanunu'na göre, bazı hallerde tedbire hükmedilmesi zorunlu olmadığından, burada ceza hukuku değil, tehlikeyi önleme hukuku söz konusudur. Ancak önceden suç işlemiş kişiler hakkında uygulanması kabul edilmiştir.[19]

E. Tedbire İlişkin Tartışmalar

Tecrit kurumuna gönderme tedbiri suç ve ceza politikası açısından tartışmalıdır. Tartışmaların temel noktasını tecrit kurumuna göndermenin, diğer tehlike önleme tedbirlerinden farklı bir özel bir meşruiyet kaynağına ihtiyacı olup olmadığı konusu oluşturmaktadır. Çünkü bu tedbirin sadece belli bir noktadaki tehlikenin önlenmesine hizmet edeceği belirtilmiştir.[20]

Tedbirin hukuki meşruiyeti de tartışmalıdır. Tecrit kurumuna gönderme tedbirine hükmedilirken üçlü bir ilişki vardır. Bu ilişkinin bir yanında Devlet, bir yanında toplum ve diğer bir yanında da suçlu vardır. Toplumun hiç bir zaman temel hakların sahibi olamayacağı, temel hakları korunmak istenen kişinin ise tedbire hükmedilirken belli

---

17 Meier, s. 345.
18 Rissing-van Saan/Peglau, in:LK § 66 kn. 3.
19 Rissing-van Saan/Peglau, in:LK § 66 kn. 3.
20 Rissing-van Saan/Peglau, in: LK § 66 kn. 4.

olmadığı gerekçesi ile tedbirin meşru olmayacağı belirtilmiştir. Bu görüşe göre somut olarak hakları korunacak potansiyel mağdur belli olmadığından, tecrit kurumuna gönderme tedbiri AİHS'nin 5/1- a ve c bentlerine aykırı olacaktır.[21]

1. Tedbirin Leh Ve Aleyhindeki Görüşler

Aşağıda görüleceği üzere yüksek mahkeme kararlarında tartışılan tedbir öğretide de tartışmalıdır. Bazı hukukçular,[22] kişinin toplumdan tecrit edilmesini gerektiren bu tedbirin insani duygularla bağdaşmayacağı için uygulanmaması gerektiğini ileri sürmüştür. Bu görüşe göre itiyadi tehlikeli suçlularla başka araçlarla mücadele edilmelidir, örneğin bu kişilerin kusurları ağır olduğu için daha ağır cezalandırılabilir, fail, suç teşkil eden fiilindeki kusuru dışında, yaşadığı hayat tarzı nedeniyle de kusurlu olduğu için daha ağır cezalandırılabilir. Fail, bu şekilde anlaşılan kusuru ile orantılı cezayı adil bulacağından, cezanın eğitici etkisi de olabilir. Zira bu durumda fail özgürlük kısıtlamasını kendisine yapılan bir haksızlık olarak kabul etmeyeceğinden eğitici etkisi olur. Tecrit kurumuna göndermede ise fail, bunu haksızlık olarak kabul edeceğinden eğitici etkisi olmayacaktır. Çünkü fail, işlediği suçun cezasını çektiğini, bu cezanın ötesinde, haksız olarak özgürlüğünün kısıtlandığını düşünmektedir.

Ayrıca yetiştirme hataları nedeniyle iradesi ve karakteri zayıf, kararsız faillere, tecrit kurumuna gönderme tedbiri gibi, ağır cezaların uygulanmasının da faydasız olduğu savunulmaktadır. Bu tür failler hakkında sosyal terapi kurumu gibi faili yetiştirici, eğitici tedbirlerin uygulanması gereği vurgulanmaktadır.[23]

Bunun gibi toplumsal güvenliği sağlamanın ceza hukukunun değil, polis hukukunun görevi olduğu, vatandaşların suç mağduru olmalarına karşı mutlak bir korumanın hiç bir zaman sağlanamayacağı, bir kişinin gelecekte suçlar işleyeceği konusunda da hiç bir zaman kesin olarak doğru prognozda bulunulamayacağı ileri sürülmüş ve bu nedenle düşman ceza hukukunun bir parçası, konusu olduğu belirtilmiştir.[24]

---

[21] Matt/Renzikowski/Eschelbach, § 66 kn. 17.

[22] Bkz. Mayer, Hellmuth:Behandlung zur Rezidivisten (gefährliche Gewohnheitsv erbrecher) im deutschen Strafrecht, ZStW, Bd. 80, 1968, s. 159-160. Hellmer, Joachim; Der Gewohnheitsverbrecher und die Sicherungsverwahrung 1934-1945, Berlin 1961, s. 24 vd., 290 vd.

[23] Mayer, s. 159; Hellmer, s. 24.

[24] Matt, Holger/Renzikowski/ Joachim; Eschelbach Strafgesetzbuch Kommentar, München 2013, §66, kn. 1, 14.

Tedbir ilk olarak nasyonel sosyalistler döneminde kanuna alınmış olması ve infazının özgürlüğü bağlayıcı cezaların infazından farklılaştırılmamış olması sebepleriyle eleştirilmiştir.[25]

Hanack da tecrit kurumuna gönderme tedbirini çok eleştirmiştir. Günümüzde bu hukuk kurumuna yönelik eleştiriler azalmıştır. Eleştiriler daha çok Alman CK 66a ve 66b paragraflarına yöneliktir, 66 ya ilişkin ise, bazıları bunu istenmeyen, bazıları ise zorunlu kötülük olarak kabul etmektedir. Ancak geçmiş yıllarda şiddet içeren suçlar ile cinsel suçlarda sayıların artmamasının, sadece durağan kalmasının, bu alandaki suçların işlenme sıklığının azalmasının, tedbirin meşru bir amacının olduğunu gösterdiği ileri sürülmüştür.[26]

Tedbire ilişkin olarak eleştirilen diğer bir husus, ceza adaletinin bu tedbire hükmedilirken kusurdan bağımsız olarak hareket etmesi ve faili, toplumun menfaatleri için, kusurla orantılı ceza süresinden daha uzun süre kapalı tutmak hususudur. Toplumun menfaatlerini korumak amacıyla özgürlük kısıtlaması genellikle Anayasaya uygun ve meşru olarak kabul edilmiştir.[27] Alman Anayasa Mahkemesi de "devletin tehlikeli faillerin özgürlüklerini kısıtlamaktan kaçınamayacağını, Anayasa'da öngörülen kişinin toplumun temel taşı olması ve toplumla olan bağı, esaslı toplumsal değerleri zarardan korumak için tedbirlere başvurulmasını meşru, haklı kılacağını belirtmiştir"[28]

Alman Anayasa Mahkemesi,[29] tedbire hükmedilirken AİHS 7/1. fıkraya aykırılık olmaması için, anayasal gerekliliklerin, diğer bir ifade ile ceza ile olan nitelik farkının belirgin olmasını ve kusurdan bağımsız olarak önleyici amaçla özgürlüğün kısıtlanabilmesi için sağlam gerekçelerin net bir şekilde ortaya konması gerektiğini belirtmiştir. Yüksek Mahkemeye göre,[30] hapis cezasının amacı, akla gelebilecek diğer amaçların ötesinde esasen, kusurlu davranışa bir tepki olarak, kusuru telafi etmeye yarayan bastırıcı bir kötülük olmasıdır. Tecrit kurumuna gönderme tedbirinin amacı ise toplumun ve üyelerinin, önceki davranışları nedeniyle son derece tehlikeli olduğu düşünülen faillerden korunmasında yatmaktadır.

Alman hukukunda tedbire getirilen en önemli eleştiri kanun koyucunun 1998-2008 yılları arasında tedbirin uygulama alanını çok genişletmiş olması ve bu suretle 1. Ceza Kanunu Reform Kanununda "kriminal politikanın sonuncu zorunlu tedbiri" olması ilkesinden sapılmış olmasıdır.

---

[25] Bkz. S/S-Kinzig, § 66, kn. 3.
[26] Rissing-van Saan/Peglau, in:LK § 66, kn. 2.
[27] S/S-Kinzig, § 66 kn. 2.
[28] BVerGE 109, 133, 151, aktaran MEİER, s. 347.
[29] Alman Anayasa Mahkemesi'nin 04.05.2011 tarihli kararı, kn. 100. Kararın almanca metni için bkz. https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2011/05/rs20110504_2bvr236509.html (erişim tarihi 18.08.2020).
[30] BVerGE kn. 105.

Tecrit kurumuna gönderme tedbirinin uygulama alanının genişletilmesine ilişkin Alman kriminal politikasındaki bu gelişme AİHM (Mücke kararı) ve Alman Anayasa Mahkemesi'nin 04.05.2011 tarihli kararı ile durdurulmuştur.[31]

Tecrit kurumuna gönderme tedbirine karşı yapılan eleştirilerde, süresiz özgürlüğü bağlayıcı cezanın uygulanması görüşü ve özgürlük kısıtlaması olmaksızın terapi/tedavi suretiyle gözetim altında tutma olmak üzere tedbir yerine uygulanabilecek iki kurum öngörülmüştür.

a. Süresiz Özgürlüğü Bağlayıcı Cezanın Uygulanması Görüşü

Frey, Dreher, Dünnebier tarafından savunulan bu görüşe göre, tecrit kurumu ve cezaevindeki infaz arasında fark olmadığından, süresi belirsiz özgürlüğü bağlayıcı cezanı tek başına uygulanması gerekir.[32] Bu görüş cezanın süresinin kusurdan daha ağır olamayacağı gerekçesi ile 1960 tarihli Alman Ceza Kanunu Öntasarısında reddedilmiştir.

Amerika Birleşik Devletlerinde, toplumun korunması ihtiyacı tecrit kurumuna gönderme tedbiri yerine, sert bir şekilde ağırlaştırılmış hapis cezaları ile yerine getirilmektedir. Hükümlü 3. kez şiddet içeren suç işlediğinde, "Three strikes and you are out" denilen salıverilme olmaksızın müebbed hapis cezasına otomatik mahkumiyet kabul edilmiştir.[33]

b. Özgürlük Kısıtlaması Olmaksızın Terapi/Tedavi Suretiyle Gözetim Altında Tutma Tedbiri

Bu sisteme örnek Fransız hukuku verilebilir. Fransa hukukunda hükümlünün tedbirlerin gereklerine uymaması halinde, bunun özgürlüğü bağlayıcı cezaya çevrilmesi kabul edilmektedir. Gerçekten 1994 tarihli Fransız Ceza Kanunun 131-36-1. maddesinde tekerrürü önlemek amacına hizmet eden "sosyal gözetim altına alma" tedbiri/yaptırımı düzenlenmiştir. Madde uyarınca ancak kanunla öngörülen durumlarda mahkeme yargısal bir sosyal gözetim kararı verebilir. Sosyal gözetim, hükümlünün tekrar suç işlemesini önlemek amacıyla, infaz hakiminin kontrolünde ve mahkemece belirlenecek bir süre için gözetim ve destek tedbirleri alma yükümlülüğünü içerir. Yargısal sosyal gözetim, işlenen suçun niteliğine göre on yıldan veya 20 yıldan fazla süremez. Mahkumiyet kararında, hükümlünün kendisine yüklenen yükümlülüklere uymaması nedeniyle verebileceği maksimum hapis cezası süresini de belirlenir. Bu hapis cezası, suçun niteliğine göre

---

[31] BVerGE kn.1. Mücke kararı gegen Deutschland NR. 194359/04)17.12.2009

[32] Frey, Erwin; Das Verhaeltnis von Strafe und Massnahmen, Sch.ZStr, Band 66, 1951, s. 317, Dreher, Eduard; Die Vereinheitlichung von Strafen und Sichernden Maßregeln, ZStW, Band 65, 1953, s. 489.

[33] Rissing-van Saan/Peglau, in: LK, § 66, kn. 20.

iki yılı veya beş yılı geçemez. 131-36-7. maddeye göre, basit suçlarda bu yaptırım asıl ceza olarak da hükmedilebilir.[34]

2. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Görüşü (Mücke Kararı)

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 17.12.2009 tarihinde, Alman Ceza Kanunun 66. paragrafında düzenlenen tecrit kurumuna gönderme tedbirinin düzenleniş itibarıyla Sözleşmenin 5/1 ve 7/1. fıkralarını ihlal ettiğine karar vermiştir.[35] Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararı verirken Berlin Tegel'de bulunan tecrit kurumuna yapılan ziyaretleri göz önünde bulundurmuş ve tedbirin infazının nasıl gerçekleştiğini gözlemlemiştir. Mahkemeye göre,[36] aynı yaptırım Sözleşmeye taraf bazı devletlerde ek ceza, diğer bazı devletlerde ise güvenlik tedbiri olarak sınıflandırılabilmektedir. Örneğin cezaevinden çıktıktan sonra hükümlünün gözetim altında tutulması Fransız Ceza Kanunu'nun 131-36-1 maddesi uyarınca ek ceza olarak kabul edilmişken, aynı yaptırım İtalyan Ceza Kanunu'nun 215 ve 228 maddelerinde güvenlik tedbiri olarak kabul edilmiştir.

Kararda, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiserinin Almanya ziyareti sırasında çeşitli eyalet yetkililerinin, hakimler ve tıbbi uzmanlarla tecrit kurumuna gönderme tedbirini tartıştıkları belirtilerek, hakimlerin ve hekimlerin, potansiyel olarak ciddi bir suç işleyebilecek kişinin serbest bırakılmasına karar verirken toplumsal baskı ile karşılaştıklarının tespit edildiği belirtilmiştir. Buna karşın bir kişinin gerçekten tekrar suç işleyip işlemeyeceğini %100 veya kesin olarak tahmin etmenin imkansız olduğunu, suçlunun tecrit kurumu dışında karşılaşacağı tüm koşulları önceden öngörmenin zor olduğunu belirtmişlerdir.[37]

İşkence ve Kötü Muameleyi Önleme Avrupa Komitesinin 20 Kasım - 2 Aralık 2005 tarihleri arasında Tegel cezaevinde yaptıkları incelemelerde tecrit kurumunda özellikle yaşam koşulların yüksek ya da çok yüksek bir standartta olduğunu, iyi donatılmış ve tek kişinin kalabileceği alanlar, aydınlık ve nispeten temiz ortak alanlar, sıcak içecek ve ufak tefek yemeklerin hazırlanabileceği küçük bir mutfak ve çamaşırların yıkanıp, kurutulup ütülenebileceği bir alan bulunduğunu gözlemlenmiştir.[38] Prensip olarak, tecrit kurumuna gönderilenlerin sıradan mahkumlarla çalışma, mesleki eğitim gibi konularda aynı imkanlara sahip olduğu, ancak buna ek olarak, tecrit kurumuna gönderilenlerin, ilgili mevzuata uygun olarak bir dizi ayrıcalıktan

---

[34] 01.03.1994 tarihli Fransız Ceza Kanunu'nun 01.06.1999 tarihli Almanca metni için bkz., https://www.bijus.eu/?p=10720, erişim tarihi (07.09.2020).

[35] M/Deutschland, 19359/04. Karar, Alman kaynaklarında M. Kararı olarak kullanılırken, Türkçe kaynaklardan bunun Mücke/Almanya kararı olduğu anlaşılmaktadır

[36] Mücke kararı kn. 74.

[37] Mücke kararı kn. 203.

[38] Mücke kararı kn. 94.

yararlandıkları, özellikle, hücre/oda kapıları gün boyunca açık olduğu ve tecrit kurumuna gönderilenlerin ek ziyaret saatleri (ayda bir saat yerine iki saat), açık hava egzersizi (iş günlerde bir saat yerine dört saat), dışardan paket kabul edebilmeleri (yılda üç yerine altı) ve cep harçlığı (işi yoksa) verildiği belirtilmiştir. Ayrıca tecrit kurumuna gönderilenler telefonlarını süre sınırlaması olmaksızın kullanabilmektedir.[39]

Yapılan incelemelerde tecrit kurumuna gönderilenlere en azından teoride, hükümlülere nazaran daha olumlu bir özgürlük kısıtlaması koşulları sunulduğu, ancak tecrit kurumuna gönderilenlerin tümünün bu fırsatlardan tam olarak yararlanmadıkları gözlemlenmiştir. Çünkü sağlık personeline göre, kuruma gönderilenlerin çoğunun çoklu kişilik bozukluğu bulunmamaktaydı. Tecrit kurumundakilerin büyük çoğunluğunda motivasyon kaybı vardı, sadece ikisi açık hava alanındaydı, üçü tam zamanlı ve biri de kısmi zamanlı çalışmaktaydı. Tecrit kurumunda bulunanların oniki tanesi çalışma teklifini reddetmişlerdi. Sonuç olarak, tecrit kurumundakilerin çoğu zamanlarını televizyon ya da video oyunları oynayarak, hücrelerinde yalnız geçirmekte idiler. Tecrit kurumundakilerden günlük yaşamlarının sorumluluğunu üstlenen ve onunla başa çıkabilenlerinin bile, belli bir amaçları olmadan faaliyette bulundukları, eğlenceli zaman geçirmek şeklinde bir strateji izledikleri gözlemlenmiştir. Süresiz tecrit kurumuna kapatmanın bu sonucu doğurmasının olağan, beklenen bir sonuç olduğu, çünkü kurumdakilerle yapılan konuşmalarda birkaç tanesinin asla serbest bırakılmayacaklarına inandıklarını açıkça belirttiğini ve bir tanesinin de sadece ölüme hazırlanabileceğini söylediği belirtilmiştir.[40]

Tecrit kurumu yöneticileri ise, kurum personelinin, kişiyi kurumdan çıkarmak amaçlı özel tedavi yöntemleri uyguladığını, uygulanan bu özel metotlarda asıl amacın, toplumsal tehlikeliliği asgariye indirmek ve uzun süreli özgürlük kısıtlamasının fiziksel ve psikolojik etkilerini bertaraf etmek olduğunu belirtmişlerdir. Bununla birlikte, incelemeyi yapan heyet, pratikte, bu bölümde uzman personelin (sosyal hizmet uzmanı dahil) genellikle bulunmadığını, böylece uzman personel ve kurumdakiler arasındaki temasın asgari düzeyde olduğunu gözlemledikleri belirtilmiştir.[41]

İşkence ve Kötü Muameleyi Önleme Avrupa Komitesi, tecrit kurumuna gönderilenlere sorumluluk vermek ve belirli bir miktar bağımsızlık tanımanın, kurum personelinin bu kişileri kendi haline bırakması gerektiği anlamına gelmeyeceğini, bakım görevinin, özellikle bu kadar özel bir hükümlü grubunda göz ardı edilemeyeceğini, kurum personelinin bu kişilerle nasıl çalışacağını bilmediğini tespit etmişlerdir. Heyet, kurumdakilerin kendi yaşamlarının sorumluluğunu üstlenmeleri için yetki verme ihtiyacına ek olarak, süresiz özgürlük kısıtlamasıyla

---

[39] Mücke kararı kn.95.
[40] Mücke kararı kn. 96.
[41] Mücke kararı, kn 97.

başa çıkmada sürekli destek verilmesi gerektiğini ve aynı zamanda olumsuz davranışlar ve bariz zihinsel problemlerle belirginleşmiş ciddi geçmişlerinin etkilerinin incelenmesi gerektiğini belirtmişlerdir. Heyet psikolojik bakım ve desteğin son derece yetersiz göründüğünü, bu açığı gidermek için derhal harekete geçilmesini önermiştir.[42]

Heyet, tecrit kurumundaki kişiler için insancıl ve tutarlı bir tedavi stratejisinin nasıl uygulanabileceğinin üst düzeyde ve aciliyetle ele alınması gerektiğini, bu hükümlü grubuyla çalışmanın kurum personelinin karşılaştığı zorluklardan en önemlilerinden biri olduğunu belirtmiştir. Heyet ayrıca Alman makamlarına, yukarıdaki yorumlar ışığında, Tegel hapishanesinde ve tecrit kurumunun bulunduğu diğer Alman cezaevlerinde tecrit kurumu tedbirine ilişkin infazın, uygulamanın derhal gözden geçirilmesini önermiştir.[43]

Avupa İnsan Hakları Mahkemesi başvurucunun tecrit kurumunda bulunmasının İHAS 5/1. fıkra kapsamında değerlendirileceğini kabul etmiştir.[44] AİHM'e göre, ulusal hukuk, keyfiliği önlemek açısından belli bir standartda ve öngörülebilir olmalıdır. Başvurucunun, suçu işlediği anda, işlediği suçun sınırsız bir süre özgürlüğünün kısıtlanmasına neden olabileceğini öngörüp öngöremeyeceği konusunda ciddi şüpheler vardır. AİHM özellikle, tecrit kurumundaki kişinin, suçu işledikten sonra değişen mevzuatın ve bu değişikliğin derhal uygulanacağını öngöreceği konusunda şüphe bulunduğunu, ve yukarıdaki bulgular göz önüne alındığında, başvurunun on yıllık sürenin ötesinde özgürlüğünün kısıtlanmasının İHAS 5/1 fıkranın hiçbir bendine göre hukuka uygun olamayacağını, sonuç olarak, Sözleşmenin 5/1. fıkrasının ihlal edildiğine karar vermiştir.[45]

Alman Hükümetinin görüşüne göre, tecrit kurumundaki infaz ile cezaevindeki infaz hem yasal bakımdan (Alman İnfaz Kanunu 129bis-135. paragraflar) hem de uygulama bakımından farklıdır. Ayrıca eyaletlerde tecrit kurumundakilerin tedavisi için gerekli geniş ekipman ve personel noksanlığı söz konusu değildir. Bununla birlikte, Almanya'da tecrit kurumuna alınan tüm kişilerin için merkezi bir kurum oluşturulmadığından, bu kurumda kalan kişilerin rehabilitasyonunda yararlı olacak yakınlarının veya diğer kişilerin arzu edilen ziyaretleri gerçekleştirmeleri zor olmaktadır. Bu nedenle, tecrit kurumuna gönderilen kişiler cezaevlerinde ayrı bölümlere yerleştirilmektedir. Ayrıca, tecrit kurumundakiler mahkumlarla karşılaştırıldığında, bazı ayrıcalıkları vardı: kendi kıyafetlerini giyme ve ayda en az iki saat ziyaretçi kabul etme hakları vardır. Ayrıca daha fazla harçlık ve kurum dışından daha fazla paket alma hakkına sahiplerdir. Buna ek olarak,

---

42 Mücke kararı, kn. 99.
43 Mücke kararı kn. 100.
44 Mücke kararı, kn. 96.
45 Mücke kararı, kn.104.

istediği takdirde, gün boyunca kapalı olmayan, kişisel zevkine göre döşeyeceği kendi özel odaya/hücreye sahip olabilir. Hükümet, özellikle başvurucunun kuruma alınmasıyla ilgili olarak, daha fazla tedavi tedbiri uygulanmayacağını, çünkü ilgili psikologun tedavisinin tamamlandığı görüşünde olduğunu belirtmiştir. Başvurucu isterse her gün kurumdaki sosyal hizmet uzmanı ile ve kurumdaki psikolog ile görüşebileceğini, her ondört günde bir tartışma grubuna katılabileceğini ve psikiyatristin tavsiyesi etmesi halinde başvurucu infazın yumuşatılmasına ilişkin imkanlardan yararlanabileceğini belirtmiştir.[46]

Hükümet, tecrit kurumuna gönderme tedbirinin sadece ağırlığı ve süresinin, İHAS 7/1. fıkra anlamında "ceza" olarak kabul edilmesi için yeterli olmadığını belirtmiştir. Yetkili mahkemelerin tespitine göre, başvurucunun, cezaevinde hangi suçu işlediği veya suç işleyip işlemediğinden bağımsız olarak toplumsal tehlikeliliği mevcuttur. Hükümet ayrıca, AİHM'nin Kafkari davasında, hükmedilen cezayı değil de, sadece cezanın infaz süresinin değiştirilmiş olması halinin 7/1. fıkrayı ihlal etmediği yönünde karar verdiğini, bu hususun da ceza olmayıp, bir güvenlik tedbiri olan tecrit kurumuna gönderme tedbirinde öncelikle geçerli olması gerektiğini belirtmiştir.[47]

AİHM'e göre, İHAS 7. maddedeki "ceza" kavramı otonom bir kavramdır.[48] Bir yaptırımın İHAS 7. madde tarafından sağlanan korumadan yararlanabilmesi için, sadece dış görüşüne bakılmaz, AİHM belirli bir güvenlik tedbirinin, 7. madde anlamında bir "ceza" olup olmadığına dair kendi değerlendirmesini de yapmakta özgür olmalıdır. AİHS 7/1-2. cümlesinin lafzından, bir yaptırımın ceza mı tedbir mi olduğu denetlenirken bu yaptırımın hükedilmesinin bir suçtan mahkumiyete bağlı olup olmadığı esas alınır. Diğer önemli faktörler, iç hukuk uyarınca tedbirin karakteri, amacı, niteliği ve tedbirin ağırlığıdır. Bununla birlikte, tedbirin ağırlığı tek başına belirleyici değildir, çünkü ilgili kişi üzerinde önemli etkiler bırakan tedbirler de vardır.

AİHM'si tecrit kurumuna gönderme tedbirinin Alman Ceza Kanununda nitelendirildiği gibi bir güvenlik tedbiri mi, yoksa ceza mı olduğunu tartışmıştır. AİHM'si Marburg Mahkemesinin, başvurucunun kasten öldürmeye ve yağma suçlarına teşebbüs sebebiyle mahkumiyetin ardından 1986'da tecrit kurumuna gönderilmesine karar verildiğini, İHAS 7. maddedeki "ceza" kavramının kendi kapsamı içinde özerk olduğunu; bu nedenle, belirli bir tedbirin ulusal kanuna göre sınıflandırılmasına bağlı olmaksızın ceza olarak sınıflandırılıp sınıflandırılmayacağına kendisinin karar vereceğini belirtmiştir.[49]

---

[46] Mücke kararı, kn.114.
[47] Mücke kararı, kn.115.
[48] Mücke kararı, kn.120.
[49] Mücke kararı, kn. 124,

AİHM, tecrit kurumuna gönderme tedbirinin özgürlüğü bağlayıcı ceza ile bağlantılı bir özgürlük kısıtlaması olduğunu tespit etmiş, buna ek olarak, Almanya'daki tecrit kurumunda yaşamın normal cezaevi yaşamı ile uygulamada açıkça farklılaştırılmadığını, cezaevlerinde tecrit kurumu olarak kullanılan ayrı bölümler olsa da, tecrit kurumuna gönderilenlerin yine cezaevlerine yerleştirildiğinin tespit edildiğini, cezaevi sisteminde, kendi kıyafetlerini giyme ve odalarını/hücrelerini dilediği gibi düzenleme hakkı gibi ayrıcalıklar da dahil olmak üzere, hükümlülere kıyasla bu küçük değişiklikler, tecrit kurumuna gönderme tedbirinin infazı ile hürriyeti bağlayıcı cezanın infazı arasında önemli bir fark olmadığı gerçeğini gizleyemeyeceğini, Alman İnfaz Kanunu'nda tecrit kurumuna gönderme tedbirine ilişkin birkaç özel hüküm olsa da, özgürlüğü bağlayıcı cezaların infazına ilişkin diğer hükümlerin tecrit kurumundaki infaz için de geçerli olduğunu tespit etmiştir.[50]

Buna ek olarak, AİHM'si, hükümetin tecrit kurumuna gönderme tedbirinin tamamen önleyici bir amaca hizmet ettiği, cezalandırma amacının olmadığı yönündeki iddiasını, kabul etmemiştir. AİHM'si, Alman Ceza Kanunu'nun 66. paragrafı uyarınca, tecrit kurumuna gönderme tedbiri belli ağırlıktaki suçlardan defalarca mahkum edilen kişiler hakkında hükmedilebileceğinden, uzun süreli özgürlüğü bağlayıcı ceza ile mahkum olanlardan farklı olarak, tecrit kurumuna gönderilen kişilerin tehlikeliliğini ortadan kaldırarak onları korumaya yönelik özel araç, önlem veya tesis bulunmadığını tespit etmiştir.[51] Mahkeme buna ek olarak, Alman İnfaz Kanununun 2 ve 129. maddelerine göre, hem özgürlüğü bağlayıcı cezanın infazının hem de tecrit kurumuna gönderme tedbirinin infazının amacının, toplumun korunması ve özgürlüğü kısıtlanan kişiye toplumda yaşama kabiliyetinin kazandırılması olduğunu belirtilmiştir. Cezanın amacının esas olarak cezalandırma olduğu, tecrit kurumuna gönderme tedbirinin amacının ise esas olarak önleme olduğu, ancak her iki yaptırmın amaçlarının kısmen örtüştüğü, tecrit kurumuna gönderme tedbiri sınırsız süresi nedeniyle, ilgili kişi tarafından işlediği suç için ek bir ceza olarak algılanabileceği ve bir caydırıcılık unsuru içerdiği, önleme amacının da cezai bir amaç ile uyumlu olabileceği ve tam olarak ceza kavramının kurucu bir unsuru olarak kabul edilebileceğini belirtmiştir.[52]

AİHM'si sonuçta, Alman Ceza Kanununda düzenlenen tecrit kurumuna gönderme tedbirinin AİHS'nin 7/1 fıkrası anlamında bir "ceza" olduğu ve Alman Ceza Kanunundaki düzenlemenin belirtilen fıkrayı ihlal ettiği sonucuna varmıştır.[53]

---

[50] Mücke kararı, kn. 127.
[51] Mücke kararı, kn. 128.
[52] Mücke kararı, kn. 130-131.
[53] Mücke kararı, kn. 133, 137.

3. Alman Anayasa Mahkemesinin Görüşü

Alman Anayasa Mahkemesi 04.05.2011 tarihli kararında, o günkü düzenlemenin Anayasa'ya aykırı olduğunu tespit ettikten sonra, AİHM in 17.12.2009 tarihli Mücke kararını göz önüne alarak, yasama organı tarafından yapılacak düzenlemede hangi hususların göz önünde bulundurulması gerektiğini şu şekilde tespit etmiştir.[54] "*Tecrit kurumuna gönderme tedbiri, daha hafif tedbirlerin toplumun güvenliğini sağlamakta yeterli olmadığı durumda, son çare (ultima ratio) olarak hükmedilebilmelidir. Tecrit kurumuna gönderme tedbirinin yasal koşulları düzenlenirken hakim olan ultima-ratio ilkesine, tedbire hükmedilirken de uyulmalıdır. Cezanın infazından sonra tecrit kurumuna gönderme tedbiri de söz konusu ise, hükümlünün cezasının infazı sırasında toplumsal tehlikeliliğini bertaraf etmek için gereken tüm imkanların kullanılmış gerekir. Özellikle, sonuç olumlu olsa bile genellikle birkaç yıl süren gerekli psikiyatrik, psikoterapik veya sosyo-terapik tedavilerin zamanında başlaması, gerekli yoğunlukta yapılması ve mümkünse cezanın infazının tamamlanmasından önce tamamlanması sağlanmalıdır. Ayrıca en geç tecrit kurumu tedbirinin infazının başlangıcında, kapsamlı, modern, bilimsel bir muayene derhal yapılmalıdır. Tecrit kurumuna gönderilen kişinin tehlikesini belirleyen bireysel faktörler ayrıntılı olarak analiz edilmelidir. Bu temelde, kurumuna gönderilenin tehlikeliliğini azaltmak için koruyucu faktörleri güçlendirerek mevcut risk faktörlerinin hangi önlemlerle asgariye indirilebileceğini veya telafi edilip edilemeyeceğini ve eğer öyleyse hangi önlemlerle telafi edilebileceğini ayrıntılı olarak gösteren bir infaz planı hazırlanmalı ve böylece tahliye yolunda ilerleme sağlanmalıdır. Bu suretle hükümlü için özgürlüğün yeniden kazanılmasına gerçekçi bir bakış açısı açılacaktır. Mesleki eğitim ve meslekte uzmanlık eğitim önlemleri, psikiyatrik, psiko veya sosyo-terapötik tedavilerin yanı sıra mali ve ailevi koşulları düzenlemek ve uygun bir sosyal kabul alanı hazırlayacak tedbirler dikkate alınmalıdır. İnfaz planı/rejimi, ilgilinin gelişimine göre sürekli olarak güncellenmeli ve yeni koşullara uyarlanmalıdır. Planlanan tedbirler hızlı ve tutarlı bir şekilde uygulanmalıdır. Tüm bunlar, disiplinlerarası uzmanlardan oluşan bir ekip tarafından ilgili ile bireysel ve yoğun ilgiyi gerektirir*".

Nitekim Alman Anayasa Mahkemesi ceza ve güvenlik tedbirlerinin meşruiyetinin farklı temellere dayandığını, tecrit kurumuna gönderme tedbirinde özgürlük hakkına müdahalenin orantılı olabilmesi için, çok sıkı koşullara ve hakim kararına bağlanması gerektiğini, orantılılık ilkesinin gereklerinin gerçekleştiğinden söz edebilmek için "hareket özgürlüğünü kısıtlama dışında" başka yükler getirmemesi gerektiğini, infazın da ise özgürlüğe yönelik ve terapi içerikli olması yanında cezanın infazından açıkça farklılaştırılması gerektiğini belirtmiştir.[55]

---

[54] BVerGE, kn. 111-113.
[55] BVerGE, kn. 97.

Yüksek Mahkemeneye göre,[56] hapis cezası ile tecrit kurumuna gönderme tedbirinin infazlarının amacı arasındaki farklılık ve meşruiyetlerinin temelleri arasındaki farklılık esasen iki noktada ortaya çıkar:

Bunlardan ilki, tedbirin uygulanması, yalnızca üstün gelen menfaat ilkesine dayanılarak gerekçelendirildiğinden, toplumun güvenlik menfaatinin, hakkında tedbir uygulanan kişinin özgürlük hakkından üstün olmadığı durumda, tedbirin infazına derhal son verilmelidir. Devlet tehlikeli suçluları kuruma gönderdiğinde, bunların tehlikeliliklerini ortadan kaldırmak için en baştan itibaren, buna uygun koşulları sağlamakla yükümlüdür.[57]

Bu bakımdan, infaz rejimi, infaz kurumundaki yaşam sadece ilgilinin tehlikeliliğini azaltmak için zorunlu olan kısıtlamalara izin verecek şekilde düzenlenmelidir. Anayasa'da düzenlenmiş olan kendi kaderini tayin hakkına sahip bir kişiye yönelik sosyalleştirme gerekliliği, hapis cezalarının infazı ile tecrit kurumuna gönderme tedbirinin infazı bakımından da aynı şekilde geçerlidir. Ancak her iki yaptırım türü bakımından, sosyalleştirme ihtiyacının aynı olması, cezanın infazı ile tecrit kurumuna gönderme tedbirinin infazının amaçlarının farklı olması gerçeğini değiştirmez. Tecrit kurumuna gönderme tedbirinin infaz rejimi, özgürlüğü yeniden kazanma perspektifi bakış açısıyla tasarlanmalıdır.[58]

Alman Anayasa Mahkemesi tecrit kurumuna gönderme tedbirinin infazında da farklı düzenlemeler yapılması gerektiğini; tecrit kurumunda infaz rejiminin tasarımında, bunun özel önleme niteliği hesaba katılarak normal cezaevi infaz sisteminden açık bir farklılık göstermesi gerektiğini belirtmiştir. Bu farklılık gereği güvenlik tedbirinin infazındaki yaşam, güvenlik kaygıları bertaraf edilmeli ve genel yaşam koşullarına uygun bir infaz olmalı, cezaevlerinden farklı özel binalarda veya bölümlerde konaklamayı gerektirse de, cezaevlerinden tam bir mekansal ayrım olması da gerekli değildir.[59]

Ayrıca tedbirin infazı sırasında, infaza devam edilip edilmeyeceği yılda en az bir kez mahkeme tarafından denetlenmelidir. İnfaz makamı, yetkili ceza infaz dairesine düzenli ilerleme raporları sunmalıdır. Tedbirin infazına son verilebileceğine dair belirtiler varsa, derhal ayrı bir inceleme yapılmalıdır. Mahkemeler tarafından yapılan daha sıkı denetimin gerekçesi, tedbirin tamamen önleyici amaçla uygulanıyor olmasıdır. İnfaz süresi uzadıkça tedbirin infazına devam edilip edilmeyeceğine ilişkin denetimler kontroller daha da sık yapılmalıdır.[60]

---

[56] BVerGE, kn. 106.
[57] BVerGE, kn. 107.
[58] BVerGE, kn. 108.
[59] BVerGE, kn. 115.
[60] BVerGE, kn.118.

F. Alman Hukukunda Tedbire Hükmedilmesinin Koşulları

Alman Ceza Kanunundaki düzenlemede tecrit kurumuna gönderme tedbirine üç farklı halde hükmedilebileceği kabul edilmiştir. İlk olarak Alman Ceza Kanunu'nun 66. paragrafında düzenlenen ve fail hakkında mahkumiyet kararı verilmesine bağlı olan temel şekli, ikinci olarak 66a paragrafında düzenlenen tecrit kurumu gönderme tedbirinin saklı tutulması ve tedbire sonradan hükmedilmesi ve üçüncü olarak 66b paragrafında düzenlenen yüksek güvenlikli sağlık kurumuna gönderme tedbirinin infazından sonra hükmedilen şekli.[61]

1. Fail Mahkum Edilirken Mahkumiyetle Bağlantılı Olarak, Tecrit Kurumuna Hükmedilmesi (Alman Ck §66)

Tecrit kurumuna gönderme tedbirinin geleneksel şekli, yani 1969 yılından bu yana uygulanan şeklinde tedbire iki halde hükmolunur: İlki haklarında birden fazla mahkumiyet hükmü olan failler (66/1), ikincisi tedbirin hükmedildiği ana kadar haklarında mahkumiyet hükmü olmayan ancak birden fazla ağır suç işlemiş olan failler (66/2 ve 3). Failin cinsel suç veya diğer tehlikeli suçlardan mahkum edilmiş olması, halinde 3. fıkrada tedbire hükmedilmesinin koşulları hafifletilmiştir.

66/1. fıkranın koşulları gerçekleştiğinde tedbire hükmedilmesi zorunlu iken, 66/2 ve 3. fıkralar ile 66a ve 66b paragrafları uyarınca tedbire hükmedilmesi hakimin takdirine bağlıdır.

Burada örnek olması bakımından sadece 66/1. fıkra uyarınca tedbire hükmedilebilmesinin koşulları kısaca incelenecektir.

2. Alman Ck § 66/1 Uyarınca Hükmedilmesinin Koşulları

a. Şekli Koşullar

aa. Tedbir uygulanmasına vesile olan mahkumiyet:

Tecrit kurumuna gönderme tedbiri, ultıma ratio karakteri sebebiyle, çok kısıtlı bir suç grubuna dahil suçları işleyen kişiler hakkında gündeme gelebilir. 01.01.2011 tarihli Kanun değişikliğinden sonra 1. fıkra uyarınca işlenen her kasıtlı suç tecrit kurumuna gönderme tedbirine hükmedilmesi için yeterli olmaz. Suçun ya önemli kişisel değerlere (66/1-a) (örneğin yaşam, beden bütünlüğü, kişisel özgürlük ve cinsel özgürlük) veya başka ağır bir suç (66/1-b) olması gerekir. Kanun koyucu 66/1-b bendinde bu kapsama giren ağır suçları şu şekilde somutlaştırararak saymıştır: Alman Ceza Kanunun 1. Bölüm (Barışa İhanet, Vatana İhanet ve Demokratik Hukuk Devletini Tehlikeye

[61] Meier, s. 349.

Düşürme), 7. Bölüm (Kamu Düzenine Karşı Suçlar), 20. Bölüm (Yağma ve Şantaj) ve 28. Bölüm (Toplum İçin Genel Tehlika Yaratan Suçlar) veya Uyuşturucu Maddeler Kanunu veya Uluslararası Ceza Kanununda düzenlenen suçlar. 66/1-b bendinde sayılan suçlardan dolayı tecrit kurumuna gönderme tedbirine hükmedilebilmesi için söz konusu suç için azami 10 yıl hapis cezası öngörülmüş olmalıdır (66/I-1-b). Örneğin şantaj suçunun niteliki hali (Alman CK prg. 253/4) tecrit kurumuna gönderme tedbirine hükmedilmesi için yeterli değilken, yağma yoluyla şantaj suçu (Alm. CK § 255) söz konusu olduğunda tedbire hükmedilir.[62]

Buna karşın 66/I-1-c bendinde belirli fail gruplarını kapsayan iki durum vardır. İlki hakkında, 66. paragrafın 1. fıkra 1. bent, a ve b alt bentlerinde sayılan suçlardan dolayı denetimli serbestlik tedbirine hükmedilen kişinin, talimatlara uymaması ve talimatlara uymaması halinin, denetimli serbestlik tedbirinin amacını tehlikeye düşürmesi ve bunun da Alman Ceza Kanunu'nun 145a paragrafındaki suçu oluşturması veya a ve b bentlerinde belirtilen fiilin sarhoş bir halde işlenip de 323a paragrafındaki suçu oluşturması hali. Bu hallerin, doğrudan tecrit kurumuna gönderme tedbirine hükmedilmesini sağlayan, dolaylı bir tehlikelilik durumunu kapsadığı için, güvenlik tedbirlerinde orantılılık ilkesinin düzenlendiği 62. paragraf karşısında tartışmaya açık olduğu belirtilmektedir.[63]

Tedbire hükmedilebilmesi için failin yukarıda belirtilen kasti suçlardan dolayı asgari iki yıl hapis cezası ile cezalandırılmış olması gerekir. Failin bu suçlardan dolayı müebbed hapis cezası ile cezalandırılması halinde de, (2002 değişikliğinden sonra) tedbire hükmedilebileceği kabul edilmektedir.[64] Aslında 2002 değişikliğine ihtiyaç olmadan da tedbire hükmedilebileceği, çünkü müebbed hapis cezasına hükmedilmesi halinde de, toplumun güvenlik ihtiyacının halen devam ettiği kanaati uyanırsa, 57a/1 paragraf uyarınca erteleme kararı verilmeyebileceği belirtilmektedir.[65] Fail tecrit kurumuna gönderme tedbirine vesile olan fiille birlikte başka fiil de işlemişse, her bir suçtan dolayı hükmedilen cezanın asgari iki yıl hapis cezası olması gerekir.

bb. Önceki Suça İlişkin Koşul

Fail, daha önceden Alman Ceza Kanunu'nun 66/I-1. bendin de belirtilen kasıtlı suçlardan dolayı iki kez asgari bir yıl hapis cezası ile cezalandırılmış olmalıdır (§ 66/I,1, Nr. 2). Bu faillerin ağır suçları işleme eğilimi olması gerektiğinden, hafif ve orta derecedeki suçları işleme eğiliminin varlığı halinde tedbire hükmedilemeyeceğinden, tek tek hükmedilen cezaların yüksekliği göz önüne alınır. Diğer bir ifade ile

---

62 Meier, s. 350.
63 Meier, s. 350.
64 S/S-Kinzig, § 66, kn. 10.
65 Meier, s. 351.

hükmedilen her bir hapis cezası asgari bir yıl hapis cezası olmalıdır. Önceki suçtan dolayı hükmedilen cezanın, gençlik cezası olması halinde de tedbire hükmedilebilir. Önceki mahkumiyet, birbirinden bağımsız ayrı mahkumiyetler olmalıdır.[66]

cc. İnfaz Koşulu

Fail hakkında, işlediği önceki suçlardan en azından birinden dolayı, tecrit kurum gönderme tedbirinin uygulanmasına sebep olan suç işlenmeden önce, asgari iki yıl hapis cezası veya özgürlüğü bağlayıcı bir güvenlik tedbiri infaz edilmiş olmalıdır (Alman CK. § 66/I-1-3). Görüleceği üzere tecrit kurumuna göndermenin koşulları bir kez daha kısıtlanmıştır ve öyle failler vardır ki ceza veya güvenlik tedbiri infazında uzun süre bulunmasına rağmen yeni suç işlemiş ve böylece infaz kurumundaki sosyalleştirme çabalarının boşa çıktığı anlaşılmıştır. Asgari iki yıl infazın gerçekleşmiş olması koşulu tedbirin ultima ratio karakterini güçlendirmektedir. Alman CK § 66/I, 1, 3 anlamında, failin tutuklu kalması veya başka nedenlerle özgürlüğünün kısıtlanması ve bunun hapis cezasından mahsup edilmesi (Alman CK § 51) halinde de infaz koşulu gerçekleşmiş sayılır.[67]

b. Maddi Koşullar (Ağır Suç İşleme Eğilimi ve Tehlikelilik)

Maddi koşul olarak, failin ve fiilinin genel değerlendirmesi, toplum için tehlikeli ağır suçlar işleme eğilimi (tutkusu) ve toplum bakımından tehlikeli olduğu sonucunu çıkarması gerekir (Alman CK § 66/I, 1, 4). Maddi koşulun iki unsuru vardır: bütün güvenlik tedbirleri hukukunda belirleyici olan gelecekteki suçluluk konusundaki prognoz, (toplum için tehlikelilik) ve ağır suçlar işleme eğilimi kavramı.

Suç işleme eğilimi ile toplum bakımından tehlikeli olmak koşulları birbirinden farklıdır. "Suç işleme eğilimi" kavramının nasıl sınırlandırılacağı, diğer fail gruplarından nasıl ayırdedileceği konusu açık değildir. Suç işleme eğilimi, hükümlünün kişiliğinin ve işlediği suçun değerlendirilmesiyle ortaya çıkarılır. Suç işleme eğilimi tespit edilirken diğer kriminolojik faktörler yanında, önceki sabıka kaydı ve işlediği suçlar göz önünde bulundurulur.[68]

aa. Suç İşleme Eğilimi

Suç işleme eğilimi aslında hükümlünün iç dünyasına ilişkin bir husus olup, her an suç işlemeye hazır olmak, fırsatını bulduğunda suç işlemek, suç işlemek için sebep aramamak gibi hususlarla ortaya çıkar.

---

66 BGHSt, 30, 220 222vd. https://research.wolterskluwer-online.de/document/28b61819-1284-4120-9364-df4d758268b2. (erişim tarihi 07.10.2020)

67 S/S-Kinzig, § 66, kn. 21.; Meier, s. 352.

68 S/S-Kinzig, § 66, kn. 27.

Bu kişilik yapısının pratiğe dayalı olarak hukuk kurallarını ihlal etme karakteri vardır.[69]

Suç işleme eğilimi kavramını, "hukuku ihlal etme eğilimi" ile aynı tutmak doğru değildir. Failin iradesinin zayıf olması, suç işlemeye karşı direnememesi suç eğiliminin göstergeleri olarak kabul edilmektedir.[70]

Failin suç işleme eğiliminin varlığı, karakterinden, suçu işleme biçiminden ve sosyal ilişkilerinden anlaşılabilir.[71] Failin yetiştiği ailenin sosyal ve psişik durumu, hayat standartı, ekonomik durumu, okuldaki davranışları, ailesinde alkol bağımlısı, sabıkalı birinin olup olmadığı ve bunun failin kişiliğine etkisi, suç işleme eğilimi konusunda karar verecek uzmanlar tarafından titizlikle incelenmelidir.[72] Failin kişilik özelliklerinin de suç işleme eğiliminin varlığı konusunda etkili olduğu, kararsız bir kişilik yapısının varlığı, normal insanlar kadar duyarlı olmaması gibi hususların da, suç işleme eğiliminin tespitinde göz önünde bulundurulması gerektiği önceleri kabul edilmekte iken,[73] artık bu hususların bir kriter olarak kabul edilmemesi gerektiği belirtilmektedir.[74] Bunun dışında kişilik bozuklukları, empati yeteneğinin noksanlığı, irade zayıflığı, agresif davranışlar da suç işleme eğiliminin tespitinde göz önünde bulundurulmaktadır. Bunlar gibi failin iş meslek yaşantısı, arkadaş çevresi, boş zamanlarını değerlendirme biçimi, suç işlemeye başladığı yaş ve işlenen suçların sıklığı, suç işleme eğiliminin tespitinde önemlidir.[75]

Suç işleme eğiliminin tespitinde failin o ana kadar sosyal (toplumsal) davranışları ve suç kariyerinin gelişimi etkilidir. Önceki suç, tedbir uygulanmasına vesile olan suç ve failin gelecekte işleyeceği düşünülen suç arasında semptomatik bir bağlantı tespit edilmiş olmalıdır. Failin gelecekte işleyeceği suçlar yönünden toplum bakımından tehlikeli olduğu kabul edilmelidir. Bu tehlikelilik hüküm zamanında olmalıdır. Tüm bu koşullar gerçekleştiğinde tecrit tedbirine hükmetmek zorunludur.[76]

bb.Toplum Açısından Tehlikelilik

Suç işleme eğilimi/tutukusu sonucu ağır suçlar işleyeceği kuvvetle tahmin edilen kişi, toplum için tehlikelidir. Tecrit kurumuna gönderme tedbirine hükmedilebilmesi için, kişinin ağır suçlar işleyeceğine dair

---

69 S/S-Kinzig, § 66, kn. 26.
70 BGHSt 24, 160 (161) aktaran Meier, 353.
71 Jescheck, Hans-Heinrich; Lehrbuchs des Strafrecht AT, 4. Aufl., Berlin 1988, s. 736; Baumann, Jürgen/Weber, Ulrich; Strafrecht AT, 9. Aufl., Bielefeld 1985, s. 725.
72 Rissing-van Saan/Peglau, in:LK § 66, kn. 128.
73 Bkz. Hanack, Ernst-Walter; in: LK, 11. Aufl., 1992, § 66, kn. 92,
74 Rissing-van Saan/Peglau, in: LK, § 66, kn. 129.
75 Rissing-van Saan/Peglau, in: LK, § 66, kn. 129. Van Saan/Peglau, in: LK, § 66, kn. 129-130.
76 Meier s. 353, 355.

basit bir tahmin yeterli değildir. Hükümlünün suç işleme eğilimi sonucu bu nitelikteki suçları işleyebileceği konusunda ciddi bir endişe olmalı ve suç işleme eğilimi ile bu suçlar arasında bağlantı olmalıdır.[77]

Hükümlünün toplum için değil, sadece belli bir kişi için tehlikeli olması durumunda tedbire hükedilip edilemeyeceği Alman öğretisinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre,[78] bu halde tedbir hükmedilemez. Çünkü hükümlü ile muhtemel mağdur arasındaki ilişki değiştirildiğinde, tedbirin uygulanmasına gerek kalmayacaktır. Örneğin sadece karısını öldüreceği için tehlikeli sayılan hükümlünün karısı ile arasındaki ilişki değiştirildiğinde artık karısı ve dolayısıyla toplum için tehlikeli olmayacağından tedbirin uygulanmasına da gerek kalmayacaktır.

Yargı kararlarında[79] da kabul edilen diğer bir görüşe göre ise, hükümlü belli bir kişi için tehlikeli olsa dahi, toplum için tehlikeli sayılır ve tedbir uygulanmalıdır. Çünkü suçla korunan hukuki yararın kime ait olduğundan, fail ile mağdur arasındaki ilişkiden bağımsız olarak, suçun önlenmesinde toplumsal yarar vardır.[80]

Hükümlünün gelecekte ağır suçlar işleyeceğine ilişkin tahmini davanın görüldüğü mahkeme kovuşturma evresinde yapar. Ancak mahkeme tahminde bulunurken, kişinin kovuşturma evresindeki halini göz önünde bulundurmalı, cezanın infazı sona ermeden önce tedbirin halen gerekli olup olmadığını tespit etmek amacıyla durumu bir kez daha gözden geçirmelidir.[81]

G. Tecrit Kurumuna Gönderme Tedbirinin Almanya'da Uygulanma Sıklığına İlişkin İstatistikler

Tecrit kurumuna gönderme tedbiri ceza hukukunda başvurulması gereken son çare olduğundan Alman uygulaması da bu ilkeye uygun hareket etmiştir. Almanya'da yıllara göre bakıldığında; tecrit kurumunda 1999 yılında 227 kişi, 2000 yılında 251 kişi, 2001 yılında 277 kişi bulunmaktaydı. 2002 yılında 313, 2003 yılında 306, 2004 yılında 304, 2005 yılında 350, 2006 yılında ise da 375 kişi bulunmaktaydı. Almanya'da 2002 yılında cezaevinde bulunan toplam hükümlü sayısı 70977 idi. 4818 kişi akıl hastane tedbirinin infazında (Alman CK § 63), 2163 kişi 64. paragraf uyarınca göre bağımlılık tedavisi yapılan bir kuruma yerleştirilmişti. Sayılar toplandığında 2002 yılında Almanya'da özgürlüğü kısıtlanmış kişilerin % 0.5 inin tecrit kurumunda olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır. 2002 yılında yapılan araştırmaya göre

---

77 Matt/Renzikowski/Eschelbach § 66, kn. 82.
78 Hanack, in: LK, § 66, kn. 148.
79 Kararlar için bkz. S/S-Kinzig, § 66, kn. 42.
80 Meier, s. 321, 355.
81 Lenckner, Theodor; Strafe, Schuld und Schuldfähigkeit, Berlin Heidelberg New York, 1972, dpn. 146; S/S-Kinzig, § 66 kn. 40.

Almanya'da tedbirin ortalama infaz süresi, eyaletlere göre iki yıl üç ay (Schleswig-Holstein) ile yedi yıl (Bayern)arasında değişmiştir.[82]

Son yıllardaki sayılara bakıldığında ise, 2010 yılında 524, 2011 yılında 487, 2012 yılında 445, 2013 yılında 475, 2014 yılında 498, 2015 yılında 521, 2016 yılında 524, 2017 yılında 549, 2018 yılında 553, 2019 yılında 581, 2020 yılında (31 Mart itibarıyle) 593 kişi bulunmaktadır.[83]

Sonuç

Tecrit kurumuna gönderme tedbiri, toplumu korumak amacıyla, tehlikeli faillerin özgürlüklerinin işledikleri suçlar için öngörülen ceza süresinden daha uzun süre özgürlüklerinin kısıtlanması sonucunu doğurmaktadır. Bu tedbir özgürlük hakkı ve toplumun korunması noktası çok hassas bir dengeyi gerektirdiğinden, ancak şiddet içeren, tekerrür oranının yüksek olduğu ağır suçlar sebebiyle uygulanabilmeli ve tedbirin uygulanabilmesi için de kişinin toplumsal tehlikeliliğinin gerçekten ortaya çıkarılmış olması gerekmektedir. Bu gereğin doğal sonucu olarak tedbire hükmedilmesi sadece şekli koşulların gerçekleşmesine bağlanmamalı, kişideki suç işleme eğilimi ve tehlikeliliği gerçekten uzmanlarca araştırılmalı ve tespit edilmelidir.

Kişilere karşı suçlar dahil olmak üzere işlenen her suçun toplumsal düzeni bozduğu kabul edildiğinden, kişinin belli bir kişi açısından tehlikeli olması halinde de toplumsal tehlikeliliğin varlığı kabul edilmelidir. Günümüzde cinsel suçlarda ve kadına yönelik ağır şiddet eylemlerinde tekerrürü önleme bakımından tedbirin faydalı olacağı kanaatindeyim. Kadın cinayetlerinde, fail öldürme aşamasına gelene kadar şiddet içeren bir takım eylemlerde bulunmaktadır. Bu noktada müdahale edildiğinde cinayetler önlenebilecektir.

Tedbir, ölüm cezasına nazaran, ölüm cezasının sakıncalarını içermemektedir. Ancak sonuç olarak ölüm cezası ile ulaşılmak istenen, toplumun korunması amacına ulaşmaktadır. Bu nedenle günümüzde ölüm cezasının tartışılması yerine, tecrit kurumuna gönderme tedbirinin tartışılması gerektiğini düşünmekteyim.

---

[82] Rissing-van Saan/Peglau, in: LK § 66, kn. 13-14.

[83] https://de.statista.com/statistik/daten/studie/75094/umfrage/strafgefangene-in-sicherungsverwahrung.

KAYNAKÇA

Allen, Claud, Die Behandlung der gefährlichen Gewohnheitsverbrecher im englischen Strafrecht, ZStW, Band 80, 1968, 163 vd.

Demirbaş, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Bası, Ankara 2019.

Dreher, Eduard, Die Vereinheitlichung von Strafen und Sichernden Maßregeln, ZStW, Band 65, 1953.

Frey, Erwin, Das Verhältnis von Strafe und Maßnahmen, Sch.ZStr, Band 66, 1951.

Hellmer, Joachim, Der Gewohnheitsverbrecher und die Sicherungsverwahrung 1934-1945, Berlin 1961.

Hanack, in: Strafgezetsbuch Leipziger Kommentar Grosskommentar 11. Auflage, Dritter Band vor § 61 - §67, De Gruyter Berlin 1992.

Horstkotte, Hartmuth, Die Vorschriften des ersten Gesetzes zur Reform des Strafrechts über den Rückfall und über die Maßregeln der Sicherung und Besserung, JZ 1970, Nr. 5/6.

Kögler, Matthias, Die Zeitliche unbesstimmtheit freiheitsentziehender Sanktionen des Strafrechts, Eine vergleichende Untersuchung zur Rechtslage und Strafvollstreckungspraxis in der Bundesrepublik Deutsclands und den USA, Diss., Frankfurth am Main, Bern, New York, Paris 1988.

Lenckner, Theodor, Strafe, Schuld und Schuldfähigkeit, Berlin Heidelberg New York, 1972.

Matt, Holger / Renzikowski / Joachim, Eschelbach Strafgesetzbuch Kommentar, München 2013.

Mayer, Hellmuth, Behandlung zur Rezidivisten (gefährliche Gewohnheitsverbrecher) im deutschen Strafrecht, ZStW, Bd. 80, 1968.

Meier, Bernd-Dieter, Strafrechtliche Sanktionen, 4. Auflage, Springer, 2015.

Nuhoğlu, Ayşe, Ceza Hukukunda Emniyet Tedbileri, Ankara 1997.

Ruth Rissing-van Saan / Jens Peglau, in: Strafgezetsbuch Leipziger Kommentar Grosskommentar 12. Neu bearbeitete Auflaga, Dritter Band § 56 bis §79b, De Gruyter Berlin 2008.

Schöch, Heinz, Sicherungsverwahrung im Übergang, in: https://www.nk.nomos.de/fileadmin/nk/doc/Aufsatz_NK_12_02.pdf

Schönke, Adolf / Schröder, Horst, (Kinzig) Strafgesetzbuch Kommentar, 30. Auf., München 2019.

Yenisey, Feridun / Plagemann Gottfried, Alman Ceza Kanunu Strafgesezbuch (StGB) , 2. Baskı, İstanbul 2015.

Yıldız, Mehmet Emre, Ceza Hukukunda Akıl Hastalığının Kusur Yeteneğine Etkisi ve Akıl Hastalarına Özgü Güvenlik Tedbirleri, Ankara 2020.

https://de.statista.com/statistik/daten/studie/75094/umfrage/strafgefangene-in-sicherungsverwahrung.

https://www.gesetze-im-internet.de/stvollzg/__129.html.

https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2011/05/rs20110504_2bvr236509.html.

https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/__66c.html.

https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/egmr/04/19359-04-1.php

KASTEN ÖLDÜRME SUÇUNUN NİTELİKLİ HALLERİ (TCK m. 82)

The Qualified Cases Of Wilful Murder (Tpc Art. 82)

Prof. Dr. Berrin AKBULUT*

Özet: Kasten öldürme suçunun nitelikli hali Türk Ceza Kanununun (TCK) 82. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddede kasten öldürme suçunun daha ağır ceza verilmesini gerektiren nitelikli halleri hükme bağlanmıştır. TCK'da kasten öldürme suçunun daha az ceza verilmesini gerektiren nitelikli hallerine ise yer verilmemiştir. Cezanın daha fazla verilmesini gerektiren nitelikli haller 82. maddede 11 bent halinde sayılmıştır. Bu düzenlemelerde kanun koyucu kazuistik yöntemi tercih etmiş, bentlerde nitelikli halleri tek tek sayma yoluna gitmiştir. Ancak düzenlemede tercih edilen yöntem ve bazı kavramların kullanılması doktrinde tartışmaları ve eleştirileri beraberinde getirmiştir. Bu çalışmada 82. maddede yer verilen nitelikli haller, doktrinde yapılan tespitler ve Yargıtay kararlarıyla birlikte tek tek incelenecektir. Bu çerçevede her bir nitelikli halde kavramların anlamına, hata ve sapma konularına, haksız tahrikle birlikte uygulanıp uygulanmayacağına, diğer suçlarla ilişkilerine ve nitelikli hallerin ortaklara geçişine değinilecektir.

Anahtar Kelimeler: kasten öldürme, nitelikli hal, hata, sapma, nitelikli hallerin ortaklara geçişi

Abstract: The qualified cases of wilful murder are regulated in Article 82 of the Turkish Penal Code (TPC). In this article, qualified cases of wilful murder that require more punishment are regulated. The TPC does not include qualified cases of wilful murder which require less punishment. Qualified cases requiring more punishment are listed in 11 clauses in Article 82. Legislators preferred the casuistic method in these regulations and chose to count the qualified cases in the clauses one by one. However, the preferred method in the regulation and the usage of some concepts brought along disputes and criticisms in the doctrine.

In this study, the qualified cases included in article 82 will be examined one by one together with the determinations made in the doctrine and the Supreme Court of Appeals' decisions. In this context, the meaning of the concepts in each qualified case, the issues of mistake and deviation, whether they can be applied or not together with unjust provocation, their relations with other crimes and the transition of qualified cases to accomplices will be discussed.

Keywords: wilful murder, qualified cases, mistake, deviation, the transition of qualified cases to accomplices.

* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi
bakbulut@selcuk.edu.tr, ORCID: 0000-0001-8045-2784
Makale Geliş Tarihi: 21.10.2020, Makale Kabul Tarihi: 16.11.2020

I. Genel Olarak

Ceza hukuku, insan hayatını biyolojik, sosyolojik veya başka yönden ayrım yapmadan insan olma sıfatını kazanmasıyla birlikte korumaya almaktadır. Kişi, yaşamı doğal yollardan sona erinceye kadar ceza hukukunun koruması altındadır.[1] Ceza hukukunun bu korumayı sağlaması için ceza kanunlarında öldürmeye ilişkin hükümler yer almaktadır. İnsan hayatı kanunlaşmanın başlamadığı dönemde korumaya alındığı gibi kanunlaştırma hareketlerinin başlamasından sonra da korumaya alınmıştır. Yaşam hakkı en temel hak olarak Anayasanın koruması altında olup, bu hakkın ceza hukuku dışına çıkarılarak korunması söz konusu değildir. Ceza kanunlarda öldürme suçunun temel şekli düzenlendiği gibi nitelikli hallerine de yer verilmektedir. En temel hak olan yaşam hakkının sona erdirilmesinin bazı şekillerde gerçekleştirilmesi fiilin haksızlık içeriğini etkilediği için cezanın daha fazla veya daha az verilmesini gerektiren nedenler de düzenlemeye alınmaktadır:[2]

Alman Ceza Kanununun 212. maddesinde öldürme suçu (totschlag) 211. maddesinde ise suçun daha ağır ceza verilmesini gerektiren nitelikli hali (cinayet-mord), 213. maddesinde cezanın daha az verilmesini gerektiren nitelikli hali, 216. maddesinde ise talep üzerine öldürme düzenlenmiştir. Cezanın daha fazla verilmesini gerektiren nitelikli hal kapsamında öldürme zevkiyle, cinsel güdüleri tatmin etme, maddi menfaat veya diğer ilkel saiklerle, canavarca şekilde, mağdurun saldırı karşısında savunmasız olduğu ve tehlikenin farkında olmadığı bir durumu kullanmak suretiyle ve toplum için tehlike yaratan araçla işlenmesi, bir suçu gizlemek veya bir suçun işlenmesine olanak sağlanması amacıyla işlenmesi düzenlenmiştir. Bu nitelikli şeklin cezası ise Alman Ceza Kanununda müebbet hapis cezası olarak öngörülmüştür.

Avusturya Ceza Kanununun 76. maddesinde öldürme suçu (totschlag), 75. maddesinde cinayet (mord) düzenlenmiş, ancak bu maddede nitelikli hallerin neler olduğuna ilişkin belirleme yapılmamış, ceza 10 yıldan 20 yıla kadar hapis veya müebbet hapis cezası olarak öngörülerek hakime somut olayın şartlarına göre belirleme yapma imkanı tanınmıştır. Avusturya Ceza Kanununun 77. maddesinde talep üzerine öldürme, 79. maddesinde ise yeni doğmuş çocuğun öldürülmesi hükme bağlanmıştır.

İspanyol Ceza Kanununun 138. maddesinde suçun temel şekli, 139 ve 140. maddelerinde öldürme suçunun daha fazla ceza verilmesini gerektiren nitelikli hali, 141. maddesinde ise daha az ceza verilmesini gerektiren nitelikli hali düzenlenmiştir. Cezanın daha fazla verilmesini

---

[1] Önder, Ayhan, *Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1994, s. 4.

[2] Kasten öldürme suçuna ilişkin bazı ülke düzenlemeleri için bkz.: Gökcen, Ahmet/Balcı, Murat, *Kasten Öldürme Suçu (TCK. M. 81)*, MÜHF-HAD, C. 17, S. 1-2, s. 102 vd.

gerektiren neden olarak, fiilin tasarlayarak işlenmesi, vaat, para veya ödül karşılığında gerçekleştirilmesi, insanlık dışı bir şekilde mağdurun acısını artırarak, acımasızca işlenmesi (m. 139, onbeş yıldan 20 yıla kadar hapis), bu nedenlerin birden fazlasının bir olayda birleşmesi (m. 140, 20 yıldan 25 yıla kadar hapis) ifade edilmiştir.

İsviçre Ceza Kanununun 111. maddesinde kasten öldürmenin temel şekli, 112. maddesinde suçun daha fazla ceza verilmesini gerektiren nitelikli hali, 113. maddesinde daha az ceza verilmesini gerektiren nitelikli hali, 114. maddesinde talep üzerine öldürme,116. maddesinde yeni doğan çocuğun öldürülmesi hükme bağlanmıştır. İsviçre Ceza Kanununun 112. maddesinde, fail özellikle vicdansız hareket etmişse, davranışın sebebinin, olayın amacının veya işleyiş türünün özellikle kınandığı, böylece failin cezasının ya müebbet hapis cezası veya on yıldan az olmayan hapis cezası olduğu ifade edilmektedir.

Portekiz Ceza Kanununun 131. maddesinde suçun temel şekli, 132. maddesinde öldürme suçunun daha fazla ceza verilmesini gerektiren nitelikli hali, 133. maddesinde öldürme suçunun daha az ceza verilmesini gerektiren nitelikli hali, 134. maddesinde talep üzerine öldürme, 136. maddesinde yeni doğan çocuğun öldürülmesi düzenlenmiştir. Portekiz Ceza Kanununun 132. maddesinde, mağdurun altsoy, üstsoy, evlat edinilen veya kendisini evlat edinen kişiler olması, fiilin eşe, eski eşe, birinci derece altsoyunun ebeveynine veya aynı hanede olmasalar bile evlilik bağına eşit sayılan yakınlık içerisinde bulunduğu aynı veya karşı cinse karşı işlenmesi, yaşı, engeli, hastalığı veya hamileliği nedeniyle savunmasız durumda olan kişiye karşı işlenmesi, mağdurun daha fazla acı çekmesini sağlamak için işkence yapılması veya başka diğer eziyet fiillerinin kullanılması suretiyle işlenmesi, hırsla, öldürme veya acı çektirme zevkiyle, cinsel içgüdünün uyarılması, tatmin edilmesi amacıyla veya herhangi aşağılık veya boş nedenle işlenmesi, öldürmenin dini, siyasi, ırki nefretle veya mağdurun cinsiyeti, cinsel yönelimi, etnik veya milli kökeni veya rengi nedeniyle işlenmesi, başka bir suçu hazırlamak, işlenmesini kolaylaştırmak, işlemek veya gizlemek yahut suç işleyen kişinin kaçmasını kolaylaştırmak veya cezasız kalmasını sağlamak için işlenmesi, çok tehlikeli yöntem kullanılarak veya genel tehlike yaratan bir suç içererek veya en az başka iki kişiyle birlikte işlenmesi, zehir veya gizlice zarar veren diğer yöntemlerin kullanılması suretiyle işlenmesi, kullanılan araçlar üzerinde düşünerek, soğukkanlılıkla hareket edilmesi veya yirmi dört saatten fazla bir süre öldürme niyetinde ısrar edilmesi suretiyle işlenmesi, görevlerini yerine getirirken veya görevleri sebebiyle: Devlet Konseyi'nin egemen bir organının bir üyesine, Cumhuriyet Temsilcisine, sulh hâkime, Özerk Bölgelerin bir hükümet organı üyesine, Ombudsmana, sivil valiye, mahalli idarelerin bir üyesine veya kamu otoritesine sahip hizmet veya organ üyesine, kamu gücü kullanan amire, jüri üyesi, tanık, avukat, icra memuru, mahkeme dışı uyuşmazlık çözüm prosedürleri kapsamında görev yapan herkes, güvenlik kuvvetleri veya hizmetlerinin temsilcisi, sivil veya askeri kamu

görevlisi, kolluk görevlisi veya bir kamu hizmetine görevlendirilen vatandaş, öğretmen, okutman veya okul topluluğu üyesi veya din görevlisi, sportif federasyonların yetkisi altındaki yargıç veya spor hakemine karşı işlenmesi, failin kamu görevlisi olması ve fiili yetkisini ciddi şekilde kötüye kullanarak işlemesi nitelikli hal sayılmış ve failin 12 yıldan 25 yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılacağı öngörülmüştür.

Rusya Federasyonu Ceza Kanununun 105. maddesinin 1. fıkrasında suçun temel şekli, aynı maddenin 2. fıkrasında nitelikli şekli, 106. maddesinde yeni doğmuş çocuğun öldürülmesi, 107. maddesinde suçun daha az ceza verilmesini gerektiren nitelikli şekli, 108. maddesinde meşru savunmada sınırın aşılması suretiyle öldürme fiili düzenlenmektedir. Rusya Federasyonu Ceza Kanununun 105. maddesinin ikinci fıkrasındaki nitelikli haller, öldürme suçunun iki veya daha fazla kişiye karşı, bir hizmetin ifası veya kamu görevinin ifa edilmesi sırasında bir kimseye veya yakınlarına karşı, çocuğa veya yardıma muhtaç kişiye bu halini bilerek veya kaçırma ilişkisi içinde bulunan kişiye karşı, hamile olduğu bilinen kadına karşı, canavarca hisle, kamuya tehlikeli şekilde işlenmişse, kan öcünü almak maksadıyla (kan gütme saikiyle), topluca, önceden anlaşarak veya organize şekilde işlenmişse, kar amaçlı veya bir kişi tarafından verilen iş kapsamında, gasp veya haraç alma veya haydutlukla birlikte işlenmişse, holigan saikle işlenmişse, başka bir suçu gizlemek veya işlenmesini kolaylaştırmak amacıyla (işlenmişse), tecavüz veya şiddet içeren cinsel eylemler ile birlikte işlenmişse, siyasi, ideolojik, irki, milli veya dini nefretle veya düşmanlık nedeniyle veya herhangi bir sosyal gruba karşı nefret veya düşmanlık saikiyle işlenmişse, mağdurun organ veya dokularını elde etmek amacıyla işlenmişse şeklinde belirtilmiş ve öldürme suçunu işleyen kişiye bir yıldan 2 yıla kadar özgürlüğün kısıtlanması ile 8 yıldan 20 yıla kadar hapis cezası veya müebbet hapis cezası veya ölüm cezası verileceği öngörülmüştür. Rusya Federasyonu Ceza Kanununda ölüm cezası olmakla beraber Anayasa Mahkemesinin kararıyla 2009 yılından itibaren uygulanmamaktadır.

Irak Ceza Kanununun 405. maddesi suçun temel şeklini, 406. madde öldürme suçunun nitelikli halini, 407. madde yeni doğmuş çocuğun (ensest ilişkiden) öldürülmesi fiilini, 409. maddede ise bizim 765 sayılı Kanun döneminde yürürlükten kaldırılan 462. maddeye benzeyen bir hükmü düzenlemektedir. Nitelikli halin düzenlendiği 406. maddenin 1. fıkrasında, kasten öldürme suçunun tasarlayarak işlenmesi, zehir, patlayıcı madde veya bomba kullanılarak işlenmesi, kötü bir sebep veya ücret karşılığında veya eylem gerçekleştirilirken acımasız yöntem kullanılarak işlenmesi, üst soya karşı işlenmesi, bir çalışana veya kamu hizmetinden sorumlu bir kişiye karşı işini veya hizmetini yerine getirmesi nedeniyle işlenmesi, tek fiille iki veya daha fazla kişinin öldürülmesi, kasten öldürme suçunun bir veya daha fazla kasten öldürme veya öldürmeye teşebbüs ile ilişkilendirilmesi, öldürme suçunun, bir yıldan az olmamak üzere hapis cezası olan cinayet veya cünha işlemek için veya işlenmesini kolaylaştırmak, failin ya da şerikin

kaçmasını veya cezadan kurtulmasını sağlamak için işlenmesi, failin, kasten öldürme suçundan müebbet hapis cezasına mahkum edildikten sonra cezasının infaz süresi içinde başka bir kasten öldürme suçunu işlemesi veya öldürmeye teşebbüs etmesi idam cezası gerektiren öldürme olarak nitelendirilmiştir. İkinci fıkrasında ise, failin bir kişiyi öldürmek istediği halde, eyleminin başka bir veya daha fazla kişinin ölümüne yol açması, failin, mağduru öldürdükten sonra onun cesedini kesmesi, faile, öldürme suçu dışında başka bir suçtan dolayı müebbet hapis cezası verilmesi ve bu cezanın infaz süresi içinde failin kasten öldürme suçunu işlemesi idam veya müebbet hapis cezası gerektirmektedir.

Ülkelere bakıldığında bazı ülkelerde diğer ülkelerde olmayan nedenlerin düzenlendiği, farklı nitelikli hallerin bulunduğu görüldüğü gibi bazı nitelikli hallerin de müşterek olduğu, bazı ülkelerde de geniş belirleme yapıldığı görülmektedir.

Anglosakson sitemine dahil Kanada'da ise cinayet (öldürme) birinci veya ikinci derece olarak sınıflandırılmaktadır. Planlı ve kasıtlı olarak işlenen öldürme birinci derecede cinayet sayılmaktadır (genel kural). Ayrıca şu hallerde de birinci derecede cinayet bulunmaktadır: Anlaşmalı cinayet halinde (planlı ve kasıtlı olarak işlendiği kabul edilmektedir) (para veya değerli herhangi bir şeyin el değiştirdiği veya el değiştirmesinin hedeflendiği veya el değiştirmesi vaadinin verildiği anlaşmaya uygun olarak işlendiğinde anlaşma üzerine öldürme vardır. Bu anlaşma birinin ölümüne neden olması, ölümüne neden olacak yardımda bulunması veya bir başka kişiye ölüme sebebiyet vermesi veya ölümüne neden olacak yardımda bulunması için tavsiye vermesi düşünülerek yapılmaktadır), planlı ve kasıtlı olup olmadığına bakılmaksızın görevleri sırasında kamu barışının korunmasına ve sürdürülmesine çalışan bir görevliye, polise, gardiyana, şerife, şerif yardımcısı, şerif memuruna, görevlerini yerine getiren cezaevi müdürüne, müdür yardımcısına, eğitmene, bekçiye, gardiyana veya başka bir görevliye ya da daimi bir çalışana veya cezaevi yetkililerinin izniyle cezaevinde çalışan ve buradaki görevi sırasında hareket eden kişiye karşı işlenmesi halinde birinci derece cinayet bulunmaktadır. Ayrıca cinayetin planlanmış ve kasıtlı olup olmadığına bakılmaksızın, herhangi bir kişinin aşağıdaki suçlardan birini işlerken veya işlemeye teşebbüs ederken başka bir kişinin ölümüne neden olması durumunda da birinci derece cinayet bulunmaktadır: 76. madde (bir uçağın kaçırılması); 271. madde (cinsel saldırı); 272. madde (silahla cinsel saldırı, üçüncü bir şahsa yönelik tehditle cinsel saldırı veya bedensel zarara neden olan cinsel saldırı); 273. madde (cinsel saldırının daha fazla ceza verilmesini gerektiren nitelikli hali); 279. madde (kaçırma ve özgürlüğün kısıtlanması); 279.1. madde (rehin alma). Yine planlanmış veya kasıtlı olduğuna bakılmaksızın taciz suçu sırasında cinayet, terör eylemi sırasında cinayet ve bir suç örgütüyle bağlantılı cinayet de birinci derece cinayet olarak nitelendirilmektedir. Failin m. 423.1 uyarınca suç işlerken veya işlemeye teşebbüs ederken bir kişinin ölmesine neden olması

halinde de 1. derecede cinayet bulunmaktadır. Bu belirtilenlerin dışında kalan öldürmelerde, yani birinci derece cinayet sayılmayan durumlarda ikinci derece cinayet söz konusudur (m. 231). Kanada Ceza Kanununun 232. maddesinde cinayetin daha hafif şekli (manslaughter), 233. maddesinde ise yeni doğmuş çocuğun öldürülmesi hükme bağlanmaktadır. Birinci ve ikinci derecede cinayet işleyen herkes için müebbet hapis cezası öngörülmüştür.

Türk kanun koyucusu da kasten öldürme suçunu Türk Ceza Kanununun Özel Hükümler ismini taşıyan İkinci Kitabının İkinci Kısımda Hayata Karşı Suçlar başlığını taşıyan Birinci Bölümünde düzenlemiştir. Bu bölümün 81. maddesinde suçun temel şekli, 82. maddesinde suçun nitelikli halleri, 83. maddesinde ise suçun ihmali davranışla işlenmesi hükme bağlanmıştır. Kasten öldürmenin icrai hareketle dolaylı faillik şeklinde işlenmesi TCK'nın 81. ve 82. madde hükümlerine tabi olmakla beraber (TCK m. 37), kanun koyucu intihara yönlendirmenin düzenlendiği TCK'nın 84. maddenin 4. fıkrasında dolaylı faillik şekillerinden ikisini özel olarak hükme bağlama yolunu tercih etmiştir.

II. Kasten Öldürme Suçunun Temel Şekli

Kasten öldürme suçunun temel şekli TCK'nın 81. maddesinde düzenlenmiştir. 81. maddede, "*Bir insanı kasten öldüren kişi, müebbet hapis cezası ile cezalandırılır*" hükmü yer almaktadır. Kanun koyucu, kişilerin yaşam hakkını korumak için kişilere karşı işlenen suçların ilk suçu olarak öldürme suçunu düzenlemiştir.

Türk Ceza Kanununun 81. madde düzenlemesinden de anlaşıldığı gibi suçun temel şekli herhangi bir kişi tarafından işlenebilir. Kanun koyucu bunu öldüren kişi ifadesiyle belirtmiştir. Fiilin gerçekleştirildiği esnada yaşıyor olması şartıyla herhangi bir kişi de suçun mağduru olabilecektir. Maddede mağdur çısından bir özelleştirmeye gidilmemiş, insan olmak şartıyla herhangi bir kişinin suçun mağduru olabileceği kabul edilmiştir. Öldürme suçunun konusunu öldürülen kişinin hayatı oluşturmaktadır. Hayatın başladığının kabul edilmediği hallerde suçun gerçekleştirilmesi söz konusu değildir. Ancak insan hayatının ne zaman başladığı doktrinde tartışmalı olup farklı değerlendirmelere konu olmaktadır. İnsan hayatı ölümle (klasik ölümle veya beyin ölümüyle) sona erdiğinden, ölümün gerçekleştiği kişiye yönelik olarak kasten öldürme suçu işlenemez. Maddede geçen ölüm kavramı neticeyi ifade ettiğinden öldürme suçu neticeli bir suç niteliği taşımaktadır. Suç tipinde hareketle ilgili belirlemeye gidilmediğinden ölümü gerçekleştirmeye elverişli herhangi bir hareketle bu suç gerçekleştirilebilir. Bir başka ifadeyle kasten öldürme suçu serbest hareketli suç niteliğindedir. Öldürmeyi gerçekleştiren hareket icrai olabileceği gibi ihmali de olabilir. Ancak öldürmenin ihmali şekilde işlenmesi 83. maddede düzenlendiğinden öldürmenin ihmali şekilde işlenmesi 81. madde kapsamında değerlendirilmemektedir. Kasten öldürme suçu neticeli bir

suç olduğundan hareket ile netice arasında nedensellik bağının kurulması da gerekmektedir. Ancak bu tür suçlarda failin sorumluluğu için yalnızca nedensellik bağının kurulması yetmemekte, ayrıca neticenin failin fiilinin eseri olduğunun tespiti yani objektif isnadiyetin varlığı da gerekmektedir. Bugün modern Ceza Hukuku doktrininde sorunun kast veya taksirle çözümlenmesinden önce bir neticenin meydana gelmesinde etken olan nedenler nedensellik bağı ile tespit edilerek daha sonra hukuksal değerlendirme yapılarak netice kimin eseri ise ona yüklenmesi gerektiği ifade edilmektedir. Nedensellik bağı konusunda şart teorisi kabul edilmekte, daha sonra objektif isnadiyet kriterleri çerçevesinde neticenin faile isnad edilip edilip edilemeyeceği değerlendirilmektedir. Ceza hukukunda objektif isnadiyeti kaldıran bir çok kriter uygulanmaktadır. Ancak konumuz nitelikli haller olduğu için burada isnadiyet kriterleri ifade edilmeyecektir.

Suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır. Kanun koyucu bunu madde başlığında açıkça belirtmiştir. TCK'da kural olarak kast kelimesi maddede kullanılmaz. Zira TCK m. 21 gereğince kast için düzenlemede belirleme yapılmasına ihtiyaç bulunmamaktadır. Kanun koyucu bazen fiilin taksirli haline yer vereceği hallerde madde başlığında kasten kelimesine yer vermekte ve devamında da fiilin taksirli şekli için madde başlığında taksiri ifade etmektedir. Öldürme suçu da bunlardan biridir. TCK m. 81'de kasten öldürme başlığı, TCK m. 85'te ise taksirle öldürme başlığı kullanılmıştır. Ancak şu da belirtilmelidir ki kanun koyucu madde başlığında taksir kelimesini kullanmakla beraber kasıtlı şeklinde bu ibareyi kullanmadığı da olmaktadır (TCK m. 161, m. 162 gibi). Suçun temel şeklinin oluşması için kasten öldürmenin hangi amaçla veya saikle işlendiği önemli değildir. Kasten öldürme suçu için problem teşkil eden husus somut olayda kişinin öldürme kastıyla mı yoksa yaralama kastıyla mı hareket ettiğinin belirlenmesidir. Kastın tanımlanması ispat konusu değilse de somut olayda failin kastının öldürmeye mi yoksa yaralamaya mı yönelik olduğunun ispatlanması gerekmektedir. Yargıtay kişinin kastının öldürmeye mi yoksa yaralamaya mı yönelik olduğu konusunda bazı ölçütler kullanmak suretiyle failin kastının hangi suça yönelik olduğunu tespit etmektedir.

Kasten öldürme suçunda hukuka uygunluk nedeninin gerçekleşmesi mümkündür. Bu kapsamda meşru savunma, görevin ifası ve ilgilinin rızası üzerinde durulmaktadır. İlgilinin rızası üzerine öldürme söz konusu değildir. Ancak hasta tedaviyi reddetmişse, müdahalede bulunmayan doktor sorumlu değildir. Diğer iki hukuku uygunluk nedeni belirli şartlar altında kabul edilmektedir. Ancak görevin ifası kapsamında silah kullanılması durumunda bunun kişiyi hedef alarak öldürecek şekilde kullanılması kabul edilmemektedir.

Kasten öldürme suçunun teşebbüs halinde kalması, iştirak halinde işlenmesi mümkündür. Dolaylı faillik şeklinde de gerçekleştirilebilir. Ancak kasten öldürme suçunda zincirleme suçun mümkün olmadığını (TCK m. 43/1), farklı neviden fikri içtimanın ise somut olayda söz konusu olabildiği belirtilmelidir. Öldürme suçunda aynı neviden fikri

içtima mümkün olmakla beraber TCK m. 43/3 nedeniyle aynı neviden fikri içtima kuralları uygulanmayıp, gerçek içtima kuralları gereğince sorumluluk tayin edilmektedir.

Kasten öldürme suçunun temel şeklinin cezası ise müebbet hapis cezası olarak öngörülmüştür. Kasten öldürme suçunu işleyen kişiye ceza dışında güvenlik tedbiri de uygulanabilir (örneğin TCK m. 53, 54, 55). Kasten öldürme suçu terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde işlendiği takdirde, terör suçu sayılmaktadır (TMK m. 4).

III. Kasten Öldürme Suçunun Nitelikli Halleri

A. Genel Olarak

Türk Ceza Kanununda kasten öldürme suçunun nitelikli halleri 82. maddede suçun temel şeklinin düzenlendiği 81. maddeden hemen sonra hükme bağlanmıştır. Suçun ihmali şekilde işlenmesi ise suçun nitelikli hallerinin düzenlenmesinden sonra 83. maddede yapılmıştır. Bunun yerinde bir tercih olmadığı belirtilmelidir. Zira ihmali hareket, icrai hareket dışında hareketin diğer bir şeklini oluşturmaktadır. Dolayısıyla suçun icrai şeklinden hemen sonra düzenlenmesi gerekirdi. Ayrıca 82. maddedeki nitelikli hallerin 83. madde açısından da uygulanması hedeflenen düzenlemede olması gereken, 83. maddenin 82. maddeden daha önce hükme bağlanmasıdır. Ancak kanun koyucu 83. madde düzenlemesini 82. madde düzenlemesinden daha sonra yapmıştır.

İnceleme konumuzu 82. madede düzenlenen nitelikli haller oluşturmaktadır. Nitelikli hallerin yer aldığı 82. maddede suçun daha fazla ceza verilmesini gerektiren nitelikli halleri hükme bağlanmış, suçun daha az ceza verilmesini gerektiren nitelikli halleri ise düzenlenmemiştir. TCK'nın 82. maddesinde, kasten öldürmenin belirli şekillerde gerçekleştirilmesinin fiilin haksızlık içeriğini artırdığı kabul edilmiş ve failin ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasıyla cezalandırılması hükme bağlanmıştır. Filin haksızlık içeriğini azaltan nedenlerin varlığı ise kabul edilmemiştir. Suçun cezası müebbet hapis cezası olunca fiilin haksızlık içeriğinin azalması sonucunu doğuran nedenlerin 61. maddenin 1. fıkrası anlamında göz önüne alınması da mümkün değildir. Sadece geriye m. 62'nin uygulanması kalmaktadır.

Kasten öldürme suçunun temel şeklinin cezası müebbet hapis cezası olunca cezanın daha fazla verilmesini gerektiren nitelikli haller için de ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası öngörülmüştür. Kanunda temel şeklinin cezasının yüksekliği, dolayısıyla nitelikli şeklinin cezasının da yüksekliği ve bunun maktu şekilde belirlenmesi, hakime somut olayın şartlarına göre belirleme yapma yetkisi vermemesi nedeniyle 82. maddede öngörülen ceza miktarının yerinde bir tercih olmadığını belirtmek istiyoruz. Örneğin bir baba kanser hastası olan ve

çektiği acılara dayanamayan oğlunu onun isteği üzerine öldürdüğünde ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasıyla yargılanacaktır.

TCK'nın 82. maddesinde düzenlenen nitelikli hallerde, mağdurdan kaynaklanan nedenlere, fail mağdur arasındaki ilişkiden kaynaklanan nedenlere, fiilin işleniş tarzıyla, kullanılan araçlarla ilgili nedenlere ve sübjektif unsurlardan kaynaklanan nedenlere yer verilmiştir. Ancak çalışmamızda söz konusu nitelikli halleri incelerken bu ayrım çerçevesinde değil, TCK'nın kabul ettiği şekliyle bent bent inceleme yapılacaktır.

TCK'nın 82. maddesinde nitelikli hali oluşturan nedenler tek tek ifade edilmek suretiyle düzenlenmiştir. Bu tarz bir düzenlemenin hedefleneni gerçekleştirmek için yeterli olmadığını, nitelikli hal olarak kabul edilmesi gereken bazı nedenlerin 82. madde kapsamına girmediğini ifade etmek gerekir.[3] Bu nedenlerin bir çoğu nitelikli haller belirtilirken ifade edileceğinden burada birkaç tanesi dile getirilecektir. İlki suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesidir. Bu nitelikli hal İstanbul Sözleşmesinin de gereğidir (İstanbul Sözleşmesi m. 46/e). Ceza Kanunumuzda bazı suçlar açısından nitelikli hal olarak düzenlenen suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi (TCK m. 106, 102, 103, 109, 119, 149, 265), öldürme suçu açısından kabul edilmemiştir. Diğeri günümüzde bilişim teknolojinin kötü amaçlarla kullanılması, bu kapsamda öldürme suçu için de vasıta kılınması nedeniyle (mavi balina örneğinde olduğu gibi) nitelikli hallerde buna ilişkin düzenlemeye gidilmesi gerektiğidir. Diğeri ise öldürme suçunun bazı amaçlarla (maddi menfaat, vaat gibi ahlaki olmayan nedenlerle) veya nedenlerle (cinsel tercih, köken gibi) işlenmesinin de nitelikli hal olarak düzenlenmesi lüzumudur. Kanun koyucunun nitelikli halleri düzenlerken tercih ettiği bazı kavramlar açısından da sorun bulunmaktadır. Örneğin eş kavramının tercih edilmesi bunlardan biridir. Aşağıda tüm bunlar da ifade edilecektir. Ancak şu belirtilmelidir ki tek tek sayma yolu tercih edilince mutlaka eksikliklerin ve eleştirilerin bulunması doğaldır.

B. Tarihi Gelişim

Öldürme suçu, Türk hukuk sisteminde her zaman cezalandırılan bir fiil olmakla beraber nitelikli hallere kanun bazında 1274 sayılı Ceza Kanunda rastlamaktayız. 1274 tarihli Kanunun ikinci babının birinci faslında öldürme suçu hükme bağlanmıştır. Düzenlemenin 169. maddesinde tasarlayarak öldürmenin ne olduğu, 170. maddesinde ise tasarlayarak öldürmenin cezası (idam) düzenlenmiştir. Tasarlama

[3] Doktrinde bazı yazarlar, 5237 sayılı TCK'nın birkaç hüküm dışında çağdaş ceza hukuku anlayışını yansıttığını, kişi hak ve özgürlüklerini korumayı hedefleyen, sade, kolay anlaşılıp uygulanacak bir tarzda kaleme alındığını belirtmektedirler: Gökcen / Balcı, MÜHF-HAD, s. 96.

dışında 1274 sayılı Kanunun 174. maddesinde ayrıca nitelikli hallere ilişkin bir düzenleme daha yer almaktadır.[4] 174. maddede, bir kimsenin taammüt olmaksızın bir şahsı öldürmesi halinde 15 sene müddetle kürek cezasına mahkum edileceği yazıyordu. Ancak öldürme fiili başka bir cinayet esnasında veya onun öncesinde veya sonrasında veya bir cünha işlenirken gerçekleşmişse öldüren şahıs kanunen idam cezasına mahkum edilecektir.[5] Doktrinde bazı yazarlar 174. maddede yer alan nitelikli hallerin 765 sayılı Kanunda bulunan ağırlaştırıcı nedenlerin çoğuyla aynı olduğu belirtilmektedir.[6]

Öldürme suçu,765 sayılı Kanunda ise 2. Kitap 9. Bapta Şahıslara Karşı Cürümlerin birinci faslında düzenlenmekteydi. Bu faslın 448, 449, 450, 451 ve 453. maddeleri kasten öldürme fiiline ilişkin düzenlemelerdi. 448. madde öldürme suçunun temel şeklini düzenlemekteydi. 449 ve 450. maddelerde öldürme suçunun daha fazla ceza verilmesini gerektiren nitelikli hallerini hükme bağlıyordu. TCK'nın 449. maddesi[7] müebbet hapis cezasını, 450. madde[8] ise ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını içermekteydi.[9] 451. maddede ise öldürme suçunun daha az ceza verilmesini gerektiren nitelikli şekli hükme bağlanmaktaydı.[10] 453. maddede ise yeni doğmuş çocuğun öldürülmesi hükme bağlanmaktaydı.[11] Ayrıca geçen fasıllara ait müşterek hükümler başlığını

---

4 Gökcen, Ahmet, *Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri*, Yayınevi yok, İstanbul, 1989, s. 147, 148.

5 Metin için bkz.: Gökcen, s. 147.

6 Dönmezer, Sulhi, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, Beta Basım Yayın, İstanbul, 2001, 16. Bası, s. 11.

7 m. 449: "*Adam öldürmek fiili: 1. Karı, koca, kardeş, babalık, analık, evlatlık, üvey ana, üvey baba, üvey evlat, kayınbaba, kaynana, damat ve gelinler hakkında işlenirse; 2. Zehirlemek suretiyle yapılırsa; Fail, müebbet ağır hapis cezasına mahkum olur*".

8 m. 450: "*Öldürmek fiili: 1. Usul ve fürudan biri aleyhine işlenirse; 2. Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerinden biri aleyhine veya üyelik sıfatı sona ermiş olsa bile bu görevinden dolayı işlenmiş olursa; 3. Canavarca bir his sevki ile veya işkence ve tazip ile ika edilirse, 4. Taammüden icra olunursa; 5. Birden ziyade kimseler aleyhine işlenirse; 6. Yangın, su baskını ve gark gibi yedinci babın birinci faslında beyan olunan vasıtalarla yapılırsa; 7. Velevki husule gelmiş olmasın diğer bir suçu hazırlamak veya kolaylaştırmak veya işlemek için ika olunursa; 8. Bir suçtan hasıl olacak faydayı elde etmek veya bu gayeye vasıl olmak maksadiyle yapılan ihzaratı saklamak için veya takip edilen gayeye vasıl olamamaktan mütevellit infial ile işlenmiş olursa; 9. Bir suçu gizlemek veya delil ve emarelerini ortadan kaldırmak veya kendisinin yahut başkasının cezadan kurtulmasını temin maksadiyle vukua getirilirse; 10. Kan gütme saikiyle işlenirse 11. Devlet memurlarından biri aleyhine görevi esnasında veya Devlet memurluğu sıfatı zail olsa bile bu görevi yapmasından dolayı işlenirse; fail, ağırlaştırılmış müeebbet ağır hapis cezasına mahkum edilir*"

9 450. maddedeki nitelikli hallerin karşılığında ölüm cezası öngörülmekteydi. Ölüm cezaları önce 03.08.2002 tarihli 4771 sayılı Kanunla yalnızca savaş ve yakın savaş tehdidi halleriyle ilgili uygulanması kabul edilmiş, daha sonra ise 14.07.2004 tarihli 5218 sayılı Kanunla tüm cürümler karşılığında öngörülen ölüm cezaları ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına dönüştürülerek bu cezanın mevzuatımızda yer almasına son verilmiştir.

10 Önder, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler, s. 50; Dönmezer, s. 90.

11 Bu hükmün niteliğiyle ilgili olarak farklı görüşler bulunmaktadır. Bağımsız suç tipi olduğunu belirtenler olduğu gibi öldürmenin daha az ceza verilmesini gerektiren

taşıyan üçüncü faslın 462.[12] ve 463. maddeleri[13] öldürme fiiliyle de ilgiliydi. 462. madde 5237 sayılı Kanun yürürlüğe girmeden önce 15.07.2003 tarihindeki 4928 sayılı Kanunla yürürlükten kaldırılmıştır.[14] İştirake ilişkin kuralların varlığında gereksiz ve adaletsiz bir hüküm olan 463. madde ise doğru olarak 5237 sayılı Kanuna alınmamıştır.[15] TCK'nın 451. maddesinde düzenlenen hüküm[16] de 5237 sayılı TCK'ya alınmamıştır. Nedensellik bağının doğal bir olgu olması ve objektif isnadiyet kriterlerinin kabul edilmesi nedeniyle böyle bir hükme yer verilmesi gereksiz olduğundan 5237 sayılı Kanunda düzenlenmemiştir. 453. maddede düzenlenen hüküm (öldürme fiilinin anası tarafından şerefini kurtarmak saikiyle yeni doğmuş bulunan çocuğa karşı işlenmesine ilişkin hüküm) de[17] yaşanan gelişmelere bağlı olarak 5237 sayılı Kanunda hükme bağlanmamıştır.[18] Bu belirlemelerden sonra 765 sayılı Kanun ile 5237 sayılı Kanun nitelikli haller bakımından karşılaştırıldığında şu farkların bulunduğu görülmektedir: 765 sayılı TCK nitelikli halleri birkaç maddede düzenlemişken 5237 sayılı Kanun

---

nitelikli hali olduğunu kabul edenler de bulunmaktaydı. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Önder, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler, s. 67-69.

12 m. 462: "*Yukarıda geçen iki fasılda beyan olunan fiiller, zinayı icra halinde veya gayrimeşru cinsî münasebette bulunduğu esnada meşhuden yakalanan veya zina yapmak veya gayrimeşru cinsî münasebette bulunmak üzere yahut henüz zina yapmış veya gayrimeşru cinsî münasebette bulunmuş olduğunda zevahire göre şüphe edilmeyecek surette görünen bir koca veya karı yahut kız kardeş veya füruğdan biri yahut bunların müşterek faili veya her ikisi aleyhinde karı veya koca yahut usulden biri veya erkek veya kız kardeş tarafından işlenmiş olursa fiilin muayyen olan cezası sekizde bire indirilir ve ağır hapis cezası hapis cezasına tahvil olunur. Müebbet ağır hapis cezası yerine dört seneden sekiz seneye ve idam cezası yerine de beş seneden on seneye kadar hapis cezası verilir*".

13 m. 463: "m. 463: "*448, 449, 450, 456, 457 nci maddelerde beyan olunan fiilleri iki veya daha çok kimse birlikte yapmış olup da failin kim olduğu belli olmazsa bunlardan her birisi hakkında, fiil için tayin edilmiş olan ceza üçte birden yarıya kadar indirilerek hükmolunur. Ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezasını gerektiren fiillerde yirmi seneden, müebbet ağır hapis cezasını gerektiren fiillerde onaltı seneden aşağı olmamak üzere ağır hapis cezası tayin olunur. Şu kadarki, bu hüküm fiili doğrudan doğruya beraber işlemiş olanlar hakkında uygulanmaz*".

14 Bu hüküm haksız tahrikin özel şekli olarak nitelendirilmekteydi: Önder, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler, s. 138; Dönmezer, s. 174.

15 463. maddenin iştirakte ikilik sistemini kabul eden ülkelerde suça katılanların iştirak paylarının belirlenemediği hallerde işin içinden çıkabilmek için kabul edilmiş istisnai bir hüküm olduğu ifade edilmektedir: Dönmezer, s. 179. Aynı yönde, Önder, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler, s. 147. Hükmün niteliğiyle ilgili farklı görüşler de ileri sürülüyordu. Tüm bunlar için bkz.: Önder, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler, s. 147.

16 765 sayılı TCK'nın 451. maddesine göre, "*Ölüm, failin fiilinden evvel mevcut olupta failce bilinmeyen ahvalin birleşmesi veyahut failin idaresinden hariç ve gayri melhuz esbabın inzimamı yüzünden vukua gelmiş ise ağırlaştırılmış müeebbet ağır hapis cezasını müstelzim hallerde on beş seneden ve müebbet ve on beş seneden fazla ağır hapsi müstelzim hallerde on seneden aşağı olmamak üzere ağır hapis cezası hüküm olunur*."

17 m. 453: "*Öldürme fiili, anası tarafından şerefini kurtarmak saikiyle yeni doğmuş bulunan çocuğa karşı işlenmiş ise faile sekiz yıldan oniki yıla kadar hapis cezası verilir*".

18 Bazı yazarlar çağdaş eğilimler sonucunda TCK'ya alınmadığını belirtmektedirler: Gökcen, Ahmet / Balcı, Murat, *Kasten Öldürme Suçları (TCK m. 81-83)*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013, s. 5.

nitelikli halleri tek maddede hükme bağlamıştır. 765 sayılı Kanun nitelikli hallerin karşılığında müebbet hapis cezası ile ağırlaştırılmış müebbet hapis ceza öngörmüşken, 5237 sayılı Kanun yalnızca ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası belirlemiştir. Cezanın daha fazla verilmesini gerektiren nedenlerden (m. 449) zehirlemek suretiyle öldürme, babalık, analık, evlatlık, üvey ana, üvey baba, üvey evlat, kayınbaba, kaynana, damat ve gelinler hakkında işlenmesi (müebbet hapis cezası gerektirmekteydi); birden fazla kimseler aleyhine işlenmesi (m. 450, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası gerektirmekteydi) 82. maddede düzenlenmemiştir. Öldürmenin birden fazla kimse aleyhine tek fiille işlenmesine 5237 sayılı TCK da gerçek içitimanın uygulanması kabul edildiğinden 82. maddeye alınmamıştır. Suçun türe saikiyle işlenmesi, gebe olduğu bilinen bir kadına karşı işlenmesi, çocuğa veya beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişilere karşı işlenmesi ise 765 sayılı Kanunda yer almazken 5237 sayılı Kanunda (ilk defa) düzenlenmiştir. Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerinden biri aleyhine veya üyelik sıfatı sona ermiş olsa bile bu görevinden dolayı işlenmesi ile Devlet memurlarından biri aleyhine görevi esnasında veya Devlet memurluğu sıfatı zail olsa bile bu görevi yapmasından dolayı işlenmesi, kişinin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle işlemesi altında düzenlenmiş, ancak görevi esnasında veya TBMM üyelerine işlenmesi nitelikli hale alınmamış, görevi nedeniyle işlenmesi aranmıştır. 765 sayılı Kanunun 7, 8 ve 9. bentlerinde ifade edilen nitelikli haller ise sadeleştirilerek, aynı kapsama giren ifadeler bir kavram altında birleştirilerek, bazı kavramlara da yer verilmeyerek düzenlenmiştir. 765 sayılı Kanunun 450. maddesinin 6. bendinde yer alan nitelikli hal (yangın, su baskını ve gark gibi yedinci babın birinci faslında beyan olunan vasıtalarla yapılması) bazı ilavelerle (bombalama ya da nükleer, biyolojik veya kimyasal silah kullanmak suretiyle) yeniden hükme bağlanmıştır.

C. Tasarlayarak İşlenmesi (TCK m. 82/1-a)

Suçun tasarlayarak işlenmesine ilişkin nitelikli hal 1274 tarihli Ceza Kanununda ve 765 sayılı Kanunda da yer almaktaydı. 5237 sayılı Kanunda da düzenleme kapsamına alınmıştır. Ancak tasarlamanın ne anlama geldiği belirtilmemiş, tespiti uygulama ve doktrine bırakılmıştır. Madde gerekçesinde de bir belirleme yapılmamıştır. Doktrinde tasarlamanın ne olduğu konusunda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bu kapsamda soğukkanlılık ve plan kurma teorisinin öne çıktığı görülmektedir. Soğukkanlılık teorisine göre, tasarlamanın iki unsuru bulunmaktadır. Suç işleme kararı ile harekete geçme arasında bir zamanın geçmiş olması ve failin soğukkanlı hareket etmesi bu iki unsuru oluşturmaktadır. Plan kurma teorine göre de tasarlamanın iki unsuru bulunmaktadır. Birincisi suç işleme kararı ile harekete geçme arasında bir zamanın geçmesi, ikincisi ise bu zaman dilimi içinde suçun işleneceği yeri, zamanı, suçun işleniş şeklini belirleyen, suç işleme araçlarını seçen ve suçu nasıl işleyeceği planını yapan kişinin

suçu işlemesidir.[19] Türk hukukunda plan kurma teorisinin benimsendiği söylenebilir.[20] Yargıtay ise somut olayın koşullarını değerlendirmek suretiyle, esas itibarıyla her iki teoriyi de bir arada uygulayarak karar vermektedir. Ancak yalnızca plan kurma teorisinden bahsettiği kararları da bulunmaktadır.[21] Yargıtay'a göre, "*...tasarlama; ani kast türünün dışında kalmakta, düşünce kastına girmektedir. Tasarlamanın hukuki niteliği öğretide tartışmalı olmakla birlikte, istikrar kazanmış Yargıtay uygulamalarına göre, tasarlamadan bahsedilebilmesi için; 1- Failin bir kimsenin hayat hakkı veya vücut bütünlüğüne karşı eylemde bulunmaya sebatla ve şartsız olarak karar vermesi, 2- Failin düşünüp planladığı suçu işlemeden önce makul bir süre geçmesine ve ulaştığı ruhi sükûnete rağmen bu kararından vazgeçmeyip sebat ve ısrarla filini icraya başlaması, 3- Failin gerçekleştirmeyi planladığı fili, belirlenmiş bir kurgu dahilinde icra etmesi gerekmektedir. Tasarlama halinde fail, anında karar verip fili işlememekte, suç işleme kararı ile fiilin icrası arasında sükûnetle düşünebilmeye yetecek kadar süre geçmektedir. Fail bu süre içerisinde suçu işleyip işlememe konusunda düşünmekte ve ancak suçu işlemekten vazgeçmemektedir. Failin suçu işlemekten vazgeçmesi ve fakat bir başka nedenle veya bir başka ani kararla eylemi gerçekleştirmesinde tasarlamadan söz edilemez. Suç işleme kararının hangi seviyedeki fiil için ve ne zaman alındığı ile eylemin şarta bağlı olmayan bu kararlılıktan ne kadar zaman geçtikten sonra işlendiği mevcut delillerle ispatlanmalı, suç kararıyla eylem arasında geçen zaman dilimi içerisinde ruhi sükûnete ulaşılıp ulaşılamayacağı değerlendirme konusu yapılmalıdır. Yerel mahkeme kararında da belirtildiği üzere; maktulün, sanığın babasına ait evi*

---

[19] Bkz.: Centel, Nur / Zafer, Hamide / Çakmut, Özlem, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar,* C. I, Beta Basım Yayın, İstanbul, 2017, s. 45; Özbek, Veli Özer / Doğan, Koray / Bacaksız, Pınar, *Türk Ceza Hukuku, Özel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, 14. Baskı, s. 121, 122; Tezcan, Durmuş / Erdem, Mustafa Ruhan / Önok, Murat, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, 17. Baskı, s. 149; Koca, Mahmut / Üzülmez, İlhan, *Türk Ceza Hukuku, Özel Hükümler*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, 5. Baskı, s. 96.

[20] Tezcan / Erdem / Önok, s. 149; Özbek / Doğan / Bacaksız, Özel Hükümler, s. 122; Centel / Zafer / Çakmut, s. 46; Dönmezer, s. 54.

[21] "*Dava; tasarlayarak kasten öldürme suçuna ilişkindir. Oluşa ve dosya kapsamına göre; sanığın boşandığı eşi maktulenin bir başka şahısla evlenmesi ve buna rağmen sanıktan nafaka almaya devam etmesi ve çocukların velayetini vermek istememesi üzerine, sanıkların maktuleyi öldürmeye karar verdikleri, maktulenin velayet davasına ilişkin duruşmaya geleceğinin sanık tarafından olaydan bir gün önce öğrenilmesi üzerine, maktülenin öldürülmesi yönünde plan yaptıkları, sanıkların aralarındaki iş bölümü uyarınca sanığın olayda kullanılan silahı adliyeye getirerek sanığa verdiği, sanığın azmettirmesiyle sanığın maktulü adliye çıkışında öldürdüğü, sanıkların ise duruşmadan haberdar olup özellikle duruşmadan önce araçla adliyeye geldikleri, olay yeri yakınında bulunarak diğer sanıkların öldürme yönündeki iradelerini kuvvetlendirdikleri, sanığın geldikleri araç içerisinde adliyenin yakınında hazır vaziyette beklediği, sanığın eylemi gerçekleştirmesinden sonra, olayda silahı temin eden sanığın sanık ile birlikte sanığın kullandığı araca binerek beraberce olay yerinden uzaklaştıkları nazara alındığında, sanıkların sübut bulan eylemlerinin maktulü tasarlayarak öldürme suçuna yardım etme suçunu oluşturduğu, sabit olan bu suçtan mahkumiyetlerine hükmolunması gerektiği gözetilmelidir*", 1. CD, 13.11.2019, E. 2017/3635 K. 2019/4940. Ayrıca bkz.: 1. CD, 22.1.2020, E. 2019/1872, K. 2020/206.

satın alması ve tapuyu devretmek için fazla bedel istemesi nedeniyle aralarında husumet bulunduğu, kasten öldürme eyleminin de bu husumetten kaynaklandığı sabit ise de, dosya içerisinde sanığın maktulü öldürmeye sebatla ve şartsız olarak ne zaman karar verip bu yönde bir plan yaptığı, ulaştığı ruhi sükûnete rağmen öldürme kararından vazgeçmeyerek bu amaçla tabanca edinerek olay öncesinde maktulün evinin bulunduğu mahalleye geldiği, olay tarihinde de maktulü takip ederek öldürdüğü hususunda, tasarlamanın varlığını ispat edecek nitelikte, her türlü şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı delil bulunmamaktadır".[22]

---

[22] CGK, 23.09.2014, E. 2014/1-423, K. 2014/390; *Tasarlama, ani kast türünün dışında kalmakta olup, "düşünce kastı" veya "kastın yoğunlaşmış hali" olarak kabul edilmektedir. Hukuki niteliği öğretide tartışmalı olmakla birlikte, Yargıtay Ceza Genel Kumlunun yerleşik kararlarında kabul edildiği üzere; tasarlamadan bahsedilebilmesi için, failin, bir kimsenin yaşam hakkı veya vücut bütünlüğüne karşı eylemde bulunmaya sebatla ve koşulsuz olarak karar vermesi, düşünüp planladığı suçu işlemeden önce makul bir süre geçmesine ve ulaştığı bu sükûnete rağmen bu kararından vazgeçmeyip, sebat ve ısrarla fiilini icraya başlaması, belli bir kurgu dahilinde fiili icra etmesi gerekmektedir. Tasarlama halinde fail, anında karar verip fiili işlememekte, suç işleme karan ile fiilin icrası arasında sükûnetle düşünebilmeye yeterli bir süre geçmektedir. Fail, bu süre içerisinde suçu işleyip işlememe konusunda düşünmekte ve suçu işlemekten vazgeçmemektedir. Failin suçu işlemekten vazgeçmesi ve fakat bir başka nedenle ve bir başka ani kararla fiili işlemesinde tasarlamadan söz edilemez. Suç işleme kararının hangi düzeydeki eylem için ve ne zaman alındığı ve eylemin şarta bağlı olmayan bu kararlılıktan ne kadar zaman geçtikten sonra işlendiği mevcut kanıtlarla saptanmalı, suç kararıyla eylem arasında geçen zaman dilimi içerisinde ruhi sükûnete ulaşılıp ulaşılamayacağı değerlendirilmelidir. Buna göre, tasarlama konusunda mevcut her iki teorinin de tek başına yeterli olmadığı, her olayın özelliğine göre tasarlamanın tayin edilmesi gerektiği anlaşılmaktadır. Bunun için de, failin belli bir kimseye karşı suç işleme niyetinde sebat etmesi kadar, suçun ne suretle işleneceği hususunda ana hatları ile plan yapması durumunun da birlikte düşünülmesi ve değerlendirmenin bunlardan yalnız birine bağlı kalınmaksızın yapılması daha adil sonuca varılması bakımından yerinde olacaktır. Bu itibarla, suç işleme kararının verildiği zaman (harekete geçme süresi), suçun ne şekilde, nerede, ne ile işleneceği hususunda yapılan plan ve bunları sağlama eylemleri ölçü olacaktır. Taammütte, suçu işleme kararının ne zaman verildiği hususu, cezanın ağırlığı karşısında, insan yapısı gereği çoğu zaman ikrar haricindeki delillerle açıklığa kavuşacaktır*", CGK, 27.01.1986, E. 1985/1-512, K. 1986/30; "*Ceza Genel Kurulu'nun 28.04.1998 gün ve 117-155, 13.11.2001 gün ve 239-247, 03.10.2006 gün ve 30-210, 15.12.2009 gün ve 200-290, 02.02.2010 gün ve 239-14 ile 16.02.2010 gün ve 251-25 sayılı kararları ile Özel Dairelerin yerleşik kararlarında kabul edildiği üzere, tasarlama; ani kast türünün dışında kalmakta, düşünce kastına girmektedir. Hukuki niteliği öğretide tartışmalı ise de, Yargıtay'ın duraksamasız uygulamalarına göre, tasarlamadan bahsedilebilmesi için: 1- Failin bir kimsenin yaşam hakkı veya vücut bütünlüğüne karşı eylemde bulunmaya sebatla ve koşulsuz olarak karar vermesi, 2- Failin düşünüp planladığı suçu işlemeden önce makul bir süre geçmesine ve ulaştığı ruhi sükûnete rağmen bu kararından vazgeçmeyip sebat ve ısrarla fiilini icraya başlaması, 3- Failin gerçekleştirmeyi planladığı fiili, belirlenmiş kurgu dahilinde icra etmesi gerekmektedir. Tasarlama halinde fail, anında karar verip fiili işlememekte, suç işleme kararı ile fiilin icrası arasında sükûnetle düşünebilmeye yetecek kadar bir süre geçmektedir. Fail, bu süre içerisinde suçu işleyip işlememe konusunda düşünmekte ve suçu işlemekten vazgeçmemektedir. Failin suçu işlemekten vazgeçmesi ve fakat bir başka nedenle ve bir başka ani kararla fiili işlemesinde tasarlamadan söz edilemez. Suç işleme kararının hangi düzeydeki eylem için ve ne zaman alındığı ile eylemin şarta bağlı olmayan bu kararlılıktan ne kadar zaman geçtikten sonra işlendiği mevcut kanıtlarla saptanmalı, suç kararıyla eylem arasında geçen zaman dilimi içerisinde ruhi sükûnete ulaşılıp ulaşılamayacağı değerlendirme konusu yapılmalıdır. Bu açıklamalar ışığında uyuşmazlık konusu değerlendirildiğinde; Sanıkların birlikte hareket ederek E.S.'yı kasten*

Tasarlamanın kabul edilmesinin nedeni, failin mağdura kendini savunma ve yaşama şansı bırakmaması, onu hazırlıklı olmadığı bir plan doğrultusunda öldürmesi olarak ifade edilmektedir. Ayrıca tasarlamada fiili gerçekleştirme ihtimalinin, tasarlama olmadan gerçekleştirilen suça göre daha yüksek olduğu, fiilin işlenmesinden sonra kaçmanın, delillerin yok edilmesinin de tasarlamanın için de bulunduğu belirtilmektedir.[23]

Tasarlamanın hukuki niteliği tartışmalıdır. Bazı yazarlar kastın yoğun şekli olduğunu kabul etmektedirler.[24] Bizim de görüşlerine

---

öldürdükleri konusu her hangi bir kuşkuya yer vermeyecek şekilde kesin olup, görgü tanığı bulunmayan olayda sanıkların kasten öldürme suçunu tasarlayarak gerçekleştirip gerçekleştirmedikleri hususunun dosyada mevcut bilgi ve belgeler ile sanıkların savunmaları ve tanık anlatımları değerlendirilmek suretiyle belirlemesi gerekmektedir. Amacı maddi gerçeğin ortaya çıkarılması olan ceza yargılamasının en önemli ilkelerinin birisi de <kuşkudan sanık yararlanır> (in dubio pro reo) ilkesidir. Bu ilkenin özü, ceza davasında sanığın cezalandırılması bakımından gözönünde tutulması gereken herhangi bir meseleye ilişkin kuşkunun, sanığın yararına değerlendirilmesidir. Oldukça geniş bir uygulama alanı bulunan bu kural, bir suçun gerçekten işlenip işlenmediği veya işlenmiş ise gerçekleştirilme biçimi konusunda kuşku belirmesi halinde uygulanacağı gibi, dava koşulları bakımından da geçerlidir. Yerel mahkeme kararında da belirtildiği üzere maktulün, arkadaşı tanık L. ile birlikte olaydan bir buçuk ay önce sanık H.'i darp etmeleri nedeniyle taraflar arasında oluşan bir husumet bulunduğu, ancak maktulün annesi katılan F. başta olmak üzere bir kısım tanıkların anlatımına göre maktul ile sanık H.'in önceki olay sonrasında barıştıkları, hatta birkaç kere bir araya gelip birlikte eğlendikleri anlaşılmaktadır. Her ne kadar yerel mahkeme tarafından sanık H.'in maktulden intikam almayı ve onu öldürmeyi planladığı, bu amaçla maktul ile barışmış gibi yaparak onun güvenini kazandığı, olay günüde maktule telefon ederek onu yanlarına çağırdığı ileri sürülmüş ise de, öncelikle dosyada bulunan telefon kayıtlarına göre sanık H. olay günü maktulü hiç aramamış, aksine maktul olay günü sanık H.'i telefonla aramış ve aynı gün bir de mesaj göndermiştir. Tüm bu hususlar göz önünde bulundurulduğunda, olay günü sanıklar ile maktul arasında, maktulün sanık H.'i darp etmesi nedeniyle açılan davada sanık H.'in şikayetini geri alıp almayacağı konusunda başlayan tartışma sonrasında sanıkların E.S.'yı tüfekle vurarak öldürdükleri anlaşılmakta olup, sanıkların E.'u öldürmeye sebatla ve koşulsuz olarak ne zaman karar verdikleri, ulaştıkları ruhi sükûnete rağmen öldürme kararından vazgeçmeyip bu kararlarını icra ettikleri hususunda, her türlü kuşkudan uzak, kesin ve mahkûmiyete yeterli kanıt dosya içerisinde bulunmamaktadır. Bu nedenle, tasarlamanın varlığı için aranan koşulların somut olayda gerçekleşmediği nazara alındığında, sanıklar hakkında Özel Daire bozma kararı doğrultusunda kasten öldürme suçundan mahkûmiyet karar verilmesi gerekirken, yerel mahkemece eski hükümde direnilmesinde isabet bulunmadığından, direnme hükmünün belirtilen bu nedenden dolayı bozulmasına karar verilmelidir"; "Sanık Gürhan'ın, gayri resmi yaşadığı maktülenin kızı Sibel'in kendisinden ayrılıp başkası ile resmi nikahla evlenmesine maktülenin sebep olduğunu düşünerek maktüleye karşı yaralama, ateş etme gibi eylemleri gerçekleştirdiği, maktuleyi öldürmeye karar verip plan yaptığı, sanık Ahmet'den aldıkları av tüfeği ve tanık Eşe'ye ait motosikleti yanlarına alarak olaydan iki gün önce Antalya ilinden sanık Adnan ile birlikte Uşak iline geldikleri, maktülenin evinin bulunduğu bölgede keşif yaptıkları, olay sabahı da sanık Adnan'ın kullandığı motosikletle yüzlerinde kaşkol sarılı şekilde maktülenin evinin önüne geldikleri, sanık Gürhan av tüfeği ile odun indirmekte olan maktüleye birden fazla ateş ederek öldürdüğü ve olay yerinden birlikte kaçtıkları olayda", 1. CD, 15.12.2010, E. 2009/3034, K. 2010/8132.

[23] Tezcan / Erdem / Önok, s. 97; Dönmezer, Sulhi / Erman, Sahir, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım*, C. II, Beta Basım Yayın, İstanbul, 1997, Yeniden Gözden Geçirilmiş Onbirinci Bası, s. 237.

[24] Özbek / Doğan / Bacaksız, Özel Hükümler, s. 122.

katıldığımız bazı yazarlar ise fiilin işlenişine ilişkin bir özellik olduğunu belirtmektedirler.[25] Tasarlamanın nitelikli hal kabul edilmesinin nedeni de fiilin işleniş tarzındaki bu özellik oluşturmaktadır.[26]

Hata halinde tasarlama nitelikli halinin uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalıdır. Tasarlayarak A'yı öldürmek isterken, hata sonucunda B'nin öldürülmesinde nitelikli halin uygulanıp uygulanmayacağı konusunda bazı yazarlar tasarlamadan dolayı nitelikli halin uygulanamayacağını, suçun temel şeklinden ceza verileceğini belirtirken,[27] bazı yazarlar nitelikli halin uygulanacağını ve failin nitelikli halden sorumlu tutulacağını ifade etmektedirler.[28] Yargıtay da hata halinde nitelikli halin uygulanamayacağını kabul etmektedir.[29] Kanaatimizce tasarlama fiilin işlenişine ilişkin bir özellik olduğundan, şahısta hata fiilin işlenişini etkilemediğinden failin bu hatadan yararlanamaması gerekir.

Sapma halinde ise bu nitelikli hal uygulanmaz. Çünkü sapma sonucu öldürülen kişiye karşı tasarlamanın varlığından bahsetmek söz konusu olmayacaktır. Ayrıca sapma sonucu işlenen fiil açısından ya taksir ya da olası kast olduğundan her ikisinde de tasarlamanın varlığından söz edilemeyeceğinden tasarlama şeklindeki nitelikli hal uygulanamayacaktır. Yargıtay, tasarlanan fiil işlenirken o esnada tesadüfen orada bulunan kişilerin öldürülmesi halinde bu kişiler açısından tasarlamanın uygulanmasının söz konusu olmadığını kabul etmektedir.[30]

---

[25] Koca / Üzülmez, Özel Hükümler, s. 97; Tezcan / Erdem / Önok, s. 153.

[26] Koca / Üzülmez, Özel Hükümler, s. 97.

[27] Koca / Üzülmez, Özel Hükümler, s. 153; Hafızoğulları, Zeki / Özen, Muharrem, *Türk Ceza Hukuku, Özel Hükümler, Kişilere Karşı Suçlar*, US-A Yayıncılık, Ankara, 2011, 2. Baskı, s. 47.

[28] Erem, Faruk, "Teammüd", AÜHFD, C. XXXVII, 1980, S. 1-4, s. 25, 26; Özbek / Doğan / Bacaksız, Özel Hükümler, s. 123; Tezcan / Erdem / Önok, s. 150.

[29] "*Sanık Ali'nin öldürmeyi tasarladığı kişi yerine, o zannederek bir başka kişiyi öldürtdüğü ve 5237 sayılı TCK'nın 30. maddesi gereğince hatasından yararlanacağı ve ağırlaştırıcı nedenden sorumlu tutulamayacağı gözetilmeden suç niteliğinde yanılgıya düşülerek yazılı şekilde tasarlayarak öldürme suçundan hüküm kurulması*", 1. CD, 02.10.2013, E. 2013/2229, K. 2013/5446; "*... öldürmeyi düşündüğü K. tarafından eşi kaçırılan sanığın haksız bir eylemin etkisiyle hareket ederek eylemi gerçekleştirdiği konusunda bir tereddüt bulunmamakta ise de, sanığın eylemini eşinin kaçırılmasının üzerinden bir yıl gibi uzun bir süre geçtikten sonra gerçekleştirmiş bulunması, daha önce eşini kaçıran K.'ı bir kez görmüş olması ve K. ile maktul arasında 6 yaş farkın bulunması hususları birlikte değerlendirildiğinde, sanığın daha dikkatli ve özenli davranması durumunda öldürdüğü C.'in gerçek kimliğini anlayabileceği, bunun için de somut olay itibariyle yeterli zamanının olduğu anlaşılmaktadır. Bu itibarla, sanığın hatası kaçınılmaz nitelikte bir hata olmadığından, dolayısıyla sanığın hata hükümlerinden yararlanması mümkün bulunmadığından, sanık hakkında haksız tahrik hükümlerini uygulayan yerel mahkeme kararının bozulmasına ilişkin Özel Daire kararı isabetlidir*", CGK, 24.12.2013, E. 2013/1-664, K. 2013/622.

[30] "*Suçun tasarlanarak işlendiğinin kabulü için; sanıkların belli bir kişi veya kişilere yönelik eylemi gerçekleştirmeye olay tarihinden önce karar vermeleri, kararlarında sebat ve ısrar göstermeleri, karar ile icra arasında makul bir süre geçmesinin gerektiği, somut olayda*

Haksız tahrik ile tasarlamanın aynı anda uygulanıp uygulanmayacağı doktrinde tartışmalıdır. Bir görüş haksız tahrikle tasarlamanın bir arada bulunamayacağını belirtmektedirler. Bu görüş tasarlamada soğukkanlılık teorisini kabul etmekte ve soğukkanlı davranan birinde hiddet veya şiddetli elemin bulunamayacağını ifade etmektedir. Diğer görüş ise tasarlama ile haksız tahrikin bir arada bulunacağını benimsemektedir. Plan kurma teorisini kabul eden bu görüş, karar verme ile harekete geçme arasında bir süre geçmesi ve bu süre içinde fiilin nasıl işleneceğine ilişkin ana hatlarıyla plan yapılması, fiilin haksız tahrik altında işlenmesine engel olmayacağını kabul etmektedir. Yani hiddet veya şiddetli elem duyan bir kişi fiili plan kurmak suretiyle işleyebilir. Dolayısıyla tasarlama ile haksız tahrik bir arada bulunabilir.[31] Türk hukukunda da kabul edilen görüş, haksız tahrik ile tasarlamanın bir arada bulunabileceğidir.[32] Yargıtay da son kararlarında tasarlamada plan kurma teorisini de kabul ettiğinden haksız tahrik hükmünün uygulanacağını benimsemektedir.[33] Bize göre de haksız tahrik ile tasarlama bir arada uygulanabilir. Zira işlenen fiil nedeniyle öfke ve şiddetli üzüntü içinde olan fail, işleyeceği fiili planlayarak gerçekleştirebilir.

Tasarlayarak bir kişiyi öldüren kişinin kastı doğrudan kasttır. Düşünüp taşınarak, yaptığı plan doğrultusunda fiili işleyen kişinin kastı doğrudan kasttır. Dolayısıyla da tasarlama nitelikli hal açısından

---

öldürülen ve öldürmeye teşebbüs edilen çocukların bir kısmının tesadüfen olay yerinde bulunduğu, çocuklara yönelik olarak eylemin planlandığına dair delil bulunmadığı nazara alındığında, sanıkların maktul ve mağdurları öldürme kararını önceden verip, bu kararda makul süre sebat ve ısrar gösterdikleri kesin delillerle ortaya konulamadığı halde, eylemin planlandığından bahsedilerek, sanıklar hakkında tasarlayarak öldürme ve öldürmeye teşebbüs suçlarından hükümler kurulması", 1. CD, 10.12.2019, E. 2018 / 5740 K. 2019 / 5447.

[31] Bkz.: Dönmezer / Erman, II, s. 238, 239; Centel / Zafer / Çakmut, s. 47; Gökcen / Balcı, Kasten Öldürme Suçları, s. 147; Artuk, M. Emin / Gökcen, Ahmet, *Ceza Hukuku, Özel Hükümler*, (M. Emin Artuk, Ahmet Gökcen, M. Emin Alşahin, Kerim Çakır), Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, 16. Baskı, s. 76.

[32] Dönmezer / Erman, C. II, s. 240; Önder, Ayhan, *Ceza Hukuku, Genel Hükümler,* C. II-III, Beta Basım Yayın, Yenilenmiş II. Bası, İstanbul 1992, s. 290; Öztürk, Bahri / Erdem, Mustafa Ruhan, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, 19. Baskı, s. 343; Kangal, Zeynel T., "Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik", EÜHFD, 2010, C. XIV, S. 3-4, s. 56; Demirbaş, Timur, *Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, 13. Baskı, s. 459; Özbek / Doğan / Bacaksız, Özel Hükümler, s. 123; Tezcan / Erdem / Önok, s. 152; Centel / Zafer / Çakmut, s. 47; Gökcen / Balcı, Kasten Öldürme Suçları, s. 147; Soyaslan, Doğan, *Ceza Hukuku, Özel Hükümler*, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2016, 11. Baskı, s. 134; Artuk / Gökcen, s. 76.

[33] "*Tasarlama ile haksız tahrikin bir arada uygulanıp uygulanamayacağı konusu öğreti ve uygulamada tartışmalı olmakla birlikte, failin haksız tahrikin doğurduğu hiddet veya şiddetli elem sebebiyle adam öldürmeye karar vermesi ve suçu nasıl işleyeceği konusunda plan yapması, bütün tasarlama süreci boyunca hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında bulunması, bir başka anlatımla maruz kaldığı tahrik ile işlediği suç arasında nedensellik ilişkisi bulunması halinde tasarlayarak öldürme suçlarında haksız tahrik hükümlerinin uygulanması gerektiği kabul edilmelidir. Nitekim Ceza Genel Kurulunun 26.6.2012 gün ve 76-258 Sayılı kararında da aynı sonuca ulaşılmıştır*": CGK, 18.12.2012, E. 2012 / 1-1049, K. 2012 / 1851, www.kazanci.com.tr (E.T.10.03.2015).

teşebbüs söz konusu olabilir. Olası kastın varlığı halinde tasarlama yoktur. Fiilin işlenmesinin tasarlayarak gerçekleştirilmesi gerekir. Kişinin başka bir kararla veya ani gelişen bir durumla fiili işlemesi halinde tasarlamanın varlığı söz konusu olmayacaktır.

Tasarlama ile ilgili tartışılan diğer bir husus da akıl hastalığı ile tasarlamanın bir arada bulunup bulunamayacağıdır. Bazı yazarlar akıl hastası olan kişilerin tasarlayarak fiili işleyemeyeceğini kabul ederken[34] bazı yazarlar ise akıl hastası olan bir kişinin de tasarlayarak bir kişiyi öldürebileceğini ifade etmektedirler.[35] Konu aslında tıbbi nitelikte olup tasarlamadaki hususları akıl hastası bir kişinin yapıp yapamayacağının uzmanına sorularak belirlenmesi gerekecektir. Ancak genel olarak düşünüldüğünde algılaması olmayan ve davranışları yönlendirme yeteneği önemli ölçüde azalmış kişinin tasarlayarak fiili işlemesinin söz konusu olmaması gerekir.[36] Bazı yazarlar TCK m. 32/2 anlamında akıl hastalığı olan kişilerin tasarlayarak birini öldürebileceğini ifade etmektedirler.[37]

D. Canavarca Hisle veya Eziyet Çektirerek Öldürmek (TCK m. 82/1-b)

TCK'nın 82. maddesinin 1. fıkrasının b bendinde yer alan bu nitelikli halde iki seçimlik hareket belirtilmiştir. Biri canavarca hisle kişinin öldürülmesi, diğeri eziyet çektirerek kişinin öldürülmesidir. Ancak doktrinde farklı özellikteki iki ayrı nitelikli halin aynı bentte yer alması eleştirilmektedir. Zira biri failin sübjektif durumundan, diğeri suçun işlenme biçiminden kaynaklanmaktadır.[38] Eleştirinin ifade ettiği canavarca hissin failin psikolojik durumundan kaynaklandığı, eziyet çektirerek öldürmenin ise fiilin işleniş şeklinden kaynaklandığı doğrudur. Ancak kanaatimizce kanun koyucu somut olayda gerçekleşen hususun bazen her iki hususun da kapsamına girebilmesi, failin hangisiyle hareket ettiğinin tam olarak belirlenememesi gerekçesiyle olsa gerek her iki hareketi de aynı bentte düzenlemek ihtiyacı hissetmiştir.

Canavarca hisle öldürme suçunun işlenmesi 765 sayılı Kanunda da düzenlenmişti. Bu nitelikli hal 765 sayılı Kanunda "canavarca bir his sevki" olarak ifade edilmişti.

---

[34] Koca / Üzülmez, Özel Hükümler, s. 99.

[35] Hafızoğulları / Özen, s. 47; Soyaslan, s. 134; Hafızoğulları, Zeki / Ketizmen, Muammer, "5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Hayata Karşı Suçlar", Ankara Barosu Dergisi, Y. 66, S. 1, 2008, s. 148.

[36] Koca / Üzülmez, Özel Hükümler, s. 99.

[37] Özbek / Doğan / Bacaksız, Özel Hükümler, s. 124.

[38] Tezcan / Erdem / Önok, s. 153.

82. maddenin b bendinde yer alan hususların nitelikli hal kabul edilmesinin nedeni, faildeki ahlaki kötülüğün yoğunluğu ve insanlara özgü duygulardan yoksunluk olarak ifade edilmektedir.[39]

Madde gerekçesinde kişinin acıma hissi olmaksızın bir başkasını öldürmesi halinde canavarca hissin bulunduğu ifade edilmektedir. Gerekçeye göre canavarca his, öldürmenin vahşi yöntemle gerçekleştirilmesidir. Gerekçede kişinin yakılarak, uyurken kulağının içine kızgın yağ dökülerek veya vücudun parçalanarak öldürülmesi halinde canavarca hisle öldürmenin bulunduğu belirtilmektedir. Ancak gerekçenin canavarca hissi belirlemek açısından yeterli olmadığı görülmektedir. Zira suçun canavarca hisle işlenmesi ile suçun işleniş biçiminin canavarca olması birbirinden farklıdır. Failde canavarca his bulunmamakla birlikte fiilin işleniş şekli canavarcaysa eziyet çektirerek öldürme söz konusudur. Kendisine küfreden kişiyi doğrayarak öldürme durumunda eziyet çektirerek öldürme söz konusudur.[40] Gerekçede verilen bazı örneklerde canavarca hissin varlığından ziyade eziyet çektirme söz konusu olabilir. Ancak belirtilen hareketler canavarca hisle yapılmışsa nitelikli hal oluşturacaktır. Ayrıca bazı yazarların da belirttiği gibi, faili suç işlemeye yönelten neden bir insanın duyabileceği hisler ile açıklanamıyorsa canavarca hisle öldürmek söz konusudur.[41] Ancak hiçbir neden yokken, nasıl öldüğünü görmek için, zevk için, öldürmüş olmak için, ölüm korkusunu görmek veya göstermek,[42] çektiği acıdan zevk duyarak öldürmelerde, bir insanın duyabileceği bir hisle açıklanamayan nedenle eylemin gerçekleştirilmesinde,[43] canavarca hisle öldürme söz konusudur. Bazı yazarlara göre, toplum bilincinin ve ahlakının tepkisini çeken, amaçladığı ile ortaya çıkan sonuç arasında nicel açıdan açık oransızlık bulunan, her türlü bulgu ve delille kanıtlanabilen ve özünde hoyrat ve yabani kötülük eğilimi bulunan psikolojik içtepi, canavarca histir.[44]

---

39 Koca / Üzülmez, Özel Hükümler, s. 99.

40 Tezcan / erdem / Önok, s. 154.

41 Erman, Sahir / Özek, Çetin, *Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, Dünya Yayıncılık, İstanbul, 1994, no. 39.

42 Koca / Üzülmez, Özel Hükümler, s. 100, 101.

43 "*Sanığın eşya indiren maktulle birlikte girdiği apartmanın bodrum katında, maktulün, etrafta dağınık şekilde bulunan eşyaların belli bir düzene göre konulmasının uygun olacağını söylediği esnada, depoda bulunan baltanın künt tarafı ile maktulün kafasına vurduğu, daha sonra yere düşen maktule başını gövdeden ayıracak şekilde birçok kez baltayla vurmak suretiyle öldürdüğü olayda; sanığın maktulü öldürme nedeninin tespit edilememesi ve öldürme kastına yönelik çok sayıdaki yaranın tek başına canavarca hisle kasten öldürme suçunun kanıtı sayılamayacağı, sanığın canavarca hisle hareket ettiğini gösterir nitelikte delil bulunmadığı, bu şekilde sanığın fiilinin TCK'nun 81. maddesinde düzenlenen kasten öldürme suçunu oluşturduğunun kabulü gerekmektedir"*, CGK, 20.09.2016, E. 2015 / 1-334, K. 2016 / 317.

44 Selçuk, Sami, "Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Canavarca His Sevkiyle Adam Oldürme", Yargıtay Dergisi, C. 14, 1988, S. 4, s. 482; 1.CD, 29.12.2004, E. 2004 / 2994, K. 2004 / 4402.

Yargıtay öldürmüş olmak için öldürmeyi,[45] acı çekmesinden zevk duymak için öldürmeyi, silahını denemek için öldürmeyi canavarca hisle öldürmek olarak nitelendirmektedir.[46] Yine ateş etme eylemini ve

---

[45] 1. CD, 11.12.2018, E. 2018 / 3880, K. 2018 / 5267.

[46] *"Çeşitli yargısal kararlarda da vurgulandığı üzere, sırf öldürmüş olmak için öldürmek, ölenin acı çekmesinden zevk duymak için öldürmek, silahı denemek maksadıyla öldürmek gibi hâller sadist bir duygu ve düşüncenin eyleme egemen olması bakımından "canavarca his ile" öldürmeye örnek oluştururlar. Benzer biçimde belli toplumsal sınıflara ya da farklı inanç veya mezhep gruplarına duyduğu hınç nedeniyle öldürme, canavarca his sevki ile öldürme suçunu oluşturur. Kanunda "canavarca his"in tanımı yapılmamış ise de, yukarıdaki açıklamalar ışığında; 1-) Bu sözcüklerin psikolojik bir olgu olduğu, 2-) Bu olgunun her türlü bulgu ve kanıtla belirlenebileceği, bu bağlamda özellikle failin davranışları, fiili işlemeye iten nedenlerle sonuç arasındaki oransızlığın ölçüt oluşturabileceği, ancak hiçbir neden olmamasının her zaman bu içtepinin kanıtı olamayacağı, 3-) Yasanın; kullanılan aracı değil, içtepiyi ağırlaştırıcı neden olarak benimsemiş olduğu, kullanılan aracın bu içtepinin kanıtlanmasında yardımcı olabileceği, ancak zorunlu olmadığı, 4-) "Canavarca his sevki"nin toplumun ortak bilincinin, duygusunun ve vicdanının hiçbir zaman onaylamayacağı, alçakça bir güdü / içtepi olduğunun gözden uzak tutulmaması gerekeceği, eylemin ağırlığı ile eyleme iten neden arasındaki oransızlık, failin tehlikeliliği ve kötülüğünü sergileyen ölçütlerle ortaya konulması gerekeceği, (Sami Selçuk, agm, s. 481.) gibi ölçütler de göz önünde bulundurularak bir tanımlama yapmadan her bir olayın kendi koşulları içinde değerlendirilmesi gerekir. Bu açıklamalar ışığında uyuşmazlık konusu değerlendirildiğinde; Evli ve bir çocuklu sanığın, barda konsomatrislik yaptığını beyan ettiği maktule ile tanıştıktan sonra maktulle aralarında duygusal yakınlık başladığı, suç tarihinden 4-5 gün önce sanığın, araç kiralama işiyle de uğraşan babasından dizel yakıtla çalışan aracını alarak maktule kız kardeşi ile birlikte tatil amacıyla Antalya ili, Kemer ilçesine giderek bir pansiyona yerleştikleri, 3-4 gün pansiyonda kalıp tatil yaptıktan sonra sanığın, maktulenin kardeşini Antalya'da bırakarak işleri nedeniyle Ankara'ya döndüğü, bir gün sonra tekrar Antalya'ya maktulenin kardeşinin yanına giden sanığın, maktulün şifresini bildiği Facebook hesabına girdiğinde maktulün eski erkek arkadaşlarından biriyle yapmış olduğu yazışmaları görmesi üzerine maktulle bu konuda tartışmaya başladığı, 22.08.2013 tarihinde sabah erken saatlerde sanık, maktule kız kardeşinin Kemer ilçe merkezine gidip önce bir plajda vakit geçirdikleri, sanığın burada alkol aldığı, sanıkla maktul arasında yine maktulün Facebook sitesi üzerinden eski erkek arkadaşıyla yaptığı yazışmaları nedeniyle tartışma yaşandığı, sanığın Ankara'ya dönmek istediği, ancak maktulün kız kardeşinin sanığın arabasıyla geri dönmek istemediği için sanıkla maktulenin kız kardeşi arasında yine tartışma yaşandığı, bunun üzerine sanığın, ...'yı Kemer ilçesinde bırakıp maktulü de yanına alarak arabayla Burdur istikametine doğru gitmeye başladığı, yolda sanıkla maktul arasında aynı konularda tekrar tartışma yaşandığı, sanığın Antalya-Burdur kara yolunun 35. kilometresine geldiğinde aracı durdurarak yolun sağına park ettiği, araçtan inen sanıkla maktulün tartışmaya devam ettikleri, sanığın aracın bagajında bulunan bidonu alarak içindeki benzini maktulün üzerine boşalttığı, arkasından eline aldığı peçete veya bez benzeri bir nesneyi çakmakla tutuşturarak maktulün üzerine doğru attığı, maktulün, önüne düşen ve yanmakta olan bu nesneyi ayağıyla basarak söndürdüğü, sanığın tekrar eline aldığı peçete veya bez benzeri bir nesneyi yakarak maktulün üzerine attığı, bir anda alev topuna dönen maktulün başından aşağı tüm vücudunun yanmaya başladığı, sanığın ateşi söndürmeye çalıştığı, arabanın plastik paspaslarını da kullanan sanığın maktulün üzerindeki alevleri söndürdüğü, sanığın, üzerindeki tüm kıyafetleri yanan maktulü arabaya bindirerek hastaneye götürdüğü, maktulün, vücudunun yaklaşık %90'lık bölümünde oluşan 2. ve 3. derecedeki yanıklar ve komplikasyonları sonucunda öldüğü olayda; canavarca hisle veya eziyet çektirerek öldürme suçunun düzenlendiği TCK'nın 82 / 1-b maddesine ilişkin gerekçede, kanun koyucu tarafından kişinin "yakılarak" öldürülmesinin canavarca hisle öldürme suçuna örnek olarak gösterilmesi, maktulün Facebook hesabından eski bir erkek arkadaşıyla yaptığı yazışmalar nedeniyle çıkan tartışmada sanığın elindeki benzin bidonunu o sırada ayakta duran maktulün*

mağdurun bağırmalarını telefonda annesine dinletmeyi,[47] satanizm çerçevesinde oluşturdukları örgütsel düşünce doğrultusunda öldürmeyi,[48] şeytana kurban edip cinsel saldırı gerçekleştirmeyi,[49] benzin döküp kibritle yakmayı,[50] bir an içinden öldürme isteği geldiği beyanı[51] canavarca hisle öldürme olarak nitelendirmektedir.

Canavarca hisle öldürmeden dolayı nitelikli halin uygulanması için bunun fiilin işlendiği esnada bulunması gerekir. Suçun işlendiğinden emin olmak için gerçekleştirilen hareketler canavarca his olarak kabul edilmemektedir.[52] Mağdurun ölmesinden sonra yapılan hareketler de canavarca hisle öldürme kapsamına girmemektedir.[53]

Haksız tahrikle canavarca hisle bir arada bulunup bulunamayacağı doktrinde tartışmalıdır. Bazı yazarla haksız tahrikle bir arada bulunabileceğini belirterek, bu durumda nitelikli halden haksız tahrik indirimi uygulanarak sorumluluk belirlenmesi gerektiğini dile getirmektedirler.[54] Doktrinde görüşlerine katıldığımız bazı yazarlar ise

---

başından aşağı döktükten sonra soğukkanlılığını yitirmeden peçete veya bez benzeri bir nesneyi tutuşturarak maktulün üzerine atması, maktulün üzerine atılan ilk nesneyi ayağıyla söndürmesine rağmen sanığın eylemine ısrarla devam ederek tekrar eline aldığı peçete veya bez benzeri bir nesneyi yaktıktan sonra acıma hissi olmaksızın maktulün üzerine atıp maktulün vücut yüzeyinin %90'lık bölümünde 2 ve 3. derecede yanıklara neden olması, sanığın maktulü yaktıktan sonra alevleri söndürüp maktulü arabaya bindirerek hastaneye götürdüğü anlaşılmış ise de, olayın yoğun bir trafik akışının olduğu işlek kara yolunda meydana gelmesi ve çevrede bulunan taş ocaklarında çalışan görevlilerce olayın görülmesi, olay yerine 235 metre mesafede bulunan insanların "Yanıyor, yanıyor", "Ateş yanıyor" şeklinde bağırıp olay yerine koşmaya başlamaları, yoldan geçenlerin ellerindeki bidonlarla maktulün üzerine su dökmeleri karşısında yakalanacağını anlayan sanığın yaptığından pişman olmuş gibi görünmek için bu şekilde davranmış olması, maktulü yaktıktan sonra alevleri söndüren ve maktulü hastaneye götüren sanığın, ölüm neticesine engel olamaması, ayrıca Yerel Mahkemece sanığın fiilden sonraki davranışları takdiri indirim nedeni olarak kabul edilmiş olduğu göz önüne alındığında, sanığın fiilden sonraki davranışlarının saikini veya kendisini bu şekilde suç işlemeye iten hissini değiştirmeyecek oluşu, suç yoluna giren sanığın netice alıncaya kadar canavarca his saikinin devamının zorunlu olmayacağı, netice almaya elverişli hareketleri bu saikle işlemesinin yeterli olması, bu saiki netice alınmadan sona erse dahi TCK'nın 36. maddesine benzer bir düzenleme bulunmadığı için burada sanığın canavarca saikle maktulü yakması sonucu gerçekleşen ölümden sorumlu tutulmasının hakkaniyete de uygun olacağı, evli olan sanığın, duygusal ilişki içerisinde olduğu maktulün Facebook hesabına girerek eski bir erkek arkadaşıyla yaptığı yazışmaları görmesi üzerine gerçekleştirdiği eyleminin ağırlığıyla onu bu eyleme iten neden arasında aşırı derecede ölçüsüzlük-oransızlık bulunması, sanığın eyleminin toplumun ortak bilinci, duygusu ve vicdanınca hiçbir zaman onaylamayacak oluşu bir bütün olarak değerlendirildiğinde; maktulün üzerine benzin döküp tutuşturmak suretiyle vahşi bir yöntem kullanan sanığın, öldürme suçunu canavarca hisle işlediğinin kabul edilmesi gerekmektedir", CGK, 05.03.2019, E. 2017 / 1-905, K. 2019 / 146.

47 1.CD, 29.12.2004, E. 2004 / 2994, K. 2004 / 4402.

48 CGK, 17.12.2002, E. 2002 / 1-294, K. 2002 / 425.

49 1.CD, 06.02.2002, E. 2001 / 4274, K. 2002 / 361.

50 1.CD, 01.10.2013, E. 2013 / 2231, K. 2013 / 5375.

51 1. CD, 21.06.2017, E. 2016 / 871, K. 2017 / 2456.

52 Gökcen / Balcı, Kasten Öldürme Suçları, s. 154; Artuk / Gökcen, s. 78.

53 1.CD, 07.10.2013, E. 2003 / 1911, K. 2003 / 2232.

54 Gökcen / Balcı, Kasten Öldürme Suçları, s. 155; Artuk / Gökcen, s. 79.

haksız tahrik ile canavarca hissin aynı anda bulunamayacağını ifade etmektedirler.[55] Öldürmek için öldüren, bundan zevk duyan veya nasıl öldüğünü gözlemlemek isteyen failde öfke ve şiddetli üzüntüyle hareket etme söz konusu olmayacaktır.

Eziyet çektirerek öldürme ise madde gerekçesinde, kişinin hemen değil, belli bir süreç içinde acı çektirilerek öldürülmesi şeklinde tanımlanmıştır. Kişinin gözleri çıkarılarak, kulağı ve sair organları kesilerek öldürülmesi eziyet çektirerek öldürme olarak belirtilmiştir. Doktrinde, ölüm neticesini gerçekleştirmek bakımından zorunlu olmayan, sırf mağdura acı ve ıstırap vermek için yapılan, yavaş yavaş belli bir süreç içinde gerçekleştirilen öldürmeler şeklinde tanımlanmaktadır.[56] Örneğin mağdurun cinsel organlarına elektrik verilmesi, tırnaklarının ve dişlerinin sökülmesi, saçlarının yolunması, kulaklarının kesilmesi veya koparılması, gözlerinin oyulması, parmaklarının veya vücudundaki diğer kemiklerin kırılması niteliğindeki fiiller eziyet çektirerek öldürmeye örnek olarak verilmektedir.[57] Yargıtay'a göre, eziyet çektirerek öldürme ölümü meydana getirme bakımından zorunlu olmayan ve ölüme takaddüm eden vahşice hareketler olup sanığın öldürme kastının yanında işkence ya da eziyet çektirme kastının da bulunması gerekmektedir.[58] Yine Yargıtay'a göre, failin mağdura maddi ve manevi

---

[55] Özbek / Doğan / Bacaksız, Özel Hükümler, s. 125

[56] Gökcen / Balcı, Kasten Öldürme Suçları, s. 158; Tezcan / Erdem / Önok, s. 156, Koca / Üzülmez, Özel Hükümler, s. 101; Özbek / Doğan / Bacaksız, Özel Hükümler, s. 125, 126; Artuk / Gökcen, s. 80.

[57] Koca / Üzülmez, Özel Hükümler, s. 101.

[58] 1. CD, 06.06.2018, E. 2018 / 1848, K. 2018 / 2800; "*...Oluşa, dosya içeriğindeki delillere ve sanık A.'nin aksi sabit olmayan savunmasının içeriğine göre; olay tarihinde sanığın maktülle birlikte bağevinde alkol aldıkları, içkilerinin bitmesi üzerine maktülün sanığa küfür ederek rakı alıp gelmesini söylediği, sanığın da maktülü küfür etmemesi konusunda uyararak bağevinden ayrıldığı, sanığın alkol almaya devam ettiği, parası bitince rakı yerine şarap alarak beğevine geri döndüğü, maktülün sanığa şarap getirmesi nedeniyle yine küfür ettiği, ayrıca aşırı derecede alkollü olan maktülün meyve bıçağı ile sanığa doğru hamle yaparak saldırmasının yarattığı hiddetin etkisinde kalan sanığın, maktülün elinden aldığı bıçakla alın, boyun, göğüs, karın, sol kol, sol el parmakları, sağ omuz, sağ koltuk altı, sağ kol, sağ el, sağ uyluk, sol uyluk ve kalça sol taraftan toplam 23 darbeyle yaralamak suretiyle maktülün ölümüne sebebiyet verdiği olayda; sanığın kendisine hakaret edilip bıçakla saldırılmasına sinirlenerek art arda gerçekleştirdiği bıçak darbeleriyle maktülü öldürmüş olması karşında, canavarca hisle ve eziyet çektirerek öldürme suçunun unsurları oluşmadığı anlaşıldığı halde, TCK'nın 81 / 1 maddesi yerine vasıfta yanılgıya düşülerek TCK'nın 82 / 1-b maddesi uyarınca hüküm kurulması,...bozulmasına, 10.06.2015 gününde oybirliği ile, karar verildi...*", 1. CD, 10.06.2015, E. 2015 / 1332, K. 2015 / 3789; "*...Oluşa ve tüm dosya kapsamına göre, maktul ile evli olan sanık ...'ın diğer sanık ... ile yaklaşık 6-7 yıldır ilişkisi bulunduğu, zaman zaman maktulden şiddet gören sanık ...'ın bu hususu sanık ...'e anlattığı, olay tarihinden önceki son bir aylık zaman dilimi içerisinde sanık ...'ın sanık ...'e bir çok kez "eşim bana çok kötü davranıyor, çekilecek hali kalmadı bunu ne yaparsan yap, öldürüyor musun? Bir yere mi atarsın ama sen elini kana bulama, bu işi başka birisine yaptır" demesi üzerine sanık ...'de maktulü öldürme fikri oluştuğu, olay günü de sanık ...'in sanık ... ile bir çok kez görüşerek maktulle ilgili bilgi aldığı ve maktulü arabayla gezme bahanesiyle dışarı çağırdığı, sanığın eylemini gerçekleştirebileceği Tahta Köprü Barajı mevkiine götürdüğü maktule yerden aldığı kaya parçalarıyla birçok kez vurarak öldürdüğü anlaşılan olayda, 1-Canavarca hisle öldürme, sırf öldürmüş olmak için öldürme, ölenin acı*

acılar çektirerek, ağırlığı ve süresi bakımından öldürme için gerekli olan ölçünün ötesinde eziyet etmesi, her an için ölüm sonucunu gerçekleştirebilme olanağı bulunan failin maktule acı vermek için bu hareketleri tekrarlaması ve ölüm neticesini yavaş yavaş gerçekleştirmesi durumunda eziyet çektirerek öldürmenin varlığını kabul etmek gerekmektedir.[59] Bir kararında, sanığın mağdurun üzerine elindeki tiner şişesini boşalttıktan sonra ateşe verdiği ve mağdurun sırtını kestiği olayda, canavarca hisle veya eziyet çektirerek öldürme suçunun gerçekleştiğine karar vermiştir.[60] Bir kararında da, sanıkların mağduru önce dövdüğü, daha sonra başka yere götürerek orada da dövdükleri ve bıçakladıkları, daha sonra hayatta iken cinsel organını kestikleri ve sağ olarak toprağa gömerek öldürmeyi gerçekleştirdikleri olayda eziyetin bulunduğunu kabul etmiştir.[61] Ancak Yargıtay, somut olayda sadece öldürme kastına yönelik çok sayıdaki bıçak darbesi ve taşla vurmanın canavarca hisle veya eziyet çektirerek öldürme sucuna kanıt sayılamayacağını, suçun bu saikle işlendiğini gösterir kesin ve inandırıcı delillerin de bulunması gerektiğini kabul etmektedir.[62]

çekmesinden zevk duymak için öldürme; eziyet çektirerek öldürme ise ölümü meydana getirme bakımından zorunlu olmayan ve ölüme takaddüm eder vahşice hareketler olup sanığın öldürme kastının yanında işkence ya da eziyet çektirme kastının da bulunması gerektiği, somut olayda ise sanık ...'in canavarca hisle ya da eziyet çektirerek öldürme amacıyla hareket ettiğini kabule yeterli her türlü kuşkudan uzak, kesin ve inandırıcı delil bulunmadığı, sanık ...'in suç işleme kararını önceden verdiği, karar ile fiilin icrası arasında makul sürenin geçtiği, sebat ve ısrarla kararından dönmediği anlaşılmakla, tasarlayarak kasten öldürme suçunun koşullarının bulunduğu gözetilmeksizin, TCK'nun 82 / 1-a maddesi uyarınca cezalandırılmasına karar verilmesi yerine suç vasfında yanılgıya düşülerek yazılı şekilde TCK'nun 82 / 1-b. maddesi uyarınca cezalandırılmasına karar verilmesi...", 1. CD, 19.04.2017, E. 2017 / 433, K. 2017 / 1334.

59 1. CD, 29.05.2012, E. 2011 / 6876, K. 2012 / 4377.

60 "*Olay tarihinde sanığın, mağdurun üzerine elindeki tiner şişesini boşalttıktan sonra ateşe verdiği, daha sonra da 6136 Sayılı Kanun kapsamındaki bıçak ile mağdurun sırtını 20 cm. uzunluğunda kestiği, olay yerinden tesadüfen geçmekte olan tanık G.'ın yanmakta olan mağduru söndürdüğü, mağdurun tüm vücudunun % 43'ünü tutan 2. ve 3. derece yanık oluşacak şekilde yaralandığı, mevcut yaralanması sonucu hayati tehlike geçirdiği anlaşılmakla, sanığın eylemine uyan TCK.nın 82 / 1-b, 35. maddeleri uyarınca canavarca hisle veya eziyet çektirerek öldürme suçuna teşebbüsten cezalandırılması gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurularak eksik ceza tayini*", 1. CD, 27.11.2013, E. 2013 / 3684, K. 2013 / 7046.

61 1. CD, 16.01.2013, E. 2012 / 5733, K. 2013 / 192.

62 1. CD, 03.03.2011, E. 2011 / 400, K. 2011 / 1222; 1. CD, 13.11.2019, E. 2017 / 3654, K. 2019 / 4942; 1. CD,18.10.2017, E. 2016 / 1273, K. 2017 / 3353; "*Oluşa ve dosya içeriğine göre olay günü alkol ve esrar kullanan sanığın maktulü 26 adedi öldürücü nitelikte olmak üzere toplam 29 bıçak darbesi ile öldürdüğü olayda; pek çok öldürücü nitelikte yara ika edilmesinin tek başına suçun canavarca hisle ya da eziyet çektirerek işlendiğini kabule yeterli bulunmadığı, canavarca hisle öldürme, sırf öldürmüş olmak için öldürme, ölenin acı çekmesinden zevk duymak için öldürme olup, eziyet çektirerek öldürme ise ölümü meydana getirme bakımından zorunlu olmayan ve ölüme takaddüm eder vahşice hareketler olup sanığın öldürme kastının yanında işkence ya da eziyet çektirme kastının da bulunması gerektiği, somut olayda sanı- ğın canavarca hisle ya da eziyet çektirerek öldürme amacıyla hareket ettiğini, sırf öldürmek için*

Bazı yazarlar, eziyetin bedensel eziyet şeklinde olması gerektiğini, hakaret etmek suretiyle bir kişinin öldürülmesinin eziyet çektirerek öldürme kapsamına girmeyeceğini belirtmektedirler.[63]

Eziyet çektirmenin kişinin ölmesinden önce gerçekleştirilmesi gerekir. Mağdurun hissetmesi, farkına varması gerekir. Cesede yönelik yapılan davranışlar 82. madde kapsamına girmez.[64] Yine bilincini yitirmiş kişi üzerinde gerçekleştirilen davranışların eziyet çektirerek öldürme kapsamına girmeyeceği belirtilmektedir.[65]

Eziyet çektirerek öldürme ile haksız tahrik bir arada bulunabilir. Sorumluluk tespit edilirken haksız tahrik göz önüne alınmak suretiyle belirleme yapılmalıdır.

Canavarca hisle ve eziyet çektirerek öldürme nitelikli halinin hata halinde de uygulanması söz konusudur.[66] Bu halde sadece mağdurda hata söz konusu olup fail yaptığı fiili bilmekte, canavarca hisse sahip bulunmaktadır. Dolayısıyla nitelikli hal teşkil eden hususlar somut olayda gerçekleştiğinden mağdurda hata olsa da fail nitelikli halden sorumlu olacaktır.

Eziyetin öldürme suçuna yönelik olmayıp işkence ve eziyet etmek için gerçekleştirildiğinde eziyet çektirerek öldürme suçu gerçekleşmeyecek, sorunun işkence ve eziyet suçu kapsamında değerlendirilmesi gerekecektir. Failin işkence veya eziyet yaparken kişinin ölebileceği noktasında olası kastının olduğu durumlarda da işkence ve eziyet suçu kapsamında netice sebebiyle ağırlaşan suç hükümlerine göre sorunun çözülmesi yoluna gidilmelidir. Ancak doktrinde bazı yazarlar ölebileceğine ilişkin olası kastının bulunduğu durumda TCK'nın 82. maddesindeki eziyet çektirerek öldürmeye ilişkin nitelikli halin uygulanmayacağını, ancak 81. maddenin gerçekleşeceğini, sorunun 95/4

---

eylemi gerçekleştirdiğini kabule yeterli kesin kanıt bulunmadığı gözetilmeyerek 5237 sayılı TCK nun 82 / 1-b maddesinin uygulanması yasaya aykırı ise de, *ceza miktarı değişmediğinden bu husus yeniden yargılamayı gerektirmediğinden, CMUK nun 322. maddesinin ver- diği yetkiye dayanılarak hüküm fıkrasındaki öldürme suçu ile ilgili bölümdeki" Adem'e karşı" ibaresinden sonra gelen" canavarca hisle" ibaresinin çıkartılmasına,"5237 sayılı TCK nun 82 / 1-b-e" ibaresininde" 5237 sayılı TCK nun 82 / 1-e" şeklinde değiştirilmesine karar verilmek suretiyle düzeltilen hükmün tebliğnamedeki düşünce gibi onanmasına*", 1. CD, E. 2010 / 2749, K. 2010 / 7581.

63 Özbek / Doğan / Bacaksız, Özel Hükümler, s. 126.

64 Koca / Üzülmez, Özel Hükümler, s. 101; Centel / Zafer / Çakmut, s. 47. "*...baş ile gövdenin ayrılmasına neden olan boyundaki kesinin maktulün öldürülmesinin ardından gerçekleştirilmesi nedeniyle canavarca hisle eziyet çektirerek öldürme suçunun koşullarının bulunmadığı*", 1. CD, 05.03.2015, E. 2014 / 5570, K. 2015 / 1263.

65 Özbek / Doğan / Bacaksız, Özel Hükümler, s. 126; Centel / Zafer / Çakmut, s. 47.

66 Tezcan / Erdem / Önok, s. 157.

ile 81. madde arasında fikri içtima kurallarının uygulanarak çözümleneceğini ifade etmektedirler.[67]

E. Yangın, Su Baskını, Tahrip, Batırma veya Bombalama ya da Nükleer, Biyolojik veya Kimyasal Silah Kullanmak Suretiyle İşlenmesi (TCK m. 82/1-c)

TCK m. 82/1-c'de yer alan bu nitelikli halde, öldürmenin genel tehlike yaratmak ya da tehlikeli araçlar kullanmak suretiyle işlenmesi cezanın daha fazla verilmesini gerektiren bir neden olarak kabul edilmiştir. Fiilin hedeflenen kişinin dışında başka kişilere de zarar verme ihtimalinin bulunması veya belirsiz sayıda kişinin etkilenmesi söz konusu olduğu için belirtilen araçların veya yöntemlerin kullanılması kanun koyucu tarafından nitelikli hal olarak kabul edilmiştir. Bu nitelikli hal kapsamına bir kimsenin evinin[68] veya arabasının yakılarak öldürülmesi[69] veya evini yıkmak suretiyle öldürülmesi veya içme suyuna biyolojik madde katılmak suretiyle öldürülmesi örnek olarak verilebilir. Kanun koyucu nitelikli hal oluşturan nedenleri sayarak göstermiştir. Dolayısıyla bentte sayılmayan bir nedenin buraya sokulması, kıyas yapılması söz konusu değildir. Doktrinde bazı yazarlar sayma yolunun tercih edilmesini eleştirmekte ve genel için tehlikeli araçlarla işlenmesi ölçüsünün benimsenmesi gerektiğini belirtmektedirler.[70] Kanaatimizce de sayma yolunun tercih edilmesi doğru olmamıştır. Sayma yolunun kullanılması belirlilik ilkesi açısından daha doğru olabilirse de genel için zarar verecek tüm araçları kapsaması yönünden yeterli sayılmayacaktır. Çünkü genel tehlike yaratan veya genel için tehlikeli olan araçlar zaman içinde değişebilir, örneğin ses dalgaları, elektronik bir araç da bu nitelikte olabilir. Bunun yerine belirsiz sayıda kişiyi tehlikeye sokan eylemleri cezalandıracak düzenleme yolunun tercih edilmesi daha doğru olacaktır. Ayrıca öldürmede kullanılan araçlar seçimlik olarak sayılmıştır. Birinin kullanılması nitelikli halin uygulanması için yeterlidir.

Düzenlemeye başka yönden de eleştiri yöneltilmektedir. Bu görüşe göre, 82. maddenin c bendinde yer alan nitelikli halin varlığı halinde esas itibariyle tasarlayarak veya canavarca hisle veya eziyet çektirerek öldürme de bulunmaktadır. Dolayısıyla 82. maddede böyle bir nitelikli halin varlığına gerek bulunmamaktadır.[71] Ancak bu görüşe

---

67 Koca / Üzülmez, Özel Hükümler, s. 105. Öldürme kastının olmadığı durumda TCK m. 94 / 5'in uygulanacağına ilişkin olarak bkz.: Gökcen / Balcı, Kasten Öldürme Suçları, s. 161; Tezcan / Erdem / Önok, s. 157; Özbek / Doğan / Bacaksız, Özel Hükümler, s. 127; Artuk / Gökcen, s. 81.

68 1. CD, 13.05.2015, 2014 / 1594, K. 2015 / 3134.

69 1. CD, 05.10.2011, E. 2011 / 2708, K. 2011 / 5764.

70 Hakeri, Hakan, *Kasten Öldürme Suçları, TCK m. 81-82-83*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007, 2. Baskı, s. 224.

71 Erman / Özek, no. 44; Özbek / Doğan / Bacaksız, Özel Hükümler, s. 128.

karşı haklı olarak her durumda belirtilen nitelikli hallerin söz konusu olmayacağı belirtilmiştir.[72]

Genel tehlike yaratmak suretiyle öldürme suçunun işlenmesi halinde genel tehlike yaratmak ayrıca suç teşkil ettiğinden (TCK m. 170, 172, 173, 174) fikri içtima kuralları gereğince fail sorumlu tutulacaktır (madde gerekçesi). Açıkça suçlar ifade edilmediği için bileşik suç kurallarının uygulanması söz konusu değildir.[73] Zarar suçunun gerçekleşmesi halinde de (zarar suçunun tehlike suçuna göre asıl norm olduğu) tehlike suçundan ceza verilemeyeceği görüşünün[74] uygulanması da söz konusu değildir. Yani görünüşte içtima kuralları uygulanmayacaktır. Çünkü bu durumda tek suç değil, birden fazla suç gerçekleşmektedir. Her suçun konusu ve mağduru farklı olup, birden fazla suç söz konusudur.

Nitelikli halin kabul edilmesinin nedeni, toplumun genel tehlikeye maruz bırakılması ve mağdurun kendini savunma olanağının kaldırılmış olmasıdır.[75] Örneğin bir kişinin kimyasal silah kullanmak suretiyle öldürülmesi halinde başka kişilerin de zarar görmesi muhtemel olduğundan kanun koyucu belirsiz sayıda insana zarar verecek fiilleri cezanın daha fazla verilmesini gerektiren neden olarak kabul etmiştir.[76]

TCK'nın 82. maddesinin c bendinde yer alan nitelikli halin uygulanması için genel tehlike yaratan fiillerin veya tehlikeli araçların bir kimsenin öldürülmesine yönelik olarak kullanılması gerekmektedir. Bentte de bu açıkça kullanmak suretiyle ifadesiyle belirtilmiştir. Failin bu araçları kullanmak suretiyle öldürme fiilini gerçekleştirmesi gerekmektedir. Dolaylı faillik suretiyle işlenmesi de söz konusu olabilir.

Failin hedefinin öldürme olmadığı, örneğin yangın çıkarmak veya su baskınına neden olan fiillerle amaçlanmadığı halde başkasının hayatı veya sağlığının zarar görmesine neden olduğu durumlarda kast veya taksirine göre öldürme veya yaralama suçları oluşacaktır.[77] Genel tehlike yaratan fiiliyle öldürme veya yaralama suçu arasında fikri içtima kuralları uygulanacak ve en ağır suça göre ceza sorumluluğu tayin edilecektir. Mala zarar verme de gerçekleşmişse bununla ilgili olarak da fikri içtima kuralları gereğince sorumluluk belirlenecektir.

Yangın, zarara yol açan büyük ateş anlamına gelmektedir.[78] Dolayısıyla bu tür bir ateş çıkarmak suretiyle öldürmenin gerçekleştirilmesi halinde nitelikli hal uygulanacaktır. Su baskını,[79] sellerin veya eriyen kar sularının katılmasıyla kabaran akarsuların

---

72 Hakeri, Kasten Öldürme, s. 225.
73 Bileşik suç olduğu görüşü için bkz.: Hakeri, Kasten Öldürme, s. 225.
74 Hakeri, Kasten Öldürme, s. 225.
75 Tezcan / Erdem / Önok, s. 158; Erman / Özek, no. 44; Soyaslan, s. 130, 131.
76 Koca / Üzülmez, Özel Hükümler, s. 102.
77 Koca / Üzülmez, Özel Hükümler, s. 103; Tezcan / Erdem / Önok, s. 158; Hakeri, Kasten Öldürme, s. 225.
78 https: / / sozluk.gov.tr
79 sozluk.gov.tr

yataklarından taşarak çevreyi basması, taşkın, taşma, seylap anlamına gelmektedir. Bir kişinin kasten sel baskına neden olarak öldürmeyi gerçekleştirmesi gerekir. Örneğin bir baraj görevlisinin nehirde yüzen çocukları öldürmek için baraj kapaklarını açarak sele neden olması ve çocukların ölmesi halinde c bendinde yer alan nitelikli hal gerçekleşecektir.[80] Tahrip,[81] yıkma, kırıp dökme, harap etme, bozma anlamına gelmektedir. Öldürmek istediği kişinin evini yıkmak suretiyle ölümün gerçekleştirilmesi halinde tahrip suretiyle öldürme söz konusudur. Batırma, bir şeyin sıvı veya yumuşak bir maddenin içine gömülmesine yol açmak, batmasını sağlamak anlamına gelmektedir.[82] Örneğin kişinin bindiği geminin batırılması durumunda bu nitelikli hal oluşacaktır. Gemide bulunan diğer kişiler için de kastının bulunduğu belirtilmelidir (doğrudan kast II). Ölenler ve kurtulanlar için öldürme ve öldürmeye teşebbüs söz konusu olduğundan gerçek içtima geçerli olacaktır (TCK m. 43/3). Bombalamak, bir hedefe yönelik olarak canlı veya cansız hedeflere atılan, içi yakıcı ve yıkıcı maddelerle doldurulmuş, türlü büyüklükte patlayıcı, ateşli silahın kullanılmasıdır.[83] Emniyet Teşkilatı Bomba İmha Tazminatının Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik m. 4'te bomba, "*öldürmek, tahrip etmek, zarar vermek, şeklini bozmak, ilgiyi başka yere çekmek, taciz etmek için standart veya standart dışı olup, elde mevcut veya temin edilebilen askeri, ticari, sanayi, zirai veya tıbbi amaçla imal edilmiş malzemelerin amacı dışında el ile veya başka usullerle bir araya getirilmesi ve yerleştirilmesi ile yapılmış patlayıcı madde ve düzenekleri*" şeklinde tanımlanmıştır. Kanun koyucu silahla öldürmeyi nitelikli hal saymamış, ancak aslında silah türü olan bombalamayı[84] hedeflenin dışında başkalarına da zarar verme ihtimali olduğundan nitelikli hal kapsamında saymıştır. Nükleer silah, nükleer reaksiyon ve nükleer fizyonun birlikte kullanılmasıyla ya da çok daha kuvvetli bir füzyonla elde edilen yüksek yok etme gücüne sahip silahı ifade etmektedir. Genel patlayıcılardan farklı olarak çok daha fazla zarar vermek amaçlı kullanılmaktadır. Nükleer silah, tüm bir kenti ya da bir ülkeyi canlı, cansız ne varsa tamamen yok edecek güçtedir.[85] Biyolojik silah, "yöneldiği hedefteki etkileri, hastalığa neden olan mikroorganizmalar ve viruslar, infeksiyöz nükleik asitler ve prionlar gibi kendini kopyalattıran biyolojik yapıların bulaşıcılık ve hastalık yapma yeteneklerine bağlı olan silahlar" şeklinde tanımlanmaktadır. Kimyasal ve nükleer silah gibi kitleleri imha etme özelliğine sahiptir. Biyolojik silahlar, kolay ve ucuza elde edilmeleri, etkilerinin kalıcı ve giderek artıcı olmaları, kullanım kolaylıkları ve kullanıldıklarının geç farkına varılmalarıyla kimyasal ve nükleer silahtan

---

80 Gökcen / Balcı, Kasten Öldürme Suçları, s. 167; Artuk / Gökcen, s. 83.
81 sozluk.gov.tr
82 sozluk.gov.tr
83 sozluk.gov.tr
84 Gökcen / Balcı, Kasten Öldürme Suçları, s. 168; Artuk / Gökcen, s. 84.
85 "nükleer silah nedir", www.takvim.com.tr/galeri/dunya/nukleer_silah_nedir (E.T. 12.07.2020).

ayrılmaktadır.[86] Kimyasal silah 5564 sayılı Kimyasal Silahların Geliştirilmesi, Üretimi, Stoklanması ve Kullanımının Yasaklanması Hakkında Kanunda tanımlanmıştır. Kanunun 2. maddesine göre kimyasal silah, "*Bu Kanunla yasaklanmayan amaçlarla kullanıldıkları ve cins ve miktarlarının bu amaçlarla tutarlı olduğu durumlar hariç olmak üzere, toksik kimyasal maddeler ve bunların prekürsörlerini,*[87] *toksik kimyasal maddelerin,*[88] *savaş gereçleri ve aygıtlarının kullanımı sonucunda ortaya çıkacak olan zehirleyici nitelikleri yoluyla ölüme veya başka bir hasara yol açmak üzere özel olarak tasarımı yapılmış olan herhangi bir cihazı, aparatı veya düzeneği; bu savaş gereçleri ve aygıtlarının kullanımıyla doğrudan doğruya ilişkili bir biçimde kullanılmak üzere özel olarak tasarımı yapılmış olan herhangi bir cihazı, aparatı veya düzeneği*" ifade etmektedir. Kimyasal, nükleer ve biyolojik silahlar aslında belirli bir kişiyi öldürmek için kullanılan silahlar değildir. Daha ziyade ceza hukukunu uluslararası suçların işlenmesinde kullanılmalarıyla ilgilendirmektedir. Ancak bir kişiyi öldürmek için de kullanılabilecekleri için kanun koyucu zarar verici özelliklerinin büyüklüğünden dolayı nitelikli hal kapsamında düzenlemiştir. Somut olayda birden fazla kişinin ölmesi halinde kastının (olası veya doğrudan) olması şartıyla fail gerçek içtima kuralları gereğince ayrı ayrı sorumlu tutulacaktır.

Bir kimsenin yakılarak öldürülmesi[89] veya suda boğulması bu bent kapsamına girmemektedir. Hükmün uygulanması için yangın çıkarmak suretiyle veya su baskınına neden olmak suretiyle veya batırmak suretiyle öldürmenin gerçekleştirilmesine yönelik hareket

---

[86] Yenen, O. Şadi, "Biyolojik Silah, Biyolojik Savaş, Biyolojik Terör", www.klimik.org.tr/2001/05/11/biyolojik-silah-biyolojik-savas-biyolojik-teror-prof-dr-o-sadi-yenen/ (E.T.22.05.2020).

[87] Prekürsör: Hangi yöntemle olursa olsun, bir zehirli kimyasal maddenin üretimi sırasında herhangi bir aşamada rol oynayan bir kimyasal reaktanı ifade etmektedir (5564 sayılı Kanun m. 2 / ç).

[88] Toksik kimyasal madde: Kökenine veya üretim biçimine ve tesislerde, savaş gereçlerinde veya bir başka yerde üretilmelerine bağlı kalmaksızın, yaşam süreçleri üzerindeki kimyasal etkisi yoluyla, insanlarda veya hayvanlarda ölüme, geçici veya daimi engelliliğe neden olabilecek ve bu Kanunun eki cetvellerde yer alan kimyasal maddeleri ifade etmektedir ((5564 sayılı Kanun m. 2 / c).

[89] "*Oluşa, kabule ve dosya kapsamına göre maktul ile sanıkların metruk bir binada birlikte yaşadıkları, olay günü kaldıkları binada beraberce maktulun alkol, sanıkların ise kolonya içip tiner çektikleri, herhangi bir tartışma olmaksızın ölen Turan'ın sanıkların ana ve bacısına ısrarla küfür edip bir süre sonra alkol etkisiyle sızdığı, sanıkların birlikte Turan'ın el ve ayaklarını bağlayarak iple boğmaya çalıştıkları, bir süre uğraştıktan sonra ölmediğini görünce maktulun üzerine ve yattığı yere kolonya döküp ateşe verdikleri, maktul Turan'ın yanık ve karbonmonoksit zehirlenmesi sonucu hayatını kaybettiği olayda; A-Sanıkların eylemlerine uyan TCK'nun 82 / 1-b maddesi uyarınca canavarca hisle veya eziyet çektirerek öldürme suçundan cezalandırılmaları ile yetinilmesi gerekirken, somut olayda öldürmenin genel tehlike yaratmak suretiyle yakarak işlenmesi halinin gerçekleşmediği gözetilmeden uygulanma koşulları bulunmayan TCK'nun 82 / 1-c maddesinin tatbikine karar verilmesi*", 1. CD, 7.12.2015, E. 2015 / 2039, K. 2015 / 5975.

edilmesi gerekir.[90] Ancak bazı yazarlar mağdurun başını suya batırmak suretiyle öldürülmesinin de (batırma seçimlik hareketi kapsamında) bent

---

[90] Özbek / Doğan / Bacaksız, Özel Hükümler, s. 128. "*Oluşa ve dosya içeriğine göre; sanık Gökhan Dağların sa- nık Evgeniyanın erkek arkadaşı olduğu, 2004 yılı ekim ayından itibaren birlikte yaşadıkları, sanık Evgeniyanın, sanık Gökhan Dağlar ile tanışmadan önce kiralık ev aradığı sırada emlakçılık yapan maktul ile tanıştığı, sanık Evgeniyanın iki çocuğu olup 1997 yılında geçirmiş olduğu kazadan dolayı bacağına protez takılması nedeniyle herhangi bir işte çalışamadığı ve ekonomik açıdan geçimini sağlamakta zorlandığı, durumunu anlattığı maktulün kendisine zaman zaman para yardımında bulundu- ğu, bazen de evinin ihtiyaçlarını giderdiği ve Evgeniya ya yar- dım yapılması için tanıdıkları ile hayırsever kurum ve kişilerle irtibata geçerek yardım toplanmasını sağladığı, sanık Evgeniya nın erkek arkadaşı olan sanık Gökhan Dağların, maktulü kıs- kandığı için Evgeniyanın maktul ile görüşmesini istemediği, bu nedenle aralarında tartışmalar yaşandığı, bunun üzerine sanık Gökhan Dağların Evgeniya ve çocuklarını alarak kendi evinin bulunduğu Karatepe Köyüne taşındıkları ve Evgeniya nın maktul ile görüşmesini yasakladığı, cep telefonu numarasını iptal ettirdiği, bu ne- denle Evgeniyanın olay öncesinden 2-2,5 yıl süre ile maktul ile görüşemediği, Evgeniyanın bacağında bulunan protezin sorun çıkarması ve değiştirilmesi için 12.000 Amarikan Doları isten- mesi üzerine Evgeniya nın daha önce de kendisine yardım- da bulunan maktul ile irtibata geçerek görüşmeye başladığı, maktulun gerekli paranın toplanması için Evgeniya yı tanıdığı hayırseverlere gönderdiği, yardım kampanyası düzenlene- bilmesi için yerel ve ulusal medyadan tanıdıkları vasıtasıyla Evgeniya ile röportaj yapılmasını ve programlara çıkmasını sağladığı, Evgeniyanın maktul ile yeniden görüşmeye başla- masına sinirlenen sanık Gökhan Dağların, Evgeniyaya ziksel şiddet uygulamaya başlaması üzerine Evgeniyanın çocuklarını alarak sanık Gökhan Dağlar ile birlikte yaşadığı evi terkede- rek maktulun kendisine bulduğu bir yerde yaşamaya başladı- ğı, çocuklarını da maktulün yardımı ile Yatılı Bölge Ilköğretim Okuluna kayıt ettirdiği, Evgeniyanın maktul yüzünden ken- disini terk ettiğini düşünen sanık Gökhan Dağların, maktulün yanına gidip kendisini tehdit ederek Evgeniyanın kaldığı yeri öğrenmeye çalıştığı, Evgeniyanın görüştüğü kişileri arayarak Evgeniyayı bulmaya çalıştığı, bir süre sonra Evgeniyanın Gök- han ile görüşmeyi kabul ettiği ve bir restaurantta buluştukları, konuşup barıştıkları ve tekrar birlikte yaşamaya başladıkları, olay günü Evgeniya ile birlikte yemek yedikten sonra saat 15:00 sıralarında resturanttan ayrılan sanık Gökhan Dağların, mak- tulü araba ile seyir halinde iken gördüğü, kendisini Evgeniya nedeniyle kıskanan sanığın, maktul ile konuşmak için kullan- dığı motosiklet ile maktulün kullandığı arabayı takip ettiği, bir süre sonra sanık Gökhan Dağları fark eden maktulün durarak sanığı arabasına aldığı, araba ile bir süre dolaştıktan sonra şe- hir dışına tenha bir yere gittikleri, gecenin ilerleyen saatlerinde maktul ile tartışan sanık Gökhan Dağların, maktulü yumruk ile vurup bayıltıktan sonra maktule ait arabanın bagajına koy- duğu ve Petrol Istasyonlarında kamera olduğunu bildiğinden aynı evde birlikte kaldıkları Evgeniyayı arayarak motosikletin benzininin bittiğini söyleyerek benzin getirmesini istediği, sa- nık Evgeniya nın gece saat 01:15 te tanık Devrim Ardıçın çalıştığı petrol istasyonuna gelerek 2,5 litrelik ve 1,5 litrelik olmak üzere iki ayrı pet şişe ile benzin alarak sanık Gökhan Dağla- rın belirttiği yere gittiği ve getirdiği benzini Gökhan Dağlara vererek oradan ayrıldığı, sanık Gökhan Dağların da getirilen benzini maktule ait arabaya dökerek arabayı ateşe verdiği ve olay yerinden ayrıldığı, saat 02:25 sıralarında yangını gören va- tandaşların Itfaiyeye haber vermesi üzerine Itfaiye araçlarının gelerek yangını söndürdüğü ve arabanın bagajında cinsiyeti ve yaşı dahi belirlenemeyecek şekilde yanmış erkek cesedinin bu- lunduğu, düzenlenen otopsi raporunda maktulün ölümünün karbonmonoksit intoksikasyonuna bağlı kimyasal asi ksi ve karbonizasyon derecesinde yanıktan ileri geldiği tespit edilen olayda; A)Sanık Evgeniyanın maktulün öldürülmesi ve mala za- rar verme konusunda sanık Gökhan Dağlar ile irade ve eylem birliği içerisinde olduğunu, Gökhanın eylemlerine katıldığını gösterir, her türlü kuşkudan uzak, kesin ve inandırıcı kanıt bu- lunmadığı anlaşıldığı halde, sanık Evgeniyanın atılı suçlardan beraatine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde mahkumi- yetine karar verilmesi, B)Tasarlama halinin kabulü için, sanığın önceden öldürme kararı vermesi, kararla eylem arasında tasarlamayı kabule el- verişli makul bir sürenin geçmesi, bu süre içinde verdiği karar- da sebat ve ısrar ederek öldürme*

kapsamına girdiğini belirtmektedirler. Hükmün konuluş amaçlarının bir kişinin öldürülmesinden ziyade başkaları için de tehlike yaratması veya zarar vermesi olduğundan bir kimsenin başının suya gömülerek öldürülmesinde bu nitelikli halin uygulanmayacağını düşünüyoruz. Bir kimsenin yakılarak öldürülmesinde 82. maddenin b bendi kapsamında öldürme söz konusudur.[91] Suda boğarak öldürmede diğer nitelikli hallerin gerçekleşmesi söz konusu değilse 81. maddeden sorumluluk tayin edilecektir.

Yangın sonucunda veya diğer araçların kullanılması suretiyle birden fazla kişinin ölmesi söz konusu olmuşsa, hedeflediğinin dışındaki diğer kişilerin ölmesi zorunlu ve kaçınılmaz ise (doğrudan kast II)[92] veya olası kast varsa TCK m. 43/3 gereğince fikri içtima kuralları uygulanmayacak, gerçek içtima kuralları gereğince sorumluluk tayin edilecektir.[93] Buna karşılık kişinin taksiri varsa TCK m. 44 uygulanacak

---

eylemlerini gerçekleştirmesi gerekmekte olup, somut olayda sanığın ne zaman öldürme ka- rarı verdiğinin kesin olarak saptanamadığı, tasarlamanın ko- şullarının bulunmadığı gibi canavarca hisle öldürme suçunun yasal unsurlarının da oluşmadığı, sanığın maktule yumruk vu- rup bayıltıktan sonra arabanın bagajına koyup ardından ara- baya benzin dökerek ateşe vermek suretiyle maktulü öldürme eyleminin TCK.nun 82 / 1-c maddesinde düzenlenen yangın çı- karmak suretiyle öldürme suçunu oluşturduğu gözetilmeden yazılı şekilde TCK.nun 82 / a,b maddeleri uyarınca hüküm kurulması", 1. CD, 5.10.2011, E. 2011 / 2708, K. 2011 / 2708.

91 Yargıtay kararları için canavarca hisle veya eziyet çektirerek öldürme başlığına bakınız.

92 *"olay gecesi ise sanıklar .. ve .. ile haklarında verilen beraat kararları temyiz edilmeksizin kesinleşen diğer sanıklar .. ve .. birlikte alkol aldıkları, bir süre sonra sanıklar .. ve .. işleri olduğu gerekçesiyle diğer sanıkların yanlarından ayrılarak sanık ... tarafından temin edilen içerisinde benzin bulunan pet şişe ile birlikte gece saat 02.30-03.00 sıralarında mağdurların oturdukları binanın 5. katına çıktıkları ve burada sanık ... pet şişe içerisinde bulunan benzini içerisinde mağdurların bulunduğunu bildiği halde dairenin kapısına dökerek ateşe verdiği, daha sonra sanıkların birlikte olay yerinden kaçtıkları, bu sırada gecenin geç saatleri olmasına rağmen tesadüfen uyanık durumda olan mağdurların yangını farkettikleri ve yanmakta olan dış kapıyı açarak aynı binada oturan komşularından yardım istedikleri, mağdurların sesini duyan apartman sakinlerinin müdahalesi ile de yangının kısa sürede söndürüldüğü olayda; kullanılan aracın niteliği ve elverişliliği, olayın oluş saati, mağdurların kurtulma biçimi bir bütün halinde gözetildiğinde, TCK'nın 37. maddesi kapsamında fiil üzerinde birlikte hakimiyet kurarak işlemeyi kastettikleri suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayan ancak mağdurların yangını farketmeleri nedeniyle ellerinde olmayan nedenlerle eylemlerini tamamlayamayan sanıkların, iddianame anlatımı ve sevk maddelerine göre sübut bulan eylemlerinin TCK'nun 82 / 1-c, 35. maddelerinde düzenlenen yangın çıkarmak suretiyle kasten öldürme suçuna teşebbüs niteliğinde olduğu ve bu nedenle her bir mağdur için ayrı ayrı olmak üzere üçer kez cezalandırılmalarına karar verilmesi gerektiği gözetilmeden, suçların nitelendirilmesinde yanılgıya düşülerek yazılı şekilde mala zarar verme suçundan hüküm kurulması*", 1. CD, 13.05.2015, E. 2014 / 1594, K. 2015 / 3134.

93 "*...Dosya kapsamına göre; olay gecesi aralarında resmi evlilik bulunmayan dokuz yıldır birlikte yaşadığı maktule ile sanığın, sanığın telefonuna gelen mesaj nedeniyle tartıştıkları, sanığın evden ayrılarak motosikleti ile yakındaki petrol istasyonuna gidip 2,5 litrelik pet şişe ile benzin alıp eve geldiği, bu sürede maktulenin, sanığın kendisine saldırmasından korkup önceki evliliğinden olan kızı M'yi uyandırıp sanığın bıçak almasından korkarak mutfaktaki bıçakları kontrol etmesini istediği, M'nin mutfağa baktığında sanığın bıçak almadığını gördüğü, bu esnada sanığın elinde benzin dolu pet şişe ile eve geldiği doğrudan mutfağa giderek çakmakları kontrol ettiği, fakat çakmakların yanmadığı, maktulenin kızı Muhlise'yi sanığı yatıştırması için*

ve en ağır cezayı gerektiren nitelikli öldürmeden (TCK m. 82) sorumlu tutulacaktır. Yaptığı tek fiille mala zarar verme suçu işlemişse yine fikri içtima kuralları gereğince (TCK m. 44) gereğince en ağır suç olan öldürmeden sorumluluk tayin edilecektir.[94] Silahlı terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde devletin birliğini ve ülke bütünlüğünü bozmak suçunun işlenmesi sırasında öldürme suçunun da işlenmesi halinde gerçek içtima uygulanacaktır (TCK m. 302/2).[95]

---

sanığın yanına gönderdiği, sanığın mağdura kızarak "sen karışma boşuna dayak yeme" diyerek terslediği ve odaya girerek maktule Naile'yi tekme tokat dövdüğü, bu sırada maktulenin ilk evliliğinden olan oğlu mağdur Abdulkadir'in sesler üzerine uyanarak olaya müdahale etmek istediği, sanığın mağdura bir tokat vurarak uzaklaştırdığı, sanığın elinde benzin dolu pet şişe ile yatak odasına gittiği, maktule ve mağdurların da sanığın arkasından odaya gittikleri, sanığın bu sırada sigara paketinin yanında bulduğu çakmağı kontrol amacıyla yaktığı, bu sırada maktulenin yatağın kenarına oturduğu ve sanığa "yalvarırım bu saatte ele güne bizi rezil etme" diyerek yatıştırmaya çalıştığı, sanığın da elindeki pet şişeyi açarak içindeki benzini maktulenin oturduğu yatağın üzerine ve maktulenin çevresine doğru döktükten sonra şişenin içinde kalan son benzini de mağdurların çevresine ve üzerlerine gelecek şekilde odanın içine serpiştirdiği, maktule Naile'nin bu sırada sanığın bileğinden tutarak çakmağı ateşlemesine engel olmak istediği, ancak sanığın daha güçlü olması nedeniyle maktuleyi yatağın üzerine iterek çakmağı yakarak maktulenin eteğinden tutuşturduğu, benzinin birden alev alması nedeniyle etrafın alev aldığı, maktule ile mağdurların üzerlerinin tutuştuğu, kaldırıldıkları hastanede maktulenin aldığı yanık yaraları nedeniyle öldüğü, mağdure Muhlise'nin % 30 oranında 2.derece yanığa maruz kalıp hayati tehlike geçirecek şekilde, mağdur Abdulkadir'in % 25 oranında 2.derece yanığa maruz kalıp hayati tehlike geçirecek şekilde yaralandığı olayda; suçun işleniş şekli, gerçekleştirdiği eylem sonucu mağdurların da öleceklerini bilen ve buna rağmen eylemini gerçekleştiren sanığın eyleme bağlı olarak ortaya çıkan kastı, mağdurlarda meydana gelen yaralanmanın niteliği birlikte dikkate alındığında, sanığın mağdurlara yönelik yangın çıkarmak suretiyle kasten öldürmeye teşebbüs suçlarından cezalandırılması yerine yazılı şekilde suç vasfında yanılgıya düşülerek yazılı şekilde olası kastla yaralama suçlarından hüküm kurulması...", 1.CD, 21.04.2015, E. 2014 / 540, K. 2015 / 2574.

94 "*Oluşa ve dosya içeriğine göre; sanık H'nın eşi mağdure N'nin aile içi anlaşmazlıklar nedeniyle çocukları ile birlikte ortak ikameti terk ederek kız kardeşi mağdure Hanife'nin evinde kalmaya başladığı, olay tarihinde gece saat 02:15 sıralarında sanık Hasan'ın mağdure H'nin evine el bombası atıp ayrıca uzun namlulu silahla evi kurşunlaması sonucu oğlu maktul M'nın öldüğü, mağdureler N, H ve E'nin yaralandığı, evdeki patlama ve buna bağlı yangın sonucu evinde zarar gördüğü olayda; sanığın eyleminin, oğlu maktul M'yi kasten öldürme, mağdureleri ise kasten öldürmeye teşebbüs ve mala zarar verme suçlarını birlikte oluşturduğu ancak TCK.nun 44. maddesinde düzenlenen fikri içtima kuralı uyarınca sadece en ağır cezayı gerektiren öldürme ve öldürmeye teşebbüs suçlarından dolayı cezalandırılması gerektiği gözetilmeden ayrıca TCK.nun 151 / 1, 152 / 2-a maddeleriyle mala zarar verme suçundan mahkumiyetine karar verilmesi*", 1.CD, 07.07.2014, E. 2014 / 2274, K. 2014 / 3741.

95 "*Geceleyin saat 21:00 sıralarında sanıklar ... ve ...'ın organizasyonu dahilinde ve silahlı terör örgütünün amacı doğrultusunda birlikte hareket eden sanıkların eylem amacıyla yakılan marketin önüne geldikleri, bu aşamada sanıklar ... ve ...'ın yanlarında getirip dağıttıkları molotof kokteyllerini içerisinde kasiyerlik yapan şikayetçi ... ve müşteriler bulunan markete atarak marketin yanmasına ve şikayetçinin yangın çıkarmak suretiyle öldürülmesine teşebbüs ettikleri, beraat eden sanık ... ve tutanak düzenleyicilerinin teşhis ve anlatımları, sanıkların yakalandıklarında üzerlerinde ele geçen molotof kokteylleri ve tüm dosya kapsamından anlaşılmakla, sanıkların silahlı terör örgütünün amaçladığı suçun işlenmesine dair tehlikeyi oluşturmaya elverişli vahamet arz eden eylemleri nedeniyle, bir fiille işlenen suçlardan mala zarar vermenin öldürmeye teşebbüste TCK'nın 44. maddesi uyarınca eriyip içtima edeceği de gözetilerek; sanıkların 37 / 1 maddesi delaletiyle TCK'nın 302 / 1. maddesi uyarınca devletin*

F. Üstsoy veya Altsoydan Birine ya da Eşe veya Kardeşe Karşı Suçun İşlenmesi (TCK m. 82/1-d)

Kasten öldürme suçunun belirli kişilere yönelik olarak işlenmesi TCK'nın 82/1-d fıkrasında nitelikli hal olarak kabul edilmiştir. Mağdurun üstsoy, altsoy, eş veya kardeş olması ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasının verilmesini gerektirmektedir. Bentte sayılan akrabalara karşı kasten öldürmenin nitelikli hal kabul edilmesinin nedeni, faildeki kötülük derecesinin ağırlığı ve mağdurun kendini savunmasındaki yetersizliğidir.[96]

Kanun koyucu bu nitelikli hal açısından sayma yöntemini kullanmış ve alanını dar tutmuştur. Bu da doktrinde haklı olarak eleştirilmektedir.[97] Mülga TCK'nın 449 ve 450. maddelerinde karı, koca, kardeş, babalık, analık, evlatlık, üvey baba, üvey ana, üvey evlat, kayınbaba, kaynana, damat, gelin, üstsoy ve altsoydan birine karşı bu suçun işlenmesi halinde daha ağır ceza verilirken,[98] 5237 sayılı Kanunda yalnızca altsoy, üstsoy, eş ve kardeşe karşı işlenmesi nitelikli hal kabul edilmiştir. Doktrinde kanun koyucunun sayma yerine hâkime yetki tanıyarak soyut akrabalık yerine fiili yakınlık ve somut ilişkilerin nitelikli hal açısından esas alınması gerektiği belirtilmektedir.[99] Altsoy-üstsoy ilişkisi kan bağından kaynaklanan ilişki anlamındadır. Bu da kişileri birbirine bağlayan doğum sayısıyla belirlenmektedir (TMK m. 17). Kanun koyucu bir sınırlama yapmadığı için alt soy ilişkisine, evlat, torun, torunun çocuğu, torunun torunu, baba-anne, büyükbaba-büyükanne, onların anne ve babaları gibi akrabalık ilişkisi dahildir. Bu bağın olması yeterli olup, tanıma veya babalığa hüküm yoluyla kişi ile babası arasında düzgün soybağı ilişkisinin kurulmuş olması gerekmez. Hukukumuzda evlenmeyle oluşan kayın hısımlığı bu ilişki içinde kabul edilmemektedir.[100] Dolayısıyla kayın altsoy veya üstsoyun işlediği öldürme fiilleri, nitelikli hal kapsamına girmemektedir. Örneğin kayınpeder gelinini öldürdüğünde başka nedenler yoksa nitelikli hal uygulanmayacaktır. Keza damat kayınvalidesini öldürdüğünde yine

---

birliğini ve ülke bütünlüğünü bozma suçundan ve TCK'nın 302 / 2. maddesi delaletiyle TCK'nın 82 / 1-c ve 35 / 2. maddeleri uyarınca yangın çıkarmak suretiyle kasten öldürmeye teşebbüs suçundan cezalandırılmaları gerekirken suç vasfında yanılgıya düşülerek örgüt adına suç işleme, kasten yaralama ve mala zarar verme suçlarından hüküm kurulması", 9. CD, 17.06.2013, E. 2013 / 3013, K. 2013 / 9323.

96 Gökcen / Balcı, Kasten Öldürme Suçları, s. 173; Koca / Üzülmez, Özel Hükümler, s. 103; s. 87.

97 Koca / Üzülmez, Özel Hükümler, s. 61.

98 765 sayılı Kanunun 1926 yılında kabul edilen şeklinde belirli akrabaların öldürülmesine ilişkin nitelikli hal bulunmamaktaydı. 1933 yılında yapılan değişiklikle 765 sayılı Kanuna eklenmiştir. Bkz.: Hakeri, Kasten Öldürme, s. 226.

99 Hakeri, Kasten Öldürme, s. 226.

100 Bkz.: Dönmezer, 50; Koca / Üzülmez, Özel Hükümler, s. 104, 105; Özbek / Doğan / Bacaksız, Özel Hükümler, s. 129; Tezcan / Erdem / Önok, s. 160; Gökcen / Balcı, Kasten Öldürme Suçları, s. 175, 176. Yargıtay uygulaması da bu yöndedir. Bkz.: Gökcen / Balcı, Kasten Öldürme Suçları, s. 176.

nitelikli hal kapsamında değerlendirilmeyecektir. Yine eşinin önceki evliliğinden olan çocuğunun öldürülmesinde nitelikli hal uygulanmayacaktır. Evlat edinme ilişkisi açısından da TCK m. 82'de düzenleme olmadığından nitelikli hal uygulanmayacaktır. Dolayısıyla sayma yolunun tercih edilmesi doğru olmamıştır. Akrabalık ilişkisi tek tek sayılmayıp bazı durumlardan yararlanılması (nitelikli halin kabul edilmesini gerektiren) şeklinde veya fiili yakınlık ve somut ilişkilerin varlığı veya İstanbul Sözleşmesinin istediği gibi mağdurla birlikte yaşayan veya yetkisini kötüye kullanan aile[101] bireylerince işlenmesi nitelikli hal olarak düzenlense bu sorun ortaya çıkmayacaktır. Ama sayma yoluna gidilince bazı kişilerin ifade edilmesi bazı kişilerin göz ardı edilmesi cezalandırma açısından problem oluşturmaktadır. Ayrıca Medeni Kanun anlamında akraba ve garantör olan kişilerin bazısının sayılıp bazısının sayılmaması (örneğin, üvey anne-çocuk, evlatlık ilişkisi gibi) bazılarının sayılmaması da hukuki açıdan sorun doğuracak niteliktedir. Bu problemin ortadan kalkması ve İstanbul Sözleşmesinin gereklerinin karşılanması için belirtilen akrabalık ilişkilerinin öldürme suçunda nitelikli hal olarak düzenlenmesi gerekmektedir.

Eş noktasında da Medeni Kanun hükmü esas alınmakta, resmi evliliğin devam ettiği eş, eş olarak kabul edilmektedir. Ayrılık kararı verilmiş olsa bile evlilik devam ettiği için nitelikli halin uygulanacağı

---

[101] Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ailenin öncelikle eşler ve çocuklardan oluştuğunu vurgulamakla beraber, yakın yaşam arkadaşlığı yaşayan veya resmen evliyken boşanmış kişileri de şiddet mağduru kişiler olarak aile kapsamı içinde nitelendirmekte, aile sayıldığını kabul etmektedir (*Kadına Yönelik Aile İçi Şiddetle İlgili Ulusal ve Uluslararası Düzenlemeler*", T.C. Başbakanlık Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü, www.aileicisiddet.net/egitim/set/KYAIS-Ilgili-Ulusal-ve-Uluslararasi-Yasal-Duzenlemeler.pdf, s. 29 (E.T. 09.09.2013)). AİHM'ye göre aile için hukuki / yasal bir bağ zorunlu değildir. AİHM, hangi ilişkilerin aile yaşamı kapsamında olduğunu, sosyal, duygusal ve biyolojik bağları dikkate alarak değerlendirmekte ve çoğunlukla fiiliyattaki yakın kişisel bağların varlığı ölçütünden hareket etmektedir (Öncü, Gülay Arslan, *Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı*, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-8, Ankara 2019, www.anayasa.gov.tr/media/5604/ozel_yasam_hakki.pdf (E.T.20.08.2020), s. 97). AİHM, aile kavramını taraf devletlerin iç hukuklarından bağımsız değerlendirmekte ve evlilik dışı yaşam birlikteliğinin de madde 8 anlamında aile kavramı içine girdiğini kabul etmektedir. Evlilik dışı fiili birliktelikler, dini evlilikler, eşcinsel fiili birliktelikler de mahkeme tarafından aile kapsamı içerisinde nitelendirilmektedir. AİHM, madde 8 anlamında bir birlikteliğin aile sayılabilmesi için, çiftin birlikte yaşayıp yaşamadığını, ilişkilerinin uzunluğunu ve süresini, birbirlerine bağlılıklarını çocuk sahibi olmak veya diğer yollarla gösterip göstermediklerini dikkate alarak belirleme yapılacağını ifade etmektedir (Bkz.: Öncü, Gülay Arslan, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Kadına Karşı Aile İçi Şiddet Olgusu ve Bununla Mücadele Yaklaşımları", Ceza Hukukunda Kadının Şiddete Karşı Korunması, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuka Genç Yaklaşımlar Konferans Serisi No.1, Editör Nur Centel, İstanbul 2013, s. 46, 47; Öncü, Özel Yaşam, s. 99. Ancak Mahkeme, Sözleşmeci Devletlerin resmi nikâh ve kayıtlı birliktelikler ile bunlar dışındaki fiili birliktelikler arasında aile hayatından kaynaklanan haklar bakımından bir farklılığa gidebileceklerini kabul etmekte ve Devletlere dini evlilikleri tanıma ve miras ya da sosyal güvenlik ödenceleri gibi haklardan yararlandırma yükümlülüğünü getirmemektedir: Öncü, Özel Yaşam, s. 99).

benimsenmektedir.[102] Ancak doktrinde bazı yazarlar fiili durumun esas alınması gerektiğini de belirtmektedirler.[103] Ama TCK m. 82'de eş kavramı kullanıldığı için hukuk düzeninin birliği gereğince bunun mümkün olmadığını belirtmemiz gerekir. Hukukumuzdaki kabule göre boşanma gerçekleşmişse nitelikli halin uygulanması söz konusu olmamaktadır. İstanbul Sözleşmesi ise, iç hukuk tarafından tanınan, failin şu anki veya daha önceki eşe veya partnere karşı gerçekleştirilmesinin nitelikli hal olarak kabul edilmesini istemektedir. Her ne kadar Sözleşmede iç hukuk tarafından tanınan ifadesi geçmekle birlikte ülkemizde önemli bir sorun olan şiddet fiilleri açısından eski eşlere, dini birlikteliklere veya partnerlere karşı gerçekleştirilen fiillerin de nitelikli hal kapsamında kabul edilmesi gerekir. Çünkü fiillerin eşlere karşı işlenmesinin nitelikli hal kabul edilmesini gerektiren nedenler bu kişiler açısından da söz konusudur. Aksi uygulamada yeni evlendiği kişiyi öldürdüğünde faile nitelikli hal uygulanırken 20 yıldır birlikte yaşadığı kişiyi öldürdüğünde nitelikli hal uygulanmamaktadır. Sözleşmeye göre ayrıca nitelikli halin düzenlenmesi için önceki ve şu anki eşlere ve partnere karşı gerçekleştirilen fiillerin suç unsuru olarak hükme bağlanmamış olması gerekiyor. Zaten suç unsuruysa bir nedenin nitelikli hal olarak düzenlenmesi mümkün değildir. Sözleşme bunu açıkça ifade etmiştir.

Kardeş açısından ana ve babası aynı olan kardeşler, ana veya babasından biri ortak olan kardeşler anlaşılır. Kardeş ilişkisinin fiilen bulunması yeterlidir. Evlilik dışı doğan kardeş de tanınmamış olsa bile nitelikli hal açısından göz önüne alınır. Anne veya babanın daha önceki evliliğinden olan kardeşler bent kapsamına girmemektedir.[104]

Şunu söylemeliyiz ki kavram olarak TCK'da Medeni Kanun kavramları kullanılınca doğal olarak Medeni Kanunun kabul ettiği belirlemeler uygulanmaktadır. Hukuk düzeninin birliği de bunu gerektirmektedir. Oysa Ceza Kanununun kendi koruma alanı içinde düzenleme yapması gerekmektedir. Ceza Kanunu, kişi inandığımız gibi inanmasa, düşündüğümüz gibi düşünmese, yaşadığımız gibi yaşamasa bile her bireyi korumak için hareket etmeli ve bunu yaparken de adil sonuç doğuracak şekilde belirleme yapma yoluna gitmelidir. Hukuki değerlerin ihlalinin önlenmesi isteniyorsa öldürme fiiline maruz kalan kişileri, belirli akrabalık ilişkisiyle değil veya resmiyetle değil nitelikli halin düzenlenmesine götüren nedeni göz önüne alarak hüküm koyması gerekmektedir. Medeni Kanun haklar bazında farklı değerlendirme

---

[102] Bkz.: Centel / Zafer / Çakmut, s. 52; Özbek / Doğan / Bacaksız, Özel Hükümler, s. 130; Tezcan / Erdem / Önok, s. 161; Gökcen / Balcı, Kasten Öldürme Suçları, s. 178; Hafızoğulları / Ketizmen, s. 148; Artuk / Gökcen, s. 90.

[103] Koca / Üzülmez, Özel Hükümler, s. 104. Nitelikli halin uygulanmamakla beraber uygulanması gerektiğine ilişkin olarak bkz.: Özbek / Doğan / Bacaksız, Özel Hükümler, s. 130; Artuk / Gökcen, s. 91.

[104] Hakeri, Kasten Öldürme, s. 227; Tezcan / Erdem / Önok, s. 161, 162; Centel / Zafer / Çakmut, s. 52; Gökcen / Balcı, Kasten Öldürme Suçları, s. 174, 180, 181.

yapabilir, resmi nikahlı eş ile bu şekilde olmayan birlikteliği farklı değerlendirebilir. Ancak ceza hukukunun bu çerçevede olaya bakmaması gerekiyor. Dolayısıyla da hükümde değişikliğe gidilmesinin gerektiğini düşünüyoruz.

Hata halinde TCK'nın 30. maddesinin 2. fıkrası çerçevesinde belirleme yapılacak ve belirli akrabalık ilişkisi bulunmayan kişinin öldürülmesi halinde nitelikli hal uygulanmayacaktır. Sapma halinde hedeflediğinin dışında öldürülen kişi de belirtilen akrabalık ilişkisi yoksa (olası kastla öldürmede) bu neden uygulanmayacaktır.

G. Çocuğa ya da Beden veya Ruh Bakımından Kendisini Savunamayacak Durumda Bulunan Kişiye Karşı İşlenmesi (TCK m. 82/1-e)

Kanun koyucu yetişkin ve sağlıklı bir kişiye göre daha zayıf konumda olan kişilere karşı öldürme suçunun işlenmesini cezanın daha fazla verilmesini gerektiren nitelikli hal saymıştır. Hükmün kabul ediliş nedeni madde gerekçesinde faildeki ahlaki kötülüğün mefruz çokluğu ve fiilin işlenmesindeki kolaylık olarak ifade edilmiştir.

Çocuk, TCK'nın 6. maddesi gereğince henüz 18 yaşını doldurmamış kişiyi ifade etmektedir. Cinsiyet önemli değildir. Doktrinde 18 yaşını bitirmemiş kişinin evlenme veya mahkeme kararıyla reşit olmasının hükmün uygulanması açısından önemli olmadığı kabul edilmektedir.[105] Ancak kanaatimizce bu durumda çocuktan bahsetmemek gerekir. Bu nitelikli halin uygulanması için fiilin işlendiği esnada, hareketin yapıldığı esnada mağdurun çocuk olması gerekmektedir. Bu esnada mağdurun çocuk olması şartıyla neticenin gerçekleştiği esnada çocuk olmaması hükmün uygulanmasını engellemez. İhmali fiillerde hareketin yapılması gerektiği zamanda mağdurun çocuk olması gerekmektedir. Bir çocuğun diğer bir çocuğa karşı (15 yaşındaki çocuğun 17 yaşındaki çocuğa karşı) işlediği durumda da nitelikli halin uygulanacağı ifade edilmektedir.[106] Ancak kanaatimizce bu halde nitelikli halin uygulanması yoluna gidilmemelidir. Aksine uygulama hükmün konuluş amacına aykırılık teşkil edecektir. Hükmün uygulanabilmesi için çocuğun failin alt soyu olmaması gerekir. Çocuğun altsoy olduğu durumda bir önceki bentteki nitelikli hal uygulanacaktır. Bazı yazarlar çocuk açısından yaş sınırı getirilmesi gerektiğini belirtmektedirler. Zira bu görüşe göre 16-17 yaşındaki erkek çocuğu kendini koruyabilir.[107] Kanaatimizce çocuğun içinde bulunduğu durum, meşru savunmada çocuklar açısından sınırlama getirilmesi ve İstanbul

---

[105] Gökcen / Balcı, Kasten Öldürme Suçları, s. 194 vd.; Koca / Üzülmez, Özel Hükümler, s. 106; Artuk / Gökcen, s. 95.

[106] Tezcan / Erdem / Önok, s. 163. Yazarlar bente çocuktan sözetmek yerine mağdurun kendini savunamayacak durumda olmasının kabul edilmesinin yeterli olduğunu ifade etmektedirler: s. 163.

[107] Özbek / Doğan / Bacaksız, Özel Hükümler, s. 132.

Sözleşmesi hükmü öldürmenin çocuğa karşı işlenmesinin nitelikli hal olarak kalmasını haklı göstermektedir.

Kanun koyucu suçun çocuğa karşı işlenmesini nitelikli hal kabul etmiş ancak fiilin çocuğun gözleri önünde işlenmesini nitelikli hal olarak öngörmemiştir. Bu durum 61. madde gereğince cezanın belirlenmesinde dikkate alınmaktadır. Ancak İstanbul Sözleşmesi suçun çocuğun gözleri önünde işlenmesini nitelikli hal olarak kabul edilmesini öngörmektedir.

Beden veya ruh bakımından kendini savunamayacak durumda olma 82. maddenin gerekçesinde, ileri yaşı, hastalığı, malullüğü veya ruhi veya fiziki güçsüzlüğü[108] nedeniyle kendini korumaktan aciz olan kimse olarak belirtilmiştir. Doktrinde ise hükmün kapsamına uyku hali,[109] bilinçsizlik, narkoz etkisinde olma, alkol veya uyuşturucu madde etkisinde bulunma, yaşlılık, akıl hastalığı, yürüme engeli bulunması, gözlerinin görmemesi, baygınlık gibi nedenlerin girdiği

---

108 "*Oluşa ve dosya içeriğine göre, sanık ...'un arkadaşları olan sanık ... ve suça sürüklenen çocuk ...'den aralarında husumet bulunan ve iki kolu olmayan maktul ...'ı öldürmelerini istediği, bu isteği kabul edilince de eylemi gerçekleştirmek amacıyla bir kaç kez bir araya gelerek eylemi ne şekilde gerçekleştirebileceklerine yönelik plan yaptıkları, en son olay gecesi sanık ...'in babasına ait ardiyede bir araya geldikleri, suça sürüklenen çocuk ...'in de buraya eylem sonrası yakalandıkları motosiklet ile geldiği, bu hazırlıklar kapsamında, motosikleti poşetlerle sardıkları, ...'in başına bere, eline eldiven taktığı, ...'in de pantolonunun üzerine bir pantolon, eşofmanının üzerine deri mont giyip başına kask taktığı, ...'e ait tüfeği de çuval içerisine koyarak birlikte ...'in kullandığı motosiklet ile yola çıktıkları, bir süre sonra maktulün bulunduğu manavın önüne geldikleri, akabinde motosikletin arkasında bulunan ...'in av tüfeğiyle yapmış olduğu atışlar sonucunda maktulün kafatası, yüz kemiği kırıkları ve beyin doku harabiyeti nedeniyle öldüğü olayda, Suça sürüklenen çocuk ve sanıkların eylemlerini gerçekleştirmeye olay tarihinden önce karar verdikleri, kararlarından dönmeyip ısrar ederek, kararları ile icraları arasında makul bir süre geçtikten sonra eylemlerini geçekleştirdikleri ve tasarlamanın unsurlarının oluştuğu anlaşıldığı halde, "beden bakımından kendini savunamayacak kişiyi öldürme" yanında, "tasarlayarak öldürme" suçundan da TCK'nin 82 / 1-a-e maddesi uyarınca hükümler kurulması yerine, suç niteliğinde yanılgıya düşülerek yazılı biçimde sadece "beden bakımından kendini savunamayacak kişiyi öldürme" suçundan aynı Kanunun 82 / 1-e maddesi uyarınca hükümler kurulması*", 1. CD, 11.11.2019, E. 2019 / 2200 K. 2019 / 4849.

109 Uyku halinin hükmün kapsamına girmediği görüşü için bkz.: Koca / Üzülmez, Özel Hükümler, s. 106, 107. "*Oluşa ve dosya içeriğine göre, sanık F ile eşi olan maktul arasındaki geçimsizlik nedeniyle sanığın maktul ile birlikte oturdukları evi terk ederek, babası ve kardeşleri olan diğer sa- nıklarla birlikte yaşamaya başladığı, suç tarihinden yaklaşık 15 gün önce maktulün, sanık Fyı yanında sanık Sın da bulundu- ğu sırada tehdit ettiği, olay günü maktulle telefonda tartışan sanık Fnın, diğer sanıklarla birlikte eşi maktulün kaldığı eve saat 23.00 sıralarında, kapısını sanık Fatmada bulunan anah- tarla açmak suretiyle girdikleri ve uyumakta olan maktulü çok sayıda bıçak darbesiyle öldürdükleri olayda; 1) Olaydan önce sanıkların maktulü öldürme kararını ne zaman verdikleri ve bu kararlarında suç işleme tarihine kadar sebat edip etmedikleri konusunda delil bulunmadığından, ey- lemde tasarlamanın koşullarının oluşmadığı anlaşıldığı halde, yazılı şekilde tasarlayarak insan öldürmek suçundan hüküm kurulması, 2) Maktulün uyku halinde olması nedeniyle, " beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda" bulunduğu anlaşılmakla, sanıkların eylemlerinin 5237 sayılı TCK. nun 82 / 1-e maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiğinin gözetilmemesi*", 1. CD, 3.3.2011, E. 2009 / 5311, K. 2011 / 1961.

belirtilmektedir.[110] Hükmün uygulanması için bu hallerde kişinin öldürme fiiline karşı kendini koruyamayacak ve savunamayacak durumda bulunması gerekir. Bu hallerin geçici veya sürekli olması önemli değildir. Kişinin kendini koruyamayacak veya savunamayacak duruma kendisinin sebep olması da nitelikli halin uygulanması açısından önem taşımaz.[111] Önemli olan fiilin işlendiği esnada beden veya ruh bakımından kendini savunamayacak durumda olmasıdır. Bu neden daha sonra ortadan kalksa bile nitelikli hal uygulanacaktır.

Kadın olmak, beden olarak kendini savunamayacak durumda olma sonucunu doğurmamaktadır.[112] Gebe olan kadına karşı öldürme fiilinin işlenmesi ayrıca düzenlenmiştir.

H. Gebe Olduğu Bilenen Kadına Karşı İşlenmesi (TCK m. 82/1-f)

Gebe olduğu bilinen kadına karşı suçun işlenmesinin nitelikli hal kabul edilmesinin nedeni, madde gerekçesinde iki hayata son verilmesi olarak gösterilmektedir. Çocuk henüz doğmamış olduğundan kasten öldürmenin konusunu oluşturmayacaktır. Kadının öldürülmesi kural olarak çocuğun ölümünü de sonuçlayacağından nitelikli hal kabul edilmiştir[113]. Yargıtay kararlarında, "*maktulün olaydan önce belirlenemeyen bir kişiden hamile kaldığı, olayın ortaya çıkması üzerine, maktulün annesinin hamile kaldığı kişiyi bulup evlendirme çabasına girdiği, sonuç alınamaması ve akrabaları olan sanıkların durumu öğrenmesi üzerine, maktulün akıbeti hakkında karar verilmek üzere aile ve akrabalarının toplanarak durumu görüştükleri, sanıklar ..., ..., ... ve ...'nin, maktulün öldürülmesini istedikleri, ancak; maktulün kardeşleri ve annesinin karşı çıkması üzerine maktulün,...'da ikamet eden tanık ...'un evine yerleştirildiği, bir süre burada kaldıktan sonra, sanıkların giderek maktulü oradan aldıkları, arabayla köye getirdikten sonra, öldürerek kuyuya attıkları*";[114] "*sanığın, maktulenin kaldığı odaya girerek ailenin namusunu kurtarmak (töre) saikiyle hamile olduğunu ve doğumuna az bir süre kaldığını bildiği uyumakta olan maktuleye bıçakla dördü ayrı ayrı öldürücü olmak üzere dokuz ayrı yerinden vurarak tasarlayarak öldürdüğü.....*"[115] olaylarda gebe olduğu bilinen kadına karşı öldürme suçu kapsamında (diğer nitelikli haller yanında) değerlendirme yapılmıştır.

Nitelikli halin uygulanması için failin kadının gebe olduğunu

---

[110] Bkz.: Gökcen / Balcı, Kasten Öldürme Suçları, s. 194 vd.; Koca / Üzülmez, Özel Hükümler, s. 106; Özbek / Doğan / Bacaksız, Özel Hükümler, s. 132; Tezcan / Erdem / Önok, s. 162; Artuk / Gökcen, s. 97.

[111] Tezcan / Erdem / Önok, s. 162; Koca / Üzülmez, Özel Hükümler, s. 106; Artuk / Gökcen, s. 97. Aldığı maddenin hareket edemez hale getirdiği durumlarda uygulanacağına ilişkin olarak bkz.: Gökcen / Balcı, Kasten Öldürme Suçları, s. 197.

[112] Gökcen / Balcı, Kasten Öldürme Suçları, s. 196; Özbek / Doğan / Bacaksız, Özel Hükümler, s. 132.

[113] Koca / Üzülmez, Özel Hükümler, s. 107.

[114] 1. CD, 29.4.2019, E. 2017 / 2579, K. 2019 / 2384.

[115] 1. CD, 30.1.2009, E. 2008 / 10901, K. 2009 / 293.

bilmesi gerekir. Düzenlemede bilerek ifadesi geçtiği için kadının hamileliği bilinmelidir. Hamilelik açısından muhtemel bilme yeterli değildir. Kesin bilme gerekmektedir.[116] Gebelik açısından kesin bilme gerekmekteyse de öldürme açısından olası kast söz konusu olabilir.[117] Gebeliğin sadece fiziki olarak görüldüğü durumda değil, gebeliğin herhangi bir şekilde bilindiği halde de nitelikli hal uygulanacaktır.[118]

Kadının gebe olduğunu failin bilmediği durumlarda başka nitelikli haller yoksa fail öldürme suçunun temel şeklinden sorumlu olur. Yani hata halinde nitelikli hal uygulanmaz.

Öldürme fiili sonucunda ceninin de ölmesi halinde faile ayrıca çocuk düşürtme suçundan dolayı ceza verilmez. TCK m. 82/1-f açısından bileşik suç kuralları uygulanacaktır[119]. Annenin ölmesine rağmen çocuk ölmemiş olsa bile yine fail TCK m. 82/1-f'den sorumlu tutulacaktır[120]. Annenin ölmemesine rağmen anne karnındaki çocuğun ölmesi halinde ise sorumluluğun ne şekilde olacağı tartışmalıdır. Bazı yazarlar, tek fiille farklı suçlar işlendiğinden farklı nevi içtima kurallarının uygulanacağını kabul etmektedirler[121]. Bazı yazarlar ise çocuk düşürtme suçunun ancak tıbbi bir müdahaleyle bir hekim tarafından gerçekleştirilebileceğini kabul ederek herhangi bir kişinin kasten öldürmeye yönelik bir hareketin sonucunda çocuk ölsün veya ölmesin sorumluluğun kasten öldürmenin nitelikli şeklinden olacağını kabul etmektedir.[122] Bizim de görüşlerine katıldığımız diğer bazı yazarlar ise, nitelikli halin uygulanacağını ayrıca çocuk düşürtmeden ceza verilmeyeceğini kabul etmektedirler.[123] Kadın ve çocuğun her ikisinin ölmediği hallerde teşebbüsten sorumluluk tayin edilecektir.

İ. Kişinin Yerine Getirdiği Kamu Görevi Nedeniyle İşlenmesi (TCK m. 82/1-g)

---

116 "*Suça sürüklenen çocuk ...'nın otopsi raporuna göre 16-20 haftalık gebe olduğu anlaşılan maktul ...'in hamile olduğunu bildiği hususunda her türlü şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı delil bulunmadığı dikkate alınarak hakkında kasten öldürme suçundan TCK'nun 81. maddesi gereğince hüküm kurulması yerine, yazılı şekilde suçun nitelendirilmesinde yanılgıya düşülerek gebe olduğu bilinen kadına karşı öldürme suçunu düzenleyen aynı Kanunun 82 / 1-f maddesi uyarınca hüküm kurulması...bozmayı gerektirmiştir*", 1. CD, 25.06.2018, E. 2018 / 767, K. 2018 / 3001.

117 Failin doğrudan kastla hareket etmesi gerektiği, olası kastta bu nitelikli halin oluşmayacağına ilişkin olarak bkz.: Gökcen / Balcı, Kasten Öldürme Suçları, s. 198; Artuk / Gökcen, s. 98.

118 Artuk / Gökcen, s. 99.

119 Fikri içtimanın uygulanması gerektiğine ilişkin görüşte bulunmaktadır. Bkz.: Yaşar, Osman / Gökcan, Hasan Tahsin / Artuç, Mustafa, *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, C. II, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, s. 2726.

120 Hakeri, Kasten Öldürme Suçları, s. 229; Artuk / Gökcen, s. 98.

121 Yaşar / Gökcan / Artuç, II, s. 2726.

122 Koca / Üzülmez, Özel Hükümler, s. 108.

123 Tezcan / Erdem / Önok, s. 163.

Bu nitelikli halin uygulanması için yerine getirilen kamu görevi nedeniyle kişinin öldürülmesi gerekir.[124] Örneğin doktorun rapor çıkarma şartları gerçekleşmediği için rapor çıkarmaması nedeniyle öldürülmesi bu niteliktedir. Düşük not alan öğrencinin aldığı notun geçmeyi sağlamaması nedeniyle dersin sorumlusu öğretim üyesini bu nedenle öldürmesi halinde g bendindeki nitelikli hal gerçekleşecektir. Dolayısıyla nitelikli hal için kamu görevlisinin yerine getirdiği bir kamu görevinin bulunması ve kişinin bu görevi yerine getirmesi nedeniyle öldürülmesi gerekir. Yalnızca kamu görevlisine karşı işlenmesi nitelikli halin uygulanması için yeterli değildir (madde gerekçesi). 765 sayılı Kanunda ise Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerinden birine karşı işlenmesi nitelikli hal olarak kabul ediliyordu. Kamu görevlisinin TCK'nın 6. maddesi anlamında kamu görevini yerine getiren bir kamu görevlisi olması gerekir.[125] Bu nedenle tanık ve bilirkişinin bu nedenle öldürülmesi halinde nitelikli hal uygulanacaktır.[126] Ancak nitelikli halin uygulanması için kamu görevlisinin görevini yaptığı esnada öldürülmesi şart değildir.[127] Görevinin sona ermesinden sonra yerine getirdiği kamu

---

[124] "*Oluşa ve dosya içeriğine göre, Z... Bankası Ç... Şubesinde hizmetli olarak çalışan sanığın, mesai saati bitiminden sonra diğer personel ile birlikte çalışmaya devam ettiği sırada, elektrik kesintisi olması ve bankadaki jeneratörün devre dışı kalması nedeniyle güvenlik görevlisi olarak görev yapan maktul Önder ile beraber jeneratör odasına gittikleri, sanığın bankada bulunan paraları yağma amacıyla, yanında bulundurduğu bıçakla maktule vurarak belindeki tabancayı aldığı, sesleri duyup jeneratör odasına gelen banka müdürü mağdur Celal`in başına maktulden aldığı tabancayı dayadığı ve mağdurla birlikte diğer personelin bulunduğu bölüme gelerek bankadaki paraları almak istediğini söylediği, bu yönde banka personeli olarak görev yapan maktul Ufuk`a diğer personelin ağzını bantlaması için talimat verdiği, ancak paraları alamadan acil durum yardım düğmesine basılması nedeniyle olay yerine gelen kolluk kuvvetlerini fark etmesi üzerine "polise haber verdiniz ben de sizin hepinizi öldüreceğim" diyerek maktul Ufuk`u öldürdüğü, mağdurları yaraladığı, sonrasında içeriye girmeyi başaran kolluk kuvvetinin müdahalesiyle yakalanıp yağma eylemini tamamlayamadığı olayda; Sanığın, bankanın güvenliğini sağladığını bildiği ve kamu görevlisi olarak görev yapan maktul Önder`i yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle ve yağma suçunu işlemek amacıyla öldürdüğü, sonrasında kolluk kuvvetlerinin müdahalesiyle işlemeyi kastettiği yağma suçunu tamamlayamamasından duyduğu infialle de maktul Ufuk`u öldürdüğü anlaşıldığından; Sanığın, maktul Önder`i öldürme suçundan TCK`nın 82 / 1-h ve g bentleri, maktul Ufuk`u öldürme suçundan TCK`nın 82 / 1-i bendi uyarınca cezalandırılması yerine, suçların niteliğinde yanılgıya düşülerek yazılı şekilde maktul Önder`i öldürme suçundan 82 / 1-h, maktul Ufuk`u öldürme suçundan 81. maddeleri uyarınca cezalandırılmasına karar verilmesi*", 1. CD, 06.11.2012, E. 2012 / 10, K. 2012 / 7900.

[125] Hakeri, Kasten Öldürme, s. 233; Koca / Üzülmez, Özel Hükümler, s. 109; Artuk / Gökcen, s. 100.

[126] Hakeri, Kasten Öldürme, s. 233; Artuk / Gökcen, s. 100.

[127] "*Olay tarihinde sanığın arkadaşları ile birlikte alkol aldıktan sonra babasına ait araç ile birlikte gezmeye başladıkları, gece saat 03:45 sıralarında aralarında katılanın da bulunduğu resmi üniformalı görevli polis memurlarının uygulama yaptığı sıra- da, sanığın kullandığı araç ile uygulama noktasına hızlı şekilde girdiği ve alkollü olması nedeniyle uyarılara rağmen durma- yarak kaçtığı, bunun üzerine katılanın yanında görevli arkada- şı tanık Aydın ile birlikte resmi ekip aracı ile sanığın kullandığı aracı takip etmeye başladıkları, yapılan anons ve uyarılara rağ- men sanığın araç ile kaçmaya devam ettiği, yol üzerinde karşı istikamete dönüş yapmak istediği sırada katılanın ekip aracı ile sanığın aracına arkadan çarpması üzerine sanığın aracının durduğu, katılanın ekip aracından inerek, sanığın tekrar kaç- masını engellemek amacı ile açık olan sol kapı camından uzanarak sanığın kullandığı aracın kontak*

görevi nedeniyle öldürülmesi halinde de nitelikli hal uygulanacaktır (madde gerekçesi). İdare hukuku anlamında kamu görevlisinin bulunması şart değildir. TCK m. 6'nın şartlarının gerçekleşmesi yeterlidir. TCK m. 6/1-c'ye göre, kamu görevlisi deyiminden; kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi anlaşılmaktadır.

Nitelikli halin uygulanması için mağdurun, kamu görevinin gereklerine uygun davranması nedeniyle öldürülmesi gerekmektedir. Kamu görevinin gereklerine aykırı davranması nedeniyle mağdurun öldürülmesi halinde bu nitelikli hal uygulanmayacaktır.[128]

Bu hükmün nitelikli hal olarak kabul edilmesinin nedeni, kamu görevlilerine ayrıcalık tanımak olmadığı, kamu görevlilerinin görevlerini

---

anah- tarını almaya çalıştığı sırada, sanığın aracı hareket ettirmesi üzerine katılanın sol kapıda asılı kaldığı, sanığın aracı hızlı şekilde kullanmaya başlayarak katılanın düşmesi için aracı ile zik zak çizdiği ve katılanı ittirdiği, katılanın sol eli ile direk- siyon ve kapıdan tutunmaya çalıştığı, araç içerisinde bulunan sanığın arkadaşlarının da düşmemesi için arka camdan katıla- nı tuttukları, ayrıca sanığa durmasını söyledikleri, yaptıkları uyarılara rağmen sanığın aracı hızlı şekilde kullanmaya devam ettiği, tanık beyanlarına göre sanığın aracı 90-100 km süratle kullandığı, katılanın bu şekilde yaklaşık 2-2,5 km sürüklendiği, katılanın düşmemesi üzerine sanığın aynı yönden sol şeritten giden bir aracın sağına yanaşarak aracın sağından geçerken araca fazla yaklaşmak suretiyle katılanın iki araç arasında sı- kışmasını sağlayarak düşmesine neden olduğu, katılanın ska- pula korpus, humerus dia z, sol iç malleol ve 5. parmak dis- tal falanks kırıkları ile sağda pnömotoraks oluşacak, kırıkların hayati fonksiyonlara etkisi ağır (5.) derecede olacak ve hayati tehlike geçirecek şekilde yaralandığı olayda, sanığın eyleme bağlı olarak ortaya çıkan kastının öldürmeye teşebbüs olduğu ve kişinin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle öldürmeye teşebbüs suçundan TCK 82 / 1-g, 35 maddeleri gereğince ceza- landırılması gerektiği gözetilmeden, TCK 82 / 1-g, 21 / 2, 35 / 2 maddeleri gereğince cezalandırılmasına karar verilerek eksik ceza tayini", 1. CD, 11.11.2010, E. 2010 / 5411, K. 2010 / 7407; "*Oluşa ve dosya kapsamına göre, polis memurları olan mağdurlar ... ile ...'nın suç tarihinde güven timi olarak görev ifa ettikleri sırada silahla ateş edildiğini duyarak olay yerine hareket ettikleri, elinde tabanca olan sanığın kovaladığı şahıslara ateş etmekte olduğunu gördükleri, görevli arkadaşlarına göre biraz daha ilerde olan mağdur ...'ın sanığın duyabileceği şekilde polis olduğunu söyleyip "dur" çağrısında bulunduğu ve uyarı amacıyla havaya ateş ettiği, mağdurun kendisini kovalamakta olduğunu gören sanığın arkasına dönüp tabancasını mağdura doğrultarak ateş ettiği, sol göğüs bölgesinden isabet alan mağdurun yere düştüğü, ardından gelen mağdur ...'nın da "dur" çağrısında bulunmasına rağmen sanığın kaçmaya devam ettiği ve tabancasını mağdur ...'a doğrulturup birden fazla kez ateş ettiği, sağ diz bölgesinden isabet alan mağdurun bir aracın arkasına saklanarak atışlarına devam eden sanığa karşılık verdiği, sanığın isabet alarak yaralanması sonucu yakalandığı olayda, sanığın her iki mağdura karşı eylemine bağlı olarak çıkan kastının öldürmeye yönelik olduğu ve her iki mağdura yönelik nitelikli öldürmeye teşebbüs ve görevi yaptırmamak için direnme suçlarından TCK'nin 82 / 1-g, 35, 265 / 1-4, 43 maddeleri uyarınca cezalandırılması gerektiği anlaşıldığı halde oluşa uygun düşmeyen, sanığın mağdurlarla arasında husumet bulunmaması, ani gelişen olayda yakalanmamak amacıyla mağdurlara ateş etmesi nedeniyle eyleminin yaralama kastıyla gerçekleştirdiği yolundaki yanılgılı gerekçeyle mağdur ...'ı kasten yaralama suçundan mahkumiyet hükmü kurulması, mağdur ...'ya yönelik kasten yaralama suçundan ise görevi yaptırmamak için direnme suçunun unsuru olması nedeniyle hüküm kurulmasına yer olmadığına karar verilmesi, yasaya aykırı olup*", 1. CD, 15.04.2019, E. 2019 / 88, K. 2019 / 2237. Olayda Yargıtay ayrıca görevi yaptırmamak için direnme suçunun da oluştuğuna karar vermiştir.

[128] Koca / Üzülmez, Özel Hükümler, s. 109; Artuk / Gökcen, s. 100.

emniyet içinde yerine getirilmelerini sağlamak olduğu belirtilmektedir.[129]

Hata halinde bu nitelikli hal uygulanmayacaktır. Yine yerine getirdiği görev nedeniyle kamu görevlisini öldürdüğünü düşünürken kamu görevlisi olmayan kişiyi öldürdüğünde nitelikli hal uygulanmayacaktır. Sapma halinde yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle öldürmek istediği kişi dışında başka bir kişiyi öldürmesi halinde bu nitelikli sapma sonucu ölen kişi açısından uygulanmayacak, ancak hedeflediği kamu görevlisi açısından nitelikli hal tatbik edilecektir.

J. Bir Suçu Gizlemek, Delillerini Ortadan Kaldırmak veya İşlenmesini Kolaylaştırmak ya da Yakalanmamak Amacıyla İşlenmesi (TCK m. 82/1-h)

Bu nitelikli halin uygulanması için bir suçu gizlemek, delillerini ortadan kaldırmak veya işlenmesini kolaylaştırmak ya da yakalanmamak amacıyla öldürme suçunun işlenmesi gerekir. Nitelikli halin uygulanması için öldürmeyle amaçlananın gerçekleşmesi gerekmez. Belirtilen amaçlarla öldürme suçunun işlenmesi yeterlidir. Örneğin bir banka soygununu gerçekleştirmek için öldürme suçunun işlenmesi halinde fail 82. maddedeki bu nitelikli halden sorumlu olacaktır. Ayrıca banka soygunu da gerçekleşmişse fail ayrıca bu suçtan gerçek içtima kuralları gereğince sorumlu olacaktır (madde gerekçesi).[130]

---

[129] Gökcen / Balcı, Kasten Öldürme Suçları, s. 202; Artuk / Gökcen, s. 99.

[130] "*Sanık ...'in müdafii huzurunda kolluktaki savunmasında; maktulün aldığı krediyi kapatmak için kendisinin ilgili banka şubesine götürülmesini istediği, aracı sanık ...'ın kullanmakta olduğu, maktulün ön koltukta, sanık ...'in arka koltukta oturmakta olduğu, maktulün çektiği kredinin kapatılması hususunda bankaya götürülmesi veya maktulün iş yerine götürülmesi hususunda sanıklar ...'ın aşamalardaki beyanları ile kendi beyenları arasında çelişki bulunduğu, sanıkların eylemlerini gerçekleştirmek için yer aradıkları, bu amaçla ... mevkiindeki ormanlık alana geldikleri, sanıkların daha önceden anlaşıp kararlaştırdıkları üzerine, sanık ...'ın bıraktığı yerde tabancayı alan sanık ...'in maktulün baş arka bölgesine ateş ederek onu öldürdüğü, maktulün başından çıkan merminin aracın ön camını kırarak çıktığı, her iki sanığın birlikte maktulü araçtan çıkararak ormanlık alanda boş araziye bıraktıkları, sanık ...'ın maktulün cüzdanı, cep telefonunu aldığı, beyanlarına göre daha sonra paranın sanık ...'e verildiği, sanıkların birlikte oradan hareketle Sultanbeyliye giderek aracın camını taktırdıkları, kanlı olan koltuk kılıflarını değiştirdikleri, aracın içini dışını yıkattıkları, birlikte sanık ...'ın Üsküdar'daki evine gittikleri, maktulün cüzdan ve kimliğini yaktıkları, olayda kullandıkları tabanca ile maktule ait cep telefonunu sanık ...'ın kendi evinin kömürlüğünde sakladığı, o günün gecesi sanık ...'in yine sanık ...'ın evinde kaldığı, ayrıca sanık ...'in kanlı gömleğini yıkatmak için sanık ...'ın evinde bıraktığı, maktulün cesedinin bulunması üzerine olay yerindeki kırık camda bulunan HGS'den sanık ...'e ulaşıldığı, sanıklar tabancayı birlikte aldıklarını ancak sanık ...'ın taşımakta olduğunu söyledikleri, Maktul ile sanıklar arasında hiçbir husumet ve uyuşmazlık bulunmadığı, maktulün sanık ...'in kızkardeşi T. ile ilişkisi olduğuna dair savunmanın adı geçen tanık tarafından doğrulanmadığı, yine maktulün sanık ...'e sövdüğüne dair savunmanında sanık ... tarafından doğrulanmadığı, her iki sanığın kolluktaki ilk savunmalarında öldürme anında birlikte oldukları, Sanık ..., arabayı ...'in kullandığını, onun sote bir yer aradığını söylediği, sanık ... ise, sanık ...'ın tenha yer aradığını, maktulün "ne yapıyorsun, buralarda ne işimiz var" dediği, daha sonra ateş edildiğini söylediği, sanık ...'ın soruşturma aşamasında Cumhuriyet savcısının müdafileri aracılığıyla sanıklara yaptırdığı yer*

Bu nitelikli hal hedef suçun işlenmesinden önce veya işlenmesinden sonra gerçekleşebilir. Hedef suçun tamamlanmadığı hallerde de uygulanabilir. Hedef suçun tasarlanarak işlendiği hallerde suçun işlenmesini gizlemek, delillerini ortadan kaldırmak veya işlenmesini kolaylaştırmak ya da yakalanmamak amacıyla başka bir kişinin öldürülmesinde tasarlama nitelikli hal uygulanmayacaktır.[131]

---

göstermesinde sanık ..., maktulün, silahı görmesi üzerine kendilerine "beni buraya, bu bölgeye bu amaçla mı getirdiniz?" dediğini, böylece sanıkların birlikte önceden verdikleri karar doğrultusunda uygun yer arayarak olay yerine geldikleri ve burada öldürme ve yağma suçunu işledikleri, sanıkların maktulü aldığı krediyi kapatması için ilgili banka şubesine götürdükleri veya maktulü işyerine bırakacaklarına dair beyanlarının çelişkili olduğu,Sanık ...'in babası tanık ...'in, bu olayın arkasında sanık ...'ın olduğunu, sanık ...'ın sabıkalı ve güvenilir biri olmadığını, oğlunun onun tarafından yoldan çıkarmış olabileceğini söylediği, Sanık ...'in kendisinden 11 yaş büyük sanık ...'ın isteği olmadan kendi başına onun yanında bu eylemleri gerçekleştirmesinin mümkün olmadığı, öldürme olayından bir gün önce ve bir gün sonra sanık ...'in, sanık ...'ın evinde kaldığı, sanıkların eylemlerini gerçekleştirmek için birlikte uygun yer arayıp buldukları, gittikleri yer hususundaki beyanlarının çelişkili olduğu, olay anında da arabayı sanık ...'ın kullandığı, öldürme olayından sonra cesedi birlikte araçtan indirip belirtilen yere bıraktıkları, maktulün eşyalarını birlikte aldıkları, delilleri birlikte ortaya kaldırmaya çalıştıkları, maktul ile sanıklar arasında herhangi bir husumet, kavga ve tartışma olmadan öldürme eylemini gerçekleştirdikleri gözetildiğinde, sanıklar ...'ın para ve cep telefonunu almak için maktulü öldürdükleri, ölümden sonra maktulün 3.000.- TL parası ile cep telefonunu aldıkları düşünüldüğünde, Her iki sanığın birlikte suç işleme kararı vererek, fiil üzerinde tam bir müşterek hakimiyet sağlamak suretiyle, bir suçu gizlemek, delillerini ortadan kaldırmak ve yakalanmamak amacıyla kasten insan öldürmek suçundan TCK.nin 37. maddesi delaletiyle aynı Yasanın 82 / 1-h madde ve fıkraları, silahla birden fazla kişi tarafından birlikte yağma suçundan TCK.nin 37. maddesi delaletiyle aynı Yasanın 149 / 1-a ve c madde ve fıkraları gereğince cezalandırılmaları yerine yanılgılı değerlendirme sonucu beraat kararı verilmesi", 1. CD, 22.10.2019, E. 2017 / 3268, K. 2019 / 4543.

[131] "*Oluşa, dosya kapsamına göre; maktul ...'nin sınır komşusu olan sanık ...'ye ait tarladaki ağaçların kendi tarlasına uzanan dallarını kesmesi ve ikamet ettikleri köyde satılan bir tarlaya ikisinin de müşteri olması ve söz konusu tarlanın maktul tarafından alınması sebebiyle aralarında husumet bulunduğu, olay tarihinden bir gün önce sanıkların bir araya gelerek maktul ...'yi öldürme konusunda anlaştıkları, olay günü sabahı sanık ...'un maktul ... ile eşi olan mağdur ... ve oğulları olan diğer maktul ...'in çalıştıkları tarlaya gittiği ve sohbet etme bahanesiyle akşam eve dönüş saatlerini öğrendiği, aynı gün akşam saatlerinde ise bu kez sanık ...'in maktuller ve mağdurun yanına giderek sohbet ettiği ve birlikte evlerine dönmek üzere yola çıktıkları, sanık ...'nin de dönüş yolunda pusu kurarak daha öncesinde sanık ...'den aldığı av tüfeği ile beklemeye başladığı, maktuller ve mağdurun sanık ...'nin bulunduğu yere geldiklerinde sanık ...'nin gizlendiği yerden ortaya çıkarak maktul ...'ye "Ceviz ağaçlarını neden kestin" diye bağırarak ateş ettiği, ateş sonucu maktul ...'nin vurulması üzerine bu kez maktul ... ve dışarıdan bakıldığında hamile olduğu anlaşılmayan mağdur ...'ye ateş ederek yaraladığı, sanığın tüfeğindeki fişeklerin bitmesinden faydalanan mağdur ...'nin oğlu Alper ile yaralı vaziyette çalılıkların arkasına saklandığı, sanığın tekrar tüfeğine fişek doldurarak saklanmış vaziyette olan mağdur ve maktulü bularak tekrar ateş ederek maktul ...'i öldürdüğü ve mağdur ...'yi hayatını tehlikeye sokmayacak, çocuğunun düşmesine yol açacak ve 90 gün mutat iştigaline engel olacak şekilde yaraladığı, sanık ...'in bu olaylar olurken sanık ...'nin yanında bulunduğu anlaşılan olayda; B-) Sanık ...'nin maktuller ... ve ...'ı nitelikli kasten öldürme suçlarından kurulan hükümlerde Anayasa Mahkemesi'nin 08.10.2015 tarih, 2014 / 140 esas ve 2015 / 85 Sayılı Kararı ile 5237 Sayılı TCK'nun 53. maddesinin iptal edilen bölümleri nazara alındığında mahkemenin bu madde ile yaptığı uygulamalar ve sanık ...'in maktul ...'ı nitelikli kasten öldürme suçundan kurulan hükümde sanığın maktul ...'a yönelik eylemlerinde*

Suçun işlenmesini kolaylaştırmak bu niteliktedir. Hedeflenen suçun işlenebilir bir suç olması da gerekmemektedir.[132]

Bu nitelikli halde amaç suç-araç suç ilişkisi bulunmaktadır. Öldürme suçu araç suç, diğer suç amaç suçtur. TCK m. 82'de amaç suçun ne olduğuna ilişkin belirleme olmadığı için bu nitelikli hal açısından bileşik suç kuralları uygulanmaz. Bileşik suçta tanımdan da anlaşıldığı gibi ya bir suçun diğer bir suçun unsurunu oluşturması ya da bir suçun başka bir suçun nitelikli halini oluşturması söz konusudur. Bileşik suçun söz konusu olması için suçların düzenlemede açıkça gösterilmesi gerekmektedir. Ancak bazen açıkça suçun temel şeklinde belirtilmemekle beraber düzenlemeden suç tipinin kapsamına girdiği açıkça anlaşılan hallerde de bileşik suç kuralları uygulanır. Dolayısıyla açıkça gösterilmeyen veya belirtiğimiz gibi bir durum olmayan hallerde, genel nitelikteki belirlemelerde bileşik suç hükümleri uygulanmaz. Dolayısıyla TCK m. 82/1-h'de yer verilen kasten öldürme suçunun "bir suçu gizlemek, delillerini ortadan kaldırmak veya işlenmesini kolaylaştırmak ya da yakalanmamak amacıyla" işlenmesi halinde ağırlatılmış müebbet hapis cezası verileceğine ilişkin hükümde, açıkça belirleme yapılmadığı için bileşik suç durumu söz konusu değildir. Örneğin hırsızlık suçunu gizlemek için fail birini öldürdüğünde hem hırsızlıktan hem de öldürme suçunun nitelikli halinden cezalandırılacaktır. Yani gerçek içtima uygulanacaktır. Fail herhangi bir suçu işlemek amacıyla öldürme suçunu işleyebilir.

Bendin uygulanması için amaçlanan suçun ne olduğu önemli değildir. Hatta öldürme suçu da olabilecektir.[133] Amaç suçun

---

tasarlamanın unsurlarının bulunmadığının gözetilmemesi suretiyle suç vasfında hataya düşerek TCK.nun 82 / 1-a-e maddelerinden hüküm kurulması, yasaya aykırı ise de, bu hususlar yeniden yargılamayı gerektirmediğinden, CMUK.nun 322. maddesinin verdiği yetkiye dayanılarak hüküm fıkralarındaki 5237 Sayılı TCK'nun 53. maddesinin uygulanmasına dair bölümlere "Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararındaki hususlar gözetilerek 5237 Sayılı TCK'nun 53 / 1-2-3 maddelerinin tatbikine" ve sanık ...'nin maktul ...'ı nitelikli kasten öldürme suçundan kurulan hükümde TCK'nun 82 / 1-a-e yerine "TCK'nun 82 / 1-e" yazılmak suretiyle düzeltilen, hükümlerin tebliğnamedeki düşünce gibi onanmasına, 1-) Sanık ... hakkında mağdur ... Doğan'ı kasten nitelikli kasten öldürmeye teşebbüs suçundan kurulan hükmün temyizen incelenmesinde; Suçun tasarlanarak işlendiğinin kabulü için; sanığın eylemini gerçekleştirmeye olay tarihinden önce karar vermesi, kararında sebat ve ısrar göstermesi, karar ile icra arasında makul bir süre geçmesinin gerektiği, oysa somut olayda sanığın öldürme kararını maktul ... yönünden aldığı ve uyguladığı, bu eylemin icrası sonunda mağdur ...'ye karşı TCK.nun 82 / 1 h maddesi kapsamında "Bir suçu gizlemek, delillerini ortadan kaldırmak veya işlenmesini kolaylaştırmak ya da yakalanmamak amacıyla," eylemini gerçekleştirdiği anlaşılmakla, mağdur yönünden tasarlamanın unsurlarının oluşmadığı halde, sanık hakkında olay günü gerçekleşen olaylar sebebiyle TCK'nun 82 / 1-h ve 35. maddeleri uyarınca "Bir suçu gizlemek, delillerini ortadan kaldırmak veya işlenmesini kolaylaştırmak ya da yakalanmamak amacıyla kasten öldürmeye teşebbüs" suçundan hüküm kurulması yerine, suçun niteliğinde yanılgıya düşülerek, yazılı biçimde TCK'nun 82 / 1-a ve 35. maddeleri uyarınca "tasarlayarak öldürmeye teşebbüs" suçundan hüküm kurulması", 1. CD, 13.12.2017, E. 2017 / 1916, K. 2017 / 5104.

[132] Hakeri, Kasten Öldürme, s. 235.

[133] Erman / Özek, no. 45; Tezcan / Erdem / Önok, s. 164.

tamamlanmış olması, teşebbüs aşamasında olması, cezalandırılabilir olması, hangi kanunda düzenlendiği önemli değildir. Suç olması yeterlidir. Taksirli suç da olabilir. Ancak fiilin kabahat olması halinde nitelikli hal uygulanmayacaktır.[134]

Failin kasten öldürme fiili dışında amaç suçu da işlemesi şart değildir.[135] Amaç suça iştirak de edebilir ama şart değildir. Bir başkasının işlediği suçu gizlemek için tanığın öldürülmesi halinde nitelikli halin uygulanacağı kabul edilmektedir.[136]

Suçun gizlenmesi, kişinin kendisinin veya başkasının işlediği bir suçun ortaya çıkmasını engellemek için hareket ettiği hallerde söz konusudur. Nitelikli halin uygulanması için amaç suçun icra hareketlerine başlanıp başlanmaması gerektiği doktrinde tartışmalıdır. Bazı yazarlar icra hareketlerinin başlaması gerektiğini kabul ederken[137] bazı yazarlar hazırlık hareketleri aşamasında kalmış bir suç için de nitelikli halin uygulanacağını ifade etmektedirler.[138] Bu görüşteki bazı yazarlar amaç suçun yalnızca işlendiğinin düşünülmesi ve işlendiği düşünülen suçun gizlenmesi için öldürme suçunun işlenmesi halinde nitelikli halin uygulanacağını belirtmektedirler. Örneğin meşru savunma nedeniyle fiil hukuka uygun olan, ancak kendisinin bilmediği bir fiili gizlemek için bir kişiyi öldürmesi halinde nitelikli hal uygulanacaktır.[139]

Bentteki suç delillerini ortadan kaldırmak amacıyla öldürme suçunun işlenmesi, aslında o suçun gizlenmesi amacını taşır. İşlenen suçla ilgili delil olabilecek tanığın veya belgenin ortadan kaldırılması amacıyla öldürme suçunun işlenmesi halinde nitelikli hal uygulanır. Delilin hukuka aykırı olup olmadığına ilişkin bir belirleme bulunmamaktadır. Hukuka aykırı delilin ortadan kaldırılması için de öldürme suçunun işlenmesi halinde yine bu nitelikli halden sorumluluk tayin edilecektir.[140]

Suçun işlenmesini kolaylaştırmak için öldürme suçunun gerçekleştirilmesi, suçun işlenmesinde ortaya çıkan veya çıkacak güçlükleri ortadan kaldırmak, daha kolay şekilde suçu işlemek için öldürme fiilinin işlenmesini ifade etmektedir.[141] Örneğin bankanın

---

134 Özbek / Doğan / Bacaksız, Özel Hükümler, s.136; Hakeri, Kasten Öldürme, s. 234, 236. Ayrıca bkz.: Artuk / Gökcen, s. 102.

135 Koca / Üzülmez, Özel Hükümler, s. 110.

136 Tezcan / Erdem / Önok, s. 164, 165.

137 Tezcan / Erdem / Önok, s. 165.

138 Gökcen / Balcı, Kasten Öldürme Suçları, s. 207; Koca / Üzülmez, Özel Hükümler, s. 111; Artuk / Gökcen, s. 102.

139 Koca / Üzülmez, Özel Hükümler, s. 111.

140 Gökcen / Balcı, Kasten Öldürme Suçları, s. 209, 210; Artuk / Gökcen, s. 103.

141 "*Oluş ve dosya içeriğine göre; bali kullanma alışkanlığı olan, gece saat 00.30-01.00 sıralarında kaldığı metruk evden çıkarak, alkollü bir şekilde sokakta gezerken karşıdan gelen ve tanımadığı maktulle karşılaşan sanığın, maktülle aralarında hiçbir konuşma ve tartışma geçmeden, üzerinde taşıdığı bıçakla onu otuz yerinden bıçaklayarak yere düşürdüğü, yerde can çekişen maktülün cep telefonunu alarak olay yerinden ayrılıp daha sonra suça konu cep telefonunun tanık Ergin'e sattığı olayda; Sanığın yağma amaçlı öldürme kastına yönelik otopside belirtilen çok sayıdaki yaraları meydana getirmesinin, canavarca hisle veya eziyet çektirerek*

soyulmasını sağlamak için banka güvenlik görevlisinin öldürülmesi bu niteliktedir.[142]

Yakalamak, kişinin özgürlüğünü kısıtlayan bir işlemdir. Suç işleyen kişinin yakalanmamak için öldürme fiilini işlemesi halinde h bendindeki nitelikli hal uygulanacaktır. Yakalanmamak, suç faili olduğunun tespitinin önlenmesi, failin kaçması ve yakalanmanın önlenmesi şeklinde nitelendirilmektedir.[143] Suça iştirak eden kişinin bu amaçla öldürme fiilini işlemesi bent kapsamına girecektir. Yakalanmamak için kavramı, bir suç nedeniyle yakalanmamak amacıyla öldürme fiilinin işlenmesini ifade etmektedir. Öldürme fiilinin mutlaka

---

öldürme amacını güttüğünü, tek başına ortaya koymayacağı gibi, bu amaçla hareket ettiğine yönelik dosyada kesin ve inandırıcı kanıt bulunmadığı anlaşıldığı halde, yağma suçunun işlenmesini kolaylaştırmak maksadıyla öldürme suçundan, 5237 Sayılı TCK'nun 82 / 1-h, 62, 53; yağma suçundan ise aynı Kanun'un 149 / 1-a-h, 62 ve 53. maddeleri gereğince cezalandırılmaları yerine, suç vasfında yanılgıya düşülerek canavarca hisle veya eziyet çektirerek insan öldürme ve hırsızlık suçlarından yazılı şekilde cezalandırılmalarına karar verilmesi", 1. CD, 15.06.2010, E. 2008 / 5474, K. 2010 / 4517; "*Oluşa ve dosya içeriğine göre, sanığın, mağdura ait işye- rinde yağma suçunun işlenmesini kolaylaştırmak amacıyla, mağdura bir el ateş ederek sol göğüs bölgesinden, kolon ve dalak yaralanmasına neden olur ve yaşamsal tehlike geçirir şe- kilde yaraladığı olayda, kullanılan vasıtanın elverişliliği, hedef alınan bölgenin ve yaranın niteliği ile meydana gelen zararın ağırlığı dikkate alındığında, sanığın ili ile açığa çıkan kastının öldürmeye yönelik olduğu ve eylemi yağma suçunun işlen- mesini kolaylaştırmak amacıyla gerçekleştirdiği anlaşılmakla, nitelikli kasten öldürmeye teşebbüs suçundan 82 / 1-h maddesi uyarınca cezalandırılması gerektiği düşünülmeden, suç vasfı- nın yaralama olarak kabul edilmesi*", 1. CD, 17.02.2011, E. 2010 / 7562, K. 2011 / 806.

[142] "*5237 Sayılı T.C.K.nın 82 / 1-h maddesinde, "bir suçu gizlemek, delillerini ortadan kaldırmak, işlenmesini kolaylaştırmak, ya da yakalanmamak için işlenmesi" kasten öldürme suçunun nitelikli hali olarak öngörülmüştür. Burada kasten öldürme "araç suç", işlenmesi kastedilen diğer suç ise "amaç suç"tur. Anılan bentte, "amaç suç" açısından belirli bir suç açıkça öngörülmediğinden, bileşik suç sözkonusu değildir. Fail, diğer suçu gizlemek, işlenmesini kolaylaştırmak, yakalanmamak veya diğer suçun delillerini ortadan kaldırmak için birini öldürürse, amaç suç bağımsızlığını korur. Bu halde fail, her bir suçtan ayrı ayrı cezalandırılır. Bu bendin uygulanabilmesi için, amaç suçun tamamlanması gerekmediği gibi, suçun teşebbüs derecesinde, hatta hazırlık hareketleri aşamasında kalmış olmasının da önemi yoktur. Failin öldürme eylemini, "amaç" suçu gizlemek, suçun işlenmesini kolaylaştırmak, delillerini ortadan kaldırmak veya yakalanmamak için gerçekleştirilmesi yeterlidir. Bu açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde; Sanık M. Ş.`in, olay sırasında şikayetçi E. Ö.la kavga eden sanık İ. A.`a maktüllerin vurması üzerine maktüllere ateş ettiği, sanık İ.`in ise, şikayetçi E. Ö.la boğuşurken maktüllerin olayı engellemek için araya girmeleri ve kendisine müdahale etmeleri sebebiyle sanık M.`nın "kimse kıpırdamasın" diyerek ateş ettiği yönündeki savunmaları, şikayetçi E. Ö.`ın sanık İ. A.`ın kendisine vurması üzerine, maktüllerin olaya müdahale etmek istedikleri, bundan sonra sanık M. Ş.`in maktüllere ateş ettiği şeklindeki olayın hemen ardından alınan beyanı ve tüm dosya kapsamına göre, sanık İ. A.`ın şikayetçi E.`e yönelik kasten yaralama suçunu işlediği sırada, araya girmeye ve sanık İ. A.`ın eylemine engel olmaya çalışan maktüller S. G. ve İ. K.`un sanık M. Ş. tarafından tabancayla ateş edilerek öldürüldüğünün anlaşılması karşısında, sanıkların eylemenin "bir suçun işlenmesini kolaylaştırmak amacıyla kasten öldürme" suçunu oluşturduğunun kabulünde zorunluluk bulunmaktadır*", CGK, 11.10.2011, E. 2011 / 1-113, K. 2011 / 207.

[143] Gökcen / Balcı, Kasten Öldürme Suçları, s. 212; Artuk / Gökcen, s. 104.

kolluk kuvvetlerine karşı gerçekleştirilmesi gerekmemektedir, kendini takip eden bir vatandaşa da gerçekleştirilebilir.[144]

Amaca yer verilen hallerde fiilin doğrudan kastla işlenebileceği, olası kastla işlenemeyeceği doktrinde bazı yazarlar tarafından belirtilmektedir.[145] Hata halinde ise nitelikli halin uygulanacağı ifade edilmelidir.

K. Bir Suçu İşleyememekten Dolayı Duyulan İnfialle İşlenmesi (TCK m. 82/1-i)

765 sayılı Kanunda da yer alan bu nitelikli hal,[146] Kanunun yürürlüğe girdiği 1 Haziran 2005 tarihinde madde metninde bulunmamaktaydı. 82. maddeye 29.06.2005 tarihindeki 5377 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle ilave edilmiştir.

TCK'nın 82. maddesinin i bendinde yer alan bu nitelikli halin uygulanabilmesi için suçu işlemek için harekete geçen, ancak herhangi bir nedenle suçu işleyemeyen kişinin bundan duyduğu kızgınlık, öfke ile öldürme suçunu işlemesi gerekmektedir. İşlenmek istenen fiilin suç teşkil etmesi gerekir. Kabahatlerin işlenememesinde bu nitelikli hal uygulanmaz. Nitelikli halin uygulanması için hedeflenen suçun icra hareketlerine başlanmış olması, ancak tamamlanamamış olması gerekmektedir.[147] Örneğin karşı koyması üzerine cinsel saldırı fiilini gerçekleştiremeyen kişinin mağduru öldürmesi durumunda bu nitelikli hal söz konusu olacaktır.[148] Suçun tamamlanması halinde bu nitelikli hal uygulanmaz. Diğer bir nitelikli hal (örneğin gerçekleşmişse h bendi) uygulanabilir.

Taksirli suçlarda bu nitelikli halin uygulanması söz konusu değildir. Zira bu suçlarda suç işlemek hedefiyle hareket edilmediği için suçu işleyememekten dolayı kızlık, öfke duyulması söz konusu değildir.[149] Yargıtay da verdiği bir kararda bu nitelikte belirleme yapmıştır: "*5237 sayılı TCK'nun 82/1. maddesinin (i) bendinde düzenlenen*

---

[144] Koca / Üzülmez, Özel Hükümler, s. 111.

[145] Özbek, Veli Özer / Doğan, Koray / Bacaksız, Pınar, *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, 10. Baskı, s. 263; Öztürk / Erdem, s. 257.

[146] 765 sayılı Kanuna 1953 yılında eklenmiştir.

[147] Tezcan / Erdem / Önok, s. 166; Koca / Üzülmez, Özel Hükümler, s. 112; Özbek / Doğan / Bacaksız, Özel Hükümler, s. 137. "*Dava; yağma ve kasten öldürme suçlarına ilişkindir. Üçüncü kişiler adına tehdit ve zorlama yoluyla aralarında herhangi bir hukuki ilişki bulunmayan maktul ve ailesinden alacak tahsil etmeye çalışan sanıkların, yağmaya teşebbüs suçundan ayrı ayrı cezalandırılmaları yerine delillerin takdirinde yanılgıya düşülerek sanıkların beraatlarına karar verilmesi isabetsizdir. Maktulü olay yerine getirip fiili hakimiyetleri altına alan tüm sanıkların, "fail" sıfatıyla ve yağma suçunu işleyememekten dolayı duydukları infialle fiillerini işledikleri anlaşıldığı halde, sanıkların TCK'nin 37. maddesi delaletiyle 82 / 1-i maddesiyle cezalandırılmaları gerekir*", 1. CD, 2.7.2019, E. 2019 / 931 K. 2019 / 3558.

[148] Özbek / Doğan / Bacaksız, Özel Hükümler, s. 137.

[149] Aynı yönde Gökcen / Balcı, Kasten Öldürme Suçları, s. 216; Koca / Üzülmez, Özel Hükümler, s. 112; Hakeri, Kasten Öldürme, s. 238; Artuk / Gökcen, s. 105.

suçun unsurları itibariyle oluşup oluşmadığının belirlenmesinde üç hususun üzerinde durulması gerekmektedir. Bunlardan birincisi; öldürme suçundan önce işlenmek istenen bir suç bulunmalı, ikincisi; bu suç kasten işlenen bir suç olmalı, üçüncü olarak da; ilk suç işlenememiş olmalıdır. Öldürme eylemi, ilk suçun işlenememesinden duyulan öfke, kızgınlık ve hiddet nedeniyle, diğer bir ifadeyle infialle gerçekleştirilmelidir. Ancak ilk suçu işleyememekten duyulan infialle değil de başka bir nedenle öldürme suçu işlenmişse bu bendin uygulanması mümkün olmayacaktır. Gerçekleştirilmek istenen ancak herhangi bir nedenle işlenemeyen suçun kasten işlenen bir suç olması gerekir. Zira taksirle işlenen bir suçta failin suçu işleyememekten dolayı infiale kapıldığından bahsedilemez. Bir suç işleyememekten söz edildiğine göre öldürme suçu işlendiğinde ilk suçun teşebbüs aşamasında kalmış olması gerekir. İlk suç tamamlanmışsa artık bir suçu işleyememekten dolayı duyulan infialle öldürme suçu oluşmayacaktır. Diğer taraftan öldürme suçundan önce olan ve işlenemediği için fail üzerinde infiale neden olan eylem suç olarak düzenlenmiş olmalıdır. Bu nedenle fail üzerinde infiale neden olan eylemin TCK'nda ya da ceza hükmü içeren diğer kanunlarda suç olarak düzenlenip düzenlenmediği tespit edilmelidir. Bu açıklamalar ve birinci uyuşmazlık konusunda varılan sonuç göz önünde bulundurularak uyuşmazlık konusu değerlendirildiğinde; Birinci uyuşmazlık konusunun değerlendirilmesi sonucunda, katılana tehdit içerikli mektup gönderip para istemek suretiyle yağma suçunu işlediği kabul edilen sanığın, sonrasında katılanı öldürmeye teşebbüs etmesi şeklinde gelişen somut olayda, sanığın katılanı öldürmeye teşebbüs etmesi için herhangi bir neden bulunmaması, eylemi gerçekleştirmek için cezaevinden firar etmiş olması, olay günü gündüzleyin katılanla yaşadıkları tartışmanın etkisi ile bunu gururuna yediremeyerek işyerine gittiğine ilişkin savunmasının gerçeği yansıtmayıp daha az ceza almaya yönelik bulunması hususları birlikte göz önüne alındığında, sanığın gerçekleştirmek istediği yağma suçunu gerçekleştirememekten duyduğu infialin sonucunda katılanı öldürmeye teşebbüs ettiğinin kabulü gerekmektedir. Bu itibarla; sanığın bir suç işleyememekten duyduğu infialle kasten öldürme suçuna teşebbüs ettiğini kabul eden yerel mahkemenin direnme kararı bu yönüyle de isabetlidir".[150]

Suçun işlenememesi, mağdurun veya üçüncü bir kişinin direnmesi veya herhangi bir nedenle olabilir. Genellikle mağdur veya üçüncü kişinin öldürülmesi şeklinde ortaya çıkmaktadır[151]. Suçun işlenmesine engel olan ortağın öldürülmesi halinde de bu nitelikli halin uygulanacağı belirtilmektedir. Suçun işlenememesi nedeniyle öldürmenin hemen gerçekleştirilmesinin gerekmediği, infialin devam ettiği hallerde de uygulanacağı belirtilmektedir.[152]

---

150 CGK, 06.05.2014, 2013 / 717, K. 2014 / 232.
151 Koca / üzülmez, Özel Hükümler, s. 112.
152 Hakeri, Kasten Öldürme, s. 238.

L. Kan Gütme Saikiyle İşlenmesi (TCK m. 82/1-j)

Kanun koyucu diğer bir nitelikli hal olarak öldürme suçunun kan gütme saikiyle işlenmesini kabul etmiştir. 765 sayılı Kanunda da (1953 tarihinde yapılan değişiklikle) kan gütme saiki nitelikli hal olarak düzenlenmekteydi. Ülkemizde görülen kan davalarının önlenmesi amacıyla 5237 sayılı Kanunda da kan gütme saiki nitelikli hal olarak hükme bağlanmıştır.[153]

Kan gütme saiki, öldürülen bir kişinin intikamını alma güdüsüyle, öfke ve şiddetli elem duygularının etkisinin altında olmaksızın bir görev bilinci içinde öldürme suçunun işlenmesidir.[154]

Yargıtay'a göre, failin daha önce öldürülen bir kişinin intikamını almak için ilk olayın doğurduğu elem ve infial geçtikten sonra suçlunun mensup olduğu gruptan birinin[155] veya mensubiyeti veya ilişkileri nedeniyle münhasıran bir kişinin kan gütme saikiyle[156] öldürülmesidir. Yargıtay yerleşmiş içtihatlarında öldüren kişinin öldürülmesinin kan gütme saikiyle öldürme olarak kabul edilmemektedir. Bu durumda Yargıtay haksız tahrik hükümlerinin ve şartları oluşmuşsa tasarlamanın uygulanmasını kabul etmektedir.[157] Yargıtay'a göre kan gütme saikinin

---

[153] Koca / Üzülmez, Özel Hükümler, s. 113. Ancak önlenmesi üzerinde olumlu etki yaratmamıştır: Tezcan / Erdem / Önok, s. 167.

[154] Eser, Olgun, "Kasten Öldürme Suçunun Türk-Alman Karşılaştırmalı Ceza Hukuku Bakımından İncelenmesi", Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, www.atif.sobiad.com / index.jsp?modul=makale-goruntule&id=AW4xf36JyZgeuuwfeITY, s. 1650 (E.T. 22.07.2020).

[155] Tezcan / Erdem / Önok, s. 167.

[156] 1. CD, 1.7.2019, E. 2019 / 2003, K. 2019 / 3486.

[157] "*Oluşa ve dosya kapsamına göre; 18 / 07 / 2001 tarihinde, sanıklardan ...'in dayısı ...'ın ise amcası olan ... 'ın maktul ... tarafından öldürüldüğü, maktulün cezasını infaz ederek bir süre önce cezaevinden tahliye olduğu, bu durumu öğrenen sanıkların maktulü öldürmek amacıyla plan yaptıkları, ...'in olaydan 15 gün önce suçta kullanılan silahı temin ettiği, eylemi gerçekleştirmek için fırsat kollayan sanıkların olay günü maktulü araçla takip ettikleri, bir dernek binasına giren maktulü dışarda bekledikleri, maktul çıktıktan sonra yine arabayla takibe devam ettikleri, ...'ın kullandığı araçla maktulün aracının yanına yaklaştıkları, bu arada ...'in aracın camından dışarıya doğru uzanarak peşpeşe maktule ateş ederek maktulü öldürdükleri anlaşılan olayda; a-) -Kan gütme unsurundan söz edilebilmesi için ilk öldürme eyleminin faili dışında bir kimsenin, mensubiyeti veya ilişkileri nedeniyle münhasıran kan gütme saikiyle öldürülmesi gerektiği, ilk olayın failinin öldürülmesinin ise kan gütme unsurunu oluşturmayacağı, somut olayda ise maktulün ilk öldürme eyleminin faili olduğu anlaşılmakla; sanıklar hakkında uygulanma yeri olmayan TCK'nin 82 / 1-j maddesinin uygulanması suretiyle suç vasfında yanılgıya düşülmesi, b-)-İlk öldürme olayının maktulü ile sanıklar arasındaki akrabalık ilişkisi, aradan geçen uzunca zaman da nazara alınarak, sanıklar hakkında asgari seviyeye yakın ceza indirimi uygulanmak suretiyle TCK'nin 29. maddesi uyarınca haksız tahrik hükmünün uygulanması gerektiğinin gözetilmemesi", 1. CD, 1.7.2019, E. 2019 / 2003, K. 2019 / 3486; "Önceki davada mağdur sanığın olayın sanığı olduğu anlaşılmakla, Yargıtay'ın yerleşmiş ve süreklilik kazanmış uygulamalarına göre, "öldürenin öldürülmesi" hallerinde kan gütme saikinin geçerli olamayacağı dikkate alınmaksızın, 09.03.1993 tarihinde yaşanan ve mağdurun de sanık olarak içinde yer aldığı olayın meydana getirdiği hiddetin etkisi ile tahrik altında suç işleyen sanıklar hakkında haksız tahrik altında kasten öldürmeye teşebbüs suçundan hüküm kurulması gerekirken, TCK.nun 82 / 1-j, 35 maddelerinde düzenlenen kan gütme saiki ile öldürmeye teşebbüs suçundan hüküm*

uygulanması için, önceki olayın ölümle sonuçlanmış olması gerekir. Önceki ölümün kasten veya taksirle veya meşru savunma kapsamında gerçekleştirilmiş olması önemli değildir.[158] Öç alma duygusuyla ve görev bilinciyle hareket edilmelidir. Önceki öldürme fiilini gerçekleştiren kişinin grubundan veya ailesinden birinin öldürülmesi gerekir. İlk öldürülen ile ikinci suçun faili arasında kan bağının bulunması gerekmemektedir. İlk öldürme olayı ile ikinci olay arasında çok kısa olmayan bir süre geçmeli, bu süre içinde fail, ilk öldürme olayından duyduğu her türlü acı, kızgınlık ve öfkeden arınarak geleneklerin etkisi ile ve münhasıran bir görevi yerine getirme amacı ve bilinciyle hareket etmelidir. Öldürme kan gütme saiki yanında başka saiklerle işlenmişse bu nitelik hal uygulanmayacaktır. Öldürmenin münhasıran kan gütme

---

kurulması", 1. CD, 18.04.2018, E. 2016 / 5566 K. 2018 / 1866; "...Suça sürüklenen çocuklar SY ve ÖY hakkında maktuller İ, A, M, S ve Se.'ya yönelik tasarlayarak ve kan gütme saikiyle öldürme suçundan kurulan hükümlerin incelenmesinde; Dairemizin yerleşmiş ve süreklilik kazanmış uygulamalarına göre "öldürenin öldürülmesi" hallerinde kan gütme saikinin geçerli olamayacağı, yargılama konusu olayın maktuller İ, A, M, S ve Se.'nın Tokat Ağır Ceza Mahkemesinin 2012 / 352 esas, 2014 / 218 karar sayılı dosyası kapsamında SB ve BY isimli şahısların öldürülmesi olayının failleri oldukları gözetilmeden suça sürüklenen çocuklar SY ve ÖY hakkında adı geçen maktullere yönelik haksız tahrik altında tasarlayarak kasten öldürme suçlarından hüküm kurulması gerekirken suç vasfında yanılgıya düşülerek tasarlayarak ve kan gütme saikiyle öldürme suçlarından mahkumiyetlerine karar verilmesi, bozulmasına, 08 / 05 / 2019 gününde oy birliği ile karar verildi...", 1. CD, 08 / 05 / 2019, E: 2017 / 2681, K:2019 / 2607; "*.... Mahkemenin gerekçeli kararında, töre saikinden (5237 sayılı TCK.nun 82 / 1-k) bahsedilmesine karşın hüküm kısmında TCK.nun 82 / 1-j bendi (kan gütme saiki) uygulanmak suretiyle çelişki oluşturulduğu sabit ise de; Dairemizin yerleşik uygulamalarına göre; öldürenin öldürülmeye kalkışılması halinde kan gütme saikiyle hareket etmiş sayılamayacağı, bu durumda sanıklar hakkında haksız tahrik altında kasten öldürmeye teşebbüs suçlarından hüküm kurulması gerektiği anlaşılmış ise de bu husus bozma nedeni sayılmamıştır....bozulmasına, 10.10.2018 gününde oybirliği ile karar verildi...*", 1. CD, 10.10.2018, E: 2018 / 2476, K:2018 / 4015.

158 "*Mahkemece, Dairemizin bozma kararı sonrasında incelenen önceki husumete ilişkin dosyadan anlaşılacağı üzere, 09 / 11 / 2010 tarihinde mağdur ...'ın, sanık ...'nin kardeşi...'nin öldürülmesi ile ilgili yapılan yargılama sonunda Niğde Ağır Ceza Mahkemesi'nin 29 / 06 / 2011 tarih ve 2011 / 54 E.- 2011 / 185 K. sayılı kararı ile eyleminin TCK'nin 25. maddesinde belirtilen meşru müdafaa kapsamında kaldığı gerekçesiyle CMK'nin 223 / 2.d maddesi uyarınca beraatine karar verildiği, anılan kararın Dairemizin 26 / 02 / 2014 tarih ve 2012 / 3520 E.- 2014 / 1160 K. sayılı kararı ile kesinleştiği, Niğde Ağır Ceza Mahkemesi'nin anılan kararının akabinde sanık ...'nin mağdur ...'ı hedef alarak yaklaşık 20-25 metre mesafeden tüfek ile üç el ateş ettiği, 5237 Sayılı TCK'nin 82 / 1.j maddesinde belirtilen kan gütme saikiyle nitelikli kasten adam öldürme suçuna ilişkin olarak Dairemizin istikrarlı kararlarında da görüldüğü üzere; öldürenin öldürülmesi durumunda anılan suçun oluşmayacağı, eylemin TCK'nin 81. maddesi kapsamında kalacağı belirtilmiş ise de; kasten öldürme sonucu, mağdur ... hakkında TCK'nin 25. maddesince hukuka uygunluk sebebi neticesinde verilen beraat kararının akabinde, gerçekleşen sanık ...'nin ...'a yönelik eyleminin kan gütme saikiyle kasten öldürmeye teşebbüs suçunu oluşturduğu gözetilmeden yanılgılı değerlendirmeyle yazılı şekilde kasten öldürmeye teşebbüs suçundan ceza verilmesi*", 1. CD, 3.12.2019, E. 2019 / 3365 K. 2019 / 5298.

saikiyle gerçekleştirilmesi gerekir.[159] Ani kızgınlıkla veya başka bir nedenle öldürme fiilinin gerçekleştirilmesi halinde kan gütme saikiyle öldürme nitelikli hali uygulanmayacaktır.[160]

Yargıtay'ın yukarıda belirttiği ölçütlerden bazıları doktrinde kabul edilmemektedir. Bazı yazarlar önceki eylemi gerçekleştiren kişinin öldürülmesi halinde de kan gütme saikiyle öldürmeye ilişkin nitelikli halin uygulanacağını belirtmektedirler.[161] Bazı yazarlar önceki eylemin kasten işlenmesini aramaktadır. Taksirle işlenmesinde kan gütme saikine ilişkin nitelikli halin uygulanamayacağını belirtmektedirler.[162] Bazı yazarlar ise önceki fiilin tamamlanmış olmasının şart olmadığını, teşebbüs halinde kalması halinde de nitelikli halin uygulanacağını ifade etmektedirler.[163] Yargıtay'ın zaman bakımından yaptığı belirleme de bazı yazarlar tarafından eleştirilmekte ve önemli olanın zamanın uzunluğu veya kısalığı olmayıp, haksız tahrikin şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediği olduğu dile getirilmektedir.[164]

Kan gütme saikiyle öldürme nitelikli halinin uygulanması için somut olayda haksız tahrik koşullarının bulunmaması gerekir (madde gerekçesi). Haksız tahrik koşulları gerçekleşmişse kan gütme saikiyle öldürme nitelikli hali gerçekleşmeyecektir. Ancak haksız tahrik hükmünün uygulanabilmesi için de fiilin haksız olması gerekir.

---

159 Otacı, Cengiz, "Karar İncelemesi, Kan Gütme Saikiyle ve Canavarca Hisle Kasten Öldürme Suçu", İÜHFM, C. LXXI, S. 1, s. 1491, 1492; Tezcan / Erdem / Önok, s. 167, 168, 169; Koca / Üzülmez, Özel Hükümler, s. 113; Artuk / Gökcen, s. 107.

160 Hafızoğulları / Özen, s. 54, 55; Koca / Üzülmez, Özel Hükümler, s. 114. "*Oluşa ve dosya kapsamına göre; suça sürüklenen çocuk ... sanık ...'ın amcalarının oğlu olan Tugay'ın olay tarihinden bir gün önce 02 / 08 / 2016'da Küsen ailesi mensupları tarafından öldürüldüğü; bu olaydan sonra suça sürüklenen çocuk ve sanığın Küsen ailesine mensup maktul ...'i kaçırarak maktul Tugay'ın cenaze çadırı yakınında vurdukları ve maktul ...'in hayatını kaybettiği olayda; kan gütme saikiyle öldürme suçunda, sanıkların eylemini her türlü etkiden uzak olarak sırf kan gütme saikinden kaynaklanan görev bilinciyle işlemesi gerektiği, somut olayda ise, sanık ve suça sürüklenen çocuğun öldürme kararı vermesi ile eylemi arasında çok kısa bir süre geçtiği, üstelik iki olay arasında kesinti yaşanmaması nedeniyle, öldürme fiilinin sanığın ve suça sürüklenen çocuğun içinde bulundukları tehevvür hali devam etmekte iken gerçekleştirildiği anlaşılmakla; sanık ve suça sürüklenen çocuğun, kasten öldürmeden cezalandırılmaları yerine, suçun niteliğinde yanılgıya düşülerek, yazılı biçimde kan gütme saikiyle öldürme suçundan hüküm kurulması*", 1. CD, 26.06.2019, E. 2019 / 438 K. 2019 / 3432.

161 Hakeri, Kasten Öldürme, s. 244; Koca / Üzülmez, Özel Hükümler, s. 115.

162 Koca / Üzülmez, Özel Hükümler, s. 114 (yazara göre kasten işlenmiş olması yeterli olup, mahkûm olması gerekmemektedir. Fiilinin hukuka uygun olmasında da kasten gerçekleştirilmiş olmak kaydıyla nitelikli hal uygulanacaktır). Aksi görüş için bkz.: Hakeri, Kasten Öldürme, s. 245.

163 Keyman, Selahattin, Kan Gütme Saiki ile Adam Öldürme, Türk Hukuku ve Toplumu Üzerine İncelemeler, Türkiye Kalkınma Vakfı, Ankara, 1974, s. 399; Hakeri, Kasten Öldürme, s. 246.

164 Koca / Üzülmez, Özel Hükümler, s. 115, 116. Ayrıca bkz.: Tezcan / Erdem / Önok, s. 168.

Hata halinde bu nitelikli hal uygulanmayacaktır.[165] Yargıtay da bu görüştedir. Ancak doktrinde bazı yazarlar hata halinde de bu nitelikli halin uygulanacağı belirtilmektedir.[166] Sapma sonucu başka bir kimseye karşı işlenen fiil açısından bu nitelikli hal uygulanmayacaktır.[167] Kan gütme saiki ile tasarlama bir arada bulunabilir.

M. Töre Saikiyle İşlenmesi (TCK m. 82/1-k)

Töre saikiyle öldürme suçunun işlenmesi 5237 sayılı Kanunla mevzuatımızda nitelikli hal olarak kabul edilmiştir.[168] Kanun koyucu töre saiki kavramını tanımlamamış, gerekçede hükmün uygulanabilmesi için somut olayda haksız tahrik koşullarının bulunmaması gerektiği belirtilmiştir. Dolayısıyla kavramın anlamının belirlenmesini uygulamaya ve doktrine bırakmıştır. Ancak doktrinde töre saikinin ne anlama geldiği tartışmalı olup farklı belirlemeler yapılmıştır.[169] Yargıtay'ın da 2005'den sonraki uygulamalarında farklılıklar gözlemlenmiştir.

Türk Dil Kurumu Türkçe Sözlüğünde: "*Saik*" kavramı; "*sebep, güdü*", "*Töre*" kavramı; "*bir toplulukta benimsenmiş, yerleşmiş davranış ve yaşama biçimlerinin, kuralların, görenek ve geleneklerin, ortaklaşa alışkanlıkların, tutulan yolların bütünü, âdet, bir toplumdaki ahlaki davranış biçimleri, adap*", "*Namus*" kavramı; "*bir toplum içinde ahlak kurallarına ve toplumsal değerlere bağlılık, iffet, doğruluk, dürüstlük*", "*Töre cinayeti*"

---

165 "*Sanığın, para karşılığında yardımı ile diğer sanığın, maktülü öldürdüğü olayda, töre saikiyle insan öldürme suçunun unsurlarının bu sanık açısından oluşmadığı halde, sanık hakkında tasarlayarak kasten öldürmeye yardım suçundan TCK.nun 82-1-a, 39 / 1. maddeleri gereğince hüküm kurulması yerine, suç vasfında yanılgıya düşülerek yazılı şekilde "töre saikiyle tasarlayarak öldürmeye yardım suçundan TCK.nun 82 / 1-a, k, 39 / 1. maddeleri" uyarınca hüküm kurulması, hatalıdır. Sanıklardan birinin, diğer sanığı, birini para karşılığı öldürmesi için azmettirdiği, ancak, havanın da karanlık olduğu bir ortamda, öldürülmek istenilen ve hedef kişi olan şahıs zannedilmek suretiyle ve hataen maktülün öldürüldüğü olayda; azmettirenin ancak azmettirdiği fiilden sorumlu olacağı, üzerinde anlaşılan fiile bağlı olmayan neticelerin azmettirene yüklenemeyeceği gözetilerek, sanığın iştirak iradesi dışında işlediği maktulün öldürülmesi eyleminden dolayı diğer sanığın azmettiren olarak sorumlu tutulamayacağı ve bu suçtan beraatine karar verilmesi gerektiği gözetilmelidir*", 1. CD, 21.02.2017, E. 2016 / 249, K. 2017 / 514. Aynı yönde Tezcan / Erdem / Önok, s. 170.

166 Hakeri, Kasten Öldürme, s. 246.

167 Aksi görüş için bkz.: Hakeri, Kasten Öldürme, s. 246.

168 Bu nitelikli halin düzenlenmesine gerek olmadığına ilişkin olarak bkz.: Hakeri, Kasten Öldürme, s. 247.

169 Bkz.: Bayraktar, Köksal, Kasten Öldürme, in *Özel Ceza Hukuku, C. II, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2017, s. 52, 53. Töre saikine yöneltilen eleştiriler için bkz.: Yalçın Sancar, Türkan, ''Kadınlar, Töreler ve Otekiler'', www.radikal.com.tr/radikal2/kadinlar-toreler-ve-otekiler-876016 / / (E.T.20.07.2020); Toroslu, Nevzat, *Ceza Hukuku, Özel Kısım*, Savaş Yayınevi, Ankara, 2018, 9. Baskı, s. 37; Bayraktar, Köksal, ''Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Kişilere Karşı Işlenen Suçlar'', Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi, S. 5, Istanbul 2005, s. 221.

kavramı ise; "*bazı bölgelerde geleneksel anlayışlara uymama sebebiyle genellikle genç kız veya kadınların ailesinin kararıyla yine aileden biri tarafından öldürülmesi*" şeklinde tanımlanmaktadır.[170]

Doktrindeki bazı yazarlara göre töre saiki, öldürme fiilinin törelerin, ananelerin gereklerine uygun bir görevi yerine getirmek için işlendiği hallerde söz konusudur. Bu görüşe göre töre, faili öldürme fiilini işlemeye yöneltmeli, fail törenin yüklediği görevi yerine getirmek, bunun oluşturduğu baskıdan kurtulmak için fiili işlemelidir. Şerefini veya namusunu kurtarmak saiki töre saikiyle aynı anlama gelemez. Failin kıskançlık, aldatılma, reddedilme sebebiyle hareket ettiği haller töre saiki olarak kabul edilmez.[171] Nitelikli halin uygulanması için önemli olanın failin saiki olduğu, aile meclisinin kararının gerekmediği, aile bireyleri dışında bir kişi tarafından da fiilin gerçekleştirilmesinin mümkün olduğu ifade edilmektedir.[172] Bazı yazarlar da aile meclisi kararının gerekmediğini belirtmektedirler.[173] Bazı yazarlara göre, töre saiki için öldürme fiilinin namus kurtarmak adına, aile meclisinin kararı olarak, kirlendiği düşünülen kadın veya kıza veya birlikte kirletene gerçekleştirilmesi gerekmektedir.[174] Bazı yazarlara göre töre saiki için, mağdurun töreye aykırı bir davranışının varlığı bulunmalı ve töreyi yerine getirmek adına aile veya aşiret meclisi tarafından alınan bir öldürme kararına dayanarak namusu kurtarmak adına kirlendiği düşünülen kadın veya kızın veya birlikte kirletenin öldürülmesinin gerçekleşmesi aranmalıdır.[175] Bazı yazarlara göre, failin bağlı bulunduğu aile veya aşiretin karar organı tarafından, mağdurun öldürülmesi konusunda bir karar verildiği ve bunun uygulamaya geçirildiği durumlarda töre saiki bulunmaktadır.[176] Bazı yazarlar da töre saiki için aile meclisi kararının bulunması gerektiğini ifade etmektedirler.[177] Bazı yazarlar ise töre saikiyle bağlantılı ifade ettikleri namus saikini, medeni durumlarından bağımsız olarak kadınların, geniş anlamda aile üyeleri

---

170 CGK, 14.06.2011, E. 2011 / 1-138, K. 2011 / 130.

171 Koca / Üzülmez, Özel Hükümler, s. 118, 121

172 Koca / Üzülmez, Özel Hükümler, s. 118, 121; İskender, Salih Zeki, Öğreti ve Yargısal Kararlar Işığında Töre Saikiyle İnsan Öldürmek Suçu (Namus Cinayetleri), Yetkin Yayınları, Ankara, 2011, s. 98 vd; Akbaba, Zeynep Burcu, "Töre, Namus ve Töre Saikiyle Kasten Öldürme", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 75, 2008, s. 343.

173 Artuk / Gökcen, s. 112.

174 Hafızoğulları / Özen, s. 53 vd.

175 Hafızoğulları / Ketizmen, s. 150. Ayrıca bkz.: Tezcan / Erdem / Önok, s. 171, 173; Hakeri, Kasten Öldürme, s. 253. Benzer şekilde Bayraktar, Kasten Öldürme, s. 53. Yazara göre aile meclisinin kararı gerektiği için ortada tasarlamanın da bulunduğu açıktır.

176 Centel / Zafer / Çakmut, s. 57.

177 Hakeri, Kasten Öldürme, s. 247.

(çekirdek aile olarak sınırlandırılmayacak) tarafından aile namusunu ve şerefini korumak için öldürülmesi şeklinde tanımlamaktadırlar.[178]

Namus kavramının töre kavramı içerisinde nitelendirilip nitelendirilemeyeceği doktrinde tartışmalıdır. Doktrinde töre saikinin namus saikini de kapsadığı belirtildiği gibi töre saikiyle namus saikinin farklı anlamlara geldiği de belirtilmektedir. Bazı yazarlar, töre saikiyle işlenen öldürmelerin, namus saikiyle işlenen öldürmeleri de kapsadığını belirtmekte ve töre saikinin namus saikine göre geniş bir kavram olduğunu ifade etmektedirler.[179] Bazı yazarlar, töre saikiyle öldürmenin namus saikiyle öldürme olarak adlandırılmasının kıyasa yol açacak şekilde geniş yorumlama yasağının ihlalini oluşturduğunu ve eşit olmayan uygulamalara neden olduğunu belirtmektedirler.[180] Ayrıca TBMM Adalet Komisyonu'ndaki görüşmeler sırasında söz konusu fıkrada namus saiki kavramına bilinçli olarak yer verilmediği belirtilmektedir.[181] Bunun nedeni töre ve namus kavramlarının farklı anlama sahip olması, birbiriyle örtüşen kavramlar olmamasıdır.[182] Bazı yazarlar ise, namus saikiyle işlenen suçların daha genel ve kapsayıcı olduğunu, töre sözcüğünün namus cinayetleri bakımından daraltıcı bir anlam taşıdığını ve bu suçlarda aile meclisi kararı gibi bir kararın bulunmaması dolayısıyla bu suçların töre saikiyle işlenen öldürme suçu olarak değerlendirilmeyeceğini ifade etmektedirler. Töre saiki yerine namus saikinin kullanılmasının daha yerinde olacağını belirtmektedirler.[183] Bazı yazarlar da namus saikinin daha genel ve kapsayıcı bir ifade olduğunu, kişilerin töre saikiyle adam öldürme nedeniyle alacakları yüksek cezalardan kurtulmak amacı ile *namusum için öldürdüm* şeklinde savunma yapmalarının önüne geçmek için töre saiki yerine namus saikinin kullanılmasının daha doğru olduğunu ifade etmektedirler.[184] Bazı yazarlar ise namus saiki ile öldürmenin töre saikinde olduğu gibi geniş halk kitlelerine yönelik olmayan, sınırlı bazı bölgelerde mevcut bulunan ve toplumun gelişen kültür seviyesi karşısında onaylanmayacak kötü alışkanlıkları ifade ettiğini

---

178 Göztepe, Ece, "Namus Cinayetlerinin Hukuki Boyutu: Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Değerlendirmesi", TBB Dergisi, S. 59, 2005, s. 29.

179 İskender, s. 104 vd.; Koca / Üzülmez, Özel Hükümler, s. 121.

180 Otacı, Cengiz, Genel Hükümlerle Bağlantılı Olarak Kasten İnsan Öldürme Suçları, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, 2. Baskı, s. 596, 597.

181 Koca / Üzülmez, Özel Hükümler, s. 79. Töre cinayetleri ile ne ifade edilmek istendiği konusunda TBMM Adalet Komisyonunda ileri sürülen teklif hakkında bkz.: Bozdağ, Kerem, "Töre Saikiyle İşlenen Cinayetler, Yargıtay Yorumu ve Eleştirisi", İstanbul Barosu Dergisi, C. 89, S. 4, Temmuz 2015, s. 46 ve 47.

182 Centel, Nur, "Ceza Hukuku Şiddete Karşı Kadını Koruyor Mu?", Ceza Hukukunda Kadının Şiddete Karşı Korunması, Koç Üniversitesi Hukuka Genç Yaklaşımlar Konferans No. 1 Ceza Hukuku, İstanbul 2013, s. 9.

183 Tezcan / Erdem / Önok, s.172. Namus saikinin bu nitelikli hal kapsamına girmeyeceği, ancak şartları gerçekleşmişse tasarlamanın uygulanacağına ilişkin olarak bkz.: Hakeri, Kasten Öldürme, s. 248.

184 Akbaba, s. 343.

belirtmektedirler. Bu yazarlara göre bunlar hiçbir şekilde töre olarak adlandırılamaz ve dolayısıyla da kanunda törer kavramının kullanılması isabetli olmamıştır.[185] Düzenleme itibariyle namus saikinin töre saiki kavramı içine girdiğini kabul etmemekteyiz. Namus saiki, töre saikini de kapsayan daha geniş bir anlama sahiptir. Dolayısıyla namus saiki eşittir töre saiki değildir. Kanun koyucunun her türlü namus adına işlenen öldürmeleri madde kapsamına sokmamak istediği anlaşılmaktadır. Ancak bu yönde bir tercihin doğru olmadığını ifade etmek istiyoruz. Nitelikli hal sayılan kan gütme veya töre saiki neyse sözde namus saikiyle işlenen fiillerin de aynı kapsamda sayılması gerekirdi. Kanun koyucu sözde töreyi, kan gütmeyi kabul ederken sözde namus kavramını diğer kavramlardan farklı düşünmesi ve düzenleme dışında tutması yerinde bir tercih değildir. Kanaatimizce kanun koyucunun 82. maddede nitelikli halleri sayma yerine bu tür saiklerle işlenen fiilleri kapsayacak bir kavram tercih etmesi yerinde olacaktır.

Yargıtay önce töre saikiyle namus saikini özdeş görüp namus saikiyle işlenen her cinayeti töre saikiyle işlenmiş kabul ederken, daha sonra verdiği kararlarda bu görüşünden dönmüştür.[186] Yargıtay'a göre, *"Aralarında bazı benzerlikler bulunmakla beraber töre kavramı ile namus kavramı birbirinin aynı olan kavramlar değildir. Töre belli koşullarda namusu da içine alan bir üst kavram ise de öncelikle töre ve namus cinayetlerinin aynı kapsamda olmadığı belirtilmelidir. Ait olunan toplulukta geçerli ve herkes tarafından kabul edilen töre gereğince namus cinayeti işlenmesi olanaklı olup bu durumda kasten öldürme fiilinin töre saikiyle işlendiği kabul edilebilir. Ancak bununla birlikte toplumda "namus cinayeti" olarak adlandırılan her kasten öldürme eyleminin töre saikiyle işlenmediği ve bu tür eylemlerin kişilerin kendi namus anlayışının bir sonucu olarak ve töre ile yakından uzaktan ilgisi olmayacak şekilde gerçekleştirildiği de gözden uzak tutulmamalıdır.*

Töre saikiyle hareket ederek kasten öldürme suçunu işleyen fail, görev bilinciyle hareket etmekte ve hukuk düzenince uygun görülmeyerek cezalandırılan bu davranışı nedeniyle ait olduğu toplulukta saygınlık ve itibar kazanmakta, hoş görülmekte ve korunmaktadır. Oysa töre saikinden bağımsız olarak kendi namus anlayışının bir sonucu olarak kasten öldürme fiilini gerçekleştiren fail açısından aynı durum söz konusu olmamaktadır...Gerek 5237 sayılı Türk Ceza Yasası'nın hazırlık çalışmaları, gerekse öğretideki görüşler yasal düzenlemeler ile birlikte değerlendirildiğinde, yasa koyucunun bilinçli bir tercih olarak "töre saiki" kavramına yer verdiği ve "namus saiki" kavramını kullanmadığı, töre saiki ile işlenen namus cinayetlerinin bu kapsamda mütalaa edilmesini arzu ettiği, buna karşın toplumda "namus cinayeti" olarak adlandırılan her kasten öldürme fiilini töre saikiyle kasten öldürme içinde değerlendirilmesi gerektiğine ilişkin bir iradesinin bulunmadığı sonucuna ulaşılmaktadır. Yasa koyucunun öngörmediği bir şekilde namus saiki ile töre saiki kavramlarının özdeşleştirilmesi, yasa maddesinin kıyasa yol açacak şekilde

[185] Bayraktar, Kasten Öldürme, s. 53.
[186] Koca / Üzülmez, Özel Hükümler, s. 78, 79.

geniş yorumlanmasıdır ki buna 5237 sayılı TCY'nin 2/3. maddesi uyarınca yasal olanak bulunmamaktadır.

Bu açıklamalar ışığında birinci uyuşmazlık konusu değerlendirildiğinde;

Sanığın, kasten öldürme eylemini, nişanlısı olan Nedime'yi telefonla rahatsız ettiğini düşündüğü maktul ile konuşmaya gittiğinde aralarında geçen konuşma sonucunda gerçekleştirdiğine ve töre saikiyle hareket ettiğine ilişkin hiçbir kanıt ve hatta iddia bulunmadığına göre eylemin 5237 sayılı TCY'nin 82/1-k maddesinde düzenlenen töre saikiyle kasten öldürme suçunu oluşturduğunun kabulü olanaklı değildir.

Sanık hakkında haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasının gerekip gerekmediğine ilişkin ikinci uyuşmazlık nedenine gelince;

Töre saikiyle işlenen suçlarda haksız tahrik özel bir öneme sahip olup madde ile ilgili yasama çalışmalarında; "Maddedeki düzenleme nedeniyle bir suçun mağduruna yönelik olarak gerçekleştirilen fiiller dolayısıyla fail haksız tahrik indiriminden yararlanamayacaktır. Örneğin cinsel saldırıya maruz kalmış kadına karşı babanın veya erkek kardeşin işlediği öldürme fiilinde, haksız tahrike dayalı olarak ceza indirimi yapılamayacaktır. Maddedeki haksız fiil terimi, bir davranışın hukuk düzenince tasvip edilmediği anlamına gelmektedir. Ancak böyle bir haksız fiili yapan kişiye karşı yönelik fiilin varlığı durumunda maddenin uygulanması söz konusu olabilecektir" şeklinde açıklanmış, maddenin gerekçesinde de; "töre saikiyle öldürme halinde ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmedilecektir. Ancak, bu hükmün uygulanabilmesi için, somut olayda haksız tahrikin koşullarının bulunmaması gerekir" denilmiştir".[187] *188*

---

[187] *"Maktul ile sanığın nişanlısı Nedime arasında lise yıllarında başlayan bir duygusal ilişkinin bulunduğu, maktulün askere gitmesinden bir süre sonra Nedime ile sanık Caner'in nişanlandığı, ancak maktul askerden döndükten sonra da Nedime ile telefon konuşmalarının devam ettiği, sanığın 02.04.2007 tarihinde Nedime ile maktulün telefon görüşmeleri olduğunu telefon kayıtlarından öğrenince Nedime'nin de yanlış yönlendirmesiyle nişanlısını rahatsız ettiğini düşündüğü maktulü cep telefonundan aradığı, ancak maktulün cevap vermemesi sebebi ile kendisiyle konuşamadığı, bunun üzerine saat 17.58'de maktulün telefonuna; "yedi sülaleni, yedi bayram si...ceğim, delikanlı isen aç telefonu" şeklinde mesaj çektiği, bu mesajlar üzerine maktulün sanığı telefonla arayarak konuştuğu ve buluşmak için sözleştikleri, olaydan maktulün ailesinin de haberdar olması üzerine buluşma yerindeki kahvehaneye maktulle birlikte arkadaşı Murat ve babası Cevdet'in de geldiği, maktulün babası Cevdet'in dışarıda araba içerisinde beklerken maktul ve arkadaşı Murat'ın içeriye girdiği, biraz sonra sanığın arkadaşları İsmail, Mevlüt ve Kadir ile birlikte kahvehaneye gelerek "Gökhan kim?" diye sorduğu, maktulün ayağa kalkarak kendisinin olduğunu söylediği, maktulün arkadaşı ve orada bulunan diğer kişilerin de ayağa kalktığı, sanığın yanında gelen arkadaşlarının kahvehanede bulunan kişilere bir sorun olmadığını ve sanığın maktul ile konuşacağını söyleyerek ortamı sakinleştirdikleri, sanık ve maktulün dışarıya çıkarak uzak bir yerde konuşmaya başladıkları, maktulün babası Cevdet'in de aracın içinden onları izlediği, sanığın savunmasına göre maktule nişanlısını niçin rahatsız ettiğini sorduğu, maktulün önce bunu kabul etmediği, sonra da "sen benim bir zamanlar çok güzel vakitler geçirdiğim kızla mı nişanlandın? O kaşarın biri" dediği, konuşma sırasında sanığın yanında getirmiş olduğu ruhsatsız tabancayı çıkartarak yakın mesafeden maktulün yüzüne doğru ateşlediği, yüzünden yaralanan maktulün yere düştüğü, bunu gören babası*

Cevdet'in eline aldığı sopa ile sanığa doğru koştuğu, sanığın arkadaşlarından Mevlüt'ün "arkana dikkat et" şeklinde bağırması üzerine arkasına dönen sanığın üzerine doğru gelmekte olan Cevdet'e ateş ederek onu da kolundan yaraladığı, daha sonra silahını üzerine doğru gelen kişilere doğrultarak kaçmaya başladığı, polis tarafından kovalamaca sonucu yakalandığı, üzerinde bulunan silahın namlusunda bir adet merminin sıkışmış şekilde ele geçtiği, maktulün kaldırıldığı hastanede sabaha karşı saat 05.00 sıralarında öldüğü, Maktulün 22 Kasım 2006 tarihinde askerden terhis olduğu, maktule ait 0543 652 6... ve 0535 815 1... nolu cep telefonlar ile Nedime'nin kullandığı 0542 476 2... nolu cep telefonu arasında olaydan önceki iki aylık süre içinde karşılıklı birçok kez mesajlaşma ve aramaların olduğu, bu aramaların bazılarının dakikalarca sürdüğü, olay günü de Nedime'ye ait 0542 476 2... nolu telefon ile maktule ait 0535 815 1... nolu telefon arasında kısa süre aralıklar ile saat 12.00 sıralarında 3 kez mesajlaşıldığı, Olay yerinde ele geçirilen iki adet 9 mm. boş kovanın sanık Caner'in üzerinde yakalanan silahtan atıldığının tespit edildiği, anlaşılmaktadır", CGK, 14.06.2011, E. 2011 / 1-138, K. 2011 / 130. "*Suçun töre saikiyle işlendiğinin kabulü için sırf toplumda benimsenmiş olan genel bir davranış veya yaşam biçimine aykırı davranılmış olmasını cezalandırmayı görev addedip onun etkisiyle işlenmesi gerektiği, failin iradesi üzerindeki etkinin yaşadığı olaydan değil, yaşadığı toplum tarafından bu şekilde kabul edilmesi nedeniyle eylemin gerçekleşmesi durumundan öldürme olayının töre saikiyle işlenmesi gerektiğinin kabulü gerektiği, bu saikle hareket ettiğine ilişkin kanıtların neler olduğu gerekçeli kararda gösterilip tartışılmadan, denetime olanak sağlayacak şekilde gerekçeleri gösterilmeden TCK.nun 82 / 1-k ve 82 / 1-k, 35 / 2. maddeleriyle hüküm kurulması*", 1. CD, 10.7.2018, E. 2017 / 1480, K. 2018 / 3345; "*Oluşa, dosya kapsamına, özellikle katılanlar ... ve ...'nin kolluk tarafından alınan oluşa uygun beyanları, 11 / 12 / 2016 tarihli HTS inceleme tutanağı ve 07 / 06 / 2017 tarihli bilirkişi raporlarına göre; sanık ...'nin suça sürüklenen ... ..., sanıklar ... ile tanık ...'nın babası, sanık ...'in ise amcası olduğu, maktulün ise ...'nın eşi ve ...'nin gelini olduğu, ...'nın olay tarihine kadar yaklaşık sekiz yıldır cezaevinde hükümlü olarak bulunduğu, bu süre zarfında maktul ... ile ...'nin eşi tanık .....u arasında bir gönül ilişkisi başladığı, bu arada maktulün bir kız ... dünyaya getirdiği, çocuğun doğum tarihini de göz önünde bulunduran ve maktulün bu ilişkisinden emin olan aile fertleri, doğan çocuğun ...'dan olmadığını iddia ettikleri, sanıkların aldıkları karar uyarınca önce ... öldürmeyi planladıkları, kendisinin öldürüleceği kararını öğrenen ...u'nun yaşadığı ... ilini terk ederek sanıklardan kaçmak için İstanbul'a gittiği,.....'da olduğunu tespit eden sanıklar ..., ... ve ...'nin, olaydan sekiz gün evvel, ... bulmak için İstanbul'a gittikleri, orada bulunan sanık ... ile de bir araya gelerek öldürmek amacıyla ... aradıkları, ancak eylemlerini gerçekleştirmeden hep beraber ...'e dönmelerinin ardından, bu kez maktulü öldürmeye karar verdikleri, bu görevi "fail" sıfatıyla yerine getirmesi için yaşı küçük olan ...'ü görevlendirdikleri, olay günü maktulün eşini cezaevinde ziyaret edeceğini öğrenen sanıkların verdikleri talimat üzerine, cezaevinin yakınındaki kahvehaneye gidip maktulü beklemeye başlayan suça sürüklenen ... ...'ün, yaklaşık bir saatlik bir bekleyişin ardından, kardeşi tanık ... ile birlikte cezaevinin kapısına doğru ilerleyen maktulü bıçaklayarak öldürdüğü, sanıkların eylemlerini gerçekleştirmeye olay tarihinden önce karar verdikleri, kararlarından dönmeyip ısrar ederek, kararları ile icrası arasında makul bir süre geçtikten sonra eylemlerini gerçekleştirdikleri anlaşılan olayda*", 1. CD, 2.10.2019, E. 2019 / 2070, K. 2019 / 4104. Önceki kararlarda ise, bu nitelikli hali namus saikiyle işlenen öldürmeleri de kapsayacak şekilde yorumlamış ve belirli bir davranışın ailenin namus ve şerefini eksiltir nitelikli olarak algılanmasını yeterli görmüştür. Bkz.: Tezcan / Erdem / Önok, s. 172. Kararlar için bkz.: Tezcan / Erdem / Önok, s. 172 dipnot 238

188 Yargıtay, "*bir hanede çalışan ve para karşılığı başka erkeklerle bir arada olan mağdurun, erkek arkadaşı olan şüpheli tarafından, yaşam tarzı gerekçe gösterilerek öldürüldüğü*" (1.CD, E. 2009 / 6525, K. 2010 / 3023, T. 27 / 04 / 2010), "*evlenme teklifini reddettiği şüpheli tarafından öldürülmesi*" (1. CD., E. 2008 / 5953, K. 2009 / 1075, T. 04 / 03 / 2009), "*sanıkların evli ablalarının başka erkeklerle görüştükleri gerekçesiyle, önce eniştelerini ikaz ettikleri, ikaz neticesinde ablalarının aynı şahıslarla görüşmeye devam etmesi üzerine, ablalarını öldürdükleri*" (1. CD., E. 2013 / 2789, K. 2014 / 184, T. 22 / 01 / 2014), "*şüphelinin ablası ve ablasının kaçarak evlendiği şahsı öldürdüğü*" (1. CD., E. 2013 / 2120, K. 2013 / 5542,

İstanbul Sözleşmesinde kültür, örf ve adet, gelenek veya sözde "namus"un şiddet eylemlerin gerekçesi olarak kabul edilmemesini sağlamak üzere gereken yasal ve diğer tedbirlerin alınması istenmektedir (m. 12/5). Yine Sözleşmenin 42. maddesi, taraf devletlere, sözleşmenin kapsamında yer alan şiddet eylemlerinden herhangi birinin gerçekleşmesini takiben başlatılan cezai işlemlerde kültür, örf ve adet, gelenek veya sözde "namus"un bu eylemlerin gerekçesi olarak kabul edilmemesini sağlamak üzere gereken yasal veya diğer tedbirleri alma yükümlülüğü yüklemektedir. Bunlar arasına, özellikle, mağdurun, kültürel, dinî, toplumsal ya da geleneksel olarak kabul gören uygun davranış normlarını ve âdetlerini ihlal ettiği iddiaları da dâhildir.

Evlilik dışı doğan çocuğun annesi, babası veya aile üyeleri tarafından öldürülmesinin töre kavramı için nitelendirilip nitelendirilmeyeceği konusunda da değerlendirme yapılmaktadır. Doktrinde bazı yazarlar bu şekilde gerçekleştirilen fiillerin töre sakiyle öldürme kapsamına girdiğini ifade etmektedirler.[189] Bazı yazarlar ise töre saikiyle öldürme kapsamına girmediği kanaatindedirler.[190] Yargıtay'ın ise bu konuda farklı kararlar verdiği belirtilmektedir.[191] Öldürme fiili anne tarafından gerçekleştirildiğinde çoğunlukla töre saikiyle öldürme kabul edilmekte, baba veya bir başkası tarafından bebek öldürüldüğünde ise töre saiki uygulanmamaktadır.[192].Aynı aileden olsa bile töre saikiyle öldürmenin söz konusu olmadığı olaylarda bu nitelikli hal uygulanmayacaktır. Yargıtay verdiği bir kararda, "*Töre saiki ile eylemin gerçekleştirildiğinin kabulü için; öncelikle mağdurun toplumda genel olarak benimsenmiş olan bir davranış veya yaşam biçimine aykırı davranmış olmasının, ikinci olarak bu aykırı davranışın "ölümle" cezalandırılması gerektiğinin o toplumda yaşayanlar tarafından beklenen bir tepki olduğunun kabul edilebilmesinin, üçüncü olarak ise öldürme fiilinin fail tarafından toplumun öldürme beklentisinin yönlendirmesiyle sırf aykırı davranışın cezalandırılması görevi üstlenilerek işlenmesinin gerektiği; somut olayda ise maktul ...'ın değil kardeşi olan...'in törelere aykırı davrandığı gerekçesiyle öldürülmek istendiği ancak bulunamayınca onun yerine kardeşi İ.'ın öldürüldüğü hususu dikkate alındığında, sanığın töre saiki ile hareket ettiğini kabule elverişli şartların olayda gerçekleşmediği ve bu unsurun oluşmadığı gözetilmeden suç vasfında yanılgıya düşülerek sanık hakkında maktulü tasarlayarak öldürme suçundan TCK'nin 82/1-a maddesi gereğince hüküm kurulması yerine, yazılı şekilde töre saiki ile öldürme suçundan TCK'nin 82/1-k bendinin de uygulanması*" yönünde belirleme yapmıştır.[193]

T. 07/01 /2013) olaylarda töre saikiyle öldürme suçunu kabul etmediği görülmektedir. Bkz.: Bozdağ, s. 50, 51.

189 İskender, s. 77.

190 Koca / Üzülmez, Özel Hükümler, s. 124

191 Koca / Üzülmez, Özel Hükümler, s. 122, 123.

192 Tezcan / Erdem / Önok, s. 176.

193 1. CD, 8.5.2019, E. 2018 / 2985, K. 2019 / 2652.

Töre saikiyle öldürme nitelikli halinin uygulanması için somut olayda haksız tahrik koşullarının bulunmaması gerekir.[194] Haksız tahrik koşulları gerçekleşmişse töre saikiyle öldürme nitelikli hali gerçekleşmeyecektir. Ancak haksız tahrik hükmünün uygulanabilmesi için de fiilin haksız olması gerekir. Bu noktada da kültür, örf âdet, gelenek ve sözde namusun haksız tahrikin uygulanması açısından bir neden olarak sayılmaması gerekir.[195] Örneğin cinsel saldırıya maruz kalmış kadına karşı babanın veya erkek kardeşin işlediği öldürme fiilinde, haksız tahrike dayalı olarak ceza indirimi yapılamayacaktır.

Töre saikiyle tasarlama bir arada bulunabilir. Yargıtay da kararlarında bunu kabul etmektedir.[196]

Hata halinde bu nitelikli hal uygulanmayacaktır. Yargıtay da bu görüştedir.[197] Ancak doktrinde hata halinde bu nitelikli halin uygulanacağını belirten yazarlar bulunmaktadır.[198] Sapma sonucu başka bir kimseye işlenen fiil açısından bu nitelikli hal uygulanmayacaktır.

N. Nitelikli Hallerin Ortaklara Uygulanması

---

194 "*Sanığın kasten öldürme eylemini töre saikiyle değil, haksız tahrik etkisi altında gerçekleştirdiği sonucuna ulaşılmış olması karşısında, sanıklar Hayri ve Hüseyin'in sanık Zeynel'i töre saikiyle kasten öldürme suçuna azmettirdiklerinin kabulü mümkün değildir*", CGK, 19.11.2013 gün ve 355-456, İlhan ve Diğerleri, s. 206.

195 Ancak uygulamada namus saikiyle haksız tahrikin uygulandığı belirtilmektedir. Bu belirleme ve namus saikiyle öldürmenin nitelikli hal olması ve haksız tahrikin uygulanmamasına ilişkin olarak bkz.: Centel, s. 9. Bu görüşe karşı bkz.: Koca, Mahmut / Üzülmez, İlhan, *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, 12. Baskı, s. 365.

196 "*Suça sürüklenen ... ... hakkında; maktul ...'i nitelikli kasten öldürme suçu bakımından; tasarlamanın unsurlarının oluştuğu ve "töre saikiyle öldürme" yanında, "tasarlayarak öldürme" suçundan da TCK'nin 82 / 1-a-k maddesi uyarınca hüküm kurulması yerine, suç niteliğinde kısmen yanılgıya düşülerek yazılı biçimde sadece "töre saikiyle öldürme" suçundan aynı Kanunun 82 / 1-k maddesi uyarınca hüküm kurulması hususu temyiz sebebi olarak belirtilmediğinden, CMK'nin 301 ve 302 / 2. maddeleri nazara alınarak bozma nedeni yapılamamıştır*", 1. CD, 2.10.2019, E. 2019 / 2070, K. 2019 / 4104.

197 "*Sanığın, para karşılığında yardımı ile diğer sanığın, maktülü öldürdüğü olayda, töre saikiyle insan öldürme suçunun unsurlarının bu sanık açısından oluşmadığı halde, sanık hakkında tasarlayarak kasten öldürmeye yardım suçundan TCK.nun 82-1-a, 39 / 1. maddeleri gereğince hüküm kurulması yerine, suç vasfında yanılgıya düşülerek yazılı şekilde "töre saikiyle tasarlayarak öldürmeye yardım suçundan TCK.nun 82 / 1-a, k, 39 / 1. maddeleri" uyarınca hüküm kurulması, hatalıdır. Sanıklardan birinin, diğer sanığı, birini para karşılığı öldürmesi için azmettirdiği, ancak, havanın da karanlık olduğu bir ortamda, öldürülmek istenilen ve hedef kişi olan şahıs zannedilmek suretiyle ve hataen maktülün öldürüldüğü olayda; azmettirenin ancak azmettirdiği fiilden sorumlu olacağı, üzerinde anlaşılan fiile bağlı olmayan neticelerin azmettirene yüklenemeyeceği gözetilerek, sanığın iştirak iradesi dışında işlediği maktulün öldürülmesi eyleminden dolayı diğer sanığın azmettiren olarak sorumlu tutulamayacağı ve bu suçtan beraatine karar verilmesi gerektiği gözetilmelidir*", 1. CD, 21.02.2017, E. 2016 / 249, K. 2017 / 514.

198 Tezcan / Erdem / Önok, s. 176.

İştirak halinde işlenen suçlarda, failin işlediği fiilden ortaklar katkıları çerçevesinde TCK'nın 38. ve 39. maddesi gereğince sorumludurlar. Ancak bazen suçun nitelikli şekilleri de somut olayda gerçekleşebilmektedir. İşte bu gibi durumlarda gerçekleşen nitelikli halin ortaklara uygulanıp uygulanamayacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. Bazen de özgü suçların işlenmesiyle ilgili sorun ortaya çıkabilmektedir. Aşağıda tüm bu hususlar incelenecektir.

Kanun koyucu 40. maddede şeriklerin sorumluluğunun belirlenmesinde suçun nitelikli unsurlarının ortaklara geçişiyle ilgili herhangi bir düzenlemeye gitmemiştir. Madde gerekçesinde, "*Hükümet Tasarısında, 765 sayılı Türk Ceza Kanununda olduğu gibi, "kişisel ağırlatıcı nedenlerin" ve "fiili ağırlatıcı nedenlerin" şeriklere uygulanması hükümlerine yer verilmiştir. Bu hükümler, bağlılık kuralının henüz bilinmediği 19. yüzyıl ceza hukuku düşüncesinin ürünü olarak kanuna konmuştur. Bağlılık kuralına metinde yer verildikten sonra, bu hükümlerin korunmasına gerek kalmamıştır. Kaldı ki, "ağırlatıcı neden"lerin kişisel veya fiili olarak ayrıma tabi tutulması bilimsel olmadığı için, uygulamada duraksamalara ve çelişkili kararlara neden olmaktadır. Belirtilen nedenlerle, Hükümet Tasarısının 43. ve 44. madde hükümleri metinden çıkarılmıştır*" ibareleri yer almaktadır. Ancak ceza kanunumuzda düzenleme yapılmaması sorun ortaya çıkmasını engellememiş ve farklı görüşlerin ileri sürülmesini sonuçlamıştır.[199]

Maddi unsurlar kast kapsamına girmekte, bir başka ifadeyle kastın suçun kanuni tanımındaki unsurları kapsaması gerekmektedir. Aksi takdirde hata hükümleri gereğince sorumluluk tayin edilmektedir. Dolayısıyla şeriklerin sorumluluğu işlenen suça göre olduğundan ve suça iştirak için de şeriklerin kasten hareket etmesi gerektiğinden, kanuni tanımda belirtilen nitelikli unsuru veya unsurları bilmeyen kişiye bu nitelikli unsurlar uygulanamaz. Örneğin azmettirmede azmettiren kişinin kasten hareket etmesi gerekmektedir. Azmettirme kastının hem azmettirmeye ilişkin hem de azmettirilen fiile ilişkin iki yönü bulunmaktadır. Azmettiren kişinin azmettirilen fiile ilişkin kastının suçun unsurlarını (nitelikli hal de dâhil) kapsaması gerekir. Kast kapsamında olmayan ve fail tarafından gerçekleştirilen nitelikli unsurlar veya başka suçlar azmettirenin sorumluluğu kapsamına girmez. Keza yardım etme için de yardım edenin kasten hareket etmesi gerekir. Failin yardım edenin kastının dışına çıktığı hallerde yardım eden bundan sorumlu değildir.[200] Bütün bunların sonucu olarak kast kapsamında olmak şartıyla, yani bilmek

---

[199] Bu görüşler için bkz.: Akbulut, Berrin, "Bağlılık Kuralı", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Haziran 2010, C. XIV, S. 1, s. 206-208. Ayrıca nitelikli hallerin ortaklara geçişiyle ilgili yazılanlar büyük ölçüde bağlılık kuralı isimli makaleden alınmıştır.

[200] Azmettirme kastıyla ilgili olarak ayrıntılı bilgi için bkz.: Gropp, Walter, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Springer, Berlin, 2005, 3. Auflage, s. 388 vd.; Lackner, Karl / Kühl, Kristian, StGB Strafgesetzbuch, Kommentar, C.H. Beck, München, 2007, 26. Auflage, § 26, kn. 4.; Joecks, Wolfgang, *Studienkommentar StGB*, C.H. Beck, München, 2004, 5. Auflage, s. 141, 142.

şartıyla kanunumuza göre nitelikli unsurlar şeriklere uygulanacaktır. Örneğin bir çocuğu öldürmek isteyen kişiye bunu bilerek silah temin eden kişi nitelikli öldürmeye yardım eden olarak sorumlu olacaktır (TCK m. 82). D'nin A yı öldürmesi için azmettirdiği B, A'yı canavarca hisle öldürürse ve D'nin de bu nitelikli unsur açısından kastı yoksa sorumluluğu 81. maddeye azmettirmeden olacaktır.[201]

Özgülüğün olduğu durumlarda nitelikli hallerin ortaklara uygulanmasıyla ilgili kanunumuzda düzenleme olmaması nedeniyle sorun ortaya çıkmaktadır. Katı bağlılık kuralını uyguladığımızda çözüm şu şekilde olacaktır: A, B'nin kardeşi C'yi B'nin öldürmesine yardım ettiğinde B fail olarak 82. maddeden, bunu bilen A'da 82. maddeden yardım etme nedeniyle sorumlu olacaktır. Tersi durumda ise A kendi kardeşi C'yi öldüren B'ye yardım ettiğinde B, 81. maddeden sorumlu olduğundan A'da 81. maddeden yardım eden sıfatıyla sorumludur. Dolayısıyla A başkasının kardeşinin öldürülmesine yardım ettiğinde daha fazla ceza almakta, kendi kardeşinin öldürülmesine yardım ettiğinde daha az cezayla sorumlu olmaktadır. Yukarıdaki örnekleri azmettirme şekline uyguladığımızda da aynı sonuçlara ulaşmaktayız. Örneğin A kendi babasını öldürmesi için B'yi azmettirdiğinde 81. maddeden sorumlu olacaktır. Babasını kendi öldürdüğünde m. 82'den sorumlu olacak, başkasını onun babasını öldürmesi için azmettirdiğinde ise m. 82'den cezalandırılacaktır. Ortaya çıkan bu durumun cezalandırma açısından adil olmadığı ifade edilmelidir.

Yukarıda belirtilen sakınca müşterek faillik şeklinde icra edilen bir fiile şerik olarak katkı sağlayan kişi açısından da söz konusu olmaktadır. Azmettirme niteliğinde katkı sağlayan kişi, müşterek faillerden birinin babasını öldürmesi ve azmettirenin de bunu bilmesi şartıyla 82. madde gereğince sorumlu olacaktır. Fiili kendisi icra ettiğinde 81. maddeden sorumlu olacak, azmettiren olduğunda 82. maddeden cezalandırılacaktır.

Kanunumuzdaki düzenleme şerikliğin bağlılığını benimsemekle birlikte, getirilen hükümlerle beklenen amacın sağlandığını ifade etmek mümkün değildir. Dolayısıyla bağlılık kuralının özgülüğün söz konusu olduğu hallerde yukarıda belirtilen şekillerde uygulanmasının doğru olmadığını düşünüyoruz. Şerik, doğrudan değil, başkasının faillik niteliğindeki hareketine katkı sağlamak suretiyle korunan hukuki değere saldırıda bulunmaktadır. Bu da şerikliğin sadece suçun kanuni tanımına uygun davranan faille mümkün olabileceğini ortaya koymaktadır. Ancak başkasının fiiline katılmanın zorunlu, ama her zaman şerikin

[201] "Sanığın kasten öldürme eylemini töre saikiyle değil, haksız tahrik etkisi altında gerçekleştirdiği sonucuna ulaşılmış olması karşısında, sanıklar Hayri ve Hüseyin'in sanık Zeynel'i töre saikiyle kasten öldürme suçuna azmettirdiklerinin kabulü mümkün değildir", CGK, 19.11.2013 gün ve 355-456, İlhan, Abdulkadir / Erel, Kemalettin / Fazla, Yüksel / Örer, Fatma Betül / Çakıl, Dursun / Köse, Mehmet / Halitoğlu, Coşkun / Bozoğlu, Süleyman / Kurşun, Ömer Faruk / Kır, Oğuzhan, *Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları (2005-2015)*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s. 206.

cezalandırılması için yetmediğini, onun fiilinin de hukuki değeri ihlal etmesi gerektiğini de ortaya koymaktadır. Dolayısıyla kabul ettiğimiz görüşe göre, şerikliğin haksızlığı kısmen failin fiilinden, kısmen de katılanın kendisinin hukuki değeri ihlalinden (haksızlığından) türetilmektedir. Yani şeriklerin cezalandırılması, hem cezalandırılabilir şerikliğin bağlı olmasını hem de şerikin fiilinin de haksızlık ihtiva etmesini gerektirmektedir. Ayrıca Ceza Kanunumuz, azmettirme ve yardım etmenin düzenlendiği 38. ve 39. maddelerinde şeriklerin cezasının işlenen suça göre belirleneceğini ifade etmektedir. Bilindiği gibi suç kavramı, temel şeklini ifade ettiği gibi, nitelikli halini de kapsamaktadır (TCK m. 43). Keza TCK sorumluluk için faili ve onun cezasını ölçü almamıştır (m. 38, 39). Bu belirtilenler ışığında daha önce ifade edilen sakıncaları da göz önüne alarak sınırlı bağlılık kuralı çerçevesinde şeriklerin sorumluluğu tespit edilirken failin işlediği suça bağlı olarak ceza tayin edilmekle birlikte şerikliğin de göz önünde tutulması gerektiğini düşünüyoruz. Dolayısıyla babasını öldürmesi için bir başkasını bu fiil için azmettiren kişi, fail 81. maddeden sorumlu olsa da kendisi 82. maddeden sorumlu olmalıdır. Fail 81. maddeden sorumlu olmakta, çünkü ölenle kendi arasında kanunun aradığı anlamda usul-füru şeklinde bir özgülük bulunmamaktadır. Azmettiren babasını öldürmeye azmettirdiğinden, onun için babasını öldürmeye azmettirmekten sorumluluk tayin edilmelidir. Yine görüşümüze göre kendi kardeşini öldüreceğini bildiği kişiye silah yardımı yapan kişi fail 81. maddeden sorumlu olsa da kendisi 82. maddeye yardım etmeden (öldürülen kişi kardeşi olduğundan) dolayı cezalandırılmalıdır. Bir kişinin kendi babasını değil de başkasının babasını öldürmeye azmettirdiğinde ise, fail 82. maddeyi ihlal etmiştir. Ancak belirtilen örnekte failde varlığı söz konusu olan özellik azmettirende bulunmamaktadır. Dolayısıyla azmettiren 81. maddeden sorumlu olmalıdır.

Özgülüğün söz konusu olmadığı hallerde ise nitelikli hallerin ortaklara geçişi noktasında genel kurallardan hareket etmek gerekmektedir. Dolayısıyla özgülüğün söz konusu olmadığı fiilin işleniş şekli, yeri, zamanı, konusu, olayda kullanılan araçlardan kaynaklanan nitelikli hallerin[202] ortaklara uygulanması açısından bir sorun bulunmamaktadır. Bu nedenler aynı zamanda bilmek şartıyla müşterek failler için de tatbik edilecektir. Örneğin yangın, su baskını, tahrip, batırma veya bombalama ya da nükleer, biyolojik veya kimyasal silah kullanmak suretiyle öldürmelerde kastları içinde olmak şartıyla nitelikli hal tüm müşterek faillere uygulanacaktır. Mağdurdan kaynaklanan nedenler, fail ile mağdur arasındaki özel ilişkiye dayanmıyorsa (altsoy-üstsoy, karı-koca, kardeş gibi), bilmek şartıyla ortaklara uygulanır.

[202] Belirtilen nedenler suça etki eden fiili nedenler olarak kabul edilmektedir: Dönmezer / Erman, C. II, s. 518; Ekici-Şahin, Meral, "İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Suça Etki Eden Nedenlerin Şeriklere Sirayeti", AÜHFD, 64 (3), 2015, s. 654, 655. Failin veya şerikin şahsından, onları suç işlemeye sevk eden özel amaç veya saiklerden, faille mağdur veya şerikle mağdur arasındaki özel ilişkiden kaynaklanıyorsa şahsi nedenler adı verilmektedir: Ekici-Şahin, İştirak, s. 654.

Mağdurun kamu görevlisi olması nedeniyle işlenmesi, yaşı, fiziksel ve ruhsal durumu (hamile olması, beden veya ruh bakımından kendini savunamayacak durumda olması) gibi hallerde biliniyor olmak şartıyla hem müşterek faillerin sorumluluğuna hem de şeriklerin sorumluluğuna etki edecektir.[203] Örneğin öldürmede öldürülen kişinin çocuk veya beden veya ruh bakımından kendini savunamayacak kişi olması durumunda bu nitelikli hal bilinmek şartıyla müşterek faillere ve şeriklere uygulanacaktır

Amaç veya saike yer verilen hallerde faillerin bu amaç veya saikle hareket etmesi gerekir. Temel suç tipi açısından amaç veya saike sahip olmayan kişi fail olamayacaktır. Ancak yardım eden olabilecektir. Nitelikli hal açısından da ancak amaç veya saikle hareket eden kişi nitelikli halden sorumlu olacak, diğeri suçun temel şeklinden cezalandırılacaktır. Örneğin kan gütme saikiyle hareket eden kişiyle (TCK m. 82) birlikte öldürme suçunu gerçekleştiren kişi, diğeri nitelikli öldürme suçundan sorumlu olurken kendisi suçun temel şeklinden (TCK m. 81) cezalandırılacaktır. Ancak amaç veya saikle hareket edildiğinin bilinmesi durumunda, daha önce belirttiğimiz akrabalık ilişkisinde söz konusu olan sakıncalar burada da geçerlidir. A ve B birlikte suçu işlediğinde, örneğin töre saikiyle hareket etmeyen fail A TCK m. 81'den sorumlu olacak, töre saikiyle hareket eden B ise TCK m. 82'den sorumlu olacaktır. A, B'nin fiiline yardım ettiğinde TCK m. 82'ye yardım etmeden dolayı sorumlu olacaktır. Suçu fail olarak işlediğinde m. 81'den yardım eden olduğunda 82'den cezalandırma yoluna gidilecektir. Bunun da doğru olmadığı belirtilmelidir. Bu halde nitelikli hal olan amaç veya saik kendisinde olmayan kişi için uygulanmamalıdır. Örneğimiz açısından töre saikiyle hareket etmeyen yardım edene nitelikli hal uygulanmamalıdır. Yardım edende töre saiki varsa ona da 82. madde uygulanmalıdır. Töre saikiyle hareket eden kişi bu saikin olmadığı bir kişiyi öldürme suçuna azmettirdiğinde fail 81. maddeden sorumlu olurken azmettiren 82. maddeden sorumlu olmalıdır.

Bağlılık kuralı gereğince şeriklerde var olan nedenlerin failin sorumluluğunda etken olması mümkün değildir. Şerikten faile nitelikli hallerin sirayeti söz konusu değildir. Şeriklerdeki bir durum veya kişisel nedenler ancak kendisinde bulunan kişi için sonuç doğurur, fail üzerinde fonksiyon icra etmez.

Yargıtay da nitelikli hallerin geçişiyle ilgili katı bağlılık kuralını uygulamıştır. Verdiği kararda, "*ister fiilden, isterse failin veya mağdurun şahsından ya da özelliklerinden kaynaklanmış olsun, eylemin "nitelikli kasten öldürme" suçunu oluşturup oluşturmadığı faile göre belirlenir ve bu hal şeriklere sirayet ettirilir. Bu durum, TCK'nın 82. maddesinde sayılan tüm nitelikli haller için geçerlidir. Örneğin; (A) kendi babasını öldürmesi için (F)'yi azmettirdiğinde, suçun gerçekleşmesi halinde, her ikisi de 81. madde uyarınca sorumlu olurlar. Çünkü, failin*

[203] Ekici-Şahin, İştirak, s. 655, 656.

işlediği suç "basit kasten öldürme" suçudur. Aksine, (F)'nin, (A)'yı, (A)'nın babasının öldürülmesine azmettirdiği durumda ise, hem (A)'nın, hem de (F)'nin "82/1-d" maddesi uyarınca nitelikli hallerden olan "yakın akrabayı kasten öldürme suçundan" sorumlu tutulması gerekir. Zira, failin işlediği suç "nitelikli öldürme"dir. Azmettiren ise, azmettirirken failin bu suçu işleyeceğini bilmektedir, (A)'nın babasını, (A) ile (F)'nin birlikte öldürmeleri haline gelince; bu durumda ikisi de müşterek fail olacaklarından, (A) nitelikli kasten öldürmeden, (B) basit kasten öldürmeden cezalandırılmalıdır" şeklinde görüş belirtmiştir.[204]

Sonuç

TCK'nın 82. maddesinde hükme bağlanan nitelikli haller, 11 bent halinde sayılmışsa da eksiklikleri ve eleştirileri bünyesinde barındırmaktadır. Herşeyden önce nitelikli hallere İstanbul Sözleşmesinin gereğini yerine getiren hükümler ilave edilmelidir. Özellikle belirli akrabalık ilişkisinin yer aldığı düzenlemede değişikliğe gidilmelidir. Ceza Kanununun kendi koruma alanı içinde düzenleme yapması gerekmektedir. Ceza Kanunu, kişi inandığımız gibi inanmasa, düşündüğümüz gibi düşünmese, yaşadığımız gibi yaşamasa bile her bireyi korumak için hareket etmeli ve bunu yaparken de adil sonuç doğuracak şekilde belirleme yapma yoluna gitmelidir. Hukuki değerlerin ihlalinin önlenmesi isteniyorsa öldürme fiiline maruz kalan kişileri, belirli akrabalık ilişkisiyle veya resmiyetle değil nitelikli halin düzenlenmesine götüren neden göz önüne alınarak hüküm konulması gerekmektedir. Diğer hukuk dalları kendi koruma alanı içinde farklı değerlendirme yapabilir. Ama bu ceza hukukunun koruma alanın da aynı olmasını sonuçlamaz. İstanbul Sözleşmesinin gereğinin dışında da nitelikli hallere eklenmesi gerektiğini düşündüğümüz nedenler bulunmaktadır. Örneğin maddi menfaat elde etmek amacıyla veya cinsel tercih nedeniyle öldürme fiilinin işlenmesi bu niteliktedir. Ayrıca bazı nitelikli hallerde sayma yolunun bırakılıp geniş belirlemeler yapılması yoluna gidilmelidir. Örneğin bazı araçlarla işlenen öldürme fiilinin yerine geneli tehlikeye koyan araçlarla işlenmesine ilişkin belirleme yapılmalıdır. Yine töre saiki veya kan gütme saiki yerine bu kavramları, namusu ve diğer bu tür düşünceleri içine alacak kavram tercih edilmelidir.

Daha fazla nitelikli hal kabul etmek, nitelikli halin cezası düşünüldüğünde daha da ağır sonuçlar doğuracağı gerekçesiyle eleştirilebilir ancak cezalardaki sorun çözüldüğünde bu eleştiri de

---

[204] 1. CD, 25.06.2014, E. 2014 / 1428, K. 2014 / 3654. Bir başka kararında da aynı yönde belirleme yapmıştır: "*Sanık Güler'in, kızı olan Cemile'yi, kardeşi olan Ali Kemal'i öldürmeye azmettirdiği anlaşılmakla; sanık Güler hakkında basit kasten öldürmeye azmettirmeden TCK'nın 38 ve 81. maddeleri uyarınca cezalandırılması yerine bağlılık kuralına yanlış anlam verilmek suretiyle nitelikli (akrabayı kasten öldürme) kasten öldürmeye azmettirmeden, TCK'nın 38 ve 82 / 1-d maddeleri uyarınca hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir*", 1. CD, 25.06.2014, E. 2014 / 1428, K. 2014 / 3654, www.kazanci.com.tr (E.T.08.04.2016).

ortadan kalkacaktır. Burada kasten öldürmeye ilişkin düzenlemelerdeki cezaların gözden geçirilmesi gerektiğini belirtmek istiyoruz. Hakime müebbet veya ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası verme imkanı da sağlayan, ancak somut olayın şartlarına göre cezayı belirleme yetkisi veren düzenleme yapılmalıdır.

KAYNAKÇA

Akbaba, Zeynep Burcu, ''Töre, Namus ve Töre Saikiyle Kasten Öldürme'', Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 75, 2008, ss. 333-351.

Akbulut, Berrin, "Bağlılık Kuralı", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Haziran 2010, C. XIV, S. 1, ss. 167-214.

Artuk, M. Emin/Gökcen, Ahmet, *Ceza Hukuku, Özel Hükümler*, (M. Emin Artuk, Ahmet Gökcen, M. Emin Alşahin, Kerim Çakır), Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, 16. Baskı.

Bayraktar, Köksal, *Kasten Öldürme, Özel Ceza Hukuku, C. II, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2017.

Bayraktar, Köksal, ''Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Kişilere Karşı İşlenen Suçlar'', Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi, S. 5, İstanbul 2005, ss. 220-226.

Bozdağ, Kerem, "Töre Saikiyle İşlenen Cinayetler, Yargıtay Yorumu ve Eleştirisi", İstanbul Barosu Dergisi, C. 89, S. 4, Temmuz 2015, ss. 45-56.

Centel, Nur, "Ceza Hukuku Şiddete Karşı Kadını Koruyor Mu?", Ceza Hukukunda Kadının Şiddete Karşı Korunması, Koç Üniversitesi Hukuka Genç Yaklaşımlar Konferans No. 1 Ceza Hukuku, İstanbul 2013, ss. 1-12.

Centel, Nur/Zafer, Hamide/Çakmut, Özlem, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, C. I, Beta basım Yayın, İstanbul, 2017.

Demirbaş, Timur, *Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, 13. Baskı.

Dönmezer, Sulhi, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, Beta Basım Yayın, İstanbul, 2001, 16. Bası.

Dönmezer, Sulhi/Erman, Sahir, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım*, C. II, Beta Basım Yayın, İstanbul, 1997, Yeniden Gözden Geçirilmiş Onbirinci Bası.

Ekici-Şahin, Meral, "İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Suça Etki Eden Nedenlerin Şeriklere Sirayeti", AÜHFD, 64 (3), 2015, ss. 637-686.

Erem, Faruk, "Teammüd", AÜHFD, C. XXXVII, 1980, S. 1-4, ss. 15-31.

Erman, Sahir/Özek, Çetin, *Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, Dünya Yayıncılık, İstanbul, 1994.

Eser, Olgun, "Kasten Öldürme Suçunun Türk-Alman Karşılaştırmalı Ceza Hukuku Bakımından İncelenmesi", Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, https://atif.sobiad.com/index.jsp?modul=makale-goruntule&id=AW4xf36JyZgeuuwfeITY, ss. 1631-1666 (E.T. 22.07.2020).

Gökcen, Ahmet, *Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri*, Yayınevi yok, İstanbul, 1989.

Gökcen, Ahmet/Balcı, Murat, *Kasten Öldürme Suçları (TCK m. 81-83)*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013.

Gökcen, Ahmet/Balcı, Murat, Kasten Öldürme Suçu (TCK. M. 81), MÜHF-HAD, C. 17, S. 1-2, ss. 95-218.

Göztepe, Ece, "Namus Cinayetlerinin Hukuki Boyutu: Yeni Türk Ceza Kanununu'nun Değerlendirmesi", TBB Dergisi, S. 59, 2005, ss. 29-48.

Gropp, Walter, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Springer, Berlin 2005, 3. Auflage.

Hafızoğulları, Zeki/Özen, Muharrem, *Türk Ceza Hukuku, Özel Hükümler, Kişilere Karşı Suçlar*, US-A Yayıncılık, Ankara, 2011, 2. Baskı.

Hafızoğulları, Zeki/Ketizmen, Muammer, "5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Hayata karşı Suçlar", Ankara Barosu Dergisi, Yıl 66, S. 1, 2008, ss. 143-154.

Hakeri, Hakan, Kasten Öldürme Suçları, *TCK m. 81-82-83*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007, 2. Baskı.

İlhan, Abdulkadir/Erel, Kemalettin/Fazla, Yüksel/Örer, Fatma Betül/Çakıl, Dursun/Köse, Mehmet/Halitoğlu, Coşkun/Bozoğlu, Süleyman/Kurşun, Ömer Faruk/Kır, Oğuzhan, *Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları (2005-2015)*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.

İskender, Salih Zeki, *Öğreti ve Yargısal Kararlar Işığında Töre Saikiyle İnsan Öldürmek Suçu (Namus Cinayetleri)*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011.

Joecks, Wolfgang, *Studienkommentar StGB*, C.H. Beck, München, 2004, 5. Auflage.

Kaban, Mater/Aşaner, Halim/Güven, Özcan/Yalvaç, Gürsel, *Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları (Eylül 1996-Temmuz 2001)*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2001.

Kangal, Zeynel T., "Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik", EÜHFD, 2010, C. XIV, S. 3-4, ss. 19-68.

"Kadına Yönelik Aile İçi Şiddetle İlgili Ulusal ve Uluslararası Düzenlemeler", T.C. Başbakanlık Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü, www.aileicisiddet.net/egitim/set/KYAIS-Ilgili-Ulusal-ve-Uluslararasi-Yasal-Duzenlemeler.pdf (E.T. 09.09.2019).

Keyman, Selahattin, *Kan Gütme Saiki ile Adam Öldürme, Türk Hukuku ve Toplumu Üzerine İncelemeler*, Türkiye Kalkınma Vakfı, Ankara, 1974.

Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan, *Türk Ceza Hukuku, Özel Hükümler*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, 5. Baskı.

Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan, *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, 12. Baskı.

Lackner, Karl/Kühl, Kristian, *StGB Strafgesetzbuch, Kommentar*, C.H. Beck, München, 2007, 26. Auflage.

"nükleer silah nedir",

https://www.takvim.com.tr/galeri/dunya/nukleer_silah_nedir (E.T. 12.07.2020).

Otacı, Cengiz, Genel Hükümlerle Bağlantılı Olarak Kasten İnsan Öldürme Suçları, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, 2. Baskı.

Otacı, Cengiz, "Karar İncelemesi, Kan Gütme Saikiyle ve Canavarca Hisle Kasten Öldürme Suçu", İÜHFM, C. LXXI, S. 1, ss. 1489-1497.

Öncü, Gülay Arslan, *Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı*, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-8, Ankara 2019, https://www.anayasa.gov.tr/media/5604/ozel_yasam_hakki.pdf (E.T.20.09.2019).

Öncü, Gülay Arslan, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Kadına Karşı Aile İçi Şiddet Olgusu ve Bununla Mücadele Yaklaşımları", Ceza Hukukunda Kadının Şiddete Karşı Korunması, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuka Genç Yaklaşımlar Konferans Serisi No.1, Editör Nur Centel, İstanbul 2013, ss. 39-63.

Önder, Ayhan, *Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1994.

Önder, Ayhan, *Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, C. II-III, Beta Basım Yayın, İstanbul, 1992, Yenilenmiş II. Bası.

Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar, *Türk Ceza Hukuku, Özel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, 14. Baskı.

Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar, *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, 10. Baskı.

Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa Ruhan, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, 19. Baskı.

Selçuk, Sami, "Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Canavarca His Sevkiyle Adam Öldürme", Yargıtay Dergisi, C. 14, 1988, S. 4, ss. 467-482.

Soyaslan, Doğan, *Ceza Hukuku, Özel Hükümler*, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2016, 11. Baskı.

Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Önok, Murat, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, 17. Baskı.

Toroslu, Nevzat, *Ceza Hukuku, Özel Kısım*, Savaş Yayınevi, Ankara, 2018, 9. Baskı.

Yalçın Sancar, Türkan, ''Kadınlar, Töreler ve Ötekiler'', http://www.radikal.com.tr/radikal2/kadinlar-toreler-ve-otekiler-876016/(E.T.20.07.2020)

Yaşar, Osman/Gökcan, Hasan Tahsin/Artuç, Mustafa, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C. II, Adalet yayınevi, Ankara, 2010.Yenen, O. Şadi, "Biyolojik Silah, Biyolojik Savaş, Biyolojik Terör", https://www.klimik.org.tr/2001/05/11/biyolojik-silah-biyolojik-savas-biyolojik-teror-prof-dr-o-sadi-yenen/(E.T.22.05.2020)

CUMHURBAŞKANLIĞI HÜKÜMET SİSTEMİYLE KAMU YÖNETİMİNİN GELİŞTİRİLMESİ

Development of Public Administration with the Presidential Government System

Doç. Dr. Fatih Kırışık*
Kübra Öztürk**

Özet: Türkiye'nin kuruluşundan bugüne yönetim yapılanmasını güçlendirme ve sistemsel sorunlarını çözme amaçlı çeşitli Anayasa değişiklikleri yapılmıştır. Bu Anayasa değişikliklerinde yürütmenin güçlendirilerek sorunların çözülmesi konusunda gelişmeler yaşanmıştır. 1982 Anayasasında da yürütme güçlendirilmiş ve özellikle Cumhurbaşkanı önemli yetkilerle donatılmıştır. Fakat sistemsel sorunları rasyonelleştirilmiş parlamentarizm anlayışıyla çözmeye çalışan 1982 Anayasası da sorunların çözümünde başarılı olamamış, pekçok siyasal kriz yaşanmıştır. Geçmişten günümüze pekçok siyasi liderin, Cumhurbaşkanının, Başbabakanın savunduğu başkanlık sistemi sistemsel sorunları giderici yeni bir hükümet sistemi olarak önerilmiştir. Nihayet Türkiye'de 2017 Halkoylaması ile başkanlık sistemine benzeyen Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi kabul edilmiştir. Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi yürütme organı

Abstract: Since the foundation of Turkey, various constitutional amendments have been made aimed at strengthening the structure of governance and solving systemic problems. In these constitutional amendments, there have been developments in solving problems by strengthening the executive branch. The 1982 constitution also empowered the executive and specifically empowered the president with significant powers. But the 1982 constitution, which tried to solve systemic problems with a understanding of rationalized parliamentarism, also did not succeed in solving the problems, and there were many political crises. The presidential system, advocated by many political leaders, presidents and prime ministers from the past to the present, has been proposed as a new system of government that addresses systemic problems. Finally, a presidential government system similar to the presidential system was adopted in Turkey with

* Kütahya Dumlupınar Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi fatih.kirisik@dpu.edu.tr, ORCID ID: 0000-0002-9663-7502
** Kütahya Dumlupınar Üniversitesi Doktora Öğrencisi, kubra.ozturk0@ogr.dpu.edu.tr, ORCID ID: 0000-0001-7554-0202
Makale Geliş Tarihi: 22.10.2020, Makale Kabul Tarihi: 11.11.2020

içerisindeki çift başlılık sorununu ortadan kaldıracak bir şekilde düzenlenmiştir. Başbakanlık ve Bakanlar Kurulu kaldırılmış, yetkiler Cumhurbaşkanında toplanmıştır. Üst kademe kamu yöneticilerinin Cumhurbaşkanı tarafından atanması usulü benimsenerek bürokrasinin seçilmiş yönetime tabi olması amaçlanmıştır. Cumhurbaşkanına bağlı politika kurulları ve ofisler kurularak bütün kamu kurum ve kuruluşlarını kapsayacak şekilde kamu politikalarının oluşturulması, stratejilerin geliştirilmesi, projelerin yürütülmesi gibi önemli imkanlara sahip kılınmıştır. Cumhurbaşkanına Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilme yetkisi verilerek yürütme alanında düzenleme yapabilme yeteneği kazandırılmıştır. Bu dört alanda yaşanan gelişmeler kamu yönetiminin çok uzun süredir yaşadığı sorunlara çözümler getirmiş ve kamu yönetiminin geliştirilmesine katkı sağlamıştır.

Anahtar Kelimeler: Başkanlık Sistemi, Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi, Politika Kurulları, Cumhurbaşkanlığı Ofisleri, Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, Kamu Yönetimi.

the 2017 People's vote. The presidential government system is organized in such a way as to eliminate the problem of double-header within the executive branch. The Prime Minister and the Council of Ministers were abolished, and powers were gathered in the President. It is aimed that the bureaucracy is subject to elected administration by adopting the procedure of appointing top-level public managers by the President. Policy boards and offices established to cover all public institutions under the president the creation of public policy strategies for the development of facilities such as the execution of important projects have been made. By giving the president the authority to issue presidential decrees, he has been given the ability to make arrangements in the field of execution. Developments in these four areas have brought solutions to the problems that public administration has experienced for a very long time and contributed to the development of public administration.

Key Words: Presidential System, Presidential Government System, Policy Boards, Presidential Offices, Presidential Decree, Public Administration.

Giriş

Türkiye hükümet sisteminde önemli bir değişiklik yaparak Türk Tipi Başkanlık Sistemi olarak adlandırılan Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemine geçmiştir. Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi, kamu yönetimi açısından önemli değişikliklere yol açan bir gelişme olarak ortaya çıkmaktadır. Kamu Yönetiminde yaşanan sorunların çözümü konusunda farklı görüşler bulunmakla birlikte Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi ile birlikte bu sorunların çözümünün daha kolaylaşacağı değerlendirilmektedir. Siyasal sistemde yaşanan sorunların azaltılmasının da kamu yönetimi üzerinde olumlu etkileri olacağı düşünülmektedir. Çalışmada Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminin kamu yönetiminin gelişimi üzerinde ne gibi etkilerde bulunabileceği inceleme konusu olarak tespit edilmiştir. Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminin Türkiye'de yeni uygulanan bir sistem olması nedeniyle kamu yönetimi üzerindeki etkilerinin analizi önem taşımaktadır.

Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi başkanlık sistemine benzeyen bir hükümet sistemidir. Başkanlık sistemi ile benzerliği nedeniyle Türk Tipi Başkanlık Sistemi olarak adlandırılmaktadır. Bu bağlamda başkanlık sistemini uygulayan ülkelerden örnekler incelenerek Türkiye'de bu sistemin kamu yönetimi üzerindeki etkileri inceleme kapsamında tutulacaktır. Bu ülkelerden özellikle ABD'nin başarılı bir uygulama örneği olarak daha dikkatli incelenmesi gerekmektedir. Çünkü Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminin kamu yönetimi üzerinde olumlu etkiler doğurması, başarılı uygulama örneklerinin analiz edilerek modellenmesi suretiyle ortaya çıkacaktır.

Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminin kamu yönetiminin geliştirilmesi üzerindeki etkileri incelenirken Türkiye Cumhuriyeti'nin kuruluşundan bugüne hükümet sistemi ve işleyişi konusunda yaşanan süreçlerin karşılaştırmalı analizi yapılmalıdır. Çalışmada bu süreçte yaşanan sorunlar ve kamu yönetimine etkileri incelenecektir. Yürütmede çift başlı sistemden, tek başlı sisteme geçişin kamu yönetimi üzerindeki etkileri değerlendirilecektir. Yürütmede çift başlı sistemin ortaya çıkardığı sorunların, kamu politikalarının belirlenmesi ve uygulanması sürecinde yaşanan Cumhurbaşkanı-Başbakan çatışmalarının kamu yönetimine etkileri de analiz kapsamındadır. Üst kademe kamu yöneticilerinin belirlenmesinde başkanlık sistemine benzeyen yeni kuralların geçerli olmasının kamu yönetimi üzerinde ne gibi etkileri olabileceği de geçmiş Türk bürokrasi tecrübesi ve başkanlık sistemi ile karşılaştırılarak incelenecektir. Yine Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde Bakanlar Kurulunun kaldırılmış olması ve Cumhurbaşkanına bağlı politika kurulları ile ofislerin oluşturulması kamu yönetimi üzerinde ciddi değişikliklere yol açabilecek bir gelişmedir. Cumhurbaşkanına yürütme ile ilgili alanlarda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarma yetkisinin verilmesi, bu

kararnamelerin meclisten izin almaya veya onay almaya gerek duymaması önemli bir yenilik olarak dikkati çekmektedir.

Bu kapsamda çalışmanın amacı, Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi ile getirilen yürütmede tek başlılık, üst kademe kamu yöneticilerinin atama usullerinin değişmesi, politika kurulları ve ofislerin oluşturulması, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi olarak belirlenen dört önemli yeniliğin kamu yönetiminin geliştirilmesine olan etkilerinin analizi olarak belirlenmiştir.

I. Yürütmede Tek Başlılık: Kamu Politikalarında Birliğin Sağlanması

Parlamenter hükümet sisteminde yürütme organı çok sayıda aktörün ve kurulun karmaşık bir ilişkiler ağı içerisinde oluşturulan karar verme süreçleri içerisinde faaliyetlerini gerçekleştirmektedir. Siyasal sorumluklarla sembolik makam özellikleri birarada düzenlenerek devleti temsil ve hükümeti temsil ayrılmış ve ortaya çıkan yürütme içi yönetim faaliyeti iktidar gücünün yürütme içerisinde dağılımına neden olmuştur. Ortaya çıkan bu tabloda yetki ve sorumluluk dengesi açısından açıklanamayan statüler ve yetkiler, kimin neden ne kadar yetkili ve sorumlu olduğu noktasında kafa karışıklıklarına neden olmuştur. Türkiye tarihinde ortaya çıkan tablo ise biraz daha vahimdir. Yetki ve sorumluluk dengesinin ciddi ölçüde bozulduğu yürütme içi örgütlenme sembolik ama çok yetkili, sorumlu ama yetkileri aktörlerin yaklaşımlarına göre değişken sınırlı, pekçok aktörün karmaşık ilişki ağlarının arasında anlaşılması zor bir yönetsel tablo ortaya çıkmaktadır. Türkiye kuvvetler ayrılığı ve yürütme içi aktörler ve karar verme süreçleri açısından ciddi sorunlar yaşarken ortaya çıkan iktidar boşluğu çeşitli bürokratik örgütler tarafından doldurulmuştur. İktidar gücünün kullanımında bürokrasinin iradesi millet tarafından seçilmiş hükümetin iradesine üstünlük kazanmıştır. Bu süreçlerde darbeler, muhtıralar, uyarılar, engellemeler, baskılar milletin seçtiği temsilcilerin üzerinde bir bürokratik vesayetin bulunduğunun sürekli dile getirilmesine neden olmuştur. İşte Türkiye'de uzun süredir yaşanan ve geçmişten günümüze hükümet yetkilileri tarafından eleştirilen hükümet sistemi kaynaklı yönetim zaafiyeti sorununu gidermek amacıyla başkanlık sistemine benzeyen ama başkanlık sisteminde yaşanan sorunları giderici mekanizmaların benimsendiği Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemine geçilmiştir.

Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemiyle yürütme organı içerisinde karar verme mekanizmasındaki krizlere ve çeşitli sorunlara neden olan çoklu aktör ve karmaşık karar verme süreçleri ortadan kaldırılmıştır. Bu amaçla Başbakanlık ve Bakanlar Kurulu kaldırılmış, Bakanların Cumhurbaşkanı ile ilişkisi yeniden belirlenmiştir. Başkanlık sisteminde olduğu gibi yürütme organı yalnızca Cumhurbaşkanından oluşacak şekilde düzenlenmiştir.

Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde yürütme yetkisi ve görevi Cumhurbaşkanı tarafından anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir. Cumhurbaşkanı atadığı Cumhurbaşkanı Yardımcıları ve Bakanlardan da yürütme yetkisini kullanırken yararlanacaktır.

Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde yürütme organının tek aktörlü olarak düzenlenmesi kamu politikalarının oluşturulmasında birlik ve uyum açısından son derece önemlidir. Bu sistemden önce kamu politikalarının belirlenmesinde ve uygulanmasında önemli sorunlar yaşanmaktaydı. Bu bağlamda kamu politikası, hükümetin yapmayı ya da yapmamayı tercih ettiği herşey[1] olarak tanımlanabilir.

Kamu politikaları hükümetler tarafından oluşturulup uygulanmaktadır. Ancak Parlamenter sistemde kamu politikalarının oluşturulması ve uygulanmasında hükümetin yanında Cumhurbaşkanı da etkili olmaktadır. Bu durum Cumhurbaşkanı ile Başbakan arasında çeşitli sorunlar/krizler ortaya çıkmasına neden olmuştur.[2] Türkiye Cumhuriyeti tarihi Cumhurbaşkanları ile Başbakanlar arasında yaşanan krizlerle doludur.[3] Bu krizler 2007 yılından itibaren Cumhurbaşkanının da millet tarafından seçilmesiyle devam etmiştir.[4]

Cumhurbaşkanı ve Başbakan arasında yaşanan sorunları anlamak açısından Türkiye Cumhuriyeti tarihi boyunca Cumhurbaşkanı-Başbakan ilişkilerinin analiz edilmesi fayda sağlayacaktır. Bu nedenle geçmişten 2018 yılına kadar Cumhurbaşkanı ve Başbakan ilişkilerinde yaşanan sorunlara/krizlere değinilecektir.

Mustafa Kemal Atatürk'ün Cumhurbaşkanlığı döneminde (1923-1938) Başbakan İsmet İnönü (1923-1924/1925-1937) ile arasında çeşitli görüş ayrılıkları yaşanmıştır. Atatürk, İnönü'nün izlediği devletçilik politikasının başarılı olmayacağını düşünmekteydi. Bu nedenle özel

---

1 Dye Thomas R., *Understanding Public Policy Prentice-Hall*, New Jersey, 1972, s.1 (Aktaran: Yıldız, Mete\Sobacı, Zahid, "Kamu Politikası ve Kamu Politikası Analizi Genel Bir Çerçeve", Kamu Politikası Kuram ve Uygulama, (der.), Yıldız, Mete\Sobacı, Zahid, Adres Yayınları, 2013, s. 18). (Birincil kaynağa ulaşılamadığı için aktarılmıştır).

2 Donat, Yavuz, (https://www.sabah.com.tr/yazarlar/donat/2014/06/19/yeni-anayasa-olmadikca), "Çevrimiçi", "Erişim Tarihi: 10.03.2014"; Gözler, Kemal, "Türkiye'de Hükümetlere Nasıl İstikrar ve Etkinlik Kazandırılabilir? (Başkanlık Sistemi ve Rasyonelleştirilmiş Parlâmentarizm Üzerine bir Deneme)", Türkiye Günlüğü, S. 62, 2000, s.29; Özdağ, Selçuk, "Yerli Milli Sivil ve Demokratik Bir Hükümet Modeli Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi", Yeni Türkiye Dergisi, S. 94, 2017, s. 7; Tataroğlu, Muhittin, Parlamenter ve Başkanlık Sistemlerinde Siyasi İktidar ve Bürokrasi İlişkileri ve Türkiye Açısından Bir Değerlendirme, Yönetim ve Ekonomi, C: 13, S. 1, 2006, s. 98.

3 Akçay, Erkan, "Cumhurbaşkanlığı Sisteminde Siyasi Denetim: İdarenin TBMM Tarafından Denetlenmesi", Akademik Ombudsman Dergisi, S: 5, 2016, s.46-48; Güzel, Hülya\Yalazan, Ateş, 2001a, (https://www.hurriyet.com.tr/gundem/ilk-cankaya-hukumet-krizi-basbakani-yedi-39228174), (Çevrimiçi", Erişim Tarihi: 12.04.2020); Kırışık, Fatih, "Devlet Kuvvetleri Arasında ve Yürütme Kuvveti İçerisindeki İlişkiler Boyutundan Bakanlar Kurulunda Karar Verme Sorunu", Kamu Yönetimi ve Siyaset Biliminde Karar Verme, (ed) Kırışık, Fatih\Önder, Özgür, 2015, s. 60-65.

4 Özdağ, 2017, s. 7.

sektöre yakın bir isim olan Celal Bayar'ı İktisat Bakanı yapmıştır. Dış politikada da Atatürk ile İnönü arasında anlaşmazlıklar yaşanmıştır. Başbakan İnönü ılımlı dış politika isterken, Cumhurbaşkanı Atatürk ise daha sert bir dış politikadan yanaydı.[5] Hatay meselesinde de görüş ayrılığı yaşanmıştır. Cumhurbaşkanı Atatürk'ün Hatay'ın bir an önce anavatana kazandırılması görüşüne Başbakan İnönü'nün karşı çıkması üzerine 1 Kasım 1937 tarihinde Cumhurbaşkanı Atatürk tarafından başbakanlık makamına Celal Bayar getirilmiştir.[6]

İsmet İnönü'nün Cumhurbaşkanlığı döneminde (1938-1950), Başbakan Recep Peker (1946-1947) ile aralarında 1946 yılında ülkenin genel yönetim politikaları ve atamalar konusunda çıkan anlaşmazlıklar devalüasyon ile sonuçlanarak Türk Lirasının yüzde yüzden fazla değer kaybetmesine neden olmuştur.[7]

Fahri Korutürk'ün Cumhurbaşkanlığı döneminde (1973-1980) de sorunlar yaşanmıştır. Bu sorunlardan biri de Kıbrıs harekatı konusundadır. Bu konuda yaşanan anlaşmazlık sonucunda harekat yapılamayacak noktaya gelmiş ve sonunda Necmettin Erbakan-Bülent Ecevit hükümeti Cumhurbaşkanı Korutürk'ü devre dışı bırakarak harekatı başlatmışlardır.[8]

Turgut Özal'ın Cumhurbaşkanlığı döneminde kendi kurduğu partiden Başbakan Yıldırım Akbulut'la Körfez Savaşı gibi bazı konularda ters düşmüştür. Turgut Özal'ın Cumhurbaşkanlığı döneminde Başbakan Süleyman Demirel'le aralarında ciddi krizler yaşanmıştır. Hatta Özal, Demirel'e kendisine söylediği sözler nedeniyle tazminat davası açmış ve tazminata mahkum ettirmiştir. Demirel Hükümeti, Bakanlar Kurulu kararlarında ve KHK'lerde Cumhurbaşkanını devre dışı bırakmak için yasa hazırlığı yapmıştır.[9] Azerbaycan ve Ermenistan arasında Karabağ bölgesinde yaşanan savaşa müdahale konusunda Cumhurbaşkanı Turgut Özal ile Başbakan Süleyman Demirel arasında anlaşmazlık yaşanmıştır. Cumhurbaşkanı Özal Ermenistan saldırılarına karşı askeri müdahale yapılmasını isterken Başbakan Demirel askeri müdahaleye karşı çıkmıştır.[10] Bu anlaşmazlık Azerbaycan'ın topraklarının önemli bir

---

5 Güzel\Yalazan, 2001a.

6 Aydın, Ayşe, "Hatay Meselesinin Çözümü Esnasında Başbakan Celal Bayar'ın Faaliyetleri", Afyon Kocatepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, C. XIV, S. 1, 2012, s.146.

7 Karagöl, Erdal, T., (https://www.yenisafak.com/yazarlar/erdaltanaskaragol/cift - basliligin-neden-oldugu-ekonomik-krizler-2036664), (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 05.05.2018).

8 Barlas, Mehmet, (https://www.yenisafak.com/arsiv/2001/subat/21/p4.html), (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 05.05.2018).

9 Güzel\Yalazan, 2001a.

10 Karabulut, Bilal, "Süleyman Demirel'in Dış Politika Anlayışı", Türk Yurdu, 2011, S.289; (https://www.turkyurdu.com.tr/yazar-yazi.php?id=1627), (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 12.11.2020); Uğur, Fuat, "Ermenistan'ın Nahçıvan'a Saldırısı Türkiye'ye Askeri Müdahale Seçeneğini Verir", Türkiye Gazetesi, 06.10.2020, (https://m.turkiyegazetesi.com.tr/yazarlar/fuat-ugur/615627.aspx), (Çevrimiçi, Erişim

kısmını kaybetmesine yol açmış ve Türkiye ile Orta Asya Türk Devletleri arasında kara yolu bağlantısının kurulması umutlarının uzun bir süre ertelenmesine yol açmıştır.

Süleyman Demirel'in Cumhurbaşkanlığı döneminde (1993-2000) de Başbakan Tansu Çiller (1993-1996) ile arasında pekçok anlaşmazlık yaşanmıştır. Turgut Özal'ın Cumhurbaşkanlığı döneminde kamu politikalarına müdahale etmesine tepki gösteren Demirel, kendi Cumhurbaşkanlığı döneminde de kamu politikalarına müdahalelerde bulunmuş, sembolik bir Cumhurbaşkanlığı yapmamıştır.[11]

Cumhurbaşkanı Demirel, Necmettin Erbakan'ın Başbakanlığını yaptığı (1996-1997) Refah-Yol Hükümetinin postmodern askeri darbe ile hükümetten uzaklaştırılmasında önemli bir rol oynamıştır. 28 Şubat 1997 tarihinde açıklanan Cumhurbaşkanı Demirel'in başkanlığındaki Milli Güvenlik Kurulu kararlarıyla sivil hükümete ve Başbakan Necmettin Erbakan'a darbe yapılmıştır. Başbakan Erbakan, istifa etmek zorunda kalmış, başörtülü öğrencilerin eğitim hakkı engellenmiş, irticacı olarak fişlenen insanlar mesleklerinden atılıp, yargılanmış, Refah Partisi kapatılmış ve birçok siyasetçinin siyaset yapması yasaklanmıştır.[12] 28 Şubat 1997 postmodern askeri darbesi sonrasında oluşan kaotik ortam ve siyasi atmosferin kötüleşmesi 2001 ekonomik krizine yol açmıştır.[13]

Ahmet Necdet Sezer'in Cumhurbaşkanlığı döneminde (2000-2007) de kendisinin Cumhurbaşkanı olarak TBMM'de seçilmesini sağlayan Başbakan Bülent Ecevit ile arasında ciddi krizler yaşanmıştır. Cumhurbaşkanı Sezer, Devlet Denetleme Kurulu'nu bankalarda yaşanan yolsuzlukları araştırması için görevlendirmiştir. Bu durum 2001 yılında yapılan Milli Güvenlik Kurulu toplantısına da yansımıştır. Bu toplantıda Sezer ile Ecevit arasında tartışma çıkmıştır. Cumhurbaşkanı Sezer anayasayı bilmedikleri iddiasıyla Anayasa kitapçığını Başbakan Bülent Ecevit'e fırlatmıştır.[14] Bu olay sonucunda büyük bir ekonomik kriz yaşanmış, gecelik faiz %6200'e kadar çıkmış, hazine %144 oranında borçlanmış, Türk Lirası'nın değeri %40 civarında düşmüş, devletin borcu 29 katrilyon (milyar) TL artmış ve binlerce işçi işten çıkarılmıştır. Siyasî görüş olarak Sezer ve Ecevit'in birbirine yakın olması bile bu krizin yaşanmasını engelleyememiştir.[15]

Tarihi: 12.11.2020); Üstel Aziz, "Başkan Turgut Özal Kafkaslar'da Savaşı Göze Almıştı", 23.01.2017, (https://www.star.com.tr/yazar/baskan-turgut-ozal-kafkaslarda-savasi-goze-almisti-yazi-1178966/), (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 12.11.2020); "Karabağ İşgalinde Türkiye'nin Tepkileri ve Politikası", (https://www.eritela.com/karabag-isgalinde-turkiyenin-tepkileri-ve-politikasi/), (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 12.11.2020).

11 Güzel, Hülya \ Yalazan, Ateş, 2001b, (https://www.hurriyet.com.tr/gundem/demirel-cilleri-koskten-kovdu-39228488), (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 10.03.2020).

12 Özdağ, 2017, s. 3.

13 Karagöl, 2017.

14 Gönenç, Levent\Ergül, Ozan, "Yaşayan Anayasa 2001 Yılı Gelişmeleri", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 1, 2002, s.42-43.

15 Özdağ, 2017, s. 3-4.

Cumhurbaşkanı Sezer ile Başbakan Abdullah Gül arasında bakanların belirlenmesi konusunda anlaşmazlık yaşanmış ve Gül'ün bakan olarak atanmasını istediği bazı kişilere Sezer onay vermemiştir. Nihayetinde Cumhurbaşkanı Sezer'in istediği isimler bakan olarak atanmıştır.[16] Cumhurbaşkanlarının bakan atamalarına bile müdahale etmesi Başbakanların görevlerini etkili şekilde yapabilmelerini engellemiştir.

Cumhurbaşkanı Sezer ile Başbakan Erdoğan arasında da pek çok sorun yaşanmıştır. Atama kararnamelerinin Sezer tarafından imzalanmaması,[17] kanunların veto edilmesi, toplantılarda karşılıklı atışmalar gibi pekçok sorun yaşanmıştır.[18]

Abdullah Gül'ün Cumhurbaşkanlığı döneminde (2007-2014) Başbakan Erdoğan ile aralarında çeşitli sorunlar yaşanmıştır. Cumhurbaşkanı Gül'ün valiler ve emniyet müdürleri gibi üst kademe kamu yöneticilerine talimatları üzerine Başbakan Erdoğan "Dolayısıyla bir Başbakan olarak benim görevim bellidir, Sayın Cumhurbaşkanımızın da görev alanı bellidir. Kimse de böyle bir gayretin içerisine girerek durumdan vazife çıkarmasın" diyerek tepkisini dile getirmiştir.[19]

Recep Tayyip Erdoğan'ın ilk Cumhurbaşkanlığı döneminde Başbakan Ahmet Davutoğlu arasında da ciddi sorunlar yaşanmıştır.[20] Bu sorunlar sonucunda Davutoğlu görevinden ayrılmıştır.

Tarihsel süreçte Cumhurbaşkanı-Başbakan arasında yaşanan krizler incelendiğinde Anayasada Cumhurbaşkanının tarafsız olarak nitelendirilmesinin veya aynı ya da farklı siyasal partiden olmanın sorunları engelleyemediği görülmektedir. Cumhurbaşkanı ve Başbakanın farklı kamu politikalarının uygulanmasını istemesi yürütme organı içerisinde çatışmalara yol açmıştır. Bu çatışma durumu, bürokrasinin de kendine yakın gördüğü tarafa yakınlaşması ve birlikte hareket etmesiyle[21] bürokrasiyi de dönemlere göre değişken sınırlarda etkisi altına almıştır. Bu durum bürokrasi içinde de bölünmelere yol açmıştır. Ayrıca bürokrasinin bir kısmı da çatışma nedeniyle ortaya çıkan yönetsel boşlukta kontrol ve denetim dışı kalmış, kendi

---

16 (http://www.gazetevatan.com/sezer - istedi - liste - degisti-631 - gundem/), (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 11.01.2020).

17 https://www.memurlar.net/haber/61129/, (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 20.06.2020); (https://www.milliyet.com.tr/siyaset/sezerle-erdoganin-imam-kararnamesi-tartismasi-309594), (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 12.04.2020).

18 (https://www.star.com.tr/guncel/erdogan-ahmet-necdet-sezerden-cok-cektim-haber - 870865/), (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 12.04.2020).

19 (https://www.milliyet.com.tr/siyaset/devlette - cift - basli – yonetim – olmaz 1619594), (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 10.03.2020).

20 Şenay, Gonca, (http://www.aljazeera.com.tr/al - jazeera - ozel/bestepe - ile - kirilma-noktalari), (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 27.08.2020).

21 Özer, M. Akif\Özmen, Burak, "Parlamenter ve Başkanlık Sistemleri Arasında Konumunu Arayan Bürokrasi", Strategic Public Management Journal, C. 3, 2017, s.17.

programlarını uygulamışlardır.[22] Ortaya çıkan bu karmaşık durum, milletten aldığı yetkiyle kamu politikalarını belirleme yetkisine sahip Başbakanın oluşturduğu kamu politikalarının uygulanması konusunda zorluklarla karşılaşmasına neden olmuştur.[23] Zaten parlamenter sistemde zayıf ve kırılgan hükümet yapısıyla uğraşmak zorunda olan Başbakanlar, bürokratların direnci karşısında etkili olmakta oldukça zorlanmışlardır. Bu durum Başbakanın uygulamak istediği kamu politikalarının zayıf ve etkisiz kalmasına yol açmıştır.[24] Başbakanlık otoritesinin zayıflaması bürokratlar üzerindeki kontrolün önemli ölçüde kaybedilmesine neden olmuştur. Parlamenter sistemde bürokrasi oldukça güçlüdür[25] ve bu güçlü bürokrasi yönetsel sistem üzerindeki kontrolünü bürokratik vesayete kadar götürebilmektedir.[26]

Türkiye'de parlamenter hükümet sistemi 1923-2018 dönemi arasında analiz edildiğinde 94 yılda 65 hükümet kurulmuştur.[27] Bu durum hükümetlerin görev süresi ortalamasının 17,3 ay olduğunu göstermektedir. Bu süre hükümetin kamu politikalarını uygulaması ve sonuçlarını görmesi açısından oldukça kısadır. Bu kısa süre içerisinde görev süresi belirli olan ve olağanüstü durumlar haricinde görevden alınmayan Cumhurbaşkanı ve bürokratlar devlet yönetiminde oldukça etkili olmuşlardır.

Türkiye'de çift başlı yönetim sisteminin varlığı ve etkili bir hükümet sistemi/yönetsel sistemin olmayışı 27 Mayıs 1960 darbesi, 12 Mart 1971 muhtırası, 12 Eylül 1980 darbesi, 28 Şubat 1997 postmodern darbesi, 27 Nisan 2007 e-muhtırası ve 15 Temmuz 2016 darbe ve başarısız işgal girişimi gibi hükümet üzerinde pekçok doğrudan ve dolaylı müdahalelere neden olmuştur.[28]

Görüldüğü gibi parlamenter sistemden kaynaklı yürütme organındaki çift başlılık Türkiye Cumhuriyeti tarihi boyunca Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemine geçilinceye kadar siyasi, idari, ekonomik krizlere ve sıkça hükümetlere karşı darbe ve muhtıralara da neden olarak Türkiye'ye büyük zararlar vermiştir.

---

22 Kutlu, Önder\Kahraman, Selçuk, "Türk Cumhurbaşkanlığı Sisteminin Kamu Yönetimi Açısından Değerlendirilmesi", Türk Anayasa Hukukunun Güncel Sorunları, (ed.) Uslu, Ferhat, 2017, s.13.

23 Tataroğlu, Muhittin, "Yürütmede Etkinlik Bakımından Başkanlık Sisteminin Değerlen- dirilmesi", Ekonomi ve Yönetim Araştırmaları Dergisi, C. 5, S. 1, 2016, s.92.

24 Kartal, Nazım\Demirhan Yılmaz, "Türkiye'de Cumhurbaşkanlığı Hükümeti Sistemi ve Yeni Sistemin Kamu Yönetimine Yansımaları", Uluslararası Ekonomi, Siyaset ve Yönetim Sempozyumu, (ed.) Demirhan, Yılmaz vd., 2017, s. 588.

25 Özer\Özmen, 2017, s. 17; Tataroğlu, 2006, s. 100.

26 Özer\Özmen, 2017, s. 17.

27 (https://www.aa.com.tr/tr / turkiye / inonuden - yildirima - 94 – yilda – 27 - basbakan/ 1202806), (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 11.11.2020).

28 Erdem, Tevfik, "Türkiye'de Darbe ve Müdahalelerin Kısa Tarihi", (https: //www.sde.org.tr/tevfik-erdem/genel/turkiyede-darbe-ve-mudahalelerin-kisa-tarihi-kose-yazisi-10443), (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 12.11.2020).

Parlamenter sistemde çift başlı yürütmeden kaynaklı sorunlar, Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde ortadan kalkmaktadır. Çünkü Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Başbakan, Başbakanlık ve Bakanlar Kurulu olmayacaktır. Beş yılda bir seçilecek Cumhurbaşkanı, yürütmenin başı ve tek sorumlusu olarak kamu politikalarını belirleyecektir.[29] Ayrıca bakanların göreve atanması ve görevden alınmasında tek yetkili makam Cumhurbaşkanı olacağı için Bakanlarla uyumlu çalışma konusunda da yaşanan sorunlar giderilecektir.[30] Yürütme ile ilgili kamu politikalarının ve diğer faaliyetlerin belirlenmesi ve uygulanmasında tek makam etkili olacağı için Cumhuriyet tarihi boyunca yaşanan yürütme içi çatışmalar son bulacaktır.[31] Bu gelişme Cumhurbaşkanının kamu politikalarının etkinliğini artıracaktır. Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemindeki tek başlı yürütme ile oluşan güçlü hükümet yapısı, Cumhurbaşkanının Bakanlar ve bürokratlar üzerindeki kontrolünü sağlayacak[32] ve böylelikle devlet yönetiminde birlik/bütünlük ve uyum oluşturarak bürokratik vesayet uygulamalarının ortadan kalkmasına önemli katkılar sağlayacaktır.

Cumhurbaşkanı yeni sistemde kamu politikalarının belirlenmesinde ana aktör konumuna getirilmiştir.[33] Cumhurbaşkanı bütün kamu politikalarını doğrudan ya da dolaylı olarak belirleyecek, uygulayacak ve uygulamaları takip edecektir.[34] Cumhurbaşkanı kamu hizmetlerinin etkili ve verimli bir şekilde sunulmasını sağlayacaktır.[35] Böylece bürokratik vesayetle baskılanan kamu politikaları süreçleri de etkin, verimli ve rasyonel bir çerçeveye kavuşturulacaktır.[36]

II. Üst Kademe Kamu Yöneticilerinin Belirlenmesinde Yeni Kurallar

1982 Anayasası'nın 104. maddesinde yapılan değişiklikle Cumhurbaşkanına üst kademe kamu yöneticilerini atama, görevlerine

---

29 Kartal\Demirhan, 2017, s. 586-587.

30 Kartal\Demirhan 2017, s. 579; Özbudun, Ergun, (http://www. birarada. org/ tr / 22645 /Prof-Dr-Ergun-Ozbudun-Huk-met-Sistemi-Tartismalari), (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 25.09.2020).

31 Özbudun, 2015.

32 Tataroğlu, 2006, s. 102.

33 Akman, Elvettin, "Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Kamu Politikası Aktörleri", Paradoks Ekonomi, Sosyoloji ve Politika Dergisi, C.15, S. 1, 2019, s. 39.

34 Sobacı, Zahid/Miş, Nebi/Köseoğlu, Özer, "Türkiye'nin Yeni Yönetim Modeli ve Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı", SETA Perspektif, 2018, s.1

35 Aydın, Abdullah \ Akıncı, Berat, "Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Kamu Personel Yönetim Sisteminin Dönüşümü: Üst Düzey Kamu Görevlilerinin Atanması", Route Educational and Social Science Journal, C.5, S.10, 2018, s.1031; Sobacı/Miş/Köseoğlu, 2018, s.1.

36 Örselli, Erhan / Babahanoğlu, Veysel/Bilici, Zekeriya, "Kamu Politikalarında Yeni Aktörler: Cumhurbaşkanlığı Politika Kurulları ve Ofisleri", Turkish Studies Economics, Finance and Politics, C.13, S. 30, 2018, s. 307.

son verme ve bunların atanmalarına ilişkin usul ve esasları Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle düzenleme yetkisi verilmektedir.

10.07.2018 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanan Üst Kademe Kamu Yöneticileri ile Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Atama Usullerine Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle Cumhurbaşkanı kararı ile atanacak ve Cumhurbaşkanının onayı ile atanacak üst kademe kamu yöneticileri belirlenmiştir.

Cumhurbaşkanı kararı ile Diyanet İşleri Başkanı, Milli İstihbarat Teşkilatı Başkanı, MGK Genel Sekreteri, Devlet Denetleme Kurulu Başkan ve Üyeleri, Savunma Sanayii Başkanı, Bakan Yardımcıları, Cumhurbaşkanlığı Ofis Başkanları, Cumhurbaşkanlığına bağlı kurum ve kurul başkanları, TRT Genel Müdürü, Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası Başkanı, Özelleştirme İdaresi Başkanı, Valiler, Büyükelçiler, Düzenleyici ve Denetleyici Kurumlar Başkan ve Üyeleri (RTÜK ve Kişisel Verileri Koruma Kurulunun TBMM tarafından seçilen üyeleri hariç), TMSF Başkan ve Üyeleri, YÖK Üyeleri, Rektörler, AFAD Başkanı, Gelir İdaresi Başkanı, SGK Başkanı, KOSGEB Başkanı, TİKA Başkanı, TÜİK Başkanı, Yurtdışı Türkler ve Akraba Topluluklar Başkanı, TOKİ Başkanı, ÖSYM Başkanı, TKDK Başkanı, TÜBİTAK Başkanı, Genel Müdürler, Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Başkan ve Üyeleri, TÜBA Başkanı, Türkiye Uzay Ajansı Başkanı, Türkiye Varlık Fonu Yönetim Kurulu Başkanı, Genel Müdürü ve yönetim kurulu üyeleri gibi üst düzey pek çok kamu görevlisi atanmaktadır.

Peki üst kademe kamu yöneticileri nasıl bir rol üstlenmektedir ve Cumhurbaşkanına neden bu yetki verilmektedir?

Üst kademe kamu yöneticilerine ilişkin Birleşmiş Milletlerin bir tanımlamasında, kamu kurum ve kuruluşların üst düzeylerinde görev yapan ve ana politikaların formüle edilmesiyle uğraşan, en üst düzeylerde politika konularında danışmanlık yapan, yönetsel politikaya ilişkin kararlar verme sorumluluğuna sahip olan ve bakanlar/bakanlıklar ya da yönetim kurulları tarafından belirlenen temel politikaları, işlemsel politikalar ve program kararlarına dönüştüren kişiler olarak tanımlanmaktadır.[37]

Üst kademe kamu yöneticileri tanımına bakıldığında kamu politikalarının oluşturulması, yürütülmesi ve kamu politikaları konusunda danışmanlık yapılması gibi son derede önemli roller üstlendikleri görülmektedir. Üst düzey bürokratların kamu politikaları sürecindeki bu etkin rolü, seçilmiş yöneticilerle ilişkilerinin ne kadar önemli olduğunu göstermektedir. Üst düzey bürokratlarla seçilmiş yöneticiler uyumlu ise demokratik yönetim sistemi sağlıklı bir şekilde

[37] United Nations, Report of the Interregional Seminar on the Development of Senior Administrators in the Public Service of Developing Countries, New Tork, 1969, p.4 (Aktaran: Önder, Murat, "Üst Düzey Yöneticilerin Yetiştirilmesi ve Geliştirilmesi: Bazı Ülkelerde ve Türkiye'de Durum", Türk İdare Dergisi, S. 409, 1995, s.134). (Birincil kaynağa ulaşılamadığı için aktarılmıştır).

işleyecektir. Ancak uyumsuzluk, mücadele ve hatta çatışma ilişkisi söz konusu ise o zaman demokratik siyasal sistemin temel işleyiş mantığı açısından ciddi bir kriz ortaya çıkacaktır. Atanmış bürokratlar istemediği kamu politikalarını engelleme, yavaşlatma, değiştirme, uygulamama, amaç ve hedeflerinden saptırma gibi davranışlar içerisine girebilir. Hatta seçilmiş yöneticilere kendi kamu politika önerilerini dikte edebilir. Bürokratların millet tarafından seçilmiş yöneticilere tabi olmaması, engellemesi, mücadele içerisine girmesi, kendine bürokratik iktidar alanları oluşturması millet iradesine dayanan demokratik yönetim sisteminin anlamını yitirmesine neden olacaktır. Bu nedenle başkanlık sisteminde üst düzey bürokratların seçilmiş yöneticilere tabi olmasını sağlamak açısından göreve gelme ve görevden alınma kuralları düzenlenmiştir. Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde de üst kademe kamu yöneticilerinin seçilmiş Cumhurbaşkanı tarafından atama ve görevden alma usulü benimsenmiştir.

Bürokrasi kamu hizmetlerinin sunumunda önemli bir rol üstlenmektedir.[38] Kamu hizmetlerinin sunumunda bürokrasinin önemi, kamu politikaları konusunda da etkili olmasını sağlamaktadır. Bürokrasinin sahip olduğu teknik bilgi ve uzmanlık ona kamu politikalarını etkileme konusunda önemli bir imkan sunmaktadır.[39] Bu durum bürokratları vazgeçilmez ve ayrıcalıklı bir konuma getirmektedir. Türkiye'de bürokrasi her zaman ayrıcalıklı bir konumda bulunmuştur.[40] Bürokrasinin siyasi yöneticilere bağlı ve onların emirlerini yerine getirmekle görevli bir organ olması gerekirken, siyasi yöneticilerle güç mücadelesine girişmiştir.[41] Bu nedenle Türkiye'de bürokrasi-siyaset ilişkisinde her zaman sorunlar yaşanmıştır. Bürokrasi bir türlü siyasi denetim altına alınamamış, iktidar ortağı gibi hareket etmiştir.

Seçilmiş siyasetçilerin atanmış bürokrasiye üstün olması gerekirken, Türkiye'de bürokrasi milletin oyuyla seçilen siyasilere üstünlük sağlamıştır.[42] Kendisini kalıcı, siyasetçileri geçici olarak görüp hareket eden bürokrasinin siyasetçilere uyum sağlamaması ve bürokrasi-siyaset arasında yaşanan çekişmeler kamu politikalarının oluşturulması ve uygulanması aşamalarında sorunlar yaşanmasına neden olmuştur. Türkiye'de bürokrasinin bu durumu kamu hizmetlerini yürütme de bir araç mı, yoksa uyulması gereken kuralları belirleyen bir efendi mi olduğu yönünde belirsiz durumlar ortaya çıkarmıştır.[43]

---

[38] Mercimek, Şehriban, "Bürokratik Vesayet Anlayışına Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi'nin Etkisi", Uluslararası Batı Karadeniz Sosyal ve Beşeri Bilimler Dergisi, C.2, S.2, 2018, s.132.

[39] Sobacı, Mehmet Z., "Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi ve Türkiye'de Bürokrasinin Dönüşümü", Yeni Türkiye Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi Ö. S., S.94, 2017, s.543.

[40] Mercimek, 2018, s.132.

[41] Eryılmaz, Bilal, *Kamu Yönetimi*, Umuttepe Yayınları, İzmit, 2017, 10. Baskı, s. 269.

[42] Mercimek, 2018, s.133.

[43] Mercimek, 2018, s.134.

Oysaki kamu hizmetlerinin ilke ve kuralları seçilmiş karar organları tarafından belirlenmektedir.[44] Bürokrasinin belirleyen değil uygulayan olması gerekmektedir.[45] Bürokrasi kamu politikalarının oluşturulması ve uygulanması sürecinde etkin olarak katılmakla birlikte temel fonksiyonu kamu politikalarının uygulamasını gerçekleştirmektir.[46] Ancak bürokrasi Türkiye'de bu konumundan sıyrılarak kamu politikalarının müzakere edilmesi ve karar aşamasında belirleyici aktör olmuştur.[47] Kamu politikaları süreçlerinde bürokrasi siyasetçilerden daha etkin ve baskın bir rol oynamıştır.[48] Metin Heper'e göre bürokrasinin Batıdakine benzer tarzda uygulayıcı konumuna indirgenmesi gerekmektedir.[49]

Türkiye'de Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemine kadar olan süreçte bürokrasinin rolü uygulayıcı konumunun çok ötesindedir. Bu süreçte kamu politikalarının oluşturulmasında ve uygulamasında bürokrasi etkili bir aktör olmuştur. Bürokrasi, hükümete rağmen ve hükümetten ayrı iktidar gücü kullanan bir yapıya dönüşmüştür. Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi ile birlikte Osmanlı Devletinden Türkiye Cumhuriyeti'ne devam edegelen bürokratik yönetim geleneği[50] değiştirilmek istenmektedir. Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde üst kademe kamu yöneticilerinin atanmasında getirilen yeni kurallarla, seçilmişlere siyaset dayatan bürokrasinin kendi doğal sınırlarına geriletilmesi amaçlanmıştır.[51] Cumhurbaşkanı'na verilen üst kademe kamu yöneticilerini atama-görevden alma yetkisiyle bürokratlar sivil iradeye bağlı hale getirilerek bürokratik vesayet önlenmek istenmiştir.[52]

Cumhurbaşkanı yeni sistemde kamu politikalarının belirlenmesi ve uygulanmasında stratejik pozisyonda bulunan üst düzey kamu yöneticilerini kendisi belirleyecek ve uyumlu çalışmamaları durumunda görevden alabilecektir.[53] Böylece kamu politikalarında önem arz eden seçilmiş-atanmış uyumu sağlanacaktır.

---

44 Çoker, Ziya, "Mülki İdare Amirleri, Bürokrasi ve Politika", Türk İdare Dergisi, S. 409, 1995, s.7.

45 Çoker, 1995, s.9.

46 Göküş, Mehmet, "Kamu Politikalarının Belirlenmesinde Bürokrasinin Rolü", Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Sayı:6, 2000 s.35-43.

47 Yılmaz, Nihat/Doğan, Kadir Caner/İnankul, Hakan, "Tek Parti İktidarı Döneminde (1923-1946) Bürokrasi ve Siyaset İlişkisinin Weberyan Değerlendirmesi", Atatürk Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi, C.27, S.3, 2013 s. 280.

48 Sobacı, 2017, s.544.

49 Yavuz, Mehmet, "Osmanlı-Türk Devleti'nde Bürokrasi Kurumunun Rolü: Heper ve Küçükömer Üzerinden Karşılaştırmalı Bir Analiz Denemesi", Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, S. 53, 2017 s.206.

50 Yavuz, 2017, s. 206.

51 Sobacı, Zahid, "Yeni Sistem ve Üst Kademe Yöneticiler", Sabah Gazetesi, 2018, (https://www.sabah.com.tr/yazarlar/perspektif/mehmet-zahidsobaci/2018/07/14/yeni-sistem-ve-ust-kademe-yoneticiler), (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 24 Haziran 2020).

52 Karatepe, Şükrü/Alkan, Haluk/Atar, Yavuz vd., (http: // www . memursen . org . tr / documents/cumhurbaskanikitap.pdf), (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 24.06.2020); Mercimek, 2018, s. 145.

53 Sobacı, 2017, s. 548.

ABD uygulanan başkanlık sisteminde de 1978 tarihli Kamu Hizmeti Reform Yasası'na göre üst düzey kamu yöneticileri başkan tarafından kendi programına uygun kişiler seçilmektedir.[54] Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde de Amerika sisteminde olduğu gibi başkanla gelip giden üst düzey kamu yöneticileri uygulamaya geçirilmiş olacaktır.[55]

Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde bu yöneticiler ayrıca özel sektörden başarılı kişiler arasından da transfer edilebilecektir. Türkiye özel sektördeki CEO'lar gibi görev yapacak kişiler söz konusu olabilecektir. Hükümet ile gelip hükümet ile giden üst kademe kamu yöneticileri olacaktır. Aktif, verimli ve etkin çalışamayan kişiler kamuda yer alamayacak ve devlet kadrolarında kalma garantisine sahip olmayacaklardır. Bu durum kamu hizmetlerinde kaliteyi beraberinde getirerek kamu yönetiminin gelişimine katkı sağlayacaktır.[56]

III. Cumhurbaşkanlığı Politika Kurulları ve Ofisler

ABD Başkanlık sisteminde Başkanın yürütme ofisleri olarak adlandırılan bir teşkilat bulunmaktadır. Bu yapı içerisinde Yönetim ve Bütçe Ofisi, Ulusal Güvenlik Konseyi, Ekonomik Danışmanlar Konseyi, Ulusal Uyuşturucu Kontrol Politikaları Ofisi, Bilim ve Teknoloji Politikaları Ofisi ve Çevre Kalitesi Konseyi bulunmaktadır.[57] Başkanın yürütme ofisi, yetki ve görevlerinde başkana yardımcı olmakta ve kendi görev alanıyla ilgili kararların yerindeliğini ve etkinliğini sağlamaktadır. Ayrıca kamu kurum ve kuruluşlarının yönetilmesinde ve uyum içinde çalışmasında da etkili olmaktadır. Amerikan Anayasası'nda bu ofislerin çalışma yöntemiyle ilgili açık bir düzenleme bulunmamakta ama genellikle Başkan tarafından verilen emirlerle hareket etmektedirler.[58]

Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde başkanlık sistemine benzer şekilde politika kurulları ve ofisler oluşturulmuştur. Cumhurbaşkanlığı teşkilatında kurmay birimler ile kurumsal ve idari işleri yürüten yardımcı birimler bulunmaktadır. Politika kurulları ve ofisler kurmay birimler olarak Cumhurbaşkanı'nın kamu politikası oluşturma ve uygulama kapasitesini geliştirme amacıyla oluşturulmuştur.[59] Cumhurbaşkanlığı sisteminde ofisler, kurullar ve

---

54 Demir, Fatih, "Bürokrasi-Demokrasi İlişkisi ve Bürokratların Seçilmişlerce Kontrolü Sorunu", Yönetim ve Ekonomi Dergisi, C.18, S.2, 2011, s.80.

55 Kutlu/Kahraman, 2017, s.22.

56 (https://www.milliyet.com.tr/siyaset/devlette - cift - basli - yonetim - olmaz - 1619594), (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 10.03.2020).

57 (https://www.whitehouse.gov/the-trump-administration/), (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 11.05.2018).

58 Coşkun, Bayram\Pank, Çiğdem, "Başkanlık Sisteminde Başkanla İdari Yapı Arasındaki İlişki ve Türkiye İçin Değerlendirmeler", Van Yüzüncü Yıl Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Özel S.4, 2017, s. 73.

59 Sobacı/Miş/Köseoğlu, 2018, s.2.

bakanlıkların rollerinin aşağıdaki şekilde tasarlanmış olduğu ifade edilebilir:[60]

Ofisler : Politika ön araştırma ve hazırlık

Kurullar : Politika oluşturma ve geliştirme

Bakanlıklar : Politika uygulama

Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde kamu politikası oluşturma sürecinin değiştiği ve yeni aktörlerin politika oluşturma sürecine güçlü bir şekilde katıldığı görülmektedir.[61] Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde bakanlıklar alt düzey politikaların yapımında rol alıp daha çok uygulayıcı ve denetleyici bir işlevi yerine getirecektir.[62] Bakanlıklar yeni sistemde ofis ve kurullar tarafından belirlenen politikaları uygulayan,[63] politikaların yürütülmesine odaklanan icracı birimlere dönüşeceklerdir.[64] Konuyla ilgili 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi 503. maddede Bakanların, bakanlık hizmetlerini mevzuata, Cumhurbaşkanının genel siyasetine, Cumhurbaşkanı karar ve talimatlarına, kalkınma planlarına ve yıllık programlara uygun olarak yürütmekle, bakanlığın faaliyet alanına giren konularda diğer bakanlıklarla işbirliği ve koordinasyonu sağlamakla görevli ve Cumhurbaşkanına karşı sorumlu olduğu belirtilerek bakanlıkların politika yapıcı rolleri yerine politika yürütücü/uygulayıcı rollerine vurgu yapılmıştır.

Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde 9 adet politika kurulu oluşturulmuştur.

- Bilim, Teknoloji ve Yenilik Politikaları Kurulu,
- Eğitim ve Öğretim Politikaları Kurulu,
- Ekonomi Politikaları Kurulu,
- Güvenlik ve Dış Politikalar Kurulu,
- Hukuk Politikaları Kurulu,
- Kültür ve Sanat Politikaları Kurulu,
- Sağlık ve Gıda Politikaları Kurulu,
- Sosyal Politikalar Kurulu,
- Yerel Yönetim Politikaları Kurulu.

---

60 Akman, 2019, s. 664.
61 Akman, 2019, s. 664.
62 Sobacı/Miş/Köseoğlu, 2018, s.4.
63 Akman, 2019, s. 664.
64 Köseoğlu, Özer, "Kamu Politikalarında Yeni Aktörler ve Değişen Roller", Kriter Dergisi, 2017, S.13.

Cumhurbaşkanı, kurulların başkanıdır. Kurullar en az üç üyeden oluşur. Kurul üyeleri Cumhurbaşkanınca atanır. Cumhurbaşkanı kurul üyelerinden birini başkanvekili olarak görevlendirir.[65]

Kurulun başkanının Cumhurbaşkanı olarak belirtilmesi ve üyelerden birinin başkanvekili olarak görevlendirilmesi kurulun çalışmalarındaki etkinliği sınırlandırabilir. Çünkü Cumhurbaşkanının kurul başkanı olarak bütün kurulların toplantılarına aktif olarak katılabilmesi ve politika oluşturma süreçlerini etkili bir şekilde takip edebilmesi, üstlendiği görevler itibariyle düşünüldüğünde oldukça zor görünmektedir. O nedenle Cumhurbaşkanının kurulların doğal başkanı olması ve kurul üyelerinden birinin kurul başkanı olarak düzenlenmesi faydalı olabilir. Bu süreçte kurul üyelerinin, kurul başkanı liderliğinde politika oluşturma ve kurumlararası ilişkileri yürütme ve yönetmesi daha verimli sonuçlar doğurabilir.

Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile politika kurullarının genel görev ve yetkileri aşağıdaki şekilde belirlenmiştir.

-Cumhurbaşkanınca alınacak kararlar ve oluşturulacak politikalarla ilgili öneriler geliştirmek.

-Geliştirilen politika ve strateji önerilerinden Cumhurbaşkanınca uygun görülenler hakkında gerekli çalışmaları yapmak.

-Küresel rekabetin getirdiği ani değişimlere karşı strateji ve politika önerileri geliştirmek,

-Görev alanlarına giren konularda kamu kurum ve kuruluşlarına görüş vermek.

-Görev alanlarına giren konularda Bakanlıklar, kurum ve kuruluşlar, sivil toplum ve sektör temsilcileri, alanında uzman kişiler ve ilgili diğer ilgililerin görüşünü alarak uygulanan politikaları ve gelişmeleri izlemek, yapılan çalışmalarla ilgili Cumhurbaşkanına rapor sunmak.

-Cumhurbaşkanı programına uygunluk açısından, bakanlıklar ile kurum ve kuruluşların uygulamalarını izlemek ve Cumhurbaşkanına rapor sunmak.

-Bakanlıklar, kurum ve kuruluşlar, sivil toplum ve sektör temsilcileri, alanında uzman kişiler ve ilgili diğer ilgililerin davet edilmesi suretiyle genişletilmiş kurul toplantıları yapmak.

-Görev alanlarına giren konularda talep, ihtiyaç ve etki analizi yapmak ve/veya yaptırtmak.

-Cumhurbaşkanınca verilen diğer görevleri yapmak.

Politika kurullarının genel olarak görev ve yetkilerini düzenleyen bu kuralların yanında her politika kurulunun özel görev ve yetkilerini

---

[65] Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, 10.07.2018 ve 30474 Sayılı Resmi Gazete, Md.21.

düzenleyen kurallar 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Karanamesinde yer almaktadır. Politika kurullarının görev ve yetkilerinin düzenlenmesinde genel görev ve yetkilerin belirtilmesi ile yetinilmemesi, özel olarak herbir kurulun görev ve yetkilerinin ayrıntılı olarak düzenlenmesi, nitelikleri itibariyle oldukça farklı alanlarda faaliyetler yürütecek politika kurullarının çalışmalarını düzenlemek konusunda önemli katkılar sunacaktır.

Politika kurullarının görev ve yetkilerinin icrai nitelikte mi yoksa istişari nitelikte mi olduğu konusunun da tartışmalı olduğu görülmektedir. Politika kurullarının parlamenter sistemde bulunanan şura ve kurullardan çok daha fazla ve farklı nitelikte görev ve yetkileri bulunmaktadır. Politika kurullarının bakanlıkların, kurum ve kuruluşların faaliyetlerini izleyebilmesi, denetleyebilmesi klasik bir danışma kurulu olmadığını açıkça göstermektedir. Bu nedenle, politika kurullarının politika yapımı konusunda istişari, politikaların uygulanması sürecinde ise icrai bir rol üstlendiği görülmektedir.[66]

Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde politika kurulları kendi alanlarıyla ilgili politika oluşturma ya da geliştirme işlevini yerine getirecektir.[67] Politika kurulları ilgili oldukları alanda politika üretme ve üretilen politikaların uygulama sürecini izlemek üzere kurulmuşlardır.[68] Politika kurulları aynı zamanda küresel rekabetin getirdiği ani değişimlere karşı strateji ve politika önerileri oluşturmakla görevlendirilmiştir. Türkiye'nin alanında öncü isimlerinin uzmanlık ve politik birikimi yüksek kişilerle biraraya getirerek oluşturulan kurullar, Türkiye'nin birikiminin devlet üst yönetiminde kullanılması açısından önemli bir hamle olarak değerlendirilmektedir. Politika kurullarında bilim insanlarının yoğunlukta olması devlet aklının siyasetçi-bürokrat boyutuna, bilimsel boyutun da eklenmekte olduğuna işaret etmektedir.

Tablo 1: *Politika Kurulu Üyelerinin Bilim İnsanı Profili*

Politika Kurulları Toplam Üye Sayısı	Politika Kurulları Toplam Bilim İnsanı Sayısı	Bilim İnsanı Üye Sayısının Toplam üye Sayısı İçerisindeki Yüzdesi
76	44	% 57,8

[66] Erol, Ömer Faruk, "Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Politika Kurulları", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.26, S.1, 2020, s.115.

[67] Akıncı, Berat, "Türkiye'de Kamu Politikası Oluşturma Sürecinde Yeni Aktör: Cumhurbaşkanlığı Politika Kurulları", OPUS Uluslararası Toplum Araştırmaları Dergisi, C.9, S.16, 2018, s.2139; Akman, 2019, s. 664.

[68] Turan, A. Menaf, "Türkiye'nin Yeni Yönetim Düzeni: Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi", Social Sciences Research Journal, C.7, S.3, 2018, s. 63.

Yukarıda yer alan tablo politika kurullarında yaklaşık %60 oranında bilim insanı bulunduğunu göstermektedir. Diğer politika kurul üyelerinden bazılarının da doktora aşamasında çalışmalarına devam ettiği özgeçmişlerinden anlaşılmaktadır. Ancak bu kurulların bilim kurulu olmadığı, politika kurulu olduğu dikkate alınarak alanlarında çok önemli faaliyetler yürüten kişilerin de politika kurulu üyesi olarak atandığı görülmektedir.

Tablo 2: *Politika Kurullarında Bilim İnsanı Profili*

Politika Kurulu Adı	Toplam Üye Sayısı	Bilim İnsanı Üye Sayısı	Bilim insanı Üye Sayısı Yüzdesi
Güvenlik ve Dış Politikalar	7	6	85,7
Sosyal Politikalar	12	10	83,3
Bilim, Teknoloji ve Yenilik	5	4	80
Sağlık ve Gıda	7	5	71,4
Eğitim ve Öğretim	9	6	66,6
Yerel Yönetim	10	5	50
Ekonomi	10	4	40
Hukuk	7	2	28,5
Kültür ve Sanat	9	2	22,2

Politika kurulları faaliyet alanları açısından da incelendiğinde bilim insanı üye sayısının kurulun faaliyet alanına uygun olarak değişkenlik gösterdiği görülmektedir. Güvenlik ve dış politikalar, sosyal politikalar, bilim, teknoloji ve yenilik, sağlık ve gıda, eğitim ve öğretim politikaları gibi bilimsel yoğunluğu yüksek alanlarda bilim insanı üye sayısı oldukça yüksek olurken yerel yönetim, ekonomi, kültür ve sanat gibi uygulama, uzmanlık ve tecrübe birikiminin yoğun olduğu alanlarda bilim insanı üye sayısı azalış göstermektedir. Hukuk politikaları kurulunda ise üyelerin tamamı hukukçudur. Hukukla ilgili farklı alanlarda tecrübe ve birikime sahip oldukları dikkati çekmektedir.

Politika kurullarının Cumhurbaşkanı programına uygunluk açısından, bakanlıklar ile kurum ve kuruluşların uygulamalarını izlemek ve Cumhurbaşkanına rapor sunmak görevi, kurulların bürokratik yapıdaki rolünü daha çarpıcı bir hale getirmektedir. Cumhurbaşkanının siyasal sorumluluğa sahip bir yönetici olarak bakanlıkların, kurum ve kuruluşların faaliyetlerinden haberdar olması ve faaliyetlerinin Cumhurbaşkanı programına uygunluğunun sağlanması oldukça önemli bir ihtiyaçtır. Cumhurbaşkanı faaliyetlerini bilmediği bir örgütlenmeyi yönetemez. Bu bağlamda politika kurulları yönetim faaliyeti açısından

son derece önemli bir gerekliliği yerine getirirken öte yandan seçilmiş yöneticilerden bağımsız işleyen bir bürokratik yönetime düşülme tehlikesini de önleyici bir rol üstlenmektedir.

Politika kurullarının çalışma usul ve esasları 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi 33. maddesinde düzenlenmiştir. Bu madde politika kurulları ile ilgili önemli bilgiler vermektedir. Politika kurulları, alanlarında doğrudan Cumhurbaşkanı ile çalışır ve Cumhurbaşkanının talimatlarını yerine getirir. Bu düzenleme kurulların sistemdeki rolünü açıklığa kavuşturmaktadır. Kurulların bakanlıklarla ve idari kurumlarla çatışmasının önlenmesi açısından kurulların doğrudan Cumhurbaşkanına bağlı olduğu ve onun talimatlarını yerine getirdiği belirtilmiştir. Ancak bu düzenlemenin politika kurullarının bakanlıklarla ve diğer idari kurumlarla çatışma riskini ortadan kaldırma durumu belirsizdir. Aynı alanda roller üstlenen kurumlarla politika üretici-politika uygulayıcı ilişkisi kurulması, kurumlararası ilişkilerde zorlayıcı bir süreçtir ve çatışma potansiyeli taşımaktadır. Bu ilişkilerin yönetimi açısından Cumhurbaşkanı Yardımcıları önemli roller üstlenebilir.

Politika kurullarının görev alanına giren konularda bakanlıklar, kamu kurum ve kuruluşları, kamu iktisadi teşebbüsleri ve kamu kurumu niteliğindeki kuruluşlar ile yakın işbirliği içinde çalışacağı belirtilirken görev alanlarıyla ilgili toplantı ve çalışmalarada; bakanlıklar, kamu kurum ve kuruluşları, sivil toplum ile özel sektör temsilcileri, akademisyenler ve yerli veya yabancı uzmanlar davet edilebileceği ifade edilmektedir. Bu düzenlemelerle kurulların kamu aktörleriyle yakın işbirliği düzenlenmişken diğer taraftan sivil toplum, özel sektör, bilim insanları ve uzmanların toplantı ve çalışmalara davet edilebileceği benimsenmiştir. Dolayısıyla kurullar çok aktörlü bir politika oluşturma sürecinin merkezinde yer almaktadır. Politika kurullarının oldukça önemli ve zorlu bir görevi yüklendikleri görülmektedir. Bu görevin başarıyla yerine getirilebilmesi açısından kurul üyelerinin nitelikleri, sayıları ve kurul başkanvekilinin rolü büyük önem taşımaktadır. Kurul üye sayısı en az 3 olarak belirtilmiş ve üst sınırı belirtilmemiştir. Kurulların sadece 3 üye ile oluşturulması görevlerini yürütmesini zorlaştırabilir. Kurulların görevlerini gereği gibi yapabilmeleri açısından en az 7 üye bulunması daha yararlı sonuçlar doğurabilir. Politika kurullarına yapılan atamalarda da 3 üyeli hiçbir politika kurulu bulunmadığı görülmektedir. Aşağıdaki tabloda politika kurulu sayısı ile üye sayısı ilişkisi gösterilmektedir.

Tablo 3: *Politika Kurullarında Üye Sayıları*

Politika Kurulu Sayısı	Üye Sayısı
1	5
3	7
2	9
2	10
1	12

Politika kurulları, Cumhurbaşkanlığı teşkilat yapısı içerisinde yeni ve önemli bir aktördür. Politika kurullarının avantajları; Cumhurbaşkanı ile doğrudan çalışma, bürokrasiyi engelleme, bakanlıklar ile birlikte çalışma ve politika oluşturma ya da geliştirme sürecine ilgili paydaşların katılımını sağlama olarak ifade edilebilir.[69]

Kamu politikası oluşturma ve geliştirme sürecinde etkili ve uzman bir aktör olarak politika kurullarının oluşturulması kamu politikaları açısından çok önemli bir gelişmedir. Kamu politikalarının oluşturulması sürecinde yaşanan aksaklıkları, eksiklikleri ve sorunları gidermek açısından büyük bir fırsat sunmaktadır. Geçmişte kamu politikası oluşturma sürecinin en önemli aktörleri olarak bürokratlar ön plana çıkmaktaydı. Bilhassa bakanlık bürokratları kamu politikalarının oluşturulması sürecinde etkili olmaktaydı. Teknik bilgi ve uzmanlık gücüne dayanan bürokratlar dar bir çerçeve içinde kalmakta ve politikalarını siyasal aktörlerin güçsüz bırakılmasından da yararlanarak bakanlara ve hükümete de kabul ettirebilmekteydi. Cumhurbaşkanlığı sisteminde bürokratların sınırlı çerçeveden politika üretme sürecini, çok daha geniş bir çerçeveye taşıyan kurullar, diğer kamu aktörleri, özel sektör, sivil toplum, bilimsel birikimden de yararlanacaktır. Bu süreç iyi yönetilebilirse, kamu politikaları oluşturma sürecinde yapılan yanlışlıklar ve toplumdan kopuk bürokratik yönetimin yerine toplumu duyan, sorunlarına çözüm üreten, bilimsel gelişmeleri anlık takip eden, stratejiler belirleyen ve bilimsel yenilikler geliştiren bir yönetim anlayışı hayata geçirilebilir.

Ofisler ise, başkanlık sistemiyle yönetilen ülkelerde başkana bağlı olarak faaliyet gösteren önemli bir örgütlenmedir. Ofislerin genellikle kendi uzmanlık alanında kamu politikalarının oluşturulması için gerekli veri ve bilgiyi topladığı, saha bilgisinin üretimini gerçekleştirdiği, buna dayalı olarak uygun politika alternatiflerini geliştirerek, politika ve karar taslakları oluşturarak başkana raporladığı görülmektedir. Bazı ülkelerde ise, ofislere uygulamayı koordine etme ve değerlendirme görevleri de verilebilmektedir. Ofisler üstlenmiş olduğu görevlerle, başkanın kamu politikası oluşturma ve uygulama kapasitesinin geliştirilmesinde rol almaktadır.[70]

Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde politika kurulları dışında bir de Cumhurbaşkanlığına bağlı özel bütçeli, kamu tüzel kişiliğini haiz, idari ve mali özerkliğe sahip olmak üzere 4 ofis oluşturulmuştur.

- Dijital Dönüşüm Ofisi,
- Finans Ofisi,
- İnsan Kaynakları Ofisi
- Yatırım Ofisi

---

[69] Akman, 2019, s. 664.
[70] Sobacı, 2018 s.3.

Ofisler, politika kurulları gibi danışma, görüş bildirme gibi işlevleri yerine getirmektedir. Ancak politika kurullarından farklı olarak tüzel kişilikleri bulunmaktadır.[71] Ofislerin tüzel kişiliğinin bulunması ve faaliyet konuları değerlendirildiğinde tüzel kişiliğe sahip olmalarının gerekli olmadığı akademik yazında ifade edilmiştir. Ofislerin görev ve yetkilerinin Cumhurbaşkanı ile ilişkisi açısından hiyerarşi ilişkisi olarak adlandırılmasının mümkün olduğu, ancak tüzel kişilik varlığı nedeniyle idari vesayet ilişkisi kurulması gerektiği ifade edilmektedir. Bu soruna çözüm önerisi olarak iç işleyişinde hiyerarşi ilişkisi, proje-araştırma gibi faaliyetler yürütürken sıkı idari vesayet ilişkisi kurulabileceği belirtilmektedir.[72]

Dijital dönüşüm ofisi; kamunun dijital dönüşümüne ve yapay zeka uygulamalarına öncülük etmek, yerli ve milli dijital teknolojiyi kamuda kullanımının artırılması yoluyla geliştirmek, siber güvenlik ve bilgi güvenliğini artırıcı projeler geliştirmek, kamuda büyük veri ve gelişmiş analiz çözümlerinin etkin kullanımına yönelik stratejiler geliştirmek ve uygulamalara öncülük etmek, e-devlet hizmetlerinin sunumuna aracılık etmekle görevlendirilmiştir. Ancak görevleri arasında politika kurullarında olduğu gibi görev alanına giren konularda politika ve strateji önerilerinde bulunmakta vardır. Dijital dönüşüm konusunda teknik bilgi ve uzmanlığı oldukça yüksek bu ofise, strateji ve politika önerme yetkisinin de verilmesi dijital yeniliklerin çok hızlı olduğu bu alanda gelişmenin sağlanması açısından oldukça yararlı bir düzenleme olmuştur.

Dijital Dönüşüm Ofisinin hizmet birimleri olarak oluşturulan Dijital Dönüşüm Koordinasyon, Dijital Teknolojiler, Tedarik ve Kaynak Yönetimi, Dijital Uzmanlık, İzleme ve Değerlendirme, Siber Güvenlik, Büyük Veri ve Yapay Zekâ Uygulamaları, Bilgi Teknolojileri gibi dairelerin isimleri ve görevleri açısından bakıldığında yönetsel alanda çok önemli faaliyetlerin bir ofis çatısı altında toplanıp bütün kamu kurum ve kuruluşlarına hitap edecek şekilde düzenlenmesi önemli fırsatlar sunmaktadır. Bu yeni örgütlenme modelinin, bir bakanlık çatısı altında toplanan faaliyetlerin diğer bakanlık örgütlerine, kamu kurum ve kuruluşlarına yönelik yeterince etkili olamaması problemine çözüm getirecek nitelikte olduğu değerlendirilmektedir.

Finans ofisi; ulusal ve uluslararası bankacılık ve finans sektörünü izlemek ve analiz ederek raporlamak, Türkiye'nin finans piyasaları içindeki konumunu raporlamak, finans kaynaklarının çeşitlendirilmesini sağlamak, uluslararası fonların Türkiye'ye gelmesini sağlayıcı çalışmalar yapmak, İstanbul finans merkezi projesini yürütmekle görevlendirilmiştir. Finans ofisi dünyada çok önemli olan bir alanda

---

[71] Üstün, Gül, "Cumhurbaşkanlığı Ofislerinin İdari Teşkilattaki Yeri", Cumhurbaşkanlığı Sisteminde Yürütme Sempozyum Bildiri Kitabı, Marmara Üniversitesi Yayınevi, İstanbul, 2019, s.31.

[72] Üstün, 2019, s.33-34.

yüksek teknik bilgi ve uzmanlık ile faaliyet yürütmek üzere oluşturulmuş son derece önemli bir kurumdur. Böyle önemli bir alanda Cumhurbaşkanına bağlı olarak faaliyet yürütecek uzman bir kurumun oluşturulması konuya verilen önemi göstermektedir.

İnsan kaynakları ofisi; Türkiye'nin insan kaynakları envanterini çıkarmak ve ihtiyaç duyulan alanlarda yetenek gelişim faaliyetlerini yürütmek, Türkiye'nin vizyonu, hedefleri ve öncelikleri doğrultusunda insan kaynağının geliştirilmesini sağlamaya yönelik projeler üretmek, özel yeteneklerin keşfini sağlamak ve yetenek yönetimi projelerini yürütmek, politika kurullarının önceledigi alanlarda küresel düzeyde insan kaynağının tespitini yaparak milli projelere kazandırılmasını sağlamak, kamuda kariyer yönetimi, performans yönetimi ve diğer modern insan kaynağı yönetim modellemelerinin hayata geçirilmesi için projeler geliştirmek, kamu istihdamında liyakat ve yetkinliğin artırılması için gerekli projeleri üretmek ve çalışmalar yapmak ve verimliliğin artırılması için insan kaynakları planlamasına yönelik çalışmalar yapmakla görevlendirilmiştir. Türkiye'nin insan kaynaklarının ihtiyaçlara ve önceliklere göre planlanması, geliştirilmesi, kullanılması konusunda büyük bir ihtiyaca cevap verecek olan bu ofis kamu personelinin kariyer ve performans gelişimi açısından büyük bir boşluğu dolduracak nitelikte tasarlanmıştır. Türkiye'nin insan kaynakları yönetiminde ülke çapında ve doğrudan yürütmenin en tepesindeki Cumhurbaşkanına bağlı olarak oluşturulan bu ofisin yapacağı çalışmaların ülke çapında uygulanması açısından ciddi bir avantaja sahip kılındığı görülmektedir.

İnsan Kaynakları Ofisinin dairelerinin isim ve görevleri açısından incelendiğinde Türkiye'de planlama, yetiştirme, yetenekleri ülkeye kazandırma konularında yurtiçinde-yurtdışında ülkenin bütün insan kaynağını yürütmenin en tepesinden alınacak ve bütün kamuyu hatta özel sektörü kapsayacak şekilde düzenlenen etkili bir örgütlenme niteliğinde tasarlanmış olduğu dikkati çekmektedir.

Yatırım ofisi; ülkenin ekonomik kalkınmasında ihtiyaç duyulan yatırımların artırılması için Türkiye'de yatırım yapılmasını özendirmeye yönelik çalışmalar yapmak, kamu kurum ve kuruluşları ve özel sektör kuruluşlarınca yürütülen uluslararası düzeydeki yatırım ortamı tanıtım faaliyetleri kapsamında kurum ve kuruluşlar arasında koordinasyon sağlamak, yatırımcıların karşılaşabilecekleri engel ve sorunları tespit ederek sorunların çözümü konusunda ilgili merciler nezdinde girişimde bulunmak, Türkiye'de yatırımların artırılmasına katkı sağlayacak her türlü bilgi ve veriyi oluşturmak veya ilgili kurum ve kuruluşlardan toplamak, güncellemek ve dağıtmak, yatırım ortamının iyileştirilmesine ilişkin reform sürecine katkı sağlamak, bu kapsamda öneriler geliştirmek, ulusal düzeyde yatırım destek ve tanıtım stratejisini belirlemek ve uygulanmasını takip etmek, yatırımlara ilişkin izin ve onay işlemlerinin tamamlanmasında destek sağlamak üzere ilgili kurum ve kuruluşlar nezdinde bu işlemleri takip etmekle görevlendirilmiştir. Yatırım ofisinin görevlerine bakıldığında, yatırımı teşvik edici çalışmalar

yapmak ve yatırımcıların sürekli şikayet ettikleri bürokratik zorluklar ve diğer sorun alanlarında yatırımcılara ihtiyaç duydukları desteği sağlamak üzere kurulmuş yatırımcıya yardımcı ve yatırımı destekleyici bir kurum olduğu dikkati çekmektedir.

24.10.2019 tarihinde çıkarılan 48 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile ofislerin merkezinin Ankara olduğu ve ofislerin gerekli görmesi halinde yurtiçinde ve yurtdışında çalışma bürosu açabileceği kuralı 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesine eklenmiştir.

Ofisler başkanlık şeklinde düzenlemiştir. Ofisleri Cumhurbaşkanı tarafından atanan başkanlar yönetecektir. Ofisler için başkanlık sisteminin benimsenmesi, yetki ve sorumluluk boşluğu olmamasını sağlayan, kurum personelinin yöneticisini bildiği, yönetsel işleyiş açısından oldukça yararlı bir düzenleme olarak değerlendirilmektedir.

24.10.2019 tarihinde çıkarılan 48 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile Dijital Dönüşüm Ofisi Başkanının Kamu Dijital Dönüşüm Lideri olduğu düzenlenmiştir. Burada da kamuda dijital dönüşümün sağlanması konusunda yetkiler bir liderlik/başkanlık çatısı altında toplanarak farklılıklarına, hiyerarşilerine, tüzel kişilik gibi özelliklerine bakılmaksızın bütün kamu kurum ve kuruluşları dijital dönüşüm liderine tabi olarak eşgüdüm içerisinde hareket etmesi düzenlenmiştir. Yönetsel başarının sağlanması açısından yetkinin dağılıp etkisizleşmemesi, sorumluluğun kimde olduğunun belli olması, personelin emir-komuta birliği içerisinde yönetilmesi, misyon, vizyon, stratejik plan ve hedeflerin belirli olması gibi yönetim ilkelerine uyumlu bir örgütlenmenin ofislerde oluşturulduğu görülmektedir.

Ofislerin politika kurullarından farklı olarak teknik bilgi ve uzmanlık boyutu oldukça yoğun alanlarda bilgi birikimi oluşturmak, proje geliştirmek, koordinasyon sağlamak, alanları ile ilgili politikaların yürütülmesi sürecinde aktif rol almak gibi görevler üstlendiği görülmektedir.

Ofisler Cumhurbaşkanı ile birebir çalışarak bürokrasiye takılmadan Cumhurbaşkanı'nın öncelikleri doğrultusunda kendi alanlarıyla ilgili projeleri yönetecektir Ofislerin icrai niteliği de bulunacaktır.[73] Bu ofisler genel olarak politika oluşturma sürecinde önemli olan, ön araştırma ve hazırlık faaliyetlerini yerine getireceklerdir.[74] Ancak ofislerin faaliyetlerini bunlarla sınırlamak mümkün değildir. Alanlarında kamu kurumlarına öncülük etme, kurumlararası koordinasyonu sağlama, projeler geliştirme-yürütme, stratejiler oluşturma, raporlama yapma, bürokratik süreçlerdeki sorunları tespit etme ve çözme gibi icrai boyutları da bulunan etkin bir rol üstlenmektedirler.

---

[73] Sobacı, 2018, s.3.
[74] Akman, 2019, s. 664.

IV. Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle Kamu Yönetiminde Hızlı Düzenlemeler

Başkanlık sistemine göre tasarlanan Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde, başkanlık sisteminde başkana uygulamak istediği politikaları gerçekleştirilebilmesi için verilen yürütme emirlerine (executive order)[75] benzer şekilde Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarma yetkisi verilmiş bulunmaktadır.

ABD'de yürütme kararnamesi olarak tanımlanan uygulama, ABD Anayasasında veya herhangi bir kanunda düzenlenmemiştir. Ancak bu yetki, ABD Anayasası'nın 2. maddesinde yer alan "Yürütme yetkisi ABD Başkanı'na aittir" ibaresine dayandırılmaktadır.[76]

Cumhurbaşkanlığı kararnamesi 2017 Anayasa değişikliğinden öncede bulunmasına rağmen, sadece Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğinin kuruluş, teşkilat ve çalışma esasları ile personel atama işlemlerinin düzenlenmesi konularıyla sınırlandırılmıştı. Cumhurbaşkanlığı sistemiyle kabul edilen Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ise, isim benzerliği olmakla birlikte, aynı anlam ve sınırları içermediği[77] ifade edilmektedir. Cumhurbaşkanının bu kararname yetkisi, bizzat Anayasa tarafından verilmiş[78] ve yürütme yetkisine ilişkin konularla sınırlandırılmıştır. Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin denetiminin ise, Anayasa Mahkemesi tarafından yapılması kabul edilmiştir.[79]

Cumhurbaşkanlığı kararnamelerini yargısal yönden denetleme yetkisinin özel olarak Anayasa Mahkemesine verilmesi bu kararnamelerin yasama işlemi niteliğinde olduğu anlamına gelmeyecektir. Çünkü bu kararnameler, kanunları değiştiremediği veya yürürlükten kaldıramadığına göre yasama işlemi niteliğinde değil, idari düzenleme mahiyetindedir. Burada yapılan aslında bir idari makam olan Cumhurbaşkanına asli idari düzenleme yetkisi tanınmasıdır. Anayasanın yürürlükten kaldırılan 107. maddesinde Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği için Cumhurbaşkanına tanınmış olan asli idari

---

[75] Gülener, Serdar/Miş, Nebi, "Cumhurbaşkanlığı Sistemi", SETA, 2017, s.13, (https://setav.org/assets/uploads/2017/02/AnalizCumhurbaskanligiSistemi.pdf), (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 5 Mayıs 2018).

[76] Akçakaya, Murat\Özdemir, Abdülkadir, "Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi ve Siyasal İstikrar", Üçüncü Sektör Sosyal Ekonomi Dergisi, C.53, S.3, 2018, s. 930.

[77] Ardıçoğlu, Artuk M., "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi", Ankara Barosu Dergisi, S.3, 2017, s. 37; Çolak, Çağrı D., "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi Yetkisinin Amerikan Sistemi Üzerinden Karşılaştırmalı Analizi", Strategic Public Management Journal, C.3, Özel Sayı, 2017, s. 56.

[78] Duman, Berat, "Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri; Hukuki Niteliği, Rejimleri, Denetimi ve Mukayeseli Hukukta Yeri", Hukuk Fakültesi Dergisi, C.5, S. 2, 2019, s. 564.

[79] Alkan, Haluk, (https://www.star.com.tr/acik - gorus / cumhurbaskanligi- sistemi -- 7cyasama-alanini-daraltiyor-mu-haber-1180972/), (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 11 Mart 2019); Gülener/Miş, 2017, s. 13.

düzenleme yapma yetkisi kanunla düzenlenmeyen diğer konular için de belli sınırlar dahilinde genişletilmiş olmaktadır.[80]

Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin sınırları aşağıda gösterilmektedir.

- Cumhurbaşkanı, yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir.

- Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenemez.

- Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz.

- Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz.

- Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde, kanun hükümleri uygulanır.

- Türkiye Büyük Millet Meclisinin aynı konuda kanun çıkarması durumunda, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümsüz hale gelir.

Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile yukarıdaki sınırlamalara tabi olmak üzere hukuk kuralları hiyerarşisinde kanunun hemen altında konumlanan bir şekilde yürütmeye asli ve özerk bir düzenleme alanı bırakılmıştır. Temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması, idari suç ve ceza konulması ve vergi veya benzeri mali yükümlülük getirilmesi gibi hassas konular dışında, özellikle ekonomik konular gibi acil hareket edilmesi gereken hallerde yürütmeye asli ve özerk bir düzenleme alanı bırakılması isabetli bir gelişmedir ve Türk kamu hukuku sisteminde ciddi bir reform mahiyetindedir.[81]

Türkiye'de geçmişte uygulanan parlamenter sistemde Bakanlar Kurulu tarafından kanun hükmünde kararname, tüzük ve yönetmelik çıkarılmaktaydı. Kanun hükmünde kararname yasama yetkisinin devri niteliğinde değerlendirilmekte olan ve kanunları değiştirebilen, yürürlükten kaldırabilen, kanuna eşit hukuki güce sahip bir düzenlemeydi. Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde ise, kanun hükmünde kararname ve tüzük tamamen kaldırılmakta ve Cumhurbaşkanına, kanuna eşit hukuki güçte olmayan Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarma ve yönetmelik yapma yetkisi verilmektedir.[82]

---

80 Ulusoy, Ali, (https://www.anayasa.gen.tr/ulusoy-anayasa-degisikligi.pdf), (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 21 Mart 2020).

81 Ulusoy, 2017, s. 7.

82 Coşkun\Pank, 2017, s. 78.

Cumhurbaşkanı tarafından çıkarılan kararnamelerle yürütme yetkisine ilişkin konularda düzenleme yapma, atama yapma, idarenin örgütlenme, görev ve yetki açılarından yeniden düzenlenmesi gibi konularda yetki verilmesi sistemin düzenli, uyumlu ve hızlı bir şekilde işlemesine katkı sağlayacaktır.[83] Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle bakanlıkların kurulması kaldırılması, görev ve yetkileri teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatları kurulması düzenlenebilecektir.[84] Kamu kurum ve kuruluşlarının kuruluş, görev, yetki ve sorumlulukları Cumhurbaşkanı tarafından çıkarılan kararnameyle belirlenebilecektir.[85] Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile verilen bu yetkiler Cumhurbaşkanının kamu kurum ve kuruluşları üzerindeki etkinliğini sağlayacaktır. Dolayısıyla kamu kurum ve kuruluşlarında söz sahibi artık Cumhurbaşkanlığı kurumu olacaktır.[86] Kamu kurum ve kuruluşlarının en üst amiri Cumhurbaşkanı olmaktadır.[87] Kamu kurum ve kuruluşlarında en üst amirin Cumhurbaşkanı olması rasyonel davranılması halinde kamu yönetimini daha etkin hale getirecektir.[88]

Yürütme organının görevini daha etkin ve verimli bir şekilde yerine getirebilmesi ve yetkilerini kullanabilmesi, yürütmenin politikalarını yürütmek için ihtiyaç duyduğu kanunların yasama organı tarafından çıkarılmasına bağlıdır. Yasama organının yasama faaliyetlerinde yetersiz kalması veya karar alamaması, Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde, sistemin tıkanmasına neden olmayacaktır. Çünkü bu tür durumlarda Cumhurbaşkanı, Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile sisteme işlerlik kazandırabilecektir.[89] Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, yürütmenin istediği kanunların çıkmasını istediği kanunların çıkmaması durumunda sistemdeki durgunluğu, gecikmeyi, tıkanmayı ortadan kaldırarak kamu politikalarının hızlı bir şekilde yürürlüğe girmesine imkan sağlayacaktır.

1982 Anayasası'nın kamu yönetimiyle ilgili olan kanunsuz emir kısmında da değişiklik yapılmıştır. Yeni sistemde kamu hizmetlerinde herhangi bir sıfatla çalışan kişinin, üstünden aldığı emri, yönetmelik, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, kanun ya da anayasa hükümlerine aykırı görürse yerine getirmez ve bu aykırılığı emri verene bildirir. Ancak üstün emrinde ısrar edip yazılı olarak yenilemesi durumunda ast tarafından verilen emir yerine getirilir ve emri yerine getiren sorumlu olmaz şeklinde değiştirilmiştir. Görüldüğü gibi yapılan bu düzenlemeyle

---

83 İzci, Ferit\Sarıtürk, Mehmet, "Yeni Anayasa Değişikliği ile Getirilen Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminin İdari Yapı ve İşleyişe Etkisi", Uluslararası Bilimsel Araştırmalar Dergisi, 2017, s. 526.

84 Ardıçoğlu, Artuk M., "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi", Ankara Barosu Dergisi, S.3, 2017, s. 35.

85 Çalışkan, Emre\Önder, Murat, "Başkanlık Sistemi ve Mevcut Kamu Kurumları Üzerine Olası Etkileri", Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi, C.10, S.49, 2017, s. 576.

86 Çalışkan\Önder, 2017, s. 577.

87 Kartal\Demirhan 2017, s. 580.

88 Çalışkan\Önder, 2017, s. 577.

89 Akçakaya\Özdemir, 2018, s. 932.

Cumhurbaşkanlığı kararnamesi bir üst norm statüsü ve kamu görevlileriyle ilgili emir ve talimatlarda bağlayıcı bir özellik kazanmaktadır.[90] Bu düzenleme ani durum ve olaylar karşısında hemen hazırlanıp yürürlüğe girecek Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile kamu personelinin yönetsel değişim/dönüşümlere ve kriz yönetimi kurallarına uyumunun sağlanması açısından önemli bir avantaj sağlamaktadır.

Cumhurbaşkanına bakanlıkların, kamu kurum ve kuruluşlarının örgütlenme, görev ve yetkilerin belirlenmesi gibi konularda verilen Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarma yetkisi, küresel rekabet ortamının zorlayıcı, yıpratıcı, parçalayıcı, yıkıcı etkilerine karşı değişen koşullara uygun bir kamu yönetimini yeniden örgütleme ve düzenleme açısından büyük bir sürat ve kolaylık sağlamaktadır. Çeşitli krizler ve ani durumlar karşısında yasama organından kanun çıkarmanın zorluğu ve uzun sürmesi ya da kanun hükmünde kararname çıkarmak için bile sürecin uzun ve uğraştırıcı olması karşısında, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi süreçlere değil sadece çıkarılacak metne odaklanarak kararnamenin hazırlanması ve yetki, izin, onay gibi süreçlere takılmadan Resmi Gazete'de yayınlandığı gün yürürlüğe girecek bir düzenlemenin sürati ve etkisini önemli bir imkan ve kaabiliyet olarak ortaya koymaktadır. Bilgi iletişim teknolojilerinin büyük bir hızla geliştiği ve gelişmeye devam ettiği, çeşitli alanlarda ortaya çıkan ani yenilikler/teknolojiler karşısında dünya çapında etkili, büyük ve kapsamlı değişim ve dönüşümlerin yaşandığı 21. Yüzyılda, ortaya çıkan ani durumlar karşısında saniyenin bile çok önemli olduğu küresel sistemde, hızlı ve doğru tepki verebilen devletler önemli bir avantaj yakalama fırsatına sahip olmaktadır. Dünyada bir süredir devam etmekte olan ve süreklilik kazanan "krizler dönemi" yıkıcı etkileriyle bütün devletleri sarsmaktadır. Birbirinden oldukça farklı, eşzamanlı, değişken nitelikli ve bir merkezden ya da merkezlerden yönetildiği izlenimli krizler, devletleri tehdit edici küresel çözümlerle birlikte sunulmaktadır. Bu krizler döneminde hızlı karar alma, uygulama, kamu kurum ve kuruluşlarını koordinasyon içerisinde ortak amaç ve hedeflere etkili bir şekilde yönlendirme ve yönetme becerileri kriz yönetiminin olmazsa olmaz unsurları olarak görülmektedir. Bu küresel koşullara uygun bir hukuki düzenleme olarak Cumhurbaşkanlığı kararnamesi yürütme organına önemli bir üstünlük kazandırmaktadır.

Sonuç

Türkiye'nin parlamenter sistem tecrübesi oldukça uzun bir süre devam etmiş ve parlamanter sistemin ortaya çıkardığı sonuçlar gözlemlenebilmiştir. Parlamenter sistemin Türkiye'de uygulama süresi boyunca sistemin çeşitli sorunlar ortaya çıkardığı tespit edilmiştir. Bu sorunların 1961 ve 1982 Anayasaları gibi bütünsel veya çeşitli

[90] İzci\Sarıtürk, 2017, s. 529.

dönemlerde yapılan kısmi değişikliklere rağmen bir türlü giderilemediği görülmüştür. Parlamenter sistemin zayıf yürütmeye ve bürokratik vesayete neden olduğu ve Türkiye için başkanlık sistemine geçmenin gerekli olduğu pekçok Cumhurbaşkanı, Başbakan, siyasi parti lideri ve siyasetçiler tarafından dile getirilmiştir.

Türkiye'nin anayasalar ve anayasal değişiklikler süreci incelendiğinde yaşanan sistemsel sorunların giderilmesi için yürütmenin düzenli olarak güçlendirilme eğilimi açıkça görülmektedir. 1982 Anayasası da yürütmeyi güçlendirmiş ve yürütmede ise özellikle Cumhurbaşkanı güçlendirilmiştir. Bu güçlendirme ile Cumhurbaşkanına verilen yetki ve görevler parlamenter sistemin sembolik Cumhurbaşkanı, yetkili ve sorumlu Başbakan-Bakanlar Kurulu tasarımına uygun olmamıştır. 2007 yılında Cumhurbaşkanının millet tarafından seçilmesi konusunda yapılan Anayasa değişikliği, yürütmenin güçlendirilmesi eğilimine uygun olmuş ve Cumhurbaşkanının kapsamlı yetkileriyle birlikte meşruiyetinin de doğrudan millete dayanmasını sağlamıştır. Cumhuriyet tarihinden günümüze adım adım ilerleyen Anayasal değişimle birlikte bu değişiklikte Türkiye'nin başkanlık sistemine geçişinde önemli bir rol oynamıştır. Cumhurbaşkanının parlamenter sisteme göre aşırı yetkili olması ve 2007 yılında yapılan değişiklik, millet tarafından seçilecek ilk Cumhurbaşkanı ile birlikte sistemin değişeceğini de göstermekteydi. Nihayet beklentiye uygun olarak 2017 yılında yapılan halkoylaması ile Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemine hukuken geçilmiş oldu. 2018 yılında yapılan Cumhurbaşkanlığı seçimleri sonucunda fiilen Cumhurbaşkanlığı sistemine geçildi.

Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi ile birlikte parlamenter sistemde büyük sorunlara yol açan Cumhurbaşkanı-Başbakan çatışmaları ortadan kalkmıştır. Başbakan ve Bakanlar Kurulu kaldırılmış, yürütme içerisinde dağınık durumdaki yetkiler Cumhurbaşkanında toplanmıştır. Böylelikle yürütme organı içerisindeki çatışmalar sona erdirilerek yürütme organının liderinin kim olduğu açık ve tartışmasız bir şekilde belirlenmiştir. Bu gelişme bütün kamu kurum ve kuruluşlarının etkili bir liderlik çatısı altında sevk ve idaresine imkan vermiştir. Yürütme içerisindeki yetki dağınıklığı ve karmaşasının son bulması, bu dağınıklıktan yararlanarak oluşturulan bürokratik iktidar alanlarının ortadan kaldırılmasını sağlamıştır. Bu sürecin sonucunda demokratik sisteme uygun olarak bürokratik örgütlerde bulunan iktidar güçleri millet tarafından seçilmiş yönetimde toplanmıştır.

Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi ile bürokratik vesayetin ortadan kaldırılmasında Cumhurbaşkanına verilen önemli yetkilerin etkisi de yüksek olmuştur. Üst kademe kamu yöneticilerinin Cumhurbaşkanı tarafından doğrudan atanması ve görevden alınabilmesi bürokrasinin Cumhurbaşkanına bağlılığının sağlanmasında ve performansının denetlenmesinde önemli bir etki oluşturmuştur.

Cumhurbaşkanına bağlı politika kurulları ve ofisler ise, bütün kamu kurum ve kuruluşlarını kapsayacak nitelikte politikalar

oluşturarak, stratejiler belirleyerek, projeler yürüterek, durum analizleri ve raporlama faaliyetlerinde bulunarak kamu yönetiminin ortak amaç ve hedeflere koordinasyon içerisinde ilerlemesini sağlamaktadır. Bu bilimsel ve teknik uzmanlık faaliyetleri, bürokrasinin seçilmiş yönetimden saklanabilme imkanlarını ortadan kaldırmakta, denetlenmesini ve yönetilmesini kolaylaştırmaktadır.

Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ise, yürütme organının etkinliğini artıran önemli bir kabiliyet sunmaktadır. Başkanlık sistemindeki sert kuvvetler ayrılığı ilkesine uygun olarak, yürütme yetkisine ilişkin konularda çıkarılan bu düzenlemeler, yürütmenin değişimlere uyum sağlayacak şekilde yeniden örgütlendirilmesini ve görevlendirilmesini oldukça kolaylaştırmaktadır.

Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi ile getirilen bu çok önemli yenilikler kamu yönetiminin gelişmesinde oldukça etkili olmuştur. Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemine fiilen geçilen 2018 yılından itibaren dünyada çok ciddi krizler yaşanmış, Türkiye bu krizlere karşı etkili hamleler yapabilmiştir. 2018'den günümüze Suriye'de yapılan Barış Pınarı harekatı, İdlib harekatı, Irak'ta yapılan Pençe Kaplan operasyonu, Libya'da meşru hükümeti desteklemek için yapılan askeri operasyon, Doğu Akdeniz deniz haklarını koruma operasyonları, Azerbaycan'ın kendi toprağı olan Karabağ'ı almak için yaptığı operasyonlara destek olunması, savunma sanayii projelerinde çok büyük atılımlar gerçekleştirilmesi, koronavirüs salgınına karşı etkili bir kriz yönetimi sergilenmesi, KKTC'nin haklarının korunması ve askeri koruma altına alınması çalışmaları, yerli iş araçları, elektrikli araçlar, otonom araçlar, yapay zekalı araçların üretiminin yerli ve milli imkanlarla yapılabilmesi, elektrikli yerli otomobil konusunda ciddi ilerlemenin sağlanması, istihbarat ve terörle mücadele konusunda çok önemli başarıların kazanılması, petrol ve doğalgaz arama çalışmalarına yapılan yatırımların sonucunda Karadeniz'de büyük doğalgaz rezervi bulunması, İstanbul Havalimanı, Başakşehir Şehir Hastanesi, Konya Şehir Hastanesi gibi pekçok önemli tesisin açılması ve hizmete sunulması gibi birbirinden çok farklı alanlarda hızlı gelişmeler yaşanmıştır. Ancak süreklilik kazanan küresel krizler ve Türkiye'nin bulunduğu coğrafyada yaşanan iç savaşlar, krizler, devletler arası sorunlar ve çatışmalar, göçmen sorunları, dünya ekonomisinde yaşanan krizler ve dönüşümler, işsizlik sorunu gibi pekçok farklı sorun ve kriz eşzamanlı olarak yaşanmakta ve çözüm beklemektedir. Coğrafyanın çok uzağında bulunan ülkelerin müdahil olduğu ve süreklilik kazandırmak istediği sorunlar Türkiye'nin ürettiği veya üreteceği çözümleri beklemektedir. Bu zorlayıcı süreçler ve Türkiye'nin içerisinde bulunduğu coğrafyada yaşanan dünyanın en güçlü devletlerinin ve bölge devletlerinin müdahil olduğu krizler karşısında Türkiye'nin Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminin sağladığı üstünlüklerden oldukça yararlandığı görülmektedir.

KAYNAKÇA

Akçay, Erkan, "Cumhurbaşkanlığı Sisteminde Siyasi Denetim: İdarenin TBMM Tarafından Denetlenmesi", Akademik Ombudsman Dergisi, S.5, 2016, ss.37-68.

Akçakaya, Murat\Özdemir, Abdülkadir, "Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi ve Siyasal İstikrar", Üçüncü Sektör Sosyal Ekonomi Dergisi, C.53, S.3, 2018, ss.922-944.

Akıncı, Berat, "Türkiye'de Kamu Politikası Oluşturma Sürecinde Yeni Aktör: Cumhurbaşkanlığı Politika Kurulları", OPUS Uluslararası Toplum Araştırmaları Dergisi, C.9, S.16, 2018, ss.2128-2146.

Akman, Elvettin, "Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Kamu Politikası Aktörleri", Paradoks Ekonomi, Sosyoloji ve Politika Dergisi, C.15, S.1, 2019, ss.35-54.

Alkan, Haluk, "Cumhurbaşkanlığı Sistemi Yasama Alanını Daraltıyor mu?", Star Gazetesi, 2017, (https://www.star.com.tr/acik-gorus/cumhurbaskanligi-sistemi--7cyasama-alanini-daraltiyor-mu-haber-1180972/), (Çevrimiçi, Erişim Tarihi:11 Mart 2019).

Ardıçoğlu, Artuk M., "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi", Ankara Barosu Dergisi, S.3, 2017, ss.21-51.

Aydın, Abdullah/Akıncı, Berat, "Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Kamu Personel Yönetim Sisteminin Dönüşümü: Üst Düzey Kamu Görevlilerinin Atanması", Route Educational and Social Science Journal, C.5, S.10, 2018, ss.1024-1033.

Aydın, Ayşe, "Hatay Meselesinin Çözümü Esnasında Başbakan Celal Bayar'ın Faaliyetleri", Afyon Kocatepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, C. XIV, S.1, 2012, ss.143-153.

Barlas, Mehmet, "Korutürk Ecevit'e Küstü", Yenişafak Gazetesi, 2001, (https://www.yenisafak.com/arsiv/2001/subat/21/p4.html), (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 5 Mayıs 2018).

Çalışkan, Emre/Önder, Murat, "Başkanlık Sistemi ve Mevcut Kamu Kurumları Üzerine Olası Etkileri", Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi, C.10, S.49, 2017, ss.570-578.

Coşkun, Bayram/Pank, Çiğdem, "Başkanlık Sisteminde Başkanla İdari Yapı Arasındaki İlişki ve Türkiye İçin Değerlendirmeler", Van Yüzüncü Yıl Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Özel S.4, 2017, ss.66-82.

Çoker, Ziya, "Mülki İdare Amirleri, Bürokrasi ve Politika", Türk İdare Dergisi, S. 409, 1995, ss.1-17.

Çolak, Çağrı D., "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi Yetkisinin Amerikan Sistemi Üzerinden Karşılaştırmalı Analizi", Strategic Public Management Journal, C.3, Özel Sayı, 2017, ss.51-65.

Demir, Fatih, "Bürokrasi-Demokrasi İlişkisi ve Bürokratların Seçilmişlerce Kontrolü Sorunu", Yönetim ve Ekonomi Dergisi, C.18, S.2, 2011, ss.63-84.

Donat, Yavuz, "Yeni Anayasa Olmadıkça", Sabah Gazetesi, 2014, (https://www.sabah.com.tr/yazarlar/donat/2014/06/19/yeni-anayasa-olmadikca), (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 10 Mart 2014).

Duman, Berat, "Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri; Hukuki Niteliği, Rejimleri, Denetimi ve Mukayeseli Hukukta Yeri", Hukuk Fakültesi Dergisi, C.5, S. 2, 2019, ss.537-592.

Durgun, Gonca B., "Anayasa Referandumu ve Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi", Yeni Türkiye Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi Özel Sayısı, S. 94, 2017, ss.494-499.

Erdem, Tevfik, "Türkiye'de Darbe ve Müdahalelerin Kısa Tarihi", 2019, (https://www.sde.org.tr/tevfik-erdem/genel/turkiyede-darbe-ve-mudahalelerin-kisa-tarihi-kose-yazisi-10443), (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 12.11.2020).

Erol, Ömer Faruk, "Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Politika Kurulları", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.26, S.1, 2020, ss.107-130.

Eryılmaz, Bilal, *Kamu Yönetimi*, Umuttepe Yayınları, İzmit, 2017, 10. Baskı.

Göküş, Mehmet, "Kamu Politikalarının Belirlenmesinde Bürokrasinin Rolü", Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, S.6, 2000, ss.35-43.

Gönenç, Levent\Ergül, Ozan, "Yaşayan Anayasa 2001 Yılı Gelişmeleri", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.1, 2002, Ankara, ss.13-84.

Gözler, Kemal, "Türkiye'de Hükümetlere Nasıl İstikrar ve Etkinlik Kazandırılabilir? (Başkanlık Sistemi ve Rasyonelleştirilmiş Parlâmentarizm Üzerine bir Deneme)", Türkiye Günlüğü, S.62, 2000, s.25-47.

Gülener, Serdar\Miş, Nebi, "Cumhurbaşkanlığı Sistemi", SETA, 2017, (https://setav.org/assets/uploads/2017/02/AnalizCumhurbaskanligiSistemi.pdf), (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 5 Mayıs 2018).

Güzel, Hülya\Yalazan, Ateş, "İlk Çankaya Hükümet Krizi Başbakanı Yedi", Hürriyet Gazetesi, 2001a, (https://www.hurriyet.com.tr/gundem/ilk-cankaya-hukumet-krizi-basbakani-yedi-39228174), (Çevrimiçi, Erişim Tarihi, 12 Nisan 2020).

Güzel, Hülya\Yalazan, Ateş, "Demirel Çiller'i Köşkten Kovdu", Hürriyet Gazetesi, 2001b, (https://www.hurriyet.com.tr/gundem/demirel-cilleri-koskten-kovdu-39228488), (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 10 Mart 2020).

İzci, Ferit/Sarıtürk, Mehmet, "Yeni Anayasa Değişikliği ile Getirilen Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminin İdari Yapı ve İşleyişe Etkisi", Uluslararası Bilimsel Araştırmalar Dergisi, 2017, ss.517-532.

Karagöl, Erdal T., "Çift Başlılığın Neden Olduğu Ekonomik Krizler", Yeni Şafak Gazetesi, 2017, (https://www.yenisafak.com/yazarlar/erdaltanaskaragol/cift-basliligin-neden-oldugu-ekonomik-krizler-2036664), (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 5 Mayıs 2018).

Karatepe, Şükrü/Alkan, Haluk/Atar, Yavuz vd., "Sorularla Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi", Memursen, 2017, (http://www.memursen.org.tr/documents/cumhurbaskanikitap.pdf), (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 24 Haziran 2020).

Kartal, Nazım/Demirhan, Yılmaz, "Türkiye'de Cumhurbaşkanlığı Hükümeti Sistemi ve Yeni Sistemin Kamu Yönetimine Yansımaları", Uluslararası Ekonomi, Siyaset ve Yönetim Sempozyumu, Demirhan, Yılmaz vd. (ed.), Ekin Yayınevi, Bursa, 2017, ss. 573-589.

Karabulut, Bilal, "Süleyman Demirel'in Dış Politika Anlayışı", Türk Yurdu, 2011, S.289; (https://www.turkyurdu.com.tr/yazar-yazi.php?id=1627), (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 12.11.2020).

Kırışık, Fatih, "Devlet Kuvvetleri Arasında ve Yürütme Kuvveti İçerisindeki İlişkiler Boyutundan Bakanlar Kurulunda Karar Verme Sorunu", Kamu Yönetimi ve Siyaset Biliminde Karar Verme, Kırışık, Fatih/Önder, Özgür (ed.), Detay Yayıncılık, Ankara, 2015, ss. 49-72.

Köseoğlu, Özer, "Kamu Politikalarında Yeni Aktörler ve Değişen Roller", Kriter Dergisi, 2017, S.13.

Kutlu, Önder\Kahraman, Selçuk, "Türk Cumhurbaşkanlığı Sisteminin Kamu Yönetimi Açısından Değerlendirilmesi", Türk Anayasa Hukukunun Güncel Sorunları, Uslu, Ferhat (ed.), Beşköprü Yayınları, Sakarya, 2017, ss.1-26.

Mercimek, Şehriban, "Bürokratik Vesayet Anlayışına Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi'nin Etkisi", Uluslararası Batı Karadeniz Sosyal ve Beşeri Bilimler Dergisi, C.2, S.2, 2018, ss.131-149.

Önder, Murat, "Üst Düzey Yöneticilerin Yetiştirilmesi ve Geliştirilmesi: Bazı Ülkelerde ve Türkiye'de Durum", Türk İdare Dergisi, S. 409, 1995, Aralık. S.133-157.

Örselli, Erhan/Babahanoğlu, Veysel/Bilici, Zekeriya, "Kamu Politikalarında Yeni Aktörler: Cumhurbaşkanlığı Politika Kurulları ve Ofisleri", Turkish Studies Economics, Finance and Politics, C.13, S.30, 2018, ss.303-318.

Özbudun, Ergun, "Hükümet Sistemi Tartışmaları", 2015, (http://www.birarada. org/tr/22645/Prof-Dr-Ergun-Ozbudun-Huk-met-Sistemi-Tartismalari), (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 25.09.2020).

Özdağ, Selçuk, "Yerli Milli Sivil ve Demokratik Bir Hükümet Modeli Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi", Yeni Türkiye Dergisi, 2017, S.94, Ankara, ss.1-18.

Özer, M. Akif/Özmen, Burak, "Parlamenter ve Başkanlık Sistemleri Arasında Konumunu Arayan Bürokrasi", Strategic Public Management Journal, C.3, Özel S., 2017, ss.17-34.

Sobacı, Mehmet Z./Miş, Nebi/Köseoğlu, Özer, "Türkiye'nin Yeni Yönetim Modeli ve Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı", SETA Perspektif, S.206, Haziran 2018, ss.1-6.

Sobacı, M. Zahid, "Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi ve Türkiye'de Bürokrasinin Dönüşümü", Yeni Türkiye Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi Özel Sayısı, S.94, 2017, ss.542-549.

Sobacı, M. Zahid, "Yeni Sistem ve Üst Kademe Yöneticiler", Sabah Gazetesi, 2018, (https://www.sabah.com.tr/yazarlar/perspektif/mehmet-zahidsobaci/2018/07/14/ yeni-sistem-ve-ust-kademe-yoneticiler), (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 24 Haziran 2020).

Şenay, Gonca, "Beştepe ile kırılma noktaları", 2016, (http://www.aljazeera.com.tr/al-jazeera-ozel/bestepe-ile-kirilma-noktalari), (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 27 Ağustos 2020).

Tataroğlu, Muhittin, "Parlamenter ve Başkanlık Sistemlerinde Siyasi İktidar ve Bürokrasi İlişkileri ve Türkiye Açısından Bir Değerlendirme", Yönetim ve Ekonomi, C.13, S.1, 2006, s. 97-119.

Tataroğlu, Muhittin, "Yürütmede Etkinlik Bakımından Başkanlık Sisteminin Değerlendirilmesi", Ekonomi ve Yönetim Araştırmaları Dergisi, C.5, S.1, 2016, ss.74-96.

Turan, A. Menaf, "Türkiye'nin Yeni Yönetim Düzeni: Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi", Social Sciences Research Journal, C.7, S.3, 2018, ss.42-91.

Uğur, Fuat, "Ermenistan'ın Nahçıvan'a Saldırısı Türkiye'ye Askeri Müdahale Seçeneğini Verir", Türkiye Gazetesi, 06.10.2020, (https://m.turkiyegazetesi.com.tr/yazarlar/fuat-ugur/615627.aspx), (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 12.11.2020).

Ulusoy, Ali, "Aralık 2016 Anayasa Teklifi Neler Getiriyor, Neler Götürüyor?", 2017, (https://www.anayasa.gen.tr/ulusoy-anayasa-degisikligi.pdf), (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 21 Mart 2020).

Üstel Aziz, "Başkan Turgut Özal Kafkaslar'da Savaşı Göze Almıştı", 23.01.2017, (https://www.star.com.tr/yazar/baskan-turgut-ozal-kafkaslarda-savasi-goze-almisti-yazi-1178966/), (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 12.11.2020).

Üstün, Gül, "Cumhurbaşkanlığı Ofislerinin İdari Teşkilattaki Yeri", Cumhurbaşkanlığı Sisteminde Yürütme Sempozyum Bildiri Kitabı, Marmara Üniversitesi Yayınevi, İstanbul, 2019, ss.29-34.

Yavuz, Mehmet, "Osmanlı-Türk Devleti'nde Bürokrasi Kurumunun Rolü: Heper ve Küçükömer Üzerinden Karşılaştırmalı Bir Analiz Denemesi", Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, S.53, 2017, ss.194-208.

Yıldız, Mete\Sobacı, Zahid, "Kamu Politikası ve Kamu Politikası Analizi Genel Bir Çerçeve", Kamu Politikası Kuram ve Uygulama, Yıldız, Mete\Sobacı, Zahid (der.), Adres Yayınları, Ankara, 2013, ss. 16-42.

Yılmaz, Nihat/Doğan, Kadir Caner/İnankul, Hakan, "Tek Parti İktidarı Döneminde (1923-1946) Bürokrasi ve Siyaset İlişkisinin Weberyan Değerlendirmesi", Atatürk Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi, C.27, S.3, 2013, ss.263-284.

Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, (10.07.2018 ve 30474 Sayılı Resmi Gazete), Md.4.

"Sezer İstedi Liste Değişti", Vatan Gazetesi, 2002, (http://www.gazetevatan. com/sezer-istedi-liste-degisti-631-gundem/), (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 11 Mart 2020).

"The White House", (https://www.whitehouse.gov/the-trump-administration/), (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 11 Mayıs 2018).

"Sezer'le Erdoğan'ın İmam Kararnamesi Tartışması", Milliyet Gazetesi, 2003, (https://www.milliyet.com.tr/siyaset/sezerle-erdoganin-imam-kararnamesi-tartismasi-309594), (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 12 Nisan 2020).

"Devlette Çift Başlı Yönetim Olmaz", Milliyet Gazetesi, 2012, (https://www.milliyet.com.tr/siyaset/devlette-cift-basli-yonetim-olmaz-1619594), (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 10 Mart 2020).

"İşte Cumhurbaşkanlığı kavgasının gerçek sebebi: Bürokrat atama sıkıntısı", Memurlar.net, 2006, (https://www.memurlar.net/haber/61129/), (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 20 Haziran 2020).

"Bürokratik Yapı Değişiyor: Devlette de CEO dönemi başlıyor", Milliyet Gazetesi, 30 Mart 2018, (https://www.milliyet.com.tr/siyaset/burokratik-yapi-degisiyor-devlette-de-ceo-donemi-basliyor-2637634), (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 10 Mart 2020).

"İnönü'den Yıldırım'a 94 yılda 27 Başbakan", (https://www.aa.com.tr/tr/turkiye/ inonuden-yildirima-94-yilda-27-basbakan/1202806), (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 11.11.2020).

"Karabağ İşgalinde Türkiye'nin Tepkileri ve Politikası", (https://www.eritela.com/karabag-isgalinde-turkiyenin-tepkileri-ve-politikasi/), (Çevrimiçi, Erişim Tarihi: 12.11.2020).

6706 SAYILI KANUNA GÖRE YABANCI DEVLETTE YÜRÜTÜLEN SORUŞTURMA VEYA KOVUŞTURMALARIN DEVRALINMASI

Taking Over the Criminal Proceedings from Foreign States Pursuant to the Law no. 6706

Dr. Harun Mert*

Özet: Soruşturma veya kovuşturmanın devri, bir devlette yürütülen bir soruşturma ya da kovuşturmanın, o devletin isteğiyle, ceza adaletini daha iyi gerçekleştirebilecek olan başka bir devlete devredilmesini ve bu devletin şüpheli veya sanığı kendi kanunlarına göre soruşturmasını ya da kovuşturmasını ifade eden bir uluslararası adli işbirliği yöntemidir. Soruşturma veya kovuşturmanın devri Türkiye'nin taraf olduğu çeşitli Avrupa Konseyi ve Birleşmiş Milletler sözleşmeleri ile yabancı devletlerle akdetmiş olduğu ikili andlaşmalarda düzenlenmiştir. Bunlar arasında konuyu geniş biçimde tanzim eden başlıca uluslararası sözleşme Ceza Kovuşturmalarının Aktarılmasına Dair Avrupa Sözleşmesi'dir. 2016 yılında yürürlüğe giren 6706 sayılı Cezaî Konularda Uluslararası Adlî İş Birliği Kanunu'nda, diğer adli işbirliği yöntemlerinin yanı sıra soruşturma veya kovuşturmanın devrine dair hükümlere de yer verilmiştir. Kanunda soruşturma veya kovuşturma devrinin temel şartları ile yabancı devlete devretmenin ve yabancı devletten devralmanın usul ve esasları belirlenmiştir. Bu çalışmada, 6706 sayılı Kanunun yabancı devlette

Abstract: Transfer of proceedings is a modality of international judicial cooperation, which means that a criminal proceeding being carried out in a state is transferred to another state that is able to administer justice in a better way. This procedure is applied at the request of the transferring state, and if accepted, the transferred state prosecutes the accused person in accordance with its own law. Transfer of proceedings is regulated in the several Council of Europe and United Nations conventions which Turkey is a party, as well as in the bilateral treaties signed with other states. Among these, the leading international convention that regulates the subject matter broadly is the European Convention on the Transfer of Proceedings in Criminal Matters.
Besides the other judicial cooperation modalities, transfer of proceedings is also included in the Law no. 6706 on International Judicial Cooperation in Criminal Matters, which entered into force in 2016. In the Law, the main conditions for the transfer of

* Yargıtay 10. Ceza Dairesi Üyesi
harun.mert@adalet.gov.tr, ORCID: 0000-0002-4136-9336
Makale Geliş Tarihi: 11.10.2020, Makale Kabul Tarihi: 12.11.2020

yürütülen soruşturma veya kovuşturmaların devralınmasına ilişkin hükümleri, özellikle Avrupa Sözleşmesindeki düzenlemelerle karşılaştırılmak suretiyle ayrıntılı olarak incelenmiştir. Bu çerçevede, soruşturma veya kovuşturmanın devralınması bakımından uygulamada dikkat edilmesi gereken hususlar açıklanmış, Kanunda yer alan düzenlemelerle ilgili görüş ve önerilerde bulunulmuştur

Anahtar Kelimeler: Soruşturma veya kovuşturmanın devralınması, kovuşturma devri, yurt dışında işlenen suç, yargı yetkisi, uluslararası adli işbirliği.

proceedings, the procedure of transfer to foreign states and taking over the proceedings are specified.
In this study, provisions of the Law no. 6706 on the taking over the proceedings from foreign states are examined in detail, especially by comparing with the regulations of the European Convention. Within this scope, certain points to be considered in practice with regard to the taking over the proceedings are explained and opinions and proposals are expressed on the regulations in the Law.

Key words: Taking over the criminal proceedings, transfer of criminal proceedings, extraterritorial offence, jurisdiction, international judicial cooperation.

Giriş

Cezai konularda uluslararası adli işbirliği yöntemlerinden birini teşkil eden *"soruşturma veya kovuşturmanın devri"*, bir devlette başlatılmış ya da başlatılmak üzere olan bir soruşturma ya da kovuşturmanın, o devletin isteğiyle, ceza adaletini daha iyi gerçekleştirebilecek olan başka bir devlete devredilmesini ve bu devletin şüpheli veya sanığı kendi kanunlarına göre soruşturmasını ya da kovuşturmasını ifade eder.[1]

Ceza hukukunda benimsenen temel kural, suçun, işlendiği ülkede yargılanmasıdır. Bunun nedeni, suçla ilgili soruşturmaya genelde orada başlanması, delillerin ve tanıkların da o ülkede bulunmasıdır.[2] Ancak, suçun birden fazla devletin yargı yetkisine dâhil olması, şüpheli, sanık, mağdur ya da tanıkların yabancı olması, delillerin önemli kısmının yabancı ülkede bulunması gibi durumlarda, yargılamanın yabancı devlette yapılmasının ceza adaletinin tecellisi bakımından daha yararlı olabileceği düşüncesiyle veya kendi ülkesine kaçan şüpheli ya da sanığın uyruğu olduğu devlet tarafından suçun işlendiği devlete iade edilmemesi gibi hallerde ceza almaktan kurtulmasının önüne geçilmesi amacıyla, soruşturma veya kovuşturmanın devri yoluna başvurulması mümkündür.[3]

Söz konusu ihtiyaçlara binaen, uluslararası adli işbirliğinin klasik yöntemlerini teşkil eden iade ve adli yardımlaşmaya ilave olarak geliştirilen yeni bir işbirliği yöntemi olan soruşturma veya kovuşturmanın devri, Türkiye'nin taraf olduğu çeşitli Avrupa Konseyi ve Birleşmiş Milletler sözleşmeleri ile yabancı devletlerle akdedilen ikili andlaşmalarda düzenlenmiş, ayrıca bir kısım devletlerin mevzuatında ve AB çerçeve kararlarında da konuyla ilgili hükümlere yer verilmiştir.[4]

Bununla birlikte, soruşturma veya kovuşturma devrinin gelişmesi ve bugünkü çerçevesinin belirlenmesi esas itibarıyla Avrupa Konseyi sözleşmeleri aracılığıyla gerçekleşmiştir. Bu adli işbirliği yöntemi, 1959 tarihli Ceza İşlerinde Uluslararası Adli Yardım Avrupa Sözleşmesinin

---

1 Kunter, Nurullah: "Ana Çizgileriyle Ceza Koğuşturmalarının Aktarılması Konusunda Avrupa Sözleşmesi", (Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, Kubalı'ya Armağan, İstanbul, 1974, ss. 217-236), s. 224; Benzer şekilde, soruşturma veya kovuşturmanın devri kavramını *"devletin, başka bir devlette işlenmiş olan eylemi, bu devletin bilgisi ile soruşturması ya da kovuşturması"* şeklinde tanımlamak da mümkündür. Yenisey, Feridun: *Milletlerarası Ceza Hukuku: Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri ve Mevzuatı*, İstanbul 1988, s. 66; Kavram hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Mert, Harun: "Cezaî Konularda Uluslararası Adlî İş Birliği Kanunu Çerçevesinde Soruşturma veya Kovuşturmanın Yabancı Devlete Devredilmesi", (*Yargıtay Dergisi*, C. 46, 2020, S. 4, ss. 1087-1182), s. 1093-1107.

2 Bassiouni, M. Cherif: "Introduction to Transfer of Criminal Proceedings", (*International Criminal Law*, Volume II–Multilateral and Bilateral Enforcement Mechanisms, Edited by M. Cherif Bassiouni, Third Edition, USA 2008, ss. 515-519), s. 515.

3 Bassiouni, s. 517.

4 Ayrıntılı bilgi için bkz. Mert, 2020, s. 1107-1125.

(CİKAYAS) *"Kovuşturma ile ilgili İhbar"* başlıklı 21. maddesinde ilkel bir şekilde düzenlenmiş, 1964 tarihli Trafik Suçlarının Cezalandırılmasına Dair Avrupa Sözleşmesinde bahse konu işbirliği yöntemine dair daha kapsamlı hükümler yer almıştır. 1972 tarihli *"Ceza Kovuşturmalarının Aktarılmasına Dair Avrupa Sözleşmesi"* (CKADAS) ise soruşturma veya kovuşturmanın devrini bütün ayrıntılarıyla düzenlemiştir.[5]

Türk hukukunda yakın zamana kadar soruşturma veya kovuşturmanın devrini düzenleyen bir iç mevzuat hükmü mevcut değildi. Yabancı devletlerle bu konudaki karşılıklı talepler Türkiye'nin taraf olduğu ikili ve çok taraflı milletlerarası andlaşmalar çerçevesinde yerine getirilmekteydi. 23.4.2016 tarihinde TBMM'de kabul edilen 6706 sayılı *"Cezaî Konularda Uluslararası Adlî İş Birliği Kanunu"*nda[6] uluslararası adli işbirliğinin diğer yöntemlerini oluşturan adli yardımlaşma, iade, infazın devri ve hükümlü naklinin yanı sıra *"soruşturma veya kovuşturmanın devri"* de düzenlenmiştir.[7] Böylece soruşturma veya kovuşturmanın devri Türk mevzuatında ilk kez yasal bir alt yapıya kavuşmuştur.

Soruşturma veya kovuşturmanın devri 6706 sayılı Kanunun Dördüncü Bölümünde 23 ilâ 25. maddelerde düzenlenmiştir. 23. maddede bu adli işbirliği yönteminin genel esasları açıklanmış, 24. maddede soruşturma veya kovuşturmanın yabancı devlete devredilmesinde uygulanacak hükümlere yer verilmiştir. 25. maddede ise soruşturma veya kovuşturmanın yabancı devletten devralınmasına dair kurallar belirlenmiştir.

23. maddeye göre, 6706 sayılı Kanun ile Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası andlaşmalar çerçevesinde, işlenen suçlarla ilgili Türkiye'de yürütülen soruşturma veya kovuşturmalar yabancı devletlere devredilebileceği gibi, yabancı devletlerde işlenen suçlarla ilgili yürütülen soruşturma veya kovuşturmalar devralınabilecektir.

---

[5] Kunter, s. 224; Türkiye 1.3.1977 tarih ve 2080 sayılı *"Ceza Kovuşturmalarının Aktarılmasına Dair Avrupa Sözleşmesi'nin Onaylanması ve Uygulanması Hakkında Kanun"* ile CKADAS'ın onaylanmasını uygun bulmuştur. Kanun metni için bkz. Ulutaş, Ahmet/Atabey, Ömer Serdar: *Ceza Kovuşturmalarının Aktarılması Konusunda Avrupa Sözleşmesi*, Ankara 2012, s. 95; Sözleşmenin Türkçe metni ile Türkiye'nin Avrupa Konseyi Genel Sekreterine onay belgelerinin tevdii anında açıkladığı beyan ve çekinceler hakkında bkz. *Cezaî Konularda Uluslararası Adlî İş Birliği Mevzuatı*, Adalet Bakanlığı Yayını, Ankara 2020, s. 161-173; Ulutaş/Atabey, s. 75-94; Sözleşmenin İngilizce metni için bkz. *Co-operation Against Crime*: *The Conventions of the Council of Europe,* Council of Europe Publishing, Strasbourg 2006, s. 91-106.

[6] RG. 5.5.2016, 29703; Kanun metni ve gerekçesi için bkz. Cezaî Konularda Uluslararası Adlî İş Birliği Mevzuatı, s. 5-51.

[7] 6706 sayılı Kanunun hazırlık süreci hakkında bilgi için bkz. Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Önok, R. Murat, *Uluslararası Ceza Hukuku*, 4. Baskı, Ankara 2017, s. 158-159; Turhan, Faruk: "6706 Sayılı Cezai Konularda Uluslararası İş Birliği Kanunu'nun Kapsamı ve Genel Hükümleri Hakkında Bir Değerlendirme", (DEÜHFD, Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan, C. 21, 2019, ss. 3067-3109), s. 3069-3071; Kanunun içeriği hakkında genel bilgi için bkz. Başaran, Ahmet: "Cezaî Konularda Uluslararası Adlî İşbirliği Kanunu'nun Getirdiği Yenilikler", *Uluslararası Hukuk Bülteni*, S. 8, 2016, s. 7-9.

Milletlerarası andlaşma bulunmaması halinde, soruşturma veya kovuşturmanın devri işlemleri mütekabiliyet ilkesi esas alınarak gerçekleştirilecektir.[8]

Yine 24/1. fıkraya göre, üst sınırı bir yıl veya daha fazla hapis cezasını gerektiren suçlardan dolayı Türkiye'de yürütülen soruşturma veya kovuşturmalar, *"şüpheli veya sanığın yabancı devletin vatandaşı olması nedeniyle Türkiye'de hazır bulundurulamaması veya adlî yardımlaşma yoluyla savunmasının alınamaması"* ya da *" Türk vatandaşı olan şüpheli veya sanığın yabancı devlette mutat olarak bulunması veya delillerin bu devlette olması nedeniyle devrin, gerçeğin ortaya çıkarılmasına imkân vermesi"* hallerinde yabancı devletlere devredilebilecektir.[9]

"Soruşturma veya Kovuşturmanın devralınması" başlıklı 25. madde hükmü ise şöyledir:

"(1) Yurt dışında işlenen ve Türk hukukuna göre zamanaşımına veya affa uğramamış, üst sınırı bir yıl veya daha fazla hapis cezasını gerektiren bir suç nedeniyle yabancı bir devlette yürütülen soruşturma veya kovuşturmalar devralınabilir. Ancak;

a) Kişi, Türkiye'de mutat olarak bulunmuyorsa,

b) Kişi, Türk vatandaşı değilse,

c) Suç, talep eden devletin sınırları dışında işlenmişse,

ç) Devir talebine konu fiil nedeniyle kişi daha önce Türkiye'de yargılanmışsa,

devir talebi kabul edilmez.

(2) Merkezî Makamın uygun görmesi üzerine soruşturmanın veya kovuşturmanın devrine ilişkin talep, yetkili Cumhuriyet başsavcılığına gönderilir. Cumhuriyet başsavcılığı soruşturma veya kovuşturmanın devrine konu olan suça ilişkin soruşturma başlatır ve sonucuna göre işlem yapar.

(3) Talepte bulunan yabancı devlet mevzuatına göre yapılmış soruşturma veya kovuşturma işlemleri ve elde edilen deliller Türk hukuku bakımından geçerli sayılır"

Çalışmamızda 25. maddedeki düzenlemeler, Kanun hazırlanırken büyük ölçüde yararlanılan CKADAS'ın ilgili hükümleri de göz önünde bulundurularak ayrıntılı bir şekilde incelenecektir.[10]

---

8 Ayrıntılı bilgi için bkz. Mert, 2020, s. 1126-1138.

9 24. maddenin diğer fıkralarında, soruşturma veya kovuşturmanın yabancı devlete devredilmesinde uygulanacak kurallar düzenlenmiştir. Söz konusu madde hükmü hakkında bilgi için bkz. Mert, 2020, s. 1138-1173.

10 CKADAS'ın hükümleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kunter, s. 221-233; Tezcan/Erdem/Önok, s. 242-247; Ulutaş/Atabey, s. 1-7; Voiynova, R.: "Transfer of Criminal Proceedings in European Legislation", (*Journal of Karaganda State University*, Series "Law", No. 4(76)/2014, ss. 68-75, https://law-vestnik.ksu.kz/apart/srch/2014_law_4_76_2014.pdf Erişim tarihi: 4.10.2020), s. 68-72; McClean, David:

I. SORUŞTURMA VEYA KOVUŞTURMANIN DEVRALINMASININ TEMEL ŞARTLARI

6706 sayılı Kanunda soruşturma veya kovuşturmanın devralınmasının temel şartları 25. maddenin 1. fıkrasının ilk cümlesinde belirlenmiştir. Buna göre, *"(1) Yurt dışında işlenen ve Türk hukukuna göre zamanaşımına veya affa uğramamış, üst sınırı bir yıl veya daha fazla hapis cezasını gerektiren bir suç nedeniyle yabancı bir devlette yürütülen soruşturma veya kovuşturmalar devralınabilir."*[11]

A. SUÇUN YURT DIŞINDA İŞLENMESİ

25/1. fıkra sadece yurt dışında işlenen suçlarla ilgili olarak yabancı devlet tarafından yürütülen soruşturma veya kovuşturmaların devralınmasına cevaz vermiş olup, Türkiye'de işlenen suçlar bakımından devralma imkânı yoktur. Yukarıda metni verilen 23. maddenin 1. fıkrası da aynı mahiyette bir düzenleme içermektedir.

Yurt dışında işlenen suç ifadesiyle, *"Türkiye dışında işlenen suç"* kastedilmektedir. Türkiye'de işlenen suçtan neyin anlaşılması gerektiği ise 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) "Yer bakımından uygulama" başlıklı 8. maddesinde belirlenmiştir. Mülkilik ilkesini düzenleyen bu maddeye göre, *"1) Türkiye'de işlenen suçlar hakkında Türk kanunları uygulanır. Fiilin kısmen veya tamamen Türkiye'de işlenmesi veya neticenin Türkiye'de gerçekleşmesi halinde suç, Türkiye'de işlenmiş sayılır. 2) Suç; a) Türk kara ve hava sahaları ile Türk karasularında, b) Açık denizde ve bunun üzerindeki hava sahasında, Türk deniz ve hava araçlarında veya bu araçlarla, c) Türk deniz ve hava savaş araçlarında veya bu araçlarla, d) Türkiye'nin kıt'a sahanlığında veya münhasır ekonomik bölgesinde tesis edilmiş sabit platformlarda veya bunlara karşı, işlendiğinde Türkiye'de işlenmiş sayılır."*[12]

International Co-operation In Civil and Criminal Matters, New York 2005, s. 193-196; Sözleşmenin açıklayıcı raporunun Türkçe metni için bkz. Ulutaş/Atabey, s. 17-74; İngilizce metni için bkz. *Explanatory Report to the European Convention on the Transfer of Proceedings in Criminal Matters*, Strasbourg 15.5.1972, https://rm.coe.int/CoERMPublicCommon SearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016800c 9312 (Erişim tarihi: 4.10.2020).

[11] Soruşturma veya kovuşturmanın devri esas itibarıyla sadece devletler arasında geçerli olmayıp, devletler ile uluslararası ceza mahkemeleri arasında da uygulama alanı bulmakla birlikte (Bassiouni, s. 518), 6706 sayılı Kanuna göre ancak *"yabancı devletlerle"* gerçekleştirilebilecek bir adli işbirliği yöntemidir. Dolayısıyla 6706 sayılı Kanun çerçevesinde uluslararası mahkemelerden soruşturma veya kovuşturmanın devralınması imkânı bulunmamaktadır.

[12] TCK 8. maddenin açıklaması hakkında bkz. Külçür, Erdem İzzet: *Ceza Hukukunda Yer Bakımından Uygulama*, İstanbul 2017, s. 135-223; Tezcan/Erdem/Önok, s. 90-100.

Şu halde, TCK 8. maddenin kapsamı dışında kalan durumlarda suç yurt dışında işlenmiş sayılacaktır. Başka bir ifadeyle, *"fiilin kısmen veya tamamen Türkiye'de işlenmemiş veya neticenin Türkiye'de gerçekleşmemiş olması halinde"* ve 8. maddenin 2. fıkrasında belirtilen yerlerin haricinde işlenen suçlar *"yurt dışında işlenen suç"* olarak kabul edilecek ve soruşturma veya kovuşturmanın devralınmasına konu olabilecektir.[13]

Örneğin TCK'nın 188/1. fıkrasında düzenlenen uyuşturucu madde ihraç etme suçunda, uyuşturucu maddenin yabancı bir devletin (İran) sınırından öteye geçirilmesi öncesindeki fiil Türkiye'de gerçekleştirildiğinden, fiil *"kısmen"* Türkiye'de icra edildiği için 8/1. fıkra uyarınca suç Türkiye'de işlenmiş sayılacaktır. İhraç fiili yabancı devlet açısından uyuşturucu madde ithal etme suçunu oluşturacağından, böyle bir durumda İran'ın ithal suçundan dolayı yürütmekte olduğu soruşturma veya kovuşturmayı devretmeye yönelik talebi Türkiye tarafından kabul edilmeyecektir. Buna karşılık, Türkiye ile hiçbir bağlantısı olmayan uyuşturucu maddenin Azerbaycan'dan İran'a ihraç edilmesi durumunda, fiil *"tamamen"* yurt dışında işlenmiş olacağından, diğer şartların da mevcudiyeti halinde İran'ın devir talebinin kabul edilmesi mümkün olabilecektir.

Konuya ilişkin olarak CKADAS'a bakıldığında, Sözleşmenin, soruşturma veya kovuşturmanın devri taleplerinin mutlak ret nedenlerini düzenleyen 10. maddesinde, talep edilen devlette işlenmiş bir suç nedeniyle talep eden devlet tarafından başlatılan kovuşturmanın talep edilen devlete devrini engelleyen bir hükmün bulunmadığı görülmektedir. Buna karşılık, takdiri ret nedenleri arasında yer alan 11/h bendine göre, talep edilen devlet *"suç, talep eden devletin ülkesi dışında işlenmişse"* kovuşturmanın devri talebini reddedebilir. Bahse konu hüküm uyarınca talep edilen devlet, ilgili davada talep eden devletin mülkilik ilkesi çerçevesinde yargı yetkisini kuramaması durumunda, talep eden devletçe iletilen kovuşturmanın alınması talebini

---

[13] *"Yurt dışında işlenen suç"* konusunda 6706 sayılı Kanunda farklı ifadelerin yer aldığı görülmektedir. Kanunun 10/1. fıkrasında *"yabancı ülkede işlenen suç"* ifadesine yer verilirken, 23/1. fıkrasında *"yabancı devletlerde işlenen suç"* ifadesi, 25/1. fıkrasında ise *"yurt dışında işlenen suç"* ifadesi kullanılmıştır. Aynı şekilde TCK'nın 66/7, 68/3 ve 252/10. fıkralarında da *"yurt dışında işlenen suç"* ifadesine yer verilmiş olmakla birlikte, söz konusu kanunun yurt dışında işlenen suçlar bakımından yargı yetkisini düzenleyen maddelerinde (m. 10, 11/1, 12/1, 13/1) bunun karşılığı olarak *"yabancı ülkede işlenen suç"* ifadesinin kullanıldığı görülmektedir. TCK'nın 19. maddesinde ise aynı anlama gelmek üzere *"Türkiye'nin egemenlik alanı dışında işlenen suç"* ifadesine yer verilmiştir. *"Yurt dışında işlenen suç"* ifadesinin TCK'daki kullanımı hakkında bkz. Mert, Harun: *Yurt Dışında İşlenen Suçlardan Dolayı Türkiye'de Yapılan Yargılamalarda Yabancı Ceza Kanununun Göz Önünde Bulundurulması*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Konya 2015, s. 109-111. Kanaatimizce hem 6706 sayılı Kanunun kendi içinde hem de bir bütün olarak ceza mevzuatında terim birliğinin sağlanması açısından, aynı anlamı ifade eden terimin farklı şekillerde kullanımının önüne geçilmesi yerinde olurdu.

reddedebilecektir. Bu durum, suçun talep eden devletin dışındaki bir ülkede işlenmiş olması halinde de geçerlidir.[14]

6706 sayılı Kanunun 23/1 ve 25/1. maddelerinin gerekçelerinde bir açıklama bulunmamakla birlikte, kanaatimizce Kanunda sadece yurt dışında işlenen suçlarla ilgili soruşturma veya kovuşturmaların devralınmasına izin verilmesinin başlıca sebebi, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda (CMK) kabul edilen kovuşturmanın mecburiliği ilkesi uyarınca Türkiye'de işlenen suçlar açısından zaten Türk adli makamlarının soruşturma ve gerekirse kovuşturma yapmakla yükümlü olduğu, bu nedenle yabancı devletlerde yürütülen soruşturma veya kovuşturmaları devralmaya gerek olmadığı düşüncesidir. Ancak, bize göre TCK'nın 8. maddesinde tarif edilen Türkiye'de işlenen suçlar arasında bir ayrım yapılarak, *"fiilin tamamen Türkiye'de işlendiği suçlar"* açısından soruşturma veya kovuşturma devrinin kabul edilmemesi, *"fiilin kısmen Türkiye'de işlendiği veya neticenin Türkiye'de gerçekleştiği suçlar"* açısından ise, fiilin kısmen talep eden devlette işlenmiş olması şartıyla, soruşturma veya kovuşturmayı devralma imkânı tanınması yerinde olacaktır. Soruşturma veya kovuşturmanın devralınması esas itibarıyla yurt dışında işlenen suçlar açısından kabul edilen bir işbirliği yöntemi olmakla birlikte, kısmen yurt dışında işlenen mesafe suçları bakımından da böyle bir imkânın sağlanması bazı durumlarda adaletin daha iyi tecellisine hizmet edebilecektir. Böylece, yukarıda örnek olarak gösterilen, fiilin kısmen Türkiye'de, kısmen de İran'da işlendiği uyuşturucu madde ihraç ve ithali gibi suçlar bakımından, aynı kişi hakkında farklı devletlerde birden fazla soruşturma veya kovuşturma yürütülmesinin önüne geçilebilecektir. Bu durum, özellikle delillerin büyük kısmının veya şüpheli ya da sanıkların pek çoğunun Türkiye'de bulunması halinde daha da önem kazanmaktadır.[15]

Öte yandan, Türkiye'de işlenen suçlardan dolayı yabancı bir devletten soruşturma veya kovuşturmanın devralınmasına izin verilmemesi, ilk bakışta, Kanunun 24/1. fıkrası uyarınca yurt dışında işlenen suçlardan dolayı Türkiye'de yürütülmekte olan soruşturma veya kovuşturmaların yabancı devletlere devredilmesine imkân tanıyan

---

[14] Ulutaş/Atabey, s. 49; Explanatory Report, s. 22.

[15] 6706 sayılı Kanuna göre, Türkiye'de işlenen suçlarla ilgili olarak soruşturma veya kovuşturmanın devralınması imkânı bulunmamakla birlikte, yabancı bir devletin kısmen veya tamamen Türkiye'de işlenmiş olan bir suç nedeniyle soruşturma veya kovuşturmanın devri talebinde bulunması halinde, bunun *"kovuşturma amacıyla ihbar"* olarak değerlendirilerek Türkiye'de bir soruşturma başlatılması veya talep eden devletin mufakatıyla, elde edilen bilgi ve delillerin zaten başlatılmış olan soruşturma veya kovuşturmada kullanılması mümkündür. Öte yandan, 25. madde soruşturma veya kovuşturmanın devralınması sürecinin yabancı devletin talebiyle başlayacağı ön kabulüyle hazırlanmış olmakla birlikte, uygulamada Türkiye'nin de çeşitli nedenlerle, yabancı devlet tarafından yürütülmekte olan bir soruşturma veya kovuşturmayı devralmak istemesi söz konusu olabilecektir. Böyle bir durumda yabancı devlet talebe olumlu yaklaştığı takdirde devralma işlemlerinin 6706 sayılı Kanun çerçevesinde yürütüleceğini belirtmek gerekir.

düzenlemeyle çelişkili gibi görünmektedir. Bu fıkraya göre, Türkiye kendi ülkesi dışında işlenen suçlardan dolayı yabancı devletlere devir talebinde bulunabilirken, 25/1. fıkra yabancı devletlerin benzer yöndeki taleplerinin kabulüne engel teşkil etmektedir. Ancak Türkiye dışında işlenen suçlara ilişkin devir talebinin kabul edilip edilmemesi yabancı devletin yetkisinde olup, bir kısım devletlerin kısmen ya da tamamen kendi ülkelerinde işlenen suçlarla ilgili devir taleplerini de kabul etmeleri muhtemel olduğundan ve Kanun farklı devletler bakımından uygulanabilir bir düzenleme getirdiğinden, belirtilen hükümler arasında çelişki olduğundan söz edilemeyecektir.

B. SUÇUN ZAMANAŞIMINA UĞRAMAMIŞ OLMASI

25/1. fıkra uyarınca, yabancı bir devlet tarafından yürütülen soruşturma veya kovuşturmanın devralınabilmesi için yurt dışında işlenen suçun Türk hukukuna göre zamanaşımına uğramamış olması gereklidir.

Ceza hukukunda *"zamanaşımı"*, suçun işlenmesinden veya cezanın verilmesinden itibaren belirli bir sürenin geçmesi halinde devletin cezalandırma yetkisini düşüren bir sebep olarak tanımlanmakta olup, *"dava zamanaşımı"* ve *"ceza zamanaşımı"* olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Dava zamanaşımı, suçla ilgili olarak kovuşturma yapılmasına engel olmakta, ceza zamanaşımı ise kesinleşmiş ceza mahkûmiyetinin infazına engel teşkil etmektedir.[16]

6706 sayılı Kanunun 25/1. fıkrasında düzenlenen husus ceza zamanaşımıyla ilgili olmayıp, dava zamanaşımına ilişkindir. Dava zamanaşımı TCK'nın 66 ve 67. maddelerinde düzenlenmiştir. 66/1. fıkraya göre, kamu davası, bu fıkrada değişik ceza miktarlarına göre belirlenen sürelerin geçmesiyle düşer.[17]

Dava zamanaşımı gereğince, suçun işlendiği tarihten itibaren belirli bir sürenin geçmesi durumunda sanık hakkında kovuşturma işlemlerine devam edilmez ve CMK'nın 223/8. fıkrası uyarınca davanın düşmesine karar verilir.[18] Şu halde *"suçun zamanaşımına uğramamış olması"* demek, soruşturma veya kovuşturmanın devri talebine konu suç için TCK'nın 66. maddesinde öngörülen zamanaşımı süresinin dolmamış olması demektir. Bunun anlaşılabilmesi için, öncelikle devir talebine konu fiilin Türk kanunlarına göre hangi suçu oluşturduğunun tespit edilmesi, daha sonra bu suç açısından kanunda öngörülen zamanaşımı süresinin dolup dolmadığına bakılması gereklidir. 66. madde uyarınca,

---

16 Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 12. Baskı, Ankara 2019, s. 711.

17 TCK'nın dava zamanaşımına dair hükümleri hakkında bilgi için bkz. Koca/Üzülmez, s. 713-732; Hakeri, Hakan: *Ceza Hukuku - Genel Hükümler*, 23. Baskı, Ankara 2020, s. 727-735.

18 Özgenç, İzzet: *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 13. Bası, Ankara 2017, s. 923.

dava zamanaşımı süresinin belirlenmesinde, suçun kanunda öngörülen cezasının üst sınırı dikkate alınacaktır. Bununla birlikte, dosyadaki deliller itibarıyla suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hallerinin mevcut olması durumunda, zamanaşımı süresi belirlenirken bu haller de göz önünde bulundurulacaktır.

Dava zamanaşımı TCK'da davanın düşürülmesi sebeplerinden biri olarak kabul edildiği için,[19] 6706 sayılı Kanunda, suçun zamanaşımına uğramış olması nedeniyle Türkiye'de sürdürülemeyecek olan bir soruşturma veya kovuşturmanın devralınmasının uygun görülmemesi tabiidir.

Öte yandan, 6706 sayılı Kanunda, suçun Türk hukukuna göre zamanaşımına uğramış olması devir talebinin kabulüne engel teşkil ederken, CKADAS'ta zamanaşımı mutlak ve takdiri ret nedeni olarak iki farklı şekilde düzenlenmiştir. Sözleşmenin 10/c bendine göre, talep tarihinde kamu davası talep eden devlette ve bu devletin kanununa göre zamanaşımına uğramışsa, talep edilen devlet talebi işleme koymaz. 11/f bendine göre ise, talep edilen devlet, eyleme kendi kanunu uygulanabiliyorsa ve talebin alındığı tarihte bu kanuna göre kamu davası zamanaşımına uğramışsa, talebi kısmen veya tamamen reddedebilir.[20]

6706 sayılı Kanunda CKADAS'tan farklı olarak, suçun talep eden devlette zamanaşımına uğramış olması soruşturma veya kovuşturmanın devralınması açısından bir engel olarak düzenlenmemiştir. Burada muhtemelen, yabancı devletlerin kendi kanunlarına göre zamanaşımına uğrayan suçlardan dolayı devir talebinde bulunmayacakları varsayımından hareket edilmiştir.

C. SUÇUN AFFA UĞRAMAMIŞ OLMASI

25/1. fıkraya göre, yabancı bir devlette yürütülen soruşturma veya kovuşturmanın devralınmasının temel şartlarından biri de yurt dışında işlenen suçun Türk hukukuna göre affa uğramamış olmasıdır.

Ceza hukukunda davayı düşüren ve ceza ilişkisini ortadan kaldıran nedenler arasında bulunan *"af"* kurumu, uygulandığı zamana göre, bazen sadece kesinleşmiş cezaları kaldıran, hafifleten veya değiştiren, bazen de açılmış olan kamu davasını düşüren ya da

---

[19] Özgenç, s. 923.

[20] CKADAS'ın 11/g maddesine göre de, talep edilen devlet, yetkisi sadece Sözleşmenin 2. maddesine dayanıyorsa (ikincil yargı yetkisi) ve talebin alındığı tarihte kamu davası kendi kanununa göre zamanaşımına uğramışsa, talebi kısmen veya tamamen reddedebilir. Ancak, bu takdirde Sözleşmenin 23. maddesi uyarınca, talep edilen devlette dava zamanaşımı süresinin altı ay uzadığı göz önünde tutulacaktır. CKADAS'ın açıklayıcı raporunda zamanaşımına dair bilgi için bkz. Ulutaş/Atabey, s. 35-36; Explanatory Report, s. 13.

mahkûmiyeti bütün sonuçlarıyla ortadan kaldıran bir kamu hukuku işlemi olarak tanımlanmaktadır.[21]

Af çeşitli açılardan farklı ayrımlara tâbi tutulan bir hukuki kurum olmakla birlikte, bu konuda yapılan en belirgin tasnif, affın *"genel af"* ve *"özel af"* şeklinde ikiye ayrılmasıdır. Genel af, çıkarılış zamanına göre, kamu davasının açılmamasına veya düşmesine ya da ceza mahkûmiyetinin ortadan kalkmasına ve infazın sonlandırılmasına neden olurken, özel af sadece kesinleşmiş ceza mahkûmiyetini ortadan kaldıran, hafifleten ya da farklı bir yaptırıma dönüştüren bir işleve sahiptir. Ayrıca, genel af işlenen "fiiller" bakımından söz konusu olurken, özel af daha çok "suçlulara" yöneliktir.[22]

Türk hukukunda af konusundaki temel düzenleme TCK'nın 65. maddesinde yer almaktadır. Buna göre, *"1) Genel af halinde, kamu davası düşer, hükmolunan cezalar bütün neticeleri ile birlikte ortadan kalkar. 2) Özel af ile hapis cezasının infaz kurumunda çektirilmesine son verilebilir veya infaz kurumunda çektirilecek süresi kısaltılabilir ya da adlî para cezasına çevrilebilir. 3) Cezaya bağlı olan veya hükümde belirtilen hak yoksunlukları, özel affa rağmen etkisini devam ettirir."*

6706 sayılı Kanunun 25/1. fıkrasında yer alan *"suçun Türk hukukuna göre affa uğramamış olması"* ifadesiyle kastedilen husus, suçun genel affa uğramamış olmasıdır. Zira genel af, kesin hüküm verilmeden önce veya sonra gerçekleşebilirken, özel af kural olarak kesin hüküm verilmesinden sonra etkisini gösterir ve sadece cezanın infazı bakımından sonuç doğurur.[23] Başka bir ifadeyle, 25/1. fıkra açısından önem arz eden nokta, kesinleşen cezanın infazı aşamasında gerçekleşen af değil, suçun soruşturma veya kovuşturma aşamasında ya da bu işlemler başlamadan önce affa uğramış olmasıdır. Şüpheli veya sanık devir talebine konu suçtan dolayı Türkiye'de yargılanmış ve hakkındaki mahkûmiyet kesinleştikten sonra TCK'nın 65/2. fıkrası uyarınca özel af kararı verilmişse, böyle bir durum da soruşturma veya kovuşturmanın devralınmasına engeldir. Ancak bu halde devir talebinin kabul edilmemesinin nedeni 6706 sayılı Kanunun 25/1. fıkrasındaki düzenleme değil, Kanunun 25/1-ç bendinde yer alan *"devir talebine konu fiil nedeniyle kişi daha önce Türkiye'de yargılanmışsa"* devir talebinin kabul edilmeyeceğini düzenleyen hükümdür.[24]

---

[21] Koca/Üzülmez, s. 704; Hakeri, s. 724.
[22] Koca/Üzülmez, s. 707.
[23] Koca/Üzülmez, s. 707.
[24] CKADAS'ın 10 ve 11. maddelerinde, suçun affa uğramış olması soruşturma veya kovuşturmanın reddi nedenleri arasında sayılmamıştır. Sözleşmenin *"Ne bis in idem"* başlıklı 35/1-b bendinde afla ilgili bir düzenleme yer almakta olup, aşağıda 6706 sayılı Kanunun 25/1-ç bendi incelenirken konuya temas edilecektir.

D. CEZA SÜRESİ VE ÇİFTE CEZALANDIRILABİLİRLİK ŞARTI

6706 sayılı Kanunun soruşturma veya kovuşturmanın yabancı devlete devredilmesine ilişkin 24. maddesinde olduğu gibi, Kanunun 25. maddesinde de kovuşturmanın devralınması bakımından ceza süresi koşuluna yer verilmiştir. Buna göre, yurt dışında işlenen ve Türk hukukuna göre *"üst sınırı bir yıl veya daha fazla hapis cezasını gerektiren bir suç nedeniyle"* yabancı devlette yürütülen soruşturma veya kovuşturmalar devralınabilecektir. Dolayısıyla üst sınırı bir yıldan az hapis cezasını ya da sadece adli para cezasını gerektiren suçlardan dolayı soruşturma veya kovuşturmanın devralınması mümkün değildir. Ancak, Kanunda açık düzenleme yer almamakla birlikte, kanaatimizce, devralma için gereken diğer şartların da mevcudiyeti halinde, üst sınırı bir yıldan az hapis cezasını veya sadece adli para cezasını gerektiren suçların, üst sınırı bir yıl veya daha fazla hapis cezasını gerektiren suçlarla birlikte soruşturma veya kovuşturmanın devralınmasına konu olabileceğini kabul etmek gerekir.[25]

Esasen soruşturma veya kovuşturmanın devri açısından asgari ceza koşulu öngörülmesi zorunlu bir husus olmayıp, CKADAS'ta böyle bir koşula yer verilmemiştir. Bununla birlikte, uluslararası adli işbirliği talepleri, talep eden ve talep edilen devletler açısından ciddi bir emek, mesai ve masraf gerektirdiğinden, kanun koyucu ceza miktarı belirli bir seviyenin altında olan suçlardan dolayı soruşturma veya kovuşturmanın devri yoluna gidilmesine gerek görmemiştir.[26]

25/1. fıkradaki düzenlemeden, ceza süresine ilişkin koşulun sadece Türk hukuku açısından arandığı, devir talebine konu suç için

---

[25] Suçluların iadesinde, süre itibarıyla ceza koşulunu karşılamayan suçlar açısından mevzuatta açık düzenlemeler yapılmıştır. Türkiye'nin taraf olduğu Suçluların İadesine Dair Avrupa Sözleşmesi'nin (SİDAS) 2/2. fıkrasıyla ceza süresi bakımından iadeye elverişli olmayan bir suçun iadeye elverişli diğer bir suçla birlikte iadeye konu olabileceği kabul edilmiş, SİDAS'a Ek İkinci Protokol'un 1. maddesiyle, bu hak sadece adli para cezasını gerektiren suçlara da teşmil edilmiştir. 6706 sayılı Kanunun 10/2. ve 22/2. fıkralarında da *"İadesi istenen kişinin birden fazla suçu bulunması hâlinde, bunlardan bazılarının cezası belirtilen sürelerin altında olsa dahi birlikte iadeye konu edilebilir."* hükmüne yer verilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Turhan, Faruk: "Cezai Konularda Uluslararası Adli İş Birliği Kanununa Göre İadenin Kabul Edilebilirlik Koşulları: Doktrin ve Uluslararası Gelişmeler Işığında Bir Değerlendirme", (*SDÜHFD*, C. 8, S. 2, 2018, ss. 1-87), s. 28-32.

[26] Bu yaklaşımın bir sonucu olarak, 6706 sayılı Kanunun 3/6. fıkrasında *"Adlî iş birliği talebine esas teşkil eden suçun ağırlığı ile talebin yerine getirilmesi için sarf edilecek emek, mesai ve masraf arasında açık orantısızlık bulunması veya bir devletin mutat olarak yerine getirmekten imtina ettiği işlemlere ilişkin olması hâlinde, Merkezî Makam talebi geri çevirebilir."* hükmüne yer verilmiştir. Dolayısıyla soruşturma veya kovuşturmanın devri açısından asgari ceza koşulu öngörülmüş olmasa da, bu fıkra uyarınca ceza miktarı düşük olan suçlara ilişkin soruşturma veya kovuşturmanın devralınması taleplerinin işleme konulmaması söz konusu olabilecekti.

yabancı devlet kanununda öngörülen ceza miktarı bakımından böyle bir koşulun geçerli olmadığı anlaşılmaktadır.

Bu noktada, yabancı devletlerden soruşturma veya kovuşturmanın devralınması açısından *"çifte cezalandırılabilirlik şartı"* aranıp aranmayacağı, başka bir ifadeyle fiilin yabancı devlet kanunlarına göre de suç teşkil etmesi gerekip gerekmediği üzerinde durulması yararlı olacaktır. 25/1. fıkrada, devir talebine konu fiilin Türk hukukuna göre suç oluşturması gerektiği belirtilmiş, ancak fiilin talep eden devletin kanununa göre de suç teşkil etmesi gerektiği açıkça düzenlenmemiştir. Bununla birlikte, Kanunda yabancı bir devlette yürütülen *"soruşturma veya kovuşturma"*dan bahsedildiğinden ve bu işlemler ancak bir suç nedeniyle icra edilebileceğinden, 25/1. fıkra açısından fiilin hem talep eden devlet hem de Türk hukukuna göre suç teşkil etmesi gerektiği sonucuna varılmaktadır. Esasen çifte cezalandırılabilirlik şartı kovuşturmanın devri müessesesinin temel şartlarından birini teşkil etmekte olup,[27] yabancı bir devletin kendi kanununa göre suç teşkil etmeyen bir fiile ilişkin olarak devir talebinde bulunması düşünülemez.

Nitekim CKADAS'ın 6/1. fıkrasında, sözleşen devletlerden her birinin, kendi kanununa göre "suç" olan bir eylemden dolayı sanık olan kişi hakkında kovuşturma yapmasını, bir diğer sözleşen devletten isteyebileceği belirtilmiş, 7/1. fıkrasında da *"İstenilen Devlette kovuşturma yapılabilmesi için hem kovuşturma isteğine yol açan eylemin bu Devlette işlenmesi halinde suç sayılması hem de failin yine bu Devlet kanunlarına göre hakkında müeyyide uygulanabilen bir kişi olması şarttır."* hükmüne yer verilmek suretiyle çifte cezalandırılabilirlik şartı açıkça düzenlenmiştir.

Sözleşmenin açıklayıcı raporunda belirtildiği üzere, cezai konularda uluslararası adli işbirliği alanında çifte cezalandırılabilirlik ilkesi soyut veya somut olabilmektedir. CKADAS'ın amacı bakımından ilkenin somut olarak ele alınması benimsenmiştir. Bu koşul, eğer bir devlette cezalandırılabilen suç, suçlanan kişinin kovuşturulmasının talep edildiği devlette cezalandırılabilir ise ve suçun faili talep edilen devletin mevzuatına göre bir cezai müeyyideye çarptırılabiliyorsa, karşılanmaktadır.[28] Buna karşılık, 6706 sayılı Kanunun 25/1. fıkrasında sadece asgari ceza süresi öngörüldüğü ve failin Türk hukukuna göre cezalandırılabilen bir kişi olması şartına ayrıca yer verilmediği için, çifte cezalandırılabilirlik ilkesinin soyut olarak ele alındığını, dolayısıyla devir talebine konu fiilin hem talep eden devletin kanunlarına hem de Türk hukukuna göre suç teşkil etmesinin yeterli olduğunu söylemek mümkündür.

---

[27] Ulutaş/Atabey, s. 41; Explanatory Report, s. 16.
[28] Ulutaş/Atabey, s. 41; Explanatory Report, s. 16-17.

II. SORUŞTURMA VEYA KOVUŞTURMANIN DEVRİ TALEBİNİN KABUL EDİLMEYECEĞİ HALLER

6706 sayılı Kanunun 25/1. fıkrasının ilk cümlesinde soruşturma veya kovuşturmayı devralmanın temel şartları belirlendikten sonra, ikinci cümlesinde devir talebinin kabul edilmeyeceği haller düzenlenmiştir. Buna göre, *"a) Kişi, Türkiye'de mutat olarak bulunmuyorsa, b) Kişi, Türk vatandaşı değilse, c) Suç, talep eden devletin sınırları dışında işlenmişse, ç) Devir talebine konu fiil nedeniyle kişi daha önce Türkiye'de yargılanmışsa, devir talebi kabul edilmez."*

Kanunda, ikinci cümlede sayılan hallerin birlikte mevcudiyeti öngörülmediğinden, madde gerekçesinde belirtildiği üzere, ilk cümlede belirlenen temel şartların varlığına rağmen, ikinci cümlede yer alan hallerden herhangi birinin mevcut olması durumunda devir talebi kabul edilmeyecektir.[29] Bu itibarla söz konusu haller kovuşturmayı devralmanın mutlak ret nedenleridir. Kanunun 4. maddesinde düzenlenen ve tüm adli işbirliği yöntemleri açısından geçerli olan ret nedenleri ise devralmanın takdiri ret nedenlerini oluşturmaktadır.

A. MUTLAK RET NEDENLERİ

1. Kişinin Türkiye'de Mutat Olarak Bulunmaması

25/1-a bendine göre, yabancı devlette hakkında soruşturma veya kovuşturma yürütülen kişi Türkiye'de mutat olarak bulunmuyorsa, devir talebi kabul edilmeyecektir. Kanundaki *"mutat olarak bulunma"* ifadesi, bir kişinin hayatının ağırlık merkezinin bulunduğu yeri ifade etmektedir.[30] Dolayısıyla geçici olarak Türkiye'de bulunmakla birlikte, devamlı surette Türkiye'de oturmayan ve oturma niyeti de olmayan kişilerin *"Türkiye'de mutat olarak bulunduğundan"* söz edilemeyeceğinden, bu kişiler hakkındaki soruşturma veya kovuşturmanın devri talepleri kabul edilmeyecektir.

CMK'nın 13. maddesinde *"mutat olarak oturma yeri"* ile aynı anlamı taşıyan *"yerleşim yeri"* ifadesine yer verilmiş, ancak bununla nerenin kastedildiği belirtilmemiştir. Yerleşim yerinin neresi olduğu Türk Medeni Kanunu'nun 19-22. maddelerine göre belirlenecektir.[31] Buna göre, yerleşim yeri bir kimsenin sürekli kalma niyetiyle oturduğu yeri ifade etmektedir. Bir kimsenin aynı zamanda birden çok yerleşim yeri olamaz. Bir yerleşim yerinin değiştirilmesi yenisinin edinilmesine bağlıdır. Önceki yerleşim yeri belli olmayan veya yabancı ülkedeki

---

[29] Cezaî Konularda Uluslararası Adlî İş Birliği Mevzuatı, s. 43.

[30] 6706 sayılı Kanunun 24. maddesinde de yer alan *"mutat olarak bulunma"* ifadesinin kapsamı hakkında bkz. Mert, 2020, s.

[31] Öztürk, Bahri / Tezcan, Durmuş / Erdem, Mustafa Ruhan ve diğerleri : *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 12. Baskı, Ankara 2018, s. 208.

yerleşim yerini bıraktığı halde Türkiye'de henüz bir yerleşim yeri edinmemiş olan kimsenin halen oturduğu yer, yerleşim yeri sayılır.

6706 sayılı Kanunun 25/1-a bendindeki hüküm, içeriği itibarıyla CKADAS'ın 11/b bendindeki düzenlemeyle benzerlik taşımaktadır. Sözleşmenin ilgili hükmüne göre, talep edilen devlet, sanık talep edilen devlette mutat olarak oturmuyorsa, devir talebini reddedebilecektir.[32] Her iki düzenleme arasındaki temel farklılık, CKADAS'ta bu husus takdiri bir ret nedeni olarak düzenlenmişken, 6706 sayılı Kanunda mutlak bir ret nedeni olarak ele alınmış olmasıdır.

2. Kişinin Türk Vatandaşı Olmaması

25/1-b bendine göre, yabancı devlet tarafından hakkında soruşturma veya kovuşturma yürütülen kişi Türk vatandaşı değilse, devir talebi kabul edilmeyecektir. Diğer bir ifadeyle, yabancılar hakkındaki soruşturma veya kovuşturmaların devralınması imkânı bulunmamakta olup, ancak Türk vatandaşları hakkındaki devir talepleri kabul edilebilecektir. Kişinin Türk vatandaşı olup olmadığı Türk Vatandaşlık Kanunu'na (TVK) göre belirlenecektir. Söz konusu Kanunun 3/ç bendine göre Türk vatandaşı *"Türkiye Cumhuriyeti Devletine vatandaşlık bağı ile bağlı olan kişiyi"* ifade etmektedir.

Şüpheli veya sanığın talep edilen devletin vatandaşı olmaması CKADAS'ta başlı başına bir ret nedeni olarak öngörülmemiş, şartlı bir takdiri ret nedeni olarak düzenlenmiştir. Sözleşmenin 11/c bendine göre, talep edilen devlet *"sanık talep edilen devletin vatandaşı değilse ve suç tarihinde bu devlet ülkesinde mutat surette oturmuyor idiyse"* talebi reddedebilir. Açıklayıcı raporda ifade edildiği üzere, soruşturma veya kovuşturmanın devri talebinin reddedilebilmesi için, kişinin talep edilen devletin vatandaşı olmaması ve suç tarihinde talep edilen devlette mutat olarak oturmuyor olması şartları birlikte aranacaktır. Talep edilen devlete, bu kişiler talep anında o devlette mutat olarak oturuyor olsalar bile, kovuşturmayı reddetme yetkisi verilmiştir.[33]

Sözleşmenin 8/1-a,b bentlerine göre, sanık talep edilen devlette mutat olarak oturuyorsa veya o devletin vatandaşı ise soruşturma veya kovuşturmanın devri talep edilebilecektir. 11/b bendine göre ise, sanık talep edilen devletin vatandaşı olsa bile, o devlette mutat olarak oturmaması tek başına takdiri bir ret nedeni teşkil etmektedir. Ancak 11/c bendi uyarınca, talep edilen devletin vatandaşı olan sanık talep

---

[32] Sözleşmenin açıklayıcı raporuna göre, sanığın talep edilen devlette mutat olarak oturan bir kişi olmadığı durumlarda, Sözleşme tarafından kurulan sistemin dayandığı hususlardan biri olan hükümlünün sosyal rehabilitasyonunun kolaylaştırılması meselesi genellikle karşılanamamaktadır. Talep edilen devlet ve kişi arasında gerekli bağlar mevcut değilse, bu devlette kovuşturma açmayı reddetmek haklı gösterilebilir. Ulutaş/Atabey, s. 48; Explanatory Report, s. 21.

[33] Ulutaş/Atabey, s. 48; Explanatory Report, s. 21.

ânında o devlette oturmuyor olsa bile, suç tarihinde talep edilen devlette oturuyor idiyse, devir talebi kabul edilebilecektir. Belirtilen düzenlemelerle, sözleşen devletlerin karşılaşılabilecek değişik ihtimallere göre farklı uygulamalar yapmalarına imkân tanınmıştır.

6706 sayılı Kanun açısından konuya bakıldığında, kişi Türkiye'de mutat olarak bulunuyor olsa bile, Türk vatandaşı değilse, 25/1-b bendi uyarınca devir talebinin kabul edilmeyeceğini belirtmek gerekir. CKADAS'ın 8/1-a bendine göre ise, sanık talep edilen devletin vatandaşı olmasa bile, o devlette mutat olarak oturuyorsa, devir talebinde bulunulabilecektir. Kanunda bu hususta Sözleşmeden farklı bir düzenleme yapılmasında, vatandaşların yabancı devlete iade edilememesine karşın, Türkiye'de mutat olarak bulunan yabancıların iade edilmelerinin önünde bir engel bulunmamasının etkili olduğunu söylemek mümkündür.

Öte yandan Kanunun 25/1-b bendinde yer alan *"Kişi, Türk vatandaşı değilse, ...devir talebi kabul edilmez"* şeklindeki ifadeden, şüpheli veya sanığın devir talebine ilişkin kararın verilme ânındaki vatandaşlığının esas alınacağı anlaşılmaktadır.[34] TCK'nın 6/1-a bendindeki düzenlemeye göre ise, ceza kanunlarının uygulanmasında, *"vatandaş deyiminden, fiili işlediği sırada Türk vatandaşı olan kişi"* anlaşılır. Madde gerekçesinde, kişinin vatandaşlığının belirlenmesinde, TVK'nın esas alınacağı, böylece suçu işlediği sırada Türk vatandaşı iken sonradan vatandaşlığını değiştiren kişinin suçun unsuru veya kovuşturma koşulu bakımından Türk sayılacağı gibi, suçu işlediği sırada Türk vatandaşlığına girmiş olan kişinin de Türk vatandaşı sayılacağı belirtilmiştir.[35]

6706 sayılı Kanunun 25/1. fıkrası uyarınca, sadece yurt dışında işlenen suçlar nedeniyle ve Türk vatandaşları hakkındaki soruşturma veya kovuşturmaların devralınması mümkün bulunmaktadır. Ancak belirtilen fıkrada açıkça düzenlenmiş olmamakla birlikte, soruşturma veya kovuşturmanın devralınabilmesi için talebin dayanağını teşkil eden suç nedeniyle kişi hakkında Türk mahkemelerinin yargı yetkisinin de bulunması gereklidir. Zira bu husus bir muhakeme şartı (kovuşturma koşulu) olduğundan, yargı yetkisinin mevcut olmaması kovuşturmaya engel teşkil edecektir.[36]

---

[34] Burada kişinin talep ânındaki vatandaşlığının da esas alınabileceği düşünülebilirse de, bu husus talep edilen devletten ziyade talep eden devlet açısından kovuşturmanın devredilmesi nedenlerinden biri olarak önem taşımaktadır.

[35] Şahin, Cumhur/Özgenç, İzzet: *Türk Ceza Hukuku Mevzuatı*, Adalet Bakanlığı Yayını, Ankara 2007, s. 112.

[36] Centel/Zafer, s. 715; CKADAS'ın 2. maddesinde yer alan, *"1-Sözleşen her Devlet, bu Sözleşmenin uygulanması bakımından, bir başka sözleşen Devlet Ceza Kanununun uygulanabileceği her suçu kendi Ceza Kanununa göre kovuşturmak yetkisine sahiptir. 2-Bu maddenin 1 inci fıkrası ile sözleşen Devletlere tanınmış olan yetkinin kullanılabilmesi, diğer sözleşen Devlet tarafından kovuşturma istenmesine bağlıdır."* şeklindeki düzenlemeyle, devir talebine konu suç bakımından kendi kanunlarına göre yetkili olmayan devlete, o suçla ilgili soruşturma veya kovuşturmanın yürütülebilmesi için ilave bir yetki

Türk vatandaşlarının yurt dışında işledikleri suçlara ilişkin yargı yetkisi TCK'nın 11 ve 13. maddelerinde düzenlenmiştir. Faile göre şahsilik ilkesini esas alan ve 13. maddede yazılı suçlar dışındaki suçlar bakımından geçerli olan 11. madde hükmünün uygulanabilmesi için, TCK'nın 6/1-a bendi uyarınca kişinin *"fiili işlediği sırada"* Türk vatandaşı olması gereklidir. Fiili işlediği sırada vatandaş olmayan kişinin sonradan Türk vatandaşı olması durumunda, 11. madde çerçevesinde kovuşturma yapılmayacağı gibi, failin sonradan vatandaşlıktan çıkması da hakkında kovuşturma yapılmasına engel teşkil etmeyecektir.[37] TCK'nın, koruma ve evrensellik ilkelerini düzenleyen 13. maddesi kapsamındaki suçların yargılanması açısından ise, 11. maddeden farklı olarak, fail Türk vatandaşı olabileceği gibi yabancı da olabilecektir.[38]

6706 sayılı Kanunun 25/1-b bendi uyarınca, karar tarihindeki vatandaşlık esas alınacağından,[39] fiili işlediği sırada Türk vatandaşı olan

---

verilmiştir. Belirtilen niteliğinden dolayı *"ikincil yargı yetkisi"* olarak adlandırılan bu kural, soruşturma veya kovuşturmayı devralan devletin ceza kanununun yer bakımından uygulanma alanını genişleten bir işleve sahiptir. İkincil yargı yetkisi hakkında bilgi için bkz. Kunter, s. 222; Voiynova, s. 69; 6706 sayılı Kanunun 36. maddesiyle, 1.3.1977 tarih ve 2080 sayılı Ceza Kovuşturmalarının Aktarılmasına Dair Avrupa Sözleşmesi'nin Onaylanması ve Uygulanması Hakkında Kanunun *"Yabancı memlekette işlenen ve Sözleşmenin 2 nci maddesinin verdiği yetkiye göre Türkiye'de yapılacak kovuşturmalarda selâhiyet, Türk Ceza Kanununun 4, 5, 6, 7 ve 8 nci maddeleri hükmünce Türkiye'de takibi gereken suçlarda uygulanan hükümlere göre tayin edilir."* şeklindeki 3. maddesi yürürlükten kaldırılmıştır. Gerekçede bir açıklama yer almamakla beraber, muhtemelen bunun nedeni, 2080 sayılı Kanunun 3. maddesinde atıf yapılan 765 sayılı TCK'nın ilgili maddelerinin 2005 yılında 5237 sayılı TCK'nın yürürlüğe girmesiyle ilga edilmiş olmasıdır. Ancak söz konusu 3. maddenin yürürlükten kaldırılması yerine, madde hükmü değiştirilerek 5237 sayılı TCK'nın ilgili hükümlerine atıf yapılması da düşünülebilirdi. Bununla birlikte, CKADAS'ın 2. maddesinde talep edilen devletin *"kendi ceza kanununa göre"* yargı yetkisine sahip olacağı belirtildiğinden, 2080 sayılı Kanunun 3. maddesinin yürürlükten kaldırılması uygulamada bir boşluğa yol açmamıştır. Ancak ifade etmek gerekir ki, TCK'da yurt dışında işlenen suçlar bakımından Türk mahkemelerinin yargı yetkisi oldukça geniş tutulmuş olmakla birlikte, kanaatimizce 6706 sayılı Kanunun 25. maddesine, CKADAS'ın 2. maddesinde olduğu gibi, yabancı devletlerden gelen soruşturma veya kovuşturmanın devri taleplerinin kabul edilmesiyle Türk adli mercilerinin soruşturma veya kovuşturma yetkisine sahip olacağına dair bir hüküm eklenmesi, Merkezi Makamın özellikle bir andlaşmaya dayalı olmayan devir taleplerine olumlu yaklaşmasına rağmen, Türk adli mercilerinin yargı yetkisinin bulunmadığı hallerde, bu eksikliğin giderilmesi bakımından yararlı olabilecektir.

[37] Tezcan/Erdem/Önok, s. 118.

[38] TCK'nın, yurt dışında işlenen suçlardan dolayı Türk mahkemelerinin yargı yetkisine dair hükümleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Tezcan/Erdem/Önok, s. 115-138; Külçür, s. 223-265.

[39] TCK'nın 6/1-a bendinde tarif edilen vatandaş tanımı Kanunun yurt dışında işlenen suçlarda yargı yetkisine ilişkin hükümleri bakımından geçerli olup, hukuki niteliği itibariyle bir uluslararası adli işbirliği yöntemi olan soruşturma veya kovuşturmanın devrinin amaçlarına uygun düşmemektedir. 6706 sayılı Kanunun 25/1-b bendindeki ifade tarzının yanı sıra, kovuşturmanın devrinin çoğunlukla vatandaşın iade edilmemesi nedeniyle talep edilmesi ve iade bakımından da karar ânındaki vatandaşlığın esas alınması (Turhan, 2018, s. 63), soruşturma veya kovuşturmanın

kişilerin yurt dışında işledikleri suçlardan dolayı, TCK'nın 11 ve 13. maddeleri çerçevesinde Türk mahkemelerinin yargı yetkisi bulunsa bile, bu kişilerin soruşturma veya kovuşturmanın devri talebine ilişkin kararın verilme ânında Türk vatandaşlığını muhafaza etmemeleri durumunda devir talebi kabul edilmeyecektir. Ancak bu durum, TCK'nın belirtilen maddelerinden kaynaklanan yargı yetkisini ortadan kaldırmadığından, Türk adli mercilerinin soruşturma veya kovuşturmanın devrinden bağımsız olarak yurt dışında işlenen suçlardan dolayı re'sen soruşturma veya kovuşturma yürütmelerine engel teşkil etmemektedir. Bununla birlikte, kanaatimizce karar ânında Türk vatandaşlıklarını muhafaza etmiyor olsalar bile, Türkiye'de mutat olarak bulunan kişiler fiilin işlendiği sırada vatandaş idiyseler, bu kişiler hakkındaki devir taleplerinin kabul edilmesine imkân tanıyan bir düzenleme yapılması yerinde olacaktır. Böyle bir düzenleme kimi hallerde adaletin daha iyi tecellisi açısından yararlı olacağı gibi, Türk mevzuatını, kişinin vatandaş olmamasını başlı başına ret nedeni olarak görmeyen CKADAS ile de daha uyumlu hale getirecektir.

Eklemek gerekir ki şüpheli veya sanığın Türk vatandaşlığının yanı sıra başka devletlerin vatandaşlığına sahip olması durumunda da Türk vatandaşlığı esas alınacak ve diğer şartların da mevcudiyeti halinde soruşturma veya kovuşturmanın devri talebi kabul edilebilecektir. Nitekim TCK'nın 6/1-a bendinin gerekçesinde, çifte vatandaşlığı olanların da Türk vatandaşı sayılacakları belirtilmiştir.[40]

3. Suçun Talep Eden Devletin Sınırları Dışında İşlenmiş Olması

25/1-c bendine göre *"Suç, talep eden devletin sınırları dışında işlenmişse"* yabancı devletin devir talebi kabul edilmeyecektir. Söz konusu hüküm CKADAS'ın 11/h bendinde takdiri ret nedeni olarak düzenlenmiştir. Bu hüküm uyarınca, talep edilen devlet, ilgili davada talep eden devletin mülkilik ilkesi çerçevesinde yargı yetkisinin tesis edilememesi durumunda, o devlet tarafından iletilen kovuşturmanın devri talebini reddedebilecektir.

Mülkilik ilkesi, suçu işleyenin ya da suçtan zarar görenin vatandaş veya yabancı olduğuna bakılmaksızın, ülkesinde suç işlenen devletin ceza kanununun uygulanmasını ifade eder. Bugün hemen her

---

devralınması açısından kişinin karar ânında Türk vatandaşı olması gerektiğini ayrıca ortaya koymaktadır. CKADAS'ın 8/1-b ve 11/c bentlerinin düzenleniş tarzından da karar ânındaki vatandaşlığın esas alındığı anlaşılmaktadır. 11/c bendinde sanığın talep edilen devlette mutat olarak oturmasının *"suç tarihinde"* olması açıkça belirtilirken, vatandaşlık açısından böyle bir belirlemenin yapılmamış olması da bu hususu teyit etmektedir.

[40] Bkz. Şahin/Özgenç, s. 112; TVK'da ise çifte vatandaşlık yerine, Türk vatandaşının aynı anda birden çok vatandaşlığa sahip olması anlamına gelen *"çok vatandaşlık"* ifadesi kullanılmıştır. (m. 3/1-b)

devlet, ceza hukukunun yer bakımından uygulanmasında mülkilik ilkesini esas almaktadır. Ülke dışında işlenen suçlar bakımından yargı yetkisi tesis eden şahsilik, koruma ve evrensellik ilkeleri ise mülkilik ilkesinin katı şekilde uygulanmasından kaynaklanan boşlukları tamamlamakta ve ceza hukukunun uygulanma alanını genişletmektedir.[41]

Bu hükmün uygulanmasında, soruşturma veya kovuşturmanın devrine konu suçun *"talep eden devletin sınırları dışında işlenmiş"* olup olmadığının anlaşılabilmesi için, suçun işlendiği yerin belirlenmesi önem taşımaktadır. Söz konusu belirleme, suçun maddi unsurları arasında bulunan hareket ve neticenin gerçekleştiği yere göre yapılmaktadır. Suçun kanuni tanımında hareket ile birlikte neticenin de arandığı suçlarda, hem hareketin hem de neticenin aynı ülkenin sınırları içinde gerçekleştiği durumlarda, suçun işlendiği yerin belirlenmesinde bir sorun bulunmamaktadır. Buna karşılık, suçun hareket unsuru ile netice unsurunun farklı ülkelerde gerçekleştiği *"mesafe suçları"*nda suçun hangi ülkede işlendiğinin tespiti her zaman kolay olmamaktadır.[42]

Mesafe suçları bakımından suçun işlendiği yerin belirlenmesinde esas alınan üç ayrı görüş bulunmaktadır. Bir görüş, suçun hareketin icra edildiği yerde işlendiğini savunurken, diğer görüş neticenin meydana geldiği yere üstünlük tanımaktadır. Devletlerin pek çoğu tarafından benimsenen ve karma görüş olarak adlandırılan üçüncü görüşe göre ise, hem hareketin gerçekleştiği yer hem de neticenin meydana geldiği yer suçun işlendiği yer sayılmaktadır. Türkiye de TCK'nın 8/2. fıkrasındaki düzenlemeyle karma görüşü kabul etmiştir.[43]

Devletler suçun işlendiği yer konusunda farklı sistemleri benimsediklerinden, kanaatimizce *"suçun talep eden devletin sınırları dışında işlenmiş"* olup olmadığının, Türk hukukuna göre değil, soruşturma veya kovuşturmanın devrini talep eden devletin mevzuatına göre belirlenmesi gerekir. Talep eden devletin devir talebine konu suça ilişkin yargı yetkisi, kendi mevzuatına göre, mülkilik ilkesi dışındaki ilkelerden birine dayanıyorsa, devir talebi kabul edilmeyecektir.

---

41 Koca/Üzülmez, s. 758-759; Mülkilik ilkesine mutlak bir anlam verildiğinde, devletlerin ülkeleri dışında işlenen suçlardan dolayı yargı yetkisini kullanamamaları durumu ortaya çıkmıştır. Bu nedenle, devletlerin sadece kendi ülkelerinde işlenen suçlarla ilgilenmesinden hareket eden katı bir mülkilik ilkesi uygulaması yeterli görülmemiş ve devletler ülke dışında işlenen suçlar için de yargı yetkisi tesis eden ilkelere mevzuatlarında yer vermişlerdir. Bu sisteme *"yarı mülkilik sistemi"* denilmektedir. Tezcan/Erdem/Önok, s. 87; Ceza hukukunun yer bakımından uygulanmasında esas alınan ilkeler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Külçür, s. 65-133.

42 Koca/Üzülmez, s. 759-760.

43 Tezcan/Erdem/Önok, s. 94-96.

4. Kişinin Aynı Fiil Nedeniyle Daha Önce Türkiye'de Yargılanmış Olması

25/1-ç bendine göre, *"Devir talebine konu fiil nedeniyle kişi daha önce Türkiye'de yargılanmışsa"* devir talebi kabul edilmez. Bu ret nedeni, ceza hukukunda, aynı fiilden dolayı iki kez yargılama olmayacağını ifade eden "*ne bis in idem"* ilkesine ilişkin olup, şüpheli veya sanığın aynı fiil nedeniyle Türkiye'de tekrar yargılanmasını önlemek amacıyla getirilmiştir.[44] Söz konusu ilke uyarınca, bir kişi hakkında bir fiilden dolayı daha önce dava açılmışsa, aynı fiil nedeniyle yeni bir dava açılamayacağı gibi, daha önce açılmış olan dava kesin hükümle neticelenmişse, bu durumda da başka bir dava açılamaz. İlkenin uygulanması açısından hem kişinin hem de fiilin aynı olması iki temel unsurdur.[45]

Ne bis in idem ilkesi kural olarak iç hukuk bakımından geçerli olup, uluslararası ceza hukukunda ancak ikili veya çok taraflı sözleşmelerle ya da devletlerin iç mevzuatında bu ilkeye uluslararası geçerlik tanımaları halinde ikinci kez yargılamanın önüne geçilebilecektir.[46] Türk mevzuatında iç hukuk bakımından *ne bis in idem* ilkesine dair temel düzenleme CMK'nın 223/7. fıkrasında yer almaktadır. Buna göre, *"Aynı fiil nedeniyle, aynı sanık için önceden verilmiş bir hüküm veya açılmış bir dava varsa davanın reddine karar verilir."*[47] TCK'nın yer

---

[44] Cebeci, Şeyma: *Türk Ceza Hukuku Bağlamında Ne Bis İn İdem İlkesi*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2018, s. 64.

[45] Özen, Mustafa: "Non Bis İn İdem (Aynı Fiilden Dolayı İki Kez Yargılama Olmaz) İlkesi", (*GÜHFD*, C. XIV, 2010, S.1, ss. 389-417), s. 390-391; Yenisey, s. 236.

[46] Özgenç, s. 957; Koca/Üzülmez, s. 774, dn. 68; *Centel/Zafer*'e göre, *ne bis in idem* ilkesi, hem iç hukukta hem de uluslararası hukukta geçerli olup, aynı devletin bir kişiyi iki kez kendi ceza yargısına tâbi tutması ilkenin iç hukukla ilgili yönünü oluştururken, aynı konuda aynı kişi hakkında yabancı bir mahkemenin karar vermiş olması halinde diğer bir devletin *mülkilik, şahsilik, korunma ve evrensellik ilkeleri* uyarınca yeniden yargılama yapması ilkenin uluslararası hukuk yönüyle ilgilidir. Centel/Zafer, s. 685; Kanaatimizce 6706 sayılı Kanunun 25/1-ç bendinin bu tasnif açısından özel bir durumu bulunmaktadır. Zira bahse konu düzenleme, aynı konuda aynı kişi hakkında yabancı bir devlet tarafından tamamlanmış bir yargılamaya ilişkin olmayıp, kişinin devir talebine konu fiil nedeniyle daha önce Türkiye'de yargılanmış olmasını öngördüğünden, yabancı devletin devir talebiyle aynı kişinin Türkiye'de ikinci kez soruşturulması veya kovuşturulması istenilmiş olmaktadır. Dolayısıyla ikinci kez yargılamanın Türkiye'de, yani aynı devlette yapılması öngörülmekle birlikte, söz konusu yargılama yabancı bir devlet tarafından talep edildiğinden, bu durum *ne bis in idem* ilkesinin sadece iç hukuk yönü kapsamında değerlendirilemez. 25/1-ç bendindeki hüküm, yabancı bir devletin, ikili veya çok taraflı bir sözleşme ya da mütekabiliyet ilkesi çerçevesinde, uluslararası adli işbirliği talebine ilişkin olarak uygulanma alanı bulması nedeniyle, bu hükmün *ne bis in idem* ilkesinin uluslararası hukuk boyutuyla da ilgili olduğunu kabul etmek gerekir.

[47] CMK'nın 223/7. maddesinin kapsamı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Cebeci, s. 98-114.

bakımından uygulama alanına dair 11/1, 12/2 ve 13/3. fıkralarında ise söz konusu ilkeye uluslararası değer tanıyan düzenlemelere yer verilmiştir.[48]

6706 sayılı Kanunun 25/1-ç bendinde açıkça belirtilmiş olmamakla birlikte, düzenlemede yer alan *"yargılanmışsa"* ifadesiyle, soruşturma veya kovuşturmanın devri talebine konu fiilden dolayı kişi hakkında daha önce Türkiye'de dava açılmış ve mahkemece yapılan yargılama sonucunda bir hüküm verilmiş olması kastedilmektedir. Hüküm, mahkemenin uyuşmazlık konusunda verdiği nihai kararı ifade etmekte olup,[49] *"yargılanmışsa"* ifadesi aynı zamanda kovuşturmanın tamamlanmış olduğu anlamına geldiğinden, 25/1-ç bendi açısından, kovuşturma sonucunda verilen hükmün kesinleşmiş olması gereklidir.[50] Bununla birlikte kanaatimizce, niteliği itibarıyla farklılık arz etmesine rağmen, devir talebine konu fiilden dolayı kişi hakkında daha önce Türkiye'de yapılan yargılama sonunda mahkemece CMK'nın 231. maddesi gereğince hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmişse, bu durumda da kişi aynı fiil nedeniyle *"Türkiye'de yargılanmış"*

---

[48] TCK'nın bu hükümlerindeki düzenlemeler hakkında bilgi için bkz. Özen, s. 397-403; Cebeci, s. 81-98; Türkiye'nin taraf olduğu SİDAS (m. 9), Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri Konusunda Avrupa Sözleşmesi (m. 53) ve CKADAS (m. 35) gibi çeşitli uluslararası sözleşmelerde de *ne bis in idem* ilkesine uluslararası geçerlik tanınmıştır.

[49] Centel/Zafer, s. 843; CMK'nın 223. maddesinin 1. fıkrasında *"Duruşmanın sona erdiği açıklandıktan sonra hüküm verilir. Beraat, ceza verilmesine yer olmadığı, mahkûmiyet, güvenlik tedbirine hükmedilmesi, davanın reddi ve düşmesi kararı, hükümdür."* denilmiş, maddenin diğer fıkralarında da bu hüküm çeşitlerinin hangi hallerde tatbik edileceği düzenlenmiştir.

[50] *Ne bis in idem* ilkesi, sadece mahkeme tarafından uyuşmazlığın çözümlendiği hallerde geçerli olan bir ilkedir. Dolayısıyla, bir soruşturma sonucunda *"kovuşturmaya yer olmadığına"* karar verilmesi halinde, bu karar uyuşmazlığı çözen yargısal bir karar olmadığından, kesin hüküm etkisi doğurmaz. Centel/Zafer, s. 687; Bu nedenle, 6706 sayılı Kanunun 25/1-ç bendi açısından, yabancı bir devletin devir talebine konu fiilden dolayı hakkında daha önce Türkiye'de kovuşturmaya yer olmadığına karar verilen kişi Türkiye'de *"yargılanmış"* sayılmaz. Nitekim Yargıtay da, Norveç'te bir Türk vatandaşını öldürmesi dolayısıyla Norveç Kraliyet Savcılığınca olayda meşru müdafaa bulunduğu gerekçesiyle *"takipsizlik kararı"* verilmesi nedeniyle Uşak Ağır Ceza Mahkemesinin "kamu davasının reddine" karar verdiği bir olayda; *ne bis in idem* ilkesi gereğince, aynı fiilden dolayı iki defa cezalandırmayı engelleyebilmek için, yabancı ülkede verilen kesinleşmiş mahkeme kararlarının Türkiye'de geçerli sayılması gerekmekle birlikte, takipsizlik kararlarının, yabancı ülkede mahkûm olmadan Türkiye'ye gelen sanıkların Türk kanunlarına göre yargılanıp cezalandırılmalarını engellemeyeceği ve CKADAS'ın 35. maddesi göz önünde tutularak yargılamaya devamla sanık hakkında bir karar verilmesi gerektiği gerekçesiyle, mahkemenin kararını yasaya aykırı bulmuştur. 1. CD, 25.1.1990, 84/35 sayılı karar için bkz. Özgenç, s. 958-959, dn. 44; Buna karşılık, CMK'nın 250. maddesinde düzenlenen *"seri muhakeme usulü"*nde, yaptırım Cumhuriyet savcısı tarafından belirlenmekle birlikte, bu usul şüpheli dinlenildikten sonra mahkemece bir hüküm kurulmak suretiyle sonuçlandırıldığından, seri muhakeme usulü uygulanması neticesinde hakkında hüküm kurulan kişi *"yargılanmış"* sayılır. Seri muhakeme usulü hakkında bkz. Centel/Zafer, s. 598-607.

olduğundan 6706 sayılı Kanunun 25/1-ç bendi uyarınca devir talebi kabul edilmeyecektir.[51]

Ne bis in idem ilkesine 6706 sayılı Kanunda yer alan diğer adli işbirliği türleri için de geçerlik tanınmıştır. Bu çerçevede, yabancı adli mercilerin taleplerine ilişkin 8. maddenin 1-f bendinde *"Kişi hakkında Türk mahkemelerince verilen mahkûmiyet veya beraat hükmü bulunması... hâlinde, aynı fiile ilişkin adlî yardımlaşma talepleri yerine getirilmeyebilir"* hükmüne yer verilmiş; suçluların iadesiyle ilgili düzenlemeler arasında yer alan 11. maddenin 1-ç bendinde de *"İadesi talep edilen kişi hakkında, talebe konu fiil nedeniyle daha önce Türkiye'de beraat veya mahkûmiyet kararı verilmiş olması"* halinde iade talebinin kabul edilmeyeceği belirtilmiştir. Adli yardımlaşma ve iade konularında *ne bis in idem* ilkesinin uygulanması bakımından, sadece Türk mahkemelerince verilmiş beraat veya mahkûmiyet kararları göz önünde tutulurken, 25/1-ç bendinde Türkiye'de daha önce yapılan yargılama sonucunda verilen hükümler yönünden bir ayrım yapılmamıştır. Dolayısıyla, CMK'da yer alan beraat veya mahkûmiyet haricindeki diğer hüküm çeşitlerinin de dikkate alınması, soruşturma veya kovuşturmanın devri açısından *ne bis in idem* ilkesine daha geniş bir uygulama alanı tanındığını göstermektedir.[52]

---

[51] CMK'nın 231. maddesinde düzenlenen *"hükmün açıklanmasının geri bırakılması"* (HAGB), yapılan yargılama sonucunda sanığın isnat edilen suçu işlediğinin sabit olması üzerine mahkûmiyet kararı kurulması sonrasında, maddede öngörülen şartların mevcudiyeti halinde verilen bir karar olup, ilk mahkûmiyet kararı teknik anlamda bir *"hüküm"* sayılmaktadır. Gökcen, Ahmet/Balcı, Murat/Alşahin, M.Emin/Çakır, Kerim: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 4. Baskı, Ankara 2020, s. 630-631; Turan, Hüseyin: *Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması ve Uygulaması*, 2. Baskı, Ankara 2014, s. 33; Doktrinde, CMK'nın 231/5. fıkrasında yer alan *"Hükmün açıklanmasının geri bırakılması, kurulan hükmün sanık hakkında bir hukukî sonuç doğurmamasını ifade eder"* şeklindeki düzenleme nedeniyle, açıklanmayan hükmün kesinleşmediği ve bu nedenle davanın derdest olduğu ifade edilmekle birlikte (Centel/Zafer, s. 857), bu durum 6706 sayılı Kanunun 25/1-ç bendi açısından, hakkında HAGB kararı verilen kişinin daha önce *"Türkiye'de yargılanmış"* olduğu gerçeğini değiştirmemektedir. Burada HAGB kararının kesinleşmesi önem taşımakta olup, kişi denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlemediği ve denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklere uygun davrandığı takdirde, açıklanması geri bırakılan hüküm ortadan kaldırılarak, davanın düşmesine karar verilecektir. Denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlemesi veya denetimli serbestlik yükümlülüklerine aykırı davranması halinde ise, mahkeme hükmü açıklayacaktır (CMK m. 231/10-11). Verilebilecek bu kararlar kişinin *"yargılanmış olduğu fiile"* ilişkin olmayıp, HAGB kararı sonrasında sergileyeceği tutumla ilgilidir. Her iki halde de mahkeme başa dönüp yeni bir yargılama yapmayacaktır. HAGB hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Centel/Zafer, s. 856-869; Öztürk/Tezcan/Erdem vd, s. 644-653; Turan, s. 93-166; CKADAS'ın aşağıda temas edilecek olan 35/1-c bendindeki, daha önce yargılanmış olan kişinin *"mahkeme suçluluğu tespit edip müeyyideyi tayin etmemişse"* aynı fiilden dolayı diğer bir sözleşen devlette kovuşturulamayacağına dair hüküm de, *ne bis in idem* ilkesinin HAGB benzeri kararlar bakımından da geçerli olduğunu göstermektedir.

[52] 6706 sayılı Kanunun *"infazın devralınması"* başlıklı 26. maddesinde, yabancı devlet mahkemelerince verilen mahkûmiyet kararlarının Türkiye'de infaz edilebilmesi için aranan şartlar arasında *"Aynı suçtan dolayı Türkiye'de soruşturma veya kovuşturma yapılmamış olması"*na da yer verilmiştir. Kişi hakkında aynı fiilden dolayı daha önce

Kişinin aynı fiil nedeniyle daha önce yargılanmış olması CKADAS'ta da soruşturma veya kovuşturmanın devri açısından mutlak bir ret nedeni olarak düzenlenmiştir. Sözleşmenin 10/b bendine göre, istenilen devlet *"kovuşturma yapılması 35 inci madde hükümlerine aykırı ise"* isteği işleme koymayacaktır. *"Ne bis in idem"* başlıklı 35. madde hükmü ise şöyledir:

"1. Kesin ve yerine getirilebilir bir yargı ile yargılanmış olan kişi:

a) Beraat etmişse,

b) Hakkında müeyyide hükmolunup da: i) Bu müeyyide tamamen yerine getirilmişse veya yerine getirilmekte ise, ii) Müeyyidenin tamamı veya yerine getirilmemiş kısmı genel veya özel affa uğramışsa, iii) Müeyyide zamanaşımı yüzünden yerine getirilemiyorsa,

c) Mahkeme suçluluğu tespit edip müeyyideyi tayin etmemişse, aynı eylemden ötürü diğer bir sözleşen Devlette kovuşturulamaz, mahkûm edilemez veya hakkındaki müeyyide yerine getirilemez.

2. Bununla beraber sözleşen devletler, yargının konusu olan eylem bu devletlerde kamusal nitelikte bir kişiye, bir kuruma veya bir şeye karşı işlenmişse yahut yargıya konu olan kişi bu devletlerde kamusal nitelik taşımakta ise, kendileri kovuşturma istemiş olmadıkça, 'ne bis in idem' sonucunu kabule mecbur değildirler.

3. Ülkesinde eylem işlenen yahut kendi kanununa göre işlendiğini kabul eden Devlet de, kendisi kovuşturma istemiş olmadıkça, 'ne bis in idem' sonucunu kabule mecbur değildir."[53]

Görüldüğü üzere, Sözleşmede *ne bis in idem* ilkesinin uygulanması açısından daha önce verilmiş beraat kararları doğrudan dikkate alınırken, mahkûmiyet kararları için ilave şartlar aranmaktadır. Örneğin, mahkûmiyet hükmü verilmiş olmakla birlikte, ceza infaz edilmemişse ya da sadece kısmen infaz edilmişse, *ne bis in idem* ilkesi uygulanmayacaktır.[54] 6706 sayılı Kanunun 25/1-ç bendinde ise, kişinin

---

Türkiye'de soruşturma yapılmış olması da *ne bis in idem* etkisi doğurduğundan, bu düzenlemede söz konusu ilkenin kapsamının oldukça geniş tutulduğu anlaşılmaktadır.

[53] CKADAS'ın açıklayıcı raporunda *ne bis in idem* ilkesi hakkındaki değerlendirmeler için bkz. Ulutaş/Atabey, s. 67-73; Explanatory Report, s. 33-37.

[54] Kunter, s. 232-233; Türkiye'den Bulgaristan'a eroin ihraç edilmesiyle ilgili olarak Bulgaristan'ın uyuşturucu madde ithal etme suçundan yürütmekte olduğu soruşturmayı CKADAS hükümlerine göre Türkiye'ye devrettiği bir olayda Yargıtay, sanık hakkında uyuşturucu madde ihraç etme suçundan dolayı Türkiye'de yargılama yapılarak mahkûmiyet kararı verilmiş olması nedeniyle, *ne bis in idem* ilkesi dikkate alınarak, sonradan açılan davanın reddedilmesi gerektiğine karar vermiştir: *"Sanık tarafından Türkiye'den götürülen ve Bulgaristan'da ele geçirilen suç konusu eroinden dolayı ...11. Ağır Ceza Mahkemesinin 09.03.2007 tarih 2006/150 esas, 2007/153 karar sayılı kararıyla uyuşturucu madde ihraç etme suçundan verilen mahkûmiyet kararının kesinleştiği, sanık hakkında uyuşturucu madde ithal etme suçundan yürütülen soruşturma dosyasının sanığın Bulgaristan'da yakalanamaması nedeniyle Ceza Kovuşturmalarının Aktarılması Konusunda Avrupa Sözleşmesi'nin 8.1 "a", "b" ve "d" maddeleri uyarınca Türkiye'ye devredildiği, Non bis in idem (aynı fiilden dolayı iki kez yargılama olmaz) ilkesinin bir istisnası*

daha önce Türkiye'de *"yargılanmış"* olması dışında ilave bir şart öngörülmediğinden, Kanundaki bu hüküm CKADAS'ın 35. maddesindeki düzenlemeden daha geniş kapsamlıdır. Bununla birlikte, Sözleşmenin 37. maddesinde yer alan *"Bu kesim, yabancı memlekette verilen ceza yargılarının 'ne bis in idem' sonucunu daha geniş ölçüde kabul eden milli kanunların uygulanmasına engel olmayacaktır."* şeklindeki hükmün, taraf devletlere bu ilkeyi daha geniş olarak uygulama serbestisi tanıdığını gözden uzak tutmamak gerekir.[55]

B. TAKDİRİ RET NEDENLERİ

6706 sayılı Kanunun *"Genel Hükümler"* başlıklı Birinci Bölümünde yer alan 4. maddesinde, adli işbirliği taleplerinin reddine ilişkin bir düzenleme yapılmıştır. Söz konusu maddeye göre, aşağıdaki hallerde yabancı devletlerin adli işbirliği talepleri reddedilebilir:

a) Türkiye'nin egemenlik hakları, milli güvenliği, kamu düzeni veya diğer temel çıkarlarının ihlal edilmesi,

b) Talebe konu fiilin sırf askeri suç, düşünce suçu, siyasi suç veya siyasi suçla bağlantılı bir suç olması,

c) Talebe konu kişinin ırkı, etnik kökeni, dini, vatandaşlığı, belli bir sosyal gruba mensubiyeti veya siyasi görüşleri nedeniyle bir soruşturma veya kovuşturmaya maruz bırakılacağına veya cezalandırılacağına ya da işkence veya kötü muameleye maruz kalacağına dair inandırıcı nedenlerin bulunması,

ç) Talepte bulunan devlette savunma hakkına ilişkin temel güvencelerin bulunmaması.[56]

4. maddede, yukarıda belirtilen hallerin mevcut olması durumunda, adli işbirliği talepleri bakımından "*reddedilebilir"* ifadesi

---

olarak yabancı ülkede uyuşturucu madde ithal etme suçundan yargılanan sanığın suç konusu uyuşturucu maddenin Türkiye'den götürülmesi halinde uyuşturucu madde ihraç etme suçundan da Türkiye'de yargılanacağı, ancak; Sanığın yabancı ülke mahkemesinde uyuşturucu madde ithal etme suçundan yargılanıp mahkûm olması halinde hükmolunan cezanın infaz edilen kısmının Türkiye'de uyuşturucu madde ihraç etme suçundan yapılan yargılama sonucunda hükmolunacak cezadan mahsup edileceği, Somut olayda Bulgaristan'da yakalanamadığı için hakkında uyuşturucu madde ithal etme suçundan yargılama yapılamayan sanık hakkında Türkiye'de uyuşturucu madde ihraç etme suçundan yargılama yapılarak mahkûmiyet kararı verildiği gözetilmeden; sonradan açılan bu davanın reddine karar verilmesi yerine, yargılamaya devamla infaz kabiliyeti bulunmayan hukuki değerden yoksun hüküm kurulması..." 10. CD, 2013/7816 E. 2014/2796 K. sayılı karar için bkz. Elmas, Birsen: *Uyuşturucu ve Uyarıcı Madde Suçları*, 4. Baskı, Ankara 2020, s. 83, dn. 107; CKADAS'ın yukarıda belirtilen hükümleri dikkate alındığında esasen bu olayda Sözleşmenin 10/b fıkrası uyarınca soruşturmanın devri talebinin işleme konulmaması gerektiği anlaşılmaktadır.

[55] Kunter, s. 233.

[56] 4. maddede düzenlenen ret nedenleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Turhan, 2019, s. 3085-3092.

kullanıldığından, bu maddede sayılan haller takdiri ret nedeni teşkil etmektedir.[57] Kanunda düzenlenen tüm adli işbirliği yöntemleri için geçerli olan söz konusu takdiri ret nedenleri, 25/1. fıkrada düzenlenen mutlak ret nedenlerine ilave olarak, öngörülen koşulların mevcut olması durumunda soruşturma veya kovuşturmanın devralınması talepleri bakımından da uygulanabilecektir.

Kanundaki takdiri ret nedenlerine yakından bakıldığında, bunların CKADAS'ın 11. maddesinde yer alan bazı ret nedenleriyle aynı mahiyette olduğu görülmektedir. Bu çerçevede, 4. maddenin (a) bendindeki düzenlemenin Sözleşmenin 11/j bendindeki, (b) bendindeki düzenlemenin Sözleşmenin 11/d bendindeki, (c) bendindeki düzenlemenin de Sözleşmenin 11/e bendindeki ret nedenine tekabül ettiği anlaşılmaktadır. Şu halde 6706 sayılı Kanunun 4 ve 25/1. maddeleri birlikte değerlendirildiğinde, CKADAS'taki takdiri ret nedenlerinin bazılarının Kanunda mutlak ret nedeni olarak, bazılarının ise takdiri ret nedeni olarak düzenlendiğini söylemek yanlış olmayacaktır.[58]

---

[57] *Turhan*'a göre, *"Her ne kadar md. 4/1-a)'da adli işbirliği talebi 'reddedilebilir' denmişse de, bu ifadenin adli yardım talebini kabul etme konusunda yetkili makam olarak Adalet Bakanlığının takdir yetkisi olduğu şeklinde anlaşılmaması gerekir. Çünkü Türkiye'nin egemenlik, güvenlik, kamu düzenini veya temel çıkarları ile temel insan haklarını ihlal eden bir adli işbirliği talebinin kabul edilmesi mümkün olmadığı için bu konuda Adalet Bakanlığının takdir yetkisi de olmamalıdır. Hükümdeki reddedilebilir ifadesinin, söz konusu red sebeplerinin bulunup bulunmadığına adli mercilerden ziyade, Merkezi Makam olarak Adalet Bakanlığının karar vereceği şeklinde anlaşılması gerekir. Bu konuda herhangi bir tartışmaya neden olmamak açısından bazı yabancı adli işbirliği kanunlarında olduğu gibi adli işbirliği talepleri 'kabul edilmez' denilmesi yerinde olurdu."* Turhan, 2019, s. 3087; 6706 sayılı Kanunun 4. madde gerekçesinde belirtildiği üzere, söz konusu hüküm İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Cenevre Sözleşmesi, CİKAYAS ve SİDAS ile diğer uluslararası sözleşmeler dikkate alınarak düzenlenmiştir. Kanun, uluslararası adli işbirliği alanında tüm ikili ve çok taraflı sözleşmeler ile mütekabiliyet ilkesine göre yapılan talepler bakımından uygulanabilir bir metin olup, adli işbirliği taleplerine ilişkin aynı ret nedeninin bazı uluslararası sözleşmelerde mutlak, bazılarında ise takdiri ret nedeni olarak düzenlenmesi mümkün olduğundan, kanaatimizce 4. maddede olduğu gibi, Merkezi Makama, değişik hukuk sistemlerine sahip devletlerle yürütülecek ilişkilerde karşılaşabileceği farklı koşullarda uygulanma imkânı olabilecek esneklikte bir *"adli işbirliği talebini reddedebilme"* yetkisi verilmesinde isabetsizlik bulunmamaktadır. Zira 4. maddede öngörülen takdir yetkisi keyfi şekilde kullanılabilecek bir yetki olmayıp, uluslararası adli işbirliğinin yürütülmesinde oldukça işlevsel bir rolü bulunan Merkezi Makam, Kanunun 3. maddesindeki görev ve yetkileri çerçevesinde, adli işbirliği talebinin dayanağını teşkil eden uluslararası sözleşme, iç mevzuat ve talep eden yabancı devletle süregelen ilişkiler ile somut talebin özelliklerini de dikkate alarak, bu yetkiyi kullanacaktır. Elbette Türkiye'nin kamu düzenini ya da temel çıkarlarını açık bir şekilde ihlal eden bir adli işbirliği talebinin Merkezi Makam tarafından kabul edilmesi beklenemez. Ancak talebin bu nitelikte olup olmadığının her zaman açık olmayabileceği de gözden uzak tutulmamalıdır. Esasen Merkezi Makamın takdir yetkisi de daha çok böyle durumlarda söz konusu olacaktır.

[58] CKADAS çok taraflı bir uluslararası sözleşme olduğundan, sözleşen farklı devletlerin hukuk sistemlerini bağdaştırabilmek amacıyla bazı hususları takdiri olarak düzenlemiş olup, Sözleşmenin takdiri olarak tanzim ettiği hususların taraf devletlerce mutlak

III. SORUŞTURMA VEYA KOVUŞTURMANIN DEVRALINMASINDA UYGULANACAK USUL

Yabancı devletlerin soruşturma veya kovuşturmanın devrine yönelik taleplerinin yerine getirilmesinde hangi makamların yetkili olacağı ve nasıl bir usulün uygulanacağı 6706 sayılı Kanunun 25/2. fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre, *"Merkezî Makamın uygun görmesi üzerine soruşturmanın veya kovuşturmanın devrine ilişkin talep, yetkili Cumhuriyet başsavcılığına gönderilir. Cumhuriyet başsavcılığı soruşturma veya kovuşturmanın devrine konu olan suça ilişkin soruşturma başlatır ve sonucuna göre işlem yapar."*

A. MERKEZİ MAKAMIN TALEBİ UYGUN GÖRMESİ

25/2. fıkra uyarınca yabancı devletin soruşturma veya kovuşturmanın devri talebi öncelikle Merkezi Makam tarafından incelenecektir. Kanunun 2/1-b bendine göre Merkezi Makam, Adalet Bakanlığını ifade etmektedir.[59] Yapılacak incelemeden sonra uygun görülmesi halinde talep yetkili Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilecektir. 25/2. fıkradaki düzenlemeden, yabancı devletin devir talebini kabul etme ya da reddetme yetkisinin Merkezi Makama ait olduğu anlaşılmaktadır. Kanunun 3/1-a bendinde Merkezi Makamın görev ve yetkileri arasında *"Taraf olunan milletlerarası andlaşmalar veya mütekabiliyet ilkesi çerçevesinde, yabancı devletlerin adlî iş birliği taleplerinin kabulü"* konusunda karar vermenin sayılmış olması da bu hususu teyit etmektedir.

Merkezi Makamın 25/2. fıkrada öngörülen incelemeyi hangi kıstaslara göre yapacağı maddede açıklanmış olmamakla birlikte, söz konusu inceleme yapılırken Kanunun *"Merkezî Makamın görev ve yetkileri"* başlıklı 3. maddesi hükümlerinin dikkate alınacağını söylemek mümkündür. Bu kapsamda, devir talebinin Türkiye ile talep eden devlet arasında yürürlükte bulunan ikili ya da çok taraflı sözleşmede öngörülen şartlara uyup uymadığı ile gönderilmesi zorunlu belgelerin iletilip iletilmediği gibi hususlar incelenecektir. Gerek duyulan hallerde yabancı devletlerden ek bilgi ve belgelerin gönderilmesi de istenebilecektir. İkili ya da çok taraflı sözleşmelerde ayrıntılı hüküm bulunmaması ya da yabancı devletin mütekabiliyet ilkesi uyarınca talepte bulunması

şekilde düzenlenmiş olması, bu düzenlemelerin Sözleşme ile çeliştiği anlamına gelmemektedir.

[59] 10.7.2018 tarih ve 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 45. maddesi uyarınca, kovuşturmaların aktarılması dâhil olmak üzere uluslararası adli işbirliği işlemleri Adalet Bakanlığı Dış İlişkiler ve Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü tarafından yerine getirilmektedir. Merkezi Makamın görev ve yetkileri hakkında bilgi için bkz. Turhan, 2019, s. 3092-3100.

halinde, yapılacak incelemede talebin 25/1. fıkrada öngörülen şartları içerip içermediğine bakılacaktır.

Merkezi Makamın incelemesi sonucunda, devir talebinin ilgili sözleşmelerde ya da Kanunda öngörülen şartları taşımadığının değerlendirilmesi durumunda, talep kabul edilmeyecek ve gerekçesi de belirtilmek suretiyle talep eden devlete bilgi verilecektir. Örneğin, 6706 sayılı Kanuna göre, ancak yurt dışında işlenen suçlar bakımından soruşturma veya kovuşturmanın devralınması mümkün olduğundan, yabancı devletin Türkiye'de işlenen bir suçtan dolayı devir talebinde bulunması halinde, böyle bir talep kabul edilmeyecektir. Aynı şekilde, soruşturulması veya kovuşturulması talep edilen şüpheli veya sanık Türk vatandaşı değilse ya da Türkiye'de mutat olarak bulunmuyorsa, talep Merkezi Makam tarafından reddedilecektir.

Bununla birlikte, kimi zaman talebin öngörülen şartları taşıyıp taşımadığı net olmayabilir ya da konunun yargı makamları tarafından değerlendirilmesi gereken boyutları bulunabilir. Yukarıda verilen örnek açısından, devir talebine konu suçun Türkiye'de mi yoksa yurt dışında mı işlenmiş olduğunun tartışmalı olması mümkündür. Yine, ilgili kişi daha önce Türkiye'de yargılanmış olmakla birlikte, önceki yargılamanın devir talebine konu fiil ile aynı olup olmadığı açık olmayabilir. Kanaatimizce bu gibi hallerde, Merkezi Makam tarafından hukuki değerlendirmeye girilmeksizin, diğer şartları taşıması halinde, talebin yetkili Cumhuriyet Başsavcılığına iletilmesi ve hukuki/yargısal takdir gerektiren hususların adli mercilerce kararlaştırılması yerinde olacaktır. Doğrudan bu hususla ilgili olmamakla birlikte, Kanunun 3/4. fıkrasında yer alan *"Merkezî Makam, yargı yetkisine giren hususlar hariç olmak üzere, devletlerce ileri sürülen şartları kabul edebilir veya istenen teminatı verebilir..."* hükmünde, *"yargı yetkisine giren hususlar"*ın Merkezi Makamın yetkisinden müstesna tutulması da bu düşünceyi destekleyici mahiyettedir.

B. TALEBİN YETKİLİ CUMHURİYET BAŞSAVCILIĞINA GÖNDERİLMESİ

Merkezi Makamın, yapacağı inceleme sonucunda soruşturma veya kovuşturmanın devrine ilişkin talebin işleme konulmasını uygun görmesi halinde, talep yetkili Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilecektir. Soruşturma veya kovuşturmanın devralınması sadece yurt dışında işlenen suçlar bakımından mümkün olduğundan, yetkili Cumhuriyet Başsavcılığı CMK'nın *"Yabancı ülkede işlenen suçlarda yetki"* başlıklı 14. maddesine göre belirlenecektir.

14. maddenin 1. fıkrasına göre *"Yabancı ülkede işlenen ve kanun hükümleri uyarınca Türkiye'de soruşturulması ve kovuşturulması gereken suçlarda yetki, 13 üncü maddenin birinci ve ikinci fıkralarına göre belirlenir."* 13. maddede ise *"1) Suçun işlendiği yer belli değilse, şüpheli veya sanığın yakalandığı yer, yakalanmamışsa yerleşim yeri mahkemesi yetkilidir. 2) Şüpheli veya sanığın Türkiye'de yerleşim yeri yoksa Türkiye'de en son adresinin*

bulunduğu yer mahkemesi yetkilidir." hükmüne yer verilmiştir. Bununla birlikte, 14. maddenin 2. fıkrası uyarınca, Cumhuriyet savcısının, şüphelinin veya sanığın istemi üzerine Yargıtay, suçun işlendiği yere daha yakın olan yer mahkemesine yetki verebilecektir.[60]

C. CUMHURİYET BAŞSAVCILIĞINCA YAPILACAK İŞLEMLER

25/2. fıkra uyarınca, yetkili Cumhuriyet Başsavcılığı soruşturma veya kovuşturmanın devrine konu olan suça ilişkin soruşturma başlatacak ve sonucuna göre işlem yapacaktır. Yabancı devletin talebinin *"soruşturmanın devri"*ne ilişkin olması halinde Türkiye'de soruşturma yürütülmesi olağan bir durumdur. Böylece, yabancı devlette başlatılmış olan soruşturma Türkiye'de devam ettirilmiş olacaktır. Burada özellik arz eden husus, yabancı devletin *"kovuşturmanın devri"* talebinde bulunması halinde de Türkiye'de bir *"soruşturma"* başlatılmasının zorunlu olmasıdır.

Kovuşturmanın devrinde, aslında yabancı devlette bir soruşturma yapılmış, deliller toplanmış, neticede sanık hakkında bir dava açılmış ve yargılama başlamıştır. Böyle bir durumda devir talebinin kabul edilmesi üzerine, Türkiye'de kovuşturmaya kaldığı yerden devam edilmesi yerine, tekrar önceki aşamaya dönülerek soruşturma başlatılmasının öngörülmesinin bazı sebepleri bulunmaktadır:

Öncelikle, yabancı bir devletin kovuşturmanın devri talebinin, uluslararası alanda doğrudan sonuç doğuran bir yetkisizlik ya da görevsizlik kararı niteliğini hâiz olmadığını ifade etmek gerekir. Buna ilave olarak, kovuşturmanın devralınması halinde maddi hukuk ve muhakeme usulü bakımından Türk kanunları uygulanacaktır. Bir şüphelinin Türk mahkemelerince yargılanabilmesi için, Cumhuriyet savcısı tarafından CMK'nın 170. maddesi uyarınca bir kamu davasının açılması zorunludur. Görevli ve yetkili mahkemeye hitaben düzenlenecek iddianamede kişinin suçlandığı fiiller, suçun delilleri ile uygulanması gereken kanun maddeleri gibi hususların belirtilmesi gereklidir. Ancak, iddianame düzenlenmesi kamu davasının açılması için yeterli olmayıp, CMK'nın 175/1. fıkrasına göre iddianamenin mahkemece kabul edilmesi gerekmektedir.

Öte yandan, yabancı devletin yetkili makamları tarafından deliller toplanmış olmakla birlikte, kovuşturmanın devralınmasından sonra da Türkiye'de elde edilebilecek delillerin bulunması mümkündür.

---

[60] 14. maddenin 3. fıkrasına göre, bu gibi suçlarda şüpheli veya sanık Türkiye'de yakalanmamış, yerleşmemiş veya adresi yoksa; yetkili mahkeme, Adalet Bakanının istemi ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının başvurusu üzerine Yargıtay tarafından belirlenecektir. Kişi Türkiye'de mutat olarak bulunmuyorsa, soruşturma veya kovuşturma devralınmayacağı için bu fıkranın uygulama alanı yoktur. CMK'nın 14. maddesi hakkında bilgi için bkz. Centel/Zafer, s. 646.

6706 sayılı Kanunda devir talebi kabul edildikten sonra delil toplanmasını engelleyen bir hüküm mevcut değildir. Bilakis, soruşturma başlatılacağı belirtilmek suretiyle her türlü delilin toplanabileceği öngörülmüştür. CMK'nın 160/2. fıkrasına göre, Cumhuriyet savcısı şüphelinin lehine ve aleyhine olan delilleri toplamakla yükümlü olduğundan, kovuşturmanın devrine konu suçla ilgili olarak da tüm deliller toplanacaktır. Bu çerçevede, Cumhuriyet savcısı tarafından CMK'da öngörülen bütün yetkiler kullanılabilecek, gerekli görülmesi halinde tutuklama ve adli kontrol gibi koruma tedbirlerine de başvurulabilecektir.[61]

6706 sayılı Kanunun 25/2. fıkrasının son cümlesinde *"sonucuna göre işlem yapar"* hükmüne yer verildiğinden, Cumhuriyet savcısı soruşturma sonucunda kamu davası açabileceği gibi, koşulları mevcut olduğu takdirde kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verebilecektir. Örneğin, yabancı bir ülkede meydana gelen trafik kazası sonucunda çocuğunun ağır yaralanmasına neden olan ve sonrasında Türkiye'ye gelen bir Türk vatandaşı hakkında, suçun işlendiği yabancı devlet tarafından yapılan kovuşturmanın devri talebinin kabul edilmesi üzerine başlatılan soruşturma sonucunda, Cumhuriyet savcısının, somut olaydaki taksirle yaralama fiilinin TCK'nın 22/6. fıkrası kapsamında kaldığını değerlendirerek, kamu davası açma konusundaki takdir yetkisini kullanmak suretiyle, CMK'nın 171/1. fıkrasına göre kovuşturmaya yer olmadığına dair karar vermesi mümkün bulunmaktadır.[62]

---

[61] 6706 sayılı Kanunun 24/6. fıkrasında, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde soruşturma veya kovuşturmanın yabancı devlete devredilmesi talebiyle birlikte veya öncesinde, talep edilen devlet makamlarından geçici tedbirler alınmasının istenilebileceği düzenlendiği halde, soruşturma veya kovuşturmanın devralınması bakımından böyle bir hükme yer verilmemiştir. Kanunun adli yardımlaşmayla ilgili 8/1-c bendinde *"Gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde, adli yardımlaşma talebi gönderilmeden önce delillerin korunması amacıyla geçici tedbirler alınabilir. Geçici tedbirin alındığı tarihten itibaren kırk gün içinde adlî yardımlaşma talebinin Merkezî Makama ulaşmaması hâlinde tedbir, yetkili makam veya merciler tarafından derhâl kaldırılır."* hükmü yer almıştır. Benzer şekilde, iadeyle ilgili 14. maddede de ilgili devletin talebi üzerine iadesi talep edilen kişinin kırk günü aşmamak üzere geçici olarak tutuklanabileceği düzenlenmiş, ayrıca 26/4. fıkrada 14. madde hükmünün infazın devralınması bakımından da uygulanacağı belirtilmiştir. Bu itibarla, 25. maddeye bir hüküm eklenerek, diğer adli işbirliği yöntemlerinde olduğu gibi, soruşturma veya kovuşturmanın devralınması talebiyle birlikte veya öncesinde, yabancı devletin isteği üzerine gerekli koruma tedbirlerinin alınmasına imkân veren bir düzenleme yapılması yararlı olacaktır.

[62] CMK'nın 171/1. fıkrası, "*Cezayı kaldıran şahsî sebep olarak etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasını gerektiren koşulların ya da şahsî cezasızlık sebebinin varlığı halinde, Cumhuriyet savcısı kovuşturmaya yer olmadığı kararı verebilir."* hükmünü içermektedir. TCK'nın 22/6. fıkrasında ise, *"Taksirli hareket sonucu neden olunan netice, münhasıran failin kişisel ve ailevi durumu bakımından, artık bir cezanın hükmedilmesini gereksiz kılacak derecede mağdur olmasına yol açmışsa ceza verilmez..."* hükmü yer almaktadır. Doktrinde kabul edildiği üzere, TCK'nın 22/6. fıkrasındaki hüküm taksirli suçlarda genel bir şahsi cezasızlık sebebidir. Koca/Üzülmez, s. 236; Centel/Zafer, s. 585, dn. 164.

Öte yandan, CMK'nın 171/2. fıkrasında, *"Uzlaştırma ve önödeme kapsamındaki suçlar hariç olmak üzere, Cumhuriyet savcısı, üst sınırı üç yıl veya daha az süreli hapis cezasını gerektiren suçlardan dolayı, yeterli şüphenin varlığına rağmen, kamu davasının açılmasının beş yıl süre ile ertelenmesine karar verebilir."* denilmekte olup, aynı maddenin 3. fıkrasında belirtilen şartların gerçekleşmesi halinde, kovuşturmanın devralınması üzerine başlatılan soruşturmalar sonucunda da kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verilebileceğini belirtmek gerekir.

Kovuşturmanın devri talebinin kabul edilmesi halinde, talep edilen devletin nasıl bir yol izleyeceği hususunda CKADAS'ta da bazı düzenlemelere yer verilmiştir. Sözleşmenin 9. maddesine göre, talep edilen devletin yetkili makamları, kendilerine gönderilmiş olan kovuşturma isteklerini işleme koyacaklarsa, gereğini *"kendi kanunlarına göre"* tayin edeceklerdir. Başka bir ifadeyle, kovuşturmanın devralınmasına karar verildikten sonraki süreçte maddi hukuk ve usul hukuku açısından talep edilen devletin kanunları uygulanacaktır.

Sözleşmenin 23 ilâ 26. maddelerinde ise kovuşturma isteğinin talep edilen devletteki sonuçları düzenlenmiştir.[63] 24. maddede kovuşturmanın şikayete bağlı olması durumunda nasıl bir uygulama yapılacağı açıklanmış, 25. maddede de, talep edilen devlette suça uygulanacak müeyyidenin, kanunda başka devlet kanunundaki müeyyidenin uygulanacağı kabul edilmedikçe, *"talep edilen devletin kanunundaki müeyyide"* olacağı belirtilmiştir.[64] 26. maddede ise, talep eden devlette kovuşturma amacıyla yapılan işlemlerin talep edilen devletteki değeri düzenlenmiştir.

D. TALEP EDEN DEVLETTE YAPILAN İŞLEMLERİN DEĞERİ

25/3. fıkraya göre, *"Talepte bulunan yabancı devlet mevzuatına göre yapılmış soruşturma veya kovuşturma işlemleri ve elde edilen deliller Türk hukuku bakımından geçerli sayılır."* Bu düzenlemeyle, soruşturma veya kovuşturmanın devralınması halinde, devir talebinde bulunan yabancı devlette başlatılan soruşturma veya kovuşturma işlemlerinin ve bu işlemler neticesinde o devletin hukukuna göre elde edilen delillerin

---

63 Bu maddelerin açıklaması için bkz. Ulutaş/Atabey, s. 56-58; Explanatory Report, s. 26-28.

64 Sözleşmenin 25. maddesinin 2. cümlesine göre, talep edilen devletin yetkisi sadece 2. maddeye dayanıyorsa (ikincil yargı yetkisi), bu devlette verilecek ceza talep eden devlet kanununun öngördüğü müeyyideden daha ağır olamayacaktır. 6706 sayılı Kanunda böyle bir hüküm yer almamakla birlikte, TCK'nın 19/1. fıkrasındaki *"Türkiye'nin egemenlik alanı dışında işlenen suçlar dolayısıyla Türkiye'de yargılama yapılırken, Türk kanununa göre verilecek olan ceza, suçun işlendiği ülke kanununda öngörülen cezanın üst sınırından fazla olamaz."* şeklindeki hükmün, diğer şartların mevcudiyeti halinde, soruşturma veya kovuşturmanın devralınması sonucu yapılan yargılamalarda da uygulanacağını belirtmek gerekir. TCK'nın 19. maddesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Mert, 2015, s. 94-182.

Türk hukuku bakımından geçerli olacağı kabul edilmektedir. Böylece, delillerin geçerliği konusunda uluslararası alanda kabul görmüş olan *"delilin elde edildiği yer hukukuna uygunluğu"* ilkesi maddeye yansıtılmıştır.[65]

Söz konusu ilkeye CKADAS'ın 26/1. fıkrasında da yer verilmiştir. Buna göre, *"İsteyen Devlette kovuşturma amacı ile kanun ve tüzüklere uygun olarak yapılmış işlemler, istenilen Devlette bu Devletin makamları tarafından yapılmış gibi sayılırlar. Ancak bu eşdeğerde sayış, bu işlemlerin isteyen Devletteki ispat kuvvetinin artırılması sonucunu doğuramaz."*[66] Sözleşmenin bu hükmü de dikkate alındığında, Kanunun 25/3. fıkrası çerçevesinde, yabancı devlette icra edilen adli işlemlerin ve elde edilen delillerin Türk hukukuna göre *"geçerli"* olması, bunların Türk makamlarınca yapılmış işlemler ve elde edilmiş deliller olarak sayılacağı ve yargılama aşamasında hükme esas alınabileceği anlamına gelmektedir.

Kanundaki düzenleme, uluslararası adli işbirliğinin temel ilkeleri arasında yer alan devletlerin birbirlerine güven duymaları anlayışının bir tezahürü olduğu kadar, ceza davası sürecinin devamlılığı ve usul ekonomisi açısından da yerinde bir düzenlemedir.[67] Yabancı devlet

---

[65] Bkz. 25. madde gerekçesi. Cezaî Konularda Uluslararası Adlî İş Birliği Mevzuatı, s. 43.

[66] 26. maddenin açıklamasına göre, bu hüküm talep eden devlette hukuka uygun şekilde atılmış usuli adımların talep edilen devlette aynı geçerliğe sahip (dolayısıyla eşdeğer) olmasını öngörmektedir. Ancak, aynı amaçlarla atılan adımların benzeşmesi bunlardan kaynaklanan etkilerin de benzer olacağı anlamına gelmez. Sözleşmede öngörülen kural uyarınca, yabancı hukuk tarafından belirlenen etkiler ulusal hukukun etkileriyle eşitlenmiş değildir. Bununla birlikte, usuli işlemlerin delil değeri gibi ispat etkisi meselesi söz konusu olduğunda, Sözleşme, etkilerin benzeşmemesi kuralının uygulanmasına bir sınırlama getirmektedir. Ulusal hukuktaki delil değerinin bir sınırı olacak ve bu değer yabancı hukukta olduğundan daha fazla olamayacaktır. Ulutaş/Atabey, s. 58; Explanatory Report, s. 27-28; 26. maddenin 2. fıkrasında ise usuli işlemlerin dava zamanaşımına etkisi bakımından istisnai bir hükme yer verilmiştir: *"İsteyen Devlette veya istenilen Devlette muteber olarak yapılan ve zamanaşımını kesen işlemler, diğer Devlette de aynı sonucu doğururlar."* Türkiye, Avrupa Konseyi Genel Sekreterliğine yaptığı bildirimle, Sözleşmenin Ek I maddesinin (f) bendi uyarınca, kendi kanununa göre yetkili olduğu hallerde, 26/2. fıkranın uygulanmasına çekince koymuştur.

[67] Voynova, Ralitsa: "Comparison of the Transfer of Criminal Proceeding With Other Forms of International Legal Cooperation in Criminal Matters", (*International Conference*, Knowledge-Based Organization, Vol. XXI, No. 2, 2015, ss. 532-540, https://content.sciendo.com/view/journals/kbo/21/2/article-p532.xml?language=en Erişim tarihi: 4.10.2020), s. 537. Konuyla ilgili uluslararası uygulamaya bakıldığında, devletlerin genelde kendi ulusal standartlarına uygun olmasa bile, yabancı devletler tarafından elde edilen delilleri kabul ettikleri görülmektedir. Örneğin Almanya Federal Mahkemesi, Türkiye'de savunma tarafı hazır bulunmadan alınmış olan bir tanık beyanının Alman mahkemesinde duruşmada okunmuş olmasını, beyan belirtilen şekilde Almanya'da alınmış olsaydı kabul edilmeyeceği halde, onaylamıştır. Esasen bu, mahkemelerin belirli durumlarda yurt dışı kaynaklı delillere istinat edebilecekleri, ancak bunun için yabancı devletin yetkili makamlarının muntazam bir şekilde delilleri kendi kanunlarına uygun olarak topladığını kabul etmeleri gerektiği düşüncesine dayanmaktadır. Böyle bir durumda, delillerin değerlendirilmesini düzenleyen geniş kurallar ağına göre, ilgili delillerin de uygun şekilde elde edilmiş

makamları tarafından usulüne uygun şekilde icra edilmiş olan sanık ya da tanıkların dinlenilmesi, doktor raporu düzenlenmesi, uyuşturucu maddeyle ilgili uzman inceleme raporu alınması gibi, ifade alma veya delil temin etmeye yönelik usuli işlemlerin Türkiye'de yeniden yapılmasına gerek bulunmamaktadır. Bu delillerin Türk hukuku bakımından geçerli sayılması, şüpheli veya sanıkların yeni deliller ortaya koyarak bunların aksini ispat etmelerine ya da Cumhuriyet savcısının konuyla ilgili ilave delil toplamasına engel teşkil etmemektedir. Yabancı devlet makamları tarafından yapılmış olan işlemlerde bir eksiklik tespit edilmesi durumunda, bunların Türk adli mercilerince ya da talep üzerine ilgili devlet tarafından ikmal edilmesi mümkündür. CMK'da iddia ve savunma için öngörülen tüm hak ve yetkilerin, yabancı devletlerden devralınan soruşturma ve kovuşturmalar bakımından da geçerli olduğu hususunda tereddüt bulunmamaktadır.

25/3. fıkra açısından asıl önemli olan husus yabancı ülkede yapılan soruşturma veya kovuşturma işlemlerinin ve delillerin elde edilmesinin, yabancı devletin yetkili makamları tarafından ve o devletin hukukuna uygun olarak gerçekleştirilmiş olmasıdır.[68] CMK'nın 217/2. fıkrasında yer alan *"Yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir"* hükmünün zıt anlamından, suçun hukuka aykırı delille ispat edilemeyeceği sonucu çıkmaktadır.[69] Zikredilen kural yabancı devlet makamlarınca elde edilen deliller bakımından da geçerli olup, yabancı ülkede delillerin elde edilmesi sırasında bir hukuka aykırılığın mevcut olması halinde, bu durum söz konusu delillerin Türkiye'deki soruşturma veya kovuşturmalarda değerlendirilmemesi sonucuna yol açacaktır.[70]

Başka bir ifadeyle, yabancı devletin devir talebine konu soruşturma veya kovuşturmada bazı delillerin o devletin hukukuna aykırı olarak elde edilmiş olması durumunda, talebin geneli itibarıyla kabul edilebilir olması şartıyla, bu husus soruşturma veya kovuşturmanın devralınmasına engel teşkil etmeyecektir. Ancak, böyle bir durumda Türkiye'de yürütülecek soruşturma veya kovuşturmada bahse konu deliller dikkate alınmayacaktır. Buna karşılık, devir talebine konu soruşturma veya kovuşturma bütünüyle ya da büyük ölçüde

---

olduğunun kabul edilmesi gerekir. Şüpheli veya sanık açısından önemli olan husus ise, tanık beyanlarına karşı çıkabilme ya da yazılı delillere itiraz hakkının mevcut olmasıdır. Gless, Sabine: "Transnational Cooperation in Criminal Matters and the Guarantee of a Fair Trial: Approaches to a General Principle", (*Utrecht Law Review*, Volume 9, Issue 4, 2013, ss. 90-108, https://www.utrechtlawreview.org/articles/abstract/10.18352/ ulr.244/ Erişim tarihi: 4.10.2020), s. 95.

[68] Voynova, s. 537.

[69] Centel/Zafer, s. 834.

[70] Tezcan/Erdem/Önok, s. 257; Anayasanın 38. maddesinde *"Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez."* kükmüne yer verilmiş, CMK'nın 289/1-i bendinde de *"Hükmün hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delile dayanması"* hukuka kesin aykırılık halleri arasında sayılmıştır.

hukuka aykırı şekilde elde edilmiş delillere dayanıyorsa, devir talebi Merkezi Makam tarafından kabul edilmeyecektir. Bunun başlıca yasal dayanağını 6706 sayılı Kanunun 4/1-ç bendinde yer alan, *"talepte bulunan devlette savunma hakkına ilişkin temel güvencelerin bulunmaması"* halinde yabancı devletlerin adli iş birliği taleplerinin reddedilebileceğine ilişkin hüküm oluşturmaktadır.[71] Böylece, Kanunun 25/3. fıkrasındaki düzenlemenin, soruşturma veya kovuşturmanın devralınmasından sonraki aşamada adli merciler tarafından dikkate alınacak bir hüküm olduğu, 4/1-ç maddesindeki ret nedeninin ise yabancı devletin devir talebinin incelendiği aşamada öncelikle Merkezi Makam tarafından gözetilecek bir husus olduğu anlaşılmaktadır.[72]

Sonuç

Çalışmamızda, 6706 sayılı Kanunun soruşturma veya kovuşturmanın devralınmasına ilişkin hükümleri, Türkiye'nin taraf olduğu *"Ceza Kovuşturmalarının Aktarılmasına Dair Avrupa Sözleşmesi"*ndeki düzenlemelerle de karşılaştırılmak suretiyle ayrıntılı olarak incelenmiştir. Kanun hükümlerinin genel olarak Sözleşme ile uyum içinde olduğu ve konuyla ilgili temel hususları uluslararası standartlara uygun biçimde düzenlediği anlaşılmıştır.

6706 sayılı Kanunla ilk kez yasal bir temele kavuşan bu adli işbirliği yöntemi, adli merciler tarafından uygulandıkça, yargı içtihatlarına ve doktrin çalışmalarına konu oldukça, verilecek kararlar ve ortaya konulacak görüş ve önerilerle zaman içinde daha da gelişecektir. Bununla birlikte, çalışmamızda gerekçeleri açıklandığı üzere, Kanundaki düzenlemelerin bazı noktalarda gözden geçirilmeye ihtiyacı bulunmaktadır:

İlk olarak, Kanuna göre soruşturma veya kovuşturmanın devralınması ancak yurt dışında işlenen suçlar bakımından mümkün olduğundan, kanaatimizce *"fiilin kısmen Türkiye'de işlendiği veya neticenin*

---

[71] Diğer taraftan, *Turhan*'ın da belirttiği üzere, 6706 sayılı Kanunun 4/1-a bendindeki, yabancı devletlerin adli işbirliği taleplerinin ret nedenleri arasında sayılan *"Türkiye'nin egemenlik hakları, milli güvenliği, kamu düzeni veya diğer temel çıkarlarının ihlal edilmesi"*, Türkiye'nin kamu düzeni ve güvenliğini ihlal edebilecek taleplerin yanı sıra, Anayasa ve uluslararası insan hakları sözleşmeleriyle güvence altına alınmış temel insan haklarına aykırı adli işbirliği taleplerinin kabulüne de engel teşkil edecektir. Turhan, 2019, s. 3087. Dolayısıyla, yabancı devletlerin taleplerine ilişkin olarak, savunma hakkıyla ilgili olmayan hukuka aykırılıklar Kanunun 4-1/a bendi kapsamında değerlendirilebilecektir.

[72] CMK'nın 230/1-b bendinde, mahkûmiyet hükmünün gerekçesinde, *"hükme esas alınan ve reddedilen delillerin belirtilmesi; bu kapsamda dosya içerisinde bulunan ve hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delillerin ayrıca ve açıkça gösterilmesi"* gerektiği belirtildiğinden, devralınan soruşturma veya kovuşturmalar neticesinde verilen mahkûmiyet kararlarında, yabancı devlet makamlarınca hukuka aykırı şekilde elde edildiği değerlendirilen delillerin de gösterilmesi zorunludur.

Türkiye'de gerçekleştiği suçlar" açısından da, fiilin kısmen talep eden devlette işlenmiş olması şartıyla, soruşturma veya kovuşturmayı devralma imkânı tanınması yerinde olacaktır. Aynı şekilde, karar ânında Türk vatandaşlığını muhafaza etmiyor olsalar bile, Türkiye'de mutat olarak bulunan kişiler fiilin işlendiği sırada vatandaş idiyseler, bu kişiler hakkındaki devir taleplerinin kabul edilmesine imkân sağlayan bir düzenleme yapılması da bu işbirliği yönteminin amacına uygun olacaktır.

Yine, yabancı devletlerin soruşturma veya kovuşturmanın devri talebinde bulunduğu, ancak talep konusu suçla ilgili olarak Türkiye'nin yargı yetkisini hâiz olmadığı hallerde, devir talebinin kabul edilmesiyle birlikte yargı yetkisi ihdas eden bir düzenleme yapılması, bu konuda uygulamada karşılaşılması muhtemel yetki eksikliklerinin giderilmesini sağlayacaktır. Ayrıca, soruşturma veya kovuşturmanın devralınması sürecinde, diğer adli işbirliği yöntemlerinde olduğu gibi, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, yabancı devletin isteği üzerine geçici tedbirlerin alınmasına imkân sağlanması yararlı olacaktır.

KAYNAKÇA

Bassiouni, M. Cherif: "Introduction to Transfer of Criminal Proceedings", (*International Criminal Law*, Volume II–Multilateral and Bilateral Enforcement Mechanisms, Edited by M. Cherif Bassiouni, Third Edition, USA 2008, ss. 515-519).

Başaran, Ahmet: "Cezaî Konularda Uluslararası Adlî İşbirliği Kanunu'nun Getirdiği Yenilikler", *Uluslararası Hukuk Bülteni*, S. 8, 2016.

Cebeci, Şeyma: *Türk Ceza Hukuku Bağlamında Ne Bis İn İdem İlkesi*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2018.

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

Cezaî Konularda Uluslararası Adlî İş Birliği Mevzuatı, Adalet Bakanlığı Yayını, Ankara 2020.

Co-operation Against Crime: The Conventions of the Council of Europe, Council of Europe Publishing, Strasbourg 2006.

Elmas, Birsen: *Uyuşturucu ve Uyarıcı Madde Suçları*, 4. Baskı, Ankara 2020.

Explanatory Report to the European Convention on the Transfer of Proceedings in Criminal Matters, Strasbourg 1972.

Gless, Sabine: "Transnational Cooperation in Criminal Matters and the Guarantee of a Fair Trial: Approaches to a General Principle", (*Utrecht Law Review*, Volume 9, Issue 4, 2013, ss. 90-108), https://www.utrechtlawreview.org/articles/abstract/10.18352/ulr.244/

Gökcen, Ahmet/Balcı, Murat/Alşahin, M.Emin/Çakır, Kerim: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 4. Baskı, Ankara 2020.

Hakeri, Hakan: *Ceza Hukuku - Genel Hükümler*, 23. Baskı, Ankara 2020.

Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 12. Baskı, Ankara 2019.

Kunter, Nurullah: "Ana Çizgileriyle Ceza Koğuşturmalarının Aktarılması Konusunda Avrupa Sözleşmesi", (*Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Kubalı'ya Armağan, İstanbul 1974, ss. 217-236).

Külçür, Erdem İzzet: *Ceza Hukukunda Yer Bakımından Uygulama*, İstanbul 2017.

McClean, David: *International Co-operation In Civil and Criminal Matters*, New York 2005.

Mert, Harun: *Yurt Dışında İşlenen Suçlardan Dolayı Türkiye'de Yapılan Yargılamalarda Yabancı Ceza Kanununun Göz Önünde Bulundurulması*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Konya 2015.

Mert, Harun: "Cezaî Konularda Uluslararası Adlî İş Birliği Kanunu Çerçevesinde Soruşturma veya Kovuşturmanın Yabancı Devlete

Devredilmesi", (*Yargıtay Dergisi*, C. 46, 2020, S. 4, ss. 1087-1182).

Özen, Mustafa: "Non Bis İn İdem (Aynı Fiilden Dolayı İki Kez Yargılama Olmaz) İlkesi", (*GÜHFD*, C. XIV, 2010, S.1, ss. 389-417).

Özgenç, İzzet: *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 13. Bası, Ankara 2017.

Öztürk, Bahri/Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan ve diğerleri: *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 12. Baskı, Ankara 2018.

Şahin, Cumhur/Özgenç, İzzet: *Türk Ceza Hukuku Mevzuatı*, Adalet Bakanlığı Yayını, Ankara 2007.

Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Önok, R. Murat, *Uluslararası Ceza Hukuku*, 4. Baskı, Ankara 2017.

Turan, Hüseyin: *Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması ve Uygulaması*, 2. Baskı, Ankara 2014.

Turhan, Faruk: "Cezai Konularda Uluslararası Adli İş Birliği Kanununa Göre İadenin Kabul Edilebilirlik Koşulları: Doktrin ve Uluslararası Gelişmeler Işığında Bir Değerlendirme", (*SDÜHFD*, C. 8, S. 2, 2018, ss. 1-87).

Turhan, Faruk: "6706 Sayılı Cezai Konularda Uluslararası İş Birliği Kanunu'nun Kapsamı ve Genel Hükümleri Hakkında Bir Değerlendirme", (*DEÜHFD*, Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan, C. 21, 2019, ss. 3067-3109).

Ulutaş, Ahmet/Atabey, Ömer Serdar: *Ceza Kovuşturmalarının Aktarılması Konusunda Avrupa Sözleşmesi*, Ankara 2012.

Voiynova, R.: "Transfer of Criminal Proceedings in European Legislation", (*Journal of Karaganda State University*, Series "Law", No. 4(76)/2014, ss. 68-75), https://law-vestnik.ksu.kz/apart/srch/2014_law_4_76_2014.pdf

Voynova, Ralitsa: "Comparison of the Transfer of Criminal Proceeding With Other Forms of International Legal Cooperation in Criminal Matters", (*International Conference*, Knowledge-Based Organization, Vol. XXI, No. 2, 2015, ss. 532-540), https://content.sciendo.com/view/journals/kbo/21/2/article-p532.xml?language=en

Yenisey, Feridun: *Milletlerarası Ceza Hukuku: Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri ve Mevzuatı*, İstanbul 1988.

HERBERT SPENCER'S EVOLUTIONARY THEORY OF JUDICIAL AND EXECUTIVE SYSTEMS

Herbert Spencer'da Yargı ve İnfaz Sistemlerinin Evrimsel Teorisi

"Try to fit a hand with five fingers into a glove with four. Your difficulty aptly parallels the difficulty of putting a complex conception into a mind not having a proportionately-complex faculty." Herbert Spencer

Dr. Ayşe ÜMÜTLÜ*

Abstract: Herbert Spencer was known as a philosopher, sociologist, biologist, anthropologist and classical liberal political theorist of the Victorian era. He was also regarded as a theorist of natural rights from the law discipline perspective. In his huge volume of works, called synthetic philosophy, he pointed out the historical stages of the whole social institutions and as one of the fundamental institutions he focused Judicial and executive systems and its' evolutionary progression, as well. Of the law controversies surrounding our century is the debate whether punitive law systems or restorative law systems provide Justice. Therefore Spencer's intellectual influences and contributions for modern law are important. Because what he

Özet: Herbert Spencer, bir filozof, sosyolog, biyolog, antropolog ve Viktorya döneminin klasik liberal anlayışını temsil eden bir siyaset teorisyenidir. Ayrıca hukuk disiplini açısından doğal haklar kuramcısı olarak kabul edilir. "Sentetik felsefe" isimli geniş çaplı eserlerinde, tüm sosyal kurumların tarihsel aşamalarına dikkat çeker ve temel kurumlardan biri olarak yargı ve infaz sistemlerinin evrimsel olarak ilerlemesine de odaklanır. Bilindiği gibi, yüzyılımızın hukuk tartışmaları arasında cezalandırıcı hukuk sistemlerinin ya da onarıcı hukuk sistemlerinin adaleti sağlayıp sağlamadığı yer almaktadır. Bu bağlamda Spencer'ın fikirleri ve modern yasalara katkıları önemlidir. Çünkü Yargı Sistemlerinin 'sosyal evriminin sonunda' Spencer'ın beklediği, aşırı kurallar ve cezalar

* Necmettin Erbakan Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu (Vocational School of Justice, Necmettin Erbakan University)
ayumutlu@erbakan.edu.tr, ORCID: 0000-0001-9500-5338
Makale Geliş Tarihi: 18.09.2020, Makale Kabul Tarihi: 11.11.2020

expects 'at the end of the social evolution' of Judicial Systems is not extensive rules and punishments. According to him, law requires stability. And he thinks industrial type societies are the peaceful and the progressed one. When societies gets this stable status, having voluntary cooperation, fulfillment of contracts and implied assertion of equality in human's rights. And the consensus of individual interests becomes the chief source of law. For him, Modern Law that supports the general welfare passed from successive stages in the course of social evolution. Then in the course of civilization, legislative power has become a kind of general guidance. This article is concentrating on evolution of Judicial and Executive systems and then questioning, if human being accepts punitive law systems again, could it be read as retrogression of Judicial and Executive systems

Keywords: Philosophy of Law, Sociology of Law, Social Evolution, Laws, Executive and Judicial Systems,

değildir. Ona göre hukuk istikrar gerektirir. Bu anlamda endüstriyel toplumların barışçıl ve gelişmiş toplumlar olduğunu düşünür. Toplumlar sanayileşme ile istikrarlı bir duruma kavuştuğunda, gönüllü işbirliği, sözleşmelerin yerine getirilmesi ve insan haklarında eşitlik hali sağlanır. Bireysel çıkarlar konusunda ortak akıl gelişerek, hukukun ana kaynağı haline gelir. Nitekim genel refahı destekleyen modern yasa, toplumsal evrim sürecinde birbirini takip eden aşamalardan geçmiştir. Nihayetinde medeniyet sürecinde yasama gücü insanlık için bir tür yol göstericilik haline gelmiştir. Bu makale, yargı ve infaz sistemlerinin evrimi üzerine yoğunlaşmakta ve insanlık, cezalandırıcı hukuk sistemlerini tekrar kabul ederse, bu durum yargı ve infaz sistemlerinin gerilemesi olarak okunabilir mi sorgulamaktadır.

Anahtar Kelimeler: Hukuk Felsefesi, Hukuk Sosyolojisi, Sosyal Evrim, Kanunlar, Yargı ve İnfaz Sistemleri

Introduction

Spencer was a liberal philosopher who powerfully followed early utilitarian ethics, and becomes a dominant personality in the intellectual life of the Britain. He was one of the main supporters of evolutionary theory.[1] His effort was to improve a scientific absoluteness in social area and it was very controversial.[2]

Although he has a lot of illustrations and analogies in his works and makes his thoughts complicated, his method was functional. "He viewed societies, like individuals, as having survival needs with specialized organs emerging and persisting to meet these needs. And he defined "social health" by how well these needs are being met by various specialized "social organs." [3] He pointed out the historical stages of the whole social institutions and as one of the fundamental institutions, he focused Judicial and executive systems and its' evolutionary progression, as well.

Spencer, in the fifth volume of his book "*Principles of Sociology* ", the parts named "Judicial and Executive Systems" and "the laws" explains how the laws formed and the justice is organized in human history. Going back to primitive nomadic communities, he initially questions what kind of necessities forced people to migrate and emphasizes some causes such as climate and land problems or internal/external wars. Therefore for Spencer, the judicial body being at first identical with politico-military body and the evolution of judicial systems is revealed in several ways.[4]

According to Spencer, with the results of immigration, people's responsibilities within the community continued to force them to accept guidance of their ascendants. The migrants took social arrangements

---

1 William Sweet, 'Herbert Spencer', St. Francis Xavier University, Canada, *Internet Encyclopedia of Philosophy*, http://www.iep.utm.edu/spencer/ > Date of Access 17.06.2016.; See, also, Topçuoğlu, Hamide, *Hukuk Sosyolojisi*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No:174, Cezaevi Matbaası, İstanbul, 1969, pp.520-528; See Duncan, David. (ed.) *The Life and Letters of Herbert Spencer.* London: Methuen, 1908.; See Spencer, Herbert. (1904). *An Autobiography. 2 vols*. New York: Appleton and C.O. ;http://oll.libertyfund.org/people/herbert-spencer > Date of Access 20.06.2016.; Haines, V. (1992). Spencer's philosophy of science. British Journal of Sociology, 43(2), 155.

2 Haines, V. (1992). Spencer's philosophy of science. British Journal of Sociology, 43(2), 155.

3 Turner, Jonathan H., Beeghley, Leonard, & Powers, Charles H. (2002). The emergence of sociological theory (5th ed.) Belmont, CA: Wadsworth Thomson Learning, pp. 54-89.,https://www.suz.uzh.ch/dam/jcr:00000000-36d7-41d4-ffff-ffff9b49d30e/Turner.pdf > Date of Access 20.06.2016.; See Herbert Spencer's Four Theories of Social Evolution. Robert G. Perrin
American Journal of Sociology 1976 81:6, 1339-1359

4 Spencer, *The Principles of Sociology*, Political Institution, 'Judicial and Executive Systems', pp. 492-503

from their parents and continue to hold the irrational information that inherited from them. For Spencer, this situation tells us that the first laws were built in this context with customs everywhere. [5]

Spencer gives various examples of history to make remembered how primitive people made their lives suitable to their ancestors. The imitation of previous ancestors was a general consent of the governments. With historical examples, he explains both moral and political conditions of human beings that had taken both the civil and criminal laws from their customs and brought them verbally in the nature of reduced laws for next generations. Thus, Spencer emphasizes that the imitation tendency in human nature is also effective in law making. According to Spencer, from the first stage of communities to their modern times, demanding Justice shaped gradually. In the beginning family-feuds or duels used for the self-protection, but transgressed to request protection by principal chief or king and then after a long time transgressed protection by the state.[6]

By virtue of these reasons, Spencer essentially emphasizes that the shaping of systems according to traditions continues in the long stages of progress, and greatly affects the judicial administration. For instance, in Europe even all the kingdoms held by customs, and then timely it becomes written law. Subsequently even the issues such as commercial law developed in modern times continue from the decisions phase in accordance with the customs they were previously followed.[7]

Pursuant to Spencer's idea, in the times he witnessed, the custom still continues to be a viable complementary factor in law because the decisions of the judges have become precedents for their successors and have been established by subsequent judges by parliament.[8] Thus, he says that in the process of civilization, a comprehensive change can never be completed, even though the written law tends to replace the use of custom.

Almost every phases of his theory, he claims a set of functions, central to the evolution of Law.

- First revisits the major events of the world history.
- Second, retells, emphasizing the role of the authorities obeying ancestors influences to them.

---

[5] Spencer, *The Principles of Sociology*, Political Institution, 'Laws', p. 513

[6] Spencer, *The Principles of Ethics*, introduction by Tibor R. Machan (Indianapolis: LibertyClassics, 1978). Vol. 1. , p. 78; See Bell, D., & Sylvest, C. (2006). International Society In Victorian Political Thought: T. H. Green, Herbert Spencer, And Henry Sidgwick. Modern Intellectual History, 3(2), 207-238.

[7] Spencer, *The Principles of Sociology*, Political Institution, 'Judicial and Executive Systems', p. 502, Spencer, Social Statics, p. 47

[8] Spencer, *The Principles of Ethics*, Vol. 1., p. 217

- Third, he makes an interpretative claim about how powerful our unconscious behavior to maintain our old traditions to control of modern times and its systems of governing and ordering communities.

I-Judicial System and Executive Systems' Evolution

According to Spencer, written or unwritten laws are the rules of the dead against the living that means it has been formulated from the ancestors. Therefore, the past generations stay to practice through present generations by transferring their ancestors' nature physically and mentally. In addition to the authority of power, they maintain their continuity with special habits and lifestyles and remain an established force in public or written public behavior. Similarly, the old laws are much more effective than the new ones, even if the new laws have been amended in the advanced civilization stages. Spencer thinks that these clear facts in order to indicate that in the modern communities there is also an implicit worship of an ancestor. [9]

Then Spencer asks: What is the law? What did our ancestors impose? And he states that his aim in asking this question is to prepare the way to show that our unconscious adaptation to the knowledge or principles dictated by the dead (ancestors) is combined with conscious compliance with our own rational laws in our century.[10]

From that point, he devotes to explaining the historical and social evolution of these assumptions. I will try to make it clear by referring only some of his historical examples. He uses lots of illustrations from historical background.

Spencer calls ancestors as ghosts. He states that using the will of the ancestors is a method of searching for a dead man's or a derived God's embodied authority, as in today's law-fed practices, a law that is added to the laws transmitted by the dead.

Obtain information and advice from ghosts means an imposing figure. He mentions some illustrations such as the Veddahs who seeks help from the souls of their ancestors; or just like the Scandinavian theologians who believe that in their dreams their ancestors tell them where to hunt or what would happen. He also repeats that supernatural instructions were given among the Hebrews, too. These are believed as the information derived from those spirits.[11] Spencer defines this sort of information and advices to accept the tendency as the special guidance of the dead. He explains it as general

---

[9] Spencer, *The Principles of Sociology*, Political Institution, 'Laws', p. 514; See, also, Topçuoğlu, Hamide, *19. Yüzyıl Sosyologlarında Hukuk Anlayışı*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ajans- Türk Matbaası, 1961, pp, 108-110

[10] Spencer, *The Principles of Sociology*, Political Institution, 'Laws', p. 515; Spencer, *The Man versus the State*, with Six Essays on Government, Society and Freedom, p. 90

[11] Spencer, *The Principles of Sociology*, Political Institution, 'Laws', p. 518

guidance of an inherited code; it can also be observed in a transformed way in modern times. He gives such another example that in addition to following a verbally declared desire of a dying parent, their children take into account what the dying parent will want or recommend.[12] He emphasizes that this imaginary order has become a complementary law in practice.

Spencer describes similar beliefs and usages. Because he thinks that still in other communities with regard to fear and confidence, distinguished man melt the soul of the God in himself as a more advanced guidance form that resulted in becoming a supernatural guidance in judicial matters.

He expects that these examples will serve to introduce and interpret what the peoples of history have produced like law. He continues the illustrations, and says the laws are also "a spread from the Supreme God, according to Hindu mythology" and with the Greeks as well. He reminds us the tradition in which laws were enacted from the mountain where Jupiter was said to have been buried by an ancient king of Crete, and Homeric poems refer to the production of laws from this special divine commands. Besides, he gives examples of nobles claiming that "the king had brought him law-inspired capitulos by God. Spencer uses all these examples to describe the laws and law practices that have evolved in similar ways in human history in different geographies. [13]

According to Spencer; the ghosts of parents and chiefs accompany these benefits that are regarded as tactics from the elders and distant ancestors. The imaginations of older ones are consciously attributed to supernatural beings. As said by Spencer, traditions later known as God and the words have become foremost on the basis of laws and legal structure, both in the form of this legislation, then embodied in the form of impositions of the living dead. Therefore, he thinks that in the early stages of social evolution, there is no distinction between divine law and secular law.[14]

Spencer looks into more examples showing that the moral obligations and the rules of maintaining ordinary affairs are a mixture of sacred and secular arrangements. For instance Egyptian wall sculptures, inscriptions, and papyrus, expressing the commitment of the present to the past, illustrate the universality of religious sanction for codes of conduct.[15] In addition to the so-called special orders in Hebrew societies the religious arrangements that regulate the feasts include numerous

---

[12] Spencer, *The Principles of Sociology*, Political Institution, 'Laws', p. 515; Spencer, *The Principles of Ethics*, p. 200

[13] Spencer, *The Principles of Sociology*, Political Institution, 'Laws', p. 525; Spencer, *Social Statics*, Introduction, p. 44; Spencer, *The Principles of Ethics*, p. 85

[14] Spencer, *The Principles of Sociology*, Political Institution, 'Laws', p. 530; Spencer, *Social Statics*, Introduction, p. 35, 50, 215

[15] Spencer, *The Principles of Sociology*, Political Institution, 'Laws', p. 515; See, for example, Wilkinson, M. (1993). Egoism, Obligation, and Herbert Spencer. Utilitas, 5(1), 69-86.

instructions for the purification, the daily behavior of the priests, the variety of dishes and the ways of cooking; instructions for fallow-appropriate farming, regulations on mixed cereals, captivity, instructions for the management of male and female ones, and payment of wages for hired workers; instructions on commercial transactions, land and house sale; it shows that the rules of living up to the smallest details, with prudent laws describing the quality of clothing and the shaping of fringes and beards, have a divine origin equal to the highest codes of conduct .[16] For Spencer, that means recognizing the original identity of the structures.

II- Authorities of Power in Systems

Spencer indicates that the law thus created gains stability. This is because it has a rigidity that allows men to suppress supernatural sanctions to a higher degree than any rule that has a naturally accepted origin. Thus, they tend to make super natural sanctions established social arrangements; as a matter of fact, nobody would dare to take into account old forms of governance, legacies, and regulations as regards the legislative authority is used only for matters that are not specified in advance. [17] As stated by Spencer, we see this in the past understanding of authority as highly insistent which we believe that every legislator must be bound by oath to protect it. It is clear that the need for obedience, as the origin and quality of these political arrangements and laws, which our ancestors thought was good for us. Therefore, the obligation to adhere to this authority becomes primary. These structure limits are necessary even for the new lawmaker due to these high authorities' power, directly or indirectly.

Furthermore, Spencer emphasizes that disloyalty and rebellion to the rule and the state are the first in the degree of guilt in historical development. He indicates that in South Africa, In Peru, Mexico, and Japan, if the offense is committed against the state, the entire family of the criminal is punished. Among the Merovingians there is a law of abolition up to the ninth generation if the children of a particular rebel do not swear allegiance. Also another example is about Hebrew traditions that introduce of himself as "a jealous God" and declared that criminal's children until third and fourth generation have punishment.[18]

---

16 Spencer, *The Principles of Sociology*, Political Institution, 'Laws', p. 518

17 Spencer, *The Principles of Sociology*, Political Institution, 'Laws', p. 527; Spencer, *The Study of Sociology*, Objective Difficulties, p. 103; Spencer, *Social Statics*, p. 23; See, also, Elwick, J. (2003). Herbert Spencer and the Disunity of the Social Organism. History of Science, 41(1), 35-72.

18 Spencer, *The Principles of Sociology*, Political Institution, 'Laws', p. 532; Spencer, *The Study of Sociology*, Objective Difficulties, p. 110

Spencer ascribes while feudal times were often regarded as the most abusive of crimes, at times where it was the most imperative to maintain authority. In the feudal times, for example, slaves' crimes were often severely punished by death.

According to Spencer, at this evolutionary stage of law; betrayal and rebellion are considered an extremely serious crime. For instance, for the Peruvian people, "the most common punishment was death because it is accepted that a criminal is punished for breaking the Inca's order, not for the crimes he committed. In Japan, most crimes are punishable by death, a punishment less than the audacity of attempting to violate sacred laws in relation to serious crimes; beyond the guilt of disobedience to the empire. Some crimes result from damaging the property to which their subjects and services are wholly or partially owned. Likewise, abuse of a slave and thus making him less valuable were regarded as aggression towards his master. This is why, in cases where people have poor relations with the rulers of the damage done by one person to another, there arises a notion that made the property of the monarch injury. An extreme form of this view was the abandonment of allegiance to the king, it means claiming that he "wounded the king or royal members". In European law, it was largely punished as an act against the state. It was the same in Rome: Whoever, if convicted for disturbing the public peace, pays the crime with his life. These are some of the countries' early arrangements.[19]

Similarly, in European history, as authority expands and strengthens, Spencer emphasizes that the crime of disregarding authority is a priority over individual guilt.

The 'peace of the king' was a privilege that greatly increased the penalty for injustice. The increase in small and local jurisdictions, as well as the strengthening of a central authority implied by these changes, has seen the crime of law and disobedience as a type of humiliation terminated with a special fine.

Spencer also reminds us that the doctrine in which the rebellions were the main crime in the Japanese and Peruvian administrations of the last periods. Disobey to orders would be punished regardless of the cause or the nature of disobeying orders, even action which is quite innocent in itself could met with death.[20]

For Spencer, conformity to traditions, which are part of the law in the early stages of social evolution, that is to say, is often a duty of

---

[19] Spencer, *The Principles of Sociology*, Political Institution, 'Laws', p. 533; Spencer, *Social Statics*, p. 123, 352; *The Man versus The State*, p. 95; See, also, Maitland, Frederic William, and H. A. L. Fisher. *The Constitutional History of England: A Course of Lectures*. London: Cambridge University Press, 1963

[20] Spencer, *The Principles of Sociology*, Political Institution, 'Laws', p. 534; Spencer, *Social Statics*, p. 12, 41, 51, 160

obedience to ancestors in general, even if insignificant or absurd. We insist on the duty of obedience to the special orders given by the priests in verbal expressions or constitute a complementary source of law, later. Spencer mentions similar arrangements no matter from which power it grows, obedience was primary and becomes law. Specific religious sanctions; special conflicts of deceased leaders; the arrangement derived from the will of the sovereign man also has similar law effects. Therefore Spencer says "we have the germ of the law" [21] Spencer emphasizes that where administrative mechanisms are weak, the law is established informally, and become as an applied social task and administered by revenge.

III-Evolution of The Laws and Penalties

According to Spencer, considering all the laws that inherited from the chiefs of the community and strengthened by divine sanction in the establishment of a certain political authority, that means all kinds of laws have a religious base and quality. He emphasizes that there is a differentiation between the sacred and the secular in some forms of societies. Spencer indicates the Greeks, as an example of this progress, describing the state of things exhibited in Homeric poems, then historic Athens, the great impersonal authority called "Laws, stood out separately as both guidance and sanction; it was separate from religious duty or special sympathy. [22]

Spencer emphasizes that during the primitive period, president, king or high priest were God dressed as representative of the holy power. However, it later considered that there was a distinction between the separation of religious and political authorities and the violation of divine rules and the violation of human rules. The concept of crimes against one's neighbor is secondary legal regulations. However, the idea of a crime against society or society was at first a real criminal trial. It became a process that there was public and private law. That is to say it has become distinction between sin against the individual and sin against the state.[23]

Again, among the Hebrews, although there was a strict theocratic order in their social systems, this indicates that a significant amount of the change was visible. According to Spencer, Mishna (Jewish Law) contains many detailed civil codes, which are clearly due to the increasing complications of relationships. After the some steps of social

---

[21] Spencer, *The Principles of Sociology*, Political Institution, 'Laws', p. 524; Spencer, *The Man versus The State*, The Coming Slavery , p. 33

[22] Spencer, *The Principles of Sociology,* Political Institution, 'Laws', p. 525; Spencer, *The Man versus The State*, The Proper Sphere of Government, p. 206

[23] Spencer, *The Principles of Ethics*, Vol 2, pp. 25, 30, 58, The Right of Free Belief and Worship, p. 88-89, 93

evolution the rules raised from a human authority.[24] By accumulating such rules, a collection of human laws separated from divine laws is produced. As stated by Spencer, in the Christianized Europe, where local religions replaced an established religion, the process of differentiation was intervened with a single religious authority. The local religious authorities starting from this step acquired a superior power.[25] Pursuant to that; the kings' attitude towards religious authority actually caused the confusion and secularity of the structures, as well as the confusion of political and religious legislation. The Church, which gained superior power, interpreted various civil offenses as crimes against God, and even those to be addressed with a divine arrangement. The subsequent social evolution various advances made against both sacred and secular laws were ended simultaneously with religious atonement and civil punishment.

According to Spencer, the laws are partly due to the ancestors' inheritance, partly by the special imposition of the dead, partly by the average will of undiscovered life, and partly by the will of the present and the human emotions that respond to them. All of these laws mix with varying proportions under different circumstances.[26]

Based on Spencer's idea, this shows us that the equality between the laws enacted by the will of the administrators and the laws derived from the reconciliation of individual interests persists. Consequently, the old way of maintaining that authority indirectly provides social welfare, those who provide social welfare by being independent of authority are in the modern form, essentially nothing but elaboration.

Spencer defends that individual interests, consensus (common sense) initiated by the law, prevent from the political authority. As the political authority evolves, although the laws take the form of orders, they interpret that the basic social order principles that were initially accepted were compulsory only because they were accepted as personal imposition, but as the survival of the individual interests, the obligation derived from the consensus at later stages.

"*Returning from this somewhat parenthetical discussion, we might here enter on the development of laws, not generally but specially; exhibiting them as accumulating in mass, as dividing and sub-dividing in their kinds, as becoming increasingly definite, as growing into coherent and complex systems, as undergoing adaptations to new conditions*."[27]

---

[24] Spencer, *The Principles of Sociology,* Political Institution, 'Laws', p. 526 ; Spencer, *The Principles of Ethics*, Vol. 1. p. 290

[25] Spencer, *The Principles of Sociology,* Political Institution, 'Laws', p. 527; Spencer, *The Principles of Ethics*, Vol. 1. p. 299

[26] Spencer, *The Principles of Sociology*, Political Institution, 'Laws', p. 531; Spencer, *The Principles of Ethics*, Vol. 1. pp. 196, 214

[27] Spencer, *The Principles of Sociology*, Political Institution, 'Laws', p. 536

Again, he continues to show that the decline of the power of political authority and the encouragement of an increasingly free population of the industry is re-dominated for a long time. He restores this primitive source of law, the common mind of individual interests. He also emphasizes that in its original form, the type of law that will emerge has a character that is radically separated from the types of laws considered so far.[28] Thus, both in the sacred laws and the laws of human beings are inequality as the most important basic principle common to human authority. No personally be in the form of a new legislation or a law created in the collective wisdom of individual interests in the most basic principles of equality.

Spencer continues its inquiries and gives like the evidence "lex Talionis"[29] questions the law. Indeed, to equalize a loss of "eye for an eye and tooth for a tooth" principle, the principle of retaliation, according to Spencer, it is the idea of primitive justice everywhere; it is based on an effort to achieve a certain balance. [30]

It literally tells us that there are many examples of equalization efforts in history. For instance, in Ethiopia, the murderer was given to the victim's family, the closest of the relatives would kill him with the same kind of weapon. According to Spencer, in such cases, it is not important that in this primitive justice, it insists that the losses between families or tribes be compensated after this primitive procedure, as long as mutual injuries are equalized, the guilty persons or sufferers are not the same. He continues with historical facts, says that this principle was applied in the form of property rather than life against life. For example, it tells families among the societies in Chile, that they also equalize their losses but that they poured things to each other when combined with gifts or payments. We see an alternative between getting revenge or compensation at a very early stage. Spencer tells that an example North American breed of Indian horses or other valuables of acceptable as compensation. As in these few cases, according to Spencer, the different alternatives recognized in primitive Europe remind us of a significant difference. Due to the increasing class discrimination in primitive Europe, equal compensation rates among members of each class were no longer equal among members of different classes.[31]

However, for Spencer, it is important to note that the relatively weakening of the king or aristocratic authority and the relative strengthening of public authority revive a partially suppressed law

---

[28] Spencer, *The Principles of Sociology*, Political Institution, 'Laws', p. 532 ; Spencer, The Principles of Ethics, Vol. 1, p. 91

[29] See the history of the law of abstinence, https://www.britannica.com/topic/talion> Date of Access 20 March 2019.

[30] Spencer, *The Principles of Sociology,* Political Institution, 'Laws', p. 528; Spencer, *The Principles of Ethics*, Vol. 2, p. 205; Spencer, *The Man versus the State*, with Six Essays on Government, Society and Freedom, p.197

[31] Spencer, *The Principles of Sociology,* Political Institution, 'Laws', p. 530

derived from the common mind of individual interests, and thus the type of law that is constantly being replaced by all other laws. Because the main tasks of the courts of justice now are to implement a government that requires that all members of society be treated in the same way when they conflict with each other, without accepting the principles recognized before states emerge.[32] Although equalization of punishments and injuries is no longer allowed and the government has done to apply compensation or compensation, the government reserves the punishment of its perpetrators. Because pursuant to the doctrine that all men are equal before the law, the same punishment is applied to the attackers of each classes.

On the other hand, in terms of unfulfilled contracts or controversial debts, the purpose of those settled in the district courts of the important events tried to protect the rights and obligations of citizens regardless of wealth or rank. However, the sympathy for individual demands and the common mind of the individual interests that accompany it lead to the post-dominance of such a law that provides direct social order. The authority, divine or human authority by insisting on obedience provides the social order. Statutory regime of rejection and social contract derived from the growth of the personal law regime, once impersonal, leaving its place to the derived law. [33] Therefore, the first implies an inequality formulated by compulsory co-operation, while the other implies an equality formulated by voluntary co-operation.[34] Though Spencer did not accept the theory of social contract, he stressed that in the historical process, societies have supported this idea in order to achieve this status change, which means public desire instead of status authority or absolute one or more than one.

He takes into account the change from the laws of divine origin into the laws of human origin is a differentiation that apparently reflects the will of the ruling power as judge sanctions. The latter tend to absorb more and more of the former during social evolution. However, necessarily, as the militancy continues, absorption remains incomplete; because obedience to a provision will continue to be necessary in some cases.[35]

At this point, Spencer emphasizes that it is very important to understand this issue correctly, so he goes on to explain two aspects of this change in social evolution. One is about emotions that accompany this change, and the other is about theories that accompany.

---

[32] Spencer, *The Principles of Sociology*, Political Institution, 'Laws', p. 535; Spencer, *The Man versus The State*, pp.220, 226, 229, 245, 345.

[33] Spencer, *The Principles of Sociology,* Political Institution, 'Laws', p. 534-535; Spencer, *Social Statics*, pp. 81-82

[34] Spencer, *The Principles of Ethics*, Vol 1., pp. 70, 101-104, 137, 266

[35] Spencer, *The Principles of Sociology,* Political Institution, 'Laws', p. 537; Spencer, *The Man versus The State*, pp. 31, 75, 97

Indeed, according to Spencer the statement, part of ancestral traditions inherited, partly impositions special of the dead, partly from the average will of undiscovered life and partly available from the living will, caused them stems from the feeling that answer. Although they are different, they mix at varying proportions under different conditions.

Spencer indicates that when an individual human being accepted as an absolute authority; the law is not a source other than this authority that will judge. Therefore, actions are perceived as inappropriate or inappropriate to this authority. Implementation of the authority in this form, when transferred the form of government becomes in legal terms, and that authority gives you the power to enact according to the people's demands. For Spencer, individual interests of the common mind, provides a guarantee for the law a derived demand. [36] Thus, this guarantee is for the basis of political authority and acceptance, as well. [37]

He considers all of these ideas and emotions are important because they will be the justification of a law that will arise from the conditions of harmonious social cooperation in accordance with the developed industrial state. He thinks that the final form of transition from the laws of personal authority to the laws of common mind has become the search for a practical ethical system. Ethics derives from the ethics of regulating the relations of the individual and the individual with the other individuals and society, this is what he calls the last form of laws.[38]

In my opinion, Spencer expects punitive laws to evolve into the form of conciliatory ethical practices. In summary, according to Spencer, the first state of law; human being believe that because the ideas are conveyed, the emotions are glorified and taught, and the parents who are taught in the same way have to be transmitted to their children in a strict tradition. Before any political organization is established, the inferences of the dead constitute the rules of conduct, which are valued by the public. An ongoing process after death occurs when chefs comply with the ghosts. In addition, during the unification of war-affected societies, such chiefs become kings, the commands to be remembered and the ghosts become partially established and predetermined norms and partly attached to the rules of divine conduct.

The living legislator, who is able to legislate only on matters that are not approved, is limited to orders transmitted from these authorities. Where he is regarded as divine will start providing their

---

[36] Spencer, *The Principles of Sociology*, Political Institution, 'Laws', p. 533; Spencer, *The Principles of Ethics*, Vol 1., p. 51

[37] Spencer, *The Principles of Sociology*, Political Institution, 'Laws', p. 533; Spencer, *The Man versus The State*, pp. 43-44

[38] Spencer, *The Principles of Sociology*, Political Institution, 'Laws', p. 534; Spencer, *The Principles of Ethics*, Ways of Judging Conduct, pp. 47-63

savings. Indeed, his ability becomes similar to the divinity. Therefore, what is common in the early stages of societies is that the prescribed rules of conduct, whatever their kind, have a religious sanction. Sacrifices, public duties, moral implications, social ceremonies, life habits, industrial arrangements, and even dressing patterns are based on the same basis. [39]

Therefore, the stages in which the nature type is too weak for a harmonious social cooperation is the maintenance of invariable rules of conduct, which are necessary for social stability. Therefore, implicit obedience or disobedience becomes the most criminal offense. Betrayal and rebellion, whether against the divine or the human ruler, bring serious punishments exceeding others. Breaking the law is punished for implicit arrogance, not for the actual crime of the act committed. Disrespect for state authority continues to form the essential element of a transformation in a legal process in the later stages. In expanding and complicated societies, forms of activity and relationship that are not specified in the sacred law emerge and are free to make rules-making arrangements. Such arrangements accumulate, divine commandments are not, people 's collective mind of origin where uncovered a community of law.[40]

This is human law that does not have the sanctity of the laws of God, although it has acquired authority because it respects the people who make it and the generations that endorse it. But he departs from divine law. [41] However, in societies that remain predominantly militant, these two groups of laws remain similar in that they possess an individually derived authority. They obey reason, a divine rule builder will of a legislator or a human will or sometimes express the will of an oligarchy.

But the industrialism of a population, which has independent political power progression, humane origin laws in the common sense part, resulting from the manager's authority begins to dominate. As long as the type of military society is organized within the framework of the principle of compulsory cooperation, the law that has to maintain compulsory cooperation and may take into account the individual interests of those who form the mass and maintaining inequality continues because of coercion of authority. However, with the principle of voluntary cooperation, the nature of the society, the fulfillment of contracts and the claim of equality in individual rights are gradually

---

[39] Spencer, *The Principles of Sociology*, Political Institution, 'Laws', p. 535

[40] Spencer, *Social Statics*, The Right to Ignore The State, p. 206; The Limit of State- Duty, p. 274

[41] Spencer, The Principles of Ethics, Vol 1, p. 49, 76

increasing, and the basic needs and the reconciliation of individual interests become the main source of law.[42]

IV-Conclusion

Finally, according to Spencer, the legal systems of these successive stages are accompanied by the emotions and theories that are appropriate to them, and that the current theories are now aligned with the existing compromise between militancy and industrialization. For him, this is the step towards the ultimate theory, so that law has no other basis than what they have earned as the sustainer of the conditions that will complete life.

It seems that Spencer expects the evolving law and the sphere of law to gain a conciliatory form. He speaks of a new form that will contribute to the maintenance of life by reconciling basic needs and individual interests. He hopes that the dissolution of punitive legal systems will result in such new legal systems. In fact in modern times, we still punish human body by our jailing systems due to consequence's of the conditions, at least we try not to punish curable crimes and sending them to the rehabilitation implementations. From that perceptive his expectation became a reality of law systems partly.

On the other hand, in fact the Anglo Saxon Law System still feeds and forms itself from customs and judicial decides, and it still use liberal utilitarianisms' ethics; but all these stages and regulations are not suitable for every community around the world. Although he gives many illustrations from the history, we can analyze different result by the anthropology of our era. However Spencer's approaches are consistent, the perspective of British perfectionism and enlightenment's expectations mostly affects his thoughts. But the expectation of restorative law systems is a great hope for the whole human being of our century, too. Otherwise trying to build much more punishment is an absolute retrogration of human being.

As known, there were the philosophers who accept the evolution of creatures and humans in the Islamic world and its history of philosophy as well. The theory of biological evolution was presented for the first time by a zoologist, al-Jaahiz, in the ninth century[43] and followed by other Muslim thinkers such as al-Biruni, Ibn Tufail and Ibn Khaldun.[44] Ibn Khaldun is a significant example because of his thoughts

---

[42] Herbert Spencer, *The Man versus the State*, with Six Essays on Government, p. 6, 60-65, 82-86; See, also, Spencer, *The Principles of Ethics*, Vol. 1., pp. 76, 96, 97, 103, 274; Spencer, *The Principles of Ethics*, Vol. 2., pp. 63, 79, 97-98, 104, 121, 135, 140, 154, 206

[43] Bayrakdar, Mehmet, Al-Jahiz And The Rise Of Biological Evolution, http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/37/772/9842.pdf > Date of Access 27 July 2019

[44] Sultan Shah, Muhammed, Pre-Darwinian Muslim Scholars' Views on Evolution, http://pu.edu.pk/images/journal/uoc/PDF-FILES/%2811%29%20Dr.%20Sultan%20Shah_86_2.pdf > Date of Access 20 January 2019

of social change in his Umran science. His scientific understanding was also presented in the 14th century, before Spencer and Darwin. Both Ibn Khaldun and those western philosophers agree that social change is a necessary item of human societies that lead societies to move from simple states to more complex ones. And the evolutions' form is cylic in both Spencer's and Ibn Khaldun's thoughts.

In addition, Ibn Kaldun argues the law and executive system of Islamic societies in his famous work Muqaddimah. His writing starts with the principles of historiography and science; continues ethics, politics, economics and law. When the law and executive system is concerned, the concept of "wa'zi" points to a very important idea in his perspective. Because Ibn Khaldun insistently emphasizes that even the punishment in Islam does not aim at the persecution. Therefore, he gives various examples of the answers to explain the reasons of the five fundamental provisions of Islamic jurisprudence and the reasons of Islamic Criminal Law issues, known as Maqasid al-Shari'a. In this context, the concept of wa'zi' is especially important in terms of pointing to the love and the fear of Allah created by religion in human conscience. With this concept, Ibn Khaldun wants to underline that the Muslim who internalize Shari'a will not need any more human laws. With the strong religious convictions, Ibn Khaldun emphasizes that the peak of Islamic justice was during the prophet Mohammed times and there was a great voluntary obedience and this form of religion and its systems were perfect. And after prophet, though other administrators' tried to be close his principles, some of them and their relationship with the principles was weakening. Besides, according to his approach, if the administrative or legal system built by excessive law and pressure, it's absolute oppression. In this regard, Ibn Khaldun's concept of wa'zi', as a meaning of voluntary obedience and belief, peace and justice approach has revealing materials for the liberal point of view of law understanding and law of human rights.[45]

As a conclusion, although relativeness is a reality of the ethics of different faith's, there are some sufficient approaches when the law and executive systems are concerned, and the expectation of evolutionists is that the evolution of humans would provide a morally and voluntary supports to the restorative law understanding. Therefore further investigations about the evolution of the law around the world and different systems of law can be conducted comparatively.

[45] Ümütlü, Y. Ayşe, İbn Haldun'un Düşüncesinde Vazi Kavramı, 5. Uluslararası Dini Araştırmalar ve Küresel Barış Sempozyumu, Mardin, 2019

BIBLOGRAPHY

a. Primary Sources

Spencer, Herbert, (1851). *Social Statistics*. John Chapman, London
http://oll.libertyfund.org/people/herbert-spencer, Accessed on June 06th,2016
Spencer, Herbert. (1898). *Principles of Sociology.* London: Williams and Norgate
http://oll.libertyfund.org/people/herbert-spencer Accessed on June 06th,2016

Spencer, Herbert, (1873). *The Study of Sociology.* Henry S. King&Co. London

http://oll.libertyfund.org/people/herbert-spencer, Accessed on June 06th,2016
Spencer, Herbert. (1897). *Principles of Ethics*. Liberty Fund, Inc. Indianapolis
http://oll.libertyfund.org/people/herbert-spencer Accessed on June 06th,2016
Spencer, Herbert. (1884). *The Man Versus the State*, with Six Essays on Government, Society and Freedom, Liberty Fund, Inc. Indianapolis
http://oll.libertyfund.org/people/herbert-spencer Accessed on June 06th,2016
Spencer, Herbert. (1867). *First Principles*. New York: A.L. Burt,
http://oll.libertyfund.org/people/herbert-spencer Accessed on June 06th,2016
Spencer, Herbert. (1904). *An Autobiography. 2 vols*. New York: Appleton and C.O.
http://oll.libertyfund.org/people/herbert-spencer Accessed on June 06th,2016

b. Secondary Sources

B. Malinowski. (1931). Descriptive Sociology or Groups of Sociological Facts classified and arranged by Herbert Spencer. Nature, 127(3209), 655-657.
Bayrakdar, Mehmet, Al-Jahiz And The Rise Of Biological Evolution, http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/37/772/9842.pdf, Accessed on February 03th, 2020
Bell, D., & Sylvest, C. (2006). International Society In Victorian Political Thought: T. H. Green, Herbert Spencer, And Henry Sidgwick. Modern Intellectual History, 3(2), 207-238.
Duncan, David. (ed.) *The Life and Letters of Herbert Spencer.* London: Methuen, 1908.

Elwick, J. (2003). Herbert Spencer and the Disunity of the Social Organism. History of Science, 41(1), 35-72.

Encylopedia of Brittannica, https://www.britannica.com/topic/talion> Date of Access 20 March 2019.

Farrelly, L. (1991). Herbert Spencer: Traces of man. Eye, 1(3), 64-69.

Haines, V. (1992). Spencer's philosophy of science. British Journal of Sociology, 43(2), 155.

Leslie, J. (2006). Herbert Spencer's Contributions To Behavior Analysis: A Retrospective Review Of Principles Of Psychology. Journal of the Experimental Analysis of Behavior, 86(1), 123-129.

Maitland, Frederic William, and H. A. L. Fisher. *The Constitutional History of England: A Course of Lectures*. London: Cambridge University Press, 1963

Perrin, R. (1976). Herbert Spencer's Four Theories Of Social Evolution. American Journal of Sociology, 81(6), 1339-1359.

Sultan Shah, Muhammed, Pre-Darwinian Muslim Scholars' Views on Evolution, http://pu.edu.pk/images/journal/uoc/PDF-FILES/%2811%29%20 Dr.%20Sultan% 20Shah_86_2.pdf, Accessed on February 03th, 2020

Tilman, R. (1999). Herbert Spencer and the Political Economy of Mean-Spiritedness Revived. Journal of the History of Economic Thought, 21(2), 137-143.

Topçuoğlu, Hamide, *19. Yüzyıl Sosyologlarında Hukuk Anlayışı*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ajans- Türk Matbaası, 1961

Topçuoğlu, Hâmide, *Hukuk Sosyolojisi*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No:174, Cezaevi Matbaası, İstanbul, 1969

Turner, Jonathan H., Beeghley, Leonard, & Powers, Charles H. (2002). *The emer- gence of sociological theory* (5th ed.). Belmont, CA: Wadsworth Thomson Learning, pp. 54-89.

Ümütlü, Y. Ayşe, İbn Haldun'un Düşüncesinde Vazi Kavramı. 5. Uluslararası Dini Araştırmalar ve Küresel Barış Sempozyumu, Mardin, 2019

Wilkinson, M. (1993). Egoism, Obligation, and Herbert Spencer *. Utilitas, 5(1), 69-86.

William Sweet, 'Herbert Spencer', St. Francis Xavier University, Canada, *Internet Encyclopedia of Philosophy*, http://www.iep.utm.edu/spencer/> Date of Access 17.06.2016

TÜRK CEZA MUHAKEMESI HUKUKUNDA SERİ MUHAKEME USULÜ

Accelerated Proceedings in Turkish Criminal Procedure Law

Dr. Öğr. Üyesi Ercan YAŞAR*

Özet: Seri muhakeme usulü, 17/10/2019 tarihinde 7188 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle Ceza Muhakemesi Kanunu'na getirilmiş özel bir usuldür. Kanun koyucu klasik yargılama sisteminin (genel hükümlere göre yapılan yargılamanın) doğurduğu sakıncaları giderme, Avrupa Birliği uyum yasaları çerçevesinde tavsiye edilen değişiklikleri iç hukukumuza yansıtma ve çağdaş ceza muhakemesi sistemlerinde başarılı sonuçlar vermiş kurumları ceza muhakemesi sistemimize kazandırma adına 7188 sayılı Kanun ile birtakım yeni kurumlara iç hukukumuzda yer vermiştir. Ceza muhakemesi sistemimize kazandırılan bu kurumlar, mevcut muhakeme sistemini tamamlayıcı veya mevcut sisteme (belli suçların yargılaması bakımından) bir alternatif oluşturma düşüncesi ile getirilmiş düzenlemelerdir. Çalışmamızda hukuk sistemimize kazandırılmış seri muhakeme usulü üzerinde durulup, mevcut düzenlemenin uygulanma şekli, doğurduğu teorik ve pratik sorunlar üzerinde durulup, karşılaştırmalı hukuktan faydalanılarak iyileştirmeye yönelik çözüm önerileri sunulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Seri Muhakeme Usulü, Özel Yargılama Usulleri, Yargılamanın Basitleştirilmesi, Ceza Yargılamasının Basitleştirilmesi, Ceza Muhakemesine Alternatif Usuller

Abstract: The accelerated (serial) procedure is a special judicial procedure that was incorporated into the Code of Criminal Procedure with the amendment to Law No. 7188 of October 17, 2019. This amendment with Law No. 7188 added some new institutions to our domestic criminal procedural law in order to remove the disadvantages caused by the general criminal procedure (by classic criminal procedure), to adapt the EU recommendations and to include institutions that have achieved successful results in modern criminal justice systems in our criminal justice system. These institutions, which will be included in our criminal justice system, are the changes that complement the existing criminal procedure system or are designed to provide an alternative to the existing system (in terms of the procedure for certain crimes). In our study, we will focus on the accelerated procedure introduced in our legal system, the application of the applicable legal situation, the theoretical and practical problems that it causes, and offer solutions for improvement through the comparison of laws.

Keywords: Accelerated proceedings, summary punishment (penalty order), plea bargaining, simplified procedures, simplifications of ordinary judicial procedures, alternative dispute resolution in criminal procedure law

* Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ercan.yasar@erzincan.edu.tr, ORCID: 0000-0001-9076-6795
Makale Geliş Tarihi: 01.10.2020, Makale Kabul Tarihi: 30.10.2020

Giriş

Seri muhakeme usulü hukuki niteliği itibariyle şüpheli hakkında mahkumiyete eşdeğer neticeyi (hükmü) klasik ceza muhakemesi uygulamasının dışında, kovuşturmaya alternatif teşkil eden bir usul ile belirleyen bir ceza muhakemesi hukuku kurumu olup[1], doktrinde şu şekilde tanımlanmıştır: "(...) katalog suçlardan dolayı başlatılan ceza soruşturması kapsamında Cumhuriyet savcısının şüpheliye müdafisi huzurunda yaptığı teklifin kabul edilmesi üzerine cezada indirim yapılması yönünde mahkemeye yazılı talepte bulunulması durumunda talep doğrultusunda hüküm kurulmasını sağlayan bir kurumdur".[2]

Seri muhakeme usulüne yer veren ülke uygulamalarına bakıldığında bu usule tabi dosyaların büyük çoğunluğunun olumlu neticelendiği, dolayısıyla genel hükümlere göre bir yargılamaya başvurulmadan sonuçlandırıldığı görülmektedir.[3] Gelişmiş ülke hukuk sistemlerinde her geçen gün kapsamı genişletilmekte olan bu usulün istisna bir usul olmaktan çıktığı, ceza hukuku sahasında ortaya çıkan ihtilafların büyük bir kısmına uygulandığı böylece ekseriyetle uygulanan bir usule dönüştüğü görülmektedir.[4] Nitekim Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi de 17 Eylül 1987 tarihli R (87) 18 numaralı tavsiye kararı ile üye ülkelerin ceza yargılamalarını hızlandırmaları ve basitleştirmeleri için tavsiyede bulunmuştur.[5] Tavsiyeler doğrultusunda ve hukukun dinamizmine ayak uydurma adına benzer durumların ülke uygulamamız için de ortaya çıkması ve genel hükümlere göre yapılan yargılamalar dışında özel usuller veya özel yargılama usulleri ile birçok suç tipinin ve birçok dosyanın neticelenmesi ülkemiz açısından da

---

1 Kurumun hukuki niteliğine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Yavuz, Hakan A., *Ceza Muhakemesinde Kovuşturmaya Alternatif Yöntemler*, Adalet, Ankara, 2020, s. 244.

2 Erdem, M. Ruhan/ Şentürk, Candide, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Yeni Bir Kurum Olarak Seri Muhakeme Yöntemi", CHD – Aralık 2019, Y. 14, S. 41, s. 573.; Benzer yönde tanımlama için bkz. Yılmaz, Zahit / Apiş, Özge, "Seri Muhakeme ve Basit Yargılama Düzenlemelerinin Değerlendirilmesi" Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 26, S. 1, Haziran 2020, s 64.

3 Garland, Lorenz, *Waffengleichheit im Vorverfahren*, Carl Grossmann Verlag, Bern 2019, s. 2, dn. 3.; Leipold, Klaus / Wojtech, Michale, "Strafbefehl bis zu zwei Jahren Freiheitsstrafe", Zeitschrift für Rechtspolitik, 43. Jahrgang, Heft 8, Jahr 2010, s. 243.; Meyer, Frank, "Plea Bargaining und EMRK", in Festschrift für Andreas Donatsch, 2017, s. 427.

4 Hamdan, Stephanie, *Absprachen im französischen Strafverfahren*, Nomos 2017, s. 102.; Oehen, Moritz, *Der Strafkläger- und im abgekürzten Verfahren*, Carl Grossmann Verlag, Bern, 2019, s. 94.; Mühlemann, David, "Der unzulässige Strafbefehl im abgekürzten Verfahren", in Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis, (ZfjWP), 2018, s. 83.

5 Bu tavsiye kararlarına dayanan kimi yazarlar klasik ceza muhakemesi uygulamasının giderek azaldığını, bu azalmanın (ölümün) çok hızlı gerçekleştiğini savunmaktadır. Bkz. Coscas-Williams, Beatrice/Alberstein, Michal, "A Patchwork of Doors: Accelerated Proceedings in Continental Criminal Justice Stystems", in New Criminal Law Review, Y. 2019, V. 22, Nr. 4, p. 586.

kaçınılmazdır.[6] Bu sebeple seri muhakeme usulünün hukuk devletine ve ceza muhakemesine hâkim ilkelere yaraşır şekilde düzenlenip uygulanması şarttır.[7]

Amerika Birleşik Devletleri kökenli olduğu ve oradan başta Avrupa Kıtası olmak üzere bütün dünyaya yayıldığı ileri sürülen[8] seri muhakeme, adından da anlaşılacağı üzere hızlandırılmış bir muhakeme sistemidir. Bu muhakeme usulü ile amaçlanan mümkün oldukça çok sayıda ceza hukuku ihtilafını basitleştirilmiş bir usul ile neticeye bağlamaktır.[9] Bu sebeple burada ekonomik kaygıların (usul ekonomisi) ve pratik faydaların (mahkemeler önünde yığılmış dosya sayısını azaltmak), hukuk devletine yaraşır (ideal) ceza yargılamasına baskın geldiğini söylemek mümkündür.[10]

Klasik ceza muhakemesinde katı kurallar koyup, ceza muhakemesinin gelişmesinin önünü kesip, çağın gerisinde kalmak hiçbir hukuk devletinde arzu edilmemektedir; konuya ilişkin çalışma ve eleştiriler ile arzu ettiğimiz de bu olmayacaktır. Ancak getirilecek yeni muhakeme usullerinin ceza adaletine hizmet etmesi ve muhakemenin olmazsa olmaz ilkeleri ile uyumlu olması gerekmektedir. Salt pratik fayda için genel kabul gören muhakeme ilkelerinden taviz vermek kabul edilemez; getirilen yeni kurumların ceza muhakemesi ilkeleri ile uyumlu olmaları gerektiği birincil koşul olup, pratik faydalar ve iş yükünün azaltılması ise getirilen düzenleme ile ikincil olarak amaçlanmalıdır.

Bir bütün olarak ceza hukukundan arzulanan faydaların elde edilebilmesi adil olan ve uzun sürmeyen bir yargılama ile mümkündür. Kişiye uygulanan yaptırımın netice verebilmesi için kişi hakkında yürütülen yargılamanın bir an önce sonlandırılması ve ilgili hükmün infazına geçilmesi gerekmektedir. Bu çerçevede tutuklu yargılanan bir kimsenin (tutuklama bir ceza hukuku yaptırımı olmadığından),

---

6 Benzer yönde açıklamalar için bkz. Kızılarslan, Hakan, "Seri Muhakeme ve Basit Yargılama Usulleri", BUHFD- Kasım-Aralık 2019, C. 14. S. 183-184, s. 1892.

7 Ceza muhakemesini hızlandırma amaçlı alternatif yargılama usullerinin neredeyse tüm hukuk sistemlerinde yer aldığı görülmekle birlikte bizdeki seri muhakeme usulüne benzer düzenlemelere İtalyan ve Fransız uygulamasında rastlanılmaktadır. Alman ve İsviçre uygulamalarında yer alan Strafbefehlsverfahren (eski usul kanunumuzda yer verilen ceza kararnamesine benzeyen bir usuldür) uygulamasının ise seri muhakeme ile çok benzeşmediği görülmektedir.

8 Kurumun tarihçesi için bkz. Langer, Maximo, "From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure", Harvard International Law Journal 45, no. 1 (Winter 2004), p. 1 vd.

9 Kindhäuser, Urs / Schumann, H. Kay, *Strafprozessrecht*, 5. Aufl., Nomos, Baden-Baden 2019, § 26, kn. 1; Hausel, Uwe, "Ungenutztes Beschleunigungspotential des Strafbefehlsverfahrens?", in Zeitschrift für Rechtspolitik, 27. Jahrgang, Heft 3, Jahr 1994, s. 95.; Mühlemann, 2018, s. 90.

10 Fransız uygulamasında benzer kaygılarla C.R.P.C (Comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité) kapsamına giren suç tiplerinin sayıca artırıldığı görülmektedir. Bkz. Hamdan, 2017, s. 68.; 212.; Leipold/Wojtech, ZPR 8/2010, s. 243.

tutukluluk sürecinin ceza hukuku yaptırımları ile amaçlanan faydayı vermeyeceği gibi bu tutukluluk süreci infazdan mahsup edileceği için asıl infaz sürecinin kısa olması dolayısıyla beklenen faydayı vermesini de engelleme tehlikesi barındırmaktadır. O halde ceza hukukunun yaptırım araçlarından beklenen faydayı elde etmenin öncelikli yolu, yargılamanın bir an önce hükme bağlanması ve ilgili hükmün derhal infazına geçilmesidir.

Türk kanun koyucusu ceza hukuku yaptırımları ile amacını gerçekleştirmeye çalışırken adil ve hızlı bir yargılamaya hizmet edeceği düşüncesiyle genel yargılama usulünden ayrılarak çeşitli özel muhakeme kurumlarının yanı sıra seri muhakeme usulüne de yer vermiş bulunmaktadır. Özel yargılama usulleri ile birçok ihtilaf çözüme bağlandığından, bu özel usullere göre neticelendirilmeyen diğer suçlar bakımından genel hükümlere göre yapılan yargılamaların makul sürelerde sonlandırılması imkânı da elde edilmiş olmaktadır. Böylece kanun koyucu bir yandan ceza hukuku yaptırımları ile amaçladığını bir an önce infaza başlayarak daha etkin şekilde elde etmekte diğer yandan hukuk devletine yaraşır adil ve hızlı bir muhakeme sistemine ulaşmaya çalışmaktadır. Seri muhakeme usulünün öngörüldüğü suç tiplerine bakıldığında kanun koyucunun, bu usul neticesinde varılan kesin hükmün hürriyeti bağlayıcı ceza şeklinde ceza infaz kurumlarında çektirilmesini arzu etmediği neticesine varılabilir. Zira kanun koyucu seri muhakeme usulünde hükmedilecek somut cezanın Cumhuriyet savcısı tarafından ceza kanunlarında şimdiye kadar öngörülmemiş bir indirim şekli (zorunlu indirim) ile indirilmesini öngörerek kişi hakkında normal ceza yargılamasında hükmedilebilecek cezadan daha hafif bir cezanın verilmesinin önünü (en azından teorik olarak) açmıştır.[11] Böylece kişi klasik ceza yargılaması usulünden daha hafif bir ceza alacak ve cezasının seçenek yaptırımlara dönüştürülmesi imkânı yahut HAGB, erteleme gibi kurumlara dönüştürülme imkânı ya da özel infaz usullerine göre infaz edilme imkânı artırılmış olacaktır. Bu sebeple kanun koyucunun bu usulle yukarıda amaçlanan faydaların yanı sıra, cezaya hükmetmenin fail ve toplum üzerindeki uyarı fonksiyonunu gerçekleştirmeyi ve kısa süreli (hem normatif/teknik hem de maddi anlamda kısa süreli) hapis cezalarının sakıncalarını gidermeyi de amaçladığı söylenmelidir.

Seri muhakeme usulü kural olarak Cumhuriyet savcılığınca yürütülen bir süreçtir. Bu usulü klasik ceza muhakemesinden ayıran en önemli özelliği sürecin ağırlıklı olarak iddia makamı nezdinde yürütülüyor olmasıdır.[12] Klasik sistemde cezanın belirlenmesi hâkim veya mahkeme heyetinde iken bu muhakeme usulünde cezanın

---

[11] Eleştiri için bkz. Koç, Ziya, "Seri Muhakemede Masum Kişilerin Cezalandırılması Tehlikesi", CHD, Ağustos 2020, Y. 15, S. 43, s. 644.

[12] Elobied, Tarig, *Die Entwicklung des Strafbefehlsverfahrens von 1846 bis in die Gegenwart*, De Gruyter, Berlin 2010, s. 212.

belirlenmesi, seçenek yaptırımlara dönüştürülmesi ve veya hükmün açıklanmasının geri bırakılması gibi kurumlara dönüştürülmesi iddia makamı adına Cumhuriyet savcılarına bırakılmıştır. Doktrinde Cumhuriyet savcısı tarafından cezanın belirlenmesi bir nebze kabul edilirken, cezanın bireyselleştirilmesi olarak nitelendirebileceğimiz HAGB yahut hapis cezasının ertelenmesi süreçlerine mahkemece karar verilmesi gerektiği vurgulanmış; mevcut durumda kararların savcı tarafından verilmesinin klasik ceza muhakemesi ilkeleri ile örtüşmediği bize göre haklı olarak belirtilmiştir.[13] Benzer yönde gerekçelerle, hızlandırılmış muhakeme usullerinin "*bürokratik-engizisyon yargılamasına*" dönüştüğünü iddia eden görüşler de ortaya çıkmıştır.[14] Aşağıda, bilhassa sonuç bölümünde bu kaygı ve eleştirilerin yerinde olup olmadığı üzerinde durulacaktır.

Belirtmek gerekir ki hızlandırılmış/basitleştirilmiş bir muhakeme (fail hakkında bir hükme varma), genel hükümlere göre yapılan yargılamadan (klasik ceza yargılamasından) farklı olarak birçok ilkenin hızlandırılmış sürece feda edilmesini beraberinde getirmektedir. Hiçbir ilkeden taviz verilmeden hızlı bir muhakemenin yapılması mümkün olsaydı, bu usulün genel kabul gören usul olarak uygulanması gerektiği şüphesizdir. Ancak bu mümkün olmadığından birtakım ilke ve haktan taviz verilerek seri bir muhakeme usulü öngörülmektedir. Taviz verilen bu ilke ve hakların yargılanmakta olan kişinin adil yargılanma hakkını ortadan kaldırmaması, adil ve eşit muamelenin özüne dokunmaması, doğal hâkim ilkesi ile uyum içinde olması, hukuk devletine yaraşır ve keyfiyetten arınmış bir yargılama olması öncelikli koşuldur.

Aşağıda ceza muhakemesinin özel yargılama usullerine göre yürütülmesi halinde vazgeçilmesi kabul edilebilir ve kabul edilmez olan ilkelere yer verilip seri muhakeme usulünün bu ilkelere riayet edilerek düzenlenip düzenlenmediğine yer verilecektir. Kanun koyucunun adil yargılama için uygun koşullar sağlayan bir seri muhakeme usulünü düzenleyip düzenlemediğini inceleyebilmek için de mevcut seri muhakeme usulüne ilişkin şartları, uygulanma usulünü ve hukuki neticelerini ele almak gerekeceğinden, bu başlıklara yer verip sonuç kısmında değerlendirme ve önerilerimize yer vereceğiz.

I. SERİ MUHAKEME USULÜNE İLİŞKİN GENEL HÜKÜMLER

Kanun koyucu seri muhakeme usulünün uygulanmasında silahların eşitliği ilkesini tesis etme, adil bir yargılamayı mümkün kılma ve şüphelinin özgür iradesi ile sürece katılmasını sağlama adına çeşitli genel geçer hükümlere yer vermiştir.

Buna göre şüpheli yargılama yapılan dili bilmiyorsa kendisine tercüman atanmalıdır. Kişinin hakkında ileri sürülen ithamı (suç

---

[13] Yurtcan, Erdener, *Ceza Yargılaması Hukuku,* 16. B. Seçkin, Ankara, 2019, s. 716 vd.
[14] Elobied, s. 214.

isnadını) öğrenmesi ve meramını anlatabilmesi yargılama dilini bilmesine bağlıdır. Kişi bu dili bilmiyorsa her iki hakkından istifade edemeyecektir. Bu durum ise adil yargılanmayı sekteye uğratacaktır. Bu sebeple kanun koyucu da seri muhakeme usulünde yeterli düzeyde Türkçe bilmeyen şüpheliye tercüman atanmasını ve engeli olan kimseye gerekli iletişimi sağlayacak aracı kimsenin atanmasını zorunlu kılmıştır (Yön. m. 5/5; CMK m. 202).

Seri muhakeme usulünün amacının maddi gerçeğin tespitinden sonra iddia ve savunma makamlarının bir an önce ortak bir zeminde buluşup muhakemeyi sonlandırmalarını sağlamak olduğunu düşündüğümüzde hızlılık/ivedilik bu usulde şarttır. Şayet uygulanacak usul ivediliği sağlayamayacaksa genel hükümlere göre muhakemeden ayrılmaya gerek yoktur. Zira hukuk devletine yaraşır bir yargılama ancak o şekli ile ideal bir yargılama olacaktır. Kanun koyucu da bu sebeple seri muhakeme usulünde seriliği sağlama adına çeşitli ölçütler öngörmüştür. Buna göre Cumhuriyet savcısı şüpheliyi seri muhakeme usulü konusunda bilgilendirmek ve bu usulün uygulanmasını teklif etmek için davet eder. Kendisine telefon, telgraf, faks, elektronik posta gibi iletişim araçlarından yararlanmak suretiyle veya tebligat göndermek sureti ile davet gönderilen şüpheli bu davete mazeretsiz olarak uymazsa hakkında bu sebeple zorla getirilme kararı veya yakalanma emri düzenlenmez. Bunun yerine soruşturma genel usullere göre yürütülür. Aynı durum talepname incelemesi ve hüküm kurma sürecinde mahkeme önüne mazeretsiz çıkmayan şüpheli/sanık için de söz konusu olup, kişinin seri muhakeme usulünü istemediği (bundan vazgeçtiği) şeklinde yorumlanıp süreç genel hükümlere göre yürütülür. Kanun koyucu aynı kaygılarla (seri usulle yapılacak muhakemenin seri oluşuna halel getirmeme adına) şüphelinin, resmî mercilere beyan etmiş olup da soruşturma dosyasında yer alan adreste bulunmaması veya yurt dışında olması ya da başka bir nedenle kendisine ulaşılamaması hâllerinde de soruşturmanın derhal genel hükümlere göre yürütülmesini öngörmüştür. Bunun için ulaşılamama durumunun Cumhuriyet savcısı tarafından tutanağa bağlanması yeterlidir (Yön. m. 5; 9).

Uzlaştırma kurumuna ilişkin müzakerelerde olduğu gibi seri muhakeme usulünün uygulanmasında da kanun koyucu şüpheliye birtakım güvenceler vererek şüphelinin özgür bir şekilde hareket edip iradesini özgürce şekillendirmesini güvence altına almıştır. Bu sebeple şüphelinin seri muhakeme usulünü kabul ettiğine ilişkin beyanları ile sürece ilişkin belge ve deliller, seri muhakeme usulünün olumsuz sonuçlanması halinde, genel hükümlere göre yapılacak soruşturma ve kovuşturmada kendisi aleyhine (ve veya lehine) kullanılamazlar (Yön. m. 5/8).

Seri muhakeme usulünün uygulanmasının, şüpheli hakkında genel hükümlere göre yapılacak yargılamaya oranla daha lehe sonuçlar doğurması amaçlanmaktadır. Ancak kanun koyucu kişinin yaş

küçüklüğünün, akıl hastalığının ve veya sağır ve dilsizliğinin bulunması hallerinde bu usulün uygulanmayacağını belirtmiştir (Yön. m. 7).[15] Kanaatimizce ilgili gruptaki kimseler aleyhine bir netice doğurduğundan, yerinde bir düzenleme olmamıştır; ceza alma ihtimallerinin söz konusu olduğu hallerde ilgili özel veya genel mahkemece benzer koşullar altında bir ceza indiriminin bu kimselere tanınması uygun olurdu. Anılan bu istisna hallerde fail hakkında genellikle ceza yerine güvenlik tedbirlerine hükmedilir veya normal şartlara oranla indirilmiş ceza ve cezanın yanı sıra güvenlik tedbirlerine hükmedilir; bu sebeple kanun koyucu ilgili kimselerin süreçlerini seri muhakeme dışında tutmak istemiştir, denilebilir. Ancak bu doğru bir okuma olmaz. Zira Türk Ceza Kanunu'nun 31. ila 33. maddelerinde yer verilen bu halleri seri muhakeme usulünün uygulanma kapsamının dışında tutan kanun koyucu 34. maddede yer verilen "geçici nedenler, alkol veya uyuşturucu madde etkisinde olma" hallerini ise seri muhakeme usulünün uygulanmasına engel bir durum olarak düzenlememiştir. Böylece seri muhakeme usulünün kapsamına giren bazı suçların (TCK m. 179/3) cezanın yanı sıra güvenlik tedbirlerinin uygulanmasını gerektirmesi halinde Cumhuriyet savcısı tarafından güvenlik tedbirlerine de hükmedilebilecektir.[16]

Türk Ceza Kanunu'nda güvenlik tedbirleri kavramı geniş bir anlam taşıdığından bu düzenlemeden güvenlik tedbirlerinin yanı sıra eşya ve kazanç müsaderelerini de anlamak gerekmektedir. Seri muhakeme usulünün uygulanması kişi hakkında güvenlik tedbirlerine ilişkin hükümlerin uygulanmasına engel teşkil etmeyecektir.[17]

II.SERİ MUHAKEME KAPSAMINDA OLAN SUÇLAR

Hangi suçların seri muhakeme usulüne tabi olacağı kanun koyucu tarafından CMK'nın 250. maddesinde sınırlı sayıda (numerus clausus) olacak şekilde belirlenmiştir. Buna göre:

- Türk Ceza Kanunu'nda yer alan;
    - Hakkı olmayan yere tecavüz (madde 154, ikinci ve üçüncü fıkra),
    - Genel güvenliğin kasten tehlikeye sokulması (madde 170),
    - Trafik güvenliğini tehlikeye sokma (madde 179, ikinci ve üçüncü fıkra),
    - Gürültüye neden olma (madde 183),

[15] İştirak halinde işlenen suçlarda da şüphelilerden birinin küçük olması yahut seri muhakemeyi kabul etmemesi durumunda seri muhakeme usulü uygulanmaz; süreç klasik usule göre yürütülür. Aldemir, Hüsnü, *Ceza Yargılamasında Seri Muhakeme ve Basit Yargılama Usulleri*, 2. Bası, Adalet, Ankara, 2020, s. 65 vd.

[16] Yön. m. 10/5.

[17] Yön. m. 5/9.

- Parada sahtecilik (madde 197, ikinci ve üçüncü fıkra),
- Mühür bozma (madde 203),
- Resmî belgenin düzenlenmesinde yalan beyan (madde 206),
- Kumar oynanması için yer ve imkân sağlama (madde 228, birinci fıkra),
- Başkasına ait kimlik veya kimlik bilgilerinin kullanılması (madde 268),

suçları,

- 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanun'un 13'üncü maddesinin birinci, üçüncü ve beşinci fıkraları ile 15 inci maddesinin birinci, ikinci ve üçüncü fıkralarında belirtilen suçlar,
- 6831 sayılı Orman Kanunu'nun 93'üncü maddesinin birinci fıkrasında belirtilen suç,
- 1072 sayılı Rulet, Tilt, Langırt ve Benzeri Oyun Alet ve Makinaları Hakkında Kanunun 2'nci maddesinde belirtilen suç,
- 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu'nun ek 2'nci maddesinin birinci fıkrasının (1) numaralı bendinde belirtilen suç,

Söz konusu olduğunda süreç seri muhakeme usulüne göre yürütülecektir.

Seri muhakeme usulünün İtalyan ve Fransız uygulamasında cürüm, cünha ayırımı yapılmadan belli bir miktara kadar ceza öngören suç tiplerine uygulanabileceği öngörülmüştür.[18] Avrupa Konseyi ise üye devletlere iç hukuklarında adil yargılanma hakkının uygulamasını tesis ve temin için hafif suçları (minor offences) basitleştirilmiş bir usulle çözmeyi önermiştir. Zira ceza mahkemeleri önünde biriken bilhassa hafif suçlara ilişkin dosya sayısı arttıkça dosyaların zamanında sonuçlanması ihtimali azalmış ve bir bütün olarak tüm yargılamalar (hafif ve veya ağır suçlara ilişkin yargılamalar) adil yargılanmayı imkânsız kılacak derecede uzamıştır. Adil yargılanmayı sekteye uğratmama adına Avrupa Konseyi, üye devletleri basit suçlar için genel hükümlerden ayrı seri muhakeme yollarını uygulamaya teşvik etmiştir.[19]

---

[18] Fransız uygulamasında belli suç tipleri hariç olmakla birlikte 10 yıldan az ceza öngören suçlarda bu usul uygulanabilirken, İtalyan uygulamasında yine kapsam dışında tutulan suç tipleri olmakla birlikte hükmedilen indirimli cezanın 5 yıldan az olması mümkün olan tüm suç tiplerinde bu usul uygulanabilmektedir. Coscas-Williams/Alberstein, 2019, p. 601 vd, 605.; Bkz. Galeazzi, "Der Strafbefehl gegen Unternehmen", in EİZ Band 191, 2019, s. 82.

[19] Coscas-Williams/Alberstein, 2019, p. 587.

Türk kanun koyucusu ise seri muhakeme usulünün uygulanacağı suç tiplerini belirlemeyi katalog şekilde belirtme usulünü tercih etmiştir.[20]

Kanunda sınırlı sayıda belirlenen suç tipleri için seri muhakeme usulünün zorunlu olarak denenmesi gerekliliği bu usulü özel/istisna bir usul değil de normal ceza yargılamasının yanı sıra belli suç tiplerinde kural olarak uygulanması için getirilmiş hızlandırılmış daha doğrusu basitleştirilmiş usul olarak nitelendirilmesini gerektirmektedir. Zira özel yargılama usulleri klasik ceza yargılamasına getirilen ve klasik yargılama usulü yerine istisnai uygulanan yargılama usulleridir.[21] Kanun koyucu bu hallerde yetkili makama takdir yetkisi tanımaktadır. Seri muhakeme usulünde ise tanınmış bir takdir yetkisi söz konusu değildir. Bu muhakeme usulünü özel kılan onun genel hükümlere göre yapılan yargılamanın dışında bir hüküm verme şekli olmasıdır.

III.SERİ MUHAKEME USULÜNE İLİŞKİN KOŞULLAR

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 250. maddesine ve Ceza Muhakemesinde Seri Muhakeme Yönetmeliğinin ilgili maddelerine göre, seri muhakeme usulünün uygulanabilmesi için:

- Suç seri muhakeme kapsamında bir suç olmalıdır ve failde Türk Ceza Kanunu'nda yer alan; yaş küçüklüğü (madde 31), akıl hastalığı (madde 32) veya sağır ve dilsizlik (madde 33) hâllerine ilişkin cezalandırmayı etkileyen bir durum söz konusu olmamalıdır. Faile ilişkin bu durumlardan biri söz konusu ise yargılama genel usullere göre yürütülecektir.
- Suç, iştirak hâlinde işlenmişse faillerin her biri için seri muhakeme uygulanabiliyor olmalı ve her biri bu usulün uygulanmasına onay vermelidir. Yaş küçüklüğü bulunan biri ile yetişkin birinin birlikte işlemiş olduğu bir suçtan dolayı seri muhakeme usulünün uygulanması mümkün değildir. Seri muhakeme kapsamına giren bir suçun bu kapsama girmeyen başka bir suç ile birlikte işlenmesi halinde muhakemenin genel hükümlere göre yürütülmesi gerekliliği basit yargılamada olduğu gibi (CMK m. 251/8) açıkça belirtilmediğinden kanaatimizce seri muhakeme kapsamında olan fiilin içtima hükümlerince cezalandırılmayacağı haller saklı kalmak şartıyla seri muhakeme usulünce neticelendirilmesi gerekmektedir. Tabii birden fazla suçun birlikte işlenmesi durumunda seri muhakeme usulünün uygulanması neticesinde hükmedilecek mahkumiyetin, seri muhakeme kapsamına girmeyen suçtan dolayı hükmedilen

[20] Katalog suçların seçiminde izlenen suç siyasetinin anlaşılamadığına ilişkin eleştiri için bkz. Uğurlubay, Gülsün A. Aygörmez/Haydar, Nuran/Korkmaz, Mehmet, "Seri Muhakeme Usulüne İlişkin Sorunlar", ASBÜ-HFD 2019/2, s. 265.

[21] Fransız uygulamasında seri muhakemenin uygulanması savcının takdirinde olup, zorunlu değildir. Hamdan, 2017, s. 73.; Elobied, s. 214.; Galeazzi, 2019, s. 91.

cezanın bireyselleştirilmesinde doğurabileceği negatif etkiler (HAGB veya erteleme halinde aranan daha önce mahkûm olmamış olması koşulları gibi) düşünüldüğünde iki farklı neticeye ulaşmak mümkündür. Buna göre: Kanun koyucu ortaya çıkabilecek sorunları bertaraf etme adına seri muhakeme kapsamında olan bir suç ile bu kapsamda olmayan bir suçun birlikte işlenme halinde bu usulün uygulanmasını istemediği söylenebilir. Kanun koyucunun basit yargılamadan farklı olarak burada düzenleme yapmaması seri muhakemenin uygulanmasını istediği şeklinde yorumlanabilir. İkinci ihtimalde seri muhakeme neticesinde verilen mahkûmiyetin HAGB, erteleme gibi cezanın bireyselleştirilmesi hallerinde etki doğurmaması gerektiğini savunmak kanunun mantığı ile uyum içinde olacaktır. Seri muhakeme konusu suçtan dolayı HAGB verilmişse yahut daha sonraki mahkûmiyetin bireyselleştirilmesine engel olmuyorsa sorun çıkmamış olacaktır.

- Suç, önödeme veya uzlaştırma kapsamında olan bir suç olmamalıdır (Yön. m. 5/1). Bir suçun önödemeye yahut uzlaştırmaya tabi olması onun seri muhakeme yargılamasına tabi olmasına engel teşkil edecektir. Kanun koyucu seri muhakeme usulünün uygulanacağı suç tiplerini sınırlı sayıda düzenlediği için, bu ilke kanun koyucuya yönelik bir ilkedir. Kanun koyucu seri muhakeme usulünün uygulanacağı yeni bir suç tipine yer verecekse, ilgili suç tipinin uzlaştırma veya önödeme kapsamında olup olmadığına dikkat edecektir.
- İlgili suç hakkında yürütülen soruşturmada iddianamenin düzenlenebilmesi için yeterli şüphe oluşturacak delil elde edilmiş olmalıdır. Elde edilen delil ve şüphe, iddianamenin kabulü için gerekli tüm unsurları taşımalıdır, bunlara ilişkin bir eksiklik genel usulde iade sebebi oluşturduğu gibi seri muhakeme usulünde ise bu yola başvurmada engel olarak kabul edilmelidir. İddianamenin kabulü ve veya reddi için inceleme yapan bir makam ve bu sürece tekabül eden bir ara muhakeme seri muhakeme usulünde mümkün olmadığından, Cumhuriyet savcılarına her zamankinden daha fazla titizlikle süreci yürütme görevi düşmektedir.[22] Soruşturma neticesinde kamu davasının açılması için yeterli şüphe oluşturacak delil elde edilememiş veya kovuşturma imkanının bulunmuyorsa kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilmelidir. Bu halde seri muhakeme usulüne gerek kalmayacaktır. Ancak yeterli şüphe ve delile ulaşılmışsa, seri muhakeme usulünün uygulanabilmesi için Cumhuriyet savcısının kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar vermemiş olması gerekmektedir (Yön. m. 8). Koşulları oluşmuş

[22] Uğurlubay/Haydar/Korkmaz, ASBÜ-HFD 2019/2, s. 261 vd.

olmasına rağmen kamu davasının açılmasının ertelemesi yönünde takdirini kullanmamış olan Cumhuriyet savcısı kanaatimizce seri muhakeme usulünün olumsuz sonuçlanması halinde (şüpheliye ilişkin sübjektif koşullarda bir değişiklik olmadığı sürece iç tutarlılığını kaybetmeme adına) erteleme kararı veremeyecektir.[23] Kamu davasının açılmasının ertelenmesi koşullarının varlığı halinde Cumhuriyet savcısı takdirini bu yolu seçme yönünden kullanmışsa seri muhakeme usulünün uygulanmasına gerek kalmamış olacaktır.[24] Bu bağlamda kamu davasının açılmasının ertelenmesi seri muhakeme usulüne öngelen bir aşama olduğundan öncelikli olarak bu konuda bir karara varılması şarttır. Savcı eteleme kararı vermediği durumda seri muhakeme uygulamasına göre süreci yürütecektir. Bu halde seri muhakeme usulünün uygulanması zorunludur. Cumhuriyet savcısı bu halde doğrudan genel usullere göre iddianame düzenleyip dava açma yoluna gidemez; bunun için seri muhakeme usulünün denenmiş ve bir şekilde sonuçsuz kalmış olması gerekmektedir. Seri muhakeme usulü denenmeden düzenlenen iddianame iade edilir (iddianamenin iadesi sebebi). İstisna: *Resmî mercilere beyan edilmiş olup da soruşturma dosyasında yer alan adreste bulunmama veya yurt dışında olma ya da başka bir nedenle şüpheliye ulaşılamaması hâlinde, seri muhakeme usulü uygulanmaz*. Bu durum tutanağa bağlanır ve soruşturma genel usullere göre yürütülür.[25] Seri muhakemenin soruşturma evresinin sonunda denenmesi/yürütülmesi düzenleme altına alınmış olduğundan kovuşturma aşamasında seri muhakeme kapsamında olduğu anlaşılan dosyanın artık seri muhakeme usulüne göre hükme bağlanması mümkün olmayacaktır. Cumhuriyet savcısının ve veya mahkemenin iddianamenin kabulü aşamasında yapmış olduğu hatanın sanığa yükletilmesi, sanığın bu yüzden olası ceza indirimi alamamış olması kanaatimizce sorun teşkil edecektir; sanığın hak kaybına sebebiyet verecektir.

- Cumhuriyet savcısı şüpheliyi seri muhakeme usulü hakkında bilgilendirmek üzere davet eder, bilgilendirir ve seri muhakeme usulünün uygulanmasını teklif eder. *Şüpheli, müdafi huzurunda özgür iradesi ile bu usulün uygulanmasını kabul yahut reddedebilir*. Seri muhakeme usulünün uygulanabilmesi için bu usulün müdafi huzurunda şüpheli tarafından kabul edilmesi gerekmektedir. Seri muhakeme usulünün uygulanmasına ilişkin

[23] Hem seri muhakeme usulüne tabi hem de kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararının verilebileceği suça örnek olarak TCK m. 206 verilebilir.

[24] Kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararını verme Cumhuriyet savcısının takdirindedir. Soylu Ünver, Gülsüm / Karaman Engür, Seçil Nergiz, *Seri Muhakeme Usulü*, Adalet, Ankara, 2020, s. 48.

[25] CMK m. 250/13; Ceza Muhakemesinde Seri Muhakeme Yön. m. 9/2.

teklifi kabul eden şüpheli, talepname mahkeme tarafından hükme dönüştürülünceye kadar (mahkeme tarafından hüküm kuruluncaya kadar) bu usulün uygulanmasından vazgeçebilir. Şüphelinin teklifi kabul etmemesi halinde veya *resmî mercilere beyan edilmiş olup da soruşturma dosyasında yer alan adreste bulunmama veya yurt dışında olma ya da başka bir nedenle şüpheliye ulaşılamaması* hâlinde genel usullere göre yürütülen soruşturmada şüpheli, iddianame düzenleninceye kadar ilgili Cumhuriyet savcısına başvurarak seri muhakeme usulünün uygulanmasını talep edebilir. Bu halde de seri muhakeme usulünün uygulanması zorunludur (Yön. M. 5/11).

Uzlaştırma kurumundan farklı olarak şüphelinin seri muhakeme usulüne ilişkin davet ve veya teklifi kabul etmekle suçu ve veya sorumluluğu üstlenip üstlenmediği açıkça düzenlenmemiştir. Uzlaştırma kurumunun olumlu sonuçlanması durumunda (şüphelinin uzlaştırma müzakerelerini ve uzlaştırmayı kabul etmesi halinde) kişiyi bir ceza mahkûmiyeti beklemediği için, şüphelinin suçu ve veya sorumluluğu üstlenmesi, kişinin bir yaptırıma maruz kalması neticesi doğurmamaktadır. Ancak buna rağmen kişinin kendi aleyhine beyanda bulunma yasağının ihlaline sebebiyet verdiği gerekçesiyle uzlaştırma düzenlemesinde yer alan "kişinin suçu işlediğini kabul etmesi" koşulu gelen eleştiriler üzerine kanundan çıkarılmıştır. Seri muhakeme usulündeki düzenlemenin doğurduğu hukuki neticeler uzlaştırma kurumundan çok farklı ve ağır olduklarından hassas bir şekilde ele alınmalıdır. Şüphelinin seri muhakeme usulüne ilişkin daveti ve bilhassa Cumhuriyet savcısından gelen ceza (yaptırım) teklifini kabul etmesi, hakkında mahkeme tarafından hükmedilecek mahkumiyete onay vermek demek olacağından, şüpheli teklifi kabul ederek suçu işlediğini zımni de olsa ikrar etmiş olacaktır;[26] bu durum ise kişinin kendi aleyhine beyanda bulunmaya, delil göstermeye zorlanamaması ve masumiyet karinesi ilkeleri ile yeterince örtüşmemektedir; nitekim İtalyan kanun koyucunun seri muhakeme usulünde şüphelinin suçlu olduğunu kabul etmesi şartını aramamasının gerekçesi masumiyet karinesi ilkesine uygun davranma arzusu olduğu düşünülmektedir.[27] Ancak niteliği gereği seri muhakeme usulü teklifin kabulü ve hükmün kurulması ile bir mahkumiyete dönüşeceğinden, şüphelinin süreci kabul etmesinin, suçu işlediği konusunda ikrar verdiği şeklinde anlaşılamaz iddiası pek tatmin

---

[26] "Kanun düzenlemesinden ve madde gerekçesinden şüphelinin usulü kabul etmesinin suçu kabul etmesi şeklinde anlaşıldığı görülmektedir" Uğurlubay/Haydar/Korkmaz, ASBÜ-HFD 2019/2, s. 291.

[27] Coscas-Williams/Alberstein, 2019, p. 605.; İspanyol kanun düzenlemesine yönelik de "nemo tenetur" ilkesinin ihlal edildiğine yönelik eleştiriler bulunmaktadır. Bu ise hızlandırılmış süreçlerde şüphelinin bir şekilde onayının alındığı her durumda ortaya çıkan bir anayasaya aykırılık tehlikesidir. Kanaatimizce seri muhakemede adına katlanılabilir bir noksanlıktır/ihlaldir. Navarro, Alicia Gonzalez, "Absprachen im spanischen Strafverfahren", ZStW 123 (2011), Heft 1, s. 177.

edici olmamaktadır; bu çerçevede İtalyan düzenlemesinin sorunlu olduğu neticesi ortaya çıkmaktadır; çünkü bir yandan kişinin suçlu olduğunu şart koşmayıp diğer yandan seri muhakeme uygulamasının şüphelinin teklif edilen cezayı kabul etmesi neticesine bağlamak tutarsız olacaktır. Bu sebeple şüphelinin kabulünün dolaylı da olsa ikrar niteliğinde olduğunu kabul etmek gerekmektedir; nitekim Fransız ve Amerika Birleşik Devletleri uygulamasında şüphelinin suçu kabul etmesi şart koşulmaktadır.[28] Kişinin kendi aleyhine beyanda bulunmaya zorlanamaması bu konuda ikrar vermeye zorlanamaması hukuk devletinde olmazsa olmaz ilkelerdendir ancak seri muhakeme usulünde amaç suçu işlediği konusunda şüphe bulunmayan (bu sebeple yeterli şüphenin yeterli olmayacağını, şüphe derecesinin daha yoğun olması ya da şüpheden arınmış kanaatin aranması gerektiğini savunmaktayız) kişinin hızlı bir muhakeme ile bir an önce mahkum edilmesi olduğundan ve şüpheliye süreci son ana kadar reddedip normal usule göre soruşturma ve kovuşturma hakkı garanti edildiğinden bu tavizin kişinin adil yargılanma hakkını ciddi derecede ortadan kaldırdığı görüşünde değiliz.[29] Nitekim seri muhakeme usulünün herhangi bir şekilde olumsuz sonuçlanması halinde süreç içinde şüphelinin beyanları ve sürece ilişkin belgeler genel hükümlere göre yapılacak soruşturma ve kovuşturmada delil olarak kullanılamayacağından seri muhakeme usulündeki bu ikrarın olası genel hükümlere göre yapılacak yargılamada değerlendirmeye alınamayacağı güvencesi şüpheliye tanınmış bir ek güvence opsiyonudur. Karşılaştırmalı hukukta da seri muhakeme usulünün uygulanabilmesinin şüphelinin suçu kabul etmesine bağlandığı ve hükmedilecek cezanın bu çerçevede genel yargılamadan ayrı bir indirimle düşürüldüğü görülmektedir.[30]

IV. SERİ MUHAKEME USULÜNE DAVET

İlgili yönetmeliğin 9. maddesine göre *"Cumhuriyet savcısı şüpheliyi seri muhakeme usulünün uygulanmasını teklif etmek amacıyla en kısa sürede davet eder. Davet; telefon, telgraf, faks, elektronik posta gibi iletişim araçlarından yararlanmak suretiyle de yapılabilir."* Kanun koyucu şüphelinin seri muhakeme usulüne davetini tebligat şartına bağlamamış, modern çağa uygun iletişim araçlarına da yer vererek, sürecin hızlı bir şekilde yürütülmesine imkân tanımıştır. Bu durumda davet pekâlâ tebligat usulü ile de yapılabilecektir. Usulüne uygun şekilde yapılan davete icabet

---

[28] Coscas-Williams/Alberstein, 2019, p. 601 vd.; Koç, CHD, Ağustos 2020, Y. 15, S. 43, s. 617.

[29] Koç, CHD, Ağustos 2020, Y. 15, S. 43, s. 612.

[30] Fransız uygulamasında suçu kabul odaklı bir süreç izlenirken, İtalya uygulamasında şüpheli suçu kabul etme sorusuyla muhatap olmadan belirlenen spesifik cezayı kabul ederek veya genel hükümler yerine kendisine hızlı muhakeme usullerinin uygulanmasını kabul ederek cezada indirim elde etme hakkına kavuşmaktadır. Tablo şeklinde İtalya ve Fransa karşılaştırması için bkz. Coscas-Williams/Alberstein, 2019, p. 601, 604.

edilmemesi halinde, şüphelinin daveti kabul etmediği anlaşılacağından, soruşturma genel hükümlere göre yürütülür. Ancak belirtmek gerekir ki davete icabet etmeyen şüpheli, iddianame düzenleninceye kadar hüküm verme sürecinin seri muhakeme usulüne göre yürütülmesini talep ederse, Cumhuriyet savcısı bu talebi kabul edip seri muhakeme usulünü denemekle yükümlüdür. Ceza muhakemesinde kıyas kural olarak mümkün olduğundan "Şüphelinin, resmî mercilere beyan edilmiş olup da soruşturma dosyasında yer alan adreste bulunmaması veya yurt dışında olması ya da başka bir nedenle kendisine ulaşılamaması"[31] dolayısıyla Cumhuriyet savcısı tarafından genel hükümlere göre yürütülen soruşturma halinde de şüphelinin iddianame düzenleninceye kadar talep etmesi halinde, Cumhuriyet savcısının seri muhakeme usulünü uygulaması gerektiğini düşünmekteyiz (Yön. M. 5/11).

Seri muhakeme yönetmeliğinde davetin soruşturmayı yürüten Cumhuriyet savcısı yerine koşulların varlığı halinde istinabe evrakının gönderildiği yer Cumhuriyet savcılığınca da yapılabileceği düzenleme altına alınmıştır.[32] Belirtmek gerekir ki şüphelinin davet edilmesi Cumhuriyet savcısının talimatı doğrultusunda Seri Muhakeme Bürosunda görevli zabıt kâtibi tarafından da yürütülebilmektedir. Özellikle telefonla arama işlemleri zabıt katipleri tarafından yapılmaktadır.

Seri muhakeme usulüne davet şüpheliye yapılır. Müdafiye yapılan davet, davet yerine geçmez. Ancak şüphelinin dosyada bir müdafii varsa şüphelinin yanı sıra kendisinin de aranmasında sakınca görmemek gerekmektedir. Teklif aşamasında müdafinin hazır bulunması şart olup ayrıntılarına aşağıda yer verilecektir.[33]

Seri muhakeme usulüne davet, niteliği gereği kısa tutulup, iletişim, şüphelinin belirlenen tarihte ilgili Cumhuriyet Başsavcılığına yüz yüze görüşme için davet edilmesi odaklı olmalıdır. Somut olayın hukuki niteliği, suçun CMK'nın 250. maddesinde yer verilen seri muhakeme usulüne tabi olduğu, ilgili usule ilişkin ayrıntılı bilginin verilmesi için davet edildiğinin, davete varsa müdafii ile icabet edebileceğinin, seçtiği bir müdafi yoksa istemi aranmaksızın kendisine bir müdafi görevlendirileceğinin, davete icabet etmemesi halinde seri

---

[31] Yön. m. 9/2.

[32] Yön. m. 10/13.

[33] CMK m. 250/3 düzenlemesinin, teklifin şüpheliye yapılması gerektiği dolayısıyla müdafinin hazır bulunmasına gerek olmadığı şeklinde anlaşılması mümkün olsa da biz bu aşamada müdafinin hazır bulunması gerektiğini düşünmekteyiz. Zira Yön. m. 9 ve 10 bir davetten ve bilgilendirme aşamasından söz etmiş ve bu aşamalarda şüphelinin tek başına olabileceği belirtilmiştir. Kanaatimizce bilgilendirme aşamasının sonunda kendisine teklifin yapılabilmesi için müdafinin hazır bulunması şarttır. Müdafinin hazır olmadığı aşamada kendisine yaptırıma ve yaptırımın bireyselleştirilmesine ilişkin verilen bilgiler teklif yerine geçmez. Teklif müdafii huzurunda verilmeli ve düşünmesi için verilebilecek süre de müdafii huzurunda yapılan teklifle birlikte başlamalıdır. Kanunun lafzından çıkan bu anlamın giderilmesi için değişiklik şarttır.

muhakeme usulünden vazgeçmiş sayılacağı ve soruşturmanın genel hükümlere göre yürütüleceğinin belirtilmesi yeterli olacaktır. Seri muhakeme usulünün anlamı ve hukuki neticelerine ise bilgilendirme aşamasında yer verilmelidir. Uzlaştırma sürecine davet (uzlaştırma müzakerelerine davet / uzlaştırma teklifi) uygulamasında sık sık yaşandığı üzere, davet, bilgilendirme ve teklif sürecinin bir telefon görüşmesi ile neticelendirilmeye çalışılması kurumun amacına ters düşecektir. Aynı şekilde sürecin aşağıda belirtildiği üzere kanunen yetkili kılınmış kimselerce yürütülmesi şarttır.

Seri muhakeme usulüne davet edilme hangi şekilde (telefon, telgraf vs.) yapılmışsa bu durum tutanağa bağlanır ve ilgili Cumhuriyet savcısı ve daveti yapan zabıt kâtibi tarafından imzalanır.

V.SERİ MUHAKEME USULÜNÜN TEKLİFİ

A. TEKLİFİN YAPILMA YERİ

Seri muhakeme usulüne ilişkin teklifin Cumhuriyet savcısı huzurunda yapılması temel kural olup, istisnai hallerde başka iletişim araçlarının kullanımı suretiyle teklif yapılması da mümkündür. Cumhuriyet savcısının huzurundan anlaşılması gereken ise, Cumhuriyet Başsavcılığı bünyesinde kurulan Seri Muhakeme Bürosudur.[34] Seri muhakeme bürosu yoksa, ilgili Cumhuriyet savcısının işlem yaptığı yer, teklifin yapılma yeri olarak belirlenmelidir.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 38/A maddesinin 2. fıkrasına göre, kural olarak her türlü ceza muhakemesi işlemi ulusal yargı ağı bilişim sistemi üzerinde yapılabilmektedir. Ses ve görüntü bilişim sistemi (SEGBİS) üzerinden şüpheliye bilgilendirme yapılabileceği gibi seri muhakeme usulüne ilişkin teklif de bu vesile ile yapılabilmektedir.[35] SEGBİS yolu ile dinleme yapıldığında teklif soruşturmayı yürüten Cumhuriyet savcısı tarafından yapılmakta olduğundan, teklifin yapılma yeri Cumhuriyet savcısının SEGBİS sistemine bağlandığı yerdir. Aynı şekilde bilgilendirme ve teklifin istinabe yolu ile gerçekleştirilmesi de mümkündür.[36] Bu durumda teklifi yapma yetkisi talimat ile başka bir yer Cumhuriyet savcılığına verildiğinden teklifin yapılma yeri istinabe evrakının gönderildiği yer Cumhuriyet başsavcılığı seri muhakeme bürosu yahut ilgili talimat işleminin yapan Cumhuriyet savcısının işlem yaptığı yerdir.

Şüpheli ve müdafii teklif aşamasında yukarıdaki usul ile belirlenen yerde bulunmak durumundadırlar. SEGBİS yoluyla dinlemede ise niteliği gereği Cumhuriyet savcısı ile şüpheli ve

---

[34] Ankara örneği için bkz. Linkte yer verilen Yönerge, s. 37 http://www.ankara.adalet.gov.tr/sayfalar/yonerge/yonerge.pdf (26.05.2020).

[35] Yön. m. 10/11.

[36] Yön. m. 10/11.

müdafiinin bulunduğu yerler (müdafii görevlendirmesi olacaksa bu görevlendirme şüphelinin bulunduğu yer barosundan yapılacağı için şüpheli ve müdafii aynı yerde olur ancak kişinin özel avukatının olması hallerinde fiziki olarak Cumhuriyet savcısının yanında olmasında da bir sakınca yoktur; kendi aralarında özel bir fikir alışverişine müsaade edilmesi gereken hallerde bu imkânın tanınması yeterlidir) farklı yerlerdir. Ancak bu halde işlem Cumhuriyet savcısının bulunduğu yerde yapılmış sayılır.

Belirlenen bu yerler dışında bir teklifin geçerli kabul edilmemesi gerekmektedir. Bu çerçevede bir avukatlık bürosunda veya herhangi bir yerde yapılan teklif geçerli bir seri muhakeme uygulanmasına ilişkin teklif olarak nitelendirilemez.

B. TEKLİFİN YAPILMASI ESNASINDA HAZIR BULUNMASI GEREKEN KİŞİLER

Seri muhakeme usulüne ilişkin davetin şüpheliye yapılmış olması yeterli iken teklifin yapılması esnasında müdafinin hazır bulunması şarttır. Müdafinin hazır tutulmadığı bir teklif süreci geçerli kabul edilmeyecektir.[37] Şüpheliye davet sonrasında yapılacak bilgilendirme esnasında müdafinin hazır bulunması gerektiği vurgulanmadığından bilgilendirme yalnızca şüphelinin bulunduğu bir ortamda yapılabilir. Ancak bu durum şüphelinin davete müdafii ile gelmesi halinde, müdafiinin de bilgilendirme esnasında hazır bulunmasına engel teşkil etmeyecektir.

Şüpheli seri muhakeme usulüne davet edilirken, görüşmenin teklif aşamasında müdafiinin de hazır bulunması gerektiği bilgisi kendisine verilecektir. Kişinin avukatının bulunmaması halinde kendisine baro tarafından müdafi atanacağı bilgisi de davet esnasında veya en geç bilgilendirme esnasında verilmelidir. Bu halde müdafinin bulunması zorunlu olduğundan, şüphelinin bu konuda istemi aranmaz. SEGBİS yahut istinabe sureti ile yapılacak seri muhakeme teklifinde, müdafi görevlendirilmesi şüphelinin bulunduğu yerdeki Cumhuriyet başsavcılığınca yapılmalıdır.[38] Müdafi görevlendirmesi istinabe evrakı gönderilen yahut SEGBİS ile dinleme talebinde bulunulan yer Cumhuriyet başsavcılığınca yapılacağından, ayrıca soruşturmayı yürüten (dosyaya bakan) Cumhuriyet başsavcılığı tarafından müdafi ataması yapılmaz.

Kanaatimizce soruşturma süreci yazılı ve gizli (halka açık olmama şeklinde) şekilde yürütülmesi gerektiğinden anılan kişilerin haricinde bir kimsenin teklif ve bilgilendirme sürecinde hazır bulundurulmaması gerekmektedir. Bu çerçevede mağdurun, suçtan zarar görenin veya genel hükümlere göre katılma hakkını hâiz olan kişilerin teklif

---

[37] Uğurlubay/Haydar/Korkmaz, ASBÜ-HFD 2019/2, s. 267 vd.
[38] Yön. 11/3.

aşamasında hazır bulunması mümkün değildir. Şüphelinin (düşük bir ihtimal de olsa) varsa kanuni temsilcisi, tercümanı, malen sorumlu kimsenin bulunması ise mümkündür.

C. TEKLİFİN YAPILMA ŞEKLİ

1. Genel Olarak

Seri muhakeme usulünde teklif süreci üç aşamadan oluşmaktadır. Birinci aşamada kişiye seri muhakemeye ilişkin bilgilendirme yapılır, ikinci aşamada şüpheliye teklif (talep edilecek yaptırımın teklifi) yapılır, üçüncü aşamada ise şüphelinin müdafii huzurunda teklifi kabul yahut reddettiği tespit edilir. Kural olarak teklif sürecine ilişkin tüm bu aşamalar davet esnasında belirlenen günde yapılan görüşmede sonuçlandırılır. Ancak bilgilendirmenin ayrı bir günde, (kişinin müdafi bulmasına imkân tanıma yahut baro tarafından görevlendirilmenin sağlanması adına) teklif ayrı bir günde, en nihayetinde teklif konusunda düşünüp nihai kararını vermesi için zaman verildiğinde teklifi kabule yahut redde ilişkin görüşme de ayrı bir günde yapılabilecektir. Bu üç aşamanın son iki aşamasında yapılan görüşmelerde şüphelinin yanı sıra müdafiinin de hazır bulunması seri muhakeme işlemini devam ettirme açısından zorunludur.

2. Bilgilendirmede Yer Verilmesi Gereken Hususlar (Yön. m. 10/1)

Bilgilendirme bizzat Cumhuriyet savcısı tarafından veya görevlendirdiği kolluk görevlisi tarafından yapılmak zorunda olup (zabıt kâtibi, zapta geçirme işlemlerini yapmak için hazır bulunur), şüpheliye şu hususların aktarılmasından ibarettir.[39] Şüpheliye öncelikle isnat edilen fiil ve suç hakkında bilgi verilir. Bu çerçevede şüphelinin işlemiş olduğu suç teşkil eden fiile ilişkin bilgiler (ilgili kanun ve madde bilgisi) verilir. Akabinde suç teşkil eden bu fiilin CMK m. 250'de yer alan suçlardan olması dolayısıyla seri muhakeme usulü kapsamında olduğu bilgisi verilir. Şüphelinin müdafii, şüpheliye bu konuda daha sonra bilgi verebilecekse de Cumhuriyet savcısı tarafından soruşturma sürecine ilişkin özet bilginin verilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Kanun koyucunun bu suç tipleri için genel usullere göre yargılama yapmaktan kaçınarak seri muhakeme usulünü öngörmesinin şüpheli bakımından pratik faydalarına kısaca değinmekte fayda var.

Keza şüphelinin, hakkında yürütülen soruşturma sürecinde savcılığın yeterli şüphe ve delile ulaşmış olduğunu bilmesi, sürecin daha ciddi şekilde yürütülmesini sağlayacaktır. Şüphelinin, hakkında ileri

[39] CMK m. 250/2'nin aksine ilgili yönetmelikte ise bu işlemin Cumhuriyet savcısı tarafından yapılacağı düzenleme altına alınmıştır. Bkz. Yön. m. 10/1.

sürülen suç iddialarına ilişkin dosyaya yansımış delillere erişebilir olması gerekmektedir. Aksi durumda kendisini nasıl bir cezanın beklediğini bilmeden, beraat ihtimalinin olup olmadığını müdafii ile birlikte değerlendirmeden, şüpheliden teklifi kabul veya reddetmesini beklemek gerekecektir ki bu da iddia ve savunma makamları arasında var olduğu kabul edilen silahların eşitliği ilkesine aykırılık teşkil edecektir.[40] Şüpheliye, yeterli şüpheye rağmen genel hükümlere göre yürütülecek bir soruşturma ve kovuşturmanın neticesinde ceza verileceğinin de mutlak olmadığı bilgisi verilmelidir; seri muhakemenin aksine, genel hükümlere göre yürütülecek yargılamada kişinin beraat ihtimali mevcuttur.

Seri muhakeme usulünün etkin bir şekilde uygulama bulması şüphelinin aydınlatılmasına bağlı olacağından, şüpheliye seri muhakeme usulünü kabul etmesi halinde, hakkında belirlenecek temel cezanın yarı oranında indirileceği ve bu durumun yalnızca seri muhakeme usulünde öngörülmüş bir indirim şekli olduğu bilgisi verilmelidir. Şüpheliye bu aşamada teklifi kabul etmesi halinde, mahkeme tarafından ilgili hüküm kuruluncaya kadar seri muhakeme usulünün uygulamasından vazgeçebileceği, bu durumda soruşturmanın genel hükümlere göre ilerleyeceği, iddianamenin mevcut deliller çerçevesinde düzenleneceği, o ana kadar (davet ve teklif süresince) vermiş olduğu beyan, bilgi, belge ve delillerin aleyhine kullanılamayacağı bilgisi verilmelidir. Kişinin seri muhakeme usulünü kabul etmesi halinde kendisine yapılacak teklifi kabul veya ret için arzu etmesi halinde süre verilebileceği bilgisi de verilmelidir.

Şüpheliye teklifi kabul etmesi halinde ortaya çıkacak hukuksal neticeler aktarılmalıdır. Bu çerçevede temel ceza üzerinden yapılan indirim sonucu ortaya çıkan somut/sonuç cezanın (yapılacak talepname doğrultusunda) asliye ceza mahkemesi tarafından hükme bağlanacağı ve bu hükme karşı şüphelinin itiraz hakkının olacağı bilgisi verilmelidir. Kişi hakkında hükmedilen somut cezanın, koşulların varlığı halinde TCK ve ilgili mevzuatta öngörülen HAGB, erteleme, seçenek yaptırımlara dönüştürme yoluyla bireyselleştirilebileceği bilgisi verilmeli ve ilgili kurumların hukuki neticeleri ve adli sicile kayıtlarının etkilerinin bilgisi kısaca verilmelidir.

Şüpheliye bu süreçte tanınan en büyük güvencelerden biri de müdafiden faydalanma hakkıdır. Bilgilendirme esnasında şüpheliye teklif ve teklifin kabulü aşamasında bir müdafi bulundurabileceği, bir müdafii yoksa istemi aranmaksızın kendisine bir müdafi görevlendirileceği bilgisi verilir.

Bilgilendirme neticesinde bir tutanak düzenlenir, Cumhuriyet savcısı, zabıt kâtibi ve şüpheli tarafından imza altına alınır. Şüpheliye bir tutanak örneği verilir.

---

[40] Uğurlubay/Haydar/Korkmaz, ASBÜ-HFD 2019/2, s. 280.

3. Yaptırımın Belirlenmesi ve Teklif

Yapılan bilgilendirme neticesinde müdafii olup olmadığı öğrenilen şüpheli için, müdafiinin bulunmaması halinde bir müdafi görevlendirilir. Görevlendirme ilgili Cumhuriyet başsavcılığının istemi doğrultusunda Baro tarafından yapılır. Bilgilendirme soruşturmayı yürüten Cumhuriyet savcısı tarafından yapılmışsa ve kişi teklif aşamasında da soruşturmayı yürüten Cumhuriyet savcısının huzurunda olabilecekse kendisine soruşturmayı yürüten Cumhuriyet başsavcılığınca bir müdafi görevlendirilir (daha doğrusu bu yer Cumhuriyet başsavcılığınca bir müdafii görevlendirilmesi barodan istenir).

Şayet bilgilendirme soruşturmayı yürüten savcı yerine, istinabe yeri Cumhuriyet savcısı tarafından yapılmışsa yahut teklif istinabe usulü ile iletilecekse, müdafi görevlendirme işlemi istinabe evrakının gönderildiği yer Cumhuriyet başsavcılığınca yapılır. Aynı durum bilgilendirme ve veya teklifin SEGBİS usulü ile yapılması halinde de geçerli olup bu halde SEGBİS dinlemesinin yapılacağı yer Cumhuriyet başsavcılığınca müdafi görevlendirmesi yapılır. Teklifin müdafi huzurunda yapılması zorunlu olduğundan öncelikle bu meselenin çözümlenmesi gerekmektedir.

Açıklamalarımızdan da anlaşılacağı üzere seri muhakeme usulüne ilişkin teklif Cumhuriyet savcısı tarafında yapılmaktadır. Bu yaptırım ceza yaptırımı olabileceği gibi güvenlik tedbiri yaptırımı yahut her ikisini barındıran bir yaptırım olabilecektir.[41] Müdafi huzurunda şüpheliye yapılacak teklifte yaptırım belirlenmiş olacaktır. Ceza muhakemesi uygulamasında şimdiye kadar yapılanın aksine, seri muhakeme usulünde iddia makamı TCK m. 61/1 hükmüne göre temel cezayı belirlemekte ve CMK m. 250/4'te belirtilen indirimi uygulamak suretiyle nihai yaptırımı (sonuç cezayı) belirlemektedir. Bilindiği üzere temel cezanın belirlenmesi fail için somut olay adaletini sağlayacak adil bir yaptırımın belirlenmesinin ilk aşamasını oluşturmaktadır. Temel ceza TCK m. 61/1 çerçevesinde ilgili suç tipi için kanuni tanımda öngörülen cezanın alt ve üst sınırının arasında bir cezanın seçilmesi ile belirlenir; belirlenen temel ceza üzerinden TCK m. 61/2 çerçevesinde varsa olası kast indirimi yahut bilinçli taksir artırımı yapılır; akabinde şekillenen bu ceza üzerinden nitelikli hal artırım ve indirimleri yapılır; varsa sırasıyla teşebbüs, iştirak, zincirleme suç, (...) takdiri indirim nedenleri uygulanarak sonuç ceza belirlenir. Oysa seri muhakeme usulünde kanun koyucu cezanın belirlenmesi sürecini Cumhuriyet savcısına bırakmış (CMK m. 250/4), ancak TCK m. 61/1 fıkrasında belirtilen temel cezanın belirlenmesi haricinde sonuç cezanın belirlenmesi ve m. 61/2-5 fıkraları anlamında bireyselleştirilmesi yetkisini ise vermemiştir; benzer bir düzenleme önödeme kurumunun işletilmesi sürecinde ödenecek miktarın tespitinde söz konusu

[41] CMK m. 250/7.; Yön. m. 10/5.

olmaktadır.[42] Somut olayda hükmedilecek sonuç cezanın adil olduğundan söz edebilmek için cezaya etki edecek tüm faktörlerin dikkate alınarak belirlenmesi şarttır. Seri muhakeme usulünde faile/şüpheliye bu usulü seçmesi için sunulan ceza indiriminin (CMK m. 250/4) gerçekten etki doğurabilmesinden bahsedebilmek için ve aydınlatmanın (bilgilendirmenin) hakkıyla yapıldığından (seri muhakeme usulünün seçilmesinin failin lehine olduğundan) bahsedebilmek için Cumhuriyet savcısının ilgili indirimi temel ceza üzerinden değil, yukarıda anılan faktörlere göre belirlenen sonuç cezanın üzerinden yapması gerekmektedir.[43] Zira somut olayda var olan ancak C. savcısı tarafından uygulanmayan olası kast indirimi uygulansaydı şüpheli seri muhakeme neticesinde alacağı cezanın aynısından almış olurdu. Bu halde seri muhakemenin şüpheli açısından klasik muhakemeden tek farkı sürecin daha hızlı sonuçlanmış olması olacaktır. Bu ise seri muhakemeyi tercih edilir kılmaktan uzaklaştırır ve kanun koyucunun seri muhakeme ile arzu ettiği pratik faydalara ulaşamamasına sebebiyet verir. Üstelik seri muhakeme usulünde şüphelinin beraat etme imkânı tamamen kapanmışken, klasik ceza yargılamasında beraat etme ihtimali devam etmektedir. Bu koşullar altında şüphelinin seri muhakemeyi tercih etmesini gerektirecek ehemmiyetli bir argüman bulmak ise çok zordur.

Bu sebeple kanaatimizce cezanın belirlenmesinde etkili tüm faktörlerin, teşebbüs, iştirak, zincirleme suç, haksız tahrik hallerinin, kısaca cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesinde etkili olan TCK'nın 61. maddesinin takip eden fıkraları ve hatta TCK m. 62'nin de Cumhuriyet savcısınca (bu mümkün değilse aşağıda önerdiğimiz üzere mahkemece) dikkate alınması gerekmektedir.[44] Bu durumda bize göre seri muhakemede temel cezanın belirlenmesi yeterli olmayıp, sonuç cezanın klasik ceza muhakemesinde olduğu gibi belirlenmesi ve seri muhakeme indiriminin ise bu sonuç ceza üzerinden yapılması gerekmektedir. Kanun koyucu C. savcısına bu konuda yetki vermeyerek seri muhakeme usulünü bize göre amacına hizmet etmekten

---

[42] "Önödemede, suç için kanunda öngörülen soyut cezaya göre ödenecek miktar belirlendiğinden, cezanın somutlaştırılmasını ifade eden yaş küçüklüğüne, teşebbüse ve takdiri indirim nedenlerine ilişkin hususlar gözönünde bulundurulmaksızın hesaplama yapılır" Koca, Mahmut / Üzülmez, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 13. B., Seçkin, Ankara 2020, s. 788.

[43] Önödemenin somut olayda adil olmayan bir sonuç doğurduğunu düşünüp sanığın yaşını dikkate alıp indirim yapan mahkemenin bu kararı Yargıtay'ın ilgili dairesince yasaya aykırı bulunmuştur (Yarg. 7. CD, 23.10.1997, 81778/8310; Koca/ Üzülmez, CHGH, 13. B., Seçkin, Ankara 2020, s. 788'den naklen). Uygulamanın seri muhakeme için kanun düzenlemesi olmadan farklı seyretmesi beklenemeyeceğinden, kanun düzenlemesini gelmesi elzemdir. Kaldı ki önödemede soyut bir ceza/miktar belirlemesi söz konusu iken seri muhakemede C. savcısına cezayı somutlaştırma yetkisi kısmen de olsa verilmiş görünmektedir.

[44] Benzer yönde Uğurlubay/Haydar/Korkmaz, ASBÜ-HFD 2019/2, s. 269.; Aldemir, 2. B., 2020, s. 177.; Yılmaz/Apiş, 2020, s. 79.

uzaklaştırmıştır. Aynı kanun koyucu diğer yandan koşullarının oluşmuş olması halinde CMK m. 250/4'e göre belirlenen ceza yaptırımının bireyselleştirilmesi çerçevesinde seçenek yaptırımlara çevrilmesi (TCK m. 50), ertelenmesi (TCK m. 51) veya Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması (CMK m. 231) yetkilerini C. savcısına vermiştir; bize göre anılan kurumların somut olaya uygulanıp uygulanmayacağı teklifin kabulünden önce netleştirilmelidir.[45] Şüphelinin hakkında ortaya çıkacak nihai yaptırımın ne olduğunu tam olarak öngörmeden ilgili teklifi kabul etmesi beklenemez. Bu sebeple ilgili hususlar teklifin kabulünden önce netleştirilmelidir. Ayrıca şüpheliye teklifi derhal kabul edebileceği gibi talep etmesi halinde kabul yahut ret konusunda düşünmesi için süre verilebileceği bilgisi de verilmelidir. Şüpheliye verilecek bu süre seri muhakeme usulünün niteliği gereği bir aydan fazla olmamalıdır (Yön. m. 10/3).[46]

Cezanın belirlenmesi işleminin yukarıda belirttiğimiz adil olmayan (seri muhakeme ile amaçlanan fayda ile örtüşmeyen) neticeler doğurması ve cezanın bireyselleştirilmesi işlemlerinin genel hükümlere göre belirlenen makamın (yargılama makamı) elinden alınıp iddia makamının eline bırakılmasının, adil yargılama hakkına ilişkin birtakım sıkıntılar doğurduğu aşikardır; bu konuda değişiklik yapılması arzumuzdur.

Kanun koyucunun CMK m. 250/6'da açıkça vurgulamış olduğu "Cumhuriyet savcısı tarafından" ibaresinin ne şekilde anlaşılması gerektiğine ilişkin açıklamalarımıza aşağıda ver vereceğiz. Cezanın bireyselleştirilmesinin mahkemeye bırakılması gerektiğini savunmakla birlikte, kişi ile çok kısa bir görüşme yapan mahkemenin failin kişiliğini anlaması ve yaptırımı buna göre bireyselleştirmesi ne derece sağlıklı yürütülebilir, ayrı bir tartışma konusu olacaktır; ancak bu durum Cumhuriyet savcısının mevcut durumda cezayı bireyselleştirmesinde de söz konusu olduğundan, yalnızca mahkemenin cezayı bireyselleştirmesine hasredilecek bir eksiklik değil aksine seri muhakemeye yöneltilebilecek genel bir eleştiri mahiyetindedir. Konuya ilişkin eleştiri ve çözüm önerilerimize ayrıca sonuç bölümünde yer vermiş bulunmaktayız.

4. Teklifin Kabulü veya Reddi

Şüpheli, kendisine müdafii huzurunda yapılan teklifi derhal kabul edebilir yahut düşünmek için süre talep etmişse kararlaştırılan günde müdafii ile birlikte gelip kabul edebilir. Şüphelinin teklifi kabul etmesi halinde bir teklif tutanağı düzenlenir ve tutanak Cumhuriyet savcısı,

---

[45] CMK m. 250/5,6,7.

[46] Fransız uygulamasında şüpheliye verilen süre on gün olup, şüphelinin bu süre içinde suçu kabul etmemesi yahut teklif edilen cezayı kabul etmemesi halinde süreç genel hükümlere göre yürütülür. Bkz. Coscas-Williams/Alberstein, 2019, p. 603.

zabıt kâtibi, şüpheli ve müdafii tarafından imza altına alınır.[47] Şüphelinin müdafii huzurunda teklifi kabul etmesi halinde, şüpheli bu kabul ile hem seri muhakeme usulünün uygulanmasını hem de savcı tarafından teklif edilen yaptırımı kabul etmiş sayılır. Şüpheli bu kabullerinden mahkemece hüküm kuruluncaya kadar vazgeçmesi mümkündür.

Şüpheli tarafından teklifin kabulü halinde, şüpheli aynı gün talepname doğrultusunda dinlenmek üzere mahkemeye yönlendirilir.[48] Şüphelinin istinabe yoluyla teklifi kabul etmesi halinde, istinabe (talimat) evrakı düzenlenip talepte bulunan (soruşturmayı yapan) Cumhuriyet başsavcılığına gönderilir.[49] Bu halde seri muhakemeyi yapacak mahkeme soruşturmayı yürüten yerde bulunan yetkili asliye ceza mahkemesidir. Bilgilendirme ve teklif işlemi SEGBİS üzerinden yapılmışsa yetkili mahkeme yine de değişmeyip soruşturmayı yürüten yer yetkili asliye ceza mahkemesidir. Mahkemenin şüpheli ve müdafiyi huzurunda dinleme imkânı yoksa talepname inceleme görüşmesi de SEGBİS yahut istinabe usulü ile yapılabilecektir (bkz. alt başlık altında yer verilen açıklamalar).

Şayet şüpheli kendisine müdafii huzurunda yapılan teklifi kabul etmez yahut belirlenen süre içinde teklife ilişkin kararını bildirmek için kararlaştırılan görüşmeye gelmezse durum tutanağa bağlanır ve soruşturmaya genel hükümlere göre devam edilip iddianame düzenlenir. Cumhuriyet savcısı bu aşamadan sonra (şüpheliye ilişkin sübjektif koşullarda değişiklik meydana gelmemişse iç tutarlılık bakımından) kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar veremez. Zira bu kararın somut olayda verilebiliyor olması, seri muhakeme usulüne göre yargılama yapılmasına engeldir. Kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verilebiliyorsa Cumhuriyet savcısı öncelikle buna karar vermelidir.

---

47 "Şüphelinin teklifi kabul etmesi hâlinde buna ilişkin Ek-1'de yer alan örneğe uygun seri muhakeme usulü kabul tutanağı düzenlenir. Tutanakta; şüpheliye isnat edilen eylem, şüphelinin kabul beyanı, belirlenen sonuç ceza ve/veya güvenlik tedbiri ile uygulandığı takdirde hükmün açıklanmasının geri bırakılması, seçenek yaptırım veya hapis cezasının ertelenmesine ilişkin hususlar yer alır. Kabul tutanağı Cumhuriyet savcısı ve şüpheli ile müdafi tarafından imzalanır." Yön. m. 10/8.

48 Yön. m. 10/9.

49 "Soruşturmayı yürüten Cumhuriyet savcısı istinabe evrakına hazırlamış olduğu seri muhakeme usulü kabul tutanağını da ekler. İstinabe evrakının gönderildiği yer Cumhuriyet başsavcılığı bu Yönetmelikte belirtilen usule uygun olarak derhal davet işlemlerini yapar ve davete icabet eden şüpheliyi bu usul hakkında bilgilendirir. Şüphelinin müdafi huzurunda teklifi kabul etmesi halinde istinabe evrakı ekinde yer alan seri muhakeme usulü kabul tutanağı Cumhuriyet savcısı, şüpheli ve müdafii tarafından imzalanır ve istinabe evrakı soruşturmayı yürüten Cumhuriyet başsavcılığına gönderilir." Yön. m. 10/13.

VI. TALEPNAME DÜZENLENMESİ

Şüphelinin, müdafii huzurunda seri muhakeme usulünün uygulanmasına ilişkin teklifi ve talep edilecek yaptırımı kabul etmesinin akabinde, Cumhuriyet savcısı ilgili mahkemeden teklif tutanağında (Seri Muhakeme Kabul Tutanağı örneği için ilgili yönetmelik ekine bakınız) belirlenen yaptırım doğrultusunda karar vermesini talep edecek bir evrak düzenler (Talepname). Düzenlenen talepname ile iddia makamı, şüpheli hakkında belirlemiş ve bireyselleştirmiş olduğu yaptırımın mahkeme tarafından incelenip hükme bağlanmasını istemektedir. Talepname yazısında yer alması gereken hususlar CMK'nın 250. maddesinin 8. fıkrasında belirtilmiştir. Buna göre talepname yazısında:

- Şüphelinin kimliği ve müdafii,
- Mağdur veya suçtan zarar görenlerin kimliği ile varsa vekili veya kanuni temsilcisi,
- İsnat olunan suç ve ilgili kanun maddeleri,
- İsnat olunan suçun işlendiği yer, tarih ve zaman dilimi,
- Şüphelinin tutuklu olup olmadığı; tutuklanmış ise, gözaltına alma ve tutuklama tarihleri ile bunların süreleri,
- İsnat olunan suçu oluşturan olayların özeti,
- Cumhuriyet savcısı tarafından bu usulün uygulanmasının şüpheliye teklif edildiği ve şüphelinin müdafii huzurunda teklifi kabul ettiği,
- Belirlenen ceza ve/veya güvenlik tedbirleri ile uygulanmış ise hükmün açıklanmasının geri bırakılması, hapis cezasına seçenek yaptırımlar veya hapis cezasının ertelenmesine ilişkin hususları,

gösterilmelidir.

Yukarıda yer verilen açıklamalar doğrultusunda düzenlenen talepname, asliye ceza mahkemesi incelemesine gönderilir. Mahkeme aşağıda belirlenen usul ve kapsam doğrultusunda incelemelerini yapar ve talebi bir karara (hüküm kurma yahut ret) bağlar.

VII. MAHKEMENİN HÜKÜM KURMASI

A. GENEL OLARAK

Mukayeseli hukuka baktığımızda Fransız uygulamasında mahkemenin yürütmüş olduğu bu evreye onay duruşması (approval hearing) denmekte ve halka açık şekilde yürütülen bu duruşmada Cumhuriyet savcısının hazır bulunması şart koşulmamaktadır.[50] Ancak

[50] Coscas-Williams/Alberstein, 2019, p. 603.

Fransız uygulaması genel hükümlere göre yapılan yargılamada savcının hazır bulunması gerekliliğinden yola çıkarak savcının dinleme ve hüküm kurma süreçlerinde hazır bulunması gerektiği yönünde içtihat geliştirmiştir; akabinde kanun koyucu savcının hazır bulunmasının zorunlu olmadığını açık düzenlemeye yer vererek tartışmayı sonlandırmıştır.[51]

Türk hukukundaki seri muhakeme usulüne ilişkin düzenlemede de Cumhuriyet savcısının bu aşamayı takibi (duruşmada hazır bulunması) aranmamıştır.[52] Genel hükümlere göre bir yorum yaptığımızda asliye ceza mahkemelerinde Cumhuriyet savcılarına tanınan geçici muafiyetin burada da geçerli olduğunu söylemek mümkündü; ancak yeni düzenleme ile Cumhuriyet savcılarının asliye ceza mahkemelerindeki duruşmalarda hazır bulunması tesis edilmiş olduğundan seri muhakeme sürecinde de savcının hazır olması gerektiği neticesi genel hükümlerden ortaya çıkmaktadır.[53] Ancak biz de savcının hazır bulunmamasının adil yargılanma sürecini silahların eşitliği açısından seri muhakeme usulünde katlanılmaz derecede ihlal etmediğini düşünmekteyiz ve bu halde talepnamedeki yaptırımın şüphelinin özgür iradesine dayanıp dayanmadığının mahkemece öğrenilmesinin daha rahat tespit edileceği kanaatindeyiz.[54] Ancak yukarıda açıkladığımız üzere, talepnamedeki yaptırımın mahkemece değiştirilebilmesinin önünün açılması gerekmektedir. Normatif düzenleme yahut mevcut düzenlemenin yorumlanması ile mahkemenin değişiklik yapabilmesinin kabulü halinde, seri muhakeme sürecinin tamamlanabilmesi için sanıktan, müdafiinden ve savcıdan kabul alınması gerekecektir. Bu önerimizin kabulü halinde, talepnamenin incelenmesinden sonra yaptırımda bir değişiklik yapılması düşünülüyorsa Cumhuriyet savcısının sürece katılması (hazır bulunması) gerektiğinden mahkemece daveti gerekmektedir. Bu gibi hallerde savcının hazır bulunması gerektiği, mahkemenin talepnamedeki yaptırıma ilişkin bir değişiklik öngörmediği hallerde seri muhakeme sürecinin talepnamenin incelenmesi ve hüküm kurma evrelerinin savcının hazır bulunmasına gerek duyulmadan sürdürülmesinin mümkün olduğu ve bunun silahların eşitliği ilkesini ciddi derecede ihlal etmediği kanaatindeyiz. Bu neticeye asliye ceza mahkemelerinde Cumhuriyet savcısının hazır bulunmasının uzun süredir kanun düzenlemesi ile zorunlu kılınmamış olmasına ilişkin kanun

---

51 Hamdan, 2017, s. 80.

52 Bize göre bu evrenin duruşma gibi kabul edilmesi, daha doğrusu halka açık olması şarttır. Aksi görüş Koç, CHD, Ağustos 2020, Y. 15, S. 43, s. 647.

53 https://basin.adalet.gov.tr/adli-yil-1-eylul-2020-de-basliyor (09.10.2020); Uygulamada C. savcılarının asliye ceza mahkemeleri için getirilen düzenlemeye rağmen hazır bulunmadıkları gözlemlenmektedir.

54 Konuya ilişkin benzer görüşteki Anayasa Mahkemesi Kararı için bkz. AYM 22.10.2015, E. 2015/9, K. 2015/94; Genel hükümlere göre yargılama yapılmadığında savcının hazır bulunmasının genel hükümlerdeki düzenlemelerle kıyasen zorunlu hale getirilmesi fikrinin doğru olmadığını savunan görüş için bkz. Hamdan, 2017, s. 80.

düzenlemesinden ve konuya ilişkin Anayasa Mahkemesi kararının yorumundan varmaktayız.[55] Sonuç olarak yukarıda açıkladığımız düşünce ile çelişmemek adına C. savcısının da hazır bulunması gerektiği görüşündeyiz. Zira ivedi/seri bir muhakeme için (şayet arzu ettiğimiz üzere mahkemeye değişiklik hakkı verilecekse) C. savcısının hazır olması, değişikliklerin bir an önce kararlaştırılması ve hükmün kurulması için şarttır.

Seri muhakeme işlemleri konusunda işlem yetkisi kural olarak ilgili yerdeki asliye ceza mahkemesindedir. Birden fazla asliye ceza mahkemesinin bulunduğu yerlerde hangi numaralı asliye ceza mahkemesinin yetkili olacağı konusu ise Hakimler Savcılar Kurulu kararı doğrultusunda belirlenmiştir.[56] Bu çerçevede yetkili kılınan mahkemeye talepname verilmekle birlikte, mahkeme dosyayı incelemeye başlar. Mahkeme seri muhakeme usulünün niteliğine göre ve usul ile anılan faydayı sağlama adına işe derhal koyulur. İlgili yönetmelikte işe koyulmanın talepnamenin verildiği gün olduğu belirtilmiştir.[57] Aynı gün yürütülecek olan bu talepname incelemesinde şüpheli ve müdafiinin dinlenmesi SEGBİS yoluyla yapılabilir. Şüpheliye teklif istinabe usulü ile yapılmışsa ve yetkili mahkeme önüne çıkarılamıyorsa, şüphelinin müdafii eşliğinde dinlenmesi istinabe yoluyla da yürütülebilir. Bu halde istinabe evrakları yetkili mahkemeye gönderilir ve bu doğrultuda karara bağlanır.

Talepname incelemesi, şüphelinin müdafii eşliğinde dinlenmesi ve hüküm kurulma aşamalarının ivedilikle bitirilmesi gerekli olsa da bunların aynı gün içinde sonuçlandırılması mümkün olmayabilecektir. Ancak bu halde de seri muhakeme usulü sürecinin gecikmeksizin sonuçlandırılması gerekmektedir.

B. TALEPNAME İNCELEMESİ (Yön. m. 13)

Mahkeme Cumhuriyet savcısı tarafından düzenlenip usulüne göre iletilen talepnameyi incelerken öncelikle talepnamenin yukarıda belirtilen hususları içerip içermediğine dikkat etmelidir. Şekli anlamda yapılan bu inceleme sonrasında içeriğe ilişkin incelemeye başlanır. Talepnamede belirtilen olaya konu suçun nitelendirilmesi Cumhuriyet savcısı tarafından yanlış yapılmışsa (mahkeme doğru yapıldığı

---

[55] Anayasa Mahkemesinin Cumhuriyet savcısının hazır bulunmayışına ilişkin kararı için bkz. http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/421f1936-279d-49c0-a143-5b2e0dafe376?excludeGerekce=False&wordsOnly=False (04.11.2020).

[56] Karar için bkz. Hâkimler ve Savcılar Kurulu Birinci Dairesi, 02/01/2020 Tarihli ve 1 Sayılı Kararı. İlgili mahkeme yönetmelikte asliye ceza mahkemesi olarak tanımlanmış ancak Hâkimler ve Savcılar Kurulu Birinci Dairesi, 02/01/2020 Tarihli ve 1 Sayılı Kararı ile bu konuda ihtisaslaşmanın sağlanabilmesi adına her bölgede sınırlı sayıda asliye ceza mahkemelerinin bu seri muhakeme işlerini yapmaları gerektiğine ve başkaca bir işin bu mahkemelere verilmemesi gerektiğine karar vermiştir.

[57] Yön. m. 13/1.

kanaatinde değilse) bu halde mahkeme iddianamede belirtilen suç nitelendirmesi ile bağlı olmadığı gibi burada da savcının yapmış olduğu nitelendirmeden bağımsız olarak değerlendirmesini yapar.[58] Mahkemenin değerlendirmesine göre varmış olduğu suç tipi, seri muhakeme kapsamında olan başka bir suç ise mahkeme talepnameyi düzeltilmesi amacıyla iade eder; suç tipi seri muhakeme kapsamında olmayan bir suç ise mahkeme talepnameyi bu gerekçe ile reddeder.

Mahkeme şüphelinin suçu işlediği konusunda şüpheye yer bırakmayacak düzeyde kanaate ulaşmazsa, şüpheden sanık yararlanır ilkesi gereği, etkin bir soruşturmanın yapılmasını sağlama adına talepnameyi iade edebilmelidir (Yön. m. 13/3).[59] Zira şüphelinin ikrarı maddi delillerle desteklenmedikçe ve kişinin ilgili suçu işlediği tam olarak ortaya konmadıkça kurulacak her mahkûmiyet hükmü adil yargılanma, şüpheden sanık yararlanır ve masumiyet karinesi ilkelerine aykırılık teşkil edecektir.[60] Bu gerekçe ile iadenin mümkün olmadığı halde mahkeme yine de talepname doğrultusunda hüküm vermekten imtina etmeli ve talepnameyi reddederek genel hükümlere göre soruşturma yapılması yolunu açmalıdır; zira genel hükümlere göre yapılacak yargılamadan beraat hükmü verilecek birini seri muhakeme ile cezaya mahkum etmek hukuk devletinde kabul edilebilir bir netice olamaz. Mahkemenin şüpheyi giderme niyetiyle de olsa seri muhakeme usulünde delil toplanmasını talep etmesi, usulün hızlılığı ile örtüşmediğinden kabul edilemez.[61] Bunun yerine iade yahut ret kararının verilmesi yerinde olacaktır.

Talepnamede belirtilen suç nitelendirmesinin doğru olduğu ve suçun seri muhakeme kapsamında olduğu kanaati mahkemede hasıl olmuşsa mahkeme incelemesine davam eder ve Cumhuriyet savcısı tarafından yukarıda açıklanan usulle belirlenen ve bireyselleştirilen yaptırımın şekli ve maddi hususlarını talepname incelemesinde ele alır. Cumhuriyet savcısı tarafından TCK m. 61/1 çerçevesinde yapılan temel cezanın belirlenmesinde bir hata yahut eksiklik söz konusu ise ilgili eksikliğin giderilmesi amacıyla talepname iade edilir. Kanaatimizce cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi bütünüyle Cumhuriyet savcısına bırakılmış olduğundan, daha doğru bir ifade ile bu yetki tamamıyla mahkemenin elinden alınmış olduğundan, koşulların oluşması halinde hâkim yerine yaptırımı belirleyen Cumhuriyet savcısı TCK m. 61/2 ve devamı fıkralarının yanı sıra TCK m. 62'de yer alan takdiri indirim nedenlerine de başvurabilmelidir. Mahkeme, Cumhuriyet savcısı tarafından belirlenen yaptırımın (temel cezanın? somut cezanın?), TCK m. 50'de düzenlenen seçenek yaptırımlardan

---

58 Aksi yönde Uğurlubay/Haydar/Korkmaz, ASBÜ-HFD 2019/2, s. 272.

59 Aynı yönde Koç, CHD, Ağustos 2020, Y. 15, S. 43, s. 648.

60 Fransız uygulamasında da hâkim şüphelinin ikrarına bağlı değildir. Hâkim bu çerçevede şüphelinin suçu işleyip işlemediğine yönelik sorular sorabilmektedir. Hamdan, 2017, s. 82.

61 Aynı yönde Hamdan, 2017, s. 82.

birine çevrilmesinin objektif koşullarının oluşup oluşmadığını veya işlenen suçla bağlantılı bir güvenlik tedbirinin talep edilip edilmediğini incelemelidir.[62] Aynı şekilde, Cumhuriyet savcısı tarafından belirlenen cezanın bireyselleştirilmesi çerçevesinde HAGB kararına dönüştürülmesi talebi veya TCK m. 51'de yer verilen erteleme kararının talebi de mahkeme tarafından koşullarının oluşup oluşmadığı konusunda incelenir. Yapılan incelemede cezanın belirlenmesi yahut bireyselleştirilmesi aşamalarında bir hata veya eksiklik tespit edildiği takdirde talepname ilgili hata yahut eksikliğin giderilmesi amaçlı iade edilir.[63] Kanaatimizce bu aşamada mahkeme iade yerine, cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi işlemini kendi yapmalı ve ortaya çıkan sonuç yaptırım (özgür irade ile) şüpheli, müdafii ve Cumhuriyet savcısınca kabul edildiğinde ilgili yaptırım doğrultusunda hüküm kurulmalıdır. Bu şekilde bir yorumun hukuk devletine yaraşır bir seri muhakeme usulünün gereği olacağı kanaatindeyiz; bu durumda düzeltme talepli iade ile vakit kaybedilmeyeceğinden süreç kanun koyucu tarafından da arzu edildiği üzere hızlı bir şekilde sonlandırılmış olacaktır.

Talepnamenin içeriğine ilişkin incelemenin yanı sıra şüpheliye ilişkin durumlar da mahkemece incelenir. Mahkeme şüpheliyi, müdafii eşliğinde dinler ve 250. maddede belirtilen usule göre davet edilip edilmediğini, bilgilendirilmesinin usulüne uygun yapılıp yapılmadığını, haklarının ve hukuki neticelerin kendisine anlatılıp anlatılmadığını, teklifin usulüne uygun yapılıp yapılmadığını, teklifi kabul etmenin doğuracağı hukuki neticeleri anlayıp anlamadığını ve seri muhakeme usulünü ve talepte yer alan yaptırımı özgür iradesi ile kabul edip etmediğini öğrenir.[64] Bu konuda bir eksiklik söz konusu ise eksikliklerin giderilmesi gerekçesiyle talepname iade edilir. Söz konusu eksiklik teklifin kabul edilmesinin şüphelinin özgür iradesine aykırı olduğu üzerine ise yahut 250. maddede belirtilen koşulların oluşmadığı yönünde ise talepname reddedilir. Bu durumda soruşturma genel hükümlere göre yürütülür. Mahkemece yapılan incelemede müdafii ile birlikte hazır bulunması gereken şüpheli mazeretsiz olarak mahkemeye (kovuşturma evresi iddianamenin kabulü ile başlayacağından bu durumu kovuşturma evresinin temel safhası olan duruşma evresi olarak

---

[62] Yön. m. 13/2-c, ç.

[63] Fransız uygulamasında Cumhuriyet savcısınca belirlenen yaptırımın ölçüsüz olduğunu düşünen mahkeme talebi reddeder ve sürecin genel hükümlere göre işletilmesine başlanır. Seri muhakeme uygulamamızda düzeltme imkanının verilmesi şüpheli lehine olması açısında iyi bir gelişmedir. Ancak kanaatimizce bu süreçte mahkeme düzeltme için iade etmek yerine kendisi yeni bir ceza belirlemeli ve bireyselleştirmeli ve değerlendirmesi için şüpheliye süre tanımalıdır. Coscas-Williams/Alberstein, 2019, p. 604.

[64] İspanyol seri muhakeme usulünde (Conformidad) Mahkeme onay sürecinde ilgili suç tipinin seri muhakeme kapsamında olup olmadığını, talep edilen yaptırımın uygun olmadığını incelemenin yanı sıra sürecin şüphelinin özgür iradesine dayanıp dayanmadığını da incelemektedir. Bkz. Navarro, ZStW 123 (2011), Heft 1, s. 164.

nitelendirmek doğrudan mümkün değildir[65]) gelmemişse, talepname bu gerekçe ile reddedilip Cumhuriyet savcılığına gönderilir ve soruşturmaya genel hükümlere göre devam olunur.

Eksiklikleri giderilip yeniden gönderilen talepname iade gerekçeleri dışında yeni bir sebeple iade edilemez.

C. HÜKÜM KURULMASI

Mahkeme tarafından yapılan inceleme neticesinde herhangi bir eksiklik bulunmuyorsa yahut eksiklikler giderilmek suretiyle talepname yeniden gönderilmişse mahkeme hükmü şüpheli ve müdafi huzurunda kurar. Mahkeme yukarıda anılan ret sebeplerinin varlığı halinde talebi reddeder ve dosyayı genel hükümlere göre soruşturulmak üzere Cumhuriyet savcılığına gönderir. Seri muhakeme usulünden vazgeçilmiş sayılma sebeplerinden biri olan şüphelinin talepnamenin görüşülmesi aşamasında müdafii ile birlikte mahkemede hazır bulunmaması (Yön. m. 13/5) hali vuku bulursa ret kararı şüphelinin ve müdafiinin yokluğunda verilir.

Mahkemece şüpheliye yukarıda anılan bilgilendirmeler doğrultusunda hatırlatmalar yapılır ve hakkında kurulacak hükmün hukuki neticeleri ve adli sicile yansımaları hatırlatılır. Hüküm kurulmadan önce şüphelinin seri muhakeme usulünün uygulanmasından vazgeçebileceği, hükmün kurulmasından sonra kaç gün içinde nereye, nasıl bir itiraz hakkının olacağı bildirilir. Süreci doğru anladığı ve kabul ettiğini belirttiği durumda, müdafiine de söz verilip hüküm kurulur. Hazır bulunan şüpheli ve müdafii huzurunda talepname üzerinde yapılan incelemede herhangi bir eksiklik tespit edilememesi halinde mahkeme hükmü talepnamede belirtilen doğrultuda karara bağlar. Kurulan hüküm, varsa mağdura, suçtan zarar görene veya genel hükümlere göre katılma hakkını hâiz olan kişilere tebliğ edilir. Bu durumda seri muhakeme usulüne göre verilmiş bir mahkûmiyet kararı ortaya çıkmış olur. Bu mahkûmiyet ceza ve veya güvenlik tedbirinden oluşabilir. Ancak kurulan mahkûmiyet hükmünün hukuki niteliği ise tartışmalıdır.[66]

Seri muhakeme yargılaması sonucu kurulan hüküm teknik anlamda bir hüküm ise bu hükme karşı genel usullere göre öngörülen

---

[65] Benzer yönde Uğurlubay/Haydar/Korkmaz, ASBÜ-HFD 2019/2, s. 296.

[66] Bu konuda açıklığa kavuşturulması gereken bir diğer husus ise TCK m. 8 bağlamında yabancı ülkede hüküm verilmemiş olması bakımından yapılacak değerlendirmedir. Yabancı memlekette seri muhakeme usulüne göre verilmiş bir mahkumiyetin teknik ve veya maddi anlamda hüküm sayılıp sayılmayacağı değerlendirmesinde iç hukukumuzun seri muhakeme kararına verdiği nitelik de yabancı ülke hukukunun verdiği niteliğin yanı sıra belirleyici olacaktır. Şekli anlamda ceza hukuku bağlamında kurumun hüküm sayılması ve olağan kanun yollarının da genel hükümlerde yer verilen hükümle aynı şekilde olması gerektiği görüşü için bkz. Yurtcan, *Ceza Yargılaması Hukuku*, 16. B., s. 716 vd.

kanun yollarına başvurulabilmesi gerekmektedir. Öngörülen bu kanun yolu istinaf yahut temyiz olabilmektedir. Ancak söz konusu hükme, teknik anlamda hüküm diyen ve maddi içeriği de mahkûmiyet hükmü olan bu karara karşı kanun yolu olarak kanun koyucu tarafından doğrudan ve yalnızca itiraz yolunun öngörülmesi haklı olarak eleştirilmektedir. Kanun koyucunun burada özel bir kanun yolu olarak itiraz usulünü öngörmesi ceza muhakemesi ilkeleri ile uyuşmasa da seri bir muhakemeyi mümkün kılma ve süreci en kısa zamanda sonuçlandırma bakımından kabul edilebilir görünmektedir. Konuya ilişkin açıklamaya *hükme itiraz* başlığı altında yer verilecektir.

VIII. HÜKME İTİRAZ

Mahkemece talep doğrultusunda kurulan hükme karşı itiraz yolu açıktır. Bu itiraz genel hükümlere göre yürütülen itiraz kanun yolu ile aynıdır (CMK m. 267 vd.). Hükme şüpheli, müdafii, varsa mağdur, suçtan zarar gören veya genel hükümlere göre katılma hakkını hâiz olan kişiler itiraz edebilir.[67]

Kanaatimizce suçun nitelendirilmesine ilişkin olarak talebin mahkemece reddedilmesi durumunda da bu itiraz usulüne Cumhuriyet savcılığınca başvurulabilmelidir.[68] Aksi yorumun kabulü kişinin (çeşitli sebeplerle failin itiraz etmediği/edemediği varsayımında) seri muhakemeden elde edeceği indirim hakkının elinden alınması neticesi doğuracaktır. Bu ise şüpheli/sanık lehine işlem yapma ile donatılmış Cumhuriyet savcılığı kurumu ile örtüşmediğinden, kabul edilebilir değildir.

Seri muhakeme usulü gibi, basitleştirilmiş ceza mahkumiyetlerinin hedeflendiği özel usullerde, genel hükümlere göre yapılacak yargılamalar için öngörülmüş olağan kanun yollarının öngörülmemesi (istinaf, temyiz), hızlı bir hükme varma gayesine ulaşılabilme adına feda edilebilir.[69] Zira bu halde de kişiye itiraz kanun yolu imkânı tanınarak asgari garantiler tesis edilmiştir. Belirtmek gerekir ki tanınan bu itiraz kanun yolu, kanun yoluna başvurma ile arzulanan neticeleri vermeye müsait etkili bir kanun yolu olması bakımından asgari güvenceyi sağmaya yetecek nitelikte olmalıdır. Ancak yine de belirtmek gerekir ki, genel hükümlere göre yapılan yargılamada itiraz yolunun mahkeme/hâkim kararlarına karşı öngörülmüş olması buna karşılık seri muhakeme usulünde kurulan hükmün itiraz konusu olması kavram kargaşasına sebebiyet vermektedir.[70] Ancak bu durumu seri

---

67 Yenisey/Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 8. B., s. 882; Oehen, 2019, s. 95 vd. 105.

68 Fransız uygulamasında savcıya kısmi itiraz hakkı tanınmıştır. Bkz. Hamdan, 2017, s. 114.; C. Savcısının itiraz hakkının olduğuna ilişkin açıklama için bkz. Ersoy, Uğur, "Seri Muhakeme Ve Basit Yargılama Usullerinde İtiraz Kurumuna İlişkin Sorunlar Ve Çözüm Önerileri", SÜHFD, C. 28, S. 2, 2020, s. 861.

69 Meyer, 2017, s. 430.

70 Uğurlubay/Haydar/Korkmaz, ASBÜ-HFD 2019/2, s. 273.

muhakemeye hasredilmiş özel, istisnai bir düzenleme olarak algılamak gerekmektedir. Öğretide bu usule karşı olağan kanun yollarının öngörülmesi gerektiği görüşü de savunulmaktadır.[71] İspanyol uygulamasında kanun koyucu net bir düzenleme yapmamış olmakla birlikte genel hükümlerden yola çıkılarak, hükmü kuran mahkemeye göre istinaf ve veya temyiz yolunun öngörülmüş olduğu kabul edilmektedir.[72] Kanaatimizce hızlı bir muhakemenin tesisi için olağan kanun yollarının yerine kanun düzenlemesinde mevcut olduğu üzere özel bir kanun yolunun öngörülmüş olması kabul edilebilir görünmektedir. Pratikte bu itiraz yolunun etkili olmasını sağlamaya yönelik uygulamanın geliştirilmesi, adil bir yargılamanın asgari standartlarının seri muhakeme usulünde de güvence altına alındığını teyit edecektir.[73]

Seri muhakeme usulü neticesinde verilen mahkûmiyet hükmünün infazı özellik arz etmediğinden ve infaza ilişkin genel hükümler burada da geçerli olacağından ayrıca yer verilmemiştir.

IX. CEZA MUHAKEMESİ HUKUKUNA HÂKİM İLKELER IŞIĞINDA SERİ MUHAKEME USULÜNÜN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. SERİ MUHAKEME VE HUKUK DEVLETİ İLKESİ

Hukuk devletine yaraşır bir ceza yargılaması, günümüz ceza hukukuna yerleşmiş bütün ilkelere riayet edilerek yapılacak olan ceza yargılamasıdır. Hukuk devleti ilkesine yaraşır bir yargılama birçok ilkeyi barındırmaktadır. Keyfi uygulamaların önüne geçmek için getirilmiş her türlü ceza hukuku ve ceza muhakemesi hukuku ilkesi, hukuk devleti ilkesine hizmet etmektedir. Bu sebeple bu başlık altında birçok ilkeye yer verilecek ancak özel ehemmiyetleri gereği bazı ilkelere ayrı başlık altında yer verilecektir.[74]

Ceza muhakemesi hukukunun bugüne kadar birikmiş kazanımları dikkate alındığında, hukuk devletinde ceza yargılamasının ideal şekilde işlediğinden bahsedebilmek için üç makamın yargılama sürecine katılması zorunluluk göstermektedir; bu zorunluluk adil yargılanma hakkının bir gereğidir. Zira ideal bir yargılama bir iddia (tez), bir savunma (anti tez) ve bir de yargılama (hüküm/sentez) gerektirmektedir. Söz konusu makamlardan birinin eksikliği makamlar

---

71 Yurtcan, *Ceza Yargılaması Hukuku*, 16. B., s. 719.; Uğurlubay/Haydar/Korkmaz, ASBÜ-HFD 2019/2, s. 275.

72 Navarro, ZStW 123 (2011), Heft 1, s. 166.

73 Etkili kanun yolu hakkında bilgi için bkz. Koç, CHD, Ağustos 2020, Y. 15, S. 43, s. 654 vd.

74 Adil bir yargılamanın gerektirdiği ilkelere ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Uğurlubay/Haydar/Korkmaz, ASBÜ-HFD 2019/2, s. 276 vd.

arası dengenin kurulmasına ve adil bir yargılamanın vuku bulmasına engel teşkil edebilecektir. Salt iddia ve savunma makamından oluşan bir yargılamada, objektif/tarafsız bir makam bulunmadığından bir yargılamadan bahsetmek mümkün olmayacaktır. Salt savunma ve yargılama makamından oluşan bir yargılama (tahkik sistemi / kadı yargılaması) ise eksik veri/delil toplama dolayısıyla somut olay adaletini ıskalama tehlikesi taşıyacaktır.[75] İdeal bir ceza yargılaması karma nitelikte olup ihtilaf her üç makamın aktif katılımı ile neticelendirilmektedir. Seri muhakeme usulünün uygulamasında bu dengenin iddia makamı lehine bozulduğu görülmektedir. Bu durum ise hukuk devletine yaraşır bir yargılamanın yapılıp yapılamadığı konusunda tereddütlere ve seri muhakeme kurumunun ağır eleştirilere maruz kalmasına sebebiyet vermektedir.[76]

Seri bir muhakemeye ulaşmak için birtakım ceza muhakemesi hukuku ilkesinden vazgeçmenin kaçınılmaz olduğu gerçeğinden yola çıkarak asgari standartların seri muhakemede temin ve tesis edilip edilmediğine göre hukuk devleti ile örtüşüp örtüşmeyeceğine karar vermek daha sağlıklı bir değerlendirme olacaktır. Seri muhakeme usulüne yöneltilen eleştirileri kısmen de olsa bertaraf etmek ve böylece ilgili usulü hukuk devleti ile uyumlu hale getirmek mümkündür. Bu çerçevede, şüphelinin seri muhakeme usulünü kabul etmeme ve dolayısıyla genel hükümlere göre yargılanma hakkının Türk hukuk uygulamasında temin edilmiş olması ilgili düzenlemenin hukuk devleti ile uyum içinde olduğuna ilişkin ilk işarettir. Aynı şekilde bu yargılama usulünde iddia makamı cezaya tek başına hükmetmemekte, aksine şüphelinin spesifik bir yaptırım ile yaptırıma tabi tutulmasını mahkemeden talep etmektedir. Bize göre cezanın (yukarıda anılan eleştirilerimiz çerçevesinde adil şekilde) belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi süreçlerinin iddia makamına bırakılması sorunlu görünse de talepnameyi inceleyen mahkemenin seri muhakemeye ilişkin tüm koşulları inceleyebiliyor olması, belirlenen ve bireyselleştirilen ceza veya güvenlik yaptırımına müdahale edebiliyor olması (talepnamenin düzeltilmesi amacıyla iadesi mümkündür. Bkz. Yön. m. 13/2) ve en nihayetinde hükmü talep doğrultusunda bizzat mahkemenin kuruyor olması bu sürecin hukuk devleti ilkelerinden uzaklaşılmadan sonuçlandırılabileceğine işaret etmektedir. Kanaatimizce mahkemenin bu durumda hükmü, talepnameyi düzeltilmesi için iade etmeden değiştirebilme imkânının bulunması daha yerinde bir düzenleme olacaktır. Kanun düzenlemesinden doğrudan anlaşılamazsa da mahkeme böyle bir işlem yapabilmelidir.[77] Ancak burada da

---

[75] Kaşlı, Enver, Ceza Adaleti Sisteminde İtham Pazarlığı (Plea Bargeining), Seçkin, Ankara, 2017, s. 29.

[76] Leipold/Wojtech, ZRP 8/2010, s. 243.

[77] Aksi yönde Uğurlubay/Haydar/Korkmaz, ASBÜ-HFD 2019/2, s. 272.; Fransız uygulamasında hâkim talepname doğrultusunda hüküm kurmayacaksa, yaptırımı ağır yahut hafif bulursa, talebi reddedip dosyanın genel hükümlere göre yürütülmesini

talepname dışına çıkma söz konusu olacağından mahkemece belirlenen ve bireyselleştirilen yeni sonuç cezanın şüpheli tarafından müdafii huzurunda özgür iradesi ile onaylanması gerekmektedir; seri muhakeme süreci iddia ve savunma makamlarının uzlaşısını aradığından (daha doğrusu savcının belirlediği yaptırımın şüpheli tarafından kabulü söz konusu olduğundan) yapılan değişikliklere Cumhuriyet savcısının da itiraz etmiyor olması gerekmektedir; savcı yahut şüphelinin itirazı halinde talepname mahkemece reddedilmeli yahut eksikliklerin giderilmesi amaçlı iade edilmelidir. Reddedilme durumunda sürecin olumsuz sonuçlandığı gerekçesi ile soruşturmaya genel hükümlere göre devam edilmelidir. Kanunda yer verilmemiş olmasına rağmen ilgili yönetmelikte talepnamenin düzeltilmesi amaçlı iade edilebileceğine yer verilmiştir.[78] Kanaatimizce, ilgili düzenlemeyi niteliği gereği mahkemece düzeltilebilecek bir eksiklik söz konusuysa mahkemenin bu düzeltmeyi re'sen yapabilmesi gerektiği şeklinde anlamak gerekmektedir. Bu yorum hukuk devletine yaraşır bir yorum olacaktır. Zira cezanın belirlenmesi, bireyselleştirilmesi ve hüküm kurma yargılama makamına tanınmış bir yetkidir ve yargılama makamı kural olarak suçun nitelendirilmesi ve yaptırımın belirlenmesi açısından iddianame (talepname) ile bağlı değildir. Bu halde hükmedilmek üzere mahkemece belirlenen sonuç cezanın (yaptırımın) şüpheli, müdafii ve Cumhuriyet savcısınca kabul edilmesi gerektiği, aksi durumda sürecin olumsuz sonuçlanmış sayılacağını yeniden vurgulayalım. Belirttiğimiz bu işlemlerin yapılması asliye ceza mahkemesinde yürütülen talepnamenin incelenmesi ve hüküm kurma evrelerinde söz konusu olacağından Cumhuriyet savcısının değişiklik öngören bu dosyalarda mahkemede hazır bulunması aranabilir (hazır bulunmaya ilişkin açıklamalarımıza yukarıda yer vermiştik). Cumhuriyet savcısının talepname ile ceza teklifinde bulunması ve bu teklifin de incelenerek asliye ceza mahkemesince bir nev-i hükme dönüştürülmesi muhakeme sürecini keyfiyetten uzaklaştırmakta ve hukuk devletine yaraşır seri bir muhakemenin asgari zemini böylece oluşturulmuş bulunmaktadır.[79] Gerçekten de seri muhakeme usulünün koşullarının oluşup oluşmadığının mahkeme tarafından denetleniyor olması ve mahkemenin yukarıda anılan müdahalelerde bulunulabiliyor olması (önerdiğimiz hususlarda müdahalede bulunabilmesi), seri muhakeme usulünde keyfiyetin önüne geçebilecek kuvvetli bir argümandır.

Yukarıda değindiğimiz üzere, ceza muhakemesine eklenecek yeni kurumlar, ceza muhakemesi sürecine hâkim ilkelerle uyum içinde

---

sağlayabilmektedir; ancak yaptırımda değişiklik yapması mümkün değildir. Hamdan, 2017, s. 83, s. 170 dipnot 806 ve s. 181.; Benzer İspanyol uygulaması için bkz. Navarro, ZStW 123 (2011), Heft 1, s. 165.

[78] Ceza Muhakemesinde Seri Muhakeme Yönetmeliği m. 13/2 (Kısaca Yön. m.) (https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2019/12/20191231M4-2.htm 26.05.2020). Ayrıntılı bilgi için aşağıda yer verilen açıklamalara bakınız.

[79] Leipold/Wojtech, ZRP 8/2010, s. 244.

olmalıdır. Hukuk devleti ilkesinin, doğru bir ifade ile hukuk devleti olmanın gereklerinden biri de kişinin yargılama dilini bilmiyor olması yahut engel dolayısıyla algılayamıyor olması hallerinde adil yargılanmanın, meramını aktarabilme ve isnadı öğrenebilmenin ön şartı olan tercümandan faydalanma hakkıdır. Kanun koyucu seri muhakeme usulünde de bu ilkeye riayet edilmesi gerektiğini vurgulama adına tercümandan faydalanma kurumuna yer vererek hukuk devletine yaraşır bir muhakemeyi mümkün kılmaya çalışmıştır.[80]

Sonuç olarak hukuk devleti ilkesi çerçevesinde kanun koyucunun düzenlemiş olduğu seri muhakeme usulünü değerlendirdiğimizde bu usulün uygulaması ile hukuk devleti ilkesinin ihlal edilmediğini iddia edebilmek için mevcut kanun düzenlemelerini Cumhuriyet savcısının hüküm vermesi şeklinde yorumlamamak ve bu şekilde anılmasını gerektirecek yeni kanun düzenlemelerine yer vermemek elzemdir. Seri muhakeme usulünde Cumhuriyet savcısı hükmü vermez (vermemeli), aksine hüküm verilmesini teklif eder.[81] Daha doğru bir ifade ile Cumhuriyet savcısı talepname ile hükmün Cumhuriyet savcısının belirlediği doğrultuda tesis edilmesini teklif eder; hükmü teklif doğrultusunda yahut değiştirerek verme yetkisi ise mahkemede kalmalıdır.

B. SERİ MUHAKEME VE KUSUR İLKESİ

Bilindiği üzere ceza hukukunda kusursuz ceza olmaz ilkesi geçerlidir (nulla poena sine culpa). Kişinin kusurlu olduğunun tespiti halinde kendisine ceza verilebilmektedir ve bu ceza ancak kusuru ile orantılı verilebilmektedir. Bu ölçüte uyulmadan verilecek her türlü ceza mahkûmiyeti hükmü, keyfi ve kusur ilkesine aykırılık dolayısıyla hukuk devleti ilkesine aykırı olacaktır. Seri muhakeme usulünde bu ilkeye riayet edilip edilmediğini öğrenmek için seri muhakeme usulünün bir kimsenin kusurlu olup olmadığını tespit etme konusunda öngörmüş olduğu prosedürü incelemek gerekmektedir.

Seri muhakeme usulünün uygulanabilmesi için failin kusurlu olması gerektiği, kanun koyucunun seri muhakemeye bağladığı neticelerden çıkarılabilmektedir. Kanun koyucu hükmedilecek ceza mahkumiyetinde Cumhuriyet savcısına bir cezada indirim yetkisi tanıdığından, bu usulün uygulandığı yerde kişi ceza alacak bir fail olmalıdır. Türk ceza hukuku sisteminde bir kimsenin ceza alabilmesinin

---

[80] Yönetmelik m. 5/5; CMK m. 202.; İsviçre hukukunda kanun düzenlemesinde hızlandırılmış ceza yargılamalarında tercümandan faydalanma hakkına yer verilmemiş olmasına rağmen doktrin kişinin AİHS m. 6/3-e gereği tercümandan faydalandırılması gerektiği görüşündedir. Bkz. Staffler, Lukas, "Das Recht auf Sprachunterstützung im Strafverfahren nach Art. 6 Abs. 3 lit e EMRK", in ZStrR 138/2020, s. 34.

[81] Doktrininde bu usul kimi yazarlarca "hüküm önerisi" olarak temellendirilmektedir. Hamdan, 2017, s. 74; Staffler, s. 34.

önkoşulu ise fiili işleme esnasında kusurlu olmasıdır (istisnaları mevcuttur: a.l.i.c.); o halde seri muhakeme usulüne başvurabilmede kişinin kusurlu olması şarttır. Nitekim kanun koyucunun CMK'nın 250. maddesinin 12. fıkrasında yer vermiş olduğu düzenleme de bizi kanun koyucunun kusur ilkesini seri muhakeme usulünde de geçerli tuttuğu sonucuna götürmektedir. Kişinin kusurlu olup olmadığına bakılmaksızın, sırf nedensellik bağı kurulabiliyor diye seri muhakeme usulüne tabi tutulması ve cezalandırılması hukuk devletine de yaraşmayacaktır. Ancak genel usullere göre yapılan ceza yargılamasında mahkemenin yaptırım türünün tercihinde ve cezanın belirlemesi süreçlerinde dikkate aldığı kusurun tespiti ve ağırlığının seri muhakeme usulünde nasıl tespit edileceği ayrıntılı olarak düzenlenmemiştir. Peki, seri muhakeme usulünün uygulamasında kişinin, fiili işleme esnasında kusurlu olup olmadığının tespiti nasıl mümkün olacaktır; kim, hangi usulle bu değerlendirmeyi yapacaktır? Kanaatimizce Cumhuriyet savcısı kişi hakkında seri muhakeme işlemlerinin uygulamasına başlamadan önce kişinin fiili işleme esnasında kusur yeteneğine sahip olup olmadığını ve fiili işlemede kusurunun bulunup bulunmadığını (kusurluluk tespiti) tespit etmelidir. Kişinin kusur yeteneğinin olmadığı yahut kusurlu bir fiilinin olmadığının tespiti halinde kişiye ceza verilemeyeceği için seri muhakeme usulünün de işletilmemesi gerektiği sonucu çıkmaktadır.[82] Şüphelinin kusurunun varlığı tek başına yeterli olmayacaktır. Bu kusur oranının da hakkında hükmedilecek cezanın belirlenmesinde belirleyici (etkili) olması gerekmektedir. Seri muhakeme usulü uygulamasında kanun koyucu cezanın belirlenmesinde (temel cezanın tespitinde) TCK m. 61/1'in dikkate alınmasını şart koştuğundan, C. savcısı TCK m. 61/1-f bendi gereği failin kusurunun ağırlığını da hesaba katmalıdır.

Ceza hukukumuz kusursuz failin cezalandırılması yolunu kapatmış olduğundan seri muhakeme usulü uygulamasında failin kusurunun tespiti ve kusuru oranında cezanın belirlenmesi önem arz etmektedir. Aksi durumda kusursuz failin ceza sorumluluğunu üstlenmesi yoluyla bir ceza yaptırımına tabi tutulması neticesi ortaya çıkacağından, hukuk devleti ilkesi ve kusursuz ceza olmaz ilkesi ihlal edilmiş olacaktır, ki hızlandırılmış bir muhakeme adına bu ilkeler feda edilemez.[83] Mevcut düzenlemeler ışığında kusur ilkesine seri muhakeme usulünde ekseriyetle sadık kalındığı görülmektedir. Ancak cezanın belirlenmesinde TCK m. 61/1'in devamı fıkralarının dikkate alınmaması kusur oranında sonuç cezanın belirlenmesi konusunda adaletli olmayan sonuçların doğmasına sebebiyet verebilmektedir.

---

[82] Bernauer, Christof, "Das Schuldprinzip im Strafbefehlsverfahren", in ZStrR 136/2018, s. 385 vd.

[83] Bernauer, ZStrR 136/2018, s. 387.

C. SERİ MUHAKEME VE DOĞAL HÂKİM İLKESİ

Seri muhakeme usul uygulamasında bir kamu davası açılmamakta, bunun yerine mahkeme tarafından savcılıktan gelen talepname doğrultusunda hüküm kurularak süreç sonlandırılmaktadır. Böylece davasız hükme bağlanan somut olayda "davasız yargılama olmaz ilkesi" ve "kovuşturma mecburiyeti ilkesi" yerine getirilememektedir. Zira kamu davasının açılması, teknik olarak mahkemenin iddianameyi kabul etmesi ile başlamaktadır (kamu davasının açılmasında mecburiyet). Ortada bir iddianame yoksa bir kamu davasından (kovuşturmadan), bir yargılamadan ve teknik anlamda bir hükümden bahsetmek kolay olmayacaktır. Ancak kanun koyucu seri muhakeme neticesinde hükmedilen cezayı mahkûmiyet hükmü olarak kabul etmekle seri muhakeme usulünü bir (özel) hüküm kurma şekli olarak kabul etmiş olduğunu göstermektedir. Ceza hukuku ihtilaflarının zorunlu olarak kamu davasına dönüştürülmediği kurumlar hukuk sistemimizde mevcut olduklarından (kamu davasının açılmasında takdir yetkisi) ve ceza hukuku ihtilaflarının uzlaştırma, önödeme gibi kurumlarla sonuçlandırılması mümkün olduğundan, kanaatimizce davasız yargılama olmaz ilkesinden belli şartlar altında —seri muhakemeyi mümkün kılma adına— kısmen de olsa taviz verilmesi doğal hâkim, adil yargılama ilkelerini ve hukuk devletine yaraşır bir yargılamanın asgari güvencelerini (ciddi şekilde) ortadan kaldırmayacaktır.

Kovuşturma evresinin kural olarak halka açık olması ve mahkemenin/hâkimin ceza yargılamasında belirleyici olması hukuk devletinin gereklerindendir. Ancak seri muhakeme usulünde bu usulden uzaklaşıldığı ve kapalı kapılar ardında hükümler kurulduğu iddia edilebilecektir. Seri muhakeme aşamasının soruşturma sürecinde bilhassa bilgilendirme ve teklif aşamasında sürecin yalnızca şüpheli ve müdafii (ki bu durumda mağdur yahut suçtan zarar görenin hazır bulunabileceğine dair bir düzenleme de bulunmamaktadır) arasında yürütülmesi doğaldır. Zira genel hükümlere göre yürütülen soruşturma evresi de yazılı ve gizlidir. Ancak talepnamenin incelenmesi ve hüküm kurulması evrelerinde seri muhakeme sürecinin herkese açık olmaması sorun teşkil etmektedir.[84] Fransız Anayasa Mahkemesi talepnamenin incelenmesi, şüpheli ve müdafiinin dinlenmesi ve hüküm süreçlerinin halka açık olmamasını anayasaya aykırı bulup iptal ettikten sonra duruşma salonlarında ve veya özel tahsis edilmiş odalarda yürütülen bu süreçlerin halka açık olması kural olarak zorunlu hale gelmiştir.[85] Bizdeki düzenlemenin de genel hükümlere göre yapılacak kıyasla bu şekilde okunması yerinde olacaktır. Zira bu evreye kimlerin katılacağı sınırlı sayıda sayılmamış ve evrenin halka kapalı olarak yürütüleceği belirtilmemiştir. Uygulamada asliye ceza mahkemesindeki sürecin halka açık yapıldığı gözlemlenmektedir.

---

[84] Hausel, ZfRP 1994, s. 95.; Oehen, 2019, s. 105.

[85] Karar ve açıklamalar için bkz. Hamdan, 2017, s. 80.

D. SERİ MUHAKEME, AKLANMA HAKKI (MASUMİYET KARİNESİ) VE ETKİN SORUŞTURMA GEREKLİLİĞİ

Ülkemizde soruşturma konusu yapılıp iddianame düzenlenen dosyaların büyük bir çoğunluğunun beraat ile neticelendiği bilinen bir gerçektir; birçok ülkenin açılan dosyalardan beraat ile neticelendirdiği oranlar %5'in altında iken, bizde bu oranın %45 olması ise olayın vahametini göstermektedir.[86] Şeklen usulüne uygun başlatılmış bir soruşturma tek başına bu kişilerin masum oldukları gerçeğini ortadan kaldırmayacaktır. Bu kimselerin suçlu oldukları ancak usulüne uygun yürütülen bir kovuşturma sonucu verilmiş kesin bir mahkûmiyet hükmünün varlığı halinde tespit edilmiş olacaktır. Kesin hüküm verilinceye kadar bu kimseler masumiyet karinesi ilkesinden faydalanmaya devam etmektedirler. Ancak seri muhakeme usulünde, genel hükümlerden ayrıldığından bir iddianame ve bir hükmün varlığından teknik anlamda söz etmek mümkün değildir. Hakkında seri muhakeme usulünce hüküm verme süreci yürütülen kişi hakkında ise en nihayetinde bir mahkûmiyet kararı verilmektedir.[87] Etkin bir soruşturma yapılsaydı kovuşturmaya yer olmadığı kararı ile sonuçlanacak birçok dosya veya genel hükümlere göre yürütüldüğünde beraat ile sonuçlanacak birçok dosya bu durumda mahkûmiyet ile sonuçlanacaktır. Bu halde kişinin aklanma yahut başkaca sebeplerle beraat alma ihtimalinin önü kapanmış olacaktır. Söz konusu durumu hukuk devleti ve masumiyet karinesi ile uyumlu addetmek ise kolay görünmemektedir. Ancak benzer düzenlemelerin uzlaştırma ve önödeme uygulamalarında da ortaya çıktığı görüldüğünden ve şüphelinin süreci hüküm kuruluncaya kadar her an genel hükümlere göre yapılacak genel muhakemeye dönüştürme imkanının varlığından yola çıkılarak bu usulün çalışmamızda vurgulanan hususlara dikkat edilerek yürütülmesi halinde masumiyet karinesini ciddi derecede ihlal etmeyeceğini söylemek mümkündür.

---

[86] Japonya'da açılan davaların %1'i, Almanya'da %4'ü, İngiltere'de %10'u beraat ile sonuçlanmaktayken Türkiye'de açılan davaların %45'i beraat ile sonuçlanmaktadır. Bu ise Türkiye'de etkin soruşturmanın yürütülemediğini göstermektedir. Diğer ülke verileri ile yapılmış karşılaştırma için bkz. Kaşlı, 2017, s. 124 vd.

[87] Seri muhakeme usulü neticesinde hakkında bir cezaya hükmedilen kişinin, ilgili cezanın kesinleşmesinden sonra yeni bir suç işlemesi halinde işlemiş olduğu ve seri muhakeme usulüne göre mahkûm edildiği ilk suç sonradan işlediği suçun infazına tekerrür bağlamında etki edebilecektir. Ancak belirtmek gerekir ki önceden işlemiş olduğu suça ilişkin mahkûmiyet kesinleşse ve tekerrür koşulları oluşmuş olsa da kişi hakkında işlemiş olduğu yeni suçtan dolayı seri muhakeme usulüne başvurulabilecektir. Zira tekerrür cezanın belirlenmesini değil, infazı etkilemektedir ve kanun koyucu tekerrür ve veya itiyadi suçluluğu bu usulün uygulanmasına engel olarak düzenlememiştir. Mükerrirlere ilişkin yargılamada seri muhakemenin dolayısıyla cezada indirimin uygulanmaması gerektiğine ilişkin eleştiri için bkz. Uğurlubay/Haydar/Korkmaz, ASBÜ-HFD 2019/2, s. 265.; İtalyan uygulamasında itiyadi suçlular ve mükerrirler için bu usulün uygulanmayacağı düzenleme altına alınmıştır. Coscas-Williams/Alberstein, 2019, p. 605.

Etkin bir soruşturma ise soruşturmanın yürütülmesi neticesinde kişinin suçu işlediği kanaatinin şüpheye yer bırakmayacak şekilde ortaya çıkmasından sonra seri muhakeme usulüne geçilmesi ile mümkündür. Kişinin suçu işlememiş olabileceğine ilişkin şüphenin varlığı halinde şüpheden sanık (şüpheli) yararlanır ilkesi gereği, kişi hakkında doğrudan seri muhakeme usulüne başvurulmamalıdır.[88] Aksi durumda şüpheden sanık yararlanır ilkesi ihlal edilmiş olacaktır. Kanaatimizce mevcut düzenleme karşısında savcının doğrudan genel hükümlere göre soruşturma yürütmesi ve iddianame düzenlemesi mümkün olmadığından kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilmelidir. Bahsi geçen kaygıların teorik düzenlemelerle giderilmesi zorunlu değildir; aksine uygulamanın değişmesi ve etkin bir soruşturmanın tesisi ile masumiyet karinesi ve şüpheden sanık yararlanır ilkelerine ilişkin kaygılar büyük çoğunlukla ortadan kalkmış olacaktır. Etkin bir soruşturmanın yapılabilmesi için gerekli her türlü yasal düzenlemenin Ceza Muhakemesi Kanunu'muzda ve sair mevzuatımızda mevcut olduğu ortadadır. Seri muhakeme usulüne başvurmada şüphelinin suçu işlediğini yahut sorumluluğunu kabul ettiğini beyan etmesi de tek başına kişinin o suçu işlediği konusunda yeterli kabul edilmemelidir. Zira bir kişinin masum olmadığı maddi delillerle, her türlü şüpheden arınmış şekilde ortaya konmadığı sürece verilecek her mahkûmiyet hükmü şüpheden sanık yararlanır, masumiyet karinesi, adil yargılanma hakkı, aklanma hakkı, aleyhine beyanda bulunmaya zorlanma yasağı ilkelerine aykırılık teşkil edecektir.

Seri muhakeme usulünde kişinin genel hükümlere göre yapılacak olası bir yargılamaya oranla daha az bir ceza alacağı uygulanan zorunlu indirim dolayısıyla neredeyse kesin olduğundan (temel cezanın belirlenmesine ilişkin eleştirilerimizi yukarıda dile getirmiştik) çoğu kişi/şüpheli, masum olmasına rağmen (genel hükümlere göre yapılacak yargılamada mahkemenin de Cumhuriyet savcısı gibi düşünebileceği ve kendisini mahkûm edebileceği kaygısıyla) bu usulün uygulanmasını tercih edebilecektir. Masum yahut haklarında suçu işlediklerine ilişkin yeterli delil bulunmayan kimselerin bu süreçte mağdur edilmemeleri ancak etkin bir soruşturma ile mümkün olacaktır. Bu durumda Cumhuriyet savcılarına ciddi bir iş düşmektedir. Adli birimlere yansımış her vakıayı seri muhakemeye dönüştürmek, kişileri sürecin en başından itibaren suçlu addetmek olacağından tehlikeli olacaktır. Kişinin suç işlediği konusunda her türlü şüphe giderilmeden, kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilmesi gereken hallerde bu karar verilmeden yahut seri muhakeme usulünün uygulamasında ön-şart kabul edilen kamu davasının açılmasının ertelenmesi —şartlarının oluşmuş olması halinde— uygulanmadan seri muhakeme işlemlerine başlamak masum kimselerin mahkûm edilmelerine sebebiyet verebileceğinden adil

[88] Alman ceza kararnamesi/emri düzenlemesinde mahkemenin bu gerekçe ile ceza kararnamesini reddetmesi gerektiği ve bu reddin iddianamenin iadesi ile benzer sonuçlar doğuracağı belirtilmiştir. Bkz. ACMK m. 408/2.

yargılanma bağlamında sorun teşkil edebilecektir. Teorik düzenlemelerle yeterli yetki ve donanıma sahip kılınmış Cumhuriyet savcısı şüpheyi giderme adına delil toplama işlemlerini pratikte olabildiğince etraflı yürütülmelidir. Bu şekilde yürütülen etkin bir soruşturma, masum kimselerin lekelenmesini engelleyeceği gibi gerçek suçluların cezasız kalma ihtimalini de en aza indirgemiş olacaktır.[89]

Sonuç olarak seri muhakeme süreci ile, hızlandırılmış bir hüküm verme arzu edilmekte ise de kişilerin masum olma ihtimallerinin, masumiyet karinesinin seri bir muhakemeye feda edilmesi kabul edilemezdir. Uygulamanın bu ilkeleri tesis edecek şekilde gelişme göstermesi dileğimizdir.

E. SERİ MUHAKEME VE ŞÜPHEDEN SANIK YARARLANIR İLKESİ

Yukarıda anılan ilkelerin değerlendirilmesinde sık sık yer verdiğimiz üzere geniş anlamda ceza hukukuna ve ceza muhakemesi hukukuna hâkim ilkelerden biri de şüpheden sanık yararlanır ilkesidir. Masum olabilme ihtimali olan bir kimseyi cezalandırmak yerine masum olmayabilecek bir kimsenin cezasız kalmasını göze alan kanun koyucu, kişinin işlenen suçu işlediğine ilişkin kesin bir kanaatin oluşmamış olması halinde serbest bırakılması (beraat etmesi) gerektiğini bu ilke ile perçinlemiştir (CMK m. 223/2-e). O halde hangi yargılama usulüne göre yürütülürse yürütülsün, kişinin ilgili suçu işlediği her türlü şüpheden arı şekilde ortaya konmadıkça hakkında mahkûmiyet kararı verilemeyecektir (CMK m. 223/5). Masumiyet karinesi ile doğrudan bağlantılı olan bu ilkeden vazgeçmek mümkün olmadığından, seri muhakeme düzenlemesinde yer verilen yeterli şüphe kavramının klasik iddianame için aranan yeterli şüpheden daha sıkı koşullara bağlanması gerekmektedir. Kanaatimizce mahkûmiyet kuşkudan arınmış %100 mutlaklık aradığından, seri muhakeme usulünde de kişinin suçu işlediği her türlü kuşkudan arınmış şekilde ortaya konmalıdır.[90] Aksi durumda kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilmelidir. Bu ise seri muhakeme usulünün yürütülmesinin basit şüphe yerine kuvvetli şüphe (ya da her türlü şüpheden arınmış kesin kanaat) şartına bağlanması gerektiğini göstermektedir.

Seri muhakeme usulünün kabulü halinde kişinin mahkûm edilmesi mutlak olduğundan (HAGB vs. istisnai haller hariç, ki bu hallerde de kişinin suçu işlediğinin sabit olması şarttır) burada aranacak ölçü şüphe derecesi (basit, yeterli, makul, kuvvetli şüphe vs.) olmayıp, şüpheden arınmış kanaat olması gerekmektedir. Bu sebeple seri

---

[89] Uğurlubay/Haydar/Korkmaz, ASBÜ-HFD 2019/2, s. 260.

[90] Aynı yönde görüşler için bkz. Kindhäuser/Schumann, Strafprozessrecht, 5. Aufl., 2019, § 26, kn. 15; Öztürk/Tezcan/Erdem ve diğerleri, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 12. B., s. 137.; Benzer yönde Uğurlubay/Haydar/Korkmaz, ASBÜ-HFD 2019/2, s. 298.

muhakeme usulüne başvurma kişinin suçu işlediği konusunda herhangi bir tereddüt bulunmayan hallerde mümkün olmalıdır. Talepnamenin düzenlenmesi kuvvetli şüpheyi de geride bırakacak kuvvette ve şüpheden arınmış olmalıdır.

F. SERİ MUHAKEME VE ETKİN SAVUNMA İMKANININ TANINMASI ZORUNLULUĞU

Ceza muhakemesinde şüpheliye (sanığa) tanınan temel güvencelerden biri de haklarını savunması için müdafiden faydalanabilmesidir. Müdafi, kişinin soruşturma ve kovuşturma aşamasında haklarını savunmak ve kişinin adil bir yargılama geçirmesini güvence altına almak için görev/hizmet üstlenmektedir. Kişinin haklarını etkin şekilde savunulabilmesi için müdafiye gerekli zaman ve imkânın tanınması gerekmektedir. Oysa hızlı yürütülen bir yargılamada müdafinin etkin bir savunma yapması pratikte imkansızdır. Bu ise adil bir yargılamanın yapılmadığına işaret edebilecektir. Kanaatimizce müdafinin tam anlamıyla etkin savunma yapması bu çerçevede seri bir muhakemeyi mümkün kılma adına ikincil plana atılmış; kısıtlanmıştır. Seri muhakeme usulünün uygulamasında müdafiye tanınan güvenceler ışığında ele alındığında etkin savunma imkanının sunulmasına getirilen kısıtlama hukuk devletinde, seri bir muhakemeyi tesis için zorunlu ve orantılı bir kısıtlamadır.[91]

G. ARA DEĞERLENDİRME

Ceza muhakemesi hukukuna getirilen seri muhakeme usulünün, mevcut düzenlemeler bakımından pürüzsüz olmadığını belirtmek gerekmektedir. Yukarıda ele aldığımız ilkelerin bir kısmının seri/hızlı bir muhakeme için feda edilebileceğini, salt bu sebeple kişinin adil yargılanma hakkının elinden alınmış sayılamayacağını belirttik. Ancak diğer ülke uygulamaları ile karşılaştırdığımızda etkin bir soruşturmanın uygulanmadığı ceza yargılamamızda seri muhakeme usulüne başvuru için yeterli şüphenin aranması masumiyet karinesi, aklanma hakkı ve şüpheden sanık yararlanır ilkeleri bakımından yeterli teorik ve pratik güvenceleri sağlayamamaktadır. Seri muhakeme düzenlememizin teorik/normatif düzenlemesinde yeterli şüpheyi aşan bir şüphe derecesinin aranması (yukarıda değindiğimiz üzere şüpheden arınmış bir kanaatin aranması), mahkûmiyet neticesi ile daha uyumlu olacağı için arzulanan ilk değişiklik talebimizdir. Ancak normatif düzenlemelerin yeterli olmayacağı aşikardır. Bunun için öncelikle etkin soruşturma uygulamasının bilhassa seri muhakeme sahası için bir an önce yerleşik hale gelmesi şarttır. Etkin bir soruşturmanın tesisinde iddia makamına önemli bir görev düşmektedir. Soruşturmanın etkin olarak

[91] Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin de bu yönde kararları mevcuttur. Bkz. Meyer, 2017, s. 430.

yürütülmediği ceza yargılaması uygulamamızdaki olası ilke ihlallerine ilişkin tehlikeleri gidermenin bir diğer yolu ise, yargılama makamının seri muhakeme sürecindeki aktif rolünün normatif düzenlemelerle daha etkin hale getirilmesi olacaktır. Bu çerçevede yargılama makamına ilişkin mevcut düzenlemelere ilişkin yorumlarımızı klasik ceza yargılaması doğrultusunda yaparak, yargılama makamının seri muhakeme sürecinde belirleyici olmasını sağlamak kısmen de olsa mümkündür. Yukarıda bu şekilde yorumlama için normatif düzenlemelerdeki verilerden faydalanarak bir yorum geliştirmeye çalıştık. Ancak bu değerlendirmelerimiz normatif düzenleme eksikliğini gideremeyeceğinden bu konuda kanun koyucunun talepnamenin incelemesi, yaptırımın belirlenmesi ve hükmün kurulması aşamalarında yargılama makamının yetkilerini artırıcı düzenleme yapmasına ihtiyaç vardır.

Sonuç

Seri muhakeme usulünün ceza muhakemesinde yargının iş yükünü azaltacağını ve bu pratik fayda için de olsa haksızlık içerikleri düşük (sınırlı sayıda) suç tipi için öngörülmüş olan seri muhakeme usulünün ceza muhakemesi sistemimizde korunması gerektiğini düşünmekle birlikte, seri muhakeme usulüne ilişkin uygulamanın ciddiyetle yürütülmemesi halinde birçok masum insan hakkında mahkûmiyet kararı verilebilme ihtimalinin/tehlikesinin göz ardı edilmemesi gerektiği kanaatindeyiz.

Ceza hukuku uygulamaları ülkemize oranla daha çok oturmuş hukuk sistemlerinde dava konusu edilen dosyaların yüzdelik olarak çok düşük bir oranının beraat ile neticelendiği bizde ise bu oranın neredeyse yarı yarıya olduğu düşünüldüğünde bizdeki soruşturmaların çok etkin yürütülmediği neticesi ortaya çıkmaktadır, ki bu durumda seri muhakeme yolu ile mahkumiyetle neticelenen dosyaların yarısı normal şartlarda beraat ile neticelenebilecek dosyalar olacaktır. Böyle bir neticenin ortaya çıkması adil yargılanma hakkı başta olmak üzere birçok hukuk devleti ilkesini, birçok ceza muhakemesi ilkesini ihlal edecektir. Bu sebeple birinci önerimiz etkin bir soruşturmayı mümkün kılacak uygulama ciddiyetinin tesis edilmesidir. İkincisi seri muhakeme usulüne başvurmada asgari derece olarak kabul edilen yeterli şüphe kavramının yerine hükmün kurulmasında olduğu gibi mahkûmiyet kanaati oluşturacak kuvvetli şüphe kanaatinin (veya şüpheye yer bırakmayacak kanaatin) Cumhuriyet savcısında oluşmuş olmasının seri muhakeme usulüne başvurmada aranmasının zorunlu kılınmasıdır; zira yeterli şüphe akabinde beraat ihtimalinin de olabildiği ceza yargılamalarında iddianamenin düzenlenmesi için aranan derecedir. Oysa bu muhakeme usulünde talepname (iddianame) ile kişinin mahkumiyeti belirlenmekte ve bu ilgili mahkeme tarafından aynı doğrultuda mahkûmiyet hükmüne dönüştürülmektedir, hükmün beraat olma ihtimali ortadan kalkmıştır; o halde kişinin o suçu işlediğine dair tereddüde yer bırakmayacak

derecede şüphe ve delile ulaşmak seri muhakemenin ön koşulu olmalıdır; bu ise etkin bir soruşturma ile mümkündür. Etkin bir soruşturma yürüten Cumhuriyet savcısı yukarıda anılan –beraat ile sonlanabilecek– birçok dosyayı kovuşturmaya yer olmadığı kararı vererek sonlandıracağı için, bu kimseler hakkında masumiyet karinesi ve şüpheden sanık yararlanır ilkelerinin gerekleri yerine getirilmiş olacaktır. Bu ise yukarıda anılan yanlış mahkumiyetlerin önünü büyük ölçüde kapatacaktır.

Seri muhakemede kısaltılan süreç teorik olarak yalnızca genel usullere göre yapılan yargılamanın kovuşturma aşaması olsa da nedense uygulamada (şüpheli süreci kabul ettiğinden olsa gerek) bu suç tiplerinin soruşturma usulleri de kısaltılmaktadır; şüpheli süreci kabul ediyor diye etkin soruşturmadan ve maddi gerçeğin araştırılması gerekliliği ilkesinden vazgeçilmektedir.[92] Oysa kanun koyucu etkin bir soruşturmadan vazgeçmemekte aksine, eninde sonunda mahkûmiyet alacak kişinin kovuşturma evresini kısaltıp kişinin bir an önce yargılama sürecinden kurtarılmasını ve böylece ilgili dosyaya mümkün olduğunca az zaman ve az para harcanmasını amaçlamaktadır. Kanaatimizce seri muhakeme usulünün uygulanması ve dolayısıyla kişinin mahkûm edilmesi, yalnızca basit şüphe ve kişinin ikrarına (suçu kabul etmesine) bağlanmamalıdır. Kişinin suçlu olduğu genel hükümlere göre yapılan uygulamada olduğu gibi şüpheden ari bir şekilde ortaya —maddi delillerle— konulmalıdır. Kanun koyucu bu usulü getirmekle etkin soruşturmadan vazgeçmemekte aksine kovuşturma evresi bulunmadığından daha titiz şekilde yürütülmesini arzu etmektedir. Aksi bir kabul adil yargılanma ve masumiyet ilkelerinden vazgeçildiği sonucu doğuracağından seri muhakeme uygulamasını hukuk devletine yaraşır olmaktan çıkaracaktır.[93]

Cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi faaliyetinin Cumhuriyet savcısında kalması sürecin hızlı ve üç makam arasında koordineli yürütülmesine katkı sağlayacaktır. Ancak kanaatimizce bu şekilde düzenlenen talepnamenin mahkemece incelenmesi aşamasında belirlenen ve bireyselleştirilen cezanın/yaptırımın değiştirilmesi ve veya düzeltilmesi takdirinin mahkemeye verilmesi ve bu değişiklikleri kabul ve veya ret yetkisinin yine hakkında hüküm kurulacak olan kişinin, müdafiinin ve savcının kabulüne bırakılması ve bu konuda düşünmeleri için süre tanınması, adil bir yargılamanın ve seri muhakemenin ruhuna daha uygun olacaktır.[94]

Seri muhakeme usulü ve yaptırım üzerinde doğurduğu etkiler dikkate alındığında kanun koyucunun kısmen de olsa caydırıcılıktan ve

---

[92] Coscas-Williams/Alberstein, 2019, p. 585.

[93] İtalyan uygulaması kişinin suçluluğunun ispatını tamamen maddi delillere dayandırılarak yapılmasını öngörürken, Fransız uygulaması bunun yanı sıra şüphelinin suçluluğunu kabule bağlamaktadır. Bkz. Coscas-Williams/Alberstein, 2019, p. 601.

[94] Benzer yönde Uğurlubay/Haydar/Korkmaz, ASBÜ-HFD 2019/2, s. 270.

ceza hukukunun genel ve özel önleme amacından taviz verdiğini söylemek mümkündür. Kanun koyucunun ceza hukuku yaptırımlarından beklenen faydalar yerine, pratik faydacılığa yöneldiğini söyleyebiliriz.[95] Caydırıcılık azalmakta zira fail normal usule oranla daha az cezaya mahkûm olmaktadır, daha az cezanın hakkıyla infazı ve veya cezaevi koşullarında infazı ihtimali ise bu sebeple düşmektedir. Aynı şekilde kişiye verilen ceza ve infazın kısalması ve veya dışarda sürdürülmesi ise cezanın toplum üzerinde ve fail üzerinde etkisini düşürmektedir. Ancak hükmedilen ceza mahkumiyetinin fail ve toplum üzerindeki etkisinin ise azalmakla birlikte devam ettiğini düşünmekteyiz. Ancak biz yine de öğretide ileri sürülenin aksine seri muhakeme ile ceza muhakemesinin ciddiyetine halel getirildiğini düşünmemekteyiz.[96] Aksine sürecin hızlı ve hakkıyla yürütülmesi, hükmedilen yaptırımın etkinliğini arttıracağı gibi adil yargılanmaya ve toplumun ceza muhakemesine olan güvenini perçinlemiş olacaktır.[97] Tabii yukarıda zikredilen tehlikeleri bertaraf edecek bir seri muhakeme uygulaması tesisi şartıyla.

Uzlaştırma kurumunda oluştuğu gibi burada da keyfiyet tehlikesinden bahsedilebilecektir. Normal şartlar altında Türkiye'de açılan kamu davalarının düşük bir oranının mahkûmiyet ile neticelendiği düşünüldüğünde, Cumhuriyet savcılarının yeterli şüphe düşüncesine varmış olmalarına rağmen kişinin normal ceza yargılamasından beraat alma ihtimalleri çok yüksektir.[98] Ancak Cumhuriyet savcısı kişinin normal bir yargılamada ceza almayacağını düşünmesine rağmen veya bu ihtimali yanlış değerlendirmesi sebebiyle öngörememesine rağmen seri muhakeme usulünü teklif edebilir. Bu halde kişi klasik yargılamayı seçmesi halinde Cumhuriyet savcısınca yapılan ceza indiriminin yapılmayacağını düşünerek seri muhakeme usulünü kabul etmek zorunda kalabilir. Bu ise normal şartlarda beraat ile sonuçlanacak bir dosyanın mahkûmiyet ile sonuçlanmasına sebebiyet verebilecektir.[99] Açıklanan bu sebeplerden kişinin hakkında seri muhakeme usulüne başvurulmadan önce kişinin somut olayda yeterli

---

95 Benzer yönde Elobied, s. 212.; Leipold/Wojtech, ZRP 8/2010, s. 244.

96 Aksi yönde Elobied, s. 212.

97 Yenisey/Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 8. B., s. 846.

98 Kaşlı, 2017, s. 124.

99 Fransız uygulamasında suçu kabul odaklı bir süreç izlenirken, İtalya uygulamasında şüpheli suçu kabul etme sorusuyla muhatap olmadan belirlenen spesifik cezayı kabul ederek veya genel hükümler yerine kendisine hızlı muhakeme usullerinin uygulanmasını kabul ederek cezada indirim elde etme hakkına kavuşmaktadır. Türk uygulamasında Cumhuriyet savcısının seri muhakeme yolunu seçmesi zorunlu olduğundan ve şüphelinin seri muhakeme usulünün uygulanmasını reddetmesi mümkün olduğundan bu ihtimalin ortaya çıkmayabileceği düşünülse de Cumhuriyet savcısının belirleyeceği ceza miktarını genel yargılamada yer verilmeyen özel bir düzenleme ile yarı oranda indirmesi düzenlemesine yer verildiğinden bu tehlikenin bizim hukuk açısından da mevcut olduğunu düşünmekteyiz. Tablo şeklinde İtalya ve Fransa karşılaştırması için bkz. Coscas-Williams/Alberstein, 2019, p. 601, 604.; Aynı yönde Kaşlı, 2017, s. 138.

şüphe ve delilin bulunmasının yanı sıra kusurunun da bulunup bulunmadığının Cumhuriyet savcısınca tespit edilmesi gerekmektedir.[100] Bu keyfiyet tehlikesinin giderilmesine yönelik kurumlar seri muhakeme usulüne ilişkin düzenlemelerde ve Ceza Muhakemesi Kanunu'nda yer alan düzenlemelerde mevcuttur. Etkin bir soruşturmanın yürütülmesi gereği Cumhuriyet savcısına yüklenmiş bir yükümlülüktür. Bu çerçevede yeterli delil ve şüpheye ulaşmamış Cumhuriyet savcısının seri muhakeme usulüne başvurmaması gerektiği, bunun yerine kovuşturmaya yer olmadığına karar vermesi gerektiği aşikardır. Uygulamanın aksi yönde gelişme göstermesi, iddianame ve seri muhakeme usul uygulamalarının bu konuda hata vermeleri teorik bir sorun (normatif düzenleme eksikliğinden kaynaklı bir sorun) olmayıp uygulama sorunudur. Bu ise teorik düzenlemelerin değiştirilmesi ile değil ancak ve ancak uygulamanın değiştirilmesi ile (teoriye uygun şekilde yürütülmesi ile) mümkündür. Cumhuriyet savcısının bu çerçevede gerekli özeni göstermeden seri muhakeme usulünü çalıştırması ve talepname ile mahkemeden hüküm kurmasını istemesi halinde, ilgili keyfiyeti gidermek, ilgili eksikliği gidermek hala mümkündür. Kanaatimizce mahkeme yeterli delil ve şüphenin bulunmadığı kanaatinde ise CMK m. 250'nin koşullarının oluşmadığı gerekçesi ile (eksik inceleme ve delil toplanması) talepnamenin iadesine karar vermelidir. Cumhuriyet savcısının bu halde kovuşturmaya yer olmadığı kararı vermesi iç tutarlılık açısından sakıncalı görünmektedir. Ancak kanaatimizce iade sebebini yerinde gören savcılığın kovuşturmaya yer olmadığı kararı vermesi adil olacaktır. Aksi durumda genel hükümlere göre soruşturmanın yürütülüp iddianamenin düzenlenmesi gerekmektedir.

Sonuç olarak seri muhakeme usulü getiriliş amaçları dışında bir uygulamaya dönüşürse Cumhuriyet savcılarına geniş, keyfi bir etki alanı açmış olacak ve hukuk sistemine olan güveni arzulananın aksine zedeleyecektir. Belirttiğimiz kaygılara sebebiyet vermeyecek şekilde uygulanır ve gerekli normatif düzenlemelerle desteklenirse, kurum ile arzulanan pratik faydalar elde edilmiş olacağı gibi hukuk devletine yaraşır adil bir süreç de hem seri muhakeme usulünün uygulandığı hem de (mahkemelere daha çok zaman tanıdığından) bu usule tabi olmayan veya bu usulün uygulanmadığı suç tipleri için tesis edilmiş olacaktır.

[100] Leipold/Wojtech, ZRP 8/2010, s. 244.

KAYNAKÇA

Aldemir, Hüsnü, Ceza Yargılamasında Seri Muhakeme ve Basit Yargılama Usulleri, 2. Baskı, Adalet, Ankara, 2020.

Bernauer, Christof, "Das Schuldprinzip im Strafbefehlsverfahren: nullum mandatum poenale sine culpa?", in ZStrR 136/2018, ss. 365-390.

Coscas-Williams, Beatrice/Alberstein, Michal, "A Patchwork of Doors: Accelerated Proceedings in Continental Criminal Justice Stystems", in New Criminal Law Review, Y. 2019, V. 22, Nr. 4, pp. 585 – 617.

Elobied, Tarig, Die Entwicklung des Strafbefehlsverfahrens von 1846 bis in die Gegenwart, De Gruyter, Berlin 2010.

Erdem, M. Ruhan / Şentürk, Candide, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Yeni Bir Kurum Olarak Seri Muhakeme Yöntemi", CHD – Aralık 2019, Y. 14, S. 41, ss. 573-601.

Ersoy, Uğur, "Seri Muhakeme Ve Basit Yargılama Usullerinde İtiraz Kurumuna İlişkin Sorunlar Ve Çözüm Önerileri", SÜHFD, C. 28, S. 2, 2020, s. 857-885.

Galeazzi, Christina, "Der Strafbefehl gegen Unternehmen", in Kurzer Prozess, zu kurzer Prozess – im Wirtschaftsstrafverfahren, EİZ Band 191, 2019, ss. 81-94.

Garland, Lorenz, *Waffengleichheit im Vorverfahren*, Carl Grossmann Verlag, Bern 2019.

Hamdan, Stephanie, (Dissertation) Absprachen im französischen Strafverfahren? Das Verfahren der »Comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité«, Nomos 2017.

Hausel, Uwe, "Ungenutztes Beschleunigungspotential des Strafbefehlsverfahrens?", in Zeitschrift für Rechtspolitik, 27. Jahrgang, Heft 3, Jahr 1994, ss. 94-96.

Kaşlı, Enver, Ceza Adaleti Sisteminde İtham Pazarlığı (Plea Bargeining), Seçkin, Ankara, 2017.

Kızılarslan, Hakan, "Seri Muhakeme ve Basit Yargılama Usulleri", BUHFD- Kasım-Aralık 2019, C. 14. S. 183-184, ss. 1885-1960.

Kindhäuser, Urs / Schumann, H. Kay, *Strafprozessrecht*, 5. Aufl., Nomos, Baden-Baden 2019.

Koca, Mahmut / Üzülmez, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 13. B., Seçkin, Ankara, 2020.

Langer, Maximo, "From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure," Harvard International Law Journal 45, no. 1 (Winter 2004), pp. 1—64.

Leipold, Klaus / Wojtech, Michale, "Strafbefehl bis zu zwei Jahren Freiheitsstrafe", Zeitschrift für Rechtspolitik, 43. Jahrgang, Heft 8, Jahr 2010, ss. 243-245.

Meyer, Frank, "Plea Bargaining und EMRK", in Festschrift für Andreas Donatsch, 2017, ss. 427-442.

Mühlemann, David, "Der unzulässige Strafbefehl im abgekürzten Verfahren", in Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis, 2018, ss. 83-94.

Navarro, Alicia Gonzalez, "Absprachen im spanischen Strafverfahren", ZStW 123 (2011), Heft 1, ss. 163-178.

Oehen, Moritz, Der Strafkläger im Strafbefehls- und im abgekürzten Verfahren, Carl Grossmann Verlag, Bern, Luzern 2019.

Öztürk, Bahri/Tezcan, Durmuş/Erdem, M. Ruhan ve diğerleri, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 12. B. Seçkin, Ankara, 2018.

Soylu Ünver, Gülsüm / Karaman Engür, Seçil Nergiz, *Seri Muhakeme Usulü*, Adalet, Ankara, 2020.

Staffler, Lukas, "Das Recht auf Sprachunterstützung im Strafverfahren nach Art. 6 Abs. 3 lit e EMRK", in ZStrR 138/2020, ss. 21-48.

Uğurlubay, Gülsün A. Aygörmez/Haydar, Nuran/Korkmaz, Mehmet, "Seri Muhakeme Usulüne İlişkin Sorunlar", ASBÜ-HFD 2019/2, ss. 255-306.

Yavuz, Hakan A., Ceza Muhakemesinde Kovuşturmaya Alternatif Yöntemler, Adalet, Ankara, 2020.

Yenisey, Feridun/Nuhoğlu, Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku, 8. B., Seçkin, Ankara, 2020.

Yılmaz, Zahit / Apiş, Özge, "Seri Muhakeme ve Basit Yargılama Düzenlemelerinin Değerlendirilmesi" Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 26, S. 1, Haziran 2020, ss. 62-106.

Yurtcan, Erdener, *Cumhuriyet Savcısının El Kitabı*, Seçkin, Ankara, 2019.

Yurtcan, Erdener, *Ceza Yargılaması Hukuku*, 16. B. Seçkin, Ankara, 2019.

ERMENİ MALLARI (EMVAL-İ METRUKE) HAKKINDA YAPILAN İLK DÜZENLEMELERİN HUKUKİ AÇIDAN TAHLİLİ

Analysis of Legal Arrangement on Armenıan Abandoned Properties from Legal Aspect

Suat ŞİMŞEK*

Özet: Ermenilerin bir kısmı, I. Dünya Savaşı'nın Osmanlı Devleti için en sıkıntılı günlerinde Ruslarla işbirliği yapmış ve Osmanlı Ordusu'nu arkadan vurarak isyan etmişlerdir. Bunun üzerine yaşadıkları yerlerden çıkarılarak vatanın daha güvenli bölgelerine zorunlu göç ettirilmişlerdir. Güvenlik gerekçesiyle gerçekleşen bu zorunlu göç esnasında Ermeniler bazı eşyalarını yanlarında götürebilseler bile taşınır mallarının çok önemli bir kısmını ve taşınmazlarını (arazi, arsa, bina) geride bırakmışlardır. Ermenilerden kalan bu malların korunması, idaresi ve tasfiyesi önemli bir sorun teşkil etmiştir. Hükümet bu sorunun çözümü adına Ermenilerin geride bıraktıkları mallarla ilgili ilk düzenlemeyi sevk ve iskân kararını aldıktan sadece üç gün sonra yapmıştır. 30 Mayıs 1915 tarihli Meclis-i Vükela Kararı'nda Ermenilerin geride bıraktıkları malların idaresi ile ilgili birçok temel esasa yer verilmiş ve bazı açıklamalar yapılmıştır. Daha sonra yapılan diğer düzenlemeler Meclis-i Vükela Kararı'nda ana hatları belirlenen esaslar etrafında şekillenmiştir. Yapılan düzenlemeler ile Ermenilerin geride bıraktıkları malları konusunda özel yetkili emval-i metruke komisyonları kurulmuş ve emval-i metrukeye ilişkin tüm işlemler bu alanda uzmanlaşmış komisyonlar tarafından yapılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Ermeniler, zorunlu göç, emval-i metruke, emval-i metruke tasfiye komisyonları.

Abstract: Armenians cooperated with Russians on the First World War's roughest days for the Ottoman State and rioted by stabbing the Ottoman Army in the back. Therefore, they have been expelled from the place they lived and have been compulsorily migrated to safer lands. During this compulsory migration, which has been occurred for security reasons, Armenians left behind an important part of their movable properties and real estates (land, buildings etc.) although they took some of these properties and estates with them while leaving. The protection, management and liquidation of these assets left behind by the Armenians constituted a significant problem. The government made the first regulation about the assets left behind by the Armenians only three days later than that it made the decision of dispatch and settlement. Many basic principles about the management of the assets left behind by the Armenians were included and some explanations were made in the decision of Meclis-i Vükela dated 30th May 1915. The following other regulations were shaped around the principles which had been mostly outlined in the Meclis-i Vükela Decision. By means of these regulations, special Abandoned Goods Commissions were founded for the assets left behind by the Armenians and all the operations related to the abandoned properties were done by the commissions specialized on this area.

Keywords: Armenians, compulsory migration, abandoned properties, commissions for the liquidation of abandoned properties.

* ÇŞB Milli Emlak Genel Müdürlüğü Daire Başkanı
suat.simsek@istanbulticaret.edu.tr, ORCID: 0000-0003-1329-0468
Makale Geliş Tarihi: 20.10.2020, Makale Kabul Tarihi: 16.11.2020

Giriş

Ermenilerin daha Birinci Dünya Savaşı başlamadan önce Rusya tarafına geçmeleri, Rus Ordusu'na öncülük ve rehberlik yapmaları, bunun sonucu olarak Osmanlı ordusunun güvenliği için ciddi tehlike oluşturmaları, radikal önlemler alınmasını gerektirmiştir. Osmanlı İmparatorluğu ortaya çıkan bu sorunu bertaraf etmek ve devletin güvenliğini sağlamak amacıyla bazı önlemler almak zorunda kalmıştır. Bu kapsamda 1915 yılında çıkarılan bir kanunu muvakkat ile "savaş zamanında devlete karşı gelenler" hakkında bazı tedbirler alınması öngörülmüştür. 27 Mayıs 1915 tarihinde çıkarılan Vakti Seferde İcraat-ı Hükümete Karşı Gelenler İçin Cihet-i Askeriyece İttihaz Olunacak Tedabir Hakkında Kanun-u Muvakkat ile savaş zamanında ordu, kolordu, fırka ve müstakil mevki kumandanlarına casusluk veya hıyanetlerini hissettikleri köy ve kasaba ahalisini tek tek veya topluca, başka mahallere sevk ve iskân etme yetkisi de verilmiştir.

Bu kapsamda alınan en önemli tedbirlerden biri, Ermenilerin zorunlu göçe (tehcir) tabi tutulmasıdır. Zorunlu göçe tabi tutulan kişi ve zorunlu göç esnasında meydana gelen ölüm vakası sayısı konusunda, konunun tarafları arasında anlaşmazlık söz konusudur. Üstelik Türkiye Cumhuriyeti'nin konunun tarihçileri ilgilendirdiği ve konuyu tarihsel açıdan netleştirmek adına arşivlerin açılması gerektiği yönündeki argümanları kabul görmemektedir.

Zorunlu göç sonrasında ortaya, Ermenilerin geride bıraktıkları malların akıbetinin ne olacağı sorunu çıkmıştır. Zamanla, başka yerlere sevk edilen bu kişilerin geride bıraktıkları malların akıbeti konusunda çeşitli düzenlemeler yapılması zorunluluğu ortaya çıkmış ve bu zorunluluğun sonucu olarak bu konuda çeşitli düzenlemeler yapılmıştır. İlk zamanlarda konu Meclisi Vükela kararı ve talimatnamelerle düzenlenmeye çalışılmışsa da Birinci Dünya Savaşı'nın bütün şiddeti ile devam ettiği günlerde, 26 Eylül 1915 yılında çıkarılan Ahar Mahallere Nakledilen Eşhâsın Emval ve Düyun ve Matlubat-ı Metrukesi Hakkında Kanun-u Muvakkat ile, Ermenilerin geride bıraktıkları malların akıbeti yasal dayanağa kavuşturulmuştur.

Bu zorunlu göç esnasında yaşanan üzüntü verici olaylar, Türkiye Cumhuriyeti Devletinin uluslararası arenada karşılaştığı en önemli sorunlardan bir tanesi haline gelmiştir. Konunun genellikle siyasi boyutu ve Ermenilerin tehcir esnasında yaşadıkları ön planda olsa da Ermenilerin geride bıraktıkları mallar (emvali metruke) ve bu mallar nedeniyle tazminat talepleri de gündeme gelmektedir.

Zorunlu göç uygulamalarının tarihsel ve siyasal yönleriyle ilgili olarak bugüne kadar pek çok çalışma yapılmıştır. Buna mukabilen Ermenilerin geride bıraktıkları mallar (emvali metruke) konusunda yapılan çalışmalar sınırlıdır. Ancak 2010 yılından sonra Ermenilerin tazminat taleplerinin gündeme gelmesinin de etkisiyle emvali metruke konusuna akademik camiada ilginin arttığı görülmektedir.

Bu çalışmamızın amacı da, uygulamada, literatürde ve resmi yazışmalarda "Tasfiye Kanunu" olarak adlandırılan (çalışmamızda da bu ifade kullanılacaktır) Ahar Mahallere Nakledilen Eşhâsın Emval ve Düyun ve Matlubat-ı Metrukesi Hakkında Kanun-u Muvakkat'in hangi saiklerle çıkarıldığının ve bu Kanun'da emval-i metruke konusunun ne şekilde düzenlendiğinin incelenmesidir. Çalışmamızda ilk olarak emval-i metruke konusunda yapılan ilk idari düzenlemeler kısaca açıklanacaktır. Sonrasında yasal düzenlemeye duyulan ihtiyaç ve sonrasında ise Tasfiye Kanunu'nun hükümleri incelenecektir. Son bölümde ise Tasfiye Kanunu hukuki açıdan irdelenmeye çalışılacaktır.

I- EMVAL-İ METRUKE NEDİR?

Giriş bölümünde kısaca bahsettiğimiz üzere Ermenilerin, Devlete isyan etmeleri üzerine 27 Mayıs 1915 tarihinde çıkarılan Vakti Seferde İcraat-ı Hükümete Karşı Gelenler İçin Cihet-i Askeriyece İttihaz Olunacak Tedabir Hakkında Kanun-u Muvakkat ile savaş zamanında ordu, kolordu, fırka ve müstakil mevki kumandanları; Hükümet emirlerine, memleket savunması ve asayişin korunması amacıyla alınacak tedbirlere karşı gelenlere ilişkin olarak her türlü önlemi alma konusunda yetkilendirilmiştir. Aynı Kanun'un 2. maddesi, bu askeri makamlara, casusluk veya hıyanetlerini hissettikleri köy ve kasaba ahalisini tek tek veya topluca, başka mahallere sevk ve iskân etme yetkisi de vermektedir. Zaten, bu nedenle, bu Kanun-u Muvakkate, uygulamada "Sevk ve İskân Kanunu" denilmektedir.

Sevk ve İskân Kanununun verdiği yetkiye dayanılarak, Ermeniler bulundukları yerlerden çıkarılmış ve yurdun başka bölgelerine sevk edilmişlerdir. Zorunlu göçe tabi tutulan bu kişilerin geride bıraktığı mallar, literatürde ve uygulamada emval-i metruke (terk edilmiş mallar) olarak adlandırılmıştır.

Emval-i metruke kavramının kapsamı belirlenirken dikkate alınması gereken en önemli mevzuat, uygulamada Tasfiye Kanunu olarak bilinen ve anılan 26 Eylül 1915 tarihli *"Ahar Mahallere Nakledilen Eşhâsın Emval ve Düyun ve Matlubat-ı Metrukesi Hakkında Kanun-u Muvakkat"*tir. Bu Kanun-u Muvakkat "14 Mayıs 1331 tarihli Kanun-u Muvakkat *(Sevk ve İskân Kanunu)* hükmünce ahar mahallere nakledilen eşhas-ı hakikiye ve hükmiyenin" geride bıraktıkları malları kapsamaktadır. Yani emvali metruke kavramı, Sevk ve İskân Kanunu kapsamında başka yere zorunlu olarak nakledilen kişilerin geride bıraktıkları mallarla ilgilidir.

II- EMVAL-İ METRUKE HAKKINDA YAPILAN İLK İDARİ DÜZENLEMELER

Sevk ve İskân Kanunu'nda, kimlerin ve niçin zorunlu sevke tabi tutulacağı açıklanmış ancak zorunlu göçe tabi tutulan kimselerden kalacak malların ne olacağı ile ilgili bir hükme yer verilmemiştir.

Bununla birlikte Hükümet, Kanun'un kabulünden sadece üç gün sonra, nakledilen kimselerin geride bıraktıkları taşınır malların akıbetiyle ilgili bazı düzenlemeler yapmıştır. Bu konudaki ilk düzenlemeler Meclis-i Vükela'nın 30 Mayıs 1915 tarihli "*Tehcir Kararı"* ile aynı tarihli Ahval-i Harbiye ve Zaruret-i Fevkalâde-i Siyasiye Dolayısiyle Mahall-i Ahire Nakilleri İcra Edilen Ermenilerin İskân ve İaşesiyle Hususat-ı Saireleri Hakkında Talimatnamededir. 10 Haziran 1915 tarihinde ise Ahval-i Harbiye ve Zaruret-i Fevkalade-i Siyasiye Dolayısıyla Mahall-i Ahire Nakilleri İcra Edilen Ermenilere Ait Emval ve Emlâk ve Arazinin Keyfiyet-i İdaresi Hakkında Talimatname yürürlüğe konulmuştur.

A- 30 Mayıs 1915 Tarihli Meclis-i Vükela Kararı

Meclis-i Vükelanın 30 Mayıs 1915 tarihli ve 24 numaralı kararında[1]; nakledilenlere ekonomik durumları nispetinde emlak ve arazi verileceği, muhtaç durumda olanlara ikamet edecekleri yeni evlerinin yapımı için yardım yapılacağı, ihtiyaç sahibi çiftçi ve sanatkârlara tohumluk, araç ve gereç verileceği belirtilmiştir.

Bu kararda, Ermenilerin geride bıraktıkları mallar hakkında da bazı düzenlemeler yapılmıştır. Kararda, geride kalan mal ve eşyaların aynen verileceği veya kıymetlerinin kendilerine münasip bir şekilde iade edileceği, boşaltılan köylere göçmenlerin ve aşiretlerin yerleştirileceği, sevke tabi tutulan Ermenilerin geride bıraktıkları emlak ve arazilerin kıymeti takdir edilerek göçmenlere dağıtılacağı, göçmenlerin uzmanlık ve uğraş alanları dışında kalan zeytinlik, dutluk, bağ ve portakallık gibi yerlerle dükkân, han, fabrika ve depo gibi gelir getiren yerlerin açık artırma ile satışının veya kiralanmasının yapılacağı, elde edilen gelirlerin kendilerine verilmek üzere sahipleri adına emaneten mal sandıklarında tutulacağı belirtilmiştir.

Kararda ayrıca geride kalan malların korunması ve yönetiminin sağlanması, iskân işlemlerinin hızlandırılması, düzenlenmesi ve teftişi ile bu konudaki talimatname hükümleri ve verilecek emirleri uygulamak üzere, doğrudan doğruya Dâhiliye Nezareti'ne bağlı olmak üzere, bir başkan ile biri dâhiliye memurları arasından, diğeri maliye memurları arasından seçilecek ve tayin edilecek iki üye olmak üzere toplam üç kişiden oluşan komisyonların kurulacağı ve görev yerlerine gönderileceği, komisyon gönderilmeyen yerlerde ise talimatname hükümlerinin valiler tarafından uygulanacağı ifade edilmiştir. Böylece *Meclis-i Vükela Kararı'nda ilk defa Ermenilerden kalan malların korunması ve*

---

1 Meclis-i Vükela Kararı için; *Osmanlı Belgelerinde Ermenilerin Sevk ve İskânı (1878-1920),* Başbakanlık Devlet Arşivleri Genel Müdürlüğü Osmanlı Arşivi Daire Başkanlığı Yayın No: 91, Ankara, 2007, ss. 155-157; Azmi Süslü, *Ermeniler ve 1915 Tehcir Olayı*, Yüzüncü Yıl Üniversitesi Rektörlüğü Yayın No: 5 Van, 1990, s: 111-113.

yönetiminden sorumlu olacak bir komisyon kurulmasından (bu komisyonun ismi belirtilmeksizin) bahsedilmiştir.[2]

B- Ahval-i Harbiye ve Zaruret-i Fevkalâde-i Siyasiye Dolayısiyle Mahall-i Ahire Nakilleri İcra Edilen Ermenilerin İskân ve İaşesiyle Hususat-ı Saireleri Hakkında Talimatname

Meclis-i Vükela kararı ile aynı günde (Sevk ve İskân Kanunu'ndan sadece üç gün sonra) Dâhiliye Nezareti'ne bağlı İskân-ı Aşair ve Muhacirin Müdüriyeti tarafından, toplam 15 maddeden oluşan "*Ahval-i Harbiye ve Zaruret-i Fevkalâde-i Siyasiye Dolayısiyle Mahall-i Ahire Nakilleri İcra Edilen Ermenilerin İskân ve İaşesiyle Hususat-ı Saireleri Hakkında Talimatname*"[3] yayınlanmıştır.

Talimatname, esas itibari ile sevk ve iskânın hangi ilkeler etrafında yapılacağı ile ilgilidir.[4] Bununla birlikte Talimatnamenin ikinci maddesinde nakledilen kişilerin taşınabilir bütün mallarını ve hayvanlarını yanlarında götürebileceği hüküm altına alınmıştır. Ayrıca Talimatname, zorunlu göçe tabi tutulan kişilere, iskân edilecekleri yerlerde arazi verilmesiyle ilgili hükümler de ihtiva etmektedir. Örneğin Talimatnamenin 9. maddesi, kendileri için ayrılan yere gelen ahalinin kesin şekilde yerleşmesine kadar iaşesi ile muhtaç olanların evlerinin yapımının dahi, göçmenler ödeneğinden karşılanmak üzere, Hükümet'e ait olduğunu hüküm altına almıştır. Ayrıca Talimatnamenin 12. maddesine göre, iskân edilen her aileye geçmişteki ekonomik durumları ve şimdiki ihtiyaçları dikkate alınarak, muhacirin komisyonu tarafından, uygun miktarda arazi verilecektir. Üstelik Talimatnamenin 15. maddesine göre ihtiyaç sahibi sanatkârlara ve tarımla uğraşanlara münasip miktarda sermaye veyahut araç ve gereç verilecektir.

C- Ahval-i Harbiye ve Zaruret-i Fevkalade-i Siyasiye Dolayısıyla Mahall-i Ahire Nakilleri İcra Edilen Ermenilere Ait Emval ve Emlâk ve Arazinin Keyfiyet-i İdaresi Hakkında Talimatname

Meclis-i Vükela kararında Ermenilerin geride bıraktıkları mallar konusunda bazı açıklamalar, 30 Mayıs 1915 tarihli Talimatnamenin 2. maddesinde nakledilen kişilerin taşınabilir bütün mallarını ve

---

[2] Güner, Hasan, "Ermenilerin Geride Bıraktıkları Mallar Hakkında Yapılan İlk Düzenlemeler ve Emval-i Metruke Komisyonları", Yeni Türkiye Dergisi, Ankara, Eylül-Aralık 2014, S. 63, s. 3147.

[3] TTK Arşivi Nurettin Peker Koleksiyonu (NP.) 1.6; *Askerî Tarih Belgeleri Dergisi (ATBD),* S. 83, 1983, Belge Numarası 1916, ss. 129-133; *Arşiv Belgeleriyle Ermeni Faaliyetleri 1914-1918 C. 1,* Genelkurmay Basımevi, Ankara, 2005, ss. 132-137; Süslü, *1990,* s. 114-115.

[4] Makalemizde bu Talimatnameye ve 10 Haziran 1915 tarihli Talimatnameye detaylı şekilde yer verilmeyecek sadece önemli hükümlerine özet olarak yer verilecektir. Emval-i Metruke hakkında yapılan ilk idari düzenlemeler hakkında detaylı bilgi için bkz. Güner, ss. 3144-3158

hayvanlarını yanlarında götürebileceği hüküm altına alınmış olsa da, Ermenilerin geride kalan taşınır ve taşınmazları ile alacak ve borçları konusunun bir mevzuat ile düzenlenmesine ihtiyaç duyulmuştur. Bu nedenle, Meclis-i Vükela Kararında da belirtildiği üzere, Ermenilerin geride kalan malları hakkında daha detaylı ve açıklayıcı bir hukuki düzenlemeye ihtiyaç duyulmuştur. Bu ihtiyaç doğrultusunda 10 Haziran 1915 tarihinde toplam 34 maddeden oluşan *"Ahval-i Harbiye ve Zaruret-i Fevkalade-i Siyasiye Dolayısıyla Mahall-i Ahire Nakilleri İcra Edilen Ermenilere Ait Emval ve Emlâk ve Arazinin Keyfiyet-i İdaresi Hakkında Talimatname"*[5] yürürlüğe konulmuştur.

Talimatname incelendiğinde, emval-i metrukenin idaresi için komisyonlar kurulması ve bu komisyonların görev ve yetkileri, sevke tabi tutulan Ermenilerin geride bıraktıkları malların durumu ve göçmenlerin iskânı olmak üzere üç ana konu etrafında şekillendirildiği görülmektedir.

Talimatnamenin en önemli özelliği, 30 Mayıs 1915 tarihli Meclis-i Vükela kararında kurulacağı belirtilen komisyonların hayata geçirilmiş olmasıdır. Talimatnamenin 1. maddesine göre, zorunlu göçe tabi tutulan Ermenilerin geride bıraktıkları emlak, arazi ve diğer konuların idare ve yönetiminden sorumlu olmak üzere özel olarak teşkil edilecek komisyonlar kurulacaktır. Talimatnamenin 23. maddesinde ise emval-i metrukenin idaresinin "emval-i metruke idare komisyonlarına" ait olacağı ifade edilmiştir. Bu açıklama ile 1. maddede kurulacağı belirtilen özel komisyonların isminin emval-i metruke idare komisyonu olduğu açıklanmıştır. *Böylece emval-i metruke mevzuatı kapsamında ilk defa emval-i metruke idare komisyonlarından bahsedilmiştir.* Talimatnamenin 30. maddesine göre komisyonlar, özel olarak atanmış bir başkan ve (biri mülkiyeden, diğeri maliyeden) iki üye olmak üzere toplam üç kişiden oluşacaktır. Doğrudan Dâhiliye Nezareti'ne bağlı olarak çalışacak olan bu komisyonlar, hem geride kalan taşınır ve taşınmazların idaresinden, hem de boşaltılan yerlere yerleştirilmek üzere göçmen gönderilmesi ve bunlarla ilgili ayrıntılı işlemlerin yapılmasından (madde 26) sorumludur.

Talimatnamede düzenlenen temel konu ise, sevke tabi tutulan Ermenilerin geride bıraktıkları malların durumudur. Talimatname, bu malların durumunu ayrıntılı şekilde düzenlemiştir. Örneğin Talimatnamenin 2. maddesine göre, zorunlu göçe tabi tutulan kimselerden kalan ve içinde eşya bulunan tüm binalar, komisyonca uygun görülecek memur veya özel heyet tarafından derhal mühürlenerek koruma altına alınacaktır. Koruma altına alınan eşyalar detaylı şekilde deftere kayıt edilecek ve kilise, okul ve han gibi depo olarak kullanılmaya elverişli yerlere taşınarak sahipleri ayırt edilebilecek şekilde ayrı ayrı yerleştirilerek muhafaza altına alınacaktır.

---

[5] TTK Arşivi, NP. 1.1; *ATBD*, S. 81, 1982, Belge Numarası 1832, s. 147-148; *Arşiv Belgeleriyle Ermeni Faaliyetleri 1914-1918 C. 1*, ss. 139-146

Talimatnamenin 5. maddesi gereğince, taşınırlardan, bozulma ihtimali olan eşya ile hayvanlar, komisyonun uygun göreceği bir heyet tarafından açık artırma yolu ile satılacak ve satış bedeli, sahibi adına (sahibi bilinmiyorsa eşyanın bulunduğu köy veyahut kasaba) adına emanete alınması için mal sandıklarına teslim edilecektir.

Talimatname, zorunlu göçe tabi tutulan kişilerin taşınmazları hakkında da düzenlemeler ihtiva etmektedir. Talimatnamenin 7. maddesine göre, nakledilen kimselerden her birine ait metruk emlak ve arazinin cinsi, çeşidi, miktar ve kıymetleri isimleriyle birlikte deftere geçirilecek, ayrıca her köy ve kasabaya ait metruk emlak ve arazi için de emval-i metruke cetvelleri düzenlenerek idare komisyonuna verilecektir. Bu arazinin idaresi, emval-i metruke idare komisyonlarına ait olacaktır. Talimatnamenin 20. maddesine göre, satın almak için isteklisi bulunmayan emlak ve arazi, isteklilere, iki seneyi geçmemek üzere kiralanabilecektir. Talimatnamenin 22. maddesi ise satış ve kiradan elde edilen paraların sahibi adına emaneten mal sandıklarına yatırılmasını ve sonradan yapılacak tebligat/bilgilendirme doğrultusunda sahiplerine ödenmesini öngörmüştür.

III- 26 EYLÜL 1915 TARİHLİ TASFİYE KANUNU

İttihat ve Terakki Hükümeti, Ermenilerden kalan mallar konusunda ortaya çıkan hukuki belirsizliklerin ve gerekse Ermenilerden alacağı olan devletlerin verdiği notaların etkisiyle daha detaylı bir düzenleme yapma ihtiyacı hissetmiştir. Bu doğrultuda zorunlu göçe tabi tutulan Ermenilerin borçları ve alacaklarını da kapsayan ve toplam 11 maddeden oluşan 26 Eylül 1915 tarihli *"Ahar Mahallere Nakledilen Eşhâsın Emval ve Düyun ve Matlubat-ı Metrukesi Hakkında Kanun-u Muvakkat"* hazırlanarak yürürlüğe konulmuştur.[6]

Böylece Kanun yürürlüğe konulmadan önce, talimatname ve taşraya gönderilen talimatlar gibi idari düzenlemeler ile yürütülen işlemler yasal dayanağa kavuşturulmuştur. Osmanlı Mebusan Meclisi bu dönemde kapalı olduğu için, Osmanlı yazışmalarında ve uygulamada Tasfiye Kanunu[7] olarak adlandırılan bu Kanun-u Muvakkat, Meclis'te görüşülememiştir.

Bu Kanun'un genel yapısını şu şekilde açıklayabiliriz.

---

6 Takvim-i Vekayi, 14 Eylül 1331/27 Eylül 1915, No: 2303; Düstur, II. Tertip, VII. Cilt, Dersaadet, 1336, ss. 737-740; Kardeş, Selahattin, *Tehcir ve Emvali Metruke Mevzuatı,* Maliye Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı Yayınları, Ankara, 2012, ss. 23-31

7 Belgelere örnek olarak; BOA. DH. HMŞ. 12/31. 24 Teşrin-i Evvel 1331/6 Kasım 1915. Öte yandan Vahakn N. Dadrian, söz konusu Kanundan, Geçici Kamulaştırma ve Müsadere Yasası diye bahsetmektedir. (Dadrian, N. Vahakn, *Ulusal ve Uluslararası Hukuk Sorunu Olarak Jenosid,* Belge Yayınları, İstanbul, 1995, s. 53)

A- Tasfiye Kanunu'nun Kapsamı

Tasfiye Kanunu'nun 1. maddesinde "14 Mayıs 1331 tarihli Kanun-u Muvakkat (Sevk ve İskân Kanunu) hükmünce ahar mahallere nakledilen eşhas-ı hakikiye ve hükmiyenin" terk etmiş oldukları malların tasfiyeye tabi olduğu belirtilmiştir. Dolayısıyla Tasfiye Kanunu'nun kapsamına, Sevk ve İskân Kanunu gereğince başka mahallere zorunlu olarak nakledilen gerçek ve tüzel kişilerin geride bıraktıkları mallar girmektedir.

Bununla birlikte, uygulamada, ahalisi nakledilmiş yerler halkından (bu yerlerde doğan veya ikamet eden) olup da yabancı memleketlerde veya başka yerlerde olduğu için nakle tabi tutulamayanların malları da emval-i metruke kapsamında değerlendirilmiştir. Örneğin Maliye Nezareti Emlak-ı Emiriyye Müdüriyetinden Hariciye Nezareti'ne yazılan tezkirede; bilinen ahalisi nakledilmiş yerlerde doğan veya ikamet etmekte olup da yabancı memleketlerde veya diğer yerlerde olduğu için genel sevke uyamayanlar (tabi olamayanlar) ile herhangi bir sebeple sevk esnasında eskiden beri ikamet ettikleri yerlerden başka yerlerde tutulan veya iskân edilen Ermenilerin mallarının da Tasfiye Kanunu'na tabi olduğu bildirilmiştir.[8]

Ayrıca, ahalisi nakledilen yerlerde doğmadığı veya ikamet etmediği halde bu gibi yerlerde mal ve taşınmaz edinen kimselerin malları da bu kapsamda değerlendirilmiştir. Örneğin Dâhiliye Nezareti Hukuk Müşavirliği tarafından bilumum Tasfiye Komisyonlarına gönderilen 29 Ocak 1916 tarihli telgrafta, ahalisi nakledilen mahallerde mütevellit ve mütemekkin olmayıp da bu gibi mahallerde emval ve emlaki bulunan Ermenilerin bu yerlerle mali alakalarının kesileceğinden dolayı bu kimselerin oralarda ne gibi emval ve emlakinin bulunduğunun bildirilmesi istenmiştir.[9]

B- Komisyonlar

Tasfiye Kanunu'nun 1. maddesinde; Sevk ve İskân Kanunu gereğince başka yerlere nakledilen gerçek ve tüzel kişilerden kalan malların, alacakların ve borçların, bu husus için oluşturulacak komisyonların her şahıs için ayrı ayrı düzenleyecekleri mazbatalara göre mahkemelerce tasfiye edileceği belirtilmiştir. Dolayısıyla tasfiyenin ilk aşaması, komisyonların kurulmasıdır. Ancak komisyonların kuruluş şekli Kanun'da izah edilmemiş ve Kanun'un 8. maddesinde; komisyonların kuruluş şekli ile bu Kanunun diğer hükümlerinin uygulanış biçimi ve yürütülmesinin bir Nizamname ile tespit edileceği belirtilmiştir. Bu amaçla çıkarılan 13 Eylül 1331 Tarihli Kanun-u Muvakkatin Suver-i İcraiyesini Mübeyyin Nizamname'nin 5. maddesine göre İçişleri ve

---

8 BOA. Hariciye Nezareti Siyasi (HR. SYS.) 2875/7-7/a.

9 BOA. Dâhiliye Nezareti Hukuk Müşavirliği (DH. HMŞ.) 12/76.

Adalet Bakanlıklarının birlikte tayin ve ilân edecekleri mahallerde, 26 Eylül 1915 tarihli Kanunda belirlenen görevleri yapmak üzere komisyonlar kurulacaktır; her komisyon, İçişleri Bakanlığının atayacağı bir başkan ile Adalet ve Maliye Bakanlıkları tarafından seçilecek birer üyeden oluşacaktır.

C- Tasfiye Kanunu'nda Taşınmazların Durumu

1- Taşınmazların Maliye ve Vakıf Hazineleri Adına Tescil Edilmesi

Tasfiye Kanunu'nun 2. maddesinde; nakledilen gerçek ve tüzel kişilerin tasarruf ettikleri icareteynli müsakkafat ve müstagallât vakfiyenin Vakıflar Hazinesi, diğer taşınmazların Maliye Hazinesi adlarına tescilinin yapılacağı hüküm altına alınmıştır.

Öncelikle vakıf taşınmazların durumunu değerlendirelim. İslam hukukuna ve Osmanlı tatbikatına göre vakıf, bir malın, yararının (kendisinin veya gelirinin) sonsuza kadar devam etmesi niyetiyle, hayri bir hizmetin görülmesine tahsis edilmesidir. Bu şekilde vakfedilen taşınmazlara, vakıf arazi denilmektedir.

Nakledilen gerçek ve tüzel kişilerin tasarruf ettikleri vakıf taşınmazların Tasfiye Kanunu kapsamında Vakıf Hazinesine geçmesi açısından ikili bir durum söz konusudur. Bu durumu açıklayabilmek için önce vakıf taşınmazlarda icareteyn usulünü açıklamamız gerekmektedir. Vakıflar görecekleri hizmetleri yapabilmek için belli bir gelire ihtiyaç duymaktadırlar. Bu bağlamda vakıfların gelir kaynaklarından biri de akarlarıdır. Vakıf akarlarının (gelir getirici taşınmaz) yönetiminde önceleri normal kira hükümleri uygulanmakta iken, vakıfların yönetiminde ortaya çıkan zorlayıcı sebep ve ihtiyaçlar dolayısıyla vakıf akarlarında zamanla icareteyn usulü uygulanmaya başlanmıştır. *Çift kira anlamına gelen icareteyn,* biri icare-i muaccele (peşin alınan), diğeri de icare-i müeccele (daha sonra alınmak üzere olan kira) olmak üzere iki şekilde kira ödenmesi esasına dayanmaktadır. Zaten bu yüzden bu kira yöntemine iki kira anlamına gelen icareteyn denmiştir. Dolayısıyla icareteynli vakıf taşınmazlar, vakfın yöneticisi tarafından icare-i muaccele adıyla taşınmazın değerine yakın peşin alınan bir para ve her yılsonunda icare-i müeccele adıyla belirlenen cüzi bir ücret karşılığında taliplilerine teslim olunan bina ve arazi cinsinden vakıf akarlardır. Bu bağlamda *icareteynli müsakkafat;* icareteynli kiraya konu olan, üzeri damla örtülü yerleri; *icareteynli müstagallât* ise; icareteynli kiraya konu olan bağ, bahçe ve tarla gibi vakıf mallarını ifade etmektedir[10]. Bu malların kuru mülkiyeti (rekabesi), ilgili vakfa aittir (bir başka ifadeyle kiracı, kira

[10] Akgündüz, Ahmet, İslam Hukukunda ve Osmanlı Uygulamasında Vakıf Müessesesi, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 1988, s. 255

konusu mala malik değildir); ancak kiracı, bu mallar üzerinde, günümüzdeki Türk hukukundaki süresiz intifa hakkına benzer süresiz bir kira hakkına sahiptir. Tasarruf hakkı olarak adlandırılan bu hak, intikal hükümlerine göre, kanunda belirtilen mirasçılara intikal etmektedir[11]. Ayrıca bu şekilde kiralanan taşınmaz üzerindeki tasarruf hakları, üçüncü şahıslara ferağ[12] edilebilmektedir.

Dolayısıyla icereteynli taşınmazlarda mülkiyet, kuru mülkiyet ve tasarruf hakkı olmak üzere iki kısımda değerlendirilmelidir. Bu durumu dikkate alırsak nakledilen gerçek ve tüzel kişilerin tasarruf ettikleri icareteynli müsakkafat ve müstagallât vakfiyenin Vakıflar Hazinesine geçmesi açısından şu sonuca varırız: Eğer vakıf taşınmazın kuru mülkiyeti nakledilen kişilere ait ise bu mülkiyet Vakıf Hazinesine geçmektedir. Buna karşılık kuru mülkiyeti nakledilen kişilere ait olmadığı halde bu kişilerin tasarruf ettikleri vakıf taşınmazlarda ise Tasfiye Kanunu'nun 2. maddesi kapsamında Vakıf Hazinesine geçen husus, taşınmaz mülkiyetinin (bir başka ifadeyle taşınmazın kuru mülkiyetinin) kendisi değil, aslen vakıf olan ve kuru mülkiyeti vakfa ait olan taşınmaz üzerindeki bu tasarruf hakkıdır.

Maliye Hazinesi adına tescil edilecek taşınmazları ise iki grupta değerlendirmek gerekir. Nakledilen kişilerin özel mülkiyetinde bulunan, diğer ifade ile tapuda bu kişiler adına tescilli olan ve İslam hukukunda/Osmanlı tatbikatında mülk arazi olarak adlandırılan taşınmazların bu madde kapsamında Maliye Hazinesine geçtiğine kuşku bulunmamaktadır. Üstelik bu malların Kanun gereği Maliye Hazinesine intikal etmesi açısından taşınmazların tapuda kayıtlı olup olmamasının da bir etkisi bulunmamaktadır.[13] Buna karşılık kuru mülkiyeti (rekabesi) Devlete ait olan fakat vatandaşların kullanım haklarının bulunduğu miri arazide, Maliye Hazinesine intikal eden, taşınmazın kuru mülkiyeti değil, şahısların miri arazi üzerindeki kullanım hakkıdır. Osmanlı'da devlet kuru mülkiyeti kendisinde kalmak üzere, miri arazinin sadece kullanım hakkını vatandaşlara devretmekteydi. Şahısların bu arazi üzerindeki haklarının niteliği tartışmalıdır; çünkü tasarruf hakkı olarak adlandırılan bu hak günümüzdeki akit türlerinden hiç birine tam olarak uymamaktadır. En çok kira sözleşmesine benzetilmektedir, ancak icareteynli taşınmazlarda olduğu gibi bu taşınmazlarda da intikal ve ferağ söz konusudur. Bununla birlikte bu arazinin kuru mülkiyetinin, her durumda devlette kaldığı konusunda duraksama bulunmamaktadır. Dolayısıyla mülkiyeti Devlete ait olan, ancak nakledilen kimseler tarafından kullanılan miri arazi niteliğindeki taşınmazlarda kuru

---

[11] Akgündüz, 1988, s. 369

[12] Ferağ, kuru mülkiyeti kendisine ait olmayan miri arazi ya da vakıf arazi niteliğindeki taşınmazlar üzerindeki tasarruf hakkının üçüncü kişilere bedeli karşılığında devredilmesidir. Bu muameleyi, günümüz hukukundaki taşınmaz satışı ile karıştırmamak gerekir.

[13] Düzceer, Ali Rıza, *Kadastro Kanunu,* Yetkin Hukuk Yayınları, Ankara, 1996, s. 218

mülkiyetin tekrar Devlete geçmesi söz konusu değildir; devlete geçen, bu taşınmazların tasarruf hakkıdır.

Taşınmazların çok büyük bir bölümünün Devlete ait olduğu ve özel mülkiyetin çok yaygın olmadığı dikkate alındığında, Tasfiye Kanunu gereğince Maliye Hazinesi'ne intikal eden taşınmazların büyük bir kısmının miri arazi olması kuvvetle muhtemeldir. Bir başka ifadeyle, Tasfiye Kanunu gereğince Maliye Hazinesine intikal eden mülk taşınmaz sayısının, miri taşınmaz sayısına göre oldukça düşük olması gerektiği düşünülmektedir. Zaten dönemin hukuki düzenlemelerinde ve telgraflarında sıkça yer bulan tasarruf etmek, mutasarrıf, ferağ, vefaen ferağ, tefviz gibi kavramlar miri arazi için söz konusu olan kavramlardır.

2- Tescilsiz İktisap

Aslında Kanun metninde bu taşınmazların otomatikman (kanun gereği) ve tescilden önce Maliye ve Vakıf Hazinesi mülkiyetine geçtiğine dair açık bir ibare bulunmamaktadır. Ancak, uygulamada ve yargı kararlarında, bu taşınmazların kanun gereği ve tescilden önce Maliye ve Vakıf Hazinesinin mülkiyetine geçtiği kabul edilmiştir. Bu durum hem TBMM'nin 1331 sayılı Temlik Kanunu'nun 7. maddesi ile ilgili 146 sayılı tefsir kararında, hem de Anayasa Mahkemesi'nin 22.04.1963 tarih ve E:1963/4, K:1963/94 sayılı kararında açık bir şekilde ifade edilmiştir. Örneğin 146 sayılı tefsir kararında; *26 Eylül 1915 ve 15 Nisan 1923 tarihli Kanunlara göre el konulmuş ve konulacak olan taşınmazların, Hazine adına kaydedilmiş hükmünde olduğu* belirtilmiştir.[14] Anayasa Mahkemesi'nin 22.04.1963 tarih ve E:1963/4, K1963/94 sayılı kararında[15] ise "Lozan Antlaşması'nın yürürlüğe girdiği *06 Ağustos 1924 tarihinden önce firari ve mütegayyip duruma giren veya başka mahalle nakledilmiş bulunan bir kimsenin mallarının mülkiyeti, bu duruma girdiği tarihten itibaren, dosyasında o tarihte alınmış bir vaz'ıyet kararı olsun olmasın, ilgisine göre Maliye veya Vakıflar uhdesine Kanun uyarınca geçmiş bulunmaktadır.* Bu itibarla böyle bir şahsın, firari veya mütegayyip olup olmadığının tespiti işine 06 Ağustos 1924 tarihinden evvel başlanmamış ve bu tarihten önce bir vaz'ıyet kararı verilmemiş olması, esasen bu tarihten önce Kanun gereğince ilgili hazine uhdesine geçmiş olan malların hukuki durumu üzerinde hiçbir etki yapamaz. Bu bakımdan *06 Ağustos 1924 tarihinden evvel başka yere nakledilmiş veya firar veya tegayyüp eylemiş bir kimsenin malı, bu tarihten evvel Hazine'ye veya Vakıflar İdaresi'ne bir Kanunla geçmiş bulunduğundan, bu tarihten sonra bu durumun belirtilmesi maksadıyla yapılan işlemler, gayrimenkul mülkiyetinin bu idarelere geçirilmesini değil, vaktiyle tahakkuk etmiş bulunan intikal muamelesinin belirtilmesi amacını* gütmektedir." ifadelerine yer verilmiştir.

---

[14] Güner, Hasan, *Ermenilerin Emval-i Metrukesi*, Astana Yayınları, Ankara, 2016, s.111

[15] 31.07.1963 tarihli ve 11468 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

Dolayısıyla 26 Eylül 1915 tarihli Tasfiye Kanunu'nun yürürlüğe girmesi ile birlikte, nakle tabi tutulan kimselerin taşınmazları üzerindeki mülkiyet hakları sona ermiş ve bunların mülkiyeti, Maliye ve Vakıflar Hazinesi'ne, tescilden önce, geçmiştir.[16] Yani ilgisine göre Vakıflar ve Maliye Hazinesi, Ermenilerden kalan taşınmazların mülkiyetini, tapuya tescil yapılmadan önce, 26 Eylül 1915 tarihli Tasfiye Kanunu'nun yürürlüğe girmesi ile kazanmıştır. Üstelik mülkiyetin bu şekilde Vakıflar ve Maliye Hazinelerine geçmesi için, bu taşınmazların fiilen Vakıflar ve Maliye Hazinesi idaresi altına alınması veya taşınmazlarla ilgili olarak idarelerce alınmış bir el koyma kararının bulunması zorunlu değildir. Çünkü Sevk ve İskân Kanunu gereğince başka yerlere nakledilen kimselerin taşınmazları üzerindeki hakları Tasfiye Kanunu'nun 2. maddesinde yapılan bu düzenleme ile son bulmuştur. Nakle tabi tutulan kimseler ancak taşınmazların tasfiyesinden sonra kalan bedeli alabileceklerdir.[17]

Mülkiyet hukukunda taşınmazın mülkiyetinin bu şekilde tescilden önce kazanılması, tescilsiz iktisap kavramı ile ifade edilmektedir. Aslında, taşınmaz mülkiyetinin kazanılması için genel prensip taşınmazın tapuda tescilidir; bununla birlikte bazı hallerde taşınmaz mülkiyeti tescilden önce kazanılabilmektedir[18]. İşte bu tür durumlara tescilsiz iktisap denilmektedir. Bu bağlamda tescilsiz iktisap, tapu siciline kayıt yapılmadan önce taşınmaza malik olunması durumudur[19]. Dolayısıyla tescilsiz iktisapta, tapu sicilinde yapılan tescil kurucu (inşai) değil, açıklayıcı (izhari) bir niteliğe sahiptir. Tescilsiz iktisapta malik taşınmaz üzerinde temliki tasarruf hakkı dışındaki tüm haklara sahiptir. Örneğin bu malların kiraya verilmesi, bu mallardaki işgallerden dolayı ecrimisil talep edilmesi, tescil olmadan da mümkündür. Bununla birlikte tescil mülkiyetin kazanılması için kurucu bir rol oynamayacaksa da mülkiyetin tescilden önce kazanıldığı hallerde tescilin yapılması yine de büyük önem taşımaktadır. Çünkü tescilsiz iktisapta tapu siciline yapılacak tescil açıklayıcı bir fonksiyon ifa etmektedir, ancak tescil yapılmadıkça malik taşınmazı üzerinde temliki tasarrufta bulunamamaktadır. Dolayısıyla tescil, malike taşınmaz üzerinde temliki tasarrufta bulunma imkânı verecektir. Temliki tasarruf; malvarlığına dâhil bir hakkın doğrudan doğruya devrini, içeriği

---

[16] Şimşek, Suat, "Emval'i Metruke İle İlgili Olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde Açılabilecek Davaların Muhtemel Sonuçları", *Adalet Dergisi,* 2014, S. 49, s. 197

[17] Bertan, Suad, *Ayni Haklar* Cilt 1, Ankara, 1976, s. 202

[18] Oğuzman, M. Kemal/Seliçi, Özer/Özdemir, Saibe Oktay, *Eşya Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004, s. 312

[19] Türk hukukundan örnek vermek gerekirse Medeni Kanunun 705. maddesinde miras, mahkeme kararı, cebri icra, işgal, kamulaştırma halleri ile kanunda öngörülen diğer hallerde (yeni arazi oluşması, mal ortaklığı rejimine geçiş, kişiliği sona eren bir tüzel kişinin mal varlığının kamu tüzel kişisine geçmesi vd.) mülkiyetin tescilden önce kazanılacağı belirtilmiştir. Fakat tescilsiz iktisap halleri sadece bu maddede sayılanlar ile sınırlı değildir.

itibariyle değişmesini veya ortadan kalkmasını meydana getiren bir veya çok taraflı işlemdir[20]. Taşınmazlar tapuda tescil edilmeksizin yapılamayacak temliki tasarruflar, mülkiyetin başkasına devredilmesi, taşınmaz üzerinde irtifak hakkı tesis edilmesi ve rehin kurulması olarak açıklanabilir.

Dolayısıyla taşınmazların mülkiyetini kazanan Vakıflar ve Maliye Hazineleri kendilerine kanun gereği geçen taşınmazlar üzerinde sadece temliki tasarrufları yapamayacak,[21] mülkiyete ait diğer tüm işlemleri ise yapabileceklerdir. Örneğin bu taşınmazların idarelerce kiraya verilmesi ya da bunları işgal edenlerden ecrimisil talep edilmesi mümkündür. Buna karşılık temliki tasarruflara ait işlemler ancak bu taşınmazlar Maliye ya da Vakıf Hazinesi adına tescil edildikten sonra yapılabilecektir.

3- Taşınmazlarda Tasarrufun İspatı

Gerek mülk arazi ve gerekse miri arazi de tasarruf hakkı tapu dışındaki belgelerle de ispat edilebilmektedir. Tasfiye Kanunu'nun 2. maddesinde emval-i metrukede tasarrufun ispatında muvazaadan arındırılmış olmak şartıyla tapu senetlerinden başka belgelerin de kabul edileceği belirtilerek tasarrufun ispatında kolaylık sağlanmıştır.

Kanun metninde tapu senetleri dışında kabul edilecek belgelerle ilgili olarak herhangi bir örneklendirme yer almamıştır. Ancak 02.07.1930 tarihli ve 1536 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Tapu Kayıtlarından Hukuki Kıymetlerini Kaybetmiş Olanların Tasfiyesine Dair Kanunun Tapu İdarelerince Sureti Tatbiki Hakkındaki Nizamname'de ve 09.07.1987 tarihli ve 19512 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 3402 sayılı Kadastro Kanunu'nda tasarrufun ispatında kullanılacak bazı belgeler, tahdidi olarak sayılmıştır. Bunları; vergi kayıtları, adi senetler, tasdikli irade suretleri ve fermanlar, muteber mütevelli, sipahi, mültezim, temessük veya senetleri, kayıtları bulunmayan tapu ve muvakkat tasarruf ilmühaberleri, tasdiksiz tapu yoklama kayıtları, mübayaa, istihkâm ve ihbar hüccetleri, mülkname ve muhasebatı atika kalemi kayıtları, evkaf idarelerinden tapuya devredilmemiş tasarruf kayıtları ve zilyedi lehine kesinlik kazanmış olup da zaman aşımından dolayı icra vasıtasıyla tenfizi mümkün olmayan ilamlar olarak sıralamak mümkündür. Burada sayılan belge çeşitlerinin, Tasfiye Kanunu açısından da tasarrufun ispatı bakımında kullanılabilir olması gerektiğini düşünüyoruz. Ancak bunun için temel şart, bu belgelerde muvazaa olmamasıdır. Muvazaa; tarafların üçüncü kişileri aldatmak amacıyla gerçek iradelerine uymayan bir işlem yapmaları, fakat görünürdeki bu işlemin kendi aralarında geçerli olmayacağı

---

[20] Kardeş, Salahaddin, *Ansiklopedik Hazine Malları Sözlüğü,* Maliye Bakanlığı APK Kurulu Başkanlığı Yayınları, Yayın No: 2004/36, Ankara, 2004, s. 999

[21] Esener, Turhan/Güven, Kudret, *Eşya Hukuku,* Yetkin Kitapevi, Ankara, 2012, s. 208

hususunda anlaşmalarıdır.[22] Tarafların gerçek iradelerine uymayan görünürdeki işlem (muvazaalı işlem) geçersizdir, batıldır. Muvazaalı işlem taraflar arasında hiçbir hukuki sonuç, alacak ve borç doğurmaz. Bu tür muvazaalı işlemler, Tasfiye Kanunu açısından da geçersizdir.

4- El Koymadan Önceki Taşınmaz Satışları

Kanunun 2. maddesinde, zorunlu göçe tabi tutulanların nakil tarihlerinden on beş gün önceki süre içerisinde yapmış oldukları ferağ verme işlemleri (taşınmazların tasarruf hakkının tapuda devir işlemleri), muvazaa veya gabn-i fahiş olmaması şartıyla, geçerli kabul edilmiştir.

Burada dikkat çeken ilk husus, Kanun'un, zorunlu nakilden yalnızca 15 gün önceki dönemde yapılan ferağ işlemleriyle ilgilenmesidir. Bunu tersinden okursak zorunlu nakil tarihinden 15 günden daha fazla önce yapılan işlemlerin muvazaa ya da gabn-i fahiş açısından değerlendirmeye tabi tutulmayacağı gibi bir sonuca varırız. Zaten Kanun'un uygulanması amacıyla çıkarılan Nizamnamenin 1. maddesi "Bu heyet öncelikle, adı geçen kişilerin nakil tarihlerinden on beş gün önceki süre içinde veya nakil emrinin tebliğinden sonra yapmış oldukları bütün ferağ işlemlerinin tapu sicilindeki zabıt defterlerinden, üç gün içinde bir cetvelini çıkararak altı mühürlenip tasfiye komisyonuna verir." hükmünü ihtiva etmektedir. Anlaşılan o ki, kanun koyucu, zorunlu nakil tarihinde önceki tüm ferağ işlemlerini kapsam dâhiline almak istemediği için bu işlemleri 15 günlük dönem ile sınırlandırmıştır.

Zorunlu nakil tarihinden önceki 15 günlük dönemde yapılan işlemler ise değerlendirmeye tabi tutulacak ve bu işlemlerde muvazaa veya gabn-i fahişin mevcudiyeti mahkeme kararı ile tespit edilirse yapılan sözleşmeler geçersiz sayılacaktır.

Bunlardan muvazaayı yukarıda açıklamıştık. Kanun'un 2. maddesi açısından bunları yorumlarsak, muvazaalı ferağ, aslında ortada bir satış iradesi olmamasına rağmen, mal varlığını gizlemek ve mallarını el konulmaktan korumak amacıyla 3. bir şahsa devredilmesi olarak tecelli edecektir. Kanun koyucu, Ermenilerin taşınmazlarını satmadıkları halde satmış gibi göstermesini engellemek amacıyla muvazaalı işlemlerin iptal edilmesini öngörmüştür.

Gabin ise; sözlük anlamı olarak aşırı yararlanma, faydalanma anlamına gelmektedir. Türk Hukuk öğretisinde ise gabin, karşılıklı edimler arasında, sözleşme taraflarından birinin, diğer tarafın zor durumda olmasından, işi hafife almasından veya tecrübesizliğinden yararlanarak aşırı oransızlık meydana getirmesi olarak tanımlanmaktadır. Gabinin objektif ve sübjektif olmak üzere iki şartı

---

[22] Reisoğlu, Safa, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Beta Yayınları, İstanbul, 2006, s. 86-87

vardır. Objektif şartı, edimler arasında aşırı oransızlık bulunması oluşturur. Sübjektif şartı ise, edimler arasındaki aşırı oransızlığın, taraflardan birinin zor durumda olmasından, hiffetinden, tecrübesizliğinden yararlanması oluşturmaktadır[23]. Netice itibarıyla gabn-i fahiş, taraflardan birinin tecrübesizliği ve yeterinde dikkatli olmaması nedeniyle tarafların edimleri arasında aşırı bir orantısızlık olmasıdır. Bunu, konumuz açısından örneklendirirsek nakil nedeniyle zor durumda kalan ve taşınmazlarını bir an önce elden çıkarmaya çalışan Ermenilerin, bu zaruretleri nedeniyle taşınmazlarını çok düşük fiyata satmak zorunda kalmalarıdır. Kanun koyucu, edimler arasında bu şekilde aşırı bir fark olmasının (taşınmazların çok ucuz fiyatla elden çıkarılmak zorunda kalınmasının) Ermenilerin ve Ermenilerden alacağı olan kimselerin zararına olacağını düşünerek ve bunların hak kaybına uğramasını önlenmek için gabn-i fahiş bulunan satışların iptalini öngörmüştür.

Burada son olarak ferağ verme işlemlerinin geçersiz sayılması ve yapılan işlemin iptal edilebilmesinin kimin görev alanında olduğu meselesinin de değerlendirilmesi gerekir. Tasfiye Kanunu, muvazaanın veya gabn-i fahişin varlığının mahkeme kararı ile belirlenmesini öngörmüş, ancak işlemin kim tarafından iptal edileceğini açıklamamıştır. Ancak Tasfiye Kanunu'nun uygulamasını göstermek amacıyla çıkarılan Nizamnamenin 13. maddesinin 1. fıkrası, birinci madde gereğince verilecek cetvelde yer alan ferağ verme işlemleri hakkında soruşturma yaparak ve gerektiğinde ispatlayıcı belgelerini isteyerek ve inceleyerek bunlardan muvazaa veya gabn-i fahiş olduğu anlaşılanların fesih ve iptali için mahkemeye müracaat etmeyi emval-i metruke idare komisyonlarının görevleri arasında saymıştır. Maddenin bu ifadesinde ferağ işlemlerinin iptalinin mahkemelerce yapılacağı anlaşılmaktadır.

5- Devlete İntikal Eden Taşınmazların Bedeli

Tasfiye Kanunu'nun 2. maddesinde taşınmazların Vakıflar ve Maliye Hazinesi tarafından verilecek bedellerinden tasfiyeden sonra kalacak miktarın sahiplerine verileceği belirtilmiştir. Madde metninde bu bedelin ne olacağı ve nasıl belirleneceği belirtilmemekle birlikte bu bedelin taşınmazların rayiç bedeli, yani günün alım satım koşullarına göre piyasada oluşan değer olacağı aşikârdır. Söz konusu Hazineler kendilerine intikal eden taşınmazlar için belirlenen rayiç bedeli ödemekle yükümlüdürler.

Bu kapsamda, özel mülkiyette bulunan mülk araziler ve mülkiyeti nakledilen kişilere ait olan vakıf araziler için rayiç bedel üzerinden ödeme yapılacağında duraksama yoktur. Fakat önceki

[23] Tolunay, Hatice/Yayla, Ozanemre, Gabinin Şartları", *Çankaya University Journal of Law,* 7/2, Şubat 2011, ss. 196-203

bölümde izah edildiği üzere, kuru mülkiyeti nakledilen kişilere ait olmayan icareteynli vakıf taşınmazlarda Vakıf Hazinesine intikal eden husus, taşınmaz üzerindeki icareteyn hakkıdır. Dolayısıyla Vakıf Hazinesi tarafından ödenmesi gereken değer, taşınmazın kendisinin mülk değeri değil, icareteyn hakkının bedelidir. Aynı şekilde, nakledilen kişilerin tasarrufunda bulunan miri arazinin kuru mülkiyeti zaten devlete ait olduğu için, burada da Maliye Hazinesi tarafından ödenmesi gereken değer taşınmazın mülk değeri değil, taşınmaz üzerindeki tasarruf hakkının değeridir.

Madde metninde tasfiyeden sonra kalan miktarın sahiplerine nasıl verileceği açık bir şekilde belirtilmemiştir. Ancak dönemin savaş koşulları ve zorunlu göçe tabi tutulan kimselerin taşınmazlarının başında olmadığı göz önüne alındığında, verme işleminin mal sandıklarına emanet verme şeklinde olacağı düşünülmektedir.

Tasfiye komisyonlarına 12 Aralık 1915 tarihinde gönderilen bir telgrafta; bundan sonra gerçekleşecek tahsilatın kanun gereğince mal sandıklarına itasının gerektiği, şimdiye kadar ziraat bankasına teslim edilmiş varsa bunların geri alınmasına gerek olmadığı, yalnız miktarının bildirilmesi gerektiği belirtilmiştir[24]. Bu telgraftan anlaşılan odur ki bazen tasfiyeden sonra kalan tutarın ziraat bankasına teslim edildiği de olmuştur.

6- Taşınmazlara İlişkin Davada Tapu Memurlarının Hasım Olması

Kanun'un 2. maddesinde emval-i metruke ile ilgili olarak açılacak istihkak ve diğer davalarda tapu sicil memurlarının hasım gösterileceği belirtilmiştir. Bu ifadeden ilk anlaşılan husus, buradaki istihkak davalarının taşınmazlar ile ilgili olduğudur. İkinci olarak, madde metninden kişisel sorumluluktan ziyade kurumsal sorumluluğu, yani tapu sicil muhafızlığını anlamak daha doğru olacaktır. Çünkü burada tapu memurunun kişisel kusuruna dayalı bir sorumluluğu söz konusu değildir; söz konusu olan, emval-i metrukede hak sahipliği iddiası ile açılan davalarda devleti temsil edecek bir makamın belirlenmesidir. Devletin tarafsızlığı ve tapu sicilinin tutulmasından devletin sorumluluğu ilkesi[25] gereğince tapu memurları bu davalarda hasım gösterilmiştir.

---

[24] BOA. DH. HMŞ. 12/76/ 29 Teşrin-i Sani 1331/12 Aralık 1915

[25] Tapu sicillerinin tutulmasından doğan bütün zararlardan devlet sorumludur. Bu bağlamda Devlet, tapu sicil muhafız ve memurlarının tapu sicilini usulüne uygun tutmamış olmasından meydana gelen zararlardan sorumlu olmaktadır. (Esener-Güven, *2012,* s. 114-115)

7- Hacizlerin Yok Hükmünde Olması

Tasfiye Kanunu'nun 7. maddesinde; nakil olunan kişilerin emval-i metrukesine bu Kanunun yayımlanmasından önce mahkemeler veya resmi daireler tarafından konulmuş olan ihtiyati veya icrai hacizlerin[26] yok hükmünde ("*keenlemyekün"*) sayılacağı hüküm altına alınmıştır. Yapılan düzenleme ile nakledilen kimselerden alacağı olan alacaklıların alacağının güvencesi konumunda olan ve emval-i metruke üzerine konulan ihtiyati ve kesin haciz işlemleri hukuken geçersiz sayılmıştır.

Ancak belirtmek gerekir ki Tasfiye Kanunu kapsamında, Komisyonların tasarrufuna geçen mallar üzerinde haciz işlemi olup olmamasının bir önemi yoktur. Yani ister malların üzerinde haciz işlemi bulunsun ister bulunmasın durum değişmeyecektir. Dolayısı ile *geride kalan mallar üzerindeki ihtiyati veya icrai hacizlerin yok hükmünde sayılması komisyonların idare edeceği varlıkları genişletmeyecektir.*[27]

Aynı maddede haczi koyanların bu Kanun hükümlerine tabi olacağı, bahsi geçen kişiler aleyhine mahkemelerde halen davası görülmekte olanların komisyonlara müracaat etmekte veya genel hükümler gereğince davayı takip etmekte serbest olduğu belirtilmiştir. Dolayısıyla Kanun, bu alacaklılara 4. madde kapsamında komisyonlara müracaat etme imkânı tanımıştır. Bunun neticesi olarak da nakledilen kimselerden alacağı olan kimselerin 4. madde kapsamında başvuru yapması durumunda, muhatabı tasfiye komisyonları aracılığıyla Devlet olmaktadır. Daha önce de belirtildiği gibi Ermenilerin nakledilmesi sonrasında geride kalan tüm mal varlıklarının tasarrufu yetkisi komisyonlara aittir. Bu bağlamda vakıf taşınmazlar Vakıflar Hazinesi adına, diğer taşınmazlar ise Maliye Hazinesi adına kaydedilecek, alacaklar tahsil edilecek, borçlar ödenecek bunlarla ilgili davalar takip edilecektir.

7. maddede, haczi yok hükmünde sayılan kişilerden komisyonlara müracaat etmeyenlerin genel hükümler gereğince davayı takip etmekte serbest olduğu hüküm altına alınmıştır. Buna göre bu kişiler alacaklarını genel hükümlere göre dava ve takip etme hakkına sahiptirler. Bu kişilerin lehine görülmekte olan davalar (bir başka ifadeyle bu kişiler tarafından açılan davalar), komisyon başkanı veya vekili tarafından yine genel hükümlere göre takip edilecek ve sonuçlandırılacaktır. Ancak aynı maddede, bu şekilde genel hükümlere göre dava açanlar hakkında, dördüncü maddenin son fıkrası hükümlerinin geçerli olacağı hüküm

---

[26] *İhtiyati haciz;* alacaklının bir para alacağının zamanında ödenmesini güvence altına almak için borçlunun mallarına önceden geçici olarak el konulmasıdır. *İcrai haciz (kesin haciz) ise;* normal icra takibini izleyerek yasal vadenin bitmesi sonrasında borçlunun malları üzerine alacaklının talebiyle konulan hacizdir. Yapılan işlemler sonrasında alacaklı alacaklarını tahsil etme imkânına kavuşmaktadır. (Nizam İpekçi, *İhtiyati Haciz ve Hacze İştirak,* İpekçi Yayıncılık, 2006, ss. 2-5)

[27] Krş. Grş. Akçam-Kurt, *Kanunların Ruhu*, s. 45

altına alınmıştır. Bu fıkrada "Bu müddetin mürurundan sonra ikame edilecek davalar hakkında ahkâm-ı umumiye cari olacağı gibi deavi-i mezkûrede haklı çıkanlar işbu Kanuna tevfikan tasfiye edilmiş olan emval-i metrukeye müracaat edemezler." hükmü yer almaktadır. Dolayısıyla haczi yok hükmünde sayılan kişilerden komisyonlara müracaat etmeyenler 4. maddedeki sürenin geçmesinden sonra ancak genel hükümlere göre dava açabilecek ve alacak takibi yapabilecektir. Ancak bu kişiler bu davalarda haklı çıksalar dahi Tasfiye Kanunu gereğince tasfiye edilmiş olan mallara müracaat edemeyecektir.

D- Ermenilerin Borçları

Tasfiye Kanunu'nun 4., 5. ve 6. maddeleri, zorunlu göçe tabi tutulan kişilerin borçlarının tasfiyesini düzenlemektedir. Kanun'un 4. maddesinde; emval-i metrukede hak veya nakil olunan kişilerde alacakları olduğunu iddia edenlerden; Osmanlı Ülkesinde ikamet edenlerin, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren iki, yabancı ülkelerde bulunanların ise dört ay içinde komisyonlara asaleten veya vekâleten müracaat ederek alacaklarını kayıt ve kabul ettirmeye ve her çeşit tebligata esas yer olmak üzere, komisyonun kurulduğu beldede bir ikametgâh adresi göstermeye mecbur olduğu, bu sürenin geçmesinden sonra açılacak davalar hakkında, genel hükümlerin geçerli olacağı gibi bu davalarda haklı çıkanların, bu Kanun gereğince tasfiye edilmiş olan emval-i metrukeye müracaat edemeyecekleri belirtilmiştir.

Yapılan düzenleme sonrasında sevke tabi tutulan kişilerden alacağı olduğunu iddia eden kimseler eğer Osmanlı Ülkesinde ikamet ediyorsa Kanunun yürürlüğe girdiği tarih olan 27 Eylül 1915 tarihinden itibaren iki, yabancı ülkelerde bulunuyor ise yine aynı tarihten itibaren dört ay içerisinde komisyonlara başvurmaları gerekmektedir. Osmanlı Ülkesinde ikamet edenlere başvuru için tanınan 2 aylık süre, 27 Kasım 1915 tarihinde; yabancı ülkelerde bulunanlar için tanınan 4 aylık süre ise 27 Ocak 1916 tarihinde bitmektedir.

Bu maddede dikkat çeken bir diğer düzenleme de başvuru süresinden sonra açılacak davalar hakkında genel hükümlerin geçerli olacağı ve bu davalarda haklı çıkanların bu Kanun gereğince tasfiye edilmiş emval-i metrukeye müracaat edemeyeceğinin belirtilmesidir. Nakledilen kimselerin emval-i metrukesi tasfiye edildikten sonra yani taşınır ve taşınmazlar satıldıktan, alacaklar tahsil edildikten, borçlar ödendikten ve eğer varsa geriye kalan mevcutlar sahibi adına mal sandıklarına yatırıldıktan sonra yani tüm işlemler bitirilip emval-i metruke hukuken tasfiye edildikten sonra genel hükümlere göre açtığı davalarda haklı çıkanların başvurabileceği fiili bir durum kalmamıştır. Bununla birlikte genel hükümlere göre mahkemeden karar alan alacaklı şayet alacağı olduğu kimsenin tasfiyeden sonra mal sandıklarına yatırılan parası varsa mal sandığındaki bu paradan kendi alacağını elindeki mahkeme kararına göre tahsil edebilecektir.

Ayrıca nakledilen kimselerde alacağı olduğu iddiasıyla dava açan ve davası bu Kanunun yürürlüğe girdiği 27 Eylül 1915 tarihi itibari ile henüz sonuçlanmamış olanlar, Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bu iddiasını genel hükümler çerçevesinde mahkemelerde takip etmeye devam edebileceği gibi mahkemeler yoluyla alacağını takipten vazgeçip doğrudan tasfiye komisyonlarına da başvurabilecektir. Ancak her iki durumda da alacaklının alacağını tahsil etmek için tasfiye komisyonlarına müracaat etmesi gerekmektedir. Bununla birlikte alacak iddiasında bulunan kimse iddiasını mahkemeler yoluyla takip edip alacağını tespit ettirir ve bu durumu kesinleştirirse tasfiye komisyonlarının bu alacağın varlığını sorgulama yetkisi olmayacaktır. Lakin alacak iddiasında bulunan kimsenin davadan vazgeçerek doğrudan tasfiye komisyonlarına başvurması halinde komisyonların bu alacak iddiasını sorgulama ve bu iddiayı bir hükme bağlama yetkisi bulunmaktadır.

E- Ermenilerin Nakit, Mevduat ve Alacakların Tahsili

Emval-i metruke tasfiye komisyonları Ermenilerin mevduat ve alacaklarını takip ve tahsil etmekle yükümlüdür. Tasfiye komisyonları nakledilen kimselerin nakitlerini, mevduatını, alacaklarını onlar adına toplayacak, böylece bu kimselerin daha fazla zarara uğramasını önlemiş olacaktır. Komisyonlar bu işlemi öncelikle idari yollardan yapmaya çalışacak, şayet idari yollardan tahsil işlemini gerçekleştiremezlerse dava yoluna başvuracaktır.

F- Taşınır Malların Geri Alınması ve Satışı

Taşınır mallardan dava konusu edilmeyenler açık artırma ile satılacaktır. Elde edilen meblağ sahipleri adına emaneten mal sandıklarında tutulacaktır. Üstelik komisyon Ermenilerin taşınır mallarının geri alınması (istirdat) konusunda da yetkilidir. Bu kapsamda 3. şahıslarda bulunan taşınır mallar da geri alınarak tasfiye edilecektir.

Ayrıca Tasfiye Kanunu'nun 5. maddesinde komisyonların, emval-i metruke ile ilgili istihkak davalarının sahiplerini yazıyla ait olduğu mahkemeye sevk edeceği belirtilmektedir. Burada bahsedilen istihkak, bir kimsenin başka bir şahsın mülkiyet ya da zilyetliğinde bulunan bir mal üzerinde mülkiyet iddiasını ispat etmesi, hâkimin de buna göre hüküm vermesi demektir. İstihkak, mülkiyet hakkını koruyucu, ihlal edilen hakkın iadesini sağlayıcı bir işlev gördüğünden mülkiyet hakkının ayrılmaz bir parçasıdır[28]. İstihkak davası, vasıtalı olarak zilyet bulunmayan malike, malik olmayan zilyetten malı geri almayı istemesini sağlayan davadır. Mülkiyet hakkının korunmasını sağlayan yollardan biri olan bu dava, mülkiyet hakkının içinde ve bu haktan

[28] Aktan, Hamza, "İstihkak", *DİA*, İstanbul, C. 23, s. 336-337

ayrılmaz bir parçadır. İstihkak davası o malı elinde bulunduran zilyede karşı açılmaktadır. Bu dava, mal sahibinin zilyetliğinin kurulmasını sağlayan bir dava olduğu için mülkiyet hakkının konusu olan her mal istihkak davasına konu olabilmektedir[29].

G- Tasfiye Kanunu'na Göre Ermenilerin Mallarının Tasfiyesi

Tasfiye Kanunu'nun sistematiğine göre komisyonun öncelikle tüm mal varlığını ve alacaklarını toplaması gerekmektedir. Tasfiye Kanunu'nun 3. maddesinde sevke tabi tutulan kişilerin nakitlerinin, taşınırlarının, mevduatının ve alacaklarının, komisyon başkanı veya vekili tarafından toplanacağı, geri alınacağı, tahsil edileceği, dava edileceği ve emval-i metrukeden dava konusu edilmeyenlerin artırma yoluyla satılacağı, elde edilen tutarın sahipleri adına emaneten mal sandıklarına yatırılacağı belirtilmiştir. Anlaşılacağı üzere Hükümet zorunlu göçe tabi tuttuğu kimselerin sadece taşınmazları ile değil, bütün mal varlığı ile ilgilenmektedir. Bundan dolayı zorunlu göçe tabi tutulan kimselerin nakitlerini, mevduatını, alacaklarını toplama görevi tasfiye komisyonlarına verilmiştir.

Bu kapsamda ilk olarak, Kanun'un 2. maddesi gereğince Maliye ve Vakıf Hazineleri adına tescil edilen taşınmazların karşılığı olarak elde edilecek tutarların tasfiye hesabına dâhil edilmesi gerekmektedir. Çünkü 2. maddeye göre tasfiyeden sonra kalan miktarın sahiplerine verilmesi gerekmektedir. Ayrıca nakit, mevduat ve tahsil edilen alacaklar ile taşınırların satışından elde edilen gelirler de emanet hesaplarına yatırılacaktır. Son olarak, Kanun'un 5. maddesi gereğince, komisyonlar, her çeşit alacakların ve borçların gerekli delillerinin doğruluğunu araştıracak, bunlardan doğru gördüklerini kabul ederek kaydedecektir.

Bütün bunlardan sonra komisyonlar, (Kanun'un 5. maddesi gereğince) her kişinin mallar hesabı ve denkliğini bildiren ayrı ayrı mazbatalar (göçe tabi tutulanın mal varlığının tasfiyesi sonucunu gösteren tutanaklar) tanzim edecektir. Bu tutanakların onaylı örnekleri, icap eden mahallere asılmak suretiyle ilgililerine tebliğ edilecek, asılları ise ilgili evrakıyla birlikte savcıya ulaştırılacaktır. Kanun'un 5. maddesi, savcının, bu mazbataları tescil talebiyle borçlunun naklinden evvelki kanuni ikametgâhın mensup olduğu Asliye Hukuk Mahkemesi'ne göndereceğini düzenlemektedir.

Kanun'un 5. maddesine göre alacak sahipleri, mazbatalara karşı, ilân tarihinden itibaren on beş gün içinde ilgili mahkeme huzurunda itiraz edebilecektir. Bu sürenin sonunda mahkeme, savcı hazır olduğu hâlde, gerekli incelemeyi yapacak, itiraz var ise itiraz edeni, komisyon başkanını veya vekilini acilen davet ederek itiraz ve savunmalarını dinleyecek ve lüzum göreceği değişikliği yaptıktan sonra, her mazbatayı

[29] Bertan, 1976, ss. 286-293

tescil ile ilâm hâlinde işlem yapılmak üzere komisyonlara verecektir. Kanun'un 5. maddesi, bu ilâmların içerdiği hükümlere itiraz edilemeyeceğini, bu kararlara karşı iade (yeniden yargılama), istinaf[30] ve temyiz yoluna başvurulamayacağını öngörmüştür.

Alacak ve borçlar bu şekilde kesinleştikten sonra, sıra Ermenilerin borçlarını ödemeye gelmektedir. Kanun'un 6. maddesinde, zorunlu göçe tabi tutulan kimselerin geride kalan borçlarının ödenmesi düzenlenmiştir. Bu maddede, kesinleşen mahkeme kararlarına göre Ermenilerin imtiyazlı olan ve olmayan borçlarının mevcutlarından tamamen ödeneceği hüküm altına alınmıştır. Buna göre, nakledilen kimsenin mallarının mevcudu tüm borçları ödemeye yetiyorsa ayrım yapılmaksızın tüm borçlar ödenecektir.

Eğer mal varlığı, borçların tamamını ödemeye yetmiyorsa, imtiyazlı borçlar, adi borçlara tercih edilmek suretiyle garameten ödeme yapılacaktır. *İmtiyazlı borçlar;* borçluya ait bir malın rehini ile temin edilmiş olan alacaklar ile özel bir şekilde kanun koyucu tarafından korumaya alınmış adi alacaklardır[31]. İpotek alacakları, amme alacakları, nafaka alacakları, işçi alacakları imtiyazlı borçlara örnek olarak gösterilebilmektedir[32]. Borçlunun mallarının rehini ile temin edilmemiş olan (teminatsız) alacaklara ise imtiyazsız (adi) borçlar denilmektedir. İşte 6. maddeye göre, mal varlığı borçların tamamını ödemeye yetmiyorsa imtiyazlı borçlara, adi borçlara göre öncelik tanınmak suretiyle garameten (alacak miktarı nispetinde) ödeme yapılacaktır. *Garame;* satış bedelinden elde edilen paranın alacaklıların alacakları oranında taksime tabi tutulması ile satış bedelinin garameye girecek olan alacakların toplamına bölünmek sureti ile bulunan rakamın her alacaklının alacak tutarı ile çarpılarak elde edilecek şekilde hesaplanmasıdır[33]. *Garameten ödeme;* iflas masası tasfiye edilirken kalan para herhangi sıralardaki alacaklılara yetmezse, bu parayı alacaklılara alacak ve hak oranı dâhilinde paylaştırmadır[34]. Maddeyi bir örnek üzerinden anlatacak olursak; nakledilen şahsın malların tasfiyesi sonucu elde edilen gelir toplamı 1.000 Lira; nakledilen bu kişinin imtiyazlı borçları toplamı 500 Lira, imtiyazsız borçları toplamı ise 2.000 Lira (A şahsına 1.500 Lira, B şahsına 500 Lira olmak üzere) olmak üzere toplam 2.500 Lira borcu olsun. Bu durumda öncelikle imtiyazlı borç olan 500

---

[30] *İstinaf;* ilk derece (mahalli) mahkemeler tarafından verilen hükümlere ve kararlara karşı, temyiz mahkemesi ile bu ilk derece mahkemesi arasında görev yapan mahkemeye başvurulmasına ait kanun yoludur. (Esat Şener, *Hukuk Sözlüğü*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2001, s. 377)

[31] Kuru, Baki, İcra ve İflas Hukuku, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No: 375, Ankara, 1975, s. 349

[32] Deynekli, Adnan, Sedat Kısa, *Hacizde ve İflasta Sıra Cetveli,* Alfa Yayınları, İstanbul, 1996, s. 111-112

[33] İpekçi, Nizam, *İcra ve İflas Kanunu Tatbikatı Şerhi,* Ege Hukuk Yayınları, Ankara, 2006, s. 554

[34] Şener, 2001, s. 235

Lira ödenecek, sonra geriye kalan 500 Lira A ve B şahısları arasında alacakları oranında yani 375 Lirasını A şahsı, 125 Lirasını da de şahsı alacak şekilde paylaştırılacaktır. Aynı şahsın imtiyazlı borçları toplamının (1000 Lira A imtiyazlı alacaklısına, 500 Lira B imtiyazlı alacaklısına olmak üzere) 1.500 Lira, imtiyazsız borçları toplamının ise (C şahsına 1.500 Lira, D şahsına 500 Lira olmak üzere) 2.000 Lira olması durumunda, nakledilen kişinin mallarının tasfiyesinden sonra elde edilen 1.000 Lira imtiyazlı borçların tamamına yetmediği için imtiyazlı borçlar kendi arasında garameten ödenecek, ancak imtiyazsız borçlar için herhangi bir ödeme yapılamayacaktır.[35]

Kanun'un 6. maddesinde, borçları ödeme görevinin tasfiye komisyonlarına ve komisyonların görev süresinin bitmesinden sonra da icra dairelerine ait olduğu belirtilmiştir.

IV- TASFİYE KANUNU'NA VERİLEN TEPKİLER

Hükümet, hem sevk edilen Ermenilerin hem de bunlardan alacağı olan kimselerin haklarını korumak için 26 Eylül 1915 tarihli Tasfiye Kanunu'nu yürürlüğe koymasına rağmen bu Kanunun Almanya ve Avusturya-Macaristan'ın taleplerini tam anlamıyla karşılamadığı anlaşılmaktadır. Çünkü bu ülkelerin büyükelçileri Kanun yürürlüğe girdikten sonra da Hükümete nota vermeye devam etmiştir.[36] Bu doğrultuda Alman Büyükelçiliği, 5 Ekim ve 16 Kasım 1915 tarihlerinde iki nota, Avusturya-Macaristan Büyükelçiliği ise 23 Ekim 1915 tarihinde bir nota daha vermiştir.

Almanya Büyükelçiliği notasında; Kanunun ciddi kayıp tehlikesi ile karşı karşıya kalan Alman alacaklarını korumaktan uzak olduğunu ve başvuru için tanınan iki ve dört aylık sürelerin yetersiz olduğunu belirtmiştir. Avusturya-Macaristan Büyükelçiliği'nin 23 Ekim'de verdiği notada ise, yine Alman Büyükelçiliği notasına paralel ifadeler kullanılarak alınan tedbirlerin Avusturya-Macaristan işletmelerinin zararlarını karşılamaya yetmediği, Kanunun yedinci maddesi ile geride kalan bütün mallar üzerine mahkemeler ve resmi daireler tarafından konan haciz işlemlerinin yok hükmünde sayılmasının evrensel hukukun bilinen temel prensipleriyle taban tabana zıt olduğu,[37] satış işlemlerinin savaş süresi boyunca ertelenerek malların şimdilik geçici önlemlerle idare edilmesi gerektiği belirtilmiş ve barışı müteakip malların topluca tasfiye edilmesi önerilmiştir.

Hükümet bu notalara 22 Aralık 1915 tarihinde oldukça sert bir nota ile karşılık vermiştir. Notada; Hükümetin Ermeni nüfusu hakkında aldığı

---

35 Güner, 2016, s. 124

36 Kaiser, agm, s. 141; Duman, Birinci Dünya Savaşı'nda Osmanlı Devleti ile Müttefikleri Arasında Bir Diplomatik Kriz, s. 127-128

37 Güner, 2016, s.130

önlemlerin ülkenin içişleri alanına girdiği, söz konusu önlemlerin ülkemizde yerleşen yabancıların menfaatlerine kaçınılmaz olarak zarar verecek olsa bile bunun diplomatik girişim konusu olamayacağı, ulusal savunma kaygılarına rağmen sevke tabi tutulan kişilerin yer değiştirmesinden doğabilecek zararları en aza indirmek için Hükümetin büyük özen gösterdiği, zararlardan dolayı bir sorumluluk varsa bunun Ermeni ayaklanma hareketlerini provoke eden ve cesaretlendiren ortak dış düşmanlara ait olduğu ve yabancı kişilerin de aynı Osmanlı vatandaşı kimseler gibi verilen süre içerisinde hak iddiaları için başvuruda bulunmak zorunda oldukları belirtilmiştir.[38] Hükümetin bu sert notası üzerine Almanya başka bir nota teşebbüsünde bulunmazken Avusturya-Macaristan, 11 Şubat 1916, Aralık 1916 ve Mart 1917 tarihlerinde daha yumuşak ifadelerle yeni notalar vererek eleştirilerine devam etmiştir.[39]

26 Eylül 1915 tarihli Kanuna yurt dışından gelen bu tepkilerin yanında Meclis-i Ayan üyesi Ahmed Rıza Bey de sert tepki göstermiştir. Ahmed Rıza Bey'in tepkisi Kanunun yürürlük tarihini düzenleyen 11'inci maddesine olmuş ve bu maddenin değiştirilmesi için 4 Ekim 1915 tarihinde bir kanun teklifi vermiştir. Kanun teklifi 11 Ekim 1915 tarihinde Meclis-i Ayan'da görüşülmüş ve teklifin Layiha Encümeni'ne gönderilmesi kararlaştırılmıştır. Layiha Encümeni değişiklik talep edilen Kanun-ı Muvakkat'ın Meclis-i Mebusan'a gönderildiğini belirterek söz konusu Kanunun Meclis-i Ayan'a gelip müzakere edildiği zaman bu değişiklik teklifinin görüşülmesi gerektiği yönünde görüş belirtmiştir. Bu görüş, Meclis-i Ayan'ın 13 Aralık 1915 tarihli oturumunda okunmuş ve bunun üzerine Kanun'da herhangi bir değişiklik yapılmamıştır.[40]

V- DEĞERLENDİRME

A- Tasfiye'nin Amacı

Tasfiye Kanunu'nun genel felsefesi nakledilen kişilerin malvarlığının, tasfiye edilmesi üzerine kurulmuştur. Buna karşılık bu malların herhangi bir karşılık olmaksızın devlete intikal etmesi ya da bu mallara devletin karşılıksız el koyması gibi bir amaç gütmemiştir. Kanun, konjonktür gereği nakledilmek zorunda kalınan kişilerin mallarının layıkıyla (bu kişilerin hak kaybına uğramamasına dikkat ederek) tasfiye edilmesini öngörmüştür.

Tasfiye Kanunu'nun yürürlüğe konulmasındaki temel amaç, geride bıraktıkları tüm mallar tasfiye edilerek Ermenilerin geri dönme

---

[38] Duman, Birinci Dünya Savaşı'nda Osmanlı Devleti ile Müttefikleri Arasında Bir Diplomatik Kriz, s. 156-157

[39] Duman, Birinci Dünya Savaşı'nda Osmanlı Devleti ile Müttefikleri Arasında Bir Diplomatik Kriz, ss. 127-129

[40] MAZC, 2. İçtima, 10. İni'kad, Devre: 3, Cilt 1, ss. 133-136. 30 Teşrin-i Sani 1331/13 Aralık 1915

ihtimallerinin ortadan kaldırılması değildir. Genel olarak emvali metruke mevzuatına baktığımızda da bu şekilde bir amaç tespit etmek imkanı yoktur. Çünkü her şeyden önce Ermenilerin zorunlu göç sonucu gönderildikleri yerler de Osmanlı toprağıdır. Yani Devlet, Ermenileri, Osmanlı toprağı (memalik-i Osmani) dışına sürmemiştir. 30 Mayıs 1915 tarihli ve 24 numaralı Meclisi Vükela kararında[41]; nakledilenlere ekonomik durumları nispetinde emlak ve arazi verileceğinin, muhtaç durumda olanlara ikamet edecekleri yeni evlerinin yapımı için yardım yapılacağının, ihtiyaç sahibi çiftçi ve sanatkârlara tohumluk, araç ve gereç verileceğinin belirtilmesi de bu görüşü doğrular. Ayrıca Ahval-i Harbiye ve Zaruret-i Fevkalâde-i Siyasiye Dolayısiyle Mahall-i Ahire Nakilleri İcra Edilen Ermenilerin İskân ve İaşesiyle Hususat-ı Saireleri Hakkında Talimatname de başka mahallere nakledilen Ermenilerin sevk ve iskânın hangi ilkeler etrafında yapılacağı açıkça düzenlenmiştir. Örneğin Talimatnamenin 9. maddesi, kendileri için ayrılan yere gelen ahalinin kesin şekilde yerleşmesine kadar iaşesi ile muhtaç olanların evlerinin yapımının dahi, göçmenler ödeneğinden karşılanmak üzere, Hükümet'e ait olduğunu hüküm altına almıştır. Ayrıca Talimatnamenin 12. maddesine göre, iskân edilen her aileye geçmişteki ekonomik durumları ve şimdiki ihtiyaçları dikkate alınarak, muhacirin komisyonu tarafından, uygun miktarda arazi verilecektir. Yani Devlet, Ermenilerin geride bıraktıkları mallara hakkında düzenleme yaparken, Ermenilerin nakledildikleri yerdeki durumunu da düzenlemiştir. Talimatname'de "iskân edilen her aileye geçmişteki ekonomik durumları ve şimdiki ihtiyaçları dikkate alınarak, muhacirin komisyonu tarafından, uygun miktarda arazi verileceğinin" hüküm altına alınması da Devletin, savaş durumu ve olağanüstü siyasi durumlar nedeniyle başka yerlere nakletmek zorunda kaldığı kişilerin mallarına el koymak ve buradan haksız kazanç elde etmek gibi bir amacı bulunmadığını gösterir.

Üstelik Tasfiye Kanunu çıkarılıncaya kadar, emvali metrukenin Devlete intikal etmesi gibi bir düşünce de söz konusu değildir. Tasfiye Kanunu yürürlüğe konuluncaya kadar Devlet bu malların Devlet'e intikalini değil, Devlet tarafından kira vb. yollarla idaresini öngörmüştür. Tasfiye Kanunu çıkarılıncaya kadar uygulanan Ahval-i Harbiye ve Zaruret-i Fevkalade-i Siyasiye Dolayısıyla Mahall-i Ahire Nakilleri İcra Edilen Ermenilere Ait Emval ve Emlâk ve Arazinin Keyfiyet-i İdaresi Hakkında Talimatname, Ermenilerin geride bıraktıkları taşınır/taşınmaz tüm malların Devlet gözetimine alınmasını öngörmüştür. Talimatnamenin 2. maddesine göre, zorunlu göçe tabi tutulan kimselerden kalan ve içinde eşya bulunan tüm binalar, komisyonca uygun görülecek memur veya özel heyet tarafından derhal

---

[41] Meclisi Vükela Kararı için; *Osmanlı Belgelerinde Ermenilerin Sevk ve İskânı (1878-1920),* Başbakanlık Devlet Arşivleri Genel Müdürlüğü Osmanlı Arşivi Daire Başkanlığı Yayın No: 91, Ankara, 2007, ss. 155-157; Azmi Süslü, *Ermeniler ve 1915 Tehcir Olayı*, Yüzüncü Yıl Üniversitesi Rektörlüğü Yayın No: 5 Van, 1990, s: 111-113.

mühürlenerek koruma altına alınacaktır. Koruma altına alınan eşyalar detaylı şekilde deftere kayıt edilecek ve kilise, okul ve han gibi depo olarak kullanılmaya elverişli yerlere taşınarak sahipleri ayırt edilebilecek şekilde ayrı ayrı yerleştirilerek muhafaza altına alınacaktır. Talimatname'ye göre taşınmazlar ise emval-i metruke idare komisyonları tarafından idare edilecektir. Talimatnamenin 20. maddesine göre, satın almak için isteklisi bulunmayan emlak ve arazi, isteklilere, iki seneyi geçmemek üzere kiralanabilecektir. Talimatname zorunlu nedenlerle satılan taşınır ve taşınmazların satış bedellerinin ise sahipleri adına emanet hesaplarına yatırılacağını düzenlemektedir.

Tasfiye Kanunu, o güne kadar talimatnamelerle idare edilen emval-i metrukenin akıbeti konusunda idare etmekten, tasfiye etmeye dönük bir paradigma değişimini ifade etmektedir. Nakle tabi tutulan kimselerin geride bıraktıkları malların tasfiye edilmesi düşüncesi, Tasfiye Kanunu'nun hem lafzına, hem de ruhuna hâkimdir. Kanun'da kullanılan ifadeler, bu konuda daha önce yürürlüğe konulmuş bulunan mevzuattaki ifadelerden farklıdır. Örneğin 10 Haziran 1915 tarihli Talimatnamede Ermenilerin geride bıraktıkları malların idaresinden sorumlu emval-i metruke idare komisyonlarından bahsedilirken, Tasfiye Kanunu'nda artık bu malların tasfiyesi için komisyon kurulacağı belirtilmiştir. Tasfiye Kanunu'nda taşınmazların Maliye ya da Vakıf Hazinesi adına tescil edilmesi, taşınır malların satılması, alacakların tahsil edilmesi ve borçların ödenmesi öngörülmüştür. Üstelik Osmanlı yazışmalarında, 26 Eylül 1915 tarihli Kanun'dan "Tasfiye Kanunu" diye bahsedilmektedir. Bütün bunlar, Hükümetin Ermenilerin geride bıraktıkları mallar konusundaki politikasının, idare etmekten tasfiye etmeye döndüğünü göstermektedir. Tasfiyeden anlaşılması gereken ise taşınır ve taşınmazlarının satılması, alacaklarının tahsil edilmesi, borçlarının ödenmesidir. Bu anlamda tasfiye, zorunlu nakle tabi tutulan herhangi bir kimsenin tüm mal varlığının (özellikle de taşınmaz mallarının) nakde çevrilmesidir.

Bununla birlikte, idare etmekten tasfiye etmeye geçiş şeklindeki bu paradigma değişiminde en büyük nedeni, başta Almanya ve Avusturya-Macaristan olmak üzere bazı devletlerin, zorunlu göçe tabi tutulan kişilerden alacağı olan yabancı uyruklu şirketlerin alacaklarının tahsili için, doğrudan ya da kendi devletleri aracılığıyla, Osmanlı Devletine baskı yapmasıdır. 19. yüzyılın sonlarına doğru devletlerarası güç dengesi değişmeye başlamıştır. Bu bağlamda, İngiliz egemenliğine karşı yeni pazar arayışlarına giren Almanya ve Avusturya-Macaristan, yönünü Osmanlı'ya çevirmiştir. Bu devletlerin Osmanlı'ya ilgilerinin artmasıyla beraber, ticari ilişkiler gelişmeye başlamıştır.[42] Bu doğrultuda Anadolu Demiryolu imtiyazının 1888'de bir Alman ortaklığına

[42] Şevket Pamuk, *Osmanlı-Türkiye İktisadi Tarihi 1500-1914,* Gerçek Yayınevi, İstanbul, 1997, s. 171; Bayram Kodaman, "İttihat-Terakki ve Almanya", *Yeni Türkiye Dergisi,* Ankara, 2002, S. 44, s. 260

verilmesini, Bağdat Demiryolu imtiyazı takip etmiştir.[43] Osmanlı topraklarında yatırımlarını artıran Alman ve Avusturya-Macaristan ticari işletmeleri ve bankaları, Rum ve Ermenilerle ticari ilişkiler geliştirmiştir. Özellikle İstanbul'daki Ermeni tüccarlar ve Adana-Mersin Bölgesindeki tarım ve ticaretle uğraşan Ermeniler, Alman ve Avusturya-Macaristan ticari işletmeleri ve bankalarından büyük tutarlarda kredi, bono, tahvil avansları kullanmış ve ticari mal satın almıştır[44]. Öyle ki sadece Avusturya-Macaristan ticari kuruluşlarının Ağustos 1915 tarihi itibariyle Ermenilerden kredi alacağı 106.754.795,45 Lira idi.[45]

27 Mayıs 1915 tarihli Sevk ve İskân Kanunu kapsamında zorunlu göçe tabi tutulan kişiler arasında, Almanya, Avusturya-Macaristan ve diğer ülkelerle ticari ilişkileri olan Ermeniler de bulunmaktaydı. Ticari faaliyetlerini bırakıp giden bu kişilerin, Almanya ve Avusturya-Macaristan ticari kuruluşları başta olmak üzere birçok banka, şirket ve şahısla karşılıklı devam eden alacak-borç ilişkileri vardı. Bu kimselerin nakledilmesi ile birlikte ticari ilişkilerde bir belirsizlik ortaya çıkmıştır. Oluşan hukuki belirsizlik üzerine Ermenilerden alacağı olanlar endişeye kapılmış ve alacaklarını tahsil edebilmek için kendi devletleri nezdinde girişimlerde bulunmuşlardır. Örneğin Alman şirketleri İstanbul'daki Alman Büyükelçiliği'ne dilekçe ile başvuruda bulunmuşlardır. Bu girişimler üzerine ilgili devletler, bir yandan, kendi vatandaşlarının Ermenilerden olan alacaklarını tespit etmeye çalışmışlar[46], bir yandan da Hükümet nezdinde diplomatik girişimlerde bulunarak vatandaşlarının alacaklarını tahsile çalışmışlardır. Birinci Dünya Savaşı'nın devam ettiği bu dönemde, en etkin girişimlerde bulunanlar haliyle Osmanlı Devleti'nin müttefiki olan Almanya ve Avusturya-Macaristan olmuştur. Bu doğrultuda 4 Temmuz 1915'te İstanbul'daki Alman Büyükelçisi Wangenheim ve 26 Ağustos 1915 tarihinde Avusturya-Macaristan Elçisi Pallavicini tarafından Hükümete hemen hemen ortak bir dil kullanılarak kaleme alınan notalar verilmiştir.[47] Hükümet ise Almanya notasına karşı verdiği 20 Temmuz 1915 tarihli muhtırada; yapılan düzenlemelerin hem

---

43 Tepekaya, Muzaffer, "Osmanlı-Alman İlişkileri", *Yeni Türkiye Dergisi,* Ankara, 2002, S. 44, s. 242-243

44 Zorunlu göçe tabi tutulan Ermenilerden alacağı olan tüccarlar, şirketler ya da bankalar, Almanya ve Avusturya-Macaristan uyrukluğunda bulunanlarla sınırlı değildi. Örneğin İtalyan ve Yunanistan vatandaşlarının ve şirketlerinin de nakledilen kişilerden alacakları bulunmaktaydı.

45 Duman, Önder, "Birinci Dünya Savaşı'nda Osmanlı Devleti ile Müttefikleri Arasında Bir Diplomatik Kriz: Ermeni Emval-i Metrukesi ve Borçları", *Ermeni Araştırmaları*, Sayı: 22, Yaz 2006, s. 120

46 Örneğin Alman Konsoloslar bulundukları bölgelerde kendi vatandaşlarının ve firmalarının alacaklarını içeren listeler çıkartmaya başlamışlardır. Taner Akçam, *Ermeni Meselesi Hallolunmuştur Osmanlı Belgelerine Göre Savaş Yıllarında Ermenilere Yönelik Politikalar,* İletişim Yayınları, İstanbul, 2010, s. 217

47 BOA. BEO. 4376/328197; BOA. HR. SYS. 2880/15. 18 Ağustos 1331/31 Ağustos 1915

sevke tabi tutulan Ermenilerin, hem de yabancı işletmelerin zararına olmayacağını belirtmiştir.[48]

Alman ve Avusturya-Macaristan Büyükelçilerinin yanı sıra bu ülkelerin ticari işletmeleri de bazen doğrudan Hükümete başvurarak bazı taleplerini iletmişlerdir. Bu bağlamda Deutsche Bank'ın İstanbul Şubesi, 5 Eylül 1915 tarihinde Hükümete bir dilekçe vermiştir. Söz konusu dilekçede, nakle tabi tutulan Ermenilerin bir kısmının bankalarına borçlu olduğu, 25 Ağustos 1915 tarihi itibari ile Ermenilerin toplam borcunun 216.857,69 Lira olduğu, bundan dolayı menfaatlerinin zarar gördüğü, emval-i metruke ile alakalı bir hukuki düzenleme olup olmadığının taraflarınca bilinmediği, tasfiye muamelesinin nakledilen kimselerden alacağı olan kimselerin de davet edileceği bir yöntem ile yapılması gerektiği ve bankanın uğrayacağı zarardan dolayı Osmanlı Hükümeti'nin sorumlu tutulacağı ifade edilmiştir.[49] Hükümete ilettikleri taleplerinin karşılanmadığını düşünen Almanya Büyükelçisi 13 Eylül'de, Avusturya-Macaristan Büyükelçisi ise 21 Eylül'de birbirinin benzeri iki nota daha vermiştir. Osmanlı Hükümeti bu iki notaya karşı 9 Ekim 1915 tarihli cevabi bir nota vermiştir.

Birçok ülkeyle ticaret yapan Ermeni tüccarların sadece Almanya ve Avusturya Macaristan şirketlerine değil başka ülkelere ait şirketlere de borçları vardı.[50] Yunanistan vatandaşları ve şirketleri de Ermenilerden alacağı bulunanlar arasında idi. Yunan Hükümeti de vatandaşlarının Ermenilerden olan alacağını takip etmiş ve bu doğrultuda 9 Eylül 1915 tarihinde Yunan Büyükelçiliği kanalıyla hükümete bir nota vermiştir.[51]

İşte tüm bu talepler neticesinde, Hükümet, Ermenilerin geride bıraktıkları malların tasfiye edilerek bu alacakların ödenmesi yolunu tercih etmek zorunda kalmıştır. Yani, emvali metrukeyi idare etmekten, tasfiye etmeye dönük bu değişimin arkasında, Ermenilerin borçlarını tasfiye etme düşüncesi söz konusudur. Kanun'un temel felsefesi, nakledilen kişilerin malvarlığının nakde çevrilmesi, nakde çevrilen bu tutardan nakledilen kişilerin borçlarının ödenmesi ve kalan tutarın ise emanet hesaplarında nakledilen kişiler adına tutulmasıdır. Örneğin taşınmazlar, Maliye ve Vakıf Hazinesi adına tescil edilecek ve bedeli bu hazineler tarafından emanet hesaplarına yatırılacaktır. Aynı şekilde nakledilen kişilerin mevduatı, taşınır malların satışından ve alacakların tahsilinden elde edilen gelir de emanet hesaplarına yatırılacaktır. Nakledilen kişilerin borçları ise bu hesaplardan ödenecektir. Dolayısıyla Kanun'un, bu kişilerin malvarlığının tasfiye edilmesini öngörmekle birlikte bu malların bedelsiz olarak devlet mülkiyetine geçirilmesini öngörmediğini belirtmek gerekir. Üstelik burada kanun koyucunun aslı

---

48 BOA. BEO. 4376/328197

49 BOA. BEO. 4376/328197

50 Örneğin nakledilen kimselerin İtalyan fabrika ve ticarethaneleri ve diğer ülke vatandaşlarına da borcu vardı. Ancak bunlar daha küçük ölçekli idi.

34 BOA. **HR. SYS.** 2880/22-4. 12 Eylül 1331/25 Eylül 1915

amacı, bu kişilerin mallarının devlete geçmesini sağlamak değildir; bu malların devlete intikali, başka yere naklin doğal ve zorunlu bir sonucudur.

B- Emvali Metruke Konusunun Yasa İle Düzenlenmesi

Tasfiye Kanunu ile, bundan önceki dönemde idari düzenleme ve talimatlar ile yürütülen işlemler yasal dayanağa kavuşturulmuş ve böylece önceki düzenlemelerin eksiklikleri önemli ölçüde giderilmiştir. Gerek 30 Mayıs 1915 tarihli gerekse de 10 Haziran 1915 tarihli Talimatnamede zorunlu göçe tabi tutulan Ermenilerin borçları ve alacakları hakkında herhangi bir hükme yer verilmemiş, talimatnamelerde değinilmeyen bu konular, taşraya yollanan yönergeler ve emirlerle açıklanmıştır.[52] Tasfiye Kanunu ise bu eksiklikleri tamamlayacak şekilde düzenlenmiştir.

Ayrıca Kanun yayımlandıktan sonra, Kanun'un uygulamasını göstermek amacıyla bir nizamname yürürlüğe konulmuştur. Bu şekilde, emval-i metruke konusunda uygulama birliği sağlanmaya çalışılmış, ayrıca uygulamanın eksiklikleri ve hataları giderilerek gerçek anlamda hukuki bir tasfiye öngörülmüştür.

C- Tasfiye İşlemlerine Yargısal Güvence

Tasfiye Kanunu, idari bir tasfiye öngörmemiş ve nakledilen kişilerin haklarının korunması için pek çok tedbir öngörmüştür. Bunlardan en önemlisi ise tasfiyenin idari makamlar tarafından değil, mahkemelerce yapılmasının öngörülmesidir. Kanun, tasfiye komisyonuna bazı yetkiler vermekle birlikte tasfiye yetkisini mahkemelere vermiştir. Örneğin Kanun'un 1. maddesine göre, nakledilen kişilerin terk etmiş oldukları mal varlığı, komisyonların her şahıs için ayrı ayrı tanzim edecekleri mazbatalar üzerine, mahkemelerce tasfiye olunur. Kanun'un 5. maddesi ise komisyonların, nakledilen her kişi için ayrı ayrı mazbatalar düzenleyeceğini, bu mazbataların savcılık aracılığı ile mahkemeye gönderileceğini, mahkemenin, savcı hazır olduğu hâlde, gerekli incelemeyi yapıp ve itiraz vaki olmuş ise itiraz edeni, komisyon başkanını veya vekilini acilen davetle itiraz ve savunmalarını dinledikten ve lüzum göreceği değişikliği yaptıktan sonra, her mazbatayı tescil ile ilâm hâlinde, işlem yapılmak üzere komisyonlara vereceğini hüküm altına almıştır. Dolayısıyla nakledilen

---

[52] Örneğin 1 Haziran 1915 tarihinde Maraş Mutasarrıflığına çekilen telgrafta, sevk edilen Ermenilerin borçlarının ertelendiği bildirilmiştir. BOA. DH. ŞFR. 53/200 (19 Mayıs 1331). Maliye Nezareti tarafından 4 Ağustos 1915 tarihinde taşraya çekilen telgrafta ise, sevk edilen Ermenilerin aşar, ağnam ve diğer mallarından olan borçlarının ertelendiği bildirilmiştir. BOA. DH. ŞFR 54-A/268 (22 Temmuz 1331).

her bir kişi ise düzenlenen tasfiye mazbatası, hâkim tarafından kontrol edilmek ve onaylanmak zorundadır.

Benzer şekilde, Kanun'un 2. maddesinde, taşınmazlarda tasarrufun ispatında geçerli sayılacak belgelerde muvazaanın varlığı ve bu belgelerin iptali de hâkim kararına bağlanmıştır. Kanun koyucu, sübjektif ve keyfi uygulamalara mahal bırakmamak için muvazaalı ya da gabn-i fahiş olduğu iddia edilen ferağ işlemlerinin iptali zorlaştırmış ve ferağ işlemlerinin idari tasarrufla değil, mahkeme kararıyla iptal edilmesini öngörmüştür.

D- Tasfiye Kanunu'nda Nakledilen Kişilerin Haklarının Korunmasına Yönelik Tedbirler

Tasfiye Kanunu'nda nakledilen kişilerin haklarını korumaya yönelik diğer bazı tedbirler de söz konusudur. Örneğin Kanun'un 2. maddesinde, emval-i metrukede tasarrufun ispatında muvazaadan arındırılmış olmak şartıyla tapu senetlerinden başka belgelerin de kabul edileceği belirtilerek tasarrufun ispatında kolaylık sağlanmıştır. Bu kapsamda taşınmazlardaki tasarrufun ispatında tapu dışı belgeler (vergi kayıtları, adi senetler, tasdikli irade suretleri ve fermanlar, muteber mütevelli, sipahi, mültezim, temessük veya senetleri) de kabul edilmiştir. Bu şekilde Hükümet, nakledilen kişilerin mülkiyetinde ya da tasarrufunda bulunmakla birlikte tapusu bulunmayan ya da tapusu bu kişiler adına olmayan taşınmazlar açısından tapu dışındaki belgeleri de geçerli sayarak bu kişilerin malvarlığını korumaya çalışmıştır.

Ayrıca Kanun'un 2. maddesinde, zorunlu göçe tabi tutulanların nakil tarihlerinden on beş gün önceki süre içerisinde yapmış oldukları ferağ verme işlemleri (taşınmazların tasarruf hakkının tapuda devir işlemleri), muvazaa veya gabn-i fahiş olmaması şartıyla, geçerli kabul edilmiştir. Kanun'un 7. maddesinde ise; nakil olunan kişilerin emval-i metrukesine bu Kanunun yayımlanmasından önce mahkemeler veya resmi daireler tarafından konulmuş olan ihtiyati veya icrai hacizlerin yok hükmünde sayılacağı hüküm altına alınmıştır.

Üstelik, komisyonlar, nakle tabi tutulan kişilerin alacaklarını takip etmek, taşınır mallarını geri almakla ve bu görevleri yerine getirmek üzere, dava açmak da dahil, her türlü işlemi yapmakla yükümlendirilmiştir. Tasfiye Kanunu'nun 3. maddesinde sevke tabi tutulan kişilerin nakitlerinin, taşınırlarının, mevduatının ve alacaklarının, komisyon başkanı veya vekili tarafından toplanacağı, geri alınacağı, tahsil edileceği, dava edileceği ve emval-i metrukeden dava konusu edilmeyenlerin artırma yoluyla satılacağı, elde edilen tutarın sahipleri adına emaneten mal sandıklarına yatırılacağı belirtilmiştir.

Alacak sahiplerine mazbatalara, karşı ilan tarihinden itibaren tanınan on beş günlük itiraz süresi, mahkeme tarafından gerekli incelemeler yapıldıktan, itiraz ve savunmalar dinlendikten sonra yapılacak ilam hükmüne itiraz edilememesi; istinaf, yeniden yargılama

ve temyiz yolunun kapatılması da, savaş durumu ve olağanüstü şartların hâkim olduğu bu zaman diliminde tasfiye işlemlerinin uzayarak sürüncemede kalmasını, bundan dolayı da Ermenilerin daha fazla zarara uğramasını önlemeye yönelik düzenlemelerdir. Ayrıca Ermenilerden alacağı olan kimselerin başvurusu için 2 ve 4 aylık süreler belirlenmiş iken nakledilen kimselerin alacağının tahsili için belli bir süre öngörülmemiştir. Komisyon, bu kişilerin alacağını, herhangi bir süre kısıtıyla sınırlı olmaksızın dava ve tahsil etmekle yükümlüdür.

Bütün bu tedbirlerin, nakledilen kişilerin haklarını korumaya yönelik olduğunu düşünmek yanlış olmayacaktır.

SONUÇ

Ermenilerin Birinci Dünya Savaşı'nın Osmanlı Devleti için en sıkıntılı günlerinde Ruslarla işbirliği yapmaları ve Osmanlı Ordusu'nu arkadan vurarak isyan etmeleri üzerine büyük bir çoğunluğu yaşadıkları yerlerden çıkarılarak vatanın daha güvenli başka bölgelerine zorunlu olarak göç ettirilmiştir. Güvenlik gerekçesiyle gerçekleşen bu zorunlu göç esnasında Ermeniler bazı eşyalarını yanlarında götürebilseler bile taşınır mallarının önemli bir kısmını ve taşınmazlarını (arazi, arsa, bina) geride bırakmışlardır. Literatürde emval-i metruke olarak anılan bu malların korunması, idaresi ve tasfiyesi önemli bir sorun teşkil etmiştir. Hükümet bu sorunun çözümü adına Ermenilerin geride bıraktıkları mallarla ilgili ilk düzenlemeyi Sevk ve İskân Kanunu'ndan sadece üç gün sonra yapmıştır.

Osmanlı Hükümeti, nakledilen bu kişilerin geride bıraktıkları mallar ile ilgili olarak ilk dönemlerde herhangi bir tasfiye düşünmemiştir. Bu dönemde çıkarılan mevzuat, emvali metrukenin devlet tarafından sadece idare edilmesidir. Bu malların bedelli ya da bedelsiz olarak devlete intikali düşüncesi o dönemde yoktur. 30 Mayıs 1915 tarihli Meclisi Vükela Kararı'nda Ermenilerin geride bıraktıkları malların idaresi ile ilgili birçok temel esasa yer verilmiş ve bazı açıklamalar yapılmıştır.

Ancak nakledilen kişilerden alacakları olan devletlerin Osmanlı Devletine yaptıkları baskılar sonucunda Devlet, emvali metrukeyi tasfiye ederek bu alacakları ödemeyi düşünmüştür. Böylece Hükümetin Ermenilerin geride bıraktıkları mallar konusundaki politikası, idare etmekten tasfiye etmeye dönmüştür. Uygulamada Tasfiye Kanunu olarak bilinen 26 Eylül 1915 tarihli *"Ahar Mahallere Nakledilen Eşhâsın Emval ve Düyun ve Matlubat-ı Metrukesi Hakkında Kanun-u Muvakkat"* emvali metrukenin tasfiye edilmesini ve elde edilen gelirden, nakledilen kişilerin borçlarının ödenmesini öngörmüştür.

Tasfiye Kanunu, zorunlu göçe tabi tutulan kişilerin mallarının bedelsiz olarak devlete intikalini öngörmemektedir. Tasfiye Kanunu'nda, zorunlu göçe tabi tutulan kimselerin geride bıraktıkları taşınmazlardan vakıf malı olanların Vakıflar Hazinesi adına, diğerlerinin

ise Maliye Hazinesi adına kayıt edileceği belirtilmiştir. Nakledilen kişilerin mülkiyetinde bulunan taşınmazların mülkiyetinin bu iki Hazine'ye geçmesi bedelsiz olmayacaktır. Bu taşınmazlar için takdir edilen bedellerinden tasfiyeden sonra kalacak miktarı sahiplerine verilecektir. Bundan daha da önemlisi, Devlet, Ermenilere iskan edildikleri yerlerde yeterli miktarda arazi verilmesini de öngörmüştür. Yani Devletin temel gayesi, karşılıksız olarak mal kazanmak değildir. Üstelik buradaki amaç Ermenilerin mallarının tasfiye edilerek geri dönmelerinin önlenmesi de değildir. Zira, Ermenilerin nakledildikleri yerler de Osmanlı toprağıdır.

Tasfiye Kanunu ile, nakle tabi tutulan kimseler lehine birçok düzenleme yapılarak bu kimselerin mağduriyetinin önlenmesi amaçlanmıştır. Ayrıca idari düzenleme ve talimatlar ile yürütülen işlemler yasal dayanağa kavuşturulmuş, önceki düzenlemelerin eksiklikleri önemli ölçüde giderilmiştir.

KAYNAKÇA

Abdullahzade, Cavid "Emval-İ Metruke Kapsamındaki Mülkiyet Davalarının Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Süreci Açısından Değerlendirilmesi", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 62, Sayı: 2 (2013).

Akçam Taner, Ermeni Meselesi Hallolunmuştur Osmanlı Belgelerine Göre Savaş Yıllarında Ermenilere Yönelik Politikalar, İletişim Yayınları, İstanbul, 2010.

Akgündüz Ahmet, İslam Hukukunda ve Osmanlı Uygulamasında Vakıf Müessesesi, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 1988.

Aktan Hamza, "İstihkak", DİA, İstanbul, C. 23.

Arşiv Belgeleriyle Ermeni Faaliyetleri 1914-1918 C. 1, Genelkurmay Basımevi, Ankara, 2005, ss. 132-137; Süslü, 1990, s. 114-115.

Askerî Tarih Belgeleri Dergisi(ATBD), S. 83, 1983, Belge Numarası 1916, ss. 129-133;

Bertan Suad, Ayni Haklar Cilt 1, Ankara, 1976.

BOA. BEO. 4376/328197;

BOA. Dâhiliye Nezareti Hukuk Müşavirliği (DH. HMŞ.) 12/76.

BOA. DH. HMŞ. 12/76/ 29 Teşrin-i Sani 1331/12 Aralık 1915

BOA. Hariciye Nezareti Siyasi (HR. SYS.) 2875/7-7/a.

BOA. HR. SYS. 2880/15. 18 Ağustos 1331/31 Ağustos 1915

BOA. HR. SYS. 2880/22-4. 12 Eylül 1331/25 Eylül 1915

Dadrian N. Vahakn, Ulusal ve Uluslararası Hukuk Sorunu Olarak Jenosid, Belge Yayınları, İstanbul, 1995.

Deynekli Adnan ve Kısa Sedat, Hacizde ve İflasta Sıra Cetveli, Alfa Yayınları, İstanbul, 1996.

Duman Önder, "Birinci Dünya Savaşı'nda Osmanlı Devleti ile Müttefikleri Arasında Bir Diplomatik Kriz: Ermeni Emval-i Metrukesi ve Borçları", Ermeni Araştırmaları, Sayı: 22, Yaz 2006.

Düzceer Ali Rıza, Kadastro Kanunu, Yetkin Hukuk Yayınları, Ankara, 1996.

Esener Turhan ve Güven Kudret, Eşya Hukuku, Yetkin Kitapevi, Ankara, 2012.

Güner Hasan, "Ermenilerin Geride Bıraktıkları Mallar Hakkında Yapılan İlk Düzenlemeler ve Emval-i Metruke Komisyonları", Yeni Türkiye Dergisi, Ankara, Eylül-Aralık 2014, S. 63.

Güner Hasan, Ermenilerin Emval-i Metrukesi, Astana Yayınları, Ankara, 2016.

İpekçi Nizam, İcra ve İflas Kanunu Tatbikatı Şerhi, Ege Hukuk Yayınları, Ankara, 2006.

İpekçi Nizam, İhtiyati Haciz ve Hacze İştirak, İpekçi Yayıncılık, 2006.

Kardeş Salahaddin, Ansiklopedik Hazine Malları Sözlüğü, Maliye Bakanlığı APK Kurulu Başkanlığı Yayınları, Yayın No: 2004/36, Ankara, 2004.

Kardeş Salahaddin, Tehcir ve Emvali Metruke Mevzuatı, Maliye Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı Yayınları, Ankara, 2012.

Kodaman Bayram, "İttihat-Terakki ve Almanya", Yeni Türkiye Dergisi, Ankara, 2002, S. 44.

Kuru Baki, İcra ve İflas Hukuku, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No: 375, Ankara, 1975.

MAZC, 2. İçtima, 10. İni'kad, Devre: 3, Cilt 1, ss. 133-136. 30 Teşrin-i Sani 1331/13 Aralık 1915

Oğuzman M. Kemal, Seliçi Özer ve Özdemir Saibe Oktay, Eşya Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004.

Osmanlı Belgelerinde Ermenilerin Sevk ve İsyanı, Başbakanlık Devlet Arşivleri Genel Müdürlüğü Osmanlı Arşivi Daire Müdürlüğü Yayınları, Ankara, 2007.

Ozanemre Yayla Hatice Tolunay, "Gabinin Şartları", Çankaya University Journal of Law, 7/2, Şubat 2011, ss. 196-203

Pamuk Şevket, Osmanlı-Türkiye İktisadi Tarihi 1500-1914, Gerçek Yayınevi, İstanbul, 1997.

Reisoğlu Safa, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayınları, İstanbul, 2006.

Süslü Azmi, Ermeniler ve 1915 Tehcir Olayı, Yüzüncü Yıl Üniversitesi Rektörlüğü Yayın No: 5 Van, 1990.

Şener Esat, Hukuk Sözlüğü, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2001.

Şimşek, Suat Türk Hukukunda ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı, Maliye Bakanlığı Yayınları, Ankara, 2011.

Takvim-i Vekayi, 14 Eylül 1331/27 Eylül 1915, No: 2303; Düstur, II. Tertip, VII. Cilt, Dersaadet, 1336, ss. 737-740;

Tepekaya Muzaffer, "Osmanlı-Alman İlişkileri", Yeni Türkiye Dergisi, Ankara, 2002, S. 44.

TTK Arşivi Nurettin Peker Koleksiyonu (NP.) 1.6.

SERMAYE PİYASASI KANUNUNDA DÜZENLENEN PİYASA DOLANDIRCILIĞI SUÇLARI

Offences of Market Fraud According to Turkish Capital Market Code

Arş. Gör. Dilek Özge ERDEM*

Özet: Sermaye piyasasında dolandırıcılık suçları, Türk Sermaye Piyasası Kanununun 107. Maddesinde işleme dayalı piyasa dolandırıcılığı ve bilgiye dayalı piyasa dolandırıcılığı olmak üzere iki farklı suç tipine yer verilerek düzenlenmiştir. Kanun koyucu, doktrinde ve uluslararası hukukta benimsenen terimden farklı olarak, düzenlemede "manipülasyon" ifadesi yerine "dolandırıcılık" ifadesini tercih etmiştir. Ancak düzenlemenin gerekçesine bakıldığında tercih edilen terim farklılığına karşın, kanun koyucunun Avrupa Birliği Mevzuatıyla uyum sağlanması amacını güttüğü görülmektedir. Nitekim piyasa dolandırıcılığı suçlarında yeknesak düzenlemelere duyulan ihtiyaç, günümüz hızla artan teknolojisi ve global piyasaların etkinliği karşısında yadsınamaz bir gerçektir. Bu anlamda çalışma kapsamında piyasa dolandırıcılığı suçları karşılaştırmalı hukuk düzenlemelerine ve Avrupa Birliği Mevzuatına yer verilerek incelenmeye gayret edilmiştir

Anahtar Kelimeler: piyasa manipülasyonu, piyasa dolandırıcılığı, işleme dayalı piyasa dolandırıcılığı, bilgiye dayalı piyasa dolandırıcılığı, sermaye piyasası suçları.

Abstract: Market manipulation offences are regulated under Art. 107 in Turkish Capital Market Code as two seperate structured offences, namely transaction based market fraud and information based market fraud. Unlike the term adopted in doctrine and in international law, the legislator preferred the term "fraud" instead of "manipulation" in regulation. However, when looking at the rationale of the regulation, it is seen that despite the preferred term difference, the legislator pursues the aim of harmonization with the European Union Legislation. As a matter of fact, the need in uniform regulations in market manipulation offences is an undeniable fact considering today's rapidly increasing technology and effectiveness of global markets. In this sense, within the scope of the study, market manipulation crimes were tried to be examined by including comparative legal regulations and European Union Legislation.

Key Words: market manipulation, market fraud, information based market fraud, transaction based market fraud, capital market offences.

* Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ozge.erdem@asbu.edu.tr, ORCID: 0000-0002-2226-7369
Makale Geliş Tarihi: 02.10.2020, Makale Kabul Tarihi: 26.11.2020

GİRİŞ

Bu çalışmanın konusunu SerPK m. 107 hükmünde "piyasa dolandırıcılığı" başlığıyla, Sermaye Piyasası Suçları Bölümü'nde iki ayrı suç olarak düzenlenen işleme dayalı piyasa dolandırıcılığı suçu (SerPK m. 107/I) ve bilgiye dayalı piyasa dolandırıcılığı suçu (SerPK m. 107/II) oluşturmaktadır. Bu suçlara ilişkin ilk düzenleme 1981 yılında yürürlüğe giren mülga 2499 SerPK'da yapılmıştır. Ancak düzenlemede suçlara tüm yönleriyle yer verilmemiş, yalnızca bilgiye dayalı piyasa dolandırıcılığı suçu cezai müeyyideye tabi tutulmuştur. İşleme dayalı piyasa dolandırıcılığı suçunun eklenmesi, kanunda 3794 sayılı kanunla yapılan değişiklikle olmuştur; bundan önceki dönemde piyasa dolandırıcılığı suçlarına ilişkin olarak mevzuatta 765 sayılı TCK m. 358 hükmünde yer alan genel norm ve SerPK'da bilgiye dayalı piyasa dolandırıcılığına ilişkin özel norm yer almaktadır.[1] Mülga, 2499 sayılı SerPK'na bakıldığında bu suçların cezai sorumluluğa ilişkin m. 47 hükmünde diğer suçlarla birlikte düzenlendiği ve kanun koyucu tarafından açıkça bir isimlendirmeye gidilmediği görülmektedir. Kanun koyucunun bu tercihi karşısında doktrinde bu suçları belirtmek üzere, ağırlıklı olarak karşılaştırmalı hukuktaki örneklerden yola çıkılarak "piyasa manipülasyonu[2]"[3] ifadesi kullanılmıştır.[4] 6362 sayılı SerPK ile bu suçlar kanun koyucunun belirlediği "piyasa dolandırıcılığı" başlığıyla münferit bir düzenlemeye sahip olmuştur.

Piyasa dolandırcılığı suçlarının geçmişine bakıldığında Common-Law hukuk sisteminde bu tür eylemleri ilk olarak yasaklayan devletler arasında Birleşik Krallık ile birlikte Avustralya'nın yer aldığı görülmektedir.[5] Amerika Birleşik Devletleri'nde ise ilk olarak 1929 Büyük Buhranı'nda ekonomik krizden ve Büyük Buhran'dan sorumlu tutulan spekülatörlere tepki olarak manipülasyon niteliğindeki hareketlerin 1934 Menkul Kıymetler Borsası Kanunu'yla yasaklandığı

---

1 Duman, Buminhan, 6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nda Düzenlenen Piyasa Dolandırıcılığı (Manipülasyon) Suçu (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kırıkkale 2020, s. 96.

2 Manipülasyon kavramının sermaye piyasalarıyla ilgili olarak ilk kullanımının Texaslı pamuk tüccarı William Clayton'ın New Yok Pamuk Borsası Başkanı tarafından duruşmada 'manipülasyonla' suçlanmasıyla kullanıldığı belirtilmiştir (Craig Pirrong, Energy Market Manipulation: Definition, Diagnosis, Deterrence, Energy Law Journal, Vol. 31(1), 2010, s. 3); yine 1927-1928 yıllarında pamuk taşımacılığına sınırlamalar getirilmiş, belirlenen sınırların üzerindeki ürüne manipülasyonu önlemek amacıyla el konulduğu belirtilmtiştir (Jerry W. Markham, Law Enforcement and the History of Financial Market Manipulation, New York 2014, s. 61).

3 Dursun, Selman, Sermaye Piyasasında Gerçeğe Aykırılıktan Doğan Suçlar, İstanbul 2010, s. 257.

4 Bu suçları "Menkul Değerlerin Fiyatlarını Etkileyebilecek Hileli Hareketlerde Bulunmak" ismiyle inceleyen görüş için bkz. Erman, Sahir, Şirketler *Ceza Hukuku Ticari Ceza Hukuku VII,* İstanbul 1993, s. 132.

5 H. Chitimiro, The Regulation of Market Manipulation in Australia: A Historical Comparative Perspective, Potchefstroom Electronic Law Jounal, Vol. 18 (2), 2015, s. 113.

görülmektedir.[6] Manipülasyon suçlarını oldukça geç düzenleme yoluna giden Rusya'da ise, bu suça ilişkin ilk düzenleme 2009 yılında yapılmış ve düzenlemenin dolandırıcılık suçunun tekrarından ibaret olduğu belirtilmiştir.[7] Almanya'da piyasalarda kur dolandırıcılığını ilk olarak cezai müeyyideye bağlayan Borsa Kanunu'nun 88. (15 Mayıs 1986) paragrafı 1896 yılında mevcut olan Borsa Kanunu'nun § 75/I hükmüne dayanmaktadır.[8] 2003 yılında Borsa Kanunu'nun § 88. paragrafı ilga edilmiş ve AB 2003/6 sayılı Direktifine uygun olarak Menkul Kıymetler Ticareti Kanunu'nun 38. Paragrafında piyasa dolandırıcılığı suçu düzenlenmiştir.[9] Yürürlükteki haliyle piyasa dolandırıcılığı suçu Alman Menkul Kıymetler Ticareti Kanunu'nun 119. paragrafında düzenlenmekte ve tipik hareketlerin belirlenmesi için § 120 WpHG hükmüne, burada da AB 596/2014 sayılı Tüzük m.15'e atıf yapılmaktadır. Tüzük m. 15 hükmünde ise yalnızca piyasa dolandırıcılığının yasak olduğu ifade edilmekte olup, suç oluşturan hareketlerin belirlenmesinde Tüzüğün 12. madde hükmü belirleyici olmaktadır. Bu haliyle düzenleme atıflar zinciri (*Verweisungskette)* niteliğindedir ve belirlilik ilkesi bakımından tartışmaları beraberinde getirmektedir.[10]

AB 596/2014 sayılı Tüzükte ve Alman Hukuku'nda SerPK'dan farklı olarak, üçüncü bir piyasa dolandırıcılığı ipotezi olarak harekete dayalı olarak piyasa dolandırıcılığı *(Handlungsgestützte Manipulation)* da düzenlenmiştir; bundan anlaşılması gereken failin işlem ya da bilgi yoluyla değil fakat belirli hareketleri gerçekleştirerek sermaye piyasası aracının değerini manipüle etmesidir.[11] Bu tür hareketlere örnek olarak 2017 yılında Borussia Dortmund takım otobüsüne bombalı saldırı düzenleyerek daha önce pozisyon alınmış olan hisse senetlerine ilişkin olarak fiyatların manipüle edilmesi gösterilmiştir.[12]

---

6 Markham, xiii; Amerika'daki tarihi hakkında ayrıca bkz. David Yeres/Robert Houck/Brendan Stuart, U. S. Market Manipulation: Has Congress Given the CFTC Greater Latitude than the SEC to Prosecute Open Market Trading as Unlawfull Manipulation: It's Doubtful, The Journal onthe Law of Investment and Risk Management Products, June 2018, Vol. 38(6), s. 2 vd.; Shaun D. Ledgerwood/ James A. Keyte/Jeremy A. Verlinda/Guy Ben-Ishai, The Intersection of Market Manipulation Law and Monopolization Under the Sherman Act: Does it Make Economic Sense?, Energy Law Journal, Vol. 40:47, 2019, s. 51 vd.

7 Klepitskij, Ivan, Market Manipulation in Russia and in Europa: the Criminal Law Dimension, Russian Law Journal, 2016 4(3), s. 120; Rusya'da 2016 yılı itibariyle 2009 yılında Ceza Kanunu'na eklenen Piyasa Dolandırıcılığı suçundan hiç soruşturma yürütülmediği ve hüküm kurulmadığı belirtilmiştir (Klepitskij, s. 120).

8 Colussi, Marc, Kapitalmarktstrafrecht- Insiderhandel und Marktmanipulation, Frankfurt am Main 2010, s. 77; Matthias Schömann, Die Strafbarkeit der Marktmanipulation gemäß § 38 Abs. 2 WpHG, Frankfurt am Main 2010, s. 5.

9 Colussi, s. 77, 78; Schömann, s. 5, 6.

10 Joecks, Wolfgang / Miebach, Klaus */ Pananis,* Münchner Kommentar zum StGB, Band 8, München 2019, WpHG § 119 Rn. 58; Park, Tido */Saliger,* Kapitalmarktstrafrecht, Baden-Baden 2020, s. 436 Rn. 24.

11 Assmann, Heinz-Dieter / Schütze, Rolf A. / Buck-Heeb, Petra, *Worms*, Handbuch des Kapitalanlagerechts, München 2020, §10 Rn. 34.

12 Assmann/Schütze/Buck-Heeb, *Worms*, § 10 Rn. 34.

Doktrinde piyasa dolandırıcılığı suçunu ifade etmek üzere yerleşmiş bir terim olarak piyasa manipülasyonu kullanılmıştır. Bu terime kesin ve belirleyici bir açıklama getirmek, manipülasyon niteliğindeki hareketlerin çeşitliliği ve piyasa işlemlerinin dinamik ve sürekli gelişen yönü karşısında oldukça zor olsa da kavramı "sermaye piyasasında işlem gören menkul kıymet veya sair malvarlığı değerinin fiyatında, piyasanın serbest refleksleriyle ulaşılacak olan fiyatlardan farklılığa neden olacak yanlış veya yanıltıcı bilgi yaymak ya da her türlü diğer davranışlar"[13] olarak tanımlamak mümkündür.

I.PİYASA DOLANDIRCILIĞI SUÇLARININ FAİLİ, HUKUKİ KONUSU VE MAĞDURU

SerPK m. 107 hükmünde düzenlenen piyasa dolandırıcılığı suçlarında fail, suçun hukuki konusu ve mağduru ortak özellik gösterip, tekrardan kaçınmak amacıyla bu kavramlar her iki suça ilişkin olmak üzere ortak bir başlık altında incelenmiştir.

A. FAİL

Fail suçun aktif süjesi olup ceza hukukunda suç fiilini gerçekleştiren kişidir (TCK m. 37/I).[14] Failin niteliğini esas alan ayrıma göre suçlar, özgü suçlar ve genel suçlar olarak ikiye ayrılmaktadır. Genel suçlar, herkes tarafından gerçekleştirilebilen, genellikle kanunda "her kim" ifadesi kullanılarak failin belirtildiği suçlarken, özgü suçlar failin niteliğinin suçu işleyebilecek kişileri sınırlandırıcı olarak belirtildiği suçlardır. Özgü suçlar kendi içerisinde, failin niteliğinin suçun kurucu unsurları içerisinde yer aldığı gerçek özgü suçlar ve cezayı etkileyen bir hal teşkil ettiği gerçek olmayan özgü suçlar olarak ikiye ayrılmaktadır.[15] Piyasa dolandırıcılığı suçları genel suç niteliğindedir ve herkes suçun faili olabilir. Mülga SerPK m. 47/A/3 hükmünde yer alan özgü suç niteliğindeki "açıklamakla yükümlü olduğu bilgileri açıklamamak" şeklindeki ihmali hareketle gerçekleştirilen özgü suç ipotezine 6362 sayılı SerPK'da yer verilmemiştir.[16]

Yine mülga 765 sayılı TCK m. 359 hükmünde yer alan cezanın artırılması nedenine (suçun "resmi sıfatı haiz simsar veya borsa tellalları"

---

13 Colussi, s. 79; Christian Thaler, Sanktionen bei Marktmissbrauch, Wien 2014, s. 60.

14 Toroslu, Nevzat, Ceza Hukuku Genel Kısım, Ankara 2010, s. 96.

15 Roxin, Claus, Strafrecht Allgemeiner Teil Band I, München 2006, s. 339, 340; özgü suçlar hakkında detaylı bilgi için ayrıca bkz. Krause, Eva Julia, Sonderdelikte im Wirtschaftsstrafrecht, Hamburg 2008, s. 31 vd.

16 Bu düzenenlemenin benzeri Alman WpHG § 38 hükmünde de yer almaktaydı, Alman kanun koyucusu da bu düzenlemeye yürürlükteki § 119 WpHG hükmünde yer vermeyerek piyasa dolandırıcılığı suçlarını genel suçlar olarak düzenlemiştir; dolayısıyla bu fiil nedeniyle ceza sorumluluğu ancak ihmali suçlara ilişkin genel hükümler -§ 13 StGB- gereğince söz konusu olabilmektedir (MüKoStGB/*Pananis* WpHG § 119 Rn. 34).

tarafından işlenmesine)[17] ne mülga 2499 sayılı SerPK'da ne de yürürlükteki SerPK'da yer verilmiştir.

Doktrinde isabetli olarak belirtildiği gibi, hükümde yer alan "...alım veya satım *yapanlar*, emir *verenler...iptal edenler...değiştirenler"* şeklindeki çoğul ifadeler suçun çok failli[18] bir suç olduğu yanılgısı yaratmamalı,[19] genel ifadeler olarak anlaşılmalıdır.

Son olarak belirtmek gerekir ki sermaye piyasasındaki işlemler aracı kuruluşlar vasıtasıyla gerçekleştirilmektedir; işleme dayalı piyasa dolandırıcılığı suçunun bu kurumlara verilen emirler ve bu kurumların verilen emirleri borsaya iletmesi yoluyla gerçekleştirildiği hallerde, tüzel kişi olan bu kurumların fail olarak sorumlu olacağı düşünülmemelidir. Zira davranışlarını belli bir amaca yönelik olarak gerçekleştirme yeteneğine, yönlendirici irade yeteneğine sahip olmayan tüzel kişilerin suçun faili olması mümkün değildir.[20] Bu durum suç ve cezanın şahsiliği ve kusur ilkesinin de doğal bir sonucudur.[21] Bu halde aralarında iştirak iradesinin varlığına bağlı olarak aracı kurum çalışanlarının müşterek fail ya da şerik olarak sorumluluğu ve piyasa dolandırıcılığı suçlarının bir tüzel kişi yararına işlenmesi halinde SerPK m. 114 gereğince TCK'nın tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirlerine ilişkin hükümlerinin uygulanması söz konusu olabilecektir.

B. HUKUKİ KONU VE MAĞDUR

Suçun hukuki konusu, suç tarafından ihlal edilen hukuki varlık veya menfaat olup[22], bu varlık veya menfaat suçtan doğrudan doğruya zarar gören kişiye veya kişi topluluklarına, yani suçun pasif süjesine aittir.[23] Suç tipinin, suçların gruplandırılması, kanunun sistematiği açısından korunmasını amaçladığı menfaatlerden birisine ilişkin suçlar bölümünde düzenlenmesi, diğer hukuksal menfaatlerin korunmadığı anlamına gelmeyeceği gibi bu menfaatler ilgili hükmün uygulanmasında da göz ardı edilmemelidir.[24] Ancak bir suçun fiilen birden çok varlık veya menfaati ihlal etmesi ve bu varlık veya menfaatlerin kanun

---

17 Erman, s. 139.

18 Çok failli suçlar hakkında detaylı bilgi için bkz. Türkân Yalçın, Çok Failli Suçlar, Ankara 1998, s. 61-185.

19 Duman, Manipülasyon, s. 111.

20 Zeynel T. Kangal, Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu, Ankara 2003, s. 126. Tüzel kişilerin ceza sorumluluğu hakkında detaylı bilgi için ayrıca bkz. Devrim Aydın, "Are There Any Suitable Sanctions New Forms of Corporate Offences", Regulating Corporate Criminal Liability (Edt. Klaus Tiedemann-Joachim Vogel), İsviçre 2014, s. 313 vd., Henry W. Edgerton, "Corporate Criminal Responsibility", The Yale Law Journal, Vol. 36(6), April 1927, s. 828 vd.

21 Aydın, Sanctions, s. 313.

22 Toroslu, Nevzat, Ceza Hukuku Genel Kısım, Ankara 2010, s. 97.

23 Toroslu, Nevzat, Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu, Ankara 1970, s. 166.

24 Ünver Yener, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Ankara, 2003, s. 1011, 1012.

tarafından göz önünde bulundurulmuş olması hallerinde dahi, bunlardan sadece biri suçun hukuki konusunun tespiti yönünden belirleyici varlık veya menfaati teşkil eder.[25] Doktrinde piyasa dolandırıcılığı suçlarının hukuki konusunun birden fazla olduğunu savunan bir görüşe göre, bu suçların hukuki konusunu milli ekonomi ve borsada menkul kıymetlerini satışa sunan kişilerle bunları satın alan kişilerin mali menfaatleri oluşturmaktadır.[26] Hukuki konunun kamusal ve bireysel nitelikte, birden fazla olduğunu ifade eden bir diğer görüşe göre, piyasa dolandırıcılığı suçlarının hukuki konuları sermaye piyasasının işlevselliği ve yatırımcılar başta olmak üzere piyasa katılımcılarının malvarlığının korunmasıdır.[27]

Normla korunması amaçlanan hukuki menfaatin bireyler üstü, kamusal nitelikte olduğunu savunan görüşlere göre, bu suçların hukuki konusu, sermaye piyasasının unsurlarının ve işleyiş mekanizmalarının işlerliğinin korunması, borsa ve piyasalarda oluşan fiyatların gerçekliği ve güvenilirliğidir.[28]

Esas itibariyle yatırımcıların menfaatleri ve milli ekonomi normla doğrudan doğruya korunması amaçlanan menfaatler olmaktan ziyade, normun sermaye piyasasının işlerliğinin ve güvenliğinin korunmasının bir sonucu niteliğindedir. Zira eşitlik ilkesine dayalı ve şeffaf olarak işlerliğini sürdüren sermaye piyasasında yatırımcıların piyasaya olan güveninin zedelenmemesi ve bu anlamda milli ekonominin zarara uğramaması adil ve hukuka uygun olarak işleyen piyasa ortamının dolaylı bir sonucu olarak değerlendirilmelidir.[29] Nitekim Anayasa'nın 48. maddesinde devlete, özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirlerin alınması ödevi yüklenmiştir. Bu ödevin somut bir görünümü olarak SerPK m. 1 hükmünde *"Bu Kanunun amacı; sermaye piyasasının güvenilir, şeffaf, etkin, istikrarlı, adil ve rekabetçi bir ortamda işleyişinin ve gelişmesinin sağlanması, yatırımcıların hak ve menfaatlerinin korunması için sermaye piyasasının düzenlenmesi ve denetlenmesidir"* denilerek kanunun amacı sermaye piyasasının hukuka uygun işlerliği olarak ortaya konmuş, yatırımcıların hak ve menfaatlerinin korunması ise sermaye piyasasının düzenlemesi

---

[25] Toroslu, Nevzat, "İftira Cürmünün Hukukî Konusu", AÜHFD, C. 37, S. 1, Y. 1980, s. 109; Toroslu, Suçun Hukuki Konusu, s. 288-290.

[26] Erman, s. 134; Evik, Ali Hakan, Sermaye Piyasası Araçlarının Değerini Etkileyebilecek Aldatıcı Hareketler Yapma (Manipülasyon) Suçları, Ankara 2004, s. 126; Duman, Manipülasyon, s. 101; Aşkın, Uğur, Sermaye Piyasasında Bilgi Bazlı Piyasa Dolandırıcılığı Suçu, MÜHFHAD, C. 24, S. 2, Y. 2018, s. 692.

[27] Dursun, s. 271, 272; Geçer, Ahmet Emrah, Sermaye Piyasası Hukukunda Piyasa Dolandırıcılığı Suçu, GÜHFD, C. 21, S. 2, Y. 2017, s. 247.

[28] Park/*Saliger,* Kapitalmarktstrafrecht, s. 434 Rn. 23; Assman/Schütze/Buck-Heeb, *Worms* §10 Rn.18; Esser, Robert / Rübenstahl, Markus / Saliger, Frank / Tsambikakis, Michael /*Theile,* Wirtschaftsstrafrecht, Köln 2017, WpHG § 38 Rn. 112; Colussi, s. 79; Klaus Tiedemann, Wirtschaftsstrafrecht, München 2017, § 22 Rn. 1041; Wittig, Petra, Wirtschaftsstrafrecht, München 2017, § 30 Rn. 11.

[29] Assman/Schütze/Buck-Heeb, *Worms* § 10 Rn. 18.

ve denetlenmesinin gerekçesi ve bu anlamda korunması amaçlanan menfaatlerden biri olarak ifade edilmiştir. Bu anlamda normla korunması amaçlanan menfaatler arasında yatırımcıların malvarlığına ilişkin hakları da yer almakla birlikte, suçun düzenlendiği yer de göz önünde bulundurulduğunda suçun hukuki konusunu, sermaye piyasasının hukuka uygun olarak işlerliği ve güvenilirliği olarak tespit eden görüşler daha isabetli görünmektedir.

Suçun mağduru ya da pasif süjesi, ceza normu tarafından korunan, suç fiili ile ihlal olunan varlık ya da menfaatin, suçun hukuki konusunun hamilidir.[30] Mağdur daima bir süje, yani kişidir; zira ceza hukuku da dahil olmak üzere hukukun bütün alanlarında süje daima kişiler olup, şeyler sadece hakların ve hukuki ilişkilerin konusunu teşkil etmektedir.[31] Gerçek veya tüzel kişilerin suçun mağduru olabileceği açıktır, ancak tüzel kişiliği haiz olmayan aile, toplum ve devletler topluluğu gibi sosyal topluluklar da bu kavrama dahil kabul edilmektedir; zira ceza hukuku birey ve toplum arasındaki ilişkileri düzenlemekte ve topluma özgü olan sosyal menfaatleri de koruma altına almaktadır.[32] Bu korumanın sonucu olarak anılan menfaatler hak haline değil, fakat sadece topluma ait hukuki menfaatler haline gelmektedirler.[33] Bu anlamda toplum, gerçek hakların süjesi yani tüzel kişi olarak değil, aksine cezai yaptırımlar ile korunan menfaat ve varlıkların, yani hukuk menfaat ve varlıkların süjesi olarak ortaya çıkmaktadır.[34]

Suçun mağduru kavramından anlaşılması gereken, suç fiilinden zarar gören herkes değil, sadece bu fiil ile ihlal olunan ve cezai korumanın konusunu oluşturan varlık ya da menfaatlerin sahipleridir.[35] Kamusal nitelikteki sermaye piyasasının işlerliğine ve güvenilirliğine ilişkin hukuki konunun hamili ve dolayısıyla piyasa dolandırıcılığı suçunun mağduru ise toplumdur.[36] Piyasa dolandırıcılığı suçları nedeniyle dolaylı olarak menfaatleri zarara uğrayan kişiler ise suçtan zarar gören niteliğindedir.[37] Bu anlamda yatırımcılar ve diğer piyasa aktörleri suçtan zarar gören olarak kabul edilmelidir.

---

30 Katoğlu, Tuğrul, "Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları", AÜHFD, C. 61, S. 2, Y. 2012, s. 661.

31 Toroslu, Suçun Hukuki Konusu, s. 175; Ünver, s. 141; Katoğlu, s. 660.

32 Toroslu, Suçun Hukuki Konusu, s. 342, 343.

33 Toroslu, Suçun Hukuki Konusu, s. 342, 343.

34 Güngör, Devrim, 5237 ve 5271 Sayılı Kanunlar Işığında Şikâyet Kurumu, Ankara 2009, s. 43, 44; Toroslu, Suçun Hukuki Konusu, s. 342, 343.

35 Katoğlu, s. 662.

36 Suçun mağdurunun devlet olduğu yönündeki görüş için bkz. Öz, Buket, Türk Sermaye Piyasasında Piyasa Dolandırıcılığı Suçları, Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4, S.7, Y. 2018, s. 145; suçun mağdurunun toplum olduğunu kabul etmekle birlikte mağdurun toplum olması halinde mağduru gayri muayyen bir suç olduğunu ifade eden görüş için bkz. Duman, Manipülasyon, s. 114; ancak mağdurunun toplum olduğu suçlar mağduru belli bir kişi olmayan suçlar olarak kabul edilmemelidir, burada mağdur toplumdur (Toroslu, Ceza Genel, s. 323, 324).

37 Suçtan zarar gören yatırımcıları mağdur olarak kabul eden görüş için bkz. Geçer, s.

II. PİYASA DOLANDIRICILIĞI SUÇLARININ MADDİ KONUSU

Suçun maddi konusu, suçun üzerinde husule geldiği şahıs veya şey olup,[38] maddi konu aracılığıyla korunan hukuksal değer ihlal edilmektedir.[39] Suçun hukuki konusu, aksi yönde görüşler bulunmakla[40] birlikte maddi ya da manevi nitelikte olabilirken[41], maddi konu her zaman fiziki varlığa sahip, somut niteliktedir.[42] Bu itibarla piyasa dolandırıcılığı suçlarının maddi konusunu, tipik hareketlerin üzerinde gerçekleştirildiği sermaye piyasası araçları oluşturmaktadır.[43]

Kanunda sermaye piyasası araçları m. 1/(ş) hükmünde *"Menkul kıymetler ve türev araçlar ile yatırım sözleşmeleri*[44] *de dâhil olmak üzere Kurulca bu kapsamda olduğu belirlenen diğer sermaye piyasası araçlarını...ifade eder"* denilerek belirlenmiş, bu araçların neler olduğu tek tek sayılmamış, her türlü yatırım aracını kapsayıcı bir tanımlama yapılmıştır. Doktrinde SerPK m. 3/I-ş hükmünde "kurulca bu kapsamada olduğu belirlenen diğer sermaye piyasası araçları" ifadesi yeterince açık ve belirli olmaması nedeniyle eleştirilmiş, sermaye piyasası araçlarını belirleme yetkisinin idareye verilmesinin kanunilik ilkesine aykırılık teşkil ettiği

---

248; Aşkın, s. 697.

38 Toroslu, Ceza Genel, s. 98; Toroslu, Suçun Hukuki Konusu, s. 185; Erem, Faruk, "Suçun Konusu ve Hümanist Doktrin", AÜHFD, C. 25, S. 1, 1968, s. 14; Dönmezer, Sulhi / Erman, Sahir, Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku, C. 1, İstanbul 1997, s. 333; suçun maddi konusuna ilişkin olarak bunun yalnızca maddî veya fizik yapısına sahip şeyler olabileceği görüşü yanı sıra psişik nitelikteki kavramların da maddi konuya dahil edilebileceği görüşleri hakkında detaylı bilgi için bkz. Toroslu, Suçun Hukuki Konusu, s. 185 vd.; Erem, Suçun Konusu, s. 31.

39 Ünver, s. 142.

40 Roxin, s. 34.

41 Toroslu, Ceza Genel, s. 98; Erem, Faruk, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, Ankara 1995, s. 252.

42 Roxin, s. 33, 34.

43 Park/*Saliger,* Kapitalmarktstrafrecht, s. 451 Rn. 51; ERST/*Theile* WpHG § 38 Rn. 141; MüKoStGB/*Pananis* WpHG § 119 Rn. 35; bilgiye dayalı piyasa dolandırıcılığı suçunda suçun maddi konusunun kararları etkilenen yatırımcılar olduğu yönündeki görüş için bkz. Duman, Buminhan, Türk Sermaye Piyasası Hukukunda Bilgiye Dayalı Piyasa Dolandırıcılığı Suçu, Terazi Hukuk Dergisi, C. 14, S. 149, Y. 2019, s. 19.

44 SerPK m. 1/(o): *"Menkul kıymetler: Para, çek, poliçe ve bono hariç olmak üzere; 1) Paylar, pay benzeri diğer kıymetler ile söz konusu paylara ilişkin depo sertifikalarını, 2) Borçlanma araçları veya menkul kıymetleştirilmiş varlık ve gelirlere dayalı borçlanma araçları ile söz konusu kıymetlere ilişkin depo sertifikalarını... " (u): Türev araçlar: Aşağıda sayılan veya Kurulca bu kapsamda olduğu belirlenen diğer türev araçları: 1) Menkul kıymetleri satın alma veya satma veya birbirleri ile değiştirme hakkı veren türev araçları, 2) Değeri, bir menkul kıymet fiyatına veya getirisine; bir döviz fiyatına veya fiyat değişikliğine; faiz oranına veya orandaki değişikliğe; bir kıymetli maden veya kıymetli taş fiyatına veya fiyat değişikliğine; bir mal fiyatına veya fiyat değişikliğine; Kurulca uygun görülen kurumlarca yayınlanan istatistiklere veya bunlardaki değişikliğe; kredi riski transferi sağlayan, enerji fiyatları ve iklim değişkenleri gibi ölçüm değerleri olan ve bu sayılanlardan oluşturulan bir endeks seviyesine veya seviyedeki değişikliğe bağlı olan türev araçları, bu araçların türevlerini ve sayılan dayanak varlıkları birbirleri ile değiştirme hakkı veren türevleri, 3) Döviz ve kıymetli madenler ile Kurulca belirlenecek diğer varlıklar üzerine yapılacak kaldıraçlı işlemleri... ifade eder."*

belirtilmiştir.[45] Ancak burada SerPK m. 107 hükmünün normatif bir unsuru olan sermaye piyasası araçları, kanun koyucu tarafından kanunun başka bir maddesinde tanımlanmış, yalnızca tek tek neler olduğu belirtilmemiştir; böyle bir belirleme yapmak ise teknolojinin ve ekonomik ürünlerin son derece dinamik olduğu ve çeşitlilik gösterdiği günümüz dünyasında bir gereklilik olmadığı gibi son derece kısıtlayıcı nitelikte olacaktır. Dolayısıyla düzenlemede bu şekilde tahdidi olarak sayma yoluna gidilmemesi, ekonominin dinamik, sürekli gelişen yönü ve zaman içerisinde farklı yatırım araçlarının piyasalara sunulması bir gerçeklik olarak göz önünde bulundurulduğunda yerinde görünmektedir. Yine sermaye piyasası araçlarının neler olduğunu belirleme yetkisine Sermaye Piyasası Kurulu'nun sahip olması da kanunilik ilkesinin ihlal edildiği anlamına gelmemektedir. Zira burada açık ceza normu niteliğinde bir hüküm söz konusu olup; kuralın içeriğini somutlaştıran düzenleyici işlemler de fiilin normatif bir unsurunu tanımlayan ceza normu niteliğindedir.[46]

III. İŞLEME DAYALI PİYASA DOLANDIRICIĞI SUÇU

A. SUÇUN MADDİ UNSURU OLARAK İŞLEM YAPMAK, EMİR VERMEK, EMRİ İPTAL ETMEK VEYA DEĞİŞTİRMEK YA DA HESAP HAREKETLERİ GERÇEKLEŞTİRMEK

1) Genel Olarak

Kanun koyucu işleme dayalı piyasa dolandırıcılığı suçunun emir vermek, verilmiş olan emri iptal etmek veya değiştirmek ya da hesap hareketleri gerçekleştirmek yoluyla işlenebileceğini öngörerek seçimlik, bağlı hareketli bir suç tipi düzenlemiştir. Suçun tamamlandığından söz edebilmek için seçimlik olarak öngörülen hareketlerden birinin gerçekleştirilmesi yeterlidir. Kanun koyucu ayrıca bir neticenin gerçekleşmesini aramayarak suçu tehlike suçu niteliğinde, sırf hareket suçu olarak düzenlemiştir. Hükümde öngörülen seçimlik hareketlerin ihmal yoluyla gerçekleştirilmesi mümkün olmayıp, işleme dayalı piyasa dolandırıcılığı suçu icrai nitelikte bir suçtur. Yine tehlikenin gerçekleşmesi normda somut olarak aranmayıp, suç soyut tehlike suçu niteliğindedir. Hükümde suçtan dolayı verilecek olan adli para cezasının, failin elde ettiği menfaatten daha az olamayacağının öngörülmüş olması, suçun neticesi olarak menfaat temininin belirlendiği şeklinde yorumlanmamalıdır; menfaat temini kanun koyucu tarafından suçun bir

---

[45] Geçer, s. 250; Duman, Manipülasyon, s. 104, 105.

[46] Güngör, Devrim, Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata, Ankara 2006, Fiil, s. 120; Hafızoğulları, Zeki, Ceza Normu, Ankara 1996, s. 282.

unsuru olarak değil, adli para cezasının miktarının belirlenmesinde gözetilecek bir sınır olarak öngörülmüştür.[47]

Alman § 119 WpHG hükmünde suçun tamamlanması için manipülatif hareketler sonucu fiyatlarda etkinin gerçekleşmesi aranmış, bu haliyle suç, neticeli zarar suçu şekilde düzenlenmiştir.[48] Piyasa dolandırıcılığı suçunun gerçekleşmesi için, bilgi suistimali suçundan farklı olarak Alman kanun koyucu ayrıca fiyata etkinin önemli ölçüde olmasını aramamıştır.[49]

Seçimlik hareketler arasında sayılan "hesap hareketleri gerçekleştirmek" ifadesinden anlaşılması gereken, failin gerek kendi hesapları arasında gerekse başka kişilere ait hesapların kullanılması suretiyle hesaplar arasında transferler yapılmasıdır.[50] Doktrinde kanun koyucunun bu işlemleri de seçimlik hareketler arasında düzenlemekle, işleme dayalı piyasa dolandırıcılığına iştirak eden diğer kişilerin cezasız kalmalarını önlemeyi amaçladığı belirtilmiştir.[51]

Hükümde, AB 596/2014 sayılı Tüzük m. 12/I/a hükmünden ve yürürlükteki SerPK'da da uygunluğu amaçlanan 2003/6 sayılı Tüzük m. 1/II hükmünden farklı olarak yanlış ya da yanıltıcı izlenim verilmesinin *mümkün olması*, yapay biçimde fiyatları etkileme veya etkileyebilecek olma, yani manipülasyona elverişlilik koşulu aranmamıştır. Ancak işleme dayalı piyasa dolandırıcılığı suçu bakımından elverişlilik şartı, ayrıca belirtilmesine gerek olmaksızın gerçekleştirilen hareketler bakımından da aranmalıdır[52], nitekim hareketin manipülasyona yol açabilecek fiyat değişimlerine elverişli olmaması halinde hareketin elverişsizliğinden ve işlenemez suçtan[53] söz edilmelidir. Ancak bu halde gerçekleştirilen işlemlerin, SerPK m. 104 kapsamında piyasa bozucu eylem olarak değerlendirilmesi mümkündür.

Mülga SerPK m. 47/A/2 hükmünden farklı olarak SerPK m. 107/1 hükmünde tipik hareketler yalnız alım veya satım yapmak olarak düzenlenmemiş, alım veya satım şeklindeki hareketlerin önceki aşamaları olan emir vermek ve verilmiş olan emri değiştirmek ya da iptal etmek şeklindeki hareketler de tipik hareketler arasında sayılmıştır. Bu anlamda, yalnızca emir verildiği ve bu emrin henüz işleme dönüşmediği hallerde mülga SerPK'dan farklı olarak teşebbüs aşamasında kalmış değil fakat tamamlanmış suçtan söz edilecektir.

Belirtmek gerekir ki işleme dayalı piyasa dolandırıcılığı suçundan söz edebilmek için failin emri ya da işlemi kendi adına veya hesabına

---

47 Duman, Manipülasyon s. 134.

48 Park/*Saliger,* Kapitalmarktstrafrecht, s. 562 Rn. 255; MüKoStGB/*Pananis* WpHG § 119 Rn. 147.

49 MüKoStGB/*Pananis* WpHG § 119 Rn. 149; Park/*Saliger,* Kapitalmarktstrafrecht, s. 563 Rn. 256.

50 Geçer, s. 252; Duman, Manipülasyon, s. 123.

51 Duman, Manipülasyon, s. 124.

52 Dursun, s. 281; Erman, s. 143.

53 Güngör, Fiil, s. 123.

gerçekleştirmiş olması şart değildir.[54] Yine alım veya satım işleminin gerçekleşmesi için borçlar hukuku anlamında borçlandırıcı işlemin varlığı yeterlidir; bunun daha sonradan iptal edilmesi veya geçersiz olmasının suçun varlığı üzerinde etkisi yoktur.[55]

Alman hukukunda emir verildiğinin (*placing an order* -Tüzük m. 12- , *Erteilung eines Handelsauftrags)* kabulü için bir görüşe göre bunun yollanması yeterli görülmüş, ayrıca alıcıya (aracı kuruma) ulaşması ya da emir defterine-sisteme işlenmesinin gerekli olmadığı belirtilmiştir.[56] Daha isabetli görünen diğer bir görüşe göreyse, yalnızca emrin yollanması yeterli olmayıp bunun alıcıya ulaşmış olması gerekir, ancak ayrıca emir defterine işlenmiş olması gerekli değildir.[57] Türk hukukunda ise yatırımcı tarafından verilen talimatın aracı kurum tarafından borsaya iletilmesiyle birlikte emir niteliği kazanacağı belirtilmiştir.[58] Ancak III-45.1 sayılı Yatırım Hizmet ve Faaliyetleri ile Yan Hizmetlere İlişkin Belge ve Kayıt Düzeni Hakkında Tebliğ m. 8 hükmünde *"yatırım kuruluşları müşterilerden yazılı ya da sözlü olarak emir kabul edebilir"* ve Borsa İstanbul A. Ş. Borsacılık Faaliyetlerine İlişkin Esaslar Yönetmeliği m. 29/I hükmünde "*Müşteriler, Borsada işlem gören yatırım araçlarına ilişkin alım satım emirlerini Kurul düzenlemeleri çerçevesinde işlem yapma yetkisi verilenlere iletirler"* denmek suretiyle emir vermekten anlaşılması gerekenin müşterinin aracı kuruma ilettiği talep olduğu ortaya konmuştur. SerPK'da da AB Tüzüğü ile benzer şekilde emrin *verilmesi* tipik hareketler arasında düzenlendiği için, bunun belirlenmesinde yatırımcının irade beyanını ortaya koyduğu ve bu beyanın aracı kuruma ulaştığı anın esas alınması daha isabetli görünmektedir. Nitekim Yönetmelik ve Tebliğ'deki düzenlemelere uygun olarak bir emirden bahsedilebilmesi için bunun yetkili aracı kuruma karşı açıklanmış olması, bu beyanın aracı kuruma ulaşmış olması gereklidir; ancak bu talimatın emir olarak nitelendirilebilmesi için ayrıca borsaya iletilmiş olmasına gerek yoktur.

2) Uygulamada Sıklıkla Karşılaşılan Bazı Piyasa Dolandırıcılığı Türleri[59]

İşleme bağlı piyasa dolandırıcılığı suçu kapsamında değinilmesi gereken bir diğer husus suçun işlenişinde sıklıkla başvurulan

---

[54] Assmann/Schütze/Buck-Heeb, *Worms* § 10 Rn. 37; MüKoStGB/*Pananis* WpHG § 119 Rn. 60; Nina Nestler, Bank- und Kapitalmarktstrafrecht, Berlin 2017, s. 269 Rn. 665.

[55] Assmann/Schütze/Buck-Heeb, *Worms* § 10 Rn. 37; Nestler, s. 269 Rn. 665, 666.

[56] Assmann/Schütze/Buck-Heeb, *Worms* § 10 Rn. 37.

[57] MüKoStGB/*Pananis* WpHG § 119 Rn. 60; Park/*Saliger,* Kapitalmarktstrafarecht, s. 463 Rn. 74; Wabnitz/Janovsky/Schmitt/*Gehrmann,* Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, München 2020, 11. Kapitel Rn. 123.

[58] Bkz. Duman, Manipülasyon, s. 119.

[59] İşleme dayalı piyasa dolandırıcılığı yöntemleri bu başlık altında sayılanla sınırlı olmayıp burada yalnızca Avrupa Birliği Tüzüğünde yer verilenler arasında literatürde üzerinde en çok durulan örneklerden bazılarının açıklanmasıyla yetinilmiştir.

yöntemlerdir; bunlar uygulamada önemli yer tutması nedeniyle Avrupa Parlamentosu ve Konsey tarafından da piyasa manipülasyonu sayılacak haller kapsamında Tüzükte (m. 12) düzenlenmiştir.

İşleme dayalı piyasa dolandırıcılığı suçunun gerçekleştirilme yöntemlerinden biri piyasa aracının mülkiyetine sahip olan kişide değişimin meydana gelmediği yıkama satışlardır (*wash sales*).[60] Kural olarak alıcı ve satıcının ekonomik anlamda aynı kişi olduğu bu işlemde, yüksek miktarlarda işlem ve hesap hareketleri yapıldığı izlenimi uyandırılarak piyasa aracının fiyatının yapay yükseltilmesi amaçlanmaktadır.[61] Burada görünüşte bir alım ve satım işlemi yapılmasına rağmen menkul kıymetin mülkiyetinde bir değişiklik meydana gelmemektedir.[62] Görünüşte işlemlere bu karakterini veren, hesap hareketliliğine ilişkin yanlış, gerçeğe uymayan izlenim yaratılmasıdır, ekonomik anlamda piyasa aracının mülkiyetinde değişiklik olmaması ise bunun en önemli göstergesidir.[63] Ancak burada görünüşte işlem kavramı, Borçlar Hukuku anlamında muvazaalı işlem olarak anlaşılmamalı, ekonomik açıdan değerlendirilmelidir; nitekim muvazaalı işlemlerde görünüşteki işleme yönelik hukuken geçerli irade eksikken bu işlemlerde ekonomik zemin bulunmamakta, amaç yalnızca kuru etkilemek olmaktadır.[64]

Görünüşte (fiktiv) işlemlerin bir diğer örneğini de karşılaşmalı emirler (*improper matched orders/pre-arranged trades)* oluşturmaktadır. Yıkama satışlardan farklı olarak burada tarafların farklı kişiler olması nedeniyle menkul kıymet üzerindeki mülkiyetin ekonomik anlamda değişimi söz konusu olmaktaysa da[65], işlemlerin esas amacı aracın

---

60 MüKoStGB/*Pananis* WpHG § 119 Rn. 74.

61 Colussi, s. 87;

62 Park/*Saliger,* Kapitalmarktstrafrecht, s. 489 Rn. 121; detaylı bilgi için ayrıca bkz. Bayram, Milan, Manipulative Handelspraktiken gem. Art. 12 MAR, Berlin 2020, s. 125 vd.

63 Colussi, s. 87.

64 Assmann/Schütze/Buck-Heeb, *Worms* § 10 Rn. 53; Eberhard Schwark/Daniel Zimmer/*Zimmer/Bator,* Kapitalmarktrechtskommentar, München 2020, VO (EU) 596/2014 Art. 12 Rn. 49; nitekim Yargıtay da 7 CD. E. 1998/9278 K. 1998/10013 sayılı kararında şirketlerin birlikte hareket ederek, alım satım işlemlerinde gerçek bir mülkiyet değişimi oluşturmayacak biçimde alım- satım gerçekleştirmeleri ve bu suretle ilgili hisse senetlerinin piyasada yoğun işlem görüyor gibi izlenim uyandırmalarını piyasa dolandırıcılığı suçu olarak değerlendirmiştir (Aktaran: Kaplan, Mehmet / Beyoğlu, Cem Ümit, Türk Sermaye Piyasası Hukukunda Piyasa Dolandırıcılığı Suçu, Dr. Dr. h. c. Silvia Tellenbach'a Armağan, (Edt. Feridun Yenisey/İzzet Özgenç/Ayşe Nuhoğlu/Adem Sözüer/Faruk Turhan), Ankara 2018, s. 272); Aynı yönde Yargıtay 19 CD. E. 2016/12905 K. 2017/6367 (Aktaran: Duman, Manipülasyon, s. 130 dn. 408).

65 Colussi, s. 88; "*...gerek kendi gerek başkalarının hesaplarını kullanmak suretiyle işlem yapanların sanıklar olduğu, söz konusu hesaplar arasında eşleşme ve hisse senedi virmanlarının bulunduğu, bu nedenle sanıkların grup olarak değerlendirildiği, V.. hisse senedinin hem fiyatında hem de işlem miktarında inceleme dönemi olarak belirlenen 26.01-15.02.2007 tarihleri arasında dikkat çekici bir artışın gerçekleşmiş olduğu, sanıkların V.. hisse senedinde çeşitli aracı kuramlardaki hesaplardan verdikleri emirlerle yoğun alım-satım işlemleri*

mülkiyetinde değişiklik gerçekleştirilmesi değil, fiyatının etkilenmesidir.[66] Tarafların önceden anlaşarak aynı menkul değere yönelik olarak aynı zamanda, aynı fiyattan ve aynı miktarda karşılıklı alım ve satım emri vererek, bu piyasa aracına ilişkin gerçek bir ilginin var olduğu izlenimi yaratması söz konusudur.[67] Bu tür işlemlerin bir diğer örneğini dairesel satış (*circular trading/pool trading)* adı verilen işlemler oluşturmaktadır. Burada birden çok kişinin anlaşarak piyasada işlem yapması ve yapay olarak aktif bir işlem hareketliliği izlenimi uyandırması ve diğer piyasa katılımcılarının dikkatini çekmesi söz konusudur.[68] Burada kural olarak işlemler ilk satıcının son alıcı olduğu dairesel bir döngü izlemektedir.[69] Tabela boyama *(painting the tape)* olarak adlandırılan işlemlerde ise kamusal bir gösterge panelinde bir sermaye piyasası aracına ilişkin olarak yoğun bir şekilde işlem yapıldığı ve kur hareketleri gerçekleştiği izlenimi yaratılmak amacıyla bir dizi işlem yapılması söz konusudur.[70] Mülkiyette gerçek anlamda değişikliğin olmadığı bir diğer görünüşte işlem olan *pumping and dumping* -fiyatların önce şişirilip ardından düşürülmesi- adı verilen yöntemde, bir kişinin ya da anlaşarak birden fazla kişinin sermaye piyasası aracında belirli bir fiyat trendi yakalanmasını sağlayarak daha sonra buna karşı işlemler yapması söz konusudur.[71] Burada piyasa aktörü art arda birden fazla, kendisinin daha yükseğinde pozisyon aldığı yüksek fiyattan alım emri oluşturmakta daha sonra yapay olarak üretilen talep karşısında kur yükseldiğinde piyasa aracını kazanç sağlayacak şekilde elinden çıkarmaktadır.[72]

Görünüşte işlemler dışında işleme dayalı piyasa dolandırıcılığının esas itibariyle hukuka uygun, gerçek (effektiv) işlemler yoluyla gerçekleştirilmesi de mümkündür. Burada görünüşte işlemlerden farklı olarak işlemin taraflarından biri diğerinin manipülasyon niyetine dair bilgisi bulunmamaktadır.[73] Dışarıdan bakıldığında bu tür işlemlerin sermaye piyasasında gerçekleştirilen normal işlemlerden bir farkı bulunmamaktadır, hukuka uygunluk ve aykırılık arasındaki ayrım piyasa aktörünün iç dünyasında işleme yönelik motivasyonunun araştırılmasıyla belirlenmektedir.[74] Öte yandan

---

gerçekleştirdikleri, bunların büyük bir kısmının yazılı başvuru dilekçesinde bahsi geçen şahıslar arasındaki karşılıklı işlemler vasfında olduğu, fiyat ve zaman önceliğinden faydalanıldığı, işlemler sonucunda menfaat temin edildiği, dönem içinde hissede yoğun olarak işlem gerçekleştirildiği…" (7 CD. E. 2014/3792 K. 2014/14129).

66 ERST/*Theile* WpHG § 38 Rn. 172.

67 Schwark/Zimmer/*Zimmer/Bator* VO (EU) 596/2014 Art. 12 Rn. 49; Assmann/Schütze/Buck-Heeb, *Worms* § 10 Rn. 53; Bayram, s. 130.

68 Colussi, s. 88; MüKoStGB/*Pananis* WpHG § 119 Rn. 75.

69 MüKoStGB/*Pananis* WpHG § 119 Rn. 75; Bayram, s. 130.

70 Bayram, s. 132; MüKoStGB/*Panasis* WpHG § 119 Rn. 76.

71 MüKoStGB/*Panasis* WpHG § 119 Rn. 76.

72 MüKoStGB/*Panasis* WpHG § 119 Rn. 76.

73 Assmann/Schütze/Buck-Heeb, *Worms* § 10 Rn. 57.

74 Assmann/Schütze/Buck-Heeb, *Worms* § 10 Rn. 57.

tek başına failin dışarıdan tespit edilemeyen, işlemi gerçekleştirmedeki motivasyonu, dolandırıcılık isnadı bakımından da yeterli değildir, suçun diğer unsurlarının da tespit edilmesi gereklidir.[75] Tüzükte gerçek işlemler arasında piyasa dolandırıcılığına işaret belirli davranış kalıpları belirtilmiştir; bunlardan biri piyasanın kapanışında referans değerin[76] belirlenmesi anında, kapanış fiyatını etkilemeye yönelik *marking the close* olarak adlandırılan işlemlerdir. Burada failin subjektif motivasyonunun kendini işlem saati tercihinde objektif olarak ortaya koyduğu kabul edilmektedir.[77] İşlemin gerçekleştirilme zamanı dışında gerçek işlemlerle piyasa dolandırıcılığı suçunun işlenme yöntemlerinden bir diğerini de piyasada daralmaya yönelik işlemler oluşturmaktadır.[78] Köşeye sıkıştırma *(cornering)* adı verilen işlem bu nitelikte olup, burada manipülatör türev araca veya baz değere ilişkin olarak talep üzerinde daha sonra bu aracın kurunu veya baz değeri manipüle edebileceği bir kontrol kurmaktadır.[79] Bir diğer deyişle manipülatör piyasada arza sunulan menkul kıymetlerden yüklü miktarda alarak bunun üzerinde tekel kurmaktadır. Bu yöntem özellikle açığa satış *(short sales, Leerverkäufe)* yapanları etkilemektedir; zira açığa satışta sahip olmadığı menkul değeri satışa sunan satıcı, satım sözleşmesini yerine getirmesi gerektiğinde piyasada tekel kurmuş olan manipülatörün sunduğu fiyattan almak zorunda kalacak, bir diğer deyişle köşeye sıkışacaktır.[80]

B. HUKUKA AYKIRILIK

Hukuka uygunluk nedenleri suç olarak tanımlanan fiilin gerçekleştirilmesine kanunun izin verdiği istisnai haller olup, suçun oluşması olayda bu nedenlerin bulunmamasına bağlıdır.[81] Doktrinde piyasa dolandırıcılığı suçu bakımından TCK'da yer alan genel hukuka uygunluk nedenlerinden zorunluluk halinin (TCK m. 25/II), bilerek sebebiyet verilmeyen bir iflas tehlikesine karşı uygulama alanı bulabileceği ifade edilmiş, ancak burada tehlikenin korkordato gibi başka hukuki çarelere başvurularak bertaraf edilme imkânın bulunmaması gerektiğine dikkat çekilmiştir.[82]

Bu suç bakımından genel hukuka uygunluk nedenlerinden ilgilinin rızasının (TCK m. 26/II) uygulanma alanı bulunmamaktadır. Zira işleme dayalı piyasa dolandırıcılığı suçunun mağduru toplum olup, topluma ve devlete ait hukuksal menfaatleri koruyan suçlar bakımından rıza geçerli değildir.[83]

---

75 Assmann/Schütze/Buck-Heeb, *Worms* § 10 Rn. 57.
76 Park/*Saliger,* Kapitalmarktstrafrecht, s. 476 Rn. 101.
77 Assmann/Schütze/Buck-Heeb, *Worms* § 10 Rn. 57.
78 Colussi, s. 89.
79 Assmann/Schütze/Buck-Heeb, *Worms* § 10 Rn. 58; Colussi, s. 90.
80 Assmann/Schütze/Buck-Heeb, *Worms* § 10 Rn. 58; Colussi, s. 90.
81 Toroslu, Ceza Genel, s. 131.
82 Erman, s. 145.
83 Ekici Şahin, Meral, Ceza Hukukunda Rıza, İstanbul 2012, s. 123, 134.

Bunun dışında özel hukuka uygunluk nedenleri olarak SerPK m. 108 hükmünde " *a) TCMB ya da yetkilendirilmiş başka bir resmî kurum veya bunlar adına hareket eden kişiler tarafından para, döviz kuru, kamu borç yönetim politikalarının uygulanması veya finansal istikrarın sağlanması amacıyla işlem yapılması b) Kurul düzenlemelerine göre uygulanan geri alım programları, çalışanlara pay edindirme programları ya da ihraççı veya bağlı ortaklığının çalışanlarına yönelik diğer pay tahsis edilmesi c) Kurulun bu Kanun kapsamındaki fiyat istikrarını sağlayıcı işlemlere ve piyasa yapıcılığına ilişkin düzenlemelerine uygun olarak icra edilmeleri kaydıyla, münhasıran bu araçların piyasa fiyatının önceden belirlenmiş bir süre için desteklenmesi amacıyla sermaye piyasası araçlarının alım veya satımının yapılması yahut emir verilmesi veya emir iptal edilmesi"* denilerek bilgi suistimali ve veya piyasa dolandırıcılığı sayılmayacak haller tahdidi olarak sayılmıştır. Hükümde (a) bendinde sayılan hallerde yetkili kişiler tarafından kamu politikası veya finansal istikrar amacıyla işlem yapılması TCK m. 24 hükmünde düzenlenen görevin yerine getirilmesi genel hukuka uygunluk nedeninin özel bir düzenlemesi niteliğindedir. Yine (b) bendinde ortakların kendi paylarını satın almasına imkân tanınan istisnai haller ve (c) bendinde fiyat istikrarını sağlamak amacıyla işlem yapılabilmesine izin verilen haller hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeninin (TCK m. 26/1) özel birer düzenlemesi olarak değerlendirilebilir.

C. SUÇUN MANEVİ UNSURU

İşleme dayalı piyasa dolandırıcılığı suçu kast ile işlenebilen bir suçtur. Kanun koyucu "*sermaye piyasası araçlarının fiyatlarına, fiyat değişimlerine, arz ve taleplerine ilişkin olarak yanlış veya yanıltıcı izlenim uyandırmak amacıyla"* ifadelerine yer vererek failin amacını, suçun manevi unsurunun bir parçası olarak düzenlemiştir; bu şekilde failin suç ile gerçekleştirmeye çalıştığı neticeyi ifade eden amacın, suçun unsuru olarak belirlendiği hallerde özel kast söz konusu olacaktır.[84] Suçun olası kast ile işlenmesi mümkün görünmemektedir; nitekim bir yandan failin özel kastla belirli bir amaç doğrultusunda hareket etmesi gerekirken diğer yandan bunu kabullenmiş, göze almış[85] olması (olası kastla hareket etmesi) rasyonel olarak mümkün değildir.

Suçun tamamlandığından söz edebilmek için failin amacının gerçekleşmesi şart değildir, zira failin amacı tipik maddi fiile değil manevi unsura dahildir.[86]

Alman kanun koyucu piyasa dolandırıcılığına ilişkin ilk düzenleme olan Borsa Kanunu'nun § 88 hükmünde fiyatı etkileme özel kastını aramaktayken bu şarttan daha sonraki düzenlemelerde vazgeçilmiştir.[87]

---

84 Toroslu, Haluk, Temel Cezanın Belirlenmesinde Amaç ve Saik, Uğur Alacakaptan'a Armağan (Edt. Mehmet Murat İnceoğlu), C. I, İstanbul 2008, s. 701, 702.

85 Toroslu, Ceza Genel, s. 212.

86 Toroslu, Ceza Genel, s. 194.

87 Colussi, s. 77.

Nitekim özel kastın ispatının son derece zor olması, geçmişte savcılıkların piyasa dolandırıcılığına ilişkin özel bilgisinin yetersizliği ile birlikte, bu suç nedeniyle neredeyse hiç iddianame düzenlenmemesinin ve mahkeme kararının bulunmamasının nedenleri arasında gösterilmiştir.[88] Ancak gerçek işlemler yoluyla işleme dayalı piyasa manipülasyonunun işlenebileceği kabul edildiğinden, bu işlemler bakımından belirleyici olanın failin özel kastı olduğu belirtilmiştir; nitekim bu işlemler esas itibariyle hukuka uygun işlemlerdir, bunların ancak manipülasyon amacıyla gerçekleştirilmesi halinde suç kapsamında değerlendirilmesi mümkündür ve bu da failin özet kastının varlığını gerekli kılar.[89]

Belirtildiği gibi suçun maddi konusunu sermaye piyasası araçları oluşturmaktadır. Sermaye piyasası olmayan bir ekonomik değerin yapay bir şekilde alınıp satılması yoluyla piyasa dolandırıcılığı suçu işlenmek istediğinde maddi konunun yokluğu nedeniyle işlenemez suç (elverişsiz teşebbüs, untauglicher Versuch) söz konusu olacak[90], kanunilik ilkesi gereğince[91] tipik fiilin gerçekleştiğinden söz edilemeyeceği ve elverişsiz teşebbüsün cezalandırılabileceğine ilişkin açık hüküm bulunmadığı için failin cezalandırılmasından söz edilemeyecektir.

Suçun özel kastı olarak sermaye piyasası araçlarının fiyatlarına, fiyat değişimlerine, arz ve taleplerine ilişkin olarak yanlış veya yanıltıcı izlenim uyandırma amacından ne anlaşılması gerektiği ortaya konulmalıdır. İzlenim ifadesine karşılık tüzükte "*signal"* ifadesi kullanılmış olup, bu kavram doktrinde "işlem ya da emrin, piyasaya katılan diğer kişilerin işlem ya da emir kararlarında olumlu ya da olumsuz etki yaratmaya elverişli olması halinde izlenimin var olduğu kabul edilmelidir"[92] denilerek açıklanmıştır. Yaratılan izlenimin somut olgulara, gerçek ekonomik ilişkilere dayanmaması halinde yanlış olduğundan; makul bir yatırımcıyı mevcut ekonomik ilişkilere ilişkin hataya düşürdüğünde yanıltıcı olduğundan söz edilecektir.[93] Bir diğer deyişle içeriği doğru olan fakat ortaya konuluş biçimi itibariyle alıcısında yanlış bir tahayyül yaratan izlenimler yanıltıcı niteliktedir.[94]

Son olarak belirtmek gerekir ki hükümde her ne kadar *"arz ve taleplerine"* denilmişse de bunu arz *veya* taleplerine olarak anlamak gerekir. Bu anlamda aracın hem arzına hem de talebine ilişkin olarak

---

88 Colussi, s. 77, 78.

89 MüKoStGB/*Pananis* WpHG § 119 Rn. 63, 152; aksi yönde özel kastın aranmayacağı hakkında bkz. Wabnitz/Janovsky/Schmitt/*Gehrmann,* Handbuch Wirtschafts-und Steuerstrafrecht, 11. Kapitel Rn. 173.

90 Güngör, Fiil, s. 124.

91 Güngör, Fiil, s. 127.

92 Wabnitz/Janovsky/Schmitt/*Gehrmann,* Handbuch Wirtschafts-und Steuerstrafrecht, 11. Kapitel Rn. 127; Park/*Saliger,* Kapitalmarktstrafrecht, s. 468 Rn. 87; Assmann/Schütze/Buck-Heeb, *Worms* § 10 Rn. 39.

93 Park/*Saliger,* Kapitalmarktstrafrecht, s. 470 Rn. 90; Assmann/Schütze/Buck-Heeb, *Worms* § 10 Rn. 39.

94 Park/*Saliger,* Kapitalmarktstrafrecht, s. 470 Rn. 90.

yanlış veya yanıltıcı izlenim uyandırılması gerekli değildir; izlenimin bunlardan birine ilişkin olması yeterlidir.

D. SUÇUN ORTAYA ÇIKIŞ BİÇİMLERİ

1) Teşebbüs

İşleme dayalı piyasa dolandırıcılığı suçu sırf hareket suçu olup, bu tür suçlara teşebbüs (TCK m. 35) hareketin parçalara bölünebildiği hallerde mümkündür.[95] Bu anlamda failin emrini aracı kuruma iletirken teknik nedenlerle beyanının aracı kuruma ulaşmaması ya da hesap hareketleri kapsamında kendi hesapları arasında işlem yaparken dijital araçlarda meydana gelen bir problem nedeniyle işlemi gerçekleştirememesi halinde icra hareketlerinin tamamlanmadığından ve suçun teşebbüs aşamasında kaldığından söz edilecektir. Kanun koyucu isabetli olarak suçun tamamlanması için alım ya da satım işleminin gerçekleştirilmesini değil fakat emir verilmesini yeterli gördüğünden, mülga kanun düzenlemesinden farklı olarak emir verilmesi teşebbüs kapsamında değerlendirilmeyecektir. Emrin verilmesinden önceki aşamalarda suçu işlemeye yönelik faaliyetlerin failin iradesi dışında kesilmesi halinde ise, bu durumun ve dolayısıyla teşebbüsün tespiti son derece zordur.

Burada değinilmesi gereken bir diğer husus, failin manipülasyon amacıyla verdiği emri, daha sonra pişman olarak iptal etmesi halinde gönüllü vazgeçmenin (TCK. m. 36) söz konusu olup olmayacağıdır. Gönüllü vazgeçme, suçun icra hareketlerinden vazgeçme ya da neticenin önlenmesi şeklinde gerçekleşebilir.[96] İcra hareketlerinden vazgeçerek suçun tamamlanmasını önleyen fail, bu halde teşebbüsten sorumlu tutulmayacaktır. Ancak verdiği emri vazgeçerek iptal eden fail bakımından bu hükmün uygulanması mümkün görünmemektedir. Zira icra hareketleri ilk emrin verilmesiyle tamamlanmıştır; işleme dayalı piyasa dolandırıcılığı suçunun neticesiz bir suç olması, verilen emrin iptal edilmesinin neticenin engellenmesi suretiyle gönüllü vazgeçme olarak değerlendirilebilmesine de engeldir.

2) İştirak

İşleme dayalı piyasa dolandırıcılığı suçu iştirak açısından bir özellik arz etmez, suça katılmanın her türlü şekli mümkündür. Birlikte suç işleme kararının bulunması halinde hesabını failin kullanımına sunan kişinin müşterek fail olarak; fiil üzerinde hakimiyetinin bulunmaması, suça katkısının yardım etme düzeyinde kalması halinde ise şerik olarak sorumlu olması mümkündür.

---

95 Toroslu, Ceza Genel, s. 254 vd.
96 Toroslu, Ceza Genel, s. 273.

SerPK m. 102 hükmünde aracı kurum yetkilisi kişiler bakımından, bilgi suistimali ya da piyasa dolandırıcılığı suçlarının birine ilişkin şüphenin varlığı halinde bildirim yükümlülüğü öngörülmüştür. Bu anlamda işlem emri alan aracı kurum yetkililerinin ihmal yoluyla, suçun işlenişine katkıda bulunmaları, fiil üzerinde hakimiyet ve ortak suç işleme kararının varlığına bağlı olarak müşterek fail ya da yardım eden[97] olarak değerlendirilmelerine neden olabilecektir.[98]

3) İçtima

Failin bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda işleme dayalı piyasa dolandırıcılığı suçunu işlemesi halinde zincirleme suç söz konusu olacaktır (TCK m. 43/I).[99] Yine failin hükümde sayılan seçimlik hareketlerden birden fazlasını bir suç işleme kararının icrası kapsamında, farklı zamanlarda gerçekleştirmesi, örneğin bir hisse senediyle ilgili olarak önce alım emri verip ardından bunu iptal etmesi; alış ve ardından satış işlemleri gerçekleştirmesi gibi durumlarda da zincirleme suç söz konusu olabilecektir.[100]

Doktrinde piyasa dolandırıcılığı suçları bakımından mağdurunun belli bir kişi olmadığı gerekçesiyle TCK m. 43/I c. 4 gereğince zincirleme suç hükümlerinin uygulanacağı belirtilmişse de[101], piyasa dolandırıcılığı suçlarının ve bu anlamda işleme dayalı piyasa dolandırıcılığı suçunun mağduru toplum olup, hükümde öngörülen "mağduru belli bir kişi olmayan" ifadesi bu suç bakımından söz konusu değildir; dolayısıyla bu nedene bağlı olarak zincirleme suça ilişkin hükmün uygulanması mümkün görünmemektedir.[102]

Failin, işleme dayalı piyasa dolandırıcılığı suçunu, bilgiye dayalı piyasa dolandırıcılığı suçu ile birlikte işlemesi mümkündür. Örneğin failin hem internet sitelerinde yalan haber yayması[103] hem de piyasada bu yalan habere uygun olarak işlemler gerçekleştirmesi halinde iki farklı suç ve gerçek içtima söz konusu olacaktır.[104] Yine işleme dayalı piyasa dolandırıcılığı suçundan elde edilen malvarlığı değerlerinin suçtan kaynaklan malvarlığı değerlerini aklama suçunun maddi konusunu teşkil etmesi mümkündür; bu halde faile gerçek içtima kuralları gereğince ceza verilecektir.

Piyasa dolandırıcılığı suçları TCK m. 157, 158 hükümlerinde düzenlenmiş olan dolandırıcılık suçu ve TCK m. 237 hükmünde

---

97 Detaylı bilgi için bkz. Toroslu, Ceza Genel, s. 278 vd.
98 Duman, Manipülasyon, s. 180.
99 Duman, Manipülasyon, s. 180.
100 Duman, Manipülasyon, s. 178.
101 Öz, s. 151.
102 Mağduru toplum olan suçlarda bu hükmün uygulanmayacağı hakkında bkz. Toroslu, Ceza Genel, s. 323, 324.
103 Öz, s. 151.
104 Öz, s. 151.

düzenlenen fiyatları etkileme suçu karşısında özel norm niteliğinde olup, uygulanma önceliğine sahiptir.

E. ETKİN PİŞMANLIK

İşleme dayalı piyasa dolandırıcılığı suçu ile ilgili olarak son olarak değinilmesi gereken husus, kanun koyucu tarafından SerPK m. 107/3 hükmüyle, bilgiye dayalı piyasa dolandırıcılığı suçundan farklı olarak, faile etkin pişmanlıktan yararlanma hakkı tanınmış olmasıdır. Ancak düzenlemede failin elde ettiği veya elde edilmesine sebep olduğu menfaatin iki katını ödemesi halinde bu hükümden yararlanabileceği öngörülerek, etkin pişmanlık hali, suç ile menfaat temininin söz konusu olduğu durumlarla sınırlı tutulmuş görünmektedir. Ancak düzenlemenin bu şekilde anlaşılması, suçtan menfaat temin etmeyen fail etkin pişmanlıktan yararlanma imkânına sahip olamazken, menfaat temin eden faile bu hakkın tanınması gibi adaletsiz bir yaklaşıma yol açmaktadır. Diğer taraftan, hükümde her halde ödenmesi gereken miktarın beş yüz bin Türk Lirasından az olamayacağı belirtilmiş olduğundan; hükmü, menfaat temin etmeyen fail hakkında hazineye ödenmesi gereken paranın bu alt sınırdan belirlenebileceği[105] şeklinde yorumlamak mümkün görünmektedir.

IV. BİLGİYE DAYALI PİYASA DOLANDIRICILIĞI SUÇU

A. SUÇUN MADDİ UNSURU

Bilgiye dayalı piyasa dolandırıcılığı suçunun kanunda seçimlik olarak öngörülen yalan, yanlış veya yanıltıcı bilgi vermek, söylenti çıkarmak, haber vermek, yorum yapmak, rapor hazırlamak veya bu bilgi, söylenti, haber veya raporu yaymak hareketlerinden birinin ve birden fazlasının gerçekleştirilmesi ile işlenmesi mümkündür. Suç, bu anlamda seçimlik, bağlı hareketli bir suçtur. Hükümde sayılan seçimlik hareketlerin ihmali surette gerçekleştirilmesi mümkün değildir; suç yalnızca icra hareketleriyle işlenebilir. İşleme dayalı piyasa dolandırıcılığı suçundan farklı olarak kanunda 2015 yılında yapılan bir değişiklikle, suçun tamamlanması için seçimlik hareketlerin gerçekleştirilmesiyle menfaat sağlanmasını aranmıştır, bu anlamda suç, zarar suçu niteliğinde neticeli bir suçtur. Bilgi suistimali suçundan farklı olarak kanun koyucu bu suç bakımından failin kendisi veya bir başkasına menfaat temin etmesini açıkça belirtmemiş, menfaat sağlanmasını fail ile sınırlamıştır.[106] Menfaat sağlanması şartından, yalnızca failin

---

[105] Bu yaklaşımı benimseyen görüş için bkz. Yıldırım, Evrim, Sermaye Piyasası Suçları Açısından Etkin Pişmanlık, ABD 2014/2, s. 241.

[106] Duman, Manipülasyon, s. 188.

mamelekinde meydana gelen artışlar değil, muhtemel bir zarardan korunma da anlaşılmalıdır.[107]

6362 sayılı SerPK'da mülga SerPK'dan farklı olarak açıklamakla yükümlü olunan bir bilginin açıklanmaması, bilgiye dayalı piyasa dolandırıcılığı suçu kapsamında düzenlenmemiştir. Benzer bir değişiklik Alman Hukukunda da yapılmıştır, ancak ihmali surette bilgiye dayalı piyasa dolandırıcılığının, ihmali suçlara ilişkin genel hükümler (§ 13 StGB) ve tüzükte yer alan "diğer yanıltıcı nitelikteki hareketlerle" (Tüzük m. 12/I/b) suçun işlenmesi kapsamında değerlendirilebileceği belirtilmiştir.[108]

Bilgiye dayalı piyasa dolandırıcılığı suçunun seçimlik hareketlerinden ilki yalan, yanlış veya yanıltıcı nitelikteki bilgi verilmesidir.[109] Bilişsel bir fenomen olarak bilgi, ulaşmasıyla birlikte alıcısında algılanabilir bir değişikliğe yol açan ve en azından alıcısının bilişsel durumunda (Erkenntnis- und Wissensstand) ya da davranışlarında bir değişikliğe neden olmaya elverişli olan bildiri, mesajdır.[110] Yalan ve yanlış sıfatları arasında esaslı bir fark bulunmayıp[111]; her ikisi de olgulara dayanmayan bilgiyi ifade eder. Bu anlamda bilginin somut olgulara, gerçek ekonomik ilişkilere dayanmaması halinde yanlış olduğundan; makul bir yatırımcıyı mevcut ekonomik ilişkilere ilişkin hataya düşürdüğünde yanıltıcı olduğundan söz edilecektir.[112] Bilginin sermaye piyasası aracının fiyatını etkileyebilecek herhangi bir durum hakkında olması gereklidir.[113] Tipik hareketlerden ikincisi olan söylenti çıkarmaktan anlaşılması gereken, olgusal temele dayanmayan ve bu anlamda bilgi suistimali suçu kapsamında bilginin taşıması gereken özelliklerden olan, kesin nitelikte olmayan bilginin sağlanması[114],

---

107 Duman, Bilgiye Dayalı, s. 25.

108 MüKoStGB/*Pananis* WpHG § 119 Rn. 34, 106.

109 AB 596/2014 sayılı Tüzükte "bilginin yayılması" seçimlik hareketler arasında düzenlenmiştir; bilginin yayılmadığı fakat yalnızca bir başkasına açıklandığı hallerin m. 12/I/b'de düzenlenen "diğer yanıltıcı hareketler" kapsamında değerlendirileceği belirtilmiştir (MüKoStGB/*Pananis* WpHG § 119 Rn. 34).

110 Marius Prinz, Der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen im Informationsfreiheitsrecht, Münster 2015, s. 10; bilgi kavramı hakkında detaylı bilgi için ayrıca bkz. Jean Nicolas Druey, Information als Gegenstand des Rechts, Zürich 1995, s. 3-26; bilgi kavramını açıklarken kavramın "olgu" ile olan farkına işaret edilmelidir; bilgi, olgular hakkında ifadeler bütününden oluşmaktadır ve dilsel olarak kodlanmıştır; buna karşın olgular, bilginin konusunu oluşturan, kendisiyle ilişkili bulunduğu hususlardır. Yine bilgi isabetli ya da isabetsiz veya gerçek ya da yanlış olabilirken olgu, geçmişte yahut güncel zamanda gerçeklemiş vakıa ya da durumları konu almaktadır, bu anlamda ileriki zamanda gerçekleşecek olan durum ve hadiseler hakkında olgu ifadesi kullanılamazken, bilginin geleceğe ilişkin olması mümkündür (Prognose, tahmin) (Park/*Hilgendorf/Kusche*, Kapitalmarktstrafrecht, s. 663 Rn. 10-12).

111 Türk Dil Kurumu, Türkçe Sözlük, Ankara 2005, s. 2114, 2125.

112 Park/*Saliger,* Kapitalmarktstrafrecht, s. 470 Rn. 90; Assmann/Schütze/Buck-Heeb, *Worms* § 10 Rn. 39.

113 Dursun, s. 312.

114 Schwark/Zimmer/*Zimmer/Bator* VO (EU) 596/2014 Art. 12 Rn. 85.

rivayetin oluşturulmasıdır.[115] Diğer tipik hareketler olan haber vermek, iletişim veya yayın organları aracılığıyla yanlış bilginin sağlanması; yorum yapmak, bir olayla ilgili değerlendirmenin, görüşün açıklanması; rapor hazırlamak ise herhangi bir konuda yapılan araştırma sonucunda yapılan tespitlerin yazılı olarak açıklanmasıdır.[116] Bilgiye dayalı piyasa dolandırıcılığı suçunda yorum yapan, haber veren veya rapor hazırlayan kişinin bilerek ve isteyerek yalan, yanlış veya yanıltıcı nitelikteki bilgi sağlaması söz konusudur. Yine bu hareketlerin gerçekleştirilmemesi fakat bu nitelikteki bilginin başkalarına ulaşmasının sağlanması halinde de "bunları yaymak" şeklindeki tipik hareketin gerçekleştiğinden ve bilgiye dayalı piyasa dolandırıcılığı suçundan söz edilecektir.

Yalan, yanlış veya yanıltıcı nitelikteki bilginin, söylentinin, haberin, yorumun veya raporun sermaye piyasası aracının fiyatını etkileme kabiliyetine sahip olmaması halinde bilgiye dayalı piyasa dolandırıcılığı suçu bakımından işlenemez suç söz konusu olacaktır. Ancak bu halde gerçekleştirilen fiilin, SerPK m. 104 kapsamında piyasa bozucu eylem olarak değerlendirilmesi mümkündür.

Bilgiye dayalı piyasa dolandırıcılığı suçuna ilişkin olarak değinilmesi gereken bir konu da "scalping" olarak adlandırılan davranışlardır. Scalping, tüzükte piyasa manipülasyonu olarak değerlendirilecek hareketler arasında sayılmış olup; borsa gazetecilerinin, simsarların veya analistlerin daha önce kendisiyle ilgili pozisyon aldıkları bir sermaye piyasası aracının, bununla ilgili kendi pozisyonlarını açıklamayarak, alımı yönünde tavsiyede bulunmaları ve bu arada yükselen kurdan gelir getirecek şekilde faydalanarak işlem yapmalarıdır.[117] Öte yandan BGH isabetli olarak, yatırım tavsiyesinde bulunan kişi ile sermaye piyasası aracına ilişkin olarak pozisyon almış olan kişinin aynı olmasının gerekli olmadığını, burada müşterek failliğe ilişkin genel hükümlere göre karar verileceğini belirtmiştir.[118]

Yatırım tavsiyesinin yanlış olmadığı durumlarda dahi, scalping niteliğindeki davranışlar, çıkar çatışmasının açıklanmamasından dolayı yanıltıcı, manipülatif nitelikte değerlendirilebilir.[119] Scalping'in tersi olarak, sermaye piyasası aracının fiyatının düşmesini sağlayacak şekilde satış tavsiyesinde bulunarak düşük fiyattan alımın ve daha sonra yükselen fiyattan da satışın yapılması halinde de açığa satış atakları (*Leerverkaufsattacken)* olarak adlandırılan durum söz konusu olmaktadır.[120] Scalping olarak adlandırılan hareketlerin hukuki niteliği,

---

115 Geçer, s. 253.
116 Geçer, s. 253.
117 Park/*Saliger,* Kapitalmarktstrafrecht, s. 521 Rn. 179; tüzükte açıkça bilgiye dayalı piyasa dolandırıcılığı olarak düzenlenmiş olmasına karşın, esas itibariyle scalpingte yalın olarak bilgiye dayalı piyasa dolandırıcılığından ziyade bilginin yayılması ve işlem gerçekleştirilmesi şeklinde iki suç tipinin kombinasyonu söz konusudur (Park/*Saliger,* Kapitalmarktstrafrecht, s. 522 Rn. 181).
118 BGH NJW 2016, 3459 Rn. 20; 2014, 1896 Rn. 25.
119 Park/*Saliger,* Kapitalmarktstrafrecht, s. 522 Rn. 181.
120 Park/*Saliger,* Kapitalmarktstrafrecht, s. 521 Rn. 179.

"failin kendi sahip olduğu piyasa aracıyla ilgili tavsiyede bulunacağı bilgisinin" içsel bilgi niteliğinde olup olmadığı, uzun bir süre tartışmalı olmakla beraber, BGH 2003 yılındaki bir kararında burada içsel bilgi niteliğindeki bilgilerin verilmesinin söz konusunu olmadığını, kişilerin kendilerinin sağladıkları, oluşturdukları olgular, kendi düşünceleri hakkında "bilgisinin" olmasından söz edilemeyeceğini, içsel bilgi için gerekli olan "üçlü ilişkinin" bulunmadığını ve dolayısıyla bu nitelikteki hareketler hakkında bilgi suistimalinin değil fakat piyasa dolandırıcılığının söz konusu olacağını belirtmiştir.[121]

B. HUKUKA AYKIRILIK

Bilgiye dayalı piyasa dolandırıcılığı suçu bakımından SerPK m. 108 hükmünde öngörülen hukuka uygunluk nedenlerinin uygulanma alanı bulunmamaktadır; zira hükümde öngörülen nedenler yalnızca işlem niteliğindeki hareketler hakkında uygulanma alanına sahiptir. Genel hukuka uygunluk nedenleri bakımından işleme dayalı piyasa dolandırıcılığı suçuna ilişkin açıklamalar bilgiye dayalı piyasa dolandırıcılığı suçu bakımından da geçerlidir; tekrardan kaçınmak amacıyla burada ayrıca değinilmemiştir.

Bilgiye dayalı piyasa dolandırıcılığı suçu bakımından Anayasadan kaynaklanan ifade özgürlüğü (Anayasa m. 26) ve basın hürriyetinin (Anayasa m. 28), hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeni kapsamında uygulanması mümkün değildir. Nitekim bilgiye dayalı piyasa dolandırıcılığı suçunun söz konusu olması için gereken failin yalan, yanlış ya da yanıltıcı nitelikteki haber, yorum veya bilginin açıklanması ve bu surette haksız bir menfaatin temin edilmesi halinde hakkın kötüye kullanılması suretiyle sınırlarının aşılması söz konusu olup, hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeninin koruması mümkün değildir.[122]

C. SUÇUN MANEVİ UNSURU

Kanun koyucu mülga 2499 sayılı SerPK m. 49/A/(3) hükmünden farklı olarak bilgiye dayalı piyasa dolandırıcılığı suçunu özel kast ile (*"sermaye piyasası araçlarının fiyatlarını, değerlerini veya yatırımcıların kararlarını etkileme amacıyla"*) işlenebilen bir suç olarak düzenlemiştir. Kanunda taksirli haline ilişkin açıkça bir düzenleme yer almadığı için suçun taksirli olarak işlenmesi; özel kast arandığı için olası kastla işlenmesi mümkün değildir. Failin bilgi, söylenti, haber, yorum ya da raporun yalan, yanlış ya da yanıltıcı niteliğinde hataya düşmesi halinde anılan manipülasyon amacıyla hareket ettiğinden ve kastının varlığından söz edilemeyecektir.[123] Öte yandan bilginin, söylentinin, haberin,

---

121 BGH NJW 2004, 302 (303).
122 Duman, Manipülasyon, s. 172.
123 Erman, s. 145.

yorumun ya da raporun yalan ya da yanlış olduğunu düşünmesine ve manipülasyon kastıyla hareket etmesine rağmen, doğru olması halinde işlenemez suç[124] söz konusu olacaktır.

Kanun koyucu işleme dayalı piyasa dolandırıcılığı suçunda failin özel kastını (amacını) sermaye piyasası araçlarının *fiyatlarına, fiyat değişimlerine, arz ve(ya) taleplerine* ilişkin olarak ifade etmişken, bilgiye dayalı piyasa dolandırıcılığı suçunda failin özel kastını (amacını) *sermaye piyasası araçlarının değerlerini, fiyatlarını veya yatırımcıların kararlarını etkilemek* olarak belirlemiştir. Esas itibariyle bu iki farklı ifade şekli, öncelikle kanun koyucu tarafından fiyat ve değer kavramlarıyla ekonomi bilimindeki değerlendirmelere paralel olarak farklı içeriklere işaret edilip edilmediği sorusunu beraberinde getirmektedir. Nitekim, bu iki kavrama ayrı anlam yüklenmesi halinde işleme dayalı piyasa dolandırıcılığı suçu bakımından sermaye piyasası araçlarının fiyatı hakkında değil fakat *değeri* hakkında yanlış ya da yanıltıcı izlenim uyandırılması amaçlandığında, suçun oluşmayacağını söylemek mümkün olacaktır. Yine değeri esas alırken hangi ölçütten yola çıkılması gerekeceği de izaha muhtaçtır; zira burada piyasa değeri esas alındığında ve piyasa değerinin *"bir varlığın, piyasada varlıkların değerini etkileyebeilecek tüm bilgilere sahip, herhangi bir zorlayıcı etki altında olmayan, istekli bir alıcı ve satıcı arasında el değiştirdiği 'fiyat'"*[125] olduğu kabul edildiğinde, sermaye piyasasında piyasa aracının değerinin göstergesinin, bunun piyasadaki fiyatı olduğunu düşünmek yanlış olmayacaktır. Dolayısıyla piyasa fiyatı üzerinde etki göstermeyen fakat aracın içsel değerinde etkisini gösteren bir davranışın, sermaye piyasası bakımından fiyatına yansımadığı sürece bir karşılığı olduğu söylenemeyecektir. Bu nedenle ekonomi bilimi çerçevesinde farklı içeriklere sahip olsa da suçun unsurlarına dahil olan bu kavramlara ayrı anlamlar atfetmek isabetli görünmemektedir. Yine yatırımcıların kararını ya da aracın fiyatını etkilemenin, alternatif olarak düşünülmesi de mümkün görünmemektedir; zira yatırımcıların kararlarının piyasa aracının fiyatına ve fiyatın gelişimine göre şekilleneceği düşünüldüğünde; bilginin, haberin, söylentinin, yorum ya da raporun yatırımcıların kararlarını etkileme kabiliyetine sahipken fiyatı etkileme kabiliyetinin olmaması makul görünmemektedir. Bir diğer deyişle yatırımcının kararları üzerindeki etki her hâlükârda yatırımcının bu sermaye piyasası aracına ilişkin işlemleriyle, aracın fiyatına etkisiyle kendini gösterecektir. Dolayısıyla bu iki kavrama birbirinin alternatifi olarak ayrı anlamlar yüklenmesi isabetli görünmemektedir. Bu durumu bir örnek üzerinden açıklamak gerekirse yayılan bilginin etkisiyle

---

124 Detaylı bilgi için bkz. Güngör, Fiil, s. 122 vd.

125 Ertuğrul, Murat, Değer-Fiyat Ayrımı ve İşletme Değeri: Kuramsal Bir Bakış, Eskişehir Osmangazi Üniversitesi İİBF Dergisi, Ekim 2008, 3(2), s. 147; Yargıtay'ın da değer kavramıyla piyasa değerini esas aldığı görülmektedir nitekim 19 CD. E. 2015/5259 K. 2015/7209 sayılı kararında daire "*hisse senedi değerinin %63 oranında arttığı"* demek suretiyle hisse senedinin fiyatı esas alarak değerlendirme yapmıştır.

yatırımcıların yoğun bir şekilde satış ya da alış emri vermeleri halinde, emre konu sermaye piyasası aracının fiyatı artacak ya da düşecektir. Yatırımcının kararı üzerindeki etki ancak yatırımcının piyasa aracına ilişkin davranışıyla belirlenebilecek bir durumdur; bu ise en nihayetinde kendisini aracın fiyatı üzerindeki olumlu ya da olumsuz etki olarak gösterecektir. Nitekim AB 2003/6 sayılı Direktifinde de 596/2014 sayılı Tüzükte de bu kavramlara ayrı ayrı yer verilmemiş, yalnızca fiyatın etkilenmesinden söz edilmiştir. Kanun koyucunun uluslararası düzenlemelerden ve diğer ülkelerin düzenlemelerinden farklı ifadeler tercih etmesinin gerekçeleri ve bunların içeriği daha fazla izaha ve belirlemeye ihtiyaç duymaktadır.

D. SUÇUN ORTAYA ÇIKIŞ BİÇİMLERİ

1) Teşebbüs

Bilgiye dayalı piyasa dolandırıcılığı suçu neticeli bir suç olup teşebbüs bakımından bir özellik arz etmez. Failin elinde olmayan nedenlerle icra hareketlerini tamamlayamaması veya icra hareketlerinin tamamlanmasına rağmen failin elinde olmayan nedenlerle menfaat temin edilememesi durumunda suç teşebbüs aşamasında kalmış olacaktır.

2) İştirak

Bilgiye dayalı piyasa dolandırıcılığı suçu iştirak kuralları bakımından bir özellik arz etmez, suça katılmanın her şekli mümkündür. Sermaye piyasası aracının fiyatını etkilemek amacıyla yalan, yanlış ya da yanıltıcı nitelikte rapor hazırlayan ve bunu yayan kişiler müşterek fail olarak sorumlu olacaktır. Burada hükümde menfaat sağlama şartının failin kendisi için öngörülmüş olması ve müşterek faillerden birinin menfaat temin ederken diğerinin menfaat sağlamaması halinde nasıl değerlendirileceğine değinilmelidir. Belirtmek gerekir ki katılanların müşterek fail olarak değerlendirilebilmesi için her birinin fiilin tamamını gerçekleştirmiş olması gerekli değildir; önemli olan her bir failin fiil üzerinde hâkimiyete sahip olması ve birlikte suç işleme iradesinin varlığıdır.[126] Bu halde suça katılanların her biri, netice de dahil olmak üzere tipik fiilin tamamını gerçekleştirmese de müşterek fail olarak kabul edilecektir.

Suça katılan kişinin, fiil üzerinde ortak hâkimiyete sahip olmaması ve katkısının yalnızca failin maddi veya manevi olarak desteklenmesi

[126] Toroslu, Ceza Genel, s. 309.

niteliğinde olması halinde suça yardım eden olarak katılma söz konusu olacaktır.[127]

3) İçtima

Failin bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bilgiye dayalı piyasa dolandırıcılığı suçu işlemesi mümkündür. Bu halde faile verilecek ceza, zincirleme suça ilişkin hüküm çerçevesinde belirlenecektir (TCK m. 43/1).

İşleme dayalı piyasa dolandırıcılığı suçunda olduğu gibi bilgiye dayalı piyasa dolandırıcılığı suçu ile, TCK m. 157, 158 hükümlerinde düzenlenen dolandırıcılık suçu ve TCK m. 237 hükmünde düzenlenen fiyatları etkileme suçu arasında özel norm-genel norm ilişkisi bulunmaktadır; bu nedenle SerPK m. 107/2 hükmü, dolandırıcılık ve fiyatları etkileme suçları karşısında uygulanma önceliğine sahiptir. Bilgiye dayalı piyasa dolandırıcılığı suçunun savaş sırasında işlenmesi halinde TCK m. 323 hükmünde düzenlenen savaşta yalan haber yayma suçu uygulanma alanı bulacaktır.

Bilgiye dayalı piyasa dolandırıcılığı suçunun işleme dayalı piyasa dolandırıcılığı suçu ile işlenmesi mümkündür. Örneğin failin hem yalan veya yanlış bilgi yayması hem de piyasada alım veya satım emri vermesi ya da işlem gerçekleştirmesi halinde, iki ayrı suç söz konusu olacak; faile verilecek ceza gerçek içtima çerçevesinde belirlenecektir.[128] Yine bilgiye dayalı piyasa dolandırıcılığı suçundan elde edilen malvarlığı değerlerinin suçtan kaynaklan malvarlığı değerlerini aklama suçunun maddi konusunu teşkil etmesi mümkündür; bu halde faile gerçek içtima kuralları gereğince ceza verilecektir.

SONUÇ

Kanun koyucu Sermaye Piyasası Kanunu'nun 107. maddesinde piyasa dolandırıcılığı suçlarını işleme dayalı piyasa dolandırıcılığı suçu ve bilgiye dayalı piyasa dolandırıcılığı suçu olmak üzere iki ayrı suç ipotezi olarak düzenlemiştir. Her iki suç tipinin de hukuki konusunu sermaye piyasalarının işlerliği ve güvenilirliği teşkil etmektedir. Her iki suç tipi de herkes tarafından işlenebilen genel suçlar niteliğindedir.

İşleme dayalı piyasa dolandırıcılığı suçu seçimlik, bağlı hareketli, neticesiz bir suç olup yalnızca icrai hareketlerle gerçekleştirilebilir. Suç, hükümde alım veya satım yapmak, emir vermek, emri iptal etmek veya değiştirmek ya da hesap hareketleri gerçekleştirmek olarak sayılan seçimlik hareketlerden birinin veya daha fazlasının gerçekleştirilmesiyle tamamlanır. İşleme dayalı piyasa dolandırıcılığı suçuna benzer şekilde bilgiye dayalı piyasa dolandırıcılığı suçu da seçimlik, bağlı hareketli bir suç olarak düzenlenmiştir. Kanun koyucu tipik hareketler arasında

---

127 Toroslu, Ceza Genel, s. 310.
128 Aşkın, s. 703.

yalan, yanlış veya yanıltıcı bilgi vermeyi, söylenti çıkarmayı, yorum yapmayı, haber vermeyi ve rapor hazırlamayı veya bunları yaymayı saymıştır. İşleme dayalı piyasa dolandırıcılığı suçundan farklı olarak bilgiye dayalı piyasa dolandırıcılığı suçu, neticeli bir suç olarak düzenlenmiştir, menfaat sağlanmasıyla tamamlanır.

İşleme dayalı piyasa dolandırıcılığı suçu için söz konusu olan SerPK m. 108 hükmünde sayılan hukuka uygunluk nedenlerinin bilgiye dayalı piyasa dolandırıcılığı suçu bakımından uygulanma alanı bulunmamaktadır.

Her iki suç da iştirak bakımından bir özellik arz etmeyip suça katılmanın her türlü şekli mümkündür.

Piyasa dolandırıcılığı suçları TCK m. 157, 158 hükümlerinde düzenlenen dolandırıcılık suçu ve 237. maddede düzenlenen fiyatları etkileme suçu karşısında özel norm niteliğinde olup, uygulanma önceliğine sahiptir. Bu suçlardan menfaat elde edilmesi halinde elde edilen menfaatin TCK m. 282 hükmünde düzenlenen suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama suçuna konu olması mümkündür, bu halde faile verilecek ceza gerçek içtima kurallarına göre belirlenecektir.

KAYNAKÇA

Assmann Heinz Dieter/Schütze Rolf A./Buck-Heeb Petra (Hrsg.), Handbuch des Kapitalanlagerechts, München 2020.

Aşkın Uğur, Sermaye Piyasasında Bilgi Bazlı Piyasa Dolandırıcılığı Suçu, MÜHFAD, C. 24, S. 2, Y. 2018, s. 682-710.

Aydın Devrim, "Are There Any Suitable Sanctions New Forms of Corporate Offences", Regulating Corporate Criminal Liability (Edt. Klaus Tiedemann-Joachim Vogel), İsviçre 2014, ss. 311-320.

Bayram Milan, Manipulative Handelspraktiken gem. Art. 12 MAR, Berlin 2020.

Chitimiro H., The Regulation of Market Manipulation in Australia: A Historical Comparative Perspective, Potchefstroom Electronic Law Jounal, Vol. 18 (2), 2015, ss. 112-148.

Colussi Marc, Kapitalmarktstrafrecht- Insiderhandel und Marktmanipulation, Frankfurt am Main 2010.

Dönmezer Sulhi/Erman Sahir, Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku, C. 1, İstanbul 1997.

Druey, Jean Nicolas, Information als Gegenstand des Rechts, Zürich 1995.

Duman Buminhan, 6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nda Düzenlenen Piyasa Dolandırıcılığı (Manipülasyon) Suçu (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kırıkkale 2020. (Manipülasyon)

Dursun Selman, Sermaye Piyasasında Gerçeğe Aykırılıktan Doğan Suçlar, İstanbul 2010.

Edgerton Henry W., "Corporate Criminal Responsibility", The Yale Law Journal, Vol. 36(6), April 1927, ss. 827-844.

Ekici Şahin Meral, Ceza Hukukunda Rıza, İstanbul 2012.

Erem Faruk, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, Ankara 1995.

Erem Faruk, Suçun Konusu ve Hümanist Doktrin, AÜHFD, C. 25, S. 1, 1968, ss. 11-33 (Suçun Konusu).

Erman Sahir, Şirketler Ceza Hukuku Ticari Ceza Hukuku VII, İstanbul 1993.

Ertuğrul Murat, Değer-Fiyat Ayrımı ve İşletme Değeri: Kuramsal Bir Bakış, Eskişehir Osmangazi Üniversitesi İİBF Dergisi, Ekim 2008, 3(2), ss. 143-154.

Esser Robert/Rübenstahl Markus/Saliger Frank/Tsambikakis Michael (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht, Köln 2017. (ERST)

Evik Ali Hakan, Sermaye Piyasası Araçlarının Değerini Etkileyebilecek Aldatıcı Hareketler Yapma (Manipülasyon) Suçları, Ankara 2004.

Geçer, Ahmet Emrah, Sermaye Piyasası Hukukunda Piyasa Dolandırıcılığı Suçu, GÜHFD, C. 21, S. 2, Y. 2017, s. 247.

Güngör Devrim, 5237 ve 5271 Sayılı Kanunlar Işığında Şikâyet Kurumu, Ankara 2009.

Güngör Devrim, Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata, Ankara 2006. (Fiil)

Hafızoğulları Zeki, Ceza Normu, Ankara 1996.

Joecks Wolfgang/Miebach Klaus (Hrsg.), Münchner Kommentar zum StGB, Band 8, München 2019.

Kangal Zeynel T., Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu, Ankara 2003.

Kaplan Mehmet/Beyoğlu Cem Ümit, Türk Sermaye Piyasası Hukukunda Piyasa Dolandırıcılığı Suçu, Dr. Dr. h. c. Silvia Tellenbach'a Armağan, (Edt. Feridun Yenisey/İzzet Özgenç/Ayşe Nuhoğlu/Adem Sözüer/Faruk Turhan), Ankara 2018, ss. 249-309.

Katoğlu Tuğrul, "Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları", AÜHFD, C. 61, S. 2, Y. 2012, ss. 657-693.

Klepitskij Ivan, Market Manipulation in Russia and in Europa: the Criminal Law Dimension, Russian Law Journal, 2016 4(3), ss. 120-135.

Krause Eva Julia, Sonderdelikte im Wirtschaftsstrafrecht, Hamburg 2008.

Ledgerwood Shaun D./Keyte James A./Verlinda Jeremy A./Ben-Ishai Guy, The Intersection of Market Manipulation Law and Monopolization Under the Sherman Act: Does it Make Economic Sense?, Energy Law Journal, Vol. 40:47, 2019, ss. 47-86.

Markham Jerry W., Law Enforcement and the History of Financial Market Manipulation, New York 2014.

Nestler Nina, Bank- und Kapitalmarktstrafrecht, Berlin 2017.

Öz Buket, Türk Sermaye Piyasasında Piyasa Dolandırıcılığı Suçları, Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4, S. 7, Y. 2018, ss. 137-160.

Park Tido, Kapitalmarktstrafrecht, Baden-Baden 2020.

Pirrong Craig, Energy Market Manipulation: Definition, Diagnosis, Deterrence, Energy Law Journal, Vol. 31(1), 2010, ss. 1-20.

Prinz Marius, Der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen im Informationsfreiheitsrecht, Münster 2015.

Roxin Claus, Strafrecht Allgemeiner Teil Band I, München 2006.

Schömann Matthias, Die Strafbarkeit der Marktmanipulation gemäß § 38 Abs. 2 WpHG, Frankfurt am Main 2010.

Schwark Eberhard/Zimmer Daniel (Hrsg.), Kapitalmarktrechtskommentar, München 2020.

Thaler Christian, Sanktionen bei Marktmissbrauch, Wien 2014.

Tiedemann Klaus, Wirtschaftsstrafrecht, München 2017.

Toroslu Haluk, Temel Cezanın Belirlenmesinde Amaç ve Saik, Uğur Alacakaptan'a Armağan (Edt. Mehmet Murat İnceoğlu), C. I, İstanbul 2008, ss.697-705.

Toroslu Nevzat, Ceza Hukuku Genel Kısım, Ankara 2010. (Ceza Genel)

Toroslu Nevzat, Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu, Ankara 1970. (Suçun Hukuki Konusu)

Toroslu Nevzat, "İftira Cürmünün Hukukî Konusu", AÜHFD, C. 37, S. 1, Y. 1980, ss. 107-128.

Türk Dil Kurumu, Türkçe Sözlük, Ankara 2005.

Türk Sermaye Piyasası Hukukunda Bilgiye Dayalı Piyasa Dolandırıcılığı Suçu, Terazi Hukuk Dergisi, C. 14, S. 149, Y. 2019, ss. 16-33. (Bilgiye Dayalı)

Yalçın Türkân, Çok Failli Suçlar, Ankara 1998.

Yeres David/Houck Robert/Stuart Brendan, U. S. Market Manipulation: Has Congress Given the CFTC Greater Latitude than the SEC to Prosecute Open Market Trading as Unlawfull Manipulation: It's Doubtful, The Journal onthe Law of Investment and Risk Management Products, June 2018, Vol. 38(6), ss. 1-12.

Yıldırım Evrim, Sermaye Piyasası Suçları Açısından Etkin Pişmanlık, ABD 2014/2, ss. 231-268.

Wabnitz Heinz-Bernd/Janovsky Thomas/Schmitt Lothar (Hrsg.), Handbuch Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, München 2020.

Wittig Petra, Wirtschaftsstrafrecht, München 2017.

BGH Kararları: www.beck-online.beck.de

İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜ KISITLAMADA MEŞRU BİR AMAÇ OLARAK DİNİ DUYGULARIN KORUNMASI: "E.S. v. AVUSTURYA" DAVASI

Protection of Religious Feelings as a Legitimate Aim on Restricting Freedom of Expression "E.S. v. Austria"

Süleyman ÖZAR*

Özet: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, ifade özgürlüğünü demokratik bir toplumun temel prensiplerinden biri olarak ve kişilerin öz varlıklarını gerçekleştirebilmesi için kilit önemde kabul etmiş ise de, yine Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinden ve Mahkeme içtihatlarından bu özgürlüğün sınırsız olmadığı anlaşılmaktadır. Bu çalışmada, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin söz konusu sınırlamalara ilişkin en önemli örneklerden biri olarak "E.S. v. Avusturya" kararı Türkçeye çevrilerek, değerlendirilmiştir. Düşünceyi açıklama özgürlüğünün nerede başlayıp nerede bittiği meselesini açıklığa kavuşturabilmek için bu karar Mahkeme içtihatları çerçevesinde tartışılmıştır. Böylece, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 10. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen ifade özgürlüğünün hangi hallerde kısıtlanabileceği konusunun "başkalarının dinin duygularının korunması" bağlamında ele alınması düşünülmektedir.

Anahtar Kelimeler: Temel Haklar, İfade Özgürlüğü, Dini Duyguların Korunması, Meşru Amaç, Orantılılık, Avusturya Hukuku, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi.

Abstract: Despite the fact that European Court of Human Rights have accepted that freedom of expression is one of the basic principles of a democratic society and key for individual's self-fulfilment, according to European Convention of Human Rights and from judicial precedents it is also understood that these freedoms are not limitless. In this study, "E.S. *v.* Austria" judgement of European Court of Human Rights, which gives us one of the most important and current examples of that limitations, has been translated into Turkish and evaulated. The judgement has been discussed under the framework of Court's case-law in order to clarify the issue that where the constrains of disclosing opinions start and where they end. Therefore, within the context of "protecting religious feelings of others", it is considered to discuss the situations when freedom of expression could be constrained in accordance with the 2nd paragraph of article 10 of ECHR, regulating these constraints.

Keywords: Fundamental Rights, Freedom of Expression, Protecting Religious Feelings, Legitimate Objective, Proportionality, Austrian Law, European Court of Human Rights.

* Londra Adalet Müşaviri, AÜHF Doktora Öğrencisi
suleyman.ozar@adalet.gov.tr, ORCID: 0000-000-3-0934-9594
Makale Geliş Tarihi: 07.10.2020, Makale Kabul Tarihi: 11.11.2020

GİRİŞ

Bu çalışmada tercüme ederek yorumladığımız Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararı, Avusturya vatandaşı bir kişinin, İslam Peygamberine yönelik sözleri nedeniyle ifade özgürlüğüne müdahale edildiği iddiası hakkındadır. "İslam Hakkında Temel Bilgiler" başlıklı seminerde, İslam Peygamberini "6 yaşında çocukla evlenen bir pedofili" gibi ifadelerle anlatan konuşmacı, Avusturya yargısı tarafından "bir dini öğretiyi aşağılama" suçundan cezalandırılmıştır. AİHM de önüne gelen davada 25 Ekim 2018 tarihinde verdiği kararla başvurucuyu haksız bularak, ifade hürriyetine yapılan müdahalenin meşru bir amaca dayandığını ve bu amaçla orantılı olduğunu kabul etmiştir.

Açıkça ifade etmek gerekirse, bu metni tıpa tıp tercüme etmenin bazen bizi de zorladığı, incittiği kısımlar olmuştur. Bununla birlikte, oldukça temsili bir vakıayı ve önemli bir yaklaşımı içeren bu karar, aslına uygun bir şekilde Türkçe'ye kazandırılmıştır. Bu nedenle, gerek başvurucunun dava konusu sözleri gerekse mahkemelerin meseleyi çözerken Peygambere ve eşine alelade bir üslupla yaklaşımı, tercümeye de ekleme-çıkarma yapılmaksızın aktarılmıştır.

Çevirinin ardından, bu karar üzerine değerlendirmelerimiz ortaya konulacaktır. Söz konusu bölümde, dine hakaret ile ifade özgürlüğü çatıştığında AİHM'in aldığı pozisyon ve bunun sebepleri, bu karar doğrultusunda irdelenecektir. Böylece; incitici, rahatsız edici ya da aşağılayıcı bir söz, bir ifade ya da tutum, başkalarının dini inancına gelip dayandığında, dini duyguların korunması hakkının mı, yoksa düşünceyi açıklama hürriyetinin mi galip geleceği tartışmasına katkıda bulunulması amaçlanmaktadır. Bu arada, seküler hukuk düzenlerinde bu başlık altında bir tartışmanın yürüyor olmasını ilginç ve önemli bulduğumuzu ifade etmeliyiz. Meselenin bu yönünü de dikkate alarak, AİHM kararının ve bu kararın hak verdiği iç hukuk yaklaşımının demokratik toplum düzeni ile düşüncenin açıklanması özgürlüğü karşısındaki durumunu da irdelemeyi düşünüyoruz.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi "E.S. *v.* Avusturya" Davası[1]

PROSEDÜR

1. Dava, bir Avusturya vatandaşının ("başvurucu") 6 Haziran 2012'de İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme'nin ("Sözleşme") 34. maddesi uyarınca Avusturya Cumhuriyeti aleyhine yapmış olduğu bir başvuruya (38450/2) dayanmaktadır.

2. Başvurucu, Viyana'da faaliyet gösteren Gheneff-Rami-Sommer adlı bir hukuk firması tarafından; Hükümet ise Avrupa, Göç ve Dış

[1] 5. Daire kararının orijinal metnine Mahkemenin şu linkinden ulaşılabilir: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-187188

İlişkiler Bakanlığı-Uluslararası Hukuk Daire Başkanı Büyükelçi H. Tichy tarafından temsil edilmiştir.

3. Başvurucu, dini öğretileri aşağılama isnadıyla hakkında verilen ceza mahkûmiyetinin Sözleşmenin 10. maddesiyle korunan ifade özgürlüğü hakkını ihlal ettiğini ileri sürmüştür.

4. Başvurunun 10. madde bağlamında kabul edilen kısmı 16 Aralık 2015'te Hükümet'e tebliğ edilmiştir. Geri kalan kısım için ise kabul edilemezlik kararı verilmiştir. (İçtüzük m. 54 § 3)

5. Üçüncü kişi gözlemcisi olarak Avrupa Hukuk ve Adalet Enstitüsü'nün yazılı beyanla müdahil olmasına Başkan tarafından izin verilmiştir (Sözleşme m. 36 § 2 ve İçtüzük m. 44 § 2).

OLAYLAR

I. DAVANIN ORTAYA ÇIKTIĞI ŞARTLAR

6. Başvurucu, 1971 yılında Viyana'da doğmuş bir Avusturya vatandaşıdır.

7. Başvurucu, 2008'den itibaren sağ görüşlü Özgürlük Partisi Eğitim Enstitüsünde "İslam Üzerine Temel Bilgiler" başlığı altında seminerler vermeye başlamıştır. Siyasi parti enstitüsünde yapılmakla birlikte halka açık gerçekleşen bu seminerlerin takip etmek isteyen herkese açık olduğu, internet aracılığıyla da duyurulmuştur. Ayrıca, parti genel başkanı, seminerlere ilişkin özellikle genç seçmenleri hedef kitle olarak belirleyen ve parasız eğitim paketinin bir parçası olduğunu ifade ettiği broşürler dağıttırmıştır. Başvurucu, seminerlere kimin katılıp katılmayacağı konusunda herhangi bir rol üstlenmemiştir.

8. 2009 Ekim ve Kasım tarihlerinde yapılan ve her birine 30 civarında katılımcının iştirak ettiği seminerleri haftalık bir gazetede muhabirlik yapan başörtülü bir kadın da takip etmiştir.

9. Gazetenin müracaatı üzerine 11 Şubat 2010 tarihinde başvurucuya soruşturma açılmıştır. Kolluk, İslam öğretisine aykırı olduğu öne sürülen seminerdeki sözleri nedeniyle başvurucunun ifadesini almıştır.

10. 12 Ağustos 2010'da Viyana Savcılığı, Avusturya Ceza Kanunu'nun (ACK) 283. maddesi gereğince nefrete teşvik suçundan kamu davası açmıştır. İlk celsesi 23 Kasım 2010'da yapılan yargılama, 15 Şubat 2011 tarihli üçüncü celse ile sona ermiştir.

11. 18 Ocak 2011 tarihli celsede Savcılık, iddianamedeki bazı ifadelere yönelik suçlamalarını geri çekmiştir. Viyana Ceza Mahkemesi,[2]

[2] Asıl metindeki ibarenin *(Vienna Regional Criminal Court)* tam karşılığı Viyana Bölge Ceza Mahkemesi olmalıydı. Ancak, bu mahkeme Avusturya'daki dört bölge ceza mahkemesinden biri olup, muhakeme sisteminde ilk derece ceza mahkemesine denk

savcılığın vazgeçtiği cümleleri çıkardıktan sonra iddianamede geri kalan ifadeler nedeniyle sevk maddesinden farklı bir suçla yargılamaya devam edilebileceği gerekçesiyle başvurucuya savunma için süre vermiştir.

12. Sonuçta mahkeme, başvurucuyu ACK'nın 188. maddesi uyarınca dinsel öğretileri aşağılama suçundan günlüğü 4 Avro'dan 120 gün (toplam 480 Avro) adli para cezasına (ödenmediği takdirde 60 gün hapis cezasına) mahkûm etmiştir. Mahkeme, sanığın tekrar ede gelen sözlerini cezayı artırıcı bir sebep olarak, sabıkasının bulunmamasını da indirim sebebi olarak kabul etmiştir. Viyana Ceza Mahkemesi, sanığın dini bir topluluğun veya cemaatin saygı ve hürmet duyduğu bir önderi, yani o dinin peygamberi olan Muhammed'i alenen aşağıladığı kanaatindedir.

13. Ceza Mahkemesinin suç teşkil ettiği sonucuna vardığı ifadeler şunlardır:

Bugün karşı karşıya olduğumuz en büyük sorunlardan biri Muhammed'in ideal bir adam, mükemmel bir insan ve mükemmel bir Müslüman olarak görülmesidir. Bu demektir ki, kadın bir Müslüman için Muhammed hayatta takip ve taklit edilecek kişidir. Fakat bizim sosyal standartlarımız ve yasalarımız içinde bunun gerçekleşmesi mümkün değildir. Çünkü o bir savaş beyiydi, pek çok kadına sahipti ve bunu çocuklarla yapmayı da seviyordu. Ve bizim standartlarımıza göre o mükemmel bir insan değildi. Bu nedenle bugün Müslümanların demokrasiyle ve değerler sistemimizle çatışması gibi büyük bir problemimiz var.

Bütün İslam hukuku ekollerince en önemli hadis külliyatı olarak kabul edilen eser Buhari'nin Sahih-i Buhari'sidir. Bir hadis Buhari'de geçiyorsa, bütün Müslümanların onu kabul ettiğine emin olabilirsiniz. İşte maalesef Buhari'de bile Muhammed'in küçük Ayşe ile olan cinsel ilişkisinin yazılı olduğunu görüyoruz.

Ben bunu daha önce de birkaç kez ifade etmiştim. Kız kardeşim, Graz Üniversitesindeki meşhur konuşmasında beni davet edip sorduğunda da şunu söyledim: "Bunu ilk kez söyleyen ben değilim, bu bir sır değil. Lütfen düşünün, 56 yaşında bir adam ve 6 yaşında bir kız çocuğu... Buna ne ad verebilirsiniz? Bu pedofili değilse nedir?" Kardeşim, bu konunun yoruma açık olduğunu ve daha diplomatik bir yolla ifade edilebileceğini belirtti. Bense bu fiilin asla onaylanamayacağını, insanların kendi gerçekliğini inşa etmeye çalıştıklarını, çünkü gerçeklerin acı verici olduğunu söyledim.

14. Ceza Mahkemesine göre, yukarıdaki ifadeler bilhassa Muhammed'in pedofili eğilimlerinin olduğu noktasında toplanmaktadır.

---

düşmektedir. Bizdeki bölge adliye mahkemelerinin anlam ve fonksiyonu ile karıştırılmaması için, Avusturya'daki işlevine uygun şekilde çeviride ceza mahkemesi ya da ilk derece mahkemesi isimlendirmelerini kullanmayı tercih ettik. Avusturya mahkeme teşkilatı hakkında için bkz. ÖZTÜRK, Bahri: "Avusturya Ceza Muhakemesinde İstinaf", Adalet Dergisi, Ocak 2000, S. 2 https://adaletdergisi.adalet.gov.tr/adalet-dergisi.html

Muhammed'in Ayşe ile olan ilişkisinin çocuk 6 yaşındayken evlilikle başladığı ve 9 yaşındayken cinsel ilişkiyle devam ettiği gibi ifadeler bu tespite zemin teşkil etmiştir. Mahkeme, bu ifadelerle sanığın Muhammed'in kutsanmaya değecek bir yönünün bulunmadığını ispat etmeye çalıştığını belirtmiştir. Bununla birlikte mahkeme, sanığın bütün Müslümanları aşağılama gibi bir kastının olmadığını, bu sözlerin bütün Müslümanların pedofili olduğu anlamına gelmeyeceğini kabul ederek sanığın, bir rol modelin şuursuzca taklit edilmesini eleştirdiğini belirtmiştir. Gerekçeli karara göre, pedofilinin genel tanımı ergenlik çağına erişmemiş çocuklara duyulan cinsel ilgidir. Bu eylemin toplum ve hukuk tarafından şiddetle kınanması nedeniyle, sanığın bu sözlerinin Müslümanlar arasında öfke ve kızgınlığa yol açabilmesi doğaldır. Mahkeme, sanığın yanlış bir kanaatle Muhammed'i pedofili eğilimleri olan biri gibi resmettiği sonucuna varmıştır. Kararda, her ne kadar çocuk evliliklerini eleştirmenin bir sakıncası bulunmasa da, sanığın bir evlilik nedeniyle dini bir önderi çocukların bedenlerine ilgi duymaktan ibaret bir figüre indirgediğini, kaldı ki bu evliliğin peygamberin ölümüne kadar sürdüğünü, bu esnada Ayşe'nin 18'ini de geçtiğini kaydetmiştir. Buna ilaveten, söz konusu seminerlerin aleni ve halka açık olmaları nedeniyle, hiç değilse bazı katılımcıların bu ifadelerden rahatsız olabileceği belirtilmiştir.

15. Ceza Mahkemesi, düşünceyi ifade etme özgürlüğünün sorumsuz ve sınırsız bir özgürlük olmadığını, alenen açıklamalarda bulunan kişilerin herhangi bir gerekçe olmaksızın başkalarını incitici ve kamunun herhangi bir menfaatine müteallik olmayan beyanda bulunmaktan sakınmakla yükümlü olduklarını vurgulamıştır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 9 ve 10. maddeleri arasında bir denge gözetilmesi gerekmektedir. Mahkemeye göre sanığın sözleri gerçeği yansıtmamaktadır, bilakis kabul edilebilir sınırları aşan küçültücü değer yargılarını içermektedir. Bu nedenle kararda sanığın meseleye objektif yaklaşmadığı, doğrudan doğruya Muhammed'i tahkir ve tezyif etmeye yönelik davrandığı tespitinde bulunulmuştur. Mahkeme, çocuk evliliklerinin pedofili ile aynı anlama gelmediği gibi, sadece İslam toplumlarında görülebilen bir olgu da olmadığını, Avrupa'nın köklü hanedanları arasında da yaygın olduğunu ileri sürmüştür. Ayrıca, İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 9. maddesi ile korunan din özgürlüğünün, demokratik toplumun ana sütunlarından biri olduğu ilave edilerek, bu özgürlüğün eleştirileri etkisiz kılmakta kullanılmayacağını, dini inanca yönelik olumsuzlamaları da sineye çekmek gerektiği hususunun altı çizilmiştir. Fakat dini inanışa yönelik saldırı niteliğindeki davranışların tabii bir sonucu olarak yine 9. madde gereğince Devletlerin din özgürlüğünün barışçıl bir şekilde hayata geçirilmesini sağlama sorumluluğunun bulunduğu hatırlatılmıştır.

Bir dinin peygamberinin, o dinin mensuplarını incitebilecek kışkırtıcı bir tarzda anlatılması, demokratik toplumun temellerinden birini teşkil eden tolerans ruhunun çirkin bir tarzda ihlal edilmesi anlamına geleceği belirtilmiştir. Karara göre, sanığın düşünceyi ifade

etme özgürlüğüne ceza mahkûmiyetiyle müdahale edilmesi, Avusturya'daki dini barış ve huzuru temin eden ve demokratik toplumlarda gerekli olan yasalara dayanmaktadır.

16. Başvurucu, bu kararda ifade edilenin aksine kişisel kanaatlerini değil, gerçekleri dile getirdiğini ileri sürerek karara itiraz etmiştir. İtiraz dilekçesinde, 56 yaşındaki Muhammed'in henüz 6 yaşında bir çocuk olan Ayşe ile evlendiğini, 9 yaşındayken de cinsel ilişkiye girdiğini belirten başvurucu, bugünün toplumsal değerleriyle bağdaşmayan bazı gerçekleri sunduğunu, amacının Muhammed'i aşağılamak olmadığını öne sürmüştür. Başvurucu, sadece bir yetişkinin dokuz yaşındaki bir çocukla cinsel ilişkiye girmesi gerçeğini ortaya koyduğunu ve bunun pedofiliden başka bir anlama gelip gelmeyeceğini sorduğunu ifade etmiştir. Bu cümleden olarak, eğer mahkemenin argümanları kabul edilecek olursa, küçük bir kız çocuğuyla evlenmenin o kızla reşit oluncaya kadar evli kalmak durumunda pedofili olarak görülmeyeceğini not etmiştir. Yine dilekçede, kelimenin bilimsel literatürdeki tam karşılığını bulmaya çalışmadığını, yalnızca gündelik dilde kullanılan şekliyle bir çocukla ilişkiye giren yetişkini göz önüne serdiğini belirtilmiştir. Seminerlerinde hiçbir zaman Muhammed'in bir çocukla evlendiği için pedofili olduğunu söylemediğini, Onun bir çocukla cinsel ilişkiye girdiği için pedofili olduğunu söylediğini vurgulayan Başvurucu, -şok edici, rahatsız edici, inciti olsa bile- tüm sözlerinin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 10. maddesinde ifadesini bulan ifade özgürlüğü kapsamında olduğunun altını çizmiştir.

17. 20 Aralık 2011'de Viyana İstinaf Mahkemesi, ilk derece mahkemesinin hukuki ve olgusal değerlendirmelerini yerinde bularak, başvuruyu esastan reddetmiştir. İstinaf mahkemesi, kararını başvurucunun öne sürdüğü belgelerde yer alan çocuk evliliği ve o evliliğin devam etmesi gerçeğine dayandırmıştır. Mahkemeye göre çocukla evlilik ile pedofili aynı şey değildir, kelimenin genel geçer bir tanımını ortaya koymak mümkün olmasa da, Dünya Sağlık Örgütü tarafından önerilen anlamından bu sonuca varılabilecektir. Öte yandan, İnsan Hakları Sözleşmesinin 10. maddesinin ihlali iddiasına yönelik olarak İstinaf Mahkemesi, AİHM'in bazı içtihatlarına *(İ.A. v. Türkiye ve Aydın Tatlav v. Türkiye)* göndermede bulunarak, dava konusu sözlerin yalnızca kışkırtıcı mı, yoksa İslam peygamberine yönelik hakaretamiz bir saldırı mı olduğu konusunun açıklığa kavuşturulması gerektiğini kaydetmiştir. Bu bağlamda, "Muhammed'in çocuklarla cinsellikten hoşlanması", "Ayşe ile arasındaki çocuk seksi", "56 yaş ve 6 yaş bunun adı pedofili değilse nedir?" gibi ifadelerin -velev ki Muhammed 9 yaşındaki bir çocukla evlenmiş olsun- saldırgan ve hakaretamiz bir ifade olduğu kabul edilmiştir.

18. İstinaf Mahkemesi, sanığı 1000 yıldan fazla bir zaman önce gerçekleştiği rivayet edilen, günümüz hukuk ve çağdaş değerler sisteminde asla kabul edilemeyecek bir olayı eleştirdiği için değil; herhangi bir kanıt ileri sürmeksizin Muhammed'i pedofili olarak göstermek için Ayşe ile 9 yaşındayken cinsel ilişkiye girdiğini ileri

sürdüğü ve buradan genelleme yaparak, çocuklarla cinsel ilişkiye girmeyi seven bir peygamber portresi çizdiği için suçlu bulmuştur. Mahkeme, sanığın iddialarını destekleyen güvenilir bir kaynağın bulunmadığını, ayrıca Muhammed'in diğer eş ve cariyelerinin çocuk yaşta olduğunu ortaya koyan bir bilginin söz konusu olmadığını ifade etmiş; tam aksine Muhammed'in ilk eşi Hatice'nin kendisinden 15 yaş büyük olmasının sanığın iddialarını çürüten bir olgu olduğunu belirtmiştir. Başvurucu, Muhammed'i takip veya taklit girişimlerini elbette eleştirebilir, ancak Müslümanları yersiz ve haksız bir şekilde küçük düşürme ve aşağılama hakkına sahip değildir. Kiliselerin, dini toplulukların, dini gelenek ve pratiklerin sert bir şekilde eleştirilmesi hukuka aykırı değildir. Ne var ki, eleştirinin bitip aşağılama ya da dalga geçmenin başladığı yerde makul sınırlar aşılmış demektir. Sanığın 10. madde kapsamındaki ifade hürriyetine müdahale bu nedenle hukuka uygundur. Sanığın seminere gelenlerin orada ne konuşulacağını ve konuya eleştirel yaklaşacağını bilenlerden oluştuğu şeklindeki savunması ise İlk Derece Mahkemesinin de belirttiği gibi etkinliğin herkese açık olması nedeniyle kabul edilebilir bulunmamıştır. Kaldı ki, soruşturmayı başlatan da, seminere katılmış bir kişinin rahatsızlığını ifade eden şikâyet başvurusu olmuştur.

19. Başvurucu, 16 Nisan 2012'de, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 363. maddesi uyarınca ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6/1, 7/1 ve 10. maddeleri gereğince yargılamanın yenilenmesi isteminde bulunmuştur.

20. 6 Haziran 2012'de bu başvuru Yüksek Mahkemeye ulaşmıştır.

21. 11 Aralık 2013'te Yüksek Mahkeme, yargılamanın yenilenmesi talebini reddetmiştir. İfade özgürlüğüne müdahale olduğu iddiasına ilişkin olarak, Ceza Kanunu'nun 188. maddesi gereğince verilen cezanın, İnsan Hakları Sözleşmesinin 10/2. maddesinde[3] ifade edilen istisnalar kapsamında değerlendirilmesi gerektiğine hükmetmiştir. AİHM içtihatlarına *(Otto-Preminger-Institut v. Avusturya; İ.A. v. Türkiye; Wingrove v. Birleşik Krallık; Aydın Tatlav v. Türkiye; Giniewski v. Fransa)* atıfta bulunan Yüksek Mahkeme, dini barış ortamını ve başkalarının dinsel duygularını korumayı amaçlayan bu istisnaya uygun olması nedeniyle sanığın ifade hürriyetine yapılan müdahaleyi hukuka uygun bulmuştur. AİHM, din bağlamında üye devletlerin dini duyguları olan kişiye bu duygularından dolayı, dini inancı olmayan kişiye de bu nedenle saldırgan ya da engelleyici söz ve müdahaleleri önleme görevinin olduğunu defalarca hatırlatmıştır. Yüksek Mahkeme, sadece provokatif, şok edici ya da saldırgan ifadelere değil, bir dini gruba yönelik hakaretamiz, alaycı beyanların da, örneğin bu davada görüldüğü üzere İslam Peygamberine karşı aşağılayıcı sözlere karşı da başkalarının dinsel özgürlüklerini korumak adına ceza aygıtının harekete geçebileceğini kabul etmiştir. Mahkemeye göre, mahkûmiyet kararının, Ceza

[3] Madde metni için 32 numaralı paragrafa bakınız.

Kanunu'nun 188. maddesine dayandığı noktada, ortada haksız tahrike yol açıcı nitelikte bir beyanın olup olmadığını tespit edebilmek için Sözleşmenin 9 ve 10. maddesindeki prensiplerin devreye girmesi kaçınılmazdı. Bu nedenle gerek ilk derece mahkemesinin gerekse istinaf mahkemesinin dava konusu sözlerin hangi bağlamda söylendiğini, hakikate mi kişisel değer yargılarına mı dayandığını gözetmeleri kadar, bu sözlerin anlamını tahkik etmeleri de şarttı. Ancak bu hususların netliğe kavuşmasıyla kişileri haklı olarak öfke ve tahrike sevk edici bir konuşmanın varlığı ya da yokluğu konusunda doğru bir sonuca varılabilirdi.

22. Yukarıdaki düşünceler doğrultusunda somut olaya bakan Yüksek Mahkemeye göre, sanığın İslam ile ilgili bir meseleye ya da çocuk evlilikleri sorununa katkıda bulunmak gibi bir gayesi yoktur; sanığın sözleri, ergenliğe ulaşmamış bir kız çocuğuyla cinsel ilişkiye girmesi faraziyesinden hareketle Muhammed'i küçük düşürmeye ve böylece Onun dinsel olarak saygıdeğer biri olmadığı sonucunu sağlamaya yöneliktir. Çocuklarla yetişkinler arasındaki cinsel istismar fiillerinin ciddiyetinin farkında olduğunu ve bu konunun yok sayılamayacağını hatırlatan Mahkeme, dosya kapsamındaki sözlerden bu ciddi meselenin tartışılmasına bir destekten ziyade, doğrudan Muhammed'i hedef alan hakaretlerin ön planda olduğunu vurgulamıştır. Bu itibarla, ilk derece mahkemesinin gerekçeli kararındaki bulgulara dayanarak sanığın ifadelerinin kişisel ve yanlı değer yargılarından ibaret olduğu kanaati tekrar edilmiştir. Din hakkında sert ama saldırgan olmayan eleştirileri içeren bilimsel bir eseri konu alan Aydın Tatlav v. Türkiye davasından farklı olduğu belirtilen bu davada, mahkûmiyet kararının Sözleşmenin 10. maddesi kapsamında demokratik bir toplumda gerekli ve ölçülü bir tedbiri öngördüğü vurgulanmıştır.

23. Yüksek Mahkeme'nin kararı 8 Ocak 2014'te Başvurucunun avukatına tebliğ edilmiştir.

II. İLGİLİ İÇ HUKUK KURALLARI

24. Avusturya Ceza Kanunu'nun dinsel barışa karşı suçları içeren 8. bölümünün 188. maddesi şöyledir:

Madde 188: Dinsel öğretileri aşağılama

Her kim, davranışlarının haklı bir öfkeye yol açabileceği bir ortamda, ülke içinde oluşmuş kilisenin veya dinsel bir topluluğun hürmet duyduğu bir kişiye veya nesneye ya da böyle bir kilise veya dinsel topluluğun hukuka uygun bir akidesine, bir geleneğine veya bir kurumuna alenen hakaret eder ya da alaycı davranışta bulunursa altı aya kadar hapis veya 360 güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.

25. İddianamenin ilk halinde sevk maddesi olan Ceza Kanunu'nun 283. maddesi:

Madde 283: Nefrete Teşvik

1. Her kim, kamu düzenini tehlikeye sokabilecek bir şekilde, ülke içinde kurulu bir kilise veya dinsel bir topluluğa karşı ya da bir ırka, bir millete, bir kavme, bir devlete veya kendisini ülke içindeki bir kilisenin ya da dini bir topluluğun mensubu olarak gören herhangi bir gruba karşı düşmanca davranışta bulunulmasına alenen teşvik ederse iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

2. Birinci paragrafta tanımlanan gruba karşı onur kırıcı bir şekilde aşağılamaya veya alaycı ifadelerde bulunmaya teşvik eden kişi hakkında da aynı cezaya hükmolunur.

III. ULUSLARARASI BELGELER

26. BM Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesinin 20/2. maddesine göre:

"Ayrımcılığa, kin ve nefrete veya şiddete tahrik eden her hangi bir ulusal, ırksal veya dinsel düşmanlığın savunulması hukuk tarafından yasaklanır."

27. Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisi 29 Haziran 2007 tarihinde kabul ettiği "dine küfretme, dine hakaret ve dinleri nedeniyle insanlar hakkında nefret söylemi" başlıklı 1805 sayılı Tavsiye Kararında, herhangi bir kişi veya grubun dinsel veya başka gerekçelerle nefret, ayrımcılık veya şiddete maruz bırakılması çağrısını ihtiva eden beyanların cezalandırılması ihtiyacını tekrarlamaktadır. Meclis, ulusal yasaların dinsel konulardaki ifadeleri yalnızca kamu düzenini kasıtlı olarak ve ciddi şekilde rahatsız ettikleri ve bir kişi veya grubun nefret, ayrımcılık veya şiddete maruz bırakılması çağrısında bulundukları takdirde cezalandırması gerektiği değerlendirmesinde bulunmuştur.[4]

28. Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu'nun (Venedik Komisyonu) İfade Özgürlüğü ile Din Özgürlüğü arasındaki ilişkiye dair 406/26 sayılı (2008) raporuna göre dine sövme, dini aşağılama ve dinsel nefrete teşvik etme eylemlerinin cezalandırılmasına ilişkin düzenlemeler şu çerçeve içerisinde olmalıdır:

a) Cezai müeyyide, amaç ve odağına nefret söylemini koymalıdır.

b) Temel belirleyici olan nefret söylemi ve nefrete kışkırtma yoksa salt dini aşağılama eyleminin suç teşkil etmesi gerekli ya da tavsiyeye şayan değildir.

c) Halihazırda çoğu Avrupa ülkesi ceza kanunlarında bulunan soyut dine hakaret suçunun kaldırılması gerekmektedir.

İfade hürriyeti ile inanç hürriyeti arasındaki dengelemenin en uygun yolu sadece nefret söylemine kışkırtan ifadeleri cezalandırmaktır.

Bu konuyu nefret söylemi etrafında değerlendirmek, hem ifade özgürlüğünün sınırlarını tayin eder hem de Avrupa demokratik sisteminin özünü teşkil eden çoğulculuk, tolerans, insan haklarına saygı ve ayrımcılık yasağı prensiplerinin sahiplenildiğine dair güçlü bir mesaj verir. Nefret söylemi

---

[4] 27 ve 29 numaralı paragraf özetlenerek çevrilmiştir.

dışında kalan dine hakaret ve dini duyguyu aşağılama eylemlerinin cezai yaptırıma bağlanmasına Komisyon taraftar değildir.

29. BM İnsan Hakları Konseyi, "Hoşgörüsüzlük, olumsuz önyargı ve damgalama, ayrımcılık, dini inanış nedeniyle şiddet ve şiddete teşvik ile mücadele" başlığı altında 24 Mart 2011 tarihinde aldığı 16/18 sayılı kararında üye devletleri, bu konuda acil tedbir almaya ve insan hakları kapsamındaki yükümlülüklere sadık kalmak suretiyle nefret söylemini körükleyen bu tarz ayrımcılık ve hoşgörüsüzlük olaylarıyla mücadele etmeye çağırmıştır. Ayrıca Konsey, elli beşinci oturumda İslam Teşkilatı Örgütü genel sekreterinin yapmış olduğu konuşmada ayrımcılığın önlenmesi için Devletlere düşen görevlere dair hususların altını çizmiştir.

30. BM İnsan Hakları Komitesi 11-29 Temmuz 2011 tarihleri arasında gerçekleştirdiği 102. oturumunda ifade hürriyeti başlığı altında yaptığı yorumlarda şu değerlendirmelere yer vermiştir:

Dini inanç ve inanış sistemlerine saygısızlığı yasaklayan yasalar BM Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesine aykırıdır. Ancak Sözleşmenin 20. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen istisnalar kapsamındaki düzenlemeler ifade hürriyetine aykırı değildir. Dolayısıyla, örneğin, belli bir dinin veya mensuplarının lehine veya aleyhine, yine belli bir dine inanmayanların lehine veya aleyhine yapılan ayrımcı düzenlemeler ve de dini liderleri veya dini öğretiyi eleştirmeyi cezalandıran yasalar kabul edilemez.

Tarihi gerçekler hakkındaki düşünce açıklamalarını yasaklayan düzenlemeler Devletlerin Sözleşme ile koruma yükümlülüğü altına girdikleri ifade hürriyeti ilkesiyle bağdaşmaz. Sözleşme, geçmişteki olaylara ilişkin hatalı yorumları ve yanlış düşünceleri cezalandırmaya izin vermez. Düşünce hürriyeti hiçbir şartta kısıtlanamaz, bu düşünceyi ifade etme hürriyeti ise 20. maddenin ikinci fıkrasındaki istisnaların ötesine geçmemelidir.

31. Avrupa Parlamentosu, 27 Şubat 2014 tarihinde Avrupa Birliğindeki temel haklar meselesi üzerine yayınladığı kararın (2013/2078) 35 numaralı paragrafında konuya şu yorumlarla değinmiştir:

"Avrupa Parlamentosu,...

35. Devletlerin ulusal mevzuatlarında, dine hakaret teşkil eden sözleri cezalandırması ve dini ya da diğer inanışları konu alan ifadelerin özgürlük sınırının dini aşağılamayı kapsamaması gerektiği çağrısında bulunarak; dini inanışa yönelik hakaretamiz ifadelerin dinsel grup veya azınlıkların ya da dini duygulara sahip kişilerin korkması, kötü davranışa maruz kalması veya huzursuz olması gibi nedenlerle din ve inanç özgürlüğü üzerinde olumsuz bir etkisinin olduğunu hatırlatır."

HUKUKİ DEĞERLENDİRME

SÖZLEŞMENİN 10. MADDESİNİN İHLALİ İDDİASI

32. Başvurucu, seminerde söylediği sözler nedeniyle dini öğretiyi aşağılama suçundan ceza verilmesinin Sözleşmenin 10. maddesine aykırı olduğunu ileri sürmüştür. Söz konusu 10. madde şu şekildedir:

1. Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ülke sınırları gözetilmeksizin, kanaat özgürlüğünü ve bilgi ve fikir alma-verme özgürlüğünü de içerir. Bu madde, Devletlerin radyo, televizyon ve sinema faaliyetlerini izin rejimine tabi tutmalarına engel değildir.

2. Görev ve sorumluluklar da yükleyen bu özgürlüklerin kullanılması, demokratik bir toplumda ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının itibar ve haklarının korunması, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi veya yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması için gerekli olan ve kanunla öngörülen bazı usul, koşul, sınırlama veya yaptırımlara tabi tutulabilir.

Kabul Edilebilirlik

33. Mahkeme, Sözleşmenin 35/3 (a) maddesi kapsamında bu başvurunun açıkça dayanaktan yoksun bulunmadığını belirtir. Başvuruyu kabul edilemez kılacak herhangi bir sebep söz konusu değildir. Bu nedenle başvurunun kabul edilebilir nitelikte olduğunu bildirmek gerekmektedir.

Esasa İlişkin

1. Tarafların İddiaları

34. Başvurucu, yukarıda belirtilen sözleri nedeniyle ifade özgürlüğüne hukuka aykırı bir şekilde müdahale edildiği kanaatindedir. AİHM'in içtihatlarına gönderme yapan Başvurucu, dava konusu ifadelerinin AİHS'in 10. maddesi ışığında değerlendirilmesi noktasında ulusal yargı mercilerinin hata ettiklerini düşünmektedir. Eğer bu konuda hataya düşülmeseydi, sözlerinin yanlı değer yargılarını yansıttığı sonucuna varılmayacaktı. Halbuki sarf ettiği sözler nesnel gerçeklere dayanmaktadır. Başvurucu, Muhammed'in dokuz yaşındaki bir kız çocuğuyla karı-koca ilişkisi içerisine girmesini kendisinin uydurmadığını, kaynaklardan aktardığını ifade ederek, sadece bu durumun pedofili olarak adlandırılıp adlandırılmayacağını sorduğunu, bu sorunun arkasında yalnızca gerçek donelerin bulunduğunu ve bu durumun ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini vurgulamıştır. Ayrıca dava konusu sözlerinde İslam'a ve Muhammed'in şuursuzca taklit edilmesine karşı tarafsız ve hararetli bir tartışma

ortamında eleştirel bir yaklaşım sergilemiş ve fakat bu durum mahkemelerce dikkate alınmamıştır. Halbuki başvurucu kamusal bir tartışmaya objektif eleştirileri ile katkıda bulunmayı hedeflemiş, İslam Peygamberine hakaret etmeyi hiç amaçlamamıştır. Ulusal mahkemelerin tespitlerinin aksine, Muhammed'in davranışının pedofili olarak nitelenebileceği görüşü tatmin edici gerçeklere dayanmaktadır. Başvurucu, günlerce ve saatlerce süren bir seminerin gerilimli tartışma ortamında ağzından çıkan "birkaç kişisel ifade" için ise tolerans gösterilmesi gerektiğini ilave etmiştir.

35. Başvurucu daha sonra dini grupların kamu teşekkülleri olarak görülmesi gerektiğini ve bu nedenle en sert eleştirilere karşı bile tahammüllü olmalarının icap ettiğini beyan etmiştir. AİHM içtihatlarına *(Aydın Tatlav v. Türkiye, Giniewski v. Fransa ve Gündüz v. Türkiye)* atıfta bulunan Başvurucu, dini grupların gerçekle bağdaşmasa bile şiddeti teşvik etmediği sürece uygunsuz tenkitlere toleransla yaklaşmak zorunda olduğunu belirtmiştir. Hatta Sözleşmenin 9. maddesi ile garanti altına alınan haklar, insanların dini duygularına düşmanlık ifade eden bir öğretinin başkalarınca propaganda konusu haline getirilmesine karşı bir yasağı ima etmemektedir. Yalnızca, haklı bir neden olmaksızın başkalarına karşı saldırgan bir üslupla onların haklarını ihlal eden ifadeler kamusal bir tartışmaya yarar getirmeyeceği gibi kanunla da yasaklanabilir. Bununla birlikte, uluslararası hukuk standartları gözetildiğinde dine sövme fiillerinin cezai yaptırıma bağlanmasından kaçınılması gerekecektir. Başvurucu bu davanın esas itibariyle *"İ.A. v. Türkiye"* davasından farklı olduğunu, çünkü o davada dava konusu ifadelerin hakikatle ve bilimsel gerçeklerle bir ilgisinin bulunmadığını kaydetmiştir.

36. Başvurucunun sözleri nedeniyle cezaya mahkûm edilmesinin meşru bir amaca dayanıp dayanmadığı konusunda Hükümet, Ceza Kanunu'nun 188. maddesinin bizatihi kiliseye ya da dini bir topluluğa yönelik eleştirel ya da hırpalayıcı ifadeleri yasaklamadığını, burada aslında bir tutumun suç tipi olarak düzenlendiğini ve bu tutumun oluşmasında eleştirel ifadelerin de rol alabileceğini ileri sürmüştür. Hükümetin savunmasındaki açıklayıcı nota göre, bu yasa maddesinin birincil amacı, devletin genel güvenliğinin önemli bir unsuru olan dinsel huzur ve barış ortamını korumaktır. Dinsel barış; çok çeşitli kiliselerin, dini grupların ve kendini herhangi bir dine mensup hissetmeyenlerin bir arada huzur içerisinde yaşamasıyla ortaya çıkabilecek bir şeydir. Sonuç itibariyle Hükümet, başvurucuya uygulanan ceza yaptırımının işte bu dinsel barış ortamını sürdürmeyi ve başkalarının haklarını (onların dini duygularını) korumayı gözettiğini belirtmiştir.

37. Hükümet, ulusal mahkemelerin dava konusu sözleri yargılarken, başvurucunun düşüncelerini kamuya açıklama hürriyeti ile yine kamunun din ve inanç hürriyeti arasında -AİHM içtihatlarıyla uyumlu bir şekilde- bir denge gözettiğini vurgulamıştır. İç hukuk, söz konusu ifadelerin özüne ilişkin kapsamlı bir değerlendirme yapmış ve bu sözlerin İslam ve çocuk evliliği hakkında objektif bir tartışma

sunmaktan ziyade, Muhammed'i aşağılamaya odaklandığı, dolayısıyla tahrik edici bir karakterinin bulunduğu sonucuna varmıştır. Hükümet, Yüksek Mahkemenin çocukların cinsel istismarı gibi önemli bir konuda tartışmaların hararetinin yükselmesinin, eleştirinin dozunun ve kabul edilebilirlik limitinin artmasının normal karşılanması gerektiği yönündeki düşüncesini tekrar etmiştir. Ne var ki burada yeterli bilimsel gerçekler olmaksızın doğrudan Muhammed'i suçlamakla malul, kamusal bir tartışmaya tarafsız bir katkı niteliği bulunmayan, aşağılayıcı bir konuşma vardır. Avusturya Yüksek Mahkemesinin içtihatlarına değinen Hükümet'e göre, bir dine ya da etnik gruba mütecaviz sözler kadar eleştirel bir ifade bile olsa, bir inancın veya dinin mensuplarınca son derece aşağılayıcı ve tahrik edici bulunan sözler de Sözleşme'nin temelini oluşturan tolerans, sosyal barış ve ayrımcılık yasağı gibi değerlerle bağdaşmayacak ve bu nedenle ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmeyecektir. Son olarak, başvurucuya günlüğü 4 Avro'dan, cezanın üst sınırı olan 360 günlük adli para cezasının üçte biri oranında (120 gün) adli para cezası verilerek orantılı bir yaptırım uygulandığı savunulmuştur.

2. Üçüncü taraf katılımı

38. Müdahil üçüncü kişi olarak Avrupa Hukuk ve Adalet Merkezi, dava konusu sözlerin başvurucunun kişisel değer yargılarının ürünü olsa da, gerçeklik temelinden büsbütün yoksun olmaması, bu konudaki toplumsal tartışma ortamını takviye edebilecek nitelikte bulunması ve şiddete açıkça teşvik etmemesi nedenleriyle Sözleşmenin 10. maddesiyle ifade hürriyetine sağlanan koruma kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini ileri sürmüştür. İnananların dini duygularını korumaktan ziyade, tıpkı uluslararası standartlara aykırı olan dine sövme suçu gibi, bir inancı korumaya yönelik olduğu gözlenen bu mahkûmiyet kararı kaldırılmalıdır. Ceza Kanunu'nun 188. maddesi özgür tartışma ortamına karşı isteksizlik meydana getirebilecek bir etkiye sahiptir. Dini inanç özgürlüğünü korumak için özel hukuk mekanizmaları dururken, ceza hukuku aygıtını devreye sokmak demokratik bir toplumda gerekli değildir.

3. Mahkemenin Değerlendirmesi

39. Mahkeme, tarafların da üzerinde uzlaştığı bir husus olduğu üzere, ceza mahkûmiyetinin başvurucunun ifade özgürlüğüne doğrudan bir müdahale anlamına geldiğini teyit eder. Eğer bu müdahale, Sözleşmenin 10/2. maddesindeki istisnalar kapsamında meşru amaç veya amaçları izlemek için "yasal düzenlemeyle öngörülme" ve bunun "demokratik bir toplumda gerekli olması" şartlarını karşılamıyorsa; ifade özgürlüğünü düzenleyen 10. maddeyi ihlal etmiş olacaktır.

(a) "Kanunla öngörülme"

40. Mahkeme, söz konusu müdahalenin tartışmasız bir biçimde kanunla öngörüldüğünü belirtir, zira başvurucunun mahkûmiyeti ACK'nın 188. maddesine dayanmaktadır.

(b) "Meşru amaç"

41. Başvurucu, asla Muhammed'i küçük düşürme gibi bir niyetinin olmadığını belirtse de, ACK'nın 188. maddesine vücut veren meşru amacı, yani dinsel barışı koruma amacını hiç tartışmamıştır. Hükümet, bu düzenlemenin Sözleşmenin 10/2 maddesindeki istisnaların anlamına uygun bir şekilde, dini duyguları korumaya olduğu kadar, dinsel barış ortamını muhafaza ederek kamu düzeninin bozulmasını önlemek amacına da matuf olduğu yorumunda bulunmuştur. Mahkeme, bu değerlendirmeye katılmaktadır.

(c) "Demokratik bir toplumda gerekli oluş"

(i) Genel prensipler

42. Mahkeme, Sözleşmenin 10. maddesi kapsamındaki kararlarına ilişkin temel yaklaşımını yansıtan içtihatlarını hatırlatır *(Handyside v. Birleşik Krallık; Fressoz ve Roire v. Fransa § 45)*. İfade hürriyeti, demokratik bir toplumun vazgeçilmez bir unsuru olup, hem o toplumun gelişmesi, hem de kişilerin kendilerini gerçekleştirmesi için temel bir şarttır. İfade hürriyeti sadece genel kabul gören, saldırgan olmayan ya da önemsiz görülen haber ya da düşünceler için değil, aynı zamanda rencide edici, sarsıcı, rahatsız edici haber ya da düşünceler için de geçerlidir. Dahası, Sözleşmenin 10/2. maddesi ile ifade özgürlüğüne getirilen sınırlar toplum yararını ilgilendirilen tartışmalarda ya da politik konuşmalarda daha dar yorumlanmalıdır *(Baka v. Macaristan § 159; Satakunnan Markkinapörssi Oy-Satamedia Oy v. Finlandiya § 167)*. Bir kimsenin Sözleşmenin 9. maddesinde öngörüldüğü gibi inancını yaşama hakkını kullanması, çoğunluğun veya azınlığın dinine mensup olması fark etmeksizin onun bu inanca karşı yapılan eleştirilerden masun olacağı anlamına gelmez. İnananlar, dini inanışlarının başkalarınca reddedilmesini de, bu inanca karşıt görüşlerin propagandasını da sineye çekmek durumundadırlar *(Otto-Preminger-Institut v. Avusturya, § 47; İ.A. v. Türkiye, § 28; Aydın Tatlav v. Türkiye, § 27)*.

43. 10. maddenin ikinci fıkrasında öngörüldüğü üzere, bir yandan düşünceyi açıklama hürriyeti kullanılırken, diğer yandan da Devletlere birtakım görev ve sorumluluklar düşmektedir. Dini inanç bağlamında düşünürsek bu sorumluluk, insanların yersiz ve gereksiz mütecaviz söylemlere muhatap olmadan Sözleşmenin 9. maddesi ile tanınan huzur ve barış içinde inanma ya da inanmama özgürlüğünü temin etmek olarak karşımıza çıkar *(Sekmadienis Ltd. v. Litvanya, § 74)*. Bu tarz

söylemlerin başkalarının inançlarına bir reddiye olmanın ötesine geçerek dinsel tahammülsüzlüğü teşvik edici bir hal alması durumunda, örneğin belli bir din mensuplarınca derin ve kutsal bağlılık duyulan bir kişiye uygunsuz isnatlarda ya da küfürlü ifadelerde bulunulduğu takdirde Devlet; din, inanç ve vicdan özgürlüğünün tehlike altına girdiğini haklı olarak düşünebilir *(Otto-Preminger-Institut v. Avusturya, § 47 ve İ.A. v. Türkiye, § 29)*. Buna ilaveten, dinsel hoşgörüsüzlükten ve aslında genel olarak hoşgörüsüzlükten neşet eden nefret söylemlerini yayan, teşvik eden veya meşru gösteren sözler, Sözleşmenin 10. maddesi ile sağlanan korumadan yararlanamayacaktır *(Gündüz v. Türkiye, § 51)*.

44. Sözleşme ile garanti altına alınmış hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamaların demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı konusunda Mahkeme, sözleşmeye taraf Devletlerin sınırlı ve kesin hatlarla belirli bir takdir yetkisinin bulunduğunu kabul etmektedir *(Wingrove v. Birleşik Krallık §§ 53 ve 58; Murphy v. İrlanda § 67)*. Kişilerin dinsel inançlarına yönelik saldırılardan korunması ihtiyacı bakımından Avrupa'da genel ve yeknesak bir bakış açısının olmayışı, ahlak ve din alanındaki inançlara yönelik fiillerde ifade hürriyetinin sınırlarını düzenlemek isteyen Devletlerin takdir marjını genişleten bir etken olmaktadır *(Otto-Preminger-Institut, § 50; Wingrove, § 58, İ.A., § 25; Giniewski, § 44; Aydın Tatlav, § 24)*. Böylece, devletler sadece bu konuda geniş bir değerlendirme fırsatı yakalamış olmakla kalmazlar, aynı zamanda Sözleşmenin 9. maddesi gereğince tüm dini inanışların ve herhangi bir dine mensup olmayanların karşılıklı hoşgörü ve huzur içerisinde yaşamalarını sağlamak için pozitif yükümlülük altına da girerler. *(Leyla Şahin v. Türkiye §§ 107-108 ve S.A.S. v. Fransa, § 123-128)*.

45. İşte bu nedenlerle bir Devlet, diğerlerinin düşünce, inanç ve vicdan özgürlüğünü koruma adına bir kimsenin düşünce ve bilgi açıklama hakkı da dâhil olmak üzere belli davranışlarını kısıtlamak için gerekli tedbirleri almak ihtiyacı hissedebilir *(*9. madde bağlamında bkz., *Kokkinakis v. Yunanistan; Otto-Preminger-Institut, § 47; Aydın Tatlav, § 25)*. Bunun birlikte, bu tedbirlerin Sözleşme ile uyumlu olup olmadığı konusunda Mahkeme her olayın kendine özgü koşulları içerisinde somut olaya göre değişen nihai değerlendirmesini yapar.

46. Dolayısıyla bu mesele, bir yanda başvurucunun dini bir öğreti konusundaki düşüncelerini kamu ile paylaşma hürriyeti; diğer yanda başkalarının düşünce, din ve vicdan özgürlüklerine saygı duyulmasını bekleme hakkı şeklinde ortaya çıkıp çatışan ve yarışan iki ayrı hakkın teraziye vurulması meselesidir *(Otto-Preminger-Institut, § 55 ve Aydın Tatlav, § 26)*.

47. Mahkeme, bir sözün nesnel gerçeklere dayanması ile kişisel değer yargılarından doğması arasındaki farkı göz önünde bulundurmaktadır. Bir ifadenin bu şekilde tasnif edilmesi, her şeyden önce iç hukuk yollarında meselenin değerlendirilip hükme bağlanması için önemlidir *(Prager ve Oberschlick v. Avusturya§ 36)*. Öte yandan Mahkeme, ulusal mahkemelerin gerçek dediğine kişisel görüş, kişisel görüş dediğine de bilimsel gerçek diyebilecek, diğer deyişle ulusal

makamların sınıflandırması ile bağlı olmayacaktır *(Kharmalov v Russia, § 31, 8 Ekim 2015; Pinto Pinheiro Marques v. Portugal, § 43, 22 Ocak 2015)*.

48. Daha önceki içtihatlarında Mahkeme, kişisel yargıların doğru olmasının, bu yargıların kolayca ispat edilmesini sağlayacağı anlamına gelmediğini vurgulamıştır. Değer yargısının gerçeklere dayandığını tam anlamıyla ispat edebilmek mümkün değildir; böylesi bir yükümlülük, Sözleşmenin 10. maddesinde korunan hakkın vazgeçilmez bir öğesi olan düşünce özgürlüğünü de zedeleyen bir şeydir. Ne var ki, bir ifade sübjektif yargıdan ibaret gibi görülse de, özgürlüğe müdahalenin orantılılığı, bu ifadenin gerçeklere ne derece dayandığına, hakikatle ne kadar ilişkili olduğuna bağlı olarak tayin edilebilecektir; çünkü bazen kendini destekleyecek gerçekçi bir temeli olmayan bir değer yargısı bile aşırı mütecaviz olabilir. Mahkemenin belli davalarda işaret ettiği üzere, doğru 'yargı', mutlaka ortaya konması gereken olgusal ispat ölçüsünde tebarüz edecektir *(Jerusalem v. Avusturya; Feldek v. Slovakya, §§ 73-76 ve Genner v. Austria, § 38)*.

49. Mahkeme denetim görevini yerine getirirken, kendini ulusal mercilerin yerine koymaz. Mahkemenin görevi, ulusal mercilerin takdir yetkilerini kullanırken aldıkları kararların yerindeliğini ve dosya kapsamına uygunluğunu *(Vogt v. Almanya, § 52 ve Jerusalem v. Avusturya, § 33)* ve de özgürlüğe yapılan müdahalenin toplumsal bir ihtiyacın tezahürü olarak doğup doğmadığını, gözetilen meşru amaçla orantılı olup olmadığını tümüyle dava konusu olayın ışığında ve 10. madde zemininde incelemektir *(İ.A. v. Türkiye, § 26)*. Orantılılık ilkesine uygunluğu belirleyebilmek için Mahkeme, dava konusu sözü ve yapılan müdahaleyi terazinin birer kefesine koymakla yetinmemeli; bu sözün hangi ortamda ve hangi bağlamda söylendiği gibi hususları da hesaba katmalıdır. Hatta, cezanın türü ve miktarı da dikkate alınması gereken faktörler olarak düşünülmelidir *(Gündüz v. Türkiye, § 42)*. AİHM içtihatlarında belirtilen ölçütlere dayanarak, orantılı ve dengeli bir uygulamanın ulusal makamlarca yapılması durumunda Mahkeme, ulusal mahkemelerin vardığı sonuçtan ayrılmak için kuvvetli sebeplere ihtiyaç duyar *(Von Hannover v. Almanya § 107)*.

(ii) Yukarıdaki prensiplerin bu davaya uygulanması

50. Öncelikle belirtmek gerekir ki, dava konusu mesele hassas bir tabiata sahiptir ve mahkûmiyete neden olan bu sözlerin olası etkilerine dair yapılacak bir mülahaza, konuşmanın yapıldığı yer, zaman ve bağlama göre ülkeden ülkeye değişecektir. Muhammed ile Ayşe arasındaki evliliğin ne kadar sürdüğü gibi hususları da dikkate alan ulusal mahkemelerin esas itibariyle sahip olduğu geniş değerlendirme ve takdir yetkisi, onların kendi ülkelerinde meydana gelen olayın muhtemel sonuçlarını daha iyi ölçüp biçebilecek durumda bulunmalarından, hangi sözün dinsel barışı tehdit edici vasıfta olabileceğini tespit noktasında daha uygun bir konuma sahip olmalarından kaynaklanmaktadır.

51. Avusturya yargısına göre dava konusu sözler umuma açık mahalde sarf edilmiştir. Gerçekten, bu seminerler hem internet yoluyla hem de dağıtılan broşürlerle halka duyurulmuştur. Broşürler, sağ görüşlü Özgürlük Partisi genel başkanı tarafından gönderilmiş, içeriğinde özellikle genç seçmenlere yönelik ücretsiz eğitim paketi kapsamında üst düzey seminerler organize edileceği bildirilmiştir. Bu etkinliklerin bir parçasını oluşturan ve 'İslam Üzerine Temel Bilgiler' başlığını taşıyan başvurucunun seminerler zinciri, konuşmacının İslam akaidi üzerine eleştirel tahlilleri ve katılımcıların tartışmalara katılımı usulüyle devam etmiştir. Sonradan öyle olmadığı ortaya çıksa da, bu seminerler ilk bakışta İslam üzerine birtakım nesnel verilerin konuşulacağı izlenimini vermiştir. Ayrıca, konuya ilgi duyan herkes serbest kayıt hakkına sahip olmuş, Özgürlük Partisine üyelik gibi herhangi bir şart öngörülmemiştir. Dolayısıyla başvurucu, seminer mekânını dolduran topluluğun İslam üzerine son derece eleştirel görüşleri paylaşacak, tümüyle hemfikir insanlardan ibaret olduğu düşüncesine kapılmamalıydı; hatta orada ifadelerinden rahatsızlık duyacak izleyicilerin de bulunabileceğini öngörmeliydi. Semineri sadece otuz kişinin takip etmiş olmasının da bu değerlendirmeler üzerinde pek bir etkisi yoktur. Nitekim başvurucunun konuşması seminere katılan bir gazeteci tarafından kayda alınmış, daha sonra da bu gazetecinin bir personeli tarafından savcılığa ihbar edilmiştir (bkz, 9. paragraf).

52. Mahkeme, dini grupların; dinsel duygu ve inanışlarının başkalarınca reddedilmesini, inkâr edilmesini, hatta inanışlarıyla karşıt, taban tabana zıt görüşlerin propagandasının yapılmasını -nefret söylemine veya dinsel hoşgörüsüzlüğe teşvik olmadığı sürece- tahammülle karşılamak zorunda olduklarını tekrar belirtir. Avusturya Ceza Kanunu'nun 188. maddesi (p. 24), dinsel barış ve hoşgörüyü hukuki konu olarak aldığı için, salt dini duyguyu incitmeyi veya dine sövmeyi cezalandırmamakta, bu söz ya da fiilin başkalarının haklı öfkesini kışkırtmaya elverişliliğini de aramaktadır. Mahkemeler, dava konusu sözlerin toplumsal bir tartışmaya katkı sağlamak gibi bir amacının olmadığı, yalnızca Peygamberi değersizleştirmeyi hedeflediği tespitiyle tahrik etmeye elverişliliğin bulunduğu yönündeki kanaatlerini sarih ve ayrıntılı bir şekilde ortaya koymuşlardır (p. 22). AİHM bu değerlendirmelere katılmaktadır.

53. Başvurucu "Buna ne ad verebilirsiniz? Bu pedofili değilse nedir?" derken ona bu konunun yoruma açık olduğunu ve daha diplomatik bir yolla ifade edilebileceğini söyleyen kardeşi ile arasındaki bir konuşmayı açığa vurmuş oluyor. Mahkeme, başvurucunun kendisini bu sahada seminerler veren bir uzman olarak tanımladığını belirtir. Şu halde, başvurucunun dava konusu sözlerinin seminerdeki hararetli bir tartışma bağlamında kendiliğinden geliştiği yönündeki savı (p. 34) ikna edici değildir (*Gündüz v. Türkiye* davasındaki olguların aksine).[5] Bu

[5] AİHM'in işaret ettiği olgulara ilişkin olarak söz konusu *Gündüz v. Türkiye* (Başvuru. No.

nedenle Mahkeme, başvurucunun düşüncelerinin kısmen gerçekdışı verilere dayandığının ve başkalarının haklı hiddetini tahrik edebileceğinin bilincinde olması gerektiğinin düşünen ulusal yargı makamları ile aynı görüştedir. Bu bağlamda, Mahkeme, Sözleşmeye taraf devletlerin kendi ülkelerinde dini grup ve kişiler ile dine mesafeli grup ve kişilerin karşılıklı anlayış ve hoşgörü ortamında birlikte yaşamalarını sağlamak için, 9. madde gereğince pozitif yükümlülükler altında bulunduğunu tekrar eder (p. 44). Mahkeme, ilk derece mahkemesinin 15 Şubat 2011 tarihli kararında belirttiği (p. 15), dinsel amentüye ilişkin konuların o dine mensup kişilerin duygularını incitebilecek tarzda kışkırtıcı bir üslupla sunulmasının, demokratik bir toplumun temellerinden birini oluşturan hoşgörü ruhuna çirkin bir saldırı anlamına gelebileceği yönündeki düşüncesini paylaşmaktadır.

54. Mahkeme, iç hukuk yargılamalarında söz konusu ifadelerin kişisel değer yargıları olarak nitelendirilmesi hakkında, ifadede geçen ibarelerin detaylı tahlilinin yapılması suretiyle (p. 18) bu sonuca varıldığını kaydeder. Ulusal mahkemeler, başvurucunun sübjektif bir şekilde Muhammed'i cinsel tercihleriyle pedofili olarak yaftaladığını, izleyicilere tarihsel arka planın nesnel bilgilerini sunmadığını tespit etmiştir ki tam da bu nedenle konu üzerinde ciddi bir tartışma ve münazara ortamı doğmamıştır (p. 14-15 ve 17-18). Dolayısıyla Mahkeme, ulusal yargılamalar sonucunda dava konusu sözlerin 'yeterli bilimsel gerçeklerden yoksun, kişisel değer yargıları' şeklinde sınıflandırılmış olmasını doğru bulmaktadır. Bir an için bu sözler -başvurucunun ısrarla iddia ettiği gibi- nesnel gerçekler olarak görülse bile, başvurucunun bu varsayımı destekleyebilecek bir delili Avusturya'daki yargılamalarda da AİHM önünde de sunamadığını belirtmek gerekir.

55. Başvurucunun hararetli bir tartışma ortamında ileri sürülmüş birkaç kişisel ifadenin hoş görülmesi gerektiği yönündeki savına ilişkin olarak Mahkeme, suç teşkil eden ifadelerin makul ve kabul edilebilir ifadelerle aynı potada eritilmesi durumunda da ifade hürriyetinin sınırlarının aşılmış sayılacağı düşüncesindedir. Keza, başvurucunun Mahkeme içtihatlarına atıfla, dini grupların gerçekle bağdaşmasa bile uygunsuz tenkitlere toleransla yaklaşmak zorunda olduğu şeklindeki tespitleri de (p. 35) doğru değildir. Tam aksine, Mahkeme, hakikate -açıkça- aykırı olan düşünce açıklamalarının ifade hürriyetinden

---

35071/97, 04.12.2003) kararının 52. paragrafı örnek olarak verilebilir: *"Mahkeme öncelikle söz konusu yayının, müritlerinin kamuoyunun dikkatini çeken bir tarikatın tanıtımına yönelik olduğunu gözlemler. Fikirleri daha önce kamuoyu tarafından iyi bilinen Bay Gündüz de bu tarikatın lideri olarak bu yayına belirli bir amaç için davet edilmiştir. Bu amaç da tarikatını tanıtma ve demokratik değerlerle İslam anlayışının bağdaşmazlığı konusundaki aykırı görüşlerini açıklamaktır. Bu konu Türk medyasında geniş biçimde tartışılmış ve ifade özgürlüğüne getirilecek kısıtlamaların dar bir yoruma tabi olduğu kamuoyuna mal olmuş sorunlardan birini ilgilendirmektedir."*
(https://www.kararara.com/forum/viewtopic.php?f=79&t=18545)

yararlanamayacağı görüşündedir *(Giniewski v. Fransa § 52; Medzlis Islamske Zajednice Brcko ve diğerleri v. Bosna-Hersek § 117).*

56. Son olarak Mahkeme, cezayı orantılı bulduğunu tekrar eder; Ceza Kanunu'nun seçimlik ceza olarak altı aya kadar hapis cezasını öngördüğü bir ahvalde, sadece 480 Avro adli para cezasından ibaret bu ceza gayet makuldür. Dahası, bu olayda 360 güne kadar gün para cezasının verilmesi mümkün iken, 120 günlük para cezası verilmiş ve her bir gün için ödenecek miktar da alt sınırdan (4 Avro) tayin edilmiştir. Başvurucunun sabıka kaydı bulunmamasına ve bu durumun mahkemece indirim nedeni olarak kabul edilmesine karşın, müteaddit kereler ihlal davranışı içinde bulunması da cezayı artıran bir sebep olarak kabul edilmek zorundaydı. Bu şartlar altında, Mahkeme cezai müeyyidenin orantısız olduğu düşüncesinde değildir.

57. Netice itibariyle Mahkeme, Avusturya mahkemelerinde şikâyet konusu sözlerin efradını cami, ağyarını mani bir şekilde ele alındığı; başvurucunun ifade özgürlüğü hakkı ile başkalarının dini duygularının korunması ve Avusturya toplumunda var olan dinsel huzur ve barışa sahip olma hakları arasında titiz bir denge kurulduğu kanaatindedir. Yargılamalar boyunca, bir dinin tahkir edilmesi ile birlikte kabul edilebilir sınırlar içinde eleştirilmesi konuları tartışılmış, sonuçta başvurucunun ifadelerinin Müslümanlar arasında haklı bir öfkeye yol açabileceği hükmüne ulaşılmıştır. Bunun yanı sıra, AİHM, suç teşkil ettiğine karar verilen bu ifadelerin çocuk evliliği konusunda toplumsal bir tartışma ortamına nesnel bir katkıda bulunmak amacıyla tarafsız bir şekilde söylenmediği (tersi durum için bkz, *Aydın Tatlav v. Türkiye* ve *Giniewski v. Fransa),* hatta mesnetsiz bir temel üzerine genelleme yapıldığını kanaatindedir. Bu itibarla, ulusal mahkemeler başvurucunun tarafsız bir tartışmanın kabul edebileceği sınırları aştığını, kullandığı ifadelerin İslam Peygamberine uygunsuz-yakışıksız sözle saldırı anlamına geldiğini değerlendirerek (ki bu sözlü saldırı, ön yargıları tetikleyebilecek ve dinsel barışı tehlikeye sokabilecek bir potansiyele sahiptir), bu olayın dinsel hoşgörüsüzlüğü teşvik fiilinin unsurlarını taşıdığı görüşüne varmışlardır. AİHM, başvurucunun AİHS'in 10. maddesi ile korunan ifade özgürlüğü hakkına yapılan müdahalenin meşru bir amaca ilişkin ve bu amaçla orantılı olduğunu kabul etmektedir. Mahkeme, bu noktada alınan tedbirlerin "sosyal bir ihtiyaca" karşılık geldiği sonucuna varmaktadır.

58. Bu yüzden Mahkeme, dini öğretileri aşağılama suçunun işlendiği kanaatine ulaşan ulusal yargı mercilerinin dava konusu olayda sahip oldukları geniş takdir yetkisini aşmadıklarını mütalaa etmektedir. Sonuç itibariyle Sözleşmenin 10. maddesi ihlal edilmemiştir.

BU GEREKÇELERLE MAHKEME OY BİRLİĞİYLE

1. Başvurunun kabul edilebilir olduğunu bildirir;

2. Sözleşmenin 10. maddesine yönelik ihlalin bulunmadığına karar verir.

İşbu karar İngilizce olarak hazırlanmış olup, Mahkeme içtüzüğünün 77 § 2 ve 3. maddeleri uyarınca 25 Ekim 2018 tarihinde yazılı olarak ilan edilmiştir.

B- DEĞERLENDİRME

1. Dini Duyguların Korunması

AİHM bu kararıyla ifade hürriyetinin sınırlarının bittiği yerlerden biri olan "başkalarının haklarının korunması" ölçütünü dini duyguların korunmasına teşmil etmiştir. Kararda yapılan atıflardan da anlaşılacağı üzere bu yeni bir içtihat değildir. Mahkeme, öteden beri din ve inanç konusunda açıklanan düşüncelerin, dinsel barışın teminatı olan inanç sahiplerinin duygularına saldırı niteliğinde olmaması gerektiğini belirtmektedir.[6] Çünkü acı tecrübelerle de anlaşılmıştır ki insanların kutsalına, inancına veya dinine yapılan sözlü saldırının çok daha kötü sonuçlara yol açma olasılığı her zaman çok yüksektir.

Ayrıca, dini inanca ve kutsallara herkesin arzu ettiği gibi dil uzatabildiği bir ortamda dini inanç, düşünce ve vicdan hürriyetinin alanı daralacaktır. Dolayısıyla, din mensuplarının kutsallarının aşağılanmaması, dini öğretinin keyfi yorumlarla alenen tahkir edilmemesi gibi yasakların; herhangi bir dine inanmamayı tercih edenlere de bu tercihleri nedeniyle fiili veya sözlü saldırıda bulunulmasını engelleyici bir etkisinin olacağı belirtilmektedir (p. 43). Burada Mahkemenin dini inancın tanımıyla ve niteliği ile bir kez daha ilgilenmediğine dikkat çekmek gerekmektedir. İnsanın yaşamı üzerinde belli bir etkiye sahip her *inanç sistemi* ve bu sistemin kutsal saydığı her değer, duygu ve şahsiyet dini duygular kapsamında olacaktır.[7]

2. Dini Duyguların Korunmasının İfade Özgürlüğüne Bir Müdahale Sebebi Olması

Bu davada ve genel olarak, İslam Peygamberine isnat edilen çirkin fiillerin veya itibarsızlaştırıcı yorumların Sözleşmenin 10/2. maddesinde sayılan istisnalardan hangisine muvafık olduğunu tespit etmek, AİHM'in aksettirdiği kolaylıkta bir iş değildir. "Hoşgörü ortamını bozucu etki", kamu düzeninin sağlanması şeklindeki istisnayı karşılayabilir mi? Dava konusu olaya ve tespitlere bakınca bunu söylemek güçtür. Öyleyse, Müslümanların dini duygularını aşağılayarak onların öfkesini çekmek fiili, başkalarının hakkının korunması olarak görülebilir mi? Nedir bu hak? Mahkemeye göre bu hak, "başkalarının dini duygularının korunması" hakkıdır.

---

6 Gözübüyük, Abdullah – Gölcüklü, Feyyaz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması,* 4. Bası, Ankara 2003, s. 373 vd.

7 Campbell and Cosans v. U.K., Başvuru. No.7511/76; 7743/76, 25.02.1982, § 36

İfade özgürlüğünün kullanılmasında, başkalarının din ve vicdan özgürlüğünü huzurlu bir biçimde hayata geçirmesine engel olacak biçimde saldırgan tavırdan kaçınma yükümlüğünden bahseden Mahkeme, Sözleşmenin 9. maddesini adres göstermektedir (p. 43, 44 ve 45).[8] Bu bağlamda AİHM, başkalarının hakkı olarak gördüğü dini duyguların korunması hakkının 9. maddedeki din ve vicdan özgürlüğü ile uyumlu olduğu yönündeki pozisyonunu korumaktadır.[9] Şu halde, başkalarının inançlarını serbestçe yaşaması, göstermesi, açıklaması veya ifade etmesi için bu inancın tahkir ve aşağılamadan da korunması gerekli midir, diğer deyişle dine hakaret, o dinsel inancı ifade etmeye ve yaşamaya engel midir? Dava konusu olayın özünde yatan soru da bu olsa gerektir. Mahkeme bu soruya olumlu cevap verirken amaçsal bir yorum geliştirmekte, dini duyguların korunmasını devletlerin inanç özgürlüğünü sağlayabilmeleri için bir yükümlülük olarak görmektedir (p. 43).[10]

Bununla birlikte, Mahkemenin bu yorum tarzının; dine dair bir konuya ilişkin olarak kamusal alanda neyin ifade edilip neyin ifade edilemeyeceğine yine dinsel inançların onay vermesi anlamına geleceği, bunun da seküler ve özgürlükçü hukuk düzenlerinde ciddi bir çelişkiye yol açacağı savunan görüşler de bulunmaktadır.[11] Bu kapsamda yükselen bir başka itiraz da, özellikle semavi dinlerin gündelik yaşamı kuşatan öğretileri karşısında, herhangi bir eleştiri ya da "tabuları yıkmak isteyen" bir düşüncenin dini duyguların baskısı altında kalabileceğidir.[12]

3. İfade Özgürlüğü İle İnanç Özgürlüğü Arasında Kalan Devletlerin Geniş Takdir Yetkisi

Kararda, bir kimsenin düşünceyi açıklama özgürlüğü ile diğerlerinin inançları ve kamunun dinsel barış hakkı karşı karşıya geldiğinde Devletlerin nasıl bir tutum izleyeceği noktasında geniş bir takdir yetkisi olduğunun altı bir kez daha çizilmiştir. Esasen Mahkeme birçok kararında, dava edilen Devletin yerine geçmek gibi bir tutum sergileyemeyeceğini, sadece takdir marjı çerçevesinde yapılan bir

---

8 Ayrıca bkz. Wingrove v. U.K., ASS. NR.17419/90, 25.11.1996, § 48.

9 Kethüda, Enes, "İHAM Kararları Işığında İfade Özgürlüğü ile Dini Hislerin Korunması Hakkının Çatışması Sorunu", Anayasa Hukuku Dergisi, C. 8 S. 15, 2019, s. 137.

10 Aynı gerekçede emsal bir AİHM kararı Otto-preminger-Institut v. Austria, Başvuru. No. 13470/87, 20.09.1994, §§ 46-47.

11 Bu doğrultuda bir görüş ve tartışma için bkz, DİNÇER, Hülya, "Bir Suç Olarak Dine Hakaret, İfade Özgürlüğü Ve 'Dini His'lere Tanınan Koruma", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, Ocak-Şubat 2010, s. 1117.

12 Şirin, Tolga, İfade Özgürlüğü, Dinin ve Dini Duyguların Korunması Amacıyla Sınırlanabilir mi?, Anayasa Hukuku Dergisi, C. 5, S.10, 2016, s. 544.

müdahalenin Sözleşmenin 10/2 maddesine uygun olup olmadığını denetlemekten ibaret bir görevinin olduğunu belirtmiştir.[13]

Her ne kadar, bu takdir yetkisinin genişliği nedeniyle sosyolojik olarak baskın grupların özgürlüğün hacmini belirlemesi tehlikesi varsa da, dürüstçe uygulanması şartıyla takdir yetkisindeki bu genişliği ve dinamizmi olumlu bulduğumuzu ifade etmeliyiz. Çünkü bir ifadenin bir ülkedeki dini grupları ne derece tezyif edebileceği, konuşmanın provoke etme gücü ve dinsel huzur üzerindeki etkisi gibi hususlar en doğru şekilde o ülkenin kendi Devleti tarafından takdir edilebilir.[14] Aynı ifade bir ülkede tehlikeli olduğu kadar başka ülkede tehlikeli olmayabilir veya tam tersi. Kaldı ki, AİHM bu takdir yetkisini denetimsiz bırakmamakta, toplumsal ihtiyacın varlığını ve demokratik toplumda gerekli ve ölçülü olup olmadığını test etmeye devam etmektedir (p. 44 ve 49).

Örneğin, başvuru konusu sözlere benzer ifadelerin bir roman içerisinde geçtiği ve ceza mahkûmiyetine sebep olduğu *İ.A. v. Türkiye*[15] davasında da Mahkeme, Türkiye için "halkın büyük çoğunluğu Müslüman bir ülke" nitelemesinde bulunmuş ve böyle bir ülkede İslam'a saldırgan yaklaşımları cezalandırmanın sosyal bir ihtiyaca dayandığını tespit etmişti.[16] Elbette bu demek değildir ki, hâkim inancın hassasiyeti ve korunma eşiği daha fazladır. Sözleşmenin 9. maddesiyle ilan edilen inanç özgürlüğü, belli bir din veya ilahiyatı değil, dine ilişkin olumlu-olumsuz tüm inanç biçimlerini, ilgisizleri, şüphecileri, çok sınırlı bir grupça inanılan unsurları da kapsamaktadır *(Kokkinakis/Yunanistan, §*

---

[13] Örneğin bkz. Stomakhin v. Russia, Başvuru. No. 52273/07, 09.05.2018, § 90,91; Gra Stiftung Gegen Rassismus Und Antisemitismus v. Switzerland, Başvuru. No. 18597/13, 09.04.2018, § 52.

[14] Bu kapsamda Anayasa Mahkemesinin AİHM kararlarının izini sürüdüğü iki ayrı bireysel başvuru kararı hatırlanmalıdır. İhsan Taş (Başvuru No. 2014/11255, 21.11.2017) kararında, ilgilinin Facebook internet sitesinde müslümanlara yönelik tahkir edici sözleri için, *"dinî inanç sahiplerinin inançlarının eleştirilmesine belli ölçüde müsamaha gösterilmesi beklenebilirse de müslümanlar "uyduruk din", "müslümanlar maldır istisnası yoktur", "islam ilkel ve vahşi bir inançtır", "her müslüman potansiyel bir katildir" şeklindeki sözler nedeniyle kendilerini nahoş ve temelsiz saldırıların hedefinde hissedebilirler"* (p. 45) tespiti takdir marjı bakımından önemli bir veridir. Öte yandan Mehmet Emre Döker (Başvuru No. 2015/486, 19/9/2018) kararında başvurucunun Ekşi Sözlük adlı internet sitesinde İslam Peygamberi için kullandığı "mağaracı" tabirine ilişkin olarak Anayasa Mahkemesi, *"...ilk bakışta İslam dinine mensup kişiler açısından rahatsız edici bulunmuş olabilir. Bununla birlikte başvurucunun yorumu, içeriği ve bağlamıyla birlikte değerlendirildiğinde İslam peygamberi Hz. Muhammed'e yönelik temelsiz ve yakışıksız ifadeler içerdiği söylenemez."* (p. 54) değerlendirmesinde bulunarak kişilerin düşüncelerini açıklama hürriyeti ile başkalarının dini duyguları arasında denge gözetmeye devam etmiştir. Dolayısıyla bu konuda bir genelleme yapmak güçtür. Her halükarda somut olayın koşulları, bağlamı, sözün yeri ve etkisi takdir marjında olaydan olaya değişen bir rol oynayacaktır.

[15] Başvuru. no: 42571 / 98, 13.09.2005.

[16] Doğru Osman-Nalbant Atilla, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi-Açıklama ve Önemli Kararlar,* 2. Cilt, İstanbul 2013, s. 194.

31).[17] Dolayısıyla, hak ve özgürlüklerin korunması bakımından herhangi bir din lehine ayrımcılık yapılması hukuken mümkün değildir.

Çalışmamıza konu olayda da, bir ülkedeki yaygın dinsel inanç değil, azınlığa ait din mensuplarının duyguları korunmuştur. Bu korumanın önce bizzat Avusturya yargısı eliyle yapılması önemli bir noktadır.

Avusturya, 9 milyonluk nüfusu ile Avrupa'nın ortasında çeşitli kültürlere ve dinlere ev sahipliği yapan, kozmopolit başkent Viyana'nın ayakta tuttuğu, ekonomisi ve hukuku gelişmiş bir ülkedir.[18] Mensupları arasında göçmenlerin ağırlıkta olduğu etnik ve dini grupların birbirleriyle ya da bu gruplarla aslen Avusturyalı olanlar arasında gerilim ve kırılma yaşanmaması ihtiyacı bu ülkede aynı zamanda bir güvenlik konusudur. Bu nedenle Devlet; dinlere, mezheplere ve etnisiteye karşı hakaret söylemlerinin üzerine hassasiyetle gitmekte, belki başka bir Batı ülkesinde ifade özgürlüğü içerisine girebilecek söylemleri haklı olarak kışkırtıcı bulabilmektedir.

Nitekim bu olayda da; AİHM'in belirttiği geniş takdir yetkisi içinde savcılıktan yüksek mahkemeye kadar her aşamada Avusturya makamları, ifade özgürlüğünün sınırlarının aşıldığını düşünmüş, hatta gerçekte var olan başka bir özgürlüğe (dini inanç) saldırı olduğu kanaatine varmıştır. Dolayısıyla, Avusturya içerisinde İslam Peygamberine alenen çirkin isnatlarda bulunan bir kimse Avusturya Ceza Kanunu'nun 188. maddesini ihlal etmiş olacaktır. Bu husus; yukarıda çevirisini sunduğumuz AİHM kararıyla uygun bulunan ilk derece, istinaf ve yüksek mahkeme kararları ile sabittir.

4. Nefret Suçunun Gözden Uzak Tutulması

Dava konusu sözlerden dolayı başlangıçta nefret suçundan dava açılmış, yargılamada suç vasfı "dinsel öğretiye hakaret" olarak belirlenmiştir. Gerek ulusal mahkemeler, gerekse AİHM, gerekçelerini başkalarının dini duygularını koruma ve dinsel barışın muhafazası üzerine bina etmişlerdir. Bir dinin peygamberine çirkin ve asılsız iddialarla saldırmanın özünde nefret saikinin bulunması ihtimali üzerinde ulusal mahkemeler pek durmamıştır. Her ne kadar Savcılık, nefret suçu iddiasını yargılama esnasında geri çekmiş ise de, yargılamaya konu olmaya devam eden ifadelerin de bu açıdan vasıflandırılmaya müsait olduğu kanısındayız. Sonuçta ifade özgürlüğüne yapılan müdahale nefret suçu gerekçesiyle değil, dine hakaret fiiline dayanarak gerçekleştirilmiştir. AİHM de kanunla

---

[17] Başvuru. no. 14307/88 25.05.1993. https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-57827%22]}

[18] http://worldpopulationreview.com/countries/austria-population/ ve "Religions in Vienna in the Past, Present and Future" http://vidwirel.oeaw.ac.at/wp-content/uploads/2015/10/Wirel_KeyFindings_v2_20151019.pdf

öngörülme kıstasını yoklarken iç hukuktaki uygulamayı izleyerek, dine hakaret suçuna ilişkin kanun maddesinin varlığını baz almıştır. İfadenin kin ve nefrete tahrik etmesi, ifadenin yapıldığı yer (hedef kitlesi aşırı sağ parti seçmenleri), tahrik edici sözlerin etkisinin büyüme ihtimali gibi hususlar pek tartışılmamıştır.[19]

5. Aleniyet Unsurunun Tespiti

Mahkûmiyet kararına konu sözlerin umuma açık bir ortamda söylenmiş olması, ceza sorumluluğuna yol açan öğelerden biri olmuştur. Diğer deyişle, Avusturya Ceza Kanunu'nun aradığı aleniyet unsurunun bu olayda gerçekleştiğine hükmedilmesi mahkûmiyetin yolunu açmıştır. AİHM'in de ne kadar az kişi katılırsa katılsın, toplantının herkese açık olmasını ve herhangi bir kişinin konuşmaları kayda alıp yayma imkânının bulunmasını aleniyet için yeterli görmesi önemlidir (p. 51). Mahkeme *Otto Preminger v. Avusturya* davasında ortaya koyduğu bakış açısını devam ettirmektedir. O davada da karara konu olan film sadece 6 kez, biletli ve belli bir izleyici kitlesine ve 17 yaşından küçüklerin giremeyeceği bir sinema salonunda gösterilmesine rağmen, bu filmin önceden kamuya ilan edilmiş olması, aleniyet için başlı başına yeterli bir unsur olarak görülmüştü.[20]

6. Mahkemenin "Kamusal Tartışmaya Katkı" Arayışı

Karara göre, eğer ortada kamusal bir tartışmaya katkı olsaydı, bütün bu mülahazalara rağmen Müslümanların hazmetmesi, sineye çekmesi gereken bir durum ortaya çıkacaktı (p. 52 ve 57). Diğer bir anlatımla, sadece kamuyu ilgilendiren, ilgilendirmesinde yarar bulunan bir tartışmayı zenginleştirmesi halinde bu ifadeler Sözleşmenin 10. maddesindeki korumadan yararlanabilirdi. Kamusal tartışmaya katkı ölçütünün karşısında ise muhatabını değersizleştirme eylemi konumlandırılmıştır. Bunlar aynı zamanda, failin neyi hedeflediği sorusuna getirilen iki seçenektir. AİHM, kendisinin ortaya koyduğu bu iki şıktan 'değersizleştirme' sonucunu seçmiştir. Doğrusu, dini duygular ile ifade özgürlüğünün karşılaştığı davalarda, gerekçenin formülasyonunda yumuşak karnın burası olduğu düşüncesindeyiz. Zira Mahkeme, kamusal tartışmanın ne anlama geldiğini ve bu tartışmaya yapılabilecek katkının nasıl olursa ifade hürriyetinden yararlanacağını

---

[19] Nefret söylemleri bakımından ifade hürriyetinin tartışıldığı çalışmalar için bkz. Uygun Oktay, "Nefret İfadesi ve İfade Özgürlüğü", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, c. 5 sayı. 1, Ocak 2008; GÜL, Cengiz-ÇAKAN, Seher "AİHM Kararları Işığında Nefret, Şiddet Ve Müstehcen İçerikli Söylemler Bakımından İfade Özgürlüğünün Sınırlandırılması", ERÜHFD, C. XIII, S. 1, (2018); Küzeci, Elif, "AİHS'in 10. Maddesi Işığında Nefret İçerikli ve Irkçı Nitelikteki Düşünce Açıklamaları", TBB Dergisi, S. 71, Temmuz 2007.

[20] hhttp://www.ifadeozgurlugu.adalet.gov.tr/faaliyetler/6_8_mayis/aihm_yabanci/ottpermin.pdf ("Türkiye'de İfade ve Medya Özgürlüğü Projesi" internet sitesi)

da tayin etmiş olmaktadır.[21] Mahkemenin, kişisel değer yargılarının açıklanmasında kamu yararı görmeyen peşin hükmü kadar, özgür ve bilimsel bir tartışmanın kurallarını belirleyen bir aktöre dönüşmesi de liberal demokratik bir sistemi savunanları[22] kaygılandırabilecek bir yaklaşımdır.

Mahkeme, bu olayda İslam Peygamberine atfedilen eylemin ve bu eylemden yola çıkarak yapılan nitelemenin nesnel ve süregelen bir kamusal tartışma kapsamında olmadığı düşüncesiyle bir sonuca varmıştır. Nesnel ve kamusal bir tartışma olsaydı, Mahkemenin hakemliğe soyunmayacağı, ulusal mahkemelerin de bu noktada ifade özgürlüğünü tanıması gerekeceği sonucu çıkmaktadır. Dolayısıyla, geçmişteki bir olayın tarihsel bakımdan özgürce incelenebileceğini ve bu kapsamda yapılacak bir açıklamanın tüm rahatsız ediciliğine rağmen korunması gerektiğini içtihat etmiş olan AİHM (*Perinçek v. Türkiye).*[23] bu kez ortada tarihsel, bilimsel, kamusal, nesnel bir tartışmanın ve böylesi bir tartışmaya katkının bulunmadığını belirterek, başka bir açıdan aynı görüşleri devam ettirmiş olmaktadır.

7. AİHM, Özgürlükler Arasında Bir Denge Mi Kurmaktadır, Yoksa Bir Tercihte Mi Bulunmaktadır?

İç hukukta ve AİHM kararında, başvurucunun İslam Peygamberine çirkin isnatta bulunmasının Müslümanlar üzerinde meydana getirebileceği haklı öfke ve tepki üzerinde durulmuştur. Bir dini sırf reddetmenin, bir dinin akidelerine katılmadığını belirtmenin, bir ilahiyatı eleştirmenin ifade hürriyetine dâhil olduğu hususu da vurgulanmıştır (p. 42 ve 43).

Bu bağlamda *Aydın Tatlav v. Türkiye* kararını hatırlamanın yararlı olacağı düşüncesindeyiz. O davada Mahkeme, kitabında İslam'ın sömürüyü kolaylaştıran ilkel bir din, Kuran'ın yalan olduğunu, Allah'ın olmadığını söyleyen başvurucuya o zaman yürürlükte bulunan TCK kapsamında "dinlerden birini tahkir etmek amacıyla yayın yapmak" suçundan ceza verilmesinin Sözleşmenin 10. maddesini ihlal ettiği sonucuna varmıştı.[24] Çünkü AİHM'e göre dini eleştiren ve reddeden görüş başka; dine saldıran, dini aşağılayan görüş başkadır. Bu tespite katılmamak mümkün değil, ama neyin eleştiri neyin saldırı (hatta bu olaydaki gibi 'çirkin bir saldırı') olduğuna dair eşik nasıl konulmaktadır,

---

[21] Dinçer, s. 1225.

[22] Bu bakımdan örnek gösterilebilecek bir perspektif olarak; Erdoğan, Mustafa, "Demokratik Bir Toplumda İfade Özgürlüğü: Özgürlükçü Bir Perspektif", Liberal Düşünce Dergisi, Güz 2001, s. 8-13.

[23] Perinçek v Switzerland, Başvuru No 27510/08, 15.10.2015. Karara ilişkin ifade özgürlüğü bakımından bir inceleme için bkz. Deniz, "AİHM'in Perinçek Kararı: "Soykırım İnkârı"/İfade Özgürlüğü İkileminin Aşılabilirliği", TBB Dergisi, S. 127 (2016), s. 397-436.

[24] Başvuru No. 57/1996/676/866, 25.09.1997.

nasıl belirlenecektir? İnananların dini duygularının rahatsız veya tahrik edilmesi gibi ölçütler yeterli midir, daha doğrusu Sözleşmeye uygun mudur? Bu soruların herkes için yüzde yüz tatmin edici bir cevabını bulmak çok güçtür, zira bu mesele Mahkemenin de dediği gibi hassas bir tabiata sahiptir (p. 50).

İfade özgürlüğü; düşünme, konuşma ve açıklama gibi unsurları bünyesinde barındıran kapsayıcı bir kavram olarak tanımlanmaktadır.[25] Yani aslında Başvurucu, incitici, şok edici bir açıklamada bulunduğunu ama şiddete teşvik etmediğini, şiddeti övmediğini ve bu nedenle ifadesinde özgür olması gerektiğini düşünürken çok da haksız değildir. Doğrusu, ifade özgürlüğü, açıklanan görüş ve düşüncelerin muhtevasından bağımsız bir husustur. İlgili görüş ve düşüncenin muhtevası, bunun ifade edilebilme serbestisinden tümüyle ayrı bir konu niteliği taşımaktadır.[26] Sınırlamanın kabul edilebilirliği konusunda en önemli ve en orijinal kriter olan[27] ''demokratik bir toplumda'' dini duyguları inciten, rahatsız ve tahrik eden bir düşünce açıklamasını engellemek gerekli midir? Meşhur *Handyside v. Birleşik Krallık* kararında[28] ifade edilen *"İfade özgürlüğü, toplumun ilerlemesi ve her insanın gelişmesi için esaslı koşullardan biri olan demokratik toplumun ana temellerinden birini oluşturur. İfade özgürlüğü, 10. maddenin sınırları içinde, sadece lehte olduğu kabul edilen veya zararsız veya ilgilenmeye değmez görülen 'haber' ve 'düşünceler' için değil, ama ayrıca Devletin veya nüfusun bir bölümünün aleyhinde olan, onlara çarpıcı gelen, onları rahatsız eden haber ve düşünceler için de uygulanır. Bunlar, çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin gerekleridir; bunlar olmaksızın demokratik bir toplum olmaz"* [29] şeklindeki düşüncelerle ile karşılaştırdığımızda, dini duygulara karşı sarf edilen sözlerde Mahkemenin, AİHS'in öngördüğü soyut demokratik toplum tasarımından ziyade, Avrupa politik coğrafyasının mevcut demokratik toplum kurgusu içinden seslendiğini söylemek yanlış olmayacaktır.

Mahkeme, bu olayda -ifade edilen sözlerin çirkinliği nedeniyle- ifade özgürlüğünü, dini duyguların korunması karşısında artık biten bir hak olarak sunmaktadır. Aslında, el'an karşılaşmaya devam eden iki hak söz konusu olup; tüm mesele, iki temel özgürlüğün çelişen çıkarlarının karşılaştırılması, tartılması ve somut olaya göre birine üstünlük tanınması noktasında toplanmaktadır. Bir yanda bir kimsenin dini

---

[25] Tezcan, Durmuş / Erdem, Mustafa Ruhan / Sancakdar, Oğuz, *İnsan Hakları El Kitabı,* Seçkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 325.

[26] Arslan, Zühtü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Din Özgürlüğü,* Liberal Düşünce Topluluğu Yayınları, Ankara, 2005, s. 1-4.

[27] Özbey, Özcan, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında İfade Özgürlüğü Kısıtlamaları", sayı 106, Mayıs 2013, s. 54;

[28] Handyside v. Birleşik Krallık, 5493/72, 07/12/1976.

[29] Çeviri ve değerlendirme için bkz. Doğru, Osman, "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları", Beta Yayınları, İstanbul, 2002, s. 158-177.

doktrin hakkındaki *rahatsız edici* fikirlerini açıklama hakkı ve diğer yanda başkalarının dini duygularının korunması hakkı söz konusudur. Başkalarının dini duyguları ise din adına veya din için değil, kamu adına, kamu için korunmaktadır; kamunun huzur, esenlik ve barışı için. Bu karşılaşmada, toplumun genelinin huzur ve barışının kişilerin şok edici fikirleri söyleme özgürlüğünden daha önemli bulunmasını normal karşılıyoruz; yeter ki, bu sözlerin içerik, kasıt, aleniyet, kullanılan vasıta gibi unsurlar bakımından toplumsal barışı bozmaya elverişli etkide olduğu sabit olsun. Bu etkiyi değerlendirecek yargıçların kişisel inanışlarını ve hassasiyetlerini bir kenara koymalarının şart olması ise izahtan varestedir.

Son kertede, AİHM'in şok edici, kızdırıcı, rahatsız edici de olsa şiddeti teşvik, telkin, tebrik veya müdafaa etmeyen düşüncelerin özgürce ifade edilmesi yönündeki içtihatları dinsel alana ilişkin davalarda bir miktar geri çekilmekte (p. 51 ve 52), inananların dini duygularını rahatsız edici, onları öfkeye sevk edici nitelikteki sözler Sözleşmenin himayesi dışında değerlendirilmektedir. Yukarıda belirttiğimiz gibi, bu himayenin kapsama alanı olaydan olaya farklılık gösterebilecektir; daha doğrusu her devletin kendi siyasi, tarihi ve sosyolojik haritası doğrultusunda ülkeden ülkeye değişebilecektir. Lakin her durumda, dinsel alana dair bir görüş serdeden kişinin kasten yanıltma ve maniple etme hakkı yoktur (p. 48 ve 54).

SONUÇ

İncelediğimiz karara konu olayda Avusturya Devleti, 30 kişinin katıldığı bir seminerde İslam Peygamberine yöneltilen çirkin isnatları Müslümanların dini duygularını rencide edici ve ülkedeki dinsel huzuru bozucu nitelikte görmüş, aslen ve resmen kendi vatandaşı olan bir kimseyi bu nedenle yargılayarak adli para cezasına mahkûm etmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de, Sözleşme bakımından bu cezayı orantılı, gerekçeleri yerinde ve amacı meşru bulmuştur.

AİHM kararı kadar, Avrupa'da ırkçı düşüncelerin politik arenada giderek daha çok yankı bulduğu bir konjonktürde, azınlık dininin korunmasını sağlayan ulusal mahkeme kararları da önemlidir. İlk derece ve kanun yolu mahkemeleri, egemen ideolojik kodlarla hareket etmemiş; AİHM içtihatlarının işaret ettiği geniş takdir yetkisi çerçevesinde, İslami inanç sahiplerinin duygularına yapılan gerçek dışı ve aşağılayıcı bir sözlü saldırıyı ifade hürriyetinden ihraç etmiştir. Bu durum, bu bağlamda hep söylenegelen azınlık inançlarının daha güçlü korunması gereğine ve dileğine de uygundur.

Mahkemenin oy birliği ile aldığı ve benzer olaylardaki içtihatlarının derinleşerek devamı niteliğindeki bu karar; aleniyet unsuru, takdir yetkisi ve "başkalarının hakları"ndan biri olarak dini duyguların korunması hakkı bağlamında sıkça başvurulacak kararlardan biri olacaktır. Öte yandan, şiddete sevk veya teşvik etmediği sürece düşünceyi açıklama hürriyetinin hiçbir şartla sınırlanmaması gerektiğini

savunan liberal hukuk teorisi için ise büyük bir ihtimalle bu karar AİHM'in hayal kırıklığı yaratan kararlarından biri olarak anılacaktır. Her durumda, ayrımcılık ve dinsel hoşgörüsüzlüğün tırmandığı günümüz Avrupa'sının çetin politik ve hukuki şartları altında ortaya çıkan "E.S. v. Avusturya" davası, düşünceyi açıklama özgürlüğünün sınırları sadedinde çok yönlü bir düşünme imkânı vaat etmektedir.

KAYNAKÇA

AKÇAY, Deniz, "AİHM'İn Perinçek Kararı: "Soykırım İnkârı"/İfade Özgürlüğü İkileminin Aşılabilirliği", TBB Dergisi, Sayı 127, 2016.

ARSLAN, Zühtü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Din Özgürlüğü, Liberal Düşünce Topluluğu Yayınları, Ankara, 2005.

DİNÇER, Hülya, "Bir Suç Olarak Dine Hakaret, İfade Özgürlüğü Ve 'Dini His'lere Tanınan Koruma", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, Ocak-Şubat 2010.

DOĞRU, Osman, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları, Beta Yayınları, İstanbul, 2002.

DOĞRU Osman – NALBANT Atilla, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi-Açıklama ve Önemli Kararlar, 2. Cilt, İstanbul 2013.

ERDOĞAN, Mustafa, "Demokratik Bir Toplumda İfade Özgürlüğü: Özgürlükçü Bir Perspektif", Liberal Düşünce Dergisi, Güz 2001.

GÖZÜBÜYÜK, Abdullah – GÖLCÜKLÜ, Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 4. Bası, Ankara 2003.

GÜL, Cengiz – ÇAKAN, Seher "AİHM Kararları Işığında Nefret, Şiddet Ve Müstehcen İçerikli Söylemler Bakımından İfade Özgürlüğünün Sınırlandırılması", ERÜHFD, C. XIII, S. 1, (2018).

KETHÜDA, Enes, "İHAM Kararları Işığında İfade Özgürlüğü ile Dini Hislerin Korunması Hakkının Çatışması Sorunu", Anayasa Hukuku Dergisi, C. 8 S. 15, 2019.

KÜZECİ, Elif, "AİHS'in 10. Maddesi Işığında Nefret İçerikli ve Irkçı Nitelikteki Düşünce Açıklamaları", TBB Dergisi, S. 71, Temmuz 2007.

ÖZBEY, Özcan, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında İfade Özgürlüğü Kısıtlamaları", sayı 106, Mayıs 2013.

ÖZTÜRK, Bahri: "Avusturya Ceza Muhakemesinde İstinaf", Adalet Dergisi, Ocak 2000,S. 2.

ŞİRİN, Tolga, İfade Özgürlüğü, Dinin ve Dini Duyguların Korunması Amacıyla Sınırlanabilir mi?, Anayasa Hukuku Dergisi, C. 5, S.10, 2016.

TEZCAN, Durmuş / Erdem, Mustafa Ruhan ERDEM / SANCAKDAR, Oğuz, İnsan Hakları El Kitabı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 325.

UYGUN Oktay, "Nefret İfadesi ve İfade Özgürlüğü", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, c. 5 sayı. 1, Ocak 2008.

İnternet Siteleri

http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-187188

https://www.kararara.com/forum/viewtopic.php?f=79&t=18545

https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-57827%22]}

http://www.ifadeozgurlugu.adalet.gov.tr/faaliyetler/6_8_mayis/aihm_yabanci/ottpermin.pdf

http://worldpopulationreview.com/countries/austria-population/

http://vidwirel.oeaw.ac.at/wp-content/uploads/2015/10/Wirel_KeyFindings_v2_20151019.pdf

Kararlar

- Aydın Tatlav v. Türkiye, Başvuru No. 57/1996/676/866, 25.09.1997.
- Campbell and Cosans v. U.K., Başvuru. No.7511/76, 25.02.1982.
- Gra Stiftung Gegen Rassismus Und Antisemitismus v. Switzerland, Başvuru. No. 18597/13, 09.04.2018.
- Gündüz v. Türkiye, Başvuru. No. 35071/97, 04.12.2003.
- Handyside v. Birleşik Krallık, Başvuru. No. 5493/72, 07/12/1976.
- İ.A. v. Türkiye, Başvuru no: 42571 / 98, 13.09.2005.
- İhsan Taş Başvurusu, AYM Başvuru No. 2014/11255, 21.11.2017.
- Kokkinakis v. Yunanistan, Başvuru. No. 14307/88 25.05.1993.
- Mehmet Emre Döker Başvurusu, AYM Başvuru No. 2015/486, 19/9/2018.
- Otto-preminger-Institut v. Austria, Başvuru. No. 13470/87, 20.09.1994.
- Perinçek v Switzerland, Başvuru No 27510/08, 15.10.2015.
- Stomakhin v. Russia, Başvuru. No. 52273/07, 09.05.2018.
- Wingrove v. U.K., ASS. NR.17419/90, 25.11.1996.

5846 SAYILI FİKİR VE SANAT ESERLERİ KANUNU'NUN (FSEK) 81. MADDESİNDE DÜZENLENEN BANDROL YÜKÜMLÜLÜĞÜNE RİAYET ETMEME SUÇLARI

The Crimes of Bandrol Liability Regulated in Article 81 of the Law of Idea and Artwork NO: 5846 (FSEK)

Muhammed Taha BÜYÜKTAVŞAN*

Özet: Matbaanın icadıyla birlikte, eserlerin çoğaltılması süreci başlamış; özellikle son yüzyılda baskı teknolojilerinde görülen kayda değer gelişmeler sayesinde eserler, çok hızlı ve fazla sayıda çoğaltılabilir hale gelmiştir. Bir yönüyle entelektüel dünya açısından kayda değer olan bu süreç beraberinde *"fikir ve sanat eserlerinin hukuka aykırı bir şekilde çoğaltılıp nüshalarının tedavüle çıkarılması"* şeklinde eser sahiplerinin aleyhine olacak birtakım olumsuzluklara da yol açmıştır. Tamda bu noktada kanun koyucu, eser nüshalarının kayıt altına alınmak suretiyle piyasaya sürülmesini, her bir nüshanın da söz konusu bu kayıt sistemine dâhil edilip edilmediğinin fark edilmesini sağlamak amacıyla bir güvenlik etiketi olarak bandrol uygulaması yöntemini benimsemiştir. Söz konusu bu uygulama ile birlikte, eserin kaç adet basıldığı bilinerek tedavül süreci kontrol altında tutulmakta, kaçak ve izinsiz basımlar tespit edilmek suretiyle korsan eser basımı önlenebilmektedir. Bu haliyle bandrol uygulaması, korsanla mücadele mekanizmasının en önemli parçasını teşkil ettiğinden üzerinde önemle durulması gerekmektedir

Anahtar Kelimeler: Eser, fikri mülkiyet, korsanla mücadele, korsan eser, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu, bandrol, bandrol suçları.

Abstract: After the invention of the printing press, works started to be copied; especially, thanks to the remarkable developments in the press technology in the last century, works could be copied very rapidly and in great numbers. This process was remarkable for the entellectual world; on the other hand, it brought along some negativities against the work owners such as "unlawfully copying and issuing intellectual and artistic works". At this point, law-makers adopted the practice of banderole as a security label in order to ensure that copies of works are recorded before introduced into the market and every copy is included into the recording system. Thanks to this practice, the issuing process is kept under control as the number of the copies are known; and illegal prints are prevented through establishing unauthorized prints. As this practice of banderole is the most important part of the fight mechanism against illegal printers, great emphasis must be put on it.

Keywords: Work, intellectual property, fight against illegal printers, illegally printed works, Law of Intellectual Property Rights, banderole, banderole offences.

* Tetkik Hâkimi, Adalet Bakanlığı İnsan Hakları Dairesi Başkanlığı
ab122562@adalet.gov.tr, ORCID: 0000-0002-3095-3035
Makale Geliş Tarihi: 01.10.2020, Makale Kabul Tarihi: 15.11.2020

GİRİŞ

İnsanoğlu, Yaratıcının bahşettiği akıl nimeti ve hayal gücünün bir araya gelmesiyle çok zengin bir düşünme ve üretme yeteneğine sahip olmuş; söz konusu bu üstün meziyeti sayesinde geçmişten günümüze insanlığa faydalı sayısız eserler üreterek başta kültür, sanat olmak üzere bilim ve tekniğin gelişmesine eşsiz bir katkı sağlamıştır. Hiç kuşkusuz bu süreç, insanoğlu var olduğu müddetçe de devam edecektir.

Matbaanın icadıyla birlikte, eserlerin çoğaltılması süreci başlamış; özellikle son yüzyılda baskı teknolojilerinde görülen kayda değer gelişmeler sayesinde eserler, çok hızlı ve fazla sayıda çoğaltılabilir hale gelmiştir. Bir yönüyle entelektüel dünya açısından müspet olan bu süreç beraberinde *"fikir ve sanat eserlerinin hukuka aykırı bir şekilde çoğaltılıp nüshalarının tedavüle çıkarılması"* şeklinde eser sahiplerinin aleyhine olacak birtakım olumsuzluklara da yol açmıştır.

Tamda bu noktada iç hukukumuzda kanun koyucu tarafından, eser nüshalarının kayıt altına alınmak suretiyle piyasaya sürülmesini, her bir nüshanın da söz konusu bu kayıt sistemine dâhil edilip edilmediğinin fark edilmesini sağlamak amacıyla bir güvenlik etiketi olarak bandrol uygulaması yöntemi benimsenmiştir. Söz konusu bu uygulama ile birlikte, eser nüshalarının kaç adet basıldığı bilinerek tedavül süreci kontrol altında tutulmakta, kaçak ve izinsiz basımlar tespit edilmek suretiyle de korsan eser basımı önlenebilmektedir. Bu haliyle bandrol uygulaması, korsanla mücadele mekanizmasının en önemli parçasını teşkil ettiğinden üzerinde önemle durulması gerekmektedir.

Bu maksatla okumakta olduğunuz makalede öncelikle, bir güvenlik etiketi olarak bandrol uygulaması başlığı altında, fikri mülkiyet kavramı ve tarihsel gelişimi, korsanla mücadele, eser kavramı, 5846 sayılı ve 1951 tarihli Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda (FSEK) düzenlenen fikir ve sanat eserleri türleri ile bandrol ve korsan eser kavramları açıklanmaya çalışılacaktır.

Makalemizde devamla, FSEK m. 81'de düzenlenen ve çalışmamızın esasını oluşturan bandrol yükümlülüğüne riayet etmeme suçları, suçun unsurları esas alınmak suretiyle ayrıntılı bir şekilde incelenecek; bu süreçte sorunlu alanlarla ilgili çözüm önerilerine yer verilecek ve son olarak da suçun özel görünüş biçimleri ile bu suçla ilgili ceza ve ceza usul hukukunun kimi düzenlemelerine değinilmek suretiyle çalışmamız nihâyete erdirilecektir.

I.BİR GÜVENLİK ETİKETİ OLARAK BANDROL UYGULAMASI

A. GENEL OLARAK

1. Tarihsel Gelişim

Eser sahibinin eseri üzerinde haklarını ileri sürebileceği ve korunmasını talep edebileceği telif hakkı, gayri maddi haklar arasında yer almaktadır. *"Bir şeyin aslına sahip olan ona da sahip olur"* prensibinin hüküm sürdüğü ilk ve orta çağlarda telif hakkı kavramı üzerinde durulmazken; özellikle matbaanın icadıyla birlikte eserlerin çoğaltılması söz konusu olmuş, bu durumun doğal bir sonucu olarak da *"kişinin her türlü fikri emeği ile meydana getirdiği ürünler üzerinde hukuken sağlanan haklar"* olarak tanımlanan telif hakkı bağlamında eser sahibinin haklarının korunması konusunda yasal düzenlemelere gereksinim duyulmuştur.[1]

Bu anlamda, 1709'da İngiliz Parlamentosu tarafından kabul edilen ve telif hakkını yayınevinden alarak eser sahibine iade etmek suretiyle eser sahiplerine koruma sağlayan ilk kanun olarak Kraliçe Anne Kanunu *(The Statute of Anne)*, küresel çerçevede telif hakları alanında önemli bir yere sahiptir.[2] Söz konusu bu kanunu, 1791'de yayımlanan, eser sahibinin haklarını temel alan ilk yasa olan ve eser sahibine eseri üzerinde on yıllık koruma sağlamak suretiyle süreye bağlayan Fransız Telif Hakları Kanunu *(droit d'auteur)* takip etmiştir.[3]

Hiç kuşkusuz, bilim ve teknolojide çığır açan ve küresel ekonomi politikalarına yön veren 1839 tarihli Sanayi Devrimi, başta telif hakkı olmak üzere geniş anlamda fikri mülkiyet hakları içerisinde yer alan marka, patent ve endüstriyel tasarım gibi sınai hakların da modern anlamda doğumuna yol açmıştır.[4] Burada özellikle, eserlerin eser sahiplerinin büyük uğraşları sonucunda ortaya çıkarılması ve yoğun bir emek ve zihinsel çaba ürünü olmaları nedeniyle telif hakları ya da diğer fikri hakların hukuki düzenlemelerle korunmasına yönelik gelişmeler bakımından, düşünce, düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünün başat bir rol üstlendiğini belirtmek gerekmektedir.[5] Bu anlamda demokratik toplumlarda, söz konusu bu özgürlükler sayesinde bireyler daha çok ve daha özgün bilimsel ve edebi eserler üretebilmekte; bu durumun bir sonucu olarak da bu tür toplumlar kültürel ve bilimsel

---

1 Turan, Metin / Yılmaz, Bülent, "Türkiye'de Telif Hakları İhlâlleri: Yargıtay Kararları Çerçevesinde Bir Değerlendirme", Bilgi Dünyası, 2014, 15 (1), s. 56. http://www.bby.hacettepe.edu.tr/yayinlar/dosyalar/396-1101-1-PB.pdf. İnternet Erişim Tarihi (İET): 25 Kasım 2016.

2 Turan / Yılmaz, 2014, s. 56.

3 Turan / Yılmaz, 2014, s. 56.

4 Karahan, Sami / Suluk, Cahit / Saraç, Tahir v.d., *Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2015, Gözden Geçirilmiş 4. Baskı, s. 27.

5 Turan / Yılmaz, 2014, s. 57.

gelişmişlik bakımından diğer toplumlara nazaran daha fazla ilerleme kaydetmektedirler. Bu nedenle demokratik toplumların anayasaları[6] ile insan haklarına ilişkin uluslararası metinlerde,[7] düşünce, düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünün yazılı olarak güvence altına alındığı gözlemlenmektedir.

Bu bakımdan, başta insan hayatına anlam katan ve yaşamı değerli kılan eserler olmak üzere buluşlar ile sanat eserleri gibi yaratıcı düşünce ürünlerinin yeterince korunamadığı bir toplumda gelişme kaydedilmesi mümkün ol(a)mayacağından, yaratıcı düşünce ürünlerinin her türlü müdahaleye karşı korunmasını sağlamak, dikkatle izlenmesi gereken bir devlet politikası olarak benimsenmeli; söz konusu politika yasal ve uygulanabilir kurallar öngörülmek suretiyle kamu makamlarınca yerine getirilmelidir.

Telif hakkı ile ilgili uluslararası alanda meydana gelen gelişmelere değindikten sonra, konunun daha iyi anlaşılabilmesi bakımından ülkemizdeki fikri mülkiyet alanında meydana gelen gelişmelere de değinmek faydalı olacaktır.

Matbaanın icadı ile birlikte Osmanlı İmparatorluğu döneminde, İbrahim Müteferrika'nın kitap basımına başlaması (1727) fikri mülkiyet alanında bir milât olarak kabul edilmiş; eser sahibinin hakları bakımından eser sahiplerine telif hakkı tanınması konusunda başlangıç olarak kabul edilen ilk belge, 1850 tarihli Encümen-i Daniş Nizamnamesi olmuştur.[8] Bununla birlikte, Osmanlı İmparatorluğu döneminde, basılan eser nüshaları tükeninceye kadar basımcıya eser üzerinde zilyetlik hakkı *(elinde bulundurma)*, eser sahibine de yaşam boyu imtiyaz tanıyan telif hakkıyla ilgili gerçek anlamda ilk hukuki düzenleme olarak 1857 tarihli Telif Nizamnamesi (Nizamname) kabul edilmektedir.[9] Nizamnamenin ardından, gerçek anlamda ilk fikir ve sanat eserleri kanunu olarak kabul edilen, Türk kültür ve sanat yaşamına yön verecek bir kanun olarak yürürlüğe konulan ve 14. maddesiyle çevirinin bütünüyle serbest bırakıldığı 8 Mayıs 1910 tarihli "Hakk-ı Telif Kanunu (Kanun)" yürürlüğe

---

[6] 1982 Anayasası'nın "Kişinin Hakları ve Ödevleri" başlıklı ikinci bölümünün 25. maddesinde, düşünce ve kanaat hürriyeti; 26. maddesinde, düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti; 27. maddesinde, bilim ve sanat hürriyeti; 28. maddesinde ise, basın hürriyeti düzenlenmek suretiyle ifade özgürlüğü ile fikri mülkiyet konusunda bireylere güvenceler sağlanmıştır.

[7] 1948 tarihli Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 27. maddesi ile İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunması İçin Avrupa Sözleşmesi'nin *(The European Convention for he Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms)* 10. maddesi ifade özgürlüğü ile telif, fikri haklar konusundaki temel uluslararası düzenlemeler olarak karşımıza çıkmakta; aynı zamanda da iç hukukumuzdaki fikri haklar ile ilgili düzenlemelere de referans teşkil etmektedirler.

[8] Turan / Yılmaz, 2014, s. 58-59.

[9] Ayrıntılı bilgi için bkz. http://www.telifhaklari.gov.tr/Telif-Hakki-Nedir. İET: 29 Eylül 2020; Turan / Yılmaz, 2014, s. 59.

girmiş; FSEK'in[10] yürürlüğe girdiği 1 Ocak 1952 tarihine kadar da uygulama olanağı bulmuştur.[11]

Türkiye'nin 1886 tarihli Bern Sözleşmesi'nin 1948 tarihli tadil edilmiş metnine katılmasıyla birlikte[12], yeni bir fikir ve sanat eserleri kanununa ihtiyaç duyulmuş; 1910 tarihli Kanun'un yerine Ernst Hirsch'in[13] hazırladığı FSEK 1 Ocak 1952 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Günümüze kadar da değişik zamanlarda, Türkiye'nin imzaladığı ve taraf olduğu uluslararası antlaşmalar ile Avrupa Birliği (AB) direktifleriyle uyumlaştırma çalışmalarının etkisiyle FSEK, çeşitli değişikliklere uğramıştır. Bu anlamda ilk kez, 2936 sayılı Kanunla 1983 yılında değişikliğe gidilen FSEK, sırasıyla 1995[14], 2001, 2004[15], 2005, 2007, 2008 ve son olarak 2012 tarihinde 6279 sayılı Kanun ile Ek 5. ve 10. maddelerde değişiklikler yapılmak suretiyle güncel hâlini almıştır. Öte yandan, AB Direktiflerine uyum amaçlı olarak FSEK'de birtakım değişikliklerin öngörüldüğü, kamuoyunda *"Telif Hakları Yasası"* olarak bilinen kanun tasarısı kamuoyunda tartışmaya açılmakla ve 3 Mayıs 2018 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne sunulmakla birlikte tasarı henüz yasalaşmamıştır.[16] Son olarak belirtmek gerekirse Avrupa

---

[10] FSEK, 5 Aralık 1951 tarihinde kabul edilmiş; 13 Aralık 1951 tarihli 7981 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır. FSEK'in 1. maddesinde kanunun amacının öz itibariyle, fikir ve sanat eserlerini meydana getiren eser sahiplerinin ürünleri üzerindeki manevi ve mali haklarını belirlemek, korumak, bu ürünlerden yararlanma şartlarını düzenlemek, usulsüz yararlanma halinde de yaptırımları tespit etmek olduğu ifade edilmiştir.

[11] Ayrıntılı bilgi için bkz. http://www.telifhaklari.gov.tr/Telif-Hakki-Nedir. İET: 29 Eylül 2020; Turan / Yılmaz, 2014, s. 59.

[12] Ülkemiz, ilk olarak 1 Ocak 1952 tarihinde, Bern Sözleşmesi'nin 1948 yılında tadil edilmiş metnine katılmış;12 Temmuz 1995 tarih ve 22341 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 07 Temmuz 1995 tarih ve 4117 sayılı *"Edebiyat ve Sanat Eserlerinin Korunmasına İlişkin Bern Sözleşmesinde Değişiklik Yapan ve 1979'da Tadil Edilen Paris Metnine Katılmamızın Onaylanmasının Uygun Bulunduğu Hakkında Kanun"* ile de Bern Sözleşmesi'nin en son haline taraf olmuştur. Bkz. https://www.telifhaklari.gov.tr/Edebiyat-Ve-Sanat-Eserlerinin-Korunmasina-Iliskin-Bern-Sozlesmesi. İET: 20 Kasım 2020.

[13] Ernst Eduard Hirsch (20 Ocak 1902, Friedberg (Hessen) – 29 Mart 1985, Königsfeld im Schwarzwald), Alman-Türk hukuk profesörüdür. Ankara Üniversitesi ve İstanbul Üniversitesi'nde yirmi yıl ders vermiştir. Hirsch, Türk hükümetine çeşitli konularda danışmanlıklar yapmış ve bazı kanunların hazırlanmasında öncülük etmiştir. Almanya'da Mart 1933 yılında Yahudi kökenli olması nedeniyle üniversitedeki görevinden dolayı aynı yıl Türkiye'ye iltica etti. Hirsch, bilimsel anlamda, Türk hukukunun her alanında önemli etkinliklerde bulunmuş, pek çok yasanın kodifikatörü olmuştur.
Bkz. https://tr.wikipedia.org/wiki/Ernst_E._Hirsch. İET: 29 Eylül 2020.

[14] FSEK'teki 1995 değişiklikleri, Türkiye-AB Gümrük Birliği mevzuat uyum çalışmaları çerçevesinde yapılmıştır.

[15] 2004 yılında, FSEK'te kamuoyunda *"korsanla mücadele kanunu"* olarak bilinen 5101 sayılı kanunla birtakım değişiklikler yapılmıştır.

[16] Kanun tasarısı ile ilgili bir değerlendirme çalışması için bkz. Küçükali, Canan, "5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Tasarısı Üzerine Bir Değerlendirme", Terazi Hukuk Dergisi, Cilt. 12, Sayı: 135, Kasım 2017, s. 82-86. Ayrıca bkz.

Parlamentosu ile AB Konseyi'nin dijital çağa ayak uydurmak amacıyla 2016'da hazırlıklarına başladığı *"Dijital Tek Pazarda Telif Hakkı Direktifi"*, 7 Haziran 2019 itibariyle yürürlüğe girmiştir.[17]

2. Korsanla Mücadele

Emek yoğun teknolojiden bilgi yoğun teknolojiye geçiş ile birlikte insanlık için kayda değer bilimsel ve teknolojik ilerlemeler yaşanmış, bilgi bu süreçte önemli bir güç haline gelmiştir. Söz konusu ilerlemeler ile bilginin, ekonomide bu denli önemli hale gelmesi başta fikir ve sanat eserleri olmak üzere patent, marka ve endüstriyel tasarım gibi fikri mülkiyet haklarının hukuken korunmasını zorunlu hale getirmiştir.[18]

Fikir ve sanat eserleri (kitap, bilgisayar programları, CD, DVD vs. şeklinde somutlaşan) gibi fikri mülkiyet haklarının dünya ticaretinde kayda değer bir paya ulaşması, başta suç örgütleri mensupları olmak üzere bir takım kötü niyetli kişilerce korsanlık faaliyetleri (korsanlık), iyi bir gelir getirici faaliyet olarak görülmeye başlanmış; çoğaltma tekniklerindeki kayda değer gelişmelerin de etkisiyle korsanlık ivme kazanmış; tüm bunların sonucu olarak da bilgisayar programları, CD ve DVD'ler gibi fikri ürünlerde korsan ürünlerin sayısı orijinal ürünlerin sayısından fazla hale gelmiştir.[19]

Konunun daha iyi anlaşılabilmesi bakımından *"korsan"* kelimesinin ne anlama geldiğinin ortaya konulması gerekmektedir. Korsan, *"izinsiz ve yasalara aykırı şekilde bir hakkı kullanan"* kimse[20] olarak tanımlanmaktadır. *"Başkalarının haklarını zor kullanarak alan kişileri"* tarif etmek için kullanılan bu kavram aynı zamanda *"telif hakları ödenmemiş kitap, film ve müzik gibi görsel ve işitsel eser nüshalarının çoğaltılması"* anlamına da gelmektedir.[21]

---

https://www.telifhaklari.gov.tr/haber/5846-sayili-Fikir-ve-Sanat-Eserleri-Kanununda-Degisiklik-Yapilmasina-Iliskin-Kanun-Tasarisi-Taslagi. İET: 29 Eylül 2020.

17 Direktifin *(Directive (EU) 2019/790 of the European Parliament and of the Council of 17 April 2019 on copyright and related rights in the Digital Single Market)* İngilizce tam metni için bkz. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32019L0790. İET: 29 Eylül 2020.

18 Suluk, Cahit, "Korsanlıkla Mücadele ve Matbaa Sektörü", II. Uluslararası Katılımlı Kâğıt - Karton, Mürekkep, Matbaa Sempozyumu, Bildiriler Cilt II, İzmir, 2-5 Aralık 2004, s. 159. http://www.fikrimulkiyet.com/files/Content/87_16_TYH9e.pdf. İET: 14 Eylül 2020.

19 Suluk, 2004, s. 159.

20 Yılmaz, Ejder, *Hukuk Sözlüğü (Öğrenciler İçin)*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003, Birinci Baskı, s. 398.

21 Türk Dil Kurumu'nun online (çevrimiçi) Güncel Türkçe Sözlüğünden alıntı yapılmıştır.
Bkz. https://sozluk.gov.tr/ . İET: 29 Eylül 2020. Ülkemiz yakın tarihe kadar korsanlık konusunda dünya genelinde olumsuz bir üne sahip bulunmaktaydı. Şöyle ki, Ülkemiz Avrupa genelinde kitap CD, DVD şeklinde piyasaya sürülen korsan ürünlerin üretim üssü haline gelmişti. Bu durumun önüne geçilebilmesi için Yasama organınca 2004

5101 sayılı Kanun'la FSEK'te önemli değişiklikler yapılmış, yasanın etkin bir şekilde uygulanmasıyla birlikte korsan eserlerin çoğaltılması ve satışında önemli ölçüde azalma meydana gelmiş, tüm bunların bir sonucu olarak da korsanla mücadelede önemli bir mesafe kaydedilmiştir. Hiç kuşkusuz mücadelenin başarılı olabilmesi için mücadelenin sürekli ve kurumsal düzeyde yapılması gerekmektedir. Mücadelenin başarıya ulaşmasında başta eser sahipleri olmak üzere yayınevleri ile devletin de menfaati bulunmaktadır.[22] Zira eserlerin bandrollü bir şekilde basılması diğer bir deyişle korsan basımların önüne geçilmesi ile elde edilecek gelirler kayıt altına alınacak, böylelikle devletin her yıl yüksek rakamlarla ifade edilecek vergi kaybının (maddi zarar) önüne geçilmiş olunacaktır. Benzer şekilde, bandrollü kitap, CD, DVD almayı tercih eden okuyucular ile izleyiciler sayesinde yayınevleri ile dağıtıcılar, korsan çoğaltım nedeniyle oluşabilecek muhtemel zararlarını fiyatlara yansıtmayacak; böylelikle eser sahipleri, yayınevleri, dağıtıcılar ile Devletin yanı sıra okuyucular gibi fikir ve sanat eserlerinin nihai tüketicileri de bu süreçte kazançlı çıkanlar arasında yer alacaklardır.

3. Fikri Mülkiyet Kavramı

İnsanoğlunun zihinsel aktivitesi sonucu oluşan fikri emek mahsullerinin mali ve manevi boyutlarına değer biçen özel bir hukuki statüye taşınmaları ile bunların doğası gereği klasik mülkiyet hukukundan farklı olarak özellikli bir mülkiyet rejimine konu edilmeleri zorunluluğu, hukuk sisteminde *"fikri ve sınai haklar"* olarak tarif edilen bir hukuk disiplininin ortaya çıkmasına yol açmıştır.[23]

Esas itibariyle doktrinde üst bir kavram olarak kullanılagelen *"fikri ve sınai haklar, fikri hukuk, fikri haklar, entelektüel ya da fikri mülkiyet hakları"* [24] günümüzde bir üretim faktörü olarak telakki edilen bilgi ve bu bilgiye

---

yılında 5101 sayılı Yasa kabul edilmiş; yasada birtakım boşlukların bulunmasına rağmen, mezkûr yasanın etkin bir şekilde uygulanması sonucunda bugün korsan ürünlerin üretimi ve satışı önemli ölçüde engellenmiştir. Bkz. Suluk, 2004, s. 160.

[22] Suluk'a göre, 5101 sayılı Yasa üç temel amacı gerçekleştirmek üzere çıkartılmıştır. Bunlar: *"i) Korsanlıkla Mücadele, ii) AB mevzuatıyla uyum, iii) Hak sahiplerini temsil eden meslek birlikleri ile eserleri kullanıcı konumundaki umuma açık yerler ile Radyo-TV kuruluşları arasındaki telif barışının sağlanması."* dır. Yazar, yeni yasada *"korsanlık"* kavramının tanımına yer verilmemesini büyük bir eksiklik olarak değerlendirmektedir. Kavramın tanımlanması ile korumanın kapsam ve sınırının tayini bakımından ileri bir adım atılmış olunacak, böylece başta hak sahipleri olmak üzere kullanıcıların da güvenli bir ortama kavuşması sağlanmış olunacaktır. Bkz. Suluk, 2004, s. 164.

[23] Turan, H. Selcen, *Fikir ve Sanat Eserlerinin Cezai Himayesi*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2012, Birinci Baskı, s. 15.

[24] Karahan / Suluk / Saraç v.d.,, 2015, s.1; Muşlu, Deniz "Fikir ve Sanat Eseri Düzenlemelerinde Eser Kavramı", İstanbul Barosu Dergisi, Cilt: 81, Sayı. 1, 2007, s. 95. http://www.istanbulbarosu.org.tr/yayinlar/BaroDergileri/ibd/20071/ibd2007118.pdf. İET: 25 Kasım 2016. Yazar'a göre fikri mülkiyet hakları iki ana kategoriye ayrılmaktadır: i) Fikir ve sanat eserleri üzerindeki haklar (telif hakları), ii) Gayri maddi

dayalı ekonomik faaliyetler ile beraber anılan telif hakları ile sınai mülkiyet haklarını da kapsamına almaktadır.[25] Doktrinde *"fikri mülkiyet"* kavramının geniş ve dar olmak üzere iki şekilde tanımlandığı görülmektedir. Geniş anlamıyla fikri mülkiyet *(intellectual property)* hukuku, patent, endüstriyel tasarım, ticaret unvanı, marka, fikir ve sanat eseri, faydalı model, yeni bitki çeşitleri, gen teknolojisi, biyoteknoloji, alan adları, know-how, coğrafi ad, bilgisayar programları, veri tabanları, çipler ile entegre devrelerin yerleşimini ifade etmektedir.[26] Dar anlamda fikri mülkiyet kavramı ise, başta bilim ve edebiyat eserleri olmak üzere sinema, güzel sanat eserleri, bilgisayar programları ile veri tabanları üzerindeki hakları diğer bir ifadeyle telif haklarına *(copyrights)* karşılık gelmektedir.[27]

Çalışmamız bakımından bir değerlendirmede bulunmak gerekirse, FSEK ile düzenlenen ve koruma altına alınan haklar, fikir ve sanat eserleri üzerindeki haklar olduğundan, bunları ifade etmek üzere dar anlamda fikri mülkiyet kavramının tercih edilmesi ile bu anlamda *"telif hakkı"* ifadesini kullanmanın daha doğru bir yaklaşım olduğunu ifade etmek isteriz. Nitekim, zihinsel çaba sonucunda fikri emek vermek suretiyle oluşan ürünlerin, fikri hak ya da sınai hak şeklinde ayrıma tabi

---

malvarlıkları için sınai mülkiyet hakları. Maddi varlığının bulunmaması, somutlaştığı eşyadan farklı ve süreyle sınırlı olması gibi özellikleriyle maddi mülkiyet haklarından ayrılan fikri mülkiyet haklarının kendine özgü *(sui generis)* nitelikleri ise ana hatlarıyla şu şekilde ifade edilebilir: i) Fikri ürünler, eşyadan farklı olarak maddi bir varlığa sahip olmayıp, soyut bir nitelik taşırlar. ii) Fikri mülkiyet hakları ülkesel düzeyde korunmaktadırlar *(ülkesellik ilkesi).* iii) Fikri mülkiyet hakları süreye tabidir. Örnek kabilinden ülkemizde telif hakları, eseri meydana getirenin yaşam süresince ve vefatı ile birlikte azami olarak 70 yıl süreyle korunurlar. iv) Fikri ürünler, eşya gibi bir maddi varlığa sahip olmadıklarından somutlaştığı kitap, CD gibi eşyadan da farklı bir varlığa ve hukuki rejime sahiptirler. v) Fikri mülkiyet hakları kullanmakla tükenmezler. vi) Fikri mülkiyet hakları üzerinde, devir, lisans, rehin ve haciz gibi hukuki işlemler tesis edilebileceği gibi aynı zamanda miras yoluyla eser sahibinin murislerine de intikal edebilmektedir. vii) Fikri mülkiyet hakları, hak sahibine tekel niteliğinde mutlak yetkiler veren anti-rekabetçi karaktere sahip olduğundan, ilgili hak, ticari saikle sadece hak sahibi veya onun izin verdiği kişilerce kullanılabilmektedir. Bkz. Karahan / Suluk / Saraç v.d., 2015, s.1, 4-6. WIPO *(Dünya Fikri Mülkiyet Hakları Örgütü-World Intellectual Property Organisation)* olarak adlandırılan Dünya Fikri Mülkiyet Anlaşması'nın 2. maddesinde; fikri mülkiyet kavramının, edebiyat, sanat ve bilim eserlerini, icracı sanatçıların, yapımcıların, ve yayın kuruluşlarının haklarını, insanlar tarafından yapılan keşiflerin, bilimsel buluşların, sınai tasarımların, ticaret ve hizmet markalarının, ticari unvan ve tasarımlar ile haksız rekabete karşı korumayı içerdiği ifade edilmiş; sınai mülkiyet ayrımı olmaksızın sayılan fikri çaba sonucu gerçekleştirilmiş ürünlerin hepsi geniş anlamda fikri mülkiyet kavramı altında toplanmış ve örgütün görev ve koruma alanına dâhil edilmiştir. Bkz. Muşlu, 2007, s. 96, 97-98.

[25] Turan / Yılmaz, 2014, s. 58.

[26] Muşlu, 2007, s. 95; Karahan / Suluk / Saraç v.d., 2015, s.1; Turan, 2012, s. 15.

[27] Muşlu, 2007, s. 95.

tutularak adlandırılmaları bu konuların düzenlendiği uluslararası metinlerde de tercih edilmektedir.[28]

Bu başlık altında son olarak belirtmek gerekirse, telif yasalarıyla korunan, zihinsel çaba sonucu oluşan *(insan aklının emeği-the work of the human mind)* insan fikrinin dış dünyaya kimi zaman müzik tınısı, şiir veya resim kimi zaman da film olarak tezahür eden ifade ediliş biçimleri *(şekillenmiş fikri ürünler)* olduğundan; henüz düşünce aşamasında olup da dış dünyaya fikri ürün olarak tezahür etmemiş soyut insan fikirleri telif yasaları kapsamında koruma göremeyeceklerdir.[29]

---

[28] Örneğin, 1883 tarihli Paris Sözleşmesi ile patent, marka, endüstriyel tasarım gibi sınai haklar düzenleme altına alınmışken; 1886 tarihli Bern Sözleşmesi ile fikir ve sanat eserleri gibi telif hukukuna ilişkin konulara yer verilmek suretiyle fikri mülkiyet haklarına koruma sağlanmıştır. Avrupa Topluluğu-Türkiye Ortaklık Konseyinin Gümrük Birliği'ne ilişkin 6 Mart 1995 tarihli kararında "fikri, sınai ve ticari mülkiyet" deyimleri kullanılmak suretiyle fikri ve sınai mülkiyet anlamında bir ayrıma gidildiği görülmektedir. Bkz. Muşlu, 2007, s. 96.
WIPO tarafından 20 Aralık 1996 tarihinde kabul edilen; 1 – 2/5/2007 tarihli ve 5646 sayılı Kanunla katılmamız uygun bulunan ekli "WIPO İcralar ve Fonogramlar Andlaşması"na, 2 – 2/5/2007 tarihli ve 5647 sayılı Kanunla katılmamız uygun bulunan ekli "WIPO Telif Hakları Andlaşması"na katılmamız; Dışişleri Bakanlığının 8/4/2008 tarihli ve HUMŞ/397 sayılı yazısı üzerine, 31/5/1963 tarihli ve 244 sayılı Kanunun 3 üncü maddesine göre, Bakanlar Kurulu'nca 28/4/2008 tarihinde kararlaştırılmıştır. 1996 tarihli WIPO Telif Hakları Andlaşması'nın 6. maddesinde "yayma hakkı", 8. maddesinde de "kamuya iletim hakkı" tanımlanmıştır. Bkz. http://teftis.kulturturizm.gov.tr/TR,14283/wipo-telif-haklari-andlasmasi-1996.html.
İET: 14 Eylül 2020. Telif haklarıyla ilgili AB Müktesebatı ise; 1- Fikri Mülkiyet Haklarına Komşu Bazı Haklar ile Ödünç ve Kiraya Verme haklarıyla ilgili 2006/115 sayılı Konsey direktifi, 2- 19 Kasım 1992 tarihli 92/100 sayılı Fikir ve Sanat Eseri Haklarının Kiralanması, Ödünç Verilmesi ve Bağlantılı Haklara dair Konsey direktifi, 3- 27 Eylül 1993 tarihli 93/83 sayılı Uydu Yayınlarında ve Kablolu Yayınlarda Uygulanan Eser Sahibinin Hakları ve Bağlantılı Haklara İlişkin Kuralların Koordinasyonu Hakkında Konsey direktifi, 4- 22 Mayıs 2001 tarihli 2001/29 sayılı Bilgi Toplumunda Eser Sahibinin Hakları ve Bağlantılı Hakların Uyumlaştırılması Hakkında Konsey direktifleri, 5- 27 Eylül 2001 tarihli 2001/84 sayılı Orijinal Sanat Eseri Sahibi Lehine Yeniden Satış Hakkına İlişkin Parlamento ve Konsey direktiflerinden müteşekkildir. Söz konusu bu direktiflerde geçen yayma hakkı ile ilgili tanımlar konusundaki çalışma için bkz. İnanıcı, Haluk, "Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Değişiklik Çalışmalarında Yayma Hakkıyla İlgili Kavram Sorunları", İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ağustos 2010, s. 9-10. Bkz. http://www.inanici-tekcan.av.tr/images/pdf/ilim-edebiyat.pdf. İET: 25 Kasım 2016.

[29] Karahan / Suluk / Saraç v.d., 2015, s. 2. Konunun insan hakları boyutu, özellikle de telif hakkı, fikri mülkiyet gibi kavramların Sözleşme'ye Ek 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesinde düzenleme altına alınan mülkiyet hakkı ile ilişkisinin ortaya konulması isabetli olacaktır. Bu anlamda, özerk bir kavram olarak mülkiyet hakkını ayrıntılı bir şekilde ele alan ve Avrupa Konseyi (AK) Hukuk Profesyonelleri için İnsan Hakları Eğitimi Programı (HELP) E-eğitim Platformu'nda yer alan, 2017 yılında geliştirilen ve hukuk profesyonellerinin istifadesine sunulan "HELP Mülkiyet Hakkı ve AİHS *(HELP online course on Property Rights and the ECHR)"* çevrimiçi kursu hakkında daha fazla bilgi sahibi olmak için bkz. http://help.elearning.ext.coe.int/course/view.php?id=1731. İET: 29 Eylül 2020.

B. TELİF HAKLARININ KAYNAĞI OLARAK "ESER" KAVRAMI

1. Genel Olarak

Eserin meydana gelmesi ile birlikte kendiliğinden ortaya çıkan, mutlak hak niteliği taşıyan ve herkese karşı ileri sürülebilen eser sahipliğinden doğan mali ve manevi haklar diğer bir deyişle telif hakları, aynı zamanda FSEK'in önde gelen amacı olarak *"eser sahipliğinden doğan hakların korunması"* kapsamında kanunla korunmaktadır.[30] Eserden doğan mali ve manevi hakların kaynağını teşkil eden eser, FSEK'in kilit kavramı[31] olması nedeniyle eserin ne olduğunun tespiti ile alelade fikir ürünlerinden ayıran, diğer bir deyişle *"eser"* yapan farkın kapsamının ortaya konulması gerekmektedir.[32]

2. Eser Kavramı

FSEK kapsamında korunacak eser, Kanunun 1-B maddesinde; *"sahibinin hususiyetini taşıyan ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar veya sinema eserleri olarak sayılan her nevi fikir ve sanat mahsulleri"* şeklinde tanımlanmıştır. Ayrıca, müstakil eser sahibinin haklarına halel getirmemek koşuluyla oluşturulan ve işleyenin hususiyetini taşıyan işlenmeler ve derlemeler de eser olarak kabul edilmektedir (FSEK md. 6).

Telif hakkına konu eserlerin, yeniden üretime, özgün bir şekilde yeniden yorumlanmaya ve yararlanmaya müsait olmaları karşısında eseri, *"müellifin elindeki bitmeyen bir hammaddeye veya tükenmeyen bir kaynağa benzetmek"* [33] yerinde olacaktır. Öğretide kimi yazarlarca, bir fikri ürünün eser olarak kabul edilebilmesi için üç temel koşulun kümülatif bir şekilde bir arada bulunması gerektiği fikri benimsenmiştir. Bunlar; i) şekli koşul olarak bir fikri ürünün FSEK'te belirtilen eser gruplarından birisine dâhil olması, ii) sübjektif koşul olarak sahibinin hususiyetini taşıma, iii) objektif koşul olarak da tasarrufa elverişli ve üçüncü kişilerce algılanabilir nitelikte olmasıdır.[34]

---

[30] Bozgeyik, Hayri "Telif Hukukunda Eğitim İstisnası", I. Fikri Mülkiyet Hukuku Uluslararası Sempozyumunda Sunulan Tebliğ, 28 Kasım 2014, TFM, 2015/1-2, s. 24. *dergipark.ulakbim.gov.tr/tfm/article/download/5000149578/5000135916*. İET: 29 Eylül 2020. Yazar'a göre, eser sahipliğinden doğan hakların esere münhasır olması, eserin müellifinin hususiyeti ile varlık kazanmasından kaynaklanmaktadır. Hususiyet sayesinde, içeriği anomim olsa bile, bir eserin müellifine isnat edilmesi mümkün hale gelmektedir. Bu bakımdan, telif hakkına konu eserlerin korunması, eserin içeriğinden ziyade bunun ifade ediliş ya da yorumlanış biçiminden kaynaklanmaktadır. Bkz. Bozgeyik, 2014, s. 24.

[31] Karahan / Suluk / Saraç v.d.,, 2015, s. 42.

[32] Turan, 2012, s. 27.

[33] Bozgeyik, 2014, s. 24.

[34] Karahan / Suluk / Saraç v.d., 2015, s. 42.

Kanaatimizce, şekli koşul ile aranan unsur, aynı zamanda objektif koşul bağlamında bir eserin tasarrufa elverişli ve üçüncü kişilerce algılanabilir nitelikte olması koşulu ile özdeş olduğundan ve bu koşulun içerisinde var olduğundan bir fikri ürünün eser olarak değerlendirilebilmesi için sübjektif *(esasa ilişkin şart)* ve objektif unsurların *(şekle ilişkin şart)* bir arada olması yeterli olacaktır.[35] Hiç kuşkusuz bir fikri ürün olarak eserin kanundaki koşulları taşıyıp taşımadığı, diğer bir deyişle kanun kapsamında korunabilecek bir eser olup olmadığının tespiti, her somut olayda mahkemece re'sen belirlenecektir.[36] Son olarak belirtmek gerekirse, öncelikle eser, insan faaliyeti sonucu ortaya çıkarılan, diğer bir deyişle bir zihinsel çabanın ürünü olmalıdır.

a. Eserdeki Subjektif Koşul

Eserin sübjektif koşulu olarak kabul edilen *"sahibinin hususiyetini taşıma"*, eserin, herkes tarafından meydana getirilebilecek alelade ürünlerden ayırt edilmesini sağlama işlevi görmektedir. Bu anlamda, hususiyet koşulu, her fikri ürünün kanun kapsamında korunmamasını ve eserlerin diğer fikri ürünlerden ayırt edilebilmesini sağladığından hususiyet her somut olayda alanında uzman bilirkişiler tarafından tespit edilecektir.[37] Bir eserin sahibinin hususiyetini taşıyor kabul edilebilmesi için bağımsız bir fikri ve zihinsel çaba sonucu oluşturulan bir çalışma ürünü olması ve böylelikle müellifinin yaratıcılığını, izlerini yansıtabilmesi gerekmektedir. Önemli olan esere vücut verenin az çok fikri çabasının esere yansımasıdır. Hususiyet kavramı doktrinde, birçok yazar tarafından farklı şekillerde yorumlanmış olmakla birlikte günümüzde üzerinde mutabık kalınan bir çerçeve çizilmek suretiyle genel bir tanıma ulaşılmış; geniş anlamıyla *"özgünlük"*, dar anlamıyla *"sahibinden bir şeyler ya da sahibinin özelliklerini taşımak"* şeklinde tanımlanmıştır.[38]

Sübjektif koşul ağırlıklı olarak kesin şekilde tespiti güçlük arz eden "bağımsızlık" ve "yaratıcılık" esaslarına dayandırılmıştır.[39] Bununla birlikte, sahibinin yaratıcı gücünün eserde bulunup bulunmadığının tespitinde, eserin daha önce hiçbir yerde görülmemiş olmak gibi mutlak bir özgünlüğe *(orijinaliteye)* haiz olması beklenmemektedir.[40] Önemli olan hususiyetin belirlenmesinde, anlatım/üslup ile bağımsızlığa ilave

---

35 Aynı görüşte olan yazarlar için bkz. Turan, 2012, s. 27; Muşlu, 2007, s. 99.

36 Karahan / Suluk / Saraç v.d., 2015, s. 42-43.

37 Karahan / Suluk / Saraç v.d., 2015, s. 43. Yargıtay'ın istikrar kazanmış kararlarında, eser üzerinde sahibinin hususiyetinin varlığının, eserin dâhil olduğu tür alanında uzmanlaşmış bilirkişilerce tespit edileceği ifade edilmiştir. Bu yöndeki kararlara, Yargıtay 11. HD 11 Ekim 2002 tarih, E. 2002/8275, K. 2002/8839 ile Yargıtay 11. HD 21 Aralık 2004 tarih, E. 2004/2772, K. 2004/12672 örnek verilebilir.

38 Muşlu, 2007, s. 100.

39 Turan, 2012, s. 28.

40 Turan, 2012, s. 28.

olarak fikri ürünü yaratanın serbest biçimlendirme alanının varlığı, fikri üründe genelin üstünde bir özelliğin varlığı ve amaca uygun olanın üstünde bir özelliğin varlığıdır.[41]

Öte yandan Yargıtay, hususiyet terimini tahlil ederken belirli kriterler ortaya koymamış; kimi zaman salt bu terimi kullanmış; kimi zaman da özellik, orijinallik gibi terimler kullanmak suretiyle hususiyeti açıklamaya çalışmıştır.[42]

b. Eserdeki Objektif Koşul

Bir fikri ürünün eser olarak kabul edilmesi için aranan ikinci koşul *(şekli koşul),* eserin kanunda sayılan eser türlerinden biri kapsamında mütalaa edilebilmesidir. Bu cümleden olarak, bir fikri ürün FSEK'in 1/B maddesinde sınırlı sayı prensibine *(numerus clausus)* göre sayılan ilim edebiyat eserleri, güzel sanat eserleri, musiki eserleri, sinema eserleri ile işlenme ve derleme eser kategorilerinden birisine dâhil olabiliyorsa, telif hukuku bağlamında eser olarak korunma olanağına sahip olacaktır.[43]

Objektif koşul aynı zamanda, yoğun zihinsel çaba sonucu oluşan bir fikri ürünün eser sayılabilmesi için objektif olarak CD veya DVD player gibi teknik bir cihaz yardımıyla doğrudan veya dolaylı yoldan algılanabilir *(mücessem hale gelmiş olma)* nitelikte olmasını da gerektirmektedir.[44] Bu anlamda yaratıcı düşünce fikir aşamasında kalmayarak, tasarrufa elverişli bir hale bürünmesi, diğer bir deyişle eser sahibinin düşünce dünyasından çıkarak üçüncü kişilerin objektif olarak algılayabileceği bir safhaya geçmesi gerekmektedir. Özellikle belirtmek gerekirse, objektif şartı, telif hakkı bağlamında bir eserin korunabilmesi için *"bir eşya üzerinde somutlaşması gerektiği"* şeklinde yorumlamak doğru ol(a)mayacağından; üçüncü kişilerin algılayabileceği nitelikte olması koşuluyla doğaçlama bir müzik veya bir tiyatro gösterisi de eser olarak değerlendirilerek telif hukuku bağlamında korunacaktır.[45]

---

41 Karahan / Suluk / Saraç v.d., 2015, s. 45.

42 Karahan / Suluk / Saraç v.d., 2015, s. 43-44. Bununla birlikte Yargıtay'ın kimi kararlarında bir çalışmanın eser sayılabilmesi için, eser sahibi tarafından meydana getirilme, başka kaynaklardan alınan bir kopya olmama ve zihinsel bir çabanın ürünü olma şartlarını aradığı görülmektedir. Bkz. Yargıtay 4. HD. 11 Şubat 1972 tarih, E. 1971/12331, K. 1972/1080. (Aktaran), Karahan / Suluk / Saraç v.d., 2015, s. 44.

43 Muşlu, 2007, s. 100.

44 Karahan / Suluk / Saraç v.d.,, 2015, s.44; Turan, 2012, s. 30.

45 Bkz. Karahan / Suluk / Saraç v.d., 2015, s. 48. Yazarlara göre, yalnızca tamamlanmış bir fikri ürünün telif hakkı bağlamında korunacağı savı doğru bir yaklaşım olmayacak, bu anlamda taslak veya müsvedde gibi hazırlık çalışması niteliğindeki bir fikri ürün, eser sayılabilmeye ilişkin koşulları taşıyacak düzeye gelmesi şartıyla telif hakkının koruma alanına dâhil olacaktır.

3. FSEK'te Düzenlenen Fikir ve Sanat Eserleri Türleri

5846 sayılı FSEK'te telif hukuku bağlamında korunan eserler, kanunda sınırlı sayı prensibi *(numerus clausus)* uyarınca[46] ilim ve edebiyat eserleri (md. 2), musiki eserleri (md. 3), güzel sanat eserleri (md. 4) ve sinema eserleri (md. 5) olmak üzere dört ana kategoriye ayrılmak suretiyle sayılmıştır. Öte yandan yukarıda yer verilen eser kategorileri arasında yer almamakla birlikte 6. madde uyarınca, işlenme ve derlemeler de eser olarak kabul edilmiş olduğundan telif hakkı bağlamında koruma altına alınmıştır.[47]

Kanunda bu ana gruplar belirlendikten sonra her bir eser grubu altında yer alan eser çeşitlerine de yer verilmiştir. Ancak, ana gruplar altında sayılan roman, hikâye, resim, heykel, harita, sinema filmleri vs. gibi eser türleri, yalnızca ana gruplarda yer alan eserlerin örneklerini teşkil ettiklerinden, bunlar tahdidi bir nitelik taşımamakta, diğer bir deyişle örnekleme yöntemi ile sayılmış olduklarından herhangi bir kısıtlamaya tabi tutulmamaktadırlar.

Özellikle son yıllarda teknolojik gelişmelerin etkisiyle eser niteliğinde sayılan fikri ürün yelpazesinde kayda değer bir genişleme olduğu göze çarpmakta, bu minvalde reklamlar ile matbaa sektörünü ilgilendiren reklam afişleri, broşürler, tanıtım katalogları gibi fikri ürünlerin eser sayılabileceği üzerinde tartışmalar yapılmaktadır.[48] Bu noktada, yukarıda sayılan kategoriler dâhilinde sayılamayan ve fakat niteliği itibariyle sahibinin hususiyetini taşıyan ve yoğun bir zihinsel emek ile çabanın ürünü olan bir fikri ürün, sınırlı sayım karşısında telif hukuku diğer bir deyişle mezkûr kanun kapsamında korunmasız kalacaktır.[49]

Kanaatimizce bu konuda, mezkûr kanunda sayılan ve somutlaşmanın niteliğinin çerçevesini çizen bu dört ana eser grubunun sınırlı bir şekilde benimsenmesi yerine, ulusal ve uluslararası mevzuatın merkez kavram olarak benimsediği *"fikri çaba ürünü olan kişisel yaratım"*ı[50] somutlaştıracak şekilde *"eserin müşahhas hale gelmesi hususunun mahiyetini ortaya koyan"*[51] bir tanımın yer alması ve her bir ana eser grubu altında sayılan eserlerin sınırlı olmadığını belirtmek üzere *"gibi"* ibaresinin

---

46 Kimi yazarlarca, yasa koyucunun eser bakımından öngördüğü bu koşul ile sınırlı sayı ilkesini ortaya koyarak, ceza hukuku açısından belirliliği ve açıklığı kısmen sağladığı, aksi durumda her fikri ürünün eser düzeyinde korunması halinde bireylerin özgürlüklerine cezalandırma yolu ile müdahalede bulunmanın haksızlık teşkil edeceği ifade edilmiştir. Bu nedenle eserlerin belli başlı kategorilere ayrılması ve sınırlarının belirlenmesi, ceza hukuku anlamında suçta ve cezada kanunilik ilkesine de uygun düşecektir. Bkz. Çakır, Kerim "Bandrol Yükümlülüğüne Aykırılık Suçları", Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Yıl: 6, Sayı: 62, Ekim 2011, s. 24.

47 Karahan / Suluk / Saraç v.d., 2015, s. 62.

48 Suluk, 2004, s. 164.

49 Turan, 2012, s.31.

50 Muşlu, 2007, s. 104.

51 Turan, 2012, s. 31.

örneklemelerin sonrasında ilgili madde metnine konulması isabetli olacaktır.

Burada önemli olan, yeni eserlerin hangi ana eser kategorisi içerisinde değerlendirilebileceğine ilişkin kriterlerin somut bir şekilde mezkûr kanunun ilgili maddelerinde ortaya konmasıdır. Bu durum ceza hukuku anlamında, suç ve cezada kanunilik, açıklık, belirlilik ve öngörülebilirlik ilkeleri bağlamında eleştiri konusu yapılsa da, teknolojik ve bilimsel gelişmeler sonucunda yeni fikri ürünlerin ortaya çıkması ve bunların telif hukuku bağlamında korunması bakımından bir denge gözetildiğinde elzem olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Nitekim haklı olarak doktrinde kimi yazarca, *"eserin somutlaşmasına dair kriter belirleyerek fikri mahsulün eser olup olmadığını değerlendirmek yerine eser kavramını kanundaki tasnife hapsetmek, yaratıcılık ürünü fikir ve sanat mahsullerinin kanunda öngörülen türlere dâhil edilmemeleri halinde FSEK himayesinden mahrum kalmaları sunucu doğurabileceği"*[52] dile getirilmiştir.

4. Bandrol Kavramı

FSEK'te, telif hakkı bağlamında koruma altına alınan fikir ve sanat eserlerinin hukuka aykırı biçimde çoğaltılmış nüshalarının piyasada dolaşımının önlenmesi ve eserlerin nüshalarının sayısının belirlenebilmesi açısından *"eser nüshalarının belirli bir kayıt altında piyasaya sürülmesi"* olarak ifade edebileceğimiz, aynı zamanda da korsanlıkla mücadelenin[53] bir ayağını teşkil eden bandrol uygulaması yöntemi benimsenmiştir.[54] Bu yöntem esas itibariyle, müzik ve sinema

---

[52] Turan, 2012, s. 31.

[53] Fikri ürünler korsan olarak daha çok korsan kitap ve CD şeklinde çoğaltılmakta ve tedavüle çıkartılmaktadır. Eser olarak bir kitabın *"korsan kitap"* olup olmadığı şu şekilde ayırt edilebilmektedir: 1- Öncelikle bandrole bakılır, kitap bandrolsüz ise, korsan kitap olarak değerlendirilebilir. 2- Kitapların bandrollü olması durumunda ise; kitap üzerindeki bandrolün söküldüğünde dağılıp dağılmadığına bakılacaktır. Zira, orijinal bandrol söküldüğünde dağılırken, sahte bandrollü ve korsan kitaptaki bandrol söküldüğünde dağılmamaktadır. 3- Bandrol orijinal olmakla birlikte kitap korsan ise usulsüz bandrollü korsan kitap olarak tanımlanmaktadır. Zira, kitabın üstündeki bandrol farklı bir eser için alınmış olmasına rağmen orijinal süsü verebilmek için alakasız kitap üzerine yapıştırılmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. http://tbym.org/menu/korsan-kitap.html. İET: 29 Eylül 2020. Güneş'e göre, bandrol uygulaması esas olarak korsanla mücadele mekanizmasının merkezinde yer aldığından, mekanizmanın önemli bir ayağını oluşturmaktadır. Korsanla mücadelede bandrol uygulaması, kendisinden beklenen fonksiyonu yerine getirebilmesi için, eserlerin kayıt ve tescili, işletmelerin belgelendirilmesi ve denetim komisyonlarının faal çalışması gibi birtakım ek önlemlerle desteklenmesi gerekmektedir. Güneş, İlhami, *Uygulamada Marka Haksız Rekabet ve Telif Suçları*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, Güncel İçtihatlarla 2. Baskı, s. 269.

[54] Başlar, Yusuf "Fikir ve Sanat Eserleri Kapsamında Bandrol Suçları", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi Sayı: 7, Haziran 2016, s. 247. Çalışmamızın konusunu oluşturan, *"Haklara tecavüzün önlenmesi"* başlıklı cezai düzenlemeler içeren, hem genel olarak eser sahiplerinin hem de kamu düzeninin korunmasını amaçlayan FSEK'in 81. maddesi, bandrol yükümlülüğüne yönelik olup, anılan maddede bu yükümlülüğün gereği gibi

eserleri ile süreli olmayan yayınlarda uygulanması zorunlu kılınan, Kültür ve Turizm Bakanlığının bastırdığı[55] ve satımını gerçekleştirdiği, ayrıca yetkilendirdiği kuruluşların da satışını yapabildiği her birinin üzerinde farklı bir numara olan bandrollerin hak sahiplerince temin edilmesi ve her bir eser nüshalarına yapıştırılması şeklinde uygulanmaktadır.[56]

Ülkemizde zorunlu bandrol uygulaması ilk olarak, 2004 yılında yürürlükten kaldırılan 3257 sayılı Sinema Video ve Müzik Eserleri Kanunu ile 1986 yılında hayata geçmiş; akabinde süreli olmayan yayınlarda da bandrol kullanımı mezkûr kanunda 1995 yılında yapılan değişiklikle zorunlu hale getirilmiştir.[57]

Öte yandan, bandrol çeşitli yönetmelik hükümlerinde ve öğretide tanımlanmıştır. Bandrol Uygulamasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin (Bandrol Yönetmeliği)[58] "Tanımlar" başlıklı 4. maddesinin (b) bendinde bandrol öz olarak; "(...)*güvenlik şeridi içeren holografik özellikli bir güvenlik etiketini veya dijital olarak üretilen güvenlik etiketi*[59]" şeklinde

---

ya da hiç bir şekilde yerine getirilmemesinin müeyyidelerine yer verilmiştir. Bkz. Turan / Yılmaz, 2014, s. 62.

[55] Kimi yazarlarca, "bakanlıktan alınacak bandrol"ün sansüre yol açabilecek şekilde kullanılabileceğinden, bandrolün yalnızca meslek birlikleri tarafından dağıtılması ve eser ve/veya bağlantılı hak sahiplerinin talebine göre isteğe bağlı olması gerektiği ileri sürülmüştür. Bkz. İnanıcı, Haluk "İlim ve Edebiyat Eserleri Açısından 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Değişiklik Tasarısı ve Bazı Pratik Telif Sorunları", I. TÜYAP Kitap Fuarı Panelinde Sunulan Tebliğ, 9 Kasım 1999, s. 5. http://www.inanici-tekcan.av.tr/images/pdf/ilim-edebiyat.pdf. İET: 25 Kasım 2016.

[56] Belirtmek gerekirse hak sahipleri, Bakanlığa, kaç adet bandrol talepleri olduğunu ve talep edilen bandrolleri hangi eser için kullanacaklarını gösteren bir taahhütname vermek suretiyle bandrole konu eserin çoğaltılmış nüshaları adedince bandrol temin etmek ve her biri üzerinde farklı bir numara olan bandrolleri her bir eser nüshasına yapıştırmakla mükelleftir. Bkz. Turan, 2012, s. 220.

[57] Turan, 2012, s. 220.

[58] Resmi Gazete'nin 08 Kasım 2001 tarih ve 24577 sayısında yayımlanmıştır. Bandrol Yönetmeliği'nin *"Amaç"* başlığını taşıyan 1. maddesinde bandrol uygulamasının temel fonksiyonu ortaya konulmuştur.

[59] 2010 yılında Bandrol Uygulamasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik (01 Kasım 2010 tarih, 27746 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.) ile Bandrol Yönetmeliği'nin 4. maddesinin (b) bendindeki bandrol tanımına *"veya dijital olarak üretilen güvenlik etiketi"* ibaresi eklenmek suretiyle bandrol tanımının uygulama alanının genişletildiği görülmektedir. Bununla birlikte, dijital yayınlarda bandrol uygulamasının ne şekilde olacağı konusunda uygulamada hâlâ belirsizlikler devam etmektedir. Öte yandan, son yıllarda özellikle bilişim alanında meydana gelen gelişmelerin etkisiyle fikri ürünlerin, hak sahipleri tarafından daha çabuk ve ucuz bir şekilde dijital ortamda yayınlama ve satış yolunun tercih edildiği görülmektedir. FSEK'in 81. maddesi bakımından olaya baktığımızda, musiki ve sinema eserlerinin çoğaltılmış nüshaları ile süreli olmayan yayınlara bandrol yapıştırılması zorunluluk arz etmektedir. Oysa, dijital yayınlarda ise bandrol yapıştırılma uygulamasından bahsedilemeyeceğinden, telif hukuku bağlamında korunan ve bandrol yapıştırılması yöntemi ile takip edilebilecek hakların korunması imkânsız hale gelebilecektir. İşte bu noktada, dijital ortamda yayınlanan eserlerin bandrol haricinde farklı bir yöntem ile korunması önem arz ettiğinden, dijital olarak üretilen güvenlik etiketi uygulamasının bir an önce hayata geçirilmesi gerekmektedir.

tanımlanmıştır. Benzer bir tanıma da Fikir ve Sanat Eserlerinin İşaretlenmesine İlişkin Yönetmeliğin 5. maddesinin (ı) bendinde rastlamak mümkündür. Öğretideki bandrol tanımlarına baktığımızda ise bandrol, güvenlik şeridi içeren holografik özellikte bir etiket[60], eser veya hak sahibinin izni ile çoğaltılmış nüshayı kanıtlayan pul[61] ya da bir etiket[62] olarak tanımlandığını görmekteyiz.

Kanaatimizce bandrol, fikir ve sanat eserlerinin izinsiz, diğer bir deyişle korsan çoğaltmalarının önüne geçilmesi, eserlerin tedavülünün izlenmesi ve nüshalarının sayısının belirlenebilmesi bakımından geliştirilmiş, dijital olarak da kullanılabilen teknolojik özellikteki güvenlik pulu *(vignette)* olarak tanımlanabilir.

C. BANDROL KULLANIMININ ZORUNLU OLDUĞU VEYA İSTEĞE BAĞLI OLDUĞU ESERLER

1. Bandrol Kullanımının Zorunlu Olduğu Eserler

FSEK'in 81. maddesinin 1. fıkrasında, musiki ve sinema eserlerinin çoğaltılmış nüshaları ile süreli olmayan yayınlar, bandrol yapıştırılmasının zorunlu olduğu eserler olarak düzenlenmiştir. Benzer şekilde kanunun uygulanmasını gösteren Bandrol Yönetmeliği'nde de bu hususa ilişkin bir düzenleme yer almaktadır (md. 5). Söz konusu düzenlemeyle, süreli olmayan yayınlar ile kayıt ve tescili yapılan sinema ve müzik eseri nüshalarına, çoğaltmayı takiben sevkiyattan önce bandrol yapıştırılmasının zorunlu olduğu ifade edilmiştir. *"Müzik ve sinema eserlerinin çoğaltılmış nüshaları"* ibaresinden, musiki eserlerin basımı ile musiki ve sinema eserlerinin video, VCD, DVD, CD vs. gibi ses ve görüntü kaydı alımına ve iletimine matuf araçlara alınması anlaşılmalıdır.[63]

Bu konuda dijital ortamın takibinin nasıl olabileceğine ilişkin olarak önerilerin yer aldığı çalışma için bkz. Memiş, Tekin, "Dijital Ortamda Telif Haklarını Yeniden Düşünmek; İhlâller ve Çözüm Önerileri", TOBB, Haziran 2010. http://oldweb.ikv.org.tr/images/upload/data/files/tekinmemis%283%29.pdf. İET: 29 Eylül 2020.

60 Güneş, 2015, s. 269. Yazar'a göre, bandrol suçları esas itibariyle telif hakkını korumamaktadır. Bu nedenle bandrol; eserden kaynaklı hakların takibi ile telif korumasının işlevsel hale getirilmesi bakımından öngörülmüş bir sistemin uygulanmasıdır. Bu bakımdan, bandrol alımı ve eserler üzerinde kullanımı ile bir yandan eser nüshalarının kaç adet basıldığı bilinip kontrol altında tutulmakta öbür taraftan kaçak ve izinsiz olarak eser nüshalarının çoğaltılması (korsan) tespit edilmek suretiyle önlenmeye çalışılmaktadır.

61 Başlar, 2016, s. 250.

62 Yılmaz, Ejder, *Hukuk Sözlüğü*, Yetkin Yayınları, Ankara, 1996, Genişletilmiş Beşinci Baskı, s. 102.

63 Güneş, 2015, s. 274. Sinema, tiyatro, opera eserleri, kliplerin (eser sahibinin hayatı boyunca ve ser sahibi vefat ettiyse, vefat ettiği tarihten itibaren 70 yıllık koruma süresi içerisinde olunmak şartıyla) kaydedildiği kaset, VCD, CD, DVD'ler, video ve bilgisayar

Teknolojideki ilerlemeler sonucunda, ses ve görüntü kaydı alımı ile iletimine yarayan yeni araçların varlığı halinde, bu araçlar da bandrol yapıştırılması zorunluluğu kapsamında telakki edilecektir. Süreli olmayan yayınlardan ne anlaşılması gerektiğine ilişkin olarak Bandrol Yönetmeliği'nin 4. maddesinin (d) bendinde bir düzenleme bulunmaktadır. Anılan düzenlemeye göre süreli olmayan yayın, fikir ve sanat eserlerini içeren, belirli sürelere tabi olmaksızın yayımlanan ve gazete, dergi, ünite dergisi, yıllık, almanak ve benzeri dışında kalan, inceleme, piyes, ansiklopedi, roman, hikâye, anı, makale gibi alt türlerden hangisine dâhil olduğuna bakılmaksızın kitaplar gibi her tür yayını ifade etmekte olup, bu yayınlara bandrol yapıştırılması gerekmektedir. Bu anlamda, bandrol suçlarının konusunu bandrol yapıştırılmasının zorunlu olduğu yukarıda sayılan eser nüshaları oluşturmaktadır.

2. Bandrol Kullanımının İsteğe Bağlı Olduğu Eserler

Bandrol yapıştırılmasının isteğe bağlı olduğu ve fakat hak sahiplerinin talebi üzerine bandrol yapıştırılmasının zorunluluk arz ettiği hallere, mezkûr kanunun 81. maddesinin 1. fıkrasında yer verilmiştir. Buna göre, esas itibariyle bandrol yapıştırma zorunluluğu olmayan ve kolay kopyalanmaya müsait diğer eserlerin çoğaltılmış nüshalarına, eser veya hak sahibinin talebinin olması halinde, bu yayınlara da bandrol yapıştırılması gerekmektedir. Nitekim Yargıtay da yakın tarihli bir kararında bu hususu dile getirmiştir.[64] Benzer biçimde Bandrol Yönetmeliği'nin 5. maddesinin 2. fıkrasında, bandrol kullanımının zorunlu olduğu eser nüshalarının yanı sıra bandrol

---

gibi cihazlarla oynanan oyun CD'leri, müzik eserlerinin kaydedildiği günümüzde nadir rastlanan plaklar, ses bantları, CD ve DVD'ler ile bilgisayar programları içeren CD'ler sinema ve musiki eserlerinin çoğaltılmış nüshaları olarak kabul edilmekte ve bunlara bandrol yapıştırılması gerekmektedir. Bkz. Güneş, 2015, s. 270-272. Uygulamada, bilgisayar oyunlarının bandrole tabi eserler arasında yer alıp almadığı noktasında mahkemelerce çelişkili kararlar verildiğinden, bu durumun belirginleştirilmesi bakımından bilgisayar oyunlarının FSEK'te zorunlu bandrol uygulamasına tabi eserler arasında olduğunun açıkça düzenlenmesi gerektiği uygulayıcılar tarafından dile getirilmiştir. Bkz. Fikri ve Sınai Haklar Yargı İstişare Grubu Birinci Toplantısı, Adalet Bakanlığı Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü, 22 Kasım 2008, Antalya. http://www.abgm.adalet.gov.tr/pdf/FSH_bildiri_Nov_2008.pdf. İET: 25 Kasım 2016.

64 Yargıtay 7. CD 22.10.2013 tarih, E. 2010/12312, K. 2013/19973 sayılı ilâmında, oyun CD'lerinin zorunlu bandrole tabi eser niteliğinde olmadığından; ancak hak sahibinin talebi üzerine bandrol yapıştırılmasının zorunlu olduğu gözetilerek dava konusu oyun CD'lerine ilişkin olarak, hak sahiplerinin ilgili bakanlıktan bandrol yapıştırılması talebinde bulunup bulunmadıklarının tespit edilmesi sonrası bir hüküm kurulması gerektiğini belirtmiş ve ilk derece mahkemesi olarak Fikri ve Sınai Haklar Ceza Mahkemesi kararının bozulması yönünde hüküm kurmuştur. Karar UYAP Bilişim sisteminden temin edilmiştir.

yapıştırılmasının ihtiyari olduğu eserlere ilişkin bir düzenleme de yer almaktadır.[65]

II. BANDROL YÜKÜMLÜLÜĞÜNE RİAYET ETMEME SUÇLARI

A. GENEL OLARAK

Telif hakkı bağlamında eser ve bağlantılı hak sahipliğinden doğan haklar, FSEK'te yer verilen hukuki ve cezai düzenlemeler ile koruma altına alınmıştır. Bu durum, eski hale getirme, tazminat ve iptâl davaları gibi hukuki mekanizmalar kullanılmak suretiyle yerine getirilirken; aynı zamanda haklara yönelik ihlâllerin suç teşkil etmesi durumunda da cezai müeyyideler gündeme gelmekte, böylelikle telif hukukundan doğan hakların etkin bir şekilde korunması sağlanmaktadır.[66]

Çalışmamızı ilgilendiren yönüyle, bandrol yükümlülüğüne riayet etmeme suçları *"Haklara tecavüzün önlenmesi"* kenar başlıklı FSEK'in 81. maddesinde, bandrole tabi eserler, bandrol almanın yöntemleri ve koşullarına da değinilerek, idari ve cezai hükümlere bir arada yer verilmek suretiyle düzenlenmiştir. Bu başlık altında, bandrol yükümlülüğüne riayet etmeme (md. 81/4), bandrol sahteciliği (md. 81/9), usulsüz bandrol kullanma (md. 81/10), bandrol dolandırıcılığı (md. 81/11) ile bandrol temini (md. 81/12) suçlarının ayrı fıkralar halinde bandrol suçları olarak düzenlendiği görülmektedir. Ayrıca, anılan maddede, bandrol suçlarının yanı sıra bir kabahate de yer verilmiş, bandrolsüz eserlerin FSEK'in 81/7 maddesinde sayılan yerlerde tedavülünün (satış) yapılması hâlinde 5326 sayılı Kabahatler Kanunu (Kabahatler Kanunu) uyarınca idari para cezası yaptırımı öngörülmüştür.

B. SUÇLARLA KORUNAN HUKUKİ DEĞER

Ceza hukukunun temel prensibi olarak her suçta mutlaka korunan bir hukuki değer bulunmaktadır. Bu anlamda bandrol suçları, hem eser sahiplerinin telif hukukundan doğan mali haklarının hem de kamu düzeninin korunması hedeflenmektedir. Bununla birlikte, mezkûr suçların eser ve bağlantılı hak sahiplerini koruması, tali bir nitelik arz etmekte; bu suçlarla esas itibariyle kayıtlı ekonomik sistem ile telif hukukundan kaynaklı hakların korunması ve telif sisteminin desteklenmesi amaçlanmaktadır.[67]

Bu haliyle mezkûr suçlarla korunan hukuksal değer, tedavülde olan fikri ürünlerin basımı ile satış adedinin belirlenebilmesinin devletin

---

[65] Yukarıda anılan düzenleme uyarınca bandrol kullanımının zorunlu olmadığı yayınlarla ilgili, eser ve hak sahiplerinin talebi olması durumunda, ilgili eser nüshalarına bandrol yapıştırılması gerekmektedir.

[66] Başlar, 2016, s. 251.

[67] Güneş, 2015, s. 277.

kontrolünde olması ile bandrol uygulaması ile elde edilen gelirlerden devletin pay alması şeklinde toplumun ve eser sahiplerinin de korsan eserlerin basımı sonucu oluşabilecek muhtemel gelir kayıplarının önüne geçilmesi şeklinde ekonomik kültürel yönü olan telif hukukundan kaynaklı menfaatleridir.[68] Bu anlamda, fikir ve sanat eserlerinin çoğaltılmış nüshalarına bandrol yapıştırılması yükümlülüğünün, eser ve/veya bağlantılı hak sahiplerinin onayı ile terk edilmesi mümkün değildir ve bu yükümlülük devletin denetimi altında re'sen takip edilmektedir.[69]

Yargıtay Ceza Genel Kurulu da bir kararında, bandrol suçlarında korunan hukuki değerin, eser ve/veya bağlantılı hak sahiplerinin telif hukukundan kaynaklı haklarından ziyade, eserlerde bandrol uygulamasını tesis etmek ve denetlemek olduğunu ifade etmiştir.[70]

C. BANDROL YÜKÜMLÜLÜĞÜNE RİAYET ETMEME SUÇLARI İLE FSEK'TE YER ALAN DİĞER SUÇLARIN KARŞILAŞTIRILMASI

Bandrol yükümlüğüne riayet etmeme suçları ile mezkûr kanunun diğer maddelerinde yer alan suçlar arasındaki en önemli fark, şikâyet kurumunda karşımıza çıkmaktadır. Bu anlamda, bandrol yükümlüğüne riayet etmeme suçlarına aykırılık halinde, suçun soruşturulması ve kovuşturulması re'sen yapılırken; FSEK'in 71. maddesinde yer alan *"Manevi, mali veya bağlantılı haklara tecavüz"* ve 72. maddesinde düzenlenen *"Koruyucu programları etkisiz kılamaya yönelik hazırlık hareketleri"* suçlarında ise, aynı kanunun 75. maddesindeki düzenleme uyarınca soruşturma ve kovuşturma yapılması şikâyet koşuluna tabi tutulmuştur.

Kimi yazarlarca, kanun koyucunun bandrol yükümlülüğüne riayet etmeme suçları ile korunan hukuki değeri de esas almak suretiyle, 81. maddede düzenlenen suçları re'sen soruşturulan ve kovuşturulan suçlar olarak düzenleme yoluna gittiği, ancak bu durumun telif hukukundan doğan hak sahiplerinin mali ve manevi haklarını korumaya yönelik şikâyete tabi olan diğer suç tipleriyle mukayese edildiğinde bir eşitsizliğe yol açtığı haklı olarak dile getirilmektedir.[71] Kanaatimizce burada, ceza usul hukuku anlamında şikâyet hakkının, kişinin fiil ve failin kim olduğunu bildiği veya öğrendiği tarihten itibaren altı aylık bir süre zarfında kullanılması zorunluluğu karşısında, süresi içerisinde şikâyet hakkının kullanılmaması durumunda fail cezalandırılamayacak ve telif hukukundan doğan eser ve/veya bağlantılı hak sahiplerinin hakları korunamayacaktır. Öte yandan, bandrol suçları, 71. maddede

---

68 Çakır, 2011, s. 24.

69 Turan, 2012, s. 223.

70 Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 19 Temmuz 2005 tarih, E. 2005/7-67, K. 2005/97 sayılı ilâmı. http://www.turkhukuksitesi.com/serh.php?did=4765. İET: 29 Eylül 2020.

71 Çakır, 2011, s. 24.

düzenlenen suçlarda olduğu gibi "serbest hareketli", "icrai" ve "neticesi harekete bitişik (şekli)" suçlar olarak telakki edilebilir.[72]

D. BANDROL SUÇLARI

1. Bandrol Yükümlülüğüne Riayet Etmeme Suçu (FSEK md. 81/4)

a. Genel Olarak

FSEK'in 81.maddesinin 4. fıkrasında, bandrol yükümlülüğüne aykırı ya da bandrolsüz olarak bir eseri çoğaltıp satışa arz eden, satan, dağıtan veya ticari amaçla satın alan ya da kabul eden kişinin bir yıldan beş yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılacağı düzenleme altına alınmıştır. Bir eserin vücuda getirilmesinden sonra, o eserin çoğaltılıp tedavüle sokulmasında, kiralanmasında ve temsil edilmesinde eser sahibinin telif hukuku bağlamında mali hakları bulunmakta,[73] buna ilişkin olarak mezkûr kanunun 20. vd. maddelerinde açık düzenlemeler yer almaktadır.[74]

Bu düzenleme ile, fikri ürünlere ait nüshaların, baskı ve çoğaltma teknolojilerindeki ilerlemelerden yararlanılarak dükkanlarda veya merdiven altı diye tabir edilen yerlerde, bandrol yapıştırılmayarak, harç ve vergi ödenmeyerek devleti gelir kaybına uğratacak şekilde çoğaltma ve yayma eylemleri suça konu edilmekte, bu tür hukuka aykırı eylemleri işleyerek hem devletin hem de eser ve/veya bağlantılı hak sahiplerinin zararına neden olan ve kısa yoldan ekonomik kazanç elde edenlerin de cezalandırılması amaçlanmaktadır.[75]

b. Suçun Maddi Unsurları

aa. Fiil

Kişinin iradesiyle hâkim olduğu, belli bir neticeyi gerçekleştirmeye matuf ve harici dünyada cereyan eden bir davranış olarak tanımlayabileceğimiz fiil, suç teorisinde bir suçun tarifinde yer alan ve esas itibariyle haksızlık teşkil eden insan davranışı olarak karşımıza çıkmaktadır.[76] Anılan suç yönünden ise fiil, bandrol yükümlülüğüne

---

72 Turan, 2012, s. 225.
73 Çakır, 2011, s. 25.
74 FSEK'in "Çoğaltma hakkı" başlıklı 22. maddesinde, bir fikri ürün olarak eserin çoğaltma ve yayma hakları eser sahibine verilmiştir.
75 Çakır, 2011, s. 25-26.
76 Özgenç, İzzet , *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayınevi, Ankara , 2009, 4. Bası, s. 167-168.

aykırı[77] ya da bandrolsüz olarak bir eseri çoğaltıp satışa arz etme, satma, dağıtma veya ticari amaçla satın alma ya da kabul etmedir. Bu haliyle suç, seçimlik hareketli bir suç[78] niteliği taşıdığından bu hareketlerden herhangi birinin yapılması ile suç işlenmiş sayılacaktır.[79] Söz konusu fıkrada suçun oluşabilmesi için iki farklı hareket şekli öngörülmüştür.

Birinci hareket şekli, bandrol yükümlülüğüne aykırı ya da bandrolsüz olarak bir eserin çoğaltılıp[80] satışa arz edilmesi, satılması[81] ve dağıtılmasıdır.[82] Burada yalnızca eserin çoğaltılması suçun oluşması için yeterli olmayacak; aynı zamanda bandrol yükümlülüğüne aykırı ya da bandrolsüz olarak çoğaltılan eserin fail tarafından satışa arz edilmesi, satılması veya dağıtılması da gerekecektir.[83]

---

77 Bandrol suçları bir bütün olarak değerlendirildiğinde, FSEK'in 81. maddesinin 4. fıkrasında yer alan ve fiilin hangi fıkra kapsamında kaldığı noktasında tereddüde yol açan, anlamı belirsiz *"bandrol yükümlülüğüne aykırı surette"* ibaresi yerine, anlamı açık ve belirgin olarak uygulamada sorun teşkil etmeyen ve suçun unsurlarının belirlenebilmesi bakımından da yeterince açık bir düzenlemeye ihtiyaç duyulduğuna ilişkin öneri için bkz. Turan, 2012, s. 228.

78 Seçimlik hareketli suçlar, ceza normunda birden fazla hareketin birbirinden bağımsız olarak gösterildiği, bunlardan herhangi birinin gerçekleşmesiyle suçun oluştuğu, seçimlik hareketlerin hepsinin bir arada yapılması halinde dahi tek bir suçun oluştuğu suç tipini ifade etmektedir. Bkz. Artuk, M. Emin / Gökcen, Ahmet / Yenidünya, Caner, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, 10. Baskı, s. 236.

79 Kimi yazarlarca, fıkra hükmünde geçen "satışa arz etmek" fiili suç olarak sayıldıktan sonra "satmak" fiilinin de suç olarak sayılmasının, suçla korunan hukuki amaç gözetildiğinde, bu fiillerin aynı anlama geldiği ve fıkra hükmünde "satmak" fiiline ayrıca yer verilmesinin, yalnızca bir tekrar niteliğinde olduğu dile getirilmiştir. Bkz. Uslu, Ramazan "Türk Fikir ve Sanat Hukukunda Ceza Düzenlemeleri", TAAD, Yıl:3, Sayı:10, Temmuz 2012, s. 525. Fikrimce, söz konusu fiiller farklı eylemleri karşılamaktadır. Şöyle ki, matbaacının eserleri çoğaltıp satışa hazır hale getirmesi sonrasında çoğaltılmış nüshaların nakliye aşamasında satışa arz etme süreci başlamış olacağından, bu anlamda nüshaların tüketicilerle buluşturulması safhasını karşılayan satış aşaması, satışa arz etme sürecinden farklılık arz etmektedir. Dolayısıyla yasa koyucunun, fıkra hükmünde her iki fiili de düzenlemesi isabetli olmuştur.

80 Eserlerin aslından ikinci bir kopyasının çıkarılması ya da eserin işaret, ses ve görüntü nakil ve tekrarına yarayan, bilinen ya da ileride geliştirilecek olan her türlü araca kayıt edilmesi, her türlü ses ve müzik kayıtları ile mimarlık eserlerine ait plan, proje ve krokilerin uygulanması çoğaltma sayılmaktadır (FSEK md. 22/2). Aynı kural, kabartma ve delikli kalıplar hakkında da geçerlidir.

81 Satmak eylemi, satışa arz sonucu fikri ürünün tüketicinin mülkiyetine geçirilmesini ifade etmektedir. Nitekim Yargıtay 7. CD, 19 Temmuz 2007 tarih, E. 2005/17242, K. 2007/5986 sayılı kararında satmak eylemi ile ilgili olarak, yasal hak sahibi olmadığı fikir ve sanat eseri niteliğindeki film ve oyun CD'lerini bandrol almaksızın işyerinde satan sanığın eyleminin FSEK'in 81.maddesinin 9. fıkrasının 1-b bendinde düzenlenen suçu oluşturacağını belirtmiştir. Karar UYAP Bilişim sisteminden temin edilmiştir.

82 Dağıtmaktan anlaşılması gereken ise, bandrol yükümlülüğüne aykırı ya da bandrolsüz olarak çoğaltılan eserin tedavüle çıkarılmak suretiyle kamuya yayılması ile tüketicilerin istifadesine sunulmasıdır.

83 Çakır, 2011, s.26. Kimi yazarlarca, "çoğaltmak" ibaresinin doğrudan suçun maddi unsuru olarak değerlendirilemeyeceği, zira bandrol yükümlülüğüne aykırılık fiillerinin, eseri çoğaltan kişi tarafından işlenebileceği gibi, başkası tarafından çoğaltılmış eser nüshaları üzerinde de işlenebileceği, bu nedenle fıkradaki düzenlemenin çoğaltan "veya" yayan şeklinde düzeltilmesi gerektiği belirtilmiş;

İkinci hareket şekli ise karşımıza, bandrol yükümlülüğüne aykırı yada bandrolsüz olarak çoğaltılan eserin ticari amaçla satın alınması ya da kabul edilmesi olarak çıkmaktadır. Bu hareket şeklinde fikri ürünü satın alan veya kabul eden kimsenin cezalandırılabilmesi için ticari saikle hareket etmesi gerekeceğinden, kişinin kişisel kullanım amacıyla bandrol yükümlülüğüne aykırı yada bandrolsüz olarak çoğaltılan eseri satın alması veya kabul etmesi halinde cezalandırılması söz konusu ol(a)mayacaktır.[84] Yine, bu suçun oluşabilmesi için, eser nüshalarının hukuka uygun biçimde veya hukuka aykırı biçimde çoğaltılmış olmasının bir önemi yoktur.[85]

bb. Netice

Bu suç, neticesi harekete bitişik suç niteliğinde olduğundan, yukarıda fiil başlığında yer verilen hareket şekillerinin gerçekleştirilmesiyle netice de meydana gelecektir. Bu nedenle nedensellik bağı konusunda ayrıca bir araştırmaya gerek bulunmamaktadır.[86] Öte yandan, doktrinde kimi yazarlarca bu durum, *"sırf hareket suçu"* kavramı ile açıklanmaya çalışılmakta; suçun işlenmiş kabul edilebilmesi için netice aranmamakta; diğer bir deyişle fiilin icra edilmesiyle suç tamamlanmış sayılmaktadır.[87]

cc. Fail

Madde metninde, suç konusu teşkil eden fiiller ardı sıra zikredildikten sonra, bu fiilleri işleyen *"...kişi"* ibaresine yer verildiğinden, yasa koyucu failde suç işlemeye yönelik herhangi bir ayırt edici özellik aramadığından; bandrol yükümlülüğüne aykırı ya da bandrolsüz olarak bir eseri çoğaltıp satışa arz eden, satan, dağıtan veya ticari amaçla satın alan ya da kabul eden eser sahibi dâhil herkes[88] bu suçun faili

---

mevcut düzenleme karşısında tipe uygun eylemin belirlenmesinde sorunlar yaşanacağı haklı olarak dile getirilmiştir. Bkz. Turan, 2012, s. 226.

84 Çakır, 2011, s. 26

85 Turan, 2012, s. 227.

86 Çakır, 2011, s. 26

87 Özgenç, İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayınevi, Ankara, Eylül 2015, 11. Bası. s. 175; Koca, Mahmut / Üzülmez, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayınevi, Ankara, Ekim 2012, 5. Baskı. s. 117.

88 Eser üzerinde hak sahibi olmayan, diğer bir deyişle esas olarak bandrol temin etme hakkı olmayan bir kimsenin, eseri bandrolsüz olarak yama fiilinin faili olup olamayacağı konusu Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 19 Temmuz 2005 tarih, E. 2005/7-67, K. 2005/97 sayılı kararında inceleme konusu yapılmış; anılan kararda; "(...) *bandrol alabilme hakkı olmayan kişinin 81. maddede yazılı suçu işlemeyeceği de iddia edilmemeli, bu suçun failinin "basım ve yayımı korsan yöntemle yapabilenler de olabileceği sonucuna ulaşılmalıdır(...)"* denilmek suretiyle, suçun özgü suç niteliğinde olmadığı; bu bakımdan FSEK uyarınca bandrol alma hakkı bulunmayan kimselerin de, mezkur suçun faili olabilecekleri değerlendirilmiştir. Karar için bkz.http://www.turkhukuksitesi.com/serh.php?did=4765. İET: 29 Eylül 2020.

olabilecektir. Bununla birlikte hareket yeteneği bulunmayan, fiil ehliyeti olmayan tüzel kişiler suçun faili olamayacaktır.[89]

dd. Mağdur

Suçun maddi unsurlarından biri olarak mağdur, suçun maddi konusunun ait olduğu kimseyi işaret etmektedir[90]. Bu bakımdan her suçta bir mağdur bulunmaktadır. Bununla birlikte, 5237 sayılı TCK uyarınca, yalnızca gerçek kişiler suçun mağduru olabilirken, tüzel kişiler suçtan zarar gören konumundadır. Bandrol suçlarında mağdurun kim olduğu kanunda açıkça düzenlenmemiştir. Hal böyle olmakla birlikte, bu suçların takibinin re'sen yapılması ve bandrol uygulamasıyla amaçlanan hedefler göz önüne alındığında, suçtan doğrudan doğruya eser ve/veya bağlantılı hak sahibinden ziyade kamunun zarar gördüğü rahatlıkla söylenebilecektir.[91] Bu nedenle, toplumu oluşturan bireylere karşı suç işleneceğinden, bu suçun mağduru toplumu oluşturan herkes[92] olup, telif hukuku bağlamında dolaylı yoldan korunan mali hak sahipleri de suçtan zarar gören konumunda yer almaktadır.[93]

ee. Konu

Suça konu eylemin üzerinde gerçekleştirildiği kişi ya da şey suçun konusunu oluşturmaktadır. Her suçun mutlaka bir konusu bulunmaktadır. Bu anlamda suçun konusunu, eşya veya şahsın fiziki, maddi yapısı, bünyesi olarak değerlendirmek mümkündür.[94] Suçun konusu, bandrol yükümlülüğüne aykırı ya da bandrolsüz olarak

---

89 Özgenç, 2009, s. 193.

90 Artuk / Gökcen / Yenidünya, 2016, s. 288-289.

91 Yazar'a göre, bandrolsüz satış ve dağıtım ile yapılan, yasadışı, kayıtsız ve vergisiz devletin kazanç kaybına yol açan bir ticaret olması karşısında oluşan zarar, yalnızca Kültür Bakanlığı'nın dağıttığı bandrol bedelinden mahrum kalınması değildir. Bu bakımdan, zararın konusunu, kayıtlı ekonomik düzen ve vergisel hedeflerden ziyade, telif haklarının korunmasının uzun vadeli beklentileri oluşturmaktadır. Dolayısıyla, bu suçlarda genel bir zarar söz konusu olup, özellikle bandrolsüz nüshalarla ilişkilendirilebilir ve daha da önemlisi ölçülebilir (somut) bir zarardan söz edilemeyecektir. Bu husus hüküm aşamasında sanığa Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması (HAGB) uygulamasında gündeme gelecektir. Bkz. Güneş, 2015, s. 281; Başlar, 2016, s. 252-253.

92 Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 08 Nisan 2014 tarih, E. 2013/7-591,K. 2014/171 sayılı kararında suçların mağdurunun kimler olduğu noktasında bir değerlendirme yapmış ve anılan kararda; *"(...) Kanun koyucu, bandrol uygulamasıyla fikri haklar dünyasının ekonomik yönünü düzenlediğinden ve buna aykırı davranılarak devletin mevzuat ile oluşturduğu idari düzene yönelik suç işlenmiş olması karşısında bandrol yükümlülüğüne aykırılık suçlarında suçun mağduru doğrudan eser sahipleri olmayıp, toplumu oluşturan bireyler olduğunu belirlemiştir. (...)"* denilmek suretiyle bu suçlarda mağdurun toplumu oluşturan bireyler olduğu ortaya konulmuştur. Karar UYAP Bilişim sisteminden temin edilmiştir.

93 Çakır, 2011, s. 26.

94 Özgenç, 2009, s. 203.

"çoğaltılıp satışa arz edilme, satılma veya dağıtılma veya ticari amaçla satın alınma ya da kabul edilme" şeklindeki seçimlik hareketlere konu olan "eser"dir.[95]

c. Manevi Unsur

TCK'nın benimsediği suç ve ceza sistemine göre, taksirle işlenebilen suçların kanunda açıkça düzenlenmiş olması gerekmektedir. Bu anlamda, kanunda suçun taksirle işlenebileceğine yönelik açık bir hüküm bulunmadığı takdirde, suçların kasten işlenebileceği kabul edilmelidir. Bandrol yükümlülüğüne riayet etmeme suçunun manevi unsuru kast olduğundan, bu suç ancak kasten işlenebilecektir.

d. Hukuka Aykırılık

Kanun koyucu bu suç tipinde, suç siyaseti ile güdülen amaç bakımından, fikir ve sanat eserleri kapsamındaki eserler ve çoğaltılmış nüshaları için bandrol uygulaması şeklinde kamusal açıdan bir güvenlik, denetim ve koruma mekanizması oluşturmuş, bu mekanizmaya aykırı fiilleri de hukuka aykırı saymak suretiyle cezalandırma yoluna gitmiştir.[96] Bu nedenle, eser ve/veya bağlantılı hak sahipleri, eserlerinin bandrol yapıştırılmaksızın basım, satış ya da dağıtımına izin vermiş, rıza göstermiş veya sessiz kalmış olsalar bile, bu izin, rıza gösterme ve sessiz kalma, ilgilinin rızası bağlamında bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmeyecektir.

2. Bandrol Sahteciliği Suçu (FSEK md. 81/9)

a. Genel Olarak

Bandrol sahteciliği suçu; *"Sahte bandrol üreten, satışa arz eden, satan, dağıtan, satın alan, kabul eden veya kullanan kişi üç yıldan yedi yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır."* şeklinde düzenlenmiştir (FSEK md. 81/9).

Bandrol uygulamasının temel amaçlarından birisinin hukuka aykırı surette çoğaltılmış eser nüshalarının tedavüle çıkarılmasını engelleyerek hem devletin gelir kaybının önüne geçmek, hem de eser ve/veya bağlantılı hak sahiplerinin telif hukukundan kaynaklanan haklarını koruma altına almak olduğunu daha önce dile getirmiştik. İşte tam da bu noktada, bandrol sahteciliği suçuyla fail, eser nüshalarının yasa dışı yollarla hukuka aykırı bir şekilde çoğaltılmış olduğunu gizlemek için orijinal bandrollere benzeyen sahte bandrolleri kimi zaman üretmek, kimi zaman da tedavülünü sağlayarak kullanmak

[95] Çakır, 2011, s. 27.
[96] Çakır, 2011, s. 27.

suretiyle bandrol uygulamasıyla korunan hukuki yararı ağır bir şekilde ihlâl etmektedir.[97] Bu nedenle kanun koyucu bu suç bakımından diğer bandrol suçlarından farklı olarak daha ağır bir yaptırım öngörmüştür.

Kimi yazarlarca, bu düzenleme TCK'nın 204 vd. maddelerinde düzenlenen, basımı inhisari olan sahte para basma (kalpazanlık), belgede sahtecilik suçlarına benzetilmekte olup;[98] kanaatimizce de bu suç, sahtecilik suçunun özel görünümü olarak özel kanunlarda düzenlenen bir suç tipi olarak telakki edilebilir.

b. Suçun Maddi Unsurları

aa. Fiil

Bandrol sahteciliği suçunun oluşabilmesi için öncelikle ortada sahte olarak üretilen bir bandrolün bulunması gerekmektedir. Bununla birlikte, suçun oluşabilmesi için sahte bandrolün ilk bakışta eser nüshalarını tüketenlerde gerçek izlenimi verecek şekilde algılanması yeterli olmakta ve fakat sahte olarak üretilmiş bandrolün, tüketiciyi aldatma (iğfal) kabiliyetine sahip olması ile sahteliğe bağlı bir zararın oluşması aranmamaktadır.[99]

Suçun unsurlarının belirlenebilmesi ve suçun daha iyi anlaşılabilmesi için sahte kelimesinin dilbilimsel *(semantik)* olarak ne anlama geldiğinin ortaya konulması gerekmektedir. Sahte kelimesi; *"Bir şeyin aslına benzetilerek yapılan, düzme, düzmece, uydurma, gerçek olmayan"* anlamına gelmektedir.[100]

Hem FSEK'in 81. maddesinin 1. fıkrası hem de Bandrol Yönetmeliği'nin 6. maddesine göre, bandrol ancak Kültür ve Turizm Bakanlığı (Bakanlık) tarafından basılmakta, satışı ise Bakanlık ile Bakanlıkça belirlenen satış fiyatı üzerinden yetkili kılınan meslek birlikleri tarafından gerçekleştirilmektedir.[101] Bu kuruluşlar dışında, bandrollerin üretilmesi, satışa arz edilmesi, satılması, satın alınması, dağıtılması, kabul edilmesi veya kullanılması yasak olup, netice itibariyle bandrol sahteciliği suçuna vücut vermektedir.

Bandrol sahteciliği suçu, bağımsız hareketlerden birisinin gerçekleştirilmesi ile suçun oluştuğunun kabul edildiği seçimlik hareketli suç niteliğindedir. Seçimlik hareketlerden birincisi, bandrol basımı konusunda kanunda inhisari olarak yetkili kılınan kuruluşlar haricinde

---

97 Turan, 2012, s. 229.
98 Çakır, 2011, s. 27; Başlar, 2016, s. 255; Turan, 2012, s. 229.
99 Başlar, 2016, s. 256; Turan, 2012, s. 229.
100 Bkz. TDK Güncel Türkçe Sözlük (Online) https://sozluk.gov.tr/. İET: 29 Eylül 2020.
101 Hak sahiplerinin usulüne uygun surette bandrol alabilmeleri için; eser adını, eser/hak sahibini, eser üzerinde devraldıkları hakları, eseri çoğaltan kimseyi, çoğaltım sayısını ve bandrolü talep eden gerçek ve tüzel kişinin bilgilerini içeren bir taahhütnameyi Kültür ve Turizm Bakanlığına vermeleri gerekmektedir. (FSEK md. 81/2; Bandrol Yönetmeliği md. 6/4).

sahte bandrol üretmektir. Bununla birlikte, bu hareket şeklinde, suçun oluşması için sahte bandrolün kullanılması gerekli olmadığından failin bu bandrolleri hiç kullanmamış olması halinde bile, sahte bandrolün üretimini gerçekleştirmiş olması karşısında suçu işlediği kabul edilecektir.[102]

Bir diğer hareket şekli ise, sahte olarak üretilmiş bandrolün elde edilecek menfaat karşılığında bandrollerin üçüncü kişilere satışının yapılması olarak tarif edebileceğimiz satışa arz edilmesidir.[103] Diğer hareket şekilleri ise, sahte bandrolün tedavüle sokulması şeklinde dağıtılması ile sahte olarak üretilmiş bandrolü kullanmaktır. Kullanma eyleminde failin, maddi bir çıkar elde etmesinin, suçun oluşması noktasında bir önemi de bulunmamaktadır.[104]

bb. Netice

Bandrol sahteciliği suçu, neticesi harekete bitişik suç niteliğinde olduğundan, yukarıda fiil başlığında yer verilen hareket şekillerinin gerçekleştirilmesiyle netice de meydana gelecektir. Öte yandan, bu suçun oluşabilmesi için, sahte bandrollerin yapıştırıldığı eser nüshalarının hukuka aykırı bir şekilde çoğaltılmış olup olmadığı önem arz etmemekte, mezkûr suç, eser sahibinin yazılı izni ile hukuka uygun bir şekilde çoğaltılmış eser nüshalarına sahte bandrolün yapıştırılması halinde bile işlenmekte, bu nedenle bu suç yönünden belirleyici olan, her ne şekilde çoğaltılmış olursa olsun eser nüshalarına sahte bandrollerin yapıştırılmış olmasıdır.[105]

Belirtmek gerekir ki, çoğaltma işleminin de hukuka aykırı olması halinde, aynı zamanda FSEK'in 71/1-1 maddesinde düzenlenen *"hukuka aykırı çoğaltma"* suçu da işlenmiş olacağından; gerek sahte bandrol suçu ile gerekse hukuka aykırı çoğaltma suçunu aynı failin işlemesi halinde, bir tür *"özel içtima"* kuralı niteliğinde olan FSEK'in 81/13. maddesi uygulanacaktır.[106] Bu konu ile ilgili olarak, çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde içtima başlığı altında ayrıntılı açıklamalara yer verilecektir.

cc.Fail

Madde metninde, suç konusu teşkil eden fiiller ardı sıra zikredildikten sonra, bu fiilleri işleyen *"...kişi"* ibaresine yer verildiğinden, yasa koyucu failde suç işlemeye yönelik herhangi bir ayırt edici özellik aramamış; bu nedenle sahte bandrol üreten, satışa arz eden, satan,

---

[102] Çakır, 2011, s. 27.
[103] İfade etmek gerekir ki, üzerine sahte bandrol yapıştırılan eser nüshasının orijinal olup olmaması, bu suçun oluşmasında bir ehemmiyet arz etmemektedir. Çakır, 2011, s. 27.
[104] Çakır, 2011, s. 27.
[105] Turan, 2012, s. 230.
[106] Turan, 2012, s. 230; Çakır, 2011, s. 28.

dağıtan, satın alan, kabul eden veya kullanan herkes bu suçun faili olabilecektir.

dd. Mağdur

Bandrol sahteciliği suçunda, suçun mağduru toplumu oluşturan herkes olup, telif hukuku bağlamında dolaylı yoldan korunan mali hak sahipleri de suçtan zarar gören konumunda yer almaktadır.[107] Zira, suçtan zarar gören, işlenen suç nedeniyle, malvarlığında azalma meydana gelen[108] veya hukuken korunan menfaatleri doğrudan veya dolaylı ihlâl edilen kimsedir.[109]

ee. Konu

Sahte bandrol üretme, satışa arz etme, satma, dağıtma, satın alma, kabul etme veya kullanma şeklindeki seçimlik hareketlerden birisi ile işlenebilen bandrol sahteciliği suçunun konusunu FSEK'in 81. maddesinin bütününde düzenleme konusu yapılan *"bandrol"* kavramı oluşturmaktadır.[110]

c. Manevi Unsur

Bandrol sahteciliği suçunun manevi unsuru kast olduğundan (FSEK md. 81/9), bu suç ancak kasten işlenebilecek ve failde suçun işlenmesi bakımından özel bir kast aranmayacak, yalnızca failin zilyetliğinde bulunan bandrolün sahte olduğunu bilmesi ve isteyerek hareket etmesi suçun manevi unsuru bakımından yeterli olacaktır. Bu anlamda fail, kamunun ve eser ve/veya bağlantılı hak sahiplerinin telif hukukundan doğan hakları ile bandrol uygulaması ile korunmak istenen hukuki yarara aykırı şekilde davrandığını bilerek ve isteyerek suç tanımında belirtilen seçimlik hareketleri gerçekleştirmek suretiyle bandrol sahteciliği suçunu işlemektedir. Bununla birlikte fail, eğer fiilin icrası sırasında, suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeden hareket ederse, TCK'nın 30. maddesinde düzenleme altına alınan *"hata"* hükümlerinden yararlanacaktır.[111] Failin, bandrolün sahte olduğunu öngörmesine rağmen, suç tanımında yer verilen seçimlik hareketleri gerçekleştirmesi durumunda ise olası kastın varlığından bahsedilecek ve failin cezalandırılması yoluna gidilecektir.[112]

---

[107] Çakır, 2011, s. 28.
[108] Özgenç, 2009, s. 207.
[109] Artuk / Gökcen / Yenidünya, 2016, s. 288.
[110] Bandrol konusunda ayrıntılı bilgi için çalışmamızın "Bandrol Kavramı" başlığı altındaki açıklamalara bakılabilir.
[111] Çakır, 2011, s. 28.
[112] Çakır, 2011, s. 28.

d. Hukuka Aykırılık

Tüm bandrol suçlarında olduğu gibi (FSEK md. 81), bandrol sahteciliği suçunda da kayıtlı ekonomik düzen ile eser ve/veya bağlantılı hak sahiplerinin telif hukukundan doğan haklarının korunması amaçlandığından, TCK'da yer alan ilgilinin rızası, hakkın kullanılması gibi hukuka uygunluk nedenleri, bandrol uygulamasını etkileyecek şekilde sahte bandrolün üretilmesi, tedavüle sokulması gibi bandrol sahteciliği suçuna vücut verebilecek eylemleri hukuka uygun hale getirmeyecektir.[113]

3. Usulsüz Bandrol Kullanma Suçu (FSEK m. 81/10)

a. Genel Olarak

Usulsüz bandrol kullanma suçunda (FSEK md. 81/10), bandrol suçlarının başka bir seçimlik hareketi olan *(bir eserle ilgili olarak usulüne uygun biçimde temin edilmiş bandrolleri başka bir eser üzerinde tatbik etmek)* eylemini gerçekleştiren kişinin, bir yıldan beş yıla kadar hapis ve binbeşyüz güne kadar adli para cezası ile cezalandırılacağı benimsenmiştir.[114]

b. Suçun Maddi Unsurları

aa. Fiil

Eser ve/veya bağlantılı hak sahipleri, bandrol uygulamasına tabi eserlere ilişkin olarak bandrol alabilmeleri için; eser adını, eser/hak sahibini, eser üzerinde devraldıkları hakları, eseri çoğaltan kimseyi, çoğaltım sayısını ve bandrolü talep eden gerçek veya tüzel kişinin bilgilerini içerir bir talep formu ve taahhütname ile istendiğinde bu bilgilere ilişkin belgeleri Kültür ve Turizm Bakanlığı'na vermeleri gerekmektedir (Bandrol Yönetmeliği md. 6/3). Bunun üzerine Bakanlık tarafından ilgililere verilen bandrollerin her biri üzerinde ayrı bir numara bulunmakta; taahhütnameye de verilen bandrollerin seri halinde başlangıç ve bitiş numaraları kaydedilmektedir.

Eser ve/veya bağlantılı hak sahipleri, mevzuata uygun bir şekilde temin ettikleri bandrolleri, yalnızca bandrol serisinin verildiği eser nüshaları üzerine tatbik etmeleri *(uygulamak-yapıştırmak)* gerekirken; bu bandrollerin taahhütnamede beyan edilen eserden başka bir eser üzerine tatbik edilmesi halinde usulsüz bandrol kullanma suçu işlenmiş

---

[113] Çakır, 2011, s. 29.

[114] Usulsüz bandrol kullanma suçu, FSEK'e 5101 sayılı Kanun'un 23. maddesiyle girmiş ve 81/9-2'den ayrılarak 81. maddenin 10. fıkrasıyla ayrı bir düzenlemeye kavuşmuştur. Yasa koyucu, bu suçun ihlâl ettiği hukuksal değeri göz önünde bulundurarak, eski düzenlemeye nazaran fail için öngörülen ceza miktarında artışa gitmiştir.

olunacaktır.[115] Bununla birlikte, usulsüz bandrol kullanılan eserin aynı zamanda çoğaltılıp satışa arz edilmesi, satılması, dağıtılması veya ticari amaçla satın alınması ya da kabul edilmesi şeklindeki seçimlik hareketlerin gerçekleştirilmesi durumunda ise failin kastının bulunması koşuluyla, bandrol suçlarının ana düzenlemesi olarak bandrol yükümlülüğüne riayet etmeme suçu (FSEK md. 81/4) oluşacaktır.[116] Zira, *"usulsüz bandrol kullanma"* eylemi, bandrol yükümlülüğüne aykırılık unsurunun somutlaşmış halini teşkil edecek, bunun üstüne 81/4. maddedeki çoğaltıp satışa arz etme gibi seçimlik hareketlerin icra edilmesiyle de suç tüm unsurlarıyla gerçekleşmiş olacaktır.

Hareketin ne şekilde yapılacağı konusunda madde metninde herhangi bir düzenleme yoluna gidilmediğinden usulsüz bandrol kullanma suçu, serbest hareketli bir suç niteliğindedir.[117]

Son olarak belirtmek gerekirse, failin, bandrollerin yapıştırıldığı diğer eser üzerinde herhangi bir hakkının bulunup bulunmadığının bir önemi olmadığı gibi, taahhütnamede bandrol yapıştırılacağı bildirilen eser ile alınan bandrolün yapıştırıldığı diğer eserin sahibinin aynı kişiler olması da suçun meydana gelmesini etkilemeyecektir.[118] Bu suç yönünden önem arz eden husus, bandrollerin taahhütnamede belirtilen eserden başka bir eser üzerine yapıştırılmış olmasıdır.

bb. Netice

Bu suç yönünden, yalnızca bandrollerin taahhütnamede belirtilen eserden başka bir eser üzerine yapıştırılmış olması aranmakta; bunun haricinde suçun oluşması için zarara sebebiyet verecek bir neticenin gerçekleşmesi beklenmemektedir. Bu nedenle, usulsüz bandrol kullanma suçu, tehlike suçu olup, hareketin yapılması ile netice gerçekleşeceğinden tamamlanmaları bakımından neticenin gerçekleşmesi gerekli olmayan sırf hareket-neticesiz suç[119] kategorisinde değerlendirmek gerekmektedir.

cc. Fail

Madde metninde, suç konusu teşkil eden fiil zikredildikten sonra, bu fiili işleyen *"...kişi"* ibaresine yer verildiğinden, yasa koyucu failde suç işlemeye yönelik herhangi bir ayırt edici özellik aramamış; bu nedenle alınan bandrolleri taahhütnamede belirtilen eser haricinde başka bir eser üzerine tatbik *(yapıştırmak)* eden herkes bu suçun faili olabilecektir.

---

[115] Turan, 2012, s. 230.
[116] Başlar, 2016, s. 256.
[117] Çakır, 2011, s. 29; Özgenç, 2009, s. 172; Koca / Üzülmez, 2012, s. 117.
[118] Turan, 2012, s. 231.
[119] Artuk / Gökcen / Yenidünya, 2016, s. 252.

dd. Mağdur

Usulsüz bandrol kullanma suçunda, suçun mağduru toplumu oluşturan herkes olup, telif hukuku bağlamında dolaylı yoldan korunan mali hak sahipleri de suçtan zarar gören konumunda yer almaktadır.[120] Bu durum özellikle kovuşturma aşamasında davaya katılma (müdâhillik) konusunda önem arz etmektedir.

ee. Konu

Usulsüz bandrol kullanma suçunun konusunu, çalışmamızın esasını teşkil etmesi bakımından *"bandrol"* kavramı oluşturmaktadır.

c. Manevi Unsur

Usulsüz bandrol kullanma suçunun manevi unsuru kast olduğundan (FSEK md. 81/10), bu suç ancak kasten işlenebilecek ve fail de suçun işlenmesi bakımından özel bir kast aranmayacak; yalnızca failin bandrol uygulamasına aykırı davranmak suretiyle başka eser üzerinde bandrol yapıştırdığını bilerek ve isteyerek hareket etmesi, manevi unsur bakımından yeterli olacaktır. Bununla birlikte fail, eğer fiilin icrası sırasında, suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeden hareket ederse, TCK'nın 30. maddesinde düzenleme altına alınan *"hata"* hükümlerinden yararlanacaktır.[121]

d. Hukuka Aykırılık

Tüm bandrol suçlarında olduğu gibi, usulsüz bandrol kullanma suçunda da, kayıtlı ekonomik düzen ile eser ve/veya bağlantılı hak sahiplerinin telif hukukundan doğan haklarının korunması amaçlanmış; bu bakımdan kanun koyucu, başlangıçta usulüne uygun olarak alınan bandrolün, amacı dışında başka eser üzerinde tatbik edilmesi eylemlerinin, bandrol sisteminin işleyişine zarar vereceğini değerlendirerek, bu tür eylemleri hukuka aykırı saymak suretiyle cezalandırma yolunu tercih etmiştir.

4. Bandrol Dolandırıcılığı ve Bandrol Temini Suçu (FSEK m. 81/11-12)

a. Genel Olarak

Bandrol dolandırıcılığı suçunda (FSEK md 81/11), yetkisi olmadığı halde hileli davranışlarla bandrol temin eden kişi bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılacaktır. Bandrol temini suçunda da (FSEK

---

[120] Çakır, 2011, s. 28.
[121] Çakır, 2011, s. 28.

md. 81/12), yetkisi olmayan kişilere bandrol temin eden kişinin iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılacağı öngörülmüştür.[122] Bu suç tiplerinde fail, diğer bandrol suçlarından farklı olarak yetkisi olmadığı halde, hileli davranışlarla bandrol temin etmekte veya ilgili mevzuat gereği bandrol vermeye yetkisi olduğu halde yetkisi olmayan kişilere bandrol temin etmektedir.[123]

b. Suçun Maddi Unsurları

aa. Fiil

Eser ve/veya bağlantılı hak sahibi, Kültür ve Turizm Bakanlığı'na bandrol talep formu, taahhütname ile istenilen diğer belgeler ile başvurmak suretiyle bandrol talep edebilmektedir. (Bandrol Yönetmeliği md. 6/3.) Sunulan belgelerde, başta eser veya fonogram veya süreli olmayan yayının künyesi, çoğaltım yapan tüzel kişi, çoğaltım sayısı, talep edilen bandrol sayısı gibi bilgilerin yer alması zorunludur. Bu nedenle Bakanlığa bandrol temin etmek için sunulan belgelerin gerçeğe aykırı şekilde düzenlenerek bandrol mevzuatı gereği alınamayacak bandrollerin alınması durumu, hileli davranışlarla bandrol teminine karşılık gelmektedir.[124] Bu haliyle hileli davranışlarla bandrol temin etme fiili bir çeşit özel dolandırıcılık eylemi olarak değerlendirilmesi mümkündür.[125] Bununla birlikte, failin hileli davranışlarla elde ettiği bandrolü kullanmasının veya anılan bandrolleri temin etmek suretiyle kazanç elde etmesinin suçun oluşumu bakımından bir önemi bulunmadığından, gerçeğe aykırı bilgilerden hareketle hazırlanan belgeleri kullanmak suretiyle hileli davranışlarla ve haksız olarak temin ettiği bandrolün kullanılmamış olması halinde de suç oluşacaktır.[126] Öte

---

[122] FSEK'in 81. maddesinin 11 ve 12. fıkralarında yer alan bandrol dolandırıcılığı ve bandrol temini suçları, 23 Ocak 2008 tarihli 5728 sayılı Kanun'un 143. maddesinde yer verilen düzenleme ile iki fıkra halinde Kanuna derc edilmiştir.

[123] Çakır, 2011, s. 29.

[124] Turan'a göre, fıkradaki "yetkisi olmayan kişiler" ibaresiyle, hileli davranışlarla bandrolün alındığı eser, fonogram veya süreli olmayan yayınlar üzerinde herhangi bir hakka sahip olmayan, diğer bir deyişle telif hukuku bağlamında eseri çoğaltma veya yayma yetkisi bulunmayan kişiler tarif edilmektedir. Bununla birlikte, bandrol mevzuatı gereği yetkili kılınmış olan kimsenin, kendisine çizilen yetkiye ilişkin sınırları aşarak hileli davranışlarla bandrol temin etmesi de imkan dahilinde olabileceğinden, bu halde yetkinin aşıldığı kısım için yetkisiz davranıldığı kabul edilecektir. Failin başka eser üzerinde kullanmak üzere, aslen hak sahibi olduğu bir eser için kullanacağı bandrol sayısından fazla bandrol temin etmesi hali bu duruma verilebilecek bir örnek teşkil etmektedir. Bu durumda, FSEK'in 81/10. maddesinde düzenlenen usulsüz bandrol kullanma suçu değil, 81/11. maddede düzenlenen hileli davranışlarla bandrol temin etme suçu işlenmiş olunacaktır. Bkz. Turan, 2012, s. 231-232.

[125] Güneş, 2015, s. 278.

[126] Çakır, 2011, s. 30; Turan, 2012, s. 232.

yandan, bandrol dolandırıcılığı suçunda, bandrol sahteciliği (FSEK md. 81/9) suçundan farklı olarak bandrolün bizatihi kendisinin sahte olması değil ve fakat bandrol almak için Bakanlığa verilen belgelerin yanıltıcı ve sahte olması gerekeceğinden bu belgelerin aldatma *(iğfal)* kabiliyetine sahip olması suçun oluşabilmesi bakımından gereklilik arz etmekte olup; hileli davranışlarla bandrol temin edilmiş ancak Bakanlığa sunulan belgeler aldatma kabiliyetine sahip değilse suçun işlendiğinden bahsedilemeyecek aksi halde ise suç tamamlanmış olacaktır.[127]

Yetkisi olmayan kişilere bandrol temin edilmesi fiilinde fail, kendisine tanınan yetkiyi kötüye kullanarak, bandrol alma yetkisinin tanıdığı imkânları suiistimal ederek yetkisi olmayan kişilere bandrol temin etme suçunu işlemekle birlikte, kimi yazarlarca TCK'nin 257. maddesinde düzenleme altına alınan görevi kötüye kullanma suçunun da işlenebileceği dile getirilmektedir.[128]

Bandrol temini suçu, bandrolün yetkisiz kişilere tevdii ile tamamlanmış olacağından, bu şekilde elde edilen bandrollerin ayrıca eser ve/veya bağlantılı hak sahiplerince eserin çoğaltılmış nüshaları üzerinde kullanılması halinde, bandrol yükümlülüğüne aykırı olarak bir eseri satışa arz etmek, satmak, dağıtmak veya ticari amaçla satın almak ya da kabul etmek suçunu (FSEK md. 81/4) oluşturabilecektir.[129]

bb. Netice

Gerek bandrol dolandırıcılığı gerekse bandrol temini suçları serbest hareketli suçlar olduğundan, kanun koyucu suçun oluşması için belirli seçimlik hareketlerin yapılmasını aramamıştır. Bu bakımdan yetkisiz kişilerce bandrol temin etme amacıyla yapılacak her hareket suçların oluşmasına sebebiyet verecektir.

cc. Fail

Bandrol dolandırıcılığı suçunun düzenlendiği madde metninde, suç konusu teşkil eden fiil zikredildikten sonra, bu fiili işleyen *"...kişi"* ibaresine yer verildiğinden, yasa koyucu failde suç işlemeye yönelik

---

[127] Başlar, 2016, s. 258; Uslu, 2012, s. 527.

[128] Her iki suçun yaptırım yönünden karşılaştırılması yapıldığında, yetkisi olmayan kişilere bandrol temin edilmesi suçunun hapis ve adli para cezasından oluşan daha ağır bir yaptırıma bağlandığı görülmektedir. Bu halde fail, kamu görevlisi olması hasebiyle kendisine tanınan güveni ve yetkiyi kötüye kullanarak, bandrol alma yetkisi olmayanlara bandrol temin etmektedir. Bu durumda ise, yetkisini kötüye kullanarak bandrol temin edenlerin eylemleri TCK'nin ilgili maddelerinde düzenlenen başka suçlara da vücut verecek ve gerçek içtima kurallarına göre cezalandırılacaklardır. Bu suçun kamu görevlisi tarafından işlendiğinde, TCK'nin 257. maddesinde düzenlenen görevi kötüye kullanma suçu veya kamu görevlisi tarafından bir menfaat temin edilmesi halinde de TCK'nin 252. maddesinde yer alan rüşvet suçunun işlenmesi söz konusu olacaktır. Bkz. Çakır, 2011, s. 30.

[129] Turan, 2012, s. 233.

herhangi bir ayırt edici özellik aramamış; bu nedenle yetkisi olmadığı halde hileli davranışlarla bandrol temin eden herkes bu suçun faili olabilecektir.

Bandrol temini suçunda ise fail, kendisine tanınan yetkiyi ve duyulan güveni kötüye kullanarak yetkisi olmayan kişilere bandrol temin ettiğinden, bu suçun bandrol vermeye yetkili kişiler tarafından işlenmesi gerekecektir. Ceza hukukunda belirli yükümlülük altında bulunan ve farklı vasıflara haiz olan kişiler tarafından işlenen objektif vasıflardan söz edilen suçlar olarak tarif edilen "özgü-mahsus suçlar",[130] bu suçun belirli kişiler tarafından işlenmesi halinde gündeme gelecektir.[131]

dd. Mağdur

Bandrol dolandırıcılığı ile bandrol temini suçlarında, suçun mağduru toplumu oluşturan herkes olup, telif hukuku bağlamında dolaylı yoldan korunan mali hak sahipleri de suçtan zarar gören konumunda yer almaktadır.[132]

ee. Konu

Bandrol dolandırıcılığı ile bandrol temini suçlarının konusunu, bir güvenlik etiketi olarak *"bandrol"* kavramı oluşturmaktadır.

c. Manevi Unsur

Bandrol dolandırıcılığı ile bandrol temini suçlarının manevi unsuru kast olduğundan (FSEK md. 81/11 – 12), bu suçlar ancak kasten işlene bilinecek ve fail de suçların işlenmesi bakımından özel bir kast aranmayacak, yalnızca failin bandrol uygulaması ile eser ve/veya bağlantılı hak sahiplerinin haklarına aykırı davrandığını bilerek ve isteyerek suç işlemesi, manevi unsur bakımından yeterli olacaktır.

d. Hukuka Aykırılık

Bandrol dolandırıcılığı ile bandrol temini suçlarında, bandrol sistemine duyulan güvenin, eser ve/veya bağlantılı hak sahiplerinin haklarını ihlâl edecek şekilde hileli davranışlarla, yetkisi olmadığı halde bandrol temin etme veya bandrol alma yetkisi olmayan kişilere bandrol temin etme şeklinde hak sahibi olmayan kişilerin hukuka aykırı biçimde bandrol elde etmeleri ve piyasayı bu surette dolandırmak suretiyle kayıtlı ekonomik düzenin korunması amaçlanmıştır.[133] Bu bakımdan,

---

[130] Özgenç, 2009, s. 188; Artuk / Gökcen / Yenidünya, 2016, s. 218.
[131] Çakır, 2011, s. 30. Farklı yöndeki görüş için bkz. Başlar, 2016, s. 258.
[132] Çakır, 2011, s. 30.
[133] Başlar, 2016, s. 257-258; Çakır, 2011, s. 30.

TCK'da yer alan ilgilinin rızası, hakkın kullanılması gibi hukuka uygunluk nedenleri, hileli davranışlarla, yetkisi olmadığı halde bandrol temin etme veya bandrol alma yetkisi olmayan kişilere bandrol temin etme fiillerini hukuka uygun hale getirmeyecektir.[134]

III. BANDROL YÜKÜMLÜLÜĞÜNE RİAYET ETMEME SUÇLARININ ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ

A. TEŞEBBÜS

Kanunda suç olarak tanımlanan fiilin icrasına başlanmış olmakla birlikte, failin elinde olmayan nedenlerle icra hareketleri tamamlanamamış; icra hareketleri tamamlanmış olmakla birlikte suçun unsurları arasında yer alan netice gerçekleşmemiş olması hallerinde suçun teşebbüs aşamasında kaldığından bahsedilebilir.[135]

Bandrol yükümlülüğüne riayet etmeme başlığı altında düzenlenen suçlar (FSEK md. 81), esas itibariyle neticesi harekete bitişik, sırf hareket suçları niteliğinde *(şekli suç)* olduğundan teşebbüse uygun olmayıp; suçun kanuni tanımındaki hukuka aykırı hareketlerin icra edilmesi ile suç işlenmiş olacaktır ve ayrıca bir neticenin meydana gelmesi de suçun tamamlanmış olması bakımından aranmayacaktır. Bununla birlikte icra hareketlerin bölünebilir olduğu kimi hallerde suçun teşebbüs aşamasında kaldığı değerlendirilecek, dolayısıyla fail teşebbüsten sorumlu tutulabilecektir.[136] Örnek olarak, bandrolsüz veya bandrol yükümlülüğüne aykırı şekilde çoğaltılan eser nüshalarının satışa arzı, satışı ya da dağıtımı suçunun (FSEK md. 81/4) faili, eser nüshalarını, dağıtımı yapacak kimselere göndermek üzere kargoya verir ya da nakliye için araca yükletir ve kargoda ya da araçta iken çoğaltılmış nüshalara kolluk kuvvetleri tarafından el konursa, suçun teşebbüs aşamasında kaldığı kabul edilecektir.[137]

Öte yandan, bandrol yükümlülüğüne riayet etmeme suçlarında teşebbüs bakımından, icra hareketlerinin bölünebildiği iki suç tipi karşımıza çıkmaktadır. Buna göre, bandrol dolandırıcılığı suçunda (FSEK md. 81/11), yetkisi olmayan kişilerin hileli hareketleri ile bandrol temin etmek için -suç bandrollerin Bakanlıktan temin edilmesi (alınması) ile tamamlanmaktadır- yanıltıcı bilgilerle doldurduğu taahhütnameyi Bakanlığa vermesi, Bakanlığın da durumu fark edip ya da ilave olarak sözleşme gibi bir takım ek belge istemesi üzerine, failin bandrol temin

---

[134] Çakır, 2011, s. 29.

[135] Artuk / Gökcen / Yenidünya, 2016, s. 589.

[136] Hal böyle olmakla birlikte, suçun işlenmesine ön hazırlık mahiyetindeki hazırlık hareketlerinin fail tarafından gerçekleştirilmekle birlikte; icra hareketlerine başlanılmadığı hallerde ise, ortada işlenmeye başlanmış herhangi bir suç da olmayacağından suça teşebbüsten bahsedilemeyecektir. Bkz. Başlar, 2016, s. 259; Turan, 2012, s. 239.

[137] Turan, 2012, s. 240.

edememesi hallerinde suç teşebbüs aşamasında kalacağından fail, FSEK 81/11. maddesi ile TCK'nın 35. maddeleri uyarınca suça teşebbüsten cezalandırılacaktır.[138]

Benzer şekilde, yetkisi olmayan kişilere bandrol temini suçunda (FSEK md. 81/12) da bandrol vermeye yetkisi bulunan Bakanlık görevlisinin eser ve/veya bağlantılı hak sahipleri tarafından bandrol almak için doldurulan taahhütnamenin yanıltıcı bilgiler içerdiğini bilmesine rağmen, bandrolleri yetkisiz kişilere temin etmek üzere gerekli olan yazışma yapmak gibi teknik işlemleri tamamlayıp ya da bandrolleri zilyetliğine geçirip yetkisiz kişiye veremeden yakalanması halinde suç teşebbüs aşamasında kalacak; fail FSEK 81/12. maddesi ile TCK'nin 35. maddeleri uyarınca suça teşebbüsten cezalandırılacaktır.[139]

B. İŞTİRAK

Bandrol yükümlülüğüne riayet etmeme suçları, iştirak konusunda ayrıca bir özellik arz etmediğinden TCK'nin 37 vd. maddelerinde düzenlenen genel iştirak kuralları, bu başlık altında düzenlenen suçlar bakımından uygulama alanı bulacaktır. Bu anlamda, suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri, müşterek fail olarak sorumlu olacak (TCK md. 37/1), suçun işlenmesinde kusur yeteneği olmayanları araç olarak kullanmak (TCK md. 37/2), suçun icra hareketlerini fail ile birlikte gerçekleştirmemekle birlikte ve fakat suç işleme konusunda faili etkiyerek suça azmettirmek (TCK md. 38), suçun işlenmesine yardım etmek (TCK md. 39) biçimindeki iştirak yöntemleriyle bandrol yükümlülüğüne riayet etmeme suçlarına doğrudan ya da dolaylı olarak katılan iştirak edenler *(şerik)* TCK'deki iştiraki düzenleyen genel hükümler uyarınca cezalandırılacaktır.[140]

C. İÇTİMA

Ceza hukukunun "kaç tane fiil varsa o kadar suç, kaç tane suç varsa o kadar ceza vardır" prensibi uyarınca, işlenen her suçla ilgili olarak ayrı ayrı cezaya hükmedilecek, diğer bir deyişle gerçek içtima kuralı uygulanacaktır.[141] Bu kuralın istisnasını ise, suçların içtimaı *(TCK md. 42,*

---

138 Çakır, 2011, s. 31; Turan, 2012, s. 240.

139 Turan, 2012, s. 240.

140 Turan'a göre, yetkisi olmayan kişilere bandrol temini (FSEK md. 81/12) suçunda failin, bizzat bandrolü kullanma amacı taşımayan, diğer bir deyişle aracı konumundaki kimse olması karşısında, bandrol dolandırıcılığı (FSEK md. 81/11) suçunda, faile *"yardım etmek"* şeklinde bir suç ortaklığı içerisinde olduğu, ayrıca 81/12. maddedeki fiilin de bu kapsamda olduğu bir anlık değerlendirilmekle birlikte, yetkisi olmayan kişilere bandrol temini fiilinin ayrıca bir suç olarak düzenlenmesi karşısında, 81/12. maddedeki fiili gerçekleştiren fail, bandrol dolandırıcılığı kapsamında değil, bağımsız bir suç olarak yetkisi olmayan kişilere bandrol temini (FSEK md. 81/12) suçu kapsamında cezalandırılacaktır. Bkz. Turan, 2012, s. 241.

141 Özgenç, 2009, s. 498; Artuk / Gökcen / Yenidünya, 2016, s. 688.

43, 44 de düzenlenen bileşik suç, zincirleme suç ve fikri içtima) oluşturmaktadır.

Bandrol yükümlülüğüne riayet etmeme başlığı altında düzenlenen suçlarda, içtimayla ilgili olarak çeşitli ihtimaller gündeme gelmektedir. Bandrol yükümlülüğüne riayet etmeme suçu (FSEK md. 81/4) ile bandrol sahteciliği (FSEK md. 81/9) suçlarının, aynı suç işleme kararının icrası kapsamında değişik zamanlarda işlenmesi halinde, suça konu nüshaların aynı eserin nüshaları olması gibi koşullarının mevcudiyeti halinde zincirleme suç hükümleri uygulanabilecektir.[142]

Öte yandan, FSEK'in 81. maddesinde bandrol yükümlülüğüne riayet etmeme ile ilgili beş ayrı suç tipinin düzenleme altına alındığı görülmektedir. Uygulamada ise ağırlıklı olarak kişilerin aynı fiille bu madde kapsamında düzenlenen suçları birlikte işledikleri görülmektedir. Bu durumda ise failin fikri içtima (TCK md. 44) hükümleri uyarınca en ağır cezaya yer verilen suçtan cezalandırılması yoluna gidilecektir.[143]

FSEK'in 81. maddesinin 13. fıkrasında, özel bir içtima hükmü düzenlenmiştir. Buna göre, bandrol yükümlülüğüne aykırılığın aynı eserle ilgili olarak 71. maddenin 1. fıkrasının (l) numaralı bendinde tanımlanan suçla birlikte işlenmesi halinde, fail hakkında sadece 71. maddeye göre cezaya hükmolunacak; ancak verilecek ceza üçte biri oranında artırılacaktır. Bu bağlamda, aynı eser üzerinde işlenmek koşuluyla, 71. maddenin 1 fıkrasının (l) nolu bendinde yer alan *"bir eseri, icrayı, fonogramı veya yapımı hak sahibi kişilerin yazılı izni olmaksızın işleyen, temsil eden, çoğaltan, değiştiren, dağıtan, her türlü işaret, ses veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma ileten, yayımlayan ya da hukuka aykırı olarak işlenen veya çoğaltılan eserleri satışa arz eden, satan, kiralamak veya ödünç vermek suretiyle ya da sair şekilde yayan, ticarî amaçla satın alan, ithal veya ihraç eden, kişisel kullanım amacı dışında elinde bulunduran ya da depolayan"* fail, aynı zamanda 81. maddede düzenlenen bandrol yükümlülüğüne riayet etmeme suçlarını da işlediği takdirde, her iki madde hükümlerinin ihlâli söz konusu olacaktır. Ancak bu halde, gerçek veya fikri içtimaya ilişkin genel hükümler uygulanmayacak, 81/13. madde uyarınca sadece 71. madde kapsamındaki suçun cezası, üçte bir oranında artırılarak faile teşmil edilecektir.

---

[142] Benzer şekilde, FSEK'in 81/10. maddesinde düzenlenen, usulsüz bandrol kullanma suçunda da, -bandrollerin kullanıldığı eser nüshalarının aynı eser nüshaları olması şartıyla- değişik zamanlarda bir suç işleme kararının icrası kapsamında işlenmesi halinde de zincirleme suç hükümleri uygulanacak, faile tek bir ceza verilecek ve ceza miktarında artışa gidilecektir. Bkz. Turan, 2012, s. 241-242. Zincirleme suç, TCK'nin 43. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenmiştir. Farklı düşünen yazar için bkz. Başlar, 2016, s. 260.

[143] Başlar, 2016, s. 260. Yargıtay 19. CD 10 Aralık 2015 tarih, E. 2015/15802, K. 2015/8442 sayılı kararında, 144 adet bandrolsüz, 54 adet sahte bandrollü ve 62 adet başka bir esere ait bandrol yapıştırılmış kitapları sattığı tespit edilen sanığın eyleminde, TCK'nın 44. maddesi aracılığıyla 5846 sayılı Kanun'un 81/9. maddesinin uygulanması gerektiğini değerlendirerek; fiilde birden fazla hareketin varlığı ve birden fazla bandrol suçunun ihlâl edilmesi nedeniyle fikri içtima kuralının uygulanması gerektiğini ifade etmiştir.

Güncel bir gelişme olarak belirtmek gerekirse; İzmir 1. Fikri ve Sınai Haklar Ceza Mahkemesi, sanık hakkında izinsiz çoğaltılmış ve bandrolsüz kitap sattığı iddiasıyla açılan ceza davasında, FSEK'in 81. maddesinin 13. fıkrasının Anayasa'nın 2, 10, 13 ve 38. maddelerine aykırı olduğu kanısına vararak, somut norm denetimi (itiraz yolu) ile anılan hükmün iptalini Anayasa Mahkemesi'nden talep etmiştir. Anayasa Mahkemesi, 12 Haziran 2020 tarihinde, konuyu ölçülülük ilkesi bağlamında ele alarak *(bir kuralda öngörülen düzenleme ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir dengenin bulunmasının zorunlu olduğu)*; bandrol yükümlülüğüne aykırılık hâlinde hapis cezası ve adli para cezasının veya yalnızca hapis cezasının verilmesinin, hak sahiplerinin haklarına tecavüz durumunda ise seçimlik olarak hapis cezasının veya adli para cezasının öngörülmesinin kanun koyucunun takdirinde olduğunu ifade etmiş; bununla birlikte ölçülülüğün alt ilkesi olan orantılılık ilkesi uyarınca ulaşılmak istenen amaç ile bu amaca ulaşmak için tercih edilen araç arasında makul bir dengenin kurulması gerektiğini özellikle vurgulamıştır. Anayasa Mahkemesi konunun özüne inerek, bandrol yükümlülüğüne aykırılık suçundan (md. 81) farklı olarak manevi, mali veya bağlantılı hak sahiplerinin haklarına tecavüz suçlarının (md. 71) soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete tabi bulunduğundan itiraz konusu kuralın yalnızca hak sahibinin şikâyetçi olması durumunda uygulama alanı bulabileceğini; bu durumda ise hak sahibinin hukuka aykırı fiil sebebiyle şikâyetçi olmaması hâlinde fail hakkında bandrol yükümlülüğüne aykırılık sebebiyle hapis ve adli para cezası birlikte uygulanacak iken hak sahibinin şikâyetçi olması durumunda itiraz konusu kural gereğince fail hakkında seçimlik olarak hapis veya adli para cezasına hükmedilebileceğini; cezaların da daha hafif olarak belirlenebileceğini; 71. maddenin üçüncü fıkrasındaki şartların gerçekleşmesi hâlinde ise failin cezasında indirim yapılması veya faile ceza vermekten vazgeçilmesi de mümkün olabileceğini tespit etmiştir. Bu durumun ise suçtan zarar görenin tatminini sağlamayacağı gibi şikâyet hakkının kullanılmasının failin daha lehine bir hukuki sonuç doğuracağının ve şikâyet olmaması durumunda ise hükmedilecek cezadan daha hafif bir cezanın verilmesine veya belirli durumlarda ceza vermekten vazgeçilmesine sebebiyet vereceğinin altını çizmiştir. Sonuç olarak Anayasa Mahkemesi, suç ile ceza arasında âdil bir denge oluştur(a)mayan düzenlemenin, yarattığı etki ve sonuçlar itibarıyla ölçülülük ilkesine aykırı (Anayasa md. 2) olduğu kanaatiyle iptaline karar vermiştir.[144]

Öte yandan, bağlantılı hak sahiplerinin haklarını korumaya yönelik olarak düzenlenen FSEK'in 71. maddesinin soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete tabi (FSEK md. 75) olduğundan, manevi, mali veya bağlantılı haklarına tecavüz edilen kimse şikâyetçi olmazsa, ceza

[144] Bkz. Anayasa Mahkemesi'nin 12 Haziran 2020 tarih, E. 2019/74; K. 2020/29 sayılı kararı par. 20 – 23. https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/ 2020/29. İET: 29 Eylül 2020.

muhakemesi hukuku gereğince dava şartı gerçekleşmediğinden suçun takibi yapılamayacaktır.[145] Bununla birlikte, FSEK'in 81. maddesi yönünden ise, kanun koyucunun suçun soruşturulması için şikâyet şartının gerçekleşmesini aramadığından[146] fail, bandrol yükümlülüğüne riayet etmeme suçlarından dolayı takibata uğrayacak ve işlemiş olduğu suçlar yönünden cezalandırılacaktır.[147]

D. HUKUKA UYGUNLUK NEDENLERİ

Telif hukuku bağlamında korunan mali, manevi veya bağlantılı haklar, cezai ve hukuki yönden sınırsız bir şekilde korunmamaktadır. FSEK'in 27. maddesi uyarınca, mali haklara yönelik koruma, eser sahibinin yaşadığı müddetçe ve ölümünden itibaren de yetmiş yıl devam edeceğinden, bu anlamda koruma süresinin geçmesi, eser ve/veya bağlantılı hak sahiplerine tanınan mali hakların kullanılmasında bir hukuka uygunluk sebebi oluşturacaktır.[148]

E. ETKİN PİŞMANLIK

FSEK'in 71. maddesinin son fıkrasında[149] düzenleme altına alınan etkin pişmanlık hükümlerinin, bandrol yükümlülüğüne riayet etmeme suçlarının düzenlendiği 81. madde bakımından uygulanıp uygulanamayacağı tartışmalı bir konu olarak karşımıza çıkmaktadır. Doktrinde kimi yazarca, 71. madde açısından getirilen etkin pişmanlık hükümlerinin, bandrol yükümlülüğüne riayet etmeme suçlarını işleyenler bakımından da uygulanabilmesi gerektiği dile getirildiği gibi,[150] aksi yönde görüşler[151] de ileri sürülmüştür.

Kanaatimizce, FSEK'in 81/13. maddesindeki düzenleme uyarınca, bandrolsüz eser satan kişinin, mezkûr eseri aynı zamanda çoğaltmış olması karşısında fail, FSEK'in 71. maddesi uyarınca cezalandırılacaktır.

---

145 Çakır, 2011, s. 32.

146 Nitekim Yargıtay 19. CD 15 Şubat 2016 tarih, E. 2015/13997, K. 2016/1755 sayılı kararı da bu yöndedir. Karar UYAP Bilişim sisteminden temin edilmiştir. Benzer şekilde, Yargıtay 7. CD 13 Şubat 2006 tarih, E. 2003/13998, K. 2006/238 sayılı kararı. Bkz. Çakır, 2011, s. 32, dip. 91.

147 Başlar, 2016, s. 260. Aksi yöndeki görüş için bkz. Uslu, 2012, s. 529. Kimi yazarlarca, re'sen soruşturma ve kovuşturma konusu yapılan ana suç olarak bandrol suçları ile içtima eden şikâyete tabi olan suçun yaptırımlarının farklı nitelik ve özellik arz etmesinin uygulamada sorunlara yol açtığı dile getirilmektedir. Bkz. Güneş, 2015, s. 283.

148 Başlar, 2016, s. 261.

149 FSEK'in 71. maddesinin son fıkrası uyarınca, hukuka aykırı olarak üretilmiş, işlenmiş, çoğaltılmış, dağıtılmış veya yayımlanmış bir eseri, icrayı, fonogramı veya yapımı satışa arz eden, satan veya satın alan kişi, kovuşturma evresinden önce bunları kimden temin ettiğini bildirerek yakalanmalarını sağladığı takdirde, hakkında verilecek cezadan indirim yapılabileceği gibi ceza vermekten de vazgeçile bilinecektir.

150 Uslu, 2012, s. 529.

151 Aksi yönde görüş için bkz. Başlar, 2016, s. 262.

FSEK'in 71/son fıkrası uyarınca da hukuka aykırı olarak üretilmiş, işlenmiş, çoğaltılmış, dağıtılmış veya yayımlanmış bir eseri, icrayı, fonogramı veya yapımı satışa arz eden, satan veya satın alan kişi, kovuşturma evresinden[152] önce bunları kimden temin ettiğini bildirerek yakalanmalarını sağladığı takdirde, hakkında verilecek cezadan indirim yapılabileceği gibi ceza vermekten de vazgeçilebilmektedir.

Yukarıda yer alan düzenlemeler birlikte değerlendirildiğinde, FSEK'in 71. maddesinde düzenlenen suçların şikâyete tabi olması, etkin pişmanlık halinde faile FSEK'in 71. maddesi uyarınca ceza verilememesi nedeniyle bu suçların FSEK'in 81. maddesinde düzenlenen bandrol suçlarına sirayet etmemesi, ayrıca etkin pişmanlık hükmünün FSEK'in 81. maddesinde düzenlenen bandrol suçlarına uygulandığının bir anlık kabulü halinde, bandrol uygulamasının amaçlarına aykırı olması ve korsanla mücadeleyi sekteye uğratma ihtimali karşısında, FSEK'in 71/son fıkrasında düzenlenen etkin pişmanlık hükmünün bandrol suçları yönünden uygulanamayacağı kanaatindeyiz.

F. DAVA ZAMANAŞIMI

Zamanaşımı ile ilgili temel düzenleme TCK'nin 66. maddesinde yer almaktadır. Bandrol yükümlülüğüne riayet etmeme suçları bakımından bir değerlendirme yapıldığında, 81/9. fıkrada düzenlenen bandrol sahteciliği suçu haricindeki diğer suçlarda zamanaşımı (dava) süresi sekiz yıl iken; 81/9. fıkrada düzenlenen bandrol sahteciliği suçunda zamanaşımı süresi, suça konu eylemin gerçekleştirildiği tarihten itibaren on beş yıldır.

IV. SORUŞTURMA ve KOVUŞTURMA USULÜ

Bandrol yükümlülüğüne riayet etmeme suçları, diğer fikri ve sınai haklar aleyhine işlenen suçlardan farklı olarak, şikâyet şartı aranmayan, diğer bir deyişle soruşturması ve kovuşturması re'sen yapılan suçlar arasında yer almaktadır.[153] Şikâyete tabi olmamasının sonucu olarak, bu suçların soruşturulması için suçtan zarar görenin şikâyette bulunması şartı aranmadığı gibi suçtan zarar görenin şikâyetten vazgeçmesi halinde de şikâyet yokluğu nedeniyle kamu davasının düşürülmesine karar

---

[152] Bayındır, Sinan "Eser Sahibinin İzni Olmaksızın Eseri Umuma İletim Suçu", TBB Dergisi, Sayı: 113, 2014, s. 330-331.

[153] Albayrak, Mustafa "Fikri ve Sınai Haklar Aleyhine İşlenen Suçların Kovuşturulması ve Yargılamasında Sorunlar ve Çözüm Yolları", TBB Dergisi, Sayı: 57, 2005, s. 356. FSEK'in 81. maddesinde, 5101 sayılı Yasa ile 2004 yılında yapılan değişiklikle, eser ve/veya bağlantılı hak sahiplerinin her olayda kamu makamlarına ihbar ve şikâyette bulunma yükümlülüğü kaldırılmış, bandrol yükümlülüğüne riayet etmeme suçlarının soruşturulması ve kovuşturulması re'sen yapılır hale getirilmiştir. Bandrol suçlarının re'sen soruşturması ve kovuşturulması yapılan suçlardan olduğuna ilişkin olarak bkz. Yargıtay 7. CD 13 Şubat 2006 tarih, E. 2003/13998, K. 2006/238; 19 Ekim 2011 tarih, E. 2008/8691, K. 2011/17629 sayılı kararları.

verilemeyecektir. Öte yandan, re'sen takibi yapılan bandrol yükümlülüğüne riayet etmeme suçuna sebebiyet veren fiil, aynı zamanda FSEK'in 71. maddesinde düzenleme altına alınan suçların işlenmesine de yol açıyorsa, eser ve/veya bağlantılı hak sahiplerinin FSEK'in 75/2. maddesi[154] uyarınca durumdan haberdar edilerek, failler hakkında şikâyette bulunma imkanının sağlanması gerekmektedir.[155]

V. GÖREVLİ ve YETKİLİ MAHKEME

FSEK'in 76/1. maddesinde, bandrol yükümlülüğüne riayet etmeme suçlarına bakmakla görevli mahkemenin Adalet Bakanlığınca kurulacak ihtisas mahkemeleri olduğu düzenlenmiştir. Bandrol uygulamasından kaynaklı ihtilafları çözmek üzere kurulan ihtisas mahkemeleri ise, Fikri ve Sınai Haklar Ceza Mahkemeleridir. Bununla birlikte ihtisas mahkemelerinin kurulmadığı yerlerde Adalet Bakanlığının teklifi üzerine Hâkimler ve Savcılar Kurulunca yetkilendirilecek Asliye Ceza Mahkemeleri, bandrol suçlarına ilişkin davalara bakmakla görevli bulunmaktadır.[156]

Yetkili mahkeme konusunda FSEK'te bir düzenleme yer almadığından,[157] bandrol yükümlülüğüne riayet edilmemesi suçlarında yetkili mahkeme, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMK) yetki kurallarını düzenleyen 12 vd. maddelerine göre belirleneceğinden, davaya bakma yetkisi suçun işlendiği yer *(genel yetki kuralı)* mahkemesi olacaktır.

---

[154] FSEK'in 75/2. maddesinde, mezkûr kanunda yer alan soruşturma ve kovuşturması şikâyete bağlı suçlar dolayısıyla başta Millî Eğitim Bakanlığı, Kültür ve Turizm Bakanlığı yetkilileri olmak üzere ilgili gerçek ve tüzel kişiler tarafından, eser üzerinde manevi ve malî hak sahibi kişilerin şikâyet haklarını kullanabilmelerini sağlamak amacıyla durumdan haberdar edilecekleri düzenleme altına alınmıştır.

[155] Başlar, 2016, s. 263; Turan, 2012, s. 245. Yargıtay 7. CD 14 Mayıs 2009 tarih, E. 2009/1767, K. 2009/6608 sayılı kararında, eserler üzerinde hak sahipleri olan suçun mağdurların davadan haberdar edilmeleri gerektiğini belirtmiştir. Karar UYAP Bilişim sisteminden temin edilmiştir.

[156] Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 05 Kasım 2012 tarih, E. 2012/86, K. 2012/218 sayılı kararında, FSEK'ten kaynaklı idari para cezalarından kaynaklı ihtilafların çözüm ve görüm yerinin adli yargı yerleri olduğu ifade edilmiştir. http://kararlar.uyusmazlik.gov.tr/Karar/Content/c6f989a3-9e11-4c1b-b61f af447e43b34c?excludeGerekce=False&wordsOnly=False. (İET: 29 Eylül 2020). Nitekim Yargıtay 7. CD 10 Kasım 2009 tarih, E. 2007/16776, K. 2009/13996 sayılı kararında; FSEK'in düzenlediği hukuki ilişkilerden doğan davalar ile FSEK'te yer alan suçlara bakmakla görevli mahkemenin ihtisas mahkemeleri *(Fikri ve Sinai Haklar Hukuk ve/veya Ceza Mahkemeleri)* olduğunu belirtmiştir. Karar UYAP Bilişim sisteminden temin edilmiştir.

[157] Bayındır, 2014, s. 335.

VI. HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASI (HAGB) MÜESSESESİNİN BANDROL SUÇLARI BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

CMK'nın 231. maddesinde HAGB müessesesi[158] düzenlenmiştir. Anılan düzenleme uyarınca, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmesi için; a) sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan mahkûm olmamış bulunması, b) Mahkemece, sanığın kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünde bulundurularak yeniden suç işlemeyeceği hususunda kanaate varılması, c) Suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi ile d) sanığın hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesini kabul etmesi koşullarının kümülatif olarak bir arada bulunması gerekmektedir. Bu dört koşuldan yalnızca birisinin sağlanmamış olması halinde ise, bu müessese uygulan(a)mayacaktır.

Bandrol suçları başta olmak üzere telif suçları, öngörülen ceza miktarı bakımından CMK'nın 231. maddesi kapsamında yer almakta ve bandrol suçları yönünden şikâyete bağlılık şartı da aranmadığından, kovuşturma aşamasında mahkemece HAGB koşullarının varlığı araştırılarak sanık hakkında bir değerlendirme yapılacaktır.[159] Bununla birlikte, uygulamada özellikle bandrol suçlarında, kamunun uğradığı zararın varlığı ile miktarının tespiti konusunda zorluklar yaşanmaktadır.[160]

Kanaatimizce, kamu düzenine karşı işlenen somut bir zararın ortaya çıkmadığı, bandrol suçları gibi suçlarda, ürünlerin kopya olması karşısında bandrol alınmasına olanak bulunmadığından ortada kamunun da uğradığı herhangi bir zarar bulunmamakta, ayrıca kamunun zararının araştırılmasına da lüzum görülmemelidir. Bu bakımdan bandrol suçlarında, koşulların varlığı halinde HAGB müessesesi uygulanabilecektir.

Nitekim Yargıtay da, bandrol suçlarında gerçek *(somut)* bir mağdur bulunmadığından, HAGB müessesesinin herhangi bir zarar hesabı yapılmaksızın uygulanabileceğini pek çok kararında dile getirmektedir.[161]

---

158 Bu konuda ayrıntılı bir çalışma için bkz. Artuç, Mustafa, *Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009, 2. Baskı.

159 Güneş, 2015, s. 283.

160 Güneş, bandrol suçlarında kayıt dışılığın neden olduğu vergisel kayıp ve bandrol sisteminin uğradığı maddi zararın tespitinin hayli güç olduğunu belirtmektedir. Bkz. Güneş, 2015, s. 284.

161 Yargıtay 7. CD 24 Haziran 2010 tarih, E. 2009/15123, K. 2010/9989 sayılı kararında, sanık hakkında suç tarihinde yürürlükte bulunan FSEK'in 81. maddesinin 9. fıkrasının 1/a bendi uyarınca bandrolsüz CD satmaktan dava açılmış olduğundan; açılan davaya göre de atılı suç nedeniyle kamunun herhangi bir zararının bulunmadığı değerlendirilmiş ve sonuç olarak Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın kanun yararına bozma istemine dayanan ihbarname münderecatı yerinde görülmüştür. Karar UYAP Bilişim sisteminden temin edilmiştir. Diğer kararlar için bkz. Yargıtay 4. CD 20 Aralık

VII. KABAHAT

FSEK'in 81. maddesinin 7. fıkrasında bir kabahat düzenlemesine yer verilmiştir. Anılan düzenleme uyarınca, FSEK kapsamında korunan, yasal olarak çoğaltılmış, bandrollü nüshaların yol, meydan, pazar, kaldırım, iskele, köprü ve benzeri yerlerde satışı yasaktır. Bu yasağa aykırı hareket edenler ise, Kabahatler Kanunu'nun 38. maddesinin birinci fıkrasına[162] göre cezalandırılacaktır. Söz konusu bu düzenlemeyle amaçlanmak istenenin, bandrolsüz nüshalarla (korsan) yasal olarak basılmış ve bandrol taşıyan nüshaların ayrımı ile kayıtlı ekonomik düzenin sağlanması[163] ve nihayetinde korsanla mücadele istenilen sonucun alınmasıdır.[164]

Kanaatimizce, bu düzenlemenin ilk bakışta, korsan ürünlerin satışının genellikle sayılan yerlerde yapılması karşısında, korsan ürünlerin satış alanının daraltılması ya da ortadan kaldırılması, izinsiz çoğaltılmış ürünlerin denetiminin kolaylaştırılması noktasında gerekli olduğu dile getirilse de; ister yasal olsun ister korsan bütün fikir ve sanat eserlerinin bu gibi yerlerde satışının yasaklanması sonucunda, eserlerin tüketici ile buluşması ile ikinci el eser satışına engel olunmakta; bu durum ise başta okur sayısı olmak üzere entelektüel birikimi olumsuz yönde etkilemektedir.

VIII. TÜZEL KİŞİLER HAKKINDA GÜVENLİK TEDBİRİ UYGULANMASI

FSEK'in 81/son fıkrasında, bu kanunda tanımlanan suçların bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi hâlinde, ilgili tüzel kişi hakkında TCK'nın[165] tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunacağı düzenlenmiştir. Tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenen suçların faili olan gerçek kişilerin belirlenmesinde ise, uygulamada özellikle, işletmeyi fiilen sevk ve idare edenler usulsüzlüğün meydana gelmesinde asıl sorumlu kabul edilmekte, bunun yanında sorumluluk yüklenebilmesi koşuluyla tüzel kişi ortakları ve tüzel kişiliği temsile yetkili kişiler de suçun faili olarak cezalandırılmaktadır.[166]

2010 tarih, E. 2010/25732, K. 2010/21214; Yargıtay CGK 03 Şubat 2009 tarih, 2008/11-250, K. 2009/13;Yargıtay 7. CD 17 Ocak 2011 tarih, E. 2009/463, K. 2011/349 sayılı kararları.

162 Kabahatler Kanunu'nun 38/1. maddesi uyarınca; yetkili makamların açık ve yazılı izni olmaksızın meydan, cadde, sokak veya yayaların gelip geçtiği kaldırımları işgal eden veya buralarda mal satışa arz eden kişiye, belediye zabıta görevlileri tarafından elli Türk Lirası idarî para cezası verilecektir.

163 Güneş, 2015, s. 283.

164 Albayrak, 2005, s. 340.

165 TCK'nın 20. maddesinin 2. fıkrası uyarınca; tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımı uygulanamayacak; ancak, suç dolayısıyla kanunda öngörülen güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımlar uygulana bilinecektir.

166 Turan, 2012, s. 235.

SONUÇ

Kanun koyucu, eser nüshalarının kayıt altına alınmak suretiyle piyasaya sürülmesini, her bir nüshanın da söz konusu bu kayıt sistemine dâhil edilip edilmediğinin fark edilmesini sağlamak amacıyla bir güvenlik etiketi olarak bandrol uygulaması yöntemini benimsemiştir. Söz konusu bu uygulama ile birlikte, bir yandan eser nüshalarının kaç adet basıldığı bilinerek tedavül süreci kontrol altında tutulmakta, öte taraftan kaçak ve izinsiz basımlar tespit edilmek suretiyle korsan eser basımı önlenebilmektedir.

Bandrol yükümlülüğüne riayet etmeme başlığı altında mütalaa edebileceğimiz bandrol suçları ile, hem eser ve/veya bağlantılı hak sahiplerinin telif hukukundan doğan haklarının korunması amaçlanmış; hem de devletin korsan basımlar nedeniyle oluşacak *(kayıt dışılıktan kaynaklı)* zararlarının önüne geçilmesi hedeflenmiştir.

Bununla birlikte, gerek bandrol uygulaması ile korsanla mücadelede daha etkin olunabilmesi, gerekse eser ve/veya bağlantılı hak sahiplerinin telif hukukundan doğan haklarına etkin bir hukuki koruma sağlanabilmesi bakımından FSEK'in kapsamlı bir şekilde gözden geçirilmesi ivedilik arz etmektedir. Söz konusu çalışma yapılırken, özellikle aşağıda yer vereceğimiz hususların gözetilmesi yerinde olacaktır:

-FSEK'in cezai hükümlerinin, ceza hukukunun genel ilkelerine uygun, açık, sade ve anlaşılabilir ifadeler ile değiştirilmelidir.

-FSEK'in 71/son fıkrasındaki etkin pişmanlık düzenlemesinin soruşturma aşaması ile sınırlandırılmasından vazgeçilerek, korsanla mücadelede daha etkin olunabilmesi bakımından etkin pişmanlık uygulaması, kovuşturma aşamasında hüküm verilinceye kadar genişletilmelidir.

-FSEK'in 81/7 maddesindeki *"kabahat"* düzenlemesinde, kabahatin oluşumunun yalnızca *"satmak"* eyleminden ibaret oluşu, ispatlanması neredeyse mümkün olmayan bir kabahat tanımına yol açtığından; kabahatin oluşumunda satış işleminin gerçekleştirilmiş olması yanında, nüshaların sayılan yerlerde satışa hazır hale getirilmiş (sunulma veya bulundurulma) olması fiillerinin de kabahat tanımına eklenmesi suretiyle, kabahat düzenlemesinde genişleme yoluna gidilmelidir.

-FSEK'in 81. maddesindeki bandrol suçlarıyla ilgili düzenlemelerde, yaptırım olarak hapis, adli para cezası yanında idari para cezasının da öngörülmesi, diğer bir deyişle suç ve kabahatin aynı fıkrada düzenlenmesinin yasa yapma tekniğiyle bağdaşmaması karşısında, FSEK'in 81/7 maddesindeki *"kabahat"* düzenlemesine ayrı bir madde başlığı altında yer verilmelidir.

-FSEK'in 75/2. maddesinde düzenlenen, bakanlık ve ilgili gerçek ve tüzel kişilerin "haberdar etme" uygulamasının, mahkemelerce, CMK ve Tebligat Kanunundaki usuller haricinde, yargılamaların en az masrafla

ve süratle sonuçlandırılması (âdil yargılanma) ilkesi bağlamında elektronik posta *(e-posta)* usulü ile de yapılabilmesinin önü açılmalıdır.

-Bandrol uygulamasında, özellikle idari para cezası verme yetkisine sahip belediyeler, mülki amirlikler ile mahkemeler arasında görev ve sorumluluk noktasında oluşan ihtilafların çözülebilmesi için ilgili birimlerin görüşü alınmak suretiyle FSEK'teki yeterince açık olmayan alanlar, kanunların açık ve kesin olması ilkesi bağlamında, açık ve anlaşılır hale getirilmelidir.

- FSEK'in 81/13. maddesinde düzenlenen özel içtima kuralının, özellikle FSEK'in 71. maddesinin uygulanmasının şikâyet koşuluna tabi tutulmasının, uygulamada hak mahrumiyetlerinin ortaya çıkmasına neden olduğundan, bu içtima düzenlemesinin değiştirilmesi ile 71. maddeden bağımsız bir hale kavuşturulması gerekmektedir. Bu hususta özellikle yukarıda değinmiş olduğumuz Anayasa Mahkemesi iptal kararındaki tespit ve değerlendirmeler (bkz. 12 Haziran 2020 tarih, E. 2019/74; K. 2020/29 sayılı karar) göz önünde bulundurulmalıdır.

KAYNAKÇA

Albayrak, Mustafa, "Fikri ve Sınai Haklar Aleyhine İşlenen Suçların Kovuşturulması ve Yargılamasında Sorunlar ve Çözüm Yolları", TBB Dergisi, Sayı: 57, 2005.

Artuç, Mustafa, *Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009, 2. Baskı.

Artuk, M. Emin / Gökcen, Ahmet / Yenidünya, Caner, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, 10. Baskı.

Başlar, Yusuf, "Fikir ve Sanat Eserleri Kapsamında Bandrol Suçları", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi Sayı: 7, Haziran 2016.

Bayındır, Sinan, "Eser Sahibinin İzni Olmaksızın Eseri Umuma İletim Suçu", TBB Dergisi, Sayı: 113, 2014.

Bozgeyik, Hayri, "Telif Hukukunda Eğitim İstisnası", I. Fikri Mülkiyet Hukuku Uluslararası Sempozyumunda Sunulan Tebliğ, 28 Kasım 2014, TFM, 2015/1-2.

Çakır, Kerim, "Bandrol Yükümlülüğüne Aykırılık Suçları", Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Yıl:6, Sayı: 62, Ekim 2011.

Güneş, İlhami, *Uygulamada Marka Haksız Rekabet ve Telif Suçları*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, Güncel İçtihatlarla 2. Baskı.

İnanıcı, Haluk, "İlim ve Edebiyat Eserleri Açısından 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Değişiklik Tasarısı ve Bazı Pratik Telif Sorunları", I. TÜYAP Kitap Fuarı Panelinde Sunulan Tebliğ, 9 Kasım 1999.

İnanıcı, Haluk, "Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Değişiklik Çalışmalarında Yayma Hakkıyla İlgili Kavram Sorunları", İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ağustos 2010.

Karahan, Sami / Suluk, Cahit / Saraç, v.d., *Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2015, Gözden Geçirilmiş 4. Baskı.

Kiziroğlu, Keskin, Serap, "Fikir ve Sanat Eserlerinin Ceza Hukuku Yönünden Korunması", Türk Ceza Hukuku Derneği'nin Düzenlediği Pazartesi Forumları Kapsamında Sunulan Tebliğ, 5 Mart 2012.

Koca, Mahmut / Üzülmez, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayınevi, Ankara, Ekim 2012, 5. Baskı.

Küçükali, Canan, "5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Tasarısı Üzerine Bir Değerlendirme", Terazi Hukuk Dergisi, Cilt. 12, Sayı: 135, Kasım 2017, s. 82-86.

Memiş, Tekin, "Dijital Ortamda Telif Haklarını Yeniden Düşünmek; İhlaller ve Çözüm Önerileri", TOBB, Haziran 2010.

Muşlu, Deniz, "Fikir ve Sanat Eseri Düzenlemelerinde Eser Kavramı", İstanbul Barosu Dergisi, Cilt: 81, Sayı. 1, 2007.

Özgenç, İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2009, 4. Bası.

Özgenç, İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayınevi, Ankara, Eylül 2015, 11. Bası.

Suluk, Cahit, "Korsanlıkla Mücadele ve Matbaa Sektörü", II. Uluslararası Katılımlı Kâğıt - Karton, Mürekkep, Matbaa Sempozyumunda Sunulan Bildiri, Bildiriler Cilt II, İzmir, 2-5 Aralık 2004.

Turan, H. Selcen, *Fikir ve Sanat Eserlerinin Cezai Himayesi*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2012, Birinci Baskı.

Turan, Metin / Yılmaz, Bülent, "Türkiye'de Telif Hakları İhlalleri: Yargıtay Kararları Çerçevesinde Bir Değerlendirme", Bilgi Dünyası, 2014, 15 (1).

Uslu, Ramazan, "Türk Fikir ve Sanat Hukukunda Ceza Düzenlemeleri", TAAD, Yıl:3, Sayı:10, Temmuz 2012.

Yılmaz, Ejder, *Hukuk Sözlüğü*, Yetkin Yayınları, Ankara, 1996, Genişletilmiş Beşinci Baskı.

Yılmaz, Ejder, Hukuk Sözlüğü (Öğrenciler İçin), Yetkin Yayınları, Ankara, 2003, Birinci Baskı.

İLETİŞİMİN DENETLENMESİ TEDBİRİNDE TESADÜFEN ELDE EDİLEN DELİLLER

Obtained Evidence in the Interception of Communication

Seçkin KOÇER*

Özet: İletişimin denetlenmesi tedbiri, hem suçun önlenmesi hem de suçun aydınlatılması açısından büyük önem taşımaktadır. Bu tedbirle; haberleşme hürriyeti, özel yaşamın gizliliği ve kişisel verilerin korunması gibi temel hak ve özgürlüklere müdahale edilmekte ve kişilerin gizli bir şekilde paylaştıkları bilgiler elde edilmektedir. Bu tür müdahaleler, kişinin bilgisi dışında olmakta ve hatta müdahale sonrasında dahi kişi, gerekli bilgilendirmelerden yoksun bırakılabilmektedir. Bu ağır müdahalenin sonucu olarak kanun koyucu, iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanmasına yönelik sıkı kurallar belirlemiştir. Bu kuralların somut yansıması, iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanması sırasında tesadüfen elde edilen delillerin kullanılmasında da görülmektedir.

Çalışmamızda, Ceza Muhakemesi Kanunu'nda (CMK) iletişimin denetlenmesi tedbiri sırasında tesadüfen elde edilen delillerin hangi şartlarda kullanılabileceği hususu, doktrin ve yargı kararlarında konuyla ilgili görüş ve içtihatlar ışığında ortaya konulmuştur. Bu bağlamda, öncelikle, tesadüfen elde edilen delil kavramı ve CMK'da bu kavramın ele alınışı ile ilgili kuralların üzerinde durulmuş; sonrasında ise konuya ilişkin uygulamada yaşanan sorunlar ve çözüm önerilerine değinilmiştir.

Anahtar Kelimeler: tesadüfen elde edilen deliller, iletişimin denetlenmesi, hukuka aykırı delil.

Abstract: The measure of interception of communication is of great significance in terms of both preventing crime and prosecuting the crime. With this measure; fundamental rights and freedoms such as freedom of communication, privacy of private life and protection of personal data are interfered with, and information confidentially shared by individuals is obtained. Such interventions are made without the knowledge of the related person and even after the intervention, the person may be deprived of the right to be informed. As a result of this serious intervention, the law has laid down strict rules for the implementation of the measure of interception of communication. The concrete reflection of these rules can also be seen in the use of incidentally obtained evidence during the implementation of the measure of interception of the communication.

In our study, under which conditions, incidentally obtained evidence in the measure of the interception of communication in the Turkish Criminal Procedure Code (CMK) can be used are laid out in the light of the opinions in the doctrine and judicial decisions. In this context, first of all, the concept of incidentally obtained evidence and the rules regarding this issue in the Code of Criminal Procedure (CMK) have been examined. Then, the problems experienced in practice and possible solutions related to the subject have been shared.

Keywords: incidentally obtained evidence, interception of communication, unlawfully obtained evidence.

* Tetkik Hâkimi, Adalet Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı
seckinkocer@gmail.com, ORCID: 0000-0001-8350-0817
Makale Geliş Tarihi: 30.09.2020, Makale Kabul Tarihi: 13.11.2020

Giriş

İletişim teknolojisinde yaşanan baş döndürücü gelişmeler, iletişim alanında kullanılan araç ve alanları öngörülemez bir hızla değiştirmektedir. Esasında, günlük yaşantımıza doğrudan etkisi olan ve pozitif olarak nitelendirilen bu gelişmeler, kişilerin gerek kendileri gerekse başkalarıyla ilgili en mahrem bilgileri hızlı bir şekilde yaymasına neden olmaktadır. Gizli olduğu düşünülen iletişim sürecine, kimi zaman kanunlarda öngörülen kurallar çerçevesinde kimi zamansa yasa dışı yöntemlerle müdahale edilebilmektedir. Bu tür müdahaleler, çoğunlukla kişinin bilgisi dışında olmakta ve hatta müdahale sonrasında dahi kişi, gerekli bilgilendirmelerden yoksun bırakılabilmektedir. İşte bu nedenledir ki; suçun aydınlatılmasına ilişkin süreçlerdeki önemi yadsınamaz olan iletişimin denetlenmesi tedbirine ilişkin kurallar, diğer koruma tedbirlerine nazaran daha açık ve katı bir şekilde belirlenmiş, öngörülen istisnaların genişletilmesine ise cevaz verilmemiştir. İletişimin denetlenmesi tedbiri ile haberleşme özgürlüğü, özel hayatın gizliliği ve kişisel verilerin korunması gibi haklara doğrudan müdahale edilmektedir. Bu nedenle; tedbire ilişkin kuralların ulaşılabilirliği, anlaşılabilirliği ve uygulanabilirliği, hak ve özgürlüklerin daha fazla korunabilmesi için oldukça önemlidir.

İletişimin denetlenmesi tedbiri, hem suçun önlenmesi hem de suçun aydınlatılması amaçlarıyla uygulanmaktadır. Suçun önlenmesi amacıyla uygulanan iletişimin denetlenmesi (önleme amaçlı dinleme), 2559 Sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu, 2937 Sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu ve 2803 Sayılı Jandarma Teşkilat Görev ve Yetkileri Kanunu'nda 3 Temmuz 2005 tarihli 5397 Sayılı Kanun ile yapılan değişikliklere dayanmaktadır. Suçun aydınlatılması amacıyla uygulanan iletişimin denetlenmesine ilişkin düzenleme ise ilk olarak 4422 Sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu'nda yer almaktaydı.[1] 5271 sayılı CMK'nın yürürlüğe girmesiyle bu Kanun yürürlükten kaldırılmış; böylelikle suçun aydınlatılmasına yönelik iletişimin denetlenmesi, CMK'nın 135 vd. maddelerindeki düzenleme kapsamında uygulanmaya başlamıştır.

Gerek suçun önlenmesi gerekse suçun aydınlatılması amacıyla uygulanan iletişimin denetlenmesi tedbirine yönelik söz konusu yasal düzenlemelere rağmen; tedbirin uygulanması esnasında elde edilen tesadüfi delillerin değerlendirilmesi ve süreçlerde kullanılmasına ilişkin uygulama farklılıklarına halen rastlanmaktadır. Çalışmamızda, öncelikle CMK'da iletişimin denetlenmesi tedbiri ve tesadüfen elde edilen deliller kavramları ele alınacak, sonrasında ise iletişimin denetlenmesi tedbiri sırasında tesadüfen elde edilen delillerin kullanılabilmesine ilişkin şartlar detaylandırılacaktır. Bu şartların değerlendirilmesinde, mevzuat hükümlerinin yanı sıra konuya ilişkin uygulamadaki yansımalar da ele

[1] 4422 Sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu'nun 2. maddesi, iletişimin dinlenmesi veya tespiti başlığını taşımakta olup; madde içeriğinde Kanun kapsamında öngörülen suçları işleyen ya da iştirak eden veyahut da suç işlendikten sonra yardım, aracılık veya yataklık eden kimselerin kullandıkları telefon, faks ve bilgisayar gibi araçlarla gerçekleştirdikleri iletişimin dinlenebileceği veya tespit edilebileceği düzenlenmiştir.

alınacaktır. Çalışmanın son bölümünde ise iletişimin denetlenmesi tedbirinde tesadüfen elde edilen delillere ilişkin güncel sorunlar inceleme altına alınmıştır. Bu bağlamda, iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulandığı suça iştirak ettikleri tespit edilen kişilerin durumu, tedbire konu suç ile bağlantılı suçlar ve örgüt kapsamında işlenen suçların durumu ve nihayet önleme amaçlı dinleme işlemlerinde tesadüfen elde edilen delillerin durumu detaylarıyla değerlendirilmiştir.

I. Genel Olarak İletişimin Denetlenmesi Tedbiri ve Tesadüfen Elde Edilen Deliller

CMK'da telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi[2] üst başlığı altında düzenlenen tedbir; *"İletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması"* şeklindeki alt başlıkları içermektedir. Ancak madde metninde; iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması işlemlerinin yanı sıra sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi ve mobil telefonun yerinin tespitine ilişkin düzenlemeler de yer almaktadır. Bu nedenle, madde başlığı ile içerik arasında açık bir uyumsuzluk bulunmaktadır.[3] Öte yandan; CMK'nın 138/2. fıkrasında yer alan iletişimin denetlenmesinde tesadüfen elde edilen delillere ilişkin düzenlemede; *"telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi sırasında, yapılmakta olan soruşturma veya kovuşturmayla ilgisi olmayan"* delillerin bu kapsamda olduğu ifade edilirken; tedbire ilişkin üst başlık olan *"iletişimin denetlenmesi"* ifadesi kullanılmış, iletişimin tespiti, dinlenmesi, kayda alınması, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi ve mobil telefonun yerinin tespiti şeklinde ifade edilen alt tedbirler özel olarak sayılmamıştır. Bu durumda, tesadüfen elde edilen delillere ilişkin kuralın, sadece iletişimin dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbiri açısından düzenlenmediği, iletişimin tespiti ve mobil telefonun yerinin tespiti için de geçerli olduğu sonucuna varılabilir. Açıkça ifade etmek gerekir ki; tesadüfen elde edilen delillere ilişkin bu düzenleme, sadece iletişimin dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal

---

[2] Bu başlık, telekomünikasyon kavramının televizyon, radyo gibi kitle iletişim araçlarını da kapsadığı ancak madde içeriğinin sadece bireysel iletişimi konu edindiği gerekçesiyle eleştirilmiş ve üst başlığın "Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan Bireysel İletişimin Denetlenmesi" şeklinde düzenlenmesinin daha uygun olduğu ifade edilmiştir. (Kaymaz, Seydi, *Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi,* Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013, Güncelleştirilmiş 3. Baskı, s. 32.) Öte yandan telekomünikasyon kavramı, Alman hukukunda da tartışmalara konu olmuş, buna göre; bu kavram, idare hukuku anlamında kullanılırsa, telefonla görüşmek, çevrimiçi yollarla görüşmek gibi klasik yöntemlerin yanı sıra internet sitelerinde dolaşmak, veri indirmek gibi esasında tek taraflı olarak yapılan işlemleri de kapsadığı; ancak ceza hukuku anlamında kullanılan kavramın iki kişi arasındaki iletişimi ön plana çıkardığı, bu nedenle tek taraflı olarak yapılan işlemlerin ceza hukuku anlamında telekomünikasyon kavramına dahil olmadığı ifade edilmektedir. (Saliger, Faruk, "Alman Ceza Muhakemesi Hukuku'na Göre Telekomünikasyonun Denetlenmesi", Çev.: Murat Ceyhan, Ceza Muhakemesi Hukukunda Güncel Konular, Ed.: Nur Centel, İstanbul, 2015, s. 141.

[3] Özbek, Veli, Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayınları, Ankara 2019, s. 392.; Özen, Mustafa, *Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Muhakemesi Hukuku*, Adalet Yayınevi, Ankara 2017, s. 620.

bilgilerinin değerlendirilmesi tedbiri açısından geçerli olacak şekilde anlaşılmalıdır. İletişimin tespiti ve mobil telefonun yerinin tespitinde suç tipi açısından herhangi bir sınırlama gözetilmediği dikkate alındığında, bu tedbirlerin uygulanması sırasında tesadüfen elde edilecek deliller yönünden de bir sınırlamanın getirilmesi uygun olmayacaktır.[4]

Tesadüfen elde edilen delillere ilişkin CMK'da bir tanım bulunmamaktadır. Yapılan işlemler veya uygulamalarla elde edilmesi amaçlanmadığı halde elde edilen deliller tesadüfen elde edilen deliller olarak gösterilmektedir.[5] Başka bir ifadeyle; tesadüfen elde edilen delil, soruşturulan ya da kovuşturulan suçla ilgisi olmayan başka bir suça ilişkin elde edilen delildir.[6] Öte yandan; iletişimin denetlenmesine ilişkin ayrıntılar düzenlenmesine rağmen, tesadüfen elde edilen delillere ilişkin ayrıntılara 4422 Sayılı Kanun kapsamında da yer verilmemişti. Bu nedenle Yargıtay'ın ele aldığı bir dosyada, CMK hükümleri yürürlüğe girmeden önce 4422 Sayılı Kanun kapsamında alınmış bir hakim kararıyla iletişimin dinlenmesi ve kayda alınması tedbiri gerçekleştirilirken, şüphelilerden biriyle yaptığı görüşmede 4422 Sayılı Kanun kapsamındaki suçlardan birini işlediği şüphesi oluşan, ancak hakkında herhangi bir karar olmayan sanığın iletişimine ilişkin tutanakların tesadüfen elde edilmiş delil kategorisinde olduğu kabul edilmiş, ancak 4422 Sayılı Kanun'da buna ilişkin herhangi bir düzenlemenin yer almadığı belirtilmiştir. Bu durumda, elde edilen delillerin hukuka aykırı olduğu, bu nedenle soruşturma ve kovuşturma aşamalarında bu delillerin kullanılmasının mümkün olmadığı ifade edilmiştir.[7] Benzer şekilde başka bir karara konu olayda ise, olayın geçtiği 2004 yılında ceza mevzuatında tesadüfen elde edilen delillere yönelik bir düzenleme bulunmadığı, bu durumda sanık hakkında rüşvet suçundan tesadüfen elde edilen delillerin muhakeme sürecinde kullanılamayacağı, ancak başlangıç şüphesi olarak değerlendirilebileceği kabul edilmiştir. Dolayısıyla, mahkumiyete ilişkin değerlendirmenin iletişim kayıtları dikkate alınmadan yapıldığı, isnat edilen fiilin ise görevi kötüye kullanma suçunu oluşturduğu kabul edilmiş ve bu suçtan verilen mahkumiyet kararı onanmıştır.[8] Yani, bu kararda, her ne kadar sanığa ait iletişim kayıtlarının tesadüfen elde edilen deliller

---

4 Çalışmamızda; kanuni ifadeye uygunluk açısından iletişimin denetlenmesi ifadesi kullanılacak ise de esasında tesadüfen elde edilen delillere ilişkin yorumların iletişimin dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi alt tedbirleri dikkate alınarak yapılması gerekmektedir.

5 Meriç, Emre, Oğuz, "Tesadüfen Elde Edilen Deliller", Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2019, s. 25.

6 Ünver, Yener/Hakeri, Hakan, *Ceza Muhakemesi Hukuku,* Adalet Yayınevi, Ankara 2019, 16. Baskı, s.453.; Karakaya, M. Süheyl, "İletişimin Denetlenmesi Tedbiri Esnasında Elde Edilen Tesadüfi Deliller", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN'a Armağan, C.21, 2019, s. 1493.

7 Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 3 Temmuz 2007 tarihli 2007/5.MD-23 Esas 2007/167 Karar sayılı kararı. (Söz konusu karara UYAP Yargıtay Kararları veritabanından ulaşılmıştır.)

8 Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 22 Ocak 2008 tarihli 2007/5.MD – 101 Esas 2008/3 Karar sayılı kararı. (Söz konusu karara UYAP Yargıtay Kararları veritabanından ulaşılmıştır.)

kapsamında değerlendirilemeyeceği vurgulanmışsa da bu delillerin başlangıç şüphesini oluşturduğu kabul edilmiştir.

CMK'da ise tesadüfen elde edilen deliller, sadece belirli koruma tedbirleri için öngörülmüştür. Buna göre; CMK'nın 138. maddesinde yer alan düzenlemede; arama, elkoyma ve telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi açısından tesadüfen elde edilen delile ilişkin bir kapsam ortaya konulmuşken, diğer koruma tedbirleri için bu yönde bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu husus büyük bir eksiklik oluşturmaktadır. Örneğin, gizli soruşturmacı ve teknik araçlarla izleme tedbirlerinin uygulanması sırasında da soruşturulan ya da kovuşturulan suçla ilgisi bulunmayan delillerin elde edilmesi mümkün olabilir.[9] Ancak, kanunda bu tedbirlerin uygulanmasında elde edilecek tesadüfi delillere yönelik bir düzenleme bulunmadığından bu tedbirlere ilişkin belirsizlik bulunmaktadır. Bu durumda delillerin ne şekilde takdir edileceği hususunda mevzuatta açık bir düzenlemenin bulunması gerekmektedir.

CMK'da arama veya elkoyma koruma tedbirlerinin uygulanması sırasında, yapılmakta olan soruşturma veya kovuşturmayla ilgisi olmayan ancak, başka bir suçun işlendiği şüphesini uyandırabilecek bir delil elde edilirse; bu delilin muhafaza altına alınacağı ve durumun Cumhuriyet savcılığına derhâl bildirileceği ifade edilmiştir. Buna göre; arama ve elkoyma tedbirlerinin uygulanması sırasında soruşturma veya kovuşturma konusu suçun haricindeki bir suça ilişkin delil elde edilirse, bu delil muhafaza altına alınmak ve derhal Cumhuriyet savcısına bildirmek şartıyla yeni bir soruşturma ya da kovuşturmada kullanılabilecektir. Yani, arama ve elkoyma tedbirinin uygulanması sırasında elde edilen tesadüfi delillere yönelik suç tipi açısından bir sınırlama bulunmamaktadır.

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi sırasında tedbirin uygulandığı suç ya da suçların dışındaki bir suça ilişkin delil elde edilmesi durumunda ise, bu delilin kullanılabilmesi için öncelikle CMK'nın 135. maddesi kapsamındaki şartlar yerine getirilerek verilmiş bir kararın varlığı gerekmektedir.[10] Bu karar, ancak CMK'nın 135. maddesinde katalog

---

[9] CMK'da gizli soruşturmacı ve teknik araçlarla izleme tedbirlerinin uygulanması sırasında tesadüfen elde edilen delillere ilişkin bir düzenleme yoksa da Ceza Muhakemesi Kanununda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik'in 22. ve 30. maddelerinde iletişimin denetlenmesinde tesadüfen elde edilen delillere yönelik düzenlemeye benzer bir düzenlemeye yer verilmişti. Ancak, kanunla düzenlenmeyen bu hususun tümüyle yönetmelik eliyle düzenlenmesi eleştiriye açıktır. Nitekim Danıştay 10. Daire, 9 Mart 2017 tarihli 2012/1001 Esas ve 2017/1361 Karar sayılı kararıyla söz konusu Yönetmeliği, mahkemelerin yargılama faaliyetlerine ilişkin usul konularının idarenin görev alanı dışında olduğu ve yasayla düzenlenmesi gerektiği, idarenin düzenlemesi gereken alanların ise kanunda belirtilmesi gerekmesine rağmen; iletişimin denetlenmesine ilişkin ayrıntıların yönetmelikte düzenleneceğine dair de kanunda bir düzenleme bulunmadığı gerekçesiyle iptal etmiştir. Ayrıca, kanun koyucu tarafından özel hayatın gizliliği ve haberleşme özgürlüğünün korunması gibi temel hak ve özgürlüklere ilişkin konuların bilinçli olarak kanunla düzenlenmesinin öngörüldüğü de kararda açıkça vurgulanmıştır.

[10] Ceza muhakemesinde iletişimin dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin

halinde belirtilen suçlar yönünden verilebileceğinden; tesadüfen elde edilen delillerin kullanılabilmesi de bu şarta bağlanmıştır. Bu durumda da aynı arama ve elkoyma tedbirindeki gibi delil muhafaza altına alınacak ve durum derhal Cumhuriyet savcısına bildirilecektir. Bu düzenleme, iletişimin denetlenmesindeki hakim ya da mahkeme kararı şartı olmadan tedbirin uygulanmasının tek ve istisnai yoludur.[11] Yani, bu düzenlemeyle hakkında herhangi bir karar bulunmayan kişinin iletişimine yapılan müdahale hukuken geçerli kabul edilmekte ve elde edilen delil, başka bir soruşturma ya da kovuşturmaya konu olabilmektedir. Bu bağlamda altı çizilmesi gereken husus; iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanması sırasında elde edilen tesadüfi delillerin, ancak katalog halinde belirtilen suçlardan birinin işlendiği şüphesini uyandırması durumunda kullanılabileceğidir. Öte yandan; her ne kadar ceza muhakemesi hukukunda kıyas mümkün olsa da katalog kapsamının genişletilmesi mümkün değildir.[12] Ancak, 1 Şubat 2018 tarihli 7078 Sayılı Kanun ile 2313 Sayılı Uyuşturucu Maddelerin Murakebesi Hakkında Kanun'a ek fıkra eklenmek suretiyle esrar elde etmek amacıyla kenevir ekmek suçu bakımından iletişimin dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbirine ilişkin hükümlerin uygulanabileceği düzenlenmiştir. Yine, aynı Kanun'la, Futbol ve Diğer Spor Müsabakalarında Bahis ve Şans Oyunları Düzenlenmesi Hakkında Kanun'a getirilen ek fıkra ile yasadışı bahis oynatmak, oynanmasına imkan sağlamak ve teşvik etmek gibi suçlar açısından da bu tedbirin uygulanabileceği düzenlenmiştir.[13] Söz konusu suç tiplerinin, içerdikleri yaptırım itibariyle iletişimin dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbirinin uygulanmasını gerektirecek ağırlıkta olmadığı kanaatindeyiz. Buna ek olarak; CMK'da kapsamı belirtilen bir kuruma, diğer kanunlarda değişiklik yapılarak kapsam genişletilmesi yapılmasını da kanun yapma tekniği açısından doğru bulmamaktayız.

Tesadüfen elde edilen delilin ilgili olduğu suçun, şüpheli ya da üçüncü bir kişi tarafından işlenip işlenmediğinin bir önemi bulunmamaktadır.[14] Aksi yorum, gerek düzenlemenin mantığı ile gerekse tesadüfen elde edilen delil kavramının içeriği ile açık bir çelişki oluşturacaktır.[15] Örneğin; yürütülmekte olan iletişimin denetlenmesi tedbirinde hakkında soruşturma yürütülen bir

---

değerlendirilmesi için; bir suç dolayısıyla yapılan soruşturma ve kovuşturmada, suç işlendiğine ilişkin somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve başka suretle delil elde edilmesi imkânının bulunmaması şart olup; kararın hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı tarafından verilmesi gerekmektedir. Buna ek olarak; bu karar sadece CMK'nın 135/8. fıkrasında katalog halinde belirtilen suçlar için uygulanabilir.

[11] Şahin, Cumhur/Göktürk, Neslihan, *Ceza Muhakemesi Hukuku – I,* Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, Gözden Gecirilmiş ve Güncellenmiş 10. Bası, s. 377.

[12] Yenisey, Feridun/Nuhoğlu, Ayşe, *Ceza Muhakemesi Hukuku,* Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, Güncellenmiş 6. Baskı, s. 438.

[13] 1 Şubat 2018 tarihli 7078 Sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılmasi Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun'un 10 ve 23. maddeleri.

[14] Centel, Nur/Zafer, Hamide, *Ceza Muhakemesi Hukuku,* Beta Yayınları, Ankara, 2019, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 16. Bası, s. 489.

[15] Ünver/Hakeri, 2019, s. 455.

kişi, iletişim halinde olduğu kişiye kendisinin işlediği ve soruşturma konusu dışındaki suça ilişkin itirafta bulunabileceği gibi diğer kişi de benzer şekilde itirafta bulunabilir. Tüm bu ihtimallerin yanı sıra iletişimin tarafı olmayan üçüncü bir kişinin işlediği suça ilişkin de delil elde edilmesi mümkündür.[16] Tüm bu durumlarda tesadüfen elde edilen deliller hukuka uygun olarak kabul edilecek ve süreçlerde kullanılabilecektir. Ancak, hakkında tedbir uygulanan şüpheli ya da sanığın iletişim halinde olduğu kişinin tanıklıktan çekinebilecek kimselerden olması durumunda CMK'nın 135/3. fıkrası gereğince elde edilen içerikler kaydedilemeyecek, durumun kayda alma gerçekleştikten sonra fark edilmesi hâlinde ise kayıtlar derhâl yok edilecektir.

Tanıklıktan çekinebilecek kimselerin de aynı dosya kapsamında şüpheli konumunda bulunmaları durumunda bu kimseler hakkında usulüne göre alınmış bir karar varsa iletişimin dinlenmesi ve kayda alınmasında bir sorun bulunmamaktadır. Bu kişiler hakkında da usulüne uygun şekilde iletişimin dinlenmesi ve kayda alınması kararının alınması gerekmektedir. Usulüne uygun bir karar bulunmamaktaysa, yani tanıklıktan çekinebilecek kişi hakkında şüpheli sıfatıyla iletişiminin dinlenmesi ve kayda alınması kararı bulunmamaktaysa; sırf aynı suça iştirak ettiği gerekçesiyle bu kişinin iletişimin dinlenebileceğini ve kayda alınabileceğini söylemek kanuna uygun değildir.[17] Ancak, tanıklıktan çekinebilecek kişinin, iletişimin dinlenmesi ve kayda alınmasından önce başka deliller nedeniyle zaten şüpheli sıfatını kazanmışsa bu durumda elde edilen delillerin kullanılabileceği de ifade edilmektedir.[18] Bu konuda Yargıtay, sanığın, hakkında verilen iletişimin dinlenmesi ve kayda alınması kararından önce suça iştirak ettiğinin başka delillerce ortaya konulduğunu ve bu durumda artık kayıt yasağından söz edilemeyeceğini belirterek bir sonuca varmıştır.[19] Yani Yargıtay, tanıklıktan çekinebilecek kişilerin aynı suçun şüphelisi ya da sanığı olması durumunda kayıt yasağının uygulanmayacağını, bu noktada şüpheli ya da sanık hakkında herhangi bir kararın aranmayacağını kabul etmiştir. Bir diğer olasılık ise; elde edilen tesadüfi delilin, tedbirin uygulandığı suçtan farklı bir suç ile ilgili olması durumudur. Bu son durumunda, CMK'nın 135/3. fıkrasının açık hükmü gereğince, elde edilen delilin katalog kapsamında olan bir suçla ilgili olup olmadığına bakılmaksızın elde edilen deliller kullanılmamalı, imha edilmelidir.[20] Kanaatimizce, elde edilen delillerin yürütülmekte olan soruşturma veya kovuşturmayla ilgisinin olmaması CMK'nın 138/2. fıkrasında belirtilen tesadüfen elde edilen delillerin şartlarından birisini oluşturduğundan; yukarıda açıkladığımız ilk olasılık tesadüfen elde edilen deliller kapsamında ele alınmamalıdır.[21] Ancak her iki olasılıkta da özel bir düzenleme olan CMK'nın 135/3. fıkrasının uygulama alanı bulacağını, bu

---

16 Meriç, 2019, s. 86.

17 Ünver/Hakeri, 2019, s. 439.

18 Şen, Ersan, *Türk Hukukunda Telefon Dinleme-Gizli Soruşturmacı-X Muhbir*, Seçkin Yayınları, 2013, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 6. Baskı, s. 175 .

19 Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 19 Şubat 2013 tarihli 2011/5-137 Esas 2013/58 Karar sayılı kararı. (Söz konusu karara UYAP Yargıtay Kararları veritabanından ulaşılmıştır.)

20 Karakaya, 2019, s. 1517.

21 Bu noktada özellikle, aşağıda yer alan *"İletişimin Denetlenmesi Tedbirinin Uygulandığı Suça İştirak Ettikleri Tespit Edilen Kişilerin Durumu"* başlıklı konuya bakılmalıdır.

nedenle tesadüfi delillerin tanıklıktan çekinebilecek kişilerle ilgili olması durumunda kullanılamayacağını düşünmekteyiz.

II. İletişimin Denetlenmesi Sırasında Tesadüfen Elde Edilen Delillerin Kullanılabilmesine İlişkin Şartlar

A. İletişimin Denetlenmesi Sırasında Tesadüfen Elde Edilen Delillerin, Yürütülmekte Olan Soruşturma veya Kovuşturmayla İlgisinin Olmaması

İletişimin denetlenmesi sırasında tesadüfen elde edilen delilden söz edilebilmesi için elde edilen delilin, tedbire konu soruşturma ya da kovuşturmayla ilgisinin bulunmaması gerekmektedir. Bu ifadeye göre; tesadüfen elde edilen delilin, yürütülen soruşturma ya da kovuşturmanın tümüyle dışında olması şarttır. Bu noktada; tesadüfen elde edilen delillerin konusunun tedbir kararının uygulandığı suç dışındaki bir suça ilişkin olması gerektiği ifade edilmektedir.[22] Yani, madde metninde geçen elde edilen delilin, tedbire konu soruşturma ya da kovuşturmayla ilgisinin bulunmaması ifadesi, elde edilen delilin, tedbire konu suçla ilgisinin olmaması olarak algılanmaktadır. Böyle bir yorumun bazı sonuçları bulunmaktadır. Örneğin, düzenlemenin aradığı *"yürütülmekte olan soruşturma veya kovuşturmayla ilgili olmama şartı"* tedbir kararının verildiği suçun dışındaki başka bir suç olarak yorumlanacaksa; tedbirin uygulandığı suça iştirak eden diğer şüpheliler aleyhinde elde edilecek deliller tesadüfen elde edilen deliller arasında yer almayacaktır.

Kanun koyucu, tesadüfen elde edilen delillerin yürütülmekte olan soruşturma veya kovuşturmayla ilgisinin olmaması ifadesini kullanarak, tedbire konu suçun alanından daha geniş bir anlam ifade etmiş olabilir. Başka bir ifadeyle; tesadüfen elde edilen delilden söz edebilmek için, ilgili soruşturma ya da kovuşturmanın dışına çıkmak ilk şart olduğundan, yapılacak aksi bir yorumla; söz konusu soruşturma ya da kovuşturma kapsamındaki diğer suçlara ilişkin elde edilen tesadüfi delillerin zaten kullanılabilmesi söz konusu olabilecektir. Yani, tedbirin uygulandığı suça iştirak eden ancak hakkında bir karar bulunmayan şüpheli aleyhine elde edilen delilin veya tedbirin uygulandığı suç ile bağlantılı olarak soruşturması birlikte yürütülen suçlara ilişkin elde edilen delillerin kendiliğinden kullanılabilmesi sonucu çıkmaktadır. Bu durumda; kullanılacak delilin, tesadüfen elde edilen delil kapsamının içine girmediği açık olup; CMK'nın 135. maddesi kapsamında verilen kararın doğal bir sonucu olduğu düşünülebilir. Öte yandan, kanun koyucunun *"yürütülmekte olan soruşturma veya kovuşturmayla ilgili olmama şartı"* zaten *"CMK'nın 135. maddesinin altıncı fıkrasında sayılan suçlardan birinin işlendiği şüphesinin oluşması"* şartı ile zımnen anlamsızlaştırılmıştır. Şöyle ki; iletişimin denetlenmesi sırasında elde edilen delil, tedbir kararının alındığı suçla ilgili ise her halukarda kullanılabilecektir.

---

[22] Şahin/Göktürk, 2019, s. 377., Öztürk, Bahri/Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa, Ruhan, vd., *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku,* Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, 8. Bası, 2014, s. 554.

Tedbir kararının alındığı suçun dışındaki bir suçla ilgili olması durumunda ise söz konusu delilin kullanılabilmesi, elde edilen delilin katalogda belirtilen suçlarla ilgili olmasına bağlanmıştır. Bu bakımdan; tesadüfen elde edilen delillerin kullanılabilmesi için yerine getirilmesi gereken tek şartın elde edilen delilin katalog suçlarla ilişkilendirilmesi olduğu belirtilmektedir[23].

B. İletişimin Denetlenmesi Sırasında Tesadüfen Elde Edilen Delillerin CMK'nın 135. Maddesinin Altıncı Fıkrasında Sayılan Suçlardan Birinin İşlendiği Şüphesini Uyandırması

CMK'da telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi sırasında, yürütülmekte olan soruşturma veya kovuşturmayla ilgisi olmayan ve fakat 135. maddenin altıncı fıkrasında[24] sayılan suçlardan birinin işlendiği şüphesini uyandırabilecek bir delil elde edilirse; bu delilin muhafaza altına alınacağı ve durumun Cumhuriyet savcılığına derhâl bildirileceği açıkça düzenlenmiştir. Yani, iletişimin denetlenmesi sırasında tesadüfen elde edilen bir delil, ancak katalogda yer alan bir suçla ilgili olması durumunda kullanılabilecektir. Tedbirin uygulama alanına ilişkin bu sınırlama, söz konusu tedbirin ölçülülük ilkesine uygun bir şekilde uygulanmasını sağlamak açısından getirilmiştir.[25] Öte yandan; tedbir sırasında katalogda yer alan bir suça ilişkin delilin tesadüfen elde edilmesi durumunda bu delile dayanarak dava açılamayacağı ancak tesadüfen elde edilen delilin başka delillerin elde edilmesi için şüphelenme sebebi sayılabileceği ifade edilmiştir.[26] Kanunun tesadüfen elde edilen delillerin ancak katalogda yer alan suçlar açısından kullanılabileceği yönündeki düzenlemesi gayet açık olup; bu kapsamda elde edilen bilgi ve veriler soruşturma veya kovuşturmada delil olarak kullanılabilecektir. Maddenin amacının bu hususa izin verdiği açık olmasına rağmen; düzenlemenin uygulamasını bu denli daraltacak yorumları doğru bulmamaktayız.

Suçun, katalogda yer almayan bir suç tipini oluşturması halinde, bu durumda ne yapılacağına CMK'da açıkça yer verilmemiştir.[27] Ancak, CMK'nın 138/2. fıkrasının tersi yorumundan, katalogda yer almayan bir suça ilişkin elde edilen tesadüfi delilin aşamalarda kullanılamayacağını çıkarmak gerekmektedir. Ancak, bazı yazarlar, katalogda bulunmayan suçlara ilişkin elde edilen delillerin muhafaza edilmemesi gerektiğini, bu delillerin ihbar

---

[23] Meriç, 2019, s. 125.

[24] Katalog suçların düzenlendiği fıkra CMK'nın 135/6. maddesinde düzenlenmiş ve tesadüfen elde edilen delillerin düzenlendiği CMK'nın 138/2. maddesinde bu fıkra zikredilmişken; 21 Şubat 2014 tarihli 6526 Sayılı Kanun'un 12. maddesi ve 2 Aralık 2014 tarihli 6572 Sayılı Kanun'un 42. maddesi ile maddeye yeni fıkralar eklendiğinden katalog suçların düzenlendiği fıkra 135/8. madde olarak yer almıştır. Ancak tüm bu değişikliklere rağmen, CMK'nın 138/2. maddesinde yer alan katalog suçlara ilişkin atıf fıkrası güncellenmemiştir.

[25] Yenisey/Nuhoğlu, 2018, s. 453.

[26] Soyaslan, Doğan, *Ceza Muhakemesi Hukuku,* Yetkin Yayınları, Ankara, 2018, Güncelleştirilmiş 7. Baskı, s. 292.

[27] Erdağ, Ali, İhsan, "İletişimin Denetlenmesi Kapsamında İki Önemli Sorun Olarak: Mağdurun İletişiminin Tespiti ve İletişimin Mağdur Tarafından Kaydedilmesi", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, C. 23, S. 92, 2011, s. 42.

kabul edilerek başka deliller elde edilmek üzere soruşturma açılması gerektiğini savunmaktadır.[28] Hatta bu delillerin, soruşturmayı başlatabileceği ancak kovuşturma aşamasında hükme esas teşkil etmeyeceği de belirtilmektedir.[29] Yine, tesadüfen elde edilen delillerin sadece katalogda yer alan suçlar açısından kullanılabilmesine rağmen, bu delillerin katalogda yer almayan suçlar açısından da başlangıç şüphesi olarak değerlendirilmesi gerektiği savunulmaktadır.[30] Bu durumda, örneğin tehdit suçuna ilişkin tesadüfen elde edilen bir delil kullanılamayacaksa bile, bu konuda bir tutanak tutulması, mağdur ve şüphelinin ifadesinin alınması söz konusu olabilecektir. Bu ifade sırasında iletişimin dinlenmesi sırasında sarfedilen tehdit içerikli sözlerin gündeme gelmemesi ihtimal dışıdır. Kanaatimizce, böyle bir imkanın sağlanması, yani bu kayıtlardan yola çıkılarak bir tutanakla soruşturmaya başlanıp başkaca delillerin toplanmaya çalışılması ile herhangi bir delil yasağı olmaksızın kayıtların kullanılması arasında bir fark yoktur. Yani; bu görüş kabul edilecek olursa, katalogda yer alan bir suça ilişkin elde edilen tesadüfi delil ile katalogda yer almayan bir suça ilişkin elde edilen tesadüfi delil aynı değerlendirmeye tabi tutulacaktır. Bu durumda, CMK'nın 138/2. fıkrasında yer alan sınırlayıcı düzenleme anlamsız hale getirilmiş olacaktır.[31] Temel hak ve özgürlüklere istisnai olarak müdahale edilmesi amacı ile uyumluluk taşımayan böyle bir uygulamanın kötüye kullanılabileceği de açıktır. Nitekim, katalog kapsamında yer almayan bir suça ilişkin tesadüfi delilin kullanılamaması, Yargıtay tarafından delil değerlendirilmesi yasakları arasında gösterilmektedir.[32] Öte yandan; iletişimin denetlenmesi tedbiri sırasında tesadüfen elde edilen delilin katalogda yer almayan bir suçla ilgili olmasına rağmen; bu delil, her nasılsa dosyaya girmiş ve hatta soruşturmada kullanılmış olması halinde, hukuka aykırı olan söz konusu delilin değerlendirme dışına alınarak dosyadaki diğer deliller dikkate alınmak suretiyle bir karara varılması gerekmektedir.[33]

C. Tesadüfen Elde Edilen Delilin Muhafaza Altına Alınması ve Durumun Cumhuriyet Savcılığına Derhâl Bildirilmesi

İletişimin denetlenmesi sırasında katalogda sayılan suçlardan birinin işlendiği şüphesini uyandırabilecek bir delil elde edilirse; bu delil muhafaza altına alınmalı ve durum Cumhuriyet savcılığına derhâl bildirilmelidir. Bu fıkrada yer alan *"muhafaza altına alma"* ve *"durumun Cumhuriyet savcılığına derhal bildirilmesi"* şartlarından birisinin yerine getirilmemesi, elde edilen delillerin aşamalarda kullanılmasını hukuka aykırı hale getirecektir. Nitekim; Yargıtay da vermiş olduğu bir kararda, muhafaza altına alınan tesadüfi delillerden Cumhuriyet savcısının tüm dinleme işlemleri tamamlandıktan

---

[28] Özbek/Doğan/Bacaksız, 2019, s. 409; Yenisey/Nuhoğlu, 2018, s. 454.
[29] Centel/Zafer, 2019, s. 490.
[30] Kaymaz, 2013, s. 499.
[31] Öztürk/Tezcan/Erdem/v.d., 2014, s.555.; Ünver/Hakeri, 2019, s. 455.
[32] Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 9 Temmuz 2020 tarihli ve 2016/1-487 Esas ve 2020/353 Karar sayılı kararı. (Söz konusu karara UYAP Yargıtay Kararları veritabanından ulaşılmıştır.
[33] Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin 5 Şubat 2020 tarihli 2015/1307 Esas ve 2020/3134 Karar sayılı kararı. (Söz konusu karara UYAP Yargıtay Kararları veritabanından ulaşılmıştır.)

sonra haberdar edilmesi nedeniyle elde edilen delilleri hukuka aykırı olarak değerlendirmiştir.[34] Bununla birlikte; söz konusu durumda sürecin hukuka uygun bir şekilde yürütülmesinden dolayı delillerin hukuka aykırılığından söz edilemeyeceği, konunun, hukuka uygun olan delilin ispat aracı olarak kullanılamamasından ibaret olduğu da ifade edilmektedir.[35]

Bu düzenlemeyle elde edilen delilin, katalogda yer alan suçlardan birini oluşturup oluşturmadığının takdiri, dinlemeyi gerçekleştiren kolluk görevlisine bırakılmıştır. Yani görevli kişi, öncelikle bir suçun işlenip işlenmediğini, sonrasında ise bu suçun katalogda olup olmadığını değerlendirecek ve delili muhafaza altına alıp konuyla ilgili Cumhuriyet savcısına bilgi verecektir. Bu düzenleme, kolluk görevlilerine hakim ya da Cumhuriyet savcısının kararı olmadan elkoyma yetkisi tanımaktadır.[36] Kanaatimizce, suç oluşturabilecek bir fiile ilişkin delilin elde edilmesi halinde, durum derhal Cumhuriyet savcısına bildirilmeli ve söz konusu delilin katalog suçlar arasında yer alıp almadığı dahil sonraki süreç doğrudan doğruya Cumhuriyet savcısı tarafından yürütülmelidir. Böyle bir değerlendirmenin Cumhuriyet savcısı tarafından yapılması, hukuk devleti ilkesi açısından bir zorunluluktur.[37]

Mevcut düzenlemeye göre; denetimi yapan görevlinin, katalog dışında kalan suçlara yönelik delilleri Cumhuriyet savcısına bildirmeyeceği anlamı çıkmaktadır. Ancak; Türk Ceza Kanunu'nda yer alan kamu görevlisinin suçu bildirmemesi suçuna ilişkin düzenlemede, kamu adına soruşturma ve kovuşturmayı gerektiren bir suçun işlendiğini göreviyle bağlantılı olarak öğrenip de yetkili makamlara bildirimde bulunmayı ihmal eden veya bu hususta gecikme gösteren kamu görevlisi sorumlu tutulmaktadır. Bu düzenleme dikkate alındığında; kolluk görevlisi, katalog içerisinde olsun ya da olmasın bir suçun işlendiğini öğrenmesi durumunda Cumhuriyet savcısına haber vermelidir. Ancak CMK'da yer alan düzenleme, suçu bildirmeme suçuna konu fiil açısından özel bir hukuka uygunluk nedeni olarak değerlendirilmektedir.[38] Öte yandan; CMK'da yer alan düzenlemenin bu yükümlülüğü ortadan kaldırmayacağı da savunulmaktadır.[39] Bize göre; her iki düzenleme bu anlamda çelişki içermektedir. Bu çelişkiyi gidermek için de CMK'nın 138/2. fıkrasında; katalog içerisinde yer alıp almadığına bakılmaksızın herhangi bir suçun işlendiği yönünde delil elde edilmesi durumunda kolluk görevlisinin derhal Cumhuriyet savcısına bildirimde bulunması ve Cumhuriyet savcısının söz konusu suçun katalog içerisinde yer alıp almadığı ile delillerin muhafazasına ilişkin değerlendirmede bulunması gerektiği yönünde değişiklik yapılması gerekmektedir.

---

[34] Yargıtay 16. Ceza Dairesi'nin 31 Mart 2016 tarihli 2016/2223 Esas ve 2016/2948 K. sayılı kararı. (Söz konusu karara UYAP Yargıtay Kararları veritabanından ulaşılmıştır.)

[35] Ünver/Hakeri, 2019, s.455.

[36] Centel/Zafer, 2019, s. 489.

[37] Gökcen, Ahmet/Balcı, Murat/Alşahin, M. Emin/vd., *Ceza Muhakemesi Hukuku,* Adalet Yayınevi, 2020, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 4. Baskı, s. 514.

[38] Şahin, Cumhur, "Telekomünikasyon Yoluyla İletişimin Denetlenmesi – Yargıtay Kararları Çerçevesinde Bir Değerlendirme", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, S. 1-2, 2007, s. 1112.

[39] Ünver/Hakeri, 2019, s.431.

III. İletişimin Denetlenmesi Sırasında Tesadüfen Elde Edilen Delillerin Kullanılabilmesine İlişkin Bazı Sorunlar

A. İletişimin Denetlenmesi Tedbirinin Uygulandığı Suça İştirak Ettikleri Tespit Edilen Kişilerin Durumu

Tesadüfen elde edilen delillerin kullanılabilmesi için yürütülmekte olan soruşturma veya kovuşturmayla ilgisinin olmaması arandığından; tedbir kararına konu suça iştirak eden ancak hakkında karar bulunmayan kişiler aleyhine elde edilen delillerin tesadüfen elde edilen deliller arasında olduğu söylenemeyecektir. İletişimin denetlenmesi kararı, yalnızca hakkında karar verilen kişi aleyhinde sonuç doğurduğundan, aynı suça iştirak etse dahi hakkında karar bulunmayan kişi hakkında da doğrudan sonuç doğurduğunu söylemek doğru olmayacaktır. Katalog içerisinde yer alan bir suçu işlediği iddiasıyla hakkında iletişimin denetlenmesi tedbirine karar verilen şüphelilerin iletişimleri takip edilirken, hakkında herhangi bir karar olmayan başka bir şüphelinin aynı suça iştirak ettiği şüphesinin doğması durumunda, elde edilen delil, başlangıç şüphesi olarak değerlendirilecek ve diğer şartlar da mevcutsa şüpheli hakkında yeni bir karar alınacaktır.[40] Bu noktada asıl sorun, suça iştirak ettiği belirlenen şüpheli hakkında yeni bir karar alınmasından ziyade o ana kadar elde edilen delillerin durumudur.[41]

Usulüne uygun bir dinleme işlemi sırasında, dinlenen şüpheli ya da sanığın görüştüğü kişinin söz konusu suça iştirak ettiğinin anlaşılması durumunda, bu kişinin kendiliğinden şüpheli olarak değerlendirileceği ve elde edilen delillerin kendisi aleyhinde kullanılabileceği de savunulmaktadır.[42] Öte yandan, tesadüfen elde edilen delillere yönelik düzenlemenin muhatabının sadece şüpheli veya sanık olduğu ve bu nedenle üçüncü kişiler hakkında elde edilen tesadüfi delillerin katalog suçlar kapsamında olsa dahi kullanılamayacağı da belirtilmektedir.[43] Hatta, bir suça ilişkin tesadüfen elde edilen delilin, hakkında karar bulunmayan şüpheli ya da sanık aleyhinde kullanılmasıyla, hakkında karar bulunmayan kimselerle ilgili genel bir dinleme riskinin oluşacağı savunulmaktadır.[44] Bir diğer görüşe göre ise; tesadüfen elde edilen delillere ilişkin CMK'nın 138/2. fıkrasında yer alan kural, elde edilen delilin, soruşturma ya da kovuşturma konusu suç ya da suçların dışındaki suçlara ilişkin olmasını aramakta; şüpheli ya da sanığın farklı kişiler olup olmamasının bu noktada önemi bulunmamaktadır. Yani, hakkında tedbir uygulanan şüpheli veya sanık dışındaki kişilere isnat edilen suçlara iştirak eden kişiler hakkında tedbir kararı olmasa bile bu kişiler hakkında elde edilen deliller kullanılabilecektir.[45] CMK, tedbirin uygulanması noktasında şüpheli ya da sanıkla üçüncü kişiler arasında

---

40 Şahin, 2007, s. 1109.
41 Meriç, 2019, s.122.
42 Şen, Ersan, "İletişimin Denetlenmesi", Ceza Hukuku Dergisi, Ağustos 2007, S. 4, s. 105.
43 Özen, 2017, s. 659.
44 Özbek, Veli, Özer, "Türk Hukukunda İletişimin Adli/İdari Amaçla Denetlenmesi ve Uygulamadaki Sorunlar", Ceza Muhakemesi Hukukunda Güncel Konular, Ed.: Nur Centel, İstanbul, 2015, s.201.
45 Kaymaz, 2013, s. 491.

herhangi bir ayrıma gitmediğinden; üçüncü kişilerle ilgili tesadüfen elde edilen delillere dayanarak işlem yapılamayacağı görüşü, düzenlemenin uygulama alanını daraltacak ve kanunilik ilkesine aykırılık teşkil edecektir.[46]

İletişimin denetlenmesi tedbirinin, hakkında usulüne uygun karar bulunmayan kimseler açısından sonuç doğurması, tesadüfen elde edilen deliller kapsamında katalogda yer alan başka bir suçtan delil elde edilmesi ile mümkün olabileceği gibi üçüncü kişilerin halihazırda yürütülen tedbir kapsamındaki suça iştirak ettiğinin anlaşılması ile de mümkündür. Ancak bu hususta söz konusu delilin muhafaza altına alınıp alınmayacağı ve süreçlerde kullanılıp kullanılamayacağı hususunda CMK'da bir düzenleme bulunmamaktadır. Oysa, 4422 Sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu'nda suça iştirak eden kimseler hakkında da iletişimin dinlenmesine karar verilebileceği düzenlenmişti. Benzer düzenlemenin CMK'da bulunmaması büyük bir eksikliktir. Yürütülen soruşturma ya da kovuşturma ile herhangi bir bağlantısı olmayan bir suç hakkında elde edilen delilin muhafazasına izin veren bu düzenlemenin, soruşturma konusu suça iştirak ettiği belirlenen bir kişi hakkındaki delilin kullanılmasına izin vermemesi düzenlemenin amacıyla çelişmektedir. Esasında, kanun koyucunun bu düzenlemedeki amacının, iletişimin denetlenmesi tedbirinin alanını katalogda yer alan diğer suçlarla daraltmak olduğu açıktır. Bu nedenle; halihazırda tedbir uygulanan suça iştirak eden ve fakat hakkında karar bulunmayan kişiler hakkındaki delillerin de kullanılabilmesi gerekmektedir.

Yargıtay, bir kararında, şüphelilerden bir kısmı hakkında uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçundan alınmış usulüne uygun bir karara dayanarak elde edilen delilin; suça iştirak ettiğinden şüphelenilen diğer bir şüpheli açısından da geçerli olduğu ve bu delilin de hukuka uygun delil niteliğinde olduğunu kabul etmiştir. Yani Yargıtay, halihazırda hakkında bir karar olmayan ancak tedbirin uygulandığı suça iştirak ettiği belirlenen şüpheli hakkında yeni bir kararın alınmasına gerek olmadığını belirtmiştir. Bu karardaki muhalefet şerhinde ise; sanık hakkında usulüne uygun bir kararın alınmamış olduğu ve tesadüfen elde edilen delil kapsamının ise söz konusu soruşturma dışındaki başka suçlar için mümkün olduğu haklı olarak belirtilmiştir.[47] Kanaatimizce de bu durumda tespit edilen suçun, zaten tedbir uygulanan suç olduğu anlaşıldığından; elde edilen delilin CMK'nın 138/2 fıkrası uyarınca tesadüfen elde edilen delil olarak değerlendirmek mümkün değildir. Bu durumda yapılacak en doğru uygulama, elde edilen delilin başlangıç şüphesi olarak kabul edilmesi ve şartları oluşması durumunda hakkında delil elde edilen yeni şüpheli hakkında yeni bir kararın alınması olacaktır. Yukarıda da izah ettiğimiz üzere, elde edilen delilin, tedbirin uygulandığı suça iştirak eden ve ancak hakkında bir karar bulunmayan şüpheli ya da sanık hakkında hiç bir şekilde kullanılamayacağını söylemek doğru olmayacaktır.

---

[46] Ünver/Hakeri, 2019, s.455.

[47] Yargıtay 10. Ceza Dairesi'nin 20 Haziran 2019 tarihli 2014/3625 Esas 2019/4181 Karar sayılı kararı. (Söz konusu karara UYAP Yargıtay Kararları veritabanından ulaşılmıştır.)

B. Tedbire Konu Suç ile Bağlantılı Suçlar ve Örgüt Kapsamında İşlenen Suçların Durumu

Katalog kapsamında yer alan suçların, katalog kapsamında olmayan başka suçlarla birlikte işlenmesi de sıklıkla karşılaşılan bir durumdur. Bu durum, yukarıda belirtildiği üzere tedbirinin uygulandığı suça iştirak eden ancak haklarında bir karar bulunmayan kişilerin durumundan farklıdır. Bu son durumda katalog dışı bir suçun işlenmesi söz konusu olmayıp; suça iştirak ettiği belirlenen şüpheli ya da sanık hakkında ilgili suçtan verilmiş bir karar bulunmamaktadır. Oysa; tedbire konu suçla bağlantılı suçlar ve örgüt kapsamında işlenen suçlarda katalog dışındaki suçlara ilişkin delil elde edilmektedir. Bu suçlar hakkında tedbir kararı verilememesine rağmen; tedbire konu suçla olan bağlantıları bu suçlar hakkında bazı belirsizliklere yol açmaktadır.

CMK'da gerek bağlantılı suçlar gerekse örgüt kapsamında işlenen suçlara ilişkin özel bir düzenleme bulunmadığından katalog kapsamında yer almayan bir suça ilişkin elde edilen tesadüfi delilin mutlak reddi söz konusu olacaktır. Ancak, bu anlayış, uygulamada zaman zaman benimsenmemekte, her iki durumda da elde edilen delillerin, hem soruşturmada hem de kovuşturmada kullanılabileceği yönünde kararlar verilmektedir. Örneğin; katalog kapsamında yer alan uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçu, çoğu zaman katalog kapsamında olmayan kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın almak, kabul etmek veya bulundurmak ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanmak suçu ile bir arada işlenebilmektedir. Bu durumda, her iki suça ilişkin delilleri mutlak bir şekilde ayırmak mümkün değildir. Kanaatimizce; birlikte soruşturulan bu suçlar bağlantılı olup; bu nedenle katalogda yer alan bir suç nedeniyle tedbir uygulanmaktayken; bu tür bağlantılı suçlara ilişkin de delil elde edilmesi durumunda, bu delilin hukuka uygun olduğu kabul edilmelidir.[48] Bu noktada, CMK'da tanımı yapılan bağlantılı suç kavramı dikkate alınabilir. CMK'da yapılan bağlantılı suç kavramına bir kişinin, birden fazla suçtan sanık olması veya bir suçta her ne sıfatla olursa olsun birden fazla sanığın bulunması ya da suçun işlenmesinden sonra suçluyu kayırma, suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirme fiillerinin işlenmesi dahil edilmiştir. Ancak; böyle bir kabulün katalogda yer almayan suçlar açısından da tedbirin uygulanmasına peşinen sebebiyet vereceği, bu nedenle elde edilen delillerin, tedbirin uygulandığı suçla bağlantılı olsa dahi katalogda yer almayan suçlar açısından kullanılamaması gerektiği de savunulmaktadır.[49]

Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nda katalogda olan bir suça hazırlık anlamında başka bir suçun işlenmesi durumunda, bu suçun da katalog kapsamında bir suç olarak değerlendirileceği açıkça belirtilmiştir[50]. Örneğin; bir kasten öldürme suçu için ruhsatsız bir silahın satın alınması durumunda, bu suç da katalog kapsamında değerlendirilecek ve bu suça ilişkin iletişimin denetlenmesi yoluna gidilebilecek ve toplanan delil hukuka uygun olarak kabul edilecektir. CMK'da bu yönde açıkça bir düzenleme

---

48 Kaymaz, 2013, s. 486.
49 Meriç, 2019, s. 138.
50 Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 100a/1. fıkrası.

olmadığı için bu suç ile ilgili iletişimin denetlenmesi tedbirine hükmedilemeyeceği açıktır.[51] Kanaatimizce; bu hususta oluşan karışıklığı gidermek için; bağlantılı suçlarla ilgili olması durumunda tesadüfen elde edilen delillerin kullanılıp kullanılamayacağını ele alan bir düzenlemeye ihtiyaç bulunmaktadır.

Suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu ile örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçları birbirinden ayırmak her zaman olası değildir. Örgüt kurma suçu kapsamında uygulanan iletişimin denetlenmesi tedbiri sırasında amaç suçlar açısından toplanan deliller, şayet tedbirin uygulandığı örgüt kurma suçundan bir mahkumiyet hükmü kurulmuşsa hukuka uygun olarak kabul edilmeli ve süreçlerde kullanılabilmelidir. Zira, örgütlü suçların aydınlatılması, iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulandığı esas alanlardan biri olup; örgüt kurma suçuna ilişkin değerlendirme ancak amaç suça ilişkin elde edilen delillerle mümkündür. Yargıtay son zamanlarda verdiği bir kararında; suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçuna dayanılarak başka sanıklar hakkında verilen iletişimin dinlenmesi ve kayda alınması tedbirinden elde edilen delillerin, hakkında tedbir kararı bulunmayan sanığın bu suçtan kurulan mahkumiyetine dayanak yapılmasını hukuka aykırı bulmamıştır. Ancak bu delillerin, suç tarihi itibariyle katalogda yer almayan nitelikli yağma suçundan kurulan mahkumiyet hükmünde kullanılmasını hukuka aykırı olarak değerlendirmiştir.[52] Ayrıca; Yargıtay bu kararda, nitelikli yağma ve suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçunun yapılarının farklı olduğu ve söz konusu suçların birbirlerine dönüşmelerinin söz konusu olmadığını, her iki suçun birlikte işlenmesi hâlinde faile ayrı ayrı ceza verileceğini de belirterek iletişimin denetlenmesi tutanaklarının nitelikli yağma suçundan kurulan mahkumiyet hükmüne esas alınamayacağını açıkça vurgulamıştır. Kanaatimizce; her ne kadar tedbire başvurulduğu tarih itibariyle nitelikli yağma suçu katalog suçlar arasında yer almasa da suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçunun sabit olduğuna karar verildiğine göre; elde edilen delillerin, örgüt kurma suçu kapsamında yer alan amaç suçun katalog içerisinde yer alıp almadığına bakılmaksızın amaç suç açısından da hukuka uygun olarak kabul edilmesi ve kullanılabilmesi gerekirdi.

Örgüt kurma suçunun adeta bir şemsiye olarak kullanıldığı tedbirlerde, örgüt kurma suçundan dava açılmadığı ya da beraat hükmü kurulduğu takdirde, amaç suç ile ilgili toplanan deliller de kullanılamayacaktır.[53] Nitekim Yargıtay, suç işlemek amacıyla örgüt kurma ve örgüte üye olma suçlarından sanıklar hakkında beraat hükümleri verilen bir dosyada; nitelikli dolandırıcılık ve görevi kötüye kullanma suçlarının suç tarihi itibariyle katalog suçlar arasında yer almaması nedeniyle iletişimin dinlenilmesine yönelik kayıtların bu suçlar açısından sanıklar aleyhine delil

---

51 Kaymaz, 2013, s. 159.

52 Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 9 Temmuz 2020 tarihli ve 2016/1-487 Esas ve 2020/353 Karar sayılı kararı. (Söz konusu karara UYAP Yargıtay Kararları veritabanından ulaşılmıştır.)

53 Şen, 2007, s. 112., Gökcen/Balcı/Alşahin, vd., 2020, s. 497.

olarak kullanılamayacağını belirtmiş, elde edilen delilleri inceleme dışı bırakarak dosyadaki diğer delil ve tespitlere göre değerlendirme yapmıştır.[54]

C. Önleme Amaçlı Dinleme İşlemlerinde Tesadüfen Elde Edilen Deliller

Önleme amaçlı dinleme ve kayda alma işlemi sırasında bir suça ilişkin delil elde edilirse bu delilin bir suç soruşturmasına konu edilip edilmeyeceği ve hatta bu delile dayanılarak mahkumiyet hükmü verilip verilmeyeceği de benzer şekilde tartışmalıdır. Önleme amaçlı dinleme ve kayda alma işlemleri, ilgili olduğu kanunun amacı dışında kullanılamayacaktır. Bu husus, 2803 Sayılı Jandarma Teşkilat Görev ve Yetkileri Kanunu, 2559 Sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu, 2937 Sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu'nda açıkça belirtilmiştir.[55] Bu düzenlemelerle, önleme amaçlı dinleme sırasında elde edilen bir delilin, suçun aydınlatılması amacıyla kullanılmasının yasaklandığı ifade edilmektedir.[56] Gerçekten, adli amaçlı ve önleme amaçlı dinleme ve kayda alma işlemlerinin kapsamı bir diğerinden farklı olarak düzenlendiğinden, önleme amaçlı dinleme neticesinde elde edilen delillerin bir suç soruşturması ya da kovuşturmasında kullanılması mümkün görünmemektedir.[57] Böylesine bir kabul, söz konusu delillerin, elde edildikleri yöntem açısından hukuka aykırı olduğunu göstermemektedir. Ancak; kanunun belirttiği açık yasak karşısında bir değerlendirme yasağından söz edilebilmektedir.[58]

Uygulamada; bu düzenlemenin gözardı edildiği ve önleme amaçlı dinleme ve kayda alma işlemi sırasında elde edilen delille bir suç soruşturmasının başlatılabildiği görülmektedir.[59] Önleme amaçlı dinleme sırasında bir suça ilişkin delil elde edilirse bu delilin hukuka aykırı olmadığı ve bu delile dayanarak suç soruşturmasının başlatılabileceği; ancak bu delilin, yukarıda ifade edilen açık düzenleme nedeniyle soruşturma ve kovuşturmada kullanılamayacağı da belirtilmektedir.[60] Kanaatimizce, önleme amaçlı dinleme sırasında bir suçun işlendiğine yönelik herhangi bir şüphe oluşursa, bu durumda elde edilen delil bir soruşturma başlatılmasında ya da başlamış olan soruşturma veya kovuşturmada kullanılamamalıdır. Bu görüşümüz iki nedene dayanmaktadır. Öncelikle, önleme amaçlı dinleme ile elde edilen kayıtların, kanunda belirtilen amaçlar dışında kullanılamayacağı

---

54 Yargıtay 15. Ceza Dairesi'nin 26 Aralık 2019 tarihli ve 2017/26444 Esas ve 2019/15700 Karar sayılı kararı. (Söz konusu karara UYAP Yargıtay Kararları veritabanından ulaşılmıştır.)

55 2803 Sayılı Jandarma Teşkilat Görev ve Yetkileri Kanunu'nun ek 5. maddesinin 6. fıkrası, 2559 Sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nun ek 7. maddesinin 7. fıkrası, 2937 Sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu'nda 6. maddesinin ek 5. Fıkrası.

56 Şahin, 2007, s. 1109.

57 Centel, Nur, "5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'na Göre Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Köksal Bayraktar'a Armağan, C. 2, 2010, s. 162.

58 Meriç, 2019, s. 94.

59 Öztürk/Tezcan/Erdem/v.d., 2014, s. 538.

60 Şen, 2013, s. 75.

açıkça düzenlenmiştir. Mutlak bir yasak olarak düzenlenen bu hükümle, elde edilecek delilin, hem ceza muhakemesi sürecinin başlangıcı hem de süreçlerin bizatihi kendisinde kullanılabilmesinin önü kapatılmıştır. İkinci olarak; ceza muhakemesinde iletişimin denetlenmesi, önleme amaçlı dinlemeye göre daha sıkı şartlara sahiptir. Önleme amaçlı dinleme tedbiri sırasında elde edilen delilin, suç soruşturmalarında kullanılabilmesinin kabulü; uygulayıcıların adli amaçlı iletişimin denetlenmesi yerine önleme amaçlı dinlemeyi tercih etmeleri tehlikesini doğuracak ve böylelikle kanunda tanınan güvencelerin ortadan kaldırılması söz konusu olabilecektir. Öte yandan önleme amaçlı dinlemelerle kişilerin haberleşme hürriyeti, özel yaşamın gizliliği ve kişisel verilerin korunması gibi hak ve özgürlüklerine müdahale edildiği açık olmasına rağmen; bu yönteme başvurulurken herhangi bir tehlike derecesinin aranmadığı ve karar verilirken dikkate alınacak ölçütlerin de net bir şekilde ortaya konmadığı görülmektedir. Kişiler için yeterli güvence sunmayan bu düzenlemeler, Anayasa'ya aykırı bir içeriğe sahiptir.[61] Kanaatimizce; oluşacak farklı uygulamaları gidermek ve temel hak ve özgürlüklerin korunması için daha güvenceli bir ortamın oluşturulması için önleme amaçlı dinleme sırasında elde edilen ve bir suçla ilişkilendirilen delillerin akıbeti ile ilgili yasal düzenlemeye ihtiyaç bulunduğu açıktır.[62]

Önleme amaçlı dinleme sırasında elde edilen delilin suç soruşturması veya kovuşturmasında kullanılıp kullanılmayacağı, bazı Yargıtay kararlarına da konu olmuştur. Buna göre, Yargıtay yukarıda belirtilen kanun hükmüne atıf yaparak önleme amaçlı dinlemeler neticesinde elde edilen bulguların; ancak suç işlenmesinin ve kamu düzeninin bozulmasının önlenmesi amacıyla kullanılabileceğini, kanunun öngördüğü amaçlar dışında bir ceza soruşturması veya kovuşturmasında delil olarak kullanılamayacağını ifade etmiştir. Ancak bu durumda kolluk görevlilerinin durumu derhal adli birimlere bildirmesi ve somut olayın özelliğine göre Cumhuriyet savcılığınca gerek görülürse bu bilgilerden hareketle soruşturmaya başlanılabileceği de kararda belirtilmiştir. Bu bilgiler ışığında Yargıtay Ceza Genel Kurulu, somut olayda önleme amaçlı dinleme neticesinde elde edilen bulguların delil olarak nitelendirilerek mahkumiyete esas alınmasını hukuka uygun bulmamış ve yerel mahkemenin dosyadaki diğer delillerin durumunu dikkate alarak karar vermesi gerektiğine hükmederek kararı bozmuştur.[63] Yargıtay'ın başka bir kararına konu olayda ise hükümlünün infaz kurumu içerisinde yaptığı telefon görüşmelerinin kayda alınabileceğini, bunun yasal dayanağının mevcut olduğunu ancak idari tedbir sırasında elde edilen delilin bir suç soruşturmasında kullanılabilmesi için, söz konusu delilin CMK'nın 135. maddesindeki katalog suçlara ilişkin olması gerektiği, hakaret suçunun ise bu suçlar arasında bulunmadığını belirterek yerel mahkemenin kararını bozmuştur. Söz konusu karara Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itiraz ederek basit şekli aykırılıkların hukuka aykırı delil kavramının içerisinde değerlendirilmemesi gerektiği,

---

61 Özbek, 2015, s. 171.

62 Kaymaz, 2013, s. 67.

63 Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 17 Mayıs 2011 tarihli 2011/9-83 Esas 2011/95 Karar sayılı kararı. (Söz konusu karara UYAP Yargıtay Kararları veritabanından ulaşılmıştır.)

ihlal edilen kuralın, hak ihlaline neden olmaması ve adil yargılanma ilkesini zedelememesi şartıyla elde edilin delilin yargılamada kullanılması gerektiği, kanuna dayalı tedbir niteliğinde olan bu dinlemeden elde edilen kayıtların katalog suçlar arasında bulunmayan hakaret suçu açısından hukuka uygun bir delil olarak kullanılmasını engelleyen bir düzenleme bulunmadığı belirtilmiştir. Yargıtay ilgili dairesi, Başsavcılığın itirazını haklı görmüş, tüm bu tartışmalara değinmeden Başsavcılığın itirazına atıf yaparak yerel mahkemenin mahkumiyet kararını onamıştır.[64] Ancak, kararda bulunan muhalefet şerhinde; CMK'da mutlak değerlendirme yasağı benimsendiğinden hakimin de bu kurala mutlak bir şekilde uyması gerektiğini, hakaret suçunun da katalog suçlar arasında yer almaması nedeniyle sanığın beraat etmesi gerektiği ifade edilmiştir.

Hukuka aykırı delillerin kullanılamayacağına ilişkin en önemli düzenleme, CMK' 217/2. maddesindeki *"...delilin hukuka uygun olması durumunda kullanılabileceği..."* olup; bu düzenlemede delilin hukuka uygun olması gerektiği şart koşulmuş, yukarıda belirtilen karardaki Başsavcılık itirazında ifade edildiği gibi hukuka aykırı delilin içerik ya da şartları belirlenmemiştir. Yani, değerlendirme yapılırken delilin hukuka aykırı olmadığı değil hukuka uygun olmasının gerekliliği aranacaktır. Somut olayda, hakaret suçuna konu delilin bir idari dinleme sırasında elde edildiği açıktır. Sorun, idari dinleme sırasında bir suça ilişkin bulgu elde edilirse bunun bir ceza soruşturmasını başlatan ve dahası mahkumiyet kararına dayanak oluşturan bir delil olarak kabul edilip edilmeyeceğidir. Bu hususta dört ayrı olasılık söz konusudur. Buna göre, önleme amaçlı dinleme sonucu elde edilen bulgu kanundaki usuller yerine getirilerek (hakim ya da mahkeme kararı alınarak) elde edilmişse, bunlara dayanılarak diğer delillerin araştırmasının yapılması ve bunun sonucunda elde edilen delillerin adli soruşturmada kullanılması mümkündür. İkinci olasılık ise, yine kanundaki usuller yerine getirilerek (hakim ya da mahkeme kararı alınarak) elde edilen bulgunun diğer delillerin araştırılmasında kullanılması ancak diğer delillerin elde edilememesi durumunda önleme amaçlı dinlemede elde edilen bulgunun suç soruşturmasında delil olarak kullanılabilmesidir. Üçüncü olasılık, kanuna uygun hakim ya da mahkeme kararı kapsamında yürütülen önleme amaçlı dinleme kapsamında elde edilen bulgunun üzerine adli soruşturma yöntemleri kullanılarak hiçbir delil elde edilememişse önleme amaçlı dinleme sırasında elde edilen bulgunun da kullanılamamasıdır. Dördüncü ve son olasılık ise; önleme amaçlı dinleme sırasında elde edilen bulgunun hiçbir şartta adli soruşturma kapsamında delil olarak kullanılmamasıdır.[65]

Önleme amaçlı dinleme sırasında elde edilen delilin suç soruşturması veya kovuşturmasında kullanılıp kullanılmayacağı hususuna ilişkin önleme amaçlı iletişimin dinlenmesine ilişkin düzenlemelerin yer aldığı düzenlemelerde açık bir hüküm bulunmamaktadır. Her ne kadar yukarıda belirtildiği üzere ilgili kanunlarda önleme amaçlı dinlemelerin sadece kanunda belirtilen amaçla sınırlı olmak üzere kullanılabileceği yönünde

---

[64] Yargıtay 18. Ceza Dairesi'nin 13 Aralık 2016 tarihli 2016/17804 Esas 2016/19040 Karar sayılı kararı. (Söz konusu karara UYAP Yargıtay Kararları veritabanından ulaşılmıştır.)

[65] Özen, 2017, s. 629.

düzenlemeler bulunsa da bu hususta kanun koyucunun iradesinin daha net bir şekilde ortaya konulması gerekirdi. Kanaatimizce, böyle bir düzenlemenin bulunmaması karşısında sorunun çözümü için öncelikle adli amaçlı iletişimin denetlenmesi sırasında başka bir suçun işlendiği yönünde delillerin elde edilmesi durumunda CMK'da yer alan kural dikkate alınmalıdır. Bu noktada; CMK'nın 138/2. fıkrasında belirtildiği üzere iletişimin denetlenmesi sırasında başka bir suçun işlendiği yönünde bir delil elde edilirse bu delil, ancak katalogda yer alan suçlardan birine ilişkin olması durumunda kullanılabilecektir. Adli amaçlı dinlemeye göre daha az güvenceyle ve daha esnek bir şekilde uygulanabilen önleme amaçlı dinlemelerde elde edilen ve bir suçla ilişkili olduğu düşünülen delillere de en azından bu düzenleme çerçevesinde yaklaşılmalıdır. Aksinin kabulü; CMK'nın iletişimin denetlenmesi kapsamında benimsediği ikincillik ve oranlılık ilkesine aykırı olacak ve sınırlı bir şekilde uygulanması kural olan bu tedbirin uygulama alanının genişletilmesi sonucunu doğuracaktır. Yine böyle bir anlayış; uygulamada CMK'nın iletişimin denetlenmesi tedbiri için aradığı sıkı şartların bir kenara bırakılarak önleme amaçlı dinleme işleminin şartlarıyla yetinilmesini ortaya çıkaracaktır.[66] Netice itibariyle, mevcut düzenlemeler dikkate alındığında, önleme amaçlı dinleme esnasında elde edilen tesadüfi delillerin bir suç soruşturmasında kullanılamayacağı düşüncesindeyiz.

IV. Sonuç

Ceza muhakemesinde iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanması sırasında elde edilen tesadüfi delillere ilişkin mevzuatımızda herhangi bir tanım bulunmamaktadır. Doktrinde yapılan tanımlar ise tesadüfen elde edilen delillerin hukuka uygun olarak kabul edilip kullanılabilmesi için kanun koyucunun aradığı şartların tekrarından ibarettir. Bu şartlardan yola çıkacak olursak; iletişimin denetlenmesi tedbirinde tesadüfen elde edilen delillerden söz edebilmek için elde edilen delilin yürütülen soruşturma ile ilgisinin bulunmaması ve elde edilen delilin, CMK'nın 135/6. fıkrasında yer alan suçlardan birini oluşturduğu şüphesinin oluşması gerekmektedir. Yani, iletişimin denetlenmesi tedbirinde tesadüfen elde edilen delilden söz edebilmek için elde edilen delilin, tedbir kararının verildiği suçun dışında kalan bir suçla ilgili olması şarttır.

Bu durumda, bazı belirsizlikler ortaya çıkmaktadır. İlk olarak ifade etmek gerekir ki; tedbir kararının verildiği suça iştirak eden kişiler hakkında elde edilen deliller ile tedbir kararının verildiği suçla bağlantılı olan ancak katalogda yer almayan suçlarla ilgili delillerin CMK'nın 138/2. fıkrasında yer alan tesadüfen elde edilen deliller kapsamında değerlendirilmediği açıktır. Sınırlayıcı bir çerçevede kaleme alınan iletişimin denetlenmesi tedbirinin sonuçlarının, hakkında karar verilen kişi hakkında sonuç doğuracağı esas olduğuna göre; hakkında karar verilmeyen kimseler yönünden bir sonucun doğması, CMK'da bu konuda açık bir hükmün bulunmasına bağlıdır. Bu yönde açık bir düzenleme bulunmaması nedeniyle benzer olaylarda uygulama birliğini yakalamak zor görünmektedir. Öte yandan; bu iki

[66] Şahin/Göktürk, 2019, s. 363.

durumda elde edilen delillerin, soruşturma veya kovuşturma süreçlerinde kullanılamayacağını ileri sürmek de pek hakkaniyetli gözükmemektedir. Örneğin; suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçunda katalog kapsamında yer almayan amaç suçlara ilişkin delillerin, iletişimin denetlenmesi esnasında elde edilmesi sıklıkla karşılaşılan bir durumdur. Kanaatimizce; bu hususta atılacak en önemli adım, tedbir konusu suça iştirak eden kişiler ve tedbir kararının verildiği suçla bağlantılı olan ancak katalogda yer almayan suçlarla ilgili bir mevzuat düzenlemesinin hayata geçirilmesi olacaktır.

Yapılacak bir mevzuat değişikliğinde gündeme gelmesi gereken diğer bir husus ise; iletişimin denetlenmesi sırasında elde edilen delilin, katalogda sayılan suçlardan biriyle ilgili olup olmadığının değerlendirmesini Cumhuriyet savcısı yerine kolluk görevlisinin yapmasıdır. Bu düzenlemenin, hem TCK'nın 279. maddesinde yer alan kamu görevlisinin suçu bildirmemesi suçu ile çelişkili bir içerik oluşturduğu hem de böyle bir düzenlemenin hukuk devleti ilkesiyle uyumlu olmadığını düşünmekteyiz. Kanaatimizce, bir suç şüphesiyle karşılaşan kolluk görevlilerinin her halukarda Cumhuriyet savcısına bilgi vermesi ve Cumhuriyet savcısının talimatına göre hareket etmesi gerekmektedir. Yani, elde edilen delilin katalog kapsamında yer alan bir suçla ilgili olup olmadığının değerlendirmesi mutlak suretle Cumhuriyet savcısı tarafından yapılmalıdır.

Öte yandan; önleme amaçlı dinlemeler sırasında bir suça ilişkin elde edilen tesadüfi delillerin bir suç soruşturması ya da kovuşturmasında kullanılabilmesi için de açık bir düzenlemeye ihtiyaç bulunmaktadır. Yukarıda paylaşıldığı üzere bu tür delillerin bazı soruşturma ve kovuşturmalarda kullanıldığı bazılarında ise kullanılmadığı görülmektedir. Kanaatimizce, uygulamada ortaya çıkan çelişkili kararların önüne geçilebilmesinin yolu ancak konuyla ilgili daha net ve açık düzenlemelerle mümkündür.

KAYNAKÇA

Centel, Nur, "5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'na Göre Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Köksal Bayraktar'a Armağan, C. 2, İstanbul, 2010, ss. 161-192.

Centel, Nur/Zafer, Hamide, *Ceza Muhakemesi Hukuku,* Beta Yayınları, Ankara, 2019, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 16. Bası.

Erdağ, Ali, İhsan, "İletişimin Denetlenmesi Kapsamında İki Önemli Sorun Olarak: Mağdurun İletişiminin Tespiti ve İletişimin Mağdur Tarafından Kaydedilmesi", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, C. 23, S. 92, 2011, ss. 31-61.

Gökcen, Ahmet/Balcı, Murat/Alşahin, M. Emin/vd., *Ceza Muhakemesi Hukuku,* Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 4. Baskı.

Karakaya, M. Süheyl, "İletişimin Denetlenmesi Tedbiri Esnasında Elde Edilen Tesadüfi Deliller", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN'a Armağan, C.21, 2019, ss. 1491-1525.

Kaymaz, Seydi, *Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi,* Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013, Güncelleştirilmiş 3. Baskı.

Meriç, Emre, Oğuz, "Tesadüfen Elde Edilen Deliller", Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2019.

Özbek, Veli, Özer, "Türk Hukukunda İletişimin Adli/İdari Amaçla Denetlenmesi ve Uygulamadaki Sorunlar", Ceza Muhakemesi Hukukunda Güncel Konular, Ed.: Nur Centel, İstanbul, 2015, ss.147-225.

Özbek, Veli, Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayınları, Ankara 2019.

Özen, Mustafa, Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2017.

Öztürk, Bahri/Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa, Ruhan, vd., *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku,* Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, 8. Bası.

Saliger, Faruk, "Alman Ceza Muhakemesi Hukuku'na Göre Telekomünikasyonun Denetlenmesi", Çev.: Murat Ceyhan, Ceza Muhakemesi Hukukunda Güncel Konular, Ed.: Nur Centel, İstanbul, 2015, ss. 131-145.

Soyaslan, Doğan, *Ceza Muhakemesi Hukuku,* Yetkin Yayınları, Ankara, 2018, Güncelleştirilmiş 7. Baskı, s. 292.

Şahin, Cumhur, "Telekomünikasyon Yoluyla İletişimin Denetlenmesi – Yargıtay Kararları Çerçevesinde Bir Değerlendirme", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, S. 1-2, 2007, ss. 1095-1112.

Şahin, Cumhur/Göktürk, Neslihan, *Ceza Muhakemesi Hukuku – I,* Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, Gözden Gecirilmiş ve Güncellenmiş 10. Bası.

Şen, Ersan, "İletişimin Denetlenmesi", Ceza Hukuku Dergisi, Ağustos 2007, S.4, ss.97-135.

Şen, Ersan, *Türk Hukukunda Telefon Dinleme-Gizli Soruşturmacı-X Muhbir*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2014, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 4. Baskı.

Ünver, Yener/Hakeri, Hakan, *Ceza Muhakemesi Hukuku,* Adalet Yayınevi, Ankara 2019, 16. Baskı.

Yenisey, Feridun/Nuhoğlu, Ayşe, *Ceza Muhakemesi Hukuku,* Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, Güncellenmiş 6. Baskı.

ÖZEL HUKUK

ŞÜPHE FESHİNE DAYALI DAVALARDA YARGILAMANIN İADESİ VE YENİDEN YARGILANMA

Termination on Ground of Suspicion, Renewal Procedure and Retrial

Doç. Dr. Ersin ERDOĞAN *
Dr. Öğr. Üyesi Canan ERDOĞAN**

Özet: İş sözleşmesi, işçi ile işveren arasında bir güven ilişkisi meydana getirmekte ve buna dayanmaktadır. Taraflar aralarındaki güveni sarsacak nitelikte bir vakıa ile karşılaştıklarında da iş sözleşmesinin devamı istemez ve sözleşmeyi fesih yoluna başvurabilir. Söz konusu bu fesih, şüphe feshi olarak adlandırılmaktadır. Hukukumuzda şüphe feshi doğrudan bir düzenlemeye sahip olmamakla birlikte, genel olarak, işçinin yetersizliğinden kaynaklanan bir fesih nedeni şeklinde değerlendirilmektedir. Şüphe feshi, üzerinde titizlikle durulması gereken bir fesihtir. Zira şüphe feshinde işverenin güvenini sarsan vakıanın kim tarafından gerçekleştirildiği tam olarak ispatlanamadığından, yanlış bir işçinin iş sözleşmesinin feshedilmesi ihtimali mevcuttur. Şüphe feshine ilişkin yapılan yargılamada hükmün kesinleşmesinin ardından yargılamanın iadesine başvurulup başvurulamayacağı sorusu akıllara gelebilir. Bunun için

Abstract: The employment contract creates and is based on a relationship of trust between the employee and the employer. When the parties are faced with a situation that may undermine the trust between them, they do not want the continuation of the employment contract and may apply to terminate the contract. This termination is called the termination on ground of suspicion in the doctrine. Although the termination on ground of suspicion is not regulated directly in our law, it is generally considered as a reason for termination arising from the inability of the worker. It is a termination that needs careful attention. Since it cannot be proven by whom the suspect case was carried out in the termination on ground of suspicion, there is a possibility to be terminated the employment contract of an incorrect worker.The question may come to mind whether it is possible to apply for a retrial after the final judgment is made in the trial regarding the

* Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, ersinerdogan.law@gmail.com, ORCID: 0000-0002-7439-0780
** Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, canan.p02@gmail.com, ORCID: 0000-0002-5656-5655
Makale Geliş Tarihi: 28.08.2020, Makale Kabul Tarihi: 13.11.2020

HMK m. 375-376 sayılan nedenlerin varlığı halinde ancak yargılamanın iadesine başvurulabileceği söylenebilir. Ancak belirtilen maddelerdeki her nedenin şüphe feshinin niteliğine uygun olmadığını belirtmek gerekir. Bu kapsamda yargılama sırasında aleyhine hüküm verilen tarafın elinde olmayan nedenlerle elde edilemeyen bir belgenin kararın verilmesinden sonra ele geçirilmesi ile ifadesi karara esas alınan tanığın karardan sonra yalan yere tanıklık yaptığının sabit olması halleri ele alınmaktadır. Ayrıca, son zamanlarda şüphe feshine ilişkin çeşitli yargı kararları ile karşılaşılması sebebiyle, şüphe feshine ilişkin incelenmesi gereken vakıaların incelenmeden karar verilmesi ve bunun akıbeti (yeniden yargılama) değerlendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: şüphe feshi, iş sözleşmesinin feshi, güven sarsılması, yargılamanın iadesi, yalan yere tanıklık, yeniden yargılanma.

termination on ground of suspicion. For this, it can be said that if the reasons listed as Code of Civil Procedure art.375-376 exist, retrial can be applied. However, it should be noted that not every reason in the mentioned articles is in accordance with the nature of the termination on ground of suspicion. In this respect, we analyze two reasons: finding new evidence and perjury. In addition to this, we see some examples in Turkish courts that court of first instance does not deal with any evidence throughout the proceedings. Turkish Constitutional Court decided that this is a breach of fair trial and needs retrial. In this paper, we also discuss these decisions of Turkish Constitutional Court in terms of retrial.

Keywords: termination on ground of suspicion, termination of employment contract, undermining of trust, retrial, perjury.

GİRİŞ

Fesih, karşı tarafa varması gereken ancak karşı tarafın kabulüne gerek olmaksızın sözleşmeyi ileriye etkili olarak sona erdiren yenilik doğuran bir irade beyanıdır. Türk iş hukukunda iş sözleşmesi ya haklı nedenle derhal ya da süreli fesih yoluyla bir bildirim süresinin sonunda sona erdirilebilmektedir. Haklı nedenle sözleşmenin hangi hallerde sona erdirilebileceğine ilişkin düzenleme, 4857 sayılı İş Kanunu (İşK) m. 24 ve m. 25'te yer almaktadır. İş sözleşmesinin bildirimli olarak sona erdirilmesine ilişkin olarak iş güvencesi kapsamındaki işçiler ile kapsam dışındaki işçiler arasında bir ayrım yapılmaktadır. Buna göre iş güvencesi kapsamı dışındaki işçilerin iş sözleşmeleri, İşK. m. 17'de belirtilen bildirim sürelerine uyularak ve herhangi bir neden gösterilmeksizin feshedilebilir. Ancak iş güvencesi kapsamındaki işçilerin iş sözleşmeleri işçinin yetersizliğinden, davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin ve işin gereklerinden birisine dayanılarak sona erdirilebileceği hüküm altına alınmıştır (İşK. m. 18). Görüldüğü gibi, mevcut düzenlemeler kapsamında iş sözleşmesinin şüphe nedeniyle sona erdirilebileceğine ilişkin özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak belirtmek gerekir ki, şüpheye dayalı güven sarsılması halinde iş sözleşmesinin sona erdirilmesi de bugün için bir ihtiyaçtır. Zira iş sözleşmesinin devamı için aranan güven sadece ispatlanmış vakıalarla değil, ispatlanamamış (ancak ciddi şekilde ortaya konulmuş) vakıalarla da pekâlâ sarsılabilir. Bu gerçek dolayısıyla tarafların güven sarsılmasına dayalı olarak şüphe feshine başvurmalarına (aranan geçerlilik koşullarının varlığı halinde) izin verilmelidir. Aksi halde işçi ve işveren arasındaki iş sözleşmesinin devamı beklenemez.

Şüphe feshi, işçinin iş sözleşmesi ile yüklenmiş olduğu yükümlülüğünü ağır şekilde ihlal ettiği ya da suç teşkil eden bir davranışta bulunduğuna ilişkin duyulan şüphe nedeniyle, taraflar arasındaki iş ilişkisinin devamı için gerekli olan güvenin sarsılması neticesinde başvurulan bir fesihtir. Temelleri Alman hukukunda atılmış olan bu fesih, Türk hukuku açısından henüz yeni sayılabilecek bir uygulamadır.

Kimi zaman gerçekleştirilen bir vakıanın kim tarafından gerçekleştirildiği tam olarak ispatlanamamaktadır. Ancak bu durum işverenin güvenin sarsılmasını ortadan kaldırmaz. Dolayısıyla işveren sadece ispatlanmış vakıalarla değil güven sarsılmasına neden olan ispatlanamamış vakıalarla da iş sözleşmesini feshetmek isteyebilir. Zira iş sözleşmesi, işçi ile işveren arasından kişisel ilişki kuran ve tarafların iş sözleşmesi ile yüklendikleri yükümlülüklerini tam olarak yerine getireceklerine inandıkları bir sözleşme türüdür.

Çalışmamızda öncelikle şüphe feshi kavramı genel hatları ile ele alınacaktır. Bunun için de şüphe feshinin dogmatik temeli ve şüphe feshinin geçerli olması için yargı uygulamasında aranan şartlar ve doktrin görüşleri incelenmektedir. Şüphe feshine esas olan vakıa tam

olarak ispatlanmadığı için hükmün kesinleşmesinden sonra gerçeğin hükümle bağdaşmadığı ortaya çıkabilir. Gerçek durum şüpheyi ortadan kaldırarak, asıl fesih sebebi olan işçinin yetersizliğini de bertaraf eder. İşte gerçeğe uygun bir şekilde hüküm tesisini sağlanması bakımından bu kesin hükme karşı başvurulabilecek yollar çalışmanın konusunu oluşturmaktadır. Bu kapsamda şüphe feshine dayalı olarak yapılan feshin mahkemece geçerli olduğuna karar verilmesinden sonra, hükmün hatalı olduğunu iddiasıyla 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) m. 374 vd. maddelerinde düzenlenen yargılamanın iadesi kurumuna başvurup başvuramayacağı sorusu cevaplanmaktadır. Ayrıca Anayasa Mahkemesi tarafından şüphe feshine ilişkin bireysel başvuru üzerine verilen yeniden yargılamaya ilişkin kararlar incelenmekte ve hangi durumlarda yeniden yargılamanın gerekebileceği ele alınmaktadır.

I. ŞÜPHE FESHİ KAVRAMI

A. GENEL OLARAK

Şüphe feshi kavramı, Almanya hukukunda Alman İmparatorluk Mahkemesi (*Reichsarbeitsgerciht/RAG*) zamanından beri kullanılan ve tartışılan bir kavramdır.[1] Kavram her ne kadar ilk olarak Alman hukukunda ortaya çıksa da daha sonra Avusturya,[2] İsviçre,[3] Fransız[4] ve İngiliz[5] hukuklarında da şüphe feshine ilişkin kararlara ve doktrin çalışmalarına rastlanmaktadır. Buna rağmen Türk Hukuku'nda, "şüphe feshi" kavramının yeni olduğu söylenebilir, zira Yargıtay tarafından ilk olarak 2007 yılında şüphe feshine ilişkin karar verildiği görülmektedir.[6]

---

1 Bkz. Eylert, Mario, "Die Verdachtskündigung", NZA-RR, 2014, s.395. Kavramın kullanıldığı ilk karar için bkz. *RAG vom 14.11.1931- RAG 237/31,* ARS Band.13, s.487.

2 Ayrıntılı açıklama için bkz. Orth, Wolfhard Ulrich, *Die Verdachtskündigung im Rechtsvergleich Deutschland, Schweiz, Österreich, und ihre Vereinbarkeit mit Art 6 II EMRK*, Wien 2009.

3 Ayrıntılı açıklama için bkz. Rehbinder, Manfred, *Schweizerischer Arbeitsrecht*, 12. Auf. Bern 1995.

4 Ayrıntılı açıklama için bkz. Ahrendt, Martina, *Der Kündigungsschutz bei Arbeitsverhaeltnissen in Frankreich*, Baden-Baden 1995.

5 Ayrıntılı açıklama için bkz. Gennard, John/Judge, Graham, *Employee Relations*, London 2005.

6 Şüphe feshinin Türk hukukunda ortaya çıkış süreci hakkın ayrıntılı bilgi için bkz. Erdoğan, Canan, *İş Hukukunda Şüphe Feshi*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s.51 vd. Karara konu olayda, işverenin özellikle Güneydoğu Anadolu Bölgesinde terör olaylarının artması ve hedefler arasında demiryolu ulaşımının bulunması üzerine, hakkında arşiv araştırması yapılan işçinin, terör örgütü PKK'ya yardım ve yataklık yaptığı gerekçesiyle, geçmişte hapis cezası aldığı ve belirli bir süre için de olsa kamu hizmetinden yasaklandığı tespit edilmiştir. İşveren bu gerekçeye dayanarak, işçinin sözleşmesini İşK. m. 25/2 uyarınca, haklı nedenle derhal feshetmiştir. Yargıtay, "*işverenin işçisine karşı duyduğu şüphe, aralarındaki güven ilişkisinin zedelenmesine yol açmaktadır, işverenden katlanması beklenemeyecek bir şüpheden dolayı, işçinin iş ilişkisinin devamı için gerekli olan uygunluğu ortadan kalktığından, güven ilişkisinin sarsılmasına yol açan şüphe*"nin iş sözleşmesinin feshi için işçinin yetersizliğinden kaynaklanan fesih

Zikredilen tarihten sonra da kararlarda sıklıkla şüphe feshi kavramına rastlanmaktadır.

B. ŞÜPHE FESHİNİN DOGMATİK TEMELİ

1- Şüphe Feshinin Hukuken Geçerli Olup Olmadığı Sorunu

Yukarıda da belirttiğimiz gibi, 4857 sayılı İş Kanunu'nda sadece haklı nedenle derhal ve süreli fesih düzenlenmiştir. Her iki fesih türünde de ispatlanmış vakıaların söz konusu olduğunu söylemek gerekir. İş Kanunu düzenlemesine bakıldığında şüphe feshinin hukuken geçerli olup olmadığı sorusu akıllara gelebilir. Hukukumuzda şüphe feshi, geçerli nedenle fesih olarak kabul edilmektedir[7] ve aksi yönde bir görüş henüz ileri sürülmemiştir. Ancak konu, Alman hukukunda fazlasıyla tartışılmıştır. Özellikle Alman Federal İş Mahkemesi'nin ilk kararından sonra bazı yazarlar şiddetle şüphe feshinin hukuken geçerli olmadığını ifade etmişlerdir.[8]

Ayrıca yeri gelmişken belirtmek gerekir ki, şüphe feshini hukuken geçerli kabul etmeyen her bir yazarın farklı gerekçeleri bulunmaktadır. Söz konusu gerekçeleri, şüphe feshinin masumiyet karinesine, iddia ve ispat yükü ile ispat ölçüsüne ilişkin temel usuli ilkelere aykırı olduğu, hâkimin iş kanununa aykırı olarak hukuk yarattığı, geçerli veya haklı fesih nedenlerinden birisi içinde değerlendirilemediği ve işçinin anayasal çalışma hakkına aykırı olduğu şeklinde sıralamak mümkündür.[9] Bu çalışmanın kapsamı dışında kalması sebebiyle, söz konusu görüşlere işaretle yetinilmektedir.

---

sebebi olduğuna hükmetmiştir. İşçinin geçmişte terör örgütü üyesi olmasının, işveren ile arasında bulunması gereken güveni sarstığını ve elverişli objektif olay ve vakıalara dayanan ciddi bir şüpheye neden olduğunu belirtmiştir. Karar için bkz. Yarg. 9.HD. 22.10.2007, 16878/30923, UYAP.

7 Bkz. Baysal, Ulaş, *İşçinin Yetersizliğinden Kaynaklanan Geçerli Sebeple İş Sözleşmesinin Feshi*, Adalet Yayınevi, Ankara, Kasım 2011, s.172 vd.; Baysal, Ulaş, "Şüphe Feshi Kavramı ve Şüphe Feshine İlişkin Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi", Sicil İş Hukuku Dergisi, S.35, Y.2016, s.83 vd.; Doğan Yenisey, Kübra, "Şüphe Feshi", Sicil İş Hukuku Dergisi, S.11, Y.2008, s.65 vd.; Hozar, Nağme N., "Alman Hukukunda Şüphe Feshi", Sicil İş Hukuku Dergisi, Aralık 2008, s.237 vd.

8 O dönemki eleştiriler için bkz. Joachim, Hans G., "Zur Problematik der Verdachtskündigung", AuR 1964, s.33 vd; Schütte, Reinhard, "Die Verdachtskündigung", NZA Beil 2, 1991, s.17-23; Dörner, Klemens, "Abschied von der Verdachtskündigung?", NZA 1992, Heft 19, s.865 vd.; Dörner, Klemens, "Bestandsaufnahme und Kritik eines überkommenen Rechtsinstituts", AiB 1993, s.166; Dörner, Klemens, "Neues zur Verdachtskündigung", AiB 1995, Heft 10, s.663 vd.; Deinert, Olaf, "Die Verdachtskündigung: Neues zu einem alten Thema?", AuR 2005, Heft 8-9, s.285 vd.

9 Her bir görüş hakkında ayrıntılı bilgi ve açıklama için bkz. Erdoğan, 2019, s.74 vd.

2- Şüphe Feshini Hukuken Geçerli Kabul Eden Görüşler

Yukarıda da belirttiğimiz gibi, her ne kadar şüphe feshinin hukuken geçerli olup olmadığı noktasında farklı görüşler ileri sürülse de şüphe feshi, bugün için hukuken geçerli kabul edilmektedir. Bununla birlikte, şüphe feshini kabul eden görüşler arasında da -şüphe feshinin dogmatik temeli konusunda- görüş ayrılıkları mevcuttur.

a. Şüphe Feshinin Dogmatik Temeli Olarak "Şüphe"yi Kabul Eden Görüş

Doktrinde ileri sürülen görüşlerden ilkine göre, şüphe feshinin dogmatik temeli işverenin işçiye karşı duyduğu "*şüphe*"dir. Ancak belirtmek gerekir ki, bu görüş doktrinde çok fazla destekçi bulamamıştır. Bu görüşü savunan yazarlardan *Heilmann*, şüphe feshindeki asıl fesih nedenini, şüphe olarak belirtmiştir.[10] Bahsi geçen görüşü savunan yazara göre, işverenin işçiye karşı güvenini kaybetmesinin nedeni, işçinin şüpheli davranışından dolayı ona karşı duyduğu şüphedir.[11] Ayrıca Alman Federal İş Mahkemesi (*Bundesarbeitsgreicht/BAG*) bazı kararlarında bu görüşü destekler nitelikte ifadelere yer verilmiştir.[12]

b. Şüphe Feshinin Dogmatik Temeli Olarak "Güven Sarsılması"nı Kabul Eden Görüş

Doktrinde şüphe feshinin dogmatik temeli konusunda ileri sürülen bir diğer görüş ise, bunun işverenin güveninin sarsılması olduğu yönündedir. Bu görüşü savunan yazarlardan *Moritz'e* göre, yapılan fesih şüpheden değil, aksine sözleşmenin ihlal edilmesinden ya da işçinin güvenilir olmamasından kaynaklanan bir fesihtir.[13] Keza fesih nedeni olarak güven sarsılmasını kabul eden *Vitali* de şüphe feshi (*Verdachtskündigung*) kavramının yanlış kullanıldığını ifade etmektedir.[14] Çünkü yazar, bunun şüphe sonucunda işverenin güveninin sarsılması neticesinde başvurulan bir fesih olduğunu belirtmektedir. Ayrıca RAG ve BAG'nin birçok kararında işveren ve işçi arasında bulunan güvenin sarsılmasının şüphe feshinin önemli bir unsuru olduğunu belirtilmiştir.[15]

---

[10] Heilmann, Aribert, *Verdachtskündigung und Wiedereinstellung nach Rehabilitierung*, Heidelberg 1964, s.32.

[11] Farklı ifadelerle aynı görüşü savunan bir başka yazar için bkz. Monjau, Herbert, "Die Verdachtskündigung", DB 1960, s.1067-1068.

[12] Örnek olarak bkz. BAG 12.12.1984, 7 AZR 575/83, NZA 1985, s.623; LAG Köln 30.06.1994, 6 Sa 881/93, JURİS, (Erişim Tarihi: : 17.07.2020).

[13] Moritz, Klaus, "Grenzen der Verdachtskündigung", NJW 1978, Heft 9, s.403.

[14] Vitali, Marco, "Die Verdachtskündigung im System von Art 337 ff OR", ArbR 2000, s.102.

[15] Alman Federal İş Mahkeme bir kararında, şüphe feshinde, "*iş ilişkisinin devamı için gerekli olan güvenin sarsılmasına neden olan objektif vakıaları*" fesih nedeni olarak gördüğünü ifade etmiştir. Bkz. BAG 14.09.1994, 2 AZR 164/94, NZA 1995, 269-271. Başka bir kararında ise, "*işçinin güvenilirliğinin davranışları sebebiyle zedelenmesini*" de, fesih nedeni saymıştır. Bkz. BAG 06.11.2003, 2 AZR 631/02,

Bununla birlikte Yargıtay da kararlarında fesih nedeni olarak güven sarsılmasını göstermektedir.[16] Örneğin, Yargıtay verdiği bir kararında şüphe feshini şu şekilde tanımlamıştır; "*İşçinin bir suç işlediğinden veya sözleşmeye aykırı davranışta bulunduğundan şüphe ediliyor ve bu yüzden taraflar arasında iş ilişkisinin devamı için gerekli olan güvenin yıkılması veya ağır biçimde zedelenmesi nedeniyle iş sözleşmesi feshedilmişse, şüphe feshinden söz edilmektedir*".

Ancak burada bahsedilen güven sarsılması, objektif nitelikte olmalıdır.[17] Başka bir anlatımla şüphe feshine başvurulabilmesi için şüphe yaratan vakıa işveren tarafından objektif vakıalarla desteklenerek ortaya konmalıdır. Tabii olarak burada güven sarsılmasının bir ölçütünü vermek mümkün değildir. Zira güven, taraflar arasındaki iş ilişkisine göre farklılık gösterir.[18] Örneğin işyerinde çalışan bir çaycıya karşı duyulan güven ile sekretere karşı duyulan güvenin şiddeti birbirinden farklıdır. Ancak doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, önceden bir belirleme yapılmalı ve şüphe feshi imkânı belirli meslek veya meslek grupları ile sınırlandırılmalıdır.[19] *Moritz*, şüphe feshinin sadece niteliğinden dolayı özellik arz eden işyerlerinde (banka ya da emniyet birimlerinde) ya da işyerindeki özellik arz eden çalışma pozisyonuna sahip olanlar için başvurulabilecek bir yol olduğunu ileri sürmektedir.[20] Ancak biz bu görüşe katılamamaktayız. Zira A (vasıfsız işçi) ve B (üst düzey yönetici) tarafından birlikte gerçekleştirildiğinden şüphelenilen hırsızlık vakıası sonucunda pekâlâ işverenin her ikisine karşı güveni sarsılabilir ve iş sözleşmeleri şüphe gerekçesiyle feshedilebilir. Her ne kadar yazar bu görüşü şüphe feshinin yol açabileceği zararı en aza indirmek için ileri sürmüşse de, aşağıda zikredilen, şüphe feshinin geçerlilik koşullarının titizlikle irdelenmesi yoluyla da pekala bu amaca ulaşılabilir.

c. Değerlendirme ve Görüşümüz

Şüphe feshi kavramı, Alman hukukunda kullanılan "*Verdachtskündigung*" kavramının dilimize çevrilmiş halidir. Kavramı her ne kadar "şüphe" ile birlikte kullansak da kanaatimizce şüphe feshinin dogmatik temelinin ne olduğu hususu tartışmalıdır. Şüphe feshinin

---

https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Text=2%20AZR%20631%2F02&Suche=2%20AZR%20631%2F02, (Erişim Tarihi: 17.07.2020).

16 Yargıtay'ın da şüphe feshine ilişkin verdiği kararlarında "güven sarsılması" kavramını kullandığı başka örnek kararlar için bkz. Yarg. 22.HD. E.2011/18203 K.2012/16323; Yarg. 9.HD. E.2009/44747 K.2009/37775. Bu yönde bkz. Yarg. 9.HD. 07.12.2009, 10206/33833; Yarg. 9.HD. 24.05.2010, E.2009/20403 K.2010/14364, UYAP.

17 Bkz. Zborowska, Katarzyna, *Die ausserordentliche Verdachtskündigung*, Mainz 2014, s.36.

18 Zborowska, 2014, s.39.

19 Moritz, 1978, s.405-406.

20 Bkz. Moritz, 1978, s.405. *Scholz* da benzer şekilde, şüphe feshini istisnai olarak "özel kadrolardaki yöneticiler (*Kaderleitern*)" açısından kabul etmektedir. Bkz. Scholz, Uwe R., "Kündigung in der Privatwirtschaft wegen Tätigkeit für das Ministerium für Staatssicherheit/Amt für nationale Sicherheit", BB 1992, s.2428.

geçerlilik koşullarında da belirtildiği gibi, şüphenin varlığı şüphe feshi için geçerlilik koşuludur. Ancak şüphenin varlığı tek başına fesih için yeterli değildir. Eğer şüphe tek başına yeterli olsa idi, işçinin savunmasının alınması ya da şüpheli vakıanın aydınlatılması yükümlülüğü de geçerlilik koşulları olarak aranmazdı. Bu kapsamda şüphe, işverenin güveninin sarsılması için sadece bir nedendir. Şüphe, sübjektif bir kavram olduğu için, muhakkak objektif vakıalarla desteklenmelidir. Ayrıca işveren söz konusu şüpheli vakıa nedeniyle işçiye karşı güveninin sarsıldığını ortaya koymalıdır. Hatta öyle ki her şüphe de feshi geçerli kılmaya yeterli olmaz, bunun için güven sarsılmasına neden olabilecek ağırlıkta olmalıdır.

Daha önce de belirtildiği gibi, iş sözleşmesinde taraflar karşılıklı olarak birbirlerine güven duyarlar ve bu güven aradaki iş ilişkisinin devamı için de zorunludur.[21] Güvenin sarsılması halinde de haklı olarak taraflar mevcut iş ilişkilerini devam ettirmek istemezler. Şüphe feshinin dogmatik temeli olarak şüphenin kabul edilmesi, denetiminin zor olmasından kaynaklı olarak işçi açısından ciddi sorunlar yaratabilir. Dolayısıyla kanaatimizce şüphe feshinin dogmatik temeli şüphe değil, işverende oluşan şüphe nedeniyle işçiye karşı duyduğu güvenin sarsılmasıdır. Tabii olarak güven sarsılmasının derecesinin önceden belirlenmesi mümkün değildir. Zira her iş ilişkisi kendi içinde bir dinamiğe sahiptir ve bu yüzden de tarafların birbirine karşı duyduğu güven de değişkenlik arz etmektedir.

II. ŞÜPHE FESHİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Şüphe feshinin geçerlilik koşullarının belirlenebilmesi için öncelikle hukuki niteliğinin tespiti gerekir. Bu konuda doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür.[22]

Bunlardan ilki, şüphe feshinin işçinin *davranışından kaynaklanan bir fesih türü* olduğudur.[23] Bu görüşü savunan yazarlar genellikle fesih nedenini işçinin şüphe yaratan davranışı olduğunu belirtirler.

---

[21] Yargıtay verdiği bir kararında, "*...davacının FETÖ/PDY ile ilgi, iltisak ya da irtibatı bulunduğu konusunda davalı işveren açısından şüphe feshini gerektirir yeterli delil olduğu, terör örgütü ile irtibat veya iltisakı bulunduğuna dair şüphe bulunan bir işçiyi çalıştırmaya devam etmenin, yani iş sözleşmesinin devamını davalı işverenden beklemek mümkün olmadığı gibi iş sözleşmesinin devamının çekilmez hale geldiğini kabul etmek gerekeceği, davacı işçinin böyle bir şüphe altında iken davalı işverenden işçinin iş sözleşmesinin devamını beklemenin iyiniyet kurallarına aykırı olduğu gibi davalı işverene de bu nedenle iş akdini sonlandırma yetkisi vermesi gerektiği*"ni ifade etmiştir. Karar için bkz. Yarg.9.HD. 02.07.2019, 5091/14741, www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 06.08.2020).

[22] Görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Erdoğan, 2019, s.127 vd.

[23] Bu yönde ve şüphe feshini davranışa ilişkin fesih başlığı altında inceleyen yazarlar için bkz. Seeling, Rolf O./Zwickel, Martin, "Die Rechtsprobleme der Verdachtskündigung aus praktischer Sicht", MDR 2008, s.1020-1021; Söllner, Alfred/Waltermann, Raimund, *Arbeitsrecht*, 14. Auf., München 2007, s.415. Türk doktrininde kimi yazalar, şüphe feshini işçinin davranışlarından kaynaklanan nedenler başlığı altında

Doktrindeki bir diğer görüşe göre ise, şüphe feshi *işçinin yetersizliğinden kaynaklanan bir fesih türü*dür.[24] Ağırlıklı olarak savunulan bu görüşe göre, işveren tarafından işçinin şüpheli bulunan davranışı halen daha ispatlanmadığından yapılan fesih, davranışa dayalı fesih olarak kabul edilemez ve söz konusu fesih, işçinin yetersizliğinden kaynaklanan fesih olarak değerlendirilmelidir.[25]

Bununla birlikte doktrininde *karma görüş*[26] ve şüphe feshinin *yeni bir fesih türü*[27] olduğunu ileri süren görüşler de mevcuttur.

Kanaatimizce şüphe feshinin asıl nedeni, işçinin kişiliğinde bulunması gereken "güvenilir olma" özelliği ile ilgilidir. İşveren tarafından objektif vakıalarla desteklenmiş şüphe, iş ilişkisinin devamı için işverenin işçinin dürüst olduğuna yönelik güvenine onarılamayacak biçimde zarar vermektedir. Bunun sonucunda işverenin bahse konu işçi ile iş ilişkisine devam edebilmesi ihtimali veya isteği ortadan kalkmaktadır. Zira işveren tarafından duyulan şüphe, işçinin güvenilir olma özelliğini ortadan kaldırıp işçinin artık taraflar arasındaki işin ifasına devam edebilmesi açısından uygun olmaması sonucunu doğurmuştur. Sonuç olarak, kanaatimizce şüphe feshi, 4857 sayılı İş Kanunu anlamında *işçinin yetersizliğinden kaynaklanan* bir fesih türüdür.[28]

III. ŞÜPHE FESHİNİN GEÇERLİLİK KOŞULLARI

Şüphe feshinin geçerli olarak kabul edilebilmesi için bazı koşulları taşıması gerekir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, şüphe feshi işçinin

---

zikretmiştir. Bkz. Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı, Muhittin/Baysal, Ulaş, *İş Hukuku*, 6.Baskı, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara, 2014, s.991-992; Köseoğlu, Ali Cengiz, *İş Sözleşmesinin İşçiden Kaynaklanan Nedenlerle Bildirimli Feshi*, Beta Basım Yayın, İstanbul, Aralık 2011, s.223-224; Manav, A, Eda, *İş Hukukunda Geçersiz Fesih ve Geçersiz Feshin Hüküm ve Sonuçları*, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara, Haziran 2009, s.84.

[24] Appel, Clemens/Gerken, Doris, "pro und contra Verdachtskündigung", ArbuR 1995, Heft 6, s.205; v. Hoyningen-Huene, Gerrick/Linck, Rüdiger/Krause, *Rüdiger Kündigungsschutzgesetz Kommentar*, 15. Auf., München 2013, §1 KSchG, Rn.465; Belling Detlev W., "Die Verdachtskündigung, Arbeitsrecht in der Bewaehrung", Festschrift für Otto Rudolf Kissel zum 65. Geburtstag, München 1994, s.24-25; von Steinau-Steinrück, Robert/Glanz, Peter, "Die Verdachtskündigung in der Praxis", NJW-Spezial 2008, s.274; Otto, Alexander, *Der Wegfall des Vertrauens in den Arbeitnehmer als wichtiger Grund zur Kündigung des Arbeitsverhaeltnisses*, Berlin 1998, s.218; Hahn, Marius, *Die Verdachtskündigung unter Berücksichtigung einer gesetzlichen Regelung*, Hamburg 2004, s.63.

[25] İşverenin işçiye karşı güveninin sarsılması, güven potansiyeline sahip olmaksızın ifa edilemeyecek iş için işçinin uygunluğunu ortadan kaldırmaktadır. Bu nedenle işçinin artık ilgili iş için yetersiz olduğu sonucunu doğurmaktadır. Benzer ifadeler için bkz. Yarg. 22. HD. 21.01.2019, E.2018/16692 K.2019/1412, www.kazanci.com (Erişim Tarihi: 07.08.2020).

[26] Naujok, Volker, "Das Spannungsverhaeltnis zwischen Verdachtskündigung und Unschuldsvermutung", ArbuR 1998, Heft 10, s.399; Lücke, 1997, s.1845.

[27] Schütte, 1991, s.21.

[28] Bkz. Erdoğan, 2019, s.135.

yetersizliğine dayanan geçerli nedenle yapılan bir fesih olduğundan İşK. m. 19'daki usule uygun olarak yapılmalıdır. Söz konusu maddeye göre, işveren fesih bildirimini yazılı olarak yapmak ve fesih sebebini açık ve kesin bir şekilde belirtmek zorundadır. Belirsiz süreli iş sözleşmesi, işçinin hakkındaki iddialara karşı savunması alınmadan, o işçinin davranışı veya verimi ile ilgili nedenlerle feshedilemez (İşK. m. 19/1-2). Ancak çalışmamızın bu kısmında feshin yazılı yapılması ve fesih sebebinin açık ve kesin belirtilmesi hususlarına girilmemekte sadece şüphe feshinin niteliğine uygun olarak diğer geçerlilik koşullarına -genel hatları ile- değinilmektedir.

Şüphe feshinin geçerli olabilmesi için öncelikle işveren açısından feshe gerekçe teşkil eden *bir vakıanın ileri sürülmesi* gereklidir. Bu vakıanın neticesinde işverende bir *şüphe* meydana gelmelidir. Son olarak işveren şüpheli *vakıanın açıklanması/aydınlatılması* için elinden gelen tüm yöntemlere başvurmalıdır. Bütün bu hususların bulunması halinde ancak işveren şüphe feshi yoluna başvurabilir.

A. FESHE GEREKÇE TEŞKİL EDEN VAKIANIN VARLIĞI

İş sözleşmesinin şüphe feshi ile sona erdirilebilmesi için işverende şüpheye yol açan bir vakıanın bulunması gerekir. Söz konusu vakıa, işveren için iş ilişkisinin devamını imkânsız kılmalı ve işçiye karşı duyduğu ya da duyması gerektiği güvenin sarsılmasına sebep olmalıdır. Bu şüphe yaratacak vakıa, işçinin "sözleşmede yükümlü olduğu borcun ihlali" veya "suç teşkil eden eylemi" niteliğinde olabilir.[29] İşyerinde gerçekleşen ama kim tarafından yapıldığı tespit edilemeyen bir hırsızlık vakıası ya da iş sırrının rakip firmaya sızdırılması vakıası örnek olarak gösterilebilir.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, işverende şüpheye neden olan bu vakıalar, taraflar arasındaki iş ilişkisi ile bağlantılı olmalıdır. Aksi halde, iş ilişkisi kapsamında değerlendirilemeyen eylemler, kural olarak işveren tarafından fesih gerekçesi olarak ileri sürülemez.[30] Örneğin, işveren işçinin cinsel tercihi ya da siyasi görüşünü gerekçe göstererek kendisine artık eskisi gibi güvenemeyeceğini belirtip şüphe feshi yoluna başvuramaz.

---

[29] Bkz. Belling, 1994, s.12; Busch, Mathias, "Die Verdachtskündigung im Arbeitsrecht", MDR 1995, s.218. Ayrıca ayrıntılı bilgi ve açıklama için bkz. Erdoğan, 2019, s.139 vd.

[30] Bkz. Hoefs, Christian, *Die Verdachtskündigung*, Berlin 2000, s.151. Aynı görüşte bkz. Doğan Yenisey, 2008, s.68; Baysal, 2011, s.175; Baysal, 2016, s.88; Keser, Hakan, *4857 sayılı İş Kanunu ve Yargıtay Uygulamasında İş Sözleşmesinin Bildirimli Feshinde Geçerli Sebep*, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Mayıs 2016, s.315.

B. ŞÜPHE

İşverenin şüphe feshi yoluna başvurabilmesi için, yukarıda belirtilen vakıa işverende şüpheye yol açmalıdır.[31] Ancak işveren tarafından fesih gerekçesi olarak ileri sürülen şüphe, belirli özelliklere sahip olmalıdır.[32]

Şüphenin sübjektif nitelikte olması kabul edilemez.[33] Dolayısıyla şüphe, objektif nitelikte olmalıdır.[34] Yani şüphe, işveren tarafından objektif vakıalar desteklenmelidir.[35] Zaten aksinin kabulü halinde,

---

[31] Hromadka, Wolfgang/Maschmann, Frank, *Arbeitsrecht Band 1.*, 6. Auf., Berlin-Heidelberg 2014, s.424; Appel/Gerken, 1995, s.202; Langner, Söre/Witt, Boris, "Aktuelles zur Verdachtskündigung", DStR 2008, s.825; Eylert, Mario/Friedrichs, Anne, "Die Anhörung des Arbeitnehmers zur Verdachtskündigung", DB 2007, Heft 40, s.2203; Schlegeit, Tino, *Das BAG und die Verdachtskündigung*, Frankfurt 2008, s.91 vd.; Hoefs, 2000, s.145; Lücke, 1997, s.1842; Orth, 2009, s.11; Schulz, Georg-R., "Verflixte Verdachtskündigung!", ArbRAktuell 2016, s.365; Gaul, Björn/Schmidt-Lauber, Stefan, "Die ordnunghsgemaesse Anhörung vor Verdachtskündigung, Wirksamkeitsanforderungen von der Einladung bis hin zur Protokollierung", ArbRB 2012, s.18; Klinke, Klaus, "Auf Verdacht hin Kündigung", AuA 2002, Heft 5, s.224. Ayrıca bkz. Başbuğ, Aydın, *Türk İş Hukukunda Disiplin Cezaları*, Türkiye Enerji, Su ve Gaz İşçileri Sendikası -TES-İŞ, Ankara, Ocak 1999, s.142; Baysal, 2016, s.88.

[32] Şüphenin özellikleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Erdoğan, 2019, s.155 vd.

[33] Yargıtay verdiği bir kararında, "...Şüphe feshinin tayininde, sırf işverenin sübjektif değerlendirmesi yeterli değildir. Buna göre, şüpheye ait unsurların mevcut olup olmadığı, söz konusu şüphenin işverenin işçiye duyduğu güveni ağır biçimde zedeleyip zedelemediği ve son olarak bu şüphe sebebiyle işverenin işçiyi çalıştırmaya devam edip edemeyeceği her somut olayın özelliğine göre, hakim tarafından resen değerlendirilmelidir" ifadelerini kullanmıştır. Bkz. Yarg. 22.HD., 40841/21915, www.kararara.com, (Erişim Tarihi: : 06.08.2020).

[34] Edenfeld, Stefan, "Die ausserordentliche Verdachtskündigung- Strafe für den Arbeitnehmer?", JA 1996, s.381; v. Hoyningen-Huene/Linck/Krause, 2013, §1 KSchG, Rn.469; Baysal, 2016, s.88; Appel/Gerken, 1995, s.202; Ebeling, Stephan, *Die Kündigung wegen des Verdachts*, Baden-Baden 2006, s.142; Zborowska, 2014, s.132; Keser, 2016, s.314; von Steinau-Steinrück/Glanz, 2008, s.274; Seeling/Zwickel, 2008, s.1021; Lücke, 1997, s.1842; Eylert/Friedrichs, 2007, s.2203; Lembke, Mark, "Die Verdachtskündigung in Rechtsprechung und Praxis", RdA 2013, s.86; Orth, 2009, s.10; Eylert, 2014, s.398; Klinke, 2002, s.224; Kılıçoğlu, Mustafa/Şenocak, Kemal, *İş Kanunu Şerhi*, 3. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2013, s.536; Tolu, Hazal, *İş Sözleşmesinin Haksız Feshi*, 1. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2017, s.72.

[35] Bkz. Bredemeier, Jörg, "Ausserordentliche Verdachtskündigung- aktuelle Übersicht der Rechtsprechung", öAT 2014, s.29; Bernhardt, Marion/Barthel, Thomas, "The ausserordetnliche Tat- und Verdachtskündigung", AuA 2008, Heft 3, s.153; Heilmann, 1964, s.39; v. Hoyningen-Huene/Linck/Krause, 2013, §1 KSchG, Rn.469; Hromadka/Waschmann, 2014, s.425; Appel/Gerken, 1995, s.202; Keser, 2016, s.314; Zborowska, 2014, s.131; Langner/Witt, 2008, s.825; Lücke, 1997, s.1842; Eylert/Friedrichs, 2007, s.2203; Schlegeit, 2008, s.93; Otto, 1998, s.215; Hahn, 2004, s.71; Orth, 2009, s.11; Siebert, Jens, "Ausserordentliche Tat- und Verdachtskündigung und Personalratsanhörung", Öat 2016, s.53; Eylert, 2014, s.398; Edenfeld, 1996, s.381; Klinke, 2002, s.224; Fischermeier, Ernst, "Zulaessigkeit und Grenzen der Verdachtskündigung", Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht im Deutschen Anwaltverein, Festschrift zum 25 jaehrigen Bestehen, Ed. Bauer, Jubst-Hubertus/Beckmann, Paul Werner/Lunk, Stefan, Boon 2006, s.281; Belling, Detlev W., "Anmerkung zum BAG-Urteil vom 29.07.1993-2 AZR 90/93", SAE 1994, Heft 6, s.212; Kaplan, Kürşat, "Şüphe

herhangi bir yargılamada bunun değerlendirilmesi ve ispatı çok zor hatta imkânsız olacaktır. Aşağıda inceleneceği üzere, yargılamanın iadesi talebi, esas itibariyle feshi destekleyen bu objektif vakıalar açısından gündeme gelmektedir.

Şüphe, feshe gerekçe olarak gösterilen vakıanın kim tarafından gerçekleştirildiğini göstermelidir.[36] Örneğin, işyerinde hırsızlık vakıasının gerçekleştiğini ancak hırsızlığın kim tarafından yapıldığının tam olarak ortaya konamadığını farz edelim. Bu örnekte hırsızlığın gerçekleştirildiği saatteki vardiya kayıtları ya da alınan işçi ifadeleri sonucunda, belirli bir işçinin güçlü bir şekilde hırsızlığı yapmış olma ihtimalinin ortaya konması gerekir.

Ayrıca şüphe, kendisinden şüphe edilen işçiye isnat edilebilir nitelikte olmalıdır. Yine hırsızlık örneği üzerinden gidecek olursak, burada şüphelenilmesi gereken kişi, hırsızlığın gerçekleştiği kasaya erişimi olan bir işçi olmalıdır. Aksi halde söz konusu kasaya erişimi olmayan birisinden şüphelenilmesinin bir anlamı olmaz. Bu kapsamda Yargıtay FETÖ darbe girişimi sonrasında, işçinin eşinin soruşturma kapsamında mesleğinden ihraç edilmesi ve tutuklu bulunması gerekçesiyle, iş sözleşmesinin feshedilmesini geçerli kabul etmemiş ve işe iade kararını reddeden ilk derece mahkemesi kararını bozmuştur.[37]

Yukarıda incelendiği üzere, şüphe edilen vakıa işçinin yapmakta olduğu iş ile bağlantılı olmalıdır.[38] Çünkü şüphe feshinde, şüphenin iş ilişkisinin devamını çekilmez kılması aranmaktadır. Bunun için de şüpheli vakıanın muhakkak iş ilişkisine etki etmesi gerekir. Örneğin, bir kadın işçinin cinsel tercihine ilişkin duyulan şüphe, fesih nedeni olarak ileri sürülemezken; bu işçinin kadınlar hamamında çalışması halinde söz konusu durum, şüphe feshi gerekçesi olabilir.

Şüphenin ağırlığı da önem arz etmektedir. Başka bir anlatımla şüphe, iş ilişkisinin devamı için taraflar arasındaki güveni *sarsabilecek boyutta* olmalıdır.[39] Elbette bu özellik her somut olay için farklılık arz eder. Ancak burada kesin bir kıstas vardır ki, o da şüphenin "*ciddi*"

Feshi ve Türk Hukukundaki Yeri", Legal İHSGHD, S.27, Y.2010, s.984. Bu yönde Yargıtay kararı için bkz. Yarg. 9.HD. 07.12.2009, 10206/33833; Yarg. 22.HD. 28.09.2012, 21596/20289; Yarg. 22.HD. 28.06.2012, 111/14765, UYAP.

[36] Brand, L., "Umstrittene Fragen zur Verdachtskündigung", RiA 1959, s.278-279; Heilmann, 1964, s.17; Hoefs, 2000, s.145.

[37] Karar için bkz. Yarg. 22.HD. 17.10.2017, 40841/21915, www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 18.07.2020).

[38] Baysal, 2016, s.88.

[39] Bkz. v. Hoyningen-Huene/Linck/Krause, 2013, §1 KSchG, Rn.470; Hromadka/Waschmann, 2014, s.425; Zborowska, 2014, s.132. Ayrıca bkz. Başbuğ, 1999, s.143; Caniklioğlu, Nurşen, "İş Sözleşmesinin İşçiden Kaynaklanan Geçerli Sebeplerle Feshi", Prof. Dr. Turhan Esener II. İş Hukuku Uluslararası Kongresi, 1. Baskı, İstanbul 2017, s.125-126.

olmasıdır.[40] Tabii şüphenin ciddi olduğunun ileri sürülebilmesi için de işverenin şüpheli vakıa hakkında kapsamlı bir delil araştırması ve değerlendirme yapması zorunludur. Bu değerlendirme yapılırken de şüpheli vakıa ile ilgili her türlü husus göz önünde bulundurulmalıdır. Bunlar, şüpheyi haklı gösteren, kuvvetlendiren ve zayıflatan her durum olabilir.[41]

C. ŞÜPHELİ VAKIANIN ARAŞTIRILMASI

İşveren, iş sözleşmesini şüphe feshiyle sona erdirmeden önce vakıanın kendisinden şüphe edilen işçi tarafından gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğini ortaya koyabilmek için ayrıntılı bir araştırma (*Ermittlungen des Arbeitgebers*)[42] yapmalıdır. Bu araştırma sonucunda işveren, şüpheli vakıayı elinden geldiğince aydınlatmalıdır (*Aufklärungspflicht des Arbeitsgeber*)[43]. Bunun için de kendisinden beklenebilecek tüm çabayı göstermelidir.[44] İşverenin araştırma ve

---

[40] Bu yönde bkz. Strobel, Michael, *Die Rechtsfigur der Verdahctskündigung unter besonderer Berücksichtigung der Rechtslage nach spaeterer Entkraeftung des Verdachts*, Hamburg 1966, s.18 vd.; Heilmann, 1964, s.38; Appel/Gerken, 1995, s.202; v. Hoyningen-Huene/Linck/Krause, 2013, §1 KSchG, Rn.471; Eylert/Friedrichs, 2007, s.2203; Lembke, 2013, s.86; Schlegeit, 2008, s.93; Otto, 1998, s.215; Hahn, 2004, s.75; Orth, 2009, s.11; Siebert, 2016, s.53; Eylert, 2014, s.398; Bredemeier, 2014, s.29; Bernhardt/Barthel, 2008, s.153; Klinke, 2002, s.224; Deinert, 2005, s.287; Edenfeld, 1996, s.380; Belling, 1994, s.21.
Ayrıca "ciddi şüphe" kıstasını arayan Yargıtay kararları için bkz. Yarg. 9.HD. 14.2.2011, E.2009/48538 K.2011/2882; Yarg. 9.HD. 28.12.2009, 44747/37775; Yarg. 22.HD. 10.07.2012, E.2011/18637 K.2012/16322; Yarg. 9.HD. 26.10.2009, 755/29375; Yarg. 9.HD. 07.12.2009, 10206/33833; Yarg. 9.HD. 24.05.2010, E.2009/20403 K.2010/14364; Yarg. 22.HD. 20.12.2011, 17455/7865; Yarg. 22.HD. 21.12.2012, 26578/29178; Yarg. 22.HD. 03.02.2012, E.2011/5765 K.2012/1107; Yarg. 22.HD. 12.06.2012, E.2011/17574 K.2012/13134; Yarg. 22.HD. 14.12.2012, 27797/28382; Yarg. 22.HD. 30.04.2012, E.2011/15771 K.2012/8295, UYAP.

[41] Ayrıntılı bilgi için bkz. Erdoğan, 2019, s.168-173.

[42] Bkz. Langner/Witt, 2008, s.826.

[43] Bu yönde bkz. BAG vom 08.08.1968- 2 AZR 348/67, JURIS; ArbG Berlin, 18.05.2012-28 Ca 3881/12, JURIS; BAG vom 04.06.1964- 2 AZR 310/63, JURIS; BAG vom 25.10.2012- 2 AZR 700/11, https://www.prinz.law/urteile/BAG_2_AZR_700-11.pdf, (Erişim Tarihi: 25.07.2020). Müller-Glöge, Rudi/ Preis, Ulrich/ Schmidt, Ingrid, *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 13. Auf., München 2013, §626 BGB, Rn.178; Strobel, 1966, s.110; Hoefs, 2000, s.184; Busch, 1995, s.218; Eylert/Friedrichs, 2007, s.2203; Zborowska, 2014, s.15; Baysal, 2011, s.177; Keser, 2016, s.315; Edenfeld, 1996, s.381; Fischermeier, 2006, s.281; Belling, 1994, s.213; Kılıçoğlu/Şenocak, 2013, s.538; Caniklioğlu, 2017, s.126. İşverenin güvenini sarsan hususları, işçiye somutlaştırması gerekir. Bkz. Otto, 1998, s.126. Strobel'e göre, işveren zaten ispat yükü dolayısıyla işçinin davranışını ya da ciddi şüpheyi ispatlamak ile bu yükümlülüğü yerine getirmektedir. Dolayısıyla ayrıca başka bir yükümlülüğü mevcut değildir.

[44] Heilmann, 1964, s.22. Ayrıca bkz. Kaplan, 2010, s.985; Kılıçoğlu/Şenocak, 2013, s.538-539; Tolu, 2017, s.73. Bu yönde Alman Federal İş Mahkemesi kararları için bkz. BAG vom 23.05.2013-2 AZR 102/12, NZA 2013, s.1416; BAG vom 18.06.2015- 2 AZR 256/14, NZA 2016, s.287; BAG vom 12.02.2015-6 AZR 845/13, NZA 2015, s.741. İşverenin, olayın aydınlatılması için elinden gelen tüm çabayı göstermesi gerektiğini ifade eden

aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı, her somut olayda farklılık gösterir.

Aydınlatma yükümlülüğü kapsamında işveren, işçinin savunmasını almalıdır (*Anhörung des Arbeitnehmers*). Bu husus, İşK. m. 19/2'de düzenlenmiştir. Maddeye göre, "*hakkındaki iddialara karşı savunmasını almadan bir işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesi, o işçinin davranışı veya verimi ile ilgili nedenlerle feshedilemez. Ancak, işverenin m. 25/2 şartlarına uygun fesih hakkı saklıdır*". Görüldüğü gibi, iş güvencesi kapsamındaki bir işçinin sözleşmesi davranışları ya da yetersizliği nedeniyle feshedilmeden önce işçinin savunmasının alınması geçerlilik şartıdır. Belirtilen hüküm, kuşkusuz şüphe feshinde de uygulama alanı bulacaktır. Çünkü şüphe feshi, kanaatimizce Türk Hukuku açısından işçinin yetersizliğinden kaynaklanan bir fesihtir.

Şüphe feshinde işçinin savunmasının alınmasının amacı, şüpheli vakıa hakkında işçiye kendisini savunma ve bildiklerini anlatma imkanının tanınmasıdır. Ancak savunmanın alınmasında bazı kurallara uyulmalıdır. Öncelikle savunma esnasında işçiye tam anlamıyla kendisini savunma fırsatı verilmelidir. Yani şeklen işçinin savunmasının alınması tek başına yeterli olmayacaktır.[45] Ayrıca işçi işveren tarafından savunma için davet edilmelidir.[46] Davet yazısının neler içermesi gerektiği hususunda doktrinde farklı görüşler vardır. Ancak işçi savunmaya yazılı olarak davet edilmeli, davet yazısında şüpheli vakıa açık ve kesin şekilde belirtilmeli, makul bir süre önceden belirtilen yer, gün ve saatte savunmasının alınacağı, hazır bulunmadığı takdirde yazılı olarak savunmasını verebileceği, aksi halde bu hakkından vazgeçmiş sayılacağının kendisine hatırlatılmalıdır.[47] Savunma mutlaka *fesih kararı alınmadan önce* alınmalıdır.[48] Aksi halde alınan savunmanın fesih

---

Yargıtay kararı için bkz. Yarg. 9.HD. 26.10.2009, 755/29375; Yarg. 22.HD. 19.02.2013, 1957/3362; Yarg. 22.HD. 09.05.2013, 6747/10276, UYAP. Ayrıca işçinin savunmasının alınmadığı ve işveren tarafından yeterli araştırma yapılmadığı için yerel mahkeme tarafından verilen kararın bozulması hakkında bkz. Yarg. 22.HD. 18.12.2012, 28420/28573, UYAP.

45 Savunma almanın geçerlilik koşulları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Erdoğan, 2019, s.183 vd.

46 Köseoğlu, 2011, s.283-284. İşçiye yapılacak davetin, elden yapılabileceği gibi, noter marifetiyle ya da iadeli taahhütlü mektupla da yapılabileceği yönünde bkz. Demir, Fevzi, "Geçerli Sebeple Fesih Kavramı ve Uygulama", Legal İHSGHD, S.10, Y.2006, s.486.

47 Demir, Fevzi, *İş Hukuku ve Uygulaması*, 9. Baskı, İzmir 2016, s.311; Demir, 2006, s.486. Aynı yönde bkz. Köseoğlu, 2011, s.284; Baysal, 2011, s.204; Günay, Cevdet İlhan, "İşçinin Davranışlarından Kaynaklanan Geçerli Fesih", Sicil İş Hukuku Dergisi, S.14, Y.2009, s.72-73. Ayrıca bu yönde benzer Yargıtay kararları için bkz. Yarg.9.HD., 18.03.2008, E.2007/27584 K.2008/5327; Yarg.9HD. 09.03.2009, E.2008/20570 K.2009/6142; Yarg.9.HD 01.02.2010, E.2009/49182 K.2010/1850, www.kazanci.com (Erişim Tarihi: : 13.07.2020).

48 Strobel, 1966, s.185; Seeling/Zwickel, 2008, s.1022; Langner/Witt, 2008, s.827; Busch, 1995, s.218; Ebeling, 2006, s.161; Fischer, Ulrich, "Die Anhörung des Arbeitnehmers vor der verdachtskündigung", BB 2003, s.522; Bernhardt/Barthel, 2008, s.153;

üzerinden herhangi bir etkisi olmayacağından, savunma amacına ulaşmaz.[49] Savunmanın şekline ilişkin ise hukukumuzda herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır.[50] Dolayısıyla savunma, sözlü ya da yazılı şekilde alınabilir. Savunmanın içeriği ve kapsamı ise şüpheli vakıa ve işverenin aydınlatma yükümlülüğü kapsamında vakıa hakkında elde ettiği bilgilere göre değişecektir.

D. GEÇERLİLİK KOŞULLARININ ARANMASI GEREKEN AN

Fesih tek taraflı varması gerekli bir irade beyanıdır ve karşı tarafa varması ile birlikte hüküm ve sonuçlarını doğurur. Dolayısıyla bu andan sonra meydana gelen değişiklikler feshin geçerliliğini etkilemez. Bunun sonucu olarak da fesih nedeninin mevcut olup olmadığının denetiminde dikkate alınması gereken an, *fesih beyanının varma anıdır.*[51] Söz konusu kural, şüphe feshi için de geçerlidir.[52] Yani işverenin güveninin sarsılması ve buna dayanak olarak gösterilen vakıa, fesih beyanında bulunulduğu sırada mevcut olmalıdır.[53]

Doktrinde fesih beyanının ileri sürülmesinden sonraki vakıalar hakkında, bunların fesih beyanı anında mevcut ancak işveren tarafından o esnada bilinmiyor olması ve fesih beyanından sonra ortaya çıkması

Lembke, 2013, s.87; Zborowska, 2014, s.167; Fischermeier, 2006, s.282; Günay, 2009, s.72. İşverenin işçinin makul bir süre önce savunmasını alması gerektiği konusunda bkz. Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen/Canbolat, Talat, *İş Hukuku Dersleri*, 31. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2018, s.408; Süzek, Sarper, *İş Hukuku*, 16. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2018, s.603; Demir, 2016, s.311. "*Fesihten önce işçinin savunmasının alınması gerekir. Eğer fesihten önce işçiden savunma alınmamış ise fesih geçersiz sayılır*", Yarg. 9.HD. 24.5.2010, E.2009/20438 K.2010/14394, www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: : 14.07.2020).

49 Bkz. Fischer, 2003, s.522; Strobel, 1966, s.178; Ebeling, 2006, s.162; Zborowska, 2014, s.167.

50 Genel olarak bkz. Süzek, 2018, s.603; Canbolat, Talat, "İşe İade Kararının Uygulanmasında Dürüstlük Kuralı", İş Güvencesi ve İşe İade Davaları, Seminer 29 Mayıs 2010, İstanbul 2010, s.91; Köseoğlu, 2011, s.285; Tolu, 2017, s.73. Ayrıca bkz. Seeling/Zwickel, 2008, s.1022; Busch, 1995, s.219; Ebeling, 2006, s.167; Fischer, 2003, s.522; Eylert/Friedrichs, 2007, s.2204; Lembke, 2013, s.87; Eylert, 2014, s.402; Gaul/Schmidt-Lauber, 2012, s.20; Doğan Yenisey, 2008, s.68; Hozar, 2008, s.241. İsviçre hukuku açısından bkz. Rehbinder, Manfred, *Berner Kommentar*, Bd. VI/2/2/2, Der Arbeitsvertrag, Art. 331-355 OR, Bern 1992, Rn.15. Ancak işçinin savunmasının yazılı alınması gerektiği hususunda bkz. Günay, 2009, s.73.

51 Bu konuda bkz. Baysal, 2011, s.199.

52 Şüphenin fesih anında mevcut olması gerektiğini ifade eden karar için bkz. Yarg. 22.HD. 10.03.2016, 4410/7425, UYAP.

53 Yargıtay, iş sözleşmesi 18.07.2016 tarihinde feshedilen işçinin açmış olduğu işe iade davasına yönelik karar verirken, *"...Cumhuriyet Başsavcılığı Terör ve Örgütlü Suçlar Soruşturma Bürosu tarafından düzenlenen 29.05.2018 tarih, 2017/ 119100 soruşturma dosyasında "...'ün şüpheli sıfatıyla yer aldığı, soruşturmanın derdest olduğu*"nu belirtilmiş ve işverenin yaptığı feshin geçerli olduğuna hükmetmiştir. Bkz. Yarg. 9.HD. 22.10.2018, 6420/18773. Benzer yönde bkz. Yarg. 9.HD. 22.10.2018, 7898/18783; Yarg. 9.HD. 04.10.2018, 8557/17485, www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: : 13.07.2020).

şeklinde ikili bir ayrım yapılmaktadır. Buna göre, fesih beyanının karşı tarafa varmasından sonra ortaya çıkan vakıalar, feshin geçerliliği hususunda dikkate alınmaz.[54] Bununla birlikte işveren tarafından bilinmeyen ancak karşı tarafa varma anında mevcut olan vakıaların değerlendirilmesi kabul edilmektedir.[55] Kanaatimizce bu tür bir ayrım ve değerlendirme isabetli değildir. Zira yenilik doğuran hakkın kullanılması olan feshin geçerli olabilmesi için, fesih sebeplerinin hakkın kullanıldığı anda mevcut olması gerekir.[56] Bilindiği gibi, işçi iş güvencesi kapsamındaysa fesih nedeninin açık ve kesin bir şekilde karşı tarafa bildirilmesi, geçerlilik koşuludur (İşK. m. 19/1). Aksi halde feshin geçersizliği sorunu gündeme gelir. Ayrıca işveren iş sözleşmesi feshedilirken ileri sürdüğü neden ile bağlıdır. Dolayısıyla fesih anında mevcut olan ancak işveren tarafından daha sonra öğrenilen sebepler de feshin geçerliliği açısından anlam ifade etmez.[57] Bu nedenle, fesih beyanından sonra ortaya çıkan hususlar, işçinin lehine olup olmamasından bağımsız olarak, feshin geçerliliğini etkilemez.[58] Ancak *Baycık*'ın da haklı olarak ifade ettiği gibi, işveren daha sonra öğrendiği vakıalara dayanarak yeni bir fesih beyanında bulunabilir.[59]

Sonuç itibariyle fesih beyanında bulunulan anda mevcut olan ancak işveren tarafından bilinmeyen ya da sonradan ortaya çıkan hususlar, feshin geçerliliği açısından göz önünde bulundurulamaz. Bu hususların işçinin lehine ya da aleyhine olması önemli değildir. Örneğin işçinin iş sözleşmesinin hırsızlık şüphesiyle sona erdirilmesinden sonra söz konusu işçinin ceza mahkemesi yargılamasından beraat etmesinin feshe herhangi bir etkisi yoktur. Zira artık fesih, hüküm ve sonuçlarını doğurmuştur.

---

54 Bilgi için bkz. Schlegeit, 2008, s.129.

55 Bkz. Schlegeit, 2008, s.129.

56 Çopuroğlu, Çağlar, "Geçersiz Fesihlerde Tarafların Fesihten Sonra Öğrendikleri veya İşe İade Sürecindeki Kusurlu Davranışlarının Davaya Etkisi", İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar II, İstanbul 2016, s.177; Baycık, Gaye, "Türk Borçlar Kanunu ve İş Kanunu Çerçevesinde Fesih Sebebinin Belirtilmesi ve Değiştirilmesi Sorunu", Legal İHSGHD, C.9, S.35, Y.2012, s.84. Yargıtay, "*Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuni gerektiriri sebeplere ve özellikle dava tarihindeki şartlara göre değerlendirilerek davanın esası ile ilgili hüküm kurulması gerekirken, dava tarihinden sonra oluşan koşullara göre davacının davasının konusuz kalması sebebiyle karar ittihazına mahal olmadığına karar verilmesi doğru değil ise de somut olayda fesihte geçerli nedenlerin varlığı sunulan belgelerle kanıtlandığından... kararın onanmasına...*" hükmederek feshin geçerli olup olmadığını değerlendirirken, fesih anını esas almaktadır. Karar için bkz. Yarg. 9.HD12.02.2004, 448/2029, www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 10.07.2020). Aynı görüş için bkz. Sümer, Halûk Hâdi, "İş Sözleşmesi Feshedilen İşçinin İşe İade Davası Devam Ederken İşveren Tarafından İşe Davet Edilmesi", Sicil İş Hukuku Dergisi, S.4, Y.2006, Davet Edilme, s.93.

57 Baycık, Gaye, "İş Akdini Fesih Sebebinin Değiştirilmesi", AÜHFD, Y.2006, C.55, S.1, s.117.

58 Ancak Baycık'a göre, sonradan ortaya çıkan hususlar her ne kadar feshin geçerliliğini etkilemese de, mahkemede işverenin işçiyi işe başlatmaması durumunda ödemesi gereken iş güvencesi tazminatına etki edebilir. Bkz. Baycık, 2012, s.91.

59 Baycık, 2012, s.97.

Şüphe feshinin geçersizliğine ilişkin olarak açılan davada hâkim, iki aşamalı bir değerlendirme yapacaktır. Bunlardan ilki, yukarıda belirtilen, geçerlilik koşullarının mevcudiyetine ve bir diğeri ise, ileri sürülen ve objektif olarak desteklenen şüpheli vakıanın güven sarsmaya yeterli olup olmadığına ilişkindir. Anayasa Mahkemesi (AYM) yeni yayımlanan iki farklı kararında, 667 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye (KHK) dayanılarak (m. 4) iş sözleşmesi feshedilen başvurucuların daha önce şüphe feshinin geçersizliğine ilişkin açtığı davada KHK düzenlemesi nedeniyle herhangi bir değerlendirme yapılmaksızın karar verilmesini adil yargılanma hakkının ihlali olduğuna hükmetmiştir.[60] AYM'nin haklı olarak belirttiği gibi, her ne kadar KHK m. 4'te iş sözleşmesinin sona erdirilmesi için geçerli bir neden öngörülmüşse de, söz konusu düzenleme feshin geçersizliğine ilişkin açılan davada hakimin iş hukuku kurallarına göre bir değerlendirme yapmasını engellemez. Dolayısıyla hâkim, somut uyuşmazlık kapsamında iş hukukunun genel ilkelerini de göz önünde bulundurarak şüpheli vakıanın mevcut olup olmadığını araştırmalıdır. Çalışmamızın diğer kısmını oluşturan yargılamanın iadesi, söz konusu değerlendirmeden tamamen bağımsızdır. Zira yapılan değerlendirmeden sonra ortaya çıkan her husus yargılamanın iadesini gerektirmez. Bunun için HMK m. 375 ve m. 376'da sayılan nedenlerden birinin mevcut olması aranır. Örneğin, A işçisinin iş sözleşmesinin hırsızlık şüphesiyle sona erdirildiğini varsayalım. Sonrasında hırsızlığın A işçisi değil de B işçisi tarafından yapıldığı ortaya konulsa bile, söz konusu durum yapılan feshi etkilemeyeceği gibi yargılamanın iadesini de gerektirmez. Ya da A işçisinin ceza mahkemesinde görülen hırsızlık suçundan beraat etmesi de aynı sonucu doğuracaktır.

IV.ŞÜPHE FESHİNE İLİŞKİN KARARIN KESİNLEŞMESİNDEN SONRA YARGILAMANIN İADESİ

Şüphe feshi, yukarıda da belirtildiği üzere, işçinin iş sözleşmesi ile yüklenmiş olduğu yükümlülüğünü ağır şekilde ihlal ettiği ya da suç teşkil eden bir davranışta bulunduğuna ilişkin duyulan şüphe nedeniyle, taraflar arasındaki iş ilişkisinin devamı için gerekli olan güvenin sarsılması neticesinde başvurulan bir fesihtir. Şüphe feshinin söz konusu olduğu hallerde, feshin geçerli olup olmadığı değerlendirilirken hükme esas alınacak iki vakıa bulunmaktadır. Birincisi, gerçekliği konusunda makul bir şüphenin mevcut bulunduğu vakıadır. İkincisi ise gerçekleştiği konusunda şüphe bulunan vakıaya dayalı olarak diğer tarafın *güveninin sarsılması* vakıasıdır. İşte şüphe feshine ilişkin olarak da mahkemece söz konusu vakıalara ilişkin yargılama neticesinde verilen hükümde, ağır bir

[60] AYM, Emin Arda Büyük Başvurusu, Başvuru No: 2017/28079, T. 02.07.2020, RG: 14.08.2020, S. 31213 ve AYM, Berrin Baran Eker Başvurusu, Başvuru No: 2018/23568, T. 02.07.2020, RG: 14.08.2020, S. 31213.

usûlî eksiklik veya sakatlık bulunması durumunda, yargılamanın iadesi kurumuna başvurulup başvurulamayacağı sorunu ortaya çıkar.

Alman hukukunda kabul edilen görüşe göre, şüphe feshi iş mahkemesi tarafından geçerli olarak kabul edilirse ve daha sonra işçinin suçsuz olduğu ortaya çıkarsa, bu durum işçiye yeniden istihdam talebi hakkı (*Wiedereinstellunganspruch*) doğurur ya da medeni usul hukuku kapsamında yargılamanın iadesi (*Restitutionsklage*) söz konusu olabilir.[61] Türk hukukunda ise bu konuda yapılmış halihazırda bir çalışma tespit edilmemiştir.

Yargılamanın iadesi, mahkeme kararına tanınan mutlak hakikat vasfının, kararın ortaya çıkmasında gerçekleşen ağır usûlî eksiklik ve hatalar sebebiyle, kararın bertaraf edilmesine imkân tanıyan, istisnai bir yoldur.[62] HMK m. 375 ve m. 376'da sınırlı olarak sayılan sebeplerin, şüphe feshine dayalı olarak gerçekleştirilen fesih üzerine açılan davada, mahkemece gerçekleştirilen yargılamada ortaya çıktığının tespit edilmesi halinde, yargılamanın iadesi yoluna başvurulabilir.

Kanaatimizce yargılamanın iadesi sebepleri açısından şüphe feshi noktasında özellik arz eden iki sebep bulunmaktadır.[63] Birincisi, HMK m. 375/1-ç'de düzenlenen *yargılama sırasında, aleyhine hüküm verilen tarafın elinde olmayan nedenlerle elde edilemeyen bir belgenin, kararın verilmesinden sonra ele geçirilmiş olması* gerekçesiyle yargılamanın iadesi yoluna başvurulmasıdır. İkincisi ise HMK m. 375/1-e'de düzenlenen

---

[61] von Steinau-Steinrück/Glanz, 2008, s.275. Ayrıca bkz. Hoefs, 2000, s.287 vd.; Ebeling, 2006, s.233; Schulz, 2016, s.368.

[62] Yargılamanın iadesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Namlı, Mert, *Türk ve Fransız Medeni Usul Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi*, İstanbul 2014; Arslan, Ramazan, *Medeni Usul Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi*, Ankara 1977.

[63] Çalışma konumuz dışında bıraktığımız ve m. 375 kapsamında kalan hususların da şüphe feshine ilişkin yargılamalarda ortaya çıkması muhtemeldir. Örneğin, şüpheye dayanak vakıaların araştırılması için özel veya teknik bilgisine başvurulan bilirkişinin kasten gerçeğe aykırı rapor vermiş olması halinde veya işverenin hileli bir davranışta bulunarak (örneğin şüpheye sebep olacak ortamı suni olarak yaratarak) şüphe feshinin geçerliliği yönünde karara etki etmesi gündeme gelebilir. Ancak, bu hallere, şüphe feshi noktasında bir özellik arz etmediği düşüncesiyle çalışmamızda ayrıca yer verilmemiştir. İkincisi, şüphe feshine ilişkin yargılama neticesinde işçi lehine karar verildiği ve daha sonra bu yönde karar verilmesine dayanak teşkil eden tanık beyanlarının gerçeğe aykırı olduğu veya dava sırasında elde edilemeyen bir delile daha sonra ulaşılması durumu akla gelebilir. Her iki durumun da tespiti halinde, kural olarak artık bir şüpheden değil, doğrudan bir fesih sebebinin mevcudiyetinden söz etmek gerekecektir. İşveren böyle bir durumda, artık şüphe feshine ilişkin yargılamanın iadesi yoluna başvurmaksızın geçerli veya haklı nedenle fesih yoluna gidebilir. Ayrıca yukarıda belirtildiği üzere, şüphe feshinin geçerli kabul edilmesi için, şüpheye dayanak vakıaların en geç fesih beyanının işçiye ulaştığı anda mevcut olması ve fesih sebebi olarak dayanılması gerekir (bkz. yuk. III. D.). Bu sırada mevcut ancak işveren tarafından bilinmeyen vakıanın, sonradan öğrenilmesi hali, önceki feshi geçerli hale getirmez. Bu durumda, işverenin yeniden bir fesih beyanında bulunması mümkündür.

ifadesi karara esas alınan tanığın, karardan sonra yalan tanıklık yaptığının sabit olması gerekçesiyle yapılacak başvurudur.

A. YARGILAMA SIRASINDA, ALEYHİNE HÜKÜM VERİLEN TARAFIN ELİNDE OLMAYAN NEDENLERLE ELDE EDİLEMEYEN BİR BELGENİN, KARARIN VERİLMESİNDEN SONRA ELE GEÇİRİLMİŞ OLMASI

Mahkeme kararı esas itibariyle üç esas üzerine kuruludur: *Vakıalar, Deliller ve İlgili Hukuk Kuralı.*[64] İlgili hukuk kuralının doğru bir şekilde tespit edilip uygulanması, hâkimin görevidir (HMK m. 33 ve MÖHUK m. 2). Hukuk kuralının yanlış tespit edilmesi veya uygulanması hem istinaf[65] hem de temyiz kanun yolu aşamasında mahkemelerce re'sen gözetilip düzeltilebilir. Ancak hükmün kesinleşmesinden sonra, hukukun yanlış uygulandığının tespiti, tek başına hükmün bertaraf edilmesi gerekçesi olamaz. Bu noktada yalnızca, kesin hükmü ortadan kaldırmayacak şekilde "kanun yararına temyiz" kurumu (HMK m. 363) işletilerek bu hususa işaret edilebilir.

Keza vakıaların ve delillerin yanlış değerlendirilmesi sonucu mahkeme kararında tespit edilen hususun, maddi gerçeklikle bağdaşmaması da tek başına hükmün ortadan kaldırılması gerekçesi değildir.[66] Mahkemece hükme bağlanan konuda, artık hakikatin hüküm gibi olduğu (adli gerçeklik) kabul edilir. Ancak, vakıaların tespiti ve deliller noktasında, mücbir bir sebep veya ağır usûlî hata yapıldığının tespit edilmesi halinde, hatalı olduğu bilinen hükmün yine de muhafaza edilmesi düşünülemez. Bu noktada, kesin hüküm kurumunun hukuki belirlilik ve güvenliğe hizmet etmesiyle, hatalı kararın muhafazasının yaratacağı yargıya güvenin sarsılması arasındaki denge, HMK m. 375'de sayılan sebepler ile sağlanmaya çalışılmıştır.[67] İşte vakıaların ve deliller açısından bu sebeplerden birinin mevcut olduğunun tespit edilmesi halinde ancak kesin hükmün bertaraf edilerek yargılamanın iadesi yoluna başvurulması kabul edilmektedir.

HMK m. 375/1-ç'de, maddi gerçeklik ile adli gerçekliğin örtüşmemesinin, yargılama sırasında mevcut olmasına rağmen, mücbir

---

64 Atalı/Ermenek/Erdoğan, 2020, s. 104.

65 İstinaf kanun yolu açısından kanun koyucu istinaf sebepleri ile bağlılık esasını kabul etmiş (HMK m. 355), ancak kamu düzenine aykırılıkların re'sen incelenebileceği ifade edilmiştir. Kanaatimizce, zikredilen düzenleme ve sebeple bağlılık, ancak maddî vakıaların denetimi noktasında geçerlidir. Hukukun uygulanması, her üç derecede yer alan hâkimlerin re'sen yerine getirmesi gereken bir görevdir. Aksi bir kabulde, bölge adliye mahkemesi kararına karşı yapılacak temyiz denetimi sırasında söz konusu hukuka aykırılık Yargıtay tarafından re'sen dikkate alınacaktır ki böyle bir kabul yargılamanın gereksiz yere uzamasına sebebiyet verir ve usûl ekonomisine aykırı olur.

66 Atalı/Ermenek/Erdoğan, 2020, s. 658.

67 Atalı/Ermenek/Erdoğan, 2020, s. 660.

bir sebeple elde edilemeyen delile dayanması hali söz düzenlenmektedir. Başka bir anlatımla, bu durumda mahkeme hükmü, ilgili delilin değerlendirilememesi sebebiyle hatalıdır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, bu bendin uygulanabilmesi için *hükmün kesinleşmesinden sonra* yeni bir *belge* ele geçirilmiş olmalıdır.[68] Hükmün kesinleşmesinden önce söz konusu belgenin elde edilmesi halinde, bu belgenin yargılama sırasında kullanılmış olması gerekir. Dolayısıyla, böyle bir belgeye dayalı olarak yargılamanın iadesi istenemez. *Kuru*, istinaf veya temyiz aşamasında belgenin elde edilmiş olması durumunda dahi yargılamanın iadesinin istenebileceğini, zira bu aşamada yeni delil gösterilemeyeceğini belirtmektedir.[69] Kanaatimizce, aşağıda incelenen diğer şartları taşıdığı için yargılamanın iadesi teşkil edecek nitelikte bir belgenin, istinaf ve temyiz aşamasında da ileri sürülebilmesi gerekir.[70] Zira aksi kabulde, kişinin bir an önce hükmün istinaf ve temyiz aşamasından geçerek kesinleşmesini beklemesi ve daha sonra buna karşı yargılamanın iadesi yoluna başvurması gerekir ki böyle bir kabul usûl ekonomisi ilkesine ve dolayısıyla adil yargılanma hakkına aykırılık teşkil eder.[71]

Kuru, söz konusu belgenin "*yazılı*" olması gerektiğini belirtmektedir.[72] Yazar, atıf yapmış olduğu bir Yargıtay kararında da "*yazılı*" ifadesine yer verildiğini belirtmiştir.[73] *Özekes* ise söz konusu belgenin mutlaka yazılı olması gerekmediğini, fotoğraf, ses ve görüntü kaydı vb. de bu anlamda düşünülebileceğini ifade etmiştir.[74] Kanaatimizce, yargılamanın iadesi sebebi teşkil edecek belgenin, yazılı olmasına ihtiyaç yoktur. HMK m. 375'de yalnızca "belge" ifadesine yer verilmiştir. Belgenin tanımı ise HMK m. 199'da yapılmıştır. Buna göre belge, uyuşmazlık konusu vakıaları ispata elverişli yazılı veya basılı metin, senet, çizim, plan, kroki, fotoğraf, film, görüntü veya ses kaydı

---

68 Pekcanıtez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet, *Medenî Usûl Hukuku*, 7. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 504; Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder/Taşpınar-Ayvaz, Sema/Hanağası, Emel, *Medenî Usûl Hukuku*, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2019, s. 631; Özekes, Muhammet, Pekcanıtez Usul *Medeni Usul Hukuku*, C. III, İstanbul 2017, s. 2330.

69 Kuru, Baki, *Medeni Usul Hukuku El Kitabı*, C. II, Yetkin Yayınları, Ankara 2020, s. 1536.

70 Mücbir sebeple elde edilemeyen delilin istinaf aşamasında gösterilebileceği yönünde bkz. Atalı, Murat/Ermenek, İbrahim/Erdoğan, Ersin, *Medeni Usul Hukuku*, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2020, s. 624. Buna karşılık, hükmün kesinleşmesinin aranmayacağı, kararın verilmesinden sonra belgenin elde edilmesinin yeterli olduğu yönünde bkz. Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz/Hanağası, 2019, s. 631.

71 Özekes de ayrıca tartışmaksızın "hükmün kesinleşmesinden sonra yeni bir senet veya belgenin..." ele geçirilmesinden söz etmektedir. Bkz. Özekes, 2017, s. 2330.

72 Kuru, 2020, s. 1536.

73 Kuru, 2020, s. 1537, 5. HD, 12.01.2016, 12818/26. Ancak iki ayrı içtihat programından (Lexpera İçtihat ve Kazancı İçtihat) ulaştığımız söz konusu kararda, "yazılı" ifadesine yer verilmediği görülmektedir.

74 Özekes, 2017, C. III, s. 2330. Ayrıca bkz. Pekcanıtez/Atalay/Özekes, 2019, s. 504. Aynı yönde bkz. Atalı/Ermenek/Erdoğan, 2020, s. 662.

gibi veriler ile elektronik ortamdaki veriler ve bunlara benzer her türlü bilgi taşıyıcısıdır. Dolayısıyla, yargılama sırasında mevcut bulunan belgenin yazılı olması gerekli değildir.[75] Nitekim madde gerekçesinde de "*Yargılamanın yenilenmesi için mücbir sebep veya lehine karar verilen tarafın fiili nedeniyle elde edilemeyen bir senet veya belgenin karar verilmesinden sonra ele geçirilmiş olması aranır iken, yeni düzenlenen bentte bu şartlar yerine daha genel bir ifade olarak, belgenin tarafın elinde olmayan nedenlerle elde edilememesi şartı getirilmiştir"* ifadesine yer verilmiştir.[76]

İkincisi, hükmün kesinleşmesinden sonra elde edilen bu belgenin *hüküm verilmesi sırasında mevcut olması* gerekir.[77] Buna karşılık, hükmün kesinleşmesinden sonra düzenlenen bir belge, yargılamanın iadesine neden olmaz. Zira mahkemece verilen kesin hüküm, hükmün verildiği ana kadar gerçekleşen (vakıaların yargılamaya getirilebileceği aşamaya kadar) vakıalar açısından bağlayıcıdır. Bu aşamadan sonra gerçekleşen hususların, önceki hükme tesiri olmaz. Ancak yeni düzenlenen belgenin yaratmış olduğu yeni bir hukuki durum söz konusu ise, buna dayalı olarak ortaya çıkan uyuşmazlıklar için dava açılması mümkündür. Dolayısıyla, hükümden sonra düzenlenen bir belge, önceki hükmün ortadan kaldırılmasının gerekçesi olamaz. Zira hükmün verilmesi açısından ağır bir eksiklik veya usûlî hatadan söz edilemez.

Bu konuda tartışmalı bir husus da ilk yargılama sırasında bilim ve tekniğin mevcut durumu sebebiyle elde edilemeyen bir sonucun, daha sonraki gelişmeler sebebiyle mümkün olması halinde yargılamanın iadesinin talep edilip edilemeyeceği noktasındadır. Yargıtay 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu döneminde vermiş olduğu bir kararında, yargılamanın iadesi sebeplerinin sınırlı olarak sayıldığını, bilim ve tekniğin gelişmesi sonucu elde edilen yeni raporun mücbir bir sebeple elde edilemeyen belge niteliğinde bulunmadığını belirtmiştir.[78] Buna karşılık Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), *bilimin gelişmesinin yargılamanın iadesi sebebi olarak kabul edilmemesinin* kesin hüküm kurumu ile ulaşılmak istenen amaçla orantılı olmadığını, aile ilişkileri açısından gerekli olan hukuki kesinliğin korunması ile kocanın baba olmadığının tespitine ilişkin biyolojik delil ile babalığa dair kanuni karineyi bertaraf edememesi arasında adil bir denge bulunmadığını

---

[75] Kanaatimizce tartışma 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda yer alan hükümden kaynaklanmaktadır. Zira 1086 sayılı Kanun'un 445'inci maddesinde "senet veya vesika" denilmiştir. Dolayısıyla 1086 sayılı Kanun dönemi için "yazılı" belge ifadesi savunulabilir. Ancak 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu yalnızca "belge" ifadesine yer vermiştir.

[76] Gerekçe için bkz. http://www.kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamalari/Kanunlasan/2011Yili/kanmetni/6100ss.pdf

[77] Kuru, 2020, s. 1536; Atalı/Ermenek/Erdoğan, 2020, s. 662; Özekes, 2017, C. III, s. 2330.

[78] 2. HD, 19.04.2001, 4518/6243 (Kazancı İçtihat)

belirterek, özel hayatın ihlali kararı vermiştir.[79] *Arslan*, teknolojik gelişmeler sonucunda elde edilen belgenin yargılamanın iadesi sebebi olarak kabul edilmesi gerektiğini belirtirken, belgenin içeriğini oluşturan verilerin hükümden önce mevcut bulunduğunu belirtmektedir.[80] Keza *Özekes* de tıp ve tekniğin gelişimi sonucu elde edilen belgenin, daha önce edilememiş olmasının da yargılamanın iadesi sebebi sayılması gerektiğini savunmaktadır.[81]

Üçüncüsü, hükümden sonra bulunan ve hükmü etkileyecek olan bu belgenin daha önce elde edilememesi, *kişinin kendisinden kaynaklanmayan bir sebeple* olmalıdır. Başka bir anlatımla, yargılamanın iadesini isteyen taraf, belgenin elde edilememesinde kusurlu olmadığını ispatlamak zorundadır.[82] Nitekim Antalya Bölge Adliye Mahkemesi yakın tarihli bir kararında,[83] "*... davaya bakıldığı anda mevcut olan belgenin, aleyhine hüküm verilen tarafın elinde olmayan nedenlerle elde edilememiş olması gerekir. Yani taraf, yargılamada kendisine üstünlük sağlayacak belgeyi kusuru olmaksızın elde edememiş ve bu nedenle mahkemeye sunamamış olmalıdır.*" gerekçesiyle bu hususa işaret etmiştir. Keza Yargıtay 5. Hukuk Dairesi de bir kararında,[84] "*HMK'nın 375. maddesi gereğince, yargılamanın iadesinin talep edilebilmesi için, davaya bakıldığı anda mevcut olan belgenin, aleyhine hüküm verilen tarafın elinde olmayan nedenlerle elde edilememiş olması gerekir. Yani taraf, yargılamada kendisine üstünlük sağlayacak belgeyi kusuru olmaksızın elde edememiş ve bu nedenle mahkemeye sunamamış olmalıdır. Yargılamanın yenilenmesine konu dava dosyasında mevcut Karayolları Genel Müdürlüğü yazıları ve tüm dosya kapsamı birlikte değerlendirildiğinde, yargılamanın yenilenmesini isteyen idare bakımından yargılamanın yenilenme sebebinin söz konusu olmadığı, davalı idarenin yargılama aşamasında dikkatli davranması halinde dosya içerisindeki karayollarının kamulaştırmaya ilişkin yazısına göre, söz konusu delili tespit edebileceği hususu sabittir. Bu nedenle; HMK'nın 375. maddesinde sayılan yargılamanın iadesi sebepleri bulunmadığından, sonucu itibariyle davanın reddine karar verilmesinde bir isabetsizlik görülmemiştir.*" gerekçesiyle yargılamanın iadesi talebinin reddini isabetli bulmuştur. İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 17. Hukuk Dairesi de istinaf başvurusunun reddine karar verdiği bir olayda, yargılamanın iadesini talep eden tarafın dava

---

79 AİHM, 09.11.2006, Başvuru Nu. 11449/02, https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":["11449/02"],"documentcollectionid2":["GRANDCHAMBER","CHAMBER"],"itemid":["001-77936"]}

80 Arslan, Ramazan, *Medeni Usul Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi*, Ankara 1977, s. 81-82.

81 Özekes, 2017, C. III, s. 2330. Aynı yönde bkz. Umar, Bilge, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, Ankara 2014, s. 1090.

82 Kuru, 2020, s. 1536.

83 Antalya BAM, 1. HD, 11.04.2017, 264/217, (Lexpera İçtihat).

84 5. HD, 12.01.2016, E. 2015/12818, K. 2016/26, (Kazancı İçtihat)

dışı bir şirket ile bir bankadan elde ettiği belgelere dayandığını ve bunları ilk yargılama sırasında da elde edebileceğini belirtmiştir.[85]

Dördüncüsü, hukuki yararın mevcut bulunduğunu kabul edebilmek için mahkemeye sunulacak olan bu *belge hükmü etkileyebilecek nitelikte* olmalıdır.[86] Yukarıda zikredilen üç şart gerçekleşmiş olmasına rağmen, elde edilen belge hükmün değiştirilmesini gerektirecek nitelikte değilse, yine yargılamanın iadesi talebinin reddi gerekir.

Yukarıda izah edilen koşullar dikkate alındığında, şüphe feshi açısından işaret edilmesi gereken ilk husus, iş sözleşmesinin sona erdirilmesine dayanak olarak ileri sürülen vakıanın (örneğin hırsızlık vakıası) işçi tarafından gerçekleştirilmediğine dair bir belgenin, tek başına yargılamanın iadesi sebebi teşkil etmeyeceğidir. Zira burada feshin sebebi söz konusu vakıanın ilgili işçi tarafından gerçekleştirilmiş olması değil, gerçekleştirilmesine dair muhtemel şüpheye sebep olan komşu vakıalar nedeniyle "*güvenin sarsılması*" vakıasıdır. Ancak, vakıanın gerçekleştirilmesine ilişkin şüpheye sebep olan hususların, gerçekte öyle olmadığının sonradan elde edilen bir belge ile ortaya konulması halinde yargılamanın iadesi istenebilir.

İşçinin suçsuz olduğu mevcut teknolojik araçlarla ispatlanamamış, yani buna ilişkin belge sunulamamış ve karar bu şekilde kesinleşmişse, HMK m. 375/1-ç ve AİHM Tavlı/Türkiye kararı uyarınca, yargılamanın iadesine başvurulabilir. Ancak belirtmek gerekir ki, şüphe feshi sonrasında işçinin suçsuzluğunun ispatlanmasına ilişkin bu tür bir olayın olma olasılığı, kanaatimizce çok sınırlıdır. Bu duruma şöyle bir örnek verilebilir: Bilindiği gibi 15 Temmuz 2016 darbe girişiminden sonra, cep telefonlarına indirilen ve kullanıcılar arasında iletişimi sağlayan Bylock programı, FETÖ üyesi olmaya ilişkin delil olarak kabul edilmektedir. Ancak belirtilen tarihten yaklaşık bir buçuk yıl sonra, bahsi geçen örgütün müdahalesi sonucunda, telefonlarda kullanılan bazı programların kendiliğinden Bylock'a yönlendirme yaptığı ve bu telefon sahiplerinin Bylock kullanıcısı gibi kabul edildiği ortaya çıkarılmıştır (Mor beyin). Bu anlatılanlar kapsamında, bir işçinin iş sözleşmesinin telefonunda Bylock olması dolayısıyla, işvereni tarafından şüpheye dayalı olarak feshedildiğini varsayalım. Şüpheye dayalı olarak yapılan feshin sonucunda, başvurulan yargılamanın sonunda da karar kesinleşmiş olsun. Kararın kesinleşmesinden sonra işçinin telefonundaki Bylock'a her girişin telefondaki başka bir uygulamanın otomatik yönlendirmesinin sonucu olduğu tespit edilsin. Bu durumda yargılama sırasında mevcut teknoloji dolayısıyla elde edilememiş bir belge söz konusudur. İşte bu tür bir durumun varlığı halinde, işçinin şüphe feshine ilişkin davanın kesinleşmesinden sonra, yargılamanın iadesine başvurabileceğini belirtmek gerekir.

---

[85] Karar için bkz. İstanbul BAM, 17. HD, 07.02.2019, E. 2018/2015, K. 2019/228.

[86] Kuru, 2020, s. 1536.

Burada yargılamanın iadesine imkân tanınması, işçinin ceza hukuku anlamında suçsuz olduğunun anlaşılmasından kaynaklanmamaktadır. Bilakis, hukuk yargısında (iş mahkemesinde), güvenin sarsılması vakıasına dayanak alınan bir hususun, gerçekte öyle olmadığının daha sonra anlaşılması sebebiyle yenileme talebinde bulunulabilmektedir. Zira, iş mahkemesi önünde, fesih geçerli kabul edilirken, işçinin ilgili yazılımı kullandığı vakıası şüpheli/belirsiz değildir. Aksine söz konusu vakıa sebebiyle, (henüz ceza mahkumiyeti kararı olmadığı için) terör örgütü üyesi olduğuna ilişkin şüphe/belirsizlik vardır. Teknolojinin gelişmesi ile sonradan ortaya çıkan imkân, daha önce verilen hükmü etkileyecek niteliktedir ve bu sebeple yargılamanın iadesi istenmektedir. Dolayısıyla, yukarıda incelendiği üzere, işçinin terör örgütü üyesi olmak şüphesiyle sözleşmesinin feshedildiği her durumda, işçinin daha sonra ceza mahkemesinde beraat etmiş olması, yargılamanın iadesini gerektirmez.

B. İFADESİ KARARA ESAS ALINAN TANIĞIN, KARARDAN SONRA YALAN TANIKLIK YAPTIĞININ SABİT OLMASI

HMK m. 375/1-e'de, ifadesi karara esas alınan tanığın, karardan sonra yalan tanıklık yaptığının sabit olması halinde yargılamanın iadesinin talep edilebileceğini düzenlemiştir.

Bu kapsamda, yargılamanın iadesinin talep edilebilmesi için yalan yere tanıklık yaptığı belirtilen kimsenin beyanı, hükmün o içerikte olmasını sağlamış olmalıdır. Başka bir anlatımla, söz konusu tanığın beyanının olmaması halinde, hükmün farklı olabileceği ortaya konulmalıdır. Ayrıca, yalan yere tanıklığın bir ceza mahkemesi kararına dayanması ve ilgili kararın kesinleşmiş olması da gerekir. Yalan yere tanıklık yapıldığının bir senet ile veya başka bir resmî makam önünde ortaya konulmuş olması, yargılamanın iadesi talebi için yeterli değildir.[87]

Şüphe feshinde, feshin geçersizliği iddiasının reddine ilişkin kararın kesinleşmesinden sonra, şüphe feshini objektif olarak destekleyen vakıalar açısından beyanları hükme esas alınan tanığın, yalan yere tanıklık yaptığının ceza mahkemesi kararı ile kesinleşmiş olması halinde (yine işçinin ceza mahkemesinde beraat etmesi önemli değildir), HMK m. 375/1-e çerçevesinde yargılamanın iadesi istenebilir. Örneğin, hırsızlık şüphesinin söz konusu olduğu bir durumda, tanıklık yapan bir işçi, sevdiği bir arkadaşından şüphe edilmemesi için o gün orada başka birini (sözleşmesi feshedilen işçiyi) gördüğünü beyan etmiş, işveren de diğer araştırmalarla birlikte bu beyanı da dikkate alarak ilgili işçinin iş sözleşmesini feshetmiştir. İş mahkemesi hâkimi de söz konusu tanıklığı dikkate alarak davayı reddetmiştir. Daha sonra tanıklık yapan işçi açısından, yalan yere tanıklık suçu dolayısıyla ceza mahkemesinde dava açılmış ve o işçi mahkûm edilmişse, onun beyanı esas alınarak

[87] Özekes, 2017, C. III, s. 2333.

verilen hükmün de yargılamanın iadesi talebiyle birlikte ortadan kaldırılabilmesi mümkündür. Burada yine şüphe feshi açısından işçinin hırsızlık yapıp yapmadığının ispatlanması önem taşımaz. Yukarıda olduğu gibi burada da şüphe feshini destekleyen objektif vakıaların, gerçekte öyle olmadığı ortaya çıkmaktadır.

C. YARGILAMANIN İADESİNİ İSTEME SÜRESİ

HMK m. 377'de, yargılamanın iadesinin talep edilebileceği zaman dilimi, hak düşürücü süreler ile her bir sebep bakımından özel olarak düzenlenmiştir. Buna göre, yeni belgenin elde edildiği tarihten veya yalan yere tanıklığa ilişkin mahkûmiyet hükmünün kesinleşmesinden itibaren üç ay ve herhâlde iade talebine konu olan hükmün kesinleşmesinden itibaren on yıl (m. 377/1-c-ç) içerisinde yargılamanın iadesinin istenmesi mümkündür. Bu durumda şüphe dolayısıyla iş sözleşmesi feshedilen işçi, bu hükme dayanarak yargılamanın yenilenmesini isteyecekse, bahsi geçen ve hükme etki edecek olan yeni belgeyi elde ettiği veya mahkûmiyet kararının kesinleştiği tarihten itibaren üç ay ve her halde hükmün kesinleşmesinden itibaren, on yıl içinde bu hakkını kullanabilir.

D. YARGILAMANIN İADESİ TALEBİ ÜZERİNE YAPILACAK İNCELEME

Yargılamanın iadesi talebi, bir dilekçe ile kararı veren mahkemeye yapılır (m. 378/1). Mahkeme, iade talebi üzerine, karşı tarafın muhtemel görünen zararlarını karşılamak üzere bir teminat ödenmesini de isteyebilir (m. 378/2).

Mahkeme, ilk olarak iade talebinin süresi içerisinde yapılıp yapılmadığını ve kararın kesinleşip kesinleşmediğini inceleyerek ileri sürülen sebebin, HMK m. 375'te sayılanlar arasında yer alıp almadığını inceler (m. 379). Daha sonra esas hakkında inceleme yapılır.

Mahkemece yargılamanın iadesi sebebinin mevcut bulunduğu kabul edilirse, *yeniden yargılama* yapılarak ortaya çıkacak duruma göre önceden verilmiş olan karar onanır veya kısmen yahut tamamen değiştirilir.

V. ŞÜPHE FESHİNDEN SONRA YENİDEN YARGILANMA

Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde düzenlenen bir temel hak ihlalinin, yargılama sırasında gerçekleşmesi ve kanun yolu aşamasından da geçerek hükmün kesinleşmesi üzerine, hakkı ihlâl edilen bireyler, otuz gün içerisinde bireysel başvuru yolu ile Anayasa Mahkemesine müracaat edebilir. Başvuru üzerine Anayasa Mahkemesi, bir temel hakkın ihlâl edildiği kanaatine varacak olursa, çeşitli kararlar (uygun bir tazminat, genel mahkemede dava açılması yolunun gösterilmesi gibi) verebilir.

6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun m. 50 ile, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru üzerine, temel hak ve özgürlüklerin ihlal edildiğinin tespiti halinde, ihlalin sonuçlarını ortadan kaldırmak için "*yeniden yargılanma yapmak üzere dosyayı ilgili mahkemeye gönderme*" yetkisi verilmiştir. Her ne kadar öğretide kanaatimizce isabetli olarak, 6216 sayılı Kanun ile düzenlenen "yeniden yargılamanın" aslında bir özel yargılamanın iadesi sebebi olduğu, hüküm bulunmayan hâllerde ilgili usûl kanunlarının niteliğine uygun düştüğü ölçüde bireysel başvuruda da uygulama alanı bulacağına ilişkin 6216 sayılı Kanun m. 49/7'de yer alan genel atfın bu yönde bir değerlendirme yapılmasını gerektirdiği ve hakkında hiçbir (incelenmesi, şekli, sonuçları) kanuni düzenleme bulunmayan yeniden yargılama kavramına yargılamanın iadesi dışında bir anlam yüklenmesinin hukuki güvenliği zedeleyeceği belirtilse[88] de, Anayasa Mahkemesi, yeniden yargılamanın usûl hukukundaki yargılamanın iadesinden farklı olduğu kanaatindedir[89]. Bu kapsamda, tarafımızca şüphe feshi açısından da önem arz etmesi ve çeşitli Anayasa Mahkemesi kararlarına konu olması sebebiyle, yargılamanın iadesi sebepleri yanında ayrıca incelenmesinin uygun olduğu değerlendirilmiştir.[90]

Anayasa Mahkemesi kararlarına göre, "yeniden yargılanma", şu yönleri ile yargılamanın iadesinden farklıdır:[91]

1- Yeniden yargılanma sebebinin varlığı konusunda ilk derece mahkemesinin takdir hakkı ortadan kalkmıştır.[92]

2- Yeniden yargılanmaya karar verilmesi üzerine, lehine ihlal kararı verilenin veya ilgili başka kişi veya kurumların talepte bulunmasına gerek yoktur.[93]

---

88 Ermenek, İbrahim, "Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Üzerine Verdiği Kararların Medenî Yargılama Hukukuna Yansımaları ve Bu Alanda Ortaya Çıkan Bazı Özel Durumlar", MİHDER, Cilt 9, Sayı. 26, 2013/3, s. 18-19. Yeniden yargılamayı özel bir yargılamanın iadesi kabul eden başka bir görüş için bkz. Korkmaz, Ramazan, *Medenî Usûl Hukuku Açısından Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru*, İstanbul 2014, s. 199.

89 AYM, Aligül Alkaya ve Diğerleri Başvurusu, Başvuru No: 2016/12506, T. 07.11.2019, RG: 06.12.2019, S. 30970. Anayasa Mahkemesi'nin pek çok kararında da bu hususa işaret ettiği görülmektedir. Örneğin, AYM, Mehmet Doğan Başvurusu, Başvuru No: 2014/8875, T. 07.06.2018, RG: 01.08.2018, S. 30496. Anayasa Mahkemesi kararları yönünde bir görüş için bkz. Gümüşay, Ramazan, "Bireysel Başvuruda İhlalin Ortadan Kaldırılmasının Bir Aracı Olarak "Yeniden Yargılama" Kararı ve İcrası", EBYÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 22, S. 1-2, Y. 2018, s. 99.

90 Yeniden yargılamanın hukuki niteliğine ilişkin Anayasa Mahkemesi'nin görüşüne katılmamaktayız. Ancak bu çalışma kapsamı dışında kaldığı için ayrıca tartışılmamış, mevcut uygulamanın şüphe feshi açısından sonuçlarına işaret edilmiştir.

91 Aligül Alkaya ve Diğerleri Başvurusu, para. 57-60.

92 Kanaatimizce bu bir farklılık değil, iade sebebinin niteliğinden kaynaklanmaktadır. Zira benzer durum, temel hak ve özgürlüklerinin ihlal edildiğine ilişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararı açısından da geçerlidir ve bunun bir yargılamanın iadesi sebebi olduğu konusunda tereddüt bulunmamaktadır.

Buna göre, Anayasa Mahkemesi doğrudan dosyayı ilgili mahkemeye göndermekte ve ilgili mahkemenin ihlal kararı uyarınca yargılamanın yeniden başladığına dair karar almasını beklemektedir.

Bu çerçevede, şüphe feshine dayalı yargılamalar açısından da bireysel başvuru üzerine temel hak ihlaline karar verilmesi halinde, zikredilen uygulama kapsamında inceleme yapılması gerekecektir.

Şüphe feshine dayalı yargılamalar açısından temel hak ve özgürlüklerin ihlal edildiği gerekçesiyle bireysel başvuruya konu olabilecek hallerin, tek tek sıralanması veya kavramsal olarak tasnifi mümkün görünmemektedir. Buna ilişkin yargılamada gerçekleştirilen sair herhangi bir temel hak ihlali gerekçesiyle (dilekçelerin tebliğ edilmemesi, kararın gerekçeli olmaması, istinaf başvurusunun reddi kararında, istinaf sebeplerinin bir kısmının incelenmemesi gibi) yeniden yargılanma kararı verilmesi mümkündür. Bu çalışmada, Anayasa Mahkemesi kararına[94] konu olan FETÖ/PDY şüphesiyle iş sözleşmesi feshedilenler açısından yeniden yargılanma hususu değerlendirilmiştir.

İlk olarak, kişinin bir terör örgütüne üye olduğunun tespit edilmesi halinde iş sözleşmesinin haklı nedenle feshedilebileceği hususu tartışmadan uzaktır. Bu takdirde, çalışmamızın konusu olan "şüphe feshi" dahi gündeme gelmez.

İkincisi, terör örgütü üyesi olduğu şüphesiyle iş sözleşmesi feshedilen işçinin, daha sonra ceza mahkemesi kararıyla beraat etmiş olması, yukarıda incelendiği üzere, feshin geçerliliğini etkilemez. Bu husus, suçsuzluk karinesinin de ihlali anlamında gelmez.[95] Suçsuzluk karinesinin özel hukuk kişileri arasındaki ilişkilere uygulanamayacak olması,[96] feshin bir cezai yaptırım olarak nitelendirilememesi[97] hususları yanında, burada fesih sebebi, kişinin suçlu veya masum olması değil, buna ilişkin şüphe nedeniyle "güvenin sarsılması"'dır. Nitekim Avrupa

---

[93] Bu şekilde bir kabulün usûl ekonomisi açısından isabetli olduğu ve tasarruf ilkesi açısından da sorunlu olmadığı yönünde bkz. Pekcanıtez, Hakan, "Bireysel Başvuru Sonunda Verilen Kararların Medenî Yargıya Etkisi", Anayasa Yargısı, S. 35, 2018, s. 84. Kanaatimizce bu tür bir değerlendirme, pek çok açıdan medenî usûl hukuku ilkeleri ile bağdaşmaz. Birincisi, medenî yargıya hâkim olan temel ilke, tasarruf ilkesidir. Başka bir anlatımla, tarafların talebi olmaksızın mahkeme re'sen bir uyuşmazlığa el atamaz. İkincisi, bireysel başvuru, Anayasa Mahkemesi'nin de çeşitli kararlarında belirttiği gibi bir "süper temyiz" veya olağan kanun yolu değildir. Dolayısıyla, medenî yargı açısından kesinleşmiş (derdestlik sona ermiş) kararlara karşı yapılan olağanüstü bir başvuru yoludur. Hal böyle iken, önceki kesin hükmün bertaraf edilmesi ve yeniden yargılama yapılması için derdest bir davaya ve dolayısıyla talebe ihtiyaç vardır. Bu sorun, özellikle ihlalin giderilmesi için dosyanın Anayasa Mahkemesi'nce temyiz makamına gönderilmesi halinde daha açık bir şekilde ortaya çıkmaktadır.

[94] Emin Arda Büyük Başvurusu, (Başvuru No: 2017/28079) ve Berrin Baran Eker Başvurusu, (Başvuru No: 2018/23568).

[95] Monjau, 1960, s.1069. Bu konuda ayrıntılı görüş ve tartışmalar için bkz. Erdoğan, 2019, s. 76-82

[96] Schulz, 2016, s. 366.

[97] Belling, 1994a, s. 25; Belling, 1994, s. 211.

İnsan Hakları Mahkemesi de bir kimsenin ceza yargılaması neticesinde mahkumiyet kararı almamış olmasına rağmen, ilgili fiil veya duruma ilişkin şüphenin varlığına dayalı olarak müteakip yargılamada hüküm kurulabileceğini kabul etmektedir.[98] Netice itibariyle, kişinin ceza yargılaması neticesinde mahkûm edilmemesi veya hiç ceza yargılaması yapılmamasına dayalı olarak hukuk yargısında suçsuzluk karinesinin ihlal edildiği gerekçesiyle bireysel başvuru yoluna başvurulabilmesi ve ihlal kararı verilebilmesinin mümkün olmaması icap eder.

Yukarıda belirtildiği üzere, kişinin terör örgütü üyesi olduğu şüphesine dayalı olarak iş sözleşmesinin feshinin gerçekleştirilebilmesi, yukarıda zikredilen feshin geçerlilik koşullarının bulunmasına bağlıdır. Bu kapsamda özellikle şüpheye dayanak olan vakıaların ortaya konulması ve buna ilişkin araştırmanın işveren tarafından gerçekleştirilmesi önem taşır. Anayasa Mahkemesine konu her iki olayda da,[99] işveren tarafından iş sözleşmesi, yalnızca 667 sayılı KHK m. 4 zikredilmek suretiyle feshedilmiştir. Yalnızca 667 sayılı KHK m. 4'e rağmen, bir özel hukuk işlemi olan iş sözleşmelerinin geçerli veya haklı nedenle feshedilmesi açısından 4857 sayılı İş Kanunu hükümlerinin uygulama alanı bulacağı ve değerlendirmenin bu şekilde gerçekleştirileceği hususu, şüpheden uzaktır. Nitekim hem Yargıtay Hukuk Genel Kurulu hem de ilgili Yargıtay daireleri, FETÖ/PDY şüphesiyle gerçekleştirilen fesihler açısından değerlendirmelerinin İş Kanunu hükümleri ve şüphe feshi açısından yapmıştır.[100] Bu kapsamda, mahkemece şüphe feshinin geçerlilik koşullarına ilişkin herhangi bir inceleme yapılmaksızın davanın reddedilmesi halinde, Anayasa Mahkemesi kararlarında da isabetle belirtildiği üzere kişinin mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğinin kabulü gerekir.

Netice itibariyle çalışma konumuz açısından, şüphe feshine ilişkin yargılamada, şüphe feshinin geçerlilik koşullarının *hiçbiri* incelenmeden karar verilmesi ve bu hususun bireysel başvuru üzerine Anayasa Mahkemesi'nce tespit edilmesi halinde, yeniden yargılamanın gündeme geleceğinin belirtilmesi icap eder. Bu noktada dikkat edilmesi gereken husus, feshin geçerlilik koşulları tartışılmış ve deliller değerlendirilmiş olmasına rağmen, hukuk yargısınca varılan kararın hatalı olduğunun düşünülmesi tek başına bireysel başvuru konusu olamayacağı gibi Anayasa Mahkemesi'nce de bu yönde ihlal kararı verilmemesi gerekir. Nitekim Anayasa Mahkemesi şüphe feshinin söz konusu olduğu bir

---

98 AİHM, 25.8.1987, 9912/82, Lutz v. Almanya, para. 62-63; AİHM, 25.8.1987, 10282/83, Englert v. Almanya, para. 39-40.

99 Emin Arda Büyük Başvurusu, (Başvuru No: 2017/28079) ve Berrin Baran Eker Başvurusu, (Başvuru No: 2018/23568).

100 HGK, 04.04.2019, E. 2015/3294, K. 2019/400; 22. HD, 03.10.2018, 10430/20956; 9. HD, 28.03.2018, E. 2017/24765, K. 2018/6824.

başka yargılamada temel hak ihlali bulunmadığını belirterek başvuruyu reddetmiştir.[101]

Yukarıda yer verilen "yeniden yargılamaya" ilişkin Anayasa Mahkemesi uygulaması dikkate alındığında, söz konusu karar üzerine, tarafların talebi olmaksızın iş mahkemesince şüphe feshinin geçerliliğine ilişkin işe iade yargılamasının yeniden yapılması gerekir. Bu durumda, tarafların yeniden delil ileri sürebilmesine imkân tanıyarak yargılamaya başlanması uygun olur.

SONUÇ

İşçinin iş sözleşmesi ile yüklenmiş olduğu yükümlülüğünü ağır şekilde ihlal ettiği ya da suç teşkil eden bir eylemde bulunduğuna ilişkin duyulan şüphe nedeniyle, taraflar arasındaki iş ilişkisinin devamı için gerekli olan güven sarsılması neticesinde başvurulan şüphe feshi, Türk hukuku açısından yeni bir kavramdır.

Kanaatimizce şüphe feshi işçinin yetersizliğinden kaynaklanan bir fesihtir. Bunun sonucu olarak da yapılan feshin geçerli olabilmesi için birtakım koşulların sağlanması gerekmektedir. Öncelikle İşK. m. 19 uyarınca, fesih bildirimi yazılı yapılmalı, fesih sebebi açık ve kesin bir şekilde belirtilmelidir. Bunun dışında feshe gerekçe teşkil eden bir vakıaya ve bu vakıa neticesinde işverende meydana çıkan iş ilişkisini sarsabilecek nitelikte ciddi bir şüpheye ihtiyaç vardır. Ayrıca işveren şüphe feshine başvurabilmesi için belirtilen şüpheli vakıa hakkında araştırma yapmalıdır. İşveren bu araştırma kapsamında, elinden gelen tüm çabayı göstermeli ve en önemlisi işçinin savunmasını almalıdır.

Şüphe feshinin geçerli olup olmadığının değerlendirilmesi aşamasında, fesih beyanının karşı tarafa vardığı anda mevcut olan tüm vakıalar göz önünde bulundurulmalıdır. Bunun sonucu olarak sonradan öğrenilen ya da ortaya çıkan vakıalar, feshin geçerliliğini etkilemez. Ancak bu noktada, şüphe feshine ilişkin hükmün kesinleşmesinin ardından yargılamanın iadesinin mümkün olup olmadığı sorusu akıllara gelmektedir.

Yargılamanın iadesinin söz konusu olabilmesi için HMK m. 375-376'da sayılan sebeplerden birinin varlığı aranır. Şüphe feshine ilişkin olarak özellikle HMK m. 375/1-ç veya m. 375/1-e'deki düzenlemelerin incelenmesi gerektiği kanaatindeyiz. HMK m. 375/1-ç kapsamında yargılamanın iadesinin istenebilmesi için hüküm verilmesi aşamasında mevcut ancak hükmün kesinleşmesinden sonra elde edilen yeni bir belge olmalıdır. Ayrıca belgenin elde edilemeyişi kişinin kendi kusurundan kaynaklanmamalıdır. Son olarak elde edilen belge hükmü etkileyebilecek nitelikte olmalıdır. Şüphe feshine sonrasında yapılan yargılamaya ilişkin belirtilen hususların varlığı halinde yargılamanın

[101] AYM, C. A. Başvurusu, Başvuru No: 2018/10286, T. 02.07.2020, RG: 14.08.2020, S. 31213.

iadesine başvurulabilir. Bu noktada, asıl vakıanın işçi tarafından gerçekleştirilmediğine yönelik bir ceza mahkemesi kararının, yargılamanın iadesi sebebi olmadığı kabul edilmelidir. Zira burada fesih sebebi söz konusunun vakıanın gerçekleştirilmesi veya buna yönelik şüphe değil, güvenin sarsılmasıdır. Ancak, güvenin sarsılması vakıasına ilişkin olarak sonradan elde edilen bir belgenin mevcudiyeti, diğer şartların da gerçekleşmesiyle, yargılamanın iadesine vücut verebilir.

Yargılamanın iadesine imkân sunan bir diğer durum, hükme esas alınan tanığın yalan yere tanıklık yaptığının ortaya çıkmasıdır (HMK m. 375/1-e). Tanığın yalan yere tanıklık yaptığının ceza mahkemesi tarafından ortaya konması ve bunun da kesinleşmiş olması aranır. Bu noktada da yine tanık beyanı güvenin sarsılması vakıasının dayanağı olarak hükme esas alınmış ise ancak yargılamanın iadesi istenebilir.

Yukarıda bahsedilen hükümler uyarınca şüphe feshi sonrasında yargılamanın iadesi istenebilecekse bu hak, HMK m. 377/1-c ve m. 377/1-ç uyarınca hükme etki edecek olan yeni belgeyi elde ettiği veya mahkûmiyet kararının kesinleştiği tarihten itibaren üç ay ve her halde hükmün kesinleşmesinden itibaren on yıl içinde kullanılmalıdır.

İlk derece mahkemesince şüphe feshinin geçerlilik koşullarına ilişkin herhangi bir inceleme yapılmaksızın işe iade talebinin reddi, işçinin mahkemeye erişim hakkının ihlali teşkil eder. Bu durumu bireysel başvuru üzerine tespit eden Anayasa Mahkemesi'nin yeniden yargılamaya karar vermesi gerekir.

KAYNAKÇA

Ahrendt, Martina, Der Kündigungsschutz bei Arbeitsverhaeltnissen in Frankreich, Baden-Baden 1995.

Appel, Clemens/Gerken, Doris, "pro und contra Verdachtskündigung", ArbuR 1995, Heft 6, s. 201-206.

Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder/Taşpınar-Ayvaz, Sema/Hanağası, Emel, *Medenî Usûl Hukuku*, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2019.

Arslan, Ramazan, Medeni Usul Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi, Ankara 1977.

Atalı, Murat/Ermenek, İbrahim/Erdoğan, Ersin, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2020.

Başbuğ, Aydın, *Türk İş Hukukunda Disiplin Cezaları*, Türkiye Enerji, Su ve Gaz İşçileri Sendikası -TES-İŞ, Ankara, Ocak 1999.

Baycık, Gaye, "İş Akdini Fesih Sebebinin Değiştirilmesi", AÜHFD, Y.2006, C.55, S.1, s.115-134.

Baycık, Gaye, "Türk Borçlar Kanunu ve İş Kanunu Çerçevesinde Fesih Sebebinin Belirtilmesi ve Değiştirilmesi Sorunu", Legal İHSGHD, C.9, S.35, Y.2012, s.77-103.

Baysal, Ulaş, "Şüphe Feshi Kavramı ve Şüphe Feshine İlişkin Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi", Sicil İş Hukuku Dergisi, S.35, Y.2016, s.83-97.

Baysal, Ulaş, İşçinin Yetersizliğinden Kaynaklanan Geçerli Sebeple İş Sözleşmesinin Feshi, Adalet Yayınevi, Ankara, Kasım 2011.

Belling Detlev W., "Die Verdachtskündigung, Arbeitsrecht in der Bewaehrung", Festschrift für Otto Rudolf Kissel zum 65. Geburtstag, München 1994, s. s.11-50.

Belling, Detlev W., "Anmerkung zum BAG- Urteil vom 29.07.1993-2 AZR 90/93", SAE 1994, Heft 6, s.210-217.

Bernhardt, Marion/Barthel, Thomas, "The ausserordetnliche Tat- und Verdachtskündigung", AuA 2008, Heft 3, s.150-153.

Brand, L., "Umstrittene Fragen zur Verdachtskündigung", RiA 1959, s.278-281.

Bredemeier, Jörg, "Ausserordentliche Verdachtskündigung- aktuelle Übersicht der Rechtsprechung", öAT 2014, s.29-30.

Busch, Mathias, "Die Verdachtskündigung im Arbeitsrecht", MDR 1995, s.217-223.

Canbolat, Talat, "İşe İade Kararının Uygulanmasında Dürüstlük Kuralı", İş Güvencesi ve İşe İade Davaları, Seminer 29 Mayıs 2010, İstanbul 2010, s.81-134.

Caniklioğlu, Nurşen, "İş Sözleşmesinin İşçiden Kaynaklanan Geçerli Sebeplerle Feshi", Prof. Dr. Turhan Esener II. İş Hukuku Uluslararası Kongresi, 1. Baskı, İstanbul 2017, s.67-131.

Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen/Canbolat, Talat, *İş Hukuku Dersleri*, 31. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2018.

Çopuroğlu, Çağlar, "Geçersiz Fesihlerde Tarafların Fesihten Sonra Öğrendikleri veya İşe İade Sürecindeki Kusurlu Davranışlarının Davaya Etkisi", İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar II, İstanbul 2016, s.171-193.

Deinert, Olaf, "Die Verdachtskündigung: Neues zu einem alten Thema?", AuR 2005, Heft 8-9, s.285-297.

Demir, Fevzi, "Geçerli Sebeple Fesih Kavramı ve Uygulama", Legal İHSGHD, S.10, Y.2006, s.469-499.

Demir, Fevzi, *İş Hukuku ve Uygulaması*, 9. Baskı, İzmir 2016.

Doğan Yenisey, Kübra, "Şüphe Feshi", Sicil İş Hukuku Dergisi, S.11, Y.2008, s.65-72.

Dörner, Klemens, "Abschied von der Verdachtskündigung?", NZA 1992, Heft 19, s.865-873.

Dörner, Klemens, "Bestandsaufnahme und Kritik eines überkommenen Rechtsinstituts", AiB 1993, s.147-174.

Dörner, Klemens, "Neues zur Verdachtskündigung", AiB 1995, Heft 10, s.663-669.

Ebeling, Stephan, *Die Kündigung wegen des Verdachts*, Baden-Baden 2006.

Edenfeld, Stefan, "Die ausserordentliche Verdachtskündigung- Strafe für den Arbeitnehmer?", JA 1996, s.379-382.

Erdoğan, Canan, *İş Hukukunda Şüphe Feshi*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.

Ermenek, İbrahim, "Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Üzerine Verdiği Kararların Medenî Yargılama Hukukuna Yansımaları ve Bu Alanda Ortaya Çıkan Bazı Özel Durumlar", MİHDER, Cilt 9, Sayı. 26, 2013/3.

Eylert, Mario, "Die Verdachtskündigung", NZA-RR, 2014, s.393-408.

Eylert, Mario/Friedrichs, Anne, "Die Anhörung des Arbeitnehmers zur Verdachtskündigung", DB 2007, Heft 40, s.2203-2206.

Fischermeier, Ernst, "Zulaessigkeit und Grenzen der Verdachtskündigung", Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht im Deutschen Anwaltverein, Festschrift zum 25 jaehrigen Bestehen, Ed. Bauer, Jubst-Hubertus/Beckmann, Paul Werner/Lunk, Stefan, Boon 2006, s.281;

Gaul, Björn/Schmidt-Lauber, Stefan, "Die ordnunghsgemaesse Anhörung vor Verdachtskündigung, Wirksamkeitsanforderungen von der Einladung bis hin zur Protokollierung", ArbRB 2012, s.275-287.

Gennard, John/Judge, Graham, *Employee Relations*, London 2005.

Günay, Cevdet İlhan, "İşçinin Davranışlarından Kaynaklanan Geçerli Fesih", Sicil İş Hukuku Dergisi, S.14, Y.2009, s.60-76.

Hahn, Marius, Die Verdachtskündigung unter Berücksichtigung einer gesetzlichen Regelung, Hamburg 2004.

Heilmann, Aribert, Verdachtskündigung und Wiedereinstellung nach Rehabilitierung, Heidelberg 1964.

Hoefs, Christian, *Die Verdachtskündigung*, Berlin 2000.

Hozar, Nağme N., "Alman Hukukunda Şüphe Feshi", Sicil İş Hukuku Dergisi, Aralık 2008, s.237-243.

Hromadka, Wolfgang/Maschmann, Frank, *Arbeitsrecht Band 1.*, 6. Auf., Berlin- Heidelberg 2014.

Joachim, Hans G., "Zur Problematik der Verdachtskündigung", AuR 1964, s.33-39.

Kaplan, Kürşat, "Şüphe Feshi ve Türk Hukukundaki Yeri", Legal İHSGHD, S.27, Y.2010, s.979-998.

Keser, Hakan, 4857 sayılı İş Kanunu ve Yargıtay Uygulamasında İş Sözleşmesinin Bildirimli Feshinde Geçerli Sebep, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Mayıs 2016.

Kılıçoğlu, Mustafa/Şenocak, Kemal, *İş Kanunu Şerhi*, 3. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2013.

Klinke, Klaus, "Auf Verdacht hin Kündigung", AuA 2002, Heft 5, s.224-225.

Korkmaz, Ramazan, Medenî Usûl Hukuku Açısından Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru, İstanbul 2014.

Köseoğlu, Ali Cengiz, *İş Sözleşmesinin İşçiden Kaynaklanan Nedenlerle Bildirimli Feshi*, Beta Basım Yayın, İstanbul, Aralık 2011.

Kuru, Baki, *Medeni Usul Hukuku El Kitabı*, C. II, Yetkin Yayınları, Ankara 2020.

Langner, Söre/Witt, Boris, "Aktuelles zur Verdachtskündigung", DStR 2008, s.825-828.

Lembke, Mark, "Die Verdachtskündigung in Rechtsprechung und Praxis", RdA 2013, s.82-92.

Manav, A, Eda, *İş Hukukunda Geçersiz Fesih ve Geçersiz Feshin Hüküm ve Sonuçları*, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara, Haziran 2009.

Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı, Muhittin/Baysal, Ulaş, *İş Hukuku*, 6.Baskı, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara, 2014.

Monjau, Herbert, "Die Verdachtskündigung", DB 1960, s.1067-1070.

Moritz, Klaus, "Grenzen der Verdachtskündigung", NJW 1978, Heft 9, s.402-406.

Müller-Glöge, Rudi/ Preis, Ulrich/ Schmidt, Ingrid, *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 13. Auf., München 2013.

Namlı, Mert, Türk ve Fransız Medeni Usul Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi, İstanbul 2014.

Naujok, Volker, "Das Spannungsverhaeltnis zwischen Verdachtskündigung und Unschuldsvermutung", ArbuR 1998, Heft 10, s.398-402.

Orth, Wolfhard Ulrich, Die Verdachtskündigung im Rechtsvergleich Deutschland, Schweiz, Österreich, und ihre Vereinbarkeit mit Art 6 II EMRK, Wien 2009.

Otto, Alexander, Der Wegfall des Vertrauens in den Arbeitnehmer als wichtiger Grund zur Kündigung des Arbeitsverhaeltnisses, Berlin 1998.

Özekes, Muhammet, Pekcanıtez Usul *Medeni Usul Hukuku*, C. III, İstanbul 2017.

Pekcanıtez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet, *Medenî Usûl Hukuku*, 7. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019.

Pekcanıtez, Hakan, "Bireysel Başvuru Sonunda Verilen Kararların Medenî Yargıya Etkisi", Anayasa Yargısı S. 35, 2018, s. 73-104.

Rehbinder, Manfred, *Berner Kommentar*, Bd. VI/2/2/2, Der Arbeitsvertrag, Art. 331-355 OR, Bern 1992.

Rehbinder, Manfred, *Schweizerischer Arbeitsrecht*, 12. Auf. Bern 1995.

Schlegeit, Tino, *Das BAG und die Verdachtskündigung*, Frankfurt 2008.

Scholz, Uwe R., "Kündigung in der Privatwirtschaft wegen Tätigkeit für das Ministerium für Staatssicherheit / Amt für nationale Sicherheit", BB 1992.

Schulz, Georg-R., "Verflixte Verdachtskündigung!", ArbRAktuell 2016, s.365-368.

Schütte, Reinhard, "Die Verdachtskündigung", NZA Beil 2, 1991, s.17-23.

Seeling, Rolf O./Zwickel, Martin, "Die Rechtsprobleme der Verdachtskündigung aus praktischer Sicht", MDR 2008, s.1020-1025.

Siebert, Jens, "Ausserordentliche Tat- und Verdachtskündigung und Personalratsanhörung", Öat 2016, s.51-54.

Söllner, Alfred/Waltermann, Raimund, *Arbeitsrecht*, 14. Auf., München 2007.

Strobel, Michael, Die Rechtsfigur der Verdahctskündigung unter besonderer Berücksichtigung der Rechtslage nach spaeterer Entkraeftung des Verdachts, Hamburg 1966.

Sümer, Halûk Hâdi, "İş Sözleşmesi Feshedilen İşçinin İşe İade Davası Devam Ederken İşveren Tarafından İşe Davet Edilmesi", Sicil İş Hukuku Dergisi, S.4, Y.2006, Davet Edilme, s.90-94.

Süzek, Sarper, *İş Hukuku*, 16. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2018, s.603; Demir, 2016.

Tolu, Hazal, *İş Sözleşmesinin Haksız Feshi*, 1. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2017.

Umar, Bilge, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2014.

v. Hoyningen-Huene, Gerrick/Linck, Rüdiger/Krause, *Rüdiger Kündigungsschutzgesetz Kommentar*, 15. Auf., München 2013.

Vitali, Marco, "Die Verdachtskündigung im System von Art 337 ff OR", ArbR 2000, s.97-122.

von Steinau-Steinrück, Robert/Glanz, Peter, "Die Verdachtskündigung in der Praxis", NJW-Spezial 2008, s.274-275.

Zborowska, Katarzyna, Die ausserordentliche Verdachtskündigung, Mainz 2014.

FİKİR VE SANAT ESERLERİ KANUNU UYARINCA ESER SAHİPLİĞİ VE HAK SAHİPLİĞİ İLE BUNLARIN TECAVÜZ DAVALARI BAĞLAMINDA DAVACI SIFATINA ETKİLERİ

Authorship and Rightholdership Pursuant to the Law on Intellectual and Artistic Works, and Their Impact on Standing to Sue Within the Context of Infringement Cases

Hasan Kadir YILMAZTEKİN*

Özet: Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu (FSEK) çerçevesinde korunan haklara vakî tecavüzlere karşı özel hukuk bakımından bir dizi dava imkânı getirilmiştir. Bunlar, tecavüzün ref'i (FSEK m. 66-68), tecavüzün men'i (FSEK m. 69) ve tazminat (FSEK m. 70) davalarıdır. Bu davalarda davacı sıfatının belirlenmesi, uygulamada sıklıkla tereddütlere yol açan bir tartışmalı meseledir. Davacı sıfatının belirlenmesi, Kanunda öngörülen eser ve hak sahipliği hükümleriyle doğrudan bağlantılıdır. Bu çalışmada, esas itibariyle yukarıda belirtilen davalarda davacı sıfatı konusu ele alınmaktadır. Bu konu, eser ve hak sahipliğine ilişkin Kanunda öngörülen karmaşık kuralların bütüncül bir yaklaşımla sistemli haline getirilmesi yoluyla açıklanmaktadır. Davacı sıfatının belirlenmesi noktasında, eser veya hak sahipliği değişikliğine yol açan devir, lisans, cebri icra, rehin ve hapis gibi hukukî işlemler, koruma süresinin dolması gibi eser veya hak sahipliğini sonlandıran kurumlar ve mirasçılık konuları da ele alınmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Fikri haklar, eser sahipliği, hak sahipliği, tecavüzün ref'i davası, tecavüzün men'i davası, tazminat davası, davacı sıfatı.

Abstract: There are a series of civil remedies provided against infringement of rights protected within the framework of Law on Intellectual and Artistic Works (LIAW). These are actions for cessation of infringement (LIAW art. 66-68), prevention of infringement (LIAW art. 69) and award of damages (LIAW art. 70). Determination of standing (*locus standi)* in these actions is a controversial subject which leads to ambiguity in court practice. This is closely connected to the articles provided in the LIAW on authorship and right-holdership. This study fundamentally examines the subject of standing in the afore-mentioned actions. This subject is explained by systemizing the articles provided in the LIAW on authorship and right-holdership with a holistic approach. In determination of standing, legal notions like contracts such as assignment or licencing of copyrights or distraint which lead to transfer of authorship or right-holdership, term of protection which ends authorship or right-holdership, and succession are also explored.

Keywords: Copyright, authorship, right-holdership, action for cessation of infringement, action for prevention of infringement, action for award of damages, standing to sue.

* Türkiye Adalet Akademisi Daire Başkanı,
hkytekin@gmail.com, ORCID: 0000-0003-1050-4272
Makale Geliş Tarihi: 03.10.2020, Makale Kabul Tarihi: 05.11.2020

Giriş

5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu (FSEK)[1] kapsamında tanınan malî ve manevi hakların konusu, *fikir ve sanat eserleridir.*[2] FSEK ile eser sahiplerinin eser üzerindeki menfaatleri korunmaktadır. Bu menfaatler, FSEK tarafından malî ve manevî haklar olarak ikiye ayrılarak düzenlenmiştir.

Eser sahibinin manevi hakları[3] şunlardır: i) Umuma arz hakkı (FSEK m. 14), ii) eser sahibi olarak tanıtılma hakkı (FSEK m. 15), iii) eserde değişiklik yapılmasını önleme hakkı (FSEK m. 16) ve iv) eser sahibinin zilyed ve malike karşı hakları (FSEK m. 17) [(a) eserin aslına uluşma hakkı (FSEK m. 17/I), (b) eseri tahrip etmeyi önleme hakkı (FSEK m. 17/II) ve (c) sergileme hakkı (FSEK m. 17/III)].

Eser sahibinin malî hakları[4] ise şunlardan ibarettir: i) İşleme hakkı (FSEK m. 21), ii) çoğaltma hakkı (FSEK m. 22), iii) yayma hakkı (FSEK m. 23), iv) temsil hakkı (FSEK m. 24), v) umuma iletim hakkı (FSEK m. 25) ve vi) sonraki satıştan pay talep etme hakkı (FSEK m. 45).

Eser sahibine tanınan hakların hukukî niteliği, FSEK'te manevi haklar ile mali haklar için kullanılan, "*munhasıran* eser sahibi tayin eder", "*münhasıran* eser sahibine aittir" veya "eser sahibine *münhasıran* tanınan" ifadelerinde açığa çıkmıştır.[5]

Manevi ve malî hakların münhasır olmasının özel hukuk bakımından iki yönü bulunmaktadır. Bu haklar, FSEK'te öngörülen istisnalar haricinde kural olarak,

❖ Eser sahibince ya da onun izin verdiği kişilerce kullanılır (olumlu yönü).

❖ Üçüncü kişilerce gerçekleşen izinsiz kullanımı engelleme yetkisi verir (olumsuz yönü).[6]

---

1 5846 sayılı ve 5/12/1951 tarihli Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu için bkz. RG: 13/12/1951 - 7981 (FSEK).

2 Ateş, Mustafa, *Fikri Hukukta Eser*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007, 9-11.

3 Manevi haklar ile ilgili bkz: Bellican, Cüneyt; *Fikri Hukukta Manevi Haklar ve Manevi Hakların Korunması*, Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2008; Alas Şekerbay, Cennet, *5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda Manevi Hakları Kullanma Yetkisi*, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt: 12, Sayı: 128, Nisan 2017, 75-83.

4 Malî haklar ile ilgili bkz: Şahin, Ayşenur, *Fikri Hukukta Eser Sahibinin Mali Haklarının Korunması*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010; Genç Arıdemir, Arzu, *Türk Hukukunda Eser Sahibinin Yayma ve Çoğaltma Hakları*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2003; Atar, Eray Aksın, *Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Yayma Hakkı*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2017; Ateş, Mustafa, *Eser Sahibinin Eserin Yeniden Satışından Pay Alma Hakkı*, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt: 13, Sayı: 140, Nisan 2018, 67-69.

5 Tekinalp, Ünal, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, § 14 Kn. 4 ve 76.

6 Ateş, Mustafa, *Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2003, 157; Suluk, Cahit/Karasu, Rauf/Nal, Temel, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019, 83-84.

Bundan dolayı eser sahibi, manevi ve malî haklar üzerinde doğrudan hakimiyet sahibidir. Bu haklar, eser sahibi tarafından herkese karşı ileri sürülebilir ve herkes tarafından ihlal edilebilir.[7]

Manevi ve malî haklar, FSEK'in "eser"[8] olarak tanımladığı varlıklar üzerinde ve fakat bu eserin maddi varlığından bağımsız şekilde (gayri maddi olarak) kendini gösterir. Manevi ve mali haklar, birbirine bağlanmadan ve karışmadan yan yana korunurlar.[9]

Eser sahipliği ise, kanundan kaynaklanan malî ve manevi hakların öznesi olmayı; yani eser sahiplerine meydana getirdikleri eserlerden istifade etme ve başkalarının izinsiz yararlanmasını engel olma; kısacası, malî ve manevi haklar üzerinde tasarrufta bulunma yetkisine sahip olmayı ifade eder.

FSEK, eser sahipliği yanında eser ile bağlantılı hak sahiplerine de koruma sağlamaktadır. Bağlantılı hak sahipleri şunlardır: i) icracı sanatçılar (FSEK m. 80/I-1-A), ii) fonogram yapımcıları (FSEK m. 80/I-1-B), iii) yayın (radyo-televizyon) kuruluşları (FSEK m. 80/I-1-C) ve iv) film yapımcıları (FSEK m. 80/I-2).

FSEK'te, bağlantılı hak sahipleri kavramı yanında komşu hak sahipliği kavramı da kullanılmaktadır. Komşu hak sahipleri, film yapımcıları dışında yukarıda belirtilenlerden oluşmaktadır. Böylece, bağlantılı hak sahipleri üst kavramı altında komşu hak sahipleri ile film yapımcıları hak sahibi olarak düzenlenmiştir (bağlantılı hak sahipleri = komşu hak sahipleri + film yapımcıları). Bağlantılı haklar, şunlardan ibarettir:

---

7 Erel, N. Şafak, *Türk Fikir ve Sanat Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, 30-31; Yavuz, Levent/Alıca, Türkay/Merdivan, Fethi, *Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu, Cilt I*, Seçkin Yayınevi, 2. Baskı, Ankara, 2014, 229; Suluk/Karasu/Nal, 2019, 2016, 2019, 83; Demirbaş, Ali, *Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda Eser Sahibinin Mali Haklarına Tecavüz Halinde Hak Sahibine Sağlanan Hukuki Koruma*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, 8.

8 Tekinalp, 2012, § 10 Kn. 2. Karşılaştırınız: Öztan, Fırat, *Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008, 82-98; Erel, 2009, 52-56; ATEŞ, 2007.

9 Tekinalp, 2012, § 14 Kn.1.

BAĞLANTILI HAKLAR	
MANEVİ HAKLAR	**MALÎ HAKLAR**
1. İcraların sahibi olarak tanıtılma hakkı FSEK m. 80/I-1-A-(1)),[10] 2. İcraların itibarlarını zedeleyecek şekilde tahrif edilmesini veya bozulmasını önleme hakkı (FSEK m. 80/I-1-A-(1)).[11]	1. İcra üzerindeki mali haklar şunlardır (FSEK m. 80/I-1-A-(2)-(4)): a. İcranın tespit edilmesine izin verme hakkı,[12] b. İcrayı çoğaltma hakkı,[13] c. İcrayı yayma hakkı,[14] ç. İcrayı temsil hakkı,[15] d. İcrayı umuma iletim hakkı.[16] 2. Fonogram ve film yapımcılarının malî hakları şunlardır (FSEK m. 80/I-1-B-(1)-(3)) - 80/I-2-(1)-(3)): a. Tespiti çoğaltma hakkı, b. Tespiti yayma hakkı, c. Tespiti temsil hakkı, ç. Tespiti umuma iletim hakkı. 3. Yayın kuruluşlarının malî hakları şunlardır (FSEK m. 80/I-1-C-(1)-(5)):[17] a. Yayını tespit hakkı,

[10] Türker, Gökçen, *İcracı Sanatçıların Hakları*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, 87-90.

[11] Türker, 2016, 91-96. *""Adın belirtilmesi" manevi hakkının sadece eser sahipleri ile bazı manevi haklar yönünden FSEK 80/1 - A(1) maddesi uyarınca icracı sanatçılara tanınmış bir hak kategorisi olduğu, bu hakkın yapımcılıktan doğan bağlantılı hak sahiplerine tanınmadığının kabulü"* gerekir. Yargıtay 11. HD. T. 11/06/2019, E. 2018/2701, K. 2019/4269.

[12] Türker, 2016, 100-101.

[13] Türker, 2016, 104-109.

[14] Türker, 2016, 111-119.

[15] Türker, 2016, 121-128.

[16] Türker, 2016, 133-137, 141-146. Çoğaltma, yayma, temsil ve umuma iletim haklarıyla ilgili, eser üzerindeki haklarla ilgili yapılan açıklamalar burada da geçerlidir. Burada ise tespit kavramı üzerinde durulacaktır. Tespit, icranın işaret, ses, görüntü ve işaret nakline yarayan araçlarla tekrarlanabilir bir şekilde kaydıdır. İcracı sanatçı, icrasının tespit edilmesine izin verip vermeme hakkına sahiptir (Kılıçoğlu, Ahmet, *Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2017, 279; Suluk/Karasu/Nal, 2019, 127; Türker, 2016, 101). İcracı sanatçının vereceği izin yazılı olmalıdır (Komşu Haklar Yönetmeliği m. 7). Bu haklar, münhasır niteliktedir (Suluk/Karasu/Nal, 2019, 127).

[17] Yayın kuruluşlarına tanınan yayma hakkına, kiralama ve ödünç verme hakları dahil edilmemiştir.

	b. Yayını çoğaltma hakkı, c. Yayını yayma hakkı, ç. Yayını temsil hakkı, d. Yayını umuma iletim hakkı e. Şifreli yayınları çözme hakkı.

Manevi ve malî haklara tecavüz halinde, FSEK bakımından açılabilecek hukuk davaları şunlardır:

- Manevi haklar bakımından tecavüzün ref'i davası (FSEK m. 66-67)
- Malî haklar bakımından tecavüzün ref'i davası (FSEK m. 66-68)
- Tecavüzün men'i davası (FSEK m. 69)
- Manevi tazminat davası (FSEK m. 70/I)
- Maddi tazminat davası (FSEK m. 70/II)
- Elde edilen karın verilmesi davası (FSEK m. 70/III).

Bu davalar, uygulamada genellikle birlikte açılmaktadır.[18]

Fikrî hukukta tecavüz, manevi veya malî hakkın ihlal edilmesi olarak tanımlanabilir. İhlal ise, hakkın özünde yer alan ve koruduğu alt değerlerin, hak sahibinin izni olmaksızın hukuka aykırı biçimde müdahale edilmesidir.

Manevi ve malî haklar, mutlak haklar kategorisinde yer alırlar. Bu özellikleri itibariyle herkese karşı ileri sürülebilirler; herkes tarafından ihlal edilebilirler. Bu haklara yönelen tecavüz fiilinin varlığı, başlı başına hukuka aykırılık oluşturur. Bu nedenle, başkaca bir hukuk normunun ihlal edilmiş olması gerekmez. Ancak hukuka uygunluk sebeplerinin de somut olayda bulunmaması gerekir.

Bağlantılı hak sahipleri de, eser sahipleri gibi, tecavüzün ref'i, tecavüzün men'i ve tazminat davalarını açabilirler (FSEK m. 80/son). Ancak, bağlantılı hakların koruma kapsamı eser sahibinin hakları ile farklılık gösterir.

FSEK, eser sahipliği ve bağlantılı hak sahipliğiyle alakalı hakların etkin bir şekilde korunması için meslek birliklerinin kurulmasını öngörmüştür. Eser ve bağlantılı hak sahiplerinin temsilcisi konumunda olan bu tüzel kişiler, üyeleriyle yapmış oldukları sözleşme çerçevesinde hareket ederler.

Bu çalışmada, genel itibariyle yukarıda belirtilen davalarda davacı sıfatı konusu ele alınacaktır. Uygulamada sıklıkla tereddütlere yol açan bu konu, eser ve hak sahipliğine ilişkin karmaşık kuralların bütüncül bir yaklaşımla sistemli haline getirilmesi yoluyla aktarılacak ve dört alt konu başlığı altında incelecektir. Çalışmanın birinci alt konu

[18] Yavuz, Levent/Alıca, Türkay/Merdivan, Fethi, *Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu, Cilt II*, Seçkin Yayınevi, 2. Baskı, Ankara, 2014, 1881.

başlığı, genel anlamda davacı sıfatı kavramı ve dava türleridir. Bu başlık altında; taraf, dava ehliyeti, davayı takip yetkisi ve taraf sıfatı kavramları ile tecavüz halinde açılacak hukuk dava türleri açıklanacaktır. İkinci alt konu başlığı, eser sahipliği ve eser üzerinde hak sahibi kavramlarıdır. Bu başlık altında; eser sahibi kavramı, eser sahipliği türleri, eser sahibinin haklarını kullanmaya yetkili olanlar, eser sahipliği karineleri, bağlantılı hak sahipliği ve meslek birliği konuları açıklanacaktır. Bunlar, dava hakkının süjesi olabilecek kişilerdir. Üçüncü alt konu başlığı, haklarla ilgili hukukî işlemler ve miras hükümleri ve koruma süreleridir. Bunlar, eser ile hak sahipliğinin ve böylece davacı sıfatına etki edecek konulardır. Bu başlık altında; sağlar arası işlemler, miras ve ölüme bağlı tasarruflar ve koruma süreleri konuları izah edilecektir. Çalışmanın son alt konu başlığı ise, FSEK'te öngörülen hukuk davalarından davacı sıfatıdır. Bu başlık altında; malî ve manevi haklara ilişkin davalarda davacı sıfatı konuları işlenecektir. Sonuç bölümünde ise değerlendirmeler sunulacaktır. FSEK'te öngörülen haklarla ilgili haksız rekabet hükümleri ile kişilik haklarına dayalı olarak açılabilecek davalardaki davacı sıfatı, çalışmanın kapsamı dışında tutulacaktır.

I. DAVACI SIFATI KAVRAMI ve DAVA TÜRLERİ

A- Genel Olarak

Taraf, mahkemeden hukukî himaye talep eden ve kendisine karşı korunma talep edilen kişidir. Hukukumuzda, şeklî taraf kavramı benimsenmiştir.[19] Buna göre, dava dilekçesinde hukukî himaye talebinde bulunan kişiye davacı denir.[20] Dava dilekçesinde davalı olarak gösterilmekle de davalı olunur.[21]

Mahkemeden hukukî himaye talep etme yetkisi anlamına gelen dava hakkı[22], hukukî yararla sınırlıdır (HMK m. 114/I/h)[23]. Burada sözü edilen hukuki yarardan maksat, davacının subjektif hakkına kavuşabilmesi ve kendisine hukukî korunma sağlanabilmesi için, gerçekten mahkeme kararına muhtaç bir konumda bulunmasıdır. Bu

---

[19] Kuru, Baki, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku*, Legal Yayınevi, İstanbul, 2016, 157. Medenî usul hukukunda, maddî, şeklî ve işlevsel olmak üzere üç taraf kuramı mevcuttur. Maddî taraf kuramına göre, bir davanın aktif ve pasif tarafı, maddî hukuk ilişkisinin süjelerine göre belirlenir. Şeklî taraf kuramı, dava dilekçesinde davacı ve davalı olarak gösterilen kişilerin davanın tarafları olarak nitelendirilmesini düşüncesine dayanır. İşlevsel taraf kuramı göre, tüm hak türlerine yönelik değil de malvarlığına ilişkin davalarda uyuşmazlık konusu mal veya hak üzerinde tasarruf yetkisine sahip olan kişiler davada taraftır. Bu kuramlar için bkz.: Tanrıver, Süha, *Medenî Usûl Hukuku, Cilt I*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018, 474-482.

[20] Kuru, 2016, 155, 157-158.

[21] Kuru, 2016, 157-158.

[22] Kuru, 2016, 155.

[23] Kuru, 2016, 155.

halde, dava açmakta hukuki yararının varlığından söz edilebilir.[24] Hukukî yarar, dava şartıdır (HMK m. 114/I/h). Dava hakkının kullanımının da, dürüstlük kuralına uygun olarak gerçekleştirilmesi gerekir (HMK m. 29/I).

Taraf ehliyeti, davada taraf olabilme, yani hukuk muhakemesi bağlamında usulî ilişkinin süjesi olabilme yeteneğidir.[25] Taraf ehliyeti, medeni hukuktaki hak ehliyetinin medenî usul hukukundaki yansımasıdır (HMK m. 50)[26]. Buna göre, hak ehliyetine sahip olan her gerçek ve tüzel kişi taraf ehliyetine sahiptir.[27] Taraf ehliyeti, dava şartıdır (HMK m. 114/I/d).

Dava ehliyeti, bir tarafın kendinin veya yetkili kılacağı bir temsilcinin aracılığıyla bir davayı takip etme ve usulî işlemler yapma yeteneğidir.[28] Dava ehliyeti, medenî hukuktaki fiil ehliyetinin medeni usul hukukundaki görünümüdür (HMK m. 51). Medeni hakları kullanma (fiil) ehliyetine sahip olan gerçek ve tüzel kişiler, dava ehliyetine de sahiptir.[29] Dava ehliyeti, taraflara ilişkin dava şartlarından biridir (HMK m. 114/I/d).

Davanın geçerli biçimde açılıp incelenebilmesi için davayı açanın dava takip yetkisine de sahip olması gerekir. Dava takip yetkisi, bir kişinin taraf olduğu davayı kendisinin takip edebilmesi veya vekil ile takip ettirebilmesi yetkisidir.[30] Başka bir deyişle dava takip yetkisi, davaya konu hukukî uyuşmazlığın veya ilişkinin esası hakkında, hüküm alabilme yetkisidir.[31] Taraf ve dava yetkisi gibi, dava takip yetkisi de dava şartıdır (HMK m. 114/I/e).

Taraf sıfatı, dava konusu sübjektif hak ile taraflar arasındaki ilişkidir.[32] Uygulamada sıfat yerine "husumet" terimi de kullanılmaktadır.[33] Dava dilekçesinde davacı veya davalı olarak gösterilen kişiler şeklî taraf kuramına göre o davanın tarafı olurlar. Ancak, bu her zaman o kişilerin taraf sıfatına sahip oldukları anlamına gelmez. Bir sübjektif hakkı dava etme yetkisi, kural olarak o hakkın sahibine aittir. Dolasıyla, o hakka ilişkin bir davada davacı sıfatı (aktif husumet) taşımak için o hakkın sahibi olmak gerekir. Bir sübjektif hak kendisinden davalı olarak istenebilecek kişi ise, davalı sıfatına (pasif

---

24 Kuru, 2016, 155-156; Tanrıver, 2018, 470.
25 Kuru, 2016, 158; Tanrıver, 2018, 500.
26 Kuru, 2016, 158; Tanrıver, 2018, 500.
27 Taraf ehliyetinin ne zaman kazanılıp kaybedebildiği hakkında bkz.: Kuru, 2016, 158-169; Tanrıver, 2018, 500-511.
28 Kuru, 2016, 170.
29 Dava ehliyetinin ne zaman kazanılıp kaybedebildiği hakkında bkz.: Kuru, 2016, 170-172; Tanrıver, 2018, 511-523.
30 Kuru, 2016, 172.
31 Tanrıver, 2018, 523.
32 Kuru, 2016, 173.
33 Kuru, 2016, 173.

husumet) sahip olur[34]. Taraf sıfatı, dava şartı değildir.[35] Çünkü bir kimsenin hak sahibi veya borçlu olup olmadığı davanın esasına girildikten sonra tespit edilebilir. Bu halde ise, dava esastan red veya kabul edilir. Sıfat yokluğu bir def'i değil itirazdır. Dolayısıyla, hâkim diğer itirazlar gibi taraf sıfatını da dava dosyasından anlayabildiği sürece kendiliğinden dikkate alır.[36]

B- Dava Türleri

Tecavüzün ref'i davası, FSEK'te düzenlenen maddi hukuk kökenli bir eda davasıdır (FSEK m. 66-68).[37] Tecavüzün ref'i davası hem manevi haklara (FSEK m. 66-67) hem mali haklara (FSEK m. 66, 68) hem de bağlantılı haklara (FSEK m. 80/son) vaki tecavüzler için açılabilir. Her üç hak türü için dava açılabilmesi, davanın hukukî niteliğinde bir değişikliğe yol açmaz; sadece ihlal konusu hakka göre ileri sürülebilecek talepler farklılık gösterir.[38]

Tecavüzün ref'i davasının açılabilmesi için bir malî, manevî veya bağlantılı hakka karşı yapılan bir tecavüz olması ve bu tecavüzün veya hukukî sonuçlarının devam ediyor olması gerekir (FSEK m. 66/I)[39]. Tecavüzün giderilmesi davası ile malî, manevî veya bağlantılı haklara karşı devam eden tecavüzün ortadan kaldırılması, yani tecavüz ile ortaya çıkan hukuka aykırılığın sonucunun giderilmesi amaçlanmaktadır.[40] Mesela, bir romanın eser sahibinden izin alınmaksızın çoğaltılıp piyasada satılması, bir televizyon dizisinin birkaç bölümünün yayımlanması ve yeni bölümlerin gösterimine devam edilmesi, bir tablonun sergileniyor olması hallerinde tecavüz devam ediyor sayılmaktadır.

Uygulamada, davanın açıldığı tarihte fiil sona ermiş olsa dahi, sonuçları devam ettiğinde, FSEK m. 68'de öngörülen varsayıma dayalı bedel talebinin ileri sürülebileceği kabul edilmektedir. Mesela, radyo programında bir şiirin okunması veya bir şarkının[41] çalınması suretiyle dolaylı temsil ve kamuya iletimi; bir filmin televizyonda yayımlanması suretiyle kamuya iletimi,[42] bir tiyatro piyesinin sahnelenme suretiyle temsili hallerinde tecavüz fiili sona ermekle hukukî sonuçları ortadan kaldırılmış değildir.

Tecavüzün men'i davası, tecavüzün ref'i davası gibi, FSEK'te düzenlenen maddi hukuk kökenli bir eda davasıdır (FSEK m. 69/I).

---

34 Kuru, 2016, 173.
35 Kuru, 2016, 174.
36 Kuru, 2016, 174.
37 Yavuz/Alıca/Merdivan, Cilt II, 1969; Demirbaş, 2015, 73.
38 Demirbaş, 2015, 73-74.
39 Tekinalp, 2012, § 20 Kn. 27; Kılıçoğlu, 2017, 397.
40 Yavuz/Alıca/Merdivan, Cilt II, 1970.
41 Yargıtay 11. HD. T. 24.10.2011, E. 2010/2645, K. 2011/14318.
42 Yargıtay 11. HD. T. 03.04.2012, E. 2010/5647, K. 2012/5223.

Tecavüzün men'i davasıyla, manevi ve mali haklar ile bağlantılı haklarına karşı tecavüz tehlikesine maruz kalan hak sahibi, muhtemel tecavüzün önlenmesini sağlar. Bu bağlamda saldırının devam etme ya da tekrarlanma ihtimali bulunan hallerde de hak sahibine muhtemel ve müstakbel saldırının önlenmesini dava etme imkânı tanınmıştır (FSEK m. 69/I).[43]

Tecavüzün men'i davasını açmak, iki halde mümkündür. Birinci halde, tecavüz henüz gerçekleşmemiştir, ancak gerçekleşme tehlikesi bulunmaktadır (FSEK m. 69/I/c.1).[44] Mesela, hikayesinin izinsiz olarak radyoda seslendirileceğini öğrenen yazar, hikayesi henüz kamuya iletilmeden önce tecavüzün men'i davası açarak eserinin umuma iletimine engel olabilir.

İkinci halde ise, başlamış ve bitmiş bir tecavüzün devam etme veya tekrarlanma ihtimali vardır (FSEK m. 69/I/c.2).[45] Aynı örnekten devam edilirse, daha önce izinsiz biçimde yayımlanmış olan hikaye, bir kez daha yayımlanmak üzeredir. Uygulamada da daha önceden gerçekleşen ihlalin noter veya delil tespiti yoluyla ispat edilmesi durumunda saldırının devam ya da tekrarı tehlikesi kabul görmektedir.[46]

Manevi tazminat davası, manevi haklara vaki tecavüz sebebiyle uğranılan manevi zarara karşılık açılan bir eda davasıdır (FSEK m. 70/I).[47] Manevi tazminat davası, maddi hukuk bakımından TBK'daki haksız fiile benzer bir dava türüdür. Bu sebeple, mahiyetine uygun düştüğü müddetçe manevi tazminat davasına TBK m. 49 vd. maddeleri uygulanır.

Manevi hakların ihlal edilmesiyle kimi hallerde, manevi zarar yanında maddi zarar da meydana gelebilir. Mesela, bir film sinemada gösterime girmeden televizyonda yayımlanmış ve bunun sonucunda sinema salonlarında filme olan ilgi azalmış ve sinema eseri sahibi ile bağlantılı hak sahibi gelir kaybına uğramış veya sinema gösterimi için yaptıkları sözleşmelerin feshedilmesi sebebiyle maddi bir kayba uğramış

---

43 Demirbaş, 2015, 141.

44 Tekinalp, 2012, § 20 Kn. 77; Demirbaş, 2015, 152-153.

45 Tekinalp, 2012, § 20 Kn. 77; Demirbaş, 2015, 153.

46 Yargıtay 11. HD, T. 02.10.2007, E. 2006/3964, K. 2007/12265.

47 Tazminat davaları hakkında bilgi için bkz.: Yasaman, Hamdi, *Fikri Haklarda Tazminat İle İlgili Bazı Sorunlar*, Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı, Cilt I, Beta Yayım, İstanbul, 2002, 805-819; Oğuz Arzu/Özden-Merhacı Selin, *Fikri ve Sınâi Hakların İhlal Edilmesinden Doğan Tazminat Talepleri*, Prof. Dr. Erdal Onar'a Armağan, C. II, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 2013, 951-974; İnceoğlu M. Murat/Tosun Yalçın, *Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Uyarınca Manevi Tazminat Talepleri ve Bunların Türk Borçlar Kanunu İle İlişkisi*, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. XXVIII, S. 3, Eylül 2012, 75–113; Kılıçoğlu Ahmet M., *5846'daki Hatalı Bir Değişiklik Açısından Manevî Hakların İhlalinden Doğan Zararın Tazmini*, FMR, Y. 1, C. I, S. 2001/3, 23–28; Küçükali Canan, *Fikri Hakların İhlalinden Kaynaklanan Tazminat Davası,* Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017; Sarıkaya, Murat, *Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda Düzenlenen Tazminat Talepleri Üzerine İnceleme,* Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2019, 1(2), 59-90.

olabilir[48]. Bu gibi hallerde manevi hakların ihlali sonucu ortaya çıkan maddi zararların TBK m. 49'deki haksız fiil hükümleri çerçevesinde talep edilmesi mümkündür.[49]

Mali hakları ihlal edilen hak sahibi, tecavüz edenin kusurlu olması halinde, TBK'nın haksız fiillere ilişkin genel hükümleri çerçevesinde tazminat talep edebilir (FSEK m. 70/II).

FSEK m. 70/II hükmünün haksız fiillere yaptığı atıf dolayısıyla, malî hakların ihlâli dolayısıyla açılacak tazminat davalarına TBK'nın haksız fiillere ilişkin hükümleri kıyasen uygulanacaktır. TBK'nın haksız fiilin şartları (TBK m. 49), zarar ve tazminat miktarının tayini (TBK m. 50, 51), tazminatın indirilmesi (TBK m. 52), müteselsil sorumluluk (TBK m. 61, 62) ve zamanaşımı (TBK m. 72) hakkındaki hükümleri fikir ve sanat eserleri üzerindeki malî haklara ilişkin ihlâl dolayısıyla açılacak tazminat davalarında uygulanacaktır.[50]

Mali ve manevi hakları ihlal edilen hak sahibi, şartların oluşması halinde tazminat davası açabilir (FSEK m. 70/I-II). Ancak, hak sahibinin malvarlığında bir eksilme olmadığı halde tecavüz eden, tecavüz fiili neticesinde kâr elde etmiş olabilir. Kârın iadesi davası, bu şekilde elde edilen kazancın, hak sahibine iadesine yönelik bir eda davasıdır (FSEK m. 70/III).[51]

FSEK m. 70/III'de öngörülen kârın iadesi davasının hukukî dayanağını TBK m. 530'da düzenlenen "gerçek olmayan vekaletsiz iş görme" hükümleri oluşturmaktadır.[52]

Sözü edilen hukuk davalarında davacı sıfatı, FSEK'te tanınan manevi ve mali haklar ile bağlantılı haklar üzerindeki tasarruf yetkilerinin kapsamına göre belirlenir. Bir sonraki bölümlerde, eser sahipliği ve hak sahipliği kavramları ile hak sahipliğinin değişimine yol açan hukukî işlemler ve olaylar açıklanacaktır.

II- ESER SAHİBİ ve ESER ÜZERİNDE HAK SAHİBİ KAVRAMLARI

A- Eser Sahibi Kavramı

FSEK m. 1/B-b'ye göre; eser sahibi, *"eseri meydana getiren kişi"* olarak tanımlanmıştır. FSEK m. 8/I'de ise; *"Bir eserin sahibi, onu meydana getirendir."* hükmü bulunmaktadır. Bu hükümlere göre, eseri yaratan kişi, FSEK gereğince eser sahibi olarak nitelendirilmektedir.

---

48 Yavuz/Alıca/Merdivan, Cilt II, 2202.
49 Yavuz/Alıca/Merdivan, Cilt II, 2203.
50 Yavuz/Alıca/Merdivan, Cilt II, 2213.
51 Demirbaş, 2015, 194.
52 Tekinalp, 2012, § 20 Kn. 99; Yavuz/Alıca/Merdivan, Cilt II, 2215; Demirbaş, 2015, 194.

Eser sahipliği, FSEK anlamında eser sayılan bir fikir ve sanat ürününün meydana getirilmesiyle kendiliğinden doğar.[53] Eserin meydana getirilmesi, maddi bir fiildir.[54] Bir yazarın bir romanı yazması, bir heykeltıraşın bir heykeli vücuda getirmesi, bir bestecinin bir şarkının notalarını kâğıda dökerek beste yapması eserin meydana getirilmesine örnek teşkil eder.

Eseri meydana getiren, ona hususiyetini veren kişidir (meydana getirme veya yaratma ilkesi)[55]. Eserin sahibinin hususiyetini içermesi, bir eserin ancak gerçek kişilerce meydana getirilmesini zorunlu kılar.[56] FSEK m. 1/B/1-b'de yer alan "gerçek" ibaresi, 3/3/2004 tarihli ve 5101 sayılı Kanunun m. 28 ile madde metninden çıkarılmıştır. Bu ibarenin çıkarılması ve FSEK m. 27/IV hükmündeki tüzel kişiler için öngörülen koruması süresi sebebiyle, tüzel kişilerin eser sahibi olabilecekleri akla gelebilecektir. Ancak, Yargıtay değişiklikten sonra, tüzel kişilerin eser sahibi olamayacağını belirtmiştir.[57] Zira tüzel kişiler, organları vasıtasıyla hukuki tasarruflarda bulunabilirler. Tüzel kişilerin FSEK'in öngördüğü anlamda bir eser meydana getirebilmeleri mümkün değildir. Dolayısıyla tüzel kişiler, eser sahibi olamazlar,[58] ancak, belirli şartlar altında eser üzerindeki bazı mali hakları kullanma yetkisine sahip olabilirler.[59] Bu husus, FSEK m. 18/II'de düzenlenmekte olup mali hakların eseri yaratan kişiye ait olacağına dair halin bir istisnasıdır.

Eser sahipliği maddi bir fiille kazanıldığı için, bir fikri ürün meydana getiren gerçek kişinin tasarruf ehliyetinin bulunup bulunmadığı da önem taşımamaktadır. Dolayısıyla küçükler, kısıtlılar veya ayırt etme gücü bulunmayanlar da eser sahibi olabilmektedirler.[60] Ancak, eser üzerinde hukukî işlemler tesis edilirken bu kişilerin kanunî temsilcilerinin iznine ihtiyaç bulunmaktadır.[61]

---

53 Öztan, 2008, 236; Erel, 2009, 86. Bu doğrultuda, "Belli Belli" isimli şiir hakkında açılan eser sahipliği davası hakkında verilen karar için bkz.: Yargıtay 11. HD. T. 18.06.2007, E. 2007/5265, K. 2007/9282.

54 Tekinalp, 2012, § 1 Kn. 32; Öztan, 2008, 235; Yargıtay 11. HD. T. 18.06.2007, E. 2007/5265, K. 2007/9282.

55 Kılıçoğlu, 2017, 186; Suluk/Karasu/Nal, 2019, 79.

56 Öztan, 2008, 82-83; Erel, 2009, 87-88; Tekinalp, 2012, § 12 Kn. 2; Yavuz/Alıca/Merdivan, Cilt I, 195; Suluk/Karasu/Nal, 2019, 79; Kılıçoğlu, 2017, 186; Erdil, Engin, *Fikri Mülkiyet Hukuku Ders Kitabı*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016, 27.

57 Yargıtay 11. HD. T. 25.02.2008, E. 2007/227, K. 2008/2175.

58 Yargıtay 11. HD. T. 25.02.2008, E. 2007/227, K. 2008/2175.

59 Çalışanlarının meydana getirdiği bir web sitesi üzerinde işveren şirketin sadece FSEK'te belirtilen mali hakların sahibi olduğu ve manevi hakların kullanma yetkisinin bulunduğu yönünde karar için bkz.: Yargıtay 11. HD. T. 07.05.2009, E. 2007/10504, K. 2009/5482.

60 Ateş, 2007, 12.

61 Öztan, 2008, 287; Yavuz/Alıca/Merdivan, Cilt I, 194.

Eser sahipliğinin kazanılması için, ayrıca bir irade açıklamasına gerek bulunmadığı gibi, başka bir hukuki işleme, tescile veya resmi ya da gayri resmi herhangi bir formaliteye de gerek yoktur.[62]

Bununla birlikte, FSEK m. 13/III'de; filmlerin ilk tespitini gerçekleştiren film yapımcılarının sinema eserlerini içeren yapımlarını ve seslerin ilk tespitini gerçekleştiren fonogram yapımcılarının müzik eserlerini içeren yapımlarını kayıt ve tescil ettirmeleri gerektiği düzenlenmektedir. Bilgisayar oyunları da hak sahiplerince kayıt ve tescil ettirilebilir. Bunlar, sinema eserlerini içeren yapımlar gibi belli bir mizansen veya senaryo çerçevesinde hareketli ve sesli görüntüleri içerdikleri müddetçe tescile tabidir.

FSEK m. 13/III'de belirtilen yapımların tescili, hak ihdas etmek amacı taşımamaktadır.[63] Film ve fonogram yapımcılarının sahip oldukları hakların ihlal edilmemesi, hak sahipliklerinin belirlenmesinde ispat kolaylığı sağlanması ve mali haklara ilişkin yararlanma yetkilerinin takip edilmesi amaçlarıyla böyle bir tescil yükümlülüğü getirilmiştir.[64] Dolayısıyla tescil, bu amaçların temini için getirilen idarî bir işlemdir.[65] Aynı amaçla, eser sahiplerinin talebi üzerine, FSEK kapsamında korunan tüm eserlerin kayıt ve tescil edilmesi, malî haklara ilişkin yararlanma yetkilerinin kayıt altına alınması mümkündür (FSEK m. 13/III).[66]

Eser sahibi ile eser sahipliğinden doğan hakları kullanmaya yetkili olanların ayırt edilmesi gerekir. Az önce ifade edildiği üzere eser sahibi, eseri meydana getiren kişidir. Eser sahipliğinden doğan hakları kullanma yetkisi olanlar ise, kanundan (işverenlerin veya tüzel kişilerin hak sahipliği - FSEK m. 18/II), hukukî bir tasarruf sonucu (devir veya lisans sözleşmeleri - FSEK m. 48-52), miras (FSEK m. 19 ve 63), cebri icra (FSEK m. 62) veya kamuya mal etme (FSEK m. 47) gibi FSEK'te öngörülen hallerde söz konusu olmaktadır.

Eser ve hak sahipliği, ikame edilecek hukuk davalarında davacı sıfatını kimlerin taşıyabileceği konusunda ışık tutacak nirengi noktalarıdır. Aşağıdaki bölümlerde, bu süjelerin hak sahipliklerinin doğumu teker teker açıklanmaktadır.

---

62 Öztan, 2008, 236; Kılıçoğlu, 2017, 187; Yavuz/Alıca/Merdivan, Cilt I, 194-195; Ateş, 2007, 12. Yargıtay 11. HD. T. 18.06.2007, E. 2007/5265, K. 2007/9282; "EDUCAD" isimli bir kurs otomasyon programı hakkında açılan eser sahipliğinin tespiti ve Kültür Bakanlığı nezdinde yapılan tescil işleminin iptali istemli davada, eser sahipliğinin doğumu içir tescile gerek olmadığı vurgulanmış ve tescil işleminin idari bir işlem olması sebebiyle iptali istemi yönünden uyuşmazlığın idari yargının görev alanında kaldığına için karar için bkz.: Yargıtay 11. HD. T. 06.12.2011, E. 2009/14248, K. 2011/16454.

63 Yargıtay 11. HD. T. 18.06.2007, E. 2007/5265, K. 2007/9282.

64 17/05/2006 tarih ve 26171 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Fikir ve Sanat Eserlerinin Kayıt ve Tescili Hakkında Yönetmelik m. 5.

65 Yargıtay 11. HD. T. 06.12.2011, E. 2009/14248, K. 2011/16454.

66 Fikir ve Sanat Eserlerinin Kayıt ve Tescili Hakkında Yönetmelik m. 7.

B- Eser Sahipliği Türleri

FSEK kapsamına giren bir eserin bir kişi tarafından tek başına veya birden çok kişi tarafından birlikte meydana getirilmesi mümkündür. Eseri meydana getirenlerin sayısına göre, eser sahipliği; tek kişinin eser sahipliği ve birden fazla kişinin eser sahipliği olmak üzere ikiye ayrılır. FSEK ayrıca, işleme eser sahipliği ile sinema eseri sahipliği konusunda özel hükümler getirmiştir. Buna göre, FSEK'te düzenlenen eser sahipliği türleri şu şekildedir:

- Tek kişinin eser sahipliği (FSEK m. 8/I),
- Birden fazla kişinin eser sahipliği
  - Müşterek eser sahipliği (FSEK m. 9),
  - İştirak halinde eser sahipliği (FSEK m. 10),
- Eser sahipliğinde özel durumlar
  - İşlenme eser sahipliği (FSEK m. 8/II),
  - Sinema eseri sahipliği (FSEK m. 8/III).

1. Tek Kişinin Eser Sahipliği

FSEK anlamında eser olarak kabul edilen bir fikri ürünün tek bir kişi tarafından meydana getirilmesi halinde tek kişinin eser sahipliği söz konusudur. Meydana getirdiği esere ilişkin olarak FSEK'in tanıdığı tüm hak ve yetkiler bu kişiye aittir.

Bir eserin meydana getirilmesinde ve dolayısıyla eser sahipliğinin tespitinde en önemli unsur hususiyettir. Başkalarının esere hususiyetlerini vermeksizin mesela yol gösterme veya yardım etme şeklinde katkı sunmaları, eser sahipliğinin tek kişiye ait olmasına halel getirmez. FSEK m. 10/III'de; bir eserin vücuda getirilmesinde yapılan teknik hizmetler veya teferruata ait yardımların eser sahipliğine esas teşkil etmeyeceği düzenlenmektedir. Bunun sebebi ise, eserin meydana getirilmesinde maddî ve manevi destek sağlayanların, alt yapı hizmetlerini verenlerin, araç-gereç sağlayanların veya kaynak toplayanların esere hususiyetlerini yansıtmayıp katkılarının teknik hizmet ve yardım düzeyinde kalmasıdır. Söz konusu çaba ve katkıların azlığı ya da çokluğu arasında fark bulunmamaktadır. Birlikte eser sahipliğinin doğabilmesi için, eserin meydana getirilmesine nitelikli bir şekilde yaratıcı çaba ve katkı sağlanması gerekmektedir.

2. Birlikte Eser Sahipliği

a. Müşterek Eser Sahipliği

"Ortak eser sahipliği"[67] veya "paylı eser sahipliği"[68] gibi kavramlarla da anılan "müşterek eser sahipliği"nde,[69] her biri bağımsız

[67] Tekinalp, 2012, § 12 Kn. 15; Yavuz/Alıca/Merdivan, Cilt I, 206.

olarak FSEK kapsamında himaye gören birden çok eserin farklı eser sahipleri tarafından bir araya getirilmesiyle oluşan yeni bir eser söz konusudur.[70]

Müşterek eser sahipliğinin söz konusu olabilmesi için iki unsurun varlığı şarttır:

- Birden fazla eser sahibi[71] ve
- Birden fazla her biri bağımsız olarak FSEK kapsamında korunan eserler.[72]

Müşterek eserde, birbirinden bağımsız eserler aynı çatı altında bir araya gelmektedir. Böylece, alt parçaları ayrılabilen ve fakat birlikte tek eser ortaya çıkar. Resimli bir toplama eserde (derlemede), derlemenin bir kişi, resimlerin bir başka kişi tarafından yapılması,[73] bir tiyatro oyununun koreografisinin bir kişi tarafından oluşturulması, sözlerinin (metninin) ise bir başka kişi tarafından yazılması; bir kitabın belli bölümlerinin bir kişi, diğer bölümlerinin başka bir kişi tarafından yazılması; bir çizgi romanın[74] yazılı kısımlarının bir kişi tarafında kaleme alınması, çizim kısımlarının ise başka bir kişi tarafından meydana getirilmesi müşterek eser sahipliğine örnek teşkil eder.

Müşterek eser sahiplerinden her birisi, kendi meydana getirdiği bölüm üzerinde bağımsız olarak mali ve manevi haklara sahiptir.[75] Bununla birlikte, müşterek eser sahiplerinin eserin tümü üzerinde de müşterek eser sahipliğinden doğan mali ve manevi hakları mevcuttur. Müşterek eserin tümü üzerinde kullanabilecekleri ve eser sahiplerinin birlikte hareket etmesini gerektiren bu haklar, *eserin değiştirilmesi, yayımlanması ve diğer mali haklar* ile sınırlıdır.

Müşterek eser sahipleri, müşterek eserin bütününe ilişkin bu hakların (eserin değiştirilmesi, yayımlanması ve diğer mali haklar) kullanımı ve bu haklarla ilgili tesis edilecek hukukî işlemler bakımından aralarında sözleşme yapabilirler. Böyle bir sözleşme bulunmazsa, müşterek eserle ilgili bu hakların kullanılmasına ve bunlarla ilgili tesis edilecek hukukî işlemlere izin vermeyen eser sahibinin iradesinin yerine geçmek üzere mahkemeye başvurulabilir (FSEK m. 9/II).

---

68 Kılıçoğlu, 2017, 205.
69 Öztan, 2008, 267; Erel, 2009, 93.
70 Erel, 2009, 93.
71 Tekinalp, 2012, § 12 Kn. 15.
72 Tekinalp, 2012, § 12 Kn. 16; Öztan, 2008, 268.
73 FSEK 6/I/7 hükmü kapmasında seçme ve toplama eser tertibi faaliyetinde bulunanın ressamla birlikte müşterek eser sahibi olduğu yönünde karar için bkz.: Yargıtay 11. HD. T. 24.03.2008, E. 2007/2338, K. 2008/3698.
74 "Sönmeyen Güneş Atatürk" isimli çizgi romanın çizimini ve yazımını yapanlar arasında müşterek eser sahipliği olduğu ve bu eserin yazım kısmını yapan kişinin adının eserden çıkarılarak eserin "Mustafa Kemal Atatürk 1" ismi altında umuma arz edilmesinin yazımı yapan kişinin mali ve manevi haklarını ihlal ettiği yönünde karar için bkz.: Yargıtay 11. HD. T. 10.04.2008, E. 2007/1853, K. 2008/4748.
75 Tekinalp, 2012, § 12 Kn. 17; Öztan, 2008, 271; Erel, 2009, 93.

Yargıtay, müşterek bir eserde eser sahiplerinden birinin adının çıkarılarak eserin yayımlanması şeklinde gerçekleşen bir uyuşmazlıkta, eserden adı çıkarılan eser sahibinin umuma arz (FSEK m. 14) ve eser sahibi olarak tanıtılma (FSEK m. 15) şeklindeki manevi hakları ile çoğaltma (FSEK m. 22) ve yayma (FSEK m. 23) şeklindeki mali haklarının ihlal edildiğine hükmetmiştir.[76] Yargıtay uygulamalarına göre, bir musiki eseri icra eden, besteci ve güfte yazarı yanında müşterek eser sahibi değildir.[77]

Müşterek eser sahipleri, istedikleri an müşterek eser sahipliğine son verip eserlerini bağımsız olarak hukukî işlemlere tabi tutabilirler. Bu isteğin diğer eser sahipleri tarafından kabul görmemesi halinde, ortaya çıkan uyuşmazlık, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun (TBK'nın) 620 vd. maddelerinde düzenlenen adi şirket hükümleri ve sözleşmenin tek taraflı feshi veya sözleşmeden dönme hükümleri ile 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun (TMK'nın) paylı mülkiyete ilişkin hükümleri uygulanarak çözümlenebilir.[78]

b. İştirak Halinde Eser Sahipliği

"Eser sahipleri arasında birlik"[79] ve "elbirliği halinde eser sahipliği"[80] gibi kavramlarla da anılan "iştirak halinde eser sahipliği"nde,[81] birden fazla eser sahibinin fikri ürün ve hususiyetlerinin iç içe geçmesiyle meydana gelen ve eserin niteliği bozulmaksızın her birinin katkısının diğerinden ayrılması mümkün olmayan bir eser söz konusudur. Eser sahiplerinden hiç birisinin katkısı eserin bütününden ayrı ve bağımsız olarak değerlendirilmeye müsait değildir.[82]

İştirak halinde eser sahipliği için dört şartın bir araya gelmesi gerekir:

- Eserin birden fazla kişi tarafından meydana getirilmesi gereklidir[83].
- Eser sahiplerinin her birisinin eserin meydana getirilmesinde esaslı katkısı (yaratıcı ortak çabası) olmalıdır.[84]
- Eser sahiplerinin her birinde eseri iştirak halinde meydana getirmeye yönelik iradenin bulunması ve eserin bu

---

76 Yargıtay 11. HD. T. 10.04.2008, E. 2007/1853, K. 2008/4748.

77 "Ares" adlı musiki eseri üzerinde davacılardan (biri) besteci ve söz yazarı olarak eser sahibi ve diğer davacı ile birlikte musiki eserinin icracı sanatçısı oldukları bildirildiğinden mahkemenin müşterek eser sahipliğine ilişkin kabulü yerinde değil"dir. Bkz. Yargıtay 11. HD. T. 27.06.2011, E. 2009/14892, K. 2011/7722.

78 Tekinalp, 2012, § 12 Kn. 15.

79 Tekinalp, 2012, § 12 Kn. 20.

80 Kılıçoğlu, 2017, 207; Yavuz/Alıca/Merdivan, Cilt I, 208.

81 Öztan, 2008, 258; Erel, 2009, 89.

82 Erel, 2009, 89.

83 Öztan, 2008, 259.

84 Tekinalp, 2012, § 12 Kn. 21.

yardımlaşma süreci sonucunda vücuda getirilmiş olması gereklidir. Bu sebeple, eser sahibi veya sahiplerince başka bir kimsenin müdahalesine rıza gösterilmemişse, bu durum müdahile iştirak halinde eser sahipliği hakkı vermez.[85]

- Eser sahiplerinin eserin meydana gelmesindeki katkılarının birbirinden ayrılması mümkün olmamalıdır[86].

Bir ders kitabının,[87] bir bilgisayar programının,[88] bir mimari projenin, bir oyunun veya bir müzik eserinin bestesinin veya hem bestesinin hem güftesinin[89] birden fazla kişi tarafından meydana getirilmesi iştirak halinde eser sahipliğine örnek teşkil eder.

İştirak halinde eser sahipliğiyle ilgili adi şirket (TBK'nın 620 vd. maddeleri) hakkındaki hükümler uygulanır (FSEK m. 10/II). Ancak, TBK'nın öngördüğü adi şirket şekli ile FSEK'in öngördüğü iştirak halinde eser sahipliği, yapıları itibariyle birtakım farklılar taşımaktadır. Dolasıyla, adi şirkete ilişkin hükümlerin iştirak halinde eser sahipliğine uygulanması, halin haklı gösterdiği oranda mümkündür. İştirak halinde eser sahipliğine, fesih ve tasfiyeye ilişkin adi şirket hükümleri uygulanmaz.[90] Bunun sebebi, iştirak halinde eser sahipliğinin eserin meydana getirilmesiyle kendiliğinden doğması ve koruma süresi bitiminden önce feshinin mümkün olmamasıdır.[91]

İştirak halinde eser sahipliğinin müşterek eser sahipliğinden temel farkı şudur: Müşterek eser sahipliğinde, her bir eser sahibinin fikri ürünü, bağımsız bir eser olarak da korunabilmektedir. Bu karşın iştirak halinde eser sahipliğinde, eser sahiplerinin müstakil, yani diğerinden bağımsız olarak korunabilecek bir eseri bulunmamaktadır. Bu sebeple, iştirak halinde eser sahipliğinde, mali ve manevi haklarla ilgili tesis edilecek hukukî işlemler bakımından tüm eser sahiplerinin oybirliği gereklidir. Daha somut bir ifadeyle, iştirak halinde eser sahipleri, eserin

---

85 Yargıtay 4. HD. T. 22.10.1992, E. 1991/5141, K. 1992/11254.

86 Yargıtay 11. HD. T. 14.06.2011, E. 2011/7296, K. 2011/7174.

87 Bir dershanede çalışanlar tarafından yazılan ders kitapları üzerinde iştirak halinde eser sahipliği olduğuna ilişkin karar için bkz.: Yargıtay 11. HD. T. 29.05.2012, E. 2011/1302, K. 2012/9233.

88 Sağlık Bakanlığı'nda çalışan doktor ve diğer personel ile bu amaçla kurulan ve ücretleri ödenen dernek ve şirket tarafından temin edilen görevlilerin katılımıyla oluşturulan bilgisayar programı üzerinde iştirak halinde eser sahipliği olduğuna ilişkin karar için bkz.: Yargıtay 11. HD. T. 27.06.2006, E. 2005/5049, K. 2006/7575.

89 "Beatles Alaturka" isimli projede yer alan "The Beatles" grubuna ait seçili şarkıların aranje edilerek Türk Müziği formatında yeniden yorumlanmasıyla meydana getirilen işleme eserde, işlemeyi yapan müzisyenler arasında iştirak halinde eser sahipliği bulunduğu yönünde karar için bkz.: Yargıtay 11. HD. T. 14.06.2011, E. 2011/7296, K. 2011/7174. Bu konuda "Kültür Bakanlığı İstanbul Telif Hakları ve Sinema Müdürlüğü'nden celp edilen eser işletme belgesinde, davaya konu "Yeni ve Yeni Kalanlar" isimli eserin söz yazarı- bestecisinin S.A.-M.C.Ö. olduğu belirtilmiştir. Bu durumda, dava dışı S.A. ile davacı M.C.Ö. arasında birlikte eser sahipliği söz konusu"dur. Karar için bkz.: Yargıtay 11. HD. T. 13/12/2018, E. 2017/238, K. 2018/7933.

90 Tekinalp, 2012, § 12 Kn. 22; Yargıtay 11. HD. T. 28/03/2019, E. 2017/3587, K. 2019/2414.

91 Tekinalp, 2012, § 12 Kn. 22.

tümü üzerindeki haklarla ilgili devir ve lisans sözleşmesi yapmak, rehin vermek veya ölüme bağlı tasarruflarda bulunmak bakımından diğerlerinden bağımsız olarak hareket etme hakkına sahip değildir.

Zira, eser sahiplerinden birinin birlikte yapılacak bir işleme haklı bir sebep olmaksızın izin vermemesi halinde, bu izin mahkemece verilebilir (FSEK m. 10/II).

Bir eserin vücuda getirilmesinde yapılan teknik hizmetler veya teferruata ait yardımlar, iştirak halinde eser sahipliğine vücut vermez (FSEK m. 10/III). Restorasyonu gerçekleştiren mimar, ressam veya heykeltıraş gibi sanatçıların restorasyon sonucu onarılan güzel sanat eseri üzerinde hususiyetlerini yansıtmamaları sebebiyle iştirak halinde eser sahipliği yoktur.[92] Bir kitabın hazırlanmasında sadece redaksiyon (düzenleme) görevi yapanlar[93] ile meydana getirilmiş şekilleri bilgisayar ortamına aktaranlar,[94] Yargıtay tarafından iştirak halinde eser sahibi olarak kabul edilmemektedir.

c. Eser Sahipliğine İlişkin Özel Durumlar

ca. İşlenme ve Derleme Eser Sahipliği

"Bir işlenmenin ve derlemenin sahibi, asıl eser sahibinin hakları saklı kalmak kaydıyla onu işleyendir" (FSEK m. 8/II). İşleyen ise, diğer bir eserden yararlanmak suretiyle meydana getirilen işlenme esere hususiyetini veren kişidir. Mesela;

- Yabancı dildeki bir romanı Türkçe'ye çeviren tercüman bu Türkçe roman üzerinde;
- Bir romanı tiyatro piyesine çeviren yazar bu piyes üzerinde;
- Bir musiki eseri aranjman yoluyla yeniden yorumlayan müzisyen bu aranje edilmiş eser üzerinde;
- Bir heykelin tablosunu yapan ressam bu tablo üzerinde;
- Bir tablodan yararlanarak gravürler yapan sanatçı bu gravürler üzerinde;
- Bir bilgisayar programının çalışma sistemi ve kullanıcı ara yüzü değiştirilerek farklı tercihlere uygun hale dönüştüren mühendis veya programcılar meydana getirilen yeni program üzerinde[95]

işleyen sıfatıyla eser sahibidir.

Derlemelerde (seçme ve toplama eserlerde), editör ve benzeri adla anılan bir yetkili bulunur. Bu yetkili, derlemede yer alacak eserleri (mesela şiir veya makaleler) seçerken ve eseri meydana getirirken

---

92 Yavuz/Alıca/Merdivan, Cilt I, 198.
93 Yargıtay 11. HD. T. 19.02.2007, E. 2005/14824, K. 2007/3033.
94 Yargıtay 11. HD. T. 26.02.2007, E. 2006/208, K. 2007/3554.
95 Yargıtay 11. HD. T. 17.07.2008, E. 2007/7355, K. 2008/9425.

hususiyetini bu derleme esere yansıtmışsa, yani eseri bir düşünce yaratıcılığı sonucu oluşturmuşsa bu derleme eserin sahibi olur. Editör, yalnızca bütün eser üzerinde işleyici olarak eser sahipliğine hak kazanır ve bütüne ilişkin mali ve manevi hakların sahibi olur. Derleme eserin bölümleri (mesela şiir veya makaleler) üzerinde, o bölümü meydana getirenlerin eser sahipliği ve sorumluluğu bulunmaya devam eder. Editör, ancak somut olayın özellikleri haklı gösteriyorsa, bölümlerdeki intihalden sorumlu tutulur.[96]

cb. Sinema Eseri Sahipliği

Bir sinema eseri, ayrı ayrı birden fazla fikri ürünlerin bileşimidir. Bu sebeple, sinema eserleri üzerinde, birden fazla kişinin eser sahipliği bulunmaktadır. Sinema filmleri, sesli ve görüntülü veya sessiz görüntülü olabilir.

Sinema eserlerinde eser sahipleri; yönetmen, özgün müzik bestecisi, senaryo yazarı, diyalog yazarı, canlandırma tekniğiyle yapılmış sinema eserinde animatörden (çizimi yapandan) ibarettir (FSEK m. 8/III).

Sinema eserinin bir bütün olarak korunması, özgün müziğin ve senaryonun sinema eserinden bağımsız olarak korunmasına engel değildir. Bu özelliği itibariyle sinema eseri sahipliği, iştirak halinde ve müşterek eser sahipliğinden oluşan *sui generis* bir birlik olarak kabul edilebilir. Nitekim sinema eserine vücut veren kişilerin katkıları, bazen müstakil bazen de müşterek veya iştirak halinde eser sahipliğine yol açabilecek niteliktedir.[97] Sinema eseri bir bütün olarak korunurken; film müziği musiki eser olarak, senaryo ise yerine göre ilim ve edebiyat eseri ve bir romandan uyarlama ise işlenme eser olarak korumadan faydalanabilir.[98] Senaryo ve beste, özel olarak film için hazırlanmışsa, bunları meydana getirilenler o sinema eseri üzerinde FSEK m. 8/III uyarınca birlikte eser sahibi olacaklardır.[99]

Ayrıca sinema eserleri, çoğunlukla bir film yapımcısının sermayesi ile gerçekleştirilmektedir. Bu hallerde, FSEK m. 18/III uyarınca sinema eseri sahipleri, mali hakları kullanma yetkisini film yapımcısına devretmektedir. Böylece, film yapımcısı, FSEK m. 80/I-2 bağlamında bağlantılı hak sahibi sıfatını kazanmakta ve bu çerçevede

---

96 Tekinalp, 2012, § 12 Kn. 11a.

97 Erdil, 2016, 30.

98 Erel, 2009, 96; Erdil, 2016, 30. Yalçın Tosun, senaryonun ve özgün film müziğinin sinema eseri meydana getirildikten sonra bağımsız olarak korunmaması gerektiğini; FSEK m. 8/III'de belirtilen kişiler arasındaki iştirak halinde eser sahipliğinin bu iki unsuru da kapsayacağını ve böylece sinema eserinin ayrılmaz bir parçası olarak bütün halinde korunacağını ileri sürmektedir. Bkz. Tosun, Yalçın, *Sinema Eserleri ve Eser Sahibinin Hakları*, Oniki Levha Yayınları, 2. Baskı, İstanbul 2018, 312-315.

99 Erel, 2009, 96.

koruma elde etmektedir.[100] Benzer şekilde, sinema eserlerinde rol alan oyuncular da FSEK m. 80/I-1-A gereğince icracı sanatçı olarak bağlantılı hak sahibidirler.[101]Dolayısıyla, bir sinema eserinde, katmanlar halinde hak sahipliği söz konusudur.

Bu sayılanlar dışında bir sinema eserinin meydana getirilmesinde görev yapan teknik ekibin (kameraman, ışıkçı, mühendis, teknisyen ve diğer yardımcı personelin) çalışmaları, bu kişilere eser veya bağlantılı hak sahipliği kazandırmaz.[102]

3. Eser Sahibinin Haklarını Kullanmaya Yetkili Olanlar

a. Mali Hakların İşverenler Tarafından Kullanılması

Aralarındaki sözleşmeden veya işin mahiyetinden aksi anlaşılmadıkça; memurlar, hizmetliler ve işçilerin işlerini yaparken meydana getirdikleri eserler üzerindeki malî hakları kullanma yetkisi, işverenlerce kullanılır (FSEK m. 18/II). İşverenlere tanınan bu kanunî yetki, *eser sahipliğinin devri* sonucunu doğurmaz. Çalışma ilişkisi, malî hakların sahipliğinde de bir değişiklik oluşturmaz. Eserden doğan malî haklar, eser sahibine ait olmaya devam eder. Bu sonuç, 21/2/2001 tarihli ve 4630 sayılı Kanunun m. 11 ile yapılan değişikliği takiben ortaya çıkmıştır. Daha önceden maddede yer alan işverenin "mali haklara sahip olabileceği" yönündeki düzenleme, "hakları kullanabilir" şeklinde değiştirilmiştir.[103] FSEK m. 18/II'de yer alan bu hüküm, I. ve III. fıkralarla birlikte değerlendirildiğinde, sadece mali hakların kullanma yetkisini içerir.[104] Ayrıca eser sahibi, çalışma ilişkisi içinde meydana getirdiği eserle ilgili malî hakları üzerinde tasarruf yetkisine sahip değildir. Eser sahibi bu hakları, kendisi kullanamaz; başkalarına kullandıramaz veya devredemez. Dolayısıyla eserden doğan malî hakları kullanma yetkisi, kanun gereği işverene ait olur.

Malî hakların işverenler tarafından kullanılmasına ilişkin hallere örnek olarak, yayınevlerinde, radyo ve televizyon kurumlarında, üniversitelerde, araştırma merkezlerinde, film yapım şirketlerinde, bilgisayar programı yapan şirketlerde ve reklâm işletmelerinde çalışanların vücuda getirdiği eserler gösterilebilir.[105]

Söz konusu yetki, eserin meydana getirilmesiyle doğan malî hakların eser sahibi tarafından kullanılmasına ilişkin (FSEK m. 18/I)

---

[100] Yargıtay 11. HD. T. 03.02.2006, E. 2005/354, K. 2006/915.
[101] Erdil, 2016, 30.
[102] Yavuz/Alıca/Merdivan, Cilt I, 200.
[103] Suluk/Karasu/Nal, 2019, 82.
[104] Tekinalp, 2012, § 12 Kn. 8b, 8c ve 9. Mali haklar yanında manevi hakların da işverenlerce kullanılacağına ilişkin görüş için bkz.: Suluk/Karasu/Nal, 2019, 82.
[105] Yusufoğlu, Fülürya, *Eseri Meydana Getirenlerin Mali Hak Sahibi Sayılmadıkları Haller*, Ünal Tekinalp'e Armağan Cilt II, Beta Yayım, İstanbul 2003, 397 vd.

genel kuralın bir istisnasını teşkil eder ve aksi ispatlanabilir bir karinedir. Bu istisnanın aksini ispat yükü, eser sahibine aittir.[106]

Çalışanların iş veya hizmet ya da memuriyet ilişkisi kapsamında ürettikleri eserler üzerinde, işverenlerin mali hakları kullanma yetkisine sahip olabilmeleri için;

- Eser, memur, hizmetli veya işçi tarafından meydana getirilmelidir,[107]
- Eserin işin görülmesi sırasında meydana getirilmiş olması,[108]
- Eser sahibi ile işveren arasında çalışma ilişkisinin bulunması gerekmektedir.
- İşveren ile çalışan arasındaki anlaşmadan veya işin mahiyetinden meydana getirilen eserin işverene ait olmayacağına ilişkin bir sonuca ulaşılmamalıdır.[109]

İşçi, işveren, hizmetli, memur ve tayin eden sıfatları ile iş görme kavramı, ilgisine göre iş, borçlar veya idare hukuku (memurlar hukuku) kurallarına göre belirlenir.[110]

İşveren, gerçek veya tüzel kişi olabilir. Tüzel kişinin, özel veya kamu tüzel kişisi olması da mümkündür.[111]

Taraflar arasındaki çalışma ilişkisini ortaya koyan sözleşmenin yazılı olmasına gerek bulunmamaktadır[112]. Mali haklara ilişkin devir ve ruhsat (lisans) sözleşmelerinde geçerli olan FSEK m. 52'de düzenlenen şekil şartı, bu tür sözleşmeler bakımından uygulama alanına sahip değildir.

İşverenin çalışma ilişkisi içinde meydana getirilen eser üzerinde kullanma yetkisine sahip olduğu malî haklar; işleme (FSEK m. 21), çoğaltma (FSEK m. 22), yayma (FSEK m. 23), temsil (FSEK m. 24) ve umuma iletim (FSEK m. 25) haklarından ibarettir.

Manevi haklara ilişkin yetkiler, kural olarak, bu istisnanın dışındadır. Ancak, işveren sıfatıyla çalışanına bir kitap yazdıran bir şirketin, çoğaltma ve yayma haklarını kullanabilmek için manevi haklardan umuma arz etme hakkını (FSEK m. 14) kullanması gereklidir. Bu hallerde, işverenlerin diğer manevi haklarına zarar getirmeksizin eser sahibinin umuma arz hakkını kullanma yetkisine de sahip olduğu doğal olarak kabul edilmektedir.[113]

---

[106] Yavuz/Alıca/Merdivan, Cilt I, 575.
[107] Polater, Salih, *Yükseköğretim Kurumlarında Meydana Getirilen Fikri ve Sınai Mülkiyet Hakları ve Hak Sahipliği*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019,165.
[108] Öztan, 2008, 250; Polater, 2019, 165.
[109] Polater, 2019, 165.
[110] Yavuz/Alıca/Merdivan, Cilt I, 585.
[111] Yavuz/Alıca/Merdivan, Cilt I, 575.
[112] Yargıtay 11. HD. T. 23.10.2008, E. 2007/3470, K. 2008/11725.
[113] Mali hakların devrinin çoğu zaman umuma arz yetkisini de içerdiği yönünde görüşler için bkz.: Tekinalp, 2012, § 14 Kn. 11; Yavuz/Alıca/Merdivan, Cilt I, 584. FSEK m. 18/II

FSEK m. 19/III'deki şartların gerçekleşmesi halinde, işveren sıfatıyla mali hakları kullanma yetkisine sahip olanların eser sahibinin umuma arz etme (FSEK m. 14/III), eser sahibi olarak tanıtılma (FSEK m. 15/III) ve eserde değişiklik yapılmasını önlemek (FSEK m. 16/III) haklarını kullanması da mümkündür.[114]

b. Mali Hakların Tüzel Kişiler Tarafından Kullanılması

İşveren bakımından getirilen malî hakları kullanma yetkisi, tüzel kişilerin organları hakkında da uygulanır (FSEK m. 18/II). Çalıştırdıkları memur, hizmetli ve işçilerin bir eseri, tüzel kişinin faaliyeti ve amacı doğrultusunda ve yapmakta oldukları işin gereği olarak üretmiş olmaları halinde, bu eser üzerindeki mali hakları kullanma yetkisi tüzel kişiye aittir. Tüzel kişinin özel veya kamu tüzel kişisi olması arasında bir fark bulunmamaktadır.

İşverenlere tanınan mali hakları kullanma yetkisiyle ilgili açıklamalar, tüzel kişilerin organları tarafından meydana getirilen eserler bakımından da geçerlidir.

c. Mali Hakların Yapımcı ve Yayıncı Tarafından Kullanılması

Bir eserin yapımcısı ve yayımcısının ancak eser sahibi ile yapacağı sözleşmeye göre malî hakları kullanabilir (FSEK m. 18/III). Yayımcı, TBK m. 487-501'de bahsedilen yayımcıyı ifade eder. Yapımcı ise, FSEK m. 80'de bahsedilen bir icrayı ve sair seslerin ilk tespitini yapan fonogram yapımcıları ile filmlerin ilk tespitini gerçekleştiren film yapımcısıdır. Yayımcı ve yapımcı, gerçek ve tüzel kişi olabilir.[115]

Eser sahibi ile yapımcı ve yayımcı arasındaki yapılacak sözleşme FSEK m. 52'ye göre yazılı olmalı ve sözleşmeye konu malî haklar ayrı ayrı gösterilmelidir.[116]

ç. İştirak Halinde Meydana Getirilen Eserler Üzerindeki Mali Hakların Bir Araya Getiren Kişiler Tarafından Kullanılması

İştirak halinde meydana getirilen eser üzerindeki mali haklar, eser sahiplerini bir araya getiren gerçek veya tüzel kişi tarafından kullanılır (FSEK m. 10/IV). Bu durum, FSEK m. 18/II'de yer alan işverenlerin ve tüzel kişilerin mali hakları kullanma yetkisine ilişkin düzenlemenin iştirak halinde eser sahipliğine özgü halidir.

---

uyarınca, manevi hakların tamamının işverenlerce kullanılacağına ilişkin görüş için bkz.: Suluk/Karasu/Nal, 2019, 82.

[114] Yavuz/Alıca/Merdivan, Cilt I, 583.

[115] Yavuz/Alıca/Merdivan, Cilt I, 613.

[116] Yavuz/Alıca/Merdivan, Cilt I, 613.

FSEK m. 18/III'de yer alan bir eserin yapımcısı ve yayımcısının ancak eser sahibi ile yapacağı sözleşmeye göre mali hakları kullanabileceğine ilişkin hükmün de istisnasıdır. Buna göre, iştirak halinde vücuda getirilen eser üzerindeki hakları kullanma yetkisi, eseri meydana getirenleri bir araya getiren gerçek ve tüzel kişilere tanınmıştır.

Eser sahiplerini bir araya getiren gerçek veya tüzel kişiler, eseri bilfiil meydana getiren kişiler değildir. Bu kişilere tanınan yetkinin doğması için,

- Eserin ayrılmaz bir bütün oluşturması (yani iştirak halinde meydana getirilen bir eser olması),
- Eseri meydana getirenlerin bir araya getirilmesi,
- Herhangi bir sözleşmede, hizmet şartlarında veya eser meydana getirildiğinde yürürlükte bulanan bir kanunda bu durumun aksinin öngörülmemiş olması

gereklidir.

Bu yetki, sadece mali hakları kapsar. Sinema eseri ile ilgili haklar ise, bu yetkinin dışındadır. Mesela, bir yapımcı tarafından iki müzisyenin bir araya getirilerek beste yaptırılması, buna örnek teşkil eder.

C- Eser Sahipliği Karineleri (Farazi Eser Sahipliği)

1. Sahibinin Adı Belirtilen Eserlerde Eser Sahipliği Karinesi

Bir eserde, aksi ispatlanıncaya kadar, eser sahibi olarak adını veya bunun yerine tanınmış müstear adını kullanan kimse, o eserin sahibi sayılır (FSEK m. 11/I). Bu karine, yayımlanmış eser nüshalarında veya güzel sanat eserinin aslı bakımından geçerlidir. Buna göre, eser üzerinde ad veya imzası bulunan kişi, eserin sahibi kabul edilir ve eser üzerindeki mali ve manevi hakları kullanmaya yetkili olur. Bu karine uyarınca, eser sahipliğinin kazanılması için, eser sahibinin asıl adı ve soyadı yerine kamu tarafından bilinmesi şartıyla ad ve soyadından biri, ad ve soyadının baş harfleri veya müstear adı da yeterli görülmektedir. İşaretlerin, sembollerin, lakapların, mahlasların veya rumuzların kullanımının müstear ad sayılacağı kabul edilmektedir.

Aynı karine, umumî yerlerde veya radyo televizyon aracılığıyla verilen konferanslar ve temsiller bakımından da geçerlidir. Bu konferans veya temsilde, eser sahibi olarak mutad bir şekilde kamuya kim duyurulmuş veya kim radyo televizyon aracılığıyla tanıtılmış ise o kişi eser sahibi kabul edilir (FSEK m. 11/II). Ancak söz konusu eserin, konferans veya temsil yoluyla alenileşmesinden önce aslı veya çoğaltılmış nüshaları kamuya sunulmuşsa, eser sahipliği yukarıda bahsedilen karineye göre belirlenir. Mesela bir konferansta tanıtılan bir tablo üzerindeki eser sahipliği, bu eser üzerinde bir kişinin adı

yazmaktaysa öncelikle buna göre, böyle bir ad yazılı değilse konferansta eser sahipliği konusunda yapılan tanıtıma göre belirlenir.

2. Sahibinin Adı Belirtilmeyen Eserlerde Eser Sahipliği Karinesi

Bir eserin ne gerçek ne de müstear ad belirtilmeksizin kamuya sunulmuş olması halinde eserden kaynaklanan mali ve manevi hakları kullanma yetkisi öncelikle yayımcıya, o belli değilse çoğaltana aittir (FSEK m. 12/I).

Sahibi belli olmayan eser, konferans veya temsil yoluyla aleniyet kazanmışsa, eser sahibine ait mali ve manevi hakları kullanma yetkisi, konferansı verene veya temsili icra ettirene ait olur (FSEK m. 12/II).

Eser sahibinin haklarını yukarıdaki iki paragraf uyarınca kullananlar ile asıl hak sahibi arasındaki ilişkiye, aksi kararlaştırılmadığı müddetçe, adi vekalet hükümleri uygulanır (FSEK m. 12/III).

Ç- Bağlantılı Hak Sahipleri

1. İcracı Sanatçılar

İcracı sanatçı, bir eseri özgün bir şekilde yorumlayan, anlatan, tanıtan, söyleyen, çalan veya çeşitli şekillerde icra eden kişidir (FSEK m. 80/I-1-A; Komşu Haklar Yönetmeliği m. 2 ve 4). İcracı sanatçı, bir eseri meydana getiren değil; sadece kendi yeteneklerini ve teknik becerilerini katmak suretiyle, mevcut bir eseri yorumlamak, tanıtmak, anlatmak, söylemek, çalmak veya başka şekillerde canlandırarak ileten kişidir.[117] İcracı sanatçı, duygu, düşünce, his ve sezgilerini ortaya koyar.[118] Bu sebeple sadece gerçek kişiler icracı sanatçı olabilir.[119]

Eser kavramı, icracı sanatçı tanımının ayrılmaz bir unsurudur. İcracı sanatçının varlığı bir eserin varlığını zorunlu kılar.[120]

İcracı sanatçılar, eseri "özgün" bir biçimde icra etmeleri halinde korunurlar[121]. Özgünlük, şahsi yaratıcılığı ve sanat yönüyle kişiye özgü beceri ve yetenekleriyle başkasından ayrılma anlamına gelmektedir.[122] İcranın, minimum düzeyde de olsa özgünlüğü yansıtması yeterlidir.[123]

İcracı sanatçı sıfatıyla bağlantılı hak sahibi olabilmek için, icranın eser sahibin izniyle gerçekleştirilmesi gereklidir.[124] İzin icra amacıyla sınırlı olduğu için icracı sanatçıya FSEK'te tanınan haklar eser sahibinin

---

117 Kılıçoğlu, 2017, 224; Suluk/Karasu/Nal, 2019, 126; Türker, 2016, 44.
118 Suluk/Karasu/Nal, 2019, 2016, 126.
119 Kılıçoğlu, 2017, 224; Suluk/Karasu/Nal, 2019, 126; Türker, 2016, 62.
120 Tekinalp, 2012, § 17 Kn. 10; Türker, 2016, 65
121 Kılıçoğlu, 2017, 225; Türker, 2016, 69-70.
122 Tekinalp, 2012, § 17 Kn. 12; Türker, 2016, 69.
123 Türker, 2016, 69.
124 Tekinalp, 2012, § 17 Kn. 19-22; Kılıçoğlu, 2017, 225; Türker, 2016, 72.

manevi ve mali haklarını sınırlandıramaz, bertaraf edemez; onlara zarar verecek şekilde yorumlanamaz. Eser sahibi ile icracı sanatçı arasında izin konusunda yapılacak sözleşme, FSEK m. 52'ye göre yazılı olmalı ve sözleşmeye konu mali haklar ayrı ayrı gösterilmelidir.[125] Eser sahibinin adı, icrada mutlaka zikredilmelidir.[126]

Şarkıcı, dansçı, gitarist, tonmayster, orkestra şefi, balerin, tiyatro ve film oyuncusu icracı sanatçı kategorisine örnek teşkil eder.[127] Buna karşılık eseri bizzat icra etmeyip icrasında teknik hizmetlerde bulunan veya yardımcı olan ışıkçı, kameraman, ses ve görüntü teknisyenleri/mühendisi, tiyatro makyajcısı, dekoratör, kostümcü ve suflör gibi kişiler icracı sanatçı değildir.[128]

Eser sahibinin kendi eserini icra etmesi halinde hem eser sahibi hem icracı sanatçı sıfatıyla korumadan yararlanır. Bu halde çifte koruma ve çifte telif bedeli söz konusudur. Bu kişi hem eser sahipleri meslek birliklerine hem de icracı sanatçı birliklerine üye olabilir.[129]

2. Fonogram Yapımcıları

Fonogram yapımcısı, bir icra ürünü olan ve sair seslerin ilk defa tespitini yapan kişidir (FSEK m. 80/I-1-B; Komşu Haklar Yönetmeliği m. 4c). Fonogram, *"sinema eseri gibi görsel-işitsel eserler içindeki ses tespitleri hariç olmak üzere, bir icrada yer alan seslerin veya diğer seslerin veya ses temsillerinin tespit edildiği ses taşıyıcısı fiziki ortamı"* ifade eder (FSEK m. 1/B-I-b.f). Bununla kastedilen, plâk, kaset, video-kaset, CD, DVD ve internet ortamıdır.[130] Tespit ise *"seslerin veya ses temsillerinin veya ses ve görüntülerin anlaşılabilecek, çoğaltılabilecek veya iletilebilecek şekilde bir araca kaydedilmesi işlemi"*dir (FSEK m. 1/B-I-b.f). İlk kez tespitte iki husus ön plana çıkar. İlk olarak tespitte önemli olan, yapılan bu tespitin/kaydın, çoğaltmaya elverişli nitelik taşımasıdır.[131] İkinci olarak, burada ya bir ses icrasının ya da icra niteliği taşımayan (deniz, kuş ve benzeri) seslerin ses taşıyıcı üzerine tespiti söz konusudur.[132] Bağlantılı hak kapsamına giren, esere dayalı vücuda gelen seslerin, yani icraların tespitidir. Zira icralar, bir eserin yorumlanmasıyla ortaya çıkar. Böylelikle, icraların tespiti bağlantılı hak olarak korunur. Oysaki icra niteliği taşımayan seslerin temelinde bir eser bulunmamaktadır. Bu seslerin tespiti, FSEK m. 84 hükümlerinin atfı sebebiyle haksız rekabet hükümlerine göre korunabilir.[133]

---

125 Tekinalp, 2012, § 17 Kn. 22; Türker, 2016, 76.
126 Tekinalp, 2012, § 17 Kn. 22.
127 Tekinalp, 2012, § 17 Kn. 10; Türker, 2016, 46.
128 Kılıçoğlu, 2017, 224; Suluk/Karasu/Nal, 2019, 126.
129 Suluk/Karasu/Nal, 2019, 127.
130 Tekinalp, 2012, § 17 Kn. 36.
131 Suluk/Karasu/Nal, 2019, 129
132 Kılıçoğlu, 2017, 226.
133 Kılıçoğlu, 2017, 226-227.

Ses taşıyıcı materyallerin üretimi için gerekli olan yüksek ve riskli yatırımı gerçekleştirmeleri ve eser ile icraların tüketicilere ulaştırmaları sebebiyle fonogram yapımcılarına bağlantılı hak kapsamında korunma sağlanmaktadır.[134] Yapımcı, gerçek veya tüzel kişi olabilir.[135]

Bağlantılı hak korumasından yararlanan, ilk tespiti yapan yapımcı olup, ilk tespitten yararlanmak suretiyle sonraki tespitleri yapanlar korumadan yararlanamaz.[136]

Fonogram yapımcısının bağlantılı hak sahibi olması, eser sahibinden ve icracı sanatçıdan tespite özgü mali hakları kullanma yetkisini devralması, yani ruhsat (lisans) alması şartına bağlıdır.[137] Eser sahibi ve icracı sanatçı ile fonogram yapımcısı arasında yapılacak ruhsat (lisans) sözleşmesi, FSEK m. 52'ye göre yazılı olmalı ve sözleşmeye konu mali hak türleri ayrı ayrı gösterilmelidir. Eser sahibinin ve icracı sanatçının adları, tespitte mutlaka zikredilmelidir.

3. Radyo-Televizyon Kuruluşları

Radyo-televizyon kuruluşları, yayın yapan özel veya kamu tüzel kişileridir (FSEK m. 80/I-1-C). Bunlar, 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanuna tabidir. Yapımcılara benzer şekilde radyo-televizyon kuruluşları, yatırımı yapan ve yapımın hukukî sorumluluğunu taşıyan gerçek veya tüzel kişidir. Bunlar, eser sahiplerinin izniyle onların eserlerine ilişkin programları yayımladıkları müddetçe bağlantılı hak sahibi olurlar.[138] Yayının gerçekleştirilmesinde görev alan çalışanlar bağlantılı hak sahibi olarak addedilmezler. Yayın kuruluşlarının sadece telsiz yayınları değil, telli yayınları da korunmaktadır.[139]

4. Film Yapımcıları

Film yapımcısı, bir filmin ilk kez tespitini ilk kez gerçekleştiren kişidir (FSEK m. 80/I-2). Yukarıda fonogram yapımcıları hakkında yapılan açıklamalar burada da geçerlidir. Şu kadar ki, sinema eseri sahipleri, eserlerinin mali haklarını film yapımcısına devrettikten sonra, filmde dublaj yapılmasına ve alt yazı yazılmasına karşı çıkamazlar.[140]

---

134 Kılıçoğlu, 2017, 226.
135 Suluk/Karasu/Nal, 2019, 129
136 Kılıçoğlu, 2017, 227; Suluk/Karasu/Nal, 2019, 129.
137 Kılıçoğlu, 2017, 227.
138 Kılıçoğlu, 2017, 228.
139 Suluk/Karasu/Nal, 2019, 130.
140 Suluk/Karasu/Nal, 2019, 130.

D- Meslek Birlikleri

Meslek birlikleri, eser ve bağlantılı hak sahiplerinin mali haklarının etkin şekilde korunmasını, idaresini ve takibini teminat altına almak için faaliyet gösteren özel hukuk tüzel kişileridir. Meslek birlikleri dernek ve şirket statüsünde olmayan, nevi şahsına münhasır tüzel kişilerdir. Ancak, FSEK'te hüküm bulunmayan hallerde, 5253 sayılı Dernekler Kanunu'nun ilgili hükümleri meslek birlikleri bakımından da uygulanır. Bir meslek birliği, Kültür ve Turizm Bakanlığından alınan izinle teşekkül eder ve sadece izin aldığı alanda faaliyet gösterebilir (FSEK m. 42/I-IV).

Meslek birlikleri, üyeleriyle yaptıkları menfaatleri koruma sözleşmesi çerçevesinde aldıkları yetkiye dayanarak, üyelerinin mali haklarına yönelen tecavüzleri tespit edip gereğinde dava veya ihtiyati tedbir gibi hukukî çarelere başvurabilirler.[141] Bu birlikler, alınacak telif ücretlerinin belirlenmesi, tahsili ve adil şekilde hak sahiplerine dağıtımı işlevlerini de görmektedir. Ayrıca meslek birlikleri, diğer ülkelerdeki meslek birlikleriyle karşılıklı sözleşmeler yaparak hak sahiplerinin menfaatlerini uluslararası arenada da koruyabilmektedir.[142]

Meslek birliklerinin kurulması, kontrol ve denetimi ile meslek birliklerince oluşturulacak yıllık tarifelerin belirlenmesi gibi hususlara FSEK m. 41, 42, 42/A ve 42/B hükümleri uygulanır. Üyelik konusu ise, Meslek Birlikleri ve Federasyonları Hakkında Tüzükte düzenlenmiştir.

Halihazırda Türkiye'de 27 meslek birliği ve bir meslek birliği konfederasyonu faaliyet göstermektedir.[143]

III- HAKLARLA İLGİLİ HUKUKÎ İŞLEMLER, MİRAS HÜKÜMLERİ ve KORUMA SÜRELERİ

Bir önceki bölümde, FSEK'te düzenlenen hakların süjelerinin kimler olabileceği açıklanmıştı. Bu süjeler, hak sahipliğini ve böylece hukuk davalarında davacı sıfatını bir eser meydana getirme, bir eser meydana getiren kişiyi çalıştırma, bir icrada bulunma veya bir yapımın ya da filmin tespitini gerçekleştirme gibi işlem veya fiilleri meydana getirerek kazanan kişileri ifade etmektedir. Bu bölümde ise, fikir ve sanat eserleri üzerindeki hak sahipliğini FSEK'te öngörülen bir takım hukukî işlemler veya mirasla kazanmanın ya da koruma süresiyle kaybetmenin şartları incelenecektir.

---

141 Tekinalp, 2012, § 19 Kn. 3.
142 Suluk/Karasu/Nal, 2019, 139.
143 Bunlar için bkz.: http://www.telifhaklari.gov.tr/Turkiye-de-Meslek-Birlikleri

A- Sağlar Arası İşlemler

1. Devir ve Lisans Sözleşmeleri

a. Manevi Haklar

Manevi haklar, sağlar arası işlemlerle devredilemezler. Manevi haklardan feragat de mümkün değildir.[144] Yargıtay'ın bir kararına göre manevi hakların niteliğine ilişkin olarak; *"...eser sahibinin şahsına has ve onun tarafından kullanılacak manevi hakları, devir alana bu gibi sözleşmeler nakletmez. Hatta ismin zikrini isteyebilmek yetkisi, kısaltma ve değişikliklere karşı müdahale etmek salahiyeti, eserin mahiyet ve hususiyetini bozan her türlü değiştirmelere muhalefet hakkı gibi manevi haklardan feragat olunduğu yolunda şart ihtiva eden mukaveleler de hükümsüzdür..."*.[145]

Ancak, manevi hakları kullanma yetkisinin devri mümkündür.[146] Eser sahibi, manevi hakların kullanımını bir kimseye bırakabileceği gibi, bu yetkilerin kullanılış tarzlarını da tespit etmeye yetkilidir (FSEK m. 19/I).

Eser sahibi veya FSEK m. 19/I-II uyarınca manevi hakları kullanmaya yetkili olanlar, FSEK m. 14/III, 15/III ve 16/III'de tanınan hakları kullanmazlarsa; meşru menfaati bulunması şartıyla mali bir hak sahibi, bu yetkileri kendi namına kullanabilir (FSEK m. 19/III) (Otomatik devir). Bunun için iki şartın birlikte gerçekleşmesi gerekir. İlk olarak, eser sahibinin veya FSEK m. 19/I-II'de sayılan kişilerden herhangi biri ya bulunmamalıdır ya da manevi hakkını kullanmakta açıkça imtina etmiş olmalıdır. İkinci olarak mali hak sahibi, meşru bir menfaati bulunduğunu ispat etmelidir. Meşru menfaatten kasıt, manevi hakkın ihlali sonucu mali bir hakkın da tehlikeye düşecek olmasıdır.[147]

İcracı sanatçının manevi hakları da devre konu edilemez. Ancak, eserlerde olduğu gibi icralar üzerindeki manevi hakların kullanımı bir sözleşmeyle üçüncü kişilere bırakılabilir.[148]

b. Mali Haklar

Mali haklarda sağlar arası işlemler, genellikle sözleşme şeklinde yapılır. FSEK'e göre, bu sözleşmeler, hakkın devredilmesi ve kullanım yetkisinin verilmesi olmak üzere iki türde olabilir (FSEK m. 48/I). Ya mali haklar ya da bunları kullanma yetkileri, üçüncü bir kişiye

---

144 Yargıtay HGK. T. 28.05.2008, E. 2008/11-368, K. 2008/393.
145 Yargıtay 11. HD. T. 14.12.1970, E. 1970/2985, K. 1970/5092.
146 Yargıtay HGK. T. 28.05.2008, E. 2008/11-368, K. 2008/393.
147 Alas Şekerbay, 2017, 80.
148 Suluk/Karasu/Nal, 2019, 128; Türker, 2016, 161-173.

devredilebilir. İlk sözleşme türüne devir sözleşmesi, ikincisine kullanım ruhsatı veya lisans sözleşmesi denilir.[149]

Bu bağlamda, mali hakların devri ile lisans (ruhsat) verilmesi birbirinden farklıdır. Mali hakların devrinde, devre konu olan bizzat mali hakkın kendisidir. Oysaki lisansa konu olan, mali hakkın kendisi değil, o mali haktan faydalanma (kullanma) yetkisidir. Böylece lisans veren, mali haklarının tamamının ya da bir kısmının kullanım yetkisini üçüncü kişiye devreder.[150]

Mali haklar; süre, yer ve konu bakımından kısıtlanarak ya da kısıtlanmadan, karşılıklı (ivazlı) ya da karşılıksız (ivazsız) olarak hak sahipleri tarafından üçüncü kişilere devredilebilirler (FSEK m. 48/I). Başka bir deyişle mali haklar; süreli ya da süresiz, ülkenin tamamı ya da bir bölgesi için, tamamen ya da kısmen, ivazlı ya da ivazsız devre konu olabilirler. Mesela;

- Bir romanın çoğaltma ve yayma hakkı üç yıllığına bir yayınevine devredilebilir (süreli devir).
- Bir sinema eserinin temsil hakkı sadece İstanbul ili için bir sinema dağıtım şirketine devredilebilir (yer itibariyle sınırlı devir).
- Bir fotoğrafın yalnızca bir reklam afişi olarak – mesela bir takvim olarak basılması hariç tutularak - çoğaltma ve yayma hakkı bir reklam şirketine devredilebilir (içerik yönünden sınırlı devir).
- Bir tiyatro piyesinin sadece yayın şeklindeki umuma iletim hakkı - yeniden yayın, dijital ortamda umuma erişim sağlama gibi diğer umuma iletim hakları eser sahibinde bırakılarak - bir televizyona devredilebilir (kısmen devir).
- Bir çocuk kitabının birinci baskısının çoğaltma ve yayma hakkı bu alanda faaliyet gösteren bir derneğe karşılıksız olarak devredilebilir (ivazsız devir).

Lisans sözleşmeleri, FSEK'te ruhsat olarak adlandırılan ve mali hakları kullanma yetkisi veren sözleşmelerdir. Ruhsat (lisans) sözleşmelerinden, sadece kullanım yetkileri verildiği için mali haklar esas itibariyle sahibinin malvarlığında kalmaya devam eder. FSEK'te lisans sözleşmeleri ikiye ayrılmıştır. Bir mali hakkı kullanma yetkisi, lisans alan dışında başka kişilere de devredilebilecek şekilde bir lisans sözleşmesi yapılırsa, buna basit lisans denilir. Mesela, bir tiyatro piyesinin temsil hakkı birden fazla tiyatro kulübüne verilerek lisans sözleşmesi tanzim edilirse, burada tüm sözleşmelerde basit lisans söz konusu olur (FSEK m. 56/I).[151]

Bir mali hakkı kullanma yetkisi lisans alan dışında başka kişilere de devredilemeyecek şekilde bir lisans sözleşmesi yapılırsa, buna tam

---

[149] Tekinalp, 2012, § 15 Kn. 13-14; Öztan, 2008, 559-564.
[150] Tekinalp, 2012, § 15 Kn. 13-14; Öztan, 2008, 560-564.
[151] Tekinalp, 2012, § 15 Kn. 14.

lisans denilir (FSEK m. 56/I). Tam lisansta, hak sahibi artık başkalarına ne tam ne basit lisans verebilir. Tam lisans, mali hakkın başka birine devrine engel teşkil etmez; tam lisans sahibinin hakları mali hakları devralan yeni hak sahibine karşı da korunur. Ancak, tam lisansta, başkasına tam veya basit fark etmeksizin lisans verilmesi mümkün değildir.[152]

Hukukî nitelikleri itibariyle, basit ruhsatlarda hasılat kirası; tam ruhsatlarda ise intifa hakkı hükümleri uygulanır (FSEK m. 56/III).

Lisans sözleşmeleri, tıpkı mali hakların devri sözleşmeleri gibi, süreli ya da süresiz, ülkenin tamamı ya da bir bölgesi için, tamamen ya da kısmen, ivazlı ya da ivazsız olarak akdedilebilir.

Eser sahibinden veya mirasçılarından mali bir hakkı devralan ya da ruhsat (lisans) alan kişi, ancak söz konusu eser sahibi ya da mirasçılarının muvafakatiyle bu hakkı bir başkasına devredebilir ya da ruhsat (lisans) verebilir (FSEK m. 49/I).

Mali bir hakkı devretme ya da lisans verme yetkisi bulunmayan bir kimseden yapılan iktisap, iyi niyetle yapılmış olsa dahi, hukuken korunmaz (FSEK m. 54/I),[153] Bununla birlikte, yetkisi olmaksızın mali bir hakkı başkasına devreden veya lisans veren kişi; yetkisi bulunmadığını diğer tarafın bildiğini veya bilmesi gerektiğini ispat etmedikçe tasarrufun hükümsüz kalmasından doğan zararı tazminle yükümlüdür. Yetkisiz devredenin veya lisans verenin kusurlu olması halinde, hakkaniyet gerektiriyorsa mahkeme daha fazla bir tazminata hükmedebilir (FSEK m. 54/II). Mesela, sahte bir devir sözleşmesine dayalı olarak mali hakları üçüncü bir kişiye devreden kişi, bu anlamda kusurludur.

Eser sahibi, kendisinden habersiz olarak yapılan devir veya lisans sözleşmelerinde, iyiniyetli üçüncü kişilere karşı korunmaktadır. Ancak iyiniyetli üçüncü kişiler de tamamen korumasız bırakılmamıştır: yetkisiz devri gerçekleştiren kişiden devir veya lisans sözleşmesinin hükümsüz olmasından doğan zararların tazminini talep edebilir. Hatta yetkisiz devir, aynı zamanda bir haksız fiil veya sebepsiz zenginleşme oluşturuyorsa, bunlara ilişkin Borçlar Kanunundaki hükümlerden doğan talepler de ileri sürülebilir (FSEK m. 54/III).

FSEK'te ileride meydana getirilecek eserlere ilişkin taahhüt ve tasarruf işlemleri arasında bir ayrıma gidilmiştir. Henüz meydana getirilmeyen eserleri konu alan devir ya da lisans sözleşmelerine ilişkin taahhüt işlemlerini yapmaya bir engel bulunmamaktadır (FSEK m. 50/I). Bu sözleşmelere ilişkin tasarruf işlemlerini tesis etmek ise mümkün

---

[152] Tekinalp, 2012, § 15 Kn. 14; Öztan, 2008, 562.

[153] Tekinalp, 2012, § 15 Kn. 32. "Çıra Gibi Yanıyorum" adlı eserle ilgili verdiği kararda Yargıtay, *"5846 sayılı FSEK m. 54 uyarınca mali bir hakkı yahut kullanma ruhsatını devre selahiyetli olmayan kimseden iktisap edenin hüsnüniyet sahibi olsa bile himaye göremeyecek"* olduğuna karar vermiştir. bkz.: Yargıtay 11. HD. T. 01/10/2018, E. 2016/14994, K. 2018/5883.

değildir (FSEK m. 48/III). Dolayısıyla eser sahibi, ileride meydana getireceği esere dair devir ya da lisans işlemi yapmayı şimdiden taahhüt edebilir; ancak buna ilişkin tasarruf işlemini yapamaz. Tasarruf işleminin yapılamama sebebi, eser henüz meydana getirilmemiş ve hakların ortaya çıkmamış olmamasıdır. Devir ve lisans sözleşmelerine ilişkin taahhütler, taraflardan her birince, ihbar tarihinden bir yıl sonra geçerli olmak üzere feshedilebilir (FSEK m. 50/II).

İleride meydana getirilecek eserlere ilişkin taahhüt işlemlerinin kendiliğinden feshedilmiş sayıldığı haller de bulunmaktadır. Bu haller, şunlardır (FSEK m. 50/III):

- Eser tamamlanmadan önce, eser sahibinin;
  - Ölümü,
  - Eseri tamamlama kabiliyetini kaybetmesi (mesela, eser sahibinin akıl hastalığına tutulması veya bir kaza sebebiyle cismani zarar görmesi sonucu eseri meydana getireceği vücut uzuvlarını kaybetmesi bu hale örnek teşkil eder),
  - Kusuru olmaksızın eserin tamamlanmasının imkânsız hale gelmesi (mesela resim sipariş eden kişinin vefatı sebebiyle portresinin ressam tarafından yapılamaması veya deprem nedeniyle bir heykelin yıkılması sebebiyle fotoğrafının fotoğraf sanatçısı tarafından çekilememesi bu hale örnek teşkil eder),
- Mali hakkı devralanın veya lisans alanın iflas etmesi,
- Mali hakkı devralanın veya lisans alanın sözleşme uyarınca devraldığı hakları kullanmaktan aciz duruma düşmesi (mesela, bu kişilerin akıl hastalığına tutulması),
- Mali hakkı devralanın veya lisans alanın kusuru olmaksızın sözleşme konusu hakkı kullanmasının imkânsız hale gelmesi (mesela, resmin üçüncü kişiler tarafından yakılması sebebiyle bu kişilerce resmin sergilenememesi bu hale örnek teşkil eder)

İleride çıkarılacak bir mevzuatla eser sahibine yeni bir mali hak tanınması halinde, bunların devrine veya başkalarına lisans verilmesine ilişkin sözleşmeler geçersizdir (FSEK m. 51/I).

İleride çıkarılacak mevzuatla mali hakların kapsamının genişletilmesi veya koruma süresinin uzatılmasından doğacak yetkilerden vazgeçilmesini veya bunların devrini içeren sözleşmeler de geçersizdir (FSEK m. 51/II).

Mali haklara ilişkin hem devir hem de lisans sözleşmeleri;

- Taahhüt ve tasarruf işlemleri de dahil olmak üzere *yazılı şekilde* düzenlenmeli (yazılı şekil şartı) ve
- Konu edindikleri hakları *ayrı ayrı* göstermelidir (munzam şekil şartı) (FSEK m. 52).

Yazılı şekil ve munzam şekil şartları, sıhhat (geçerlilik) şartlarıdır[154]. Taraflar edimleri yerine getirdikten sonra bu şartların ileri sürülmesi, hakkın kötüye kullanımını teşkil eder. Mesela, sözleşmelerde "eserim üzerindeki çoğaltma ve yayma haklarını devrettim" veya bu hakların "kullanım yetkilerini devrettim" ibarelerinin bulunması zorunludur. Bu işlemler karşılıksız (ivazsız) yapılır ise, sadece hak sahibinin imzası yeterlidir (TBK m. 14/I).

Mali bir hakkı devreden veya lisans veren kişi (eser sahibi veya sonraki halefleri), devir veya lisans alana karşı devre konu mali hakkın varlığını TBK'nın m. 191 ve 193. maddeleri uyarınca garanti etmiş sayılır (FSEK m. 53/I). Buna göre, eser sahibi veya sonraki halefleri; mali hakların bir edim karşılığında (ivazlı) devredilmiş veya lisans verilmiş olması ve sonradan bu hakların mevcut olmadığının anlaşılması halinde, devralana karşı sorumlu tutulur (TBK m. 191/I). Bir edim karşılığında olmayan devir veya lisanslarda ise, sorumlu olmayacaktır (TBK m. 191/II). Alacağın temlikinde temlik eden için öngörülen sorumluluk hali, mali bir hakkı devreden veya lisansı veren kişi için de kıyas yoluyla uygulanır. Sorumluluk kapsamına giren tazminat kalemleri, TBK m. 193'de sayılmıştır. Garanti yükümlülüğünü yerine getirmemek, aynı zamanda bir haksız fiil veya sebepsiz zenginleşme oluşturuyorsa, bunlara ilişkin Borçlar Kanunundaki hükümlerden doğan talepler de ileri sürülebilir (FSEK m. 53/II).[155]

FSEK kapsamında yapılacak devir ve lisans sözleşmeleri bakımından bir takım yorum kuralları öngörülmüştür. Bunlar, esasen ya aksi ispatlanabilir karineler ya da tamamlayıcı hukuk kurallarıdır. Bu yorum kuralları, şunlardır:

- Mali bir hakkın devri veya bir lisansın verilmesi, aksi belirtilmedikçe işleme hakkını içermez (FSEK m. 55).
- Bir sözleşmeyle verilen lisans, aksi belirtilmedikçe basit lisans sayılır (FSEK m. 58/II).
- Eserinin aslının veya nüshalarının mülkiyetinin devri, aksi belirtilmedikçe manevi ve mali hakların devrini ihtiva etmez (FSEK m. 57/I). Buna karşılık, bir güzel sanat eseri üzerinde çoğaltma hakkına sahip kişiden kalıp ve diğer çoğaltma aletlerinin zilyedliğini iktisap eden kişi, çoğaltma hakkını da iktisap etmiş sayılır (FSEK m. 57/II).
- Mali haklarını devralan film yapımcıları, film dublajı yapma veya alt yazı yazma yetkilerine de sahiptir (FSEK m. 80).

FSEK, eser sahibine mali haklara ilişkin devir ve lisans sözleşmelerinden cayma hakkı tanımıştır (FSEK m. 58). Mesela, bir romanın sinema eseri olarak uyarlanması yapımcı tarafından sürekli geciktirilebilir ve romanın yazarının bundan bir kazanç kaybı olabilir. Bu hallerde cayma hakkı, esasen bu sözleşmeleri fesih yetkisi

---

[154] Tekinalp, 2012, § 15 Kn. 35.
[155] Tekinalp, 2012, § 15 Kn. 31.

tanımaktadır. Cayma hakkının kullanılabilmesi için, FSEK'te öngörülen maddi ve şekli şartların gerçekleşmiş olması gerekir. Maddi şartlar, şunlardır (FSEK m. 58/I).[156]

- ❖ Mali hakların devrine veya kullanım ruhsatının (lisansının) verilmesine ilişkin bir sözleşme akdedilmiş olmalıdır.
- ❖ Sözleşmede devredilen hakların veya ruhsatın kullanımı için bir süre öngörülmüş olmalı; böyle bir süre öngörülmemişse eser sahibinden mali hak veya ruhsat iktisap eden kişiye bunu kullanması için uygun bir süre tanınmalıdır.
- ❖ Eser sahibinden bir hak veya ruhsat iktisap eden kişi, sözleşmede öngörülen veya kendisine tanınan süre içinde bu hakları kullanmamış olmalıdır.
- ❖ Hakların süresinde kullanılmaması sonucunda eser sahibinin menfaatlerinin esaslı bir şekilde ihlal edilmiş olmalı; yani eser sahibi bundan zarar görmüş olmalıdır.

Cayma hakkının kullanılabilmesi için gereken şekli şartlar ise, şunlardır:[157]

- ❖ Cayma hakkını kullanmak isteyen eser sahibi sözleşmedeki hakların kullanılması için noter vasıtasıyla diğer tarafa uygun bir mehil vermek zorundadır (FSEK m. 58/II). Mehil verilmesinin noter aracılığıyla yapılması bir geçerlilik şartı olup şu hallerde mehil verilmesine gerek bulunmamaktadır:
  - ▪ Hakkın kullanılması, eser sahibinden mali hak veya ruhsat iktisap eden kişi için imkânsız hale gelmişse,
  - ▪ Hakkın kullanılması eser sahibinden bir hak veya ruhsat iktisap eden kişi tarafından reddediliyorsa,
  - ▪ Mehil verilmesi halinde eser sahibinin menfaatleri esaslı surette tehlikeye düşmekteyse.
- ❖ Mehil sonuçsuz kalmalı; yani mehil sonuna kadar eser sahibinden mali hak veya ruhsat iktisap eden kişi tarafından haklar kullanılmamış olmalıdır (FSEK m. 58/II).
- ❖ Mehil sonuçsuz kaldıktan veya mehil verilmesine gerek bulunmadığı anlaşıldıktan sonra eser sahibi tarafından noter aracılığıyla cayma hakkının kullanıldığına ilişkin ihtar çekilmelidir (FSEK m. 58/III).

Cayma hakkının kullanılmasıyla eser sahibi ile mali hak veya ruhsat iktisap eden kişi arasındaki hukuki ilişki son bulur ve hak veya ruhsat sahibine döner. Bu yönü itibariyle cayma hakkı, bozucu yenilik doğuran bir haktır.[158] Kural olarak cayma, ihtarın tebliğinden itibaren

---

[156] Kılıçoğlu, 2017, 303; Topaloğlu, Mustafa, *Eser Sahipleri ve İcracı Sanatçıların Cayma Hakkı*, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt: 14, Sayı: 152, Nisan 2019, 838-839.

[157] Kılıçoğlu, 2017, 304.

[158] Topaloğlu, 2019, 841.

ileriye doğru etkili olarak hüküm ve sonuçlarını doğurur. Ancak istisnai olarak, henüz müzik eserinin tespiti veya yayımı için herhangi bir faaliyete başlanmamışsa, cayma geriye etkili olarak da hüküm ifade ettiği kabul edilebilir.[159]

Cayma hakkının kullanılabilmesi için, eser sahibinden mali hak veya ruhsat iktisap eden kişinin kusurlu olması şart değildir.[160] Kusur halinde, eser sahibi haksız fiil hükümlerine göre maruz kaldığı zararları tazmin etme hakkına sahiptir.

Eser sahibinden mali hak veya ruhsat iktisap eden kişi tarafından caymaya karşı itiraz davası açılabilir. Bu dava, cayma ihbarının tebliğinden itibaren dört (4) hafta içinde ikame edilebilir (FSEK m. 58/III). Bu süre, hak düşürücü niteliktedir[161]. Eser sahibinden mali hak veya ruhsat iktisap eden kişinin mali hakkı kullanmamakta kusuru yoksa veya eser sahibinin kusuru daha ağır ise hakkaniyet gerektiği hallerde uygun bir tazminat talep etme hakkına sahiptir (FSEK m. 58/IV). Dolasıyla caymaya karşı itiraz davasının konusunu; cayma hakkının kullanılması için gerekli olan maddi ve şekli şartların gerçekleşmiş olup olmadığı ve varsa eser sahibinden mali hak veya ruhsat iktisap eden kişinin tazminat talepleri oluşturur.

Cayma hakkından önceden vazgeçme geçerli değildir.[162] Cayma hakkının ileri sürülmesini iki yıldan fazla bir süre için yasaklayan sözleşme şartları da hükümsüzdür (FSEK m. 58/V).

Kural olarak, devir ve lisans sözleşmelerinin devredici etkileri bulunmaktadır. Bir mali hakkı veya lisansı devralan kişi, devredici etki sebebiyle bu hakları kullanır ve bu haklar mirasçılara da intikal eder. Ancak bazı hallerde mali haklar, kendiliğinden eser sahibine geri döner. Mali hakların eser sahibine geri dönmesi şu iki halde mümkündür (FSEK m. 59/I-II):[163]

- Mali hakkın belirli bir amaç için devredilmesi ve bu amacın gerçekleşmiş olması halinde, mali hak eser sahibine veya mirasçılarına geri döner. Mesela, bir yazar bir kitabın belirli sayıda basılıp satılması konusunda bir yayıneviyle anlaşır ve bu sayıya ulaşılırsa, amaç hasıl olduğundan o eser üzerindeki çoğaltma ve yayma hakları eser sahibine geri döner.
- Mali hakkın belirli bir süre için devredilmesi ve bu sürenin dolması halinde, mali hak eser sahibine veya mirasçılarına geri döner. Mesela, devir veya lisans sözleşmesinin iki yıl süreyle akdedilmesi halinde, bu sürenin bitimiyle sözleşmeye konu mali hak eser sahibine geri döner.

---

159 Topaloğlu, 841.
160 Tekinalp, 2012, § 15 Kn. 42; Topaloğlu, 2019, 841.
161 Topaloğlu, 2019, 840.
162 Tekinalp, 2012, § 15 Kn. 45.
163 Tekinalp, 2012, § 15 Kn. 48-49.

Mali hak eser sahibine veya mirasçılarına geri döneceğine ilişkin kural, mali hak veya ruhsat iktisap eden kişinin ölümü veya iflası hallerinde geçerli değildir. Mali hak veya ruhsat iktisap eden kişinin üçüncü kişiye devir yetkisi bulunmasa bile hak geri dönmez; meğer ki, işin mahiyeti icabı, hakkın kullanılması, iktisap edenin şahsına bağlı bulunsun (FSEK m. 59/I).

İcracı sanatçılar, mali hakları devredilebilirler (FSEK m. 80/I-1-A-(5)). İcracı sanatçılar mali haklarını genellikle yapımcılara devretmektedir. Yapımcıya devredilen mali hakların kullanımında artık icracı sanatçının izni gerekli değildir (Komşu Haklar Yönetmeliği m. 8/I). İcranın, birden fazla icracı sanatçıdan oluşan bir orkestra, koro veya tiyatro grubu tarafında gerçekleştirilmesi halinde, orkestra veya koroda yalnız şefin, tiyatro grubunda ise yönetmenin izni gerekli ve yeterlidir (FSEK m. 80/I-1-A-(6)). Müzik gruplarında olduğu gibi icranın birkaç icracı sanatçı tarafından birlikte gerçekleştirilmesi halinde, iznin her bir icracı sanatçıdan alınması gerekmektedir. Mesela, Yeni Türkü ve Manga gibi müzik gruplarında durum böyledir.[164]

Bağlantılı haklarla ilgili verilen izinler, yazılı olmak zorundadır. Ancak şu hallerde izin gerekli değildir:

- Eserlerin kamu düzeni, eğitim-öğretim, bilimsel araştırma veya haber amacıyla ve kazanç amacı güdülmeksizin icra edilmesi ve kamuya arzı,
- Eserlerin ve radyo-TV programlarının kâr amacı ve yayınlama amacı gütmeksizin şahsi kullanıma mahsus çoğaltılması,
- Radyo-TV kuruluşlarının kendi imkanlarıyla yine kendi yayınları için yaptıkları kısa süreli geçici tespitler,
- FSEK m. 30, 32, 34, 43, 46 ve 47'de belirtilen haller.

B- Haklar Üzerinde Cebri İcra, Rehin ve Hapis

1. Manevi Haklar

Manevi haklar, kanunî veya akdi bir rehin hakkının, cebri icranın veya hapis hakkının konusu olamaz.

2. Mali Haklar

Eserin cisimlendiği maddi eşya ile mali haklar, ekonomik bir değer ifade ettikleri için kanunî veya akdi bir rehin hakkının, cebri icranın veya hapis hakkının konusu olabilirler. Aşağıdaki hallerde, rehin, cebri icra veya hapis hakkı mümkündür (FSEK m. 62/I):

- Alenileşmiş bir eserin müsveddesi veya aslı,

[164] Suluk/Karasu/Nal, 2019, 127.

- Yayımlanmış bir eserin çoğaltılmış nüshaları,
- Alenileşmiş bir eser üzerindeki mali haklar,
- Eser sahibinin mali haklara dair hukuki muamelelerden doğan para alacakları.

Cebri icra eserin cisimlendiği maddi eşya üzerinde uygulandığında, satış işlemi o eserin maddi varlığını (eserin aslı veya müsveddesi ya da çoğaltılmış nüshalarını) kapsar; mali haklar ile bu hakları kullanma yetkisi satın alana geçmez.

Mali hakların cebri icraya konu teşkil etmesi, eser sahibinin manevi haklarını ihlal etmemek şartıyla mümkündür.

Güzel sanat eserlerine ait kalıplar ve sair çoğaltma vasıtaları, mali haklar üzerinde cebri icra uygulanması için gerekli görüldüğü nispette zilyet olan kimselerden geçici olarak alınabilir (FSEK m. 62/IV). Benzer şekilde, mimarlık eserleri hariç olmak üzere güzel sanat eserlerinin asılları ve eser sahibine veya mirasçılarına ait musiki, ilim ve edebiyat eserlerinin müsveddeleri, mali haklar üzerinde cebri icra uygulanması için gerekli görüldüğü nispette zilyet olan kimselerden geçici olarak alınabilir (FSEK m. 62/V).

Eserin cisimlendiği maddi eşya üzerinde bir rehin hakkı, TMK m. 939-949 (taşınır rehni) hükümlerine göre; hapis hakkı ise TMK m. 950 hükmüne göre tesis edilir. Rehin sözleşmesinin geçerli olması için yazılı şekilde yapılması zorunludur. Sözleşmede rehin olarak verilenler ayrı ayrı gösterilmelidir (FSEK m. 62/II).

İcra ve İflas Kanununun m. 24 ve 30 hükümleri saklı kalmak kaydıyla:

- Eser sahibinin veya mirasçılardan birinin mülkiyeti altında bulunan henüz alenileşmemiş bir eserin müsvedde veya asılları,
- Sinema eserleri hariç olmak üzere birinci bentte zikredilen eserler üzerindeki mali haklar,
- Eser sahibinin, mali haklara dair hukuki muamelelerden doğan paradan gayrı alacakları,

kanuni veya akdi bir rehin hakkının, cebri icranın veya hapis hakkının konusu olamaz (FSEK m. 61).

C- Miras ve Ölüme Bağlı Tasarruflar

1. Manevi Haklar

FSEK, manevi hakların miras yoluyla devri bakımından ikili bir ayrıma gitmiştir. Manevi hakların bir bölümü, TMK'da öngörülen miras hükümleri uyarınca intikal etmemektedir.[165] FSEK bunlarla ilgili özel

[165] *FSEK ... ile tanınan mali haklar miras yolu ile intikal eder. Eser sahibinin aynı Kanun'dan doğan manevi hakları ise ölümü halinde mirasçılarına intikal etmez... Görülen davada, işleme*

intikal hükümleri getirmiştir. Bu hükümler, manevi hak türüne göre değişen intikal hallerini düzenlemektedirler.

a. Özel Miras Hükümlerine Tabi Manevi Haklar

FSEK m. 14/I ve 15/I'de düzenlenen manevi haklar, bir sıra takip ederek intikal ederler. Gerçekten eser sahibi, FSEK m. 14/I ve 15/I'de düzenlenen manevi hakların ölümden sonra kullanımı konusunda bazı kişi veya kişileri yetkilendirilebilir (FSEK m. 19/I). Böylece, FSEK m. 14/I ve 15/1'de düzenlenen manevi hakları kullanma yetkisinin intikali bakımından ilk sırada, *eser sahibinin yetkilendirdiği kişiler* bulunmaktadır.

Yetki devri, eser sahibinin sağlığında düzenleyeceği vekalet sözleşmesi (TBK m. 502 vd.) gibi sağlar arası bir hukukî işlemle veya vasiyet (TMK m. 531 vd.) ya da miras sözleşmesi (TMK m. 545 vd) gibi ölüme bağlı bir tasarrufla yapılabilir.[166]

Yetki devrinin konusu, FSEK m. 14/I ve 15/I'de düzenlenen manevi hakların kullanılış tarzıdır. Bu yetkiler şunlardır.[167]

- Eseri umuma arz edip etmeme konusunda karar verme yetkisi (FSEK m. 14/I),
- Eserin umuma arz zamanını belirleme yetkisi (FSEK m. 14/I),
- Eserin umuma arz edilme tarzını belirleme yetkisi (FSEK m. 14/I)
- Eser sahibi olarak tanıtılmayı isteyip istememe yetkisi (FSEK m. 15/I),
- Eser sahibi olarak tanıtılmayı istediği takdirde ne tarzda tanıtılmak istediğini tayin etme yetkisi (FSEK m. 15/I),

Yetki devri halinde, manevi hakların kullanılmasına dair yetkiler, kendisine yetki verilen kişi veya kişiler tarafından kullanılır. Yetkilendirilen kişi, eser sahibinin devirle getirdiği şartlarla ve onun arzusuyla bağlıdır. Mesela; eser sahibi yetki devriyle eserin umuma arz edilmemesini istemişse eser umuma arz edilemez; belirli bir tarihte veya takma adla umuma arz edilmesini istemişse o tarihten önce veya takma ad yerine eser sahibinin gerçek adıyla umuma arz edilemez.

Yetkilendirilen kişi, gerçek veya tüzel kişi; kamu ya da özel hukuk tüzel kişisi; veyahut meslek birliği olabilir.

---

eser sahibinin mirasçısı olan davacıların isteminin, eserin davalı şirket tarafından izinsiz olarak umuma arzı nedeniyle FSEK'in 14/I maddesi yoluyla aynı yasanın 70/I maddesine dayalı manevi hak tazminatı olduğuna göre, FSEK'in 19/I maddesi uyarınca davacıların tazminat talep etme hakları olamayacağından dolayı istem reddedilmelidir." Yargıtay 11. HD. T. 22.12.2005, E. 2004/14950, K. 2005/12769.

166 Kılıçoğlu, 2017, 380.

167 Yargıtay 11 HD. T. 19.03.2007, E. 2006/1431, K. 2007/4583. Bu karar, daha sonra yerel mahkemenin direnme kararı üzerine başka bir sebeple şu kararla kaldırılmıştır: Yargıtay HGK. T. 28.05.2008, E. 2008/11-368, K. 2008/393.

FSEK m. 14/I ve 15/I'de düzenlenen manevi haklara ilişkin bir yetki devri yapılmamış (kullanış tarzlarının tespiti konusunda bir yetkilendirme yapılmamış) olması halinde, bu yetkiler tayin edilmişse vasiyeti tenfiz memuru tarafından kullanılır (FSEK m. 19/I).[168] Böylece, FSEK m. 14/I ve 15/1'de düzenlenen manevi hakları kullanma yetkisinin intikali bakımından ikinci sırada, *vasiyeti tenfiz memuru* bulunmaktadır.

Vasiyeti tenfiz memuru, eser sahibi tarafından vasiyetnameyle (TMK m. 550 vd.) atanabilir.[169] Dolayısıyla, FSEK m. 14/I ve 15/1'de düzenlenen manevi hakları kullanma yetkisinin vasiyeti tenfiz memuru tarafından devren kullanılması için usulüne uygun düzenlenmiş bir vasiyetnamenin varlığı şarttır.

FSEK m. 14/I ve 15/I'de düzenlenen manevi haklara ilişkin bir vasiyeti tenfiz memuru tayin edilmemiş olması halinde, bu yetkiler bu defa sırasıyla, eser sahibinin;

- Sağ kalan eşi ile çocuklarına ve mansup mirasçılarına,
- Ana ve babasına,
- Kardeşlerine,

intikal eder (FSEK m. 19/I). Bu haleflerin hukukî durumları, şu şekildedir:

Tayin edilmiş olsa bile vasiyeti tenfiz memurunun anılan yetkileri kullanmadan vefat etmiş ya da kullanma imkanını kaybetmiş olması (vasiyeti tenfiz memurunun fiil ehliyetini kaybetmesi ve vasiyetnamenin iptal edilmesi) hallerinde, bu yetkiler yine bu sıraya göre bir alt sıradaki kişilere intikal eder.[170] Böylece FSEK m. 14/I ve 15/I'de düzenlenen manevi hakları kullanma yetkisinin intikali bakımından üçüncü sırada, *sırasıyla eser sahibinin sayılan yakınları* bulunmaktadır.

Sağ kalan eş, çocuklar ve mansup mirasçılar aynı sıradadır ve hep birlikte FSEK m. 14/I ve 15/I'de düzenlenen manevi hakları kullanma yetkisine sahiptirler. Anılan yetkiler, bunlardan hepsi vefat etmeden alt sıradakilere – yani ana ve babaya – geçmez. Diğer bir deyişle, bunlardan birinin vefatıyla anılan yetkiler ikinci sırada yer alanlara intikal etmez. Sağ kalanlar, diğerleri vefat etmiş olsa bile anılan yetkileri kullanırlar. Mesela, eser sahibinin eşi vefat etmişse geriye kalan çocuklar ve mansup mirasçılar anılan yetkileri kullanmaya devam ederler.

Eski 743 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun m. 463'te yer alan mansup mirasçı kavramı, yeni TMK'da atanmış mirasçı anlamına gelmektedir. Atanmış mirasçıların, aynen vasiyeti tenfiz memuru gibi, eser sahibi tarafından vasiyetnameyle terekenin tamamı veya belli payı

---

[168] Kılıçoğlu, 2017, 380.
[169] Kılıçoğlu, 2017, 380.
[170] Kılıçoğlu, 2017, 380-381.

için mirasçı tayin edilmiş olmaları halinde (TMK m. 516), bunlar anılan manevi hakları kullanma yetkisini de elde ederler.[171]

Sağ kalan eş, çocuklar ve mansup mirasçılar bulunmazsa eser sahibinin ana ve babası hep birlikte FSEK m. 14/I ve 15/I'de düzenlenen manevi hakları kullanma yetkisine sahip olurlar. Bunlardan hepsi vefat etmeden alt sıradakilere – yani kardeşlere – anılan yetkiler intikal etmez; yani biri vefat etmiş olsa bile diğeri yalnız başına bu yetkileri kullanır.

Eser sahibinin ana ve babası bulunmazsa FSEK m. 14/I ve 15/I'de düzenlenen manevi hakları kullanma yetkisi, bu kez eser sahibinin kardeşlerine geçer. Vefat eden kardeşin yetkisi, kendi mirasçılarına intikal etmez; sağ kalan kardeşler yetkili olurlar.

Alt sırada yer alanlar, üst sıradakilere karşı herhangi bir talep ileri süremezler ve yetkilerine de itiraz edemezler. Ancak somut olayın özelliğine göre, üst sıradakiler makul süre içinde yetkilerini kullanmazlarsa alt sıradakiler anılan yetkileri kullanma hakkını kazanırlar.

Yukarıda sayılan yakınlar, eser sahibinin mirasını reddetseler dahi, bu durum FSEK m. 14/I ve 15/I'de düzenlenen yetkileri kullanmalarına engel teşkil etmez. Buna karşın, yukarıda sayılan yakınların mirastan yoksun olmaları (TMK m. 578)[172] veya mirasçılıktan çıkarılmış olmaları (TMK m. 510)[173] hallerinde, anılan yetkileri kullanma hakkını kaybederler; şayet aynı sırada diğer yakınlar varsa onlar, bu da yoksa alt sıradaki yakınlar yetkileri kullanmaya hak kazanırlar.

FSEK m. 14/III, 15/III ve 16/III'de düzenlenen manevi haklar, tıpkı FSEK m. 14/I ve 15/I'de düzenlenenler gibi, bir sıra takip ederek intikal ederler. Bu yetkiler şunlardır:

- Eser sahibinin şeref ve itibarını zedeleyecek nitelikteki umuma arzı menetme yetkisi (FSEK m. 14/III).
- Eser sahibi olarak tespit edilmeyi mahkemeden isteme yetkisi (FSEK m. 15/III).
- Eserde, eser sahibinin şeref ve itibarını zedeleyen veya eserin mahiyetini ve hususiyetini bozan her türlü değiştirmeleri menetme yetkisi (FSEK m. 16/III).

FSEK m. 14/I ile 15/I'de düzenlenen manevi hakların intikali bakımından takip edilen ilk üç sıra, FSEK m. 14/III, 15/III ve 16/III'de düzenlenenler için de geçerlidir (FSEK m. 19/II). Şu hale göre FSEK m. 14/III, 15/III ve 16/III'de düzenlenen manevi hakları kullanma yetkisine sahip olanlar;

- Birinci sırada eser sahibinin yetkilendirdiği kişiler;

---

171 Kılıçoğlu, 2017, 380-381.

172 Mirastan yoksunluk halleri için bkz. Öztan, Bilge, *Miras Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014, 364-371.

173 Mirastan çıkarılmanın şartları için bkz. Öztan, 2014, 152-174.

- Bunlar yoksa ve şayet atanmışsa ikinci sırada vasiyeti tenfiz memuru;
- Atanmamışsa üçüncü sırada ilk olarak sağ kalan eş ile çocuklar ve mansup mirasçılar, ikinci olarak ana ve baba, üçüncü olarak kardeşlerdir.

İlk üç sıradaki haleflerin aynı olmasına rağmen, FSEK m. 14/III, 15/III ve 16/III ile FSEK m. 14/I ve 15/I'de düzenlenen manevi hakların halefler tarafından kullanımı bakımından üç fark mevcuttur.

İlk olarak, ilk üç sırada bulunan yetkili kişiler (halefler), FSEK m. 14/III, 15/III ve 16/III'de düzenlenen manevi hakları eser sahibinin ölümünden itibaren yetmiş yıl kendi namlarına kullanabilirler (FSEK m. 19/II). Oysaki, FSEK m. 14/I ve 15/I'de düzenlenen manevi haklar, her bir sıradaki kişi tarafından kendi vefatına kadar ve nihai olarak hepsi -yani en sonuncusu- vefat edene kadar kullanılabilir.

İkinci olarak, FSEK m. 14/III, 15/III ve 16/III'de düzenlenen manevi haklar bakımından dördüncü ve beşinci sıradaki bu hakları kullanma yetkisine sahip olan kişiler bulunmaktadır. İlk üç sırada kimsenin bulunmaması veya bulunup da yetkilerini kullanmaması halinde, *eser sahibinden veya halefinden mali bir hak iktisap eden kimse*, meşru bir menfaati bulunduğunu ispat şartıyla, FSEK m. 14/III, 15/III ve 16/III'de düzenlenen manevi hakları kendi namına kullanabilir (FSEK m. 19/III).[174]

FSEK m. 14/III, 15/III ve 16/III'de düzenlenen manevi haklar bakımından beşinci sırada, *Kültür ve Turizm Bakanlığı* bulunmaktadır (FSEK m. 19/V). Kültür ve Turizm Bakanlığı'nın anılan manevi hakları kullanabilmesi için;

- İlk dört sıradan hiç kimsenin bulunmaması veya
- İlk dört sıradan kişiler bulunsa bile yetkilerini kullanmamaları ya da
- İlk üç sıra bakımından eser sahibinin ölümünden itibaren yetmiş yıllık sürenin dolmuş olması ve
- Eserin memleket kültürü bakımından önemli görülmesi,

Şarttır.[175]

Üçüncü olarak, her iki hak grubu arasında husumet ehliyeti bakımından fark bulunmaktadır. Bu husus aşağıda değerlendirilmektedir.

FSEKTEKİ MANEVİ HAKLARIN ÖZEL HÜKÜMLERE GÖRE İNTİKALİ		
İntikal Sırası	**FSEK m. 14/I ile 15/I'de Düzenlenen Manevi Haklar**	**FSEK m. 14/III, 15/III'de ve 16/III'de Düzenlenen Manevi Haklar**
1. Sıra	- Eser sahibinin yetkilendirdiği	- Eser sahibinin yetkilendirdiği

[174] Kılıçoğlu, 2017, 382.
[175] Kılıçoğlu, 2017, 382.

		kişiler (FSEK m. 19/I) - Gerçek Kişiler veya Özel ya da Kamu Tüzel Kişileri - Meslek Birlikleri	kişiler (FSEK m. 19/II) - Gerçek Kişiler veya Özel ya da Kamu Tüzel Kişileri - Meslek Birlikleri
2. Sıra		Vasiyeti tenfiz memuru (FSEK m. 19/I)	Vasiyeti tenfiz memuru (FSEK m. 19/II)
3. Sıra	**1. Sıra**	Sağ kalan eş ile çocuklar ve mansup mirasçılar (FSEK m. 19/I)	Sağ kalan eş ile çocuklar ve mansup mirasçılar (FSEK m. 19/II)
	2. Sıra	Ana ve baba (FSEK m. 19/I)	Ana ve baba (FSEK m. 19/II)
	3. Sıra	Kardeşler (FSEK m. 19/I)	Kardeşler (FSEK m. 19/II)
4. Sıra		Mevcut Değil	Eser sahibinden veya halefinden mali bir hak iktisap eden kimse (meşru bir menfaati bulunduğunu ispat şartıyla) (FSEK m. 19/III)
5. Sıra		Mevcut Değil	Kültür ve Turizm Bakanlığı (Eser memleketin kültürü bakımından önemli görüldüğü takdirde) (FSEK m. 19/V)
İntikal eden yetkiler		❖ Eseri umuma arz edip etmeme konusunda karar verme yetkisi (FSEK m. 14/I), ❖ Eserin umuma arz zamanını belirleme yetkisi (FSEK m. 14/I), ❖ Eserin umuma arz edilme tarzını belirleme yetkisi (FSEK m. 14/I) ❖ Eser sahibi olarak tanıtılmayı isteyip istememe yetkisi (FSEK m. 15/I), ❖ Eser sahibi olarak tanıtılmayı istediği takdirde ne tarzda tanıtılmak istediğini tayin etme yetkisi (FSEK m. 15/I),	❖ Eser sahibinin şeref ve itibarını zedeleyecek nitelikteki umuma arzı menetme yetkisi (FSEK m. 14/III). ❖ Eser sahibi olarak tespit edilmeyi mahkemeden isteme yetkisi (FSEK m. 15/III). ❖ Eserde, eser sahibinin şeref ve itibarını zedeleyen veya eserin mahiyetini ve hususiyetini bozan her türlü değiştirmeleri menetme yetkisi (FSEK m. 16/III).
Koruma Süresi		Her bir mirasçı vefat edene kadar ve nihai olarak hepsi -yani en sonuncusu- vefat edene kadar	- İlk üç sıra bakımından eser sahibinin ölümünden itibaren yetmiş yıl (FSEK m. 19/II), - Dördüncü sıra bakımından mali hakların koruma süresi dolana kadar (FSEK m. 26) - Beşinci sıra bakımından süresiz (FSEK m. 19/V).

Manevi hakları kullanma yetkisini elde eden eser sahibinin yetkilendirdiği kişilerin, vasiyeti tenfiz memurlarının veya eser sahibinin anılan akrabalarının (FSEK m. 19/I-II) ya da eser sahibinden mali hak edinenlerin birden fazla olmaları ve sözü edilen manevi hakları

kullanma konusunda anlaşamamaları halinde, mahkeme, eser sahibinin muhtemel arzusuna en uygun şekilde basit yargılama usulü ile ihtilafı çözer (FSEK m. 19/IV).

b. Genel Miras Hükümlerine Tabi Manevi Haklar

FSEK'te, eser sahibinin yukarıda sayılanlar dışındaki manevi haklarının intikaline ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Kapsam dışı kalan manevi haklar, şunlardır:

- Eserin muhtevası hakkında bilgi verme yetkisi (FSEK m. 14/II).
- Bir güzel sanat eserinden çoğaltma ile elde edilen kopyalarda ve bir işlenmenin aslı veya çoğaltılmış nüshaları üzerinde, asıl eser sahibinin adının, kararlaştırılan veya adet olan şekilde belirtilmesi ve vücuda getirilen eserin bir kopya veya işlenme olduğunun açıkça gösterilmesi yetkisi (FSEK m. 15/II).
- Eser niteliğindeki mimari yapılarda, silinmeyecek biçimde eser sahibinin adının yazılmasını isteme yetkisi (FSEK m. 15/IV).
- Eser sahibinin adında kısaltmalar, eklemeler ve başka değiştirmeler yapılmasını menetme yetkisi (FSEK m. 16/I).
- Eserin aslına ulaşma hakkı (FSEK m. 17/I).
- Eseri tahrip etmeyi önleme hakkı (FSEK m. 17/II).
- Sergileme hakkı (FSEK m. 17/III).

FSEK'te özel intikal hükümleri bulunmayan bu manevi hakların TMK'daki miras hükümlerine tabi olduklarının kabulü gerekmektedir.

2. Mali Haklar

FSEK'te tanınan mali haklar miras yolu ile intikal eder (FSEK m. 63/I). Böylece, mali hakların intikali, TMK'daki miras hükümlerine göre gerçekleşir. Mali haklar üzerinde ölüme bağlı tasarruflar yapılması da mümkündür (FSEK m. 63/II).[176] Ölüme bağlı tasarruflar, vasiyetname veya miras sözleşmesi şeklinde yapılabilir.[177]

İştirak halinde eser sahiplerinden birinin eserin tamamlanmasından veya alenileşmesinden önce ölmesi halinde, vefat edene ait pay diğerleri arasında taksim edilir. Bu halde, diğer tüm eser sahipleri, vefat eden eser sahibinin mirasçılarına uygun bir pay bedeli ödemekle yükümlüdür. Eser sahibinin mirasçılarının pay bedeli üzerinde anlaşma sağlayamamaları halinde, bu bedel mahkeme tarafından tayin edilir (FSEK m. 64/I).

---

[176] Tekinalp, 2012, § 15 Kn. 2; Öztan, 2014, 537.

[177] Öztan, 2014, 186; Serozan, Rona/Engin, Baki İlkay, *Miras Hukuku ve Uygulama Çalışmaları*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, 260.

İştirak halinde eser sahiplerinden birinin eserin alenileşmesinden sonra ölmesi halinde, hayatta kalan eser sahiplerine seçimlik bir hak tanınmıştır. Bunlar, vefat eden eser sahibinin mirasçılarıyla birliği devam ettirebilirler (FSEK m. 64/II). İştirak halinde eser sahipliğini devam ettirme yönünde karar verirlerse, sağ kalan diğer eser sahipleri mirasçılardan birliğe karşı haklarının kullanılması hususunda bir temsilci tayinini talep edebilirler (FSEK m. 64/III). İştirak halinde eser sahipliğini devam ettirme kararının geriye kalan diğer tüm eser sahipleri tarafından oybirliğiyle alınması gereklidir. Devama karar verilmemesi halinde ise, hayatta kalan diğer tüm eser sahipleri, vefat eden eser sahibinin mirasçılarına uygun bir pay bedeli ödemekle yükümlüdür. Eser sahibinin mirasçılarının pay bedeli üzerinde anlaşma sağlayamamaları halinde, bu bedel mahkeme tarafından tayin edilir (FSEK m. 64/IV atfıyla m. 64/I).

Eser sahibinin terekesinde FSEK'te tanınan mali haklar mevcut olup da TMK'nın 64/III maddesi uyarınca bir tereke temsilcisi atanmışsa, temsilci, bu haklar üzerinde yapacağı hukukî işlemler için mirasçıların onayını almaya mecburdur (FSEK m. 65).

Bağlantılı hakların hukukî işlemle ve mirasla intikaline, FSEK m. 48 ve devamı hükümleri uygulanır (Komşu Haklar Yönetmeliği m. 23).[178]

D- Koruma Süresi

1. Manevi Haklar

Manevi haklar, kural olarak eser sahibinin hayatı boyunca devam eder. Eser sahibinin ölümünden sonra kullanılmaları ise zaman bakımından sınırlanmamış olmakla birlikte belirli kurallara tabidir. Bu kurallara göre manevi hakların koruma sürelerini aşağıdaki şekilde bir ayrıma tabi tutmak mümkündür:

- FSEK m. 14/I ve 15/I'de düzenlenen manevi haklar: FSEK m. 19/I'de gösterilen yetkili kişiler tarafından kendi vefatlarına kadar ve nihai olarak hepsi -yani en sonuncusu- vefat edene kadar kullanılabilir.
- FSEK m. 14/III, 15/III ve 16/III'de düzenlenen manevi haklar: FSEK m. 19/II'in atfıyla 19/I'de gösterilen yetkili kişiler tarafından eser sahibinin ölümünden itibaren yetmiş yıl kendi namlarına kullanılabilir. Bunların bulunmaması veya bulunup da yetkilerini kullanmaması halinde, eser sahibinden veya halefinden mali bir hak iktisap edenler bu manevi hakları kendi namına kullanabilir. Bunlar da yoksa bu hakları Kültür ve Turizm Bakanlığı kullanır. Kültür ve

[178] Ancak konunun yönetmelikle düzenlenmiş olması kanun yapma tekniğine açıkça aykırıdır.

Turizm Bakanlığı için zaman bakımından bir kısıtlama bulunmamaktadır.

- FSEK m. 14/II, 15/II-IV, 16/I ve 17'de düzenlenen manevi haklar: miras yoluyla intikal ettiklerinden eser sahibinin mirasçıları tarafından süresiz kullanılabilirler.

2. Mali Haklar

Eser sahibine tanınan mali haklar, süresiz olmayıp zamanla sınırlıdır. Koruma süreleri bittikten sonra herkes, mali haklardan izin almaksızın ve bir bedel ödemeksizin faydalanabilir (FSEK m. 26). Bu süre, eser sahibinin yaşadığı müddetçe ve ölümünden itibaren 70 yıl devam eder (FSEK m. 27/I).

Koruma süresinin bitiminden sonra mali haklardan herkesin istifade etmesine iki istisna getirilmiştir. Bu istisnalar, bir eserden devletin faydalanma yetkisi (FSEK m. 46) ve eserin kamuya mal edilmesidir (FSEK m. 47).

Koruma süreleri, bir eserin aslı ve işlenmeleri için birbirinden bağımsız olarak işler (FSEK m. 26/II). Bu kural, müşterek eser sahipliği bakımından da geçerlidir (FSEK m. 26/III).

Koruma sürelerinin başlangıcı, kural olarak, eserin alenileşme zamanına göre belirlenir (FSEK m. 26/III).

Böylece koruma süreleri,

- Eserin ilk defa alenileştiği veya
- Parça parça alenileşen ve bütünü itibariyle FSEK kapsamında korumaya mazhar olan eserlerde alenileşmiş sayıldığı (FSEK m. 26/IV)

yıldan sonraki senenin ilk gününden itibaren hesap olunur (FSEK m. 26/V).

Eser sahibi *hayattayken* alenileşmiş eserlerde koruma süresi, vefatını takip eden yılın başından itibaren hesaplanır (FSEK m. 26/VI). Mesela eser, 28 Temmuz 2019'da alenileşir ve eser sahibi 15 Ağustos 2019'da vefat ederse, 70 yıllık süre 1 Ocak 2020'de başlar.

Eser sahibinin *vefatından* sonra alenileşmiş eserlerde koruma süresi, vefat tarihine göre hesaplanır (FSEK m. 27/II). Ancak bu halde de koruma süresi, eser sahibinin vefatını takip eden yılın başından başlatılır. Mesela eser sahibi, 28 Temmuz 2018'da vefat eder ve eser 15 Ağustos 2019'da alenileşirse, 70 yıllık süre 1 Ocak 2019'de başlar.

Eser sahibinin birden fazla olması hallerinde (mesela, müşterek eser sahipliği, iştirak halinde eser sahipliği ve sinema eseri sahipliği) 70 yıllık süre, eser sahiplerinden son sağ kalanın vefat tarihini takip eden yılın başından işlemeye başlar (FSEK m. 26/VI, 27/I).

Bir eserin ne gerçek ne de müstear ad belirtilmeksizin kamuya sunulmuş olması halinde eserden kaynaklanan mali ve manevi hakları kullanma yetkisi öncelikle yayımcıya, o belli değilse çoğaltana aittir

(FSEK m. 12/I). Bu hallerde koruma süresi, eserin aleniyet tarihinden itibaren 70 yıldır (FSEK m. 27/III).

Mali hakları kullanma yetkisinin tüzelkişiye ait olduğu eserlerde (FSEK m. 18/II), koruma süresine ilişkin özel bir düzenleme bulunmaktadır. Bu eserlerde süre, aleniyet tarihinden itibaren 70 yıldır (FSEK m. 27/IV).

3. Bağlantılı Haklar

İcracı sanatçıların manevi hakları yönünden koruma süresi, hayat boyu ve en az mali hakların sona ermesine kadardır. İcra sanatçıların mali hakları yönünden ise, tespit edilmiş icralarda ilk tespitten itibaren 70 yıl; tespit edilmemiş icralarda icranın ilk aleniyet tarihinden itibaren 70 yıldır (FSEK m. 82/V).

Fonogram ve film yapımcılarının mali hakları yönünden koruma süresi, ilk tespitten itibaren 70 yıldır. Yayın kuruluşlarının mali hakları yönünden ise ilk yayından itibaren 70 yıldır (FSEK m. 82/VI-VII).

IV- HUKUK DAVALARINDA DAVACI SIFATI

Aşağıda, bu haklara ilişkin açılacak davalarda davacı sıfatının belirlenmesine ilişkin kurallar sırasıyla ele alınmaktadır. Bu analizde tazminat davası kavramı, manevi ve maddî tazminat ile kârın iadesi davasını da kapsayacak şekilde kullanılmıştır.

A- Mali Haklara İlişkin Davalarda Davacı Sıfatı

1. Eser Sahibi

FSEK m. 18/I uyarınca, "mali hakları kullanma yetkisi münhasıran eser sahibine aittir". Buna göre, bir eser üzerindeki mali hakların ihlal edilmesi halinde, eser sahibi, kural olarak, tecavüzün ref'i, men'i ve tazminat davalarını açabilir.

2. Müşterek Eser Sahipleri

Müşterek eser sahipliğinde davacı sıfatı, eserin bağımsız bölümleri ve bütünü üzerinde olmak üzere ikili bir ayrıma göre belirlenir. Müşterek eser sahipleri, meydana getirdikleri bağımsız eser bölümü üzerinde mali hakların sahibi olurlar. Böylece, her bir müşterek eser sahibi, meydana getirdiği bu bağımsız bölüm için diğerlerinin iştirakine gerek olmaksızın tek başına tecavüzün ref'i, men'i ve tazminat davalarını açabilir (FSEK m. 9/I).

Eserin bütünü üzerindeki dava açma hakkı, bu konuda eser sahiplerince bir sözleşme yapılıp yapılmadığına göre belirlenir. Eserin bütünü üzerinde dava açma konusunda kural olarak, müşterek eser

sahiplerinin tamamının izni aranır. Bunun istisnası, mali haklar (ve FSEK gereği eserin bütününün değiştirilmesi ve yayımlanması) yönünden yetkinin eser sahiplerinden birine veya birkaçına bırakılmasıdır. Buna göre, müşterek eser sahipleri, eserin bütününün değiştirilmesi, yayımlanması ve mali haklar kullanımı konusunda bir sözleşme yapmışlarsa, sözleşmede belirlenen kişi davacı sıfatıyla tecavüzün ref'i, men'i ve tazminat davalarını açabilir. Böyle bir sözleşme yapılmamışsa her bir müşterek eser sahibi, eserin bütününün değiştirilmesi, yayımlanması ve mali haklar kullanımı konusunda dava açmak üzere diğerlerinin iştirak etmesini (iznini) talep eder. Bu sağlanamazsa, dava açma izni mahkemece verilebilir (FSEK m. 9/II). Bu davalarda, müşterek eser sahiplerinden izni talep edenler davacı, izin vermeyenler ise davalı sıfatını taşırlar. İzni mahkeme yoluyla elde eden müşterek eser sahibi, eserin bütününün değiştirilmesi, yayımlanması ve mali haklar kullanımı konusunda tecavüzü gerçekleştiren üçüncü kişilere karşı davacı sıfatıyla tecavüzün ref'i, men'i ve tazminat davalarını açabilir.

3. İştirak Halinde Eser Sahipleri

İştirak halinde eser sahipliğinde, her bir eser sahibi, birlik menfaatlerine tecavüz edilmesi halinde, tecavüzün ref'i ve men'i davalarını tek başına açabilir[179] (FSEK m. 10/II, c. 3) ya da ihtiyati tedbir talebinde bulunabilir.[180] Ancak, bunlar arasında adi ortaklık ilişkisi olduğundan tek başına tazminat talep etme veya diğer bir eser sahibi için eser sahipliğinin tespitini talep etme hakkı bulunmamaktadır[181]. Tazminat veya eser sahipliğinin tespitini talep etme hakkı, ancak diğer eser sahibi veya sahipleri tarafından davacıya verilecek bir muvafakatname ile ya da eser sahipleri arasındaki adi ortaklık ilişkisini temsil etmek üzere bir temsilci atanması sağlanarak, bu temsilci tarafından kullanılabilir.[182] Aralarındaki bir sözleşmeyle aksini

---

[179] FSEK m. 68'te öngörülen telif tazminatı davasının iştirak halinde eser sahiplerince hep birlikte veya temsilci tayini suretiyle açılabileceği yönünde görüş için bkz. Yavuz/Alıca/Merdivan, Cilt II, 1889-1892.

[180] İştirak halinde eser sahipliği söz konusu olduğunda, "eser sahipleri arasında adi ortaklık ilişkisi olduğundan davacının tek başına esere vaki tecavüzün önlenmesini talep etme hakkı olmakla birlikte, tek başına tazminat talep etme hakkı bulunmamaktadır". Karar için bkz.: Yargıtay 11. HD. T. 13/12/2018, E. 2017/238, K. 2018/7933.

[181] Yargıtay 11. HD. T. 28/03/2019, E. 2017/3587, K. 2019/2414.

[182] Yargıtay 11. HD. T. 13/12/2018, E. 2017/238, K. 2018/7933; Yargıtay 11. HD. T. 28/03/2019, E. 2017/3587, K. 2019/2414. İştirak halinde eser sahipliği halinde, *"eserden doğan haklara tecavüz sebebiyle maddi tazminat istemini tüm eser sahiplerinin birlikte ileri sürmesi ya da bazı eser sahiplerinin buna yanaşmaması halinde mahkemeden müsaade istenilmesi gerekmekte olup, eser sahiplerinden birinin münhasıran kendi payına düşecek hisse yönünden tek başına maddi tazminat davası açması mümkün olmadığından, maddi tazminat yönünden açılan davanın bu sebeple usulden reddi gerekirken hatalı değerlendirme ile davanın kabulüne karar verilmesi doğru görülmemiş, davalı vekilinin temyiz isteminin kabulü ile*

kararlaştırmadıkları müddetçe veya eserin mahiyetinden aksi anlaşılmıyorsa, her bir eser sahibinin eşit oranda pay sahibi olduğu kabul edilir.[183]

4. Sinema Eseri Sahipleri

Sinema eserleri, iştirak halinde eser sayılmaktadır (FSEK m. 8/III). Yukarıda iştirak halinde eser sahipliğinde yapılan açıklamalar burada da geçerlidir.

Ancak, bir sinema eserinden önce meydana getirilen özgün müzik, senaryo veya karakter üzerinde eser sahibi olanlar ile sinema eseri sahiplerinden her biri, tecavüzün ref'i, men'i ve payları oranında tazminat davalarını tek başına açabilirler. İlk halde özgün müzik, senaryo veya karakter meydana getirenler, sinema eserinden müstakil olarak eser sahibi olurlar.

5. Bağlantılı Hak Sahipleri

Bağlantılı hak sahipleri de mali haklarını devretmemişlerse, tecavüzün ref'i, men'i ve tazminat davalarını açabilirler (FSEK m. 80/son).

Bağlantılı hak sahiplerinden film yapımcıları, sinema eserleri üzerindeki mali hakları sözleşmeyle devralmadıkları müddetçe, bu haklar yönünden davacı sıfatı kazanamazlar. Ancak, bağlantılı haklarına dayalı dava açabilirler.

6. Mirasçılar

Mali haklar, eser sahibinin ölümü ile mirasçılarına intikal eder (FSEK m. 63/I). Bu kural, bağlantılı haklar yönünden de kıyas yoluyla uygulanır. Her bir mirasçı, terekeye dahil olan mali haklara bir tecavüz vaki olması halinde, tek başına tecavüzün ref'i ve men'i davalarını açabilir (TMK m. 640/IV). Buna karşın FSEK m. 68'e dayalı telif tazminatı veya FSEK m. 70'deki tazminat davaları, mirasçılar tarafından hep birlikte ya da TMK m. 640/III uyarınca atanacak temsilci aracılığıyla açılabilir.[184]

---

hükmün bozulması gerekmiştir". Yargıtay 11. HD. T. 03/12/2019, E. 2019/439, K. 2019/7767. FSEK m. 70'te öngörülen tazminat davalarının iştirak halinde eser sahiplerinde her biri tarafından açılabileceği yönünde görüş için bkz. Yavuz/Alıca/Merdivan, Cilt II, 1889-1892.

[183] Yargıtay 11. HD. T. 24.06.2002, E. 2002/2751, K. 2002/6456.

[184] Yargıtay 11. HD. T. 02.12.2011, E. 2010/5052, K. 2011/16290; Yargıtay 11. HD. T. 19.10.2012, E. 2011/9643, K. 2012/16651; Yargıtay 11. HD. T. 18.04.2013, E. 2012/7048, K. 2013/7606.

7. Mali Hakları Kullanmaya Yetkili Olan İşveren veya Tüzel Kişiler

İşverenler veya tüzel kişiler, çalışanları ya da organları tarafından meydana getirilen eserler üzerindeki mali hakları kullanma yetkisine FSEK uyarınca kendiliğinden sahip olurlar. Böylece, mali haklara tecavüz halinde tecavüzün ref'i, men'i ve tazminat davalarını açabilirler (FSEK m. 18/II). Bununla birlikte Yargıtay kimi hallerde, çalışanlar ve tüzel kişinin organları olarak görev yapan kişilerin eser sahipliği sıfatına dayalı olarak, mali haklara vaki tecavüz sebebiyle işveren veya tüzel kişiden bağımsız olarak dava ikame edebileceklerini kabul etmektedir[185].

8. Yapımcı ve Yayımcı

Yapımcı veya yayımcı, ancak eserin sahibi ile akdedeceği sözleşmeye göre mali hakları kullanma yetkisini elde eder (FSEK m. 18/III). İşveren veya tüzelkişiden farklı olarak, yapımcı ve yayımcı bakımından kendiliğinden mali hakları kullanma yetkisine sahip olma ilkesi kabul edilmemiştir.

Yayımcı, TBK m. 487'deki eseri çoğaltarak yayımlayan kişiyi ifade eder. Yapımcı ise, FSEK m. 80'de bağlantılı hak sahiplerinden olan fonogram yapımcıları ile film yapımcılarıdır.

Yapımcı ve yayımcının dava hakkı, eser sahibi ile yapacakları sözleşmeye göre belirlenir. Dava hakkı, sözleşmenin devir veya ruhsat lisans olup olmamasına göre belirlenmelidir.

9. Mali Hakkı Devralan

Devredilen mali haklar bakımından davacı sıfatı, mali hakkı devralana aittir. Mali haklar süre, yer ve muhteva itibariyle sınırlı veya sınırlanmaksızın hangi kapsamda devredilmişse, o kapsamda dava hakkı kazandırır (FSEK m. 48/I). Bu kural, bir mali hakkı eser sahibi veya haleflerinden elde eden kişilerden o hakkı devralan kişiler için de geçerlidir (FSEK m. 49/I). Devir kapsamında yer almayan mali haklara dair davacı sıfatı, doğal olarak eser sahibi veya kanunî haleflerine ait olmaya devam eder. Mali hakları devralan hak sahipleri, şartları varsa devir sonrasında mali haklara vaki tecavüzleri dolayısıyla eser sahibi veya haleflerine karşı da dava açabilir. Mesela, bir kitabın basılıp (çoğaltma hakkı) satışa sunulmasına (yayma hakkı) ilişkin hakların bir yayınevine devrinden sonra aynı kitabın bir başka kişi aracılığıyla piyasaya sunulması bu hale örnek teşkil eder.[186]

Yargıtay'a göre, mali hakkı devralan, dava konusu mali hakkın ne şekilde intikal ettiğini düzenli ve kesintisiz bir sırayla FSEK m. 52

---

[185] Yargıtay 11. HD. T. 20.03.2009, E. 2007/15050, K. 2009/3326; Yargıtay 11. HD. T. 17.11.2009, E. 2008/7742, K. 2009/11991.

[186] Yargıtay 11. HD. T. 16.02.2009, E. 2007/12777, K. 2009/1702.

uyarınca yazılı sözleşmeyle ispat etmelidir[187]. Aksi halde, davacı sıfatının bulunmadığı kabul edilir.

Mali hakkı devralan, devir tarihinden sonra gerçekleşen tecavüzler bakımından dava hakkını kazanır. Devir tarihinden önce gerçekleşen tecavüzler yönünden dava hakkı, eser sahibi ve mirasçılarında kalmaya devam eder. Yargıtay, devir sözleşmesinin devir tarihinden önceki tecavüzler için açılmış davaya eser sahibi veya halefleri tarafından verilmiş bir icazet olduğu yönündeki iddiaları kabul etmemektedir.[188]

10. Ruhsat (Lisans) Sahibi

Ruhsat (lisans) sahibinin dava hakkının belirlenmesinde, ruhsatın niteliği yanında devredilen hakların tür, sayı, süre, yer ve sınırlarının tespiti önem taşır.[189] Tam ruhsat (lisans) sahibi, ruhsat kapsamındaki yetkilere tecavüz anlamına gelen her türlü müdahaleye karşı tecavüzün ref'i, men'i ve uğradığı zararla orantılı olarak tazminat davalarını açabilir (FSEK m. 48/II). Tam ruhsat sahibi, bu dava hakkını, eser sahibi dahil tecavüz kimden sadır olursa olsun ona karşı kullanabilir.

Basit ruhsat (lisans) sahibi ise, edinmiş olduğu mali hakkı kullanım yetkisine engel olanlara karşı tecavüzün ref'i, men'i ve uğradığı zararla orantılı olarak tazminat davalarını açabilir. Basit ruhsat (lisans) sahibi, kendine ruhsat edilen mali hakkın kullanım yetkisine engel olanlar haricinde, üçüncü kişilerin tecavüz fiillerine karşı ruhsat veren eser sahibi ve haleflerinin izni olmadıkça dava hakkına sahip değildir.[190]

11. Meslek Birlikleri

Meslek birlikleri, eser sahiplerinden ve bağlantılı hak sahiplerinden aldıkları yetki belgelerine göre hakların takibini yaparlar (FSEK m. 42/A/son). Bu bakımdan meslek birlikleri, yetki belgesi veren üyelerinin temsilcisi durumundadır. FSEK'te yer alan "hakların takibi" ifadesi sebebiyle meslek birliklerinin; icra takibi, dava, karşı dava, temyiz, tahkim ve tenfiz davası bakımından aktif dava ehliyetinin bulunduğu kabul edilmektedir.

Meslek birlikleri, üyelerinin haklarıyla ilgili dava ve takipleri onlarla akdettikleri menfaatleri koruma sözleşmesi çerçevesinde açabilirler.

Meslek birliğinin, eser veya bağlantılı hak sahibi adına dava açabilmesi için;

---

187 Yargıtay 11. HD. T. 19.10.2010, E. 2009/379, K. 2010/10502.
188 Yargıtay 11. HD. T. 11.03.2010, E. 2008/6531, K. 2010/2706.
189 Yargıtay 11. HD. T. 25.10.2004, E. 2004/1281, K. 2004/10333.
190 Yargıtay 11. HD. T. 01.08.2010, E. 2008/11601, K. 2010/2266.

- Eser veya bağlantılı hak sahibinin meslek birliğine üye olması,
- Eser veya bağlantılı hak sahibi tarafından üye olduğu meslek birliğine bir yetki belgesinin sunulması,
- Söz konusu yetki belgesinin;
  - FSEK m. 52'ye uygun olarak düzenlenmiş olması,[191]
  - En geç yargılama sonuçlanıncaya kadar mahkemeye ibraz edilmesi,[192]
  - Hangi eserler ve mali haklar için yetki verildiğinin açıkça belirtilmesi,

gereklidir.

Yargıtay, eser adlarının bulunduğu bir listenin eklenmesini yeterli görmektedir.[193]

Eser veya bağlantılı hak sahipleri, haklarını meslek birlikleri aracılığıyla takip etmek zorunda değildir; bizzat kendileri de takip edebilirler. Devredilen veya ruhsata konu edilen haklar bakımından da bir meslek birliğine yetki belgesi verilemez. Hem eser veya bağlantılı hak sahibi hem de yetkili bir meslek birliği tarafından dava açılmış olması halinde, meslek birliği tarafından açılan davanın HMK m. 115 uyarınca dava şartı yokluğundan reddine karar verilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla, meslek birliği kanun gereği davacı sıfatına değil davada temsil yetkisine sahip olabilen kişilerdir.

Meslek birlikleri, Kültür ve Turizm Bakanlığından faaliyet izni aldıkları tarihten itibaren meydana gelen tecavüzler sebebiyle dava açabilirler.[194] Yetki belgesinin tecavüzden sonra verilmiş olması sonucu değiştirmez.

Meslek birlikleri, yabancı meslek birlikleri ile akdedecekleri sözleşmelere istinaden hak takibi yapabilirler.[195] Bunun için, dava konusu eserler bakımından yabancı meslek birliğinin yetkili olduğunun her bir eser ve eser sahibi yönünden ispat edilmiş olması zorunludur.[196]

---

[191] Yargıtay 11. HD. T. 10.10.2007, E. 2006/9709, K. 2007/12688.
[192] Yargıtay 11. HD. T. 02.07.2007, E. 2006/7888, K. 2007/10047.
[193] Yargıtay 11. HD. T. 18.05.2007, E. 2006/3288, K. 2007/7682.
[194] Yargıtay 11. HD. T. 10.01.2013, E. 2011/14698, K. 2013/368.
[195] Yargıtay 11. HD. T. 21/02/2018, E. 2018/31, K. 2018/1299.
[196] Yargıtay 11. HD. T. 10.12.2007, E. 2006/12916, K. 2007/15617.

MALİ HAKLARA İLİŞKİN HUKUK DAVALARINDA DAVACI SIFATI						
	Kişiler	**Davalar**				**Kanunî Dayanak**
		Tecavüzün Ref'i (FSEK m. 66 ve 68)	**Tecavüzün Men'i (FSEK m. 69)**	**Maddi Tazminat (FSEK m. 70/I)**	**Kârın İadesi Davası (FSEK m. 70/III)**	
1.	Eser sahibi	Açabilir	Açabilir	Açabilir	Açabilir	FSEK m. 18/I
2.	Müşterek eser sahibi (kendi bölümü üzerinde mali haklar için)	Tek başına açabilir	Tek başına açabilir	Tek başına açabilir	Tek başına açabilir	FSEK m. 9/I
	Müşterek eser sahiplerinin tamamı (Kural: eserin bütünü üzerindeki eserin yayımlanması ve mali haklar kullanımı konusunda)	Açabilir	Açabilir	Açabilir	Açabilir	FSEK m. 9/II
	Müşterek eser sahibi (İstisna: eserin bütünü üzerindeki eserin yayımlanması ve mali haklar kullanımı konusunda sözleşme veya mahkeme kararıyla)	Tek başına açabilir	Tek başına açabilir	Tek başına açabilir	Tek başına açabilir	FSEK m. 9/II
3.	İştirak halinde eser sahibi	Tek başına açabilir (Telif tazminatı yönünden payı oranında)	Tek başına açabilir	Tek başına açamaz	Tek başına açamaz	FSEK m. 10/II, c. 3
4.	Sinema eseri sahipleri (yönetmen, özgün müzik bestecisi, senaryo yazarı ve diyalog yazarı, canlandırma tekniğiyle yapılmış sinema eserlerinde animatör)	Tek başına açabilir (Telif tazminatı yönünden payı oranında)	Tek başına açabilir	Tek başına açamaz	Tek başına açamaz	FSEK m. 8/III ve 10/II, c. 3
5.	Bağlantılı hak sahipleri	Açabilir	Açabilir	Açabilir	Açabilir	FSEK m. 80/son
6.	Mirasçılar	Telif tazminatı dışında tek başına, telif tazminatı için hep birlikte veya tereke temsilcisi aracılığıyla açabilir	Tek başına açabilir	Hep birlikte veya tereke temsilcisi aracılığıyla açabilir	Hep birlikte veya tereke temsilcisi aracılığıyla açabilir	FSEK m. 63/I, TMK m. 640/III-IV
7.	İşveren veya tüzel kişiler	Açabilir	Açabilir	Açabilir	Açabilir	FSEK m. 18/II
8.	Yapımcı veya	Sözleşme	Sözleşme	Sözleşme	Sözleşme	FSEK m.

	yayımcı	içeriğine göre açabilir	içeriğine göre açabilir	içeriğine göre açabilir	içeriğine göre açabilir	18/III
9.	Mali hakkı devralan (Devir tarihinden sonraki tecavüzler için)	Sözleşme içeriğine göre açabilir	Sözleşme içeriğine göre açabilir	Sözleşme içeriğine göre açabilir	Sözleşme içeriğine göre açabilir	FSEK m. 48/I ve 49/I
10	Tam ruhsat sahibi	Sözleşme içeriğine göre açabilir	Sözleşme içeriğine göre açabilir	Sözleşme içeriğine göre açabilir	Sözleşme içeriğine göre açabilir	FSEK m. 48/II ve 56
	Basit ruhsat sahibi	Edinmiş olduğu mali hakkı kullanım yetkisine engel olanlara karşı ve ruhsat veren eser sahibi ve kanunî haleflerinin izniyle 3. kişilere karşı	Edinmiş olduğu mali hakkı kullanım yetkisine engel olanlara karşı ve ruhsat veren eser sahibi ve kanunî haleflerinin izniyle 3. kişilere karşı	Edinmiş olduğu mali hakkı kullanım yetkisine engel olanlara karşı ve ruhsat veren eser sahibi ve kanunî haleflerinin izniyle 3. kişilere karşı	Edinmiş olduğu mali hakkı kullanım yetkisine engel olanlara karşı ve ruhsat veren eser sahibi ve kanunî haleflerinin izniyle 3. kişilere karşı	FSEK m. 48/II ve 56
11	Meslek birlikleri	Yetki belgesiyle üyeleri için açabilir	Yetki belgesiyle üyeleri için açabilir	Yetki belgesiyle üyeleri için açabilir	Yetki belgesiyle üyeleri için açabilir	FSEK m. 42/A/son

B- Manevi Haklara İlişkin Davalarda Davacı Sıfatı

1. Eser Sahibi

Eser sahibi, manevi haklar kullanmak bakımından münhasıran yetkilidir (FSEK m. 14-17). Dolayısıyla, eseri üzerindeki manevi hakların ihlal edilmesi halinde, tecavüzün ref'i, men'i ve tazminat davalarını açabilir.

2. Müşterek Eser Sahipleri

Mali haklar bakımından geçerli olan kural, manevi haklar bakımından da geçerlidir.

3. İştirak Halinde Eser Sahipleri

Mali haklar bakımından geçerli olan kural, manevi haklar bakımından da geçerlidir.

4. Sinema Eseri Sahipleri

Mali haklar bakımından geçerli olan kural, manevi haklar bakımından da geçerlidir.

5. İcracı Sanatçılar

Bağlantılı hak sahiplerinden icracı sanatçılar, manevi haklarına tecavüz vaki olması halinde, tecavüzün ref'i, men'i ve tazminat davalarını açabilirler (FSEK m. 80/son).

6. Mirasçılar

Özel miras hükümlerine tabi olan ve FSEK m. 14/I ve 15/I'de düzenlenen manevi haklar bakımından öngörülen yetkili kişiler, sırasıyla: i) eser sahibinin yetkilendirdiği kişiler - gerçek kişiler veya özel ya da kamu tüzel kişileri veyahut meslek birlikleri, ii) vasiyeti tenfiz memuru, iii) sağ kalan eş ile çocuklar ve mansup mirasçılar, iv) ana ve baba, v) kardeşler bu haklara tecavüz edenlere karşı tecavüzün ref'i (telif tazminatı hariç) ve men'i istemli davalar açabilirken (FSEK m. 19/I); Yargıtay kararlarına göre, tazminat davası açamazlar.[197]

Buna karşılık, özel miras hükümlerine tabi olan ve FSEK m. 14/III, 15/III ve 16/III'de düzenlenen manevi haklar bakımından öngörülen yetkili kişiler, sırasıyla: i) eser sahibinin yetkilendirdiği kişiler - gerçek kişiler veya özel ya da kamu tüzel kişileri veyahut meslek birlikleri, ii) vasiyeti tenfiz memuru, iii) sağ kalan eş ile çocuklar ve mansup mirasçılar, iv) ana ve baba, v) kardeşler bu haklara tecavüz edenlere karşı bu davaların – manevi tazminat da dahil - hepsini açabilirler (FSEK m. 19/II).[198]

Kültür ve Turizm Bakanlığı ise, FSEK m. 19/V'de belirtilen şartların gerçekleşmesi halinde, FSEK m. 14/III, 15/III ve 16/III'de düzenlenen manevi haklar bakımından sadece tecavüzün ref'i ve men'i davalarını açabilir.

FSEK'te haklarında özel intikal hükümleri bulunmayan ve FSEK m. 14/II, 15/II, 15/IV, 16/I ve 17'de düzenlenen manevi haklar, TMK'daki miras hükümlerine tabidir. Bu kural, icracı sanatçıların manevi hakları yönünden de kıyas yoluyla uygulanır. Her bir mirasçı, terekeye dahil olan manevi haklara bir tecavüz vaki olması halinde, tek başına tecavüzün ref'i ve men'i davalarını açabilir (TMK m. 640/IV). Buna karşın FSEK m. 14/II, 15/II, 15/IV, 16/I ve 17'de düzenlenen manevi haklarla ilgili tazminat davaları, mirasçılar tarafından hep birlikte veya TMK m. 640/III uyarınca atanacak temsilci aracılığıyla açılabilir.[199]

FSEK m. 14/I ve 15/I'de düzenlenen manevi haklar bakımından öngörülen yetkili kişiler, bu haklara tecavüz edenlere karşı tecavüzün ref'i (FSEK m. 66-67) ve tecavüzün men'i (FSEK m. 69) istemli davalar açabilirken; Yargıtay kararlarına göre manevi tazminat davası (FSEK m. 70/I) açamazlar.[200] Buna karşılık, FSEK m. 14/III, 15/III ve 16/III'de

---

[197] Yargıtay 11 HD. T. 22.12.2005, E. 2004/14950, K. 2005/12769; Yargıtay 11 HD. T. 19.03.2007, E. 2006/1431, K. 2007/4583; Yargıtay 11 HD. T. 19.02.2007, E. 2005/14747, K. 2007/299; Yargıtay 11 HD. T. 26.05.2008, E. 2007/4903, K. 2008/6876; Yargıtay HGK. T. 28.05.2008, E. 2008/11-368, K. 2008/393.

[198] Yargıtay 11 HD. T. 15.04.2002, E. 2001/11134, K. 2002/3448; Yargıtay HGK. T. 28.05.2008, E. 2008/11-368, K. 2008/393.

[199] Yargıtay 11. HD. T. 02.12.2011, E. 2010/5052, K. 2011/16290; Yargıtay 11. HD. T. 19.10.2012, E. 2011/9643, K. 2012/16651; Yargıtay 11. HD. T. 18.04.2013, E. 2012/7048, K. 2013/7606.

[200] Yargıtay 11 HD. T. 22.12.2005, E. 2004/14950, K. 2005/12769; Yargıtay 11 HD. T. 19.03.2007, E. 2006/1431, K. 2007/4583; Yargıtay 11 HD. T. 19.02.2007, E. 2005/14747,

düzenlenen manevi haklar bakımından öngörülen yetkili kişiler, bu haklara tecavüz edenlere karşı bu davaların – manevi tazminat da dahil- hepsini açabilirler.[201]

7. Mali Hakları Kullanmaya Yetkili Olan İşveren veya Tüzel Kişiler

İşverenler veya tüzel kişiler, çalışanları ya da organları tarafından meydana getirilen eserler üzerindeki manevi hakları kullanma yetkisine sahip olmazlar; bu haklar eser sahibinde kalmaya devam eder. Böylece kural olarak işverenler ve tüzelkişiler, eser sahibi hayattayken manevi haklara tecavüz halinde tecavüzün ref'i, men'i ve tazminat davalarını açamazlar. Ancak bu kişiler, FSEK m. 19/III'te belirtilen şartların oluşması halinde, FSEK m. 14/III, 15/III ve 16/III fıkralarında tanınan manevi haklar yönünden tecavüzün ref'i, men'i ve tazminat davalarını açabilirler.

8. Mali Hakkı Devralan

Mali hakların devri mümkün iken manevi hakların devrinin mümkün olmadığı daha önce ifade edilmişti. Dolayısıyla mali haklar, devredilse bile manevi haklar eser sahibinde kalmaya devam eder. Böylece kural olarak mali hakları devralanlar, manevi haklara tecavüz halinde tecavüzün ref'i, men'i ve tazminat davalarını açamazlar. Ancak bu kişiler, FSEK m. 19/III'te belirtilen şartların oluşması halinde, FSEK m. 14/III, 15/III ve 16/III fıkralarında tanınan manevi haklar yönünden tecavüzün ref'i, men'i ve tazminat davalarını açabilirler.

9. Meslek Birlikleri

Meslek birlikleri, FSEK m. 19/I'e göre yetkilendirilmiş olmaları halinde, FSEK m. 14/I ve 15/I'de düzenlenen manevi haklar bakımından tecavüzün ref'i (telif tazminatı hariç) ve men'i istemli davalar açabilirler (FSEK m. 19/I); ancak tazminat davası açamazlar.

Meslek birlikleri, FSEK m. 19/II'e göre yetkilendirilmiş olmaları halinde, FSEK m. 14/III, 15/III ve 16/III'de düzenlenen manevi haklar bakımından tecavüzün ref'i, men'i ve tazminat davalarını açabilirler (FSEK m. 19/II).

Meslek birlikleri, Kültür ve Turizm Bakanlığından faaliyet izni aldıkları tarihten itibaren meydana gelen tecavüzler sebebiyle dava

---

K. 2007/299; Yargıtay 11 HD. T. 26.05.2008, E. 2007/4903, K. 2008/6876; Yargıtay HGK. T. 28.05.2008, E. 2008/11-368, K. 2008/393.

[201] Yargıtay 11 HD. T. 15.04.2002, E. 2001/11134, K. 2002/3448; Yargıtay HGK. T. 28.05.2008, E. 2008/11-368, K. 2008/393.

açabilirler[202]. Yetki belgesinin tecavüzden sonra verilmiş olması sonucu değiştirmez.

Meslek birlikleri, yabancı meslek birlikleri ile akdedecekleri sözleşmelere istinaden hak takibi yapabilirler. Bunun için, dava konusu eserler bakımından yabancı meslek birliğinin yetkili olduğunun her bir eser ve eser sahibi yönünden ispat edilmiş olması zorunludur[203].

MANEVİ HAKLARA İLİŞKİN HUKUK DAVALARINDA DAVACI SIFATI						
	Kişiler	**Davalar**				**Kanunî Dayanak**
		Tecavüzün Ref'i (FSEK m. 66 ve 67)	**Tecavüzün Men'i (FSEK m. 69)**	**Maddi Tazminat (FSEK m. 70/I)**	**Manevi Tazminat Davası (FSEK m. 70/II)**	
1.	Eser sahibi	Açabilir	Açabilir	Açabilir	Açabilir	FSEK m. 14-17
2.	Müşterek eser sahibi (kendi bölümü üzerinde manevi haklar için)	Tek başına açabilir	Tek başına açabilir	Tek başına açabilir	Tek başına açabilir	FSEK m. 9/I
	Müşterek eser sahiplerinin tamamı (Kural: eserin bütünü üzerindeki manevi haklar kullanımı konusunda)	Açabilir	Açabilir	Açabilir	Açabilir	FSEK m. 9/II
	Müşterek eser sahibi (İstisna: eserin bütünü üzerindeki manevi haklar kullanımı konusunda sözleşme veya mahkeme kararıyla)	Tek başına açabilir	Tek başına açabilir	Tek başına açabilir	Tek başına açabilir	FSEK m. 9/II
3.	İştirak halinde eser sahibi	Tek başına açabilir	Tek başına açabilir	Tek başına açamaz	Tek başına açamaz	FSEK m. 10/II, c. 3
4.	Sinema eseri sahipleri (yönetmen, özgün müzik bestecisi, senaryo yazarı ve diyalog yazarı, canlandırma tekniğiyle yapılmış sinema eserlerinde animatör)	Tek başına açabilir	Tek başına açabilir	Tek başına açamaz	Tek başına açamaz	FSEK m. 8/III ve 10/II, c. 3
5.	İcracı Sanatçılar	Açabilir	Açabilir	Açabilir	Açabilir	FSEK m. 80/son
6.	Mirasçılar ve kanuni halefler (FSEK m. 14/I ve 15/I'de düzenlenen manevi haklar bakımından) (sırasıyla: i- eser sahibinin yetkilendirdiği kişiler - gerçek kişiler veya özel ya da kamu tüzel kişileri veyahut meslek birlikleri-, ii- vasiyeti tenfiz memuru, iii- sağ kalan eş ile çocuklar ve mansup mirasçılar, iv- ana ve baba, v- kardeşler)	Açabilir	Açabilir	Açamaz	Açamaz	FSEK m. 19/I

[202] Yargıtay 11. HD. T. 10.01.2013, E. 2011/14698, K. 2013/368.
[203] Yargıtay 11. HD. T. 10.12.2007, E. 2006/12916, K. 2007/15617.

7.	Mirasçılar ve kanuni halefler (FSEK m. 14/III, 15/III ve 16/III'de düzenlenen manevi haklar bakımından) (sırasıyla: i- eser sahibinin yetkilendirdiği kişiler - gerçek kişiler veya özel ya da kamu tüzel kişileri veyahut meslek birlikleri-, ii- vasiyeti tenfiz memuru, iii- sağ kalan eş ile çocuklar ve mansup mirasçılar, iv- ana ve baba, v- kardeşler)	Açabilir	Açabilir	Açabilir	Açabilir	FSEK m. 19/II
8.	Mirasçılar ve kanuni halefler (FSEK m. 14/II, 15/II, 15/IV, 16/I ve 17'de düzenlenen manevi haklar bakımından)	Tek başına açabilir	Tek başına açabilir	Hep birlikte veya tereke temsilcisi aracılığıyla açabilir	Hep birlikte veya tereke temsilcisi aracılığıyla açabilir	TMK m. 640/III-IV
9.	İşveren veya tüzel kişiler (FSEK m. 14/III, 15/III ve 16/III'de düzenlenen manevi haklar bakımından)	FSEK m. 19/III'deki şartlar varsa açabilir	FSEK m. 19/III'deki şartlar varsa açabilir	FSEK m. 19/III'deki şartlar varsa açabilir	FSEK m. 19/III'deki şartlar varsa açabilir	FSEK m. 19/III
10	Mali hakkı devralan (FSEK m. 14/III, 15/III ve 16/III'de düzenlenen manevi haklar bakımından)	FSEK m. 19/III'deki şartlar varsa açabilir	FSEK m. 19/III'deki şartlar varsa açabilir	FSEK m. 19/III'deki şartlar varsa açabilir	FSEK m. 19/III'deki şartlar varsa açabilir	FSEK m. 19/III
11	Meslek birlikleri	Yetki belgesiyle üyeleri için açabilir	Yetki belgesiyle üyeleri için açabilir	Yetki belgesiyle üyeleri için açabilir	Yetki belgesiyle üyeleri için açabilir	FSEK m. 19/I-II ve 42/A/son
12	Kültür ve Turizm Bakanlığı (FSEK m. 14/III, 15/III ve 16/III'de düzenlenen manevi haklar bakımından)	FSEK m. 19/V'deki şartlar varsa açabilir	FSEK m. 19/V'deki şartlar varsa açabilir	FSEK m. 19/V'deki şartlar varsa açabilir	FSEK m. 19/V'deki şartlar varsa açabilir	FSEK m. 19/V

Sonuç

FSEK bağlamında korunan haklara tecavüz halinde açılacak hukuk davalarında davacı sıfatı, eser veya hak sahipliğine göre belirlenen bir durumdur. FSEK'te bu anlamda öngörülen ana kural, davacı sıfatının eser sahibine atfedilmesine imkân vermektedir. Koruma sürelerinin dolmasıyla da, eser veya hak sahipliği, dolayısıyla da davacı sıfatı sona erecektir.

Eser sahibine davacı sıfatının verilmesine dair bu ana kural, tek kişinin eser sahipliği halinde, kolay bir çözüm içermektedir. Ancak, birden fazla kişinin eser sahipliğinde dava türüne göre yoruma açık sonuçlar doğurmaktadır. Özellikle iştirak halinde eser sahipliğinde (ve dolayısıyla sinema eseri sahipliğinde), tecavüzün ref'i ve men'i ile tazminat davaları arasında eser sahiplerinin tek başına dava açmaları konusunda bir ayrıma gidilmesi, FSEK m. 10/II, c. 3'teki "Eser sahiplerinden her biri, birlik menfaatlerine tecavüz edildiği takdirde tek başına hareket edebilir" şeklindeki hükmün müphem yapısından

kaynaklanmaktadır. Bu müphem anlamın giderilmesi için, FSEK'e bu konuda açık bir hüküm eklenmesi sorunu giderecektir.

Davacı sıfatının belirlenmesi konusunda, FSEK'te ön plana çıkan diğer sorun, manevi hakları kullanma yetkisine sahip olan (mirasçılar, mali hakları devralanlar gibi) haleflerin belirlenmesinde ortaya çıkmaktadır. Kanun bir takım manevi haklar yönünden adına miras demeksizin ve fakat miras kurallarına benzer bir dizi intikal hükümleri getirmiş; geriye kalan manevi haklar yönünden genel miras hükümlerinin uygulanması bakımından kapıyı açık bırakmıştır. Özel intikal hükümleri bakımından da manevi haklar, tekrar ikiye ayrılmış ve bugün için bir hayli karmaşık bir düzenleme yoluna gidilmiştir. Bu ayrımın kaldırılması, davacı sıfatının belirlenmesini kolaylaştıracaktır.

Davacı sıfatının belirlenmesi, işverenlerin veya tüzel kişilerin mali hakları kullanmaya yetkili olmalarını içeren hallerde uygulama sebebiyle yoruma açık sonuçlar doğuracak niteliktedir. Yukarıda açıklandığı üzere, Yargıtay kimi hallerde, çalışanlar ve tüzel kişinin organları olarak görev yapan kişilerin eser sahipliği sıfatına dayalı olarak, mali haklara vaki tecavüz sebebiyle işveren veya tüzel kişiden bağımsız olarak dava açabileceklerini kabul etmiştir. Bu hal, kanunda işverenler veya tüzel kişiler lehine öngörülen otomatik hak sahipliği kuramının ruhuna aykırı bir uygulamadır.

KAYNAKÇA

I. Monografiler, Ders Kitapları ve Makaleler

Alas Şekerbay, Cennet, *5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda Manevi Hakları Kullanma Yetkisi*, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt: 12, Sayı: 128, Nisan 2017, 75-83.

Atar, Eray Aksın, *Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Yayma Hakkı*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2017.

Ateş, Mustafa, *Eser Sahibinin Eserin Yeniden Satışından Pay Alma Hakkı*, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt: 13, Sayı: 140, Nisan 2018, 67-69.

Ateş, Mustafa, Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2003,

Ateş, Mustafa, *Fikri Hukukta Eser*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007.

Bellican, Cüneyt; Fikri Hukukta Manevi Haklar ve Manevi Hakların Korunması, Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2008.

Demirbaş, Ali, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda Eser Sahibinin Mali Haklarına Tecavüz Halinde Hak Sahibine Sağlanan Hukuki Koruma, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015.

Erdil, Engin, *Fikri Mülkiyet Hukuku Ders Kitabı*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016.

Erel, N. Şafak, *Türk Fikir ve Sanat Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009.

Genç Arıdemir, Arzu, *Türk Hukukunda Eser Sahibinin Yayma ve Çoğaltma Hakları*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2003.

İnceoğlu M. Murat/Tosun Yalçın, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Uyarınca Manevi Tazminat Talepleri ve Bunların Türk Borçlar Kanunu İle İlişkisi, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. XXVIII, S. 3, Eylül 2012, 75–113.

Kılıçoğlu Ahmet M., 5846'daki Hatalı Bir Değişiklik Açısından Manevî Hakların İhlalinden Doğan Zararın Tazmini, FMR, Y. 1, C. I, S. 2001/3, 23–28.

Kılıçoğlu, Ahmet, *Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2017.

Kuru, Baki, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku, Legal Yayınevi, İstanbul, 2016.

Küçükali Canan, Fikri Hakların İhlalinden Kaynaklanan Tazminat Davası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.

Oğuz Arzu / Özden-Merhacı Selin, *Fikri ve Sınâi Hakların İhlal Edilmesinden Doğan Tazminat Talepleri*, Prof. Dr. Erdal Onar'a Armağan, C. II, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 2013, 951-974.

Öztan, Bilge, *Miras Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014.

Öztan, Fırat, *Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008.

Polater, Salih, Yükseköğretim Kurumlarında Meydana Getirilen Fikri ve Sınai Mülkiyet Hakları ve Hak Sahipliği, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.

Sarıkaya, Murat, *Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda Düzenlenen Tazminat Talepleri Üzerine İnceleme*, Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2019, 1(2), 59-90.

Serozan, Rona/Engin, Baki İlkay, *Miras Hukuku ve Uygulama Çalışmaları*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.

Suluk, Cahit/Karasu, Rauf/Nal, Temel, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019.

Şahin, Ayşenur, Fikri Hukukta Eser Sahibinin Mali Haklarının Korunması, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010.

Tanrıver, Süha, *Medenî Usûl Hukuku*, Cilt I, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018.

Tekinalp, Ünal, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012.

Topaloğlu, Mustafa, *Eser Sahipleri ve İcracı Sanatçıların Cayma Hakkı*, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt: 14, Sayı: 152, Nisan 2019, 838-839.

Tosun, Yalçın, *Sinema Eserleri ve Eser Sahibinin Hakları*, Oniki Levha Yayınları, 2. Baskı, İstanbul 2018.

Türker, Gökçen, *İcracı Sanatçıların Hakları*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.

Yasaman, Hamdi, *Fikri Haklarda Tazminat İle İlgili Bazı Sorunlar*, Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı, Cilt I, Beta Yayım, İstanbul, 2002, 805-819.

Yavuz, Levent/Alıca, Türkay/Merdivan, Fethi, *Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu, Cilt I-II*, Seçkin Yayınevi, 2. Baskı, Ankara, 2014,

Yusufoğlu, Fülürya, *Eseri Meydana Getirenlerin Mali Hak Sahibi Sayılmadıkları Haller*, Ünal Tekinalp'e Armağan Cilt II, Beta Yayım, İstanbul 2003.

II. Yargıtay Kararları[204]

Yargıtay 11. HD. T. 14.12.1970, E. 1970/2985, K. 1970/5092.

Yargıtay 4. HD. T. 22.10.1992, E. 1991/5141, K. 1992/11254.

Yargıtay 11 HD. T. 15.04.2002, E. 2001/11134, K. 2002/3448.

Yargıtay 11. HD. T. 24.06.2002, E. 2002/2751, K. 2002/6456.

Yargıtay 11. HD. T. 25.10.2004, E. 2004/1281, K. 2004/10333.

Yargıtay 11 HD. T. 22.12.2005, E. 2004/14950, K. 2005/12769.

Yargıtay 11. HD. T. 03.02.2006, E. 2005/354, K. 2006/915.

Yargıtay 11. HD. T. 27.06.2006, E. 2005/5049, K. 2006/7575.

[204] İşletime geçtiği günden bu yana sistemden görünen Yargıtay kararlarına UYAP üzerinden erişim sağlanmıştır.

Yargıtay 11 HD. T. 19.02.2007, E. 2005/14747, K. 2007/299.
Yargıtay 11. HD. T. 19.02.2007, E. 2005/14824, K. 2007/3033.
Yargıtay 11. HD. T. 26.02.2007, E. 2006/208, K. 2007/3554.
Yargıtay 11 HD. T. 19.03.2007, E. 2006/1431, K. 2007/4583.
Yargıtay 11. HD. T. 18.05.2007, E. 2006/3288, K. 2007/7682.
Yargıtay 11. HD. T. 18.06.2007, E. 2007/5265, K. 2007/9282.
Yargıtay 11. HD. T. 02.07.2007, E. 2006/7888, K. 2007/10047.
Yargıtay 11. HD, T. 02.10.2007, E. 2006/3964, K. 2007/12265.
Yargıtay 11. HD. T. 10.10.2007, E. 2006/9709, K. 2007/12688.
Yargıtay 11. HD. T. 10.12.2007, E. 2006/12916, K. 2007/15617.
Yargıtay 11. HD. T. 25.02.2008, E. 2007/227, K. 2008/2175.
Yargıtay 11. HD. T. 24.03.2008, E. 2007/2338, K. 2008/3698.
Yargıtay 11. HD. T. 10.04.2008, E. 2007/1853, K. 2008/4748.
Yargıtay 11 HD. T. 26.05.2008, E. 2007/4903, K. 2008/6876.
Yargıtay HGK. T. 28.05.2008, E. 2008/11-368, K. 2008/393.
Yargıtay 11. HD. T. 17.07.2008, E. 2007/7355, K. 2008/9425.
Yargıtay 11. HD. T. 23.10.2008, E. 2007/3470, K. 2008/11725.
Yargıtay 11. HD. T. 16.02.2009, E. 2007/12777, K. 2009/1702.
Yargıtay 11. HD. T. 20.03.2009, E. 2007/15050, K. 2009/3326.
Yargıtay 11. HD. T. 07.05.2009, E. 2007/10504, K. 2009/5482.
Yargıtay 11. HD. T. 17.11.2009, E. 2008/7742, K. 2009/11991.
Yargıtay 11. HD. T. 11.03.2010, E. 2008/6531, K. 2010/2706.
Yargıtay 11. HD. T. 01.08.2010, E. 2008/11601, K. 2010/2266.
Yargıtay 11. HD. T. 19.10.2010, E. 2009/379, K. 2010/10502.
Yargıtay 11. HD. T. 14.06.2011, E. 2011/7296, K. 2011/7174.
Yargıtay 11. HD. T. 27.06.2011, E. 2009/14892, K. 2011/7722.
Yargıtay 11. HD. T. 02.12.2011, E. 2010/5052, K. 2011/16290.
Yargıtay 11. HD. T. 06.12.2011, E. 2009/14248, K. 2011/16454.
Yargıtay 11. HD. T. 29.05.2012, E. 2011/1302, K. 2012/9233.
Yargıtay 11. HD. T. 19.10.2012, E. 2011/9643, K. 2012/16651.
Yargıtay 11. HD. T. 10.01.2013, E. 2011/14698, K. 2013/368.
Yargıtay 11. HD. T. 18.04.2013, E. 2012/7048, K. 2013/7606.
Yargıtay 11. HD. T. 21/02/2018, E. 2018/31, K. 2018/1299.
Yargıtay 11. HD. T. 01/10/2018, E. 2016/14994, K. 2018/5883.
Yargıtay 11. HD. T. 13/12/2018, E. 2017/238, K. 2018/7933.
Yargıtay 11. HD. T. 28/03/2019, E. 2017/3587, K. 2019/2414.
Yargıtay 11. HD. T. 11/06/2019, E. 2018/2701, K. 2019/4269.
Yargıtay 11. HD. T. 03/12/2019, E. 2019/439, K. 2019/7767.

İŞSİZLİK ÖDENEĞİNDEN YARARLANMA KOŞULLARI

Eligibility Requirements for Unemployment Benefit

Dr. Özlem BAL BEKTAŞ*

Özet: İşsizlik sigortası, bir işyerinde çalışırken, çalışma istek, yetenek, sağlık ve yeterliliğinde olmasına rağmen, herhangi bir kasıt ve kusuru olmaksızın işini kaybeden sigortalılara işsiz kalmaları nedeniyle uğradıkları gelir kaybını belli süre ve ölçüde karşılayan, sigortacılık tekniği ile faaliyet gösteren zorunlu sigortayı ifade etmektedir. İşsizlik ödeneği ise sigortalı işsizlere 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanununda belirtilen süre ve miktarda yapılan parasal ödemedir. Çalışmamızda bu ödeneğe hak kazanılabilmesi için gereken koşullar incelenecektir. Bunlar sigortalının İşsizlik Sigortası Kanunu kapsamında sigortalı olması, belirli süre prim ödemiş olması, iş akdinin belirli sebeplerle sona ermiş olması, hak düşürücü nedenlerin var olmaması, iş akdinin askıya alınmamış olması, Türkiye İş Kurumuna başvuruda bulunması, çalışmaya istekli ve elverişli bulunmasıdır. Bu koşulların kümülatif olarak bulunduğu durumlarda sigortalı ödeneğe hak kazanmış olacaktır.

Anahtar Kelimeler: işsizlik sigortası, ödenek, yararlanma, sigorta kapsamı, borca batıklık

Abstract: Unemployment insurance defines the compulsory insurance which operates according to insurance technique that recompenses the income loss of insurants who lose their job without any intendment and fault despite their desire to work, skill, health and competence for a length of time and scale. Unemployment benefit is a payment to unemployed person who has insurance according to Unemployment Insurance Law no. 4447 for a period of time and amount. In our study eligibility requirements of allowance will be analyzed. These requirements are: insurant must be insured within scope of Unemployment Insurance Law, to pay unemployment insurance contribution for a definite period, termination of employment contract in case of certain causes, not to have foreclosure reasons, employment contract should not be suspended, to have an application to Turkish Employment Agency, to desire and available for work. If these requirements are met entirely, insurant would be qualified for benefit.

Keywords: Unemployment insurance, employment agency

* Hâkim
ozlem.bal@adalet.gov.tr, ORCID: 0000-0003-1963-8891
Makale Geliş Tarihi: 24.04.2020, Makale Kabul Tarihi: 29.06.2020

GİRİŞ

İşsizlik, sigortalıya, ailesine ve ülke ekonomisine çeşitli maliyetler yükleyen önemli bir sorundur. Bireyleri en temel sosyal haklarından olan çalışma hakkından da yoksun bırakmaktadır[1]. Bu doğrultuda Birleşmiş Milletler Genel *Kurulunca* kabul edilen İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 25. maddesine göre " herkesin işsizlik, hastalık, sakatlık, dulluk, ihtiyarlık veya geçim imkanlarından iradesi dışında mahrum bırakacak diğer hallerde güvenliğe hakkı vardır." Ayrıca Uluslararası Çalışma Örgütü'nün (ILO) 1952 tarih, 102 sayılı Sosyal Güvenliğin Asgari Normlarına İlişkin Sözleşmesi'nde işsizlik sosyal güvenlik kapsamına alınacak risklerden biridir[2].

İşsizlik riskine maruz kalması olası bir işte çalışan kişi, istihdam döneminde düzenli olarak prim ödemek suretiyle işsizlik halinde ücret kayıplarını karşılayacak bir gelire işsizlik sigortası sayesinde sahip olacaktır[3]. İşsizlik sigortasının bulunduğu ülkelerde bireysel bir kader olmaktan çıkarılıp toplumsal soruna dönüşen bu durum; hali hazırda işsizlik sigortasının olmadığı ya da kapsamının son derece sınırlı olduğu ülkelerde ise ; sigortalıların üzerine adeta bir kabus gibi çökmektedir[4]. Buna göre ülkemizde yasalaşması uzun ve sancılı olan ve bu süreçte kıdem tazminatı ve iş güvencesi ile ilişkisi çok önemli tartışmalara konu olan İşsizlik Sigortası Kanununun yürürlüğü ve ilk prim tahsilatı 2000 yılına, işsizlik sigortasından yapılan ilk ödeme ise 2003 yılına denk gelmektedir. İşçi, işveren ve devlet tarafından primleri finanse edilen bu sigorta kolunda işsizlik sigortasından doğan prim tahsili dışındaki her türlü işlem ve hizmetlerin yapılması bakımından Türkiye İş Kurumu görevli ve yetkilidir. Prim tahsilleri ise Sosyal Güvenlik Kurumunca yapılmaktadır.

İşsizlik sigortası, "bir işyerinde çalışırken, çalışma istek, yetenek, sağlık ve yeterliliğinde olmasına rağmen, herhangi bir kasıt ve kusuru olmaksızın işini kaybeden sigortalılara işsiz kalmaları nedeniyle uğradıkları gelir kaybını belli süre ve ölçüde karşılayan, sigortacılık tekniği ile faaliyet gösteren zorunlu sigortayı" ifade etmektedir[5]. Böylece

---

1 Özlem Işığıçok, *Türkiye'de İşsizlik Sorununa Genel Bir Bakış,* Toprak İşveren, Haziran 2016, S. 110, s.6.

2 TÜİK Mart 2020 İş gücü İstatistiklerine göre Türkiye genelinde 15 ve daha yukarı yaştakilerde işsiz sayısı 2020 yılı Mart döneminde geçen yılın aynı dönemine göre 573 bin kişi azalarak 3 milyon 971 bin kişi olmuştur. İşsizlik oranı 0,9 puanlık azalış ile % 13,2 seviyesinde gerçekleşmiştir. TÜİK Haber Bülteni, 10/06/2020, S. 33787, (Çevrimiçi) www.tuik.gov.tr, 01/07/2020.

3 Nusret Ekin, *İşsizlik Sigortası,* Kamu-İş, 1994, s. 1.

4 Işığıçok, 2016, s.8.

5 İşsizlik riskinin zaman zaman isteğe bağlı olarak özel sigortacılık sistemleri ile de ek güvence altına alındığını ve yargı kararlarına yansıdığını görmekteyiz. Gelir koruma sigortası/istem dışı işsizlik sigortası adı altında işsizlik teminatı kapsamında sigortalı olan kişilerin özel sigorta poliçelerinde zorunlu sigortada aranan gayri iradi işsiz olma, belirli süre çalışma gibi benzer şartların arandığını görmekteyiz. Bu yönde

işsizlik sigortası öncelikle işsiz kalanları ekonomik güvenceye kavuşturmakta ve sigorta kapsamında diğer yardımları sağlamaktadır. Fakat işsizlik sigortası, işsiz kalan kişiye hayatının sonuna kadar geçinme garantisi sağlamayıp işsiz kişinin istihdam piyasasına en kısa sürede dönmesini hedeflemektedir[6]. İşsizliği bu şekilde belirli süre için gelir güvencesine kazandırmak ve işsizlik ödeneğinden yaralanmak bir takım şartlara bağlanmıştır[7].Sigortalının bu sigorta kapsamında işsizlik ödeneğinden yararlanabilmesi için İşsizlik Sigortası Kanunu kapsamında sigortalı olması, belirli süre prim ödemiş olması, iş akdinin belirli sebeplerle sona ermiş olması, hak düşürücü nedenlerin var olmaması, iş akdinin askıya alınmamış olması, Türkiye İş Kurumuna başvuruda bulunması, çalışmaya istekli ve elverişli bulunması koşullarının kümülatif olarak arandığını görmekteyiz[8]. Çalışmada bu koşullar tek tek incelenmiştir.

I. Sigortalı Olmak

İşsizlik Sigortası Kanununun (İsK) 51. maddesinde ilk olarak bu kanun kapsamında sigortalı olma koşulu aranmaktadır. O halde ancak yasanın 46. maddesinde tahdidi olarak sayılan sigortalılar işsizlik ödeneğine hak kazanabilecektir. Buna göre, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun 4. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi ile ikinci fıkrası kapsamında olanlardan bir iş akdine dayalı olarak çalışan sigortalılar, 4857 sayılı Kanuna göre kısmi süreli iş akdi ile çalışanlardan 5510 sayılı Kanunun 52. maddesinin birinci fıkrası kapsamında işsizlik sigortası primi ödeyen isteğe bağlı sigortalılar ile

---

emsal karar için bkz. Y11HD, 2019/3518E-2020/2019 K. Y11HD, 2019/3871E-2020/2216 K sayılı içtihatları, kişisel arşiv.

6 H. Hilal Yılmaz, *Türk Hukuku ve Avrupa Birliği Hukukunda İşsizlik Ödeneğine Hak Kazanma Koşulları,* Çimento İşveren, Mart 2020, C.34, S.2 , s.10.

7 ILO'nun 102 sayılı Sosyal Güvenliğin Asgari Normları Hakkında Sözleşmesinin 20. maddesinde bu şartlar; istemeden işsiz kalma, işsiz kaldıktan sonra iş aramak ve işe başlamaya hazır olmak olarak sıralanmaktadır. World Social Security Report 2010/11, Income Support To The Unemployed,s.57. (www.ilo.org/global/publications/ilo-bookstore/order-online/books/ WCMS_146566/lang—en/index.htm) Amerika Birleşik Devletleri'nde benzer düzenlemeler ile işsizlik sigortasından yararlanmak için işsizin kendi kusuru olmadan işini kaybetmiş olmasını, çalışmaya elverişli olmasını (kendisine ulaşılabilir olmayı ve aktif olarak iş aramasını), işsiz kalmadan önce belli bir temel dönem içinde belli bir miktar gelir elde etmesini aramaktadır. Bkz. Chad Stone/ William Chen,"Introduction to Unemployment Insurance", Center on Budget and Policy Priorities, 6 February 2013, s.3.Kanımızca bu son şart işsizlik ödeneğinin kötüye kullanılarak amacı dışında kullanılmasını engellemek için getirilmiştir. Böylece kısa süreli ve düşük ücretli işlerde sırf işsizlik ödeneği alabilmek için çalışıp ödeneği geçim aracı haline getirecek bir kesimin oluşması önlenmiştir.

8 Levent Akın, "Termination of Labor Contracts and Unfair Dismissal Under Turkish Labor Law", Eastern European Community Law Journal, Volume 2, Issue 2, April 2005, s.9-22-34. Alp Limoncuoğlu,*İşsizlik Sigortası ve Uygulama Sorunları,* Sicil, Haziran 2012, s.88.

aynı Kanunun ek 6. maddesi kapsamındaki sigortalılar ve 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun geçici 20. maddesinde açıklanan sandıklara tabi olan sigortalılar, işsizlik sigortasından yararlanabilecek sigortalıları oluşturmaktadır[9].

İşsizlik deyince daha çok ücret karşılığında bağımlı çalışanların işsizliği akla gelse de, kuşkusuz işsizliğin bu etkileri yalnızca bağımlı çalışanlar için değil bağımsız çalışanlar bakımından da doğar. Üstelik bağımsız çalışanların yeniden istihdama katılabilmeleri bir çok noktada bağımlı çalışanlara göre daha zordur. Tarihsel süreç içerisinde işsizlik sigortası genellikle bağımlı çalışanlar için kabul edilmiş ve yukarıda yer verilen 102 Sayılı Sözleşme'de işsizliğe karşı güvencenin, işçiler açısından getirilmesi kabul edilmiştir. 1961 tarihli Avrupa Sosyal Şartı ile 1996 tarihli Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı incelendiğinde de, işsizlik riskine karşı sosyal sigortanın işçiler açısından kabul edildiği görülmektedir. Nitekim sosyal güvenlik hukukumuzda, kendi nam ve hesabına bağımsız çalışanlar da (5510 sayılı Kanun m.4/1,b)tıpkı işçiler gibi diğer sosyal risklere karşı koruma altına alınmıştır. Ancak işsizlik sigortası yönünden bu kimseler kapsam dışı bırakılmıştır (İsK m.46/3). Bu sebeple işsizlik sigortası kapsamı "hizmet sözleşmesine göre çalışanlar" esas alınarak belirlendiği için bağımsız çalışanlar bu kapsama girememektedir[10]. İşsizlik sigortasının iş yasalarının uygulama alanıyla sınırlı bırakılması, herkesin işsizlik riskine karşı güvence altına alınması düşüncesi ve hedefi karşısında, yetersiz kalmaktadır. Ancak, iş yasalarının ve özellikle 4857 sayılı İş Kanunu'nun uygulama alanını toplumun tümüne yayılmamış olması da gözetilerek belli bir kesimin işsizlik sigortası uygulamasının dışında kalışı, Anayasa'nın öngördüğü eşitlik (Ay. m. 10) ve sosyal devlet (Ay. m. 2) esaslarıyla bağdaşması güç bir durum olarak görünmektedir[11].

İşsizlik ödeneğine hak kazanmak prim ödeme koşuluna bağlı olsa da sigortalı olmak prim ödeme koşuluna bağlı değildir [12].Zorunluluk

---

[9] Başterzi'nin katıldığımız görüşüne göre yasanın taslağında bulunan çalışmanın işverenin işyerinde yürütülmesi koşulu da isabetli bir şekilde yasa metnine alınmamıştır. Bkz. Süleyman Başterzi, *İşsizlik Sigortası,* Ankara 1996, s. 122. Aksi halde yasanın kapsamı, amacına aykırı olacak şekilde sınırlanmış olurdu. Bu tercihin esnek, atipik çalışma şekillerinin kabul gördüğü ve çoğunun yasal güvenceye kavuşturulduğu günümüz sistemine de uygun düştüğü söz götürmez bir gerçektir. Bkz. Income, 2010/11, s.58.
(www.ilo.org/global/publications/ilo-bookstore/order-online/books/ WCMS_146566/lang—en/index.htm)

[10] Ayşe Köme Akpulat, *Bağımsız Çalışanların İşsizlik Sigortası: Esnaf Ahilik Sandığı Sigortası,* Sicil, 2019,S. 41, s.167, 169, 171. Fakat 6824 sayılı Kanun ile İşsizlik Sigortası Kanununa eklenen ek. 6. madde ile hizmet sözleşmesine tabi olmayan bu bağımsız çalışanlar için zorunlu bir sigorta sistemi oluşturulmuştur. Bu sigorta kapsamında kurulan sandığını adı Esnaf Ahilik Sandığı, sigortanın adı ise Esnaf Ahilik Sandığı sigortası olmuştur. Akpulat, 2019, 173.

[11] Centel, 2017, s. 16.

[12] Başterzi, 1996, s.124.

esasına dayalı olan bu sigorta kolunda kanun kapsamına girenler işe başladıkları tarih itibariyle sigortalı olurlar[13].

Nihayet, Türkiye'de hizmet sözleşmesine dayanarak çalışan yabancılar da, ikili sosyal güvenlik sözleşmesi şartı aranmaksızın, işsizlik sigortasından yararlanma hakkına sahiptirler[14].

II. İşsiz Kalmak

Gelir elde etme amacıyla yürüttüğü bir faaliyet bulunmayan sigortalı, işsizdir. Gelir kavramı paranın yanı sıra ayni de olabilecek şekilde geniş yorumlanmalıdır. Ayrıca dikkat edilirse gelir elde etme sadece bir amaçtır. Yani bu amaç doğrultusunda harcanan çabanın sonunda bir gelir elde edilip edilmemesi önem taşımamaktadır. Şöyle ki; geçerli bir iş akdi ile çalışan işçiye işvereni ücretini ödemiyor veya geç ödüyor olsa da bu kişi işsiz değildir. Çünkü gelir elde edemese de bu amaçla bir faaliyet yürütmüştür[15].

İsK m.47 deki işsiz tanımı uyarınca işsizlik ödeneğinden yararlanma hakkına sahip olanlar, daha önceden çalışıyor iken işsiz kalan kişilerdir. Buna göre daha önce hiç çalışmamış bir kişinin aradığı halde iş bulamaması halinde işsizlik sigortasından yararlanması mümkün değildir.

III. İş Akdinin Belirli Sebeplerle Sona Ermiş Olması

Ödeneğe hak kazanılabilmesi için iş akdinin İsK m.51/1 fıkrasında sayılan sebeplerden biri ile sona ermiş olması gerekmektedir. Karşılaştırmalı hukuktaki yasal düzenlemelere göre işin sona eriş sebebi ve şekli sigortalının işsizlik ödeneğinden yararlanıp yararlanamayacağının belirlenmesinde önem taşımaktadır. ILO'nun 168 sayılı sözleşmesinin 20. maddesinde belirttiği gibi sigortalı işini kendi kusurlu davranışından ötürü kaybetmişse ya da herhangi bir geçerli sebep olmadan işten ayrılmışsa işsizlik ödeneğine hak kazanamayacaktır. ILO'nun 102 sayılı sözleşmesi de benzer bir düzenlemeyi içermektedir[16].

---

13 Can Tuncay / Ömer Ekmekçi, *Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri,* B.20, 2019, s.666.

14 Tankut Centel, *Sosyal Güvenlik Kapsamında İşsizlik Sigortasına Topluca Bakış,* Çimento İşveren, Kasım 2017, C.31, S.6, s. 13.

15 Başterzi, 1996, s.124.

16 John Carter/Michel Bédard/ Céline Bista Peyron, "Comparative Review of Unemployment and Employment Insurance Experiences in Asia and Worldwide", Promoting and Building Unemployment Insurance and Employment Services in ASEAN Regional Office for Asia and the Pacific, Asia Pacific Decent Work Decade2006-2015,ILO,2013,s.14. (https://www.ilo.org/asia/publications/WCMS_229985/lang--en/index.htm)

A. İş Akdinin Süreli Fesih Bildirimi ile İşveren Tarafından Feshi

İşsizlik Sigortası Kanununun 51/1-a bendinde belirtildiği gibi 4857 sayılı İş Kanununun 17. ve 18. maddelerinde[17] ;Deniz İş Kanununun 16. maddesinde ve Basın İş Kanununun 6/4 fıkrasında belirtilen ihbar önellerine uygun olarak *işveren tarafından* iş akdi feshedilenler gayri iradi işsiz kaldığı için diğer koşulları da sağlamaları şartı ile işsizlik ödeneğine hak kazanabileceklerdir. İhbar önellerine ilişkin ücretin işverence peşin ödenerek iş akdinin sona erdirilmiş olması da bu kapsamdadır[18].İşveren süreli feshi, her zaman sigortalıya ihbar önellerini vererek gerçekleştirmez. İş akitleri bazen *usulsüz fesih* yoluyla da sona erdirilebilmektedir. Bu hallerde sigortalı, hak kazanacağı tazminatlar (ihbar tazminatı, kıdem tazminatı vs.) saklı kalmak üzere aynı zamanda ödeneğe ilişkin diğer şartları da tamamlamışsa işsizlik ödeneğine hak kazanacaktır. Bunun için de 01 Ağustos 2009 tarihinden itibaren 5838 sayılı yasayla İşsizlik Sigortası Kanununa eklenen ek.1.madde uyarınca Sosyal Güvenlik Kurumu'na yapılan bildirimlerin yeterli olacağı kesinleşmiştir. Bu son duruma göre, işten çıkışlarda, on gün içinde Sosyal Güvenlik Kurumu'na İşten Çıkış Bildirgesi verilmesi yeterli olmaktadır. Ayrıca İŞKUR'a İşten Ayrılma Bildirgesi vermeye gerek kalmamıştır.

B. İş Akdinin Haklı Neden ile Derhal İşveren veya İşçi Tarafından Feshi

İşsizlik Sigortası Kanununun 51/1-b bendinde açıklandığı üzere belirli veya belirsiz süreli iş akdinin *sigortalı tarafından* İK 24/I, II, III fıkraları uyarınca, DİK 14/II, III fıkralarına göre veya BİK 7 ve 11/I fıkrası uyarınca haklı nedenle feshedilmişse sigortalı işsizlik ödeneğine hak kazanabilmektedir. Aynı maddenin c bendine göre ise belirli veya belirsiz süreli iş akdinin *işveren tarafından* İK 25/I, III fıkraları uyarınca, DİK 14/III fıkrasına göre veya BİK 12 uyarınca haklı nedenle feshedilmişse sigortalı işsizlik ödeneğine hak kazanabilmektedir.

İK 24/II-e bendi gereği ücretin ödenmemesi halinde sigortalının iş akdini haklı nedenle feshetme hakkı ücretin sadece *ödenmemesi* değil, *eksik ödenmesi* halinde de doğmaktadır. Ekonomik durumu kötüye giden işverenler bazen ücretlerde birtakım kesintiler yapabilmektedirler. Önemli bir ücret kesintisi iş akdini haklı nedenle feshetmek ve işsizlik ödeneğine hak kazanabilmek için yeterli bir sebep olabilecektir[19]. Yüksek

---

[17] İş akdinin feshi ve diğer son bulma halleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.Sarper Süzek, *İş Hukuku,* B.18, 2019, s.504 vd.

[18] Tuncay/Ekmekçi, 2019, s.685.

[19] Aynı yönde emsal karar için bkz. Y9HD, 2017/12072 E- 2019/12091 K . İlgili içtihatta özetle davacının ücretinin ödenmemesi sebebiyle iş akdini haklı nedenle feshettiğinin tespit edildiği mahkeme kararının kesinleşmesi sebebiyle 4447 sayılı Kanun'un 51/b maddesi uyarınca davacının işsizlik ödeneği talebinin kabulüne karar verilmesi gerektiğine karar verilmiştir.

Mahkemenin önüne gelen bir başka olayda; "işçinin sigorta primlerinin hiç yatırılmaması veya eksik bildirilmesi işçinin sosyal güvenlik hakkını ilgilendiren bir durum olsa da dairemizin 1475 sayılı yasa döneminde istikrar kazanmış olan görüşü 4857 sayılı İş Kanunu döneminde de devam etmekte olup, sigorta primlerinin hiç yatırılmaması, eksik yatırılması veya düşük ücretten yatırılması hallerinde işçinin haklı nedenle fesih imkânı vardır" tespiti yapılmıştır[20]. Böylelikle bu örnekteki sebeple iş akdini fesheden sigortalı işsizlik ödeneği için aranan haklı nedenle fesih şartını yerine getirmiş olacaktır. Yargıtay'ın bu kararı ücret kadar sosyal güvenlik hakkının da anayasal ve temel bir hak olup azami düzeyde korunması gerektiğini göstermektedir. Nitekim yüksek mahkemenin bu görüşü Avrupa Sosyal Şartı'nın 12. maddesi ile de örtüşen isabetli bir yaklaşım olmuştur[21].

Sigortalının en kutsal olan yaşam hakkından doğan temel bir hakkı da çalışırken işverenden iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almasını talep edebilmesidir. Bu önlemleri almaktan kaçınan işveren karşısında sigortalı haklı nedenle iş akdini feshederek işsizlik ödeneğine hak kazanabilir. Çünkü işverenin önlem almaktan kaçınma hali İK 24/II-f bendi gereği *çalışma koşullarının uygulanmamasına* dayanan haklı nedenle derhal fesih sebebidir. 6331 sayılı İSGK 4/1-a bendi gereği işverenin iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin *her türlü önlemi alması* kuralına paralel bir şekilde güvenlik önlemlerinin alınması gerektiği kabul edilmiştir. Bunun üzerine sigortalının işini terk etmesi, sigortalı tarafından yapılmış haklı nedenle derhal fesih sebebi olarak görülmüş ve bu sebeple işsizlik ödeneğine hak kazanacaktır.

İşveren tarafından yapılan haklı nedenle feshe gelindiğinde, işveren tarafından İK 25/I ve III uyarıca haklı nedenle fesih yapıldığında sigortalı işsizlik ödeneğine hak kazanırken, işveren İK 25/II uyarınca iş akdini feshetmiş ise sigortalı işsizlik ödeneğine hak kazanamayacaktır. Yargıya yansıyan bir olayda, sigortalının satış yaptığı şirkete ait mağazadan hırsızlık yaptığına ilişkin tutanak ve sigortalı ile önceye dayalı husumeti bulunmayan davalı tanıklarının tutanak içeriğini ayrıntılı açıklayıp doğrulayan anlatımları birlikte değerlendirildiğinde, sigortalının feshe konu eylemine ilişkin olarak işverenin, iş akdini haklı nedenle feshettiği ve bu sebeple işsizlik ödeneğine hak kazanamayacağı tespit edilmiştir[22]. Bir başka kararda ise, sigortalının hırsızlık suçundan beraat etmesinin iş akdinin İK 25/II maddesi gereği feshedilmesine engel teşkil etmeyeceği, genel olarak sadakat borcuna aykırılık oluşturan söz ve davranışların işverene İK 25/II uyarınca fesih hakkı tanıdığı, bu

---

[20] Y22HD, 2016/32872 E- 2020/5006 K. Aynı yönde , Y22HD, 2017/22282 E-2019/10584 K. Y22HD, 2016/23044 E-2019/20800 K. Y22HD, 2016/13114 E- 2019/12153 K. Y9HD, 2016/34367 E- 2019/8748 K. Y9HD, 2016/34365 E- 2019/8746 K. sayılı içtihatları, kişisel arşiv.

[21] Şahin Çil, *İbra Sözleşmesi ile İkale Sözleşmesinin İş Güvencesine Etkisi,* Sicil, Eylül 2007, s.8.

[22] Y9HD, 19/04/2010, 24779/11305, kişisel arşiv.

sebeple yapılan fesih sonucunda sigortalının işsizlik ödeneğine hak kazanamayacağı dile getirilmiştir[23].

İşverence İK 25/IV hükmü gereği sigortalının gözaltına alınması veya tutuklanması halinde devamsızlığı İK 17'deki bildirim süresini aşması halinde, işverenin haklı nedenle iş akdini feshedebileceğini görmekteyiz. *Tuncay/Ekmekçi ve Güzel/Okur/Caniklioğlu'na* göre İşsizlik Sigortası Kanununun 51. maddesinde bu husus belirtilmemiş olmakla birlikte, sigortalının bu halde de işsizlik ödeneğine hak kazanacağını kabul etmek gerekecektir[24].

1. Haksız Fesih

Sigortalı veya işveren her zaman iş akdini haklı nedenle feshetmemekte, fesih kimi zaman haksız da olabilmektedir. İş akdinin sigortalı veya işverence kanunda belirtilen haklı fesih nedenlerine (İK 24 veya 25) dayanılarak feshedildiğinin ileri sürülmesine karşın gerçekte böyle bir neden mevcut değilse veya öne sürülen nedenin varlığı ispatlanamıyorsa ya da fesih süresi içinde kullanılmamışsa yapılan fesih, haksız bir fesihtir[25].

Sigortalının iş akdini haksız feshinde işsizlik ödeneğine hak kazanması mümkün değildir. İşverence yapılan haksız feshe gelindiğinde, işveren tarafından iş akdi haksız olarak feshedilen sigortalı işsizlik ödeneğine hak kazanabilecektir[26]. Nitekim yukarıda belirttiğimiz üzere işverence İK 25/II. bendi haricinde yapılan haklı nedenle fesihlerde sigortalı, işsizlik ödeneğine hak kazanırken haksız fesih hallerinde bu ödeneğe evleviyetle hak kazanacaktır.

---

[23] Y9HD, 05/11/2013, 33316/28322, kişisel arşiv. Aynı yönde Y9HD, 24/03/2011, 41158/8567 ve 25/06/2014, 25051/2179 sayılı içtihatlarında yüksek mahkeme özetle kovuşturma evresindeki beraat kararının ya da soruşturma evresindeki kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın hukuk hakimini bağlamayacağını ve -her somut olay için genel geçer olmasa da- bu kararlara konu eylemler sebebiyle işverence sigortalının iş akdi feshedilmiş ise bunun İK 25/II kapsamında yapılan bir fesih olarak görülebileceği vurgulanmıştır. İK 25/II kapsamında haklı nedenle yapılan fesihler de sigortalının işsizlik ödeneğine hak kazanmasına engel teşkil etmektedir.

[24] Tuncay/Ekmekçi, 2019, 685. Ali Güzel/Ali Rıza Okur/Nurşen Caniklioğlu, *Sosyal Güvenlik Hukuku,* B.18, Şubat 2020, s.725.

[25] Süzek, 2019, s.699 vd.

[26] Bkz. Y9HD, 18/03/2010, 50182/7263, Legal İşHSGHD, 2010, 26-63. Aktaran Tuncay/Ekmekçi, 2019, 685, dpn. 62. Yargıya yansıyan bir başka olayda, dava işçi alacakları yönünden sulh ile sona ermiş ve bu alacaklar yönünden karar verilmesine yer olmadığına karar verilmiş olsa da sözleşmenin işverence haksız olarak feshedildiğinin tespitinin karara bağlanmasına engel olmadığı hatta sigortalıyı tekrar dava açmak zorunda bırakmamak için karara bağlanması gerektiği belirtilmiştir. Bkz. Y9HD, 13/05/2010, 11132/13161, kişisel arşiv. Böylece söz konusu bu tür tespit davalarında sigortalının hukuki yararının olduğu, yüksek mahkeme tarafından aynı yönde verilen içtihatlar ile de ortaya konmaktadır.

2. Fesih Sebebinin Doğru Bildirilmemesi

İşveren işten ayrılış bildirgesinde fesih sebebini kimi zaman yanlış olarak belirttiğinde sigortalı, işsizlik ödeneğine kavuşamamakta, ancak açacağı dava ile işten ayrılış bildirgesinin işveren tarafından yanlış düzenlendiğinin tespiti sonucunda işsizlik ödeneğine geç de olsa kavuşabilmektedir. Bu yüzden sigortalının işsizlik ödeneğinden geç yararlanması bazen işverenin sorumluluğunu doğuran böyle bir nedenden kaynaklanmış olabilmektedir. Örneğin iş akdinin işverence İK 25/II uyarınca haklı nedenle feshi halinde yukarıda belirttiğimiz üzere sigortalı işsizlik ödeneğine hak kazanamayacaktır. Bu yüzden sigortalının iş akdinin işverence İK 25/II'ye dayalı haklı neden iddiasıyla sona erdirilmesinden sonra feshe karşı açılan davada haklı nedenin hukuka uygun olmadığının ve feshin haksız olduğunun ispat edildiği hallerde sigortalı, ödeneğe geç kavuşmuş olacaktır. Bu durumlarda Kurum kendisine bildirilen fesih sebebiyle bağlı olduğu için sigortalı Kurum'a başvurmuş olsa da, dava sona erinceye kadar sigortalıya işsizlik ödeneği bağlanamayacaktır. Bu sebeple, sigortalının ödeneğe geç kavuşmadan kaynaklanan bir zararı doğacaktır. Yüksek mahkeme içtihatlarına göre işverenin bu eylemi nedeniyle işsizlik ödeneğine geç kavuşan sigortalının, geçmiş dönem zararını işverenden talep etmesi mümkündür[27]. Bazı uyuşmazlıklarda sigortalının ödeneğe geç kavuşmaktan kaynaklı geçmiş dönem zararını değil de kavuşamadığı işsizlik ödeneğini bizzat işverenden talep ettiğini görmekteyiz. Yüksek Mahkeme isabetli bir şeklide bu tür davaları pasif husumet yokluğundan usulden reddetmektedir. Çünkü sigortalı işsize koşulların sağlanması halinde ödeneği ödemekle yükümlü (borçlu) olan işveren değil, İŞKUR'dur[28]. Tekrarla işsizlik ödeneğine işverenin kusurlu eylemi sebebiyle geç kavuşmasından doğan zararın tazmini için ise işverene karşı dava açması gerekmektedir.

C. Belirli Süreli İş Akdinin Sürenin Bitimi ile Kendiliğinden Sona Ermesi

Süre sonunda belirli süreli iş akdi sona eren sigortalı işsizlik sigortası ödeneklerinden mahrum bırakılmamıştır. İşsizlik Sigortası Kanununun 51/1-d bendine göre belirli süreli iş akitlerinde ve DİK 7/II'ye göre sona ermede iş akdi süre sonunda tarafların fesih bildiriminde bulunmalarına gerek kalmaksızın kendiliğinden sona erdiğinden, sigortalı iradesi dışında işsiz kalmaktadır. Bu sebeple iş akdinin bu şekilde belirli sürenin sonunda kendiliğinden sona erdiği durumlarda sigortalı işsizlik ödeneğine hak kazanacaktır.

---

[27] Ömer Ekmekçi, *Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi,* 2009, Kamu-İş, 2011, s.317 vd.

[28] Y22HD, 2017/27471E-2020/3031K . Y22HD, 2017/23513E-2019/15905 K sayılı içtihatları, kişisel arşiv.

D. İş Akdinin İşyerinin El Değiştirmesi, Kapatılması veya Niteliğinin Değiştirilmesi Nedeniyle Feshi

Sigortalı, işyerinin el değiştirmesi veya başkasına geçmesi, kapanması veya kapatılması, işin veya işyerinin niteliğinin değişmesi nedenleriyle işten çıkarılmış veya DİK 14/IV bendi uyarınca işsiz kalmışsa sigortalı işsizlik ödeneğine hak kazanacaktır[29].

Bu sayılan hallerde işveren iş akdini İK 17. madde uyarınca süreli fesih yolu ile sona erdirebildiği için bu fesih, İşsizlik Sigortası Kanununun 51/1-a bendi kapsamına giren bir sona erme şekli olacağından sigortalı zaten işsizlik ödeneğine hak kazanabilecekti. O halde mevcut düzenlemelerle (İK 51/1-a) bu sonuca varmak mümkün iken İK 51/1-e bendinde tekrarlanması hukuk tekniği açısından olanın tekrarı mahiyetinde olmuştur.

E. İş Kanunları Kapsamı Dışında Kalan Sigortalıların İş Akitlerinin Feshi

İşsizlik Sigortası Kanununun ilk yürürlük metninde iş kanunları kapsamı dışında kalan sigortalı işsizlerin, hangi hallerde işsizlik sigortası yardımlarından yararlanabilecekleri düzenlenmemişti. Bu boşluk İsK 51/1'e eklenen g bendi ile doldurulmuş bulunmaktadır. Buna göre İş Kanunlarının (İK, BİK, DİK) kapsamına girmeyen sigortalılardan iş akitleri 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu kapsamında yapılmış olan toplu iş sözleşmesi hükümlerine göre sona erenlerin veya toplu iş sözleşmesi bulunmayan hallerde 6098 sayılı TBK hükümleri doğrultusunda sona erenlerin iş akitleri İşsizlik Sigortası Kanununun 51. maddesinin a, b, c, d ve e bentlerindeki hükümlere paralel olarak sona erdirilmişse sigortalı işsizlik ödeneğine hak kazanacaktır[30].

F. Özelleştirme Kanunu Kapsamında İşsiz Kalmak

İşsizlik Sigortası Kanununun 51/1-f bendine göre sigortalı, 4046 sayılı yasa kapsamında işsiz kalmış ise işsizlik ödeneğine hak kazanacaktır. Bu hallerde iş akdi süreli fesih yoluyla 51/1-a bendi kapsamında sona erdirilmiştir. Buna rağmen yasa koyucu bu konudaki duraksamaları gidermek için bu hususu İsK 51/1-e'de olduğu gibi ayrıca yasal bir zemine kavuşturmuştur.

Özelleştirme kapsamına alınan kuruluşların özelleştirmeye hazırlanması, özelleştirilmesi, küçültülmesi veya faaliyetlerinin kısmen ya da tamamen durdurulması, süreli ya da süresiz kapatılması veya tasfiye edilmesi nedeniyle; bu kuruluşlarda iş akdine dayalı olarak, ücret

---

[29] İsK 51/1-e.

[30] Celal Tozan, *İşsizlik Kanunu Uygulamaları,* Türkiye İşçi Sendikaları Konfederasyonu Yayınları, 2013, s.82.

karşılığı çalışanlardan iş akitleri tabi oldukları iş kanunları ve toplu iş sözleşmeleri gereğince tazminata hak kazanacak şekilde sona ermiş olanlara, yasalardan ve yürürlükteki toplu iş sözleşmelerinden doğan tazminatları dışında ilave olarak *iş kaybı tazminatı* ödenir. İş kaybı tazminatı ve işsizlik ödeneğine birlikte hak kazanıldığında öncelikle iş kaybı tazminatı ödenecektir[31].

IV. İş Akdinin Askıya Alınmamış Olması

İş akdi sona ermeden işsizlik ödeneğine hak kazanılamayacaktır. Çünkü İsK 51. maddesinde iş akdinin belirli sebeplerle sona ermiş olması şart koşulmuştur. O halde, iş akdinin sona ermediği, sigortalının sadakat, işverenin de işçiyi gözetme ve eşit işlem yapma borçlarının bütünüyle, işçinin talimatlara uyma borcunun ise kısmen devam ettiği fakat iş görme ve ücret ödeme borçlarının karşılıklı ortadan kalktığı iş akdinin askıya alınma hallerinde iş akdi sona ermediği için işsizlik ödeneği ödenemeyecektir[32].

İsK 51/son da işsizlik ödeneğine hak kazanmaya engel olacak olan askıya alınma halleri tek tek sayılmıştır. Buna göre grev, lokavt veya yasadan doğan ödevler nedeniyle iş akdi askıya alınmışsa sigortalı, işsizlik ödeneğine hak kazanamayacaktır. Bu düzenlemeye Deniz İş Kanunu'nun ve Basın İş Kanunu'nun aynı nitelikteki maddeleri dâhil edilmiştir[33].

Askı halleri sadece yasada sayılanlardan ibaret olmadığından madde metninde sayılanlar haricinde kalan diğer askı hallerinde ne olacağı sorusu akla gelmektedir. Bu husus, askıya alınma kavramının genel teorisinden yola çıkılarak cevaplandırılmalıdır. Hastalık, analık ve kamusal görevler gibi sigortalının şahsında ortaya çıkan maddi imkânsızlıklardan kaynaklanan askı durumlarında sigortalılar *çalışmaya elverişsiz*lerdir. O itibarla bu kişilerin öncelikle işsiz oldukları kabul edilemeyeceği için ödenekten de yararlanamayacakları ortadadır. Yani ön koşul olan *işsizlik* şartını sağlanamamışken işsizlik ödeneğine de hak kazanamayacaklardır. Böylece bu gruptakiler hem işsiz olma şartını hem de *çalışmaya elverişli olma* şartını sağlayamamış olduklarından ödenekten yararlanamayacaklardır.

Kıdem tazminatına hak kazanmak amacıyla ve muvazzaf askerlik veya evlilik nedeniyle iş sözleşmesini sona erdiren sigortalının işsizlik ödeneğinden yararlanabilmesi hususunda bir düzenleme yoktur. Muvazzaf askerlik nedeniyle işten ayrılan sigortalının işsizlik ödeneğine hak kazanması hususu İşsizlik Sigortası Kanunu'nun Uygulanmasına İlişkin 3 no'lu Tebliğ m.4 hükmünde düzenlenmiştir. Hükümde,

---

[31] İsK. geç.m.1

[32] Sarper Süzek, *İş Akdinin Askıya Alınmasının Genel Teorisi,* 1989, s.110.

[33] Alp Limoncuoğlu, *Mukayeseli Hukuk ve Türk Hukukunda İşsizlik Sigortası,* Dokuz Eylül Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2006, s. 267.

muvazzaf askerlik nedeniyle işten ayrılan sigortalının, terhis olduktan sonra 30 gün içerisinde Kurum'a başvurması halinde işsizlik ödeneğine hak kazanacağı öngörülmüştür[34]. Ancak kadın işçinin iş sözleşmesini evlilik nedeniyle sona erdirmesi halinde kendi iradesiyle işsiz konumuna geçmesi sebebiyle, işsizlik ödeneğinden yararlanmayacağı kabul edilmektedir[35]. Yine 1475 sayılı İş Kanununun 14/5 fıkrası uyarınca 15 yıllık sigortalılık süresini ve 3600 gün prim ödeme gün sayısını tamamlayarak kıdem tazminatı almak amacıyla işten kendi isteğiyle ayrılanlar da işsizlik ödeneğine hak kazanamayacaktır[36].

Aslına bakılırsa grev ve lokavt hali yasada sayılmamış olsaydı dahi ülkemiz açısından bu askı hallerinde de ödeneğe hak kazanılamayacağı sonucuna varılabilirdi. Çünkü bu gruptaki sigortalılar, askı süresince maddi imkânsızlıkları bulunmamasına rağmen yasa gereği çalışmaya elverişsizlerdir. Çünkü bu grev ve lokavt sebebiyle iş akitleri askıya alınanlar askı süresince başka bir iş tutamazlar. Aksi halde işveren grev süresince başka bir işyerinde çalışan sigortalının iş akdini haklı nedenle derhal feshedebilir (STİSK 68/III). Bu sebeple iş akitleri grev ve lokavt nedeniyle askıya alınanlar, söz konusu askı döneminde çalışmaya elverişsiz bulundukları için teknik anlamda dahi işsiz kabul edilemezler[37] ve dolayısıyla işsizlik ödeneğine de hak kazanamazlar. Nitekim bu tercih devlet kurumlarının toplu iş uyuşmazlıklarına müdahaleden kaçınmaları, devletin bu gibi durumlarda tarafsız kalması gerektiği prensibine de uygun düşmektedir[38].

Geriye iş akdinin askıya alınmış olup da sigortalının *çalışmaya elverişliliğinin* ortadan kalkmadığı iki durum kalmaktadır. Bunlar, zorlayıcı nedenle ve olağan dışı halden kaynaklanan askı halleridir. Bu hallerde ifa imkânsızlığı geçici ve istisnaidir. Ayrıca sigortalının şahsında ortaya çıkmamakta ve ortaya çıkması işverene yüklenemez niteliktedir[39]. Zorlayıcı nedenle yasal askı hali ortaya çıktığında işveren sigortalıya bir haftaya kadar yarım ücret ödeyecektir(İK 40). Kural olarak tüm askıya alınma hallerinde sigortalı işsiz kabul edilip işsizlik ödeneğine hak kazanamasa da zorlayıcı nedenlerden kaynaklanan askıya alınma halinde sigortalının işsizlik ödeneğinden yararlandırılması yapılacak yasal düzenleme ile sağlanmalıdır. Böylece bu halde sigortalı teknik anlamda işsiz kabul edilmiş olacaktır[40].

---

[34] Tuncay/Ekmekçi, 2019, s. 686. Tuncay/Ekmekçi'ye göre burada askere gidiş sebebiyle zorunlu ayrılış mevcuttur. Bu sebeple askere giderken değil fakat dönüşte 30 gün içinde sigortalının İŞKUR'a başvurduğu takdirde askerlik sonrası işsiz kaldığı dönem için işsizlik sigortasından yararlanması gerektiğini vurgulamıştır.

[35] Gökhan Bedir, "Evlilik Nedeniyle İşten Ayrılan Sigortalı İşsizlik Ödeneğine Hak Kazanır Mı?", Lebib Yalkın Mevzuat Dergisi, Haziran 2015, S.138, s. 207-208.

[36] Tuncay/Ekmekçi, 2019, 686.

[37] Başterzi, 1996, s. 132.

[38] W. Gitter/J. Schmitt, Sozialrecht,5. Aufl, München 2001, 256.

[39] Süzek, 1989 (Teori), s. 66-70-71.

[40] Başterzi,1996, s. 132. Bu görüşe ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. 132 vd.

Buradan anlaşıldığı üzere iş akdi *askıya alınan* ve *çalışmaya elverişli olunmayan* hallerde sigortalı işsiz kabul edilemeyeceğinden işsizlik ödeneğinden yararlanamazken, iş akdi *askıya alınan* ve *çalışmaya elverişli olunan* hallerde (zorlayıcı nedenler ve olağan dışı hal) sigortalı işsizlik sigortası bakımından teknik olarak işsiz kabul edilip ve ödenekten yararlandırılmalıdır. Nitekim yasal mevzuatımızda bu düşünceyi haklı kılan sebeplere rastlamaktayız[41]. İK 24/III ve 25/III gereği zorunlu nedenlerden kaynaklanan bir haftalık yasal askı süresi sonunda taraflar akdi, haklı nedenle derhal feshetmek yerine sürdürmeye devam da edebilirler. İşte bir haftalık yasal süreden sonra devam eden akitte artık yasal değil sözleşmesel askı hali ortaya çıkmıştır[42]. Bu durum üzerinden devam edersek iş akdi hukuken ayakta bulunmasına rağmen sigortalıların işsizlik sigortası bakımından teknik olarak işsiz kabul edilmeleri ve ödenekten yararlandırılmaları hem iş akdinin askıya alınmasının iş güvencesi sağlama amacına, hem de işsizlik sigortasının hizmet ettiği amaca en uygun çözüm olacaktır[43]. Bu çözüm, ayrıca ellerindeki yetişmiş işgücünü kaybetmeyecek olan işverenleri de koruyucu bir işleve sahiptir[44]. Aksi halde zaten sigortalı işsizlik ödeneğine hak kazanabilmek için askıdaki akdini haklı nedenle derhal (İK 24/III) feshetmek zorunda kalacaktır ki bu da *feshin son çare* olarak görüldüğü iş hukukunda istenen bir sonuç değildir. Bu sebeple kanımızca bu zorlayıcı nedenle askıya alınma haline ilişkin olarak bir haftalık yasal askı süresinden sonrası için sözleşmesel askı halinin doğduğu hallerde yasa koyucunun sigortalıya işsizlik ödeneği ödenmesi hususunda yasal düzenlemeler getirmesi isabetli olacaktır.

V. Çalışmaya İstekli ve Elverişli Olmak

Bu koşul yasada üstü kapalı olarak yer almıştır. İşsizlik sigortası tanımının yapıldığı 47. maddenin c bendinde "...çalışma istek ve yeterliliğinde olmasına rağmen..." ; aynı maddenin e bendinde "...Kuruma başvurarak çalışmaya hazır olduğunu bildiren..." şeklindeki ifadeler ile bu koşulun varlığı ortaya konmaktadır[45]. Yine aynı yasanın 51/1. fıkrasında *yeni bir iş almaya hazır olduklarını* kaydettirme koşulu da bunu destekler mahiyettedir. Çalışma isteği talep edildiğinde derhal çalışmaya hazır olmakla beraber sigortalının işi haklı ve geçerli bir neden olmadan reddetmemesi, iş görüşmelerine dış görünüşüne önem vererek katılması veya kendisine bir iş önerilmesini engelleyici davranışlarda bulunmaması olarak da açıklanmaktadır.

---

41 Bu sebepler için Bkz. Başterzi, 1996, s. 132-135.
42 Süzek, 1989 (Teori), s. 47.
43 Başterzi, 1996, s. 133.
44 Fevzi Demir/Zeki Erdut, Batı Ülkelerinde İşsizlik Sigortasının Hukuki Çerçevesi ve Uygulaması, Münir Ekonomi 60. Yaş Günü Armağanı, 1993, s. 418.
45 Tuncay/Ekmekçi, 2019, s. 689.

Çalışmaya elverişli bir durumda olduğunu kanıtlama yükümlülüğü işsiz sigortalıya aittir[46].

İşsizlik Sigortası Kanununun 52/1-a bendinde "...mesleklerine uygun ve son çalıştıkları işin ücret ve çalışma koşullarına yakın ve ikamet edilen yerin belediye ve mücavir alanı sınırları içinde bir iş" hükmü ile uygun bir işe vurgu yapılmıştır. Bunun yanında ILO'nun 44 sayılı sözleşmesi ışığında bakılırsa, *uygun iş* için ilk ölçüt *coğrafi uygunluk* ölçütüdür. Buna göre önerilen iş belirli bir bölgede ikamet etmeyi gerektirdiği halde söz konusu bölgede sigortalıya uygun barınma koşullarını sağlaması mümkün değilse bu işin sigortalıya uygun olmadığı kabul edilmelidir. İkinci ölçüt, yasal mevzuatımızda da yer verilen *ücret ve çalışma koşullarının* sigortalının talep ettiğinden düşük bulunmaması halidir. Son ölçüt olarak sigortalının bilgi ve genel donanım itibariyle bu işi yapmaya elverişli olması gerekir. Burada vurgu yapılan husus *mutad meslektir*. Mutad meslek uzunca süredir yapılmakta olan iştir. Fakat uzun süren işsizlik, sakatlık ve yaşanılan yerin coğrafi olarak değişmesi gibi sebepler mutad mesleği geçersiz kılabilmektedir. Ücret ve çalışma koşulları ise bulunulan bölgede önerilen iş için mutad olan ücret ve çalışma koşullarıdır. Çalışma koşulları ve özellikle tali koşullar bakımından fazla katı davranılmaması gerekmektedir. Mesela önerilen işyerinde benzer işyerlerinden farklı olarak çay molası verilmiyor olması o işin sigortalıya uygun bulunmadığı sonucunu doğurmamalıdır. Mevzuatımızda *son çalıştıkları iş* ölçütü getirilmiş olsa da bazen sigortalının çalıştığı son iş gerçekte ona uygun olmayabilmektedir. Bu sebeple son çalışılan iş ölçütü tek başına ele alınmamalı, diğer ölçütler ile birlikte değerlendirme yapılmalıdır[47].

VI. İşsizliğin Gayri İradi Olması

İşsizlik ödeneği için iş akdinin belirli nedenlerle sona ermesi halleri incelendiğinde bu hallerden doğan tüm işsizliklerin gayri iradi işsizlik hali olduğu anlaşılmaktadır. İradi işsizler teknik anlamda işsiz değillerdir. İsK 47/1-e bendinde sigortalı işsiz tanımı yapılırken işini kaybeden kavramı ile gayri iradi işsizliğe vurgu yapılmıştır. Örneğin sigortalı tarafından İK 17. maddesine göre yapılan süreli fesih hali, yaygın kullanımı ile istifa eylemi işsizlik ödeneğine hak kazandıran İsK 51/1-a bendi kapsamına alınmamıştır. Çünkü sigortalının bu durumdaki işsizliği gayri iradi değil, iradidir ve bu sebeple işsizlik ödeneğine hak kazanamayacaktır. Yabancı bir temyiz mahkemesinin önüne gelen olayda, istifa eden işçi, istifa etmeseydi bile işverenince zaten işten çıkarılacağını bu yüzden istifa ettiğini ileri sürdüğünde yüksek mahkeme

[46] Tuncay/Ekmekçi, 2019, s. 689.
[47] Başterzi, 1996, s. 174.

yine de işçi tarafından yapılan bu istifanın işsizlik ödeneğine hak kazandıran bir neden olamayacağını belirtmiştir[48].

Bunun yanında İK 25/II uyarınca işverence iş akdi haklı nedenle derhal feshedilmiş olan sigortalının da işsizliği iradi işsizliktir ve ödeneğe hak kazanamayacaktır[49]. Yine ikale (bozma) sözleşmesi ile iş akdinin sonlandırılması halinde sigortalı 4447 sayılı Yasa kapsamında işsizlik sigortasından yararlanamayacaktır[50].

A. Gayri İradi İşsizliğe Örnek Haller

Gayri iradi işsizlik halleri yasada sayılmamış olup örnek hallerin varlığı bu kriterin daha iyi anlaşılmasını sağlayacağı için iradi işsizliği gösteren durumların sayıldığı ILO'nun 44 sayılı sözleşmesine bakmak yararlı olacaktır. Sözleşmeye göre *kötü davranışları nedeniyle iş akdi feshedilenler* belirli bir süre için işsizlik ödeneğinden yararlandırılmayabileceklerdir.

ILO'nun 44 sayılı sözleşmesine göre *sigortalının iş akdini haklı bir nedene dayanmaksızın iradi olarak feshetmesi* hali de iradi işsizlik olarak görülmektedir. Bu bakımdan haklı neden kavramını incelemek gerekirse hukukumuzda sigortalının İK 24. madde uyarınca iş akdini haklı nedenle derhal feshedebileceği ve bunun işsizlik ödeneğine hak kazandırabileceği hükme bağlanmıştır. Sözü edilen maddede sayılan haklı nedenler işsizlik sigortası anlamında haklı neden kavramına göre oldukça dardır. Bu yüzden işsizlik sigortası bakımından haklı neden kavramı mümkün olduğunca geniş yorumlanmalıdır[51]. Burada eğer sigortalı bu şekilde haklı bir nedene dayanıyorsa zaten haklı nedenle bildirimsiz, derhal fesih yapabilecek ve işsizlik gayri iradi olacağı için işsizlik ödeneğine hak kazanacaktır. Haklı nedene dayanmıyorsa da işsizlik iradi olduğundan işsizlik ödeneği hakkı doğmayacaktır.

ILO'nun 44 sayılı sözleşmesinin 10. maddesinde yer verilmiş olan *sigortalının uygun bir iş teklifini makul gerekçe göstermeden reddi* de iradi

---

48 Amerikan Temyiz Mahkemesi Kararı, "Pay Cut May Be Legit Reason to Quit, Collect Unemployment" HR Specialist, Minnesota Employment Law 3, No. 12, December 2010, s. 12. Benzer şekilde bir başka yabancı mahkeme kararında haklı ve geçerli bir nedeni olmadan işinden ayrılan sigortalının, işvereninin kendisini işten ayrılmaya zorladığı yönündeki iddiası yeterli ve inandırıcı bulunmadığından işsizlik ödeneği talebi reddedilmiştir. Bkz. "Legal Briefs", HR Specialist: New Jersey Employment, Law 6, No. 12, December 2011, s. 12.

49 Başterzi, 1996, s. 153. Fakat burada şöyle bir durum ortaya çıkmaktadır; işverence İK 25/II uyarınca yapılacak fesih karşısında sigortalı, işverene karşı haksız fesih yaptığı gerekçesi ile açacağı davayı kazanacak olsa da o dava süresince bu ödeneği alması mümkün olmayacak, ödeneği alması yargılamanın sonuna kadar ertelenecek ve belki de hakkı olan ödeneğe hiç kavuşamayacaktır. Bu durumda da işsizlik sigortası başlıca işlevini yerine getirememiş olacaktır.

50 Y9HD, 2019/2672 E- 2019/6911 K. Aynı yönde , Y9HD, 2018/9045 E- 2018/22754 K, kişisel arşiv.

51 Başterzi, 1996, s.168.

işsizlik örneklerindendir. İşsizlik Sigortası Kanununun 52/1-a bendinde bu husus benzer olarak "Kurumca teklif edilen mesleklerine uygun ve son çalıştıkları işin ücret ve çalışma koşullarına yakın ve ikamet edilen yerin belediye mücavir alanı sınırları içinde *bir işi haklı bir nedene dayanmaksızın reddeden*" şeklinde hükme bağlanmıştır.

İşsizliğin iradiliğini gösteren uygun bir iş teklifinin reddedilmesinin aktif olabileceği gibi pasif bir davranışla gerçekleşmesi de olasıdır.

ILO'nun 44 sayılı sözleşmesine göre s*igortalının ihmali nedeniyle olası ve uygun bir iş fırsatını değerlendirememesi* de bir başka ödenekten yoksun kalma örneğidir.

İlgili makamın tavsiyelerine uyulmaması da aynı sözleşme bakımından ödenekten yoksun kalma sebebi olarak görülmektedir (m.10/2-d). Bu düzenleme ulusal yasalarda da yerini bulmuştur. Şöyle ki; İşsizlik Sigortası Kanununun 52/1-d bendi gereği "Haklı bir nedene dayanmaksızın Kurum tarafından yapılan çağrıları zamanında cevaplamayan, istenilen bilgi ve belgeleri öngörülen süre içinde vermeyen "sigortalının ödeneklerinin kesileceği hüküm altına alınmıştır. Gerçekten de bu çağrılara makul bir neden olmaksızın yanıt vermeyen sigortalının iş bulmada ihmalkar davrandığı ve çalışma isteğinde olmadığı akla gelmektedir. Bu sebeple bu hallerde sigortalının ödenekten yoksun bırakılması işsizlik sigortasının korunması ilkesine de uygun düşmektedir. Fakat hükümde istenecek bilgi ve belgelerin niteliğine hiç değinilmemektedir. O halde kurum uyulmaması iradi işsizliğe gösterge olacak taleplerde bulunabileceği gibi sırf usuli bazı koşulların yerine getirilmesine ilişkin taleplerde de bulunabilecektir. Böylece bu yasal düzenleme ile hem iradi işsizlerin ödenekten yararlanması engellenmekte hem de sigortanın aksamadan işlemesini sağlamaya yönelik bir medeni ceza getirilmiştir[52].

Ulusal yasalarda *haklı bir neden olmadan makul bir mesleki eğitim önerisinin kabul edilmemesi* de ödenekten yoksun kalma sebebi olarak düzenlenmiştir. Nitekim İşsizlik Sigortası Kanununun 52/1-c bendinde "Kurum tarafından önerilen meslek geliştirme, edindirme ve yetiştirme eğitimini haklı bir neden göstermeden reddeden veya kabul etmesine karşın devam etmeyen" sigortalının işsizlik ödeneğinin kesileceği hükme bağlanmıştır.

Sonuç olarak, sayılan örneklerin ortak özelliği iradi işsizliğe yol açmış olmalarıdır.

B. Belirli Süreli İş Akitleri

İş akdinin belirli sürenin dolması ile sona ermesindeki işsizlik halinde belirli süre sonunda sona ereceğini bilerek çalışmaya başlayan

---

[52] Başterzi, 1996, s. 176.

sigortalının, bu süre sonunda ortaya çıkacak işsizliğinin iradi olacağı düşünülebilir. Fakat işsizliğin yoğun olarak bulunduğu dönemlerde işçiler, işverenin belirli süreli iş akdi yapma talebine karşı gelememektedirler. Bu sebeple bu sürenin sonunda ortaya çıkan işsizliğin en azından çoğunun gayri iradi olduğunu kabul etmek yerinde olacaktır. Zaten aksi halde zorunlu sigortacılık ilkesinin uygulandığı ve sigortalının ücretinden iş akitlerinin belirli veya belirsiz süreli olduğuna bakılmaksızın kaynakta tevkif yöntemi ile işverenlerce primlerin kesildiği bir sistemde böyle bir ayrıma gitmek, belirli süreli iş akdi ile çalışanların işsizlik ödeneğinden mahrum bırakılmaları gibi hakkaniyete ve adalete aykırı bir sonuç doğuracaktı. O zaman da ödenekten yararlanamayan bu grubun ücretlerinden kesilen primlerinde dayanağı kalmadığından kesilmemesi gerektiği ileri sürülebilecekti. Bu ise çıkmaza sebep olacaktı. Bu yüzden İsK 51/1-d bendindeki mevcut düzenleme, bu haliyle tüm bu hususları aydınlatan, isabetli bir çözüm getirmiştir.

VII. İşsizlik Ödeneği Alma Hakkını Düşüren Bir Nedenin Bulunmaması

Sigortalının işsizlik ödeneği almakta iken yasada tahdidi şekilde sayılan hak düşürücü hallerden biri[53] gerçekleştiğinde işsizlik ödeneği alma hakkı sona erecektir. Bu haller, sigortalının mevcut işsizlik durumunun uzamasına yol açabilecek kötüniyetli davranışların önüne geçmek amaçlı belirlenmiştir. Ayrıca işsizliğin bu hallerde iradi olduğu kabul edilmiştir.

Ülkemizdeki yasal düzenlemelere bakıldığında hak düşürücü nedenlerden ilki, işsizlik ödeneği elde edilmesinde hileli davranışlarda bulunma halidir[54]. Hileli davranış genellikle işsizlik ödeneği talep ettiği veya aldığı sırada *gelir getirici bir işte çalışma* şeklinde olmaktadır (İsK 52/1-b). Yargıya yansıyan bir olayda, gelir getirici bir işte çalışmakta iken işsizlik sigortasından yararlanma talebinde bulunmak mümkün olmadığından, davacının işsizlik ödeneği bağlandığı dönemde tacir ve anonim şirketi yönetim kurulu üyesi olması nedeniyle davanın reddi karar verilmesi gerektiğine hükmedilmiştir[55]. Sık rastlanan bu kaçak

---

[53] İsK 52 "İşsizlik ödeneği almakta iken; a) Kurumca teklif edilen mesleklerine uygun ve son çalıştıkları işin ücret ve çalışma koşullarına yakın ve ikamet edilen yerin belediye mücavir alanı sınırları içinde bir işi haklı bir nedene dayanmaksızın reddeden, b) (Değişik bend: 25/06/2003 - 4904 S.K./29. md.) İşsizlik ödeneği aldığı sürede gelir getirici bir işte çalıştığı veya herhangi bir sosyal güvenlik kuruluşundan yaşlılık aylığı aldığı tespit edilen, c) Kurum tarafından önerilen meslek geliştirme, edindirme ve yetiştirme eğitimini haklı bir neden göstermeden reddeden veya kabul etmesine karşın devam etmeyen, d) Haklı bir nedene dayanmaksızın Kurum tarafından yapılan çağrıları zamanında cevaplamayan, istenilen bilgi ve belgeleri öngörülen süre içinde vermeyen, sigortalı işsizlerin işsizlik ödenekleri kesilir.

[54] Bu, 44 sayılı ILO sözleşmesine de uygun düşen bir düzenlemedir (m.10/2-c).

[55] Y9HD, 2017/18380 E- 2018/18328 K , kişisel arşiv.

çalışma ilişkisinin tespiti ve takibi somut olaydaki gibi her zaman çok kolay değildir.

Öğretide, kısa süreli bile olsa gelir getirici faaliyette bulunan kişinin gelir getirici faaliyet sona erdiğinde daha önceden hak kazandığı ve henüz yararlanma süresini doldurmadığı ödeneği almaya devam edememesi eleştirilmektedir. Yapılması gereken, gelir getirici işte çalışan kişinin yalnızca bu süreler için kendisine ödenen işsizlik ödeneğinin iadesini sağlaması olduğu ileri sürülmüştür[56].

Yaşlılık aylığının alınması diğer bir hak düşürücü nedendir. 4904 sayılı yasa ile yapılan değişiklikten önce 51. maddede "sigortalının herhangi bir sosyal güvenlik kuruluşundan gelir ve aylık almaması" koşulu mevcuttu. Değişiklik ile bu koşul kaldırıldığı gibi 4904 sayılı yasa ile 52. maddenin b bendinde "herhangi bir sosyal güvenlik kuruluşundan yaşlılık aylığı aldığı tespit edilen" şeklinde değişiklik yapılmıştır. Böylelikle yaşlılık aylığı dışında sosyal güvenlik kurumlarından gelir ve aylık almak, işsizlik ödeneğine hak kazanmaya engel oluşturmayacaktır[57]. Sosyal sigorta yardımlarından çokluk ilkesinin burada gözetilmemesi hali değişiklik ile ortadan kalkmıştır. Yüksek mahkeme de yasal düzenlemelere paralel bir şekilde yaşlılık aylığı almakta iken işsizlik sigortasından yararlanmanın mümkün olmadığını dile getirmiştir[58].

Bunun dışında *Kurumca teklif edilen mesleklerine uygun ve son çalıştıkları işin ücret ve çalışma koşullarına yakın ve ikamet edilen yerin belediye mücavir alanı sınırları içinde bir işi haklı bir nedene dayanmaksızın reddeden, Kurum tarafından önerilen meslek geliştirme, edindirme ve yetiştirme eğitimini haklı bir neden göstermeden reddeden veya kabul etmesine karşın devam etmeyen ya da haklı bir nedene dayanmaksızın Kurum tarafından yapılan çağrıları zamanında cevaplamayan, istenilen bilgi ve belgeleri öngörülen süre içinde vermeyen* sigortalı işsizlerin işsizlik ödenekleri kesilmektedir (İsK 52/1-a,c,d)[59]. Ancak bu hallerin sona ermesi durumunda ödemelere kaldığı yerden devam edilmekte ve fakat ödemenin süresi başlangıçta belirlenmiş olan toplam hak sahipliği süresinin sona erdiği tarihi geçememektedir[60].

VIII. Belirli Süre Çalışma ve Prim Ödeme

İşsizlik ödeneğine hak kazanmada varlığı aranan bir başka koşul da belirli bir süre sigortalı olarak çalışmış ve prim ödemiş olmaktır.

---

56 Limoncuoğlu, 2012, s. 91.

57 Centel, 2017, s.14.

58 Y10HD, 2006/19645E- 2007/1657 K, kişisel arşiv.

59 102 sayılı ILO sözleşmesinin 69. maddesinin h bendi ve 168 sayılı ILO sözleşmesinin 20. maddesinin f bendinde, işsizlik döneminde işsizlik ofisinin gösterdiği kursa veya eğitime katılmanın gerektiği belirtilirken bunun yerine getirilmemesinin pek çok ülkede ödenek bakımından hak düşürücü veya durdurucu bir sebep olarak kabul edildiğini görmekteyiz. Bkz. Carter/Bédard/Peyron, 2013, s. 15.

60 Yılmaz, 2020, 18.

İşsizlik Sigortası Kanunu m.50/2 hükmüne göre ilk olarak, kişinin iş sözleşmesinin sona ermesinden önceki son üç yıl içinde en az 600 gün sigortalı olarak çalışması ve işsizlik sigortası priminin ödenmiş olması gerekir. Ayrıca buna ek olarak iş ilişkisinin sona ermesinden önceki son 120 gün boyunca iş sözleşmesine tabi olmak ve prim ödenmesi aranmaktadır. İki süre şartının da birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir[61]. Bu şekilde belirli bir süre sigortalı olarak çalışma koşulunun aranıyor olmasının en önemli sonucu istihdama yeni katılan işgücünün işsizlik ödeneğinden yararlanamamasıdır.

Ülkemizi de doğrudan etkisi altına alan Covid -19 salgınında, işletmelere destek olunabilmesi amacıyla, birçok alanda olduğu gibi işsizlik sigortası ile yakından ilgili kısa çalışma alanında da geçici düzenlemeler yapıldı. İŞKUR tarafından, Covid-19'un olası etkileri dikkate alınarak *"dışsal etkilerden kaynaklanan dönemsel durumlardan ileri gelen zorlayıcı sebep"* kapsamında kısa çalışma uygulaması başlatıldı. Kısa çalışmanın gerekçesinin zorlayıcı sebep olduğu açıkça belirtildi. Benzeri daha önce 2009 yılında da uygulanan bu yaklaşım çerçevesinde, kısa çalışma ödeneği koşulları kolaylaştırıldı. Salgın sebebiyle yapılan düzenleme kapsamında 4447 sayılı yasaya, 25.3.2020 tarihli 7226 sayılı Yasa ile geçici 23.madde eklendi. Böylelikle 29.02.2020 tarihinden itibaren,30.06.2020 tarihine kadar geçerli olmak üzere, kısa çalışma koşullarında değişikliğe gidildi. Hatta söz konusu tarihi 31.12.2020 tarihine kadar uzatabilme hususunda Cumhurbaşkanı'na da yetki verildi. Getirilen özel hükme göre, Covid-19 kaynaklı zorlayıcı sebep gerekçesiyle yapılan kısa çalışmalarda ödenek alabilmek için, kısa çalışma başlama tarihinden önceki son 60 gün hizmet akdine tabi olmak ve son üç yıl içinde 450 gün sigortalı olarak çalışıp işsizlik sigortası primi ödemiş bulunmak yeterli sayıldı. Bu düzenlemeyle, bir ekonomik krizde veya zorlayıcı bir sebebin varlığı halinde, işyerine işçiler arasında tenkisat yapma yerine, işçilerin tamamının veya bir kısmının geçici olarak ücretsiz izine çıkartılması ekonomik ve sosyal politika olarak tercih edilmekte, işçilerin geçici olarak ücretsiz izine çıkarılması *geçici bir işsizlik* olarak nitelenerek işsizlik sigortasından *kısa çalışma ödeneği* almaları öngörülmektedir. Bu şekilde, bu işçiler işsiz kalsa idi, işsizlik sigortasının bu işçileri yeniden işe yerleştirmek için yapacağı masraflardan da kurtulmuş olmaktadır. Kısa çalışma ödeneğinin işverene bir süre nefes aldıracağı, işçiyi de bu zorlu süreçte işsizlikten kurtaracağı açıktır[62].

---

61 Coşkun Saraç, İşsizlik Sigortası Edim Koşulları, DEÜHFD, C: 13, S: 1, 2011, s. 20.

62 Levent Akın, *COVID-19'un İş İlişkilerine Olası Etkileri,* Çimento İşveren, Mayıs 2020, 45-47. 7244 sayılı Yasa ile iş ilişkilerine doğrudan etki eden diğer değişiklik 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu'nda yapıldı. Yasaya geçici 24. madde eklendi. Söz konusu maddeye göre; "Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihte iş sözleşmesi bulunmakla birlikte 4857 sayılı Kanun'un geçici 10 uncu maddesi uyarınca işveren tarafından ücretsiz izne ayrılan ve kısa çalışma ödeneğinden yararlanamayan işçiler ile 15.03.2020 tarihinden sonra 51 inci madde kapsamında iş sözleşmesi feshedilen ve bu

Prim ödeme ve çalışma şartı çoğunlukla talep tarihinden önceki yakın bir tarihle sınırlıdır. Buna taban süre denilmektedir[63]. Bu prim süresinin belirlenmesi önemli bir husustur. Aranan bu sürenin çok uzun tutulması, prim ödeyerek sigortaya katkıda bulunmasına rağmen işsiz kalan bir kesimin, süreyi tamamlayamaması nedeniyle ödenekten yararlanamamasına yol açarken, çok kısa tutulması ise işgücüne tam olarak katılmamış olanların bu olanaktan yararlanmalarına ve suistimallerin artmasına neden olmaktadır[64].

İşsizlik Sigortası Kanununun 7161 sayılı Kanunun 25. maddesi[65] ile değiştirilen 50. maddesi uyarınca iş akdinin sona ermesinden önceki son üç yıl içerisinde altı yüz gün *sigortalı olarak çalışıp, işsizlik sigortası primi ödemiş* olmak ve işsiz kalmadan önceki son yüz yirmi gün boyunca *hizmet akdine tabi* olmak gerekmektedir[66]. *Prim ödeyerek sürekli çalışma* ibaresinin kanundan çıkarılmış olması kanunun sınırlayıcı şartına takılan bir çok işsiz için olumlu bir gelişmedir. Çünkü değişiklik hizmet akdinin devamında meydana gelen bir günlük kesintinin dahi ödenekten yararlanma hakkını engellemesi halini ortadan kaldırmıştır[67]. Aksi halde hastalık izni, disiplin cezası, gözaltına alınma, ev hizmetlerinde 30 günden az çalışma vb. hallerde iş sözleşmesi kesintiye uğramış sayılacaktı. Bunun yanı sıra düzenlemenin lafzına bakıldığında, yalnızca iş sözleşmesine tabi olma şartı arandığı için iş ilişkisinin aynı işverenle olup olmadığı da önem arz etmemektedir[68].

Eklemek gerekir ki primlerin işverence ödenmemiş olması, sigortalının işsizlik ödeneğinden yararlanmasına engel değildir[69]. Sigortalılık ilişkisi zorunluluk esasına dayandığı için işverence prim ödenmemiş olsa dahi sigortalılık ilişkisi kurulmuştur. 6111 sayılı yasayla İşsizlik Sigortası Kanununun 51. maddesindeki altı yüz gün ve yüz yirmi gün prim ödemesine ilişkin ibare kaldırılmışsa da bu durum prim ödeme koşullarında bir değişiklik meydana getirmemiştir. Çünkü İşsizlik

---

Kanunun diğer hükümlerine göre işsizlik ödeneğinden yararlanamayan işçilere, herhangi bir sosyal güvenlik kuruluşundan yaşlılık aylığı almamak kaydıyla ve 4857 sayılı Kanun'un geçici 10 uncu maddesinde yer alan fesih yapılamayacak süreyi geçmemek üzere, bu süre içinde ücretsiz izinde bulundukları veya işsiz kaldıkları süre kadar, Fondan günlük 39,24 Türk lirası nakdi ücret desteği verilir. Yapılan ödemelerden damga vergisi hariç herhangi bir kesinti yapılamaz..." Yazarın belirttiği gibi Covid ödeneği olarak tabir edilebilecek bu ödemeden iki grup faydalanabilecektir. Bunlar , ücretsiz izne gönderilip kısa çalışma ödeneği alamayanlar ile 15.03.2020 sonrası işten çıkarılıp işsizlik ödeneği alamayanlardır.Yani hedef alınan grup, salgın süreci içinde hiçbir gelir elde edemeyen işçilerdir. Ödeme İşsizlik Sigortası Fonundan yapılmaktadır. Bkz. , age , 64-68.

63 Başterzi, 1996, s. 182.

64 Birsen Ersel, Türkiye'de İşsizlik ve İşsizlik Sigortası, İÜSBFD, 1999, s. 51.

65 RG: 18/01/2019, S. 30659.

66 Bkz. İsK 50. Güzel/Okur/Caniklioğlu, 2020, s.730.

67 Akpulat, 2019, 178.

68 Yılmaz, 2020, 11.

69 Tuncay/Ekmekçi, 2019, s. 684. Aynı yönde bkz. Y10HD, 13/04/2009, 1338/7007, kişisel arşiv.

Sigortası Kanununun 50. maddesinde prim ödeme koşuluna ilişkin bu hüküm halen yer almaktadır. 6111 sayılı yasa sadece 51. maddedeki gereksiz tekrarı ortadan kaldırmıştır.

IX. Başvuru

Sigortalı işsizin, işsizlik ödeneğinden ve Türkiye İş Kurumu hizmetlerinden yararlanabilmesi için işverence kendisine verilen işten ayrılma bildirgesi ile birlikte iş akdinin feshedildiği tarihi izleyen günden itibaren otuz gün içinde Kuruma *doğrudan veya elektronik ortamda* başvurması gerekir[70]. İsK 51. maddesinde de Kuruma süresi içinde şahsen *başvurmak* hak kazanma koşulları arasında açıkça belirtilmiştir. Ayrıca 47. maddenin e fıkrasında ifadelendirilen *kuruma başvurarak çalışmaya hazır olduğunu bildirme* şartı ile de bu koşula vurgu yapıldığını görmekteyiz[71].

Sigortalı işsiz süresi içinde www.iskur.gov.tr adresinden E-Devlet şifresi veya İŞKUR'a elektronik ortamda üye olup buradan alacağı şifre ile internet ortamında başvuru yapabilecektir[72].

Sigortalı işsizin, işsizlik ödeme ve yardımlarından yararlanabilmesi için mücbir sebepler hariç iş akdinin sona erdiği tarihi izleyen günden itibaren otuz gün içinde İŞKUR'a başvurması gereklidir. İŞKUR'a başvurmak için gerekli olan otuz günlük süre dolduktan sonra mücbir sebep olmaksızın başvuru yapılmamışsa başvuruda gecikilen bu süre ödenek almaya hak kazanılan toplam süreden mahsup edilmektedir. Örneğin iş akdi 6 Ocak 2020 Pazartesi günü sona erdirilen sigortalı işsizin, en geç 5 Şubat 2020 Çarşamsa günü akşamına kadar İŞKUR'a başvurması gerekir. Sigortalı işsizin mücbir sebep göstermeden 19 Şubat 2020 günü İŞKUR'a başvurduğunu varsayarsak, otuz günlük başvuru süresi dolduktan sonra geç başvurduğu on üç günlük süre, işsizlik ödeneğini hak ettiği süreden indirilecektir[73]. Anlaşılıyor ki yasa ile

---

70 Can Tuncay, *İşsizlik Sigortasının Kapsamı ve Sigorta Yardımlarına Hak Kazanma Şartları, Kamu-İş, İşsizliğin İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Açısından Sorunları (Arbeits-Und Sozialrechtliche Probleme Der Arbeitslosigkeit),* İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, 2003, s.47. Müşerref Küçükbayrak, Türkiye'de İşsizlik Sigortasının Kapsamı ve İşsizlik ve İstihdam Süresi Açısından Değerlendirilmesi, Uzmanlık Tezi, Kalkınma Bakanlığı, No: 2834, 2012, s. 80. Namık Tan/Güldane Karslıoğlu, *İşsizlik Sigortası Fonu'ndan Elinizi Çekin,* Türkiye İşçi Sendikaları Konfederasyonu Yayınları, 2010, s.50.

71 Sevim Özsoy, *İşsizlik Sigortası,* TEKSİF, 2000, s. 49.

72 Tozan, 2013, s. 45. Başvuru formunun posta ile gönderilmesi ile yapılan başvuru, doğrudan, bizzat başvuru ilkesine uygun düşmediği gerekçesi ile İŞKUR tarafından kabul edilmemektedir. Yargıya yansıyan geçmiş tarihli bir olayda da, Yüksek Mahkeme "...sigortalı işsizin bu amacın gerçekleştirilmesine yönelik olarak Kurum ile organik bağının teminini sağlamak amacı ile, "şahsen" ve "doğrudan" başvuru koşulunun getirildiği, açık bulunmaktadır." şeklinde karar vermiştir. Bkz. Y10HD, 2006/8105E- 2006/9297 K, kişisel arşiv. Fakat 5763 sayılı yasa ile 2008 yılında yapılan değişiklik ile elektronik ortamdan başvuru imkanı da getirildiği için Kuruma şahsen başvuru tartışmasının artık son bulacağı değerlendirilmektedir.

73 Eski tarihli benzer bir örnek için Tozan, 2013, s. 43-44.

getirilen bu otuz günlük süre hak düşürücü bir süre değildir[74]. Nitekim uygulamada da bu sürenin hak düşürücü süre olmadığı, aksine açık yasal düzenleme ile geç başvuruya imkan tanındığı ve müeyyidesinin de maddede gösterildiği belirtilmiştir[75].

Yakın tarihli bir yüksek mahkeme kararında[76] bu başvuru şartını bir mahkeme kararı ile bağlantılı olması durumda ayrı incelemiş ve Türkiye İş Kurumu El Kitabı'nın 4.I.2.2. Mahkeme Kararları bölümüne atıf yaparak sigortalı işsizlerin işveren aleyhine açtığı davanın işçi lehine sonuçlanması halinde mahkeme kararının kesinleştiği tarihten itibaren otuz gün içinde başvuruda bulunmanın zorunlu olduğunu vurgulamıştır. Sigortalı işsizlerin kesinleşmiş mahkeme kararından önce yaptıkları başvuruların süresinde yapılmış kabul edileceğini, ilk derece mahkemesinin verdiği kararın temyiz edilmesi halinde ise sigortalı işsizlerin başvuru süresinin Yargıtay kararının ilgililere tebliğ tarihinden itibaren başlayacağına işaret edilerek 30/01/2015 tarihinde tebliğ alınan Yargıtay Kararı üzerine Kuruma 24/03/2015 tarihinde işsizlik ödeneğinden yararlanma amacıyla yapılan başvurunun otuz günlük *hak düşürücü* süreyi aşması sebebiyle işsizlik ödeneği almaya hak kazandığının tespiti talebinin reddine karar verilmesi gerektiğine hükmetmiştir[77].

Bu başlık altında belirtilmesi gereken bir hususta İK 17 veya BİK 5/2 uyarınca akdin işverence bildirim önelini beklemeksizin bildirim öneline denk gelen ücreti işçiye peşin ödeyip sözleşmeyi derhal sona erdirdiği durumlarda otuz günlük başvuru süresinin bildirim önelinin sona erdiği tarihi takip eden günden itibaren işlemeye başlamasıdır.

X. Diğer Koşullar

Dünyadaki işsizlik sigortası sistemlerinin bazılarında *yaş sınırlaması, ikamet şartı*[78]*, kısmi süreli çalışma ve bekleme süresi* koşullarının

---

74 Centel, 2017, s. 14 ve İsK m. 48/V.

75 Y10HD, 10/04/2006, 225/4803 sayılı kararı "Sigortalı işsizin, bu maddede belirtilen ödeme ve hizmetlerden yararlanabilmesi için işten ayrılış bildirgesi ile birlikte hizmet akdinin feshedildiği tarihi izleyen günden itibaren otuz gün içinde kuruma başvuruda bulunması gerekir. Mücbir sebepler dışında, başvuruda gecikilen süre işsizlik ödeneği almaya hak kazanılan toplam süreden düşülür. Kanun koyucu tarafından yapılan açık düzenleme ile;otuz günlük sürenin hak düşürücü süre olarak düzenlenmediği, aksine geç başvuruya imkan tanındığı ve müeyyidesinin de maddede gösterildiği tartışmasız olduğundan, davacının otuz günlük hak düşürücü süre içinde kuruma başvurmadığından bahisle davanın reddi isabetsizdir." şeklindedir.

76 Y9HD, 2017/23488 E-2019/4836 K, kişisel arşiv.

77 İlgili Türkiye İş Kurumu El Kitabı'nın 4.I.2.2. Mahkeme Kararları bölümündeki hak düşürücü sürenin İsK m.50/2 fıkrasındaki hak düşürücü olmayan süreyle farklılık arzetmesi de dikkat çeken bir husus olmuştur. Benzer içtihat için bkz. Y9HD, 2019/3787 E -2019/10069 K, kişisel arşiv.

78 Bazı ülkeler işsizlik ödeneğine hak kazanılabilmesi için o ülkede ikamet etme şartını aramaktadır. Bunun temel sebebi, yetkili ülkenin işsizlik ödeneği almakta olan kişinin etkin olarak iş arayıp aramadığını, işsiz konumundan kurtulmak için çaba sarf edip

arandığı görülse de, Türkiye'deki yasal düzenlemelere baktığımızda işsizlik sigortasından yararlanmak için getirilmiş bir yaş sınırlaması olmadığını görmekteyiz. Ayrıca işsizlik ödeneğine hak kazanmak için getirilmiş herhangi bir ikamet şartının da bulunmadığı görülmektedir. Sigortalının ödenek almakta iken aynı zamanda kısmi süreli olarak bir işte çalışmasına da izin verilmemektedir. Zira bu süre zarfında *-ister tam ister kısmi süreli olsun-* gelir getirici bir işte çalışma, işsizlik ödeneğinin kesilmesine yol açan hak düşürücü nedenler arasında sayılmaktadır. İşsizlik ödeneğine hak kazanma koşulları arasında herhangi bir bekleme süresi de öngörülmemiştir.

Bu sebeple yasal mevzuatımız gereği işsizlik sigortasından yararlanılması için gerekli şartlar sayılanlardan ibaret olup ayrıca herhangi bir şart aranmamaktadır.

SONUÇ

Kronikleşmiş bir sosyal sorun olan ve dünyayı etkisi altına alan COVİD-19 salgınında da derin bir şekilde yaşanan işsizliği yok etmek bugün için mümkün gözükmezken iyi geliştirilmiş bir işsizlik sigortası ile meydana gelen zararın büyük ölçüde tazmini önemli bir kazanım olacaktır. Bu sebeple 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu ile düzenlenen işsizlik ödeneğinin, işsizliği miktar ve süre yönünden özendirici şekilde etkilediği kanıtlanmadıkça işsizlik ödeneğinin işsizlik üzerindeki olumsuz etkilerinin ihmal edilebilir düzeyde olduğunun kabul edilerek bu ödeneğin ödenmesine devam edilmesi ve koşullarının değişen yeni çalışma düzenlerine bağlı olarak revize edilmesinin yerinde bir tercih olacağı değerlendirilmektedir.

.

---

etmediğini kontrol etmektir. Avusturya, Belçika, Estonya, Fransa, Finlandiya, İzlanda ve Portekiz işsizlik ödeneğinin ödenmesi için işsizin kendi ülkelerinde ikamet etmesi koşulunu arayan ülkelerdendir. Avrupa Birliği içerisinde işçilerin serbest dolaşımının önündeki en büyük engellerden biri, sosyal güvenlik kazanımlarının kaybı düşüncesidir. Pek çok sosyal güvenlik yardımının, özellikle uzun süreli yardımların miktarları faaliyet ve sigorta süresine göre dayandığı için hak kaybının önüne geçilmesi için tüm üye devletlerde tamamlanmış olan sürelerin birleştirilmesi büyük öneme sahiptir. Nitekim işsizlik sigortasına hak kazanma koşullarından bir tanesi belirli bir süre sigortalı olarak çalışma ve prim ödemedir. Ancak bu çalışma sürelerinin farklı üye ülkelerde gerçekleştirilmesi halinde işçinin çalışma sürelerinin toplanması yerine her üye ülkede süre şartının en baştan sağlanmasının gerekli olması halinde işçilerin serbest dolaşım hakkının pek de serbest olduğundan bahsedilemez. Bu sebeple Adalet Divanı da Baccini davasında sosyal sigorta alanında başka üye ülkelerde geçirilen çalışma sürelerinin birleştirilmesinin önemini vurgulamıştır. Yılmaz, 2020, 20.

KAYNAKÇA

Akın Levent, "Termination of Labor Contracts and Unfair Dismissal Under Turkish Labor Law", Eastern European Community Law Journal, Volume 2, Issue 2, April 2005, (s.9-34).

Akın Levent, *COVID-19'un İş İlişkilerine Olası Etkileri,* Çimento İşveren, Mayıs 2020.

Akpulat Ayşe Köme, Bağımsız Çalışanların İşsizlik Sigortası: Esnaf Ahilik Sandığı Sigortası, Sicil, 2019, S. 41.

Başterzi Süleyman, *İşsizlik Sigortası,* 1996.

Bedir Gökhan, Evlilik Nedeniyle İşten Ayrılan Sigortalı İşsizlik Ödeneğine Hak Kazanır Mı?, Lebib Yalkın Mevzuat Dergisi, Haziran 2015, S.138.

Carter John / Bédard Michel / Peyron Céline Bista, "Comparative Review of Unemployment and Employment Insurance Experiences in Asia and Worldwide", Promoting and Building Unemployment Insurance and Employment Services in ASEAN Regional Office for Asia and the Pacific, Asia Pacific Decent Work Decade 2006-2015, ILO, 2013.(https://www.ilo.org/asia/publications/WCMS_229985/lang--en/index.htm)

Centel Tankut, *Sosyal Güvenlik Kapsamında İşsizlik Sigortasına Topluca Bakış,* Çimento İşveren, Kasım 2017, C.31, S.6.

Çil Şahin, *İbra Sözleşmesi ile İkale Sözleşmesinin İş Güvencesine Etkisi,* Sicil, Eylül 2007/3.

Demir Fevzi / Erdut Zeki, Batı Ülkelerinde İşsizlik Sigortasının Hukuki Çerçevesi ve Uygulaması, Münir Ekonomi 60. Yaş Günü Armağanı, 1993.

Ekin Nusret, *İşsizlik Sigortası,* Kamu-İş, 1994.

Ekmekçi Ömer, Yargıtay'ın *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2009,* Kamu-İş, Ankara 2011.

Ersel Birsen, Türkiye'de İşsizlik ve İşsizlik Sigortası, İÜSBFD, 1999.

Gitter, W. /Schmitt, J. , Sozialrecht, 5. Aufl, München 2001.

Güzel Ali/ Okur Ali Rıza / Caniklioğlu Nurşen, *Sosyal Güvenlik Hukuku,* B.18, 2020.

Işığıçok Özlem, *Türkiye'de İşsizlik Sorununa Genel Bir Bakış,* Toprak İşveren, Haziran 2016, S. 110.

Küçükbayrak Müşerref , Türkiye'de İşsizlik Sigortasının Kapsamı ve İşsizlik ve İstihdam Süresi Açısından Değerlendirilmesi, Uzmanlık Tezi, Kalkınma Bakanlığı, No: 2834, 2012.

Limoncuoğlu Alp, *Mukayeseli Hukuk ve Türk Hukukunda İşsizlik Sigortası,* Dokuz Eylül Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2006.

Limoncuoğlu Alp, *İşsizlik Sigortası ve Uygulama Sorunları,* Sicil, Haziran 2012.

Özsoy Sevim, *İşsizlik Sigortası,* TEKSİF, 2000.

Saraç Coşkun, İşsizlik Sigortası Edim Koşulları, DEÜHFD, C: 13, S: 1, 2011.

Süzek Sarper, *İş Akdinin Askıya Alınmasının Genel Teorisi,* 1989.

Süzek Sarper, *İş Hukuku,* B.18, 2019.

Stone Chad/ Chen William,"Introduction to Unemployment Insurance", Center on Budget and Policy Priorities, 6 February 2013,

Tan Namık / Karslıoğlu Güldane, *İşsizlik Sigortası Fonu'ndan Elinizi Çekin,* Türkiye İşçi Sendikaları Konfederasyonu Yayınları, 2010.

Tozan Celal, *İşsizlik Kanunu Uygulamaları,* Türkiye İşçi Sendikaları Konfederasyonu Yayınları, 2013.

Tuncay Can, *İşsizlik Sigortasının Kapsamı ve Sigorta Yardımlarına Hak Kazanma Şartları, Kamu-İş, İşsizliğin İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Açısından Sorunları (Arbeits-Und Sozialrechtliche Probleme Der Arbeitslosigkeit),* İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, 2003.

Tuncay Can / Ekmekçi Ömer, *Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri,* B.20, 2019.

World Social Security Report 2010/11, Income Support To The Unemployed, s.57 (www.ilo.org/global/publications/ilo-bookstore/order-online/books/ WCMS_146566/lang—en/index.htm) (ksc. Income, 2010/11)

Yılmaz H.Hilal, Türk Hukuku ve Avrupa Birliği Hukukunda İşsizlik Ödeneğine Hak Kazanma Koşulları, Çimento İşveren, Mart 2020, C.34, S.2.

Çevrimiçi Kaynaklar

www.tuik.gov.tr

Yabancı Mahkeme Kararları

"Pay Cut May Be Legit Reason to Quit, Collect Unemployment" HR Specialist, Minnesota Employment Law 3, No. 12, December 2010.

"Legal Briefs", HR Specialist: New Jersey Employment, Law 6, No. 12, December 2011.

ANONİM ŞİRKETLERDE AZINLIĞIN GENEL KURULUN TOPLANTIYA ÇAĞRILMASINI TALEP HAKKI

The Minority Shareholders' Right to Request General Meeting in Joint Stock Companies

Arş. Gör. Neyzen Fehmi Dolar*

Özet: Anonim şirketler, kural olarak çok sayıda pay sahibini bünyesinde barındırır. Bunun sonucu olarak anonim şirketlerde çoğunluk ilkesi geçerlidir. Çoğunluk ilkesi esasen genel kurul kararlarının alınmasında geçerli olan bir ilkedir. Bu kapsamda genel kurul kararları, kural olarak çoğunluğun iradesine uygun olarak alınır (TTK m. 418/2). Ancak bu ilkenin katı bir biçimde uygulanması bazı problemlerin ortaya çıkmasına neden olabilir. Tam da bu nedenle kanun koyucu, çoğunluk ilkesinin neden olduğu sakıncaları törpülemek amacıyla bir takım düzenlemeler getirmiştir. Bu düzenlemelerin başında da azınlık hakları gelmektedir. Kanun koyucunun belirtilen sebeplerle düzenlediği azınlık haklarından birisi de anonim şirketlerde azınlığın genel kurulun toplantıya çağrılmasını talep hakkıdır. Azınlığın bu hakkı, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 411 ve 412'nci maddelerinde düzenlenmiştir. 6762 sayılı Kanun uygulamasında birçok soruna neden olan ve hatta bazen azınlığın bu hakkını kullanmasına engel olan hükümler, kanun koyucu tarafından yeniden ele alınmıştır.

Bu çalışmada azınlığın genel kurulun toplantıya çağrılmasını talep hakkı, öğretideki görüşler ve Yargıtay kararları dikkate alınmak suretiyle eski ve yeni hükümler karşılaştırılarak incelenmiştir..

Anahtar Kelimeler: genel kurul, iş kazası, toplantı, grev, üretim, sanayi

Abstract: Majority principle prevails in joint stock companies as they consist of various shareholders. Majority principle fundamentally applies to general meetings. In this context, general meeting resolutions are made in accordance with the will of the majority (TCC 418/2). On the other hand, rigorous execution of this principle may cause problems. For that reason, a number of regulations -the leading one of which is the minority shareholder rights- were made to alleviate such issues. One of the stipulated regulations is the minority shareholders' right to request general meeting. The mentioned right of the minority shareholders is regulated under articles 411 and 412 of Turkish Commercial Code. The articles which fomented trouble and occasionally prevented the exercise of the right thereof of Law no. 6762 were revaluated by the lawmaker.

In this study, the minority shareholders' right to request general meeting in joint stock companies is analysed by comparing abrogated and current provisions in the views in doctrine and Court of Cassation's jurisprudence.

Key Words: general meeting, stock companies, request, relugation

* Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
neyzenfehmidolar@anadolu.edu.tr, ORCID: 0000-0001-7319-9928
Makale Geliş Tarihi: 15.10.2020, Makale Kabul Tarihi : 18.11.2020

GİRİŞ

Anonim şirketler, sermaye şirketlerinden birisi olması nedeniyle kural olarak çok sayıda pay sahibini bünyesinde barındırır. Dolayısıyla şahıs şirketlerinden farklı olarak pay sahiplerinin kişisel özellikleri geri plandadır. Ayrıca payların kolaylıkla el değiştirmesi mümkündür. Değişken pay sahipliği yapılanmasını barındırması nedeniyle, anonim şirketlerde oransallık ve çoğunluk ilkeleri geçerlidir.[1] Oransallık ilkesi, genel olarak pay sahiplerinin, pay sahipliği haklarına şirket sermayesindeki payları oranında sahip olmaları olarak ifade edilmektedir.[2]

Anonim şirketlerde çoğunluk ilkesi esasen genel kurul kararlarının alınmasında geçerli olan bir ilkedir[3] ve bu sebeple genel kurul kararları, kural olarak çoğunluğun iradesine uygun olarak alınır (TTK[4] m. 418/2). Buna çoğunluk ilkesi adı verilmektedir.[5] Ancak bu ilkenin katı bir biçimde uygulanması bazı problemlerin ortaya çıkmasına neden olabilir. Zira genel kurulda çoğunluğun iradesi doğrultusunda alınan kararlar, hem aleyhte oy kullanan hem de oylamaya katılmayan pay sahiplerini bağlamaktadır (TTK m. 423). Dolayısıyla şirkette çoğunluğa sahip pay sahipleri ile azınlıkta kalan pay sahipleri arasında çıkar çatışmaları kaçınılmaz olmaktadır.[6] Bu sebeple zamanla anonim şirketlerde, ilkel çoğunluk ilkesi olarak anılan çoğunluğun istediği kararı alıp azınlıkta kalanların tümünü ezebileceği yaklaşımı terk edilmiş, bunun yerine çoğunluğun gücünü sakınarak kullanması anlayışı kabul edilmiştir.[7] Diğer bir deyişle çoğunluğa tanınan karar alma ve uygulama yetkisinin, iyiniyet kurallarına aykırı olarak çoğunluk menfaatleri doğrultusunda

---

1 Poroy, Reha / Tekinalp, Ünal / Çamoğlu, Ersin, *Ortaklıklar Hukuku I*, 13. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s. 287; Kırca, İsmail / Şehirali Çelik, Feyzan Hayal / Manavgat, Çağlar, *Anonim Şirketler Hukuku*, C. 1, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2013, s. 115; Pulaşlı, Hasan, *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s. 245-247.

2 Kırca / Şehirali Çelik / Manavgat, 2013, s. 116; Pulaşlı, 2020, s. 246;

3 Anonim şirketlerde geçerli olan çoğunluk ilkesi, genel kurul dışında yönetim kurulunda karar alınması bakımından da geçerlidir. Ancak yönetim kurulunda kararlar, genel kuruldan farklı olarak sermaye payı oranına göre değil, üye sayısına göre alınmaktadır (Pulaşlı, 2020, s. 245).

4 14.02.2011 tarih ve 27846 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu. Çalışmanın devamında TTK olarak kısaltılacaktır.

5 Pulaşlı, 2020, s. 245; Poroy / Tekinalp / Çamoğlu, 2014, s. 287; Moroğlu bu ilkeyi "oyçokluğu ilkesi" olarak adlandırmaktadır (Moroğlu, Erdoğan, *Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü*, 8. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 19 ve 140).

6 Kırca / Şehirali Çelik / Manavgat, 2013, s. 258; Pulaşlı, 2020, s. 246.

7 Poroy / Tekinalp / Çamoğlu, 2014, s. 287

kullanılmasının önüne geçilmeye çalışılmıştır.[8] Bu düzenlemelerin başında da azınlık hakları gelmektedir.[9]

Kanun koyucunun yukarıda belirttiğimiz sebeplerle öngördüğü azınlık haklarından birisi de azınlığın genel kurulun toplantıya çağrılmasını talep hakkıdır.

6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu[10]'nun 366 ve 367'nci maddelerinde düzenlenmiş bulunan bu azınlık hakkı, TTK'nın 411 ve 412'nci maddelerinde yer almıştır. Eski düzenleme uygulamasında birçok soruna neden olan ve hatta bazen azınlığın bu hakkını kullanmasına engel olan söz konusu hükümler, kanun koyucu tarafından yeniden ele alınmıştır.[11] Gerçekten de TTK düzenlemesi ile, önceki kanun döneminde öğreti tarafından konuya ilişkin olarak getirilen eleştiriler[12] ile Yargıtay'ın görüşleri dikkate alınarak, azınlığın bu hakkını daha etkin bir şekilde kullanabilmesi sağlanmaya çalışılmıştır.[13]

Bu çalışmada azınlığın genel kurulun toplantıya çağrılmasını talep hakkı, öğretideki görüşler ve Yargıtay kararları dikkate alınmak suretiyle eski ve yeni hükümler karşılaştırılarak incelenmiştir.

I- AZINLIK KAVRAMI VE AZINLIK HAKLARI

A- AZINLIK KAVRAMI

Anonim şirketlerde azınlık hakları, belirli bir sermaye oranına tanınmış haklardır.[14] Buna göre azınlık, halka açık olmayan anonim şirketlerde sermayenin en az onda birine, halka açık anonim şirketlerde ise sermayenin en az yirmide birine sahip olan pay sahipleridir (TTK m. 399, 411, 420, 439, 531 ve 559). Diğer bir deyişle halka açık olmayan anonim şirketlerde sermayenin en az yüzde onuna, halka açık anonim şirketlerde ise sermayenin en az yüzde beşine sahip olan pay sahipleri azınlık olarak kabul edilmiştir.

---

8 Tekinalp, Ünal, "Otuz Yıllık Uygulamanın Işığında Azınlık Hakları Sisteminin ve Uygulamasının Değerlendirilmesi", Türk Ticaret Kanunu'nun 30. Yılı Semineri, İstanbul Ticaret Odası Yayını, İstanbul, 1988, s. 231.

9 Kırca / Şehirali Çelik / Manavgat, 2013, s. 258.

10 09.07.1956 tarih ve 9346 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu. Çalışmanın devamında eTTK olarak kısaltılacaktır.

11 Can, Mustafa Erdem, "Azlığın Genel Kurulun Toplantıya Çağırılması ve Gündemin Belirlenmesi Konusundaki Yetkileri", Ulusoy, Erol (ed.), Anonim Şirketlerde Azınlık Hakları, Bilge Yayınevi, Ankara, 2014, s. 75.

12 Eleştiriler için bkz. Moroğlu, Erdoğan, "Anonim Ortaklıkta Azınlık Paysahiplerinin Genel Kurulu Toplantıya Daveti ve Mahkemenin Davete İzin Kararının Uygulanmasının Durdurulması", Makaleler, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 237-254; Yasaman, Hamdi, "Anonim Ortaklıklarda Azınlığın Genel Kurulu Toplantıya Çağırması", Şirketler Hukuku ve Sermaye Piyasası Hukuku ile İlgili Makaleler, Mütalaalar, Bilirkişi Raporları, Cilt I, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006, s. 47-50.

13 Poroy / Tekinalp / Çamoğlu, 2014, s. 482.

14 Can, 2014, s. 80.

Öğretide, anonim şirketlerde pay sahipleri bakımından çoğunluğun karşıtı olarak "*azınlık*" ve "*azlık*" terimlerinin kullanımı bakımından terminolojik bir tartışma vardır. Bazı yazarlar[15] "*azınlık*" kavramını tercih ederken, diğer bazı yazarlar[16] ise "*azlık*" kavramını tercih etmektedir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, söz konusu tartışma sadece terim tercihi ile ilgilidir, anlamları açısından herhangi bir tartışma bulunmamaktadır. TTK hükümleri incelendiğinde, Kanun'un ilgili maddelerinin neredeyse tamamında azlık teriminin kullanıldığı görülür (TTK m. 208, 360, 411 ve 486). Sadece sermaye şirketlerinin kolaylaştırılmış şekilde birleşmesine ilişkin 155'inci maddede "*...azınlıkta kalan pay sahipleri...*" ifadesine yer verilmiştir.[17]

"*Azınlık*" ifadesi anlam bakımından "*çoğunluk*" kavramının, "*azlık*" ise "*çokluk*" kavramının zıt anlamlısıdır.[18] Yine TTK'ya bakıldığında "*çoğunluk*" teriminin tercih edildiği, "*çokluk*" terimine ise hiç yer verilmediği görülmektedir.[19] Bu nedenle her ne kadar Kanun'da "*azlık*" olarak ifade edilse de, bu çalışmada tercih, çoğunluğun zıt anlamlısı olan "*azınlık*" terimini kullanmaktan yana seçilmiştir.

B- AZINLIK HAKLARI

TTK, özellikle önemli gördüğü bazı konularda esas sermayenin belirli bir oranını temsil eden pay sahiplerine, karar alınmasına engel olma veya olumlu bir şekilde hareket ederek çoğunluğun iradesine rağmen anonim şirket adına bazı işlemlerde bulunma hakkını tanımıştır.[20]

Öğretide azınlık hakları, olumsuz ve olumlu azınlık hakları olmak üzere iki gruba ayrılmaktadır. Olumsuz azınlık hakları, azınlığın olumsuz oy kullanarak genel kurul kararının oluşmasına engel olmasını

---

15 Bkz. Pulaşlı, Hasan, *Şirketler Hukuku Şerhi*, C. 1, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 882; Şener, Oruç Hami, *Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku*, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 468; Moroğlu, Erdoğan, *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu, Değerlendirmeler ve Öneriler*, 8. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 228; Bahtiyar, Mehmet, "Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nın Dili ve İfadeleri Yönünden Değerlendirilmesi", Legal Hukuk Dergisi, S. 31, 2005, s. 2459-2460; Ulusoy, Erol, "Anonim Şirketlerde Azınlık Pay Sahiplerinin Şirketten Çıkarılması", Ulusoy, Erol (ed.), Anonim Şirketlerde Azınlık Hakları, Bilge Yayınevi, Ankara, 2014, s. 15.

16 Narbay, Şafak, "Türk Ticaret Kanunun Tasarısı'nda Anonim Ortaklık Genel Kurulunu Toplantıya Davete Yetkili ve Görevli Olanlara İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi", Hukuki Perspektifler Dergisi, S. 7, 2006, s. 175; Kendigelen, Abuzer, *Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler*, 3. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 311; Çamoğlu, Ersin, "Anonim Ortaklık Genel Kurlunu Toplantıya Kimler Çağırır?", Yargı Dünyası, S. 204, 2012,s. 11 vd.; Poroy / Tekinalp / Çamoğlu, 2014, s. 482.

17 (30.12.2012 tarih ve 28513 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan) 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu m. 27'de "*azınlık*" terimi kullanılmıştır.

18 Ulusoy, 2014, s. 15, dpn. 2.

19 Bkz. TTK m. 390, 418, 421 ve 454.

20 Kırca / Şehirali Çelik / Manavgat, 2013, s. 258; Can, 2014, s. 75.

sağlayan haklardır.[21] TTK'da yer alan olumsuz azınlık hakları; kuruluştan dolayı sorumlu olanların sulh ve ibrasına engel olma (TTK m. 559) ile Kanunda açıkça azınlık hakkı olarak belirtilmemesine rağmen doktrinde[22] azınlık hakkı olarak kabul edildiği üzere ağırlaştırılmış yetersayı halleridir.[23]

Olumlu azınlık hakları ise, Kanunda belirlenen hallerde azınlığın talepte bulunarak, şirketin kendi istekleri doğrultusunda hareket etmesini sağlayan haklardır. TTK'nın azınlığa tanıdığı olumlu azınlık hakları; genel kurulun toplantıya çağrılmasını talep ve gündeme madde ekletme hakkı (TTK m. 411 ve 412), özel denetçi atanmasını sağlama hakkı (TTK m. 439), pay senedi bastırılmasını talep etme hakkı (TTK m. 486), ortaklığın feshini isteme hakkı (TTK m. 531) ve bilanço görüşmelerini ertelenmesini talep etme hakkıdır (TTK m. 420).

Yapılan açıklamalar neticesinde azınlık hakları, çoğunluk ile azınlık arasındaki çıkar çatışmalarında denge sağlamak amacıyla halka açık olmayan anonim şirketlerde şirket sermayesinin en az onda birini, halka açık anonim şirketlerde en az yirmide birini temsil eden pay sahiplerine tanınan ve tek taraflı irade açıklamaları ile kural olarak yöneltildiği organın onayına bağlı bulunmadan kullanılan ve hakkın kötüye kullanılması denetimine tabi olan talep hakları şeklinde tanımlanabilir.[24]

II- ANONİM ŞİRKETLERDE GENEL KURUL TOPLANTISI

A- GENEL OLARAK

Tüzel kişiler, faaliyetlerini organları vasıtasıyla yerine getirirler (TMK m. 50). Tüzel kişiliğe sahip olması nedeniyle anonim şirketler de, iradelerini, yani faaliyetlerini organları aracılığıyla yürütürler. Bu organlar, yönetim kurulu ve genel kuruldur (TTK m. 359 vd. ile m. 407 vd.). Genel kurul, anonim şirketin tüm ortaklarından oluşan en geniş yetkili organıdır.[25] Diğer taraftan da genel kurul bir anonim şirketin

---

21 Birsel, Mahmut T., "Anonim Şirketlerde Azınlık Hakları", İmran Öktem'e Armağan, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1970, s. 632.

22 Pulaşlı, 2020, s. 246; Görmez, Onur, "HAAO'da TTK'daki Azınlık Haklarının Kullanılması Üzerine Bir İnceleme", Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 5, S. 2, 2017, s. 119; Poroy / Tekinalp / Çamoğlu, 2014, s. 579.

23 Tekinalp, buna "önleyici azlık" hakkı adını vermektedir (Bkz. Poroy / Tekinalp / Çamoğlu, 2014, s. 579); bu ihtimalde azınlık pay sahipleri, toplantıya katılmamak ya da toplantıya katılıp olumsuz oy kullanmak suretiyle ağırlaştırılmış yetersayılarının sağlanmasına engel olabilmektedirler (Bkz. Birsel, 1970, s. 627).

24 Helvacı, Mehmet, "Anonim Ortaklıkta Ticaret Kanunundan Kaynaklanan Azınlık Haklarının Hukuki Niteliği", Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul, 1998, s. 302.

25 Poroy / Tekinalp / Çamoğlu, 2014, s. 475; Şener, 2017, s. 459.

karar organı olup, kararlarını belirli bir usulde toplantı ve görüşme yapmak suretiyle alır.[26]

Genel kurul sürekli çalışan bir organ olmayıp TTK'nın 409'uncu maddesinde de belirtildiği üzere olağan veya olağanüstü olarak toplanır.

Anonim şirket olağan genel kurul toplantısı, her faaliyet dönemi sonundan itibaren üç ay içinde yapılır. Bu toplantıda, organların seçimine, finansal tablolara, yönetim kurulunun yıllık raporuna, kârın kullanım şekline, dağıtılacak kâr ve kazanç paylarının oranlarının belirlenmesine, yönetim kurulu üyelerinin ibraları ile faaliyet dönemini ilgilendiren ve gerekli görülen diğer konulara ilişkin müzakere yapılır ve karar alınır (TTK m. 409/I). Kanunda belirlenmiş olan bu asgari gündeme gerek görülürse başkaca maddeler de koyulabilir.[27]

Öte yandan genel kurul, gereği halinde olağanüstü olarak da toplanabilmektedir (TTK m. 409/II). Olağanüstü genel kurul, ihtiyaç halinde yapılan, gündemi ve zamanı çağırıyı yapanlar tarafından belirlenen toplantılar olarak adlandırılmaktadır.[28]

B- GENEL KURULU TOPLANTIYA ÇAĞIRMAYA YETKİLİ OLANLAR

Anonim şirketlerde genel kurul, kural olarak kendiliğinden değil çağrı üzerine toplanır.[29] Genel kurul, ancak kendisine kanun veya şirket esas sözleşmesi ile yetki verilen organ veya kişiler tarafından toplantıya çağrılabilir. Bu kapsamda, davetin, genel kurulu toplantıya çağırmaya yetkili olanlar tarafından yapılması zorunludur.[30] Anonim ortaklık genel kurulunu toplantıya davete yetkili olanlar TTK'nın 410, 411, 412, 535 ve İcra ve İflas Kanunu[31]'nun 226'ncı maddelerinde düzenlenmiştir.

1. Yönetim Kurulu

TTK'nın "*Yetkili ve görevli organlar*" kenar başlıklı 410'uncu maddesinin birinci fıkrasına göre genel kurul, esasen yönetim kurulu tarafından toplantıya çağrılabilir.[32] Yönetim kurulunun genel kurulu toplantıya çağırmaya hem yetkili hem de görevli organ olduğu, mehaz İsviçre Borçlar Kanunu[33] m. 699'un kenar başlığında olduğu gibi, TTK m. 410'un kenar başlığında da açıkça vurgulanmıştır.

---

26 Moroğlu, 2017, s. 77-78.
27 Poroy / Tekinalp / Çamoğlu, 2014, s. 477.
28 Şener, 2017, s. 462; Poroy / Tekinalp / Çamoğlu, 2014, s. 477.
29 Can, 2014, s. 76.
30 Şener, 2017, s. 462; Narbay, 2006, s. 168.
31 19.06.1932 tarih ve 2128 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 2004 sayılı İcra İflas Kanunu. Çalışmanın geri kalanında İİK olarak kısaltılacaktır.
32 Can, 2014, s. 76.
33 Çalışmanın geri kalanında İsvBK olarak kısaltılacaktır.

TTK, denetçileri anonim şirketin organı olmaktan çıkardığı için genel kurulu toplantıya çağırma yetkisi aşağıda incelenen durumlar dışında asli olarak yönetim kurulun aittir. Yönetim kurulunun bu yetki ve görevi, anonim şirketin olağan genel kurul toplantılarında olduğu gibi olağanüstü genel kurul toplantılarında da geçerlidir (TTK m. 409 ve 410).

Hemen belirtmek gerekir ki, yönetim kurulunun genel kurulu toplantıya çağırma yetkisi, kurul olarak sahip olduğu bir yetkidir. Bu nedenle yönetim kurulunun, genel kurul toplantısına çağrı yapılması konusunda kurul olarak bir karar alması gerekir.[34] Bu karar için yönetim kurulu, TTK m. 390/1 uyarınca, şirket esas sözleşmesinde daha ağırlaştırıcı bir hüküm bulunmadığı takdirde, üye tam sayısının çoğunluğu ile toplanır ve kararını toplantıda hazır bulunan üyelerinin çoğunluğunun olumlu oyu ile alır.

TTK m. 410'a göre genel kurul, süresi dolmuş olsa bile yönetim kurulu tarafından toplantıya çağrılabilecektir. Bu düzenlemenin getirilmesiyle birlikte, eTTK'da bir hüküm bulunmaması nedeniyle öğreti tartışmalara ve uygulamada sorunlara neden olan bir konu çözüme kavuşturulmuştur.[35] Ancak yönetim kurulu üyelerinin seçimine ilişkin genel kurul kararı (kesinleşmiş mahkeme kararı ile) geçersiz hale gelen yönetim kurulunun, genel kurul toplantıya çağırma yetkisinin olup olmadığı sorusu akla gelmektedir. Öğretide seçilmesine ilişkin genel kurul kararı yokluk, butlan veya iptal nedenlerine dayanarak verilmiş mahkeme kararının kesinleşmesiyle geçersiz hale gelen yönetim kurulunun, genel kurulu toplantıya çağırma yetkisinin olmadığı savunulmuştur. Ayrıca söz konusu yönetim kurulu üyelerinin ticaret siciline tescil edilmiş olmalarının da, onların çağrı için yetkili kabul edilmelerini gerektirmeyeceği vurgulanmıştır.[36] Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu[37]'nda bu konuya ilişkin bir hüküm bulunmaktadır. APOK § 121/2'ye göre ticaret siciline tescil edilmiş olan yönetim kurulunun genel kurulu toplantıya davete yetkili olduğu açıkça düzenlenmiştir. Böylece seçimlerine ilişkin genel kurul kararı geçersiz olduğu kesin hükümle karara bağlanmış yönetim kurulu, ticaret siciline tescil edilmişse, yaptıkları genel kurul toplantı çağrısı geçerli sayılmaktadır. Ancak TTK, bu konuda herhangi bir hüküm barındırmadığından, Türk hukuku bakımından yönetim kurulu üyelerinin ticaret siciliine tescil edilmiş

---

34 Moroğlu, 2017, s. 90.

35 eTTK dönemindeki tartışmalar ve uygulamadaki sorunlar hakkında detaylı bilgi için bkz. Narbay, 2006, s. 169-171; "*Anonim şirketlerde görev süresi biten yönetim kurulu üyelerinin bu sıfatlarının kendiliğinden düşeceğine dair bir hüküm bulunmaması sebebiyle yönetim kurulunun yeni yönetim seçilene kadar olağanüstü ve acil durumlar için görevlerine devam edeceklerinin kabulü gerekir. Bu nedenle, yönetim kurulu üyelerinin görev süresinin bitmesiyle şirketin kendiliğinden organsız kaldığından söz edilemez. 6102 Sayılı Kanunun 410. maddesi hükmü gereğince görev süresi dolmuş olan yönetim kurulunun genel kurulu toplantıya çağırabileceği açıktır.*" Yargıtay 11. HD., T. 25.02.2014, E. 2012/13135, K. 2014/3515.

36 Moroğlu, 2017, s. 87-88; Narbay, 2006, s. 172.

37 Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu (Aktiengesetz). Çalışmanın geri kalanında APOK olarak kısaltılacaktır.

olmalarının, Alman hukukunda olduğu gibi bir etki yaratmayacağı haklı olarak ifade edilmiştir.[38]

2. Tasfiye Memurları

Anonim şirketin iflas dışında bir sebeple tasfiyesi aşamasında, tasfiye memurları görev almaktadır.[39] Şirket tasfiye hâline girince organlarının görev ve yetkileri, tasfiyenin yapılabilmesi için zorunlu olan, ancak nitelikleri gereği tasfiye memurlarınca yapılamayan işlemlere özgülenir (TTK m. 535/I). Başka bir ifade ile tasfiye halinde organların yetkileri tasfiye amacıyla sınırlıdır (TTK m. 533/II).[40]

Tasfiye halinde olan bir anonim şirkette, tasfiye memurları da genel kurulu toplantıya çağırabilirler. Bu durum TTK'nın 535'inci maddesinin ikinci fıkrasında, "*tasfiye işlerinin gereklerinden olan hususlar hakkında karar vermek üzere genel kurul tasfiye memurları tarafından toplantıya çağrılır*" denilerek belirtilmiştir (Benzer bir hüküm TTK m. 410/1, c. 2'de de vardır). Görüldüğü üzere tasfiye memurlarının genel kurulu toplantıya çağırma yetkisi, sadece tasfiye işlemleri için gerekli konuların görüşülmesi amacı ile sınırlandırılmıştır. Çünkü tasfiye halinde de genel kurulu toplantıya çağırma yetkisi yine yönetim kurulundadır. Hükmün bu şekilde yorumlanması gerektiği, TTK m. 410'un gerekçesinde *"…Tasfiye halinde de yetki yönetim kurulundadır. Tasfiye memurları sadece görevleri ile ilgili konular dolayısıyla genel kurulu toplantıya çağırabilirler…"* şeklinde ifade edilmiştir.

3. Tek Pay Sahibi

TTK'da önemli bir yenilik olarak tek bir pay sahibine de genel kurulu toplantıya çağırma hakkı tanınmış bulunmaktadır.[41] Gerçekten de TTK m. 410/II hükmüne göre tek pay sahibi, aslen genel kurulu toplantıya çağırma yetkisine sahip olan yönetim kurulunun, devamlı olarak toplanamaması,[42] toplantı nisabının oluşmasına imkân bulunmaması veya mevcut olmaması durumlarında, mahkemenin izniyle, genel kurulu toplantıya çağırabilir.

Öğretide tek pay sahibine, genel kurulu toplantıya çağrı konusunda yetkilendirilmesinin, toplantıyla ilgili gereken hazırlıkları yapma konusunda bazı sorunları da beraberinde getirdiği ifade edilmiştir.[43] *Çamoğlu*'nun da belirttiği üzere, bu durumda TTK m. 412'nin kıyas yoluyla uygulanması ve tek pay sahibinin başvurusu üzerine,

---

38 Moroğlu, 2017, s. 87-88; Narbay, 2006, s. 173.
39 Can, 2014, s. 77.
40 Şener, 2017, s. 464.
41 Poroy / Tekinalp / Çamoğlu, 2014, s. 486.
42 "*Yönetim kurulu azil, istifa, ölüm gaiplik gibi nedenlerle tamamen boşalmış olabileceği gibi diğer bazı sebeplerle de toplanamıyor olabilir*" (Can, 2014, s. 76).
43 Kendigelen, 2016, s. 311; Moroğlu, 2016, s. 227.

mahkemenin tıpkı azınlıkta olduğu gibi çağrıyı yapmak üzere bir kayyım ataması en uygun çözümdür.[44]

Mahkemenin tek pay sahibinin kendisine çağrı yetkisinin verilmesine ilişkin vereceği karar kesindir (TTK m. 410/II son cümle).[45]

4. İflas Dairesi

Anonim şirketin iflas yolu ile tasfiyesinde, İİK m. 226 hükmü uyarınca müflis ortaklığın yasal temsilcisi iflas idaresi olduğundan, genel kurulun toplantıya daveti iflas idaresi tarafından da yapılabilir. Ancak bu halde de yönetim kurulu, kural olarak genel kurulu toplantıya davet etme yetkisine sahiptir.[46] Çünkü şirket organları temsil yetkilerini, ancak şirketin iflas idaresi tarafından temsil edilmediği hususlar için korumaktadırlar (TTK m. 534, c. 2).

5. Esas Sözleşme İle Çağrı Yetkisi

Anonim şirket esas sözleşmesi ile belirli kimselere genel kurulu toplantıya çağırma yetkisinin verilip verilemeyeceği tartışmalıdır. Alman hukukunda yürürlükte bulunun APOK § 121/2 ve 3'te esas sözleşme ile bazı kişilere çağrı yetkisinin tanınabileceği düzenlenmiş, fakat böyle bir hükümle kanuni çağrı yapma yetkisine sahip organ ve kişilerin bu yetkilerinin bertaraf edilemeyeceği düzenlenmiştir.

Türk hukukunda bazı yazarlar, esas sözleşmeyle belirli kişilere genel kurulu toplantıya çağırma yetkisinin verilebileceğini savunmaktadırlar.[47] Bu görüşte olanlara göre; esas sözleşme ile öngörülmüş olmak şartıyla genel kurul veya yönetim kurulu tarafından şirketin idare ve/veya temsil yetkilerinin bazı kişilere bırakılabilmesi (TTK m. 367 ve 370) veya belirli kişilerin belli bir iş ile görevlendirilebilmesi (TTK m. 536) gibi imkânlar karşısında, bazı kişilere, özellikle belirli pay sahiplerine esas sözleşme ile genel kurulu toplantıya çağrı yetkisinin verilmesi mümkündür.

TTK'nın "*Emredici hükümler*" kenar başlıklı 340'ıncı maddesinin varlığı karşısında, anonim şirket esas sözleşmesi ile belirli kimselere genel kurulu toplantıya çağırma yetkisi verilmesine kanaatimizce imkân bulunmamaktadır. Zira anılan hükme göre esas sözleşme, TTK'nın anonim şirketlere ilişkin hükümlerinden ancak Kanunda buna açıkça izin verilmişse sapabilir. Her ne kadar öğretide, TTK m. 339/2-h'de yer alan "*Genel kurulların toplantıya nasıl çağrılacakları*" ifadesinin çağrı

---

44 Poroy / Tekinalp / Çamoğlu, 2014, s. 486.

45 "*6102 sayılı TTK'nun 410/2. maddesi gereğince ortağın genel kurulu toplantıya çağrı izni talebi üzerine verilen karar kesin bulunduğundan ve tedbir istemine ilişkin karar bakımından temyizi mümkün olmadığından davacı vekilinin temyiz isteminin reddine karar vermek gerekmiştir.*" Yargıtay 11. HD., T. 15.12.2014, E. 2014/12405, K. 2014/19708.

46 Çamoğlu, 2012, s. 15.

47 Moroğlu, 2017, s. 94-95; Şener, 2017, s. 466.

yapabilecek olanları da kapsadığı şeklinde yorumlanması gerektiği belirtilse de[48], bu yorum kanun koyucunun amacına aykırı bir yorum olmaktan öteye gidemeyecektir. Dolayısıyla TTK m. 339/2-h hükmüne dayanarak, anonim şirket esas sözleşmesi ile belirli kimselere genel kurulu toplantıya çağırma yetkisinin verilebileceğini savunmamız mümkün değildir.[49]

6. Azınlık

Azınlık pay sahiplerinin, genel kurulun toplantıya çağrılmasını talep hakkı aşağıda detaylı olarak incelenecektir.

III. AZINLIĞIN GENEL KURULU TOPLANTIYA DAVET EDİLMESİNİ TALEP HAKKI

A- GENEL OLARAK

eTTK'da olduğu gibi TTK'da da azınlığa genel kurulun toplantıya çağrılmasını talep hakkı tanınmıştır. Bu iki düzenleme arasındaki en önemli fark önceki kanun döneminde etkisiz olan azınlığın genel kurulun toplantıya çağrılmasını talep hakkına, TTK döneminde işlerlik kazandırılmış olmasıdır.[50]

Gerçekten de eTTK'nın 366 ve 367'nci maddelerinde düzenlenmiş olan azınlığın genel kurulun toplantıya çağrılmasını talep yetkisi, genel kurulu çağrıya götüren aşamaların çokluğu nedeniyle, azınlığın bu hakkı kullanmasını etkisiz kılmaktaydı. Ayrıca azlığın talebini ilettiği yönetim kurulu ve denetçilerin cevap sürelerinin belirlenmemiş olması, azlığın mahkemeye başvurması halinde, mahkemenin nasıl bir işlem yapacağının (özellikle de duruşma açıp açmayacağının) belirtilmemiş olması gibi nedenler, bu hakkın çoğu kere etkisiz kalması sonucunu doğuruyordu. İşte yasa koyucu yeni düzenlemede eski kanun döneminde karşılaşılan bu eksiklikleri gidermeyi amaçlamıştır.[51]

B- KOŞULLARI

Azınlığın, TTK'nın 411 ve 412'nci maddelerinde düzenlenmiş olan anonim şirket genel kurulunun toplantıya çağrılmasını talep hakkının kullanabilmesi bazı koşulların gerçekleşmiş olması şartına bağlanmıştır. Başka bir ifade ile bu yetki, azınlığın doğrudan genel kurulu toplantıya çağırma yetkisi olmayıp, azınlığa ancak belirli koşullar gerçekleştikten ve

---

48 Şener, 2017, s. 466.
49 Farklı gerekçe ile aynı görüş için bkz. Pulaşlı, 2018, s. 882.
50 Poroy / Tekinalp / Çamoğlu, 2014, s. 482; Can, 2014, s. 93.
51 Poroy / Tekinalp / Çamoğlu, 2014, s. 483.

belirli aşamalar tüketildikten sonra verilmektedir.[52] Aşağıda bu koşullar incelenecektir.

1. Talebin Azınlık Pay Sahipleri Tarafından Yapılması

TTK m. 411'de düzenlenen hakkın kullanılabilmesinin ilk koşulu, anonim şirket genel kurulunu toplantıya davete ilişkin talebin azınlık tarafından yapılmasıdır. Hükümde, azınlıktan ne anlaşılması gerektiği açıkça belirtmiştir. Buna göre şirket sermayesinin en az onda birini, halka açık anonim şirketlerde yirmide birini oluşturan pay sahipleri, genel kurulun toplantıya çağırılmasını talep edebileceklerdir. TTK'da, eTTK'dan farklı olarak, hem azınlığı belirlerken halka açık olan-halka açık olmayan anonim şirket ayrımına gidilmiş hem de oransal açıdan iki anonim şirket türü bakımından birbirinden farklı oranlar öngörülmüştür. eTTK m. 366'da "*...Şirket sermayesinin en az onda biri değerinde paylara sahip olan kimselerin...*" denilerek halka açık anonim şirketler için herhangi bir oran belirlenmemişti.[53]

TTK m. 411 düzenlenmesi, azınlığın belirlenmesinde sadece sermayenin belli bir orana sahip olunmasını arandığından, pay sahibinin sermaye borcunu ödeyip ödemediğinin azınlık hakkının kullanılması bakımından herhangi bir önemi yoktur.[54] Ayrıca azınlık hakkının kullanılabilmesi için gereken paya, tek bir ortak sahip olabileceği gibi, birden fazla pay sahibi de bir araya gelerek gerekli azınlık oranını sağlayabilir.[55] Burada kanunda belirtilen oranlardan daha fazla paya sahip pay sahibinin veya pay sahiplerinin de bu hakkı kullanabileceği açıktır. Çünkü kanunda belirtilen oran, asgari bir sınırdır.[56]

Talebin mutlaka yeterli sermaye payına sahip olan pay sahipleri tarafından birlikte yapılması gerekmektedir. Eğer talep, azınlık oluşturacak yeterlikte olan pay sahipleri tarafından ayrı ayrı ve birbirinden habersiz olarak yöneltilirse, bu durumunda kanunun aradığı koşul gerçekleşmemiş sayılacaktır.[57]

Kanunda belirtilmiş olan bu oranlar, esas sözleşmede azınlık lehine olacak şekilde düzenleme altına alınabilecektir (TTK m. 411/I son cümle). Başka bir ifade ile esas sözleşme ile söz konusu çağrı yapılmasını talep hakkı daha az sayıda pay sahiplerine tanınabilecektir.

TTK m. 411'de, azınlığın genel kurulun toplantıya çağrılmasını talep hakkı bakımından, önceki kanundan farklı olarak olağan veya olağanüstü toplantıdan söz etmemiş, bunun yerine her iki toplantı

---

52 Can, 2014, s. 78.

53 eTTK döneminde, Sermaye Piyasası Kanunu m.11/8'e göre halka açık anonim ortaklıklarda bu hak, ödenmiş sermayenin en az yirmide birine sahip olan pay sahipleri tarafından kullanılabilmekteydi.

54 Can, s. 84.

55 Şener, 2017, s. 468.

56 Yargıtay 11. HD., T. 05.06.1985, E. 1985/2580, K. 1985/3558.

57 Şener, 2017, s. 469.

türünü de kapayacak şekilde "*genel kurul toplantısı*" ifadesine yer vermiştir. Zira eTTK m. 366'da, "*umumi heyeti fevkalade toplantıya davet etmesi*" denilerek, bu hakkın sadece olağanüstü toplantılar bakımından geçerli olduğu kabul edilmiştir.[58] Buna karşılık TTK m. 411'de yer alan ifade nedeniyle, kanun koyucunun, azınlığa hem olağan hem de olağanüstü genel kurul toplantılarına ilişkin çağrı yapılmasını talep hakkı tanıdığını söylenebiliriz.

2. Talebin Usulüne Uygun Olarak Yapılması

TTK m. 411'e göre azınlık pay sahipleri, yönetim kurulunun sahip olduğu şekilde genel kurulu doğrudan toplantıya davet edebilme hakkına sahip değildir. Madde metninde de açıkça belirtildiği üzere azınlık pay sahipleri, genel kurulu olağanüstü toplantıya çağrı talebini yönetim kuruluna yöneltmek zorundadır. Yani azınlık, toplantı çağrısını bizzat kendisi yerine getirememektedir. Şirket, tasfiye halinde dahi olsa genel kurul toplantıya çağırma yetkisi esasen yönetim kurulunda olduğu için, azınlık talebini tasfiye memurlarına değil yine yönetim kuruluna iletmelidir.[59]

Azınlık, yönetim kuruluna yönelteceği genel kurulun toplantıya davet edilmesi yönündeki talebini noter vasıtasıyla yapmalıdır (TTK m. 411/III). Bu hüküm TTK ile düzenlenmiş olan yeni bir hükümdür. Zira eTTK döneminde toplantıya çağrı için yönetim kuruluna başvurulup başvurulmadığı ve başvuru tarihi konularında sorunlarla karşılaşılmakta idi.[60] Kanun koyucu uygulamada karşılaşılan sorunu, çağrı talebinin noter vasıtasıyla yapılması gerektiğini düzenleyerek çözmek istemiş ve böylece başvuru tarihi konusundaki tereddütleri ortadan kaldırmıştır.[61] Burada belirtilen şekil bir geçerlilik şekli olup, talebin noter aracılığı ile yapılmaması halinde, talep yapılmamış sayılacaktır.[62] Gerekçede de "*...talebinin noter aracılığıyla yapılması zorunluluğu getirilmiştir*" denilerek buna vurgu yapılmıştır.

Azınlık, noter aracılığıyla yönetim kuruluna yönelteceği genel kurulun toplantıya çağrılması talebinde, tıpkı eTTK m. 366'da belirtildiği gibi genel kurulun toplanmasını gerektiren sebepleri belirtmek ve toplanmasını istediği genel kurul gündemini de göstermek zorundadır

---

58 Moroğlu, 2010, s. 240.

59 Can, 2014, s. 77.

60 TTK m. 411/3'ün gerekçesi şöyledir: "*Uygulamada çağrı için yönetim kuruluna başvurulup başvurulmadığı ve başvuru tarihi sorun yaratmakta, bu konu da mahkemenin izni yönünden sorun doğurmaktadır. Çünkü mahkemenin izin verebilmesi için yönetim kuruluna başvuru yolunun tüketilmiş olması gerekir. Ayrıca yönetim kurulunun cevap vermekte gecikmiş olması da mahkemenin izni bakımından önem taşır. Bu sebeple, Tasarıda çağrı ve gündeme madde konulması talebinin noter aracılığıyla yapılması zorunluluğu getirilmiştir.*"

61 Poroy / Tekinalp / Çamoğlu, 2014, s. 483, Can, 2014, s. 86.

62 Aynı yönde bkz. Narbay, 2006, s. 175; Şener, 2017, s. 470; Çamoğlu, çağrı sürecindeki sürelerin başlangıcının saptanması aşısından talebin noter aracılığıyla yapılmasının zorunlu olduğunu belirtmektedir (Bkz. Poroy / Tekinalp / Çamoğlu, 2014, s. 483).

(TTK m. 411/1). Azınlığın sunmuş olduğu sebeplerin, genel kurul toplantısı yapılmasını gerektirip gerektirmediğine yönetim kurulu karar verecektir.[63]

TTK'da belirtilen bu iki şartın eksiksiz olarak tamamlanması halinde, yönetim kurulu genel kurulun toplantıya çağrılması talebini kabul etmek mecburiyetinde değildir. Gerçekten de TTK, yönetim kuruluna, azınlık tarafından yapılan genel kurulu olağanüstü toplantıya davet talebini dilerse kabul, dilerse reddetme hakkı tanımıştır. Böylece eTTK m. 366 hükmü gereğince yönetim kurulu, azınlığın talebini kabul etmeye mecbur olmasına karşın[64], TTK yönetim kuruluna talebi reddetme imkânı getirmiştir.[65] Aşağıda azınlığın çağrı talebinin yönetim kurulu tarafından kabul veya reddedilmesi ihtimallerine göre ayrı ayrı değerlendirme yapılacaktır.

C- ÇAĞRI TALEBİNİN YÖNETİM KURULU TARAFINDAN KABULÜ

Kanunda yönetim kurulunun, azınlık tarafından yöneltilen talebe ilişkin karar vermesi için bir süre öngörülmüştür. TTK m. 412'nin birinci fıkrasının ilk cümlesinde *"…isteme yedi iş günü içinde olumlu cevap verilmediği takdirde…"* ibaresine yer vererek, yönetim kurulunun, azınlıktan gelen çağrı talebi hakkında en geç yedi işgünü içinde bir karar vermek zorunda olduğunu belirtmiştir.

TTK m. 411/4 hükmüne göre yönetim kurulu çağrıyı kabul ettiği takdirde, genel kurul en geç kırk beş gün içinde yapılacak şekilde toplantıya çağrılır. eTTK döneminde bu konuya ilişkin bir düzenleme bulunmadığından, uygulamada çağrı istemi çoğu kez yönetim kurulu tarafından kabul edilmekte fakat toplantı talebi çok uzun bir zaman sonra yerine getirilmekte ve çağrı ile hedeflenen yarar elde edilememekteydi.[66] Bu nedenle kanun koyucu uygulamada yaşanan bu eksikliği gidererek, çağrı talebinin yönetim kurulu tarafından kabulü halinde, genel kurul toplantısının çağrı talebinin kabul tarihinden itibaren kırk beş gün içinde yapılmasını düzenlemiştir.[67]

---

63 Narbay, 2006, s. 176; Can, 2014, s. 87.

64 "*Bu mecburiyet, azınlığın talebinin, kanuna ve esas sözleşmeye uygun ve kabul edilebilir gerektirici nedenlere dayanması durumunda söz konusu olabilir. Aksi takdirde talep, yönetim kurulu tarafından reddedilebilir*" (Moroğlu, 2010, s. 242.); Aynı görüşte bkz. Yasaman, Hamdi, "Anonim Ortaklıklarda Azınlığın Genel Kurulu Toplantıya Çağırması", Şirketler Hukuku ve Sermaye Piyasası Hukuku ile İlgili Makaleler, Mütalaalar, Bilirkişi Raporları, Cilt I, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006, s. 47.

65 Can, 2014, s. 93.

66 Bkz. TTK m. 411/4'ün gerekçesi.

67 Narbay, 2006, s. 176.

Kırk beş günlük kesin sürenin başlangıcı, yönetim kurulunun azınlığın talebini kabul ettiğine yönelik kararını aldığı tarihtir.[68] Gerekçede de bu durum, "*...Sürenin başlangıcını belirlemek sorun yaratmamalıdır. Yönetim kurulunun karar tarihi sürenin başlangıç tarihidir...*" denilerek ifade edilmiştir.

Azınlığın talebini kabul eden yönetim kurulunun, genel kurul toplantısı yapılması için getirilen kırk beş günlük kesin süre içinde toplantının yapılamayacağının, henüz süre dolmadan anlaşılması halinde, çağrı yetkisinin azınlığa[69] geçeceği, diğer bir deyişle çağrının azınlık tarafından yapılacağı ifade edilmiştir (TTK m. 411/4).[70] TTK m. 414/1 hükmüne göre, genel kurul toplantısına, ilişkin çağrının, ilan ve toplantı günleri hariç olmak üzere, toplantı tarihinden en az iki hafta önce[71] yapılması gereklidir. Hal böyle olunca toplantı tarihinden en az iki hafta önce çağrı ilanının yapılması için yeterli süre kalmamışsa, artık bu durumda çağrının azınlık tarafından yapılabileceği kabul edilmelidir. [72]

D- ÇAĞRI YETKİSİNİN AZINLIĞA GEÇMESİ

Yönetim kurulu azınlık tarafından kendisine iletilen çağrı yapılması talebini kabul ettiği takdirde, genel kurulu en geç kırk beş gün içinde yapılacak şekilde toplantıya çağırır (TTK m. 411/4). Burada azınlık hakkının gerçekleşmesi, diğer bir ifadeyle toplantının yapılması amaçlandığından, genel kurul toplantısı ilan edilmesine rağmen kırk beş gün içerisinde yapılmamış veya toplantıda nisap sağlanamamışsa bu süre işlemeye devam edecektir.[73] Çünkü TTK 411/4 maddesinde de belirtildiği üzere amaç, genel kurul toplantısının gerçekleştirilmesidir.[74]

---

68 Poroy / Tekinalp / Çamoğlu, 2014, s. 483; Narbay, 2006, s. 177; Can, 2014, s. 88; Şener, 2017, s. 470.

69 "*Bazı yazarlar, TTK m. 411/4 hükmünde yer alan "aksi halde çağrı istem sahiplerince yapılır" ifadesi yerine "aksi halde çağrı azınlık tarafından yapılır" ifadesinin kullanılmasının daha yerinde olacağı görüşündedir*" (Can, 2014, s. 94).

70 Görmez, Onur, "HAAO'da TTK'daki Azınlık Haklarının Kullanılması Üzerine Bir İnceleme", Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 5, S. 2, 2017, s. 130; Can, 2014, s. 89.

71 Bu süre halka açık anonim ortaklıklar için üç haftadır. Zira Sermaye Piyasası Kanunu m. 29/1'e göre, halka açık ortaklıklarda genel kurul, toplantıya, ilan ve toplantı günleri hariç olmak üzere, toplantı tarihinden en az üç hafta önce çağrılmalıdır.

72 "*Çağrının azınlık tarafından yapılabilmesi için kırk beş günlük sürenin sonunu beklemeye gerek yoktur, 45 gün içerisinde toplantının yapılamayacağının anlaşılması yeterlidir. Çünkü TTK m. 414/I uyarınca genel kurul, toplantısı çağrısının, ilan ve toplantı günleri hariç olmak üzere toplantı tarihinden sen az iki hafta önce yapılır*" (Can, 2014, s. 89).

73 Çamoğlu, 2012,s. 14; Poroy / Tekinalp / Çamoğlu, 2014, s. 484.

74 Can, 2014, s. 88; "*İster ilanlı ister çağrısız bir genel kurul söz konusu olsun toplantının yapılmasından amaç nisabın sağlanıp toplantının icra olunmasıdır. Bu nedenle çağrı talebini kabul eden yönetim kurulunun toplantı takvimini ilk toplantıda nisabın sağlanamaması olasılığını düşünerek, TK 418. madde uyarınca nisapsız toplanacak ikinci toplantının da (imkân oranında) kırk beş günlük süreye sığacağı şekilde planlaması gerekir*" (Poroy / Tekinalp / Çamoğlu, 2014, s. 484).

Genel kurul toplantısı kırk beş gün içerisinde yapılmaz veya yapılamaz ise bu durumda genel kurulu toplantıya çağrı yetkisi, talepte bulunan azınlık pay sahiplerine geçer. Diğer bir deyişle, bu ihtimalde genel kurul toplantısına ilişkin çağrı, doğrudan azınlık tarafından yerine getirilecektir (TTK m.411/4).

Kırk beş günlük süre, yönetim kurulunun azınlığın çağrı talebini kabul ettiği tarihten itibaren işlemeye başlar.[75] TTK, sadece bu ihtimalde talepte bulunan azınlığa doğrudan genel kurulu toplantıya çağırma yetkisi vermektedir. Diğer hallerde ise Kanun, azınlığa doğrudan genel kurulu doğrudan toplantıya çağırma yetkisi tanımamıştır.[76]

Kanunda, talepte bulunan azınlığın doğrudan genel kurulu toplantıya çağırma yetkisinin nasıl kullanılacağı düzenlenmemiştir. Bu da, uygulamada karşılaşılabilecek sorunlara ve bu sorunların nasıl aşılacağına ilişkin olarak öğretide farklı görüşlerin ortaya çıkmasına neden olmuştur.

Kendigelen, mahkemenin verdiği bir yetkilendirme kararına dayanmayan bu çağrının diğer pay sahipleri ve (eğer toplantıya katılması gerekiyorsa) Bakanlık temsilcisi tarafından dikkate alınmaması ihtimalinden söz etmektedir.[77] *Çamoğlu*'na göre, çağrı yetkisi kanundan kaynaklanan bir yetki olduğu için, süreci kanıtlayan belgelerin başvuruya eklenmesi Bakanlık temsilcisi için yeterlidir. Bunun gibi diğer pay sahiplerinin bu konudaki tutumları, başka bir ifadeyle diğer pay sahiplerinin azınlıktan gelen genel kurulu çağrısını dikkate almayarak toplantıya katılmamaları nihayetinde bir toplantı yeter sayısı sorunu olarak ortaya çıkacak, bu sorun da TTK m. 418/1 hükmünde belirtildiği üzere en geç nisap aranmayan ikinci toplantıda çözülecektir.[78]

Ayrıca genel kurulun, azınlık tarafından toplantıya çağırılması çoğu kere hâkim ortaklara ve yönetim kuruluna karşı bir girişim olarak algılandığı için azınlığın çağrı sürecinde şirket yönetiminden yardım görmesi ve şirket kayıtlarına ulaşabilmesi kolay olmayacaktır.[79] Ancak öğretide azınlığın genel kurulu toplantıya çağırma yetkisi, TK m. 411/4 gereği doğrudan kanundan doğan bir hak ve yetki olduğu göz önünde bulundurulduğunda, genel kurulun toplanabilmesi için yapılması gereken çağrı işlemlerinde yardımcı olmak yönetim kurulunun görevi

---

75 Can, 2014, s. 88.
76 Can, 2014, s. 88.
77 Kendigelen, 2016, s. 312 dipnot 171.
78 Poroy / Tekinalp / Çamoğlu, 2014, s. 484.
79 "*Örneğin, azınlığın toplantıya katılanlar cetvelinin düzenlenmesi için pay defterine ve istisnai durumlarda da olsa şirketin ticari defter ve belgelerine ulaşma, toplantı yeri olarak şirket binalarından yararlanma gibi talepleri engellemelerle veya güçlüklerle karşılaşabilir.*" Poroy / Tekinalp / Çamoğlu, 2014, s. 484; Ulaş, Işıl, "Uygulamacı Gözü ile Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Bakış", Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 23, S. 2, 2005, s. 196; Narbay, 2006, s. 177.

dâhilinde olduğu ve bu nedenle yönetim kurulunun, azınlığa yardımcı olmakla yükümlü olduğu haklı olarak vurgulanmıştır.[80]

Genel kurulu toplantıya çağırma yetkisi kendisine geçen azınlık, bu konuda TTK m. 412 kıyasen uygulanarak, mahkemeden gündemi düzenlemek ve Kanun hükümleri uyarınca çağrıyı yapmak üzere bir kayyım atmasını da talep edebilir.[81]

E- ÇAĞRI TALEBİNİN YÖNETİM KURULU TARAFINDAN REDDİ VE MAHKEMEYE BAŞVURU

Azınlığın genel kurulun toplantıya çağrılması talebinin yönetim kurulu tarafından reddedilebileceğine yukarıda değinmiştik. Yönetim kurulu, azınlığın talebinin, karar almak suretiyle açıkça reddedebileceği gibi örtülü olarak da reddedebilir. Ayrıca yönetim kurulunun talebe yedi iş günü içinde olumlu cevap vermemesi durumunda da, talep TTK'nın 412'nci maddesinin birinci fıkrası hükmüne göre reddedilmiş sayılmaktadır. Reddedilmiş sayılmaya ilişkin bu hüküm yeni kanun ile getirilen ve azınlığın çağrı hakkını daha etkin bir şekilde kullanması amacını taşıyan değişikliklerden bir tanesidir. Gerçekten de eTTK döneminde süreye ilişkin herhangi bir hüküm bulunmadığından, yönetim kurulunun toplanması ve karar alabilmesi için uygun süre geçmiş olması gerektiği vurgulanmıştır. [82]

TTK'dan önceki dönemde talebin yönetim kurulu tarafından açık veya örtülü bir şekilde reddedilmesi halinde azınlığın denetçilere başvurması gerekmekteydi. Çünkü eTTK'da, "*murakıplar zaruri ve müstacel sebepler çıktığı takdirde umumi heyeti fevkalade toplantıya davete mecburdurlar*" hükmü yer almaktaydı (eTTK m. 355). Bu madde nedeniyle azınlığın, genel kurulu toplantıya çağrı taleplerinin yönetim kurulu tarafından reddi halinde doğrudan mahkemeye başvurama hakkı bulunmamaktaydı. Azınlığın, mahkemeye başvuramadan önce denetçilere başvurması gerekmekteydi (eTTK m. 367). TTK ile denetçi organ olmaktan çıkarılmış ve bunun sonucunda önceki kanun döneminde, uygulamada azınlık hakkının kullanılmasını zorlaştıran düzenleme kanun koyucu tarafından kabul edilmemiştir.

TTK'nın 412'nci maddesi genel kurulu toplantıya çağırmaya ilişkin azınlık talebinin, yönetim kurulunca reddedilmesi veya reddedilmiş sayılması halinde, talepte bulunan azınlık pay sahiplerine mahkemeye başvuru imkânı tanımaktadır. eTTK döneminde azınlığın mahkemeye başvurabilmesi için bir dava şartı olarak, azınlığın esas sermayenin yüzde onu oranındaki pay senetlerini muteber bir bankaya rehin olarak

---

80 Poroy / Tekinalp / Çamoğlu, 2014, s. 484.

81 Kendigelen, 2016, s. 312 dipnot 171; Ulaş, 2005, s. 196; Poroy / Tekinalp / Çamoğlu, 2014, s. 485; Narbay, 2006, s. 177; Şener, 2017, s. 471.

82 "*Uygun süre kavramının fazla uzun olmaması gerekir. Çünkü olağanüstü genel kurul toplantısı talebi ve bu hususun kabul edilip edilmemesi söz konusudur. Doktrinde, bu sürenin bir ay olması gerektiğine dair teklifler mevcuttur*" (Birsel, 1970, s. 645).

tevdi etmesi gerekmekteydi (eTTK m. 367/son, 356/4). Yeni kanun böyle bir koşul içermemektedir.

TTK m. 412'ye dayalı olarak mahkemeye başvuru yapılması halinde, husumetin anonim şirket tüzel kişiliğine yöneltilmesi gerekir. Diğer bir deyişle bu davada davacı, azınlık pay sahipleri, davalı ise şirket tüzel kişiliğidir.[83] Burada azınlığın başvuruda bulunacağı görevli ve yetkili mahkeme, şirket merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesidir (TTK m. 412).

Başvuru üzerine mahkeme, öncelikle davacı pay sahiplerinin, azınlık hakkı veren oranda paya sahip olup olmadıklarını ve daha önce noter aracılığıyla yönetim kuruluna yazılı ve gerekçeli başvuru yapıp yapmadığını inceleyecektir.[84] Mahkeme azınlığın talebini haklı bulursa, yani toplantıya gerek görürse, gündemi düzenlemek ve Kanun hükümleri uyarınca çağrıyı yapmak üzere bir kayyım atar (TTK m. 412/1, c.2). Ayrıca mahkeme kararında, kayyımın, görevleri ve toplantı için gerekli belgeleri hazırlamaya ilişkin yetkileri de gösterilir (TTK m. 412/1, c.3).

eTTK m. 367'ye göre ise mahkeme, azınlık pay sahiplerinin talebi üzerine genel kurulu toplantıya davete kendilerini yetkili kılmaktaydı. 412'nci madde ile TTK, uygulamada karşılaşılan birçok soruna çözüm getirmiştir.[85]

Mahkeme, azınlığın başvurusunu kural olarak dosya üzerinden karara bağlayacaktır ve zorunluluk olmadıkça duruşma yapmaksızın karar verecektir (TTK m. 412).[86] Ancak mahkeme, dosya içeriğine ve somut olayın niteliğine göre şirket yetkililerinin dinlenmesini gerekli görüyorsa duruşma açabilir.[87] Ancak bu halde mahkeme, duruşma yapılmasını gerektiren zorunlulukları da açıklamalıdır.[88]

Son olarak TTK uyarınca, eTTK'nın 367'nci maddesinden farklı olarak mahkemenin vereceği karar, kesin olup, bu karara karşı istinaf ve temyiz yolu kapalıdır (TTK m. 412/1, son cümle).[89]

---

83 Moroğlu, 2010, s. 248; Yargıtay 11. HD. 21.10.2004, E. 2004/644, K. 2004/10101.

84 Pulaşlı, 2018, s. 883.

85 TTK'nın 412'inci maddesinin gerekçesi.

86 Söz konusu hükümde yer alan "*zorunluluk olmadıkça mahkeme dosya üzerinde inceleme yaparak karar verir*" ifadesinin, taraf oluşturulması gerekliliğine yer vermemesi nedeniyle eksik olduğu hususunda bkz. Moroğlu, 2016, s. 230; Ulaş, 2005, s. 197.

87 Poroy / Tekinalp / Çamoğlu, 2014, s. 485.

88 Poroy / Tekinalp / Çamoğlu, 2014, s. 486.

89 "*Davacı vekili, TTK'nın 412. maddesi gereği genel kurulun toplantıya çağrılmasına izin verilmesine ve gerek görüldüğü takdirde şirkete kayyım atanmasına karar verilmesini talep ve dava etmiştir. 6102 sayılı TTK'nın 411 ve 412. maddeleri gereğince genel kurulun toplantıya çağrılmasına izin davası sonucunda mahkemece verilecek kararın kesin olması sebebiyle davacı vekilinin temyiz dilekçesinin reddine karar vermek gerekmiştir.*" Yargıtay 11. HD., T. 01.3.2017, E. 2015/13226, K. 2017/1218.

SONUÇ

6102 sayılı Kanun ile azınlığın, genel kurulun toplantıya çağrılmasını talep etme hakkını daha etkin bir şekilde kullanması sağlanmaya çalışılmış ve birçok noktada da başarıya ulaşılmıştır.

Azınlığın genel kurulun toplantıya çağrılmasını talep hakkı, gerçekte azınlık tarafından doğrudan kullanılabilen bir hak olmayıp, sadece bu konuda yönetim kurulundan talep hakkını içermektedir. Azınlık, talebinde genel kurul toplantısını gerektiren sebepleri belirtmekle yükümlüdür. Bu talebin şekli, önceki TTK'dan farklı olarak noter vasıtasıyla yapılmak zorundadır. Noter vasıtasıyla yapılması, geçerlilik şekli olup, başvurunun yapılıp yapılmadığının ve başvurun ne zaman yapıldığı hususunun ispatını kolaylaştırmaktadır.

Azınlığın bu talebi üzerinde yönetim kurulu, yedi iş günü içerisinde kabul veya ret kararı verebilecektir. Yönetim kurulunun, talebi kabul etmesi üzerine genel kurul toplantısının yapılması için gerekli işlemleri yapma yükümlülüğü doğmaktadır. Ayrıca genel kurul toplantısının kırk beş gün içinde yapılması gerekmektedir. Bu düzenleme ile eTTK döneminde sık rastlanılan bir durum olan yönetim kurulunun azınlığın talebini kabul etmesine rağmen genel kurulu toplantıya çağırmamasının önüne geçilmiştir.

Azınlığın talebi, yönetim kurulunca kabul edildikten sonra dahi çağrı yapma yetkisi azınlığa geçmemektedir, meğerki genel kurul toplantısı kırk beş gün içerisinde yapılmasın. Diğer bir deyişle yönetim kurulu, azınlığın talebini kabul etmesine rağmen genel kurul toplantısı kırk beş gün içinde yapılmaz ise, çağrı yetkisi talepte bulunan azınlığa geçecektir.

Yönetim kurulu, azınlığın talebini yerinde görmezse reddedebilir. Benzer bir şekilde yönetim kurulu yedi iş günü içinde olumlu bir yanıt vermez ise talep reddedilmiş sayılmaktadır. eTTK'da süreye ilişkin herhangi bir süre öngörülmediği için Yargıtay, yönetim kurulunun azınlığın talebine uygun bir sürede yanıt vermesi gerektiğini içtihat etmişti.

Talebin, yönetim kurulu tarafından açık bir şekilde reddedilmesi veya örtülü olarak reddedilmiş sayılması hallerinde, azınlık mahkemeye başvurma hakkına sahiptir. Bu durumda mahkeme, talebin şekli ve maddi şartlarını inceleyerek bir karar verecektir. Mahkeme, azınlığın başvurusunu kabul ettiği takdirde, genel kurulu toplantıya çağırmak üzere bir kayyım atayacaktır. Görüldüğü üzere genel kurulu toplantıya çağrı hakkı yine azınlığa geçmemektedir. Mahkemenin bu konuya ilişkin vereceği kararlar kesindir. Böylece konuya ilişkin olarak Yargıtay'ın içtihat yolu bizzat Kanun tarafından kapatılmış bulunmaktadır. Örneğin; eTTK dönemin de karşılaşılan mahkemenin başvuruyu kabul etmesi üzerine, Yargıtay'a gidilmesi halinde çağrı yetkisine ilişkin olarak yürütmenin durdurulması kararının verilip verilmeyeceği sorunu ortadan kalkmıştır.

Yine önceki TTK döneminde azınlığın başvurusu halinde, mahkemenin duruşma yaparak mı yoksa dosya üzerinden bir inceleme yaparak mı karar vereceği hususu tartışılmıştı. TTK bu konuyu da açıklığa kavuşturarak mahkemenin, zorunluluk olmadıkça dosya üzerinde inceleme yaparak karar vereceğini hüküm altına almıştır.

Böylece önceki Kanun döneminde azınlığın genel kurulun toplantıya çağrılmasını talep etme hakkına ilişkin sorunlar 6102 sayılı Kanun tarafından giderilmeye çalışılmış, azınlığın bu hakkını etkin bir şekilde kullanması hedeflenmiştir.

KAYNAKÇA

Bahtiyar, Mehmet, "Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nın Dili ve İfadeleri Yönünden Değerlendirilmesi", Legal Hukuk Dergisi, S. 31, 2005, ss. 2457-2464

Birsel, Mahmut T., "Anonim Şirketlerde Azınlık Hakları", İmran Öktem'e Armağan, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1970, ss. 620-659

Can, Mustafa Erdem, "Azlığın Genel Kurulun Toplantıya Çağırılması ve Gündemin Belirlenmesi Konusundaki Yetkileri", Ulusoy, Erol (ed.), Anonim Şirketlerde Azınlık Hakları, Bilge Yayınevi, Ankara, 2014, ss. 75-96

Çamoğlu, Ersin, "Anonim Ortaklık Genel Kurlunu Toplantıya Kimler Çağırır?", Yargı Dünyası, S. 204, 2012, ss. 11-18

Görmez, Onur, "HAAO'da TTK'daki Azınlık Haklarının Kullanılması Üzerine Bir İnceleme", Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 5, S. 2, 2017, s. 117-146

Helvacı, Mehmet, "Anonim Ortaklıkta Ticaret Kanunundan Kaynaklanan Azınlık Haklarının Hukuki Niteliği", Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul, 1998, ss. 297-310

Kendigelen, Abuzer, *Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler*, 3. Baskı, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016

Kırca, İsmail / Şehirali Çelik, Feyzan Hayal / Manavgat, Çağlar, *Anonim Şirketler Hukuku,* C. 1, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2013

Moroğlu, Erdoğan, "Anonim Ortaklıkta Azınlık Paysahiplerinin Genel Kurulu Toplantıya Daveti ve Mahkemenin Davete İzin Kararının Uygulanmasının Durdurulması", Makaleler, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, ss. 237-254

Moroğlu, Erdoğan, *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu, Değerlendirmeler ve Öneriler*, 8. Baskı, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016

Moroğlu, Erdoğan, *Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü*, 8. Baskı, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017

Narbay, Şafak, "Türk Ticaret Kanunun Tasarısı'nda Anonim Ortaklık Genel Kurulunu Toplantıya Davete Yetkili ve Görevli Olanlara İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi", Hukuki Perspektifler Dergisi, S. 7, 2006, ss. 168-181

Poroy, Reha / Tekinalp, Ünal / Çamoğlu, Ersin, *Ortaklıklar Hukuku I*, 13. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014

Pulaşlı, Hasan, *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020

Pulaşlı, Hasan, *Şirketler Hukuku Şerhi*, C. 1, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018

Şener, Oruç Hami, *Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku*, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017

Tekinalp, Ünal, "Otuz Yıllık Uygulamanın Işığında Azınlık Hakları Sisteminin ve Uygulamasının Değerlendirilmesi", Türk Ticaret Kanunu'nun 30. Yılı Semineri, İstanbul Ticaret Odası Yayını, İstanbul, 1988

Ulaş, Işıl, "Uygulamacı Gözü İle Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Bakış", Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 23, S. 2, 2005, ss. 189-210

Ulusoy, Erol, "Anonim Şirketlerde Azınlık Pay Sahiplerinin Şirketten Çıkarılması", Ulusoy, Erol (ed.), Anonim Şirketlerde Azınlık Hakları, Bilge Yayınevi, Ankara, 2014, ss. 15-45

Yasaman, Hamdi, "Anonim Ortaklıklarda Azınlığın Genel Kurulu Toplantıya Çağırması", Şirketler Hukuku ve Sermaye Piyasası Hukuku ile İlgili Makaleler, Mütalaalar, Bilirkişi Raporları, Cilt I, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006, ss. 47-50

TERCÜME

ULUSLARARASI ADALET VE HUKUKUN ÜSTÜNLÜĞÜ ENSTİTÜSÜ (IIJ) MERKEZİ MAKAMLAR İÇİN İYİ UYGULAMALAR REHBERİ[1] ÇEVİRİSİ ve ULUSLARARASI ADLİ İŞBİRLİĞİNDE MERKEZİ MAKAMIN ROLÜNE İLİŞKİN KISA AÇIKLAMALAR

Translation of the International Institute For Justice And The Rule Of Law (IIJ), Good Practices For Central Authorities And Brief Explanations On The Role Of Central Authority In International Judicial Cooperation

Dr. Tamer SOYSAL[*]

Sunuş

Son yıllarda sınıraşan suçlar hızlı bir artış eğilimine girmiştir. Bilhassa terör ve organize suç bağlantılı suçlara ilişkin olarak ülkelerin birbirleriyle adli yardımlaşmada bulunmalarına duyulan ihtiyaç artmaktadır. Bu kapsamda, adli yardımlaşmada anahtar rolü oynayan 'merkezi makamların' rolü ve önemi de artmaktadır. Bu kapsamda, Birleşmiş Milletler Terörle Mücadele Küresel Forumu (TMKF) çerçevesinde Malta'da oluşturulmuş olan Uluslararası Adalet ve Hukukun Üstünlüğü Enstitüsü'nün merkezi makamlar için hazırlamış olduğu "İyi Uygulamalar Rehberi" dikkate alınması gereken tavsiyeler içermektedir. Rehber, Türk uygulamasına da yardımcı olacağı düşünülerek Türkçe'ye tercüme edilmiştir. Ayrıca Rehber'in çevirisinden önce konuya ilişkin kısa açıklamalar yapılmıştır.

1 Belge orijinali için bkz. IIJ, Good Practices for Central Authorities, Eylül 2018, https://theiij.org/wp-content/uploads/IIJ-Good-Practices-for-Central-Authorities_September-2018.pdf

* Adalet Bakanlığı Dış İlişkiler ve Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü Daire Başkan Yardımcısı
tamer.soysal@gmail.com, ORCID: 0000-0001-6763-5041

I. ULUSLARARASI ADALET VE HUKUKUN ÜSTÜNLÜĞÜ ENSTİTÜSÜ HAKKINDA KISA BİLGİ

Terörle Mücadele Küresel Forumu (GCTF)[2] çerçevesinde 2014 yılında terörle mücadele alanında bir enstitü olarak faaliyete geçirilen Uluslararası Adalet ve Hukukun Üstünlüğü Enstitüsü (IIJ)[3] 2014 yılında Malta'nın başkenti Valletta'da faaliyete geçirilmiştir. IIJ, adalet sektörü ve diğer paydaşlar için sürdürülebilir, sonuç odaklı, hukuk temelli eğitim ve kapasite geliştirme faaliyetleri yürüten bölgesel, kâr amacı gütmeyen hükümetlerarası bir Merkez olarak hizmet vermektedir. IIJ'nin misyonu ceza adaleti uygulayıcılarının ve diğer paydaşların terörizm ve terörizm ile bağlantılı uluslararası suç ile ilgili faaliyetlerini hukukun üstünlüğü çerçevesinde ele alma yetkinliklerini artırmak ve güçlendirmek ile birlikte bunların ulusal, bölgesel ve uluslararası temelde işbirliği ve bilgi alışverişlerini teşvik etmektir.[4] IIJ, 2014 yılında on iki kurucu üye devlet tarafından kurulmuştur ve Terörizmle Mücadele Küresel Forumu'ndan (GCTF) ilham alan üç kurumdan bir tanesidir.

Bu kapsamda, başta Malta ve Afrika olmak üzere Uzak Doğu ve Avrupa dahil olmak üzere Dünya'nın çeşitli yerlerinde çalıştaylar organize etmektedir. Organizasyonlarda genel tema olarak terörizm, yabancı terörist savaşçılar, çocuk ceza adaleti, terör suçlularının cezaevinde rehabilitasyonu, terör davalarının görülmesinde özellik arz eden durumlar, mahkeme salonlarının güvenliği, tanık ve delillerin toplanması ve değerlendirilmesi gibi hususlar ele alınmaktadır. Merkez, Kasım 2018'de İstanbul'da terörle mücadele ekseninde uluslararası bir toplantı organize etmiştir.[5]

II. ULUSLARARASI ADLİ YARDIMLAŞMA ve MERKEZİ MAKAMIN ROLÜ HAKKINDA KISA BİLGİ

Devletlerin karşılıklı bağımlılık ilişkisi tesis ederek, ulus-üstü (supra-national) topluluklara katılması ve diğer devletlerle karşılıklı işbirliğini geliştirmeleri kaçınılmazdır. Devletlerarası ilişkilerde her konuda sınır ötesi işbirliği ve yardımlaşmaya ihtiyaç artarak devam etmektedir. Uluslararası adlî yardımlaşma, bir devletin yetkili bir adlî

---

[2] 2011 yılında başlatılan Terörizmle Mücadele Küresel Forumu, ülkelerin 21. yüzyılda terörle mücadele yapılarını güçlendirmek üzere oluşturulmuş gayri resmi, tarafsız, çok taraflı bir terörle mücadele forumudur. GCTF, politik yapıcı ve uygulayacılar için terörle mücadele yeteneklerini, ulusal stratejileri, eylem planlarını, eğitim modüllerini güçlendirmek için 'İyi Uygulamalar' geliştirilmesine yardımcı olur. Türkiye'de GCTF'in kurucu üyelerinden bir tanesidir. Bkz., GCTF, https://www.thegctf.org/About-us/Members-and-partners

[3] The International Institute for Justice and the Rule of Law-IIJ, https://theiij.org/

[4] IIJ, https://theiij.org/

[5] IIJ, https://theiij.org/events/iij-judicial-capacity-initiative-horn-of-africa-regional-workshop-turkey/

makamının, diğer bir devletin adli makamı adına yerine getirdiği işlemler bütünüdür. Geniş anlamda cezaî konularda uluslararası adli yardımlaşma kapsamına uluslararası istinabenin yanı sıra, suçluların iadesi, hükümlü nakli, muhakemenin ve infazın devri işlemleri girmektedir. Uluslararası adli yardımlaşma hukukunda, adli yardımlaşma talepleri ile suçluların iadesi gibi taleplerin diğer ülkelere iletilmesinde ve bunların diğer ülkelerden alınmasında temel koordinasyon birimi olarak faaliyet gösteren birimler 'Merkezi Makam (*Central Authority*)' olarak anılmaktadır.

Avrupa Konseyi uluslararası adli yardımlaşma alanında 20 Nisan 1959 tarihinde bu alandaki temel sözleşme olan Ceza İşlerinde Karşılıklı Adli Yardım Avrupa Sözleşmesi'ni[6] kabul etmiştir. Konsey, 17 Mart 1978 tarihinde bu Sözleşme'ye Ek Protokol'ü[7] ve 8 Kasım 2001 tarihinde Sözleşme'ye Ek İkinci Protokol'ü[8] kabul etmiştir. Avrupa Konseyi'nin adli yardımlaşma sözleşmeleri temelinde de, karşılıklı adli yardım taleplerinin merkezi makamlar aracığıyla yapılması yer almaktadır. Ceza İşlerinde Karşılıklı Adli Yardım Avrupa Sözleşmesi'ne Ek 2. Protokol'ün 4 üncü maddesi ile değiştirilen Sözleşme'nin 15 inci maddesine göre acil bilgi aktarımı durumlarının ve karşılıklı adli yardım taleplerinin, talep eden Tarafın Adalet Bakanlığı tarafından, talep edilen Tarafın Adalet Bakanlığı'na yazılı olarak bildirilmesi ve aynı yollarla geri dönüş yapılması gereklidir. Bununla birlikte Sözleşme'nin herhangi bir Taraf Devleti, merkezi makamını Adalet Bakanlığı dışında bir makam olarak belirleyebilecek ve bu halde merkezi makamını ve adli yardım taleplerinin bu makam aracılığıyla yapılmasını ilişkin talebini Avrupa Konseyi Genel Sektereri'ne beyanname ile bildirecektir.

Merkezi makamlar, adli yardımlaşma taleplerinin gecikmeksizin ve eksiksiz yerine getirilmesindeki en önemli rolü üstlenmektedir.

---

6 European Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters, Strasbourg, April 20, 1959, ETS No. 30, https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/09000016800656ce Türkiye, Sözleşme'yi 23 Ekim 1959 tarihinde imzalamış, 18 Mart 1968 tarihinde 1034 sayılı Kanun ile onaylamayı uygun bulmuş ve 16 Ekim 1968 tarihinde Sözleşme metnini Resmi Gazete'de yayınlamıştır. Sözleşme, 22 Eylül 1969 tarihinde yürürlüğe konulmuştur. Resmi Gazete, 16 Ekim 1968, 13028.

7 Additional Protocol to the European Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters, Strasbourg, March 17, 1978, ETS No. 99, https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/0900001680077975; Ülkemiz Sözleşme'yi 18 Mayıs 1987 tarihinde 3363 sayılı Kanun ile onaylamayı uygun bulmuş ve 18 Ocak 1990 tarihinde Sözleşme metnini Resmi Gazete'de yayınlamıştır. Sözleşme, 27 Haziran 1990 tarihinden itibaren yürürlüğe konulmuştur. Resmi Gazete, 18.01.1990, 20406.

8 Second Additional Protocol to the European Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters, Strasbourg, November 8, 2001, ETS No. 182, https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/090000168008155e; Türkiye, Sözleşme'yi 25 Nisan 2016 tarihinde 6710 sayılı Kanun ile onaylamayı uygun bulmuş ve 5 Mayıs 2016 tarihende Sözleşme metnini Resmi Gazete'de yayınlamıştır. Sözleşme, 1 Kasım 2016 tarihinde yürürürlüğe konulmuştur. Resmi Gazete: 05.05.2016, 29703.

Bilhassa artan terör suçlarıyla mücadele ve sınır aşan örgütlü suçlarda devletlerin karşılıklı adli yardımlaşmada bulunabilmeleri büyük önem taşımaktadır. Bu konuda ilk aşama ise her devletin iyi işleyen bir 'merkezi makam (central authority)' oluşturması gereğidir.

Terör büyük çaplı korku vereyen, bireylerde yılgınlık yaratan eylemler olup, terörizm ise siyasal amaçlar için mevcut durumu yasa dışı yollardan değiştirmek amacıyla örgütlü, sistemli, sürekli terör eylemlerini kullanmayı bir yöntem olarak benimseme durumunu ifade etmektedir. Avrupa Konseyi'nin bu alandaki Terörizmin Önlenmesi Sözleşmesi'nd[9] terörizm, özünde var olan haksız gerekçelerle bir toplumu, bir hükümeti ve uluslararası bir kuruluşu herhangi bir şeyi yapmaya zorlama veya bir ülkenin veya uluslararası kuruluşun anayasal ve ekonomik alanlardaki temel yapısını ciddi olarak sarsmak olarak tanımlanmıştır. Terörist grup, terör faaliyetlerini gerçekleştiren gruplara verilen isimdir. Terörist ise genellikle terör eylemlerinde bulunan grubun mensuplarını ifade eder. Sınıraşan örgütlü suç ile terörizm arasında nitelik, kullanılan metodlar ve stratejiler yönünden büyük bir benzerlik bulunmakta olup, pek çok devlet için terörizm ve sınıraşan suç ortak bir güvenlik tehdididinin yansıması olarak görülmektedir.

Birleşmiş Milletler tarafından 15 Kasım 2000 tarihinde kabul edilen ve 29 Eylül 2003 tarihinde yürürlüğe konulan Sınır aşan Örgütlü Suçlar Sözleşmesi'nde[10] "Karşılıklı Adli Yardım" konusu ayrıntılı şekilde düzenlenmiştir.

---

[9] Council of Europe Convention on the Prevention of Terrorism, Warsaw, May 16, 2005, ETS No. 196, 19 Ocak 2006 tarihinde imzalamış, 23 Mart 2012 tarihinde onaylamış ve 1 Temmuz 2012 tarihinden itibaren yürürlüğe koymuştur. Sözleşme için bkz. https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/09000016808c3f55

[10] United Nations Convention Against Transnational Organized Crime and the Protocols Thereto, Vienna, https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-e.pdf; Türkiye, Sözleşme'yi 13 Aralık 2000 tarihinde imzalamış ve 25 Mart 2003 tarihinde onaylayarak yürürlüğe koymuştur. Resmi Gazete, 18 Mart 2003, 25052. Sözleşme'nin 3 Ek Protokol'ü bulunmaktadır. i. Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'ne Ek Kara, Deniz, Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol (Protocol Against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air, supplementing the United Nations Convention Against Transnational Organized Crime) ii. Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'ne Ek İnsan Ticaretinin Özellikle Kadın ve Çocuk Ticaretinin Önlenmesine, Durdurulmasına ve Cezalandırılmasına İlişkin Ek Protokol (Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking Persons, Especially Women and Children, supplementing the United Nations Convention Against Transnational Organized Crime). Bu iki Protokol de Türkiye tarafından Sözleşme'nin onaylanması ile birlikte aynı Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. iii. Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'ne Ek Ateşli Silahlar, Parçaları ve Aksamları ile Mühimmatın Yasadışı Üretimine ve Kaçakçılığına Karşı Ek Protokol (Protocol Against the Illicit Manufacturing of and Trafficking in Firearms, Their Parts and Components and Ammunition, supplementing the United Nations Convention Against Transnational Organized Crime) Türkiye Üçüncü Ek Protokol'ü 28 Haziran 2002

Birleşmiş Milletler'in Sınıraşan Örgütlü Suçlar Sözleşmesi'nin Karşılıklı Adli Yardım (Mutual Legal Assistance) başlıklı 18 inci maddesi şu şekilde düzenlenmiştir:

"**(1)** Taraf Devletler; 3. maddede öngörüldüğü üzere, bu Sözleşmede yer alan suçlara ilişkin soruşturmalarda, kovuşturmalarda ve yargı işlemlerinde birbirlerine en geniş ölçüde karşılıklı adli yardımı sağlayacaklar ve talepte bulunan Taraf Devletin, 3. Maddenin 1 (a) veya (b) fıkrasında belirtilen suçlar, bu suçların mağdurları, gelirleri, tanıkları, araçları veya delillerinin, talepte bulunulan Taraf Devlette olması ve suça örgütlü bir suç grubunun karışması dahil, mahiyetleri itibariyle sınıraşan suçlar olduklarından şüphelenmek için makul nedenler görmesi halinde, birbirlerine karşılıklılık esasına göre aynı şekilde yardım edeceklerdir.

(2) Bu Sözleşmenin 10. maddesi uyarınca bir tüzel kişinin talepte bulunan Taraf Devlette sorumlu tutulabileceği suçlarla ilgili soruşturma, kovuşturma ve yargı işlemleri bakımından, talepte bulunulan Taraf Devletin ilgili yasaları, antlaşmaları, anlaşmaları ve düzenlemelerine göre, karşılıklı adli yardım mümkün olan en geniş ölçüde sağlanacaktır.

(3) Bu madde uyarınca sağlanacak karşılıklı adli yardım, aşağıdaki amaçlardan herhangi birisi için talep edilebilir:

(a) Delil toplamak veya kişilerin ifadesini almak;

(b) Adli belgelerin tebliğini sağlamak;

(c) Arama, el koyma ve dondurma işlemlerini yerine getirmek;

(d) Eşya ve yer incelemesi yapmak;

(e) Bilgileri, delil olabilecek şeyleri ve bilirkişi görüşlerini temin etmek;

(f) Resmi daire, banka, şirket veya ticaret kayıtlan ve mali kayıtlar dahil, ilgili belge ve kayıtların asıllarını veya onaylı kopyalarını temin etmek;

(g) Delil temin etme amacıyla suç gelirlerinin, malvarlığının, araç-gereçlerin ve diğer şeylerin tespiti ve takibi;

(h) Kişilerin, talepte bulunan Taraf Devlette gönüllü olarak mahkeme huzuruna çıkmalarını kolaylaştırmak;

(i) Talepte bulunulan Taraf Devletin iç hukukuna aykırı olmayan diğer her türlü yardımı sağlamak.

(4) Bir Taraf Devletin yetkili makamları, iç hukuka uygun olmak kaydıyla, önceden bir talep olmaksızın, bu tür bilgilerin soruşturmaları ve yargılamayı yürütmede veya başarılı bir biçimde sonuçlandırmada diğer bir Taraf Devletin makamlarına yardımcı olacağına veya bunların o Taraf Devletçe bu Sözleşmeye istinaden bir talep yapılmasıyla

---

tarihinde imzalamış ve 4 Mayıs 2004 tarihinde onaylamıştır. Resmi Gazete, 26 Nisan 2004, 25444.

sonuçlanacağına inandıkları takdirde, suç teşkil eden konulara ilişkin bilgileri anılan Taraf Devletin yetkili iletebilirler.

(5) Bu maddenin 4. fıkrasına dayanılarak bilgi iletilmesi, bilgiyi temin eden yetkili makamların bulunduğu Devletteki soruşturma ve yargılamalara halel getirmez. Bilgiyi alan yetkili makamlar anılan bilginin gizli kalması talebine veya kullanımındaki sınırlamalara geçici bir süre dahi olsa uyacaklardır. Bununla beraber, bu durum, bilgiyi alan Taraf Devleti, sanığın suçsuzluğunu gösterecek bilgileri kendi yargılama süreci sırasında açıklamaktan alıkoymayacaktır. Böyle bir durumda, bilginin açıklanmasından önce, bilgiyi alan Taraf Devlet, bilgiyi veren Taraf Devlete bildirimde bulunacak ve talebi halinde, bilgiyi veren Taraf Devletle danışmada bulunacaktır. Önceden bild;inj^Bwb^lunmanın mümkün olmadığı istisnai durumlarda, bilgiyi alan Taraf Devlet, açıklamanın yapıldığını, bilgiyi veren Taraf Devlete gecikme olmaksızın bildirecektir.

(6) Bu maddenin hükümleri, karşılıklı yardımı tamamen veya kısmen düzenleyen veya düzenleyecek olan başka herhangi bir ikili veya çok taraflı antlaşmadan kaynaklanan yükümlülükleri etkilemeyecektir.

(7) Eğer sözkonusu Taraf Devletler bir karşılıklı adli yardım antlaşmasıyla bağlı değillerse, bu maddeye dayanarak yapılan taleplerde, bu maddenin 9 ila 29 uncu fıkraları uygulanacaktır. Taraf Devletler bu tür bir antlaşmayla bağlı iseler, anılan Devletler bu maddenin 9 ila 29 uncu fıkralarını uygulamaya karar vermedikçe, o antlaşmanın ilgili hükümleri uygulanacaktır. İşbirliğini kolaylaştıracak ise, Taraf Devletlerin bu fıkraları uygulamaları kuvvetle teşvik edilir.

(8) Taraf Devletler, banka gizliliği gerekçesiyle, bu maddeye istinaden karşılıklı adli yardımda bulunmayı reddedemezler.

(9) Taraf Devletler, talep konusu eylemin her iki taraf bakımından da suç sayılmaması gerekçesiyle, bu maddeye istinaden karşılıklı adli yardımda bulunmayı reddedebilirler. Bununla beraber, talepte bulunulan Taraf Devlet, eylemin kendi iç hukukuna göre bir suç teşkil etmemesi halinde dahi, uygun gördüğünde, kendi takdir ettiği ölçüde yardım sağlayabilir.

(10) Bir Taraf Devletin ülkesinde tutuklu veya cezasını çekmekte olan bir kişi, teşhis, tanıklık veya başka suretle bu Sözleşmede belirtilen suçlara ilişkin soruşturma, kovuşturma veya yargısal işlemler için delil toplamada yardım sağlamak amaçlarıyla başka bir Taraf Devlette bulunması talep edildiğinde, aşağıdaki koşullar sağlandığı takdirde nakledilebilir:

(a) Kişi, bilerek ve özgürce rıza gösterirse;

(b) Her iki Taraf Devletin yetkili makamları, anılan Taraf Devletlerin uygun gördüğü koşullarla mutabık kalırlarsa;

(11) Bu maddenin 10. fıkrasının uygulanması bakımından:

(a) Nakledilecek kişinin bulunduğu Taraf Devlet başka türlü talep etmedikçe veya müsaade etmedikçe, kişinin nakledileceği Taraf Devlet, nakledilen kişiyi gözaltında tutmaya yetkili ve tutmakla yükümlüdür;

(b) Her iki Taraf Devletin yetkili makamlarınca önceden veya herhangi bir şekilde kararlaştırıldığı üzere, kişinin nakledildiği Taraf Devlet, kişiyi gönderen Taraf Devlete geri teslim etme yükümlülüğünü gecikmeksizin yerine getirecektir;

(c) Kişinin nakledildiği Taraf Devlet, gönderen Taraf Devletten kişinin geri teslimi için yeni bir suçluların iadesi süreci başlatmasını talep edemeyecektir.

(d) Nakledilen kişinin, nakledildiği Taraf Devlette gözaltında geçirdiği süreler, gönderen Devlette çekmesi gereken cezadan indirilecektir.

(12) Bu maddenin 10. ve 11. Fıkralarına uygun olarak, kişinin nakledildiği bir Taraf Devlet kabul etmedikçe, nakledilen kişi, vatandaşlığına bakılmaksızın, gönderen Devletin ülkesinden ayrılışından evvelki eylemleri, ihmalleri veya mahkumiyetleriyle ilgili olarak, nakledileceği Devletin ülkesinde kanuni takibe maruz bırakılamayacak, gözaltına alınamayacak veya şahsi hürriyeti bağlayıcı herhangi bir sınırlamaya tabi tutulamayacaktır.

(13) Her Taraf Devlet, karşılıklı adli yardım taleplerini yerine getirmek veya yerine getirilmesi için yetkili makamlara iletmek üzere, bu talepleri kabul etme sorumluluğuna yetkisine sahip merkezi bir makam belirleyecektir. Bir Taraf Devletin karşılıklı adli yardımlaşmaya ilişkin ayrı bir sisteminin olduğu özel bir bölge veya toprağı olması halinde, o bölge veya toprak için aynı işleve sahip ayrı bir merkezi makam belirleyebilir. Merkezi makamlar, alınan taleplerin süratli ve uygun bir biçimde yerine getirilmesini veya iletilmesini sağlayacaklardır. Merkezi makam, talebi yerine getirilmek üzere, yetkili bir makama iletmesi halinde, talebin, yetkili makam tarafından, hızlı ve uygun bir biçimde yerine getirilmesini teşvik edecektir. Bu amaçla belirlenen merkezi makam, her Taraf Devletin bu Sözleşmeye ilişkin onaylama, kabul veya uygun bulma veya katılım belgelerini tevdii sırasında, Birleşmiş Milletler Genel Sekreterine bildirilecektir. Karşılıklı adli yardım talepleri ve buna ilişkin herhangi bir yazışma Taraf Devletlerce belirlenmiş merkezi makamlara iletilecektir. Bu gereklilik, bir Taraf Devletin, bu taleplerin ve yazışmaların kendisine diplomatik kanallarla ve acil durumlarda, Taraf Devletlerin kararlaştırdıkları hallerde, mümkünse Uluslararası Kriminal Polis Teşkilatı (Interpol) kanalıyla ulaştırılmasını isteme hakkına halel getirmeyecektir.

(14) Talepler yazılı veya, mümkünse yazılı kayıt sağlayan herhangi bir yolla, talepte bulunulan Devletin kabul edebileceği bir dilde ve o Devletin, bildirimin sahih olup olmadığını tespit edebileceği koşullar altında yapılacaktır. Taraf Devletlerin her biri için kabul edilebilir olan dil veya diller, bu Sözleşmeye ilişkin onaylama, kabul veya uygun bulma veya katılım belgelerinin tevdii sırasında Birleşmiş Milletler Genel Sekreterine bildirilecektir. Acil durumlarda ve Taraf Devletlerce kararlaştırıldığı takdirde, talepler sözlü olarak yapılabilir, ancak derhal yazılı olarak teyid edilecektir.

(15) Karşılıklı adli yardım için olan bir talep şunları içerir:

(a) Talebi yapan makamın adı;

(b) Talebin ilgili olduğu soruşturma, kovuşturma veya yargı işlemlerinin konusu ve mahiyeti ve soruşturmayı, kovuşturmayı ve yargı işlemlerini yürüten makamın adı ve görevleri;

(c) Adli belgelerin tebliği amacıyla yapılanların dışındaki taleplerde, ilgili olayların bir özeti; **(d)** İstenen yardımın tanımı ve talepte bulunan Taraf Devletin uyulmasını istediği özel bir usulün açıklaması;

(e) Mümkün olduğu takdirde, ilgili herhangi bir kişinin kimliği, yeri ve uyruğu; ve

(f) Delilin, bilginin veya işlemin hangi amaçla istendiği.

(16) Talepte bulunulan Taraf Devlet, talebin kendi iç hukukuna uygun olarak yerine getirilmesi için, gerekli gördüğünde, veya talebin ifasına kolaylık sağlayabileceği durumlarda, ek bilgi talep edebilir. **(17)** Bir talep, talepte bulunulan Taraf Devletin iç hukukuna göre ve bu hukuka aykırılık teşkil etmediği ölçüde ve mümkün olduğunca talepte belirtilen usullere uygun olarak yerine getirilecektir.

(18) Mümkün olduğu ve iç hukukun temel ilkeleriyle uyumlu olduğu her durumda, bir kişi bir Taraf Devletin ülkesinde bulunduğunda ve bu kişinin diğer Taraf Devletin adli makamları tarafından tanık veya uzman olarak dinlenmesi gerektiğinde, eğer sözkonusu kişinin talepte bulunan Taraf Devletin ülkesinde şahsen hazır bulunması mümkün veya arzulanan bir durum değilse, talepte bulunulan Taraf Devlet, diğerinin talebi üzerine, dinlemenin video konferansıyla yapılmasına izin verebilir. Taraf Devletler, dinlemenin talepte bulunan Taraf Devletin yargısal makamları tarafından yürütülmesine ve talepte bulunulan Taraf Devletin yargısal makamlarının katılmasına karar verebilirler. Talepte bulunan Taraf Devlet, talebe konu soruşturma, kovuşturma veya yargısal işlemler için talepte bulunulan Taraf Devlet tarafından verilen bilgiyi veya delili, talepte bulunulan Taraf Devletin önceden rızası olmaksızın, talepte belirtilen amaçlar dışında aktarmayacak veya kullanmayacaktır. Bu fıkradaki hiçbir hüküm, talepte bulunan Taraf Devleti sanığın lehine olan bilgi veya delili kendi yargı işlemleri sırasında açıklamaktan alıkoymayacaktır. Bu son durumda, talepte bulunan Taraf Devlet, açıklamadan önce, talepte bulunulan Taraf Devleti haberdar edecek ve talep halinde danışmada bulunacaktır. Önceden haber verme olanağı bulunmayan istisnai durumlarda, talepte bulunan Taraf Devlet, talepte bulunulan Taraf Devleti gecikmeksizin açıklama hakkında bilgilendirecektir.

(19) Talepte bulunan Taraf Devlet, talepte bulunulan Taraf Devletten, talebin yerine getirilmesi bakımından zorunlu olmadığı ölçüde, yapılan talebin ve içeriğinin gizli tutulmasını isteyebilir. Eğer talepte bulunulan Taraf Devlet gizlilik gerekliliğine uyamaz ise, talepte bulunan Taraf Devleti derhal bilgilendirecektir.

(20) Karşılıklı adli yardım aşağıdaki durumlarda reddedilebilir:

(a) Talep, bu maddenin hükümlerine uygun bir biçimde yapılmaz ise;

(b) Talepte bulunulan Taraf Devlet, talebin yerine getirilmesinin, egemenliğine, güvenliğine, kamu düzenine veya diğer temel çıkarlarına zarar verebileceği kanaatinde ise;

(c) Talepte bulunulan Taraf Devletin makamları, kendi yetkileri çerçevesinde soruşturma, kovuşturma veya yargı işlemleri veya davaya konu olması halinde, benzer herhangi bir suça ilişkin olarak talep edilen işlemin yerine getirilmesinden kendi Devletlerinin iç hukukuna göre men edilmiş ise;

(d) Talebin kabul edilmesi, talepte bulunan Taraf Devletin karşılıklı adli yardıma ilişkin yasal sistemine aykırı ise.

(22) Taraf Devletler, karşılıklı adli yardım için yapılmış bir talebi sadece suçun mali konulan da içerdiği gerekçesiyle reddedemezler.

(23) Karşılıklı adli yardıma ilişkin herhangi bir red için gerekçe gösterilecektir.

(24) Talepte bulunulan Taraf Devlet karşılıklı adli yardım talebini mümkün olan en kısa sürede yerine getirecek ve gerekçeleri tercihen talepte yer alacak şekilde talepte bulunan Taraf Devletçe belirtilen herhangi bir süreyi, mümkünse tam olarak göz önünde bulunduracaktır. Talepte bulunulan Taraf Devlet, talepte bulunan Taraf Devletin talebin yerine getirilmesindeki safhaları ve sonucu ile ilgili makul sorularına yanıt verecektir. Talepte bulunan Taraf Devlet, istenen yardıma gerek kalmadığı takdirde, talepte bulunulan Taraf Devlete durumu derhal bildirecektir.

(25) Karşılıklı adli yardım, devam eden bir soruşturmayı, kovuşturmayı veya yargı işlemini olumsuz etkileyebileceği gerekçesiyle, talepte bulunulan Taraf Devletçe ertelenebilir.

(26) Bu maddenin 21. fıkrasına istinaden bir talebi reddetmeden veya bu maddenin 25. fıkrasına istinaden talebin yerine getirilmesini ertelemeden önce, talepte bulunulan Taraf Devlet, yardımı, gerekli gördüğü bazı kayıt ve koşullarla yerine getirip getirmemeyi değerlendirmek üzere talepte bulunan Taraf Devlete danışacaktır. Eğer talepte bulunan Taraf Devlet, bu şekildeki bir koşullu yardımı kabul ederse, bu koşullara uyacaktır. 27. Bu maddenin 12. fıkrasının uygulanmasına halel getirmeksizin, talepte bulunan Taraf Devletin isteği üzerine bir yargı sürecinde tanıklık etmeye veya talepte bulunan Taraf Devletin ülkesindeki bir soruşturmada, kovuşturmada veya adli takibatta yardıma rıza gösteren bir tanık, uzman veya başka bir kişi, talepte bulunulan Taraf Devletin ülkesi ayrılışından evvelki eylemleri, ihmalleri veya mahkumiyetleriyle ilgili olarak, talepte Taraf Devletin ülkesinde kanuni takibe maruz bırakılamayacak, gözaltına alınamayacak veya şahsi hürriyeti bağlayıcı herhangi bir sınırlamaya tabi tutulamayacaktır. Bu tür bir güvence, bu tanık, uzman veya başka kişinin hazır bulunmasının

adli makamlarca artık gerekli görülmediğinin resmen bildirildiği tarihten itibaren kesintisiz 15 gün veya Taraf Devletlerce kararlaştırılmış herhangi bir zaman dilimi zarfında ayrılma imkanına sahip olup da talepte bulunan Taraf Devletin ülkesinde kendi isteğiyle kaldığı veya bu ülkeyi terkettikten sonra kendi isteğiyle geri döndüğü takdirde sona erecektir.

(28) Bir talep yerine getirilirken ortaya çıkan olağan masraflar, ilgili Taraf Devletlerce aksi kararlaştırılmadıkça, talepte bulunulan Taraf Devletçe karşılanacaktır. Eğer talebi yerine getirmek için önemli veya olağandışı masraflar gerekiyor veya gerekecekse, talebin hangi kayıt ve koşullarla yerine getirileceğini ve masrafların nasıl karşılanacağını belirlemek üzere, Taraf Devletler birbirleriyle danışmada bulunacaklardır.

(29) Talepte bulunulan Taraf Devlet: (a) Talepte bulunan Taraf Devlete kendi iç hukukuna göre kamuya açık olan kendi elindeki resmi kayıt, belge veya bilgilerin örneklerini verecektir; (b) Kendi takdiriyle, tamamen, kısmen veya uygun gördüğü koşullara tabi olarak kendi iç hukukuna göre kamuya açık olmayan resmi kayıt, belge veya bilgilerin örneklerini talepte bulunan Taraf Devlete verebilir.

(30) Gerekli hallerde Taraf Devletler, bu madde hükümlerinin amaçlarına hizmet edecek, bunların uygulanmasını sağlayacak veya bu hükümleri güçlendirecek ikili veya çok taraflı anlaşma veya düzenlemeler yapma olanaklarını değerlendireceklerdir.

Sözleşme'nin "Eğitim ve Teknik Yardım (Training and Technical Assistance) başlıklı 29 uncu maddesinin üçüncü fıkrası ise şu şekilde düzenlenmiştir:

"Taraf Devletler, iadeyi ve karşılıklı adli yardımı kolaylaştıracak eğitim ve teknik yardımları teşvik edeceklerdir. Bu tür eğitimler ve teknik yardımlar dil eğitimini, ***merkezi makamlarda*** veya konuyla ilgili diğer kuruluşlardaki personelin başka ülkede veya kurumda görevlendirilmesini veya değişimlerini kapsayabilir."

Son olarak Ülkemizde adli yardımlaşma alanında temel kanun olan 6706 sayılı Cezaî Konularda Uluslararası Adlî İşbirliği Kanunu'nun[11] 2 nci maddesinde Ülkemiz açısından "Merkezi Makam" Adalet Bakanlığı olarak belirlenmiş ve Kanun'un 3 üncü maddesinde Merkezi Makamın görev ve yetkileri şu şekilde düzenlenmiştir:

a) Taraf olunan milletlerarası andlaşmalar veya mütekabiliyet ilkesi çerçevesinde, yabancı devletlerin adlî iş birliği taleplerinin kabulü ile Türk adlî mercilerinin yapacağı iş birliği taleplerinin uygunluğu konusunda karar vermek.

b) Uygulanacak adlî iş birliğinin türü ve izlenecek yöntem konusunda karar vermek.

---

[11] Kanun No: 6706, Kabul Tarihi: 23.04.2016, Resmi Gazete: 05.05.2016, 29703.

c) Adlî iş birliği kapsamında devletlerce talep edilen bilgi ve belgelerin kullanılmasına muvafakat vermek, bunların kullanılmasını sınırlandırmak, teminat veya şarta bağlamak.

Adalet Bakanlığı, bünyesinde, 'Merkezi Makam' görevi 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin[12] 45 inci maddesi ile düzenlenen görevler çerçevesinde, Adalet Bakanlığı, Dış İlişkiler ve Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü tarafından yerine getirilmektedir.

Aşağıda bu esaslar çerçevesinde değerlendirilmesi faydalı olacak, Uluslararası Adalet ve Hukukun Üstünlüğü Enstitüsü (IIJ) tarafından hazırlanan Merkezi Makamlar için İyi Uygulamalar Rehberi'nin Türkçe tercümesi aynen yer almaktadır.

[12] Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi 1, Resmi Gazete, 10 Temmuz 2018, 30474.

ULUSLARARASI ADALET VE HUKUKUN ÜSTÜNLÜĞÜ ENSTİTÜSÜ (IIJ) MERKEZİ MAKAMLAR İÇİN İYİ UYGULAMALAR REHBERİ

Merkezi Makamların Önemli Çalışmalarına Rehberlik Etmek ve Terörizm ve Sınır Aşan Suçlarla Mücadelede Kritik Öneme Sahip Uluslararası İşbirliğini Kolaylaştırmaktan Sorumlu Kalıcı Yasal Kurumları Desteklemek İçin Gereken Kurumsal, Yasal ve Pratik Değerlendirmeler İçin Uluslararası Kabul Görmüş İyi Uygulamalar Seti

MERKEZİ MAKAMLAR İÇİN IIJ İYİ UYGULAMALARI

Giriş

Sınıraşan cezaî konularda modern uluslararası işbirliği sistemi iki temel müessese tarafından desteklenmektedir: Suçluların iadesi ve Karşılıklı Adli Yardımlaşma. Bu iki müessese, sınıraşan cezaî konularda işbirliğinin talep edilmesi ve karşılanmasında ve terörizm ile birlikte diğer sınıraşan suçları hukukun üstünlüğü temelinde ele alınmasında ana araçlardır. Modern uluslararası yasal çerçevede, bu faaliyetler, karşılıklı adli yardımlaşma ve iade taleplerinin yapılması, alınması ve yerine getirilmesinden veya bu tür taleplerin yerine getirilmesi için ulusal yetkili otoritelere iletilmesinden sorumlu olan ulusal organlar niteliği taşıyan Merkezi Makamlar tarafından üstlenilmekte ve kolaylaştırılmaktadır. Merkezi makamlar, sınıraşan suç ve terörizmin istikrarsızlaştırıcı gücünü ele alan uluslararası kolluk güçleri ve yargısal otoriteler arasında etkin işbirliğinin hayata geçirilmesinde önemli bir rol oynamaktadır.

IIJ'nin Merkezi Makamlar için öngördüğü İyi Uygulamaları,[13] bu kurumların önemli çalışmalarına rehberlik etmek ve uzun ömürlü yasal

[13] IIJ Merkezi Makamlar için İyi Uygulamalar Rehberi, IIJ Global Merkezi Otoriteler Girişimi (Global Central Authorities Initiative-GCAI) tarafından ABD Dışişleri Bakanlığı'nın finansmanı ile ABD Adalet Bakanlığı, Uluslararası İlişkiler Ofisi'nin de görüşleri ile hazırlanmıştır. IIJ, bu girişim kapsamında yapılan dört bölgesel Çalıştay'da, iş bu Rehber'in şekillendirilmesi ve iyileştirilmesinde katkı sağlayan uygulayıcılara teşekkür eder: Sahel-Mağrip Bölgesel Çalıştayı (3-4 Mart 2016), Güneydoğu Asya Bölgesel Çalıştayı (8-9 Mayıs 2017), Afrika Boynuzu Bölgesel Çalıştayı (5-7 Aralık 2017), ve Güney Asya Bölgesel Çalıştayı (24-26 Temmuz 2018).

kurumlar oluşturmak ve desteklemek için gereken kurumsal, yasal ve uygulamaya dönük hususları ortaya koymak için tasarlanmıştır. Terörle mücadele konularında uluslararası işbirliğini teşvik etmek için uygulama ve prosedürler gerektiren IIJ Merkezi Makamlar için İyi Uygulamalar Rehberi, ilgili Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi kararlarının[14] uygulanmasını destekler ve *GCTF'in Ceza Adaleti Alanında Etkili Terörle Mücadele Pratiği için İyi Uygulamalar Hakkındaki Rabat Mutabakatı'nda*[15] (2012) ele alınan Dokuz İyi Uygulama ilkesini açıklayıcı nitelik taşır.

IIJ'nin Merkezi Makamlar için öngördüğü İyi Uygulamalar Rehberi aynı zamanda karşılıklı adli yardım taleplerinin hazırlanmasına yönelik şablonlar, merkezi ve yetkili makamlarla temas noktalarının paylaşılması ve yabancı yargı alanlarından elektronik kanıtların elde edilmesi de dahil olmak üzere Merkezi Makamların karşılaştığı özel zorluklara ilişkin *Birleşmiş Milletler Uyuşturucu ve Suç Ofisi*[16] tarafından

---

[14] İlgili Güvenlik Konseyi Kararları, bunlarla sınırlı olmamak üzere, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin Terörist Eylemlerin Sebep Olduğu Uluslararası Barış ve Güvenlik Tehditlerine İlişkin 2178 sayılı Kararı (UNSCR 2178)(S/RES/2178, 24 Eylül 2014), 2178 sayılı Karar, Devletleri pozisyonları ile ilgili işlemler için gerekli olan delillerin elde edilmesine yardım etmeleri de dahil olmak üzere, başta yabancı terörist savaşçılar (YTS/FTF) ile bağlantılı eylemler olmak üzere, cezai soruşturmalar veya terör eylemlerinin finansmanı veya desteklenmesi ile ilgili işlemlerle ilgili olarak birbirlerine en yüksek düzeyde yardım tedbirlerini almaya davet etmektedir. Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin Terörist Eylemlerin Sebep Olduğu Uluslararası Barış ve Güvenlik Tedbirlerine İlişkin 2322 sayılı Kararı (UNSCR 2322)(S/RES/2322, 12 Aralık 2016). 2322 sayılı Karar, terör davalarında karşılıklı adli yardımlaşma ve suçluların iadesi de dahil olmak üzere, uluslararası adli işbirliğinin güçlendirilmesini amaçlar ve Devletleri başta terörizm bağlantılı suçlarda, karşılıklı adli yardımlaşma ve suçluların iadesi için bir Merkezi Makam yahut diğer ilgili ceza adalet otoritesi belirlemeye ve belirlenen bu makamların yeterli kaynak, eğitim ve yasal yetkiye sahip olmasını temin etmeye davet eder. Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin Terörist Eylemlerin Sebep Olduğu Uluslararası Barış ve Güvenlik Tedbirlerine İlişkin 2396 sayılı Kararı (UNSCR 2396)(S/RES/2396, 21 Aralık 2017). 2396 sayılı Karar, BM Güvenlik Konseyi'nin 2178 sayılı kararında belirtilen tedbirleri tespit ile Yabancı Terörist Savaşçıların (YTS/FTF) geri dönüşüne odaklanarak YTS'lerin ortaya çıkardığı tehditlerle mücadeleye dayanmaktadır, ve Devletlerin terörle ilgili ceza soruşturmaları ve işlemlerinde uluslararası adli işbirliği konusundaki mevcut yükümlülüklerine uyma gerekliliğini vurgulamaktadır.

[15] Terörizmle Mücadele Küresel Forumu (GCTF), Ceza Adaleti Alanında Etkili Terörle Mücadele Pratiği için İyi Uygulamalar Hakkındaki Rabat Mutabakatı (2012), teröre etkin ve hukukun üstünlüğü temelli ceza adaleti sektörünün verdiği bir yanıt olarak tavsiye edilen iyi uygulamaların sınırlı sayıda olmayan bir listesini sunar.

[16] Birleşmiş Milletler Uyuşturucu ve Suç Ofisi (UNODC), Karşılıklı Adli Yardımlaşma Talep Yazım Aracı (2018, Sürüm 2.1.1); UNODC Yetkili Ulusal Otoriteler Çevrimiçi Dosyaları; UNODC Sınır Ötesi Elektronik Deliller Talebi Pratik Rehberi (2018 yılı içinde basımı beklenmektedir. ***Çeviren Notu***: Rehber hazırlanarak 1 Şubat 2019 tarihinden itibaren ulaşılabilir kılınmıştır. Rehber'e BM Üye Devletleri ceza adaleti otoritelerinin ulaşabileceği SHERLOC Portalinden ulaşılabilmektedir. Bkz. UNODC, https://www.unodc.org/unodc/en/frontpage/2019/January/unodc-and-partners-release-practical-guide-for-requesting-electronic-evidence-across-boarders.html); UNODC Karşılıklı Adli Yardımlaşma ve Suçluların İadesi ile ilgili El Kitabı (2012); UNODC Suç Gelirlerine El Konulması Amaçlı Uluslararası İşbirliği El Kitabı (2012).

geliştirilen bir dizi aracı tamamlar ve bunlara bir temel sağlar. Bu iyi uygulamalar ve araçlar, birlikte, Merkezi Makamlar için kapsamlı bir çözüm aracı işlevi görür.

10 önemli iyi uygulama aşağıdaki gibidir:

1. Her ülke, karşılıklı adli yardımlaşma ve suçluların iadesi konusunda cezai konularda uluslararası işbirliğini kolaylaştırmak için tek bir Merkezi Makam oluşturmalı ve tayin etmelidir.

2. Merkezi Makam, işlevlerini etkin bir şekilde yerine getirebilmesi için yeterli kaynaklara sahip olmalı ve bu Makam'da konusunda uzman, iyi eğitim almış hukuk uzmanları uygun şekilde görevlendirilmelidir.

3. Bir Merkezi Makam, diğer Merkezi Makamlarla doğrudan iletişim kurabilme imkanına sahip olmalıdır.

4. Bir Merkezi Makam, doğrudan diğer Merkezi Makamlara/Makamlardan karşılıklı adli yardım taleplerini iletebilmeli ve alabilmelidir.

5. Merkezi Makam, soruşturma ve kovuşturmaların bütünlüğünü korumak için karşılıklı adli yardımlaşma ve suçluların iadesi taleplerinin gizliliğini muhafaza edebilmelidir.

6. Merkezi Makam, almış olduğu veya göndermiş olduğu karşılıklı adli yardımlaşma taleplerinin yerine getirilmesini koordine etme ve bunlarla ilgili işlem yapma konusunda yetkilendirilmiş olmalıdır.

7. Merkezi Makam, ulusal yasa uygulayıcılarından (kolluk) ve yargı makamlarından gelen karşılıklı adli yardım taleplerinin yeterli ve geçerli yasa, antlaşma ve sözleşme şartlarına uygun olduğunu, bu tür taleplerin iletilmesinden önce sağlayabilmesi gerekir.

8. Merkezi Makam, suçluların iadesine ilişkin taleplerin yargısal yönlerini kolaylaştırabilmeli ve bu tür taleplerin durumunu takip edebilmelidir.

9. Merkezi Makam, ulusal yasa uygulayıcılarından (kolluk) ve yargı makamlarından gelen suçlu iadesi taleplerinin yeterli ve geçerli yasa, antlaşma ve sözleşme şartlarına uygun olduğunu, bu tür taleplerin iletilmesinden önce sağlayabilmesi gerekir.

10. Merkezi Makam, devlet yasalarını uygulayıcı kurumlar tarafından yapılan veya bu kurumlar arasında olan diğer gayri resmi işbirliğini kısıtlamamalıdır.

İyi uygulamaların her birinin altında yer alan açıklayıcı notlar, değerlendirme ve uygulama için ek rehberlik sağlar.

Devletler, IIJ'nin bağlayıcı nitelikte olmayan burada belirtilen Merkezi Makamlar için öngördüğü iyi uygulamalarını, bu uygulamanın geçerli uluslararası yasa, ulusal yasa ve düzenlemelere uyumlu olduğunu ve Devletler arasındaki farklı geçmiş, yasal sistem ve kaynakları da

dikkate almak suretiyle, uluslararası adli işbirliği için ulusal yapılarını oluştururken veya gözden geçirirken kullanmaları teşvik edilir.

IIJ'NİN MERKEZİ MAKAMLAR İÇİN ÖNGÖRDÜĞÜ İYİ UYGULAMALARI

1. Her ülke, karşılıklı adli yardımlaşma ve suçluların iadesi konusunda cezai konularda uluslararası işbirliğini kolaylaştırmak için tek bir Merkezi Makam oluşturmalı ve tayin etmelidir.

Karşılıklı adli yardım ve iadeden sorumlu olan ulusal kuruluşlar olan Merkezi Makamlar, modern uluslararası yasal çerçevede uluslararası işbirliği için lokomotif vazifesi görürler ve uluslararası koluk kuvvetleri arasında işbirliğini gerçekleştirmek için vazgeçilmezdirler.

Ülkeler, yasal uzmanlık, deneyim ve kaynakları yoğunlaştırmak, bürokrasi ve yetki çakışmasını azaltmak ve gelen/giden adli yardım taleplerinin görünürlüğünü ve hesap verilebilirliği temin edebilmek için tek bir Merkezi Makam kurmaya ve tayin etmeye teşvik edilirler. Merkezi makamlar, kendi hükümetleri içinde münferit bir pozisyonda bulunmamalı, aksine doğrudan ilgili diğer kurumlarla çalışma ve koordine etme yetkisi ile donatılmalıdır. Bir Merkezi Makamın karşılıklı adli yardımlaşma ve suçluların iadesine ilişkin ulusal mevzuatın geliştirilmesine katkıda bulunabilmesi, iyi uygulama örneği oluşturur.

Ülkelerin bölgesel cezai bilgi paylaşım platformlarına katılmayı seçtikleri durumlarda, ülkeler Merkezi makamlarını, bu platformların iletişim noktası olarak belirlemeleri konusunda teşvik edilirler. Ülkeler, Merkezi makamlarını ulusal yasa, ikili sözleşmeler ve çok taraflı sözleşmelerde tayin etmelidir. Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin 2322 sayılı Kararı,[17] ve Birleşmiş Milletler Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi[18] ve Birleşmiş Milletler Sınıraşan Örgütlü Suçlara Sözleşmesi[19] gibi çok taraflı sözleşmeler, her üye devleti, açık bir şekilde

---

[17] Bkz. yukarıda dipnot *15*.

[18] Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, Birleşmiş Milletler Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi (UNCAC) (A/58/422, 31 Ekim 2003), Yürürlük Tarihi: 14 Aralık 2005, Sözleşme dürüstlük ve hesap verebilirliğin teşvik edilmesini ve Taraf Devletler arasında uluslararası işbirliği ve teknik yardımın desteklenmesini kapsar. (***Çeviren Notu:*** Sözleşme'nin, 18 Mayıs 2006 tarihinde 5506 sayılı Kanun ile onaylanması uygun bulunmuştur. Sözleşme'nin Türkçe metni için bkz. TBMM, https://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k5506.html; Ayrıca bkz. Resmi Gazete, 2 Ekim 2006, 26307.)

[19] Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (UNTOC) (A/RES/55/25, 15 Kasım 2000), Yürürlük Tarihi: 29 Eylül 2003, ***Çeviren Notu***: Türkiye Sözleşme'yi 30 Ocak 2003 tarihinde 4800 sayılı Kanun ile kabul etmiştir. Sözleşme, suçluların iadesi, karşılıklı adli yardımlaşma ve kolluk güçleri arasında işbirliği çerçevesinde; ulusal makamların gerekli kapasitelerinin inşası veya bu kapasitelerin geliştirilmesi için eğitim ve teknik yardımın teşvik edilmesi dahil

adli yardım ve iadeyi kolaylaştırmak için kendi hükümetleri içinde bir Merkezi Makam tayin etmeye davet etmektedir.

2. Merkezi Makam, işlevlerini etkin bir şekilde yerine getirebilmesi için yeterli kaynaklara sahip olmalı ve Merkezi Makam'da konusunda uzman, iyi eğitim almış hukuk uzmanları uygun şekilde görevlendirilmelidir.

Bir ofis kurularak, bu ofisin Merkezi Makam olarak isimlendirilmesi yeterli olmayacaktır, bu Makam'ın etkili bir şekilde çalışabilmesinin temini gereklidir. Uygun kaynaklar, özel görevlendirilmiş uzmanlar ve idari personel ile yerleşik uygulama ve prosedürler, ve etkin olay takibi ve yönetimi olmaksızın, Merkezi Makam'ın çalışması, karşılıklı adli yardımlaşma ve iadenin kolaylaştırılmasında yer alan yüksek hacimli ve karmaşık yasal konular nedeniyle etkisiz kalacaktır. Personel ihtiyacı değişkenlik gösterse de, etkililiği, mesleki gelişimi, kurumsal uzmanlığı ve sürekliliği sağlamak için deneyimli ve iyi eğitimli uygulayıcılar Merkezi Makam'a önemli bir süre için atanmalıdır. Merkezi Makam, kendi personeli, savcıları ya da soruşturmacıları için, yürürlükteki karşılıklı adli yardım ve iade prosedürleri hakkında genel ve açık şekilde erişilebilir kılavuzlar sağlamaları için daha fazla teşvik edilmelidir.

3. Bir Merkezi Makam, diğer Merkezi Makamlarla doğrudan iletişim kurabilme imkanına sahip olmalıdır.

Çabuk bir şekilde yardım aramak, bu yardımı temin etmek ve güven oluşturmak için Merkezi Makamlar arasında doğrudan iletişim asıl olmalıdır. Karşılıklı adli yardımlaşma ve iadeye ilişkin pek çok karmaşık yasal sorun, uluslararası adli yardımlaşma makamlarının, yasal gereksinimleri açıklamak ve işbirliğinin önündeki yasal engelleri aşmak için doğrudan tartışmalar yapmasını gerekli kılmaktadır. Karmaşık olaylarda veya iki Merkezi Makam arasındaki ilişkinin yeni başladığı yada ilerleme döneminde olduğu durumlarda, Talepte bulunan Merkezi Makam (requesting Central Authority), adli yardım talebinin, yerine getirecek Merkezi Makam (receiving Central Authority) tarafından süratli bir şekilde incelemeye başlanmasını sağlamak için, yerine getirecek merkezi makama bir taslak talep göndermeyi düşünmelidir. Bundan başka, merkezi makamlar arasında doğrudan iletişim, uluslararası merkezi makamların devam eden adli yardım taleplerinin durumunu tartışmasına izin verir ve bu taleplerin yerine getirilmesinde ortaya çıkabilecek zorlukların aşılmasına katkıda bulunur. Bu tür

---

olmak üzere, sınır aşan örgütlü suçlarla, suçların ulusal yasalarda suç olarak kabul edilmesi yoluyla mücadele edilmesi için uluslararası işbirliğinin artırılmasına çağrıda bulunmaktadır. Sözleşme'nin Türkçe metni için bkz. TBMM, https://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k4800.html)

doğrudan iletişim, diplomatik kanallar veya posta haberleşmesi gibi geleneksel yöntemlerden ziyade, genellikle elektronik posta, faks ve telefon yoluyla daha etkin bir şekilde yapılabilir ve hızlandırılabilir. Yerine getirilmemiş karşılıklı adli yardımlaşma taleplerinin durumuna ilişkin düzenli, doğrudan ve gayri resmi ikili görüşmeler, münasebetlerin ve güvenin tesisi için yararlı bir yaklaşım sağlayabilir ve taleplerin önceliklendirilmesinde yardımcı olabilir. İrtibat hakimi veya yasal ataşe görevlendirilmesinin mümkün olduğu yerlerde, bu tür görevlendirmeler münasebetlerin kurulması için yararlı bir araç olabilir.

4. Bir Merkezi Makam, doğrudan diğer Merkezi Makamlara/Makamlardan karşılıklı adli yardım taleplerini iletebilmeli ve alabilmelidir.

Terörizm veya siber suç içerenler gibi, modern ceza davalarında, tahkikatlar ve soruşturmalar, ulusal otoriteler arasında hızlı eylem ve işbirliğini gerekli kılmaktadır. Adli yardım taleplerinin elektronik transferi dikkate alınmalıdır. Bu bilhassa elektronik delillerin zamanında emniyet altına alınmazsa korunamayacağı sibersuçlar ve/veya elektronik delillerin arandığı davalar için bu şekilde olmalıdır. Esnek ve işlevsel bir yaklaşım teşvik edilmelidir. Diplomatik kanalların kullanılması etkili soruşturmaların yapılmasına ve mahkemede kullanılmak üzere delil toplanmasına mani olabilir veya bunları geciktirebilir, bu yüzden diplomatik kanalların kullanılması tavsiye edilmemelidir.

5. Merkezi Makam, soruşturma ve kovuşturmaların bütünlüğünü korumak için karşılıklı adli yardımlaşma ve suçluların iadesi taleplerinin gizliliğini muhafaza edebilmelidir.

Etkili yardım sağlamak ve güveni korumak için, Merkezi Makamların, kendilerine gelmiş olan karşılıklı adli yardımlaşma taleplerinin ve suçluların iadesi taleplerinin, yabancı soruşturma ve kovuşturmaların bütünlüğünü korumak için mümkün olan dereceye kadar (ulusal yasalarına göre) gizli tutulmasını temin etmek önemlidir. Bir adli yardımlaşma talebinin erkenden ifşası, soruşturma hedeflerine yönelik yanlışlıkla bildirimde bulunmak nedeniyle delilleri gizleyerek ya da yok ederek soruşturma çabalarını engellemek için adımlar atılmasına, suç gelirlerinde harekete neden olunması ya da yargı alanından kaçmaya sebep olunması dahil olmak üzere, hasas bir soruşturmada karışıklığa neden olabilecektir. Bu nedenle, bir Merkezi Makam devam etmekte olan bir adli yardım talebini uygunsuz bir şekilde ifşa edenleri cezalandıran yasaların çıkarılması ve uygulanmasının araştırılması dahil olmak üzere, her talebi gizli bir mesele olarak ele almak için adımlar atmalıdır. Talebi yerine getirecek Merkezi Makam, kendi iç hukuku uyarınca, talebin tarafını bilgilendirmesi gerekli olduğu takdirde, devam eden cezai soruşturmaya halel gelmemesi için derhal ve önceden talepte bulunan Merkezi Makam'a bildirim yapmalıdır. Mümkün olduğu ölçüde, talepte bulunan Merkezi Makam, yasal gereksinimleri kontrol

etmek ve karşılıklı adli yardımlaşma taleplerini buna göre uyarlamak için talebi yerine getiren Merkezi Makam ile görüşmeler yapmalıdır. Merkezi Makamlar, pek çok yargı alanında, bir Merkezi Makam'ın ifşa edilmemeye ilişkin bir sebep göstermek durumunda kalacağını akılda tutmalıdır çünkü iletişim servis sağlayıcılarının (Communications Service Providers-CSPs) koruma talepleri için gizlilik garantisi bulunmamaktadır ve birçok iletişim servis sağlayıcı (CSPs) kendi verilerine erişim talebi yapıldığında, ilgili müşteriyi bilgilendirmektedir.

6. Merkezi Makam, almış olduğu veya göndermiş olduğu karşılıklı adli yardımlaşma taleplerinin yerine getirilmesini koordine etme ve bunlarla ilgili işlem yapma konusunda yetkilendirilmiş olmalıdır.

Etkili bir Merkezi makam olmanın ana bileşeni adli yardım taleplerinin yerine getirilmesini sağlamak için yetki ile hareket etme kaabiliyetidir. Eğer bir Merkezi makam, yabancı taraflar tarafından gönderilen adli yardım talepleri üzerine hareket etme yetkisine sahip değilse, etkili işbirliği konusundaki çabalar amacına ulaşamayacaktır. Bu nedenle, Merkezi Makamlar, kendi yetkileri dahilinde talepleri doğrudan yerine getirmelerine izin verecek şekilde, ulusal hükümetleri tarafından yasaların sonuna kadar yetkilendirilmelidir. Şayet bu Makamlar talepleri yerine getirmek için yasal yetkiye sahip değillerse, Merkezi Makamlar bu talepleri yerine getirmek için hükümetleri dahilinde yetkili kuruluşları koordine etmeli ve gerektiğinde yönlendirmelidir. Bir Merkezi Makam, ayrıca karşılıklı adli yardımlaşma talebini uygulamaktan sorumlu olan ulusal otoritelerin verdiği kararlara itiraz etmek için açık yollara da sahip olmalıdır.

7. Merkezi Makam, ulusal yasa uygulayıcılarından (kolluk) ve yargı makamlarından gelen karşılıklı adli yardım taleplerinin yeterli ve yürürlükte olan yasa, antlaşma ve sözleşme şartlarına uygun olduğunu, bu tür taleplerin iletilmesinden önce temin edebilmelidir.

Karşılıklı adli yardımlaşma yasal olarak yoğun bir çalışmadır ve ulusal ve uluslararası hukukta yer alan şartlar da dahil olmak üzere, adli yardım taleplerinin ilgili antlaşmalar ve çeşitli yasal gereksinimlere uyumlu olmasını gerektirir. Adli yardım talebini gönderen Merkezi Makam için iyi uygulama, talebi göndermeden önce, talebi yerine getirecek Merkezi Makam ile tebliğ ile ilgili yasaları hakkında görüş alışverişinde bulunmaktır. Merkezi Makamlar, yabancı muadile gönderilen her bir adli yardım talebinin hem ulusal yasalara hem de taleple ilgili uluslararası anlaşma veya sözleşmelere uygun olmasını temin edecek yasal uzmanlara sahip olmalıdır. Merkezi Makam tarafından karşılıklı adli yardımlaşma için standart şablonların ve kontrol listelerinin (checklists) geliştirilmesi, yerel savcılar veya diğer adli görevliler tarafından hazırlanan taleplerin eksiksiz olmasını

sağlamaya yardımcı olabilir. Mevcut talepler için basit vaka izleme sistemleri oluşturmak ve gelen/giden taleplerin önceliklendirilmesi etkili bir Merkezi Makam için yararlı bir araç olabilir. Adli yardım talepleri, aranan delillerin ceza soruşturmasıyla nasıl ilişkili ve ilgili olduğunu açıkça belirtmeli ve bu delillerin mahkemelerde kullanılmasını sağlamaya yardımcı olmak üzere ne tür bir yardım talep edildiğini açık bir şekilde ifade etmelidir. Adli yardım taleplerinin gönderilmeden önce bir uzman tarafından incelenmesi, cezai konularda uluslararası işbirliğinin kalitesini ve hızını büyük ölçüde iyileştirmektedir.

8. Merkezi Makam, suçluların iadesine ilişkin taleplerin yargısal yönlerini kolaylaştırabilmeli ve bu tür taleplerin durumunu takip edebilmelidir.

Etkili bir Merkezi makam olmanın ana bileşeni adli yardım taleplerinin yerine getirilmesini sağlamak için yetki ile hareket etme kaabiliyetidir. Suçluların iadesi prosedürleri tipik olarak yasal uzmanlığın hayati önemde olduğu bir adli aşamayı içerir. Eğer bir Merkezi makam, yabancı taraflar tarafından gönderilen suçluların iadesi talepleri üzerine adli yönden hareket etme yetkisine sahip değilse, etkili işbirliği konusundaki çabalar amacına ulaşamayacaktır. Bu nedenle, Merkezi Makamlar, suçluların iadelerinin adli yönünü kolaylaştırmalarına izin verecek şekilde, ulusal hükümetleri tarafından yetkilendirilmelidir. Merkezi Makamlar, devam eden suçlu iadesi taleplerinin durumunu takip etmek için hükümet içindeki bir merkez veya koordinasyon bağlantı noktası gibi hareket edebilmeli ve düzenli olarak uluslararası muadillerine gelişmelere ilişkin tavsiyede bulunabilmelidir.

9. Merkezi Makam, ulusal yasa uygulayıcılarından (kolluk) ve yargı makamlarından gelen suçlu iadesi taleplerinin yeterli ve yürürlükteki yasa, antlaşma ve sözleşme şartlarına uygun olduğunu, bu tür taleplerin iletilmesinden önce temin edebilmelidir.

Suçluların iadesi yasal olarak yoğun bir çalışmadır ve ulusal ve uluslararası hukukta yer alan şartlar da dahil olmak üzere, suçlu iadesi taleplerinin ilgili antlaşmalar ve çeşitli yasal gereksinimlere uyumlu olmasını gerektirir. Merkezi Makamlar, suçluların iadesi talepleri gönderilmeden önce incelemesi, cezai konularda uluslararası işbirliğinin kalitesini ve hızını büyük ölçüde iyileştiren yasal uzmanlara sahip olmalıdır.

10. Merkezi Makam, devlet yasalarını uygulayıcı kurumlar tarafından yapılan veya bu kurumlar arasında olan diğer gayri resmi işbirliğini kısıtlamamalıdır.

Bazı adli yardımlaşma türleri, adli yardım talebini yerine getirecek tarafın uluslararası yükümlülükleri ve ulusal yasal sistemleri uyarınca karşılıklı adli yardımlaşma için resmi taleplerde bulunmasını gerektirecektir. Resmi bir karşılıklı adli yardıma ihtiyaç duyulmadığında, Merkezi Makamlar, devletlerinin yasal sistemleri altında mümkün olduğu takdirde, emniyet kanallarının kullanılması veya finansal istihbarat birimleri arasında iletişim gibi, gayri resmi kolluk paylaşım kanallarının kullanılmasını teşvik etmelidir. Gayriresmi iletişim kanallarının kullanılması, adli yardım talebinin vatandaşların temel haklarında herhangi bir kısıtlama getirmediği durumlarda, teşvik edilmelidir. Merkezi Makamlar, delil toplamak veya adli yardımlaşmanın temini için resmi ve gayri resmi kanallardan hangisinin uygun olduğunu ayırt edebilmeli ve gayri resmi kanallar aracılığıyla adli yardımı engellemeden, resmi karşılıklı adli yardımlaşma kanalları yoluyla yardım sağlayabilmelidir. Görünürlük ve şeffaflığı artırmak için, uygun olduğu durumlarda, Merkezi Makam'ın, çatışmasızlığı desteklemek, emek kaybını azaltmak, ve aranan işbirliğinin bütünlüğünü ve amacını korumak için, gayri resmi temaslardan haberdar edilmesi tavsiye edilir.

SONUÇ

IIJ'nin Merkezi Makamlar için öngördüğü İyi Uygulamaları, Devletlere, uluslararası yargı kurumları ve yasa uygulayıcıları (kolluk) arasında işbirliğini kolaylaştırmak için ulusal yapılarını oluştururken ve gözden geçirirken bilgi verme ve rehberlik etmeyi amaçlar. Terörizm ve sınıraşan suçlarla mücadelede uluslararası işbirliğinin artırılması ihtiyacı kritik önemini korumaktadır ve Merkezi Makamlar bu işbirliğinin lokomotifleri olarak hizmet etmektedir. Merkezi Makamlar, bu kritik öneme sahip işlevleri yerine getirmek için yeterli destek ve kaynağa ihtiyaç duyarlar ve bu nedenle güçlendirilmelidir ve bu şekilde, Devletlerin terörizm ve sınıraşan suçları hukukun üstünlüğü çerçevesinde ele almasına yardım etmek için uluslararararası anlaşma çerçevesi faaliyete geçirilmelidir.

ARAŞTIRMA-İNCELEME

OSMANLI DEVLETİNDE ADALET SİSTEMİ ve TEŞKİLATI İÇİNDE BİR ÖRNEK ŞAHSİYET ADLİYE NAZIRI ABDURRAHMAN NUREDDİN PAŞA

In The Period of II. Abdulhamid, Minister of Justice Abdurrahman Nureddin Pasha

Hüseyin YÜRÜK*

GİRİŞ

İslami kaynaklardaki tanımlara göre adâlet; "Davranış ve hükümde doğru olmak, hakka göre hüküm vermek, eşit olmak, eşit kılmak" gibi mânalara gelen bir masdar isimdir. Adâlet, Kur'ân-ı Kerîm'de ve hadislerde genellikle "düzen, denge, denklik, eşitlik, gerçeğe uygun hükmetme, doğru yolu izleme, takvâya yönelme, dürüstlük, tarafsızlık" gibi anlamlarda kullanılmıştır. Buna göre adâlet, başkalarının gelişigüzel istek ve telkinlerinden etkilenmeyen istikrarlı bir doğruluk ve ahlâk kanununa itaatla gerçekleşen ruhî denge ve ahlâkî kemaldir. İslâm ahlâkçılarının itidal ve adâlet kavramlarıyla ifade ettikleri bu denge ve kemalin oluşmasıyla insanın davranışları da aşırılıklardan uzak olarak meydana gelebilecektir. Kur'ân-ı Kerîm'de İslâm toplumunun bir niteliği olarak geçen "vasat ümmet" tâbirindeki vasat kelimesi de bütün müfessirlerce "adâlet" mânasında anlaşılmıştır.[1]

İslam Dini adaleti uyulması gereken bir ilke olarak inananlarına emrederken, peygamberimiz Hazreti Muhammed başta olmak üzere İslam devlet yöneticileri adaleti hakim kılmak için her türlü özeni göstermişlerdir. İslam Halifesi Hazreti Ömer "Adalet mülkün temelidir" diyerek adaletin bu anlamda ne kadar stratejik bir yere sahip olduğunu ifade etmiştir. Sonraki dönemlerde İslam ülkelerini yöneten şahıslar da adalet ilkesini hayata geçirmek için önemli gayretler sarfetmişlerdir. Nitekim Mevlana da her şeyin yerli yerinde olması anlamındaki bu yaklaşımı şöyle izah etmiştir: "Adalet demek, her şeyi yerli yerine koymak demektir. Ayakkabı ayağındır. Külah da başa aittir. Adalet atın kapıda durması, sultanın da baş köşede oturmasıdır." Mevlana adalet ve zulüm kavramlarını ise şöyle açıklar: "Adalet nedir? Ağaçlara su vermektir. Zulüm nedir? Dikene su vermektir. Adalet, bir nimeti yerine

* TBMM Dilekçe ve İnsan Hakları Komisyonu, Kamu Denetçisi, huseyin.yuruk@ombudsman.gov.tr, ORCID, 0000-0002-5994-9013

1 Çağırıcı, 1988, 341

koymaktır. Her su emen kökü sulamak değildir. Yani hakkı hak sahibine vermektir. Bir şeyi lâyık olmayana vermek ise zulümdür".[2] Adalet, hak ve batılı birbirinden ayırır. Halkın durumu ancak adaletle düzelmekte ve devlet işleri ancak onunla düzene girmektedir. Halkına âdil davranmayan, zulmü adaletinden çok olan hiçbir devlet, uzun süre ayakta kalamaz. 'Huccetül İslam' ünvanıyla anılan Gazali, Et'Tibrul Mesbuk fi Nasihatül Mülük adlı kitabında Hz. Peygamberden bu anlamda şu hadisi şerifi nakleder: "Mülk, küfür ile devam eder ama zulüm ile devam etmez.[3] Bu hadisi şerif ve bilginlerin yorumları, adalet üzerine devam etmeyen yönetimlerin uzun süre ayakta kalamayacaklarını bir sosyolojik gerçeklik olarak gözler önüne sermektedir. Ünlü İslam Düşünürlerinden Farabi de El-Medinetü'l-Fazıla isimli eserinde bir devletin hangi değerler manzumesi üzerinde hareket etmesi gerektiğini ayrıntılarıyla ve müşahhas örnekleriyle anlatmıştır. Yönetimin en temel ilkesinin adalet olduğunu vurgulamıştır. Farabi'nin eserinde özellikle pek çok bölümde adalet kavramına vurgu yapılarak, bir toplumda erdem ve mutluluğun olabilmesinin esas itibariyle adalete bağlı olduğunu belirtilmiştir.[4]

Kuran'da ve sünnette yer alan bu temel ilkeleri kendisine rehber edinen Osmanlı Devleti, padişahın egemenliğini sınırlamak pahasına çoğu zaman adalet ilkelerini hayata geçirmeyi tercih etmiştir. Prensip bakımından Osmanlı devleti ve teb'ası, iktidarını Allah'tan alan ve yalnız Allah önünde sorumlu patrimonyal, mutlak bir hükümdarın hükmü altındadır. Bununla beraber onun bu iktidarı, nasıl siyasi bir pragmatizm dairesinde kanun, adalet ve ahlak prensiplerine göre icra etmek zorunda bulunduğu da bir gerçektir.[5] Geniş anlamda ele alındığında Osmanlı sisteminin başarısının özü güvenlik, adalet ve hoşgörüyle birlikte kitlelere sağlanan refahtır. Osmanlı, kuvvetli orduları kadar çağının ilerisinde uyguladığı kurumsal paradigma sayesinde genişleme kapsamında bünyesine dahil ettiği coğrafyaları ihya etme yoluna gitmiştir. Oluşturulan düzeni tanıyan topluluklar, din farkına rağmen Osmanlı idaresini tercih etmişlerdir. Genç'e göre bunun açık delili, 1402'de Ankara Savaşı'ndan sonra dağılan Anadolu Birliğinin 10-20 yıl gibi kısa bir süre içinde bütün Rumeli'yi tekrar sınırları içine kolaylıkla alabilmiş olmasıdır.

Bunun daha dikkat çekici olması rakip olarak Bizans, Sırp, Bulgar ve Macar krallıkları olmasına rağmen bütünleşmeyi Osmanlı'nın sağlayabilmesidir.[6] Osmanlının başka etnik toplulukları dahi kısa zamanda kendi çatısı altında toplayabilme başarının gerisinde halkın şikayetlerini bizzat dinleyerek adaletin teminine çalışma ilkesi yer almaktadır. Bu yüzden Telhisu'l-Beyan'ın müellifi, 'gece yarısına kadar

---

2 Mevlana'dan Aktaran Ergül, 2011, s. 48-49
3 Gazali, 2008, s.55
4 Farabi'den Aktaran Eryılmaz, 2007, s.30
5 İnalcık, 2017, s.20
6 Genç, 2014, s.308

halkın şikayetlerini dinlemesini' örnek vererek Yavuz Sultan Selim'in adaletinden bahsetmiştir.[7] Kanuni Sultan Süleyman'ın yeni fethettiği Budin Kalesi'ne koydurttuğu şu kitabe onun devlet ve toplum yönetme ilkesinin şifrelerini açıkça göstermektedir: "Gaziler mekennidir beyim, bunda gayr olmaz.Yani Burada zulm eyleyenin âkibeti hayr olmaz".[8] Halil İnalcık'ın anlatımıyla; Cuma günleri başşehrin büyük Camii'ne gitmek Sultan (ve aynı zamanda Müslüman teba için) dini bir vecibe idi. Sultan burada halk ile konuşur ve suistimaller neticesinde ortaya çıkan yazılı ve sözlü şikayetleri (rık'a) kabul ederdi.Merasim, Sultan'ın halkının sıkıntılarına gösterdiği yakınlık ve alakayı temsil etmekte ve bu tavır İslam devlet geleneğinde yöneticinin en önemli fonksiyonu sayılmaktaydı. Sultan'ın teb'anın en zayıfı olarak yaşlı bir kadının elinden bir rık'ayı kabul edişini resmeden minyatürlerde, ideal yönetici olarak bir Sultan tasviri çizilmiştir.[9] Osmanlı Devleti bu anlayışla kurduğu adalet sistemiyle bir çok dinden ve milletten insan topluluklarını asayiş ve huzur içinde yönetmeyi başarmıştır.

1. OSMANLI DEVLETİ'NDE ADALET SİSTEMİ

1.1. Osmanlı Yönetim Felsefesi

Osmanlı Devletinde kurulu adalet sistemini ve o sistemden sadır olan uygulamaları anlayabilmek için Osmanlı Devleti'nin yönetim ve adalet felsefesini bilmek gerekmektedir. Osmanlı devlet yöneticilerinin yönetim anlayışının gerisinde Şeyh Edebali'nin Osman Bey'e söylediği yaygın olarak iddia edilen "İnsanı yaşat ki devlet yaşasın!" felsefesinin hakim olduğu görülmektedir. Bu yüzden Osmanlı yöneticileri hangi din ve milletten olursa olsun, temas ettikleri ve yönettikleri insan topluluklarının hak ve hukuklarını koruyup kollamayı kendilerine vazife saymışlardır.Alkan'ın analizine göre; Hüküm sürdüğü uzun yıllar boyunca imparatorluğun her köşesine adalet, güven, refah götürme amacı güden Osmanlı Devleti, kimi bilim insanlarına göre tarihin en muazzam adalet devletidir.Hakkı gözeten ve halkın refahını önceleyen Osmanlı, varlığını devam ettirdiği dönemlerde imparatorluğun tebaası olmuş bir çok toplumun özlem duyduğu güçlü ve istikrarlı devlet yapısıyla çağının ötesinde kurumsal sistem oluşturabilmiştir.[10]

Osmanlı Devlet Yönetimindeki bu felsefik yaklaşım kimi zaman bir örf ve teamül olarak devlet katında yerini bulurken bazı zamanlarda yazılı metinler halinde yönetime yol gösteren kayıtlar olarak dikkat çekmiştir. Esasen Türk devletlerinde kurulduğu andan itibaren belli bir hukuk anlayışı her zaman görülmüş, devlet, bu felsefik hukuk anlayışı doğrultusunda, adaletin sağlanmasında en önemli güç olmuştur. 'Adalet Dairesi' şeklinde

---

7 Aydın, 2004, s.38
8 Halaçoğlu, 1991, s.109
9 İnalcık, 1995, s.249
10 Alkan, 2018, s.12

kavramsallaştırılan temel ilkeler bu kurallar manzumesinin başında gelmektedir. Osmanlı siyaset felsefesi ve yönetim geleneğinde merkezî bir yere sahip olan adâlet, bir siyaset kurumu olarak Adalet Dâiresi'nde ifadesini bulmuştur. Okumuş'un tesbitine göre; Adâlet Dairesi, din-devlet-toplum ilişkilerini, toplumun çeşitli sınıf ve kesimleri arasındaki çevrimsel ilişkiler çerçevesinde işlevsel bir bakış açısıyla formüle etmektedir. Sosyal denge temelinde fonksiyonel bir bakış açısıyla toplum ve devleti ele alan Adâlet Dairesi, 16. yüzyılın ikinci yarısından itibaren Osmanlı yazarları tarafından ciddi olarak işlenmiş ve Osmanlı Devleti'nin gevşeklik, bıkkınlık ve gerilemekten kurtuluşunun bu daireyi bihakkın uygulamaktan geçtiği ifade edilmiştir.Hz. Muhammed öncesi zamanlarda tarım toplumlarında tarımdan elde edilen vergilerle desteklenen bürokratik imparatorlukların çalışma ahlâkını ve halkla ilişkilerini yansıtan Adâlet Dâiresi, İslam toplumları bağlamında, toplumun huzur ve mutluluğu, devlet, şeriat, saltanat, ordu, mal, halk ve hükümdarın adaleti şeklinde birbirine bağlı sekiz başlıktan oluşmaktadır. Bu sekiz maddenin dört başlık halinde ele alındığı da görülmektedir.[11]

Okumuş, Adalet Dairesinde yer alan toplumsal döngüyü ise şöyle açıklamaktadır: Halk/çiftçiler, hazine, ordu ve kralın adâleti, Adâlet Dâiresi'nin unsurları olmaktadır;çiftçiler hazineye vergi öderler, hazine kralın hükümranlığını koruyup genişleten askerlerin maaşlarını karşılar ve kral, çiftçilere adalet dağıtır, onları zulümden korur. Müslümanlar, Adâlet Dâiresi'ni Kur'an ve Sünnet'teki adâlet anlayışına referansla zenginleştirmiş, İslam toplumlarına özgü siyasal bir kurum haline getirmiş ve Müslüman yöneticiler de siyasetlerinde bu kurumu azamî ölçüde işlevselleştirmeye çalışmışlardır.Osmanlı Devleti, klasik dönemde Adâlet Dâiresi'ni kendine özgü siyasal bir kurum olarak oluşturup yaşatmıştır. Son tahlilde adâleti ayakta tutan bir devletin ayakta duracağı, adâleti elden bırakan bir devletin ise yok olmaya mahkum olacağı düşüncesi, klasik dönem Osmanlı siyasetinin temel prensiplerinden biri olmuştur.[12]

Bu yüzden sonraki yüzyıllarda ortaya çıkan yönetim bozulmalarını dönemin düşünürleri Adalet Dairesi üzerinden analiz etmeye çalışmışlardır. Nitekim Usûl el-Hikem fî Nizâm el-Âlem adlı siyaset konulu kitabı 1596 yılında kaleme alan Hasan Kâfî el-Akhîsari (1544-1615) çağına dair bozulma olarak yorumladığı sorunlar hakkındaki fikirlerini barındıran eserinde daire-i adalete vurgu yapmaktadır: "Padişahlık ve sultanlık olmaz, illa erler ile olur; asker ise olmaz, illa mal ile olur; mal ise olmaz, illa vilayet mamur olmak ile olur; vilayet ise olmaz, illa adalet ile dahi hüsn-i siyaset ile ma'mur olur." Kınalızade Ali Çelebi (1511-1584) tarafından kaleme alınan Ahlâk-ı Alâî'de de vurgu yine daire-i adalet üzerinedir ve şu sözlerle işaret edilmektedir: "Adldir mucib-i cihan: cihan bir bağdır dıvarı devlet; devletin nazımı şeriattır: şeriata haris olamaz illa melik; melik zapteylemez illa leşker; leşkeri cem' edemez illa mal; mal'ı cem eyleyen re'ayadır; re'ayayı kul eder padişah-ı aleme 'adl".[13]

---

11 Okumuş, 2005, s.45
12 Okumuş, 2005, s.50
13 Aslı, 2009, s.2-3-4

1.2.Osmanlı Adalet Sisteminin Kaynakları

Osmanlı Devletinin kuruluşuyla birlikte yeni ve orijinal bir hukuk sistemi başlamış değildir. Bu devleti kuranlar, daha önce kurulmuş Türk-İslam devletlerinden birçok şeyin yanı sıra, o zaman kadar yürürlükte olan ve büyük ölçüde birlik arz eden bir hukuki yapıyı da almışlardır. Bu sebeple, bu devleti vücuda getirenler, Roma Hukuku'nda olduğu gibi sıfırdan bir hukuki yapı kurmak zorunda kalmamışlardır. Osmanlı Devleti'nin büyük ölçüde hukuki ve kültürel mirasını devraldığı Abbasi, Büyük Selçuklu ve Anadolu Selçuklu devletleri, esas itibariyle İslam Hukuku'na dayanan bir hukuk geleneğine sahiptiler (Yetkin, 2013: 382). Osmanlı Devleti kuruluşundan itibaren bağlı bulunduğu dînin icaplarına göre bir hukuk sistemini kabul etmiştir. Buna bağlı olarak gerek cezaî, gerekse vergi konulan ile müslim ve gayr-ı müslimlerin tabi bulundukları esaslar ve bunların birbirleriyle olan münâsebetleri, bu hukuk çerçevesinde konulan hükümlere göre düzenlenmiştir.[14] Şer'î hukuk (İslâm Hukuku) adını verdiğimiz bu sistemin, nazarî olarak her alanda tatbik edildiği göze çarpmaktadır. Ancak bunun yanı sıra, bilhassa idare ve teşkilât sahası ile âmme müesseseleri sahasında, eski Türk devletlerinden gelen bir idarecilik geleneği veya fethedilen memleketlerdeki bazı vergi teşkilât ve usullerinin, millî veya örfî denilebilecek bir hukuk sistemini de ortaya çıkardığı bilinen bir gerçektir.[15]

Otoritelerin yaygın kanaatine göre; Osmanlı Devletinde İslâm Hukuk Nizamı hakimdir. Osmanlı Kadılarının kararlarını ve her türlü çalışmalarını kaydettikleri şer'iyye sicilleri üzerinde yapılan araştırmalarda İslâm hukukuna aykırı bir hükme rastlanmamıştır. Ülkede Şafii, Maliki ve Hanbeli mezheplerine bağlı vatandaşlar olmakla beraber halkın çoğu Hanefi mezhebine mensup bulunuyordu. Bu yüzden kadılar, Hanefi mezhebine göre hüküm vermek üzere görevlendiriliyorlardı. Padişahın emriyle bir konuda diğer üç mezhepten birinin veya herhangi bir İslâm hukukçusunun görüşünün yürürlüğe konduğu da olmuştur. Hadiselerin fıkıh kaidelerine göre değerlendirilmesi demek olan fetva da bu devirde hukuk kaynağı olarak karşımıza çıkmaktadır.[16] İslâm Hukuk Nizamına göre; bir Müslüman hükümdarı, halife olsun sultan olsun, kanun koyucu sıfatını takınamazdı. Hükümdar, ancak İslam kanununun, yani şeriatin uygulanmasının gözetimcisi olabilirdi. Dini ilimlerde yeterli bilgisi yoksa, şeriat üzerinde herhangi bir şekilde kişisel yorumda bulunmaya yetkili değildi.Esasen İslam Hukuku, halifelerin fermanlarıyla, kendi koydukları kurallarla değil, Kitap, Sünnet ve bu iki kaynağın ortaya koyduğu genel irade çerçevesi içinde şekillendirebildikleri içtihatlarla belirlenmiştir. İslam hukukunun düzenlediği alanlarda yasa yapma yetkisi ne halifeye ne de hükümdara tanınmış bir yetkidir, bilakis onlar sadece kendilerini İslam hukukunun uygulayıcıları olarak kabul etmişlerdir.[17] Osmanlı hukuk tarihi boyunca da en azından Tanzimat dönemine kadar İslam hukuku kuralları fıkıh kitaplarından öğrenilmiş ve uygulanmıştır. Bunlardan Fatih dönemi alimlerinden Molla Hüsrev, Feramurz b. Ali'nin edDürer, Kanuni dönemi

---

14 Halaçoğlu, 1991, s.104
15 Kadıoğlu, 2008, s.379
16 Akbulut, 2000, s.223
17 İnalcık, 2000, s.12

hukukçularından İbrahim Halebi'nin Mülteka'l-Ebhur fil-Füru'il-Hanefiyye isimli eserleri on dokuzuncu asrın ortalarına kadar kadıların, müftülerin ve hukuk öğrencilerinin sıklıkla kullandığı yarı resmi bir kanun külliyatı özelliği taşımaktadır. Netice olarak İslam hukuku kurallarının belirgin ve biliniyor olması açısından İslam hukuk tarihi boyunca bir problem yaşanmamıştır. Bilahare bu münferit hükümler kanunnameler şeklinde bir araya getirilmiştir.[18]

Bahsi geçen Osmanlı hukuk sistemi şer-i ve örf-i olmak üzere iki kısma ayrılmıştır. Yukarıda bahsettiğimiz Osmanlı'da şer-i hukuk, İslam hukuku olarak da adlandırılmıştır. Bir de İslam hukukunun yanında çoğu zaman padişahların iradesiyle ortaya konulan ve yine temeli İslam'a dayanan örf-i hukuk kuralları vardır. İslam hukuku diğer adıyla şeriat, İslam dininin ortaya koymuş olduğu bir hukuk sistemidir. İslam hukuku devletin temel yasası olarak kabul edilmiş, İslam hukukunun düzenlemediği alanlarda ise daha çok örf-i hukuk devreye girmiştir. İslam hukukunun en önemli özelliği belli bir kaynağa dayalı olması, yani temel esaslarının Allah ve peygamberleri tarafından belirlenmiş olmasıdır. İslam hukukunun birinci kaynağı Kur'an, ikinci kaynağı ise peygamberimizin uygulamaları olarak bilinen sünnetidir. Örf-i kanunun en önemli özelliği ise, padişah iradesine dayalı olması ve şeriatın alanına girmeyen kısımlarda devreye girmesidir. Ayrıca örf-i hukuk bir anda ortaya çıkmamış, belli bir zaman içerisinde, ihtiyaca göre yavaş yavaş ortaya çıkmıştır. Örf-i kanunlar genelde ferman şeklinde ortaya çıkmış olup, sonraki dönemlerde de kullanılması amacıyla şeriyye sicillerine kaydedilmiştir. Örf-i hukuktan sorumlu olan nişancılar bunda önemli rol oynamışlardır. Şer-i hukuk daha çok özel hukuk alanında, örf-i hukuk ise daha çok şer-i hukukun yetersiz kaldığı kamusal alanda etkili olmuştur.[19]

Osmanlı Devletinin yönetim felsefesinin tezahür ettiği yazılı metinlerden biri de 'Örf-i hukukun bir parçası olan 'adaletnameler' olarak kayıtlarda yerini almıştır. İnalcık'ın üzerinde özel olarak çalıştığı bu metinler, Osmanlı Devletinin yönetim felsefesini gösteren en önemli tarihi vesikalardır.İnalcık'ın tanımlamasıyla 'adaletnameler', Devlet otoritesini temsil edenlerin halka karşı bu otoriteyi kötüye kullanmalarını, olağanüstü tedbirlerle yasaklayan umumi mahiyetteki padişah fermanıdır. Adâletnâme, kökü eski İran imparatorluklarına uzanan Ortadoğu devlet ve hükümdar anlayışının en belirgin özelliğidir. Burada hükümdarın mutlak otoritesi, haksızlığın kaldırılmasında en son tedbir olarak görülmektedir. Zulmü gidermek, kuvvetlinin zayıfı ezmesine meydan vermemek, halkın can ve mal emniyetini sağlamak, devlet anlayışı olarak ön planda tutulmaktadır. Öte yandan Türk ve Moğol devlet geleneğinde de adalet, değişmez bir töre ve yasanın tarafsızlık ilkesi ile uygulanması şeklinde anlaşılmaktadır. Bu görüş, eski İran devlet anlayışı ile bağdaşarak Ortadoğu'da kurulmuş Türk-İslâm devletlerinde de hâkim olmuştur. Bu devlet anlayışı aynı zamanda birtakım kurumların ortaya çıkmasına sebep olmuştur ki bunların başlıcaları Dârüladl, Dîvân-ı Mezâlim, Dîvân-ı A'lâ, teftîş-i memâlik ve adâletnâme ilânı şeklinde kendini göstermektedir. İşte adâletnâme de padişahın ülkesinde

---

18 Aydın, 2004, s.40

19 Ergin, 2016, s.5-6

adaleti kurmak için başvurduğu tedbirlerden biridir. Adâletnâmeler, özellikle devletin buhranlı yıllarında halkı korumak, idarecilerin yolsuzluklarını, halka zulmetmelerini, kanunların usulsüz uygulanışını önlemek için çıkarılmış genel mahiyetteki fermanlar olarak Osmanlı hukuk anlayışını göstermeleri bakımından önemlidir.[20] İnalcık'a göre, haksızlıkları giderme çabası ve bu nedenle ilan edilen adaletnameler, idareye karşı dava hakkı olan reayayı hükümdar karşısında direnç gösterebilen bir güç durumuna getirebilmektedir.[21]

Osmanlı Devleti'nde adaletin sağlanmasında dikkat çeken kaynaklardan biri de örf-i hukuk kuralları çerçevesinde çıkarılmış kanunnamelerdir. Osmanlı örfi hukuku gerek hüküm-ferman şeklindeki kanunnameler, gerek sancak kanunları veya genel kanunnamelerle Tanzimat döneminden çok önce önemli ölçüde tedvin edilmiştir (Aydın, 2004: 41).Osmanlı Tarihinin ilk dönem kaynaklarından biri olan Âşıkpaşazâde'de kaydedildiğine göre; ilk kanunnâme Osman Gazi tarafından tesis edilmiştir. Karaca Hisar'ın fethinden sonra buraya kadı, subaşı konulduğu gibi bir de pazar kurulmuştur. Pazarın kurulmasından soma Germiyan'dan gelen bir kişinin pazarın harcının kendisine satılmasını istemesi üzerine Osman Bey önce itiraz etmiş daha sonra bunu kabul ederek : "İmdi çünki siz eyle dersiz, her kişi kim, bir yük getire, sata, iki akça versün. Her kim ki satmasa hiç nesne vermesün. Ve dahi her kime kim bir tîmâr verem, anın elinden sebebsüz almayalar. Ve hem ol öldüğü vakit oğluna vereler. Veger küçücük dahi olsa vereler." şeklinde ilk kanunu koymuştur.[22] Osmanlı padişahları şer-i hukukun düzenlediği alanlarda kanun koymaya, diğer alanlarda kanun koyarken de şer-i hukuka ters düşmemeye özen göstermişlerdir. Osmanlı devletinde örf-i ve şer-i hukukun aynı mahkemelerce uygulanmış olması da bu iki hukukun birbiriyle uyumlu olduğunu ve genelde bir bütünlük içerisinde yürütüldüğünü göstermektedir. Padişah iradesiyle ortaya çıkan örf-i hukuk kuralları sadece bu kuralları koyan padişah dönemi içerisinde geçerlidir. Ondan sonra gelenler, isterlerse bu kuralları yeniden onaylayıp devam ettirebilirler.[23] Görüldüğü üzere Osmanlı Devleti'nde hukuk düzeni, şer-i ve örf-i hukuk anlayışıyla sağlanmaya çalışılmış, bu iki hukuk anlayışı çoğu zaman birbirini tamamlayıcı ve birbirleriyle uyumlu bir özelliğe sahip olmuştur. Osman Gazi'nin ardından tahta oturan sultanlar da adalet üzere bir hakimiyet kurmak amacıyla şeri hukuka uymaya azami gayret göstermişler, gerektiğinde kanunnnamaler yayınlayarak güncel sorunlara pratik çözümler getirmişlerdir. Askerî ve siyasî başarılarından dolayı Batı kaynaklarında "Muhteşem, Büyük Türk" lakablarıyla şöhret kazanan, Osmanlılar tarafından ise "Kanuni" sıfatına lâyık görülen Sultan Süleyman, bu sıfatına uygun icraatıyla hak ve adalet mefhumlarını yerleştirmiştir. Nitekim tahta geçer geçmez, babası tarafından Tebriz ve Kahire'den İstanbul'a getirilen 500 kadar sanatçı, devlet adamı ve âlime istedikleri yere gitme izni vermiş, İran ile yapılan ipek ticaretini serbest bırakmış, yasak sırasında malları müsadere

---

20 İnalcık, 1988, s.346-347
21 İnalcık, 2000, s.7
22 Halaçoğlu, 1991, s.106-107
23 Ergin, 2016, s.7

olunan tüccarın zararlarını hazineden tazmin ettirmiştir. Ayrıca halka zulmeden devlet adamları ile askerî idarecileri cezalandırmıştır.[24]

Osmanlı Devletinde bir başka hukuk kaynağı ise son dönemlerde kullanılmaya başlanılan nizamnamelerdir.Tanzimat döneminden itibaren çıkartılan nizamnamelerle Avrupa'daki adalet sistemi Osmanlıda etkili olmaya başlamıştır.Bu nizamnameler, Osmanlı devletinin birçok kurumunu düzenlediği gibi, devletin anayasal sürece geçişini hızlandırmış, meşrutiyetin ilanıyla birlikte bu anayasal süreç, hukuk anlayışını daha modern bir hale getirmiştir.[25]

2. OSMANLIDEVLETİ'NDE ADALET TEŞKİLATI

2.1. Klasik Dönem Osmanlı Adalet Teşkilatı ve İşleyişi

Tanzimat öncesi dönemin temel yargı teşkilatı olan şer'iye mahkemelerinde yargılamayı kadı yapmaktadır. Bazı belgelerde kadı yerine "hâkimü'l-vakt" veya Osmanlı Devleti'nde Kadılar ve Naipler "hâkimü'ş-şer'" kavramları da kullanılmıştır. Osmanlı'da en önemli mülkî âmir olan kadı, bulunduğu yargı çevresinde pek çok idarî görevi de yerine getirmiştir. Kadının yargı ve yürütme yetkilerini kullandığı idarî birime "kaza" adı verilmiştir. Günümüzde kaymakamlar tarafından yönetilen ilçeler, o dönemde kadı tarafından yönetildiği için kaza ismi yakın zamana kadar kullanılmaya devam etmiş, daha sonra ilçeye çevrilmiştir. Osmanlı devletinde ilk olarak Osman Bey tarafından kadılar tayin edilmiştir. I. Murat devrinde de önceki Türk-İslam devletlerindeki Kadül'l-kuzzat benzeri Kazaskerlik makamı ihdas edilmiş, kadıları artık bu makam tayin etmeye başlamıştır. Daha sonraları bu makam Rumeli ve Anadolu Kazaskerliği olarak ikiye ayrılmıştır. Bunlar, Osmanlı devletinde ilmiye adı verilen ve kaza, fetva ve öğretim işleriyle uğraşan sınıfın başıydılar. Osmanlı devleti "kaza" adını taşıyan yargı ve idare çevrelerine ayrılmıştır. Buralardan her birine medreselerin yüksek sınıfından mezun olmuş ahlaklı ve ilmi ehliyet sahibi kimseler kadı olarak tayin edilmiştir.[26] Kadıları önceleri bulundukları bölgelere göre kazaskerler tayin ederken, XVI. asırdan sonra giderek kazaskerliğin önüne geçerek ilmiye sınıfının başı durumuna gelen şeyhülislamlık makamı birtakım üst rütbeli kadıları tayin etme yetkisini kazanmıştır.[27]

Osmanlı Devleti'nde ilk kadı Osman Gazi tarafından Karacahisar'a tayin edilen Dursun Fakih olmuştur. Hâkim tayin etmek devlet otoritesinin asıl sembolü sayıldığından, Osmanlı Devleti Dursun Fakih'in kadı tayin edilmesiyle kurulmuş sayılmıştır.[28] Osmanlı Beyliği'nin kurucusu Osman Gazi, 1288'de Karacahisar'ı fethettikten sonra burayı kendisine merkez edinmiş ve Dursun Fakih'i buraya kadı olarak tayin etmiştir.Kadı, hukuku ve

---

24 Halaçoğlu, 1991, s. 108
25 Ergin, 2016, s.1
26 Yetkin, 2013, s.388-389
27 Ekinci, 2005, s. 418
28 Demir, 2017, s.28-29

idari örgütlenmeyi temsil etmiştir. Afyoncu'nun naklettiğine göre; Osmanlı Devleti zamanında adalete fazla önem verilir ve sistemin temelinin adalet olduğuna inanılırdı. Bu yüzden kadılar, bağımsız olarak görev yaparlardı. Kadının hükmü olmadan kimse cezalandırılamadığı gibi, vergi toplanması, tahrir yapılması gibi idari tasarruflar da kadının bilgisi olmadan gerçekleştirilemezdi. Padişahlar bile mahkemelere ve kadılara karışamazlardı. Mahkemeler gerektiğinde padişah karşısında halkın haklarını korurdu. Kanunlar padişahın da üstündeydi. Nitekim Şeyhülislam Ebussuud Efendi, padişahın emirlerinin kanuna aykırı olması durumunda bunlara "Nâ-meşru nesneye emri sultanî olmaz" diyerek karşı çıkmıştır.[29]

Kadıların ve kadıların başında olduğu mahkeme sisteminin güvenilirliği sayesinde uzun zaman Osmanlı'nın Hristiyan tebaası dahi kendi aralarındaki anlaşmazlıkları kadılara götürmeyolunu seçmiştir. Kurulduğu dönemden nihayete erdiği zamana kadar temelde İslam hukukunu benimseyen Osmanlı İmparatorluğu, güçlü ve pratik adalet mevzuatı sayesinde sürüncemede bırakılmayan dava süreçleriyle, adil addedilen kadılarıyla hükmüne güvenilen bir yargı sistemi oluşturmayı başarabilmiştir.[30] Nitekim Afyoncu'nun naklettiğine göre; meşhur akıncı ailelerinden Turhanoğulları'ndan Faik Bey, devlete yaptığı hizmetler sadrazam tarafından takdir edilerek Rumeli Beylerbeyi yapılmış ancak beylerbeyliği esnasında Sofya'da adaletten uzak bir yönetim sürmeye çalıştığı için şeyhülislamın fetvası ve padişahın iradesiyle görevinden alınarak cezalandırılmıştır.[31] Osmanlı mahkemeleri davalarda zengin fakir, güçlü-zayıf, Müslüman-Gayrimüslim ayrımı yapmazdı.Kişinin statüsüne ve itibarına bakılmazdı. Bir Gayrimüslim Müslüman'a karşı rahatça dava açabildiği gibi, haklı olması durumunda da dinine bakılmaksızın mahkeme kararıyla hakkını alırdı. Nitekim 16. yüzyılda esir olarak Türkiye'de bir süre kalan Bartholomaeus Georgieviç hatıralarında, "Türkler ve Hristiyanların hakimleri aynıdır. Müslüman hakimler ayrım gözetmezler, herkese aynı adaleti uygularlar. Öldüren öldürülür, hırsızlık yapan veya zorla bir şeyi alan asılır. Pazarda ineğinin sütünü satan bir kadının sütünü içen ve parasını ödemeyen bir yeniçeriye de aynı kural uygulanırdı. Ben buna Şam'da şahit oldum" der. 17. yüzyılın ilk çeyreğinde Türkiye'ye gelen Adam Werner, Türkler'in, kurduğu en büyük devletin güç aldığı kaynakları sayarken adaleti şöyle anlatır: "Bu konuda bilgi ve deneyim sahibi olan kişiler, eğer azimli ve dürüst davranırlarsa, ister köle olsunlar, ister en alt katmandan olan bir aileden gelsinler, hak ettikleri itibarı görürler ve ödüllendirilirler, en yüksek siyasi veya askeri konumlara getirilirler, krallar, dükler gibi zengin olabilirler, hatta evlilik yoluyla padişahın aile çevresine girebilirler. Buna karşılık suç işleyenlere ve kamuya zarar verecek davranışlarda bulunanlara uygulanan cezalar çok ağırdır ve idama kadar yolu vardır".[32]

---

29 Afyoncu, 2018
30 Alkan, 2018, s.13
31 Afyoncu, 2018
32 Afyoncu, 2018

2.2. Tanzimat Sonrası Osmanlı Adliye Teşkilatı

Zaman içerisinde Osmanlı Devleti, değişen koşullar neticesinde, benimsediği hukuk kurallarını ihtiyaçlara cevap verebilmek amacıyla değiştirmek zorunda kalmıştır.Tanzimat Osmanlı'nın hukuk sisteminde önemli yeniliklerin ve değişimin habercisi olmuştur. Tanzimat'tan sonra yapılan hukuksal reformları, kanunlaştırma faaliyetleri ve adli kurumlarda yapılan yenilikler şeklinde sınıflandırmak mümkündür. Osmanlı Devleti'nde kanunlaştırma faaliyetleri, mevcut şer'i düzenlemelerin kodifikasyonu ve batı menşeli yeni kanunların iktibası olarak gelişim göstermiştir.[33] Tanzimat Döneminden itibaren Osmanlı Adliye teşkilatı ıslah edilerek Batı normlarına uyumlu hale getirilmeye çalışılmıştır. Adliye ıslahatında, Osmanlı Devleti'nin öteden beri müttefiki olan Fransa model alınmıştır. Osmanlı ıslahatını gerçekleştirenlerin hemen hepsi otoriter bir bürokrat hakimiyetinin bulunduğu Fransa'da yetiştiği için, bu kültüre aşina ve hayrandı. XIX. yüzyıl başlarında sanayi devrimini gerçekleştiren Avrupa'nın ucuz ve bol malları Osmanlı ülkesini bir pazar durumuna getirmiş, dış ticaret çok gelişmişti. Bu sebeple pek çok Avrupalı tüccar Osmanlı ülkesine gelip gitmeye, hatta yerleşmeye başlamıştı. Bunlar, Osmanlı teb'asıyla aralarında doğan ihtilafları bu alandaki baş döndürücü gelişmeyi takip edemeyen ve dolayısıyla ticari örfleri pek bilemeyen kadı mahkemeleri önüne götürmek yerine tüccar hakemlere havale etmekteydiler. Devlet, bu işi düzene sokmak ve en azından kontrol etmek zorunda kalarak ticaret davalarına bakan ve üyeleri arasında yabancıların da bulunduğu yargı meclisleri kurmaya mecbur olmuştur. Böylece ilk defa olarak kadı mahkemelerinin yetkileri sınırlandırılmıştır. Bu mahkemeler daha sonra ticaret meclisi ve sonra da ticaret mahkemesi adını almıştır.Buna paralel olarak 1840tarihinde kabul edilen ceza kanununun uygulanması maksadıyla, merkez ve taşrada, memurlarla Müslüman ve gayrımüslim halktan ileri gelenlerin katıldığı ve belde kadısının de üye olarak yer aldığı meclisler kurulmuştur.[34]

Batı ile uyumlu bir adalet sistemi ve teşkilatı kurma çabası bir süre sonra Adliye Nezaretini kurma faaliyetini de beraberinde getirmiştir. Adliye Nezareti ilk defa, bir yüksek mahkeme olan Dîvân-ı Ahkâm-ı Adliyye'nin (14 Şubat 1870) tarihinde "nezaret"e çevrilmesiyle kurulmuştur. Bundan önce Adliye Nezâreti'ne ait işler, devletin ilk dönemlerinde daha çok kazaskerler, şeyhülislâmlığın önem kazanmasıyla sonraları şeyhülislâmlar tarafından görülmekteydi. 23 Mart 1837'de, ihtiyaç duyulan kanunnâme ve nizamnâmeleri hazırlamak üzere kurulmuş olan Meclis-i Vâlâ-yı Ahkâm-ı Adliyye, 1868'de Şûrâ-yı Devlet ve Dîvân-ı Ahkâm-ı Adliyye reislikleri olmak üzere ikiye ayrılmıştır. Dîvân-ı Ahkâm-ı Adliyye başlangıçta bir yüksek mahkeme olarak düşünülmüş ve esas itibariyle birisi "temyiz", diğeri "istînaf" olmak üzere iki kısım halinde düzenlenmiştir. Kısa bir süre sonra Dîvân-ı Ahkâm-ı Adliyye nizamnâmesiyle reislik nezarete dönüştürülerek

---

33 Koyuncu, 2012, s.163

34 Ekinci, 2005, s.419

Dîvân-ı Ahkâm-ı Adliyye Nezâreti kurulmuş, ilk nâzırlığa da Ahmed Cevdet Paşa getirilmiştir.[35]

Osmanlı Devleti adliye teşkilatında 1879 yılı ıslahatların yoğun olarak yapıldığı önemli bir dönemdir. Adliye Nezareti'nin ortaya çıkışında ve yeniden yapılandırılmasında etkili olan birçok kanun ve nizamname bu dönemde uygulamaya girmiştir. 01.06.1879 tarihli teşkilat nizamnamesi Adliye Nezareti'nin hazırlanan ilk teşkilat nizamnamesi olmuş nezaretin idari birimleri bununla ortaya çıkmıştır.Tanzimat döneminde başlamış olan sürecin tamamlanması bu ıslahatlarla gerçekleşmiştir. 1878 yılında Adliye Nazırlığına getirilen Said Paşa, Adliye Nezareti Teşkilat Nizamnamesinin hazırlanmasını ilk iş olarak ele almıştır. Adliye Nezaretinin teşkilat yapısı bu nizamnameyle ortaya çıkmıştır. Nizamiye mahkemelerinin kurulması sonrasında meydana gelen sistemdeki aksaklıklar biraz olsun düzeltilmeye çalışılmış ve teşkilat yapısındaki birimler net bir şekilde ifade edilmiştir.[36]

Adliye Teşkilatına 1879 yılından itibaren savcılık kurumu getirilmiş, modern anlamda avukatlık ve noterlik kurulmuştur. 21 Mayıs 1879 tarihli "Adliye ve Mezâhib Nezâreti'nin ve Devâir-i Merbûtası'nın Vezâifi Nizamnâmesi"nde Adliye Nezâreti'ni teşkil eden heyet adliye nâzırı, adliye müsteşarı, adliye mektupçusu, encümen-i adliyye, encümen-i idâre-i adliyye, havale müdürü, umûr-ı cezâiyye müdürü, umûr-ı hukûkiyye müdürü, sicill-i me'mûrîn müdürü, mezâhib müdürü, evrak müdürü ve muhasebeci şeklinde tertip olunmuştur. Daha sonra bu heyete cerîde-i mehâkim idaresi, mütercimlik ve intihab encümeni de katılmıştır. Bu nizamnâme ile gayri müslim azınlıkların o zamana kadar Hariciye Nezâreti'ne bağlı olan mezhep işleri Adliye Nezâreti'ne bağlanmış ve bu sebeple nezaretin ismi Adliye ve Mezâhib Nezâreti olmuştur. Nezaretin 6 Mayıs 1911 tarihli dâhilî nizamnâmesi ile teşkilâtı değiştirilerek Adliye Nezâreti merkez heyeti müsteşarlık, kalem-i mahsus müdüriyeti, umûr-ı cezâiyye müdüriyeti, umûr-ı hukûkiyye müdüriyeti, sicil müdüriyeti, muhasebe müdüriyeti, mezâhib müdüriyeti, ihsâiyyât ve müdevvenât-ı kanûniyye müdüriyeti ve evrak müdüriyeti olmak üzere dokuz müdürlükle, encümen-i ıslahât-ı adliyye, encümen-i intihâb, intihab komisyonu, encümen-i idâre, kalem-i mahsus encümeni, encümen-i inzibât olmak üzere altı encümenden ibaret bir kuruluş haline getirilmiştir. Bu müdürlük ve encümenlerden ayrı olarak zamanla Adliye Nezâreti'nde başka müdürlük ve daireler de kurulmuştur. Nizamiye ve ticaret mahkemelerinin yanı sıra 13 Mart 1917 tarihli bir kanunla şer'iyye mahkemeleri de Adliye Nezâreti'ne bağlanmışsa da bu durum devam etmemiş, 1919'da bu mahkemeler tekrar şeyhülislâmlığa bağlanmıştır. Osmanlı Devleti'nde bulunan konsolosluk mahkemeleriyle gayri müslim azınlıkların cemaat mahkemeleri ise Adliye Nezâreti dışında tutulmuştur.Adliye Nezâreti'nde, kuruluşundan 1922 yılında son Osmanlı hükümetinin istifasına kadar otuz yedi adliye nâzırı görev yapmıştır.[37] Cumhuriyetten sonra 1924 yılında şer'iyye mahkemeleri kaldırılarak Nizamiye Mahkemeleri ülkenin yegane genel mahkemeleri

---

35 Yavuz, 1988, s.389
36 Uluoğlu, 2015, s.2
37 Yavuz, 1988, s.389-390

olmuştur. Merkezdeki temyiz mercii olan ve Meclis-i Vala'nın yerine kurulan Divan-ı Ahkam-ı Adliye de Yargıtay adını almıştır.[38]

Bu gelişmelerle birlikte yeni kurulan adliye teşkilatında görev yapacak kadroların yetiştirilmesi ihtiyacı ortaya çıkmıştı. Tanzimat sonrasında hukuk alanında başlayan yenilik hareketleri, değişen ve yenilen hukukun uygulanmasında mükellef kişilerin yetiştirilmesi gereği, formel hukuk eğitimi verecek mektebin kuruluşunu ortaya çıkarmıştır. Osmanlı yargı teşkilatındaki yenilikler ve eğitimde modernleşme çabaları da hukuk mektebinin açılışında önemli rol oynamıştır. Yüksek öğrenim seviyesindeki ilk hukuk mektebi Mekteb-i Sultani bünyesinde kurulan Mekteb-i Hukuk-ı Sultani'dir. 1880 yılında ise Adliye Nezareti'ne bağlı olarak Mekteb-i Hukuk-ı Şahane açılmış ve bir süre sonra bu iki okul birleştirilmiştir. Hukuk mektebi uzun bir dönem Darülfünun'dan bağımsız olarak eğitime devam etmiş ve nihayet 1909 yılında Darülfünun'a bağlanmıştır.[39]

Osmanlı Devletinde adaleti koruma çabası, son dönemlere kadar padişahlar tarafından esas alınan bir ilke olmaya devam etmiştir. Dönemin saray görevlilerinin naklettiğine göre; Sultan II. Abdülhamid, uzmanlık gerektiren konularda görüş belirtmekten kaçınır ve belgeyi ilgili şahıs veya kuruma havale ederdi. Meselâ, tıpla ilgili bir hususta tabiplerin kararına uygun davranmak gerektiği ve adliyeyle alâkalı bir konuda da adliyeye müdahale etmediği gerekçeleriyle belgeleri iade etmiştir. Padişahın adalete müdahale edilmemesi yönündeki görüşünü destekleyen bir diğer argüman da, adlî işlere müdahale haklarının olmadığı konusunda adliye nâzırının valileri uyarması yönünde çıkan iradesidir. Öte yandan Tahsin Paşa da padişahın tek müdahale etmediği alanın adalet ve hâkimler olduğunu belirtmiştir.[40]

3. ABDURRAHMAN NUREDDİN PAŞA'NIN ÖZGEÇMİŞİ

3.1. Abdurrahman Nureddin Paşa'nın Biyografisi

Abdurrahman Nureddin Paşa, 1836 yılında Kütahya'da doğmuştur.Annesi Germiyanoğlu Beyliğine mensup olduğu belirtilen bir hanım,babası Osmanlı Devleti valilerinden Hacı Ali Paşa idi.İlköğrenimini özel olarak yaptı. Babasının valilik görevleri sırasında kethudalık ve divan katipliği görevlerinde bulundu.Müteakiben çeşitli şehirlerde kaymakamlık ve valilik yaptı. Abdurrahman Nureddin Paşa, sırasıyla şu görevlerde bulunmuştur: Prizren vâlisi Ağustos 1872-Nisan 1873; Tuna vâlisi Nisan 1873-Nisan 1874;Ankara vâlisi Nisan 1874-Temmuz 1875; Bağdat valisi Ağustos 1875-Nisan 1877 ilaveten 6. Ordu komutanı Ağustos 1876-Nisan 1877; Diyarbekir vâlisi Nisan 1877-Şubat 1879; Bağdat vâlisi ve 6. Ordu komutanı Şubat 1879-0cak 1880; Sadrazam kaymakamı Şubat 1879-Ocak 1880; Sadrazam Mayıs-Haziran 1882; Kastamonu valisi Aralık 1882 – Kasım 1891; Aydın valisi Kasım 1891- Mayıs 1893; Edirne valisi Mayıs 1893-Kasım

38 Ekinci, 2005, s.419-420
39 Koyuncu, 2012, s.164
40 Akyıldız, 2012, s.176-177

1895;Adliye Nazırı Kasım 1895-Ağustos 1908.[41] Abdurrahman Nureddin Paşa, 1895 yılında Edirne valisi iken Adliye Nazırlığı'na tayin edilmiş, bu görevde 13 yıl kalarak önemli icraatlara imza atmıştır.Abdurrahman Paşa, 8 Temmuz 1908'de II. Meşrutiyet'in ilanıyla göreve gelen İttihatçıların ısrarlı tekliflerine rağmen onlarla çalışmak istememiş ve Kabinede yer almamıştır. 'Meclisi Hassı Vukela' memurluğuna tayin edilmesine rağmen İttihat ve Terakki İktidarı henüz birinci ayını doldurmadan 2 Ağustos 1908 tarihinde kendi isteğiyle emekli olmuştur. Abdurrahman Paşa, 7 Ağustos 1912 de vefat etmiş, Sultan II. Abdülhamit'in arzusuyla Fatih Camii Haziresine[42] defnedilmştir.[43]

3.2. Abdurrahman Nureddin Paşa'nın Karakter Özellikleri/Hususi Şahsiyeti

Sadrazam Said Paşa tarafından, Bağdat valiliğinden Trablus valiliğine gönderilmek istenen Abdurrahman Paşa'yı Sultan II. Abdülhamit 1881 yılında Münakale Komisyonu üyeliğine tayin etmiştir. Bir yıl sonra henüz 36 yaşında iken Padişahın ısrarlı teklifi üzerine Sadrazamlık görevine getirilmiştir. Abdurrahman Paşa devlet yönetiminde kendine ait bilgi ve fikirlere sahip bir yöneticiydi. Sadrazamlığı günlerinde önemli bir sorun olarak öne çıkan Mısır Meselesi'nin çözümü konusunda Padişah ile fikir ayrılığına düşmştür. Padişah'ın aksine Abdurrahman Paşa, Mısır üzerine asker gönderilerek konunun çözüme kavuşturulabileceği kanaatindeydi. Bu fikir ayrılığı üzerine Sultan II. Abdülhamit, Abdurrahman Paşa'yı Sadrazamlık görevinden alarak Kastamonu valiliğine tayin etmiştir.[44] Abdurrahman Paşa ile uzun süre birlikte çalışan son dönem Osmanlı valilerinden Ebubekir Hazim Tepeyran'ın naklettiğine göre; Sadrazamlık görevinde bulunduktan sonra Kastamonu'ya gönderilen Abdurrahman Paşa'da benzerlerindeki küskünlükten bir eser görülmemiştir.Tepeyran, Abdurrahman Paşa'yı şöyle anlatıyor:

> *"Vali Abdurrahman Paşa yalnız uyumak veya abdest almak için harem dairesine gider, namazı ekseriyetle vilayet dairesindeki mescitte cemaatla kıldığı gibi sabah kahvaltısından başka yemekleri de cemaatla yerdi. Sofrada en az sekiz on kişi bulunurdu.'Vekilharç' demek olan daire müdürünü, daire imamını ve halayıklarından biriyle evlendirdiği uşağını da sofrada bulundururdu.Abdurrahman Paşa yalnız gündüzleri değil, geceleri de ezani saat dörde, beşe kadar çalışırdı. Mektupçu akşamdan sonra yazı işleriyle uğraşabilmek kabiliyetini kaybettiğinden, o müstesna olmak üzere beni ve idare meclisinin ikinci kâtibiyle mektubi kalemi müsveddecilerinden Ahmed Rifat Bey'i pek ziyade çalıştırırdı.Haftada iki gece, ders yapar gibi*

---

41 Kuneralp,1999, s.52

42 Abdurrahman Paşa'nın Fatih Camii Haziresindeki Kabir Taşının Ön Yüzündeki Yazı şöyledir, "HU Küllü Men Aleyhâ Fân /Germiyan Hanedanından/Ve Hacı Emirzade/Kütahya'lı Hacı Ali Paşa'nın Mahdumu/Seyyid Hacı Abdurrahman Nureddin Paşa'nın Ruhuna El Fatiha Tarih-i Veladeti 10 Zilhicce Sene 1251/Tarih-i İrtihali 23 Şa'ban Sene 1330 (Gövsa, 1945, s. 7).

43 Öngören, 1999, s.31

44 İnal, 1982, s.1324

muntazaman Mesnevi okunur ve nisbeten işsiz gecelerde satranç oynanırdı".[45]

Abdurrahman Paşa, Arapça ve Farsça'ya konuşacak kadar vakıf olup Fransızcayı ise 40 yaşından sonra öğrenmiştir[46]. Paşa, erbabı liyakatı himaye eder ve bunları yetiştirmeyi severdi. Nitekim Kastamonu'dan İzmir'e geldiğinde sonradan Niğde mebusu ve Dahliye Nazırı olan Hâzim Bey'i istidatını takdir ederek Aydın vilâyeti mektupçuluğuna getirmiştir. Abdurrahman Paşa, tokgözlü bir şahsiyetti. Sadrazamlığa atanınca kendisine verilecek yeni maaşını almak istemediğini bir dilekçeyle Mabeyni Humayun'a bildirmiştir[47]. Bu özelliğinden dolayı Paşa, emekliliğinden sonra maddi bakımdan zaruret içine düşmüştür.[48]

Abdurrahman Paşa, makama düşkün değildi. Kendisine Sadrazamlık görevi ilk teklif edildiğinde kabul etmek istemediği gibi 1901 yılında Sadrazam Halil Rıfat Paşanın vefatı üzerine Sadrazamlık görevine getirilmek istendiğinde de buna itiraz etmiştir.[49] Sahip olduğu iffet ve istikamet, onu sevmeyen şahıslar tarafından dahi teslim edilmektedir. Abdurrahman Paşa kendisi ile ilgili bilgi veren bütün kaynaklarda "dürüstlüğü ile tanınmış bir devlet adamıdır".[50] ifadesiyle yer almıştır. Abdurrahman Paşa, altmış yıla yakın memuriyet hayatında doğru ve dürüstlükten şaşmadan, emri altındakilere adaletle muamele etmeyi kendisine şiar edinmiştir. Abdurrahman Paşa'yı tanıyanların üzerinde ittifak ettikleri bir başka husus; *'O'nun paraya değil haysiyetine düşkün bir devlet adamı olduğu'*[51] şeklindedir. Abdurrahman Paşa,'Son Sadrazamlar' Kitabının Müellifi İbn'ül Emin Mahmut Kemal İnal'in de Adliye Nazırlığından sitayişle bahsettiği şahıslar arasındadır: İbtidayi neş'etinden beri adliyye işlerinde istihdam olunmadığı halde adliye nezaretini en müşkil bir devirde hüsni idare etmiş ve mehakim reislerinin ve âzasının ve sair adliyye me'murlarının erbabı iffet ve liyakatden olmalarına dikkatle imkân müsaid olduğu mertebe temini adalete çalışmıştır.[52] Dönem valilerinden Tevfik Biren de Abdurrahman Paşa'nın Adliye Nazırlığı sırasında ne kadar güçlü bir iradeyle işine sahip çıktığına şöyle şahitlik etmektedir: O günlerde yapılan karalayıcı gazete yayınlarında Adliye'yi, Padişah'ın bile müdahalesinden kurtarmak husûsunda büyük himmet ve metanet göstermiş olan ve bu müesseseyi hakikaten ismiyle müsemma bir hâle getiren Abdurrahman Paşa'yıda, makbul olmayan insanlar arasına katmış bulunmaları, hayâsızca yapılmış bir garaz eseri idi. (Biren, 2006: 16). Gerçekten de Abdurrahman Paşa,mistik derinliği de olan mümtaz bir şahsiyet olarak tarihi kayıtlarda yerini almıştır.[53]

---

45 Tepeyran, 1998, s.54-55
46 Abdulkadiroğlu, 2002, s.8
47 İnal, 1982, s.1323
48 İnal, 1982, s.1338
49 Tahsin Paşa, 1990, s.79
50 Gövsa, 1945, s.5
51 Abdulkadiroğlu, 2002, s.8
52 İnal, 1982, s.1341
53 Bazı kaynaklarda Abdurrahman Paşa'nın babası Hacı Ali Paşa gibi Halveti tarikatına mensup olduğu yer alsa da (Abdülkadiroğlu, 2002, 8) Paşanın uzun süre maiyetinde

Abdurrahman Paşa'nın sadece kendisi değil ahfadı da sonraki yıllarda önemli görevlerde bulunmuşlardır. Oğlu Arif Hikmet Paşa kendisi gibi Adliye Nazırlığı yapmış (1912-1913) ve adil tavırlarlarıyla öne çıkmıştır.[54] Abdurrahman Paşa'nın damadı Hüseyin Sadeddin Arel de Adliye Nezaretinde önemli bürokratik görevler icra etmiştir.[55]

4. ABDURRAHMAN NUREDDİN PAŞA'NIN BULUNDUĞU DEVLET GÖREVLERİ ve YÖNETİM TARZINDAN ÖRNEKLER

4.1. Valilikleri

Abdurrahman Paşa'nın yetmiş gün süren sadrazamlık görevinin ardından atandığı Kastamonu valiliği görevi yaklaşık dokuz yıl sürmüştür. Paşa bu görevi sırasında imar, eğitim, sağlık konuları başta olmak üzere bir çok konuda tarihe geçecek hizmetlerde bulunmuştur.O kadar ki Abdurrahman Paşa,"Tanzimat'ın ilanından günümüze kadar olan bir buçuk asırlık zaman dilimi içerisinde Kastamonu'da görev yapmış valiler içinde en fazla, eser veren ve iz bırakan kişilerden biri olarak nitelendirilmektedir.[56]

Abdurrahman Paşa 9 yıllık Kastamonu valiliği sırasında bölgenin eğitim, sağlık ve imar konusunda yıllardır birikmiş sorunlarına neşter vurmuş, kalıcı tedbirler üretmiştir.Okullar, hastaneler, kışlalar, yollar köprüler, hapishaneler yaptırmış, yapılan bu eserler geleceğe kalmıştır. O Dönemde Kastamonu Mutasarrıflığının sınırları içinde kalan bütün önemli

---

çalışan Dahiliye eski Nazırlarından Ebubekir Hazim Tepeyran, Paşa'nın Nakşi Halidi olduğunu kaydetmektedir (Tepeyran, 1998, s.59).

54 Abdurrahman Paşa'nın oğlu Arif Hikmet Paşa, hem Saraya damat, hem de babası gibi Adliye Nazırı olmuştur. Mektebi mülkiyeden mezunu olan Arif Hikmet Paşa, Vilâyetlerde babasının maiyet memurluğunda bulunduktan sonra Şurayı Devlet Azalığına tayin olunmuş, müteakiben Sultan Abdülhamid'in kerimesi Naile Sultanla izdivaç etmiştir. Şurayi devlet maliyye dairesi riyasetine ve bilâhare Adliyye nezaretine nasb edilmiştir. 1924 yılında diğer hanedan efradile beraber memleketten çıkarıldığında Beyrut'a yerleşti. 23 Nisan 1942 de orada vefat etmiştir. Namuslu, terbiyeli, mürüvetli ve necip bir zat idi (İnal, 1982, 1334). Biren'in naklettiğine göre; KâmiI Paşa Sadarete geçince teşkil ettiği hey'ette Adliye Nâzırı bulunan Damad Arif Hikmet Paşa, yine Fransız usûlüne uyularak, aynı zamanda Şûrâ-yı Devlet Reisliğine de ta'yin edilmişti. Anlaşıldığına göre, o sıralarda eski bir vezirin Kabinede reyinden isti'fade edilmesi artık mevzuibahs olmadığı için, bu defa Şûrâ-yı Devlet Reisliğinin Adliye Nâzırına verilmesi münasib görülmüştü.Eski Başvekil ve Adliye Nâzırı Abdurrahman Paşa'nın oğlu olan Damad Arif Hikmet Paşa kıymetli Adliye Nâzırlarından biriydi ve Şûrâ-yı Devlet'te kendisinden istifâde edilebilirdi. Hey'et-i Umûmiye'ye gelip bilfiil riyaset vazifesini ifâ ettiği zaman, okunan evrakın mealini lâyıkiyle ve derhal kavraması, müzakere esnasında âzânın mütalaalarını ta'kib ve mukayese, hatta zühülleri ihtar etmesi dikkatimi celbetmiştir (Biren, 2006, s.86-87).

55 Abdurrahman Paşa'nın damadı Hüseyin Sadeddin Arel, (1880-1955) İstanbul'da Adliye Nezâreti'nde sırasıyla mütercimlik, Mektûbî Kalemi şifre kâtipliği, mühür ve şifre müdürlüğü ile mektûbî muavinliği görevlerinde bulunmuştur. Bu görevde iken Adliye Nâzırı Abdurrahman Paşa'nın kızı Pâkize Hanım'la evlenmiştir (1907) (Sanal, 1991, s. 352-354).

56 Eski, 2000, s.24

eserler Abdurrahman Paşa'ya aittir.Kastamonu Lisesi, Kastamonu Askeri Rüştiyesi, Darulmuallimin, Kastamonu İdadisi, Sanayi Mektebi, Sanat mektebi, Kastamonu ve ilçeleri vilayet binaları, Askerlik Dairesi, Kastamonu ve Sinop Hapishaneleri, Sinop Frengi Hastanesi, İnebolu ve Safranbolu Frengi Hastaneleri, Kastamonu Saat Kulesi, İnebolu limanı, Daday Hükümet Konağı, Safranbolu ve Kargı posta merkezleri, Seyit Bilal Hazretleri Türbesi'nin tamir ve ihyası bu eserlerden sadece bazılarıdır. Abdurrahman Paşa, her sene üç ay, vilayete bağlı yerleri dolaşıp teftiş etmekle beraber, İnebolu'da uzun müddet kalırdı. Bunun sebebi, orada bir liman bulunmamasından ileri gelen tehlikeli güçlüklere ve facialara bir nihayet vermek istemesiydi. Bu maksatla kâfi tahsisat almak için padişaha, Babıâli'ye, Maliye ve Bahriye nezaretlerine yıllarca o kadar çok yazmış ve emri altında sarf edilen az çok tahsisatın bir lirası bile boşa gitmemesi için, sanki kendine bir apartman yaptırıyormuş gibi, mutlaka İnebolu'ya giderek güneş altında işlere nezaret etmiştir.[57] Abdurrahman Paşa, eğitim faaliyetlerini sadece Kastamonu Merkezinde yoğunlaştırmamış; Kastamonu, Çankırı, Sinop ve Bolu sancak merkezlerinde de yeni okulların açılmasını sağlamıştır.[58]

Her ne kadar valilik göreviyle Kastamonu'ya gönderilse de Abdurrahman Paşa'nın Sadrazam vizyonuna sahip bir devlet adamı olduğu, sorunlara sadece sathi değil, derinlemesine bakıp kalıcı çözümler üretmesinden anlaşılmaktadır. Abdurrahman Paşa, eğitim, sağlık, imar gibi belli başlı sorun alanlarında sadece bina yapmakla kalmamış; bölgenin yüzyıllardır birikmiş kronik sorunlarına kalıcı çözümler üretmiştir. Nitekim bu anlamda; eğitimi toplumun tüm kesimlerine yayma gayreti içinde olmuş, fakir ve yoksul ailelerin çocuklarını eğitime katmaya çalışmış, o günün en yaygın eğitim merkezlerinden olan camilerin imamlarını zorunlu eğitime tabi tutarak diplomalı hale getirmiştir. Kurduğu sanayi mektebi vesilesi ile fakir ailelerin çocuklarını meslek sahibi haline getirmiş, taşralı çocuklar için yatılı okuma fırsatını ve şansını ortaya çıkarmıştır. İmar konusunda da devrim niteliğinde çalışmalar yapmış, bir türlü kurutulamamış Sinop Aksaz ve İskilip bataklıklarının ıslah edilmesi, bir türlü yapılamayan Kastamonu Sinop, Kastamonu Çankırı, Kastamonu Safranbolu yollarının inşası gibi birikmiş sorunlara el atmış ve çözmüştür. Dönemin şehir hayatının sorunlarının başında gelen yangınlarla mücadele konusunda kesin bir tedbir almış, ahşaptan ev yapmayı yasaklayarak taştan ev yapılmasını emretmiştir.[59]

Devlet dairelerindeki personelin sicilinin çıkarılması, doktorsuz ilçelere doktor görevlendirilmesi, şehir için tehlike arz eden cephaneliğin şehir dışına çıkarılması,[60] İnebolu Limanına bir misafirhane yapılması bu anlamdaki faaliyetlerinden bazılarıdır. Abdurrahman Paşa, dürüst bir devlet adamı olduğu için daima doğrunun yanında yer almış, fakirleri düşkünleri ve yoksulları korumuş, merkezi devlet otoritesini tanımayarak halka zulmeden mütegallibeye karşı amansız bir mücadele başlatmıştır.Abdurrahman Paşa, bütün vilayet ahalisi üzerinde 'herkesin

---

57 Tepeyran, 1998, s.78
58 Eski, 2000, s.29
59 Eski, 2000, s.31
60 Abdulkadiroğlu, 2002, s.10

velisi' olmakla kalmaz; din ve ırk farklarına bakmadan her ailenin, her ferdin velisi, babası gibi hareket etmiştir. Bundan dolayı herkes de onu candan sevmiştir.[61] Paşa, Arabapazarı Karakolunda görev yaparken öldürülen Ali Ağa'nın katillerini bularak hatırlı kişiler olduğuna bakmaksızın cezalandırmıştır.[62] Paşa'nın zorba insanları salyangoza benzettiği, *"Onlar güneşi görünce başlarını kaldırırlar. Onlara sert davranmalıdır"* sözünü sarfettiği[63] çeşitli kaynaklarda yer almıştır.

Kastamonu Valiliği sırasında Çankırı'da maaşların ödenmesi konusunda yapılan haksız uygulamaları sona erdirmiş, Kastamonu Gölveren'de mütegallibenin tekellerine aldıkları havuza el koyup halkın kullanımına açtırmıştır. Abdurrahman Paşa'nın haklı olsa bile her rastgeldiğine ve bilhassa sıra bozarak, rütbe, nişan verilmesinin şiddetle aleyhinde olduğu sabittir.[64] Paşanın idareciliğinin en önemli parçalarından biri de belirli ve sık aralıklarla hapishanelere gidip mahkumların dert ve şikayetlerini dinlemektir.[65] Abdurrahman Paşa, valiliği sırasında şehrin ekonomik sorunları ile de ilgilenmiş, halkın geçimini kalıcı bir konfora ulaştırmak için; fındık, haşhaş, gül gibi bitkilerin tarımını özendirmiş, gerekli fidan desteğini sağlamıştır. Bunun yanı sıra başta çiftçiler ve fakirler olmak üzere ihtiyaç sahiplerinin borç para alabileceği yardım sandıkları kurdurmuştur.

Abdurrahman Paşa valilik yaptığı son merkez olan Bağdat'ta da önemli çalışmalara imza atmıştır. Abdurrahman Paşa, Bağdat valiliği sırasında hazırladığı lâyihada[66] beş konu üzerinde durmuştur. Bunların en önemlisi asayiş ve güvenliğin olmayışıdır. Bu sorun, eğitim, ziraat, zanaat ve ticaretten oluşan diğer dört meseleyi de doğrudan etkilemekteydi. Aşiret yapısının baskın olduğu Bağdat vilayetinde isyan eden aşiretlere karşı şahin bir tavır sergileyen Abdurrahman Nureddin Paşa, askerî konulardaki zaafiyetin sebeplerini saydıktan sonra alınması gereken tedbirleri sıralamıştır. Ziraat için çok önemli olan nehirleri ve sulama imkânlarını tetkik eden vali sedlerin ıslahına büyük önem atfetmiştir.[67]

Asayiş ve güvenliğin idamesi için Abdurrahman Nureddin Paşa âsilerin ve çeşitli suç zanlılarının sorgulanması ve cezalandırılması konusunda da bazı öneriler getirmiştir.Yakalanıp mahkemeye getirilen câni ve eşkiyaların hafif bir sorgulama sonrasında birkaç gün hapiste tutulup sonra serbest bırakılmalarını eleştiren Paşa bu durumun adalete olan güveni sarstığı ve adaletsizliğin normal sayılır hâle geldiğini ifade etmektedir. Buna ilaveten, bölge ahalisi suçluların cezasız bırakılmaları nedeniyle âsiler hakkında ihbar ve şikâyet etmenin faydasız olduğuna kâni olmuşlardır. Bu

---

61 Tepeyran, 1998, s.78
62 Abdülkadiroğlu, 2002, s.14
63 Abdulkadiroğlu, 2002, s.15
64 Tepeyran, 1998, s.144
65 Eski, 2000, s.30
66 II.Abdülhamid'in valilerden istediği lâyihalar çok seyahat etmeyen padişah için önemli bir kaynaktı. Bağdat vilayeti için de Sultan'a sunulmak üzere birçok lâyiha hazırlanmıştır. Bunlardan birisi de Bağdat Valisi iken Abdurrahman Nureddin Paşa'nın 1880 senesinde hazırladığı lâyihadır. (Ceylan, 2014, s.94).
67 Ceylan, 2014, s.94

bağlamda Paşa İstanbul'dan adliye ve zaptiye memurlarının güvenilir ve doğru (mevsûk ve muhıkk) ihbâr ve şehadetlerinin yeterli sayılması ve erbâb-ı şekâvet ve isyanın te'dîb edilmesi ve cezalandırılması hususunda daha geniş yetkiler verilmesini talep etmiştir.[68]

Abdurrahman Paşa'nın valilik yaptığı merkezlerden biri de İzmir Vilayetiydi. Bu vilayete Halil Rıfat Paşa'dan sonra vali olan Abdurrahman Paşa İzmir'de istikametiyle dikkat çekmiş, herkesin işinin vaktinde yapılmasını takip ve temine dikkatiyle nam bırakmıştı. İzmir'de bir takım camilerin tamir ve inşasına gayret etmiş, meclis-i idare azasından ve İzmir zenginlerinden Salepçioğlu Hacı Ahmet Efendi'yi bu işlerin başında bir mimar gibi çalıştırmıştı. Abdurrahman Paşa dairelerde iş sahiplerinin işleri geri kalmaması için çok dikkatli davranır, bütün vilayet dairelerini teftiş ve murakabe ettirmiştir.[69]

4.2. Adliye Nazırlığı

Abdurrahman Paşa'nın Sultan II. Abdülhamid döneminde yeniden düzenlenen yasa, tüzük ve yönetmeliklerin etkin biçimde uygulanmasında önemli katkısı olmuştur. Bu yasalarla, adliye örgütünün yaygınlaştırılması, yargılama sürecinin hız kazanması, daha yetkin yargıçlar yetiştirilmesi ve yargılama örgütünün belli bir ölçüde de olsa yönetimin baskısından kurtulması amaçlanıyordu. Yaklaşık on üç yıl adliye nazırlığı yapan Abdurrahman Nureddin Paşa, görev süresince adliye örgütünün yolsuzluklardan temizlenmesine, yargıçların ve memurların dürüstlüklerine ve başarılarına göre yükselmeleri ilkesinin yerleşmesine çalışmıştır.

Abdurrahman Paşa, Nazırlık görevi sırasında bir yandan Padişahın önceliklerini dikkate almış diğer yandan Adliye Teşkilatının düzgün bir şekilde çalışması için elinden gelen bütün gayreti sarfetmiştir. Adliye Nazırı Abdurrahman Nureddin Paşa, hapishaneler hakkında 11 Mayıs 1902 tarihli yazısıyla Sadrazama başvuruda bulunarak sorunun çözümü için Onun yardımını istemiştir. Abdurrahman Nureddin Paşa'nın kaleme aldırdığı metinde o günkü cezaevi şartları çarpıcı bir şekilde anlatılmaktadır: Bazı ceza davalarının uzaması yüzünden tutuklular cezaevlerinde gereğinden fazla kalmakta, İstanbul'daki ve diğer viláyetlerdeki hapishanelere her türlü siláh girmekte, mahpuslar istedikleri yerle her şekilde haberleşebilmekte, dışarıdan çamaşır, elbise ve diğer eşyaları serbestçe getirtebilmektedirler. Bazı adliye müfettişleri görevlerini gereği gibi yapmamakta ayrıca hapishanelerdeki hastahanelerin ihtiyaçları karşılanmamaktadır. Padişah hazretlerinden gelen bu konudaki şerefli emir üzerine böyle hareketlerin önüne geçilmesi için bakanlığımızda acil bir çalışma başlatıldı. Yargıtay başsavcısına bir yazı gönderilerek cinayet davalarının bir aylık yasal zorunluluk süresinde neticeye bağlanması istendi. Adliye müfettişlerine her ayın sonunda hapishaneleri denetleyerek durumlarının gözden geçirilmesi ve davalarının uzaması yüzünden içeride kalan tutuklu sayısının artışına dikkat edilmesi talimatı verildi. Hapishanelerde güvenliğin sağlanması işi

---

68 Ceylan, 2014, s.95

69 Dursun, 1994, s.4-5

bilindiği gibi İçişleri Bakanlığı'nın görevidir. Adliye müfettişlerin ve özel komisyonların cezaevlerinde yapılması gereken düzenlemelerle ilgili raporları konu, yer ve zaman belirtilerek İçişleri'ne gönderilmesine rağmen bugüne kadar hiçbir cevap alınamadı.[70]

Abdurrahman Paşa'nın Adliye Nazırı olarak Meclis Mebusan'ın çeşitli oturumlarına katıldığı ve bu oturumlarda Nazırlığı ile ilgili konularda söz aldığı kayıtlarda yer almaktadır.Bu cümleden olmak üzere Abdurrahman Nureddin Paşa, *1907 Senesi Muvazenei Umumiyye kanun Lâyihası, Davavekilleri Nizamnamesine tezyil edilen maddeler hakkında lâyihai kanuniyye, Eyyamı inkılabiyede hilafı kanun hapishanelerden çıkan ceraimi âdiye mahkûmin ve maznunini hakkında kanun Lâyihası, Rum Patrikhanesi ile Bulgar Egzarhlığı beyninde münaziünfih olan kilise ve mektepler hakkında kanun Lâyihası, Vilâyat Teşkilâtı Adliyyesinde icra olunacak tadilata dair lâyihai kanuniyye, Bağdat Mebusu İsmail Hakkı Bey ve rüfekasının Memalik-i Osmaniyenin en cesim iki nehrindeki seydisefainin tahtı inhisara alınarak bir şirkete itasının takarrür etmek üzere bulunduğunun istihbar kılındığı, keyfiyetin Meclisi Millice tasdiki iktiza ettiği halde henüz lbaptaki mukavelenamenin Meclise intikal etmemesi esbabının Makamı Sadaretten istizahına dair takriri* münasebetiyle söz almıştır.[71]

Abdurrahman Paşa, Adliye Nazırlığı görevini sürdürürken Sadrazam Halil Rıfat Paşa'nın vefatı üzerine Sadrazamlığa getirilmek istenmiş, önce bu görevi kabul etmemiş, Padişah ısrar edince bu kez Padişaha bazı şartlar ileri sürmüştür. Padişah'ın, Abdurrahman Paşa'yı mutlaka sadarete getirmek istemesinde onun memleketçe namus ve iffetiyle tanınmış, muhterem ve mübarek bir zat olmasının önemli bir payı vardı. Sadrazam Halil Rifat Paşa'nın hastalığı artttığı günlerde Adliye Nâzırı Abdurrahman Paşa Sadaret Kaymakamı olmuştur. İşte o günlerde Abdurrahman Paşa, Saray'da söz arasında Mabeyn Başkatibi Tahsin Paşa'ya *"Halil Rifat Paşa'ya. şayet bir emr-i Hak vâki olur da makam-ı Sadaret boşalırsa bu hizmeti asla kabul etmemek azminde olduğunu"* söylemişti.[72]

Çok geçmeden Halil Rifat Paşa vefat etmiş, Padişah Sadaret teklifi için Başkatib Tahsin Paşa'yı Abdurrahman Paşa'nın yalısına göndermiştir. Paşa, yukarıdaki sözlerini hatırlatarak ve aynı fikri muhafaza ettiğini söyleyerek teklifi reddetmiştir. Padişah tekrar ısrar edince Abdurrahman Paşa bu kez *"Bâbıâli'nin muamelâtına Saray'ın müdahale etmemesini"* şart olarak ileri sürmüş ve bunu imzası altında bir ariza[73] ile Tahsin Paşa'ya vermiştir.[74]

---

70 Yıldız, 2000

71 tbmm.gov.tr

72 Tahsin Paşa, 1990, s. 79

73 Ariza metni şöyledir, "Sadrı merhumun vefatı ile münhal kalan makamı samii sadarete sui şöhreti bulunmayan zevatdan birinin intihab ve icrayı memuriyeti ile çâkeri keminelerinin vekâletden afvime müsaadei seniyyei cenabı mülk darı azamilerinin şeref erzanını hassaten ve kemali ehemmiyyetle istirham ve şimdiye kadar mesbukulemsal olmayan vekaletin temadisi de bilvücuh muvafıkı maslahat olmayacağını arz eylerim. Katibei ahvalde emrü ferman hazreti veliyyül emr efendimizindir. 30 Receb 1319 Çâkeri Esdakları Abdürrahman" (İnal,1982,1328). Abdurrahman Paşa'nın Hattı Hümayuna Dercini İstid'a Etdiği Maddeler ise şu metinde yer almıştır, "Emri İdarenin mevaddı esasiyyesinden olduğu vech ile hukukı seniyyei saltanat ve şanı devletle emniyyet ve âsayişi memleketin muhafaza ve

"O zamanlarda ancak kulaktan kulağa fısıldanabilen sözleri Abdurrahman Paşa'nın bizzat Padişah'a yazı ile söylemesi hatta "Bâbıâli'nin muamelâtına Saray'ın müdahale etmemesini" şart olarak ileri sürmesi ahlâkındaki sağlamlıkla memleketin selâmetine arzusunun derecesini göstermektedir. Bunun üzerine Abdurrahman Paşa'nın Sadrazamlık görevine getirilmesinden son anda vazgeçilerek bu göreve Sait Paşa getirilmiştir. Abdurrahman Paşa'nın evladı gibi sevip değer verdiği, dönemin Musul Eski Valisi Ebubekir Hazim Tepeyran, bu görevin Abdurrahman Paşa tarafından kabul edilmemesinde oğlu Arif Hikmet Bey'in önemli bir tesiri olduğunu şöyle anlatmıştır: Paşa merhumun sadareti kabulden çekinmesinde Arif Hikmet Bey'in de tesirleri vardı.Her şeyi pek ince tetkik ve tefekkür eden Arif Hikmet Bey, Paşa'yı Adliye Nezareti'nden alınmak için kısa bir müddetle sadarete getirmek istenildiği kanaatindeydi.Buna ben de iştirak ediyordum.Çünkü Paşa altı seneden beri Adliye'nin her suretle istiklâlini muhafaza ederek memurların azli, nasbı vesaire hakkında çıkan yolsuz ve istiklâli bozucu mahiyetteki iradeleri de red ile memuriyetinin devam ettirilmesi; memurların ve Adliye mahkemelerinin halkın emniyetini bozagelen hallerini düzeltme yolundaki gayretle başarısı herkesin bildiği şeylerden olduğu için kendisinin sebepsiz yere Adliye'den alınmasının, memleketçe pek fena bir tesir hâsıl edeceği düşüncesindeydi".[75]

Bu olayda dikkat çeken önemli bir husus da; bu arizadan dolayı Padişahın kendisine karşı hiçbir kırgınlık eseri göstermemesi, Abdurrahman Paşa'nın Adliye Nazırlığı'na kaldığı yerden devam etmesidir. 1908 yılına kadar Abdurrahman Paşa yedi yıl daha Adliye Nazırlığı görevine devam etmiştir. Dindar ve inanç sahibi olduğu kadar yüksek ahlaki meziyetlere sahip bir şahıs olan Paşa, gece gündüz çalışan, arifane hizmetler ve kalıcı çözümler üreten bir Adliye Nazırı olarak kayıtlara geçmiştir.Tahsin Paşa, Abdurrahman Paşa'nın bu görevindeki bir faaliyetinden şöyle bahsediyor:

"O tarihlerde Beyoğlu ve Beşiktaş ahâlisi susuzluktan çok ıstırap çekiyorlardı. Gelen emir üzerine lâzım gelen tertibat ve inşaata Adliye Nâzırı Abdurrahman Paşa'nın riyâsetinde bir komisyon memur edilmiştir.İstanbul'un Kırkçeşme ve Halkalı sularının esaslı sûrette ıslâha muhtaç olduğu ve yirmi otuz lüle suyun boş yere akıp gittiği ve ana mecrâya gelmediği ve bu yüzden İstanbul halkının sıkıntı çekmekte

---

idamesi ve ahkâmı şer'iyye ve kanuniyyeye riayete ve temini hüsni ceryanı adalete bir kat daha itina olunması ve varidat ve masarifatı devletce muvazenei kâmilenin vücude gelmesi hakkında tensikat ve ıslahatı maliyye vesailinin istihsalile mukarrerat ahkâmı tatbikatınm halelden masuniyyeti ve bilcümle memurinin hüsni intihabı ve mezuniyetle mesuliyyetleri mütenasib olmakla beraber mükâfat ve mücazatın bihakkın icrası hususlarının dahi tahtı tekayyüd ve ihtimamda tutulması velhasıl bilcümle sunufı tebea ve memleketin saadeti hali ve mamuriyyet ve terakki vesailinin istikmali nuhbei âmali seniyeyeden olmağla bilcümle vükelâ ile bilittihad işbu ârzu ve mekasıdı seniyyenin istihsal ve istikmaline fevkalgaye cehdü ikdam ve ihtimam kılınması matlub ve mültezemi hümayundur" (İnal,1982, s.1332).

[74] İnal, 1982, s.1328

[75] Tepeyran, 1998, s.549-550

bulunduğu anlaşıldığından bunun için de bir komisyon teşkil olunmuştu. Bu komisyon üç ay çalıştı, Kırkçeşme ve Halkalı sularının asıl menbalarında ve meşhur bentler civarında tetkikat yaptı, yalnız Kırkçeşme suyundan on bir lülenin yer altından kaybolan gözlerini buldu ve bunları ana mecrâya katarak teleften kurtardı ve bir kısmını da demir borularla aldırdı".[76]

Abdurrahman Paşa hem hayr u hasenât sever, hem de iffet ve istikametle maruf bir zat olduğundan işe canla başla sarılmış ve işi kısa zamanda çözmeye muvaffak olmuştur. Paşa,kuru gürültüye pabuç bırakmayacak bir vazife telakkisi içerisindeydi. Bir keresinde Saraya yakın olan bir zat, Paşayı Padişaha jurnallemiş, araştırmadan sonra bunun aslı olmadığı anlaşılmıştı. Paşa, gerçek ortaya çıkınca bu şahsı görevinden aldırmıştır.[77]

Nurettin Paşa, İngiltere Büyükelçisinin olumsuz izlenimleri ve saray bürokratlarının ters tutumlarına karşı, görevini on üç yıldan beri sürdürmüştür. İngiltere büyükelçisi, Abdurrahman Nureddin Paşa'nın anti-Avrupalı tavırlarının ısrarla altını çizerken İngiltere'nin içinde bulunduğu tüm imtiyaz sözleşmelerine nedeni belli olmayan bir şekilde tavır koyduğunu ifade etmiştir.[78]

SONUÇ

Adaletin bir ülke ve devlet için ne kadar vazgeçilmez bir değer olduğu ortadadır. Şüphesiz bu ulvi değeri hayata geçirecek şahısların başında adaletten sorumlu yöneticiler gelmektedir. Bu kişilerin adalet üzerine olmaları, adaleti ve hukukun üstünlüğünü sağlama konusunda gayret ve azim içerisinde olmaları bir lüks değil bir vazifedir.

Adaletin terazisinin bozulduğu, insanların adalete olan güvenlerinin sarsıldığı devletlerinin payidar olmaları mümkün değildir. Allah, adaleti emrediyor. (Nahl Sûresi, 90) Bu ayeti kerimede adaletin, iyilikten (ihsan) ve akrabaya yardımdan önce zikredilmesi manidardır. Çünkü yeryüzündeki bütün dengeler adalet üzerine kurulmuştur. Adı ne olursa olsun bir sistem adalet üzere tesis edildiğinde o devletin ömrünün uzun olacağı sosyal bir kaide olarak kaşımıza çıkmaktadır. Bir kutsi hadisi şerifte *'Allah'ın gölgesinden başka hiçbir gölgenin olmadığı günde',* Allah'ın gölgesiyle gölgelenecek yedi sınıf insanın başında *'Adaletle hükmeden devlet başkanı'* zikredilir (Buhari, Ezan 36). Bir başka hadisi şerifte de *'Bir gün adaletle hükmetmenin 60 yıllık nafile ibadetten daha faziletli olduğu'* belirtilir (El-Aclûnî, II, 58, 1721). Çünkü adalet, hünkar otağının orta direği gibidir. O direk sağlam olur, korunursa toplum abad olur. O direk göçerse devlet de toplum da göçer.

Sultan II. Abdülhamit Dönemi devlet adamları arasında özel bir yeri olan Abdurrahman Nureddin Paşa, uzun bir süre sitayişle anılacak valilikler yapmış, hizmetleriyle kayıtlara geçecek şekilde Adliye Nazırlığı görevinde bulunmuş kısa bir dönem sadrazamlık görevini icra etmiştir. Abdurrahman

---

76 Tahsin Paşa, 1990, s.235
77 İnal, 1982, s.1345
78 Tural, 2008, s.226

Paşa'yı dönemin diğer devlet devlet adamlarından ayıran özelliği; onun kendi 'nevi şahsına münhasır' şahsiyeti,olaylar karşısındaki duruşu, hakikatlerden ve doğrulardan taviz vermeden görevini icra etme alışkanlığıdır.

Abdurrahman Paşa görevleri sırasında daima en iyisini yapmaya çalışmış, vali olduğu yerlerde eğitimden sağlığa, bayındırlıktan ulaşıma kadar her türlü soruna el atmış, eğitimsiz kalmış Anadolu çocuklarının hayata kazandırılması için özel gayret sarf etmiştir. Adliye Nazırlığı sırasında da yine farklı icraatlara imza atmış, adliye teşkilatının yönetimini ve çalışma tarzını elden geçirerek ıslah etmiş, hapishanelerde yaşanan sorunlar başta olmak üzere birikmiş bir çok sorunu çözmüştür. Geçmişten günümüze adaletle davranma adaletle hükmetme konusunda devletimiz ve ülkemiz topraklarında çok güzel örnekler kayıtlarda yer almaktadır. Abdurrahman Nuredddin Paşa işte bu adalet sarayını inşa eden önemli ustalardan biridir. O, dürüst bir devlet adamı, adalet mekanizmasını ve kendisini adaletin emrine veren adil bir Adliye Nazırı olarak kayıtlardaki yerini almıştır

KAYNAKÇA

Abdülkadiroğlu, Abdülkerim, Abdurrahman Paşa, İlmi Araştırmalar Dergisi, 13, 2002, 7-16.

Afyoncu, Erhan, Osmanlı'da Sistemin Temeli: Adalet, Sabah Gazetesi, 14 Ocak 2018,

Akbulut, İlhan, Osmanlı Devletinde Adalet Düzeni, AÜEHFD, C.IV, S.1-2, 2000, 219-256

Akyıldız, Ali, Osmanlı Bürokrasisi ve Modernleşme, İletişim Yayınları, İstanbul, 2012

Alkan, Yaşar, Osmanlı İmparatorluğu'nda Adalet ve İktisadi Adalet, Enderun Dergisi Cilt: 2, Sayı:2, 2018, 11-19.

Aydın, M. Akif, Kanunnameler ve Osmanlı Hukuku'nun İşleyişindeki Yeri, Osmanlı Araştırmaları XXIV, İstanbul, 2004

Biren, Tevfik, Bürokrat Tevfik Biren'in II. Abdülhamit, Meşrutiyet ve Mütareke Dönemi Hatıraları, Cilt:2, Pınar Yayınları, İstanbul, 2006

Buhari, Ezan 36, Zekat 16, Rikak 24, Hudüd 19; Müslim, Zekat 91.

Ceylan, Ebubekir, Abdurrahman Nureddin Paşa'nın Osmanlı Irak'ına Dair 1880 Tarihli Lâyihası Üzerine, Dîvân, Cilt:19, Sayı 37, (2014/2), 2014, 85-115.

Çağrıcı, Mustafa, Adâlet, TDV İslâm Ansiklopedisi, Diyanet Vakfı Yayınları, Cilt: 1, 1988, 341-343.

Demir, Abdullah, Osmanlı Devleti'nde Kadılar ve Naipler, Uluslararası Sosyal Bilimler Dergisi, 1 (1), 2017, 28-37.

Dursun, M. Kamil, İzmir Hatıraları, Akademi Kitapevi, İzmir, 1994

Ekinci, Ekrem Buğra, Osmanlı Devleti'nde Mahkemeler ve Kadılık Müessesesi Literatürü, Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi, Ci/13, Sayı S, 2005, 417-439.

El-Aclûnî, Keşfu'l-Hafâ, II, 58, 1721.

Ergin, Koray, Osmanlı Devleti'nde Kanunnamelerden Nizamnamelere Geçiş, SDÜ Fen Edebiyat Fakültesi Sosyal Bilimler Dergisi, Aralık 2016, Sayı: 39, 1-26.

Ergül, Ergin, Mevlânâ Bilgeliği, Orient Yayınları, Ankara, 2011

Eski, Mustafa, Kastamonu Valileri, Kastamonu Valiliği, Ankara, 2000

Eryılmaz, Bilal, Kamu Yönetimi, Erkam Matbaası, İstanbul, 2007

Halaçoğlu, Yusuf, XIV-XVII. Yüzyıllarda Osmanlılarda Devlet Teşkilâtı ve Sosyal Yapı, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara, 1991

Gazali, İmam-ı Gazali'den Yönetim Sırları, Çelik Yayınevi, İstanbul, 2008

Gövsa, İ. Alaeddin, Türk Meşhurlar Ansiklopedisi, Yedigün Neşriyat, İstanbul, 1945

İnal, İ. Mahmut Kemal, Osmanlı Devrinde Son Sadrazamlar, C:2, 1320-1346, Dergâh Yayınları, İstanbul, 1982

İnalcık, Halil, Adâletnâme, TDV İslâm Ansiklopedisi, Cilt:1, 1988

İnalcık, Halil, İstanbul: Bir İslam Şehri, İslam Tetkikleri Dergisi, Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1995, 242-268.

İnalcık, Halil, Osmanlı'da Devlet Hukuk Adalet, Eren Yayınları, İstanbul, 2000

İnalcık, Halil, Osmanlı'da Devlet, Hukuk ve Adalet, Kronik Kitap, İstanbul, 2017

Kadıoğlu, İdris, Osmanlıda Adalet Sistemi ve Latifî Tezkiresinde Şâir Nihânî'nin Osmanlı Kâdılarına Eleştirileri, Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi, Kış-2008, C.7, S.23, 378-394.

Kuneralp, Sinan, Son Dönem Osmanlı Devlet Erkan ve Ricali (1839-1922): Prosopografik Rehber, ISIS Yayınevi, İstanbul, 1999

Koyuncu, Nuran, Hukuk Mektebinin Doğuşu, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVI, Y. 2012, S. 3, 163-183.

Okumuş, Ejder, Osmanlılar'da Siyasal Bir Kurum Olarak Adâlet Dairesi, SBARD Mart 2005, Sayı 5, 45-51.

Öngören, Reşat, "Abdurrahman Nureddin Paşa",Yaşamları ve Yapıtlarıyla Osmanlılar Ansiklopedisi, C.1, Yapı Kredi Kültür Sanat Yayıncılık A.Ş., İstanbul, 1999

Sanal, Haydar, Arel Hüseyin Sadeddin, TDV İslâm Ansiklopedisi, Cilt: 3, 1991, 352-354.

Tepeyran, Ebubekir Hazim, Hatıralar, Pera Yayınları, İstanbul, 1998

www.tbmm.gov.tr/develop/owa/td_

Tural, Erkan, II. Meşrutiyet Dönemi'nde Adliye ve Mezâhip Nezaretinde Bürokratik Reform, AÜHFD, C.57, 2008, 223-252.

Uluoğlu, Sema, Bürokratik Yapı Açısından Tanzimat Dönemi Sonrasında Adliye Nezareti ile (1876-1914) Cumhuriyet Dönemi Adalet Bakanlığının Karşılaştırılması, Gelişim Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İşletme Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2015

Yavuz, Hulusi, Adliye Nezâreti, TDV İslâm Ansiklopedisi, Cilt:1, 1988, 389-390.

Yetkin, Aydın, Osmanlı Devleti'nde Hukuk Devletinin Gelişim Süreci, Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi, Cilt: 6, Sayı: 24, Kış 2013, 380-413.

Yıldız, Gültekin, BOA, Y.A-Hus.429/47, 2000

Yılmaz, Aslı, Daire-i Adalet Kavramı Bağlamında Osmanlı Siyaset-Yönetim Düşünce Geleneği, YBAD Lisansüstü Seminer Çalısmaları, No: 2, Eylül 2009.

ADLİYE ADALET KOMİSYONLARININ DÜNÜ, BUGÜNÜ VE YARINI

Orhan DOĞAN*

GİRİŞ

Adalet kavramının hem dünyevi hem de uhrevi yönü bulunmaktadır. Kuran'da, adil davrananlar hem dünyada hem de ahirette övülmüş ve ödüllendirilecekleri vaat edilmiştir. Ömer Hayyam'ın meşhur beytinde belirtildiği üzere Adalet; kâinatın ruhudur ve devletin temelidir. Yusuf Has Hacip *Kutadgu Bilig* isimli eserinde, *"Adalet gökyüzünün direğidir. Eğer adalet bozulursa gökyüzü çöker..."* diye yazmaktadır. Bu denli adalete önem veren ve isminin başında adalet bulunan adliye adalet komisyonlarının dünü, bugünü ve yarını bu makalemizin konusunu oluşturmaktadır.

1879 tarihinde ilk teşkilat nizamnamesiyle kurumsal kimlik kazanan adliye adalet komisyonları ilk başta 1879 tarihinde 5 üyeli, 1919 yılında 7 üyeli olarak faaliyette bulunmuş günümüzde 1983 tarihli 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu ile 3 üyeli bir profile kavuşmuştur.

Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından 1 Kasım 1922 tarihinde Osmanlı Saltanatının kaldırılması ve 29 Ekim 1923'te Cumhuriyet'in ilanı ile birlikte yeni yönetim sistemine uygun kanunlaştırma hareketi başlamış ve Mehakimi Şer'iyenin İlgasına ve Mehakim Teşkilatına Ait Ahkâmı Muaddil Kanun163 kabul edilmiştir. Kanun'un 5'inci maddesi "Her asliye mahkemesi nezdinde bir müddeiumumi ile müddeiumumi muavini bulunur." şeklindedir. Böylelikle savcılık teşkilatı asliye ceza mahkemeleri nezdinde kurulmuş olmaktadır[1].

1925 yılında Cinayet Mahkemeleri Merkezlerinde,1930 sonrası ise Ağır Ceza Merkezlerinde hem savcılık kurumuna hem de adliye adalet komisyonlarına yer verilmiştir.

Günümüzde ise ACM (ağır ceza merkezlerinde) Adli Yargı İlk Derece Mahkemesi Adalet Komisyonları, istinaf mahkemesi bulunan yerlerde ise Bölge Adliye Mahkemesi Adalet Komisyonu ile Bölge İdare Mahkemesi Adalet Komisyonu faaliyet göstermektedir.

Günümüzde adliyelere personel alımları, birim içi görevlendirmeler ve personel nakil konularında insan kaynakları

* Sakarya Adliyesi Yazı İleri Müdürü
orhandogan77@hotmail.com

1 Şık, Hüseyin, Türk Adli Yargı Sisteminde Savcılık Kurumu, Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Doktora Tezi, Diyarbakır 2018,s.27.

anlamında hizmet veren ancak modern insan kaynakları yönetiminden uzak olan adliye adalet komisyonları ne yazık ki personel yönetimi konusunda da iç içe geçmiş karmaşık bir yapıya sahiptir. Cumhuriyet Başsavcılığında görevli bir personel gerek görüldüğünde mahkemelerde de görevlendirilmektedir. Aynı şekilde mahkeme personelleri de Cumhuriyet Başsavcılığı bünyesinde görevlendirilmektedir. İnsan kaynakları yönetimi bakımından bu durum dikkate alınması gereken bir durumdur.

Gelecekte Adalet Bakanlığı Personel Genel Müdürlüğüne bağlı il ve ilçe adliye müdürlüğü şeklinde bir teşkilatlanma yapısı oluşturulursa adliye yönetiminde birlik ve düzen sağlanmış olacaktır.

I- ADLİYE ADALET KOMİSYONLARININ DÜNÜ

A.-Tanzimat Dönemi Öncesi Adliye Yönetimi

Tanzimat Dönemi öncesi mahkemede görev yapan personellerin başkatip, katip, muhzır, mübaşir vb meslekler babadan oğla geçtiğinden kadı arzıyla merkeze bildirilir ve merkezin onayıyla atama işlemi gerçekleştirilirdi.

Örneğin Sivas Mahkemesi Başkâtibi İbrahim vefat ettiğinde yerine geçecek bir oğlu olmadığından Mevlana Seyyid Ömer'in atanması Sivas Valisi tarafından merkeze arz edilmiştir.[2]

Adliyede görevli personeller Tanzimat Dönemi öncesinde mahkeme kadısı ve kazadaki ileri gelenlerin uygun gördükleri kişiler tarafından seçilirdi.[3]

Katip olması düşünülen memur adayı hangi kalem dairesinde çalışmaya başlayacaksa usta-çırak usulü ile yetiştirilmek üzere eğitime alınırdı. Genellikle katiplerin çocuklarından 10-12 yaş aralığında olanların eğitime alındıkları ve usta-çırak ilişkisi ile yetiştirildikleri, devrin önemli hocalarından ders aldıkları meslekleri için önemliydi[4].

Adliye teşkilatında çalışan personelin yükselme işlemleri ise terfi sistemine göre yapılmaktaydı. Örneğin Kütahya ili hurufat defterleri incelemesinde mahkeme başkatibi olan Feyzullah'ın vefatı ile birlikte başkatipliğin mahkeme ikinci katibi olan Seyyid Abdurrahman'a geçmesi dikkate değerdir.[5]

---

[2] Sönmez. Serpil, Tanzimat'a Giden Yolda Bir Osmanlı Kenti: Sivas,Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, Ankara 2015,55.

[3] Çadırcı. Musa, Tanzimat Döneminde Anadolu Kentlerinin Sosyal ve Ekonomik Yapısı, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara,1997,s.90.

[4] Uzunçarşılı, İsmail Hakkı, Osmanlı Devletinin Merkez ve Bahriye Teşkilatı, Ankara 1988 s.40.

[5] Aydın, Asuman, Hurufat Defterlerine Göre Kütahya Şehri (XVIII. Yüzyıl) Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Uşak Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Uşak, 2019, s.20.

B-Tanzimat Dönemi Sonrası Adliye Yönetimi

01/06/1879 tarihli Adliye Nezaretinin ilk Adliye Nizamnamesi ile bakanlığın ilk teşkilat yapısı ortaya çıkmış, teşkilattaki birimlerin görev tanımları yapılmıştır.

Adalet Bakanlığı; Adalet Heyeti Bakanı, Adalet Müsteşarı, Adalet Yazı İşleri Müdürü (Adalet Mektupçusu), Adalet Kurulu (Encümen-i Adliye), Adalet Dairesi Kurulu (Encümen Daire-i Adliye), Havale Müdürü, Ceza İşleri Müdürü, Hukuk İşleri Müdürü, Memur Sicil Müdürü, Mezhepler Müdürü, Evrak Müdürü ve Muhasebeci'den oluşmaktadır.[6]

Memur sicil müdürünün görevi,[7] *ilk olarak* Nizamiye Mahkemeleri memurlarının haleflerin sicilini düzenlemek ve bunların azil veyahut memuriyetlerinin değiştirilmesi ve haklarında yapılan şikayetler üzerine yapılan işlemleri ve memurluk sınıflarına ilişkin bütün husus ve durumları ilgili defterlerine kaydederek bu hususta bakanlık tarafından yazılacak yazıları düzenlemek. *İkinci olarak* mevcut olan mahkemelerin isim ve dereceleri ile kuruluş tarihlerini kaydederek lağvedilen veyahut yeniden kurulacak olan mahkemelerin ihtiyaç duydukları resmi işlemleri içeren raporları ve tezkereler ile sair evrakları düzenlemektir.

1- Vilayet Encümeni Adliye Komisyonu

Tazimatla birlikte II. Mahmut devrinde idari birimler Eyalet, Sancak ve Kaza olarak üçe ayrılmıştır. 1864'te eyaletlerden " Vilâyet" sistemine geçilmesi kabul edilerek, vilâyetler kuruldu.

1870 yılında idarî birimlere "Nâhiye" teşkilatı da eklenmiştir. TBMM Hükümeti döneminde Misak-ı Millî sınırları içinde 15 vilâyet, 19 müstakil liva (sancak), 34 mülhak liva, 302 kaza ve 679 nahiye bulunuyordu.[8] Cumhuriyetin ilânı ile birlikte vilayetler 1924 tarihinde son şeklini almıştır.

Mahkemelerde görevli, reis, aza, aza mülazımları, müddeti umumiler ve yardımcıları Adliye Nezaretinin seçimi ile Padişah oluruyla tayin olurlardı.

Mahkemelerde görevli tüm personelin ataması (hakim savcı sınıfı hariç) adliye nezareti tarafından yapılırdı.

Taşra mahkemelerinde görevli olan başkatip, katip, hademe icra memuru, mübaşir, hizmetli, odacı vb gibi adliye memuru olarak adlandırılan memurların seçimi taşra adliye encümenliğince yapılırdı.

---

6 Cumhurbaşkanlığı Osmanlı Arşivi., YEE Defteri Nr 706,s.61-79.(Adliye Nezareti Nizamnamesi)

7 Cumhurbaşkanlığı Osmanlı Arşivi., YEE Defteri Nr 706,s.61-79.(Adliye Nezareti Nizamnamesi)

8 Sezen, Tahin, Osmanlı Yer Adları, Devlet Arşivleri Genel Müdürlüğü Yayınları, Ankara 2017.

a-Vilayet Adliye Encümenliği Komisyonun Oluşumu

Adliye Müfettişi, İstinaf ve Bidayet Mahkemesinin Birinci ve İkinci Başkanları, Müddeti Umumi ve muavini ve Ticaret Mahkemesi Reisinden oluşurdu.

Örneğin 1870-1923 Adana Vilayeti ,1869-1923 Ankara Vilayeti, Aydın Vilâyeti (1868-1923), Bursa Vilâyet Merkezlerinde (1867-1923) Vilayet Adliye Encümenliği Komisyonu görev yapmıştır.

Vilayeti Adliye Encümeni komisyonunun asıl üyesi olarak görev yapan adliye müfettişi 1879 tarihli Teşkilat-ı Mehakim Kanunu ile teşkilatta yerini almış ve her vilayete adliye müfettişi tayin edilmişti[9].

Vilayeti Adliye Encümenliği 1. Dünya Savaşı yıllarında; İstinaf Mahkemesi Reisleri, İstinaf Mahkemesi Müdde-i Umumisi, Bidayet Mahkemesi Reisleri, Bidayet Mahkemesi Müdde-i Umumisi olmak üzere 7 kişilik bir komisyondan oluşmaktaydı.[10]

b-Vilayet Adliye Encümenliği Komisyonu Başkan ve Üyelerinin Seçimi ve Görevleri [11]

Komisyonun başkan ve üyelerini *Encümen-i İntihab-ı Memurin-i Adliye* komisyonu seçerdi. Aynı şekilde görevden almalarını da aynı komisyon yapardı. Atamalar veya görevden almalar padişah oluru ile gerçekleştirilirdi. (Reis, müfettiş, müddei-i umumi, azalar)

Görevleri:

Vilayet Adliye Encümeni Komisyonu istinaf mahkemesi ile merkez vilayetin ve merkezden idare olunan kazaların;

1-İstinaf ve bidayet mahkemesinde çalışacak olan katip, hademe, icra memuru, mübaşir, odacı, aza mülazımının seçimini yapmak.

2-Atama evraklarını Adliye Nezaretine tasdik edilmek üzere göndermek.

3-Personelin görevden azl edilmesi işlemlerini yürütmek.

4-Tercüme-i Hal varakalarını ivedi bir şekilde Adliye Nezaretine sunmak .

5-İstinaf ve bidayet mahkemesinde çalışacak olan katip, hademe, icra memuru, mübaşir, odacı, aza mülazımının tayin ve becayiş işlemlerini yapmak.

6-Personelin terfi işlemlerini yapmak. Onay için Adliye Nezaretine göndermek.

---

9 Demirel, s.229.

10 Çiçek Rahmi, Kastamonu: 1.Dünya Savaşında Bir Osmanlı Kenti, Uluslararası Osmanlı Öncesi ve Osmanlı Çalışmaları Komisyonu Sempozyumu Zagrep, 2008, s.123.

11 Demirel, s.76.

7-İzin, yıllık izin, emeklilik işlemlerini yerine getirmek. Tekaüd Sandığı (Emekli Sandığı gibi) bu sandığa iletilmek üzere emeklilik işlemlerini Adliye Nezaretine bildirmek.

8-Sicilleri, Sicili Ahval komisyonlarına göndermek gibi işlemleri yerine getirirlerdi.

c-Vilayet Adliye Encümenliği Komisyonunun Sorumluluğu

Adliye müfettişlerinin reisleri, azaları ve diğer memurlardan görevlerini yerine getirmeyenleri ve görevden alınması gerekenleri yapacağı bir soruşturmayla Adliye Nezaretine bildirmeye yetkileri vardı.

Adliye Müfettişleri teftişleri sırasında adliye encümenliği komisyonu tarafından yapılan intihab (memur alımı seçimi) işleminin usulüne uygun yapılmadığını veya usulsüzlük yapıldığını tespit ettiği takdirde usulsüz seçilenler yerine sınava girip başarısız olan adaylar arasından bir başkasını seçme yetkileri vardı. Bu durumu Adliye Nezaretine ayrıca bir rapor ile bildirirlerdi.

2-Liva Adliye Encümeni Komisyonu

Liva Bidayet Mahkemesi Birinci ve İkinci Başkanları, müddei umumi muavini, ticaret mahkemesi olan yerlerde ise ticaret mahkemesi reisinden oluşurdu.[12]

Örneğin 1884 tarihinde Edirne liva (Sancak), 1902 tarihinde Selanik liva (sancak), 1868 tarihinde Amasya liva Afyonkarahisar (1867-1918) liva (sancak) olarak görülen merkezlerde *Liva Adliye Encümeni Komisyonu* faaliyet göstermiştir.

3-Cumhuriyet Sonrası Adliye Komisyonları

Mülki yönetimin toprakta örgütlenmesi, nüfus büyüklüğü, coğrafi yapı, gelir kaynağı, toprak genişliği, ulaşım koşulları, kamu hizmetine ulaşabilirdik, iktisadi bütün oluşturma gibi teknik-yönetsel faktörlerden çok, temel bölüşüm ilişkileri ile ilgilidir.[13] Bu toprakta örgütlenme modeli adli teşkilatlanmanın da temelini oluşturmaktadır. Bu modül örnek alınarak adliyeler ve mahkemeler ilk başta oluşturulmuştur.

1920 yılında, ulusal sınırlar içinde 15 vilayet, 17'si müstakil 36'sı mülhak olmak üzere toplam 53 liva, 302 kaza ve 679 nahiye bulunmaktadır.[14] Bu örgütlenmede adliye yönetiminde söz sahibi olan adliye komisyonu vilayet ve livalarda kurulmuştur. Bu tarihte toplam 68 adliye komisyonu olduğu görülmektedir. Kazalarda bulunan mülhakat

---

[12] Demirel, s.97.

[13] Keskin, Nuray E., "Cumhuriyet Döneminde Toprağa Dayalı Örgütlenme: İl Yönetimi Sisteminin Kuruluşu" Memleket Siyaset Yönetim, S.5, 2007, s.173.

[14] Keskin, s.121.

adliyeler personel yönetimi konusunda komisyona bağlı olarak faaliyet göstermiştir.

Adalet yönetiminde bölge ölçeği, 1924 yılında çıkarılan ve 2004 yılına kadar 80 yıl adli örgütlenmenin temelini oluşturan 469 sayılı Mehakimi Şer'iyyenin İlgasına ve Mehakim Teşkilatına Ait Ahkâmı Muadil adlı yasanın 9. maddesi ile kaldırılmıştır.[15]

469 sayılı Mehakimi Şer'iyyenin İlgasına ve Mehakim Teşkilatına Ait Ahkâmı Muadil Kanunun 9. Maddesi ile ilçelerde asliye mahkemeleri merkezinde bir teşkilatlanmaya gidilmiştir.

Cumhuriyet idaresi bu düzenlemeyle, Osmanlı'da 1879'dan Cumhuriyete 45 yıl uygulanmış olan bölgesel ölçekli mahkemelerden vazgeçmiştir. 1982 yılında idari yargıda 2004 yılında ise adliyede bölge ölçeği yeniden kurulmuştur. Bu durum, adalet yönetiminin mülki idarenin mekânsal ölçekte bağını koparma çabası ile ilgili bir gelişme olarak yorumlanabilir.[16]

Adliye örgütlenmesi, kazalarda asliye mahkemelerinden hareketle oluşturulmuştur. İlçelerde mülhakat adliyeler, il de ise ağır ceza merkezi temelinde adliye daireleri oluşturulmuştur.

1879 Mehakimi Nizamiyenin Teşkilatı adlı yasa ile kurulan vilayetlerde istinaf mahkemeleri uygulamasından 1924 yılında 469 sayılı yasa ile vazgeçilmiştir. Dolayısıyla o dönem adliye komisyon üyesi olan istinaf başkan ve üyelerinin de komisyon üyelikleri düşürülmüştür.

1925 yılının Adli Teşkilat Haritası incelendiğinde müstakil cinayet mahkemesi bulunan 20 il merkezinde ve mürettep cinayet mahkemesi bulunan 67 mahalde adliye encümen komisyonu varlığını sürdürmüştür.[17]

Gerek 1926 tarihli Hakimler Kanunu gerekse 1934 tarihli Hakimler Kanununda adliye yönetimi ile ilgili bilgi ve belge yer almamaktadır. Ayıca 1962 tarihli Yüksek Hakimler Kurulu Kanununda da adliye yönetimi ve komisyonlar ile ilgili olarak bir bilgi mevcut değildir.

1934 yılında hakim ve savcıların atama işi Adalet Bakanlığı tarafından yapılmaya başlanmıştır. Hakim ve savcılarla ilgili işlemleri yerine getirmek üzere üst derece hakim ve savcılardan bir kurul (ayırma meclisi) oluşturulmuş ve ayırma meclisinde Yargıtay Başkanı'nın başkanlığında Cumhuriyet Başsavcısı ve 4 Yargıtay üyesiyle, Adalet

---

15 Kilim Ergüzeloğlu, Esra, Türkiye'de Adalet Yönetimi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi, Ankara, 2009, s.161.

16 Kilim Ergüzeloğlu, s.161.

17 Özel, Cengiz, "Cumhuriyetin İlk Yıllarında 1341 (1925) Teşkilatına Göre Taksimat-ı Adliye Haritası Zaviyesinden Adalet Teşkilatı, Adalet Dergisi, 2019/1-2 sayı 62-63, s.189-210.

Bakanlığı Teftiş Kurulu Başkanı, Ceza İşleri Genel Müdürü, Hukuk İşleri Genel Müdürü ve Özlük İşleri Genel Müdürü görev almıştır.[18]

1941 tarihli ağır ceza mahkemeleri itibariyle mahkemeler teşkilatı cetveline göre[19] 81 ağır ceza merkezi bulunduğu ve bu ceza merkezlerinde adliye komisyonları bulunduğu görülmektedir. Teşkilatlanmada dikkat çeken Gürün ACM, Keskin ACM ve Burhaniye ACM bulunduğu mahallerde de hem ağır ceza mahkemesi hem de adliye komisyonu bulunmasıdır.

Cumhuriyet sonrası adliye adalet komisyonu başkanı ağır ceza reislerinden Adalet Bakanlığı tarafından seçilmiştir. Belgesay'ın 1944 yılında yayınladığı eserine göre o dönemde: Yargıçların tayin ve terfi işleri Adalet Bakanı aracılığı ile yapılmaktaydı. Adalet Bakanı bütün yargıçlar üzerinde denetime yetkiliydi.[20]

1949 yılı sonunda 86 ağır ceza, 6 asliye ticaret, 405 asliye hukuk ve asliye ceza, 153 tek hâkimli asliye, 267 sulh, 14 kadastro ve 8 toprak (arazi) mahkemesine ulaşılmıştır.[21] 497 İl, ilçe ve bucak merkezinde adalet teşkilatı kurulmuştur.[22] 86 ağır ceza merkezinde adliye adalet komisyonu başkanlıkları oluşturulmuştur.

1973 yılı mahkeme sayıları incelendiğinde Müstakil Ağır Ceza Mahkemesinin 100, Mürettep Ağır Ceza Mahkemesinin 38 olduğu görülür.[23] Adliye Komisyonları yine bu ağır ceza mahkemeleri çevresinde teşkilatlanmıştır.

1973-1982 döneminde adalet komisyonuna yapılan atamalarda hakimlerde kıdeme önem verilmiş ve kıdemli hakimlerden komisyon başkanı ve üyesi seçilmiştir. Yine bu dönemde komisyon başkanı ve üyeleri Adalet Bakanlığı tarafından atanmıştır. Komisyon başkanı ve üyeleri ceza mahkemesi hakimlerinden seçildiği gibi hukuk mahkemesi hakimlerinden de seçilmiştir.

Adalet Bakanlığının il ve ilçe yönetimine bağlı bir taşra örgütlenmesi yani çoğu bakanlığın olduğu gibi mülki idareye bağlı "il adalet müdürlüğü" ya da "ilçe adalet müdürlüğü" bir birimi olmadığından taşrada adli bürokrasi tarihsel süreçte yavaş yavaş idari bürokrasiden ayrılmış ve vali ile kaymakamların, hakim ve savcılarla hiyerarşik nitelikli herhangi bir ilişki kuramaması, yargı bağımsızlığını

---

18 Ünal, Şeref, Anayasa Hukuku Açısından Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Hakimlik Teminatı, TBMM Kültür ve Sanat Yayınları, Ankara, 1994, s.69-70.

19 Adliye Ceridesi 1941 sayı 1. s.78.

20 Belgesay, Mustafa Reşit, Teorik ve Pratik Adliye Hukuku; Hukuk Ceza ve İdare Usulü Muhakemelerinin Sentetik İzahı, Marifet Basımevi, İstanbul, 1944, s. 63.

21 Ardahan, Vedat, "Adalet Teşkilatımız" İstanbul Barosu Dergisi, C. XXVI, S. 1, 1952, s. 19-26

22 Tan, Hadi "Cumhuriyetimizin XXV. Yıldönümü Münasebetiyle Cumhuriyet Devrinde Adalet Teşkilatımız" Siyasi İlimler Mecmuası, C. XVIII, S.122, Kasım 1948, s. 333-337.

23 Kilim Ergüzeloğlu, s.184.

güvence altına alan kaygıdan ileri geldiği konusunda şüphe bulunmamaktadır.[24]

1949 yılında 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu "Hâkimler Kanunu ile İcra ve İflas Kanununda yazılı yargıç, Cumhuriyet savcısı ve yargıç sınıfında bulunanlarla bu kanunlarda yazılı adalet memurları"nı genel idare örgütlenmesinin dışında tutarak, bunları valinin hiyerarşik denetiminden çıkarmıştır.[25]

2004 yılında İl İdaresi yasasında mülki idare ve adliye ilişkilerini oldukça azaltan yeni düzenlemeler yapılmıştır. Kanunun 10. maddesinde yer alan a ve d fıkraları kaldırılmıştır. 2008'de 5728 sayılı kanun ile aynı maddenin e fıkrası da yürürlükten kaldırılınca valinin sadece ceza ve tevkifevleri üzerinde gözetim ve denetim yetkisi kalmıştır.[26]

2006 yılı sonu itibariyle 111 Ağır Ceza Merkezi ve Adli Yargı İlk Derece Mahkemesi Adalet Komisyonu, 21 Bölge İdare Mahkemesi ve Adalet Komisyonu,[27] 2008 yılı sonu itibariyle 134 Ağır Ceza Merkezi ve Adli Yargı İlk Derece Mahkemesi Adalet Komisyonu, 25 Bölge İdare Mahkemesi ve Adalet Komisyonu,[28] 2012 yılı sonu itibariyle 28 Bölge İdare Mahkemesi ve Adalet Komisyonu,[29] 2016 yılı sonu itibariyle 8 Bölge İdare Mahkemesi ve Adalet Komisyonu ve 139 Ağır Ceza Merkezi ve Adli Yargı İlk Derece Mahkemesi Adalet Komisyonu,[30] 2018 yılı sonu itibariyle 141 Ağır Ceza Merkezi ve Adli Yargı İlk Derece Mahkemesi Adalet Komisyonu[31] faaliyet göstermektedir.

Günümüzde 144 adet ağır ceza merkezinde adli yargı adalet komisyonu başkanlığı, 8 idari yargı adalet komisyonu başkanlığı, 15 bölge adliye mahkemesi adalet komisyonu başkanlığı bulunmaktadır.[32] Ağır ceza merkezlerinde ayrıca cumhuriyet başsavcılığı da kurulmuştur.

Ağır ceza merkezi olmayan ilçelerde mülhakat adliyeler bulunmaktadır. Mülhakat ilçe adliyeleri idari yönden (yönetim açısından) bağı olduğu ilin ağır ceza merkezine karşı sorumludur.

Adalet Bakanlığının taşra birimleri adliyelerde ilk derece adli yargı ve idari yargı ile bölge adliye mahkemelerinin yanında örgütlenmiştir

---

24 Kilim Ergüzeloğlu, s.169
25 Kilim Ergüzeloğlu, s.169.
26 Kilim Ergüzeloğlu, s.169.
27 Adalet Bakanlığı, Adalet Bakanlığı 2006 Faaliyet Raporu, Ankara:2007, s.16.
28 Adalet Bakanlığı, Adalet Bakanlığı 2008 Faaliyet Raporu, Ankara:2009, s.75.
29 2012 Adalet Bakanlığı, Adalet Bakanlığı 2012 Faaliyet Raporu, Ankara:2013, s.93
30 Adalet Bakanlığı 2016 Faaliyet Raporu, Ankara:2017, s.79
31 Adalet Bakanlığı 2018 Faaliyet Raporu, Ankara:2019, s.9.
32 https://www.hsk.gov.tr/Adli-Idari-Yargi-Listesi.aspx.

II-ADLİYE ADALET KOMİSYONLARININ BUGÜNÜ

A-Adli Yargı İlk Derece Mahkemesi Adalet Komisyonu

Adliye Adalet Komisyonlarının kuruluş ve görevleri, 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu'nun 113, 114 ve 115 inci maddelerinde düzenlenmiştir.

Adalet komisyonları, yargılama faaliyetleri olmayan idari birimlerdir. Yaptıkları görev idarî işlem niteliğinde olup, Anayasanın 125 inci maddesi gereğince yargı denetimine tabidir. Her bölge adliye mahkemesi, ağır ceza merkezi ve bölge idare mahkemesi nezdinde adalet komisyonu bulunmaktadır.

2802 sayılı kanunun 113.maddesinde "*Adli Yargı İlk Derece Mahkemesi Adalet Komisyonları: Ağır ceza mahkemelerinin bulunduğu yerlerde; başkanı ve bir asıl, bir yedek üyesi Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca belirlenecek hakimler ile o yer Cumhuriyet savcısından oluşur*" şeklinde oluşumu belirlenmiştir.

5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanunun 23. Maddesinde Adli Yargı İlk Derece Mahkemesi Adalet Komisyonunun Ağır ceza mahkemelerinin bulunduğu yargı çevresinde görev yapmak üzere bir adlî yargı ilk derece mahkemesi adalet komisyonu kurulur. Bu komisyonun kuruluş şekli, görev ve yetkileri hakkında 24.2.1983 tarihli ve 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanununun 113 ilâ 115 inci maddelerinin uygulanacağı belirtilmiştir.

Günümüzde Adli Yargı İlk Derece Mahkemesi Adalet Komisyonunda genelde Ağır Ceza Mahkemesi Başkanı komisyon başkanı olmakta diğer asıl üye ise genelde hukuk mahkemesi hakimleri arasından Hakimler ve Savcılar Kurulunca seçilmektedir. Komisyonun diğer asıl üyesi ise Cumhuriyet Başsavcısı olmaktadır. Cumhuriyet başsavcısı komisyonun doğal ve asil üyesidir.

2802 sayılı kanunda komisyonun doğal üyesi Cumhuriyet savcısı olarak görülmektedir. Cumhuriyet savcılığı 1992 yılında Cumhuriyet Başsavcılığına dönüşmüştür.

5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun, Cumhuriyet Başsavcılıklarının görev ve yetkileri ile teşkilatlanmasına açıklık getirmiştir.

Mahkeme kuruluşu bulunan her il merkezi ve ilçede o il veya ilçenin adı ile anılan bir Cumhuriyet Başsavcılığı kurulur denilerek mahkeme kuruluşu olan yerlerde Cumhuriyet Başsavcılıklarının kurulacağı belirtilmiştir.

Adli yargıda ilk derece mahkemeleri, 26.09.2004 tarih ve 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun ile düzenlenmiştir.

"Adlî yargı adalet komisyonları" 26/9/2004 tarihli ve 5235 sayılı Kanunun 49 uncu maddesiyle "Adli yargı ilk derece mahkemesi adalet komisyonları" olarak 1/4/2005 tarihinden geçerli olmak üzere değiştirilmiştir.

B- Bölge Adliye Mahkemesi Adalet Komisyonu

5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanunun 31. Maddesinde Bölge Adliye Mahkemesi adalet komisyonundan bahsedilmektedir. Buna göre Bölge Adliye Mahkemesi adalet komisyonu bölge adliye mahkemesi bulunan yerlerde kurulmuştur. Komisyon, bölge adliye mahkemesi başkanının başkanlığında, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca daire başkanları arasından belirlenen bir asıl üye ile bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet Başsavcısından oluşur.

Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu ayrıca daire başkan veya üyeleri arasından bir yedek üye belirler. Başkanın yokluğunda en kıdemli daire başkanı, Cumhuriyet Başsavcısının yokluğunda Cumhuriyet Başsavcı Vekili ve asıl üyenin yokluğunda yedek üye komisyona katılır.

C- Bölge İdare Mahkemesi Adalet Komisyonu

Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri Ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu Ve Görevleri Hakkında Kanunun 3/G maddesinde Bölge İdare Mahkemesi Adalet Komisyonunun görev oluşumu düzenlenmiştir. Buna göre Bölge İdare Mahkemesi Adalet Komisyonu bölge idare mahkemesi bulunan yerlerde kurulur. Komisyon, bölge idare mahkemesi başkanının başkanlığında, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca daire başkanları arasından belirlenen iki asıl üyeden oluşur.

Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu ayrıca daire başkan veya üyeleri arasından iki yedek üye belirler. Başkanın yokluğunda asıl üye olan kıdemli daire başkanı, asıl üyelerin yokluğunda ise kıdemine göre yedek üyeler komisyona katılır. Komisyon eksiksiz toplanır ve çoğunlukla karar verir. Bölge idare mahkemesi adalet komisyonu, 24/2/1983 tarihli ve 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanununun 114 ve 115 inci maddelerinde belirtilen görevler ile diğer kanunlarla verilen görevleri yerine getirir.

III-ADLİYE ADALET KOMİSYONLARININ YARINI

A-Adalet Komisyonu Başkanının Yetkilerinin Artırılması

Kanundan anlaşıldığı üzere Adalet Komisyonları Hakim ve Savcılardan oluşan bir heyet ile oluşup adalet teşkilatında görev yapmakta olan personelin özlük işlemlerini yürüten idari bir kuruldur.

Adli yargıda personel üzerinde etkisi olan Adalet Komisyonu Başkanlarının idari ve mali yönden bir yetkileri bulunmamaktadır. Adli Yargı Adalet Komisyonu Başkanlarının sadece birim içi personel görevlendirilmesi, terfi ve geçici hakim görevlendirmesi yapmak gibi yönetsel yetkileri bulunan komisyon başkanının adliye yönetiminde pasif bir görünümde kalması komisyonların en temel sorunlarından birini de oluşturmaktadır.

Adli yargıda adliye komisyonlarının ayrı bir bütçesi de yoktur. Harcama yetkilisi Cumhuriyet Başsavcısıdır. Adliye yönetiminde söz sahibi olan komisyon başkanına da harcama yetkisi verilmelidir. Mahkemelere tahsis edilen bütçeden başsavcıların sorumlu olması mahkemeler üzerinde komisyon başkanını etkisizleştirmektedir. Savcılık ve mahkeme bütçelerinin ayrılması gelecekte adliye yönetimi açısından bir reform niteliğinde değerlendirilebilir.

Yargıtay Başkanı ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı bütçelerinin ayrı olması adli yargıda da bu şekilde bir ayrıma gidilmesi ve komisyon başkanına harcama yetkisinin verilmesi son derece dikkate değerdir.

B- Adalet Komisyonu Başkanlığının Sekreteryasının Bulunmaması

İl ve ilçe Cumhuriyet Başsavcılıklarında bir veya iki sekreter görev yaparken komisyon başkanlıklarının büyük çoğunluğunda sekretarya bulunmamaktadır. İdari birim olan adliye adalet komisyonlarında sekretarya hizmetlerini yerine getiren bir özel kalem kurulmalıdır.

C- Adalet Komisyonu Başkanlarının Duruşmalara Başkanlık Etmesi

Adalet komisyonu başkanlıklarına başkanlık görevi ile birlikte mahkeme görevi de verilmektedir. Bu uygulama sadece büyük adliyelerde uygulanmamaktadır. Örneğin Ankara, İstanbul ve İzmir gibi büyük şehirlerde komisyon başkanlığı görevi ilaveten verilmemektedir. Yargısal faaliyetlerle uğrasan adalet komisyonu başkanına ilaveten komisyon başkanlığının verilmesi zaten fazla olan iş yükünü biraz daha fazla artırmaktadır. Komisyon başkanlarının duruşmalara çıkmaması yönetsel açıdan zamanını da idari faaliyetlere yönlendirmesinin yolunu da açacaktır.

Komisyon heyetinin yetki ve görevlerine bakıldığında bu konuda eğitim almış olan kamu yönetimi, işletme vb. bölümlerden mezun

kişilerin bu heyette olması, en azından hakim ve savcı olarak mesleğe başlamış kişilerin belirli bir hizmet süresinden sonra idareci olarak seçilerek, kürsüye dönmemek üzere muhasebe, yönetim ve idarecilik alanlarında uzmanlaştırma eğitimleriyle yetiştirilmesi doğru bir yapı oluşmasını sağlayabilir.

Ç- Adalet Komisyonu Başkan ve Üyelerinin Adalet Bakanlığınca Seçilmesi

Adalet komisyonu başkan ve üyeleri Hakimler ve Savcılar Kurulunca seçilmektedir. Yönetsel daha genel bir ifadeyle insan kaynakları konusunda bir kuruluş olan komisyonların başkan ve üyelerini adalet bakanının bizzat seçmesi personel yönetimi açısından olumlu bir adım olabilir.

Personel alımlarının adliyelere yapılmasının bakanlık onayı ile tamamlanmaktadır. Dolayısıyla Bakanlık adına personel seçen komisyon başkan ve üyelerini atamayan veya görevlendirmeyen Adalet Bakanlığı pasif pozisyonda kalmaktadır.

D- Adli Teşkilatlanmanın İl ve İlçe Adliye Müdürlüğü Şeklinde Yapılanmaması

İldeki adli teşkilat valinin ilçedeki adli teşkilat ise kaymakamın gözetim ve denetimi altında değildir. Adalet Bakanlığı'nın il ve ilçe yönetimine bağlı bir taşra örgütlenmesi "İl adliye müdürlüğü" ya da "İlçe adliye müdürlüğü" gibi bir birimi kurulmamıştır.

Adalet Bakanlığı Personel Genel Müdürlüğüne bağlı İl Adliye Müdürlüğü veya İlçe Adliye Müdürlüğü kurulması hususu tartışılabilir. Bu birimin işlemleri yazı işleri müdürü gözetim ve denetiminde bir büro tarafından yerine getirilebilir. Adalet Bakanlığı Yargı Reformu Strateji belgesinde "Yazı işleri müdürlüğünün görev ve yetkileri genişletilecek ve "kariyer meslek" olarak yeniden yapılandırılacaktır." hükmüne yer verilmiştir. Yazı İşleri Müdürlüğüne yükselebilmek için şeflik alt birimi kurulmalı ve mahkeme yazı işleri müdürlükleri güçlendirilmelidir. Her kalemde bir müdür uygulaması son bulmalı ve il adliye müdürlüğü veya ilçe adliye müdürlüğünde görev yapacak yeteri kadar müdüre yer verilerek yargının taşra teşkilatlanmasının tamamlanması büyük önem arz etmektedir.

E- Adliye Adalet Komisyonlarında Personeli Temsil Edecek (Yardımcı Yargı Çalışanı Kökenli) Üye Bulunmaması

Hakim ve savcıların, mesleğe başladıklarında uzmanlaşması, yönetici kadroları için seçilen kişilerin, yönetici olarak uzmanlaştırılması çözüm yöntemlerinden biri olarak görülebilir. Kaldı ki adliye yönetiminin bir idari mekanizma olması gözönüne alındığında farklı formasyonların yönetim süreçlerine katkı sunacağında kuşku

bulunmamaktadır. Adalet Teşkilatı içerisinde görev yapan ve bizzat komisyon kararlarına muhatap olan yazı işleri müdürü kadrolarından seçilen bir kısım müdürlerin ve yetkili sendika temsilcisinin de adliye yönetimine katılımı ve etkinliğinin tartışılmasının yarar sağlayacağı görülmektedir. Bu sayede idarece verilen kararların daha isabet oranı ve personelin veriminin artacağı düşünülmektedir.

Sonuç olarak, gerek Adalet Komisyonlarında gerekse Adalet Bakanlığı teşkilatında hakim-savcı dışındaki, farklı disiplin ve eğitimlerden yetişen personelin yönetime katılması büyük katkı sağlayacağı gibi çalışma verimini artıracak, çalışma motivasyonunu yükseltecektir. Hatta personelimizin yenilikçi, inovatif, pratik çözümler ortaya koymasını sağlayacaktır. Böylelikle karma bir yönetim anlayışı teşkilatın tüm mensuplarına hitap etme imkanı bulmuş olacaktır.

Adalet Komisyonları, bilimsel açısından bakıldığında insan kaynakları yönetimi, olarak karşımıza çıkmakta, hatta bu konuda bir çok akademik çalışma ve kitap bulunmaktadır. Bu çalışmalardan bazıları da gösteriyor ki Adalet Komisyonlarının sadece hakim ve savcılardan oluşması tartışılabilir bir durum olarak görülmektedir.

F- Adalet Komisyonlarının Sadece İstinaf Merkezlerinde Kurulması (İstinaf Adli Yargı Komisyonu-İstinaf İdari Yargı Komisyonu)

Adli Yargı İlk derece Mahkemesi Adalet Komisyonları 144 Ağır Ceza Merkezinde günümüzde faaliyetlerini sürdürmektedir. İdari Yargı da adalet komisyonlarının sadece istinaf merkezlerinde kuruluşu da dikkate alınarak adli yargı için istinaf merkezlerinde adalet komisyonunun kurulması büyük önem arz etmektedir. Böylece insan kaynakları yönetimi konusunda uzmanlaşmış ve sadece adliye yönetimi ile ilgilenecek bir birim oluşturulmuş olacaktır.

İstinaf Adalet Komisyonunun oluşumu, İstinaf Mahkemesi Başkanı, Cumhuriyet Başsavcısı, İstinaf Hukuk Dairelerinden seçilecek üye ile yetkili sendika temsilcisi ve yazı işleri müdürü (Personel Genel Müdürlüğü tarafından seçimi yapılmalı) olmak üzere 5 üyeden kurulmalıdır. Adalet Komisyonu bürolarında halkla ilişkiler ve iletişim konusunda uzman personel görev almalı ve personel sorunları gerçekçi bir şekilde çözüme kavuşturulmalıdır. İstinaf Adli Yargı Komisyonu kendisine bağlı olan illerde görevli personel ile ilgili her türlü işlemi bağlı olduğu yargı çevresi sınırlarında yerine getirmelidir.

Günümüzde 15 istinaf mahkemesinin faaliyet gösterdiği dikkate alındığında istinaf merkezlerinde kurulacak adli yargı komisyonu ile insan kaynakları konusunda uzmanlaşma da aynı zamanda sağlanmış olur.

G- Adalet Komisyonlarında Kadın Başkan ve Üyelere Ağırlık Verilmeli

Osmanlı İmparatorluğu döneminde "kadı" olmaları mümkün olmadığından kadınların eğitim almadığı hukuk fakültesinin kapıları kadınlara 1921'de herhangi bir ön şart olmadan açılmıştır.[33] Türkiye'deki süreçte, 1921'de Süreyya Ağaoğlu ve üç arkadaşının hukuk fakültesine kayıt yaptırmasıyla atılan ilk adım, hukukçu kadınların meslekte kat ettikleri yolu görmek için başlangıç noktalarının bilinmesi açısından önemlidir.[34] Hukukun öncü kadınlarının çok zor elde ettiği başarılar dikkate alınarak adalet komisyonu başkan ve üye seçimlerinde kadın hakimlere öncelik verilmesi son derece faydalı olacaktır. Hemen hemen yok denilecek kadar az olan kadın hukukçuların (hakim veya savcıların) personel yönetim birimi olan komisyonlarda yer bulması çalışan kadın personellerin sorunlarını çözmeleri konusunda da büyük fayda sağlayacaktır.

SONUÇ

Adliye Adalet Komisyonları 1879 tarihinden günümüze kadar yaklaşık 141 yıldır faaliyet göstermiş köklü kuruluşlardandır. 1879 tarihinden günümüze kadar bu araştırmamızda adliye adalet komisyonlarının tarihçesi araştırılmıştır. Adliye Adalet Komisyonlarının Yarını başlığımızda ise gelecekte nasıl bir adliye yönetimi Adalet Bakanlığının taşra yapılanmasında kurulabilir sorusuna yanıt aranmıştır. Adliye yönetiminin tek elden mi yoksa komisyonlar bazlı mı yürütülmesi bu çalışmamızda tartışılmıştır. Adli yönetimde özellikle taşra adalet komisyonlarında yardımcı yargı çalışanını da temsil eden üyelere (komisyon üyeliği) veya sendika temsilcilerine yer verilmesi konusundaki araştırmamız ile Türk Hukuk Tarihine reform anlamında etki edecek çıkarımlara yer verilmiştir. Sürekli olarak değişen Ağır Ceza Merkezleri ve ağır ceza mahkemeleri özellikle üzerinde durulan ve araştırılan konular olmuştur. Adalet Komisyonlarının tarihe yolculuğu adliye adalet komisyonlarının dünü, bugünü ve yarını şeklinde özetlenmiştir.

---

[33] Balcı, Emine, "Hukukun Öncü Kadınları: Türkiye'de Kadınların Hukuk Mesleğine Girişi Üzerine Bir İnceleme" Fe Dergi 11, no. 1 (2019), 34-47.

[34] Balcı, s.36.

KAYNAKÇA

Adalet Bakanlığı 2006 Faaliyet Raporu, Ankara, 2007.

Adalet Bakanlığı 2008 Faaliyet Raporu, Ankara,2009.

Adalet Bakanlığı 2012 Faaliyet Raporu, Ankara, 2013.

Adalet Bakanlığı 2016 Faaliyet Raporu, Ankara, 2017.

Adalet Bakanlığı 2018 Faaliyet Raporu, Ankara, 2019.

Adliye Ceridesi 1941 sayı 1. s.78.

Ardahan, Vedat, "Adalet Teşkilatımız" İstanbul Barosu Dergisi, C. XXVI, S. 1, 1952.

Aydın, Asuman, Hurufat Defterlerine Göre Kütahya Şehri (XVIII. Yüzyıl) Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi,Uşak Üniversitesi,Sosyal Bilimler Enstitüsü, Uşak, 2019.

Balcı, Emine, "Hukukun Öncü Kadınları: Türkiye'de Kadınların Hukuk Mesleğine Girişi Üzerine Bir İnceleme" Fe Dergi 11, no. 1 (2019).

Belgesay, Mustafa Reşit, Teorik ve Pratik Adliye Hukuku; Hukuk Ceza ve İdare Usulü Muhakemelerinin Sentetik İzahı, Marifet Basımevi, İstanbul 1944, s. 63

Cumhurbaşkanlığı Devlet Arşivleri, Osmanlı Arşivi, YEE Defteri Nr 706,s.61-79.(Adliye Nezareti Nizamnamesi)

Cumhurbaşkanlığı Devlet Arşivleri, Osmanlı Arşivi, YEE Defteri Nr 706,s.61-79.(Adliye Nezareti Nizamnamesi)

Çadırcı, Musa, Tanzimat Döneminde Anadolu Kentlerinin Sosyal ve Ekonomik Yapısı, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara, 1997.

Çiçek, Rahmi, Kastamonu: 1.Dünya Savaşında Bir Osmanlı Kenti, Uluslararası Osmanlı Öncesi ve Osmanlı Çalışmaları Komisyonu Sempozyumu Zagrep, 2008.

Demirel, Fatmagül, Adliye Nezareti (Kuruluşu ve Faaliyetleri 1876-1914) Boğaziçi Üniversitesi Yayınevi, 2010.

Kilim Ergüzeloğlu, Esra, Türkiye'de Adalet Yönetimi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi, Ankara, 2009.

https://www.hsk.gov.tr/Adli-Idari-Yargi-Listesi.aspx

Nuray E., Keskin, "Cumhuriyet Döneminde Toprağa Dayalı Örgütlenme: İl Yönetimi Sisteminin Kuruluşu" Memleket Siyaset Yönetim, S.5, 2007.

Özel, Cengiz, "Cumhuriyetin İlk Yıllarında 1341 (1925) Teşkilatına Göre Taksimat-ı Adliye Haritası Zaviyesinden Adalet Teşkilatı, Adalet Dergisi, 2019/1-2 sayı 62-63.

Sezen, Tahin, Osmanlı Yer Adları, Devlet Arşivleri Genel Müdürlüğü Yayınları, Ankara, 2017.

Sönmez, Serpil, Tanzimat'a Giden Yolda Bir Osmanlı Kenti: Sivas,Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, Ankara 2015.

Şık, Hüseyin, Türk Adli Yargı Sisteminde Savcılık Kurumu,Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Doktora Tezi, Diyarbakır, 2018

Tan, Hadi "Cumhuriyetimizin XXV. Yıldönümü Münasebetiyle Cumhuriyet Devrinde Adalet Teşkilatımız" Siyasi İlimler Mecmuası, C. XVIII, S.122, Kasım 1948.

Uzunçarşılı, İsmail Hakkı, Osmanlı Devletinin Merkez ve Bahriye Teşkilatı, Ankara, 1988

Ünal, Şeref, Anayasa Hukuku Açısından Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Hakimlik Teminatı, TBMM Kültür ve Sanat Yayınları, Ankara, 1994.

ARAYIŞ İÇİNDE TÜRKİYE: TÜRK ANAYASAL GELİŞME SÜRECİ IŞIĞINDA CUMHURBAŞKANLIĞI HÜKÜMET MODELİ

Mustafa GÜNER*

I. GEÇMİŞTEN GÜNÜMÜZE TÜRKİYE'DE HÜKÛMET MODELİ TARTIŞMALARI

İdare-i hükûmetin nasıl sağlanacağı meselesi, başlangıcını neredeyse iki asra dayandırabileceğimiz, bazen uzlaşmacı bazense gayet haşin tartışmaları doğuran bununla beraber modern Türkiye'nin şekillenmesinde de birinci derecede önem arz eden oldukça nazik bir konu. Osmanlı İmparatorluğu'nun oldukça uzun süren -benzer genişlikte topraklara sahip diğer örneklerde nadir gördüğümüz ölçüde- sıkı bir merkeziyetçiliğe ve padişaha mutlak bağlılığa dayalı düzeninin artık çözülmeye başladığı sıralarda ilk kez rastlamaya başladığımız sistem tartışmaları, şüphesiz günümüzden oldukça farklı bir çerçevede cereyan ediyordu.

Nitekim padişahın otoritesinin kısıtlanması yönündeki ilk adımın, kadim Osmanlı düzeninin feodal kalıntıları olan âyanlardan gelmesi; anayasal taleplerin genellikle toplumsal bir tabana dayandırıldığı günümüzde tekrar düşünüldüğünde gerçekten ilginç. Ancak bu husus, şüphesiz ki 1808 tarihli Sened-i İttifak'ı -öğretide de genel kabul gördüğü üzere- Türk anayasal gelişmelerinin başlangıcı olarak tayin etmemize engel değil. Zira bu zoraki payitaht-taşra uzlaşmasını ömrünün kısalığına rağmen onu takip edecek gelişmeler için bir basamak taşı teşkil etmesi nedeniyle önemsiyoruz. Ki rahatlıkla görülebileceği üzere sürecin devamında ilan edilen ve büyük ölçüde birbirini tamamlar nitelik taşıyan Islahat ve Tanzimat fermanları hukuk devleti olma yolunda elde edilen kazanımların iyiden iyiye ivmelenmesini sağlamışlardır. Bu noktada vatandaşların aslında hâlâ siyasal haklar yönünden oldukça fakir olmaları okuyucunun kafasında söz konusu gelişmeleri neden hükûmet sistemi tartışmaları başlığı altında incelediğimiz hususunda soru işaretine yol açabilir. Doğrusu saydığımız bu üç ilerlemenin siyasal katılım veya yönetim sistemi bakımından esaslı bir değişim gerçekleştirmediği açık ancak henüz en temel hak ve özgürlüklerine dahi yeni kavuşan insanların doğrudan yönetime

* Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Öğrenci
mustafaguner2019@gmail.com

katılmaları veya otoriteyle bir yetki tartışmasına girmeleri de bir o kadar abes. Yani Islahat ve Tanzimat fermanlarını da bu ağır işleyen sürecin birer aşaması olarak ele almak en doğrusu olacak.

Mutlak monarşi fikrinden -pek keskin güvencelere bağlanmamış olsa da- ilk vazgeçişin belgesi olan 1876 Kanûn-î Esâsîsi ise tüm bu gelişmelerden farklı ve şüphesiz daha devrimci karakteriyle[1] hem anayasallığın gerçekleştirilmesini hem de padişahın dahi hukukun üstünlüğünü tanımasını sağladı. Ancak tüm bu ileri yönlü hareketlerin istikrarlı bir şekilde ve gittikçe daha uzlaşmacı usullerle sürdüğünü göremeyeceğiz: 1877/78 Osmanlı-Rus Savaşı'nın olağanüstü şartlarında meşruti monarşi daha fazla yaşayamadı ve meclis uzun arasından ancak 1908 yılı sonlarında dönebildi. Yaklaşık otuz yıl süren aranın demokrasi adına yeni tecrübeler edinilerek geçirilmesi neleri değiştirirdi, o günün sarsıcı atmosferinde meclisin açık tutulması imkânı var mıydı, bugün başka bir Türkiye'de yaşıyor olur muyduk gibi soruların cevaplanması pek kolay değil. Ancak bildiğimiz bir şey var ki her ülke bu uzun demokratikleşme serüvenini kendi iç ve dış dinamikleri ölçüsünde kademe kademe gerçekleştiriyor. Ve tüm aksiliklere rağmen gözlemlediğimiz kadarıyla Türkiye her daim; özgürlüğün, bağımsızlıkla eşanlamlı olduğu birçok Doğu ülkesinin aksine kendine has bir demokratik harekete sahipti[2].

Nitekim 2. Meşrutiyet'in ilanı ve çalışmamız açısından daha önemli bir nokta olan 1909 Anayasa Değişikliği[3], sağladıkları kayda değer iyileştirmelerle tarihteki yerlerini aldılar. İyi niyetlerle başlayan sürecin sonrasında bir İttihat ve Terakki totalitarizmine dönüşmesi ise bizler için kazanımlar ve gerilemelerin bir sarkaç gibi sürekli devinim halinde gerçekleştiği ve hiçbir olgunun öncesi ve sonrasındaki olaylardan bağımsız düşünülmemesi gerektiği hususunda faydalı bir ders olabilir. Balkan ve Trablusgarp savaşları ile 1. Dünya Savaşı'nın acı tecrübelerini yaşamış olan Türkiye, artık son dönemeç olan Kurtuluş Savaşı'nın yönetimini Ankara'da açılan meclis eliyle yürüttü. Bu açık işaret, mücadelenin ülkenin bağımsızlığı için olduğu kadar milli egemenliğin sağlanması için de verildiğini gösteriyordu ve tarihte eşine

---

1 Berkes, Niyazi, *Türkiye'de Çağdaşlaşma*, İstanbul, Yapı Kredi Yayınları, 28. Baskı, 2019, s.313-314. Değişim rüzgarını arkasına almış Kânûn-ı Esâs-î'nin esaslı etkisini şu hoş anekdottan açıkça anlayabiliyoruz: "… Padişaha tayin edilen yeni sekreterlerden biri olan…Sadullah Paşa şu biçimde sözler söylemiştir: Padişahımız bir millet meclisi kurulmasını istemiyor. Halkımızın bilgi ve eğitim düzeyi böyle bir adım atılmasına elverişli değildir. Yaygın güvensizliği kaldırmak için idareyi kuvvetli kanunlarla bağlamak yeterlidir…Efendimizin isteği budur."

2 Lewis, Bernard, *Modern Türkiye'nin Doğuşu*, Ankara, Arkadaş Yayınevi, 8. Baskı, 2015, s.406.

3 1909 değişikliği ile Bakanlar Kurulu'nun meclise karşı sorumluluğunun kabul edilmesi, padişahın mutlak veto yetkisinin sınırlandırılması, meşhur 113. Madde ile sağlanan sürgün yetkisinin kaldırılması ve karşı imza kuralının getirilmesi gibi günümüz parlamenter sistemlerinin temel esasları olarak kabul edilen reformlar hayata geçirildi.

az rastlanır biçimde bir ulus özgürlüğünü ve iradesinin üstünlüğünü dış güçlere ve iç otoritelere aynı anda kabul ettirdi.

Yönetim sistemi ekseninde değerlendirdiğimizde orijinal bir örnek olarak karşımıza çıkan 1921 Anayasası, savaş şartlarının gerektirdiği üzere meclis hükûmeti sistemini benimseyen, çeşitli etnik gruplardan elde edilen desteğin sürdürülmesi adına yerel yönetimlere tanıdığı yetkiler bakımından -belki de gereğinden fazla- müsamahakâr bir metin. Bu bakımdan zor şartların atlatılmasından sonra -büyük oranda inkılapların da istenilen hızda gerçekleştirilmesi amacıyla- gücün paylaşımı konusunda selefine göre oldukça kıskanç bir metin olan 1924 Anayasası'nın merkeziyetçi anlayışını yadırgamamak gerek. Parlamenter sistem tercihi[4] ise şüphesiz şu ana kadar ele almaya çalıştığımız sürecin ve daha da önemlisi o dönemde millet iradesinin üzerinde hiçbir kudretin olamayacağı yönünde büyük bir coşkuyla dillendirilen inancın doğal bir sonucu[5]. Türkiye bu sistemi çok partili demokratik hayatla da kaynaştırmayı başardı ve -yukarıda da bahsettiğim sarkacın devinim hareketini hatırlatır biçimde- yaklaşık yüz yıllık parlamenter sistem deneyimine iki darbe, üç muhtıra, bilinen veya kamuoyuna yansımamış sayısız yönetimi ele geçirme girişimi, onlarca ciddi toplumsal kargaşa ve istikrarsızlıkla beraber nice demokratik atılım ve uluslararası düzeyde reformu da sığdırmayı başardı. Parlamenter sistemin temel bir gereği olan çok partili siyasal hayat, sağladığı ivmenin yanında hiç beklenmeyen sorunları da doğurdu ve demokratik devlet-hukuk devleti fay hattında gerginlik hiç eksilmeksizin bugüne kadar taşındı. Askerî müdahaleler[6], bekleneceği üzere kurdukları düzenleri yeni anayasalarla pekiştirmeyi ihmal etmediler ancak yönetimi ele geçirmedeki hoyratlıkları kendisini bu aşamada da hissettirdi[7]. O halde; bugün dahi

---

4 Sevinç, Murat, *Prof. Dr. Mümtaz Soysal'a Armağan*, Yıl 2009, s.425. *"Tartışmalar sırasında Mustafa Kemal'in kişiliğine yönelik saygı ve iltifat hissedilmekle birlikte, Cumhurbaşkanının konumunu güçlendirmeye yönelik bazı komisyon önerileri de reddedilmiştir."* Sevinç bunlara kanunun Cumhurbaşkanı tarafından ilan zorunluluğu için meclisin adi çoğunlukla yeniden kabulünün yeterli sayılması, anayasa ve bütçe yasalarının geri gönderilememesi ve başkomutanlığın meclisin manevi kişiliğinde bırakılıp ancak temsilinin Cumhurbaşkanı tarafından yapılması gibi örnekler veriyor. Doğrusu meclisin Max Weber'in ünlü tabiriyle "karizmatik otorite"ye oldukça yakın bir örnek teşkil eden Mustafa Kemal'le böylesi bir pazarlığa girişmesi o dönem için takdire şayan, bugün meclisin geldiği nokta içinse hafif tabirle düşündürücü.

5 Anayasa metnine de yansıyan bu inancın, meclis çoğunluğunu elde eden partilerin kendilerini, düzenleme yapma konusunda hiçbir sınıra tabi değilmişçesine rahat hissetmelerine ve anayasa yargısının ülkemize gelişindeki gecikmeye de bir anlamda sebep olduğunu ekleyelim.

6 Lewis, *op. cit.*, s.xii. Lewis, Türk ordusunun periyodik aralıklarla beklenir hale gelen bu müdahalelerini coğrafyanın getirdiği olağan bir zorluk olarak değerlendirirken bu müdahalelerin ilan edilmiş ortak hedefi olan istikrarın tesisini sağladıktan sonra sivil siyasete geçişe müsaadelerini ve hatta kendi siyasi adaylarının yenilgisini kabullenmelerini ise parlamenter demokrasiye yönelik benzersiz bir itimat (!) olarak nitelendiriyor. (Ünlem işareti bana ait).

7 Tanör, Bülent, *İki Anayasa 1961-1982*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 5. Baskıdan tıpkıbasım, 2019, s.168. Tanör, 1950-82 dönemini kapsayıcı biçimde ele alan

aşmak için vakit ve enerji sarf ettiğimiz kronik sosyal ve siyasal problemlerin köklerinin bu kaotik dönemlere dayandığını öne sürmek, anayasa ve yönetim sistemi meselelerinin Türk toplumunda -ve hatta duayen kabul edilebilecek siyasetçilerimizde- adeta takıntı derecesine varmasının[8] nedenlerini iğneyle kuyu kazar gibi bu travmalarda aramak o kadar da yadırganacak bir iş olmamalıdır.

II. 21. YÜZYILDA SİSTEM TARTIŞMALARININ DÖNÜŞÜMÜ

Türkiye, "24 Ocak Kararları" olarak da bilinen liberal ekonomiye geçiş iradesini dışa vurduktan sonra gerek sosyal ve ekonomik gerekse siyasal anlamda hiç olmadığı kadar hızlı bir evrimleşme sürecine girdi. 1982 Anayasası'nın darbe öncesindeki siyasal figürleri neredeyse tamamen budayarak oluşturduğu yeni atmosfer ile -büyük oranda demokratik devlet ilkesi bakımından fedakarlıklarda bulunularak- istikrarsızlıkları daha kolay aşmaya ve sistemsel düğümleri kriz aşamasına gelmeden çözmeye yönelik bugün öğretide "rasyonelleştirilmiş parlamentarizm araçları"[9] olarak bildiğimiz metotların devreye alınması, bu dönemin şekillenmesinde etkili oldular. Anavatan Partisi bu avantajları kullanmasını bildi ve yetmişli yılların alışılmış kısa ömürlü hükûmetlerinden farklı olarak sekiz yıllık -göreceuzun bir tek parti iktidarı yakaladı. O dönem dünya görüşünü topluma önemli ölçüde aksettiren Başbakan -ve devamında 8. Cumhurbaşkanı- Turgut Özal ile sonrasında aynı koltuklara oturan Süleyman Demirel, Türkiye'de ilk kez başkanlık sisteminin kamuoyu önünde tartışılması için çaba gösterdiler [10]. Ancak bu fikir; şiddetini katbekat artıran terör

---

cümlesinde durumu şöyle özetliyor: *"...ana çizgileriyle ortaya konduğu gibi, yeni anayasa yapılırken, sanki yalnız 1980 öncesinde yaşanan olaylar göz önünde bulundurulmuş, 1950-60 arasının siyasal ve sosyal demokrasi sorunları ile bunlara 1961 Anayasasıyla getirilmek istenen çözümlerin olumlu yanları göz ardı edilmiştir... Elbette 'iyi bir anayasa' toplumun ve demokrasinin sorunlarını çözmeye yetmez; ama toplumun gerisinde kalan bir anayasa da demokrasi, özgürlük, eşit ve dengeli gelişme taleplerine getirdiği engellerle, büyük bunalımların besleyicisi ve körükleyicisi olur."*

8 Mümtaz Soysal, *Dinamik Anayasa Anlayışı*, Ankara, Sevinç Matbaası, 1969, s.1. Soysal'ın büyük bir haklılıkla ve çok daha veciz bir şekilde ifade ettiği gibi: "Anayasa sözünün bıkkınlık verecek kadar sık kullanıldığı başka bir toplum bulmak herhalde çok güç. Türk toplumu, her tartışmasında, her yazısında, her söylevinde anayasa sözünün edildiği bir toplum oldu."

9 Gözler, Kemal, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, Bursa, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 11. Baskı, 2019, s.255-257. Gözler, hükûmete istikrar ve etkinlik kazandırmaya yönelik araçlar olarak ikiye ayırdığı metotlar arasında; hükûmetin güven oylamasız göreve başlaması, bahsi geçen oylamada hükûmetin kurulması için gereken oy çoğunluğunun düşürülmesi, meclisin fesih tehdidi altında güven oylamasına götürülmesi gibi uygulamaları saymaktadır. Bu yöntemlerin zayıf hükûmetleri destekleyeceği şüphesiz açık ancak demokrasiyle ne kadar bağdaştıkları da kanımca bir o kadar su götürür.

10 Birand, Mehmet Ali, "32. Gün Arşivi 15 Mart 1993 tarihli '32. Gün' programı", *https://www.youtube.com/watch?v=cSI3KbIaeyU*, Erişim Tarihi: 27.04.2020. Özellikle Özal'ın Cumhurbaşkanlığı döneminde partisiyle olan bağlarının gevşemesinin ve meclis üzerindeki kontrolünün azalmasının da etkisiyle başkanlık sisteminin sıkı bir

sorunu, peş peşe (1994, 2000 ve 2001) yaşanan ekonomik krizler, yeniden girilen koalisyonlar dönemi ve belki de en önemlisi destekçilerinin siyaset sahnesinden çekilmesiyle uzun süre tekrar Türkiye'nin gündeminde yer bulamadı.

Ancak 2002 yılı 3 Kasım seçimleriyle iktidarı -neredeyse anayasayı tek başına değiştirecek bir meclis çoğunluğuyla- elde eden Adalet ve Kalkınma Partisi, günümüze kadar uzanacak bambaşka bir dönemin kapısını araladı. Krizin etkilerini yeni yeni atlatan ve daha uzun bir süre kırılganlığını sürdürecek olan ekonomi için zaten başlatılmış olan sıkı reformlar büyük bir özveriyle sürdürüldü, ek olarak 3 Ekim 2005 tarihinde Avrupa Birliği ile tam üyelik müzakerelerine başlanması kararlaştırıldı. AB'ye girişi sağlamak için Türkiye; demokratik denetimleri, şeffaflığı, insan haklarını ve sivil özgürlükleri dikkate alan yasalar tesis etmeyi hedefleyen, etkileri önemli ve geniş kapsamlı olan siyasal ve yargısal reformları uygulamaya sokmak zorundaydı[11].

Dikkatlerin bu geniş kapsamlı atılımlardan -dürüst olmak gerekirse- bu sefer pek de sistemden kaynaklanmayan bir krize çevrilmesi ise böyle durumlara alışık olan Türkiye için hiç zor olmadı. 2007 yılı Cumhurbaşkanlığı seçiminden yaklaşık dört ay önce ortaya atılan, esasen -meclisin toplantı ve karar yeter sayılarıyla ilgili- teknik bir anayasa hukuku anlaşmazlığına dayanan tartışmalar gitgide büyüdü ve Anayasa Mahkemesi'nin bugün pek iyi anılmayan kararıyla[12] tarihe "367 Krizi" olarak geçti. 27 Nisan'da mecliste düzenlenen ilk tur seçimlerin ardından gece yarısı Genelkurmay Başkanlığı'ndan gelen ve son derece tehditkâr bir üslup taşıyan açıklama erken seçime giden yolu iyice belirginleştirdi[13]. Cumhuriyet Mitingleri, laiklik ve türban

---

destekçisi olduğunu anlıyoruz. 1993 yılında vefatından kısa bir süre önce katıldığı televizyon programında fikirlerini şöyle açıklamıştı: "... Başkanlık sistemi diyorum ben, tabi Fransa gibi değil daha çok Amerika'ya yakın. (Denetim mekanizmalarının nasıl işletileceği yönündeki soruya cevaben ise) Bugün denetim yok, ben tam aksini iddia ediyorum. Çünkü hükûmet koalisyon da olsa tek parti de olsa meclise hâkim oluyor, isterse meclisten hiçbir araştırmayı geçirtmeyebilir. Halbuki başkanlık sisteminde kesin olarak kuvvetler ayrımı var, Amerikalılar buna 'check and balance' derler. Yani karşılıklı bir denge vardır..."

[11] Zürcher, Erik Jan, *Modernleşen Türkiye'nin Tarihi*, İstanbul, İletişim Yayıncılık, 4. Basımın 1. Baskısı, 2018, s.377. Zürcher devamında ekliyor: "...Avrupa'nın bir parçası haline gelmek, Türk halkından genel destek gören bir tutkuydu. Seçkinler için bu kısmen ideolojik bir meseleydi, çünkü Türkiye'nin Avrupa'ya demir atması, yönünü Batı'ya çevirmesini garantileyecekti. Halkın çoğunluğu içinse bu daha çok, daha iyi ve daha zengin bir yaşam tarzı için pragmatik bir arzuydu..."

[12] Anayasa Mahkemesi, 1 Mayıs 2007 Tarih ve E. 2007/45, K. 2007/54 Sayılı Karar, *Resmî Gazete*, 27.06.2007, Sayı 26565.

[13] Hürriyet gazetesi, "Genelkurmay'dan çok sert açıklama", *https://www.hurriyet.com.tr/gundem/genelkurmaydan-cok-sert-aciklama-6420961*, Erişim Tarihi: 27 Nisan 2020. 27 Nisan 2007 gecesi yayımlanan ve sonradan Genelkurmay Başkanı Yaşar Büyükanıt'ın kendisinin kaleme aldığını kamuoyuna açıkladığı metin, yazılış tarzı bakımından son derece problemli ve demokratik bir hukuk devletinde asla kabul edilemeyecek bir içerikteydi. "Son günlerde, Cumhurbaşkanlığı seçimi sürecinde öne çıkan sorun,

tartışmalarının sürece dahil edilmesi, Anayasa Mahkemesi'nin tartışmaları körükleyen kararı ve üstüne üstlük askerin açıkça taraf olarak ortaya çıkması, -adeta merkez-çevre[14] okumalarını haklı çıkarır biçimde- belli meselelerde toplumun iki büyük kutbu arasında derin fay hatları ve ciddi güven problemleri oluşabileceğini ortaya koydu. Erken seçimden kuvvetlenerek çıkan iktidar partisi, benzer bir sıkıntının tekrarlanmasını engellemek amacıyla başta Cumhurbaşkanını halkın seçmesi olmak üzere anayasada bir dizi değişiklik yapılması için ülkeyi 21 Ekim 2007 tarihinde referanduma götürdü. Halktan %69,1 oranında destek alan değişiklik teklifi[15], Türkiye'de -yasal düzlemin de farklılaşmasıyla- sistem tartışmalarının artık çok daha ciddi bir şekilde yapılmaya başlanacağının habercisi oldu.

III. YENİ BİR GÖMLEK: CUMHURBAŞKANLIĞI HÜKÛMET SİSTEMİ

Hükûmet sistemleri için gömlek yakıştırması ülkemizde uzun süredir yapılıyor. Hatta 1961 Anayasası'nın "bol", 1982 Anayasası'nın ise ülkemize "dar" geldiği yönünde -konuyla doğrudan bir ilgisi olmayan vatandaşlarımızda dahi- genel bir ön kabul mevcut diyebiliriz. Ancak süregelen bu yeni anayasa tartışmalarının -her ne kadar günümüzde polemiklerin belkemiğini yönetim sistemi ile ilgili olanlar oluştursa da- başlarda daha çok Türk demokrasisinin güçlendirilmesi, hak ve özgürlükler alanının genişletilip daha esaslı güvencelerle korunması ve hukukun üstünlüğünün gerçek anlamda yerleştirilmesi çerçevesinde

---

laikliğin tartışılması konusuna odaklanmış durumdadır... Unutulmamalıdır ki, Türk Silahlı Kuvvetleri bu tartışmalarda taraftır ve laikliğin kesin savunucusudur... gerektiğinde tavrını ve davranışlarını açık ve net bir şekilde ortaya koyacaktır... Türk Silahlı Kuvvetleri, bu niteliklerin korunması için kendisine kanunlarla verilmiş olan açık görevleri eksiksiz yerine getirme konusundaki sarsılmaz kararlılığını muhafaza etmektedir..." gibi ifadeler içeren açıklama açık bir darbe tehdidi niteliğindeydi.

14 Mardin, Şerif, "Türk Siyasasını Açıklayabilecek Bir Anahtar: Merkez-Çevre İlişkileri", *in* Mümtaz'er Türköne ve Tuncay Önder (der.), *Türkiye'de Toplum ve Siyaset Makaleler 1*, İstanbul, İletişim Yayıncılık, 2003. (Türk Siyasasını Açıklayabilecek Bir Anahtar: Merkez-Çevre İlişkileri). s.35: Mardin'in Edward Shils'in "Center and Periphery"sinden esinlenip Türk toplumsal ve siyasal yaşamına uyguladığı, çoğunlukla Ran Hirschl'ın "hegemonik koruma" ve -anayasa yargısı bağlamında- "jüristokrasi" tezleriyle desteklenen yaklaşımı. Kurucu elitin/blokun çevreyle yaşadığı çatışmalarda bürokrasi, ordu, yargı, üniversiteler ve sivil toplum kuruluşları gibi güçler aracılığıyla korumacılığını sürdürmeye çalıştığı yönünde yorumlarla desteklenen bu yaklaşım kanaatimce 2007'de yaşanan krizle büyük oranda uyumlu ve oldukça aydınlatıcı. Ancak günümüz şartlarında, politika ve fikirleri sadece merkez-çevre ilişkileri ekseninde üretmek abartılı bir indirgemecilik olur. Zira çevreden gelenler çoktan merkezi ele geçirmiş, hatta yerlerini sağlamlaştırmak için sıkı önlemler almış gibi gözüküyorlar.

15 31 Mayıs 2007 tarih ve 5678 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun.

gerçekleştiğini hatırlamalıyız[16]. Ancak özellikle 2007 referandumunun ardından, halkın oyuyla seçilmiş bir Cumhurbaşkanının sistemdeki yeri üzerine hararetle yapılan tartışmalarda da haklı olarak dikkat çekildiği üzere, Türkiye'nin bu çapta bir değişimden sonra parlamenter sistemi sorgulamaması şüphesiz çok zordu[17].

Nitekim olaylar da adeta bu öngörüleri haklı çıkarmak istercesine gelişti. Yeni Cumhurbaşkanı olarak oldukça güçlü bir politik figürün göreve gelmesi, 7 Haziran ve 1 Kasım 2015 Genel Seçimleri arasında -parlamenter sistemi belki de en zayıf noktasından, istikrarsızlıklara karşı savunmasız olması yönünden vuracak olan- kısa ama iz bırakan bir uzlaşmazlık dönemi yaşanması ve son olarak 15 Temmuz 2016 Darbe Girişimi'nin ardından hükûmetin geniş bir kamuoyu desteğini arkasına alması halkta başkanlık sistemine olan sempatiyi artırdı. Ve tüm bunların üzerine Türkiye, kendine daha uygun bir gömlek arayışının yeni bir halkası olarak sandık başına gitti. Çok tartışmalı bir kampanya aşamasının ardından 16 Nisan 2017 tarihinde gidilen halkoylamasından[18]

---

[16] Hakyemez, Yusuf Şevki, "Hükümet Sistemi Arayışları ve Yeni Anayasa", *in* Ece Göztepe ve Aykut Çelebi (der.), *Demokratik Anayasa Görüşler ve Öneriler*, İstanbul, Metis Yayınları, 2012, s.293-294. Öyle ki 2007 yılında çalışmalarına başlandığını gördüğümüz yeni ve demokratik bir anayasa yapım sürecine katkıda bulunmak için derlenen bu eserde konuyu yönetim sistemi bağlamında ele alan Hakyemez, hükûmet sisteminin anayasa sorunları içinde öncelikli bir yeri olduğunu söylemenin zor olacağını belirtmiştir. Olumlu ve olumsuz yönleriyle Türkiye'nin bir parlamenter rejim deneyimi olduğunu ekleyen Hakyemez, bu konuda radikal değişimlere gitmek yerine edinilen tecrübelerden de faydalanılarak mevcut sistemin eksik yönlerinin kapatılmasının daha doğru olacağı tespitinde bulunmuştur.

[17] Gözler, Kemal, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Bursa, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 24. Baskı, 2019, s.305. Gözler de bu duruma dikkat çekmiş ve Türkiye'de 28 Ağustos 2014 (12. Cumhurbaşkanı Recep Tayyip Erdoğan'ın yemin edip göreve başlaması) ile 9 Temmuz 2018 (16 Nisan 2017 referandumuyla onaylanan 6771 sayılı Anayasa Değişikliği Kanunu'nun ilgili hükümlerinin yürürlüğe girişi) arasında yaşanan yönetim pratiğinin fiilen olmak bir yana kâğıt üzerinde dahi parlamenter sistem sayılamayacağını belirtmiştir. Gözler saydığı kriterler bakımından, bu dönemde neredeyse tüm unsurların parlamenter sistem özelliğini taşıdığını, ancak buna rağmen Cumhurbaşkanının doğrudan doğruya halk tarafından seçilmesinin sisteme bir yarı-başkanlık hüviyeti kazandıracağı iddiasındadır. Gözler'in bu aralıkta sistemin fiilî anlamda bir başkanlık olduğu saptamasına katılmakla beraber "teorik olarak yarı-başkanlık" iddiası bana çok doğru gözükmemektedir. Zira yarı-başkanlığı bir sistem olarak kavramsallaştıran Fransız anayasa hukukçusu Maurice Duverger, bu yönetim sisteminin şartları olarak başkanı doğrudan doğruya halkın seçmesi ve yasama organına karşı siyasal sorumluluğu olan bir hükûmetin varlığı yanında başkanın güçlü yetkilerle donatılmış olmasını da aramıştır. Her ne kadar Cumhurbaşkanının -belki de bu durumu fiilî bir değişim gerekçesi olarak öne sürmek amacıyla- partisiyle olan bağlarını gevşetmemesi, Başbakan dâhil hükûmet üzerinde etkisini sürdürmesi ve buna rağmen siyasi olarak sorumlu tutulamaması belki de başkanlıktan bile daha güçlü bir figür ortaya çıkarsa da bu dönemde teorik olarak Cumhurbaşkanının seleflerinden daha güçlü yetki kataloğuna sahip olduğunu söylemek mümkün değildir.

[18] 21 Ocak 2017 tarih ve 6771 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, *Resmî Gazete*, 11 Şubat 2017, Sayı 29976.

"Cumhurbaşkanlığı Hükûmet Sistemi"ne %51,41 oranında destek çıktı ve Türkiye, Cumhuriyet tarihinin en önemli dönemeçlerinden birinde bu çok kritik kararı vermiş oldu.

Toplumumuzun hiç olmadığı kadar korumacı refleksler geliştirmek durumunda kaldığı, tabiri caizse "kabuğuna çekildiği" 2015 ve 2017 yılları arasına bugün geri dönüp baktığımızda karşımıza "Çözüm Süreci"nin sona erdiği ve terör saldırılarındaki ciddi artışların yaşandığı, askerî kalkışmanın oluşturduğu travmatik tablonun insanları derinden sarstığı ve tüm bunlar yaşanırken Türkiye'nin uluslararası toplumdan beklediği desteği bulamadığı bir manzara çıkıyor. Şu ana kadarki gelişim seyrini incelediğimizde kendisine her zaman ihtiyatla yaklaşıldığını gördüğümüz başkanlık sistemine geçiş fikrinin hem Avrupa Birliği ile ilişkilerin hem de NATO'nun işlevinin sorgulandığı, hatta Türkiye'nin güvenilir ortaklar olarak gözünü başka coğrafyalara çevirdiği böylesi bir dönemde karara bağlanması soğukkanlı ve sağlıklı bir tartışma ve karar alma mekanizmasının işletildiği konusunda ciddi manada şüphe uyandırıyor. Zira bu gibi ciddi sorgulamaların yaşandığı ve belki de önemli eksen kaymalarına gebe olan süreçlerde, toplumlar değil mevcut konjonktürün gereklerini hesaba katmak asırlık ideallerini dahi bir kenara atabiliyorlar.

Türkiye iki yılı aşkın bir süredir "Cumhurbaşkanlığı Hükûmet Sistemi" ile yönetiliyor ve tartışmalar hâlen dinmiş değil. Gelinen noktada başkanlık sisteminin parlamenter sisteme nazaran ne gibi eksikleri olduğu veya çeşitli -yönetimsel veya siyasal- kriz senaryolarının gerçekleşmesi hâlinde, bunların sistem sınırları dâhilinde nasıl aşılacağı konusunda ayrıntılı bir çerçeve çizmeye çalışmak; hem ilgili çalışmaların fazlalığı nedeniyle tekrara düşme tehlikesi taşıması bakımından hem de kanımca bu yönde bir eleştirel yaklaşımın ileriye dönük yapıcı ve üretken bir etkisi olmayacağından pek akla yatkın görünmüyor. Bu bağlamda; akılcı bir tutumu elden bırakmadan ne getirilen eleştirileri göz ardı ederek ne de mevcut durumun iflah olmaz bir anayasa hukuku faciası olduğu ön kabulüyle hareket ederek meseleye yaklaşmak en doğrusu olacak.

Konuyla ilgili akademik çalışmalara baktığımızda bir tarafta çoğunluğu oluşturacak şekilde- sistemin olumsuz etkilerine sert bir üslupla dikkat çeken yaklaşımları[19], diğer tarafta ise -bir kısmı değişiklik

---

[19] Eroğul, Cem, "YSK, demokrasi tarihimizin en güçlü kalesini yıkmıştır.", BirGün gazetesi, 12 Şubat 2015, *https://www.birgun.net/haber/anayasa-hukukcusu-cem-erogul-ysk-demokrasi-tarihimizin-en-guclu-kalesini-yikmistir-255027,* Erişim Tarihi: 27 Nisan 2020; Göztepe, Ece, "'Mutlakî Cumhurbaşkanlığı geliyor.", Gazete Duvar, 26 Aralık 2016; *https://www.gazeteduvar.com.tr/gundem/2016/12/26/mutlaki-cumhurbaskanligi-geliyor/* Erişim Tarihi: 27 Nisan 2020; Gözler, Kemal, *Cumhurbaşkanlığı Sistemi mi, Başkanlık Sistemi mi, Yoksa Neverland Sistemi mi? 16 Nisan'da Neyi Oylayacağız?*, 28 Şubat 2017, *http://www.anayasa.gen.tr/neverland.htm*, Erişim Tarihi: 27 Nisan 2020; Sağlam, Fazıl, "Bunun adı 'reislik' sistemi", Cumhuriyet gazetesi, 13 Şubat 2017, *http://www.cumhuriyet.com.tr/haber/bunun-adi-reislik-sistemi-675505* Erişim Tarihi: 27

gerçekleşmeden önce kaleme alınan ve mevcut sistemden bağımsız olarak başkanlık modelini ele alanlar olmak üzere- sistemin pozitif yönlerini öne çıkaran tezleri[20] gözlemliyoruz.

Cumhurbaşkanlığı Hükûmet Sistemi'ne yönelik en ciddi eleştiri, yürütmede birleşen bir kuvvetler birliği getirdiği iddiasıdır. Meclisin yürütmeyi denetlemede kullanacağı sözlü soru önergesinin kaldırılması[21]; elinde kalan yazılı soru imkânının ise yürütmenin tek yetkilisi olan Cumhurbaşkanına değil, -teknik olarak meclisin güveniyle görev almayan ve siyaseten sorumsuz olan- Cumhurbaşkanı Yardımcıları ve Bakanlara yöneltilebilmesi; yasama ve yürütme organlarının - güvensizlik oyu ve seçimlerin yenilenmesi gibi- silahlar vasıtasıyla birbirlerini görevden el çektirebilmelerine parlamenter sistemden alışık olmamıza rağmen başkanlık modelinin sert kuvvetler ayrılığına dayanan özüne aykırı şekilde Cumhurbaşkanı ve meclise -kendi seçimlerinin de yenilenmesi koşuluyla- bu yetkilerin tanınması[22] ve son olarak Hâkimler ve Savcılar Kurulu üyelerini seçme yetkisinin bölüştürüldüğü meclis ve Cumhurbaşkanı (dipnot 23'te de dikkat çekileceği üzere) aynı siyasi görüşü paylaştığı takdirde, yargı

Nisan 2020; Kaboğlu, İbrahim, "100. Yıla Yeni Anayasa", Sözcü gazetesi, 17 Şubat 2020, *https://www.sozcu.com.tr/2020/gundem/100-yila-yeni-anayasa-5629006/* Erişim Tarihi: 27 Nisan 2020; Turan, İlter, *Başkanlık Sistemi Sevdası: Zayıf Temelli Bir Özlem*; Yazıcı, Serap, *Başkanlık Sistemleri: Türkiye İçin Bir Değerlendirme*; ve hem parlamenter sistem hem de başkanlık sistemiyle ilgili daha kapsamlı değerlendirmeler içermekle beraber oylarını başkanlık sistemi yerine parlamenter sistemin kuvvetlendirilmesinden yana kullanan Ergun Özbudun, *Başkanlık Sistemi Tartışmaları* ve Erdal Onar, *Türkiye'de Başkanlık ve Yarı Başkanlık Sistemine Geçmesi Düşünülmeli Midir?*, *http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/baskanlik-sistemi.pdf*, Erişim Tarihi: 27 Nisan 2020. Hem akademik çalışmaların hem de daha günlük bir dilin kullanıldığı röportajların içinde yer aldığı bu kaynaklar, bizlere başkanlık sisteminin getiri ve götürüleriyle ilgili geniş bir perspektif sunuyorlar.

20 Uluşahin, Nur, *Anayasal Bir Tercih Olarak Başkanlık Sistemi*; Erdoğan, Mustafa, *Başkanlık Hükûmeti mi*; Erdoğan, Mustafa, *Başkanlık Sistemini Doğru Tartışmak*; Kuzu, Burhan, *Türkiye İçin Başkanlık Sistemi*; öğretide azınlıkta kaldığını gördüğümüz başkanlık sisteminin olumlu taraflarına odaklanan görüşün argümanları içinse bu kaynaklar faydalı olacaktır.

21 Burada gensoru önergesini de saymak doğru olmayacak. Zira Bakanlar Kurulu'nun TBMM'ye karşı siyasi sorumluluğun doğal bir sonucu olan gensorunun, artık Cumhurbaşkanına tabi çalışan bir çeşit sekreterden farksız olan bakanların denetlenmesi için meclise bir araç olarak verilmesi sert kuvvetler ayrılığına dayanması gereken başkanlık modeliyle zaten uyumlu olmazdı.

22 Bu konu; gerek meclis Cumhurbaşkanının görevine son vermek için -anayasayı değiştirmeye yetecek kadar- nitelikli bir çoğunlukla ihtiyaç duyarken Cumhurbaşkanının istediği sıklıkta ve her an bu kararı alabilecek durumda olması gerekse seçimlerin kim tarafından yenilenecek olursa olsun -aynı normal koşullarda yapılan seçimlerde olacağı gibi- meclis ve Cumhurbaşkanı için aynı günde yapılacak olması yani çok yüksek ihtimalle hem parlamentoda hem de Cumhurbaşkanlığı makamında aynı siyasi görüşün egemen olacağı endişeleriyle eleştirilmektedir. Bilhassa ikinci durum, yasamanın yürütmeyi sıkı bir denetim altında tutmasına dayanan başkanlık modelinin esas niteliğinin kâğıt üzerinde kalacağı şeklinde yorumlanmaktadır.

bağımsızlığını tehlikeye düşürebilecek bir tablonun ortaya çıkma ihtimalinin dillendirilmesi[23] sistemin kuvvetler ayrılığını zedeleyebilecek yönlerine dikkat çeken bazı eleştiriler olarak göze çarpıyor.

Bunlara ek olarak Cumhurbaşkanının yürütme ile ilgili görevlerini sürdürmesi için kendisine sağlanan bazı kolaylıklar da eleştirilerin bir başka odak noktasını oluşturuyor. Parlamentonun bütçe yapma yetkisinin dolaylı olarak Cumhurbaşkanına devredildiği yönündeki iddialar[24] ve yüksek bürokrasi ile yüksek yargıya atama yapma hakkının genişliğine rağmen Cumhurbaşkanının -yetki ve sorumluluklarda paralellik ilkesine aykırı olarak- aynı oranda mesul tutulamadığının ileri sürülmesi bu başlık altında sayılabilecek örnekler[25].

Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi çıkarma yetkisiyle ilgili eleştirileri ise -eski sistemdeki KHK'lerin aksine yetki kanununa ihtiyaçları olmadığı ve meclis onayına sunulmalarına da gerek olmadığı için- bir düzenleyici araç olarak neredeyse genel bir ilke konumuna çıkarılmaları ve hem münhasıran kanun ile düzenlenmesi gereken konular hem de açıkça kanunlar ile düzenlenen konular bağlamında yaşanabilecek

---

[23] Anayasa 159/f.2 ve 3'e göre 13 HSK üyesinin (Adalet Bakanı, Adalet Bakanı Yardımcısı ve diğer 4 üye olmak üzere) altısı Cumhurbaşkanı; yedisi de Meclis Genel Kurulu tarafından seçilmektedir. Bu tablo göz önünde bulundurulduğunda eleştirilerin pek de haksız olmadığı görülüyor.

[24] Şener, Abdüllatif, "Osmanlı Bütçeleri ve Türkiye'de Bütçe Hakkının Ortaya Çıkışında Cumhuriyet Öncesi Gelişmeler", *in* Halil İnalcık-Mehmet Seyitdanlıoğlu (der.), *Tanzimat Değişim Sürecinde Osmanlı İmparatorluğu*, Ankara, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 8. Basım, 2019, s.744. Bütçe yapma yetkisinin bu denli öne çıkarılmasının bir sebebi de tarihsel anlamı: 1215 tarihli Magna Carta Libertatum'dan beri, hükûmet sisteminden bağımsız olarak, yapılmasının münhasıran ve asli bir yetki olarak meclise tanınması için büyük mücadeleler verilen bütçe, hükümdarın yetkilerinin kısıtlanması bakımından muazzam bir kazanım olarak nitelendiriliyor. Monarka meclisle olan ilişkilerindeki sınırını sürekli hatırlatan bütçe silahı, sonraki süreçte hükümdardan koparılacak tavizler bakımındansa sürekli bir öneme sahipti. Buradan yola çıkan eleştiriler, 6771 sayılı değişikle eklenen "Bütçe kanununun süresinde yürürlüğe konulamaması halinde, geçici bütçe kanunu çıkarılır. Geçici bütçe kanununun da çıkarılamaması durumunda, yeni bütçe kanunu kabul edilinceye kadar bir önceki yılın bütçesi yeniden değerleme oranına göre artırılarak uygulanır." şeklindeki 161. Madde 4. Fıkra hükmünün, Cumhurbaşkanına verilmiş -söz konusu tarihsel kazanımı tersine çevirecek derecede- büyük bir taviz olduğunu öne sürmektedirler. Her ne kadar Türkiye'de meclisin bütçeye onay verme sürecinin gelişimine baktığımızda Batı'daki gelişmelerin aksine toplumsal bir baskı olmaksızın, pratik amaçlarla başta devlet adamlarının Batı kurumlarını aktarma çabalarının bir parçası olarak gelişmiş olduğunu görsek de bu durum şüphesiz bütçe yapma yetkisinin Türkiye özelinde de bir kazanım olduğu gerçeğini değiştirmez. Cumhurbaşkanının TBMM ile uzlaşmaya ihtiyaç duymayabileceği bir tabloyu önümüze koyan kritiklerin ne denli haklı olduğu muhtemel bir bütçe anlaşmazlığında sanırım daha iyi anlaşılır hale gelecek.

[25] Bu eleştiriye dayanak olarak, örnek bir başkanlık modeli sunduğu neredeyse genel kabul gören Amerika Birleşik Devletleri'nde Başkanlık tarafından Yüksek Mahkeme, alt federal mahkemeler ve yürütme organındaki kilit pozisyonlara atanan kişilerin göreve başlamadan önce Kongre'nin bir kanadı olan Senato'nun onayına tabi tutulmaları gösterilmektedir.

çatışmaların -Anayasa Mahkemesi'ne de böyle bir yetki verilmediğine göre- ne şekilde çözüleceği[26] gibi temel sorular etrafında toparlanabilir.

Ayrıca yine önceki işleyişin aksine, meclisin Cumhurbaşkanı tarafından tekrar görüşülmek üzere geri gönderilen kanunu aynen kabul etmek için basit çoğunluğun değil üye tam sayısının salt çoğunluğunun oyuna ihtiyaç duyması[27] yani bir anlamda Cumhurbaşkanının "geciktirici" değil "güçleştirici" veto yetkisine sahip olması, sonuç olarak meclisin kanunu çıkarmak için Cumhurbaşkanına birtakım tavizler vermek veya yasayı çıkarmaktan vazgeçmek gibi bir ikileme sokulmasıyla ilgili kritikler de dillendiriliyor.

Son olarak[28] eleştiriler Cumhurbaşkanının cezai sorumluluğunu düzenleyen ve aslında önceki sistemde Bakanlar Kurulu'nun tabi olduğu esasları tekrarlayan Anayasa m.105/3 hükmündeki değişiklikle beraber aranmaya başlanan yeni ve daha nitelikli çoğunluklar ekseninde dile

---

[26] Özbudun, Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara, Yetkin Yayınları, 19. Basım, 2019, s.164-172. Buraya gelmişken mahfuz alan tartışmalarına da değinmek gerekli. Öğretide rastladığımız bir görüş; Anayasa'nın m.104/9, m.106/11, m.108/son ve m.118/6 hükümlerinde ele alınan belli konularda, kanunun diğer maddelerdeki kullanım olan "…Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile düzenlenebilir" ifadesi yerine …Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile düzenlenir" deyimini tercih etmesini yürütme organına mahfuz bir düzenleme alanının tesis edildiği yönünde yorumlamıştır. Doktrinde daha geniş bir şekilde paylaşıldığını gördüğümüz ve benim de katılmayı tercih ettiğim yaklaşıma göreyse konuyu bu denli lafzi şekilde yorumlamak yanlış olacaktır. Zira mahfuz alanın varlığını kabul etmek Anayasa'nın özünde var olan yasama yetkisinin genelliği ilkesine doğrudan, aslîliği ve devredilmezliği prensiplerine ise dolaylı yoldan aykırılık oluşturan bir yaklaşım anlamına gelecektir.

[27] Karşılaştırma için bakınız: Dipnot 4'te yer alan, 1924 Anayasası tartışmalarında rastladığımız, meclisin Cumhurbaşkanının yeniden görüşülmesi için geri gönderdiği kanunun tekrardan kabulü için komisyonun-Mustafa Kemal'in hazırladığı taslağa uygun olarak- önerisinde yer verdiği 2/3'lük oranın aksine adi çoğunluğun yeterli sayılması konusunda ısrarcı olması ve talebini kabul ettirmesi.

[28] Göztepe, Ece, "'Cumhurbaşkanlığı' Sistemine Geçiş ve Anayasa Değişikliği", *Güncel Hukuk*, Yıl 2017, Sayı 159, s.48-51. Metinde yalnızca çok temel olanların yer alması için dışarıda bırakmak zorunda kaldığım diğer eleştirilerin bazılarıysa şöyle: Anayasa m.101/2 hükmünde bir kimsenin en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilmesi yönündeki düzenlemeye rağmen m.116/3'te ikinci dönemini çalışan Cumhurbaşkanının meclis tarafından seçimlerin yenilenmesi halinde bir defa daha aday olabileceği yönündeki Anayasa içi çatışma normu olarak nitelendirilebilecek hüküm; yürütme organının tek yetkilisi ve yeni konumu gereği tartışmasız şekilde taraflı olan Cumhurbaşkanının, yemin metninin aynı bırakılmasından dolayı "görevini tarafsızlıkla yerine getirmek için çalışacağı" üzerine ant içmek durumunda bırakılması ve Anayasa 106/1 uyarınca Cumhurbaşkanının bir veya birden fazla yardımcı atayabilmesi ancak kendisine vekâlet edilmesi gereken durumları düzenleyen sonraki fıkrada yalnızca bu görevi Cumhurbaşkanı Yardımcısı'nın yapacağının belirtilmesi yani eğer sayıları birden fazlaysa hangi yardımcının Cumhurbaşkanına vekâlet edeceği gibi basit bir hususun düzenlenmemiş olması. Ayrıca başkanlık sistemiyle ilgili daha genel düzeyde yapılan; sistemin rejim krizlerine yol açabilecek ölçüde katı olması, siyasal kutuplaşmaya yol açma tehlikesi taşıması, yasama organı da hesaba katıldığında çift meşruluk sorunu ortaya çıkarma olasılığı ve iktidarın kişiselleşmesine yol açabilecek olması gibi eleştiriler de şüphesiz bunlara eklenebilir.

getirilmektedir[29]. Bu yargıların çıkış noktası, meclisin zaten mevcut durumda Cumhurbaşkanını siyaseten soruşturma enstrümanlarını büyük ölçüde kaybetmiş bulunduğu ve yürütmenin gerek adi suçlar gerekse göreviyle ilgili suçlarından dolayı cezai bakımdan soruşturulma imkânının da zorlaştırılması halinde başkanlık modelinin çok temel bir prensibinin işlevsiz hale getirilmiş olacağı tezidir.

Genel bir çerçeve çizmek gerekirse; başkanlık sistemi doğası gereği, iyi işlemek için etkili denge ve denetim mekanizmalarına muhtaç görünüyor. Esas bu olunca; söz konusu araçları ülkenin kendine has federal yapısı, partiler sistemi, Temsilciler Meclisi ile Senato'nun yeri ve diğer unsurlarla tam olarak kaynaştıran Amerika Birleşik Devletleri'nin başkanlık modeli denilince akla gelen ilk ve en parlak örnek olması şaşırtıcı değil[30].

Türkiye özelinde Cumhurbaşkanlığı Hükûmet Sistemi'ne destek olanlar; Türk demokrasi geleneğinin koalisyon hükûmetlerinin başarılı olmasını sağlayacak uzlaşmacı ve işbirlikçi yapıdan yoksun olduğu[31],

---

[29] Düzenleme yukarıda da dikkat çekildiği üzere Bakanlar Kurulu için öngörülen meclis soruşturması prosedürünün Cumhurbaşkanı için yapılmış bir tekrarından ibaret. Ancak değişen oranlar hakkında bilgi edinmek faydalı olacaktır: Soruşturma açılmasının istenmesinde Başbakan ve Bakanlar için meclis üye tam sayısının en az onda birinin vereceği önerge gerekiyorken bu oran 6771 sayılı değişiklikle artık yürütme organının tek yetkilisi haline gelen Cumhurbaşkanı için üye tam sayısının salt çoğunluğuna; önergenin kabul edilmesi için gereken milletvekili sayısı Başbakan ve Bakanlar için basit çoğunlukken mevcut durumda Cumhurbaşkanı için üye tam sayısının beşte üçüne; son olarak Yüce Divan'a sevk kararının alınmasında Başbakan ve Bakanlar için üye tam sayısının salt çoğunluğu aranıyorken halihazırda Cumhurbaşkanı için üye tam sayısının üçte ikisine çıkarılmıştır.

[30] Özbudun, *op. cit.*, s.321-323. Başkanlık sistemi denilince akla ilk ABD'nin gelmesi modelin diğer uygulandığı ülkelerde de benzer bir başarı sergilediği anlamına gelmiyor. Sıkça askerî darbeler, popülist otoriter rejimler ve anayasa krizleriyle gündeme gelen ve neredeyse tamamı başkanlık ile idare edilen Latin Amerika ülkeleri buna iyi bir örnek. Arjantinli siyasal bilimci Guillermo O'Donnell, bu tür örneklerin demokrasinin tam anlamıyla askıya alınmadığı dönemlerde dahi kurumsallaşmış birer hürriyetçi demokrasi sayılamayacağını, ancak birer "delegasyoncu demokrasi" olarak kabul edilebileceğini öne sürmüştür. Hesap verilebilirlik, mahkemelerin ve yasama organının rolü ve diğer dengeleyici faktörler; bu tür sistemlerde, başkana vekâleten verilmiş olan sınırsız otoritenin önündeki can sıkıcı engeller olarak görülürler. Başkanın yalnızca beş yılda bir gerçekleşecek seçimlerde halka hesap vermesinin yeterli görüldüğü bu tür rejimlerin her şeye rağmen başkanlık olarak tanımlanması, sistemin kâğıt üzerindeki tanımının yanında oldukça iyimser bir tutumdur. Profesör Özbudun bu görüşlerden yola çıkarak Türkiye'nin yeni modelinin en iyi ihtimalle bir "delegasyoncu demokrasi" biçiminde işleyeceğinin tahmin edilebileceğini söylemektedir.

[31] Bu yöndeki tespitler bazen, parlamenter sistemin yalnızca Kuzey Avrupa ükelerinde etkin şekilde uygulanabildiği -Türkiye dahil- Güney Avrupa ülkelerinin kendilerine has özellikleri nedeniyle modeli yürütmede sıkıntılar yaşamasının kaçınılmaz olduğu biçiminde de dillendiriliyor. Her ne kadar İtalya'nın son dönemde yaşadığı koalisyon buhranları, İspanya'nın son beş yıl içinde dört kez erken genel seçime gitmesi ve mali sıkıntılarının yanında siyasal krizleriyle de zaman zaman gündeme gelen Yunanistan bu saptamayı haklı çıkarıyor gibi dursa da ben hala peşin hüküm vermenin yanlış

birbirlerine rakip olan partilerin bu gönülsüz ve kırılgan birlikteliklerinin ülkenin can alıcı siyasal ve ekonomik sorunlarını aşacak kuvvetli iradeyi ortaya koyamayacağı, her ne kadar 1982 Anayasası yürütmeyi güçlendirecek hükümler getirmiş olsa da[32] istikrarsızlıkların sistemin doğası gereği kaçınılmaz olarak sürdüğü, kimin elinde olursa olsun tek parti iktidarlarının tarihsel olarak daha güçlü performanslar sergilediğinin görüldüğü, başkanlık sisteminin -daha önce de bahsedildiği üzere- vesayetle mücadelelerinde seçilmiş hükûmetlerin elini rahatlatacağı ve son olarak özellikle 2007 referandumuyla birlikte Cumhurbaşkanını halkın seçmesi kararlaştırıldıktan sonra sistemin zaten geri dönülemeyecek şekilde başkanlığa yakınsadığı biçiminde özetlenebilecek birtakım argümanlar ortaya koyuyorlar.

Ayrıca gelişmekte olan bir ülke olarak Türkiye'nin, her anlamda dünyayla entegrasyonunu tamamlamak için hızlı karar alma süreçlerini hayata geçirmesi gerektiği; yakın bir örnek olarak 7 Haziran ve 1 Kasım 2015 Genel Seçimleri arasında olduğu gibi yaşayabileceği belirsizlik dönemlerinin, bu amacın önündeki en büyük engellerden olduğu şeklindeki tezleri de eklemek gerek.

IV. SONUÇ VE DEĞERLENDİRME: "TÜRK TİPİ" BAŞKANLIĞIN GELECEĞİ, TAMAM MI DEVAM MI?

Doğrusunu söylemek gerekirse, Türkiye'nin başkanlık sistemi deneyiminin pratik sonuçlarını tüm yönleriyle değerlendirebilecek bir veri topluluğuna henüz sahip değiliz. Zira 9 Temmuz 2018'den beri uyguladığımız modelin sağlıklı çıktılarına normal şartlarda dahi birkaç yılda erişebilecekken artık ülkemizin geçen iki yıla yakın sürede yaşadığı 2018 Ağustos ekonomik sarsıntısı, 9 Ekim 2019'da başlayan Barış Pınarı ve 27 Şubat 2020'de başlayan Bahar Kalkanı Harekâtları, terör örgütleriyle devam eden mücadele ve son olarak küresel bir tehdit olarak karşı karşıya kalınan Korona virüs salgını gibi olağanüstü durumların etkilerinin bertaraf edilmesini de beklemek durumundayız ki bu durum tarihleri şüphesiz biraz daha öteleyecek. Ancak sistemin kabul edildiği referandumdaki oy oranlarının yakınlığından halihazırda ele almış olduğumuz eleştirilere, toplumun beklentilerinden hem mevcut hem de seçim dönemi yaklaştıkça karşımıza çıkmasını beklediğimiz siyasi atmosfere kadar bütün göstergeler, modelin Türkiye için bir tartışma konusu olmaya devam edeceğinin sinyallerini şimdiden veriyor.

---

olduğu fikrindeyim. Unutmamalıyız ki Almanya'da 24 Eylül 2017 tarihindeki seçimin ardından hükûmet 14 Mart 2018'de güvenoyu alana kadar tam yüz yetmiş günlük oldukça uzun bir yönetim krizi yaşanmıştı. Ek olarak hükûmeti kuramama rekorunu hâlen elinde bulunduran Hollanda'da 15 Mart 2017 seçimlerinin ardından tam iki yüz dokuz gün herhangi bir sonuca varılamamıştı. Kanımca tüm bu örnekler parlamenter sisteme yönelik birer eleştiri sebebi olabilir, ancak bölgeleri veya ülkeleri ayrıştırmak ve bazılarının diğerlerine nazaran demokrasiye daha az elverişli olduğunu öne sürmek oldukça hatalı bir yaklaşım.

[32] Özbudun, *op. cit.*, s.62-64.

Şüphesiz böylesine çetrefilli bir meseleye kâğıt üzerinde çözüm bulmak ne düşünüldüğü kadar kolay ne de bu yazının amacı. Ancak sistemin ve onunla birlikte Türkiye'nin doğru istikamette ilerlemesini ne kadar istiyorsak bizleri beklediği açık olan bu tartışma ortamına da o kadar hazır olmamız gerekiyor. Doğru yönün ne taraf olduğunu ise şüphesiz en şaşmaz şekilde, iki asırdır süregelen demokrasi geleneğimiz tayin edecektir.

Bu bağlamda İlber Ortaylı, "Osmanlı Batılılaşması Batı'yı hayranlıkla tercihin değil, zorunluluğun sonucudur." derken[33] Kemal Karpat adeta tamamlarcasına "Türkiye'nin millî hedefleri Batı ölçülerine göre tespit edilmiş olduğundan, yurdun siyasi başarıları ve eksiklikleri yine Batı ölçülerine göre değerlendirilmelidir." tespitini yapıyor[34]. Açıkçası tüm bunlar bize görünen köyün kılavuz istemediğini, ülkemizin saptırılamayacak hedeflerini daha kurulurken belirlemiş olduğunu açıkça anlatıyor.

Bu tespitlerden hareketle bu noktadan sonra yapılması gerekenin tartışmaları en aza indirecek reformlara[35] bir an önce başlamak ve başkanlık sistemini -siyasal sistemimizin ıslaha muhtaç diğer parçaları ile eşgüdümlü olarak- Türk halkının içine sinmiş, dünya standartlarında kabul gören başarılı bir model hâline getirmek olduğunu rahatlıkla söyleyebiliriz. Zira ne mevcut kusurlarıyla sistemi ayakta tutmanın ne de parlamenter sisteme dönüş vaatleriyle ülkemizin değerli vaktini harcamanın bir anlamı olacaktır.

Neticenin ne olacağını elbette zaman gösterecek. Ancak inanıyorum ki yaşanması muhtemel tüm zorluklara karşın "Cumhurbaşkanlığı Hükûmet Sistemi", gerek siyasetçilerin alacağı inisiyatif gerek Türk insanının vereceği destek gerekse de akademik camianın her zaman olduğu gibi yapacağı öncülük ile ülkemizi ideallerine kavuşturabilecek kuvvetli demokrasiyi tesis edecek hâle gelecektir.

---

[33] Ortaylı, İlber, *Osmanlı'ya Bakmak Osmanlı Çağdaşlaşması*, İstanbul, İnkılâp Kitabevi, 1. Basım, 2016, s.211.

[34] Karpat, Kemal, *Türk Demokrasi Tarihi Sosyal, Kültürel, Ekonomik Temeller*, İstanbul, Timaş Yayınları, 9. Baskı, 2017, s.517.

[35] Doğrusu çalışmama başlarken Prof. Mümtaz Soysal'ın dipnot 8'de aktardığım eleştirisinin kapsamına girebileceğimi bir an olsun aklıma getirmemiştim. Geldiğim bu noktayla, en azından kendi adıma tartışmalarımızı anayasa ekseninden çıkarmanın ve ondan bağımsız çözümler bulmanın ne kadar güç olduğunu anlamış oldum.

KAYNAKÇA

Berkes, Niyazi, *Türkiye'de Çağdaşlaşma*, İstanbul, Yapı Kredi Yayınları, 28. Baskı, 2019.

Birand, Mehmet Ali, "32. Gün Arşivi 15 Mart 1993 tarihli '32. Gün' programı", *https://www.youtube.com/watch?v=cSI3KbIaeyU*, 27.04.2020.

Gözler, Kemal, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, Bursa, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 11. Baskı, 2019.

Gözler, Kemal, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Bursa, Ekin Baım Yayın Dağıtım, 24. Baskı, 2019.

Göztepe, Ece, "'Cumhurbaşkanlığı' Sistemine Geçiş ve Anayasa Değişikliği", *Güncel Hukuk*, Yıl 2017, Sayı 159.

Hakyemez, Yusuf Şevki, "Hükümet Sistemi Arayışları ve Yeni Anayasa", *in* Ece Göztepe ve Aykut Çelebi (der.), *Demokratik Anayasa Görüşler ve Öneriler*, İstanbul, Metis Yayınları, 2012.

Karpat, Kemal, *Türk Demokrasi Tarihi Sosyal, Kültürel, Ekonomik Temeller*, İstanbul, Timaş Yayınları, 9. Baskı, 2017.

Lewis, Bernard, *Modern Türkiye'nin Doğuşu*, Ankara, Arkadaş Yayınevi, 8. Baskı, 2015.

Mardin, Şerif, "Türk Siyasasını Açıklayabilecek Bir Anahtar: Merkez-Çevre İlişkileri", *in* Mümtaz'er Türköne ve Tuncay Önder (der.), *Türkiye'de Toplum ve Siyaset Makaleler 1*, İstanbul, İletişim Yayıncılık, 2003.

Ortaylı, İlber, *Osmanlı'ya Bakmak Osmanlı Çağdaşlaşması*, İstanbul, İnkılâp Kitabevi, 1. Basım, 2016.

Özbudun, Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara, Yetkin Yayınları, 19. Basım, 2019.

Sevinç, Murat, *Prof. Dr. Mümtaz Soysal'a Armağan*, Yıl 2009.

Soysal, Mümtaz, *Dinamik Anayasa Anlayışı*, Ankara, Sevinç Matbaası, 1969.

Şener, Abdüllatif, "Osmanlı Bütçeleri ve Türkiye'de Bütçe Hakkının Ortaya Çıkışında Cumhuriyet Öncesi Gelişmeler", *in* Halil İnalcık-Mehmet Seyitdanlıoğlu (der.), *Tanzimat Değişim Sürecinde Osmanlı İmparatorluğu*, Ankara, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 8. Basım, 2019.

Tanör, Bülent, *İki Anayasa 1961-1982*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 5. Baskıdan tıpkıbasım, 2019.

Zürcher, Erik Jan, *Modernleşen Türkiye'nin Tarihi*, İstanbul, İletişim Yayıncılık, 4. Basımın 1. Baskısı, 2018.

YAYIN İLKELERİ

1- Adalet Dergisi ulusal hakemli bir dergidir. Adalet Bakanlığı tarafından yayımlanır. Bakanlık adına Eğitim Dairesi Başkanlığı derginin yayımından ve içerik takibinden sorumludur.

2- Dergi Ocak ve Temmuz aylarında olmak üzere yılda iki defa yayımlanır.

3- Adalet Dergisi'nin yayın dili esas olarak Türkçe'dir. Bununla birlikte Yayın Danışma Kurulunun uygun göreceği farklı dillerdeki makaleler de yayınlanabilir.

4- Adalet Dergisinde yayımlanmak üzere gönderilen makaleler, Adalet Bakanlığı Yayın Danışma Kurulu tarafından Yayın Yönetmeliği çerçevesinde değerlendirmeye tabi tutulur ve yayımlanıp yayımlanmayacağına karar verilir. Yazıların hakem incelemesi süreci Eğitim Dairesi Başkanlığınca takip edilir. Yayın Danışma Kurulu hakem incelemesine gitmeyen yazıları da yayımlama kararı verebilir.

5- Dergide çeviri makale, karar incelemesi ve kitap eleştirisi gibi yazılara da yer verilir. Bu tür yazıların yayımlanıp yayımlanmaması Yayın Danışma Kurulunca kararlaştırılır.

6- Dergiye gönderilen çalışmalar başka bir yerde yayımlanmış veya yayımlanmak üzere değerlendiriliyor olmamalıdır. Dergiye gönderilen makalelerde yazarın bu yönde beyanı alınır ve bu husustaki tüm sorumluluğu üstlendiği belirtilir.

7- Adalet Dergisi'nde yayımlanmaması yönünde karar verilen yazılar için ayrıca sahiplerine yazılı cevap verilmez.

8- Araştırma ve inceleme yazılarının bir örneği çıktı alınıp, her sayfası imzalanarak aşağıda yer verilen dilekçe ekinde Eğitim Dairesi Başkanlığına, word programında hazırlanan bir örneği de belirtilen elektronik posta adresine (adaletdergisi@adalet.gov.tr) gönderilir.

9- Belirtilen yazım kurallarına uygun olmayan ve düzeltilmesi için gönderilen makaleler elektronik ortamda gönderildiği tarihten itibaren bir hafta içerisinde gerekli düzeltmeler yapılarak tekrar duyuruda bildirilen e-posta adresine gönderilir. Belirtilen sürede düzeltmeleri yapılarak gönderilmeyen makalelerin yayımlanması isteğinden vazgeçilmiş sayılır.

10- Dergide yayımlanmak üzere gönderilen tüm makaleler Adalet Bakanlığı Yayın Danışma Kurulu tarafından belirlenen yayın ilkelerine, yazım ve atıf kurallarına uygun olmak zorundadır.

11- Dergide yayımlanan eser sahiplerine Kamu Kurum ve Kuruluşlarınca Ödenecek Telif ve İşletme Ücretleri Hakkında Yönetmelik hükümlerine göre belirlenen telif ücreti ödenir. Yazara iki adet dergi gönderilir. Hakem incelemeleri için de yine bahsi geçen yönetmelik çerçevesinde inceleme ücreti ödenir.

12- Yayımlanması kararlaştırılan yazıların her türlü elektronik ortamda tam metin olarak yayımlanması veya yeniden yayımlanması da dahil olmak üzere tüm yayın hakları Adalet Bakanlığı'na aittir; bu hakkın takibi ve süreç yönetiminden Eğitim Dairesi Başkanlığı sorumludur. Yazarların eserlerle ilgili tasarruf kullanma durumunda Eğitim Dairesi Başkanlığı ile irtibata geçmeleri gerekmektedir.

13- Yayımlanan eserlerin hukukî sorumlulukları kadar, fikri ve siyasi anlamda bağlayıcılığı da yazarlara aittir.

14- Adalet Dergisinde yayımlanan yazılar kaynak belirtilmek suretiyle alıntılanabilir. Ancak tıpkı basım olarak çoğaltılamaz, bu noktada Adalet Bakanlığı gereken hukukî haklarını kullanmaya sahiptir.

YAZIM VE ATIF KURALLARI

I. YAZIM KURALLARI

A- Makalelerin ilk sayfasında makalenin İngilizce adı ile birlikte ortalama asgari 150 azami 250 kelimeden oluşan Türkçe ve İngilizce özetine yer verilmelidir. Ayrıca Türkçe ve İngilizce anahtar kelime belirlemesi yapılmalıdır.

B-1- Yazılar belirlenen ve ilân edilen şekil ve esas ilkeleri doğrultusunda olmalı, içeriğinde gereksiz tekrardan kaçınılmalı, yazı ve yazı başlıkları mâkul uzunlukta olmalıdır.

2- Metin içerisinde imlâ kurallarına dikkat edilmeli, kullanılan kelimelerde yeknesaklık bulunmalıdır (yasa-kanun vb.).

3- Çalışmalarda kısaltma kullanılabilir. Kişi ve eser adları ilk kullanımda açık yazılmalı, ikinci ve devam eden kullanımlarda kısaltılarak kullanılmalıdır. Bununla birlikte Yazım ve Atıf Kurallarından belirtilen kısaltmalar (Çev., Terc., by., ty. gibi) ilk kullanımdan itibaren kısa kullanılmalıdır.

4- Ana metin "Times New Roman" yazı karakterinde 12 punto, dipnotlar sayfa altında 10 punto, satır aralığı "tek ara", iki yana hizalı olmalıdır.

5- Vurgulanmak istenen kısımlar kalın değil italik yapılmalı, yine alıntılar italik şekilde verilmelidir.

6- Madde numaralandırmalarının sistematiği Romen rakamı, büyük harf, rakam, küçük harf (I-, A-, 1-, a-) sınıflama tekniğine göre yapılmalıdır.

Örnek:

I- ANA BAŞLIK
A- ALT BAŞLIK
1. Alt Konu Başlığı
a. Alt Konu Başlığı

II. ATIF KURALLARI

A- Hazırlanan makalelerde atıflar dipnot usulüne göre yapılmalıdır.

B- Metin içinde dipnot numaraları noktalama işaretlerinden sonra kullanılmalıdır.

C- Dipnotta yer alan kaynak kitap atıfları sırasıyla; yazar Soyadı (Soyadının ilk harfi büyük diğer harfleri küçük şekilde), Adı, *İtalik Şekilde Eser Adı*, varsa cilt numarası parantez dışında "C.", çeviri/tercüme ise çevirenin/tercümanın adı parantez dışında "Çev." (veya "Terc.") ibarelerinin ardında, yayınevi, basıldığı yer, baskı yılı, birden fazla

baskısı yapılmış (1. baskı'nın belirtilmesine gerek bulunmamaktadır) ise baskı sayısı, sayfa numarası "s." sırası ile belirtilmelidir. Atfın hemen altında aynı eserin aynı sayfasına yapılacak atıfta da yazar soyadı ve sayfa numarası.

Hirsch, Ernst E., *Anılarım*, Çev.: Fatma Suphi, YAYINEVİ Ankara, 1997, 11. baskı, s. 25

Ç-Aynı kaynaktan tekrar dipnot verildiğinde, "Yazar Soyadı", eserin yayın yılı ile atıf yapılan sayfa numarası (s.) yeterli olacaktır.

Hirsch, 1997, s. 30

D- Birden fazla yazarlı çalışmalara yapılan atıflar, birinci yazarın Soyadı, Adı/ ikinci yazarın Soyadı, Adı şeklinde; üçten fazla yazarlı çalışmalarda ise üçüncü yazarın adından sonra "v.d." şeklinde yapılmalıdır.

Yenisey, Feridun/ Kunter, Nurullah/ Nuhoğlu, Ayşe, *Ceza Muhakemesi Hukuku – 1,* YAYINEVİ, İstanbul, Ekim 2010, 18. Baskı

E- Bir yazarın aynı yıl içerisinde yayımlanan eserleriyle ilgili olarak yıl ibaresinin yanına "a, b" gibi harfler veya eserin baş harflerinin kısaltması konulmalıdır.

Yenisey, Feridun/ Kunter, Nurullah/ Nuhoğlu, Ayşe, *Ceza Muhakemesi Hukuku – 1,* YAYINEVİ, İstanbul, Ekim 2010, 18. Baskı

Yenisey, Feridun/ Kunter, Nurullah/ Nuhoğlu, Ayşe, *Ceza Muhakemesi Hukuku – 2,* YAYINEVİ, İstanbul, Ocak 2010, 17. Baskı

Yenisey/ Kunter/ Nuhoğlu, 2010, CMH1, s. 50

Yenisey/ Kunter/ Nuhoğlu, 2010, CMH2, s. 60

veya

Yenisey/ Kunter/ Nuhoğlu, 2010a, s. 50

Yenisey/ Kunter/ Nuhoğlu, 2010b, s. 60

F- Dipnotta yer alan kaynak makale atıfları sırasıyla; yazar Soyadı, Adı, "makale adı", yayımlandığı dergi, varsa cilt (C.), sayı (S.), yıl, sayfa numarası (s.) sırası ile belirtilmelidir, kaynakçada sayfa aralığı (ss.) bulunmalıdır.

Aydın, M. Âkif, "Kanunnameler ve Osmanlı Hukuku'nun İşleyişindeki Yeri", Osmanlı Araştırmaları, C. 24, S. 24, 2004, ss.37-46

G- Aynı kaynaktan tekrar dipnot verilecek ise, yazarın Soyadı, yayın yılı, sayfa numarası (s.) yeterli olacaktır. Aynı yıl içerisinde yayımlanmış birden fazla makale bulunması durumunda, makale başlıkları kısaltılır veya "a, b" gibi harfler yıl ibaresi yanına eklenerek tekrar atıflarında kullanılır.

Ğ- Bir derleme eserde derleyici isminin yanına parantez içinde "der.", editörlük gerektiren bir eserin editörünün isminin yanına parantez içinde "ed." ibaresi konulmalıdır. Bu tür eserler içerisinde yer alan farklı bir yazarın çalışmasına yapılan atıf, makale atıfları gibi yapılmalı, devamında derleyen, editör veya yayıma hazırlayanın ismi, eserin ismi yukarıda belirtildiği gibi verilmelidir.

H- İnternet üzerinden erişim sağlanan kaynaklar, dipnotta ve yukarıda belirtilen kurallara uygun şekilde yer almalı, ilgili internet kaynağının URL adresi de sonda parantez içinde verilmelidir. İlave

olarak parantez içinde "Çevrimiçi" ibaresi ve "Erişim Tarihi (e.t.)" yer almalıdır.

I- Arşiv belgeleri: Arşiv adı, tasnif adı, numara vb. orijinal tarihi ile verilmelidir.

BOA, A.MKT.MHM, 110/92; 9 Ramazan 1273/3, Mayıs 1857

İ- Yazarı belli olmayan resmi ya da özel yayınlar, raporlar vb., *Yayının adı*, yayımlayan, basım yeri, yayın tarihi, sayfa numarası (s.) sırasıyla verilmelidir. Baskı yeri belli olmayan eserlerde "by.", baskı tarihi belli olmayan eserlerde ise "ty." ibareleri kullanılmalıdır.

J- Yüksek lisans ve doktora tezlerine yapılan atıflar da yukarıda belirtilen kurallara uygun şekilde yapılmalıdır. Yazar adı, tez adı (tırnak içinde ve italik olmayacak), yayımlanma bilgisi, üniversite adı, enstitü adı ve ana bilim dalı, şehir ve yılı belirtilmelidir. Aynı kaynağa ikinci kez atıflarda yazar soyadı, yıl, sayfa numarası ibaresi kullanılabilir.

K- İkincil Kaynaklardan Aktarma: Metin içerisindeki bilgi ya da ifadelerin ikincil bir kaynaktan silsile yoluyla aktarıldığı durumlarda esere ilişkin bilgiler atıf sonrasında parantez içinde (Aktaran:) ibaresiyle verilir.

L- Bir kongre yahut sempozyumda sunulan bir bildiri metnine yapılacak atıf, bildiri sahibinin Soyadı, Adı, (tırnak içinde) "Bildiri Başlığı", *Sempozyum Adı,* Düzenleyen veya Yayımlayan, Şehir, Düzenlenme Tarihi, sayfa numarası sırasıyla verilmelidir, çalışma kaynakçada gösterilirken sayfa aralığı (ss.) verilmelidir.

M. Gazete, akademik olmayan dergi vb yayınlara yapılan atıflarda, konu haber ise haber başlığı tırnak içinde önce verilir; makale, deneme gibi vb. ise yazar soyadı, adı, tırnak içinde yazı başlığı; röportaj ise konuşulan kişinin soyadı, adı, röportajın başlığı, konuşan kişi verilmelidir. Bu sıralamaları gazete veya dergi adı, tarih numarası izlemelidir.

III. KAYNAKÇA

A- Çalışmanın sonunda, yararlanılan kaynaklara, yazar soyadına göre alfabetik sırayla KAYNAKÇA'da yer verilmelidir. Aynı yazarın birden fazla eseri varsa, eski tarihli yayına öncelik verilmelidir.

"Yazar soyadı, yazar adı, *eser adı*, yayınevi, yayın yeri, yıl, baskı sayısı" şekilde sıralanmalıdır.

B- Kaynakça sadece çalışmanın gönderme yaptığı eserleri içermelidir.

C- Dipnotlarda bir esere yapılan ilk gönderme ile kaynakçada yer verilen eserler aynı biçimde yazılmalıdır.

D- Kaynakçada yer verilen çalışma bir makale, bildiri v.b. ise, eser içerisindeki başlangıç ve bitiş sayfa numaraları yer almalıdır.

ADALET BAKANLIĞI
EĞİTİM DAİRESİ BAŞKANLIĞINA

Adalet Dergisinin.... yılının ..... ayında yayımlanacak .....nci sayısında yer almasını istediğim,

..... başlıklı makalem ekte yer almakta olup ayrıca belirtilen e-posta adresine de gönderilmiştir.

Bu makalenin daha önce hiçbir yerde yayımlanmadığını veya yayımlanmak üzere gönderilmediğini, üzerinde başka kurum ve kuruluşlar ile kişilerin haklarının bulunmadığını, akademik bilimsel çalıma etik kurallarına uygun olduğunu ve bu husustaki tüm sorumluluğu üstlendiğimi beyan ederim.

Bilgi ve gereğini arz ederim. .../.../20...

Adı Soyadı
İmza

Görev Yeri :
Unvanı :
Yazışma adresi :
İletişim e-posta:
Cep Tel :
İrtibat Tel :
ORCİD ID :