

YALOVA ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ



YIL 2012 CİLT 1 SAYI 2

ISSN 2147-0413

**YALOVA ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ**

Ulusal Süreli Yayın
Altı Ayda Bir Yayınlanır

SAHİBİ VE SORUMLU YAZI İŞLERİ MÜDÜRÜ
Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı
Prof. Dr. Seyithan DELİDUMAN

Basım Yeri:
Yıldız Matbaacılık ve Baskı Sistemleri
Ziya Gökalp Mah.42/4 Sok.No:18/2 Zeytinburnu - İST.
Tel.: 0212 558 01 05 – 416 09 39

Kapak Tasarımı ve Mizanpaj:
LEGES GRAF

Basım Tarihi: 2015

EDİTÖRLER

Prof.Dr.Seyithan DELİDUMAN
Prof.Dr.Gökhan Kürşat YERLİKAYA
Yrd.Doç.Dr.Cengiz SUNAY
Yrd.Doç.Dr. Sırrı DÜĞER
Yrd.Doç.Dr. Peri URAN

DANIŞMA KURULU

Prof. Dr. Cemal Bali AKAL (Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Nihat BULUT (Şehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Seyithan DELİDUMAN (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. A. Nadi GÜNAL (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Ateş OKTAR (İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi)
Prof. Dr. Niyazi ÖKTEM (Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Hc. Dr. Monika SCHLACHTER (Trier Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Turan YILDIRIM (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

YARDIMCI EDİTÖRLER VE YABANCI ÜLKELER MÜMESSİLLERİ

Doç. Dr. Recep MAKAS

YAYIN KURULU

Prof. Dr. Seyithan DELİDUMAN
Prof. Dr. Gökhan Kürşat YERLİKAYA
Doç. Dr. M. Nusret BEDÜK
Doç. Dr. Recep MAKAS
Doç. Dr. Yıldırım TORUN
Doç. Dr. Ahmet Mithat GÜNEŞ
Doç. Dr. Ayhan GÜNEY
Doç. Dr. Kemal ŞAHİN
Yrd. Doç. Dr. Peri URAN
Yrd. Doç. Dr. Birgül SOPACI (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Yrd. Doç. Dr. Ali İhsan KAYTAZ

Yrd. Doç. Dr. İsmail DURSUN
Yrd. Doç. Dr. Serdar ACAR
Yrd. Doç. Dr. Tunca ÖZGİŞİ
Yrd. Doç. Dr. Uğur Bekir DİLEK
Yrd. Doç. Dr. Sırrı DÜĞER
Yrd. Doç. Dr. İhsan HÜSEYİN
Yrd. Doç. Dr. Cengiz SUNAY

SEKRETARYA

Arş. Gör. Osman Vahdet İŞSEVENLER
Arş. Gör. Faruk Yasin TURİNAY
Arş. Gör. Kenan Evren YAŞAR
Arş. Gör. Mehmet Beyazıt YILDIZ

HAKEM KURULU

Prof. Dr. Seyithan Deliduman (Dekan)	Prof. Dr. Hakan Uzeltürk
Prof. Dr. Nermin Abadan Unat	Prof. Dr. Ahmet Ulvi Türkbağ
Prof. Dr. Feridun Yenisey	Prof. Dr. Meltem Kutlu Gürsel
Prof. Dr. Sami Selçuk	Prof. Dr. Ahmet Mithat Kılıçoğlu
Prof. Dr. Ahmet Gökçen	Prof. Dr. Sabri Tekir
Prof. Dr. Nevzat Toroslu	Prof. Dr. Hamide Zafer
Prof. Dr. Niyazi Öktem	Prof. Dr. A. Nadi Günal
Prof. Dr. Cemal Bali Akal	Prof. Dr. Nihat Bulut
Prof. Dr. Emin Artuk	Prof. Dr. Demet Özdamar
Prof. Dr. Teoman Aküinal	Prof. Dr. Ateş Oktar
Prof. Dr. Nur Centel	Prof. Dr. Nihat Edizdoğan
Prof. Dr. Tankut Centel	Prof. Dr. Doğan Şenyüz
Prof. Dr. Durmuş Tezcan	Prof. Dr. Melda Sur
Prof. Dr. Ergun Özbudun	Prof. Dr. Zafer Gören
Prof. Dr. Ahmet Kumrulu	Prof. Dr. Mahmut Merdan Hekimoğlu
Prof. Dr. Yahya Zabunoğlu	Prof. Dr. Meltem Dikmen Caniklioğlu
Prof. Dr. Selçuk Öztekin	Prof. Dr. Şükran Ertürk
Prof. Dr. Merih Öden	Prof. Dr. Metin Taş
Prof. Dr. Bahri Öztürk	Prof. Dr. Ender Ethem Atay
Prof. Dr. Turan Yıldırım	Prof. Dr. Hakan Altıntaş
Prof. Dr. Ebuzer Kendigelen	Prof. Dr. Fadıl Yıldırım
Prof. Dr. Yusuf Karakoç	Prof. Dr. Osman Kaşıkçı
Prof. Dr. Gökhan Antalya	Prof. Dr. Veli Özer Özbek
Prof. Dr. Hasan Nüvit Gerek	Prof. Dr. Hasan Tunç
Prof. Dr. Cumhuri Şahin	Prof. Dr. Haluk Hadi Sümer
Prof. Dr. İhsan Erdoğan	Prof. Dr. Vedat Gürbüz
Prof. Dr. Aziz Can Tuncay	Prof. Dr. Ömer Faruk Batırel
Prof. Dr. Şükrü Kızılot	Prof. Dr. Noyan Arsan
Prof. Dr. Nuray Ekşi	Prof. Dr. Mustafa Özel
Prof. Dr. Ayşe Nuhoğlu	Prof. Dr. Vahit Doğan
Prof. Dr. Turgut Tarhanlı	Prof. Dr. Cem Baygın

Prof. Dr. Berna Kocaman
Prof. Dr. Bahtiyar Akyılmaz
Prof. Dr. Mahmut Koca
Prof. Dr. Erdal Onar
Prof. Dr. Mustafa Erdoğan
Prof. Dr. Coşkun Can Aktan
Prof. Dr. Gökhan Kürşat YERLİKAYA
Prof. Dr. Veliye Yanlı
Prof. Dr. Tekin Memiş
Prof. Dr. Murat Nişancı
Prof. Dr. N.İlker Çolak
Prof. Dr. Abdülkadir Çüçen
Prof. Dr. Pınar Akan
Prof. Dr. Sevilay Uzunallı
Prof. Dr. Yusuf Çalışkan
Prof. Dr. Mustafa Çeker
Prof. Dr. Caner Yenidünya
Prof. Dr. Recep Akcan
Prof. Dr. Feriha Bilge Tanrıbilir
Prof. Dr. İbrahim Arslan
Prof. Dr. Faruk Bilir
Prof. Dr. Sururi Aktaş
Prof. Dr. Reyhan Sunay
Prof. Dr. Şafak Ertan Çomaklı

Prof. Dr. Faruk Acar
Prof. Dr. Ferhat Kentel
Prof. Dr. Adnan Gerçek
Prof. Dr. Özhan Çetinkaya
Doç. Dr. İbrahim Dülger
Doç. Dr. Sibel Hacımahmutoğlu
Doç. Dr. Emre Gökyayla
Doç. Dr. Mehmet Özdamar
Doç. Dr. Sevtap Metin
Doç. Dr. Keramettin Tezcan
Doç. Dr. Ayhan Ceylan
Doç. Dr. Çağlar Manavgat
Doç. Dr. İbrahim Özbay
Doç. Dr. Tuğrul Katoğlu
Doç. Dr. E. Murat Engin
Doç. Dr. M. Tevfik Gülsoy
Doç. Dr. Seldağ Güneş Ceylan
Doç. Dr. Murat Yanık
Doç. Dr. Güliz Özkök
Doç. Dr. Levent Gönenç
Doç. Dr. Şule Özsoy
Doç. Dr. Ece Göztepe Çelebi
Doç. Dr. Ümit Gezder
Doç. Dr. Ayşe Tülin Yürük

İÇİNDEKİLER

- 8 YAYIN İLKELERİ
- 9 SUNUŞ
- 11 MEDENİ VE İDARİ YARGIDA DAVADAN FERAGAT
Sırrı DÜĞER Yrd. Doç. Dr., Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Öğretim Üyesi
Seyithan DELİDUMAN Prof. Dr., Marmara Üniversitesi Öğretim Üyesi ve
Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı
- 47 İFLAS DAVASI İLE İFLAS ERTELEMESİ BİRLEŞTİRİLEBİLİR Mİ?
Murat YAVAŞ Doç. Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul
ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalında Öğretim Üyesi
Ömer Faruk SAÇAR, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul
ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalında Araştırma Görevlisidir
- 63 İSPAT HAKKI BAĞLAMINDA DELİL SÖZLEŞMESİ
Seyithan DELİDUMAN Prof. Dr., Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dekanı
Recep AŞİT, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve
İcra İflas Hukuku Ana-bilim Dalı Araştırma Görevlisi
- 81 1062 SAYILI MUKABELE BİLMİSİL KANUNUNA GÖRE SURIYE
UYRUKLULARIN TAŞINMAZLARINA EL KONULMASININ TEMEL
HAK VE ÖZGÜRLÜKLER BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ
Hümeyra MUHÇU, Hukukçu
Hayrettin YILDIZ, Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku
Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

- 109 SUÇLULARIN İADESİ
İsmail MINGİR, Yalova Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı yüksek lisans öğrencisi,
Genelkurmay Başkanlığı Askeri Savcılığında askeri savcı
- 143 SUÇU VE SUÇLUYU ÖVME SUÇU (TCK md. 215)
Kenan Evren YAŞAR, Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi
- 189 TÜRK HUKUKUNDAKİ İNTERNET İLE İLGİLİ DÜZENLEMELERİN İDARE HUKUKU AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ
Sırrı DÜĞER, Yrd. Doç. Dr., Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi
- 231 VERGİ AFFININ TİCARET HUKUKU AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ
E.Leyla KIYAT, Yrd. Doç. Dr., Yalova Üniversitesi Çınarcık Meslek Yüksekokulu Öğretim Üyesi
Salih BATAL, Yrd. Doç. Dr., Yalova Üniversitesi Çınarcık Meslek Yüksekokulu Öğretim Üyesi

YAYIN İLKELERİ

Dergiye gönderilen yazılar başka bir yerde yayınlanmamış ya da yayınlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.

Yazılar A-4 boyutunda tek nüsha olarak teslim edilmelidir.

Gönderilecek yazıların Times New Roman karakterinde, ana metnin 1,5 satır aralığında ve 12 punto, dipnotların 10 punto olarak hazırlanması ve 30 sayfayı geçmemesi gerekmektedir. Dipnotlar sayfa altında gösterilmelidir.

Yazarlar, unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adresleri ile telefon numaralarını ve varsa e-mail adreslerini bildirmelidir.

Yazıların ilk değerlendirilmesi Yayın Komisyonunca yapılacak, yazım yanlışlarının olağanın dışında bulunması, bilimsellik ölçütlerine uyulmaması, yazının Yayın Komisyonu tarafından geri çevrilmesi için yeterli görülecektir.

Yayın Komisyonunca yapılacak ilk değerlendirmeden sonra yazılar hakeme gönderilecek, hakemden gelen rapor doğrultusunda yazının yayınlanmasına, yazardan rapor çerçevesinde düzeltme istenmesine ya da yazının geri çevrilmesine karar verilecek ve yazar durumdan en kısa sürede haberdar edilecektir.

Hakem raporunun olumsuz olması durumunda ikinci bir hakem incelemesi yapılmayacaktır. Hakem raporunda düzeltme istenmesi durumunda yazar tarafından sadece belirtilen düzeltmeler çerçevesinde değişiklikler yapılabilecektir. Yayınlanmayan yazılar yazarına geri gönderilmeyecektir.

Hakem incelemesinden geçen ve yayınlanmasına ve/ya da düzeltilerek yayınlanmasına karar verilen yazıların son şeklinin başlığının İngilizce karşılığı da eklenmek suretiyle A-4 boyutunda tek nüsha olarak, editörün elektronik posta adresine teslim edilmesi gerekir.

Gönderilen yazıların yazım bakımından son denetimlerinin yapılmış olduğu, kabul edilir. Yazılar yayınlanmak üzere kabul edildiği takdirde, Yalova Üniversitesi, elektronik ortamda tam metin (her türlü formatta) olarak yayımlamak da dâhil olmak üzere tüm yayın haklarına sahiptir. Yazarlar telif haklarını Üniversiteye devretmiş sayılırlar.

SUNUŞ

Hukuk fakülteleri dergileri, başta İstanbul ve Ankara Üniversitesi Hukuk Fakülteleri olmak üzere, oldukça köklü geleneği olan bir dergi grubudur. lkemizde ihtiyaç duyulan hukukçuların yetiŐtirilmesinde elzem öneme sahip olan hukuk fakültelerinin kaliteden taviz vermeden sayısının arttırılması, öncelikle akademisyen hukukçuların sayı ve niteliğinin artmasıyla mümkün olacaktır. Akademik dergiler bu sebeplerle, çok önemli bir önemi haizdir.

Ülkemizin en genç hukuk fakültelerinden biri olan Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi de, vazife addettiği bu alanda üzerine düŐeni, biraz gecikmeli de olsa, yerine getirmektedir. Dergimizin nc ve dördüncü sayılarının gecikmeksizin yayınlanması da bir parça hukukçu akademisyenlerimizin gayretlerine bağlı olacaktır. 2014–2015 ęretim yılında ilk mezunlarını vermenin gururunu yaşayan fakültemiz dergisinin, hem grsel hem de içerik açısından daha kaliteli hale getirilmesi, özellikle ilerleyen sayılarda, siz değerli yazar ve okuyucularımızın görüş ve önerileriyle mümkün olacaktır. Temennimiz: Teklif ve değerlendirmelerinizi bizden esirgememenizdir.

Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi dergisinin elinizde tuttuğunuz bu ikinci sayısının hazırlanmasındaki en büyük desteği, her zaman olduğu gibi rektörümüz Sayın Prof. Dr. M. Niyazi ERUSLU'dan aldık. Kendisine Őkranlarımızı sunuyoruz. Yayın ve hakem kurulundaki meslektaŐlarımız, vakitlerini ve birikimlerini ltfettiler, hepsine teŐekkür ediyorum. Fakültemiz ęretim yeleri ve yardımcıları, üzerlerine düşen her türlü katkıyı fazlasıyla yaptılar; kendilerine müteŐekkirim. Önümüzdeki sayılarda bir an önce buluŐabilmek ümidiyle...

Prof. Dr. Seyithan DELİDUMAN

Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı

MEDENİ VE İDARİ YARGIDA DAVADAN FERAGAT

Sırrı DÜĞER *
Seyithan DELİDUMAN **

ÖZET

Dava konusundan kısmen veya tamamen vazgeçmek olarak tanımlanan davadan feragat, yargılama hukukunun temel kurumlarından biridir. Bu kurumun adli ve idari yargıda nasıl düzenlendiği karşılaştırmalı olarak ortaya konulmuştur. Bu amaçla, öncelikle medeni yargıda feragatin hukuki niteliği, bu hakkın tabii olduğu şekil ve usul, benzer kurumlarla arasındaki farklar ve nihayet özellikle feragatin sonuçları üzerinde durulmuştur. Yine benzer şekilde idari yargıda davadan feragatin özellikleri, iptal ve tam yargı davalarında feragatin farkları ve çalışmanın sonunda karşılaştırmalı hukuktan bir örnek olarak İngiliz hukukunda davadan feragatin ne şekilde yer aldığı belirtilmiştir. Son olarak kavramın medeni ve idari yargılama hukukundaki uygulamasının karşılaştırılmasından elde edilen sonuçlar belirtilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Davadan feragat, davadan feragatin özellikleri, iptal ve tam yargı davasında feragat, davadan feragatin sonuçları.

ABSTRACT

The term of discontinuance, that is defined as to discontinue partially or totally of a claim, is one of the basic institutions of procedural law. In this work, the regulation of the institution in civil and administrative procedure is put forward in a comparative perspective. For this purpose; primarily, legal nature

* Yrd. Doç. Dr. Düğer, Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesidir.

** Prof. Dr. Deliduman, Marmara Üniversitesi Öğretim Üyesi ve Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanıdır.

of the right to discontinue of a claim, the process through which this right is exercised, its differences with similar institutions and lastly consequences of discontinuance in civil procedural law is put forward. Similarly, the characteristics of discontinuance, the differences of discontinuance in annulment and full remedy actions in administrative procedural law are explained and finally how discontinuance of a claim is arranged English law –as an example in comparative law- is demonstrated. Finally, the outcomes resulting from the comparison of the implementation of the concept in civil and administrative procedural law are proposed.

Keywords: Discontinuance of a claim, the characteristics of discontinuance, discontinuance in annulment and full remedy actions, consequences of discontinuance.

I. GİRİŞ

Anayasanın 36. maddesine göre: “*Herkes, meşrû vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.*” ayrıca Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 24. maddesine göre;

(2) *Kanunda açıkça belirtilmedikçe, hiç kimse kendi lehine olan davayı açmaya veya hakkını talep etmeye zorlanamaz.*

(3) *Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri dava konusu hakkında, dava açıldıktan sonra da tasarruf yetkisi devam eder.*

Buna göre kimse dava açmaya veya açmış olduğu bir davayı devam ettirmeye zorlanamaz. Bu anayasal ve yasal düzenlemelerin temel bir sonucu olarak davadan feragat de hukukumuzda kabul edilmiştir¹.

Medeni yargıda davadan feragat 18 Haziran 1927 Tarihinde kabul edilen 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu (HUMK)’nun 91 vd. maddelerinde düzenlenmişti. 12 Ocak 2011 Tarihinde kabul edilen 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) ise davadan feragati 307 ilâ 312. maddeleri arasında düzenlemiştir.

1 Şeyma Sancar Dere, Ahmet Dere, Genel Olarak Feragat ve İdari Yargıda Feragatin Hüküm ve Sonuçları, (TAAD Cilt:1, Yıl:1, Sayı:3, 20 Ekim 2010), s. 196.

İdari yargıda ise 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 31. maddesi ve 1602 sayılı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu'nun 56. maddesi davadan feragat kurumunu HUMK'a atıf yapmak suretiyle düzenlemiştir. HMK'nın 447. maddesinin 2. fıkrasına göre "18.6.1927 tarihli ve 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa yapılan yollamalar; Hukuk Muhakemeleri Kanununun bu hükümlerin karşılığını oluşturan maddelerine yapılmış" sayılmaktadır. Bu çalışmada medeni yargıda ve idari yargıda *davaya son veren taraf işlemlerinden biri olan davadan feragat idari yargının kendine özgü şartları da dikkate incelenmeye çalışılacaktır.*

II. MEDENİ YARGIDA DAVADAN FERAGAT

Daha önce de belirtildiği gibi medeni yargıda davadan feragat 12.01.2011 Tarihli ve 6100 sayılı HMK'nın 307 ilâ 312. maddeleri arasında düzenlenmiştir. 6100 sayılı HMK ile davadan feragat ile ilişkin 1086 sayılı Kanun'un 91. madde hükmü korunurken, maddeye kısmen feragati de ifade edebilecek biçimde, talep sonucundan kısmen vazgeçmenin de mümkün olduğu hususu dâhil edilmiştir.

Feragat, davacının, talep sonucundan kısmen veya tamamen vazgeçmesidir. Davadan feragatin amacı, davacının başlatmış olduğu bir yargılamayı, sonuna kadar takip etmek mecburiyetinde olmadan davaya son verebilme yetkisidir.² Davadan feragat, davaya son veren taraf işlemlerinden olup davanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağına tâbi değildir.

1. TANIM

Çeşitli kanunlarda feragat ifadesi kullanılmış olmasına rağmen hiçbir kanunda feragatin tanımı yapılmamıştır.³ Feragatin kelime anlamı vazgeçmek olarak ifade edilmektedir.⁴ Davadan feragat, davalının ve mahkemenin kabulüne ve herhangi bir şarta bağlı olmaksızın, davacının, dava konusundan (talep sonucundan) kısmen veya tamamen vazgeçtiğini, yazılı

2 Leyla Akyol, *Medeni Usul Hukukunda Davadan Feragat*, Doktora Tezi, (Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010), s. 17.

3 Mesela bakınız Türk Borçlar Kanunu, Türk Medeni Kanunu, Hukuk Muhakemeleri Kanunu vs.

4 Bkz. Ejder Yılmaz, *Hukuk Sözlüğü*, (Ankara: 5. Baskı Yetkin Yayınları 2014).

veya sözlü olarak mahkemeye yönelik tek taraflı, kesin, açık ve rücu edilemez bir irade beyanıyla açıklaması suretiyle davaya son veren, böylece esas haktan da vazgeçmesine neden olan ve kesin hüküm gibi hukuki sonuç doğuran karma karakterli bir işlemdir.⁵

Medeni yargılama hukukunda hâkim olan ilkelere⁶ bir tanesi de tasarruf ilkesidir. Tasarruf ilkesi, herhangi bir uyuşmazlığı mahkemenin re'sen inceleyememesi ve çözüme kavuşturamaması olarak açıklanabilir.⁷ Davacının, davadan feragat edebilme hakkı ve yetkisinin kaynağını tasarruf ilkesi oluşturmaktadır.⁸

Hâkim, iki taraftan birinin talebi olmaksızın, kendiliğinden bir davayı inceleyemez ve karara bağlayamaz. Kanunda açıkça belirtilmedikçe, hiç kimse kendi lehine olan davayı açmaya veya hakkını talep etmeye zorlanamaz.⁹ Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri dava konusu hakkında, dava açıldıktan sonra da tasarruf yetkisi devam eder (HMK m. 24). HMK'nın bu düzenlemesi usul hukukunda "tasarruf ilkesi" olarak bilinmektedir. Bu ilke, 1086 sayılı Kanununun 72 ve 79. maddelerinde yer almış iken, bu maddede birinci ve ikinci fıkralar olarak düzenlenmiştir. Özel hukuktaki hukukî ilişkilerde var olan irade serbestisinin, dava açılmakla doğan kamusal nitelikteki dava ilişkisinde, daha geniş bir ifadeyle, usul ilişkisinde de devam ettiği açıkça ifade edilmektedir. Yani maddi hukuktaki irade serbestisinin usul hukukundaki görünümü tasarruf ilkesidir.¹⁰

Tasarruf ilkesinin bir sonucu olarak davadan feragat, davacının, talep sonucundan kısmen veya tamamen vazgeçmesidir (HMK m. 307).¹¹

5 Akyol, **Medeni Usul Hukukunda Davadan Feragat**, s. 17.

6 Ayrıntılı bilgi için Bkz. M. Kamil Yıldırım, **İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku**, (İstanbul: 7. Baskı, Beta Yayınları, 2012); Yavuz Alangoya, **Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanması İlişkin İlkeler**, (İstanbul: 1979); Murat Yavaş, **Mehaz Kanun ile Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Medeni Yargılamaya Hâkim Olan İlkeler ve Hâkim'in Rolü**, Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan, (İstanbul: Alkim Yayınları, 2007), s. 283-336; Ramazan Arslan, Süha Tanrıver, **Yargı Örgütü Hukuku Ders Kitabı**, (Ankara: 2. Baskı, 2001), s. 177 vd.

7 Necip Bilge, **Hukuk Başlangıcı Hukukun Temel Kavram ve Kurumları**, (Ankara: 28. Baskı, 2010), s. 212.

8 Akyol, **Medeni Usul Hukukunda Davadan Feragat**, s. 13.

9 Ayrıntılı bilgi için bakınız Sema Taşpınar, **Medeni Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri**, (Ankara: 1. Baskı, Yetkin Yayınları, 2001), s. 94 vd.

10 Taşpınar, **Medeni Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri**, s. 76 vd.

11 Baki Kuru, Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, **Medeni Usul Hukuku, Ders Kitabı**, (Ankara: 24. Baskı, Yetkin Yayınları, 2013), s. 505. Diğer tanımlar için bakınız: Süha Tanrıver, **İlâmlı İcra Takibinin Dayanakları ve İcranın İadesi**, (Ankara: 1. Baskı, Yetkin Yayınları, 1996), s. 115; Yavuz Alangoya, M. Kamil Yıldırım, Nevhis Deren-Yıldırım, **Medeni Usul Hukuku Esasları**, (İstanbul: 8. Baskı, Beta Yayınları, 2011), s. 422.

Dolayısıyla kimse kendi lehine olan bir davayı açmaya zorlanamayacağı gibi açmış olduğu bir davayı sonuna kadar takip etmeye de zorlanamaz. Davacı açmış olduğu davayı, feragat etmek suretiyle sonlandırabilir.¹²

Hak arama özgürlüğü sadece yargı organına başvurabilmek ile sınırlı olmayıp, aynı zamanda yargı organına başvurduktan sonra da devam edeceğinden modern bir usul kanunu, tarafı başlatmış olduğu bir yargılamayı sonuna kadar devam ettirmek mecburiyetinde bırakmaz. Aksi halde taraflara hak tanınmış olmaz ve taraflara yükümlülük getirerek davayı hak arama aracı olmaktan çıkarıp adeta bir eziyete dönüştürebilir.¹³

Davacının davasından vazgeçmesinin çeşitli sebepleri olabilir. Mesela, dava açmadan önce haklı olduğunu düşünen davacı dava devam ederken haksız olduğunu anlayarak yargılama giderlerinin daha fazla artmaması için davasından feragat edebilir¹⁴ ya da taraflar dava açıldıktan sonra sulh vb. sebeplerden dolayı davayı sona erdirmek isteyebilirler.

Davadan feragat ile zaman, emek ve muhtemel yargılama giderlerinden tasarruf edilebilmekte ve usul ekonomisine de hizmet etmektedir.¹⁵ Bundan dolayı, davadan feragat, tasarruf ilkesi ve usul ekonomisine hizmeti ile daha kısa sürede ve daha az emek ve giderle davanın sona ermesini sağlaması açısından kamunun menfaatine hizmet eden bir kurumdur.¹⁶

Davadan feragat edilebilmesi için açılmış bir davanın olması gerekir. Henüz açılmamış bir davadan feragat edilmesi mümkün değildir. Dava açılmadan yapılacak feragat dava konusu olacak esas haktan feragat anlamına gelecektir.¹⁷

Davadan feragat kısmi yapılabileceği gibi, talep sonucunun tamamından vazgeçme şeklide de yapılabilmektedir. Şayet kısmi feragat söz konusu ise dava sona ermiş olmayacaktır. Feragat edilen kısım için dava son bulurken, feragat edilmeyen kısım için muhakemeye devam edilecektir.

12 Kuru, Arlan, Yılmaz, **Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı**, s. 528.

13 Akyol, **Medeni Usul Hukukunda Davadan Feragat**, s. 18.

14 Dinçer Yılmaz, **Medeni Usul Hukukunda Davadan Feragat İlişkin Hükümlerin İdari Yargılama Usulünde Uygulanması**, Yüksek Lisans Tezi, (Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2011), s. 2.

15 Süha Tanrıver, **Mahkeme Huzurunda Yayınlan Kabuller**, (Ankara: Makalelerim- I, 1985-2005, 2005), s. 60; Yılmaz, **Medeni Usul Hukukunda Davadan Feragat İlişkin Hükümlerin İdari Yargılama Usulünde Uygulanması**, s. 2.

16 Akyol, **Medeni Usul Hukukunda Davadan Feragat**, s. 19.

17 Sancar Dere, Dere, **Genel Olarak Feragat ve İdari Yargıda Feragatın Hüküm ve Sonuçları**, s. 196 vd.

Davadan feragatin konusu davacının ileri sürdüğü talep sonucudur. Davadan feragat usul işlemi olmasına rağmen içeriği bakımından bir madde hukuk işlemidir.¹⁸ Terditli davalarda davanın her aşamasında davacı öncelikli isteminden ya da ikinci isteminden veya her iki isteminden de feragat edebilir.¹⁹

2. ŞEKLİ VE USULÜ

Davacı mahkemeye hitaben yapacağı tek taraflı irade açıklaması ile davadan feragat edebilir. Davadan feragatin hüküm ifade etmesi davalının ve mahkemenin kabulüne bağlı değildir. Yani feragat beyanının mahkemeye ulaşması yeterli olup bu beyanın davalıya da ulaşması feragatin tamamlanması için şart değildir.²⁰

Feragat, dilekçeyle veya yargılama sırasında sözlü olarak yapılır. Feragat duruşmada yapılabileceği gibi, diğer yargılama işlemleri (örneğin keşif) sırasında da yapılabilir. Feragat beyanı tutanağa yazılır ve okunarak beyan sahibine imzalatılır. Feragatin, mahkemeye yöneltilmiş bir irade beyanı olarak yapılması yeterlidir. Feragat mahkemeye hitaben yapılmalıdır; davadan feragat dilekçesinin mahkemeye verilmeyerek davalıya verilmesi halinde feragat geçerli olmaz.²¹

Kanunda aranan şekil şartı tamamen ve kısmi yapılan feragat için de geçerlidir. Feragat için kanunda aranan şekil şartı geçerlilik şartıdır.²²

Davacı ile davalının dava dışında, davacının davasından feragat etmesi ya da davalının davasının kabul etmesi yönünde anlaşmış olmaları halinde yapacakları sözleşme HMK m. 307 anlamında feragat veya kabul olmayacaktır.²³ Feragatin hüküm ifade etmesi, karşı tarafın ve mahkemenin muvafakatine bağlı değildir. Böylece tek taraflı irade açıklamasıyla sonuç doğuracaktır. Mahkeme sadece feragatin usul hukukuna uygun olup olmadığını inceleyebilir. Yargılama sırasında taraf usul işlemi olarak ortaya

18 Kuru, Arslan, Yılmaz, *Medeni Usul Hukuku, Ders Kitabı*, s. 507.

19 Bilge Umar, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, (Ankara: 2. Baskı, Yetkin Yayınları, , 2013), s. 913.

20 Kuru, Arslan, Yılmaz, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, s. 528.

21 Ejder Yılmaz, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, (Ankara: 1. Baskı, Yetkin Yayınları, 2012), s. 1331.

22 Kuru, Arslan, Yılmaz, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, s. 506.

23 Umar, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, s. 901.

çıkan feragatin, davaya son veren işlem olarak hüküm ifade edebilmesi için, irade beyanlarında hiçbir tereddüdün bulunmaması gerekir. Mesela davayı takip etmiyorum şeklinde bir ifade davadan feragat olarak değerlendirilemez.²⁴

Kısmen feragat da, feragat edilen kısmın, dilekçede yahut tutanakta açıkça gösterilmesi gerekir.

Davadan feragatin yetkili ve görevli mahkemeye yapıma mecburiyetinin bulunup bulunulmadığı Yargıtay kararlarında tartışmalıdır. Yargıtay bazı kararlarında yetkisiz ve görevsiz mahkemeye yapılan feragatin geçerli olduğunu kabul etmişken bazı kararlarında bunun mümkün olmadığını belirtmiştir.²⁵

24 Umar, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, s. 900.

25 "...1 - Davacılar Orhan ve arkadaşlarının miras bırakımı Melek'in, çekişmeli 23 parsel sayılı taşınmazı haricen satın aldığından bahisle müdahil olarak katıldığı tapulama mahkemesinin 1966/242 esasında kayıtlı davanın 23.5.1966 günlü oturumunda, davalılar, (... Biz 23 parselde kayıtlı tarlayı Meleğe) bir ay evvel sattık. Zilyetliğini devrettik. Satışın kabulü ile nizalı parselin Melek adına tapuya tesciline muvafakat ediyoruz...) demişler bu sözlerini HUMK. nun 151. maddesine uygun biçimde imzaları ile belgelemişlerdir. Tapulama mahkemesinin görevsizlik kararından sonra, asliye hukuk mahkemesinde açılan inceleme konusu davada yargılamaya gelen davalılar, tapulama mahkemesindeki kabullerinden çaymışlardır. Görülüyor ki, mahkeme ile özel daire arasındaki uyumsuzluk, davalıların görevsiz tapulama mahkemesindeki kabullerinin bağlayıcı nitelik taşıyıp taşımadığı konusunda toplanmaktadır. Yerel mahkeme, direnme kararında, görevsiz mahkemede kabulün davalıları bağlamayacağı görüşündedir. HUMK. nun 92. maddesine göre kabul; davalının davacının netice-i talebini talep sonucunu kabul etmesidir. Olayımızda olduğu gibi görevli olmayan tapulama mahkemesindeki kabul de ilgilileri bağlar (Baki Kuru - HUMK. Ankara 1982, c. 3. s. 2631). 23 parselde revizyon gören 7.3.1955 günlü tapu kaydı davalılar adına değildir. Biran için yerel mahkemenin kabulü gibi taşınmazın aslının tapulu olduğunu kabul etmek bile, kabulün geçerli olmadığı söylenemez. Talep edilen hak gerçekte mevcut olmasa bile, kabul ile davalı lehine yeni bir hak doğar Kuru - age - 2623. Bu nedenle davalı tapulama mahkemesindeki kabulleri ile bağlıdır. Aşağıda açıklanacağı gibi asliye hukuk mahkemesinin görevli olduğunun belirlenmesi halinde bu kabule göre karar verilmesi gerekecektir. O halde bozma ilamının bu bölümüne ilişkin direnme yerinde değildir. 2 - Genel Kuruldaki müzakereler sırasında görev üzerinde durulmuştur. Görevsizlik kararı ile sonuçlanan tapulama mahkemesindeki davada Raşit'in itirazı üzerine mahkeme görevsizlik ve tespit gibi tescile karar verildiği görülmüştür. Diğer taraftan tapu sicil muhafızlığının 4.3.1981 gün ve 399 sayılı yazısında, 23 parselin itirazlı olup kaydının gönderilmediği belirtilmiştir. Bu durumda bozmaya uyulan kısım hakkında inceleme yapacak dairece tapulama kesinleşip kesinleşmediği ve buna bağlı olarak görev yönünün düşünülmesi gerekir. Özel daire bozma kararında tapu kaydının celbe dilmesi lüzumuna da değinilmiştir. Yerel mahkeme bozmanın bu bölümüne uymuştur. Bozmaya uyulan bölüm hakkında inceleme yapılırken davalılar adına tapu kaydı tesis edilip edilmediği, tapulamanın kesinleşip kesinleşmediği ve buna bağlı olarak görev yönünün de inceleneceği doğaldır. Bu nedenle genel kurul kararında görev yönünün bozma nedeni yapılmasına gerek yoktur..." Yargıtay HGK, 26.01.1983 T, 1983/8-752 E, 1983/40 K, www.kazanci.com; "...Diğer yandan "Feragat ve kabul kat'ı bir hükmün hukuki neticelerini hâsil eder" (HUMK. 95). Bu işlemin yetkisiz mahkeme önünde yapılmış olması o işlemi geçersiz hale getirmez. Ancak davanın feragat ile sonuçlandığı bu sebeple reddi yönündeki karar bir tespit kararıdır. Feragatin usul hükümlerine uygun yapıldığı, bununla davanın son bulduğunu tespit e der. Bu sebeplerle temyizi kabildir. Karar taraflar yararına veya zararına sonuç

Feragatin kayıtsız ve şartsız yapılmış olması gerekir (HMK m.309, 4).²⁶ Zira kayıt ve şarta bağlı beyanlarda, kısmen de olsa ihtilaf devam ettirilmekte ve böylece davaya son veren işlem tamamlanmamaktadır. Şartlı ve kayıtlı feragat geçerli olmadığından yapılmamış sayılacaktır. Davacı feragatini şüpheye yer bırakmayacak şekilde açık ve net yapmalıdır. Mesela davacı tarafından verilen dilekçede hem davadan feragat edildiği hem de dava açma hakkının saklı tutulduğu belirtiliyorsa bu feragat niteliğinde

doğuracak nitelikte olduğundan yukarıda açıklanan kurallar çerçevesinde yetkili mahkeme ittihazi zorunludur. Bu sebeplerle “Davalı süresinde yetki itirazında bulunmuş, davacı ise davasından vazgeçmiştir. Yetki itirazı iptidai itirazlardan olup, her şeyden önce bu hususun hadise şeklinde incelenmesi lazım gelir (HUKM. 190225). Yetki uyumsuzluğu çözülmüden önce feragat sebebiyle hüküm tesis edilemez. Feragat sebebiyle dava ancak yetkili mahkemeye karara bağlanabilir” (Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 10.12.1973 günlü ve 74987091 sayılı kararı)...” Yargıtay 2.HD, 13.02.1992 T, 1992/506 E, 1996/1434 K, (www.kazanci.com).

- 26 “...HUMK'nun 91. maddesine göre feragat iki taraftan birinin netice-i talebinden vazgeçmesidir. Aynı yasanın 93. maddesine göre de feragat beyanı dilekçe ile veya yargılama sırasında sözlü olarak yapılır. Feragat, dava konusu edilen haktan vazgeçmedir. Kural olarak her davadan vazgeçme mümkündür. Vazgeçme nedeniyle davanın reddedilmesi halinde aynı hakka ilişkin yeniden dava açılmaz. Açılan davanın kesin hüküm nedeniyle reddedilmesi gerekir. Dava konusu haktan vazgeçildikten sonra dava derdest iken yeniden aynı konuda dava açılması da mümkün değildir. Davacının davasından feragat etmesinin sonucu bu nedenle önemli olduğundan, davacının beyanından, gerçek amacının açılan davadan feragat etmek olduğunun açıkça anlaşılması gerekir. Davadan feragat ile dava konusu uyumsuzluk esastan sona erdiğinden şarta bağlı feragat geçerli değildir. Yani şarta bağlı feragat ile dava sona ermez. Bu nedenle feragatin kayıtsız şartsız bir irade beyanını ortaya koyması gerekir. Feragat eden kişi; hata hile veya ikrah nedeniyle feragatin feshi için dava açabileceği gibi ayrı bir dava açmayı feragatin geçersizliğini ileri sürerek, feragat ettiği davayı yeniden açabilir ve bu davada ön sorun olarak feragatin hata, hile veya ikrah nedeniyle geçersiz olup olmadığı incelenir. (Prof. Dr. Baki Kuru - Hukuk Muhakemeleri Usulü Altıncı Baskı Cilt: IV, Sayfa 3549 vd.)Somut olayda, davacı ve feragat yetkili vekili satış vaadi sözleşmesine dayanarak açtığı birinci tescil davasında dosyaya verdikleri 18.8.2000 günlü dilekçelerinde davalılar hakkındaki tescile icbar davasından feragat ettiklerini, feragat nedeniyle davanın reddine karar verilmesini istediklerini bildirmişler, aynı gün tapuda davacıya 3 numaralı bağımsız bölümün feragati verilmiş ise de sözleşmede belirtilen dava konusu 4 numaralı bağımsız bölüm için feragatda bulunulmamıştır. Feragat dilekçesinin okunduğu 17.10.2000 günlü oturumda davacı vekili biz dava konusu her iki parselin tapuda feragatı verecekleri için Tapu Müdürlüğü'nde davamızdan feragat etmiştik. Ancak tapuda 4 numaralı bağımsız bölüm için işlem yapılmadığından yeni dava açma hakkımızı saklı tutuyoruz şeklinde beyanda bulunmuştur. Mahkemeye feragat nedeniyle önceki davanın reddine karar verilmiş, karar taraflara tebliğ edilmediğinden kesinleşmemiştir. Davacı ve vekilinin imzasını taşıyan feragat dilekçesi ile bunu açıklığa kavuşturan vekilin duruşmadaki beyanları karşısında feragatin, davalılar ile anlaşma ihtimali nedeniyle olduğu anlaşılmaktadır. Davacının ikinci davada iddia ettiği gibi tapu işleminin yapılacağı beyanı ve sözü üzerine bu vazgeçmenin vaki olması mümkündür. Feragatin hata, hile, ikrah ile yapıldığı iddiasının ikinci davada ileri sürülmesini engelleyen bir yasa hükmü de yoktur. Açılan ikinci tescil davası içinde feragatin geçersizliği isteği de bulunmaktadır. Bu nedenle olayda kesin hükmün varlığı söz konusu olmadığından işin esasını incelenip taraf delilleri toplanarak varılacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı nedenlerle davanın reddi doğru görülmediğinden hükmün bozulması gerekmiştir...” Yargıtay 14. HD, 20.01.2003 T, 2003/9403 E, 2003/143 K, (www.kazanci.com).

olmayacaktır. Bu davanın geri alınması niteliğinde olacaktır.²⁷ Zımnî olarak yapılan feragat de hâkim tarafından dikkate alınmayacaktır.

Davacı talep sonucunun tamamından veya bir kısmından feragat edebilir. Feragat edilmeyen kısım için uyumsuzluk son bulmaz ve dava bu kısım için görülmeye devam edilir.

Davadan kısmen feragat edilmesi durumunda da feragat edilen kısım açıkça belirtilmelidir. Muğlâk ifadelerle kısmen vazgeçildiği anlamı çıkarılamaz ve feragat hiç yapılmamış gibi yargılamaya devam edilir.

Davalı tarafından dava konusunun devredilmesi halinde; davacının davayı, dava konusunu devralana karşı devam ettirmek isteyip de davayı ilk davalılara karşı takip etmeyeceğini bildirmesi davadan feragat anlamına gelmez.²⁸

Davacının şarta bağlı olarak yapmış olduğu feragat dilekçesi, bir sulh teklifi niteliğinde kabul edilir ve davalının kabulü ile sulh anlaşması geçerli olacağından dava son bulacaktır.²⁹ HMK yürürlüğe girmeden önce

27 "...Dairemizin geri çevirme kararından sonra davacı vekili 26.5.2004 tarihinde mahkemeye verdiği dilekçesinde "... yeniden dava açma hakkını saklı tutarak davadan feragat ettiğini..." bildirmiştir. Dilekçede ilerde tekrar dava açma hakkı saklı tutulduğu belirtildiğine göre, bu beyan davadan feragat (HUMK.91) niteliğinde olmayıp, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 185/1. maddesinde yer alan "... davayı takipten sarfinazar etme ..." (Davayı geri alma) niteliğindedir. Bu ise karşı tarafın rızasına bağlıdır. Hüküm verildikten sonra karar kesinleşene kadar geri alınabilir. Çocuğa Türk Medeni Kanununun 426/2. maddesi gereğince kayyım tayin ettirilmesi gerekir. Davacı vekilinin davayı takipten sarfinazar etmesine (davayı geri almasına) davalının ve çocuğu temsilen kayyımın muvafakati bulunup bulunmadığının sorulması, muvafakat ediyorlarsa dava geri alındığından karar verilmesine yer olmadığına biçiminde karar verilmesi etmiyorlarsa, varsa kayyımın da göstereceği delillerin toplanması ve hâsıl olacak sonuca göre karar verilmesi gerekir. Bu yön gözetilmeden eksik hasımla davaya devamla yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir..." Yargıtay 2. HD, 21.09.2004 T, 2004/9715 E, 2004/10375 K, www.kazanci.com.

28 Yılmaz, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, s. 1325; "...Somut olayda; Davacı Nigar, davalılar Dilber vd. na karşı açtığı davada 497,795,806 ve 2324 parsellerdeki miras hak ve hisselerini satın aldığından bahisle tapu iptal tescil davası açmıştır. Yargılama aşamasında davalılar 497,794 ve 806 parsellerdeki hisselerini Mustafa'ya 16.1.2003 tarihinde satış yolu ile devretmişlerdir. Bunun üzerine davacı vekili, 6.6.2003 tarihli dilekçesi ile ve 6.6.2003 tarihli celsedeki beyanı ile davalılar hakkındaki davasından vazgeçtiğini, davasını taşınmazları devralan Mustafa'ya temsil ettiğini açıkça beyan etmiştir. Davacı vekilinin ilk davalılar hakkındaki davasından vazgeçmesi H.U.M.K. 91 vd. maddesinde yer alan teknik anlamda davadan feragat niteliğinde değildir. Asıl talebi H.U.M.K. 186. maddesinde davanın yeni tapu malikine yöneltme istemine ilişkindir. Bu durumda mahkemece yapılacak iş; H.U.M.K. 186. maddesi kuralları çerçevesinde hareket ederek bir sonuca ulaşmaktır. Bu nedenlerle yazılı gerekçeler ile davanın reddi doğru görülmediğinden hükmün bozulması gerekmiştir..." Yargıtay 14. HD, 22.01.2004 T, 2004/6890 E, 2004/426 K, www.kazanci.com.

29 Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, (Ankara: 6. Baskı, Cilt: 4. 2001), s. 3584.

doktrinde şarta bağlı feragat edilebileceği yönünde görüş bildiren yazarlar bulunmaktadır.³⁰

3. HAK SAHİBİ

Feragat davacı tarafından yapılır ve davacı feragat etmekle açtığı davayı sonuçlandırmış olur.³¹ Davacı herhangi bir sebep belirtmeden davadan feragat edebilir. Feragatin sonuç doğurabilmesi için davalının ya da mahkemenin iznine gerek yoktur.

Avukatın davadan feragat edebilmesi için vekâletnamesinde açıkça yetkilendirilmesi gerekir (HMK m. 74).

Karşı dava açılması durumunda, karşı davanın davacısı yani asıl davanın davalısı da feragat edebilir.

Tüzel kişilerde yetkili organlar tarafından dava açılabilir ve bu yetkili organlar davadan feragat edebilir. Mesela, davadan şirket adına feragat etmek, şirket adına taahhütte bulunmak anlamına geldiğinden feragat ancak yönetim kurulu kararı ile mümkün olabilir.³²

Maddi anlamda mecburi dava arkadaşlığında bütün dava arkadaşlarının davadan feragat etmeleri gerekmektedir. Bir veya bir kaçının yapmış olduğu feragat geçerli olmayacaktır. İhtiyari dava arkadaşlığında ise davacılarından her biri, davanın kendisine ilişkin olan kısımlarından feragat edebilir. İhtiyari dava arkadaşlığından feragat etmemiş olan dava arkadaşlarının davasına bakılmaya devam edilir.

Davadan feragat davayı sona erdirdiğinden, feragatin duruşma dışında dilekçe ile yapılması halinde, davasından feragat eden davacının kimliği

30 İlhan E. Postacıoğlu, **Şarta Muallâk Hükümler**, (Ankara: Adalet Dergisi, 1941/2), s. 113 vd. Mustafa Reşit Belgesay, **Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, (İstanbul: 2. Baskı, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1939) s. 300.

31 Şeref Gözübüyük, **Yönetmelik Yargı**, (Ankara: Turhan Kitabevi, 30. Bası, 2010), s. 541

32 "...Davacı T... AŞ'nin ana sözleşmesinin 12. maddesinde şirketi yetkili kılınan kişi veya kişilerin temsil edebileceği belirtilmiştir. İbraname ve protokol başlıklı belgeyi şirketi tek başına temsil yetkisi bulunan Müjdat imza etmiştir. Ancak ana sözleşmenin 12. maddesinde şirket adına taahhütte bulunmak yetkisinin yönetim kurulunda olduğu hükme bağlanmıştır. Davadan şirket adına feragat etmek şirket adına taahhütte bulunmak anlamına geldiğinden feragat ancak yönetim kurulu kararı ile mümkün olabilir. Mahkemece bu yön gözetilerek koşulları mevcut olan iflas davasının kabulünde bir isabetsizlik bulunmamaktadır..." Yargıtay 19. HD, 03.03.2005 T, 2005/712344 E, 2005/2158 K, www.kazanci.com.

mahkemece tespit edilmeli, bunun için gerekirse mahkemeye davet edilip, kimlik tespiti yapılarak tutanağa geçirilmelidir.³³

Davadan feragat edecek tarafa vasi, veli veya bütün işlerinde görüşü alınmak üzere müşavir vb. atanmış ise davadan bu kişilerin görüşü alınmaksızın yapılmış feragatler geçersiz olur.³⁴

4. FERAGATİN BENZER KURUMLARLA KARŞILAŞTIRILMASI

Davadan feragat yerine davadan vazgeçme terimi de kullanılmaktadır. HMK'nın davadan feragati tanımlayan 307. maddesinde vazgeçme terimi kullanılmaktadır. Ancak bu terim HMK m. 123'te düzenlenen davayı geri alma ile karışıklığa neden olabileceğinden davadan feragat teriminin kullanılması daha doğru olacaktır.³⁵ Davanın geri alınması, hüküm kesinleşinceye kadar ancak davalının açık rızası ile davacının davasını geri almasıdır. Bu nedenle bir karışıklığa neden olunmaması için feragat teriminin kullanılması gereklidir.³⁶

Davadan feragat ile davanın geri alınması farklıdır.³⁷ Davacı karşı

33 Yılmaz, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, s. 1333; Yargıtay 8. HD, 15.07.2005 T, 2005/4093 E, 2005/5464 K, www.kazanci.com

34 Rifat Ersoy, **Notlu-İzahlı-İçtihatla Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu**, (Ankara: Ayyıldız Matbaa, 1966), s. 300; Umar, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, s. 901.

35 Kuru, **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, s. 3545; Tanrıver, **İlâmlı İcra Takibinin Dayanakları ve İcranın İadesi**, s. 115 dn. 102.

36 Sancar Dere, Dere, **Genel Olarak Feragat ve İdari Yargıda Feragatin Hüküm ve Sonuçları**, s. 199.

37 "...Bozma ve direnme kararlarının gerekçe ve kapsamlarına göre, Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık, davacıların 14.3.2002 günlü dilekçelerinde yer alan; E. Off Shore Ltd.Şti. hakkındaki davadan vazgeçtiklerine ilişkin beyanlarının davadan feragat mi, yoksa Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 185/1. maddesi anlamında davayı takipten vazgeçme niteliğinde mi olduğu; feragat olarak kabulü halinde ise, diğer davalılar H. G. ve S. hakkındaki dava yönünden hangi kararın verilmesi gerektiği noktasında toplanmaktadır. Dava dilekçesinde bildirilen adresinden ayrılması ve yeni adresinin saptanamaması nedeniyle davalılardan E. Off Shore Ltd. Şti.ne dava dilekçesi tebliğ edilememiş, Yerel Mahkeme 4.3.2002 günlü oturumda bu davalıya dava dilekçesinin ve duruşma gününün ilan tebliğine dair ara kararı vermiş, ancak, davacılar 14.3.2002 günlü dilekçeyle anılan davalı hakkındaki davadan vazgeçtiklerini bildirdiklerinden, ara kararı yerine getirilmemiştir. Davacıların 14.3.2002 günlü bu dilekçeleri "...Davalılardan E. Off Shore Ltd.Ştine ilan tebliğ edilmesine karar verilmiş idi... İlan masrafı olarak tarafımdan 538.000.000.TL. + KDV. talep edilmiş olup benim bu parayı ödeyecek gücümüz bulunmamaktadır. Diğer yandan davayı kazanmamız halinde alacağımız kararın bu davalı hakkında icra ve infaz kabiliyeti de bulunmamaktadır. Zira kendisi tabela şirketi dahi olmayıp gerçekte böyle bir şirket olup olmadığı da belli değildir... Tüm bu nedenlerden dolayı diğer davalılar hakkındaki davamız halel gelmemek ve her ihtimale karşılık bu davalı hakkındaki dava vb. haklarımızı saklı tutmak kaydıyla şimdilik davalılardan E. OffShoreLtd. Şti. hakkındaki da-

tarafın izni olmadan davasından feragat edebilirken, davasını geri alabilmek için davalının iznini almak mecburiyetindedir. Davalının rızası olmadan davanın geri alınmamasına davanın geri alınması yasağı denilmektedir.³⁸ Davalının vermiş olduğu rıza zımnî olamaz; rızanın açık olması gerekmektedir (HMK m. 123). Davalı, davacının geri alma talebini kabul etmez ise davaya devam edilir ve davacı davasını takip etmezse, davalı isterse dosyayı işlemiden kaldırtır (HMK m. 150) ya da davaya davacının yokluğunda devam edilir.³⁹

vamızdan vazgeçiyoruz...” şeklindeki bir ifadeyi ve istemi içermektedir. Bu noktada belirtilmelidir ki; Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’na göre, bir dava açıldıktan sonra, istisnai haller dışında davacı davadan feragat edebilir (md. 91) veya davayı takipten sarfınazar edebilir, yani davayı geri alabilir (md.185/1). Kanunda, davadan vazgeçme adı altında düzenlenmiş herhangi bir kurum yoktur. Bununla birlikte, uygulamada gerçekte davadan feragat edilmesinin amaçlandığı durumlarda, davacı tarafın veya vekilinin davadan vazgeçtiğine dair beyanda bulunduğu ve bu beyanın genellikle mahkemelere davadan feragat şeklinde nitelendirildiği bilinmektedir. Davacı tarafın “davadan vazgeçme” olarak adlandırdığı ve bu ad altında bildirdiği iradenin gerçekte davadan feragat niteliğindeki olduğunun çekişmesiz bulunduğu hallerde herhangi bir sorun yaşanmamasına rağmen, bazı durumlarda somut olayda olduğu gibi bu terim kargaşasından doğan sorunlar yaşanabilmektedir. Bilindiği gibi, feragat davaya son veren bir işlemdir. Davasından feragat eden davacı, dava dilekçesinin talep sonucu bölümüne konu ettiği haktan vazgeçmiş olur. Feragat herhangi bir şarta bağlanamayacağı gibi, davadan feragat edildiğine ilişkin iradenin açık ve kesin bir dille bildirilmiş olması da zorunludur. Bu nitelikteki bir feragat davalı tarafın veya mahkemenin kabulüne bağlı değildir ve kesin hükmün sonuçlarını doğurur. Buna karşılık, davanın geri alınması, davaya konu haktan vazgeçilmesi anlamında değildir, ileride aynı yönde bir davanın açılması hakkı saklı tutulmaktadır ve bu nedenle de, geri alma davalının kabulüne bağlıdır. Davacı tarafın vazgeçme terimiyle ifade ettiği irade beyanının gerçekte davadan feragat mi, yoksa davanın atıye terk edilmesi niteliğinde mi olduğunun açık bulunmadığı, bu yönde bir çekişmenin doğduğu hallerde, her iki kurumun açıklanan hukuksal nitelikleri göz önünde tutulmalı; özellikle de, davadan feragatin açık ve kesin bir dille yapılmış ve herhangi bir şarta bağlanmamış olması koşulu gözden kaçırılmamalı; gerçek iradenin ne olduğu bu çerçevede belirlenmelidir. Somut olay bu açıklamalar çerçevesinde değerlendirildiğinde: Davacıların metni yukarıya alınmış olan 14.3.2002 günlü bu dilekçelerinde, davalılardan E. OffShore Ltd. Şti. hakkındaki davadan vazgeçme nedeni olarak, yapılacak ilanen tebligatın kendilerinin karşılayamayacakları kadar yüksek bir masrafı gerektirmesi gösterilmiş; sonuç olarak da, diğer davalılar hakkındaki davaya halel gelmesi kaydıyla ve her ihtimale karşılık bu davalı hakkındaki dava hakkı saklı tutularak, şimdilik bu davalı hakkındaki davadan vazgeçildiği belirtilmiştir. Gereğesi ve sonuçtaki talep içeriği itibarıyla, bu beyanın, davadaki talep sonucundan açık, kesin ve koşulsuz biçimde bir vazgeçmeyi içermediği, tersine, anılan davalı hakkındaki dava hakkı saklı kalmak kaydıyla ve şimdilik davadan vazgeçildiğinin açıklandığı görülmektedir. Dolayısıyla, bu beyanın, HUMK. nun 91. maddesi anlamında davadan feragate değil, 185/1. madde anlamında davanın geri alınmasına ilişkin olduğunun kabulü gerekir. Hal böyle olunca, Özel Daire’nin davacıların anılan dilekçedeki beyanlarını davadan feragat şeklinde kabul etmesi ve diğer davalılara ilişkin ret kararını bu kabul çerçevesinde değerlendirmek suretiyle sonuca varması isabetsiz; Yerel Mahkemenin bu yöne değinen direnmesi ise yerinde görülmüştür. Yargıtay HGK, 31.04.2005 T, 2005/11-242 E, 20057/249 K, www.kazanci.com.

38 Kuru, Arslan, Yılmaz, **Medeni Usul Hukuku, Ders Kitabı**, s. 292.

39 Kuru, Arslan, Yılmaz, **Medeni Usul Hukuku, Ders Kitabı**, s. 292.

Feragat ile davacı, dava konusunu oluşturan haktan feragat ettiğinden feragat ile son bulan dava bir daha açılmazken, davanın geri alınmasında hakka dokunulmadığından davanın daha sonra yeniden açılma imkânı bulunmaktadır.⁴⁰ HMK m. 123 açık rızadan söz ettiğinden, hâkimin davalı taraftan, davacının davasını ileride tekrar açabilme hakkını saklı tutarak geri aldığı konusunda, rızasının bulunup bulunmadığını açıkça sorması esası da düzenlenmiş olmaktadır. Hâkimin davayı aydınlatma ödevine göre, hâkimin taraflara sorular sorma, iştaret ve müzakere etme ödevi anlaşılmakta ve bununla hâkim, olayın ve hukukî uyumsuzluğun olgusal ve hukukî boyutlarını gerekli olduğu ölçüde taraflarla birlikte ele alabilecek, tarafların zamanında uyumsuzluğun çözümü için önemli vakıaların tamamı hakkında açıklama yapmalarını, özellikle ileri sürülen vakıalardaki eksiklikleri tamamlamalarını, delilleri ikame etmelerini ve gerekli talepleri ileri sürmelerini sağlayabilecektir.

Feragat karma nitelikli bir hukuki işlem olduğundan, maddi hukuktaki irade sakatlıklarından birisine dayanılarak iptal edilmesi mümkünken, davanın geri alınması salt bir usul işlemi olduğu için, maddi hukuktaki irade sakatlığı hallerine dayanılarak iptali istenemez.⁴¹

Davadan feragat edebilmek için avukata özel yetki verilmesi gerekirken, davanın geri alınabilmesi için özel yetki verilmesi gerekmemektedir (HMK m. 74).

Usul hukukunda feragat, maddi hukuktaki feragatten farklıdır. Maddi hukuktaki feragat bir sözleşmedir. Sözleşme olduğundan iki taraflı bir işlemdir. Usul hukukunda ise feragat davacının tek taraflı işlemi ile netice meydana getirmektedir.

Davadan feragat temyiz yoluna başvurma isteğinden vazgeçmeden de farklıdır. Zira davadan feragat, temyiz isteğinden vazgeçmeden daha geniş kapsamlıdır.⁴²

40 Abdurrahim Karşlı, **Medeni Muhakeme Hukuku**, (İstanbul: 3. Baskı, Alternatif Yayınları, 2012), s. 432; İsmail Hakkı Karafakih, **Hukuk Muhakemeleri Usulü Esasları**, (Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1952), s. 233; Necip Bilge, Ergun Önen, **Medeni Yargılama Hukuku Dersleri**, (Ankara: 3. Baskı, 1978), s. 350.

41 Akyol, **Medeni Usul Hukukunda Davadan Feragat**, s. 25.

42 "...Davacı vekili, hükümden sonra temyiz aşamasında verdiği aidiyeti ve imzası usulünce doğrulan 28.7.1995 günlü iki dilekçesinin birinde, temyiz isteğinden vazgeçtiğini bildirmiş, diğer dilekçesinde ise davadan feragat ettiğini ifade etmiştir. Davadan feragatin temyiz isteğinden vazgeçme

Davadan feragat davacı tarafından yapılabilirken, davayı kabul davalı tarafından yapılabilmektedir. Kural olarak her davadan feragat etmek mümkünken⁴³, kabul, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri davalarda hüküm doğurur (HMK m. 308).

Feragat veya kabul beyanında bulunan taraf, davada aleyhine hüküm verilmiş gibi yargılama giderlerini ödemeye mahkûm edilir. Feragat ve kabul, talep sonucunun sadece bir kısmına ilişkin ise yargılama giderlerine mahkûmiyet, ona göre belirlenir (HMK m. 312/1). Davalının davasını kabul etmesi halinde HMK m. 312/2 özel bir düzenleme yer almaktadır. İlgili hükme göre, davalı, davanın açılmasına kendi hâl ve davranışıyla sebebiyet vermemiş ve yargılamanın ilk duruşmasında da davacının talep sonucunu kabul etmiş ise yargılama giderlerini ödemeye mahkûm edilmez.

Mahkeme huzurunda yapılmış olan kabul beyanları İİK m. 38 anlamında ilâm niteliğinde belge sayılırken, feragat bu niteliği haiz değildir.⁴⁴

Davadan feragat sadece davacı tarafından yapılabilirken, sulh davacı ve davalı müşterek işlemi ile yapılabilmektedir. Davadan feragat tek taraflı hukuki bir işlemken, sulh, iki taraflı borç doğuran sözleşmeler grubuna dâhil tam iki taraflı bir sözleşmedir.⁴⁵

Kural olarak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği davalardan da feragat edebilmesi mümkünken, sulh, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri uyuşmazlıkları konu alan davalarda yapılabilir (HMK m. 313/2).⁴⁶

yanında daha geniş kapsamlı olduğu aşikârdır. Zira birincide temyiz dilekçesinin reddine, karar vermekte yetinilecek, diğerinde ise, feragatin hukuki niteliği gereği, bu konuda karar verilmek üzere yerel mahkeme kararı bozulacaktır. Aynı günde verilen bu iki dilekçenin birbirinin devamı olduğu ve davadan feragatin bir yerde, temyizden feragat isteğini de içereceği görüşü ile çoğunlukça, davadan feragat isteği esas alınarak çözüme ulaştırılması gerektiği görüşü benimsenmiştir. Gerçekten HUMK. nun 91.maddesinde feragatin iki taraftan birinin netice-i talebinden vazgeçmesi olduğu belirtilmiş, 95.maddenin 1. fıkrasında da feragatin kâfi bir hükmün hukuki neticelerini hâsıl edeceği hükme bağlanmıştır. Yine belirtmek gerekir ki feragatin geçerliliği karşı tarafın muvafakatine bağlı değildir. Etkisini onu yapan tek yönlü irade beyanı ile doğurur. Bu durumda, direnme kararının davacının davadan feragati hakkında mahkemesince bir karar verilmek üzere bozulması gerekir. Yargıtay'ın yerleşmiş uygulamaları da bu yoldadır (HGK. nun 16.11.1966 gün 1438-290 ve 27.5.1992 gün 1992/2-250-364, 29.9.1993 gün 1993/2-491-543 sayılı kararlar). Yargıtay HGK, 20.09.1995 T, 1995/12-661 E, 1995/763 K, www.kazanci.com.

43 Akyol, *Medenî Usul Hukukunda Davadan Feragat*, s. 33.

44 Akyol, *Medenî Usul Hukukunda Davadan Feragat*, s. 33.

45 Akyol, *Medenî Usul Hukukunda Davadan Feragat*, s. 37.

46 Akyol, *Medenî Usul Hukukunda Davadan Feragat*, s. 37.

Davadan feragat halinde yargılama giderlerinden davacı sorumlu olurken, sulhta tarafların anlaşmasına göre belirlenmekte ya da böyle bir anlaşma yoksa feragat ve kabul oranlarına göre belirlenmektedir.

Davadan feragat şarta bağlı olarak yapılamazken, sulh şarta bağlı olarak yapılabilmektedir (HMK m. 313/4).

5. FERAGATİN ZAMANI

Derdest olan yani görülmekte olan bir davadan, dava hakkındaki hüküm kesinleşinceye kadar feragat edilebilir.⁴⁷ Davadan feragat dava açılmadan önce yapılamaz. Çünkü davadan feragat bir haktır ve bir hak doğmadan ondan feragat edilemez.⁴⁸ Henüz açılmamış bir davadan feragat mümkün olmayıp böyle bir feragat davadan feragat değil, davaya konu haktan feragattir.⁴⁹

Dava dışında yapılmış olan sözleşmeler Türk Borçlar Kanunu tâbi olaçağından HMK'nın aramış olduğu şekil şartları aranmayacak ve HMK m. 311'e göre davayı kendiliğinden sona erdirmeyecektir.⁵⁰

Davacı, davasından feragat ettiği anda feragati ile bağlıdır. Daha sonra feragatinden dönemez. Mahkeme, davacının feragat etmiş olmasından dolayı davayı henüz reddetmemiş olsa bile feragatten dönülemez. Çünkü feragat tek taraflı irade beyanı ile yenilik doğuran bir hakkın kullanılması niteliğindedir.⁵¹

Dava henüz kesinleşmemiş olduğundan, davacı için karar düzeltme

47 "...Dava, muris muvazaası hukuksal nedenine dayalı tapu iptal ve tescil isteğine ilişkindir. Mahkemece, hüküm kurulduktan sonra, temyiz aşamasında davacı tarafından verilen feragat dilekçesi üzerine ek karar ile feragat nedeniyle davanın reddine karar verilmiştir. Ne var ki, hâkim duruşmaya son verip, kararı anlatmakla davadan elini çekmiştir. Artık mahkemece, karardan sonraki dönemde usule ilişkin ayrı haller dışında, davayı tekrar ele alıp, esasa etkili karar verilemez. Mahkemece, işaret edilen doğrultuda inceleme yapıp karar verilmesine olanak tanıyan bir usul hükmü de yoktur. SONUÇ: Hal böyle olunca, mahkemeye verilen feragat dilekçesinin temyiz isteği kabul edilerek dosyanın Yargıtay'a sevkinin sağlanması, Yargıtay'ca verilecek bozma, ilamından sonra dosyanın ele alınıp feragat nedeniyle gerekli kararın verilmesi zorunludur. Yerleşmiş uygulama bu yoldadır..." Yargıtay 1. HD, 12.12.2002 T, 2002/13589 E, 2002/14189 K, www.kazanci.com.

48 Yılmaz, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, s. 1342.

49 Kuru, Arslan, Yılmaz, **Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı**, s. 528.

50 Umar, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, s. 901.

51 Karşlı, **Medeni Muhakeme Hukuku**, s. 436.

süresi geçmiş olsa bile davalı için geçmemişse davacı feragat edebilir.⁵² Direnme kararı, usul hukuku çerçevesinde kesinleşmiş olmadığından, bu aşamada davadan feragat mümkündür.⁵³

Feragat duruşma dışında yapılmış ise feragat beyanının mahkemeye ulaşması ile mahkeme duruşma gününü beklemeden feragat hakkında karar verebilir⁵⁴ ve davacının, feragat etmesinden sonraki duruşmaya gelmesine de gerek yoktur.⁵⁵ Mahkeme feragatten sonra davacının duruşmaya gelmediğinden bahisle dava dosyasının işleminden kaldırılmasına ve kanuni süre geçince de açılmamış sayılmasına karar veremez.⁵⁶

52 "... Bir davadan feragat hüküm kesinleşinceye kadar davanın her safhasında mümkündür. Somut olayda olduğu gibi davacı için karar düzeltme süresi geçmiş olsa bile davalı için geçmemişse davacı feragat edebilir. çünkü hüküm henüz kesinleşmemiştir. Cevap ile karar düzeltme isteyebilir (Prof. Dr. Baki Kuru, HUMK, 4. Baskı, 3. Cilt, Sayfa 2571). Esas hakkında hüküm kurulmadan önce feragat halinde bunun yargılama sürecinde mahkeme hâkimi tarafından değerlendirilerek sonuca gidilmesi gerekmektedir. Ancak, karar verildikten sonra temyiz ya da karar düzeltme süresi içinde feragat halinde, mahkeme hâkimi davadan el çektiği için dosyayı yeniden ele alarak kendi hükmünü ortadan kaldırma olanağı, bazı istisnalar dışında yoktur. İlk derece mahkemelerinin kararlarını bozup kaldırma yetkisi münhasıran Yargıtay'a aittir. (Yargıtay Kanunu 1. madde, HUMK 428. madde) Açıklanan nedenlerle; mahkemece; karar düzeltme süresi içinde sunulan feragat beyanını içeren dilekçe değerlendirilerek bir karar verilmek üzere hükmün bozulması gerekmiştir..." Yargıtay 14. HD, 14.06.2004 T, 2004/3691 E, 2004/740 K, www.kazanci.com.

53 "...Feragat, H.U.M.K. nun 91. Maddesinde, taraflardan birinin davadaki netice-i talebinden vazgeçmesi olarak tanımlanmış; 95. Maddede ise, feragatin, kesin hükmün sonuçlarını doğuracağı açıklanmıştır. Hükmün kesinleşmesinden önceki herhangi bir aşamada davadan feragat edilebilir. Temyiz edilen ve fakat henüz Yargıtay Hukuk Genel Kurulunca görüşülmeyen bir direnme kararı, usul hukuku çerçevesinde kesinleşmiş olmadığından, bu aşamada davadan feragat mümkündür. Somut olayda, HUMK. nun 63. Maddesine uygun şekilde davadan feragat yetkisi verilmiş olan davacı vekili, gerek davadan ve gerekse verilen kararın temyizinden feragat ettiğini açıkça ve koşulsuz olarak bildirdiğinden, bu beyan çerçevesinde işlem yapılması zorunludur. Böyle bir durumda, direnme kararı Hukuk Genel Kurulu'nca temyizen incelenemez. 11.4.1940 gün ve 1939/15 esas, 1940/70 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı uyarınca, hükmünden sonra ortaya çıkan ve temyiz incelenmesine usulen engel oluşturan bu durumun yerel mahkemece değerlendirilip karara bağlanması için, direnme kararı bozulmalıdır..." Yargıtay HGK, 13.03.2002 T, 2002/19-67 E, 2002/180 K, www.kazanci.com.

54 "...Davaclar L... Mermer Granit San. ve Tic. Ltd. Şti. ve L... Mermer San. ve Tic. Ltd. Şti. müdürü Ahmet 29.6.1999 tarihli dilekçesinde, yetkili müdürü olduğu her iki şirket adına davalılar aleyhine açmış buldukları menfi tespit, senet iptali davasından ve bu davadaki tüm haklarından kayıtsız şartsız rücu gayri kabil olmak üzere feragat ettiklerini, davanın reddi ile tedbirin kaldırılmasını talep etmiştir. Mahkemece, davalıların vaki feragati nedeniyle davanın reddine karar verilmiş, hüküm davalıların vekili tarafından temyiz edilmiştir. HUMK.nun, 2494 sayılı Yasa ile değişik 93. maddesinde, feragat ve kabul beyanının dilekçe ile veya yargılama sırasında sözlü olarak yapılabileceği öngörülmüş ve 95. maddesinde ise feragat ve kabulün kesin bir hükmün hukuki sonuçlarını doğuracağı ifade edilmiştir. Bu yönlere gözetilerek, mahkemece davacı şirketlerin yetkili müdürü ve temsilcisi olarak bilinen kişi tarafından verilen feragat dilekçesi üzerine oturum günü beklenmeden yazılı şekilde karar verilmesinde usule aykırı bir yön bulunmamaktadır..." Yargıtay 19. HD, 23.02.2001 T, 2001/7489 K, 2001/1434 K, www.kazanci.com.

55 Yılmaz, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, s. 1342.

56 "...Davacının feragatinden sonraki oturuma taraflardan hiçbiri gelmese veya gelenler takip etmese de hâkim feragat sebebiyle davayı ret etmelidir. Feragat iki taraftan birinin netice-i talebinden vaz-

1086 sayılı HUMK zamanında, ne zamana kadar davadan feragat edilebileceği açıkça düzenlenmiş değildir.

6. FERAGAT EDİLEBİLECEK DAVALAR

Kural olarak, davacı her davadan hiçbir kayda tâbi olmaksızın feragat edebilir. Feragat bütün davalar için söz konusu olabilmektedir. Kural olarak feragat, tasarruf ilkesinin tam uygulanmadığı davalarda da söz konusu olabilmektedir.⁵⁷ Ancak “Cumhuriyet savcısının davada yer alması” başlıklı 75. maddenin üçüncü fıkrasında gösterildiği üzere, Cumhuriyet savcısının yer aldığı dava ve işler üzerinde taraflar serbestçe tasarruf edemeyeceklerinden, bu nevi davalarda davacının feragat etmesi sonuç doğurmaz. Devlete karşı açılan tazminat davalarında, ortaklığın giderilmesi davası gibi çift taraflı davalarda da taraflardan birisi davaya devam etmek isterse feragat sonuç doğurmaz. Mesela ortaklığın giderilmesi davasında, davacının feragati ile yargılama sona ermez, çünkü davalının bu davaya davacı olarak devam etmesi mümkündür.⁵⁸

Sosyal güvenlik hakkından doğan davadan feragat mümkün değildir.⁵⁹

Tapu kaydında kimlik bilgilerinin yanlış yazılması nedeniyle bunların düzeltilmesi istemiyle açılan davaların niteliği ve yapılan açıklamalar dikkate alındığında, böyle bir davadan daha önceden feragat edilmiş olması,

geçmesidir (HUMK. m. 91). Feragat iradesinin mahkemeye bildirildiği tarihte kesin hükmün bütün neticeleri husule gelir. Karşı tarafın kabulüne de bağlı değildir. Davacı 30/12/1996 tarihli dilekçesiyle davasından feragat etmiştir. Bir gün sonraki oturumda mahkemece feragat sebebiyle davanın reddine karar verilmemesi gerekirken davacı tarafın gelmemesi, davalının da davayı takip etmeyeceğini açıklaması üzerine davanın işlemiden kaldırılması ve kanuni süre geçince de açılmamış sayılmasına dair hüküm kurulması doğru görülmüştür...” Yargıtay 2. HD, 10.07.1997 T, 1997/205 E, 1997/8141 K, www.kazanci.com.

57 Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay, Muhammet Özkes, **Medeni Usul Hukuku**, (Ankara: 10. Baskı, Yetkin Yayınları, 2011), S. 544.

58 Alangoya, Yıldırım, Deren-Yıldırım, **Medeni Usul Hukuku Esasları**, s. 427.

59 “...Öte yandan bu nitelikteki davaların amacı, çalışmalarının karşılığı olan sosyal güvenlik haklarının korunmasıdır. Bu nedenle feragat etmekle davacı sadece açtığı davadan değil “” sigortalı olduğunun tespitinden “” giderek “” sosyal güvenlik hakkından “” vazgeçilmektedir. Bu nitelikteki bir feragatin Anayasa’da yer alan ilkelere ve 2926 sayılı Yasanın 5. maddesinin emredici hükümlerine aykırı olduğu açıktır. Mahkemece davanın yukarıda açıklanan hukuksal niteliği göz önünde tutularak işin esasına girilerek sonucuna göre karar verilmek gerekirken, yazılı şekilde feragat nedeniyle davanın reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir. (Yargıtay HGK. 11.2.2004 gün 2004/21-54 E., 2004/54 K.) O halde, davalının bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır...” Yargıtay 21. HD, 08.02.2005 T, 2005/12344 E, 2005/816 K. www.kazanci.com.

aynı istemle yeniden dava açılmasına engel oluşturmaz⁶⁰.

İflasın ertelenmesi davası açıldıktan sonra ve iflas davasında, iflas kararı verildikten sonra iflas davasından feragat edilemez.

7. FERAGAT HÂLİNDE YARGILAMA GİDERLERİ

Yargılama giderlerinin hangi tarafa yükleneceği genel olarak, “Yargılama giderlerinden sorumluluk” başlıklı HMK m. 330’da gösterilmiş ise de, feragat davayı bitiren taraf işlemi olduğundan, tereddütleri gidermek bakımından, kanun koyucu ayrıca düzenlenmesinde yarar görmüştür.

Feragat beyanında bulunan taraf, davada aleyhine hüküm verilmiş gibi yargılama giderlerini ödemeye mahkûm edilir. Davacı ilk duruşmada feragat ederse, karar ve ilâm harcının üçte birine, daha sonra feragat ederse üçte ikisine mahkûm edilir (Harçlar Kanunu m. 22). Delillerin toplanmasına ilişkin ara kararın yerine getirilmesinden önce gerçekleştirilirse tarifede belirtilmiş olan vekâlet ücretinin yarısına, daha sonra gerçekleştirirse tamamına, davacı aleyhine hükmedilir. Feragat, talep sonucunun sadece bir kısmına ilişkin ise yargılama giderlerine mahkûmiyet, ona göre belirlenir.

60 “...Dava, tapu kaydında yanlış yazılan kimlik bilgilerinin düzeltilmesi istemine ilişkindir. Taşınmazların kadastro tespiti ya da tapuya tescili sırasında mülkiyet veya diğer hak sahiplerinin isim, soy isim, baba adı, doğum tarihleri gibi kimlik bilgilerinin kayda eksik ya da hatalı işlenmesi, kayıt düzeltme davalarının kaynağını oluşturur. H.U.M.K.nun 91. maddesine göre feragat iki taraftan birinin (davacının) istem sonucundan bir başka deyişle, dava dilekçesinde istemiş olduğu haktan tamamen veya kısmen vazgeçmesidir. Kural olarak her davadan feragat etmek mümkündür. Feragat sebebiyle davanın reddine karar verilmesi halinde, aynı hakka ilişkin olarak yeniden dava açılmaz. Açılmış ise kesin hüküm sebebiyle davanın reddine karar verilmesi gerekir. Ancak, tapuda isim düzeltilmesi isteğine ilişkin davalar sicillerin doğru tutulmamasından kaynaklandığından ve sicillerin doğru tutulması kamu düzenine ilişkin bulunduğundan bu tür istemler vazgeçilmez haklardır. Her zaman dava konusu yapılabilir. Somut olayda, davacı 1. Sulh Hukuk Mahkemesinin 2001/380-2002/190 sayılı dosyasında da, yine Sulh Hukuk Mahkemesinin 2000/566 esas sayılı dosyasında verilen yetki belgesine dayanarak aynı taşınmazlarda tapu maliki Emine Ünsal’ın baba adının düzeltilmesini istemiş, yargılama aşamasında davadan feragat ettiğini bildirmiş, mahkemede feragat nedeniyle davanın reddine karar vermiştir. Ancak bu karar tarafların tamamına tebliğ edilmediğinden kesinleşmemiştir. Bu durumda H.U.M.K.nun 237. maddesinde düzenlenen bir kesin hükümden söz edilemeyeceği, gibi halen derdest halde bulunan bu dosya için davalı tarafından süresinde yapılan bir derdestlik itirazı da yoktur. Tapu kaydında kimlik bilgilerinin yanlış yazılması nedeniyle bunların düzeltilmesi istemiyle açılan davaların niteliği ve yapılan açıklamalar dikkate alındığında, böyle bir davadan daha önceden feragat edilmiş olması, aynı istemle yeniden dava açılmasına engel oluşturmaz. Bu nedenle tarafların iddia ve savunmaları doğrultusunda gösterecekleri delillerin toplanarak sonucuna göre bir karar vermek gerekirken yazılı gerekçeyle ret kararı verilmesi doğru görülmediğinden hükmün bozulması gerekmiş...” Yargıtay 14. HD, 12.05.2003 T, 2003/3140 E, 2003/3828 K, www.kazanci.com.

8. FERAGATİN SONUÇLARI

Davanın tamamından feragat edilmiş ise mahkemece davanın reddine karar verilir. Aynı dava daha sonra açılmak istenir ise mahkeme davayı usulden reddeder. Şayet kısmi feragat söz konusu ise dava feragat edilen kısım için son bulacağından muhakemeye devam edilecektir. Davadan feragat kesin hükmün sonuçlarını doğurur.⁶¹ Davadan feragat eden davayı kaybetmiş gibi yargılama giderlerine mahkûm edilir.

Feragat, davaya son veren taraf işlemlerinden olup maddî anlamda kesin hüküm gibi sonuç doğurmaktadır.⁶² İçeriği maddi hukuk işlemi olan davadan feragat ile taraflar arasındaki uyumsuzluk son bulmaktadır ve feragat ile dava mahkemenin kararı ile değil davacının iradesi ile son bulduğundan, feragatin içeriği olan bu maddi hukuk işlemine karşı usul hukuku kurallarına göre, kural olarak kanun yoluna başvurulamaz.⁶³ Feragat sonucunda verilen karar için, sadece usul hukuku kurallarına aykırılık sebebiyle kanun yoluna başvurulabilir. Örneğin; avukatın vekâletnamesinde feragat yetkisi yokken feragatte bulunulması durumunda kanun yollarına başvurulabilir. Feragate ilişkin irade beyanları, hata, hile veya ikrah sebeplerinden biriyle sakatlanmış ise beyanda bulunan taraf, borçlar hukuku kuralları çerçevesinde, iradeyi sakatlayan sebebi ispat etmek şartıyla, feragatin iptali için dava açabilir (HMK m. 311/1). Davacı, davasından feragat ederken irade beyanında bulunan sakatlık sebebi ile söz konusu usuli işlemin iptali için irade sakatlığı halinin aynı davada ya da ayrı bir dava açılarak ileri sürmesi mümkündür.⁶⁴ 1086 sayılı HUMK zamanında fera-

61 "...Duraksamasız vurgulamak gerekirse usulün 93 ve onu izleyen maddeleri hükmünde tanımlamasını bulan feragat, kabul gibi irade beyanları yöntemine uygun şekilde usulün 151. maddesi hükmü uyarınca belgelendirilmiş olmak koşulu ile sonuçları usulün 237. maddesi hükmünde düzenlenen biçimde kesin hüküm oluşturur. Kesin hüküm ise kamu düzenine ilişkin istek olmasa bile yargılamanın her aşamasında mahkemece resen gözetilmesi gerekli olumsuz dava koşuludur..." Y. 7. HD, 18.03.2005, 840/758 (www.kazanci.com); Aksi Yönde: Ergun Öner, **Feragat ve Kabul Kesin Hüküm Teşkil Etmeyiz**, (Ankara: Ankara Barosu Dergisi, , 1976), s. 37.

62 "...Hemen belirtilmelidir ki, vazgeçme kesin hükmün hukuksal sonuçlarını doğurur. ..." Yargıtay 21. HD, 10.02.2009 T, 2009/17529 E, 2009/1695 K, www.kazanci.com.

63 Kuru, Arslan, Yılmaz, **Medeni Usul Hukuku, Ders Kitabı**, s. 507.

64 Evren Koç, **Usuli İşlemlerde İrade Sakatlıkları (Medeni Usul Hukukunda)**, (İstanbul: 1. Baskı, 2009), s. 185; "...Kadastro sırasında 122 ada 26, 129 ada 38, 150 ada 53, 59 parsel sayılı 30.969, 17.747, 4652 ve 3991 metrekare yüzölçümündeki taşınmazlar ayrı ayrı tapu kaydı, irsen intikal, taksim, satın alma ve kazandırıcı zamanaşımı zilyetliği nedeniyle davalılar Rabiya, Duriye, Aliye adlarına tespit edilmiştir. Askı ilan süresi içinde davacı Gülten taşınmazların ortak miras bırakan Fuat ve Mecit'ten kaldığını ileri sürüp miras hakkına dayanarak dava açmıştır. Mahkemece davanın feragat nedeniyle reddine ve dava konusu parsellerin tespit gibi tapuya tesciline karar verilmiş; hüküm, davacı tarafından temyiz edilmiştir. Mahkemece davanın feragat nedeni ile reddine karar verilmiş ise de, yapılan

gatin iptalinin istenip istenemeyeceği açıkça düzenlenmiş değildir. Doktrin ve Yargıtay feragatin iptalinin istenebileceğini kabul etmekteydi.⁶⁵

Feragatte irade sakatlığına uğramış taraf hata (yanılma) veya hile (aldatma) sebebiyle ya da tehdit (korkutulma) sonucunda iradesinin sakatlandığını iddia eden davacı, hata veya hileyi öğrendiği ya da tehdidin etkisinin ortadan kalktığı andan başlayarak bir yıl içinde ileri sürmesi gerekir.

Feragat eden davacı dava konusu haktan da feragat etmiş sayılır.⁶⁶

araştırma ve inceleme hüküm kurmaya yeterli bulunmamaktadır. Öncelikle üzerinde durulması gereken husus davadan tehdit sonucunda feragat edildiğine dair delillerini bildirmesi için davacıya verilen sürenin hukuki sonuç doğurup doğurmayacağı ve bunun sonucu olarak ortada usulün 91 ve takip eden maddelerine göre geçerli bir feragatin bulunup bulunmadığıdır. Yargılama usulünde biri ""yasal"" diğeri hâkim tarafından tanınan iki türlü önelin varlığı kabul edilmiş ve bu önelere uyulmaması durumunda doğacak hukuksal sonuçlar açıklanmıştır. 22.10.2004 günlü oturumda davacıya verilen önel HYUY'nin 163. maddesine göre kesin olmadığı gibi önelin sonunda 17.12.2004 günlü oturumda tehditle ilgili tanık listesini vermesi için yeniden süre isteyip istemediği de davacıdan sorulmamıştır. Eksik inceleme ile hüküm verilemez. O halde mahkemece öncelikle davacıdan tehditle ilgili tanık gösterip göstermeyeceği ve bu yolda süre isteyip istemediği sorulmalı, istediği takdirde kendisine elverişli bir süre verilmeli, davacının kendisini bir avukatla temsil ettirmediği gözetilerek verilen bu ikinci sürenin kesin olduğu, bu süreye uyulmadığı takdirde feragatin geçerli olacağı ve bunun sonucunda davanın reddedileceği ihtarata açıkça ara kararına yazılmalı, ondan sonra toplanan ve toplanacak deliller birlikte değerlendirilerek ona göre BK'nun 29. ve 30. maddelerine göre feragatin geçerli olup olmadığının tartışılması yapılmalı ve hâsıl olacak sonuca göre bir karar verilmelidir..." Yargıtay 17. HD, 31.03.2005 T, 2005/2916 E, 2005/210 K, www.kazanci.com.

65 "...Hemen belirtilmelidir ki, vazgeçme kesin hükmün hukuksal sonuçlarını doğurur. Ancak, feragatle hâsıl olan neticenin buna sebep olan feragatin rızayı ifsat eden bir sebeple malul olduğu kanıtlanırsa doğurduğu netice bakımından hileye, hataya, ikraha maruz kalan kimseye talep hakkı bahsedeceğinde kuşku bulunmamaktadır. Somut olayda manevi tazminat davasındaki feragat iradesi açıklamasının hataya bağlı olduğu feragat edilmek istenen davanın gerçekte ölenin eşi tarafından açılan maddi tazminat istemli dava olduğu ileri sürülmüş ve mahkemece buna itibar edilmemişse de, davalının iş kazası sonucu ölüm nedeniyle davacılar manevi zararlarını karşılamak amacıyla bir ödemede bulunduğu ileri sürülmediği gibi buna ilişkin bir delilde sunulmamıştır. Diğer bir deyişle, haktan feragat için bir sebebin varlığı da iddia ve ispat edilmiş değildir. Kaldı ki manevi tazminat davasının duruşma tutanağında dava dilekçesinin okunduğuna ilişkin bir açıklama bulunmaması ve aynı olayla ilgili olarak açılmış üç ayrı dosyanın aynı gün yargılanmasının yapıldığının dosya kapsamından anlaşılmasına göre; davacılar vekilinin aynı gün duruşması bulunan maddi tazminat davasının yargılanmasının yapıldığı düşüncesi ile feragat beyanında bulunduğu ortadadır. Öte yandan iş kazası sonunda işçinin yakınları yararına manevi tazminat istemli dava açıldıktan sonra herhangi bir ödemeye yapılmadan bu davadan feragat edilmesi hayatın olağan akışına ve genel yaşam deneyimlerine aykırıdır. Hayatın olağan akışına ve genel yaşam deneyimlerine uygun olan durum feragatin hataya dayalı olduğudur. Mahkemece bu maddi ve hukuki olgulara aykırı biçimde ve özellikle, Karabük İş Mahkemesi'nin 2006/259 Esas sayılı dosyasında görülmekte olan manevi tazminat davasındaki feragatin hataya dayalı olduğu gözetilmek suretiyle davanın kabulüne ve feragatin feshine (iptaline) karar verilmesi gerekirken yanılığın değerlendirilmeyle yazılı şekilde davanın reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir..." Yargıtay 21. HD, 10.02.2009 T, 2009/17529 E, 2009/1695 K, www.kazanci.com.

66 "...Davacı 1.3.1991-1.9.1994 tarihleri arasında tarımda kendi nam ve hesabına çalıştığı, teslim ettiği ürün bedellerinden Kurum yararına tevkifat yapıldığı, 2926 sayılı Yasanın 10. maddesinde sayılan kuruluşlarda kaydının bulunduğu halde Kurumun re'sen tescil yükümlülüğünü de yerine getirme-

Bunun için, feragat edilen dava daha sonra yeniden açılmaz. Çünkü feragat, davaya son veren taraf işlemlerinden olup maddî anlamda kesin hüküm gibi sonuç doğurmaktadır. Burada maddi anlamda kesin hüküm söz konusu olduğundan bu dava daha sonra yeniden açılmaz. Şayet açılır ise mahkeme tarafından reddedilir.

Davadan feragat edilmesi halinde dava sona ermiş ise daha sonra sona ermiş olan davaya ilişkin olarak bir belge bulunması halinde HMK'nın 375/1 hükmüne göre yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilemez.⁶⁷

diğinden bahisle 1.3.1991–1.9.1994 tarihleri arasında Tarım Bağ-Kur Kanunu kapsamında sigortalı olduğunun tespiti istemiyle dava açmıştır. Davacı vekili 13.10.2004 tarihli duruşma sırasında davadan vazgeçtiğini bildirmiş, bunun üzerine yerel mahkemece davanın vazgeçme nedeniyle reddine karar verilmiştir. Davacının davadan vazgeçmesi HUMK'nın 91 ve müteakip maddelerine göre feragat anlamındadır. Taraflar arasındaki uyuşmazlık sigortalılık süresinin tespitine ilişkin mukabil davalardan feragat edilip edilemeyeceği noktasında toplanmaktadır. Davaya son veren taraf işlemlerinden biri olan feragat davanın taraflarından birinin (davacının) netice-i talebinden vazgeçmesidir. Feragat ile yalnız mevcut davadan değil, o dava ile istenen haktan da vazgeçilir. Davadan feragat sonucunda feragat konu teşkil eden hak tamamen düşer ve artık bir daha dava konusu yapılamaz..." Yargıtay 21. HD, 08.02.2005 T, 2005/12344 E, 2005/816 K, www.kazanci.com.

- 67 Yılmaz, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, s. 1338; "...O halde burada çözümlenecek ilk hukuki sorun kabul ile sonuçlanan davanın kesin olup olmadığı noktasında toplanmaktadır. Üsküdar Asliye 3. Hukuk Mahkemesinin 1985/211 esas sayılı dosyası incelendiğinde davalı açık seçik davacının davasını kabul ettiğini belirtmiş ve yargılamaya bu kabul üzerine bitirilmiştir. Kabul dilekçesinin içeriğinden şarta bağlı bir kabul olmadığı da açıktır. HUMK.'nun 92. maddesi ise kabulü "iki taraftan birinin netice-i talebine muvafakat etmesidir" şeklinde tanımlanmıştır. Yine aynı Yasa'nın 95. maddesinin ilk fıkrası da "kabul, kati bir hükmün hukuki neticelerini hâsıl eder" şeklinde kural getirmiştir. Yasa'nın şu somut tanımlamalarından ve kabul dilekçesi içeriğinden dava, esasın incelenmesi sonucu değil: kabul sonucu, başka bir anlatımla maddi hukuk işlemi ile sonuçlandırılmıştır. Bundan çıkan sonuç ise kabul sonucu verilen karar yasanın 445. maddesinin 1. fıkrasına girmediğidir. Çünkü burada davanın esas hakkında bir karar verilmemiş, maddi hukuk işlemi sonucu bir karar verilmiştir. Bir an için bu fıkraya girdiğinin kabulü halinde ise davalı, HUMK.'nun 445. maddenin 1 no.lu bendine dayandığına göre ele geçirilen belgenin bu bendin tanımına uyup uymadığının incelenmesi sorunu karşımıza çıkmaktadır. Madde incelendiğinde, içeriğinden, elde edilen belgenin davanın esasın çözümlemesine doğrudan etken olan bir belgenin olması gerekir. Bir kimsenin kendisine ait bir payın satışını vaad etmesi nasıl hukuka uygunsuz Şufa davası açtığı Şufalı payın üçüncü bir kişiye satışını vaad etmesi de o derece hukuka uygundur. Bu Şufalı payın üçüncü kişiye satışına ilişkin satış vaadi sözleşmesi davanın çözümlemesinde doğrudan etken olan bir belge değildir. Başka bir anlatımla bu belge yargılama evresinde davalı tarafından kanıt olarak mahkemeye sunulması durumunda da sonuç değişmeyecektir. Kaldı ki davalı yan Şufa davasına verdiği cevapta davacının parayı karşılayamayacağını bildiğini, bir bakıma kabulün de buna dayandığını açık seçik belirtmiştir. Yukarıdan beri açıklanan nedenlere olayda yargılamanın iadesine ilişkin, yasanın saydığı hiçbir neden gerçekleşmediğinden istemin reddine karar vermeyip yargılamanın iadesine karar verilerek davacı adına tesciline karar verilen Şufalı payın bu kerre iptaliyle yeniden davalı adına tesciline karar verilmesi Usul ve Yasa'ya aykırı olduğundan kararın bozulması gerekir..." Yargıtay 6. HD, 27.10.1987 T, 1987/10333 E, 1987/10368 K, www.kazanci.com.

III. İDARİ YARGIDA DAVADAN FERAGAT

1. GİRİŞ

İYUK'da davadan feragat kanununun 31. Maddesinde HMK'ya atıf yapılmak suretiyle düzenlenmiştir. Dolayısıyla HMK'nın feragate ilişkin hükümleri idari yargıda da uygulanacaktır. Ancak belirtmek gerekir ki HMK'nın feragate ilişkin hükümleri idari davaların niteliğine uygun düşüğü olduğu ölçüde idari yargıda uygulama alanı bulacaktır.⁶⁸

Bu çalışmada idari yargının kendine özgü özellikleri nedeniyle davadan feragat konusunda medeni yargıdan ayrıldığı yönler üzerinde durulmaya çalışılmıştır.

Özel hukukta hâkim, tarafların iddia ve savunmaları, getirdiği delillerle bağlı olması nedeniyle pasif durumdadır. Buna göre hâkim, çatışan çıkarılardan hangisinin hukuk tarafından korunduğunu tespit eder. İdari yargıda ise hâkim, re'sen araştırma ilkesi gereği, tarafların sunmuş olduğu delillerle bağlı olmayıp, bizzat kendisi delil toplayıp uyuşmazlığı çözmek mecburiyetindedir.⁶⁹

Ayrıca idari yargıda medeni yargıdan farklı olarak bazı hallerde davanın görülüp neticelendirilmesinde davacının menfaati yanında kamunun da menfaati söz konusudur. Bu hallerde idari yargılama usulü kanunundaki atfa rağmen davadan feragatin medeni yargıda uygulandığı şekli ile idari yargıda uygulanması mümkün değildir.

2. FERAGATİN ŞARTLARI

İdari yargıda da davadan feragat edebilmek için öncelikle açılmış bir dava olması gerekir. Açılmamış bir davadan feragat söz konusu olamaz.⁷⁰

Davacı mahkemeye yapacağı tek taraflı bir irade beyanı ile davadan feragat eder.⁷¹ İdari yargı içtihatları, feragat konusundaki irade açıklama-

68 Ramazan Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2011), s. 222.

69 Metin Günday, *Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Hükümlerinin İdari Yargıda Uygulama Alanı*, (Ankara: Danıştay Başkanlığı İdari Yargının Yeniden Yapılandırılması ve Karşılaştırmalı İdari Yargılama Usulü Sempozyumu, 133. Yıl Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları No: 63, 2003), s. 79.

70 Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 222.

71 Gözübüyük, *Yönetmelik Yargı*, s. 541.

sının idari yargı yerinin kaydına girdiği anda hukuksal sonuç doğurduğu yönündedir.⁷² İdari yargıda feragat yazılı olarak yapılır.⁷³ Buna göre feragatin yazılı olarak dilekçe ile yapılması ve bu dilekçenin davayı gören idare mahkemesine sunulması gerekmektedir. Bu durumda, İYUK'un "Dilekçenin Verileceği Yerler" başlıklı 4. maddesi ile getirilen düzenlemeler dikkate alınarak davadan feragati içeren dilekçenin nerelere verilebileceği tayin edilmelidir.⁷⁴

Danıştay kamu yararı ile bireysel yarar ölçütüne göre davadan feragat hakkında karar verilmesi gerektiğine karar verdiği bir uyuşmazlıkta, uyuşmazlığın vakıalarına ve yargılama sürecine bakıldığında karar metninde geçmemekle beraber uyuşmazlıkta Yakutiye Belediyesince (büyükşehir ilçe belediyesi) 1/1000 ölçekli uygulama imar planında değişiklik yapıldığı ancak bu değişikliğin Erzurum Büyükşehir Belediyesi tarafından onaylanmadığı anlaşılmaktadır. Bunun üzerine de 1/1000 ölçekli ve sadece bir imar adasında yüksekliğin artırılmasına ilişkin olan uygulama imar planı üzerinde Yakutiye Belediyesince ısrar edilmiştir. Yakutiye Belediye Meclisinin anılan imar planı üzerindeki değişiklikte ısrar edilmesine ilişkin kararına karşı Erzurum Büyükşehir Belediyesi tarafından iptal davası açılmıştır. Söz konusu dava Erzurum İdare Mahkemesince kabul edilerek 1/1000 ölçekli uygulama imar planı iptal edilmiştir. Karar temyiz edilmiş ve Danıştay 6. Dairesi kararı onamıştır. Bu karara karşı ilçe belediyesi karar düzeltme talebinde bulunmuştur. Karar düzeltilmesi aşamasında ilçe belediyesi davadan feragat etmiştir. Ancak mahkemece ilçe belediyesinin feragat istemi kabul edilemeyerek işin esasına girilmiş ve kararın düzeltilmesi dilekçesinde ileri sürülen hususlar ilgili maddede belirtilen sebeplerden hiç birine uymadığından kararın düzeltilmesi talebi reddedilmiştir.

Somut olayda çözülmesi gereken hukuki problem iptal davasının somut ve sübjektif nitelikte bir dava mı yoksa soyut ve objektif bir nitelikte bir dava olup olmadığı konusudur. Bir başka deyişle davada bireysel menfaat mi? Yoksa kamusal menfaat mi ağır basmaktadır? Çünkü verilecek cevaba göre karar düzeltme aşamasında davadan feragat edilip edilmeyeceğine karar verilecektir.

72 Yahya Kazım Zabunoğlu, *İdare Hukuku Cilt 2*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2012), s. 632.

73 Gözübüyük, *Yönetmelik Yargı*, s. 541.

74 Zabunoğlu, *İdare Hukuku Cilt 2*, s. 632.

Danıştay, karar düzeltme aşamasında davacının davasında feragat etmesinin kamu yararına aykırı görmüştür. Bu nedenle feragat istemini kabul etmeyerek işin esasına girmiş ve karar düzeltme dilekçesinde belirtilen hususlar İYUK m. 54'te düzenlenen karar düzeltme nedenlerinden hiçbirine uymadığından karar düzeltme talebinin reddedilmesine karar vermiştir.

Somut olaya uygulanan idare hukuku ve idari yargılama usulü hukuku kurallarına bakıldığında ise öncelikle İYUK m. 31 karşımıza çıkmaktadır. Anılan maddede davadan feragate ilişkin olarak HMK'nın ilgili maddelerine atıf yapılmıştır. Ancak HMK'nın bahsedilen maddeleri ancak idari yargının niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulanacaktır. Buna göre; Danıştay, iptal davalarında feragat edilmesi konusunda somut ve sübjektif bir dava olması ile soyut ve objektif bir dava olması ayırımını yapmakta ve eğer dava soyut ve objektif nitelikte bir dava ise bu davalarda bireysel menfaatten ziyade kamu menfaatinin söz konusu olması nedeniyle ilk derece mahkemesinin kararını vermesinden sonra davadan feragati caiz görmemektedir.

Sonuç olarak, yukarıda vakıalar ve yargılama sürecine ilişkin kısımda ayrıntıları belirtildiği üzere uygulama imar planı değişikliğinin iptaline ilişkin bir davada, davacı Yakutiye Belediyesi karar düzeltme aşamasında davadan feragat etmiştir. Davanın konusu ilçe belediyesince yapılan uygulama imar planı değişikliğinin (sadece bir imar adasında yüksekliğin artırılması şeklinde) hukuka aykırı olup olmadığıdır. Danıştay, somut olayda davadan feragat kamu yararıyla bağdaşmadığı için feragat talebini reddetmiştir. Çünkü söz konusu davanın konusu bir uygulama imar planı değişikliği olduğu için dava soyut ve objektif nitelikte bir davadır. Dolayısıyla bu davada imar planı değişikliğinin kanun yollarının da tüketilerek hukuka aykırı olup olmadığının değerlendirilmesinde kamu yararı bulunmaktadır. Neticede kamu yararının bulunduğu bir davada, davadan feragat edilmesi idari yargının niteliğine aykırı olacağından feragat talebinin kabul edilmeyerek işin esasına girilmesinin idare hukuku ilkelerine uygun olduğu değerlendirilmektedir.⁷⁵

75 Danıştay 6. D. 26.01.2007 T. 2007/381 E. ve 2007/6838 K. www.kazanci.com.

3. FERAGATİN BENZER KURUMLARDAN FARKI

İdari yargıda davanın geri alınması usulü bulunmamaktadır. Çünkü İYUK'ta böyle bir kurum yer almamakta ve HMK'ya atıfta bulunulan İYUK m. 31 hükmünde sayılan konular arasında bu konu yer almamaktadır. Bu nedenle Danıştay vazgeçme veya geri almayı feragat olarak kabul etmektedir. Ancak bazı kararlarında davadan vazgeçme halinde açıkça davadan feragat edildiği belirtilmediğinden davayı takipten vazgeçme dilekçesinin feragat olarak değerlendirilemeyeceğini belirtmiştir.⁷⁶

4. FERAGATİN ŞEKLİ

İdari yargıda davadan feragatin şekli ile ilgili aşağıdaki tespitler yapılabilir:

- a. Feragat iradesi herhangi bir tereddüt ve şüpheye yer bırakmayacak şekilde açık ve anlaşılır bir şekilde ifade edilmelidir.
- b. Feragate ilişkin irade beyanının mutlaka dilekçenin sonuç ve istem kısmında yapılması gerekir. Dilekçenin sonuç kısmında yer almayan çeşitli taleplerden (keşif, bilirkişi incelemesi gibi) vazgeçildiğine dair beyanlar davadan feragat olarak değerlendirilemez.
- c. Feragat bir şarta ve bir süreye bağlanamaz.
- d. Kısmen feragat caizdir. Ancak bunun için sonuç kısmında yer alan istemin bölünebilir olması gerekir.
- e. Vekil açısından özel yetki gereklidir. Müdahil, davada taraf olmadığından feragat talebinde bulunamaz.
- f. Birden fazla davacı veya davalı bulunması durumunda her biri diğerlerinden bağımsız olarak davadan feragat edebilir, bu irade beyanı sadece beyanda bulunanlar açısından bağlayıcıdır.
- g. İdari yargıda genel anlamda toplumu veya onun geniş bir kesimi ilgilendiren davalarda davadan feragatin geçerli olmayacağı yönünde Danıştay kararları bulunmaktadır.⁷⁷

76 Sancar Dere, Dere, *Genel Olarak Feragat ve İdari Yargıda Feragatin Hüküm ve Sonuçları*, s. 199 özellikle bkz. Dipnot 20.

77 Zabunoğlu, *İdare Hukuku Cilt 2*, s. 632-635.

5. FERAGATİN ZAMANI

İdari yargıda tartışılan konulardan biri de temyiz aşamasında feragatin mümkün olup olmadığıdır. İdari yargıda kamu yararı ağır basan davalarda ilk derece mahkemesinin kararını vermesinden sonra davadan feragatin mümkün olmadığı yönünde içtihatlar bulunmaktadır.⁷⁸

Medeni yargıda kanun yolları da dâhil olmak üzere davanın tüm aşamalarında davadan feragatin mümkün olduğu kabul edilmektedir. Buna karşılık idari yargıda ise; Danıştay'ın ilk derece mahkemeleri tarafından iptal kararı verildikten sonra temyiz aşamasında davadan feragatin mümkün olduğunu kabul eden kararları olmakla birlikte, daha sonraki kararlarında idari yargının niteliği ile bağdaşmadığı gerekçesiyle davadan feragatin ancak davanın karara bağlanmasından önce mümkün olduğunu, kanun yolları aşamasında ise davadan feragatin mümkün olamayacağına karar vermiştir. Danıştay'a göre;

“Her ne kadar, davacının feragat etme hakkı dava açma hakkının da doğal bir sonucu ise de, idarenin yargısal denetiminin gerçekleştirildiği idari yargıda, davanın karara bağlanmasından sonraki aşamada, temyiz veya kararın düzeltilmesi isteminin incelenmesi sırasında davacıya, davadan feragat etme hakkının tanınması, yapılmış yargısal denetimin geçersiz sayılması sonucunu doğuracaktır. Bunun da, idarenin faaliyetlerinde hukuka uygunluğun sağlanması amacıyla, dolayısıyla kamu yararıyla bağdaşmayacağı açıktır.”⁷⁹

Görüldüğü gibi Danıştay davanın ilk derece mahkemesinde karara bağlanmasından sonraki aşamada davacıya davasından feragat etme hakkının tanınmasını, idari faaliyete yönelik yapılmış yargısal denetimin geçersiz sayılması sonucunu doğuracağına ve bunun da kamu yararıyla bağdaşmayacağına karar vermiştir.

Ankara 6. İdare Mahkemesi; davacının, sermaye piyasası işlemleri ile ilgili yükümlülüklerini yerine getirmediği iddiasıyla kendisine kesilen idari para cezasının iptali istemiyle açtığı davayı kabul ederek söz konusu işlemi iptal etmiştir. Karar davalı idare tarafından temyiz edilmiş, Danıştay Onuncu Dairesi kararı bozmuştur. Dosya Danıştay'dayken davacı dava-

⁷⁸ Zabunoğlu, *İdare Hukuku* Cilt 2, s. 636.

⁷⁹ Metin Günday, *Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Hükümlerinin İdari Yargıda Uygulama Alanı*, s. 69.

dan feragat etmiştir. Ancak Danıştay, mahkemece iptal kararının verilmesi ile kamu yararının korunduğunu belirtmiş ve bu nedenle davacının feragat talebini dikkate almayarak temyiz istemini esastan neticelendirmiştir. Öte yandan yerel mahkeme de bozma kararına uymayarak dava konusu işlemin iptali yolundaki ilk kararında ısrar etmiştir. Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, iptal davalarının dava konusu işlemin hukuka uygunluğu açısından ve kamu yararı yönünden yargısal denetim yapılmak suretiyle objektif özelliklere sahip bir dava türü olmakla beraber, kamu adına açılan bir dava niteliği taşımadığını, menfaati ihlal edilen davacının talebi ile sınırlı olarak görüşülüp neticelendirilebileceğine hükmetmiştir. Bu nedenle de davacının, davasından feragat etmesi ile davanın sona erdirilmesi gerekirken, davacının davadan feragat beyanının dikkate alınmayarak uyuşmazlığın esastan görülüp neticelendirilmesini hukuka uygun görmemiş ve yerel mahkemenin kararını bozarak yukarıda belirtilen hususların dikkate alınarak yeniden bir karar verilmek dosyanın üzere yerel mahkemeye gönderilmesine karar vermiştir. Karara karşı yazılan karşı oyda ise idari yargıda davanın karara bağlanmasından sonraki aşamada, temyiz ve karar düzeltme isteminin incelenmesi sırasında davacıya davasından feragat etme hakkının tanınması, yapılmış olan yargısal denetimin geçersiz sayılması sonucunu doğuracağı belirtilmiştir. Bu da iptal davasının işleviyle, yani hukuk devleti ilkesi gereği olarak idarenin faaliyetlerinde hukuka uygunluğun sağlanması amacıyla ve kamu yararıyla bağdaşmayacaktır. Dolayısıyla HMK'ya yapılan atfın idari yargıda kanun yollarında da davadan feragat etme olanağı tanıdığından söz edilemeyeceğinden temyiz aşamasında verilen feragat dilekçesinin dikkate alınmayarak, davalı idarenin temyiz isteminin incelenmesi gerektiği ifade edilmiştir.⁸⁰

6. İPTAL DAVALARINDA DAVADAN FERAGAT

İptal davasında davadan feragat eden davacı, dava ettiği hukuki işlemin iptalinden vazgeçmiş olur. Buna göre feragat iptal davasının reddi ile aynı sonucu doğurmaktadır. Tam yargı davasında ise davacı feragat etmekle sadece davadan değil bunun yanında davaya konu haktan da vazgeçmiş olur.⁸¹

80 Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, 17.06.2004 T, 2003/967 E, 2004/640 K, www.kazanci.com.

81 Gözübüyük, **Yönetmelik Yargı**, s. 541.

İptal davalarında amaç, hem bireylerin hak ve çıkarlarının korunması hem de idarenin hukuka uygun davranmasını sağlamaktır. Bu nedenle iptal davası kamu düzeni ile ilgilidir. İptal davasının bu niteliği gereğince, davacının kişisel çıkarlarını ihlal eden (memur ataması, disiplin cezası gibi) idari işlemlerin iptali için açılan iptal davaları dışında davadan feragatin mümkün olmaması gerektiği ifade edilmektedir. Başka bir deyişle bireysel idari işlemlerin iptali davaları, bireysel yararın yanında kamuyu ilgilendiriyorsa davacı davadan feragat edememelidir. Bununla birlikte objektif nitelik taşıyan düzenleyici işlemlerin iptaline ilişkin açılan iptal davalarından da feragat edilememelidir. Çünkü iptali istenen işlem objektif nitelik taşıdığından (davacı ile birlikte farklı kişilerin de menfaatini ihlal ettiğinden) dava sonucunda iptal kararı, davada taraf olmayan ancak kararlarla ilgisi bulunan diğer kişileri de etkilemektedir. Dolayısıyla düzenleyici işlemlere karşı açılan iptal davalarında feragatin mümkün olmaması gerektiği ifade edilmektedir.⁸²

İptal davalarında kişisel hakları ihlal eden somut, sübjektif nitelikteki idari işlemlere veya herhangi bir hak ihlali olmaksızın kişinin menfaat ilişkisinin kurulabildiği çevre, tarihi ve kültürel değerlerin korunması, imar uygulamaları gibi kamu yararını ilgilendiren idari işlemlere karşı dava açılabilir. Kişisel hakkın ihlaline dayanmayan kamu yararını yakından ilgilendiren konularda açılan iptal davaları objektif ve somut nitelikte olup, tamamıyla kamu yararı amaçlanmaktadır. Bu nedenle iptal davalarında feragat isteminin kamu yararı ölçütü kullanılarak karara bağlanması gerekir. Kişisel hakların ihlaline dayanan iptal davalarında davacı herhangi bir kısıtlama olmaksızın davasından feragat edebilir. Buna karşılık mahalli idarelerce açılan objektif ve somut nitelikteki iptal davalarında ilk derece mahkemesi tarafından karar verildikten sonra davadan feragat edilmesi, kamu yararıyla ve idarenin yargısal denetime yoluyla hukukun üstünlüğünü sağlama amacıyla bağdaşmamaktadır. Bu davada Bayındırlık ve İskân Bakanlığı tarafından onaylanan imar planı revizyonunun bir parseline ilişkin bölümünün iptali için dava açılmıştır. Danıştay 6. Dairesi planın dava konusu yapılan bölümünün şehircilik ilkelerine, planlama

82 Ercan Göktepeoğlu, *İdari Davada Davadan Feragat ve Davayı Kabul*, Yüksek Lisans Tezi, (Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010), s. 45-46; 48-50.

esaslarına ve kamu yararına aykırı olmadığı gerekçesiyle davayı reddetmiştir. İdari Dava Daireleri Genel Kurulu söz konusu kararı yerinde keşif ve bilirkişi incelemesi yaptırılarak karar verilmesi gerektiği gerekçesiyle bozmuştur. Davalı idare İDDGK tarafından verilen kararın düzeltilmesi talebinde bulunmuştur. Bundan sonra davacı belediye, taşınmazın başka bir belediyenin sınırları içinde kalan kısmında yapılaşmaya verilmiş olmasının kendi sınırları içinde kalan kısmı bakımından mülkiyet sahiplerinin mağduriyetine neden olduğunu bildirerek davadan feragat etmiştir. İDDGK ise öncelikle kentin gelişimi ve korunması konusunda doğrudan görevli olan davacı belediyenin açtığı dava ile kamu yararını ve hukukun üstünlüğünü korumayı hedeflendiğini belirtmiştir. Daha sonra ise davanın objektif niteliği, salt kamu yararını sağlamayı amaçlaması nedeniyle bir kamu idaresi olan belediyenin, dava konusu düzenleyici işlemin şehircilik ilkelerine ve planlama esaslarına uygun olup olmadığı keşif ve bilirkişi incelemesi yapılarak belirlenmesi gerektiği gerekçesiyle temyiz istemi kabul edilip bozma kararı verildikten sonra düzeltme aşamasında davadan feragat etme imkânının olmadığına hükmetmiştir. Bu nedenle de kurul feragat istemini yerinde görmemiş ve işin esasına girerek davayı karara bağlamış ve karar düzeltme isteminin reddine karar vermiştir.⁸³

Aynı şekilde bir başka Danıştay kararında da bireysel hakların ihlali ne dayanan iptal davalarında davacının herhangi bir sınırlama olmaksızın davasından feragat edebilmesinde duraksama bulunmadığını belirtmiştir. Danıştay, dava konusu uyuşmazlıkta idare mahkemesince yapılan yargılama sonucunda dava konusu işlemin iptaline ilişkin verilen kararı davalı idarenin temyiz istemini reddederek onamıştır. Karar düzeltme aşamasında ise davacı davadan feragat etmiştir. Danıştay ise bu feragatin, iptal davasının işleviyle yani hukuk devleti ilkesinin gereği olarak idarenin faaliyetlerinde hukuka uygunluğunun sağlanması amacıyla, dolayısıyla kamu yararıyla bağdaşmayacağını belirterek feragat istemini yerinde görmeyerek işin esasına girmiş ve hukuka uygun görmediği karar düzeltme talebinin reddine karar vermiştir.⁸⁴

83 Danıştay 10. D, 20.12.2011 T, 2010/16395 E, 2011/5749 K, www.kazanci.com.

84 Danıştay 10. D, 20.12.2011 T, 2010/16395 E, 2011/5749 K, www.kazanci.com.

7. TAM YARGI DAVALARINDA DAVADAN FERAGAT

Tam yargı davaları, medeni yargıdaki tazminat davası niteliği taşımaktadır. Bu nedenle tam yargı davasından feragat, bir hukuk davasındaki feragat benzetilmektedir. İptal davasından farklı olarak tam yargı davası subjektif nitelikte bir davadır. Yani davanın sonuçları sadece davanın taraflarını etkileyecektir. Bu nedenle de bir idari eylem veya işlem nedeniyle zarar gören kişilerin (kişisel hakları doğrudan muhtel olanların) idare aleyhine açtığı tam yargı davasından feragat edebilecekleri kabul edilmektedir.⁸⁵ Tam yargı davalarında kısmi (talebin bir bölümünden) feragat mümkündür ancak şartlı (şarta bağlanmış) feragat mümkün değildir.⁸⁶

8. DAVADAN FERAGATİN SONUÇLARI

Davadan feragat esas haktan vazgeçme sonucunu doğurur. Yani davadan feragat eden davacı aynı zamanda esas haktan da feragat etmektedir. Bu nedenle davacı açısından hem hak hem de bu hakka bağlı dava hakkı ortadan kalkmaktadır. Sonuç olarak davacı feragat ettiği davayı tekrar açamayacaktır.⁸⁷

Feragat dilekçesi verildikten sonra dava hemen sona ermez. Mahkeme feragat beyanının doğru olup olmadığını, kanunda öngörülen şekilde yapıp yapılmadığını, davadan feragat edilebilecek nitelikte bir dava olup olmadığını tespit eder daha sonra davanın feragat nedeniyle sona erdiğine karar verir. Davadan feragatten rücu edilemez. Davacının davasından feragat ettiğine dair beyanı mahkemeye ulaşmış olmasına rağmen henüz davalıya tebliğ edilmemiş olsa da artık bu feragatten geri dönülemez. Davadan feragatten rücu edilememesinin nedeni davadan feragat etmekle davacının esas hakkının ve buna bağlı olan dava hakkının sona ermesidir. Davadan feragat kesin hükmün sonuçlarını doğurur. Yani feragat davayı sona erdirir. Aynı dava (aynı konuda, aynı taraflar arasında ve aynı dava sebebine dayanan bir dava) tekrar açılmaz, eğer açılırsa kesin hüküm nedeniyle reddedilecektir.⁸⁸

85 Göktepeoğlu, *İdari Davada Davadan Feragat ve Davayı Kabul*, s. 46.

86 Gözübüyük, *Yönetmelik Yargı*, s. 542.

87 Sancar Dere, Dere, *Genel Olarak Feragat ve İdari Yargıda Feragatin Hüküm ve Sonuçları*, s. 201-202.

88 Sancar Dere, Dere, *Genel Olarak Feragat ve İdari Yargıda Feragatin Hüküm ve Sonuçları*, s. 203, 204-206.

Medeni yargıda feragat üzerine verilen kararların temyiz edilemeyeceği kabul edilmektedir. Ancak idari yargıda feragat kararlarına konu davaların niteliği göz önünde bulundurularak bu kararların temyiz edilebileceği kabul edilmektedir. İptal davalarında feragat nedeniyle hukuka aykırı işlemlerin tekrar hayatiyet kazanabilme olasılıkları değerlendirildiğinde, idari yargıda temyiz yolunun açık olması yerindedir.⁸⁹

Davadan feragat eden davacı harç, posta giderleri, bilirkişi ücretleri ve vekâlet ücreti gibi yargılama giderlerini ödemeye mahkûm edilir.

Feragatin kesin hükmün sonuçlarını doğuracağına hüküm altına alındığı bir davada, Konya Selçuklu Belediyesi tarafından İmar Kanunu m. 18'e göre parselasyon işlemi yapılmıştır. Bu parselasyon işlemine ilişkin belediye encümeni kararına karşı iptal davası açılmıştır. Açılan dava mahkemece 1994 tarihinde feragat nedeniyle reddedilmiştir. 2002 tarihinde aynı parselasyon işlemine karşı tekrar iptal davası açılmıştır. Mahkeme dava konusu işlemin daha önce feragat nedeniyle reddedilen davaya konu işlemle aynı işlem olduğunu tespit etmiştir. Bunun üzerine mahkeme daha önceki davada feragat nedeniyle davanın reddine karar verildiğini feragatin kesin hükmün sonuçlarını doğuracağından inceleme imkânı olmayan davanın reddine karar vermiştir. Bu karar Danıştay tarafından onanmıştır.

Bu olayda açılan ilk davadan feragat edilmiş ve feragat nedeniyle dava reddedilmiştir. Burada uyumsuzluk konusu feragat nedeniyle reddedilen davanın tekrar açılıp açılmayacağıdır.

HUMK m. 95'e göre feragat kesin hükmün bütün sonuçlarını doğurur.

Kesin hüküm ile sonuçlanan uyumsuzluk ile dava konusu, tarafları ve dava sebebi aynı olan bir çekişme tekrar dava konusu yapılamaz. Buna göre davada; ilk davadan feragat edilmiş ve bu nedenle de dava reddedilmiştir. Feragat kesin hükmün tüm sonuçlarını doğuracağından davacılar feragat nedeniyle reddedilen ilk davanın konusu olan parselasyon işlemini tekrar dava konusu yapamazlar. İkinci davada Konya İdare Mahkemesi Selçuklu Belediyesi'nden dava önce dava konusu yapılan parselasyon işleminden farklı bir işlem tesis edilip edilmediğini sormuş ve idarece verilen cevapta ilk parselasyon işleminden farklı bir işlem tesis edilmediği belirtilmiştir. Buna göre, ikinci dava feragat edilen dava ile aynı konudur.

89 Zabunoğlu, *İdare Hukuku Cilt 2*, s. 638.

Ayrıca, davacı ve parselasyon işleminin hukuka aykırılık nedeniyle iptali istenildiğinden davanın sebebi de aynıdır.

Sonuç olarak, Konya İdare Mahkemesi'nin verdiği, davanın incelenmeksizin reddi kararı hukuka uygundur. Çünkü yukarıda açıklandığı gibi feragat kesin hükmün tüm sonuçlarını doğuracağından ilk parselasyon işleminden farklı herhangi bir parselasyon işlemi yapılmadığından ikinci dava aynı konudur, tarafları ve dava sebebi de aynıdır.⁹⁰

IV. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA DAVADAN FERAGAT

Bu bölümde farklı hukuk geleneklerinden geldiğimiz ve idarenin yargısal denetimi açısından yargı birliği sisteminin geçerli olduğu İngiltere'deki konuya ilişkin düzenlemelere değinilmeye çalışılmıştır. Bu sistemde kişiler ve idare arasındaki uyuşmazlıklar tek bir yargı düzeni içinde yani adli yargı düzeni içindeki mahkemelerce çözüme kavuşturulmakta ayrı bir idari yargı düzeni bulunmamaktadır. Bu nedenle İngiltere'de idari işlemlerin yargısal denetimi bazı istisnalar dışında genel mahkemelerce yapılmakta, dolayısıyla bu mahkemeler için konulmuş bulunan usul kuralları idari davalar için de uygulanmaktadır.⁹¹ İngiltere'de 1997 tarihli Hukuk Usulü Kanunu (Medeni Yargılama Kanunu – Civil Procedure Act) yargılama usulüne ilişkin kuralları belirleme görevini, içinde hâkimlerin de bulunduğu bir komiteye vermiştir. Bu komitenin belirlediği yargılama usulü kuralları (civil procedure rules)na göre; davacı veya karşı davacı belirli hallerde mahkemenin iznini veya bazı hallerde davalının yazılı rızasını alarak davadan vazgeçebilir. Hukuk yargılaması kurallarından anlaşıldığı kadarıyla İngiliz hukukunda davayı geri alma ile davadan feragat şeklinde iki ayrı kurum yoktur. Davadan vazgeçme kavramı (discontinuance of a claim) her ikisi için de kullanılmaktadır. Çünkü yukarıda da belirtildiği gibi kural olarak davadan vazgeçmenin davalının rızasına veya iznine bağlı olmadığı anlaşılmaktadır. Ancak maddenin daha sonraki paragraflarında bazı durumlarda davadan vazgeçme, mahkemenin iznine veya davacının rızasına bağlanmıştır. Ayrıca davasından vazgeçen davacı, davalıya karşı yeni

90 Danıştay 6. D, 18.10.2006 T, 2006/4890 E, 2004/4881 K, www.kazanci.com.

91 Çağlayan, **İdari Yargılama Hukuku**, s. 39-40, Neil Hawke, Neil Parworth, **Introduction to Administrative Law**, (London Sydney: Cavendish Publishing Limited), 1998, s. 210.

bir dava açacaksa eğer davacı davalının savunmasının alınmasından önce davadan vazgeçmişse ve yeni dava, vazgeçilen dava ile aynı konuda ise mahkemenin iznini almak zorundadır. Buna göre davalının savunmasını vermesinden önce davasından vazgeçen davacı aynı konuda tekrar dava açabilecektir. Sonuç olarak, İngiliz hukukunda davadan vazgeçme belirli durumlar dışında davalının rızasını veya mahkemenin kararını gerektirmemesi yönü ile davadan feragate, belirli bir durumda mahkemenin kararına bağlı olma dışında yeniden dava açmayı engellememesi yönü ile de davadan vazgeçmeye benzetilmektedir.⁹²

V. DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Yukarıda belirtildiği gibi, İYUK'un 31. maddesi idari yargıda görülecek davalara ilişkin olarak davadan feragat kurumunu Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'na atf yapmak suretiyle düzenlemiştir.

Gerek medeni yargıda gerekse idari yargıda, davadan feragat edilebilmesi için açılmış bir davanın olması gerekir. Bununla birlikte medeni yargıda, kanun yolları da dâhil olmak üzere davanın tüm aşamalarında davadan feragatin mümkün olduğu kabul edilmesine rağmen Danıştay, davadan feragatin idari yargının niteliği ile bağdaşmaması gerekçesiyle ancak davanın karara bağlanmasından önce mümkün olduğunu, kanun yolları aşamasında ise davadan feragatin idari yargıda mümkün olamayacağına karar vermiştir.

Her ne kadar medeni yargıda feragat, dilekçeyle veya yargılama sırasında sözlü olarak yapılabilsede idari yargıda feragate ilişkin irade beyanının mutlaka dilekçenin sonuç ve istem kısmında yazılması yani feragatin yazılı olarak yapılması gerekmektedir.

Esasen medeni yargıda olduğu gibi idari yargıda da davaya önemli etkileri olan feragat kurumunun İYUK'da ayrıca düzenlenmemiş olması, kanun koyucu tarafından idari yargının kendine özgü özelliklerinin dikkate alınmadığının açık göstergesidir. Davadan feragat konusunda Danıştay'ın vermiş olduğu kararlar her ne kadar idari yargının özellikleri-

92 <http://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/part38>, [Erişim Tarihi, 25.11.2015].

ne uygun olsa da bu kurumun HMK'ya atıf yapılmadan ayrıca İYUK'da düzenlenmesinin daha sağlıklı sonuçlar vereceği aşikârdır. Zira davadan feragat kurumunun HMK'da düzenlendiği şekli ile idari yargıda uygulanması mümkün değildir. Bu sebeple HMK'nın feragate ilişkin hükümleri idari davaların niteliğine uygun düştüğü ölçüde idari yargıda uygulama alanı bulmaktadır.

Bu durumu dikkate alan Danıştay, idari yargıda açılan iptal davaları açısından davadan feragatin mümkün olup olmadığı konusunda verdiği kararlarda yukarıda belirttiğimiz üzere ikili ayrıma gitmiştir. Buna göre, idari yargıda görülen iptal davaları, gerek bireylerin hak ve çıkarlarının korumayı gerekse idarenin hukuka uygun davranmasını sağlamayı amaçladığı için sadece davacıyı ilgilendiren iptal davaları dışında açılan iptal davalarında davadan feragat etmenin mümkün olmadığına karar vermiştir. Başka bir deyişle, eğer açılan iptal davası konusu itibariyle sadece davacının çıkarını ilgilendiriyorsa davadan feragatin mümkün olacağını aksi takdirde ayrıca kamu yararını ilgilendiriyorsa bu durumda davacının davasından feragat edemeyeceğine karar vermiştir. Kanımızca da Danıştay'ın bu konuda benimsediği görüş hukuken yerindedir. Buna göre, kamu menfaatinin bireysel menfaatin önüne geçtiği iptal davalarında, davacının davadan feragat etmesi idari yargının niteliğine aykırı düşeceğinden bu hallerde davadan feragat mümkün değildir.

Tam yargı davaları açısından ise davadan feragat konusunda tartışma yaratan bir husus bulunmamaktadır. Zira iptal davasından farklı olarak tam yargı davası sübjektif nitelikte bir davadır. Burada davanın sonuçları kamuyu değil sadece davanın taraflarını etkilemektedir. Dolayısıyla davacı davadan feragat etmesi mümkündür.

Son olarak yürütmenin durdurulması kararı verilmesi halinde de davadan feragat mümkün olmalıdır. Bu konuda karşılaştırmalı hukuktan faydalanılabilir. İngiliz hukukunda bu durumda davadan feragat mahkemenin iznine tabi kılınmıştır. Buna göre yürütmenin durdurulması kararı verilmesi halinde feragatin ancak mahkemenin feragat talebini kabul etmesi ile geçerli olabileceğine ilişkin bir düzenleme yapılabilir.

BİBLİYOGRAFYA

- Akyol, Leyla, **Medenî Usul Hukukunda Davadan Feragat**, Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2010
- Alangoya Yavuz, **Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler**, İstanbul, 1979.
- Alangoya, Yavuz; Yıldırım, M. Kamil ve Deren-Yıldırım, Nevhis, **Medeni Usul Hukuku Esasları**, 8. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2011.
- Arslan, Ramazan ve Tanrıver, Süha, **Yargı Örgütü Hukuku Ders Kitabı**, 2. Baskı, Ankara, 2001.
- Belgesay, Mustafa Reşit, **Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Teoriler**, 2. Baskı, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1939.
- Bilge, Necip ve Önen, Ergun, **Medeni Yargılama Hukuku Dersleri**, 3. Baskı, Ankara, 1978.
- Bilge, Necip, **Hukuk Başlangıcı Hukukun Temel Kavram ve Kurumları**, 28. Baskı, Ankara, 2010.
- Çağlayan, Ramazan, **İdari Yargılama Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, 2011.
- Ersoy, Rıfat, **Notlu-İzahlı-İçtihatla Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu**, Ayyıldız Matbaa, Ankara, 1966.
- Göktepeoğlu, Ercan, **İdari Davada Davadan Feragat ve Davayı Kabul**, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2010
- Gözübüyük, Şeref, **Yönetmelik Yargı**, Turhan Kitabevi, 30. Bası, Ankara 2010.
- Günday, Metin. “*Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Hükümlerinin İdari Yargıda Uygulama Alanı*”, **Danıştay Başkanlığı İdari Yargının Yeniden Yapılandırılması ve Karşılaştırmalı İdari Yargılama Usulü Sempozyumu**, 133. Yıl Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları No: 63, Ankara, 2003.
- Karafakih, İsmail Hakkı, **Hukuk Muhakemeleri Usulü Esasları**, Ankara, 1952.
- Karslı, Abdurrahim, **Medeni Muhakeme Hukuku**, 3. Baskı, Alternatif Yayınları, İstanbul, 2012.
- Koç, Evren, **Usuli İşlemlerde İrade Sakatlıkları** (Medeni Usul Hukukunda), 1. Baskı, İstanbul.
- Kuru, Baki, **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, Demir Yayıncılık, 6. Baskı, Cilt: 4. 2001.

- Kuru, Baki; Arslan, Ramazan ve Yılmaz, Ejder, **Medeni Usul Hukuku, Ders Kitabı**, 24. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013.
- Önen, Ergun, **Feragat ve Kabul Kesin Hüküm Teşkil Etmez**, Ankara Barosu Dergisi, Ankara, 1976, (26–39).
- Pekcanitez, Hakan; Atalay, Oğuz ve Özekes, Muhammet, **Medeni Usul Hukuku**, 10. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011.
- Postacıoğlu, İlhan E. **Şarta Muallâk Hükümler**, Adalet Dergisi, Sayı: 2, Ankara, 1941.
- Sancar Dere, Şeyma ve Dere, Ahmet, “*Genel Olarak Feragat ve İdari Yargıda Feragatin Hüküm ve Sonuçları*”, **TAAD** Cilt:1, Yıl:1, Sayı:3, 20 Ekim 2010.
- Tanrıver, Süha, **İlâmlı İcra Takibinin Dayanakları ve İcranın İadesi**, Ankara, 1996.
- Tanrıver, Süha, **Mahkeme Huzurunda Yayılan Kabuller**, Makalelerim- I, 1985–2005, Ankara, 2005.
- Taşpınar, Sema, **Medeni Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri**, Ankara, 2001.
- Umar, Bilge, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013.
- Yavaş, Murat, “*Mehaz Kanun ile Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Medeni Yargılamaya Hâkim Olan İlkeler ve Hâkim'in Rolü*”, **Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan**, Alkım Yayınları, İstanbul, 2007, s. 283–336.
- Yıldırım, M. Kamil, **İlkeler Işığı Altında Medeni Yargılama Hukuku**, 7. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2012.
- Yılmaz, Dinçer, **Medeni Usul Hukukunda Davadan Feragate İlişkin Hükümlerin İdari Yargılama Usulünde Uygulanması**, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2011.
- Yılmaz, Ejder, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012.
- Yılmaz, Ejder, **Hukuk Sözlüğü**, 5. Baskı Yetkin Yayınları Ankara 2014.
- Zabunoğlu, Yahya Kazım, **İdare Hukuku** Cilt 2, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012

İFLAS DAVASI İLE İFLAS ERTELEMESİ BİRLEŞTİRİLEBİLİR Mİ?

Murat YAVAŞ *
Ömer Faruk SAÇAR **

ÖZET

Davaların birleştirilmesi, birden fazla davanın ortak bir yargılama ile sonuçlandırılmasını sağlayan kurumdur. Davaların birlikte yürütülmesi temelde usul ekonomisi ilkesi bakımından önemlidir. Bunun yanında davaların birlikte görülmesi, aynı veya benzer konulara ilişkin farklı kararların çıkmasına da engel olur. Kanun, davalar arasında bağlantı olması halinde davaların birleştirilebileceğini düzenlemiştir. Davaların aynı veya birbirine benzer sebeplerden doğması ya da biri hakkında verilecek hükmün diğerini etkileyecek nitelikte olması halinde davalar arasında bağlantı olduğu kabul edilir. Bu bağlamda iflas davası ile iflas erteleme arasında, biri hakkında verilecek hüküm diğerini etkileyecek nitelikte bağlantı olması sebebiyle birleştirme gündeme gelebilir. Bu çerçevede iflas davası ile iflas erteleme kurumu ele alınarak inceleme konusu yapılmıştır.

Anahtar Kelimeler

Davaların Birleştirilmesi, Birleştirme, İflas Davası, İflas Erteleme

* Doç. Dr. Yavaş, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalında Öğretim Üyesidir.

** Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalında Araştırma Görevlisidir.

Is Bankruptcy Action and Bankruptcy Postpone subject to Joinder of Action?

ABSTRACT

Joinder of actions allows prosecuting more than one action in a common proceeding. Joinder of actions are substantially related to judicial economy. In addition, joinder of actions prevent conflicting decisions on the similar cases. Civil Procedure Code allows joinder of actions when there is a relation between actions. When the actions are grounded on the same or similar causes or final decision on an action will affect the other action, joinder of action can come to into question. In this context, bankruptcy litigation and bankruptcy postpone is discussed.

Keywords

Joinder of Actions, Joinder, Bankruptcy Litigation, Bankruptcy Postpone

GİRİŞ

Davaların birleştirilmesi HMK m.166'da düzenlenmiştir. Davaların birleştirilmesi kurumu, ayrı açılan davaların birleştirilmesi ve böylece ortak bir yargılama yapılması imkânı verir. Ancak bunun için davalar arasında bağlantı bulunması gerekir. Davaların aynı veya birbirine benzer sebeplerden doğması ya da biri hakkında verilecek hükmün diğerini etkileyecek nitelikte olması halinde davalar arasında bağlantı olduğu kabul edilir (HMK m.166/4). Aralarında bu şekilde bir bağlantı olmasından dolayı birleştirilmesi usul ekonomisine hizmet eder. Bunun yanında aynı konulara ilişkin çelişkili kararlar verilmesinin de önüne geçilmiş olur. Bu bağlamda iflas davası ile iflas erteleme arasında bağlantı birleştirmeyi sağlayacak niteliktedir. İflas davası ile borçlunun iflası istenirken, iflas erteleme ile aynı borçlunun iflas etmekten kurtulması söz konusudur. Dolayısıyla bunlardan biri hakkında verilecek hüküm diğerini etkileyecek niteliktedir. Diğer bir deyişle iflas davası ile iflas erteleme arasında HMK m.166/4 anlamında bir bağlantı söz konusudur. Bu çerçevede iflas davası ve iflas erteleme kurumu incelenerek, bunların birleştirilebilme şartları konumuzun kapsamını oluşturmaktadır.

I. İFLAS DAVASI

A. GENEL OLARAK

Bilindiği üzere, iflası doğuran ve bir kimse ya da sermaye şirketi hakkında iflas kararı verilmesini gerektiren olaya iflas sebebi denilir. Doktrinde iflas sebebi olarak iki sistemin varlığından söz edilmektedir. Bunlardan ilki, maddi iflas sebebi, diğeri de şekli iflas sebebidir. Maddi iflas sebebinde, borçlunun malvarlığı durumu ya da muayyen bir davranışı iflası gerektiren bir hal olarak ortaya çıkar. Buna göre borçlunun malvarlığı borcu karşılamaya yetmiyorsa bu iflas sebebine (maddi) göre borçlu hakkında iflas kararı verilebilecektir. Ayrıca borçlunun bazı davranışlarından borçlarını ödemeyeceği ya da ödeyemeyeceğinin anlaşıldığı hallerde yine iflas kararı verilebilecektir. Bu bağlamda İİK m. 177’de yer alan borçlunun taahhütlerinden kurtulmak amacıyla kaçması, alacaklıların haklarını ihlal eden hileli işlemlerde bulunması, haciz yolu ile yapılan takiplerde mallarını saklaması, ödemelerini tatil etmesi hallerini borçlunun belli bir davranışa bağlanan ve maddi iflas sebebi içinde mütalaa edilmesi gereken durumlar olarak görmek lazımdır. Kıt’a Avrupa’sı hukuk sisteminde özellikle Alman hukukunda bu iflas sebebi geçerlidir.

Türk – İsviçre hukuk sistemlerinde ise kural olarak şekli iflas sebebi geçerlidir. Bu iflas sebebine göre, borçlunun bir malvarlığı ile ya da belirli bir davranışı ile ilgilenilmez. Alacaklının, İİK’da belirtilen prosedürü başarı ile sonuçlandırması iflas kararının verilmesi için tek başına yeterli olacaktır. Buna göre borçlunun malvarlığı, borçlarını rahatlıkla karşılayabilecek vaziyette olsa da eğer, münferit bir vadesi gelmiş olan bir borç bu durumdaki borçlu tarafından ifa edilmemişse bu hal onun hakkında iflas kararı verilmesi için yeterli olacaktır. Türk hukukunda, borcun ifa edilmemesi iflas kararı için gerek ve yeter şarttır. Ancak Türk hukukunda bazı hallerde maddi iflas sebebinin tatbik edildiği haller vardır. Bunları genel olarak sermaye şirketlerinin borca batık olması (İİK m.179), borçlunun kendi iflasını istemek zorunda olduğu (İİK m.178) ve İİK m.177 çerçevesinde borçlunun davranışına bağlı olarak ortaya çıkan ve yukarıda ifade etmiş olduğumuz doğrudan iflas hallerinde görmek mümkündür. Dolayısıyla Türk hukukunda şekli iflas sebebi ağırlıklı karma bir iflas sebebi modelinin geçerli olduğu sonucuna varılmak gerekir.

Takipli iflas, adından da anlaşılacağı üzere, takip talebiyle başlar. Takip talebi üzerine icra dairesi borçluya ödeme emri gönderir. Ödeme emrinden sonra borçlunun iflasına karar verilebilmesi için iflas davanın açılması gerekir. Borçlu ödeme emrine itiraz etsin veya etmesin, iflasa ancak Ticaret Mahkemesinin inceleyeceği iflas davası ile karar verilir. İflas davasında mahkeme alacaklının menfaati için gerekli gördüğü her türlü muhafaza tedbirlerini emredebilir. Borçlu ödeme emrine itiraz etmemişse, mahkeme mutlaka bu muhafaza tedbirlerine karar vermek zorundadır (İİK m.159/1). Borçlunun iflasına karar verildikten sonra borçlu müflis olur ve malvarlığı paraya çevrilerek alacakları arasında paylaşılır.

Çalışmamızda iflas davasının tamamını değil, davaların birleştirilmesine ilişkin yönlerini ele almakla yetineceğiz. Bu sebeple iflas davasının hangi mahkemede görüleceği, içeriği, iflas davasındaki yargılama, davanın tarafları kapsamında inceleme söz konusu olacaktır.

B. İFLAS DAVASINDA GÖREVLİ VE YETKİLİ MAHKEME

Konumuz itibarıyla görevli mahkemenin tespiti, davaların birleştirilmesinde birleştirmenin aynı düzey ve sıfattaki mahkemelerde olması gereği bakımından önemlidir. Başka bir deyişle eğer her iki dava aynı düzey ve sıfattaki mahkemede görülmekte ise birleştirme söz konusu olabilir. Aynı düzey ve sıfat ifadesinin kapsamı HMK m. 166'nın gerekçesinde açık olarak zikredilmiştir. Buna göre, her iki dava asliye hukuk mahkemesi, sulh hukuk mahkemesi ya da iş mahkemesinde görülüyorsa bu davalar aynı düzey ve sıfattaki mahkemelerdedir. Yani davaların görev bakımından aynı mahkemelerde olması gerekir.

İflas davalarında görevli mahkemenin hangisi olacağı İİK'da ifade edilmiştir. İİK m.154/3'te iflas davasının ticaret mahkemesinde açılacağı düzenlenmiştir. Ayrıca İİKm.156/1'de iflas kararının ticaret mahkemesinden isteneceği ifade edilmiştir. Görüldüğü gibi iflas davalarında görevli mahkeme Asliye Ticaret Mahkemesidir. Görev bir dava şartı olduğundan (HMK m.114) davanın mutlaka bu mahkemede açılması gerekir. Yine mahkeme bu hususu resen gözeterek görevsiz olduğu kanaatinde ise görevsizlik kararı verebilir.

Asliye Hukuk ile Asliye Ticaret Mahkemeleri arasında ilişki iş bölümü ilişkisi olmaktan çıkmış ve görev ilişkisi olarak düzenlenmiştir (TTK m.5/3). Dolayısıyla bir yerde asliye ticaret mahkemesi varsa asliye hukuk mahkemesinde açılan dava hakkında görevsizlik kararı verilecektir. Bir yerde asliye ticaret mahkemesi yoksa o yerdeki asliye hukuk mahkemesi, ticaret mahkemesi sıfatıyla iflas davasına bakabilir. Ticaret mahkemesinin bulunmadığı yerdeki asliye hukuk mahkemesine, asliye ticaret mahkemesi sıfatıyla davanın açılmasına gerek yoktur. Dava, asliye hukuk mahkemesi sıfatıyla açılmış olsa bile asliye hukuk mahkemesi dava hakkında görevsizlik kararı veremez (TTK m.5/4).

5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev Ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 5.maddesi 6545 sayılı kanun ile değiştirilmiş ve asliye ticaret mahkemelerinin heyet halinde davalara bakmasına ilişkin bir düzenleme getirilmiştir. Buna göre dava değeri üç yüz bin Türk lirası üzerinde olan dava ve işlerde asliye ticaret mahkemesi bir başkan ve iki üye ile heyet halinde yargılama yapacaktır. Bunun yanında aynı maddede sayılan bazı hallerde ise değerine bakılmaksızın asliye ticaret mahkemesi heyet halinde davayı görecektir. Bu sayılan hallerden biri de iflas davasıdır. Yeni düzenlemeye göre iflas davası, toplu hâkimlerden oluşan bir heyet halindeki asliye ticaret mahkemesi tarafından görülecektir.

Yetki bir davanın hangi yer mahkemesinde görüleceğini belirleyen kurallardır. Yetkinin davaların birleştirilmesi bakımından önemi yargı çevresi bakımından ortaya çıkar. 5235 sayılı kanunun 7.maddesinde hukuk mahkemelerinin yargı çevresi belirlenmiştir. Buna göre, hukuk mahkemelerinin yargı çevresi, buldukları il merkezi ve ilçeler ile bunlara adli yönden bağlanan ilçelerin idarî sınırlarıdır. Kural böyle olmakla birlikte mahkemelerin yargı çevresi değiştirilebilir (5235 s. Kanun m.7/3). Davaların aynı veya ayrı yargı çevrelerinde olmaları birleştirmenin resen yapılıp yapılamaması bakımından farklılık arz etmektedir. Aynı yargı çevresindeki mahkemelerde birleştirme tarafların talebi üzerine olabileceği gibi mahkemede re'sen de bu kararı verebilir (HMK m.166/1). Ayrı yargı çevresindeki mahkemelerdeki birleştirmede ise tarafların talebi ile birleştirme hakkında karar verilebilir. Doktrinde ayrı yargı çevresinde yer alan

mahkemelerdeki ikinci mahkemenin birleştirme kararı verebilmesi için taraflardan birinin talebi olması gerektiği ifade edilmiştir¹. O halde davalar ayrı yargı çevresinde ise yani yetki bakımından ayrı mahkemelerde ise davaların birleştirilmesi için tarafların talebi olması gerekir. Mesela, İstanbul Anadolu Adliyesi'ndeki asliye hukuk mahkemesinin on beşinci ve yirminci dairelerinde görülen davalar aynı yargı çevresindeki mahkemelerdir ve tarafların talebine gerek olmadan mahkeme resen birleştirmeye karar verebilir. Anadolu Adliyesi'ndeki asliye hukuk mahkemesinin on beşinci dairesi ile İstanbul Çağlayan Adliyesi'ndeki asliye hukuk mahkemesinin on altıncı dairesi farklı yargı çevresindeki mahkemeler olduğundan birleştirme için mutlaka taraflardan birinin talebi olması gerekir.

İflas davaları için yetkili mahkeme İİK m.154/3'te düzenlenmiştir. Hükme göre, iflas davaları borçlunun muamele merkezinin bulunduğu yer ticaret mahkemesinde açılır. Ayrıca iflas davalarının yetkisinin kesin olduğu da düzenlenmiştir. Kesin yetki dava şartı olduğundan (HMK m.114) mahkemece resen dikkate alınır.

C. İFLAS DAVASININ TARAFLARI

İflas davasında davacı takibi başlatan alacaklıdır. Ancak cüz'i takipten farklı olarak borçlu kendi hakkında iflas kararı isteyebileceğinden böylesi bir ihtimalde davacı konumunda borçlu da olabilecektir. Ancak bu hal istisnai bir durumu oluşturduğundan genel kural alacaklının iflas davasında davacı konumunda olmasıdır. İİK m.156/1'de alacaklının dilekçe ile ticaret mahkemesinden borçlunun iflasını isteyeceği ifade edilmiştir. Davalı ise takibin tarafı olan borçludur.

D. İFLAS DAVASININ KONUSU VE YARGILAMA USULÜ

İflas davasının konusunu, takibin tarafı konumundaki borçlunun iflası talebi oluşturmaktadır. Yani söz konusu dava borçluyu iflasa götüren bir

1 Ejder Yılmaz,; **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, 2.Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2013, s.973. Hakan Pekcanitez / Oğuz Atalay / Muhammet Özekes; **Medeni Usul Hukuku**, (Ankara: Yetkin Yayınları 14.Baskı, , 2013), s.637. Baki Kuru / Ramazan Arslan / Ejder Yılmaz; **Medeni Usul Hukuku**, 24.Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2013, s.492. Abdurrahim Karslı; **Medeni Muhakeme Hukuku**, 3.Baskı, Alternatif Yayınları, İstanbul 2012,s.725. L. Şanal Görgün; **Medeni Usul Hukuku**, 3.Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, s.269.

süreci kapsamaktadır. Burada davanın içeriğini belirlemek davalar arasında bağlantıyı tespit etmek açısından önemlidir. Çünkü davalar arasında bağlantı olması halinde davaların birleştirilmesi söz konusu olacaktır (HMK m.166). Davaların aynı veya birbirine benzer sebeplerden doğması ya da biri hakkında verilecek hükmün diğerini etkileyecek nitelikte olması halinde davalar arasında bağlantı olduğu kabul edilir (HMK m.166/4). Bu hususun aynı zamanda ihtiyari dava arkadaşlığı yönünden de önemli olduğu açıktır. Bağlantının varlığı halinde diğer şartlarında sağlanması ile davaların birleştirilmesine karar verilir.

İflas davasının içeriği borçlunun ödeme emrine itiraz edip etmemesine göre farklılık arz etmektedir. Borçlu ödeme emrine itiraz etmesi halinde davacı iflas davası ile itirazın kaldırılmasını ve borçlunun iflasını mahkemen talep eder. (İİK m.156/3). Bu ihtimalde ticaret mahkemesi, ilk önce alacaklının itirazın kaldırılmasına ilişkin talebini inceler. Burada itirazın kaldırılması genel hükümlere ve basit yargılama usulüne göre yapılacaktır. Esas olarak bir borca itiraz olduğundan alacağın gerçekten olup olmadığı incelenecektir².

Borçlu ödeme emrine itiraz etmez ise davacı sadece borçlunun iflasını ister. Bu halde ticaret mahkemesi, şekli bir incelemede bulunur. Artık takibe konu alacağın gerçekten mevcut olup olmadığı hakkında genel hükümlere göre bir incelemede bulunamaz. Çünkü borçlu ödeme emrine itiraz etmediğinden alacak kesinleşmiştir³. Ticaret mahkemesi sadece şekli bir inceleme yapar. Yani borçlunun ödeme emrine itiraz edip etmediği inceler⁴.

Alacaklının iflas takibi kesinleştikten sonra iflas talebi ilan edilir. İlan dan itibaren on beş gün içinden diğer alacaklılar davaya müdahale veya itiraz ederek iflası gerektiren bir hal bulunmadığını ileri sürerek mahkemen talebin reddini isteyebilirler (İİK m.158/1).

Diğer alacaklıların itirazı olmamışsa veya yapılan itirazlar sonuç vermemişse mahkeme takip konusu borcun faiz ve giderleriyle birlikte mahkeme veznesine depo edilmesini emreder. Depo kararı yerine getirilmezse

2 Baki Kuru; *İcra Ve İflas Hukuku El Kitabı*, 2.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2013, S.1115.

3 Kuru, *İcra Ve İflas Hukuku El Kitabı*, s.1122; Hakan Pekcanitez / Oğuz Atalay / Meral Sungurtekin Özkan / Muhammet Özeker; *İcra ve İflas Hukuku*, 9. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2011, s.492.

4 Kuru, *İcra Ve İflas Hukuku El Kitabı* s.1122; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özeker, *İcra ve İflas Hukuku*, s.492.

ve alacaklı birinci alacaklılar toplanmasına kadar olan masrafları yatırması halinde borçlunun iflasına karar verilir (İİK m.158, 160).

II. İFLASIN ERTELENMESİ

A. GENEL OLARAK

İflasın ertelenmesi, borca batık olan sermaye şirketi hakkında iflas kararı verilmeyip, mali durumunu düzeltebilmesi için faaliyetlerine imkân tanıyan, geçici hukuki koruma niteliğinde bir kurumdur⁵. Bu bağlamda, borca batık halde bulunan bir işletmenin iflas tasfiyesi yoluyla sona ermesinin yerine tüzel kişiliğinin ayakta tutularak, bu işletmenin mali yapısının yeniden yapılandırılmasını sağlayan bir kurum olarak karşımıza “iflasın ertelenmesi” müessesesi çıkar.

İflas ertelenmesi kurumu ile borca batık şirket veya kooperatif sunduğu iyileştirme planı çerçevesinde faaliyetlerine devam eder. Borca batık şirkete karşı, iflasın ertelenmesi ile birlikte takip yapılamaz. Böylece şirket alacaklıların hukuki baskılarına maruz kalmadan iyileştirme planını hayata geçirebilecektir. İflasın ertelenmesinin amacı, mali durumunu düzeltme imkânı olan şirketlerin iflas etmesi önlenerek ekonomideki yeri muhafaza edilmesidir⁶.

B. İFLASIN ERTELENMESİNDE GÖREVLİ VE YETKİLİ MAHKEME

İflasın ertelenmesi talebi, iflas davasını görecek olan görevli ve yetkili mahkemeye yapılır. Buna göre iflasın ertelenmesi, borca batık şirketin muamele merkezindeki asliye ticaret mahkemesine yapılmalıdır⁷. Bu bağlamda, Borca batıklığın mahkemeye bildirilerek şirketin iflasının ertelenmesi amacıyla başvurulacak yetkili ve görevli mahkeme, sermaye şirketi veya kooperatifin muamele merkezinin bulunduğu, bir başka deyişle şirket

5 Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes **İcra ve İflas Hukuku**, s.521; Timuçin Muşul; **İflasın Ertelemesi**, 2.Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010, s.27; İbrahim Ermenek; **İflasın Ertelemesi**, 2. Baskı, Adalet Yayınları, Ankara 2010, s.84; Seyithan DELİDUMAN; **İflasın Ertelemesinin Etkileri**, Kocaeli Üniversitesi Yayınları, Kocaeli 2008, s.8.

6 Muşul, ; **İflasın Ertelemesi** s.30.

7 Selçuk ÖZTEK; **İflasın Ertelemesi**, Arkan Yayınları, İstanbul 2007, s.77. Muşul, ; **İflasın Ertelemesi**, s.57.

merkezinin bulunduğu yerdeki, asliye ticaret mahkemesidir. Yargıtay'da vermiş olduğu kararlarında bu doğrultuda görüş bildirmektedir⁸.

İflas davalarında iflas kararı vermeye yetkili olan mahkeme, iflasın ertelenmesi kararı bakımından da kesin yetkiyi haiz olan mahkemedir⁹. İflasın ertelenmesi, iflas kararı vermeye yetkili ve görevli olan mahkemeden (İİK.m.154/son f.) talep edilir¹⁰.

C. İFLASIN ERTELENMESİNDE TARAFLAR

İflasın ertelenmesi bir dava olmadığından, sadece iflasın ertelenmesini talep eden taraf olacaktır. İİK m.179'da bu talebin borca batık sermaye şirketi/kooperatif veya bir alacaklı tarafından yapılabileceğini ifade etmiştir. Sermaye şirketlerinde veya kooperatiflerde, bunları idare ve temsil eden kişiler tarafından iflas ertelenmesinin yapılacağı yine aynı madde de ifade edilmiştir. O halde, iflas ertelenmesi talebinde, şirketi idare eden ve temsil eden kişilerin yanında bu şirketin alacaklılarından biri de bulunabilir. Ancak fiili olarak bir alacaklının şirketin gerçek bilançosuna vakıf olabilmesi ve bu bağlamda inandırıcı bir proje tesisi edebilmesi mümkün olmayacağından, alacaklının da iflasın ertelenmesi talebinde bulunabilmesinin gerçekçi bir sonuç doğurması mümkün görünmemektedir.

D. İFLAS ERTELEMESİNİN KONUSU

İflas ertelenmesinin konusunu, borca batık şirketin, şartları sağlaması halinde iflasının engellenmesi oluşturur. İflas aşamasına gelmiş olan şirketin, mali durumun düzeltilebileceğine dair iyileştirme projesinin sunulması üzerine iflasın ertelenmesi kararı verilebilir.

8 "İflasın ertelenmesi talebinde de yetkili mahkeme İİK'nın 154/son maddesi uyarınca borçlunun muamele merkezinin bulunduğu yer mahkemesidir." (Yargıtay, 19. HD. 16.12.2004, E. 2004/11503, K.2004/12674), (Muşul, **İflasın Ertelemesi**, s. 58 dn. 74)

9 Kuru/Arslan/Yılmaz, **Medeni Usul Hukuku**, s.1140; Saim Üstündağ; **İflas Hukuku**, 8. Baskı, Yayılcık Matbaacılık, İstanbul 2009, s. 36; Erdal Tercan; **İcra ve İflas Hukuku**, Gazi Kitapevi, Ankara 2010, s. 186-191; Ömer Ulukapı; **İcra ve İflas Hukuku**, Mimoza Yayınları, Konya 2010, s. 212-217.

10 Timuçin Muşul, **Medeni Usul Hukuku**, İstanbul 2009, s. 94-98; Nur Bolayır; **Medeni Usul Hukukunda Yetki Sözleşmeleri**, Beta yayınları, İstanbul 2009, s. 104-112; Baki Kuru / Şanal Görgün; **İcra ve İflas Hukuku**, 3.Baskı, Yetkin Yayınları, İstanbul 2009, s. 215-217; Şanal Görgün / Mehmet Kodaçoğlu; **İcra İflas Hukuku Sınavlara Hazırlık**, Yetkin Yayınları, Ankara 2010, s. 146.

III. İFLAS DAVASI İLE İFLASIN ERTELENMESİ DAVASININ BİRLEŞTİRİLMESİ

A. Genel olarak

HMK m.166’da davaların birleştirilmesinin hangi şartlarda ve durumlarda olabileceğini düzenlemiştir. Bu hususları aşağıda ayrı başlık altında inceleyeceğiz. Ancak bunlara geçmeden önce iflas davası ile iflas ertelenmesinin birleştirmeye konu olup olamayacağı üzerinde durulması gerekir. HMK m.166’da birleştirilebilecek “davalar” bahsetmiştir. İflas ertelenmesi esasında bir dava değildir. Bu durumun birleştirmeye engel teşkil edip etmediğinin irdelenmesi gerekir.

Birleştirilecek davaların teknik anlamda dava olması gerektiğini kanun koyucunun iradesinden anlaşılamamaktadır. Bu nedenle davaların birleştirilmesinin esas şartı ve bu kurumun amacından yola çıkarak birleştirilecek olan davaların gerçekten teknik anlamda dava olması gerekip gerekmediği sonucuna varılabilir. Kanun, davaların birleştirilebilmesi için davalar arasında bağlantı olmasını aramıştır. Davaların aynı veya benzer sebeplerden doğması ya da biri hakkında verilecek hükmün diğerini etkileyecek nitelikte olması davalar arasında bağlantı olduğu kanunda ifade edilmiştir. Birleştirmeye konu davaların arasında bu denli bir ilişki var ise davalar birlikte görülebilecektir. Görüldüğü üzere yargılamaya konu olan hayat olaylarının ayniyeti veya benzerliği olması ya da bu hayat olaylarının birbirini etkileyecek nitelikte olması halinde davalar birleştirilebilir. Bu nedenle birleştirmeye konu yargılama faaliyetlerinin davacısı ve davalısı olan bir dava olması şart değildir.

Davaların birleştirilmesinde önemli olan davaların ortak bir tahkikat ile sonuçlandırılmasıdır. Davaların birleştirilmesinin bir amacı usul ekonomisidir. Kanun koyucu, davaların ortak bir tahkikat ile yürütülmesi imkânını vererek, davaların az işlemle ve kısa sürede sonuçlandırılmasını istemiştir. Bunun yanında davaların birlikte yürütülmesinin diğer amacı ise aynı konuya ilişkin çelişkili kararların çıkmasına engel olmaktır.

Sonuç olarak kanaatimizce, birleştirmenin amacını gözeterek aralarında bağlantı bulunan yargılama faaliyetlerinin birlikte yürütülmesine engel

yoktur. Birleştirmeye konu yargılama faaliyetlerinin sadece davacı ve davalı tarafın olduğu bir dava olması şart değildir. Önemli olan birleştirmeye konu yargılamalar arasında bağlantı olması ve bu birleştirmenin usul ekonomisine aykırılık teşkil etmemesidir Dolayısıyla iflas davası ile iflas erteleme talebinin birleşmeye konu olabileceğini düşünmekteyiz. Ancak bu sonuç teoride önem taşır. Zira iflas davası ile iflasın ertelenmesi talebi birleşmeye konu olduğunda her iki dava da derdest kalmaya devam edecektir. Oysa bu iki davanın birlikte devam etmesi amaca uygun değildir. Durum böyle olunca, birleşmeden sonra tesis edilecek bir ara karar ile iflas davasının iflasın ertelenmesi talebinin sonucuna göre bekletilmesinde hukuki yarar bulunmaktadır.

B. DAVALARIN AYNI DÜZEY VE SIFATTAKİ MAHKEMELERDE GÖRÜLMEKTE OLMASI

Davaların birleştirilmesi için her davanın aynı düzey ve sıfattaki mahkemelerde görülüyor olması gerekir. Aynı düzey ve sıfattaki mahkemelerden kasıt, her davanın asliye hukuk mahkemesi veya sulh hukuk mahkemesi ya da iş mahkemesinde görülüyor olmasıdır. Diğer bir deyişle kanun koyucu her davanın görev bakımından aynı mahkemede olmasını aramıştır. Yukarıda da belirttiğimiz gibi iflas davasında görevli mahkeme asliye ticaret mahkemesidir. İflas ertelemesinde de aynı şekilde görevli mahkeme asliye ticaret mahkemesidir. Her iki yargılamada asliye ticaret mahkemesinde yapılacağından, aynı düzey ve sıfat şartı iflas davası ve iflas erteleme bakımından sağlanmaktadır.

C. AYRI YARGI ÇEVRESİNDEKİ MAHKEMELERDE GÖRÜLMEKTE İSE BİRLEŞTİRME TALEBİNİN OLMASI

HMK m.166'da davaların aynı yargı ve ayrı yargı çevresinde görülmesi ihtimallerini farklı düzenlemiştir. Davaların ayrı yargı çevresinde görülmesi halinde mahkeme talep olmadan birleştirmeye karar verememektedir. Oysa aynı yargı çevresindeki mahkemelerde birleştirme, talep

olmadan re'sen yapılabilmektedir. 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev Ve Yetkileri Hakkında Kanunun 7. Maddesinde hukuk mahkemelerinin yargı çevresi kavramı ifade edilmiştir. Buna göre yargı çevresi, "Hukuk mahkemelerinin yargı çevresi, buldukları il merkezi ve ilçeler ile bunlara adli yönden bağlanan ilçelerin idarî sınırlarıdır." şeklinde ifade edilmiştir. Mesela, İstanbul Anadolu Adliyesi Mahkemeleri ile Bakırköy Adliyesi Mahkemelerinin yargı çevresi farklıdır.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere hem iflas davası hem de iflas ertelenmesi talebi yetki bakımından şirketin muamele merkezinin bulunduğu yer ticaret mahkemesinde görülmesi gerekir. Başka bir ifadeyle iflas davası, iflas edecek borçlu şirketin muamele merkezindeki mahkemede görülür. Aynı şekilde iflas ertelenmesi, borca batık şirketin muamele merkezinin bulunduğu yerdeki mahkemede görülür. İflas davası ile iflas ertelenmesi aynı yargı çevresinde görülmesi söz konusu olduğundan mahkeme bu davalar için resen birleştirmeye karar verecektir. Mesela, X şirketinin muamele merkezi Kadıköy olması durumunda, bu şirkete karşı açılacak iflas davası ve bu şirket için talep edilecek iflas ertelenmesi Kadıköy ilçesinin bağlı olduğu İstanbul Anadolu asliye ticaret mahkemelerine yapılması gerekir. Bu durumda hem iflas davasını hem de iflas ertelenmesi talebini aynı adliyede dermeyan etmek söz konusu olacaktır.

D. BİRLEŞTİRİLECEK DAVALAR ARASINDA BAĞLANTI BULUNMASI

Davaların birleştirilmesi için bu davalar arasında bağlantı olması gerektiği HMK m.166'da ifade edilmiştir. Davaların aynı veya birbirine benzer sebeplerden doğması ya da biri hakkında verilecek hükmün diğerini etkileyecek nitelikte olması halinde davalar arasında bağlantı olduğu kabul edilir (HMK m.166/4).

Kanaatimizce, aynı veya benzer sebepten anlaşılması gereken, vakıfların aynı ya da benzer olmasıdır¹¹. Çünkü davaların birleştirilmesindeki amaç, davaların tahkikat aşamalarının ortak yürütülmesi ve bazı işleme-

11 Saim Üstündağ, *Medeni Yargılama Hukuku*, 7.Baskı, Nesil Matbaacılık, İstanbul 2000, s.355. Timuçin Muşul, *Medeni Usul Hukuku*, 3.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2012, s.273.

rin tekrarının önüne geçilmek istenmesidir. Bu sebeple ortak bir yargılama yapılmaya elverişli olan davalar da aynı veya benzer vakıalara dayanan davalardır. Örneğin, vakıanın aynı olduğu davada, hukuki sebepler farklı olsa bile, mahkeme bilirkişiye başvuracak olması veya keşif yapması halinde birden fazla davacı veya davalı bu delilden yararlanmış olacaktır¹². Dolayısıyla HMK m.166/4'te “*davaların...sebeplerle doğması...*” ifadesi ile anlaşılması gerekenin aynı veya benzer maddi sebebe dayanan, yani vakıaları aynı veya benzer olan davaların aralarında bağlantı olduğu kabul edilerek birleştirilebilmesine imkân tanımak gerekir¹³.

Davalardan biri hakkında verilecek hüküm diğerini etkileyecek nitelikte olması halinde, birleştirilecek davaların, dava konusunun aynı veya benzer olması şart değildir. Burada önemli olan, davalardaki talep sonucunun bir birini etkileyecek nitelikte olmasıdır¹⁴. Her iki davanın da farklı sebepten doğmasına rağmen, bir davada talep edilen şeye olumlu veya olumsuz bir şekilde hükmedilmesi halinde diğer davanın talep sonucunu olumlu veya olumsuz olarak etki etmesi söz konusudur. Böyle durumlarda, usul ekonomisinden ziyade çelişkili kararların önlenmesi düşüncesi ön plana çıkmaktadır. Esasında bu sebebe dayanarak davaların birleştirilmesinde talep sonuçların karşılaştırılması gerekmektedir ve sonucunda davalar hakkında verilecek kararların birbirlerini tamamlayıcı mahiyette olacağı kanısına varılması halinde, davalardan biri hakkında verilecek hüküm diğerini etkileyecek nitelikte olduğunu kabul edilmelidir¹⁵.

12 Ömer Ulukapı; **Medeni Usul Hukukunda Dava Arkadaşlığı**, Mimoza yayınları, Konya 1991, s.128; Yılmaz, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, s. 979.

13 YARGITAY 2. HD E. 2013/9275 K. 2014/1437 T. 27.1.2014: “Davalı kadın süresi içerisinde sunduğu cevap dilekçesiyle, davacı koca aleyhine bu dava öncesinde Aile Mahkemesi'nin esasına kayıtlı boşanma davası açtığını, bu davanın derdest olduğunu belirterek her iki davanın birleştirilmesi talebinde bulunmuştur. Dosya içerisine getirilen belgelerden her iki dava arasında 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 166. maddesinde belirtildiği şekilde hukuki ve fiili bağlantı bulunduğu anlaşılmaktadır. Gerçekleşen bu durum karşısında delillerin birlikte değerlendirilip sonucu uyarınca bir karar verilmek üzere her iki dosyanın birleştirilmesine karar verilmesi gerekirken davaların *farklı hukuki sebeple açıldığından* bahisle birleştirme talebinin reddi isabetsizdir.” (Yargıtay kararında da ifade ettiği gibi davaların dayandıkları hukuki sebeplerin farklı olması davaların birleştirilmesine engel değildir. Yargıtayın bu kararı da görüşümüzü destekler niteliktedir. Yani davaların birleştirilmesinde vakıaların yanında hukuki sebeplerinde aynı veya benzer olmasına gerek yoktur.)Kazancı İçtihat Bankası.

14 İbrahim Ermenek; **Medeni Usul Hukukunda Davaların Birleştirilmesi ve Ayrılması**, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, s.165.

15 Ermenek, **Davaların Birleştirilmesi**, s.167.

İflas davasında borçlu şirketin iflası istenmekte olup, iflasın ertelenmesinde ise borca batık şirketin iflasının önlenmesi talep edilmektedir. Yani bunlardan birinin talep sonucuna hükmedilmesi diğerinin talep sonucuna etki edecektir. Diğer bir deyişle, iflas davasında iflasa hükmedilirse artık iflas ertelenmesi talebi sonuçsuz kalacaktır veya borca batık şirket hakkında iflasın ertelenmesine karar verildiğinde iflas davası sonuçsuz kalacaktır. Görüldüğü gibi iflas davası ile iflas ertelenmesi arasında, biri hakkında verilecek hükmün diğerini etkileyecek nitelikte bağlantı vardır.

Şu halde, aynı yargı çevresinde yani aynı mahkemede görülmekte olan iflas davası ve iflas ertelenmesi olması durumunda mahkeme resen birleştirme kararı vererek davaları birlikte görmeye devam eder. Ancak burada mahkeme işin niteliği gereği ilk önce iflas ertelenmesi talebi hakkında karar vermesi gerekir¹⁶. Eğer mahkeme iflas ertelenmesi talebinin şartları sağlandığından iflasın ertelenmesine karar verirse, erteleme kararı ile birlikte takiplerde kural olarak duracağından iflas davası da bulunduğu aşamada durur¹⁷. Şayet mahkeme iflas erteleme talebini yerinde bulmazsa erteleme talebini reddeder. Böylece iflas davasını görmeye devam eder.

SONUÇ

İflas davası ile iflas ertelenmesi, konuları itibariyle biri hakkında verilecek hüküm diğerini sonuçsuz bırakacağından, aralarında HMK m.166 anlamında bir bağlantı vardır. Bu açıdan iflas davası ile iflas ertelenmesinin birleştirilmesi bağlantı bakımından engel teşkil etmez. Davaların birleştirilmesi için görülmekte olan davaların her ikisi de aynı düzey ve sıfattaki mahkemelerde görülmekte olması gerekir. Bu bağlamda iflas ertelenmesi ile iflas davasında görevli mahkeme asliye ticaret mahkemesi olduğundan bu şartın da sağlandığını gördük. Bunun yanında her iki davanın görüleceği yer mahkemesi aynı yargı çevresinde olduğundan, mahkemenin tarafların talebi olmadan resen bu davaların birleştirilmesine karar verebileceğini ifade ettik. Tüm bunlara ek olarak en çok tereddüt ettiren mevzu, birleştirmeye konu yargılama faaliyetlerinin her ikisinin de teknik anlamda dava olup olmadığıdır. HMK m.166'da "davaların" birleştirilmesinden

16 Öztek, *İflasın Erteleenmesi*, s.75. İbrahim Aşık; *Medeni Usul Hukukunda Bekletici Sorun*, Seçkin Yayınları, Ankara 2012, s.169.

17 Öztek, *İflasın Erteleenmesi*, s.75.

bahsetmiş olsa da burada, sadece, karşılıklı tarafların olduğu çekişmeli bir dava olduğu sonucuna varmak mümkün değildir. Çünkü davaların birleştirilmesinde amaç ve birleştirmenin şartlarını dikkate aldığımızda böyle bir yasaklama yönünde yorum yapılamayacağı kanaatine vardık. Bu çerçevede iflas ertelemesinin teknik anlamda dava olmaması, HMK m.166 yönünden iflas davası ile birleştirilmesine engel değildir.

Sonuç olarak, davaların birleştirilmesine ilişkin hususlar göz önüne alındığında, iflas davası ile iflas erteleme birleştirilebilir. Ancak iflas davası ile iflas ertelemesinin birleştirilip görülmesinin pratikte bir faydası olmayacağı kanaatindeyiz. Çünkü her iki yargılama faaliyeti de birleştirildikten sonra birinin hakkında hüküm verildikten sonra diğeri görülmeye devam edecektir. Neticede birleştirdikten sonra bir davayı bekletip diğeri hakkında karar verilmektedir. Böyle olunca davaların birleştirilmesinin asıl fonksiyonu yerine getirilmemiş olmaktadır. Bunu yerine yukarıda da ifade ettiğimiz gibi iflas erteleme talep edildiğinde bu sırada bir iflas davası da görülmekte ise diğerk mahkemeden, iflas erteleme hakkında mahkemenin kararının beklenmesi talep edebilir¹⁸. İflas davasını görmekte olan mahkemede, iflas erteleme kararını bekleyip ona göre iflas davası hakkında karar vermesi gerektiği kanaatindeyiz.

KAYNAKÇA

- Âşık, İbrahim; **Medeni Usul Hukukunda Bekletici Sorun**, (Ankara: Seçkin Yayınları, 2012).
- Bolayır, Nur; **Medeni Usul Hukukunda Yetki Sözleşmeleri**, (İstanbul: Beta Yayınları, 2009).
- Deliduman, Seyithan; **İflaın Ertelenmesinin Etkileri**, (Kocaeli: Kocaeli Üniversitesi Yayınları, 2008).
- Ermek, İbrahim; **İflaın Ertelenmesi**, (Ankara: Adalet Yayınları 2. Baskı, 2010).
- Ermek, İbrahim; **Medeni Usul Hukukunda Davaların Birleştirilmesi Ve Ayırılması**, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2014).

18 DELİDUMAN, s.92. Yargıtay'ın iflas ertelemesini iflas davası bakımından bekletici mesele yapılması gerektiği yönünde karar için bkz. DELİDUMAN, s.92, dn.126.

- Görgün, L. Şanal; **Medeni Usul Hukuku**, (Ankara: Yetkin Yayınları, 3.Baskı, 2014).
- Görgün, Şanal/Kodakoğlu, Mehmet; **İcra İflas Hukuku Sınavlara Hazırlık**, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2010).
- Karşlı, Abdurrahim; **Medeni Muhakeme Hukuku**, (İstanbul: Alternatif Yayınları 3.Baskı, 2012).
- Kuru, Baki/Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder; **Medeni Usul Hukuku**, (Ankara: Yetkin Yayınları 24.Baskı, , 2013).
- Kuru, Baki/Görgün, Şanal; **İcra Ve İflas Hukuku**, (İstanbul: Yetkin Yayınları, 3.Baskı, , 2009).
- Kuru, Baki; **İcra Ve İflas Hukuku El Kitabı**, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2.Baskı, , 2013).
- Muşul, Timuçin; **İflasın Ertelenmesi**, (İstanbul; On İki Levha Yayıncılık, 2.Baskı, , 2010).
- Muşul, Timuçin; **Medeni Usul Hukuku**, (Ankara: Adalet Yayınevi, 3.Baskı 2012).
- Öztek, Selçuk; **İflasın Ertelenmesi**, (İstanbul: Arıkan Yayınları, 2007).
- Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/ Sungurtekin Özkan, Meral/ Özekes, Muhammet; **İcra Ve İflas Hukuku**, (Ankara: Yetkin Yayınları 9. Bası, , 2011).
- Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet; **Medeni Usul Hukuku**, (Ankara: Yetkin Yayınları 14.Baskı, , 2013).
- Tercan, Erdal; **İcra Ve İflas Hukuku**, (Ankara: Gazi Kitapevi, 2010).
- Ulukapı, Ömer; **İcra Ve İflas Hukuku**, (Konya: Mimoza Yayınları, 2010).
- Ulukapı, Ömer; **Medeni Usul Hukukunda Dava Arkadaşlığı**, (Konya: Mimoza Yayınları, 1991).
- Üstündağ, Saim; **İflas Hukuku**, (İstanbul: Yaylacık Matbaacılık, 8. Baskı, 2009).
- Üstündağ, Saim; **Medeni Yargılama Hukuku**, (İstanbul: Nesil Matbaacılık, 7.Baskı, 2000).
- Yılmaz, Ejder; **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2.Baskı, 2013).

İSPAT HAKKI BAĞLAMINDA DELİL SÖZLEŞMESİ

Seyithan DELİDUMAN *
Recep AŞİT **

ÖZET

Delil sözleşmesi, tarafların ispata muhtaç vakıaları hangi delil veya delillerle ispat edileceğini kararlaştırdıkları usul hukuku sözleşmesidir. Hukukumuzda hukuki işlemler bakımından geçerli olan kesin delillerle ve kesin delillere karşı kesin delillerle ispat zorunluluğuna ilişkin her iki ana kuralın istisnası olarak delil sözleşmesi uygulamada giderek artan oranda kendisine başvurulmuş bir kurum haline dönüşmüştür. Özellikle de genel işlem şartları içerisinde delil sözleşmelerine ilişkin kayıtlar hemen hemen bütün kitle sözleşmelerde yer almaktadır. Bu durum delil sözleşmesinin önemini artırmaktadır. Delil sözleşmesinin tarafların ispat hakkını doğrudan etkilemesi nedeniyle Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yeni bir hüküm olarak 193. maddenin ikinci fıkrasında, tarafların ispat hakkını imkânsız kılan veya fevkalade güçleştiren delil sözleşmelerinin geçersiz olacağı düzenlenmiştir. Bu nedenle uygulamada kendisine sıkça başvurulmuş bir kurum olması ve tarafların ispat hakkını doğrudan etkileyen bir sözleşme olması nedeniyle delil sözleşmelerinin ispat hakkı bağlamında geçerlilik sınırları ve ilgili düzenlemenin ne şekilde anlaşılması gerektiği inceleme konusu yapılmıştır.

Anahtar Kelimeler

Delil, Delil Sözleşmesi, İspat Hakkı, Kesin Deliller, Genel İşlem Şartları

* Prof. Dr. Deliduman, Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı,
Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı
Öğretim Üyesi (seyithandeliduman@hotmail.com).

** Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı
Araştırma Görevlisi, (recep_asit@hotmail.com)

Evidential Contract In The Context Of The Right To Prove

ABSTRACT

Evidential contract is a procedural law act which parties determines that they prove facts needs to be proven with which evidence or evidences. In our law, evidential contracts are risingly used in practice as an exception of both two rules which are valid for legal transactions that are proof by conclusive evidence and proof by conclusive evidence against conclusive evidence. Especially, provisions about evidential contracts take place as a part of general terms and conditions in almost all of collective agreements. This situation increases the importance of evidential contract. In consequence of direct effect of evidential contract on the right to prove of parties, it is regulated as a new provision in the second paragraph of Article 193 in the Turkish Code of Civil Procedure that evidential contracts which complicate excessively or preclude the right to prove will become invalid. In this thesis, the validity limit of evidential contract in the context of the right to prove and how the related provision should be considered is studied because of frequently referenced to the evidential contract and the direct effect of evidential contract on the right to prove of parties.

Keywords

Evidence, Evidential Contract, Right to Prove, Conclusive Evidences, General Terms and Conditions

GİRİŞ

Hukuk Muhakemeleri Kanununda (HMK) delil sözleşmesi, Kanunun Dördüncü Kısmı olan “İspat ve Deliller” ana başlığı altında “Genel Hükmüler” arasında, “Delil sözleşmesi” başlığı ile düzenlenmiştir. HMK m. 193/ f. 1’de delil sözleşmesinin şekli, içeriği ve türleri düzenlenirken; HMK m. 193/f. 2’de delil sözleşmesinin geçerlilik sınırları düzenlenmiştir.

Tarafların, uyuşmazlık halinde belli bir vakıanın hangi delil veya delillerle ispat edileceği hususunu kararlaştırdıkları delil sözleşmesi, adeta kanunda öngörülen ispat rejiminin taraflarca değiştirilmesi manasına gelmekte ve uygulamada giderek artan oranda kendisine başvuru bir kurum haline dönüşmektedir. Özellikle de genel işlem şartları niteliğindeki

kitle sözleşmelerde (örneğin kredi ve sigortacılık sözleşmelerinde), sözleşmenin bir şartı olarak vakıanın hangi delil/delillerle ispat edileceğine ilişkin kayıtlar çoğunlukla yer almaktadır. Genel işlem şartları niteliğindeki kayıtları içeren kitle sözleşmeler bakımından taraflardan birinin bu kayıtlara etki edebilme olanağının bulunmaması, bu taraf bakımından ispat hakkının iradesi dışında kısıtlanmasına sebep olabilecek niteliktedir. Zira delil sözleşmesine ilişkin kayıtlar ispat rejimini doğrudan etkilemekte ve buna ilişkin kayıtlara sözleşmenin diğer tarafı müdahale edememektedir.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu (HUMK)'dan farklı olarak, HMK m. 193/f. 2'de ispat hakkının kullanımını imkânsız kılan veya fevkalade güçleştiren delil sözleşmelerinin geçersiz olduğu belirtilerek, delil sözleşmesinin sınırları düzenlenmiştir. İlgili maddenin gerekçesinde de belirtildiği üzere; delil sözleşmesi ispat hakkı ile doğrudan bağlantılıdır. Özellikle uygulamada güçlü olan tarafın, diğer tarafın ispat hakkını tamamen ortadan kaldıracak veya güçleştirecek nitelikte onu delil sözleşmesi yapmaya zorladığı görülmektedir. Bu sebeple taraflardan birinin ispat hakkını kullanmasını imkânsız kılan veya fevkalade güçleştiren delil sözleşmeleri geçersiz sayılacaktır.

İncelememizde öncelikle delil sözleşmesinin tanımı ve özellikleri ile hukuki niteliği hakkında bilgi verilecek, daha sonra ispat hakkı konuyla bağlantılı olarak ele alınacak ve son olarak delil sözleşmesinin ispat hakkı çerçevesinde geçerliliği tartışılacaktır.

I. DELİL SÖZLEŞMESİ VE ÖZELLİKLERİ

A. Tanımı

Delil sözleşmesi, mevcut veya müstakbel bir uyuşmazlığa ilişkin belli bir olayın veya olgunun, belirli delil veya delillerle ispatı konusunda tarafların kendi aralarında yaptıkları sözleşmeye denir³.

3 Robert Le Balle, *Des Convention Sur La Procédé de Preuve En Droit Civil*, [These], (Meulan Impremie Auguste Réty, 1923), s. 47; Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, (İstanbul: C. III, 6. Baskı, 2001), s. 2881; Hakan Pekcanitez/ Oğuz Atalay/ Muhammet Özkes *Medeni Usul Hukuku*, (Ankara: 14. Basi, 2013), s. 716; Mustafa Ateş, *Hukuk Muhakemeleri Usulünde Delil Sözleşmeleri*, YD 1995/3, s. 245; Ahmet Battal, *Bankacılık İşlemlerinde İspat Usulü Ve Delil Sözleşmeleri*, BATİDER 1997/XIX, s. 129; Berkant Şengel, *Delil Sözleşmesi*, YD 1998/3, s. 268; Sema Taşpınar, *Medeni Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri*, Ankara 2001, s. 182; Murat Yavaş, *Senetle İspat ve Senede Karşı Senetle İspat Kuralları İle Bu Kuralların İstisnaları*, (Ankara: 2009), s. 309.

Delil sözleşmesi ile taraflar, kanunda belirli delillerle ispatı öngörülen vakıaların başka delil veya delillerle ispatını kararlaştırabilecekleri gibi; belirli delillerle ispatı öngörülme-yen vakıaların da sadece belirli delil veya delillerle ispatını kabul edebilirler (HMK m. 193/f.1). Hukukumuzda kanunda gösterilen parasal sınırı aşan hukuki işlemler bakımından kesin delille ispat zorunluluğu öngörülmekte birlikte, HMK m. 193’de düzenlenen delil sözleşmesinin kesin delille ispat zorunluluğunun istisnalarından biri olduğu kanun koyucu tarafından açıkça kabul edilmiştir⁴.

B.Özellikleri

Medeni usul hukukunda, kanunun belirli delillerle ispatını öngördüğü hususlar, başka delillerle ispat olunamaz (HMK m. 189/f. 3). Ancak taraflar, delil sözleşmesi ile kanunun belirli delillerle ispatını öngördüğü vakıaların başka delil veya delillerle ispatını kararlaştırabilirler. Bu yönüyle delil sözleşmesi, HMK m. 200 ve 201’de düzenlenen kesin delillerle ispat ve kesin delillere karşı kesin delillerle ispat zorunluluğuna ilişkin iki temel kuralının istisnasını teşkil etmektedir. Örneğin, kanunda gösterilen parasal sınırı aşan bir hukuki işlem kesin delillerle ispat edilmek zorunda olmakla birlikte (HMK m. 200), taraflar bu hukuki işlemin tanıkla da ispat edilebileceği hususunda delil sözleşmesi yapabilirler.

Kanunun belirli delillerle ispatını zorunlu kılmadığı hususlar bakımından taraflar delil niteliğini taşıyabilecek her türlü ispat vasıtasını kullanabilirler ve bu durumlarda hâkim delilleri serbestçe takdir eder (HMK m. 192, 198). Ancak taraflar, kanunda belirli delillerle ispatı öngörülme-yen vakıaların sadece belirli delil veya delillerle ispat edilebileceği yönünde delil sözleşmesi yapabilirler (HMK m. 193/f.1).

4 Hukukumuzda kanun koyucu tarafından delil sözleşmesinin kesin delillerle ispat zorunluluğunun bir istisnası olduğu açıkça düzenlenmişken, Fransız Hukuku bakımından delil sözleşmesi kesin delillerle ispat zorunluluğu bakımından bir kanuni istisna olarak düzenlenmemiştir. Ancak Fransız doktrininde ve yargı kararlarında giderek artan eğilim kesin delillerle ispat zorunluluğu kamu düzeninden kabul edilmediğinden delil sözleşmesinin yapılabileceği ve bunun kesin delillerle ispat zorunluluğunun istisnası olduğu isabetle ifade edilmektedir. Le Balle, **Des Convention Sur La Procédé de Preuve En Droit Civil**, [These] s. 18 vd.; Frédérique Ferrand, **Preuve**, Edition Dalloz, Décembre 2013, s. 87; Jean-Louis Mouralis, **Preuve**, Edition Dalloz, Janvier 2011, s. 32; Robert Beudant / Paul Lerebours-Pigeonniere, **Cours de Droit Civil Français**, (Tome IX, Seconde édition 1953), s. 225; Yavaş, **Senetle İspat ve Senede Karşı Senetle İspat Kuralları İle Bu Kuralların İstisnaları** s. 311-314; Bilge Umar, **Delil Anlaşmaları**, İÜHFİM, C. XXVIII, S. 3-4, 196, s. 857.

Dava dosyasına usulüne uygun olarak girmiş delil sözleşmesi, hâkim tarafından re'sen dikkate alınmak zorundadır. Bunun için delil sözleşmesinin ayrıca taraflarca ileri sürülmesine gerek yoktur⁵.

Hâkim, ispata muhtaç vakıa bakımından dava dosyasına sunulan delilleri değerlendirmeden önce, bu delil/delillerin, o vakıanın ispata elverişli olup olmadığını incelemek zorundadır. Şayet o delil, kanundaki düzenlemeler uyarınca vakıayı ispata elverişli ise, caiz bir delildir⁶ (HMK m. 189/f. 3). Delil sözleşmesi ile taraflar, ispata muhtaç vakıanın ispata bakımından hangi delil/delillerin caiz olduğu hususunu kararlaştırırlar; yoksa delilinin hukuki niteliğine ilişkin bir belirleme yapamazlar. Örneğin, taraflarca vakıanın ispata için kararlaştırılan delil tanık delili ise, hâkim delil sözleşmesi ile kararlaştırılan bu tanık delilini serbestçe değerlendirir. Tanık delilinin taraflarca ispata muhtaç vakıanın ispata için kullanılacak delil olarak kararlaştırılması, onu kesin delil niteliğine büründürmez^{7/8}. Çünkü bir delil ancak kanun tarafından kesin delil niteliğine büründürülebilir. Bu konuda tarafların herhangi bir düzenleme yetkisi yoktur⁹. Hâkim, taraflarca vakıanın ispata için kararlaştırılan tanık delili ile kanaate ulaşamazsa bu

- 5 Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, (İstanbul: C. III, 6. Baskı, 2001), s. 2888 vd.; Taşpınar, *Medeni Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri*, (Ankara: 2001), s. 219; Ramazan Arslan, *"Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Delil Sözleşmesi Konusunda Getirdiği Yenilikler"*, *Bankacılar Dergisi*, Özel Sayı 2013, s. 71. Uygulamada Yargıtay, Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesinin sözleşmenin ekleri arasında sayılmasını delil sözleşmesi olarak kabul etmekte ve delil sözleşmesinin hem tarafları hem de hakimi bağladığını ve bu nedenle de hakimin görevi gereği delil sözleşmesini re'sen gözetmesi gerektiğini kabul etmektedir. "... Bu hususlar taraflar arasında HUMK 287 maddesine göre **delil sözleşmesi niteliğinde olduğundan hâkimin de görevi gereği re'sen gözetmesi gerekir...**" 15. HD., T. 30.5.1996, 1344/3032, Aynı şekilde benzer örnekler için bkz. Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, (İstanbul: C. III, 6. Baskı, 2001), s. 2896-2897. Aksi yöndeki görüş için bkz. H.Yavuz Alangoya, / Kamil M Yıldırım, / Nevhis Deren-Yıldırım, ; *Medeni Usul Hukuku Esasları*, (İstanbul: Beta Basım Yayın, 7. Baskı, 2009), s. 177.
- 6 Pekcanitez/Atalay/Özekes, *Medeni Usul Hukuku*, s. 713.
- 7 Haluk Korunalp, *Medeni Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları*, (Ankara: Tıpkıbasım, 2009), s 61, 75. Aksi görüşte için bkz. Taşpınar, *Medeni Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri*, (Ankara: 2001), s. 200.
- 8 Yargıtay'ın aksi yöndeki kararı için bkz. "...Taraflar arasında yapılan ihale şartnamesine göre, birinci muayene sonucunda verilecek red kararına satıcının itirazda bulunması halinde alıcının yeni bir heyet oluşturacağı ve heyetin vereceği raporun taraflar için kesin olacağı ve uyumsuzluk mahkemeye intikal ettiği takdirde tarafların bu raporla bağlı kalacakları belirtilmiştir. Bu hükmle taraflar arasında ikinci muayene raporunun **kesin delil oluşturacağı yolunda bir delil sözleşmesi yapıldığı**, her iki tarafın bununla bağlı oldukları, davacının bu hükme rağmen sonradan açacağı bir davayla delil sözleşmesi dışına çıkarak, malzemelerin şartname hükümlerine uygun olduğunu ileri sürmesine hukuken olanak yoktur..." 11. HD., T. 2.11.1999, E. 1999/7042, K. 1999/7835, Kararlara İçtihat-Bilgi Bankası (Erişim Tarihi: 30.03.2015).
- 9 Haluk Korunalp, , *Medeni Usul Hukukunda Yazılı Delil Başlangıcı*, (Ankara: 1988), s. 24, dp. 2.

durumda ispat yükü kurallarına göre karar verecektir¹⁰.

II. DELİL SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Bir sözleşmenin hukuki niteliğinin belirlenmesi hususunda esas alınan kriter, o sözleşmenin asli ve doğrudan etkilerinin hangi hukuk sahası içerisinde doğduğudur. Eğer yapılan sözleşmenin asli ve doğrudan etkileri maddi hukuk alanında meydana geliyorsa maddi hukuk sözleşmesinden; sözleşmenin asli ve doğrudan etkileri usul hukuk alanında ortaya çıkıyorsa usul hukuku sözleşmesinden bahsedilir. Bir davada hangi ispat araçlarının kullanılacağı ve ispatın nasıl gerçekleştirileceği hususları usul hukuku meselesi olduğundan ve delil sözleşmesi ile tarafların uyuşmazlık konusu vakıanın hangi delil/delillerle ispat edileceğine ilişkin anlaşmaları ancak dava açıldıktan sonra etki doğuracağından delil sözleşmesi bir usul hukuku sözleşmesidir¹¹.

Delil sözleşmesi bir usul hukuku sözleşmesi olduğundan, delil sözleşmelerinin, kuruluşu ve geçerlilik şartlarının saptanması konularında öncelikle usul hukuku hükümleri uygulanmalıdır. Ancak hemen belirtelim ki bu konularda usul hükümlerinin yanında bu sözleşmelerin niteliğine uygun düştüğü ölçüde maddi hukuk hükümleri de kıyasen uygulanabilir¹² (TMK m. 5).

Fransız Hukuku'nda ispat hukukuna ilişkin kurumlar hukukumuzdan farklı olarak, Fransız Medeni Kanunu'nda (Code Civil) düzenlendiğinden, ispat hukuku alanında yapılan sözleşmelerin hukuki niteliğinin belirlenmesi güçlük arz etmektedir. Fransız Hukuku'nda delillerin nasıl ikame

10 Taşpınar, *Medeni Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri*, (Ankara: 2001), s. 196-197; Arslan, *"Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Delil Sözleşmesi Konusunda Getirdiği Yenilikler"* s. 71.

11 Taşpınar, *Medeni Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri*, (Ankara: 2001), s. 185; Yavaş, *Senetle İspat ve Senede Karşı Senetle İspat Kuralları İle Bu Kuralların İstisnaları*, s. 311; Ateş, *Hukuk Muhakemeleri Usulünde Delil Sözleşmeleri* s. 246; Şengel, *Delil Sözleşmesi*, s. 268; Korunalp, *Medeni Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları*, s. 58; Saim Üstündağ, *Medeni Yargılama Hukuku*, (İstanbul: 7. Baskı, 2000), s. 653; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, *Medeni Usul Hukuku Esasları*, s. 380; Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, (İstanbul: C. III, 6. Baskı, 2001), s. 2883; Pekcanitez/Atalay/Özekes, *Medeni Usul Hukuku*, s. 716; Abdurrahim Karşlı, *Medeni Muhakeme Hukuku*, (İstanbul: 3. Baskı, 2012), s. 571; Umar, *Delil Anlaşmaları* s. 857; Pınar Çiftçi, *"Bir Hukuk Genel Kurulu Kararı Işığında Özellikle Medeni Usul Hukuku Açısından Delil Sözleşmelerinin Geçerliliği Sorunu"*, DEÜHFD, [Özel Sayı: Bilge Umar'a Armağan], C. 11, Y. 2009, Basım Yılı: 2010 s. 144.

12 Taşpınar, *Medeni Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri*, (Ankara: 2001) s. 185, 252; Pekcanitez/Atalay/Özekes, *Medeni Usul Hukuku*, s. 256-257.

edileceğine ilişkin usulî prosedür bir usul hukuku meselesi olarak kabul edilmekteyken, vakıa/vakıaların hangi delil/delillerle ispatının gerçekleştirileceği hususu bir maddi hukuk konusu olarak değerlendirilmektedir. Dolayısıyla, ispatı gereken vakıaların hangi delil/delillerle ispat edileceğine ilişkin olarak yapılan delil sözleşmesi bir maddi hukuk sözleşmesi olarak kabul edilmektedir¹³.

III. İSPAT HAKKI VE SINIRLANDIRILMASI

A. Genel Olarak İspat Hakkı

İspat hakkı, yargılama hukukuna ilişkin subjektif bir haktır¹⁴. İspat hakkının konusu, kanunen caiz olarak kabul edilen delillerdir¹⁵. Taraflar, kanunda öngörülen süre ve usule uygun olarak ispat hakkına sahiptir (HMK m. 189/f. 1). Bir vakıanın ispatı için gösterilen delil/delillerin caiz olup olmadığı mahkemece belirlenir (HMK m. 189/f. 4).

İspat hakkı, hukuki dinlenilme hakkının bir unsuru olan¹⁶ açıklama hakkı ile doğrudan bağlantılıdır. Zira taraflarca getirilen vakıaların ispatına izin verilmemesi açıklama hakkına aykırıdır¹⁷. Açıklama hakkı, tarafların yargılamaya etki edebilmelerine olanak tanır. Şayet taraflara, yargılamaya getirdikleri vakıaları ispat hakkı tanınmadan tahkikat gerçekleştirilirse açıklama hakkı anlamsız olacaktır. Bu nedenle taraflara hem kendi ileri sürdükleri hem de karşı tarafça ileri sürülen açıklamalara ilişkin yeterli ispat imkânı tanınmalıdır¹⁸. Nitekim HMK m. 27⁷de tarafların hukuki din-

13 Beudant /Lerebours-Pigeonniere, *Cours de Droit Civil Français* s. 225; Yavaş, *Senetle İspat ve Senede Karşı Senetle İspat Kuralları İle Bu Kuralların İstisnaları*, s. 311–314; Umar, *Delil Anlaşmaları*, s. 857. Nitekim *Le Balle*, bu sözleşmelere medeni kanun hükümlerinin doğrudan doğruya uygulanacağını ifade ederek, delil sözleşmesini bir maddi hukuk sözleşmesi olduğunu belirtmektedir (*Le Balle, Des Convention Sur La Procédé de Preuve En Droit Civil*, [These] s. 47).

14 Ferrand, *Preuve* s. 9; Umar, Bilge/Yılmaz, Ejder, *İspat Yükü*, Ankara 1980, s. 7.

15 Ferrand, *Preuve* s. 10; Beudant /Lerebours-Pigeonniere, *Cours de Droit Civil Français*, s. 239.

16 Hukuki dinlenilme hakkının, “bilgi edinme hakkı”, “açıklama hakkı” ve “dikkate alma ve değerlendirme yükümlülüğü” şeklinde üç unsuru olduğu kabul edilmektedir. Muhammet Özkes, *Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı*, Ankara 2003, s. 85.

17 Özkes, *Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı*, s. 123.

18 Özkes, *Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı*, s. 124; Evren Kılıçoğlu, *Medeni Yargılamada Hukuka Aykırı Yoldan Elde Edilmiş Delillerin Kullanılması* [Yayımlanmamış Doktora Tezi], (Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2011), s. 10.

lenilme hakkına sahip oldukları ve hukuki dinlenilme hakkının açıklama ve ispat hakkını içerdiği açıkça düzenlenmiştir.

B. İspat Hakkının Sınırlandırılması

Yukarıda ifade ettiğimiz üzere, hukuki dinlenilme hakkı ispat hakkını da içermektedir ve hukuki dinlenilme hakkı Anayasa’da düzenlenen adil yargılanma hakkının bir unsurudur. Hukuki dinlenilme hakkı, adil yargılanma hakkının usul hukukundaki görünümünden biridir^{19/20}.

Adil yargılanma hakkı, Anayasa’nın temel haklarla ilgili ikinci kısmında 36. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre; “Herkes, meşrû vasıta ve yollarla faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir”. Adil yargılanma hakkı bir temel hak ve özgürlüktür. O halde temel hak ve özgürlük niteliğini haiz adil yargılanma hakkının sınırlanması Anayasa’nın 13. maddesine göre gerçekleştirilebilir. AY m. 13’e göre ise; temel hak ve hürriyetler, yalnızca kanunla sınırlanabilir. Dolayısıyla hukuki dinlenilme hakkı ve adil yargılanma hakkının içeriğinde yer alan ispat hakkı da ancak kanunla sınırlandırılabilir.

IV. İSPAT HAKKINI SINIRLANDIRMASI AÇISINDAN DELİL SÖZLEŞMESİ VE GEÇERLİLİĞİ

A. Delil Sözleşmesi İle İspat Hakkının Sınırlandırılması

Tarafların, uyuşmazlık konusu vakıa/vakıalara ilişkin getirmiş oldukları delil/delillerle ispat imkânına sahip olma hususu ispat hakkına ilişkindir. Delil sözleşmesi ile de tarafların uyuşmazlık konusu vakıa/vakıaların

19 **Tanrıver**, Süha, Hukuk Yargısı (Medenî Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı, TBBD, S. 43, 2004, s. 204 vd.; Özekes, **Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı**, s. 55-57; Kılıçoğlu, **Medeni Yargılamada Hukuka Aykırı Yoldan Elde Edilmiş Delillerin Kullanılması** [Yayımlanmamış Doktora Tezi], s. 10.

20 Nitekim Yargıtay’da ispat hakkını AY m. 36 ile birlikte değerlendirmektedir. “...”... davalı işveren davaya karşı diyeceklerini bildiren cevap dilekçesini ibraz etmiş ve delillerini de göstermiştir. Mahkeme bu deliller toplanmadan sonuca gitmiştir ki, bu uygulama Anayasanın ve Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun duyarlılık gösterdiği hak arama özgürlüğüne ve savunma hakkına aykırılık oluşturur...”, 9. HD., T. 29.01.2002, 16452/1623 (Kılıçoğlu, **Medeni Yargılamada Hukuka Aykırı Yoldan Elde Edilmiş Delillerin Kullanılması** [Yayımlanmamış Doktora Tezi], s. 12, dp. 62).

hangi delil/delillerle ispat edileceği hususunu kararlaştırmaları ispat hakkını doğrudan etkiler.

İspat hakkına yönelik bu etki iki türlü gerçekleşebilir. İlk olarak, taraflar uyuşmazlık konusu vakianın ispatı hususunda kanunda öngörülen delillerin yanında başka delil/delillerle de ispatın gerçekleştirilebileceğini kararlaştırmışlarsa, bu durum delil sözleşmesi ile ispat hakkının genişletilmesi sonucunu doğurur. İkinci olarak, taraflar delil sözleşmesi ile uyuşmazlık konusu vakianın ispatı için caiz olan delil/delillerden bazılarının o vakianın ispatı için kullanılmayacağını kararlaştırmışlarsa bu şekilde yapılan delil sözleşmesi ispat hakkının sınırlandırılması neticesini doğurur.

HMK m. 193/f.1’de taraflara, kanunda belirli delillerle ispatı öngörülen vakıaları başka delil veya delillerle ispatını kararlaştırabilmelerinin yanı sıra; belirli delillerle ispatı öngörülme-yen vakıaların da sadece belirli delil veya delillerle ispatını kararlaştırabilmeleri hususunda imkân sağlandığından, temel hak ve özgürlükler kapsamında yer alan hukuki dinlenme ve ispat hakkı taraflarca delil sözleşmesi yapmak suretiyle sınırlandırılabilir. Bu hususa kanun tarafından açıkça cevaz verilmektedir. O halde bu yönüyle ispat hakkının sınırlandırılması AY m. 13’e uygundur.

Ancak hemen belirtelim ki, taraflara delil sözleşmesi ile ispat hakkını sınırlandırma hususunda cevaz veren hükmün devamında, tarafların ispat hakkını imkânsız kılan veya fevkalade güçleştiren delil sözleşmelerinin geçersiz olacağı belirtilerek bu hususta taraflara tanınan irade serbestinin sınırları belirlenmiştir (HMK m. 193/f. 2).

B. Delil Sözleşmesi İle İspat Hakkının Sınırlandırılmasının Sınırı ve Delil Sözleşmesinin Geçerliliği

1. Genel Olarak

HUMK’dan farklı olarak²¹ HMK’da delil sözleşmesinin geçerlilik sınırı

21 Her ne kadar HUMK döneminde delil sözleşmelerinin geçerliliğinin sınırı bakımından herhangi bir hüküm bulunmasa da, HUMK döneminde doktrindeki ağırlıklı görüşe göre taraflardan, tarafların ispat hakkını ortadan kaldıracak delil sözleşmelerini yapamayacakları ve bu şekilde yapılan delil sözleşmelerinin geçersiz olarak kabul edilmesi gerektiği ifade edilmekteydi. İlhan E. Postacıoğlu, **Medeni Usul Hukuku Dersleri, 1711 Sayılı Kanuna göre yazılmış** (İstanbul: 6. Basi, 1975) s. 594; Metin

rı HMK m. 193/f. 2’de açıkça düzenlenmiştir. HMK m. 193/f. 2’ye göre, “Taraflardan birinin ispat hakkının kullanımını imkânsız kılan veya fevkalade güçleştiren delil sözleşmeleri geçersizdir”. Kanun koyucu, yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, delil sözleşmesinin ispat hakkı ile olan doğrudan bağlantısı sebebiyle, delil sözleşmelerinin geçerliliği hususunda sınırlandırma kriterini ispat hakkı olarak belirlemiştir.

Kanunda, delil sözleşmesi ile taraflara ispat hakkını sınırlandırma hususunda yetki verilmiş ise de bu konuda verilen yetki sınırsız olarak kabul edilmemiştir. HMK m. 193/f. 2 uyarınca delil sözleşmesi ile ispat hakkına müdahale sınırı, esasen ispat hakkının özünü ortadan kaldırmama olarak belirlenmiştir. Bu husus bir temel hak ve özgürlük olan ispat hakkının özüne dokunulamayacağına ilişkin AY m. 13’deki düzenlemeye uygundur.

Bu noktadan sonra tartışılması gereken husus, hangi durumlarda delil sözleşmesinin ispat hakkını ortadan kaldırdığı veya ispat hakkının kullanımını fevkalade güçleştirdiğidir. Zira bu nitelikteki delil sözleşmeleri geçersizdir (HMK m. 193/f. 2).

Kanaatimizce delil sözleşmesi gibi bir usulî sözleşme olan²² yetki sözleşmesinin geçerliliği bakımından HMK m. 17’de sözleşmenin tarafları açısından öngörülen sınırlandırma, yani tarafların kamu tüzel kişisi veya tacir olmaları zorunluluğu, delil sözleşmesinin geçerliliğine ilişkin bir kriter olarak kabul edilemez. Zira delil sözleşmesi ispat hakkını doğrudan etkileyen bir sözleşmedir. Delil sözleşmesinin taraflarının niteliği doğrudan ispat hakkıyla ilgili değildir ve Kanunda delil sözleşmesinin geçerlilik kriteri ispat hakkı olarak belirlenmiştir. Delil sözleşmesinin tarafları kamu tüzel kişisi veya tacir olsa bile yapılan delil sözleşmesi bu kişilerin ispat hakkını ortadan kaldıran nitelikte olabilir. Tam tersi delil sözleşmesinin taraflarının kamu tüzel kişisi veya tacir olmadığı durumlarda, yapılan delil sözleşmesi tarafların ispat hakkını zedelemeyebilir.

Tuluay, **Delil Anlaşmaları**, [Yayımlanmamış Doktora Tezi], (İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Tarihsiz), s. 129-133; Çiftçi, *“Bir Hukuk Genel Kurulu Kararı Işığında Özellikle Medeni Usul Hukuku Açısından Delil Sözleşmelerinin Geçerliliği Sorunu”*, s. 162; Battal, **Bankacılık İşlemlerinde İspat Usulü Ve Delil Sözleşmeleri**, s. 131-132; Şengel, **Delil Sözleşmesi**, s. 280.

22 Nur Bolayır, ; **Medeni Usul Hukukunda Yetki Sözleşmeleri**, (İstanbul: Beta Basım Yayın, 2009), s. 42 vd; İbrahim Aşık, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na Göre Yetki Sözleşmeleri*, **TBB Dergisi**, S. 97, Y. 2011, s. 18-21; Derya Güneş-Belgin, *“Yetki Sözleşmeleri”*, **İBD**, C. 86, S. 5, 2012, s. 198-199.

2. Genel İşlem Şartları ve Tüketici İşlemleri Bakımından

Delil sözleşmesinin geçerliliği, delil sözleşmesine ilişkin kayıtların düzenlediği yer bakımından özellik arz eder. Eğer delil sözleşmesi bireysel bir sözleşme olarak düzenlenmişse, sözleşmenin geçerliliği HMK m. 193/f. 2 uyarınca denetime tabi tutulur. Bu düzenleme uyarınca delil sözleşmesi tarafların ispat hakkını ortadan kaldıracak veya ispat hakkının kullanımını fevkalade güçleştirecek nitelikte ise bu delil sözleşmesi geçersizdir. Bu durumda hâkim, dava dosyasına göre delil sözleşmesinin, tarafların ispat hakkının ortadan kalkıp kalmadığını veya fevkalade güçleştirip güçleştirmedini somut olayın özelliklerine göre belirleyecektir. Bu noktada hâkim, tarafların eğer delil sözleşmesi yapmamış olsalardı sözleşmeye konu vakıanın ispatı için gösterebilecekleri deliller ile sözleşmenin yapılmasıyla gösterebilecekleri deli/delilleri dikkate alarak ispat hakkının sınırlanma boyutunu tespit edebilir.

Delil sözleşmesine ilişkin kayıtların genel işlem şartları niteliğindeki kitle sözleşmelerde yer alması durumunda ise, delil sözleşmesinin geçerlilik sınırlandırması bakımından HMK m. 193/f. 2'deki düzenleme, genel işlem şartlarına ilişkin TBK m. 20 ve devamında yer alan hükümlerle birlikte ele alınmalıdır²³. Bu noktada genel işlem şartlarının denetimine ilişkin olarak kabul edilen yürürlük denetimi (TBK m. 21–22), yorum denetimi (TBK m. 23) ve özellikle de içerik denetimi (TBK m. 25)²⁴ delil sözleşmesinin geçerliliği bakımından uygulanır.

Buna göre; karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girmesi, sözleşmenin yapılması sırasında düzenleyen tarafın karşı tarafa, bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verip, bunların içeriğini öğrenme imkânı sağlamasına ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesine bağlıdır. Aksi takdirde, genel işlem koşulları yazılmamış sayılır (TBK m. 21/f. 1).

23 Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Medeni Usul Hukuku**, s. 716–717; Arslan, “*Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Delil Sözleşmesi Konusunda Getirdiği Yenilikler*”, s. 68–69; Karslı, Abdurrahim/Koç, Evren/**Korunalp**, Cengiz Serhat, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Problemler Konular**, İstanbul 2014, s. 109.

24 Genel işlem şartlarının denetimine ilişkin kriterler ve bunların detaylı açıklamaları için bkz. Yeşim M Atamer, “*Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi*” – **TKHK m. 6 ve TTK m. 55, f.1, (f) ile Karşılaştırmalı Olarak, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu**, BATIHA E Yayını, Ankara 2012, s. 26 vd; Yeşim M Atamer, **Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi**, (İstanbul: Beta Basım Yayın, 2. Baskı, 2001), s. 204 vd.

Genel işlem şartlarında yer alan bir hüküm, açık ve anlaşılır değilse veya birden çok anlama geliyorsa, düzenleyenin aleyhine ve karşı tarafın lehine yorumlanır (TBK m. 23).

Genel işlem şartlarının içerik denetimine ilişkin TBK m. 25 uyarınca; genel işlem şartlarına, dürüstlük kuralına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı hükümler konulamaz. Genel işlem şartları niteliğindeki kitle sözleşmelerde yer alan delil sözleşmesine ilişkin kayıtların geçerliliği bakımından özellikle TBK m. 25 önem arz eder²⁵. Bu madde ve HMK m. 19/f. 2'deki düzenlemeler uyarınca özellikle bankacılık işlemlerinde yer alan²⁶ ve tarafların uyumsuzluk halinde hangi delil/delilleri kullanacağına ilişkin düzenlemeler geçersiz kabul edilecektir. Bu tarz işlemlerde özellikle genel işlem şartlarında delil sözleşmesine ilişkin kayıtların son derece uzun ve sıradan vatandaşlarca anlaşılamayacak biçimde kaleme alınması, TBK m. 25 uyarınca yapılan içerik denetiminin ölçütleri arasında yer alan saydamlık kuralı²⁷ uyarınca geçersiz kabul edilecektir. Ayrıca yine içerik denetiminin ölçütleri arasında sayılan en uygun hak ve borç dağılımı, yani sözleşmeden doğacak menfaatlerin ve risklerin en adil şekilde paylaşılması²⁸, kuralı gereğince delil sözleşmesine konu vakıa/vakıaların ispatı bakımından sadece taraflardan birinde mevcut

25 TBK m. 25'in TTK m. 55 ve TKHK m. 6 ile birlikte okunması gerektiği ve buna göre TBK m. 25'deki içerik denetimine ilişkin yasal düzenlemenin şu şekilde olması gerektiği savunulmaktadır: "Genel işlem koşullarına, dürüstlük kuralına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamaz. Örneğin, 1. Doğrudan veya yorum yoluyla uygulanacak kanuni düzenlemelerden önemli ölçüde ayrılan veya 2. Sözleşmenin niteliğine göre önemli ölçüde aykırı haklar ve borçlar dağılımını öngöre, önceden yazılmış genel işlem şartları kullananlar dürüstlüğe aykırı davranmış olur." Atamer, *"Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi"*. s. 44.

26 Citibank kredi kartları üyelik şart ve koşulları madde 20: " Delil sözleşmesi: Üye, işbu şart ve koşullardan doğan uyumsuzluklarda Banka ile Bankanın üyesi olduğu veya Bankaca ileride dâhil olunabilecek diğer kart sistemi kuruluşlarının defter, kayıt, mikrofilm, mikrofiş, bilgisayar ve diğer bütün kayıtlarının geçerli, bağlayıcı, kesin ve münhasır delil olacağını, bunlara karşı her türlü itiraz ve def'i haklarından peşinen feragat ettiğini kabul eder". Bu ve diğer örnekler için bkz. Korunalp, **Medeni Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları**, s. 74, dp. 51. Ayrıca delil sözleşmelerinin, özellikle banka işlemleri açısından taşıdığı önem için bkz. Korunalp, **Medeni Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları**, s. 62 vd., 80 vd., 97 vd..

27 Atamer, *"Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi"*. s. 47-49; Atamer, *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlanması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi*, s. 209-212.

28 Atamer, *"Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi"*. s. 45-47; Atamer, *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlanması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi*, s. 207-209.

bulunan delillerin kullanılabilmesine ilişkin kayıtlar²⁹ geçersiz olacaktır³⁰.

Son olarak, delil sözleşmesinin tüketici işlemi niteliğindeki maddi hukuk sözleşmelerinde bir şart olarak düzenlenmesi halinde, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun uyarınca düzenlenen Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik'e göre; tüketicinin göstereceği delilleri ölçüsüz derecede sınırlandıran şartlar, haksız şart olarak kabul edilmektedir (TKHK Haksız Şartlar Yönetmeliği Ek 1/f. 1, b. n). Bu noktada yönetmelikteki düzenleme ile HMK m. 193/f. 2'deki düzenleme birlikte değerlendirilmelidir. Delil sözleşmesine ilişkin kayıtların tüketici işlemi niteliğindeki maddi hukuk sözleşmelerinde yer alması durumunda, özellikle güçlü taraf karşısında zayıf durumda olan ve delil sözleşmesini yapmaya zorlanan tüketicilerin korunması düşüncesiyle HMK m. 193/f. 2'de öngörülen ispat hakkının ortadan kalkması veya fevkalade güçleştirilmesi yerine ispat hakkının az da olsa sınırlandırılması durumunda delil sözleşmesinin geçersiz olduğu kabul edilmelidir. Ancak belirtmek gerekir ki ilgili yönetmelikte haksız şartların kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olduğu belirtilse de, delil sözleşmesine ilişkin haksız şartlar, delil sözleşmesinin bir usul hukuku sözleşmesi olmasından dolayı kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olamaz. Bu durumda delil sözleşmesine ilişkin haksız şartın yaptırımını hâkim tarafından dikkate alınmama şeklinde kendisini gösterir.

SONUÇ

Hukukumuzda Kanunda öngören miktar veya değeri aşan hukuki işlemler bakımından kesin deliller ispat zorunluluğu öngörülmüştür (HMK m. 200). Yine Kanununda kesin delillere karşı yapılan iddia ve savunmalar bakımından kesin delillere ispat zorunluluğu söz konusudur (HMK m. 201). İşte delil sözleşmesi bu her iki ana kuralın istisnasını teşkil eder. Delil sözleşmesi ile taraflar ispatı lazım olan vakıa/vakıaların hangi delil veya delillerle ispat edileceği hususunda anlaşırlar.

29 Garanti Bankası "Açık" kredi kartı üyelik sözleşmesi madde 21: "... Banka kayıtları HUMK 287. maddesi (HMK m. 193) uyarınca münhasır delil olup başka delil ikame edilemez...." Korunalp, *Medeni Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları*, s. 74, dp. 51.

30 *Atamer, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi*, s. 284-285.

Bir yargılamada hangi ispat araçlarının kullanılacağı ve ispatın nasıl gerçekleştirileceği hususları yargılama hukuku sorunu olduğundan ve delil sözleşmesi ile de taraflar uyuşmazlık konusu vakıanın hangi delil/delillerle ispat edileceğini kararlaştırdığından bu yönüyle de delil sözleşmesinin asli ve doğrudan etkileri usul hukuku alanında ortaya çıktığından, delil sözleşmesi hukuki nitelik itibarıyla bir usul hukuku sözleşmesidir. Bu nedenle delil sözleşmesinin kuruluş ve geçerlilik şartlarının saptanması bakımından öncelikle usul hukuku hükümleri uygulanır. Ayrıca delil sözleşmesinin niteliğine uygun olduğu şekilde bu konularda maddi hukuk hükümleri de kıyasen uygulanma imkânına sahiptir.

İspat hakkı, tarafların iddia ve savunmalarına esas teşkil eden vakıalarını, kanunen caiz olan delillerle, ispat edebilme hususunda imkânlarla sahip olmasını ifade eder. Delil sözleşmesi ile de taraflar ispata muhtaç vakıanın hangi delil/delillerle ispat edileceği hususunu kararlaştırdıkları için, delil sözleşmesi ispat hakkı ile doğrudan bağlantılıdır. Bu nedenle de HMK'da yerinde olarak, delil sözleşmelerinin geçerlilik sınırı olarak ispat hakkı belirlenmiştir. HMK m. 193/f. 2'de yer alan yeni düzenlemede tarafların ispat hakkını ortadan kaldıran veya fevkalade güçleştiren delil sözleşmelerinin geçersiz olacağı belirtilmiştir. Bu düzenleme ile özellikle uygulamada sıkça görülen, güçlü taraf karşısında zayıf durumda olan ve delil sözleşmesini yapmaya zorlanan tarafın korunması amacı güdülmüştür.

HMK m. 193/f. 2'de yer alan delil sözleşmesinin geçerliliğine ilişkin sınırlama, tarafların ve yapılan hukuki işlemin niteliğine bakılmaksızın bütün durumlar bakımından uygulama alanı bulur. Bununla birlikte HMK m. 193/f. 2'deki düzenlemenin nasıl yorumlanacağı ve ilgili düzenleme öngörülen geçerlilik sınırlamasının sınırının ne olacağı hususu, delil sözleşmesine ilişkin kayıtların düzenlenme şekline göre değişiklik arz edebilir. Bu bakımdan delil sözleşmesinin eşit taraflar arasında bireysel bir sözleşme olarak düzenlenmesi durumunda, ispat hakkının ciddi bir şekilde sınırlandırılması (ispat imkânının imkânsız veya fevkalade güçleştiği) halinde yapılan delil sözleşmesi geçersiz sayılacaktır. Delil sözleşmesine ilişkin kayıtların genel işlem şartları niteliğindeki kitle sözleşmelerde veya tüketici işlemlerinde yer alması durumlarında ise, delil sözleşmesinin geçer-

liliği bakımından HMK m. 193/f. 2'nin yanı sıra TBK'daki genel işlem şartlarına ilişkin hükümler (TBK m. 20 vd.) ile TKHK hükümleri birlikte uygulanmalıdır. Bu hallerde, tarafın sözleşmedeki kayıtları değiştirme ve üzerinde tartışma imkânı olmaması ve genellikle taraflardan birinin zayıf durumda olması nedeniyle, genel işlem şartları ve tüketici işlemlerinde yer alan delil sözleşmesine ilişkin kayıtların geçerliliği bakımından ispat hakkı daha fazla korunmalıdır. Bu bakımdan ilgili TBK ve TKHK hükümlerine ilişkin doktrinde geliştirilen denetim kriterleri ve uygulamada içtihatlarla yerleşen ilkeler delil sözleşmesinin geçerliliğine ilişkin HMK m. 193/f. 2'nin yorumlanması bakımından hâkime yol gösterici nitelik arz edecektir.

KAYNAKÇA

- Alangoya, H.Yavuz/Yıldırım, Kamil M./ Deren-Yıldırım, Nevhis; **Medeni Usul Hukuku Esasları**, (İstanbul: Beta Basım Yayın, 7. Baskı, 2009).
- Arslan, Ramazan; “*Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Delil Sözleşmesi Konusunda Getirdiği Yenilikler*”, **Bankacılar Dergisi**, Özel Sayı 2013, s. 67–71.
- Aşık, İbrahim; *Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Yetki Sözleşmeleri*, **TBB Dergisi**, S. 97, Y. 2011, s. 11–48.
- Atamer, Yeşim M.; **Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi**, (İstanbul: Beta Basım Yayın, 2. Baskı, 2001).
- Atamer, Yeşim M.; “*Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi*” – **TKHK m. 6 ve TTK m. 55, f.1, (f) ile Karşılaştırmalı Olarak, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu**, BATIHA E Yayını, Ankara 2012, s. 9–73.
- Ateş, Mustafa; “*Hukuk Muhakemeleri Usulünde Delil Sözleşmeleri*”, **YD** 1995/3, s. 244–263.
- Battal, Ahmet; “*Bankacılık İşlemlerinde İspat Usulü Ve Delil Sözleşmeleri*”, **BA-TİDER** 1997/XIX, s. 129–140.
- Beudant, Robert/Lerebours-Pigeonniere, Paul; **Cours de Droit Civil Français**, (Tome IX, Seconde édition 1953).

- Bolayır, Nur; **Medeni Usul Hukukunda Yetki Sözleşmeleri**, (İstanbul: Beta Basım Yayın, 2009).
- Çiftçi, Pınar; “*Bir Hukuk Genel Kurulu Kararı Işığında Özellikle Medeni Usul Hukuku Açısından Delil Sözleşmelerinin Geçerliliği Sorunu*”, **DEÜ-HFD**, [Özel Sayı: Bilge Umar’a Armağan], C. 11, Y. 2009, Basım Yılı: 2010, s. 129–182.
- Güneş-Belgin, Derya; “*Yetki Sözleşmeleri*”, **İBD**, C. 86, S. 5, 2012, s. 197–222.
- Ferrand, Frédérique; **Preuve**, (Edition Dalloz: Décembre 2013).
- Karşlı, Abdurrahim; **Medeni Muhakeme Hukuku**, (İstanbul: 3. Baskı, 2012).
- Karşlı, Abdurrahim/Koç, Evren/Korunalp, Cengiz Serhat; **Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda Problemler Konular**, (İstanbul: 2014).
- Kılıçoğlu, Evren; **Medeni Yargılamada Hukuka Aykırı Yoldan Elde Edilmiş Delillerin Kullanılması** [Yayımlanmamış Doktora Tezi], (Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2011).
- Korunalp, Haluk; **Medeni Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları**, (Ankara: Tıpkıbasım, 2009).
- Korunalp, Haluk; **Medeni Usul Hukukunda Yazılı Delil Başlangıcı**, (Ankara: 1988) Kuru, Baki; **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, (İstanbul: C. III, 6. Baskı, 2001).
- Le Balle, Robert; **Des Convention Sur La Procédé de Preuve En Droit Civil**, [These], (Meulan İmpremierie Auguste Réty, 1923).
- Mouralis, Jean-Louis; **Preuve**, (Edition Dalloz, Janvier 2011).
- Özekes, Muhammet; **Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenme Hakkı**, (Ankara: 2003).
- Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet; **Medeni Usul Hukuku**, (Ankara: 14. Bası, 2013).
- Postacıoğlu, İlhan E.; **Medeni Usul Hukuku Dersleri, 1711 Sayılı Kanuna göre yazılmış** (İstanbul: 6. Bası, 1975).
- Şengel, Berkant; “*Delil Sözleşmesi*”, **YD**, 1998/3, s. 266–284.
- Tanrıver, Süha; “*Hukuk Yargısı (Medenî Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı*”, **TBBD**, S. 43, 2004, s. 191–215.
- Taşpınar, Sema; **Medeni Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri**, (Ankara: 2001).
- Tuluay, Metin; **Delil Anlaşmaları**, [Yayımlanmamış Doktora Tezi], (İstanbul

Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Tarihsiz).

Umar, Bilge; “*Delil Anlaşmaları*”, **İÜHFİM**, C. XXVIII, S. 3–4, 196, s. 856–862.

Umar, Bilge/Yılmaz, Ejder; **İsbat Yükü**, (Ankara: 1980).

Üstündağ, Saim; **Medeni Yargılama Hukuku**, (İstanbul: 7. Bası, 2000).

Yavaş, Murat; **Senetle İspat ve Senede Karşı Senetle İspat Kuralları İle Bu Kuralların İstisnaları**, (Ankara: 2009).

KISALTMALAR CETVELİ

AY	: Anayasa
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Dergisi
b.	: Bent
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
der.	: Derleyen
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
dp.	: Dipnot
E.	: Esas
f.	: Fıkra
GİŞ.	: Genel İşlem Şartları
HD.	: Yargıtay Hukuk Dairesi
HMK	: 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HUMK	: 1086 Sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İBD.	: İstanbul Barosu Dergisi
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	: Karar
m.	: Madde
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
T.	: Tarih
TBBB	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TBK.	: Türk Borçlar Kanunu
TKHK	: 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TMK	: Türk Medeni Kanunu
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
vd.	: ve devamı
Y.	: Yıl
YD	: Yargıtay Dergisi

1062 SAYILI MUKABELE BİLMİSİL KANUNUNA GÖRE SURİYE UYRUKLULARIN TAŞINMAZLARINA EL KONULMASININ TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLER BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Hümevra MUHÇU *
Hayrettin YILDIZ **

ÖZET

Bu çalışmanın temel konusu Türkiye’de yaşayan Suriye uyruklu bireylere uygulanan mukabele bilmisil müdahaleleridir. Bu amaçla öncelikle mukabele bilmisil kavramının tanımına ve bu kavramla benzeşen mütekabiliyet (karşılıklık) kurumu arasındaki farka değinilmektedir. Çalışmanın devamında mukabele bilmisil kararlarının tarihsel gelişimi değerlendirilmekte, konuyla ilgili yüksek yargı yerlerinin kararlarına yer verilmektedir. Ardından mukabele bilmisil uygulamalarının ana konusu olan mülkiyet hakkının anayasalarımızda ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde düzenleniş şekli ele alınmaktadır. Mukabele bilmisil kararlarına dayanak teşkil eden ve konuyla ilgili temel mevzuat olan 1062 sayılı kanuna dayalı olarak yapılan müdahaleler de incelemeye dâhil edilmiştir. Çalışmanın sonlarında söz konusu kanuna dayalı olarak başvuru yapılan uygulamaların hukuka ve yine bu uygulamaların bizatihi mukabele bilmisil şartlarına uygunluğu incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Mukabele Bilmisil, Mukabele Bilmisil Şartları, Suriye Uyruklular Hakkındaki Yaptırımlar, İnsan Hakları, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi.

* Hukukçu

** Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

RESUME

Le sujet essentiel de ce travail porte sur les mesures de rétorsion et de représailles appliquées sur les citoyens de la Syrie qui habitent en Turquie. Pour ce faire, la définition de la notion de rétorsion est examinée et la différence entre cette notion et la notion lui ressemblant de réciprocité est mise en considération. Pour continuer, l'histoire des décisions des mesures de rétorsion est examinée et les décisions données sur le sujet par la haute juridiction sont ajoutées dans l'analyse. De plus, la juridicité des mesures prises par la Turquie sera étudiée en fonction des dispositions des constitutions de 1961 et 1982 et de la Convention Européenne des Droits de l'Homme. Vu qu'en Turquie la source juridique des mesures est la loi numérotée comme 1062, les mesures appliquées sur la base de cette loi sont également étudiées. Vers la fin du travail, la juridicité des mesures de rétorsion et la conformité des mesures aux conditions d'application de rétorsion sont étudiées.

Les mots-clés : Les mesures de représailles, Les conditions d'application des mesures de représailles, Les sanctions appliquées sur les citoyens de la Syrie, Droit de l'Homme, Convention Européenne des Droits de l'Homme

GİRİŞ

Uluslararası hukukta bir devletin kendi ülke sınırları içerisinde yaşayan başka bir devletin uyruklarına uyguladığı bir yaptırım türü olan mukabele bilmisil uygulama ya da fiilleri aynı zamanda anayasa hukuku, insan hakları hukuku ve idare hukuku ile de yakından ilişkilidir. Devletler bu tür yaptırımlara başvururken hem kendi anayasalarında hem uluslararası hukukta tanımlanmış insan haklarına aykırı fiillerde bulunmaktadır. Bu uygulamalar bizatihi devlet idaresi tarafından kanuna dayanılarak yapıldığından, idarenin işlem ve eylemleri ile hayata geçirilmektedir.

Belirtmek gerekir ki Türkiye'de uygulanan mukabele bilmisil kararları bu makalede etraflıca işlendiği üzere sadece Suriye uyruklarına karşı başvuru uygulamalardan ibaret değildir. Benzer şekilde 1935 yılında Romanya hükümetinin, Romanya'daki bazı Türk alacaklarını bloke etmesine karşı, Türkiye de Romen uyruklarının alacaklarının harice yönelik

transferini yasak etmek suretiyle bu uygulamalara başvurmuştur¹. Bununla beraber Suriye uyruklarına karşı başvuru yapılan yaptırımların fazlalığı bu konuya daha fazla dikkat çekilmesini gerektirmiştir.

Bu amaçla çalışmamızda öncelikle mukabele bilmisil kavramının tanımını üzerinde durulacak, devletlerin bu uygulamaya başvurabilmesi için gerekli şartlar incelenecek, Türkiye’de mukabele bilmisil uygulamalarının örnekleri ve bu uygulamalara imkân veren 1062 sayılı kanuna dayalı olarak icra edilen fiil ve işlemler incelenecektir. Nihayet incelememiz sırasında bu uygulamaların 1961 ve 1982 Anayasalarına, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’ne ve uygulamaların bizatihi mukabele bilmisil şartlarına uygunluğu araştırılacak ve konu ile ilgili yargı kararlarına da yer verilecektir.

I. MUKABELE BİLMİSİL

Mukabele bilmisil kavramı sözlükteki anlamı ile bir davranışa aynıyla veya benzeriyle karşılık vermektir. Etimolojik açıdan ise Fransızca kökenli olup ‘représailles’ kelimesinden gelmektedir². Uluslararası hukukta ise “reprisal” veya “retaliation” olarak kabul edilmektedir³.

Klasik İslam hukuku literatüründe mukabele bilmisil, aynı şekilde benzeriyle karşılık verme olarak tanımlanmıştır⁴. Mukabele bilmisilin Osmanlıcadaki kelime anlamı ise karşılaştığı aynı muameleyi sahibine iade etmek, o kimseye aynı muameleyi yapmak, mukabil hareketi karşısındakine icra etmektir⁵.

Modern devletler hukukunda birbirinden bazı küçük farklarla ayrılan üç uygulama mukabele bilmisil olarak kabul edilmiştir⁶. Birincisi daha önce meydana gelen bir hak ihlaline karşı devletin başvurduğu hukuka aykırı işlem (*reprisal-ing, represailles-fr*); ikincisi bir devletin, menfaat-

1 Mükbil Özyörük, **İdare Hukuku Ders Notları**, (Ankara: Teksir, 1972–1973), 144.

2 Karabulut, Bilal; “Uluslararası Yaptırımların Hukuksal Bir Analizi”, **Uluslararası Hukuk ve Politika**, Cilt 3, Sayı 12 (2007), 15–40.

3 Bkz. Oxford Dictionary, [http://oxforddictionary.com/definition/english/retaliation](http://oxforddictionary.com/definition/english/retaliation?q=retaliation), [Erişim:07.03.2015].

4 Özel, Ahmet; “İslam Hukuku ve Modern Devletler Hukukunda Mukabele Bilmisil/Misilleme/Karşılıklık”, **İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi**, Sayı 5 (2005), 49–66.

5 <http://osmanlicasozluk.speakdictionary.com/Mukabele-i%20bilmisil.html>, [Erişim:12.03.2015].

6 Özel, “İslam Hukuku ve Modern Devletler Hukukunda Mukabele Bilmisil/Misilleme/Karşılıklık”, 49–66.

lerini ihlal eden işleme aynı veya benzer şekilde karşılık vermesi (reter-sion-ing, retortion-fr); üçüncüsü ise başka bir devletin kendi vatandaşına uyguladığı işlemin aynısını onun vatandaşına uygulamasıdır (reciprocit-y)⁷ Mukabele bilmisil anlamına gelen her üç kavram birbirinin yerine kul-lanılıyor olsa da aslında hukuken farklı anlamlara sahiptir; öyle ki birinci kavram mukabele bilmisile karşılık geliyorken ikinci kavram misillemeye karşılık gelmekte üçüncü kavram ise mütekabiliyete yani karşılıklılık ilke-sine karşılık gelmektedir.

Mukabele bilmisil kavramı özellikle misilleme kavramı ile aynı an-lamda kullanılmıştır. Bu iki kavram çok fazla karıştırılmaktadır. Bu ne-denle mukabele bilmisil kavramını daha iyi anlayabilmek ve aradaki farkı ortaya koyabilmek için misilleme kavramını da açıklamak gerekmektedir.

Misilleme, bir devlet başka bir devletin hukuka aykırı olmayan ancak çıkarlarını zedeleyen davranışına karşı uluslararası hukukun yasaklamadı-ğı şekilde karşılık vermesidir. Diğer bir ifadeyle bir devletin hukuka aykırı olmayan davranışına başka bir devletin yine hukuka aykırı olmayan şekil-de karşılık vermesine misilleme denir⁸. Misillemenin her ne kadar hukuka aykırı olmayan davranışa karşı yapılabileceği belirtilmiş olsa da öğretime hukuka aykırı fiile karşı da misillemenin yapılabileceği kabul edilmekte-dir⁹. Burada önemli olan misillemenin uluslararası hukukun yasaklamadı-ğı şekilde yani uluslararası hukukun sınırları içinde gerçekleştirilmesidir.

Misillemenin şartlarına baktığımızda karşımıza üç şart çıkmaktadır; birincisi uluslararası hukuka uygun bir davranış olmalı, ikincisi kuvvet tehdidi veya kuvvet kullanımı içermemeli, üçüncüsü ise karşı devletin bir hakkına değil çıkarına zarar verilmelidir.

Misillemeye başvuracak devlet başvurmadan önce bunu karşı devlete bildirmek zorunda değildir¹⁰. Yine misilleme karşı devletin filli ile aynı ölçüde olmak zorunda değildir¹¹. Kısacası hukukun temel bir ilkesi olarak ölçülülük ilkesi bu alanda aranmamaktadır.

7 Özel, "İslam Hukuku ve Modern Devletler Hukukunda Mukabele Bilmisil/Misilleme/Karşılıklılık", 49-66.

8 Hüseyin Pazarıcı, **Uluslararası Hukuk**, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2012), 438.

9 Örneğin Hüseyin Pazarıcı, **Uluslararası Hukuk**, Ankara 2012; J.Combacau, 'Retorsion', Eneyelo-pedia, vol.9, 335.

10 Pazarıcı, **Uluslararası Hukuk**, 438.

11 Pazarıcı, **Uluslararası Hukuk**, 439.

Limanların ilgili devlet gemilerine kapatılması, ticari ilişkilerin kesilmesi, ekonomik ve teknik yardımların anlaşmalara aykırı olmayacak şekilde kesilmesi, diplomatların istenmeyen kişi ilan edilmesi misilleme-ye örnek olarak verilebilir. Daha somut bir örnek verecek olursak ABD Myanmar'ı 1989 yılından itibaren insan haklarına aykırı davranışları nedeniyle ticari tercih sisteminden dışlamış, cephane satımını askıya almış, yardım ve yatırımları yasaklamıştır¹². Bu örnekte görüldüğü üzere misillemede, devletin misilleme uyguladığı devlete aynı ve benzer uygulamalarla karşılık vermesi zorunlu değildir. Keza burada, misillemenin bir caydırıcılık etkisi taşımasına da özen gösterildiği görülmektedir.

A. Kavram ve Tanım

Devletler hukuku literatüründe mukabele bilmisil kavramı yerine mukabele bilmisil ile aynı anlama gelen 'zararla karşılık', 'zararla mukabele', 'karşı işlem' kavramları kullanılmıştır¹³.

Mukabele bilmisile diğer ismi ile zararlar karşılığı ilk olarak Hammurabi Kanunlarında rastlanmaktadır¹⁴. Mukabele bilmisil uygulaması Antik Yunan'da ve Araplarda da görülmektedir; Roma hukukunda ise uygulamasına rastlanmamaktadır¹⁵.

Mukabele bilmisil bir devletin uluslararası hukuka aykırı bir fiili nedeniyle zarar gören devletin hukuka aykırı fiili gerçekleştiren devletin hukuka uygun davranmasını sağlamak amacıyla yine uluslararası hukuka aykırı olarak karşılık vermesidir¹⁶. Bir uluslararası hukuk terimi olarak mukabele bilmisil, bir devlete karşı yapılan hukuk dışı bir davranışa, bu hukuk dışı

12 Melda Sur, **Uluslararası Hukukun Esasları**, (İstanbul: Beta Yayınevi, 2010), 257.

13 Hüseyin Pazarıcı 'zararla karşılık', **Uluslararası Hukuk**, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2012), 439; Özel, Ahmet; 'zararla mukabele', "*İslam Hukuku ve Modern Devletler Hukukunda Mukabele Bilmisil/Misilleme/Karşılıklılık*", **İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi**, Sayı 5 (2005), 49-66; Bülent Çiçekli, **Yabancılar ve Mülteci Hukuku**, (Ankara: Seçkin Yayınları, 2014), 52.

14 Hammurabi Kanunları, md. 196: "Eğer bir adam başka bir adamın gözünü çıkarırsa onun gözü de çıkarılır." ; md. 197: "Eğer bir kişi başkasının kemiğini kırarsa onun kemiği de kırılır." ; md. 200: "Bir adam kendisi ile eşit olan birinin dişini kırarsa onun da dişi kırılır"; (Eren, M. Yusuf; "Uluslararası Hukukta Savaşa Varmayan Kuvvet Kullanma Yolları", **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt.3, Sayı 2 (2012), 229-260).

15 İlhan Lütem, **Devletler Hukuku Dersleri**, (İstanbul: Balkanoğlu Matbaacılık, 1958), 662; Zeki Mesud Alsan, **Yeni Devletler Hukuku**, (Ankara: Güney Matbaacılık, 1951), 375; Özel, "İslam Hukuku Ve Modern Devletler Hukukunda Mukabele Bilmisil/Misilleme/Karşılıklılık", 49-66.

16 Pazarıcı, **Uluslararası Hukuk**, 439.

davranışa maruz kalan devlet tarafından yine hukuk dışı bir davranışla karşılık verilmesidir¹⁷. Diğer bir anlatımla ise bir devletin uluslararası hukuka aykırı şekilde yapmış olduğu haksız bir eylem sonucunda zarar gören devletin bu şekildeki haksız eylemlerin tekrarlanmasını önlemek için zararı veren devlete karşı yine uluslararası hukuka aykırı şekilde zorlayıcı tedbirler almasıdır¹⁸. Buradaki amaç zararı veren birinci devletin uluslararası hukuka uygun davranmasını sağlamaktır. Son olarak mukabele bilimsel devletin kendisinin ve vatandaşlarının haklarını ihlal eden başka bir devletin eylem ve işlemlerine karşı mukabele ederek aldığı tedbirlerdir¹⁹.

Mukabele bilimsili gerçekleştiren devletin bu fiili uluslararası hukuka aykırıdır, fakat diğer bir devletin uluslararası hukuka aykırı fiiline karşı yapıldığı için meşruluk kazanmaktadır²⁰. Esasında mukabele bilimsil tek başına yapıldığında meşru değildir ona meşruluk kazandıran ise hakları ihlal edilen devletin; hakkını ihlal eden devletin hukuka uygun davranmasını sağlamak için gerekli tedbirlere başvurusudur²¹. Keza haksız fiile maruz kalan devletin başvurduğu tedbir hukuka aykırı olsa da hukuka aykırı bir eyleme karşı yapıldığı için meşru bir nitelik kazanmaktadır. Bu nedenle mukabele bilimsil bazı yazarlar tarafından meşru müdafaaya benzetilmiş ve bu açıdan caiz görülmüştür²². Bu yüzden mukabele bilimsili yapan devletin hukuka aykırı işlemin sonuçlarından sorumlu tutulamayacağı, söz konusu hukuka aykırı işlem ve eylemlerden dolayı ilk devletin sorumlu olduğu ileri sürülmektedir²³.

B. Şartları

Mukabele bilimsil tedbirine başvurabilmek için bazı şartların gerçekleşmesi gerekmektedir. Birincisi, uluslararası hukuka aykırı bir işleme karşı mukabele bilimsil tedbirine başvurulabilir. Ancak burada uluslararası hukuka aykırı bir işlemde söz edebilmek ve mukabele bilimsil tedbi-

17 Eren, M. Yusuf; "Uluslararası Hukukta Savaşa Varmayan Kuvvet Kullanma Yolları", **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:3, Sayı 2(2012), 229-260.

18 Eren, "Uluslararası Hukukta Savaşa Varmayan Kuvvet Kullanma Yolları", 229-260.

19 Çiçekli, **Yabancılar ve Mülteci Hukuku**, 52.

20 Pazarıcı, **Uluslararası Hukuk**, 439.

21 Özel, "İslam Hukuku Ve Modern Devletler Hukukunda Mukabele Bilimsil/Misilleme/Karşılıklık", 49-66.

22 Özel, "İslam Hukuku Ve Modern Devletler Hukukunda Mukabele Bilimsil/Misilleme/Karşılıklık", 49-66.

23 Cemil Bilsel, **Devletler Hukuku**, (İstanbul: İstanbul Üniversitesi, 1941), 321-322; Özel, "İslam Hukuku Ve Modern Devletler Hukukunda Mukabele Bilimsil/Misilleme/Karşılıklık", 49-66.

rine başvurabilmek için öncelikle zarar gören devlet zarar veren devletten durumun düzeltilmesini istemeli yani zarar veren devlete işlemin hukuka aykırı olduğu ve mukabele bilmisile başvuracağı yönünde bir bildirimde bulunmalıdır²⁴. Ancak acil bir durum söz konusu ise ve durumun uzaması, onarılması mümkün olmayan zararlar meydana getirecekse derhal karşı önlemler alınabilir²⁵. Alman-Portekiz Hakemlik Mahkemesi Naulilaa Davasına ilişkin 31.7.1928 tarihli kararında karşı tedbire başvurulmadan önce karşı tarafa bildirim yapılması gerektiğini belirtmiştir.

İkincisi, mukabele bilmisil tedbirine ancak uluslararası hukuka aykırı olarak haksız bir işlemi yapan devlete karşı başvurulabilir ve bu tedbire sadece haksız işlemde zarar gören devlet başvurabilir. Bu durumda başka bir devletin mağdur devlet adına mukabele bilmisilde bulunması hukuka aykırı olacaktır.

Üçüncüsü, misilleme uygulamasından farklı olarak mukabele bilmisilde, verilen zarar ile mukabele bilmisil tedbiri arasında bir ölçülülük olmasıdır. Hakkı ihlal edilen devlet bu ihlal ile orantılı karşılık vermelidir; fakat zarar gören devletin illaki zarar veren devletle aynı tedbire başvurmaması gerekmez, daha hafif bir tedbire de başvurabilir²⁶. Naulilaa Davası'ndaki Hakemlik Mahkemesi 31.07.1928 tarihli kararında zararlar karşılıklı olarak arasında bir oran olması gerektiğini açıklamıştır²⁷. Buna karşın zarar gören devletin daha ağır bir tedbire başvurmaması ölçülülük ilkesine aykırı olacaktır.

Dördüncüsü, mukabele bilmisil tedbirine başvururken başvuru bir kuvvet kullanımı şeklinde olmamalıdır. Bunun dayanağı ise Birleşmiş Milletler Anlaşmasının kuvvet kullanımını yasaklayan 2/4. maddesidir²⁸.

Mukabele bilmisilin amacı uluslararası hukuka aykırı olarak bir devlete zarar veren devletin bu davranışından vazgeçip uluslararası hukuka uygun davranmasını sağlamak olduğu için beşinci bir şart olarak tedbirler gerekli olmalıdır. Yani tedbirin başvurulduğu devleti hukuka uygun davranmaya sevk etmelidir.

24 Pazarıcı, *Uluslararası Hukuk*, 440.

25 Sur, *Uluslararası Hukukun Esasları*, 257.

26 Pazarıcı, *Uluslararası Hukuk*, 440.

27 Pazarıcı, *Uluslararası Hukuk*, 440.

28 Pazarıcı, *Uluslararası Hukuk*, 441.

II. TÜRKİYE’DE MUKABELE BİLMİSİL KARARLARININ TARİHSEL GELİŞİMİ

Mukabele bilmisil kararlarının Türkiye’deki başlıca sükeleri, ölkemizde mukim Suriye yurttaşlarıdır. Bununla beraber Suriye uyrukluların mülkiyet hakkına yapılan müdahalelerin temelinde I. Dünya Savaşı sonrasında yaşanan gelişmelerin olduğu görölmektedir. Şöyle ki: I. Dünya Savaşı’nda Osmanlı Devletinin içinde bulunduğu İttifak grubu yenilince galip gelen İtilaf devletleri Osmanlı topraklarını işgal etmeye başlamıştır, Anadolu topraklarının Güney Bölgesi ise Fransa tarafından işgal edilmiştir²⁹. İşgal üzerine Fransa ile savaşılmış ve 1921 yılında iki öлке arasında Ankara ihtilafnamesi imzalanmıştır. Suriye ile Türkiye arasındaki sınır Hatay hariç olmak üzere bu İhtilafname ile çizilmiştir³⁰. İhtilafname’de ikamet eden veya yarı göçebe halkın, sınırın iki tarafında bulunan meralar ile taşınmaz mallarından yararlanmaya devam edeceği hüküm altına alınmıştır³¹. Akabinde ise şu gelişmeler yaşanmıştır:

‘07.06.1926 tarih ve 910 sayılı Kanunla kabul edilen ‘‘Türkiye-Suriye Muhadenet Mukavenamesinin’’ 3. maddesi Osmanlı İmparatorluğundan ayrılıp Fransa Cumhuriyeti nüfuzunda bulunan arazi ahalisinden 18 yaşını tamamlamış olanların 12 ay içinde Türkiye’yi terk etmeleri zorunlu tutmuş ancak Türkiye’deki gayrimenkul mallarını muhafaza etmelerini kabul etmiştir.

Bakanlar Kurulunun 04.05.1927 tarih ve 5130 sayılı Kararı ile 30.05.1926 tarihli Türkiye-Suriye Muhadenet Mukavenamesinin yürürlüğe girdiği tarihte Türkiye’de mütemekkin ve sözleşme gereğince Suriye vatandaşlığına geçmiş olan Suriye asıllıların Emvali Metruke Kanunları uyarınca vaziyet edilmiş olan taşınmaz mallarından halen hükümet elinde olanların iadesi kararlaştırılmıştır’’³².

Ancak Suriye Hükümeti’nin Suriye’de ikamet eden Türklerin mallarına bazı kısıtlamalar getirmesi üzerine Bakanlar Kurulu, 17.04.1929 tarih

29 Türkiye-Suriye Arasındaki Gayrimenkule İlişkin Sorunların Tarihi Gelişimi ve Sonuçları, <http://meydanhukuk.com/icerik/189/turkiye-suriye-arasindaki-gayrimenkule-iliskin-sorunlarin-tarihi-gelisimi-ve-sonuclari.html>, [Erişim: 07.03.2015].

30 Musaballı, Aydın; ‘‘1062 Sayılı Mukabele-i Bilmisil Kanununa Dayanılarak Suriye Uyruklulara Uygulanan Yaptırımlar ve Yargıtay Kararları’’, 2006, www.kazanci.com.tr, [Erişim: 06.05.2015].

31 Musaballı, www.kazanci.com.tr, [Erişim: 06.05.2015].

32 Musaballı, www.kazanci.com.tr, [Erişim: 06.05.2015].

ve 7887 sayılı kararı ile Suriyelilerin Türkiye’deki taşınmaz mallarına müdahale etmiştir ve bu kararname ile Türkiye ile Fransa arasında Ankara’da imzalanan ve 09.01.1933 tarih ve 2089 sayılı Kanunla kabul edilen Suriye’de Türklere Ait Emlak İle Türkiye’de Suriyelilere Ait Emlak Hakkında İhtilafname ile yürürlükten kaldırılmıştır³³.

Bu İhtilafname ile Türklerin Suriye ve Lübnan’da bulunan taşınmaz malları ile Suriyelilerin Türkiye’deki taşınmaz malları üzerine ilgili hükümetlerce konulan tedbirlerin ihtilafnamenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren 18 ay içinde kaldırılması öngörülmüş, ancak bu süreler 11 Ekim 1936 tarihine kadar uzatılmıştır³⁴. Ayrıca İhtilafnamede, iki ülke arasında ihtilafnamenin uygulanmasından sorun doğarsa bu sorunun çözümünün bir komisyon tarafından gerçekleştirilmesi öngörülmüştür. Fakat komisyonun çalışmaları sonuç vermemiş, Suriye Hükümeti de burada yaşayan Türk vatandaşlarının taşınmazları üzerindeki kısıtlamalarını artırmıştır³⁵. Bakanlar Kurulu da bunun üzerine 13.01.1939 tarih ve 2/10250 sayılı kararı ile Türkiye’deki Suriye uyrukluların mallarının üçüncü kişilere ipotek ve ferağını durdurmuştur³⁶. Bakanlar Kurulu 1941 yılında verdiği bir karar ile bir yandan Suriyelilerin Türk vatandaşlarına mal devirlerini yasaklarken diğer yandan da yapılan satış işlemlerini hükümsüz ve iyi niyet iddialarının geçersiz olduğunu kabul etmiştir³⁷. Yargıtay verdiği bir kararda bu konuya şu şekilde değinmiştir: *Mahkemecce, Mustafa Şah’ın Türk vatandaşlığını kazanmadığı halde usulsüz olarak nüfusa tescili işleminin yetkili organ kararı ile terkin edildiği, Bakanlar Kurulu Kararı ile 1941 yılından itibaren Suriyelilerin Türk vatandaşlarına mal devirleri yasaklanmış olduğundan davalılara yapılan satış işleminin hükümsüz olduğu, davalıların iyi niyet savunmasında bulunamayacakları gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiştir*³⁸.

33 Musaballı, www.kazanci.com.tr. [Erişim: 06.05.2015].

34 Türkiye - Suriye Arasındaki Gayrimenkule İlişkin Sorunların Tarihi Gelişimi Ve Sonuçları, <http://meydanhukuk.com/icerik/189/turkiye-suriye-arasindaki-gayrimenkule-iliskin-sorunlarin-tarihi-gelisimi-ve-sonuclari.html>. [Erişim:10.03.2015].

35 Musaballı, www.kazanci.com.tr. [Erişim:14.05.2015].

36 Musaballı, www.kazanci.com.tr. [Erişim:14.05.2015].

37 Musaballı, www.kazanci.com.tr. [Erişim:14.05.2015].

38 26.02.2004 tarihli ve E. 2004/1201, K. 2004/1866 sayılı karar, www.kazanci.com.tr. [Erişim:13.07.2015].

14.02.1942 tarih ve 2/17317 sayılı kararname ile de üçüncü şahısların Suriyelilerin mallarına haciz koydurarak satmaları önlenmiştir³⁹.

Akabinde Bakanlar Kurulu 18.11.1957 gün ve 4/9697 sayılı kararı ile Suriye uyruklu kişilere ait taşınmazların üzerine inşaat yapmak veya fidan dikmek suretiyle mülk edinilmesini, Suriyelilerin hissedar olduğu taşınmazların anlaşma ile taksim ve ifraz edilmesini yasaklamış, şüyu'un izalesi⁴⁰ ile yapılacak satışlarda Suriye uyrukluya verilecek bedelin Hazine'de muhafaza edilmesini kararlaştırılmıştır⁴¹.

Suriye Hükümeti, bu süre zarfında vatandaşlarımızın mal varlıklarına müdahalesini sürdürmüş, 1962 yılına kadar vatandaşlarımıza ait arazilerin büyük bir kısmını kamulaştırmış, karşılığında ise herhangi bir ödeme yapmamıştır⁴². Bu gelişmeler üzerine Bakanlar Kurulunun 01.10.1966 tarih ve 6/7104 sayılı kararı ile Suriye uyruklu bütün özel ve tüzel kişilerin Türkiye'de bulunan taşınır ve taşınmaz malları ile bütün hak ve menfaatlerine 1062 sayılı Kanun (Hudutları Dâhilinde Tebaamızın Emlakine Vaziyet Eden Devletlerin Türkiye'deki Tebaaları Emlakine Karşı Mukabelei Bilmisil Tedabiri İttihazı Hakkında Kanun) uyarınca Hazinece el konulmuştur⁴³. El konulan bu değerlerin idaresi ise Maliye Bakanlığına bırakılmıştır⁴⁴.

III. MÜLKİYET HAKKI İLE İLGİLİ TEMEL DÜZENLEMELER

Mukabele Bilmisil kararlarının müdahale konusu olan temel hak mülkiyet hakkı olduğu için bu hak ile ilgili düzenlemelerin de incelenmesi gerekmektedir. Bu açıdan öncelikle mülkiyet hakkının hukuki niteliği ve Anayasalarımızda düzenleniş şekli ele alınmış daha sonra da Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesindeki düzenlemeye değinilmiştir.

39 Musaballı, www.kazanci.com.tr, [Erişim:14.05.2015].

40 Gerek taşınır gerek taşınmaz bir malın bölünmesi veya satılarak parasının bölünmesi suretiyle iştirak durumunun ortadan kaldırılması. Selahattin Bağdatlı, **Hukuk Sözlüğü**, (İstanbul: Derin Yayınları, 2011), 572.

41 Musaballı, www.kazanci.com.tr, [Erişim:14.05.2015].

42 http://www.hukuk24.com/yabancilarin_tuerkiyede_tasinmaz_mal_edimi_2.htm, [Erişim:17.06.2015].

43 http://www.hukuk24.com/yabancilarin_tuerkiyede_tasinmaz_mal_edimi_2.htm, [Erişim:17.06.2015].

44 http://www.hukuk24.com/yabancilarin_tuerkiyede_tasinmaz_mal_edimi_2.htm, [Erişim:17.06.2015].

A. Mülkiyet Hakkının Hukuki Niteliği ve Anayasalarımızda Düzenleniş Şekli

Anayasada mülkiyet tanımlanmamış olmakla beraber, mülkiyet genel olarak sahibine eşya üzerinde en geniş yetki veren hak olarak kabul edilmektedir⁴⁵. Bu bakımdan mülkiyet hakkı sahibine kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma (*usus, fractus, abusus*) imkânını sağlar. Mülkiyet hakkı bütün haklar kendisinden türediği için ‘*hakların anası*’ olarak da nitelendirilmektedir⁴⁶. Mülkiyet hakkı devlete müdahale etmeme, karışmama yükümlülüğü getiren negatif statü hakları arasında yer almaktadır. Bu nedenle devlet tabiiyetindeki şeylerin malvarlığı değerlerine saygı göstermek, bu malvarlığı değerlerine zarar vermemek, malikin mülkiyet hakkından kaynaklanan yetkilerine müdahale etmemek zorundadır⁴⁷.

Mülkiyet hakkı, Anayasanın İkinci Bölümünde ‘*Kişi Hak ve Ödevleri*’ başlığı altında düzenlenmiştir. Anayasanın 35. maddesindeki düzenlemeye göre ‘*Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla kanunla sınırlandırılabilir. Mülkiyet hakkının kullanılmasında toplum yararına aykırı olamaz*’. Birinci fıkra herkesin mülkiyet hakkına sahip olduğunu ikinci fıkra ise mülkiyet hakkının sınırlandırılabilirliğini hüküm altına almıştır.

Mülkiyet hakkı, kişi hak ve ödevleri başlığı altında düzenlendiğinden kişiler için hem bir hak hem de bir ödevdir; kişilerin burada başkalarının mülkiyet hakkına müdahale etmeme ve hakkını toplum yararına uygun olarak kullanma ödevi söz konusudur⁴⁸. Anayasamızda görüldüğü üzere sınırsız ve mutlak bir mülkiyet anlayışı benimsememiştir. Diğer bir ifade ile Anayasamızdaki mülkiyet hakkı sınırsız ve mutlak değildir; çünkü Anayasa’ya göre bu hak kamu yararı amacıyla sınırlandırılabilir, yani bu konuda bireysel menfaat ile kamu menfaati çatıştığı anda kamu menfaati

45 Kemal Oğuzman, *Eşya Hukuku*, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2012), 278.

46 Ertay, Şeref; “Mülkiyet Hakkının Yeni Boyutu ve Bu Hakka Getirilen Daraltımların Anayasa ve İnsan Haklarına Uygunluğu”, [Türk Medenî Kanununun Yürürlüğe Girişinin 80. Yılı Münasebetiyle Düzenlenen Sempozyum], *Ankara Üniversitesi Yayınları*, 2006, 135–150.

47 Şimşek, Suat; “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarına Göre Mülkiyet Hakkının Korunması Açısından Devletlerin Pozitif Yükümlülükleri”, *Sayıştay Dergisi*, Sayı84 (2012), 1–23.

48 Şimşek, Suat; “Mülkiyet Hakkının Kapsamı, Sınırlandırma Nedenleri Ve Şartları Açısından 1982 Anayasası Ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi: Karşılaştırmalı Bir Analiz –I”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 90 (2010), 181–228.

esas alınır⁴⁹. Bununla beraber Anayasanın 35. maddesindeki korumadan sadece vatandaşlar değil yabancılar da yararlanmaktadır, çünkü maddede ‘herkes’ kavramına yer verilmiştir⁵⁰. Bilindiği üzere hukuki metinlerdeki ‘herkes’, ‘hiç kimse’ gibi ifadeler sadece vatandaşları değil aynı zamanda vatandaş olmayanları da yani yabancıları, göçmenleri, mültecileri hatta vatansızları da kapsamaktadır.

Anayasanın 35. maddesindeki korumanın kapsamına taşınır, taşınmaz gibi maddi değere sahip unsurlar ile marka ve patent hakları, fikri mülkiyet hakları, alacak hakları gibi maddi değere sahip olmayan fakat iktisadi değer taşıyan bütün unsurlar girer⁵¹. Kısacası mülkiyet hakkı para ile ölçülebilen tüm değerleri kapsar⁵².

İncelediğimiz konu 1928 tarihli bir kanun ve bu kanuna dayanılarak 1967 yılına kadar belli aralıklarla Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılan KHK ve Yönetmeliklerle ilgili olduğundan 1961 Anayasa’daki mülkiyet hakkına ilişkin düzenlemelere de bakmamız gerekmektedir. Mülkiyet hakkı 1961 Anayasası’nın 36. maddesinde düzenlenmiştir, buna göre: ‘Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir. Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz.’ Görüldüğü üzere her iki Anayasa’da da mülkiyet hakkına ilişkin hüküm aynıdır. Bu nedenle denilebilir ki 1961 ve 1982 Anayasası bu konuda birbirine paralel düzenlemeler yapmıştır. Lakin her iki Anayasa’da her ne kadar paralel bir düzenleme söz konusu olsa da mülkiyet hakkının sınırlandırılması konusunda 1961 Anayasası ‘toplum yararı’ ifadesine yer verirken 1982 Anayasası ‘kamu yararı’ ifadesine yer vermiştir ve iki anayasada da bu kavramların tanımı yapılmamıştır. Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında sıklıkla başvurulanan kamu yararı ve toplum yararı kavramlarının aynı anlama gelip gelmediği ise tartışmalı bir konudur⁵³. Bazı yazarlar bu ikisinin aynı anlama geldiğini savunurken

49 Şimşek, “Mülkiyet Hakkının Kapsamı, Sınırlandırma Nedenleri Ve Şartları Açısından 1982 Anayasası Ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi: Karşılaştırmalı Bir Analiz –I”, 181–228.

50 Şimşek, “Mülkiyet Hakkının Kapsamı, Sınırlandırma Nedenleri Ve Şartları Açısından 1982 Anayasası Ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi: Karşılaştırmalı Bir Analiz –I”, 181–228.

51 Şimşek, “Mülkiyet Hakkının Kapsamı, Sınırlandırma Nedenleri Ve Şartları Açısından 1982 Anayasası Ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi: Karşılaştırmalı Bir Analiz –I”, 181–228.

52 Ertaş; “Mülkiyet Hakkının Yeni Boyutu ve Bu Hakka Getirilen Daraltımların Anayasa ve İnsan Haklarına Uygunluğu”, [Türk Medenî Kanununun Yürürlüğe Girişininin 80. Yılı Münasebetiyle Düzenlenen Sempozyum], **Ankara Üniversitesi Yayınları**, 2006, 135–150.

53 Saraç, Osman; “Kamu Yararı Kavramı”, **Maliye Dergisi**, Sayı 139 (2002), 1–11.

bazı yazarlar ise farklı anlama geldiğini savunmuştur⁵⁴. Anayasa mahkemesi ise vermiş olduğu birçok kararda kamu yararı ve toplum yararı kavramını eş anlamda kullanmıştır⁵⁵.

Mülkiyet hakkının sınırlandırılması konusunda iki Anayasa arasındaki ikinci bir fark ise 1961 Anayasası'nın 11. maddesi ile 1982 Anayasası'nın 13. maddesinde yer alan temel hak ve özgürlükleri sınırlandırma nedenleridir. Çünkü 2001 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile 1982 Anayasası'nın 13. maddesinde ki genel sınırlama sebepleri kaldırılmıştır. 13. maddenin yeni hali şu şekildedir: *'Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.'* 1961 Anayasası'nın 11. maddesine göre ise: *'Temel hak ve hürriyetler, Devletin ülkesi ve milletiyle bütünlüğünün, Cumhuriyetin, milli güvenliğinin, kamu düzeninin, kamu yararının, genel ahlakın ve genel sağlığın korunması amacı ile veya Anayasanın diğer maddelerinde gösterilen özel sebeplerle, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak, ancak kanunla sınırlanabilir. Kanun, temel hak ve hürriyetlerin özüne dokunamaz. Bu Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiç birisi, insan hak ve hürriyetlerini veya Türk Devletinin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü veya dil, ırk, sınıf, din ve mezhep ayırımına dayanarak, nitelikleri Anayasada belirtilen Cumhuriyeti ortadan kaldırmak kasdı ile kullanılamaz. Bu hükümlere aykırı eylem ve davranışların cezası kanunda gösterilir.'* İncelediğimiz konu 1961 Anayasası ile daha çok ilgili olduğundan 1961 Anayasasındaki düzenlemeyi dikkate almamız gerekmektedir. Ancak tarihsel süreç içinde de incelediğimiz üzere bu konu I. Dünya Savaşı sonrasında başlayan ve 1980'li yılların sonuna kadar bu konuda gelişmelerin yaşandığı bir süreçtir. Bu nedenle 1062 Sayılı Kanunla Suriye uyrukluların mülkiyet hakkına yapılan müdahaleyi 1961 Anayasası ve 1982 Anayasası'nın bu konuya ilişkin hükümleri çerçevesinde incelememiz gerekmektedir. Bu hususa 1062 sayılı kanuna dayanılarak yapılan uygulamaların hukukiliği sorgulanırken yeniden değinilecektir.

54 Saraç, "Kamu Yararı Kavramı", 1-11.

55 Akça, Kürsat; "Anayasa Mahkemesi Kararlarında Mülkiyet Hakkı", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 6 (2015), 543-596.

B. Mülkiyet Hakkının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Düzenleniş Şekli

AİHS 4 Kasım 1950’de Roma’da imzalanmıştır ve 3 Eylül 1953’te yürürlüğe girmiştir. AİHS’nin ilk halinde mülkiyet hakkı düzenlenmemiştir. Daha sonra 20 Mart 1952’de Paris’te imzalanan İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya İlişkin Ek Protokol ile mülkiyet hakkı da Ek 1 Nolu Protokol ile düzenlenmiştir⁵⁶. Türkiye 19 Mart 1954 tarihli ve 6336 sayılı Kanun ile AİHS’nin Ek 1 Nolu Protokolünü onaylayarak kabul etmiştir.

AİHS Ek 1 Nolu Protokoldeki mülkiyet hakkına ilişkin düzenleme şu şekildedir:

“Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle ve yasada öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir.

Yukarıdaki hükümler, devletlerin, mülkiyetin kamu yararına uygun olarak kullanılmasını düzenlemek veya vergilerin ya da başka harçların veya para cezalarının ödenmesini sağlamak için gerekli gördükleri yasaları uygulama konusunda sahip oldukları hakka hanel getirmez.”

Görüldüğü üzere Anayasamızdaki mülkiyet hakkına ilişkin düzenleme ile AİHS’deki düzenleme arasında bir paralellik söz konusudur. Ek 1 Nolu Protokolün 1. maddesi de mülkiyet hakkına müdahale edilmemesini herkesin isteme hakkına sahip olduğunu daha kısa bir anlatımla aslında herkesin mülkiyet hakkına sahip olduğunu ve mülkiyet hakkında ancak kamu yararı ile kanunda belirtilen şartlar ile ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak sınırlama yapılabileceğini hüküm altına almıştır.

Ek 1 Nolu Protokolün 1. maddesi de *“her gerçek ve tüzel kişi mülkiyet hakkına saygı duyulmasını isteyebilir”* demek suretiyle bu hakka sadece vatandaşların değil aynı zamanda vatandaş olmayanların yani yabancıların, vatansızların, mültecilerin ve tüzel kişilerin de sahip olduğunu belirtmiştir.

56 Dinç, Güney; *“Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Mülkiyet Hakkı”*, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 54 (2004), 133–151.

Tüzel kişilerin de mülkiyet hakkından yararlanabileceği belirtildiğine göre tüzel kişi kavramının da açıklanmasında yarar vardır. Tüzel kişi kavramını Sözleşmenin 34. maddesi çerçevesinde değerlendirmemiz gerekmektedir; bu maddeye göre tüzel kişiler ile hükümet dışı kuruluşlar anlaşılmaktadır⁵⁷. Buna göre “tüzel kişi”den kasıt dernekler, vakıflar, sendikalar, siyasi partiler, meslek kuruluşları ve ticaret şirketlerdir; kamu tüzel kişiliğine haiz kurumlar bu korumanın kapsamı dışındadır⁵⁸.

Ek 1 Nolu Protokolün 1. maddesinin kapsamına menkul, gayrimenkul, elle tutulabilir tutulamaz varlıklar, hisseler, patentler, tahkim kararları, emeklilik maaşı, kira alma hakkı⁵⁹, alacaklar, parasal değeri olan birikimler⁶⁰ girmektedir. Ayrıca koruma gelecekteki bir mülke değil var olan bir mülke ilişkindir⁶¹.

Mülkiyet hakkı devlete müdahale etmeme, karışmama yükümlülüğü yükleyen negatif statü hakkı olmasına rağmen Protokoldeki hükme göre ‘devlet egemenliği altındaki bölgelerde mülkiyet hakkına saygıyı ve malların dokunulmazlığını sağlamalı’⁶²dır. Görüldüğü üzere sözleşme bu hüküm ile mülkiyet hakkına, devlete bazı tedbirler almayı gerektiren pozitif statü hakkı niteliği kazandırmıştır.

Hem Anayasa hem de AIHS mülkiyet hakkına tek bir sınırlama nedeni getirmiştir, o da; kamu yararadır. Kamu yararı dar anlamda kullanıldığında mülkiyet hakkının sınırlandırılmasında ve özüne yapılacak müdahalede bir ölçüttür. Bu nedenle kamu yararı amacı dışında bir nedenle mülkiyet hakkına yapılan müdahaleler hem Anayasa’ya hem de AIHS’ne aykırılık oluşturacaktır. Bu noktada; ‘1062 Sayılı Kanunla yapılan sınırlama kamu yararı amacı taşımakta mıdır?’ sorusuna cevap vermek gerekir.

AIHM kararlarından anlaşıldığı üzere nelerin kamu yararı olduğuna ulusal makamlar takdir eder yani mahkeme kamu yararını belirleme konu-

57 Şimşek; “Mülkiyet Hakkının Kapsamı, Sınırlandırma Nedenleri Ve Şartları Açısından 1982 Anayasası Ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi: Karşılaştırmalı Bir Analiz –I”, 181–228.

58 Şimşek, “Mülkiyet Hakkının Kapsamı, Sınırlandırma Nedenleri Ve Şartları Açısından 1982 Anayasası Ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi: Karşılaştırmalı Bir Analiz –I”, 181–228.

59 Carss-Frisk, Monica; “Mülkiyet Hakkı-Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 1 No’lu Protokolünün 1. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz”, **İnsan Hakları El Kitapları**, No: 4, [Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 90, Baskı: Şen Matbaa, 2005], 6.

60 Dinç; “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Mülkiyet Hakkı”, 133–151.

61 Carss-Frisk, **İnsan Hakları El Kitapları**, 7.

62 Dinç, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Mülkiyet Hakkı”, 133–151.

sunda takdir hakkını devletlere bırakmıştır⁶³. Bu nedenle kamu yararı kavramı Türk hukuk sisteminin uygulaması bakımından ve yetkili Türk makamlarının bu kavrama yüklediği anlam dikkate alınarak ifade edilmelidir.

IV. 1062 SAYILI KANUN UYARINCA VERİLEN MUKABELE BİLMİSİL KARARLARI İLE MÜLKİYET HAKKINA YAPILAN MÜDAHALELER

Suriye Hükümetinin Suriye’de ikamet eden Türk vatandaşlarının taşınmazlarına müdahalelerinin devam etmesi üzerine Bakanlar Kurulu belli aralıklarla çıkarmış olduğu kararnamelerle önce ülkemizdeki Suriye uyrukluların taşınmazlarının üçüncü kişilere satış ve ferağını durdurmuş, daha sonra üçüncü kişilerin Suriyelilerin malları üzerine haciz koydurarak satmasını önlemiş, akabinde Suriye uyruklulara ait taşınmazlar üzerine inşaat yapılmasını ve fidan dikimini yasaklamıştır. Son olarak da 1 Ekim 1966’da Suriyeli özel ve tüzel kişilerin taşınır ve taşınmazlarına el koymak suretiyle mülkiyet haklarına müdahale etmiştir.

17.12.1973 tarihinde vermiş olduğu bir kararda Yargıtay 8. Hukuk Dairesi 1062 Sayılı Kanunun dayanak olduğu -tarihsel gelişim başlığında sözünü ettiğimiz- kararnameleri iki gruba ayırmıştır: Bunlardan birincisi 13.01.1939 tarih ve 2/10250 ve 14.02.1942 tarih ve 2/17317 sayılı Bakanlar Kurulu kararları ile Türkiye ve Suriye uyruklu kişilere ilişkin emlakın tasfiyesine ilişkin Türk hükümeti ile Fransa hükümeti arasında yapılan İhtilafnamenin uygulanmasından doğacak uyuşmazlığı çözecek komisyon çalışmalarının sonuç vermemesinden ve Fransızların Suriye’de bulunan Türklere ait malları geri vermeye yanaşmaması nedeniyle bu duruma bir çare bulununcaya kadar Suriyeli şahıslara ait taşınmaz malların başkalarına devir, ipotek ve ferağı önlenmek ve bu mallar üzerine haciz koydurmak suretiyle satılmasının yasaklanmasıdır⁶⁴.

İkincisi ise vatandaşlarımızın Suriye’de Tarım Reformu kapsamına

63 Şimşek, Suat; “Mülkiyet Hakkının Kapsamı, Smurlandırma Nedenleri Ve Şartları Açısından 1982 Anayasası Ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi: Karşılaştırmalı Bir Analiz –II”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı 92 (2011), 313–348; İdare hukuku ilkelerine göre de kamu yararı kavramını tanımlama yetkisi kurucu iktidara ve devletin yetkili organlarına (yasama organı ve idari makamlar) aittir. Bkz. Kemal Gözler, **İdare Hukuku**, (Bursa: Ekin Yayınları, 2009), Cilt 2, 260.

64 <http://www.turkhukuksitesi.com/showthread.php?t=12781>, [Erişim:17.06.2015].

giren taşınmaz malları için tazminat ödenmemesi nedeniyle 1966 yılında Türk hükümeti tarafından 01.10.1966 tarih ve 67104 sayılı kararname ile Suriye uyruklu tüm gerçek ve özel hukuk tüzel kişilerinin Türkiye’de bulunan taşınmaz ve zati eşya dışında kalan taşınır mallar ile tüm hak ve menfaatlerine el konulması ve bunların tespit edilmesi için hazırlanan yönetmeliğin kabul edilmesidir⁶⁵. Yönetmeliğin 4. maddesine göre Suriyelilerin Türkiye’de bulunan taşınmazları üzerindeki kısıtlamalar devam edecektir. 11–26 Şubat 1971 tarihleri arasında Ankara’da meydana gelen Türkiye-Suriye emlak müzakerelerinde Türkiye ve Suriye Heyetleri 1966 yılında alınmış olan bu kısıtlayıcı tedbirlerin belli şartlar ile kaldırılmasını hükümetlerine teklif etmek konusunda anlaşmışlardır ancak bu anlaşma öneri niteliğinde kalmış, hükümetlerce kabul edilip kararname şeklini almamıştır⁶⁶.

Yargıtay’ın yapmış olduğu ayırım ve tarihsel gelişim kısmında açıkladığımız veriler çerçevesinde Suriye uyrukluların mallarının mülkiyetinin 1966 yılına kadar devlete geçmediğini ancak, bu malların mal sahibinin iradesi ile veya iradesi dışında özel kişilere geçmesinin önlendiğini, onlara vaziyet edildiğini, üzerlerinde gittikçe artan bir hâkimiyet kurulduğunu, sonunda da söz konusu kararname ile fiilen el konulduğunu görmekteyiz⁶⁷.

Bu işlemlerin dayanağı ise 28 Mayıs 1928 tarih ve 1062 Sayılı Hudutları Dâhilinde Tebaamızın Emlakine Vaziyet Eden Devletlerin Türkiye’deki Tebaaları Emlakine Karşı Mukabelei Bilmisil Tedabiri İttihazı Hakkındaki Kanun olmuştur. 1062 Sayılı Kanunun 1. maddesine göre idari kararlar veya olağanüstü veya istisnai kanunlarla Türk vatandaşlarının mülkiyet haklarını kısmen veya tamamen sınırlandıran devletlerin Türkiye’deki tebaasının mülkiyet hakları Bakanlar Kurulu Kararıyla mukabele-i bilmisil olmak üzere kısmen veya tamamen sınırlandırılacak, menkul ve gayrimenkullerine el konulacak, el konulan malların gelirleri ve tasfiyelerinden doğacak hâsılat ise belgelerle ispat edilen zararları oranında zarar gören Türk vatandaşlarına dağıtılacaktır⁶⁸. 1062 Sayılı Kanun Türk uyrukluların mülkiyet hakkını kısmen veya tamamen sınırlayan devletin uyuğunda

65 <http://www.turkhukuk sitesi.com/showthread.php?t=12781>, [Erişim:17.06.2015].

66 <http://www.turkhukuk sitesi.com/showthread.php?t=12781>, [Erişim:17.06.2015].

67 Musaballı, www.kazanci.com.tr, [Erişim:14.05.2015].

68 Kemal Gözler, **İdare Hukuku**, (Bursa: Ekin Yayınları, 2009), Cilt 2, 272–273.

bulunan kişiler için uygulanabilir; başka bir devletin uyruğunda bulunan kişiler ve vatansızlar için uygulanamaz⁶⁹.

Bu gelişmeler göstermektedir ki Suriye uyruklu kişilerin Türkiye’deki taşınmazları üzerindeki tasarruf yetkileri kısıtlanmış ve yasaklanmıştır. Yargıtay 8. Hukuk Dairesi vermiş olduğu bir kararda Suriyelilerin Türkiye’deki taşınmazları üzerindeki tasarruf yetkilerinin kısıtlanması ve yasaklanmasının sonucu olarak bu taşınmazların zilyetlik ve zamanaşımı yoluyla kazanılmasının da mümkün olmadığını belirtmiştir:

“Davacılar, 1927 yılında Fransızlar zamanında yapılan kadastrada 133 parsel olarak davalı gerçek kişilerin murisleri Yusuf adına tapuda kayıtlı olan taşınmazın 1930 yılında kendi murislerine haricen satılmış olduğunu, o tarihten şimdiye kadar murislerinin ve kendilerinin nizasız, fasılasız malik sıfatıyla zilyet olduklarını ileri sürerek Yusuf üzerindeki tapu kaydının iptali ile adlarına tapuya tesciline karar verilmesini istemişlerdir...

...Ülkemizde, Suriyelilere ait gayrimenkuller üzerindeki temlik tasarruflar, Bakanlar Kurulunun 13.1.1939 gün, 2/10250; 14.2.1942 gün, 2/17317 ve 18.1.1958 gün, 4/9697 sayılı Kararları ile kısıtlamış bulunmaktadır. Suriye Hükümeti’nin vatandaşlarımızı mülkiyet haklarından mahrum eden tutumları karşısında, Hükümetimiz de 1062 sayılı Kanunun verdiği yetkiye dayanarak misilleme tedbiri almak zorunluğunu duymuş ve Suriye uyrukluların Türkiye’deki gayrimenkullerine tasfiye maksadıyla el koyma kararı alınmıştır (1.10.1966 gün, 6/7104 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı). Suriye uyruklular 31.1.1939 tarihinden sonra bir başka devletin uyrukluğuna geçmiş olsalar bile gayrimenkulleri açısından Suriye uyruklu sayılmaktadırlar(25.9.1967 gün, 6/8890 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı)...

...Yusuf’un mirasçılarının hakkı hıyarlarını Suriye lehine kullanıp kullanmadıklarının Suriyeli veya Türkiyeli olup olmadıklarının araştırılması gerekmektedir. Bunlar az önce açıklanan opsiyon haklarını Hatay’ın ilhaki sırasında Suriye lehine kullanmışlarsa o takdirde Suriyeli sayılacaklarından az önce açıklanan 1062 sayılı Kanuna göre alınan tedbirlere göre Suriyelilere ait taşınmazların tasarrufları yasaklanmış ve kısıtlanmış olduğundan zilyetlik yoluyla kazanılması mümkün olmayacaktır...⁷⁰.

69 Musaballı, *op.cit*, www.kazanci.com.tr, [Erişim:14.05.2015].

70 01.06.1992 tarihli ve E. 1991/11922, K.1992/9234 sayılı karar, www.kazanci.com.tr, [Erişim:08.07.2015].

Yargıtay verdiği bu kararda her ne kadar Suriye uyrukluların Türkiye'deki taşınmazları üzerindeki tasarruf yetkilerinin kısıtlanması sonucunda bu taşınmazların zilyetlik yolu ile kazanılmasının mümkün olmadığına değinmiş olsa da karara dayanak olan 1062 Sayılı Kanun'da ve bu Kanun'un dayanak olduğu kararnamelerde bu taşınmazların zilyetlik yoluyla kazanılmasının mümkün olmadığına ilişkin bir hüküm yoktur. Yargıtay 16. Hukuk Dairesi 1991 yılında verdiği bir kararda buna şu şekilde değinmiştir: “..1062 sayılı Yasa ve bu yasa gereğince çıkartılan Bakanlar Kurulu kararlarında bu kişilerin taşınmazlarının zilyetlikle iktisabını önleyen bir hüküm bulunmamaktadır...”⁷¹ Yargıtay başka bir kararında ise bu konuyu farklı bir bakış açısıyla ele almaktadır:

“... 1.10.1966 tarihinden önce ilerde devlete geçeceği düşünülerek Suriye uyrukluların malları denetim altına alınmıştır. Açıklanan bu açık maddi olgu karşısında artık çekişmeli taşınmazlar üzerinde kazandırıcı zamanışı süresince tasarruf eden kişinin zilyetliğinde Medeni Kanun'un 639/1.maddesindeki “malik sıfatı ile zilyet olma” unsurunun bulunduğundan söz edilemez. Bu kişi olsa olsa “Hazine şagili” durumdadır. Devletin vaziyet ettiği, hâkimiyet altında bulundurduğu taşınmazlara kişinin malik sıfatı ile zilyet bulunmasına yasal olanak yoktur. Ayrıca devletin kontrolü altına aldığı, mülkiyeti henüz geçmese dahi bir oranda sahiplendiği bir taşınmaz üzerindeki kişinin zilyetliği “çekişmesiz ve aralıksız” olma niteliğini de yitirir”⁷².

Yargıtay kararlarını hukuk mantığı, temel hak ve özgürlükler rejimiyle bağdaştırmak mümkün görünmemektedir. Şurası açıktır ki 1062 Sayılı Kanun dayanak yapılarak Bakanlar Kurulu bir dizi kararname çıkarmış ve Suriye uyrukluların mülkiyet hakkına müdahale edilmiştir. Kanun maddesinden de anlaşıldığı üzere müdahale için Bakanlar Kurulu yetkili kılınmıştır. Çalışmanın devamında 1062 sayılı kanuna dayalı olarak yapılan müdahalelerin hukuka ve mukabele bilmisil şartlarına uygunluğu ele alınmıştır.

71 30.09.1991 tarihli ve E.1990/8026, K.1991/12211 sayılı karar, www.kazanci.com.tr, [Erişim:14.07.2015].

72 04.12.1991 tarihli ve E.1991/16-539, K.1991/624 sayılı karar, www.kazanci.com.tr, [Erişim:14.07.2015].

A. 1062 Sayılı Kanunla Mülkiyet Hakkına Yapılan Müdahalenin Hukuka Uygunluğu

1961 Anayasası'nın 36. maddesinde ve 1982 Anayasası'nın 35. maddesinde mülkiyet hakkının kamu yararı ve toplum yararı ile sınırlandırılabilirliği kabul edilmiştir. Türk hukuk sisteminde kamu yararı Anayasa Mahkemesinin kararlarıyla belirlenmeye çalışılmıştır. Ancak Anayasa Mahkemesi kamu yararı kavramı için bir tanım yapmamıştır her somut olayda kamu yararı kavramının olup olmadığını incelemiştir⁷³. Anayasa Mahkemesi bir kararında: '*Bir kuralın Anayasaya aykırılık sorunu çözümlenirken kamu yararı konusunda AYM'nin yapacağı inceleme, yasanın yalnızca kamu yararı amacıyla yapıp yapılmadığını araştırmaktır. Yasayla kamu yararının gerçekleşip gerçekleşmeyeceğini denetlemek anayasa yargısıyla bağdaşmaz. Çünkü bir yasanın kamu yararını gerçekleştirip gerçekleştirmediği veya ülke gereksinimlerine uygun olup olmadığı bir siyasi tercih sorunudur ve yasa koyucunun takdirine aittir*'⁷⁴. Anayasa mahkemesi, kamu yararı kavramının tanıma kavuşturulması zorluğuna dikkat çekmekte ve bu konuda yasa koyucuya takdir yetkisi tanımaktadır. Dolayısıyla hangi konularda kamu yararının olduğunu belirleme yetkisinin yasama organına ait olduğu sonucuna varılmaktadır. 1062 sayılı kanun da yasama organı tarafından düzenlenmiş olduğuna, yasa koyucunun takdirini kamu yararının varlığından yana kullanmış olduğu sonucuna varmak gerekir.

Yukarıda belirttiğimiz üzere mülkiyet hakkı kamu yararı amacıyla sınırlandırılabilir ancak bu sınırlandırma kanunla yapılmalıdır, sınırlandırmanın kanunla yapılması gerektiği hem 1961 Anayasasının 11. ve 36. maddesinde hem de 1982 Anayasasının 13. ve 35. maddesinde belirtilmiştir. Buna göre mülkiyet hakkına ancak meclis tarafından usulüne uygun şekilde çıkarılan bir kanun ile müdahale edilebilir, yani tüzük, yönetmelik, KHK ve kararname gibi yürütmenin ve idarenin işlemleri ve kanun niteliğinde olmayan yasama işlemleri ile müdahale söz konusu olamaz⁷⁵. Fakat bu durum idarenin konu ile ilgili düzenleyici işlem yapamayacağı anlamına gelmez; idare kanuna dayanarak düzenleyici işlemler ile sınırlamanın

73 Saraç, "Kamu Yararı Kavramı", 1-11.

74 Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi, E.1994/77, Cilt 1, Sayı 32 176.

75 Ergun Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2011), 112.

teknik ve ayrıntılarına ilişkin düzenlemeler yapabilir⁷⁶. Burada sınırlama kanuna dayanacağı için kanunla sınırlama şartına aykırılık söz konusu olmaz⁷⁷. Buna karşın olağanüstü dönemlerde temel hak ve özgürlüklere KHK ile sınırlamalar getirilebilir. Ancak Anayasa'nın 91. maddesine göre sosyal ve ekonomik hakların olağanüstü durumlar dışında da KHK ile düzenlenmesi mümkün iken kişinin hak ve ödevlerinin olağanüstü durumlar dışında KHK ile düzenlenmesi mümkün değildir⁷⁸. Bundan dolayı 1961 Anayasası döneminde olağan dönemlerde bile, mülkiyet hakkının KHK ile düzenlenmesi mümkünken 1982 Anayasası döneminde olağanüstü haller dışında, mülkiyet hakkının KHK ile düzenlenmesi mümkün değildir⁷⁹. Suriye uyrukluların mülkiyet hakkına yapılan müdahale 1062 sayılı Kanuna dayanılarak Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılan Kararlar ile yapılmıştır. Yargıtay 8. Hukuk Dairesi vermiş olduğu bir kararda “...1966 yılında çıkarılan ve tamamen kanun hükmünde olan 6/7104 sayılı Kararnamenin 1. maddesi ile de Suriye uyruklu bütün gerçek ve tüzel kişilerin taşınır ve taşınmaz mallarına Hazinece el konulması kararlaştırılmıştır...”⁸⁰ ifadesi ile sınırlandırmanın tamamen kanun hükmünde kararnamelerle yapıldığını belirtmiştir. Yüksek mahkeme bu ifade ile sınırlandırmanın Anayasaya uygun olduğunu belirtmiştir. Dikkat çekilmesi gereken husus burada Suriye uyrukluların mülkiyet hakkına olağan dönemde sınırlamalar getirildiğidir. 1961 Anayasası bakımından sınırlamanın KHK ile yapılması hukuka aykırılık teşkil etmezken, olağan dönemde mülkiyet hakkına sınırlama getirilmesini yasaklayan 1982 Anayasası bakımından hukuka aykırılık teşkil etmektedir.

1961 Anayasasının 11. maddesinde ve 1982 Anayasasının 13. maddesinden farklı olarak sınırlandırma yapılırken temel hak ve özgürlüğün özüne dokunulmamalıdır. Diğer bir ifade ile sınırlamanın sınırı söz konusudur; temel hak ve özgürlüğe sınırlama getirilirken hakkın dokunulma-

76 Akça; “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Mülkiyet Hakkı”, 543–569.

77 Akça; “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Mülkiyet Hakkı”, 543–569.

78 Şimşek; “Mülkiyet Hakkının Kapsamı, Sınırlandırma Nedenleri Ve Şartları Açısından 1982 Anayasası Ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi: Karşılaştırmalı Bir Analiz –I”, 181–228.

79 Şimşek; “Mülkiyet Hakkının Kapsamı, Sınırlandırma Nedenleri Ve Şartları Açısından 1982 Anayasası Ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi: Karşılaştırmalı Bir Analiz –I”, 181–228.

80 14.12.1989 tarihli ve E. 1989/13704, K. 1989/14728 sayılı karar, , www.kazanci.com.tr [Erişim:03.09.2015].

ması gereken bir çekirdek çevresi bulunmaktadır⁸¹. Hakkın özü kavramı da tıpkı kamu yararı kavramı gibi subjektif ve muğlak bir kavramdır ve üzerinde ittifaka varılmış belli bir tanımı yoktur. *Özbudun*'a göre: '*Bir hak veya hürriyetin özü, onun vazgeçilmez unsuru, dokunulduğu takdirde söz konusu hürriyeti anlamsız kılacak olan aslî çekirdeğidir*'⁸². Anayasa Mahkemesi de vermiş olduğu kararlarda hakkın özü kavramına değinmiş ve şu ifadelere yer vermiştir "*bir hakkın ve hürriyetin kullanılmasını açıkça yasaklayıcı veya örtülü bir şekilde yapılamaz hale koyucu veya ciddi surette güçleştirici ve amacına ulaşmasını önleyici ve etkisini ortadan kaldırıci nitelikteki kanuni sınırlamalar o hakkın özüne dokunur*"⁸³. 1062 Sayılı Kanunla yapılan mülkiyet hakkı üzerinde yapılan sınırlamalar bu hakkın kullanılmasını imkânsız hale getirdiğine göre, Suriye uyrukluların mülkiyet hakkının özüne dokunulduğu sonucuna varmaktayız. Çünkü 1966 yılında Suriye uyrukluların taşınır ve taşınmazlarına devlet tamamen el koymuştur ki bu da mülkiyet hakkını ortadan kaldırmaktadır. Mülkiyet hakkını mülkiyet hakkı yapan, *Özbudun*'un ifadesiyle '*...dokunulduğu takdirde söz konusu hürriyeti anlamsız kılacak olan asli çekirdek*' ortadan kalkmıştır.

Sınırlama Anayasanın sözüne ve ruhuna aykırı olmamalıdır. Anayasa'nın ruhu ile kastedilen sınırlandırmanın '*Anayasanın bütününe ve ondan çıkan temel anlama aykırı olmaması*'dir⁸⁴. Anayasanın ruhunu başlangıç bölümü de dâhil olmak üzere anayasanın bütününde aramak gerekir⁸⁵. Gözler, anayasanın ruhu kavramını objektif olarak tanımlanamayan hukuk dışı bir kavram olarak nitelemektedir⁸⁶. Bu nedenle 1062 Sayılı Kanun ile yapılan müdahalenin Anayasanın ruhuna aykırı olup olmadığı mahkemenin takdirine kalmıştır. Anayasa mahkemesi ve diğer yüksek mahkeme kararlarına baktığımızda yine bu konuya ilişkin bir karar olmadığını görüyoruz. Anayasanın sözü kavramı ise daha belirgin bir kavramdır bu kavram ile Anayasanın metni anlaşılmalıdır⁸⁷. Anayasanın sözü kavramı

81 Arslan, Zühtü; "*Temel Hak Ve Özgürlüklerin Sınırlanması: 13. Madde Üzerine Bazı Düşünceler*", *Anayasa Yargısı*, Cilt 19 (2002), 139-155.

82 *Özbudun, Türk Anayasa Hukuku*, 115.

83 04.01.1963 tarihli ve E.1962/208, K.1963/1 sayılı karar, *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi*, Sayı 1 (1963), 70-76.

84 *Özbudun, Türk Anayasa Hukuku*, 114.

85 Mustafa Erdoğan, *Anayasa Hukuku*, (Ankara: Orion Kitabevi, 2011), 207.

86 Kemal Gözler, *Anayasa Hukukuna Giriş*, (Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2011), 222.

87 Akça, "*Anayasa Mahkemesi Kararlarında Mülkiyet Hakkı*", 543-569.

ile özellikle anayasanın ilgili hükümlerinde temel hak ve özgürlükler tanımlanırken getirilen bazı ek güvenceler kastedilmektedir⁸⁸. Ayrıca ilgili hükümlerde yasama organının o hak ve özgürlüğü düzenlerken alamayacağı bazı önlemlerin ve getiremeyeceği bazı kısıtlamaların olduğu belirtilmiştir⁸⁹. Bu iki durum anayasanın sözü kavramını oluşturmaktadır. Sonuç olarak, Anayasada mülkiyetin dokunulmazlığı esas olduğuna göre 1062 sayılı kanun Anayasanın söz ve ruhuna da aykırılık oluşturmaktadır.

B. Yapılan Müdahalelerin Mukabele Bilmisil Şartlarına Uygunluğu Sorunu

Mukabele bilmisil tedbirlerinin şartlarına baktığımızda ilk olarak uluslararası hukuka aykırı bir işleme karşı mukabele bilmisil tedbirine başvurulabilir ancak tedbire başvurmadan önce zarar gören devletin diğer bir ifade ile mukabele bilmisil tedbirine başvuracak devletin -ki bu Türk hükümeti oluyor- zarar veren devletten -Suriye hükümetinden- durumun düzeltilmesini istemeli ve aksi halde mukabele bilmisil tedbirlerine başvuracağını bildirmelidir. Tarihsel gelişim bölümünde gördüğümüz üzere Suriye Hükümetine açıkça yapılmış bir bildirimden söz edilmemektedir ancak baktığımızda bunun karşılıklı anlaşmalar ile ilerleyen bir süreç olduğunu görmekteyiz. Lakin karşılıklı anlaşmalar somut durumları değil, soyut durumları kurala bağlarlar. Bu durumda Türk Hükümetinin somut olayda Suriye hükümetine ülkesinde bulunan vatandaşlarının haklarına riayet etmesini aksi takdirde kendisinin Suriye uyruklu kişilere karşı benzer uygulamalara başvuracağını bildirmesi gerekir. Dolayısıyla Türkiye'nin, mukabele bilmisil'e başvurmak için önceden bildirimde bulunma şartını sağlandığından söz edilemez.

Uluslararası hukuka aykırı bir işleme karşı mukabele bilmisil tedbirine başvurulabilir. Suriye Hükümetinin Suriye'de yaşayan Türk vatandaşlarının taşınır ve taşınmazlarına el koyması ve bunun karşılığında herhangi bir bedel ödememesi uluslararası hukuka aykırı bir davranıştır. Nitekim AİHM de herhangi bir bedel ödenmeden mülkiyet hakkına yapılan

88 Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 113.

89 <http://www.acikogretimadalet.com/olagan-donemlerde-temel-hak-ve-ozgurluklerin-sinirlan-dirilmesi-sistemi-konusu.html>, [Erişim:28.05.2015].

müdahalenin hukuka aykırı olduğuna karar vermiştir⁹⁰. Görüldüğü gibi Türk Hükümetinin mukabele bilmisil tedbirine başvurması açısından bu şartın gerçekleştiğinin kabulü gerekir.

İkinci olarak mukabele bilmisil tedbirine uluslararası hukuka aykırı bir şekilde haksız bir işlemi yapan devlete karşı yani Suriye Hükümetine karşı başvurulabilir ve tedbire sadece haksız işleminden zarar gören devlet yani Türk Hükümeti başvurabilir.

Üçüncü olarak verilen zarar ile mukabele bilmisil tedbiri arasında bir ölçülülük olmalıdır, hakkı ihlal edilen devlet bu ihlal ile orantılı karşılık vermelidir. Türk Hükümetinin uyguladığı mukabele bilmisil tedbirinde ölçülülüğün bulunduğunu söyleyebiliriz; çünkü Suriye Hükümeti ile aynı tedbire başvurmuştur. Fakat bu durum zarar gören devletin zarar veren devlet ile aynı tedbire başvurmasını zorunlu kılmamaktadır. Zarar gören devlet daha hafif bir tedbire de başvurabilir.

Dördüncü olarak başvuru tedbir kuvvet kullanımı şeklinde olmalıdır ki zaten yukarıda incelediğimiz üzere Türk Hükümetinin başvurduğu tedbirler kuvvet kullanımı şeklinde değildir.

Son olarak tedbirler gerekli olmalıdır. Tedbirlerin gerekliliği caydırıcı olması bakımından önemlidir. Suriye Hükümetinin ihlallerinin seviyesi arttıkça Türk Hükümeti de kendi vatandaşlarının haklarını korumak ve ihlalleri durdurmak adına uyguladığı karşı tedbirlerin seviyesini artırmıştır. Bu da göstermektedir ki Türk Hükümetinin uyguladığı tedbirler gereklidir, böylelikle son şartın da gerçekleştiğini söyleyebiliriz.

SONUÇ

Yukarıda incelediğimiz üzere 1062 Sayılı Yasa ile Suriye uyrukluların taşınır ve taşınmazlarına el konulmuştur bu durum Suriye uyrukluların mülkiyet hakkına müdahale oluşturan bir uygulamadır. Daha da ötesi mülkiyet hakkını tamamen ortadan kaldıran bir uygulamadır. Suriye Hükümetinin Suriye'deki Türklerin mülkiyet hakkına yaptığı müdahaleler ne kadar haksız ve hukuka aykırı uygulamalar ise Türk Hükümetinin de aynı müdahalelerde bulunması, mukabele bilmisil tedbiri niteliğinde olsa bile haksız ve hukuka aykırıdır. Çünkü bu durum hem 1961 hem de

90 Akça, "Anayasa Mahkemesi Kararlarında Mülkiyet Hakkı", 543-569.

1982 Anayasasında bunun yanında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi başta olmak üzere diğer uluslararası metinlerde de temel hak ve özgürlükler içinde yer alan mülkiyet hakkına müdahale oluşturmaktadır. Temel hak ve özgürlüklere yapılacak müdahaleler yine bu metinlerde düzenlenmiş olduğu şekilde ve hukuk devleti ilkesi çerçevesinde yerine getirilmelidir. Lakin 1062 Sayılı Kanunun getirdiği sınırlama AİHS'ne ve 1961 ve 1982 Anayasalarına uygun bir sınırlama değildir. Ancak bu durum yüksek mahkeme kararlarında mülkiyet hakkına yapılan bir müdahale olarak değerlendirilmemiştir. Danıştay 14.10.1931 tarihli ve 29/254 sayılı kararında bunun siyasi bir tedbir olduğunu belirtmiş ve şu ifadelerle yer vermiştir : “... *Mezkûr muamele devletin siyasi icraatından olup, idari muamelat dışında bulunmasına binaen Danıştay'ca tetkik edilemez.*” Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ise vermiş olduğu 21.04.1993 tarihli ve E. 1993/1646, K. 1993/176 sayılı kararında bunu devletin hükümlerlik hakları çerçevesinde değerlendirmiş ve şu ifadelerle yer vermiştir: “*Devletlerin, ülkelerinde bulunan yabancıların malları hakkında bunların tasarrufları ile ilgili olarak uluslararası hukuka uygun yasal düzenleme ile kısıtlamalar getirmesi, mukabele-i bilmisil esas çerçevesinde hareket etmesi hükümlerlik haklarının doğal gereğidir*”.

1062 Sayılı Kanunun için somut norm denetimi veya başka bir suretle anayasaya aykırılık iddiasında bulunulmamıştır. Mukabele bilmisil kapsamında başka devletlerin uyruklarına yasanın uygulanması suretiyle mülkiyet hakkına devlet tarafından müdahale edilmesi durumunda, söz konusu yasa hakkında somut norm denetimi mekanizması işletilerek yasanın hukuk âleminden silinmesi sağlanabilir.

KAYNAKÇA

Arslan, Zühtü; **Temel Hak Ve Özgürlüklerin Sınırlanması: 13. Madde Üzerine Bazı Düşünceler**, (Anayasa Yargısı, 2002).

Bağdatlı, Selahattin; **Hukuk Sözlüğü**, (İstanbul: Derin Yayınları, 2011)

Bilsel, Mehmet Cemil; **Devletler Hukuku**, (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1941).

- Carss-Frisk, Monica; **Mülkiyet Hakkı-Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 1 No'lu Protokolünün 1. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz**, (İnsan Hakları El Kitapları, No:4, Türkiye Barolar Birliği Yayınları : 90, Baskı: Şen Matbaa, 2005).
- Çiçekli, Bülent; **Yabancılar Ve Mülteci Hukuku**, (Ankara: Seçkin Yayınları, 2014).
- Dinç, Güney; **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Mülkiyet Hakkı**, (*Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2004).
- Eren, Yusuf; **Uluslararası Hukukta Savaşa Varmayan Kuvvet Kullanma Yolları**, (*İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt.3, 2012, Sayı.2).
- Ertaş, Şeref; **'Mülkiyet Hakkının Yeni Boyutu ve Bu Hakka Getirilen Daraltımların Anayasa ve İnsan Haklarına Uygunluğu'**, [Türk Medenî Kanununun Yürürlüğe Girişinin 80. Yılı Münasebetiyle Düzenlenen Sempozyum], (Ankara:Ankara Üniversitesi Yayınları, 2006).
- Gözler, Kemal; **İdare Hukuku**, (Bursa: Ekin Yayınları, 2009).
- Lütem, İlhan; **Devletler Hukuku Dersleri**, (İstanbul: Balkanoğlu Matbaacılık, 1958),
- Alsan, Zeki Mesud; **Yeni Devletler Hukuku**, (Ankara: Güney Matbaacılık, 1951).
- Musaballı, Aydın; **'1062 Sayılı Mukabele-i Bilmisil Kanununa Dayanılarak Suriye Uyruklulara Uygulanan Yaptırımlar Ve Yargıtay Kararları'**, (www.kazanci.com.tr, 2006 [Erişim:06.05.2015]).
- Oğuzman, Kemal; **Eşya Hukuku**, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2012).
- Özbudun, Ergun; **Türk Anayasa Hukuku**, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2011).
- Özel, Ahmet; **'zararla mukabele', İslam Hukuku Ve Modern Devletler Hukukunda Mukabele Bilmisil/Misilleme/Karşılıklılık**, (*İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, Sy.5, 2005).
- Özyörük, Mukbil; **İdare Hukuku Ders Notları**, (Ankara: Teksir, 1972–1973).
- Pazarıcı, Hüseyin; **Uluslararası Hukuk**, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2012).
- Saraç, Osman; **Kamu Yararı Kavramı**, (*Maliye Dergisi*, Sy. 139, 2002).
- Sur, Melda; **Uluslararası Hukukun Esasları**, (İstanbul: Beta Yayınevi, 2010).

Şimşek, Suat; ‘**Mülkiyet Hakkının Kapsamı, Sınırlandırma Nedenleri Ve Şartları Açısından 1982 Anayasası Ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi: Karşılaştırmalı Bir Analiz –I**’, (*Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 90, 2010).

Şimşek, Suat; ‘**Mülkiyet Hakkının Kapsamı, Sınırlandırma Nedenleri Ve Şartları Açısından 1982 Anayasası Ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi: Karşılaştırmalı Bir Analiz –II**’, (*Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 92, 2011).

Şimşek, Suat; ‘**Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarına Göre Mülkiyet Hakkının Korunması Açısından Devletlerin Pozitif Yükümlülükleri**’, (*Sayıştay Dergisi*, Sayı:84, 2012).

Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi, E.1994/77, sy.32, cilt.1.

http://www.hukuk24.com/yabancilarin_tuerkiyede_tasinmaz_mal_edimi_2.htm.

<http://www.turkhukuksitesi.com/showthread.php?t=12781>.

<http://www.kazancı.com.tr>.

SUÇLULARIN İADESİ

İsmail MINGİR *

ÖZET

Günümüz dünyasında gelişen şartlara paralel olarak suç tipleri ve suç oranları arttığı için suç ve suçluyla mücadele ayrı bir önem kazanmıştır. Muktedir olan her devlet hem kendi sınırları içinde hem kendi sınırları dışında kendi vatandaşlarının hak ve menfaatlerini koruma iç güdüsüyle hareket edecektir. Devletlerin kendi sınırları dışında hem kendi egemenlik haklarına, hem de vatandaşlarının hak ve özgürlüklerine karşı işlenen suçlarda kullanacağı en önemli araçlardan biri suçluların iadesi kurumudur. Bu çalışmada suçluların iadesi kurumu hakkında bilgiler anlatılmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Suçluların İadesi, Suçluların İadesine Dair Avrupa Sözleşmesi(SİDAS), İade Şartları

ABSTRACT

Struggling against crime and criminals becomes more important issue due to developing and changing circumstances in today's world. Developed countries protect their citizens' rights and advantages both intrastate and extra-territorium. Extradition is one of the most important tool for crimes that are against for states' sovereignty and citizens' rights and freedoms extra-territorium. This study analyzes the extradition.

Key Words: Extradition, European Convention on Extradition, restitution condition

* Yalova Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı yüksek lisans öğrencisi olan Mingir, Genelkurmay Başkanlığı Askeri Savcılığında askeri savcı olarak görev yapmaktadır.

GİRİŞ

İçinde bulunduğumuz çağda, meydana gelen değişikliklere ve küreselleşmeye bağlı olarak bazı suçlar uluslararası nitelik kazanmıştır. İnternet vasıtasıyla işlenen suçlar, insanlığa ve barışa karşı işlenen suçlar, uyuşturucu kaçakçılığı, teknoloji hırsızlığı, kara para aklama ve terörizm gibi kavramlar 20.yy'daki bu gelişim ve değişimin hukuk dünyasına kattığı önemli suç tiplerinden bazılarıdır. Buna, ulaşım olanaklarındaki gelişmelerin, suçluların veya sanıkların bir ülkeden diğerine rahatlıkla kaçabilmesini sağladığı gerçeğini de eklersek karşımıza yüz yıl öncesinden çok farklı bir durumun çıktığını rahatlıkla görmekteyiz.

Bu değişim ve gelişim sonucunda en azından yukarıdaki suç türlerini hesaba kattığımızda, suç denen olgunun yerel bazda bir tehdit olmaktan sıyrılıp bütüncül anlamda dünya kamu düzenini etkileyen bir boyuta ulaştığını söylemek yanlış olmayacaktır.

Suç işlemenin kolaylaşması, kaçma olanaklarının gelişmesi ve suçtan ortaya çıkan zararın dünya ekseninde tehdit sıralamasının üst sıralarına yükselmesi, devletlerin ister istemez suçla ve suçluyla mücadele konusunda işbirliği yapmalarını gerektirmektedir. Bu işbirliği, kendini, sınırları aşan suçlarda anlaşmalar yapmak, adli yardımlaşma, bir devlette verilen mahkûmiyet hükmünün diğerinde tanınması, kovuşturmanın aktarılması şeklinde gösterebileceği gibi inceleme konumuz olan suçluların geri verilmesi şeklinde de gösterebilir.

I- SUÇLULARIN İADESİ KURUMU, TARİHÇESİ ve KAYNAKLARI

A. Genel Olarak

Devletlerin egemenliklerinin, ülke toprakları ile sınırlı olması nedeniyle, suçun işlendiği devlet bu kişiyi yabancı ülkelerde kovuşturamaz. Ayrıca çoğu devletin ceza hukukunda Mülklik (ülkesellik) ilkesi kabul edilmiştir (Bu ilke ceza kanunlarının yer bakımından uygulanmasıyla ilgili olup, bu prensibe göre devlet, ülkesi üzerinde gerçekleştirilen ve suç teşkil eden bütün eylemleri, suç faili yabancı olsa dahi cezalandırma yetkisine sahiptir). Buna göre genellikle bir suç hangi ülkede işlenmişse, o ülke

devletince cezalandırılır. Suçlunun başka bir ülkeye geçmesi durumunda, bu ülkede suç işlememiş olduğu için, bu ülke devleti suçluyu cezalandırma yoluna gidemeyecektir¹.

Bu derece kolay şekilde – sadece bir sınır değiştirmekle – bir kişinin suçunun sonuçlarından, cezadan kurtulabilmesi cezanın “genel önleme” özelliğini çok zayıflatacaktır. Diğer taraftan suçlu cezasını çekmemiş olduğu için hem özel önleme amacına erişilemeyecek, hem de bir hasta olarak kabul edilen sanık tedavi yani ıslah edilememiş olacaktır.² Bu sebeplerle devletlerarası hukuki yardımlaşma kurumlarından biri olan suçluların geri verilmesi kurumunun önemi giderek artmıştır.

B. Suçluların İadesi Kavramı ve Hukuki Esası

1) Kavram

İade sözcüğü Arapça kökenli olup, geri verme, alınmış bir şeyi geri verme, reddetme, yeniden verme³ anlamlarına gelmektedir. Suçluların iadesi (geri verme) kavramının İngilizce ve Fransızca karşılığı “**extradition**” dır.

Terminolojik olarak kökenine baktığımızda Latince kökenli iki kelimenin bir araya getirilmesiyle ortaya çıkan “**extradere**” sözcüğünden gelmekte ve *kişinin kendisine egemen olana zorla getirilmesi* anlamını taşımaktadır.⁴ Bir başka anlatıma göre ise, iade, bir yabancıya gösterilen geleneksel (traditional) misafirperverliğe aykırı bir davranış olması nedeniyle “gelenek-dışı” (extra-tradition) bir uygulamadır ve sığınma hakkına bir istisna oluşturmaktadır. Bir başka görüşe göre ise; “extradition” tabiri, “**Dışarı-Ex**” ve “**Teslim-Traditio**” kelimelerinden yapılmıştır. Bu duruma göre, suçlunun başka bir devlete teslimi söz konusu olduğundan suçluları geri verme tabiri doğru değildir. Bunun yerine “suçluları verme” demek gerektiği ileri sürülmüştür. Fakat verilecek olan kimse, suçu işlediği zaman üzerinde bulunduğu ülkeye verileceğinden kurumun içeriğinde bir

1 Ergin Ergül, *Teori ve Uygulamada Suçluların İadesi ve Hükümlülerin Nakli*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2003), s.1

2 Eralp Özgen, *Suçluların Geri Verilmesi*, (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No:167, Ajans-Türk Matbaası, 1962), s.1

3 bkz,www.tdk.org/TKKSOZLUK/SOZBUL

4 Timuçin Köprülü, “*Siyasi Suç İstisnası ve Terörizm*”, s.1, www.law.ankara.edu.tr

“geri verme” vardır⁵.

Türk öğretisinde ise büyük bir çoğunluğu “suçluların iadesi” veya “suçluların geri verilmesi” tabirini kullanmaktadır. Ancak hukuk dilindeki kullanımda bir eksiklik bulunduğu söylenebilir. Şöyle ki, geri verme işlemi hükümlülerin yanı sıra sanıkları da, yani haklarında henüz mahkûmiyet kararı verilmemiş olan kişileri de kapsamına almaktadır. Durum böyle olunca sadece suçluların geri verileceği gibi bir anlamın ortaya çıkması sonucunu doğurabilecek ifadelerin kullanımı hatalı olmaktadır.⁶ Suçluların iadesi(suçluların geri verilmesi) terim olarak yanıltıcı niteliktedir. Gerçekten suçlu, suç işlemiş kişidir. Bir başka deyişle suç işlediği yargı kararıyla kesin olarak saptanan kişidir. Hâlbuki geri verme kurumu, yalnız “suç işlemişleri” değil ve fakat yargılanacak sanık ve zanlıları da kapsamaktadır.⁷ Ülkemiz suçluların iadesine ilişkin yapmış olduğu anlaşmalar da bazen “iade-i mücrimin” ifadesini, bazen de “suçluların geri verilmesi” ifadesini kullanmıştır.⁸

Anayasamızın 38.maddesinin son fıkrasında: “Uluslararası Ceza Divanına taraf olmanın gerektirdiği yükümlülükler hariç olmak üzere vatandaş, suç sebebiyle yabancı bir ülkeye verilemez” denilmektedir. 5237 sayılı TCK’ da ise “geri verme” terimi kullanılmıştır.

2) Tanım ve Hukuki Esası

Suçluların iadesi ceza hukuku uygulamaları bakımından devletler arasında yapılan en eski adli yardımlaşma şekli olup bu konuda doktrinde yapılan tanımlamalardan bazıları şu şekildedir:

“Geri verme, işlediği suç belirli bir devletin yargı yetkisi içinde olan kişinin, hakkında verilmiş ve kesinleşmiş cezanın infazı veya isnat edilen suçtan dolayı yargılanması için, ülkesinde bulunduğu devlet tarafından yargı yetkisini haiz devlete teslim edilmesidir.”⁹

“Suçluların iadesi, bir ülkede bulunan yahut oraya kaçmış olan ve başka bir ülke mahkemesince bir suçtan veya suçlardan dolayı sanık sayılan

5 Haluk Ulugöl, **Suçluların Geri Verilmesi ve Siyasi Suç**, (Ankara: Adil Yayınevi, 2003), s.4

6 Köprülü, “*Siyasi Suç İstisnası ve Terörizm*”, s.2

7 Kayıhan İçel/Süheyl Donay, **Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku Genel Kısım 1**.Kitap 3. Bası, (İstanbul: Beta Yayınları, 1999), s.206

8 Ulugöl, **Suçluların Geri Verilmesi ve Siyasi Suç**, s.3

9 Sulhi Dönmezer/Sahir Erman, **Nazarî ve Tatbiki Ceza Hukuku**, Cilt: 3, (İstanbul: 1985), s.501-502.

veya mahkûm olan kişiyi kovuşturma ve yargılamaya ya da hakkındaki cezayı infaza yetkili olan ülkeye bu ülkenin başvurusu üzerine teslimden ibaret olan siyasal adli bir işlemdir.”¹⁰

“Geri verme kaçak bir suçlunun bulunduğu ülkeden, bir suç nedeniyle kovuşturulduğu veya mahkûm edildiği ülkeye geri gönderilmesidir ve suçluların ulusal sınırları geçmek suretiyle adaletten kaçmalarını önlemek amacıyla düzenlenmiştir.”¹¹

Bir geri verme tanımı yapmak gerekirse en kapsayıcı olan tanım şu olmaktadır: “Geri verme, bir mahkeme kararına dayanılarak, ilgili devletler arasında bir anlaşma yapılması suretiyle, bir şahsın, isteyen devlete daha önce işlenmiş bulunan bir suçtan dolayı kovuşturma yapılması veya hükmedilmiş bulunan hürriyeti bağlayıcı cezanın infazı veya emniyet tedbirinin yerine getirilmesini sağlamaya yönelik işlemlerin bütünüdür.”¹²

Suçluların geri verilmesi, ceza hukuku uygulamaları bakımından devletler arasında yapılmış bulunan en eski yardımlaşma şeklidir. Suçluların geri verilmesi, suçlulukla mücadele bakımından ulusları birbirine bağlayan dayanışmanın en canlı örneklerinden birisidir.¹³

Suçluların geri verilmesi kurumu, devletler arası ceza hukukunun karşılıklı yardım vasıtalarının en önemlilerinden birisidir. Suçluların geri verilmesi müessesesi, hiçbir devlet toprağının suç işlemiş bir şahsa sığınak teşkil etmemesi prensibine dayanır. Bunun hukuki esası da her suçlunun ceza görmesi prensibine dayanmaktadır. Hâlbuki ceza kanunlarının mülkiyeti prensibi, bir ülkede suç işledikten veya mahkûm olduktan sonra başka bir devletin toprağına kaçan şahsın, toprağına sığındığı devlet tarafından takibine mani olmaktadır. Bu durumda, muhakemenin yapılabilmesi için suçlunun toprağında bulunduğu devlet tarafından ülkesinde suç işlediği devletin organlarına teslimi şarttır. O halde suçlunun cezalandırılması ve bu suretle hem her suçlunun mutlaka ceza alması prensibinin ihlal edilmemesi, hem de adaletin sağlanması devletlerarası hukuki işbirliğini zorunlu

10 Ergül, *Teori ve Uygulamada Suçluların İadesi ve Hükümlülerin Nakli*, s.20-21

11 Mehmet Emin Artuk/Ahmet Gökken/Caner Yenidünya, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2007, s.303.

12 Köprülü, *“Siyasi Suç İstisnası ve Terörizm”*, s.2

13 Sulhi Dönmezer/Sahir Erman, *Nazari Ve Tatbiki Ceza Hukuku*, Genel Kısım, Cilt III, Yeniden Gözden

Geçirilmiş On İkinci Bası, (İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş, Ekim 1997), s.413

kılar.¹⁴

Geri verme hem bir devletler hukuku kurumudur hem de iç hukuku ilgilendiren bir ceza hukuku kurumdur. Devletler hukuku ile ilgili olan boyutunu, geri vermeye dayanak teşkil eden anlaşma teşkil etmektedir. Bu anlaşma da ülkelerin karşılıklılık esasına göre şekillenmekte ve sınırları çizilmektedir. Geri verme kurumunun aynı zamanda iç hukuku da ilgilendirmektedir. Zira iadesi yapılan kişi hakkında yapılan ceza kovuşturması da geri vermenin iç hukuka bakan boyutunu yani ceza hukuku ile ilgili kısmını teşkil etmektedir. Diğer yandan geri verme sonucu hükmedilebilecek bir ceza aynı zamanda kişisel özgürlüklerin sınırlandırılmasına neden olacağından, Devletlerin iç hukuk kuralları ger vermeyi yasalarla düzenleme yoluna gitmiştir.¹⁵

Nihayet, adli yardımlaşmanın bir diğer şekli olarak ortaya çıkan geri verme kurumunun, ceza hukuku ile devletler hukukunun kesişme noktasında bulunduğunu söylemek mümkündür.¹⁶

C. Suçluların İadesi Kurumunun Tarihi Gelişimi

Suçluların geri verilmesi kurumunun, devletlerarası anlaşmalara dayanan eski bir tarihçesi bulunmaktadır. Hititler ve Asurlular arasında yapılan bir sözleşmede suçluların geri verilmesine ilişkin kurallar bulunması bunun örneklerinden biridir.¹⁷

M. Ö. 1294 yılında meydana gelen Kadeş Savaşı sonrası Hitit Kralı III. Hattuşili ile Asur Kralı II. Ramses arasında yapılan ve Dünya'nın bilinen en eski yazılı sözleşmesi olan Kadeş Antlaşmasında suçluların iadesi ele ilgili şu madde yer almaktadır:¹⁸ “Eğer Siyasi suç nedenleriyle Mısır ülkesinden Hatti (Anadolu'nun o dönemki adı) ülkesine ve Hatti ülkesinden Mısır ülkesine kaçan siyasi suçlular olursa birbirlerine geri verileceklerdir. Bunlar şiddetli cezalandırılmayacaklar ve çocuklarının gözlerinden yaş akıttırılmayacaktır.”

14 Özgen, *Suçluların Geri Verilmesi*, s.5

15 İçel ve Donay, *Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku Genel Kısım*, s.206 vd.

16 Veli Özer Özbek, *Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı (Açıklamalı-Gerekçeli-İçtihatlı) Genel Hükümler*, Cilt I, Seçkin Yayınevi, Ankara 2005, s.227

17 Ulugöl, *Suçluların Geri Verilmesi ve Siyasi Suç*, s.8

18 Ulugöl, *Suçluların Geri Verilmesi ve Siyasi Suç*, s.8

Roma Devleti suçluları geri verme kurumunu kabul etmişti. Geri verme devletin en büyük otoritesi tarafından talep ediliyordu. Kurum bu dönemde karşılıklılık ilkesinden ziyade bağlı devletlere karşı bir üstünlük simgesi olarak uygulanmaktaydı. Diğer devletlere karşı ise, devlete ve vatandaşa karşı yapılmış saldırının onarımı şeklinde kendini gösteriyor ve böyle bir istemin reddedilmesi halinde üstü kapalı savaş tehdidini de içeriyordu.¹⁹

Bugünkü durumun aksine geri verme, eski dönemlerde, adi suçlar için değil, siyasi suç sanıkları için uygulanmaktaydı. Çünkü eski devirlerde Tanrı'nın yeryüzündeki temsilcisi olarak kabul edilen kral, aynı zamanda devletle özdeşleşmişti. Dolayısıyla devlete karşı işlenen bir suç aynı zamanda krala ve tanrıya karşıda işlenmiş bir suç olarak kabul ediliyordu. Dolayısıyla siyasi suçlar, adi suçlara nazaran daha ağır cezaları gerektiriyordu.

“Suçluları geri verme” terimi ilk kez 19 Şubat 1791 tarihli Fransız emirnamesinde kullanılmıştır. Bu terim ilk defa bir anlaşmada ise 1828’de Fransa’nın yaptığı bir anlaşmada yer almıştır. Geri verme konusunda ilk millî kanun ise 1833 senesinde Belçika’da kabul edilmiştir.²⁰

Türk hukukunda, İslam hukukunun geçerli olduğu dönemlerde, iki devletin anlaşmaları şartına bağlı olarak geri verme ilke olarak kabul edilmiştir. Osmanlı döneminde adli kapitülasyonlar sonrasında geri verme önemini kaybetmiştir. Çünkü bu dönemden sonra artık suçlu ceza davalarında geri verilmeye gerek olmadan, kendi ülkesinin konsolosluklarında kendi yargıçları önünde ve kendi yasası uygulanmak suretiyle yargılanabiliyordu. Bu dönemde yapılan ilk geri verme anlaşması 1874 yılında ABD ile imzalanmıştır. Daha sonra ise 1917’de Almanya ile geri verme anlaşması yapılmıştır.²¹

Osmanlı Devleti’nin imzalamış olduğu barış ve ticaret anlaşmalarının bazılarında suçluların geri verilmesine ilişkin hükümler konulmuştur. Pasarofça(1718), Belgrat(1739), Küçük Kaynarca(1774), Rus Ticaret Anlaşması(1784) ve Zıştov(1791) anlaşmaları bunlardan bazılarıdır.²²

19 Özgen, *Suçluların Geri Verilmesi*, s.18

20 Özgen, *Suçluların Geri Verilmesi*, s.20–21

21 İçel ve Donay, *Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku Genel Kısım*, s.208

22 Özgen, *Suçluların Geri Verilmesi*, s.22

Kapitülasyonların kaldırılmasından sonra suçluların geri verilmesi kurumu 1926 tarihli Türk Ceza Kanununun 9.uncu maddesiyle ve çeşitli devletlerle yapılan ikili anlaşmalarla yeniden düzenlenmiştir.²³

Ancak sonrasında Avrupa devletleri ile yapılmış iki taraflı anlaşmaların büyük bir çoğunluğu 7376 sayılı yasa ile onaylanan Suçluların İadesine Dair Avrupa Sözleşmesiyle(SİDAS) ilga edilmiş olduğundan, suçluların iadesi kurumu günümüzde bu sözleşmenin belirlediği kurallar çerçevesinde işlemektedir.²⁴

D. Suçluların İadesi Kurumunun Hukuki Kaynakları

Geri verme kurumunun kaynaklarını ikiye ayırmak mümkündür. Bunlar uluslararası kaynaklar ve iç hukuka ilişkin kaynaklardır.

Uluslararası kaynaklar ikili veya çok taraflı geri verme anlaşmaları, iç hukuka ilişkin kaynaklar ceza yasaları, anayasalar veya geri vermeye özgü ayrı yasalardır. İç hukuka ilişkin kaynaklar, TCK'nin 18.maddesi ile Anayasa'nın 19 ve 38.maddeleridir²⁵. Anayasamızın ilgili maddeleri ile vatandaşın iade edilemeyeceği, geri verme sebebiyle tutuklama yapılabileceği düzenlenirken Ceza Yasamızda geri vermenin kabul edilmeyeceği hususlar vatandaşlık, siyasi suçlar, askeri suçlar ve bağlantılı suçlar olarak belirlenmiştir.

Geri vermenin aslen devletlerarası anlaşmalarla düzenlenen bir kurum olduğu gerçeği dikkate alındığında en önemli hükmün Anayasa'nın 90.maddesi olduğu ortadadır. Zira bu hükme göre usulüne uygun şekilde onaylanan bir uluslararası anlaşma kanun hükmündedir. Bunun sonucu olarak genel bir çerçeve çizmiş olan Anayasa ve Ceza Kanunu artık iç hukukun bir parçası olan uluslararası anlaşmalarla tamamlanmaktadır.²⁶

II- SUÇLULARIN İADESİ İLE SINIRDIŞI ETME ARASINDAKİ FARKLAR

Kapsamı ve niteliği itibariyle geri vermeyi sınır dışı etme ile karıştırmamak gerekir. Gerek geri vermenin gerekse sınır dışı etmenin süjeleri gönderen devlet açısından yabancı kişi olarak aynıdır. Fakat sınır dışı

23 Özgen, *Suçluların Geri Verilmesi*, s.23

24 İçel ve Donay, *Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku Genel Kısım*, s.208

25 Sümeyra Altın, "Uluslararası Hukuk Kurallarına ve Türk Ceza Kanunu Hükümlerine Göre Suçluların İadesi", s. 5

26 Köprülü, "Siyasi Suç İstisnası ve Terörizm", s.2

etme, yabancının bir suç nedeniyle gelmediği bir ülkede, sonraki davranışları nedeniyle oranın kamu düzenini bozma tehlikesinin saptanması halinde öngörülen bir güvenlik önlemidir. Buna karşılık geri verme ise; başka ülkede suç işleyen kişinin, kural olarak suçu işlediği ülkeye geri verilmesi olarak karşımıza çıkar.²⁷

Sınır dışı etmede izlenen amaç; daha çok siyasi ve ekonomik kaygılardır. Suçluların geri verilmesindeki amaç ise; suçluların cezasız kalmasını önlemektir. Bunun için de geri vermede sanık veya hükümlü olması gerekir. Ayrıca geri verme bir devletler hukuku işlemidir, buna karşılık sınır dışı etme yerel hukuku ilgilendiren bir zabıta önlemi niteliğindedir. Sınır dışı etme, bir devletin tek taraflı kararı ile hüküm ifade ettiği halde, geri verme kurumunda ise talepte bulunan ve bulunulan olmak üzere iki devletin varlığına ve talep konusunda anlaşmalarına gerek vardır.²⁸

Ayrıca, sınır dışı etmede sınır dışı edilen yabancının istediği ülkeye geri gidebilmesi mümkün iken, geri vermede ise talep eden bir ülke bulunması ve yabancının bu ülkeye gönderilmesi noktalarında iki müessese birbirlerinden ayrılmaktadır.²⁹

III. SUÇLULARIN İADESİNİN ŞARTLARI

A. Genel Olarak

Suçluların iadesine ilişkin şartlar çeşitli şekilde sınıflandırmaya tabi tutulabilmektedir. Bunlardan başlıcaları; olumlu şartlar-olumsuz şartlar ayrımı ve kişiye ilişkin şartlar-eyleme ilişkin şartlar ayrımıdır. Bu çalışmamızda, geri vermenin şartlarını kişiye ilişkin şartlar-eyleme ilişkin şartlar olmak üzere iki bölüm halinde incelemeye çalışacağız.

Fakat öncelikle belirtmek gerekir ki; 5237 sayılı kanunun “geri verme” başlıklı 18’ inci maddesinin gerekçesinde de belirtildiği üzere: “geri vermeye ilişkin koşullar, Türkiye’nin çeşitli devletlerle imzalamış bulunduğu iki taraflı sözleşmeler ile Suçluların İadesine Dair Avrupa Sözleşmesinde belirlenmiştir.” Yani iade talebinde bulunan devletle kendisinden iade talebinde bulunulan devlet arasında iadeye imkân veren bir anlaşmanın

27 İçel ve Donay, *Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku Genel Kısım*, s.207 vd.

28 Ulugöl, *Suçluların Geri Verilmesi ve Siyasi Suç*, s.6

29 Hakan Hakeri, *Ceza Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yayınları, 2005), s.60

olması gerekir. İadeye dayanak teşkil edecek bu anlaşma devletler arasında yapılmış ikili bir sözleşme olabileceği gibi çok taraflı bir sözleşme de olabilir. Fakat devletler arasında böyle bir anlaşmanın mevcut olmaması durumunda kendisinden iade talebinde bulunulan devletin takdir yetkisi olacaktır³⁰. Bu durumda iade talep edilen devlet, uluslararası teamül kuralları ve karşılıklılık ilkesi çerçevesinde iade istemini kabul edebilir veya reddedebilir.

B. Kişiyeye İlişkin Şartlar

1) Vatandaşın Geri Verilmemesi İlkesi

İade talebinin kabul edilebilmesi için iadesi istenen kişinin talepte bulunulan devletin vatandaşı olmaması gerekir. Türkiye'nin de dahil olduğu Kıt'a Avrupa'sı hukuk sistemleri uyruk geri verilmez ilkesini titizlikle uygulamaktadır. Buna karşılık Anglosakson hukuk sistemindeki devletler ise, temel haklar yönünden yeterli güvence verilmesi halinde vatandaşlarını suçun işlendiği devlete verebilmektedirler.³¹

Uyruğun geri verilmemesi ilkesi genelde, devletin kendi uyruğunu hükümlerlik nedeni ile kendisinin yargılamayı istemesine dayanmaktadır. Başka bir anlatımla devlet, kendi uyruğunun başka bir ülkede yargılanmasını istemez. Devletin kendi vatandaşını kendi yargılamak istemesinin sebebi, başka yargı organına güvensizlik olabilir veya kendi yargı organının uyruğun doğal yargıci olacağı düşüncesi olabilir. Kural olarak geri verilmenin koşulları bulunan kişiler cinsiyet, ırk, din farkına bakılmaksızın talep edilen ülkeye geri verilir. Ancak bunun genelde kabul edilmiş bir istisnası uyrukların geri verilmeyeceğidir. Uyruğun geri verilmeyeceği kuralını uygulamayan sınırlı da olsa bazı ülkeler vardır. Örneğin ABD ile Türkiye'nin yaptığı geri verme antlaşmasında ABD, yetkili yürütme organının talep vukuunda ve gerektiğinde kendi uyruğunu geri verebilmektedir. Keza İngiltere yasaları da uyruğun geri verilmesini engelleyen bir hükmü içermemektedir. 1930 tarihli İtalyan Ceza Kanununa göre de, karşılıklılık koşulu ile uyruğun geri verilebilmesi mümkündür.³²

30 Altınır, "Uluslararası Hukuk Kurallarına ve Türk Ceza Kanunu Hükümlerine Göre Suçluların İadesi", s. 6

31 Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2005), s.167

32 İçel ve Donay, *Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku Genel Kısım*, s.228

SİDAS'ın 6/1(a) maddesine göre; “Her akit taraf tebaasını iade etmemek hakkını haiz olacaktır.”

Anayasamızın 38' inci maddesinin 9'uncu fıkrasında ve 5237 sayılı TCK'nun 18' inci maddesinin 2'inci fıkrasına göre; “Uluslararası Ceza Divanına taraf olmanın gerektirdiği yükümlülükler hariç olmak üzere, vatandaş suç sebebiyle yabancı bir ülkeye verilemez.”

Uluslararası Ceza Divanına(UCD) taraf olmanın gerektirdiği yükümlülükler söz konusu ise vatandaş iade edilebilir. Böylece vatandaş iade edilmez kuralına bir istisna getirilmiş olmaktadır. Ancak her suç için bu istisna söz konusu değildir. UCD'nin madde bakımından yetkisi kapsamına soykırım, insanlığa karşı işlenen suçlar, savaş suçları ve saldırı suçları girmektedir. Dolayısıyla ancak bu suçlardan birinin işlenmesi halinde vatandaş iade edilebilecektir.³³

Vatansızlar geri verecek ülke için uyruktan sayılmayacaklarından geri verilecektir. Çift uyrukluk durumunda, geri verecek ülke Türkiye ise ve uyrukluktan biri Türk ise, Türkiye açısından Türk sayılacağından, geri verme istemi reddedilecektir.³⁴

C. Fiile İlişkin Şartlar

1) Çifte Suçluluk İlkesi

Suçluların iadesinde en önemli şartlardan birisi, iadeye konu fiillerin, ilgili her iki devletin yasaları tarafından da suç sayılmasının gerekli olmasıdır. SİDAS'ın 2. maddesine göre, “ Talep eden ve talep edilen devletin kanunları tarafından cezalandırılan fiiller iadeye imkân verecektir.”³⁵

Bu itibarla, iade için taleplemede yazılan fiilin hem talep eden hem de talep edilen devlet ülkesinde cezalandırılabilir nitelik taşıması gerekir. Bu ilkeye, “çifte suçluluk prensibi”, “aynı norm ilkesi” ya da “karşılıklı cezayı gerektirme kuralı” denir.³⁶

Doktrinde bazı yazarlar, eylemin sadece talep eden devlet yasasına

33 Özbek, *Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı (Açıklamalı-Gerekçeli-İçtihatlı) Genel Hükümler*, s.232

34 İçel ve Donay, *Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku Genel Kısım*, s.229

35 Ergül, *Teori ve Uygulamada Suçluların İadesi ve Hükümlülerin Nakli*, s.48

36 Ergül, *Teori ve Uygulamada Suçluların İadesi ve Hükümlülerin Nakli*, s.48

göre suç olmasının yeterli olduğu görüşündedirler. Bu yazarlara göre, geri vermede bir hukuki yardım özelliği vardır. Geri vermede bir hukuki yardım özelliği olunca da talepte bulunulan devlet hukukunun bir önemi olmaz.³⁷

Yazarların çoğunluğu ise bu ilkenin yerinde olduğu görüşündedir. Öncelikle geri vermeyi talep eden devlet yasalarına göre eylemin suç sayılması gerekir. Fakat bu yeterli değildir. Eylemin ayrıca, kendisinden geri verme talebinde bulunulan devlet yasalarına göre de suç olması gerekir. Zira istemde bulunulan devlet gerektiğinde talepte bulunulan kişiyi tutuklayacak ve iadesi için gerekli işlemleri yapacaktır. İstemde bulunulan devletin bu işlemleri yapabilmesi için isnat olunan eylemin, o devlet yasalarına göre de suç olması gerekir. Bir devletin kendi hukukuna göre suç olmayan bir eylemin takibine katılması imkânsızdır.³⁸

Fiillerin hem talep eden hem talep edilen devletlerin mevzuatında suç sayılmış olması gerekli ve yeterlidir. Sonuç itibariyle talep edilen devletin, nitelemenin doğruluğunu belirlemek için talep eden devletin hukukuna nüfuz etmesi gerekmez. Fiillerin talep edilen devletin mevzuatında bir nitelemeye sahip olması yeterlidir.³⁹

İadeye konu olan fiilin her iki devlet mevzuatında suç sayılması iade için yeterli değildir. Aynı zamanda her iki devlet kanununa göre de kovuşturma şartlarının bulunması gerekir. Eğer iki devlet kanunundan birine göre kovuşturmayı yasaklayan bir durum varsa iade talebi kabul edilmez. Ayrıca her iki devlet kanununa göre de suç olma şartı eylemlerin işlendiği anda gerçekleşmiş olması gereklidir.⁴⁰

Her iki devlet yasasına göre eylemin suç olması şartının, eylemin her iki devlette aynı cinsten bir ceza ile cezalandırılması şartını da içerip içermediği doktrinde tartışmalıdır. Genellikle kabul edilen çifte suçluluk ilkesinin bu şartı içermediğidir. Zira geri vermenin amacı, talep eden devletin ceza yasasının geri verilmesi istenen ve geri verilen sanık veya hükümlüye uygulanmasıdır. Aynı ceza şartı, bu amaca aykırı düşer.⁴¹

37 Özgen, *Suçluların Geri Verilmesi*, s.38

38 Ulugöl, *Suçluların Geri Verilmesi ve Siyasi Suç*, s.42, Özgen, *Suçluların Geri Verilmesi*, s.38

39 Ergül, *Teori ve Uygulamada Suçluların İadesi ve Hükümlülerin Nakli*, s.48

40 Ergül, *Teori ve Uygulamada Suçluların İadesi ve Hükümlülerin Nakli*, s.49

41 Özgen, *Suçluların Geri Verilmesi*, s.39

2) Suçun Takip Edilebilir Olması

Geri vermeye konu olacak eylemin, iki devletin yasalarınca suç sayılması gereklidir, ancak yeterli değildir. Aynı zamanda eylemin, her iki devlet yasasına göre de kovuşturma şartlarını taşıması gerekir. O halde talep eden veya edilen devlette, kovuşturmaya engel bir durum mevcut ise, sanık veya mahkûm şahıs geri verilmeyecektir. Suçun takip edilebilir olmasına engel olabilecek durumlar şunlardır;⁴²

a) Zamanaşımı: Öncelikle, gerek talep eden ve gerek talep edilen devlet yasalarına göre, eylemin dava ve ceza zamaşımına uğramamış olması gerekir. SİDAS'ın 10. maddesi konuyu açıkça düzenlemektedir. Eylemin taraf ülkelerden birinde zamaşımına uğraması durumunda geri verme talebi kabul edilmez. Zaman aşımının ne zaman dolacağı konusunda uygulamada sorunlar çıkmaktadır. Mesela bazı sözleşmelerde, geri vermede kişinin talep eden devlete teslim anı esas alınmaktadır. Bunun sakıncası eylemi zaman aşımına uğratmak için, talep edilen devletin teslimi bilerek geciktirmesi durumunda eylem zamaşımına uğramaktadır. Bu duruma engel olmak için bazı sözleşmelerde zamaşımı, geri verme isteminin talep edilen devlete resmen ulaştığı ana göre belirlenmektedir. İkinci sistem hem objektif ve hem de değişmez ve sabit olduğundan, zamaşımının ne zaman dolmuş sayılacağı konusunda daha uygundur.⁴³

b) Takibi şikâyete tabi suçlar: Bir suçun takibi şikâyete tabi ve şikâyet de yoksa yine takip yapılamayacaktır. Talep eden devlet ülkesinde şikâyete bağlı suç hakkında şikâyet dilekçesi yoksa geri verme talebi reddedilecektir. Buna karşılık, talep eden devlet ülkesinde resen kovuşturulabilen suç, istemde bulunulan devlet ülkesinde şikâyete bağlı ise yine şikâyet dilekçesinin aranması eleştirilmiş, bu şikâyet olmasa bile, geri verilme halinde talep eden devlet ülkesinde kovuşturma yapılabileceği ileri sürülmüştür.⁴⁴

c) Af: Her iki devletten birinde suç genel affa uğramış ise, suçlu geri verilmeyecektir. Zira genel af, suçluluğu ortadan kaldırır. Özel af, suçluluğa değil cezaya tesir eden bir haldir. Bu sebeple, genellikle geri vermeye engel olmaması gerekir. Ancak cezayı tamamen ortadan kaldırıyorsa, geri

42 Özgen, *Suçluların Geri Verilmesi*, s.40

43 İçel ve Donay, *Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku Genel Kısım*, s.214

44 Özgen, *Suçluların Geri Verilmesi*, s.41

verme talebi reddedilecektir.⁴⁵

3) Suçun Geri Vermeye Konu Oluşturması

Suç işlediği iddia edilen kişinin geri verilmesinin talep edilebilmesi için, geri vermeye ilişkin sözleşmede hangi tür eylemlerden dolayı geri vermenin olanaklı olduğu belirtilmelidir. Sözleşmelerde bu konuda başlıca iki sistem mevcuttur. Birinci sistemde hangi tür eylemlerden dolayı suç faillerinin geri verileceği suçlar teker teker sayılarak belirlenmiştir. “Sayma sistemi” de denen bu sistemde geri vermeye konu olacak suçlar ismen belirlenmiştir. Ülkemizin ABD ile yaptığı geri verme sözleşmesinde bu yöntem benimsenmiştir. İkinci sistem(Asgari ceza süresi sistemi), suçları somut olarak tek tek saymak yerine asgari cezalarını belirlemek sureti ile genel ve soyut olarak geri vermeyi gerektiren suçları belirlemiştir. Bu sistem birincisine oranla objektif ve kavram kargaşasına kapalı olması nedeniyle daha basit ve pratik olma avantajına sahiptir. Esasen genelde geri verme sözleşmelerinde uygulanan sistem de budur.⁴⁶

SİDAS’ta suçların türleri bakımından bir ayırım yapılmamış, eylemin belirli bir ağırlığa erişmesi gerektiği kabul edilerek, asgari ceza süresi öngörülmüştür. SİDAS’a göre sanığın geri verilebilmesi için, üzerine atılı eylemin her iki devlet yasasına göre “en aşağı bir sene süre ile hürriyeti bağlayıcı özellikte olan bir cezayı veya emniyet tedbirini veya daha ağır bir cezayı gerektiren(SİDAS md.2/1)” bir suç olması gerekir. “Geri verme isteminde bulunan tarafın ülkesinde bir cezaya mahkûmiyet hükmü veya tutuklama kararı verilmişse, verilen ceza en aşağı dört aylık olmalıdır”(SİDAS md.2/1).⁴⁷

4) İstemde Bulunulan Devletin Kovuşturma Yetkisinin Bulunmaması İlkesi

SİDAS’ın 7’nci maddesine göre, kendisinden talepte bulunulan devlet, mevzuatına göre söz konusu suçtan dolayı kovuşturma yetkisine sahip ise, iadenin işlememesi bir kuraldır. Yine SİDAS’ın 8’inci maddesine göre,

45 Özgen, *Suçluların Geri Verilmesi*, s.42

46 İçel ve Donay, *Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku Genel Kısım*, s.304 vd.

47 Ulugöl, *Suçluların Geri Verilmesi ve Siyasi Suç*, s.47 vd.

kendisinden talepte bulunulan devlet, isteme sebep olan suç veya suçlardan bir veya birkaçı hakkında kovuşturma yapmakta ise, bunlardan dolayı iadeyi reddedebilir.⁴⁸

5237 sayılı TCK'nın 13'üncü maddesinde; bu maddede belirtilen suçların bir yabancı veya Türk vatandaşı tarafından işlenmesi durumunda Türk kanunlarının uygulanacağı düzenlenmiştir. Bu durumda ülkemiz, iade isteminde bulunulan devlet olması durumunda somut olayın şartlarına göre SİDAS madde 7 ve 8 uyarınca iade talebini reddedebilecektir.

5) Suçun İstemde Bulunulan Devlette İşlenmemesi İlkesi

SİDAS'ın 7'nci maddesinin birinci fıkrasına göre; Kendisinden iade talep edilen taraf, mevzuatına göre kısmen veya tamamen kendi ülkesinde veya ülkesi addolunan bir mahalde işlenmiş sayılan bir suçtan dolayı talep edilen şahsı iade etmekten imtina edebilir.

Ceza kanunlarının mülkiliği prensibi gereğince ülkesinde suç işlenen devlet yargılama hakkına sahiptir. Bu sebeple, ülkesinde suç işlenen devlet suçluyu başka bir devlete teslim etmez. Devletlerin mevzuatları arasında farklar yüzünden, bilhassa mesafe suçlarında ve hava ve denizde işlenen suçlarda, suçun hangi ülkede işlenmiş olduğu hususunda ihtilaf çıkabilir. Bu durumda karar verme yetkisi talep edilen devlete aittir. Eğer talep edilen devletin mevzuatınca suç kendi ülkesinde işlenmiş sayılıyorsa fail geri verilmez.⁴⁹

6) Non Bis İn İdem⁵⁰ İlkesi

SİDAS'ın 9 uncu maddesine göre; Talep edilen şahıs hakkında kendisinden iade talep edilen Tarafın salâhiyetli makamlarınca iade talebine sebep olan bir veya bir kaç fiilden dolayı nihai olarak karar verilmiş ise, iadeye cevaz yoktur. Kendisinden iade talep edilen tarafın salâhiyetli makamlarınca aynı fiil veya fiiller hakkında takibat yapılmamasına veya yaptıkları takibata son verilmesine karar verilmiş ise iade talebi reddolunabilir.

Ceza hukukunun ana prensiplerinden olan “non bis in idem” ilkesi,

48 Ulugöl, *Suçluların Geri Verilmesi ve Siyasi Suç*, s.54

49 Özgen, *Suçluların Geri Verilmesi*, s.116

50 “Bir suç nedeniyle birden fazla yargılama yapılamaz”

suçluları geri verme müessesesinde bir istisna yaratmaktadır. Şöyle ki, talep edilen devlet ülkesinde veya üçüncü bir devlette, geri verme talebine konu olan suçtan dolayı iadesi talep edilen kişi bir hüküm giymiş veya takibata son verilmişse, şahıs geri verilmez. Zira aksi halde bir suçundan dolayı iki defa muhakeme yapılmış veya mahkûm olmuş olabilir.⁵¹

7) Geri Verme İsteminin Ciddi Olması

SİDAS'ın 3'üncü maddesinin 2. fıkrasına göre; Kendisinden iade talep edilen taraf, adi bir suç için vaki iade talebinin bir şahsı ırk, din, milliyet veya siyasî kanat cihetinden takip veya cezalandırmak gayesiyle yapıldığına veya bu şahsın vaziyetinin bu sebeplerden biri dolayısıyla ağırlaşılabileceğine dair ciddî sebepler mevcut olduğuna kanaat hasıl ettiği takdirde, iade istemi reddedilecektir.

5237 sayılı TCK'nın 18'inci maddesinin 3'üncü fıkrası da şöyledir; Kişinin, talep eden devlete geri verilmesi hâlinde ırkı, dini, vatandaşlığı, belli bir sosyal gruba mensubiyeti veya siyasî görüşleri nedeniyle kovuşturulacağına veya cezalandırılacağına ya da işkence ve kötü muameleye maruz kalacağına dair kuvvetli şüphe sebepleri varsa, talep kabul edilmez.

8) Fiilin Geri Vermenin İstisnalarından Olmaması

Suçluların iadesi için gerekli olan fiile ve kişiye ilişkin şartlar gerçekleşse de iade her zaman mümkün olmayabilir. Bazı durumlarda eylem istisnai olarak geri verme kapsamı dışında tutulmaktadır. Bu istisnai durumlarda geri verme talebinde bulunulsa bile geri verme talebi kabul edilmeyecektir. Bu istisnai durumlar işlenen ya da işlendiği iddia edilen suçun niteliğinden kaynaklanmaktadır. Bu suçlar; mali suçlar, askeri suçlar, düşünce suçları, ölüm cezasını gerektiren suçlar ve özellikle de siyasi suçlardır.

a) Mali Suçlar

Devletin mali egemenliğini hedef alan suçlar genellikle iade kuralının dışında tutulmaktadır.⁵²

51 Özgen, *Suçluların Geri Verilmesi*, s.117 vd.

52 Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.166

SİDAS'ın 5'inci maddesine göre; Vergi resim, kambiyo ve gümrük mevzularında işbu Sözleşmedeki şartlara tevfikan suçluların iadesi, ancak her suç veya suç kategorisi için bu hususun Akit Taraflar arasında kararlaştırılmış olması halinde mümkündür.

SİDAS'a göre mali suçlarda geri verme kuralı olarak kabul edilmektedir. Ancak taraf devletlerin kendi aralarında mali suçlar için de iade hususunda anlaşmaları ile bu kurala istisna getirilebilecektir. Ülkemiz ile ABD arasında yapılan geri verme sözleşmesinde kaçakçılık, vergi ve resim kaçakçılığı, uluslar arası para transferine ilişkin suçlarda geri verme kabul edilmiştir.⁵³

SİDAS'a ek 2. Protokol'ün 2. maddesi ile sözleşmenin 5. maddesi değiştirilmiş ve mali suçlar da iade kapsamına alınmıştır. Mevcut durumda protokole taraf olan devletlerden mali suçlar için de iade talebinde bulunulması mümkün hale gelmiştir.⁵⁴

5237 sayılı TCK'nun 18 inci maddesinde bu konuda bir hüküm bulunmamaktadır.

b) Askeri Suçlar

Askeri suçlar, sırf askeri suçlar ve askeri suç benzerleri olmak üzere ikiye ayrılırlar. **Sırf askeri suçlar**⁵⁵, bir asker kişi tarafından askeri hizmet veya görevin ihlali suretiyle işlenip de, bu sıfatı taşımayan kişiler tarafından işlenmesi mümkün olmayan ve yaptırımını sadece Askeri Ceza Kanununda düzenlenen suçlardır. **Askeri suç benzeri**⁵⁶ ise, asker olmayan kişiler tarafından da işlenmeleri mümkün olan ve askeri bir yararı koruma amacı güden, bütün ve bazı unsurlarıyla TCK'da düzenlenen ya da Askeri Ceza Kanununda TCK'ya atıf yapılmak suretiyle düzenlenen suçlardır.⁵⁷

SİDAS'ın 4 üncü maddesine göre; Cezai hukuka göre suç teşkil etmeyen askerî suçlar dolayısıyla iade işbu Sözleşmenin tatbik sahası dışındadır.

Genel ceza hukuku anlamında suç sayılmayan askeri suçlar doktrinde

53 İçel ve Donay, **Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku Genel Kısım**, s.221

54 Ergül, **Teori ve Uygulamada Suçluların İadesi ve Hükümlülerin Nakli**, s.59

55 Fırar suçu gibi.

56 Görevi kötüye kullanma suçu gibi.

57 Demirbaş, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s.167

“sırf askeri suçlar” olarak adlandırılmaktadır. SİDAS’ın 4’üncü maddesine göre sırf askeri suçlar sebebiyle iade talep edilemeyecektir, talep edilse dahi talep reddedilecektir.⁵⁸

Sonuç itibariyle sırf askeri suç kavramına girmeyen suçlar sebebiyle, yani Askeri Ceza Kanunu’nda ve genel ceza kanununda aynı zamanda düzenlenmiş bir suçun faili, asker kişi de olsa geri verilebilecektir. Ancak, unsurları itibariyle yalnız askeri ceza kanununda yer almış bir suçu işleyen asker kişiler ve bunların eylemlerine iştirak eden diğer asker veya sivil kişiler geri verilmeyeceklerdir.⁵⁹

5237 sayılı TCK’nun 18 inci maddesinde; geri verme talebine esas teşkil eden fiil, askeri suç ise geri verme talebinin kabul edilmeyeceği düzenlenmiştir.

Uygulamada sırf askeri suçlar sebebiyle yapılan soruşturma ve kovuşturmalar kapsamında yapılan adli yardımlaşma talepleri de ABD gibi ülkeler tarafından reddedilmektedir.

c) Düşünce Suçu

5237 sayılı TCK’nun 18’inci maddesine göre; geri verme talebine esas teşkil eden fiil düşünce suçu niteliğinde ise geri verme talebi kabul edilmeyecektir.

5237 sayılı TCK, geri vermenin mümkün olmadığı suçlar kapsamına düşünce suçu olarak adlandırdığı yeni bir suç tipi daha eklemiştir. Ancak TCK’da düzenlenmiş suçlar arasında düşünce suçu diye bir suçun bulunmaması sebebiyle TCK’da getirilen bu yenilik pek yerinde olmamıştır. Zaten “düşünce suçu” olarak nitelenebilecek suçlar genelde siyasi suç kapsamında değerlendirilmektedir.⁶⁰

d) Ölüm Cezasını Gerektiren Suçlar

SİDAS’ın 11’inci maddesine göre; Talep eden tarafın kanununda iade talebine sebep olan fiilin ölüm cezasını müstelzim olmasına mukabil, kendisinden iade talep edilen tarafın mevzuatında ölüm cezasının bulunmaması veya bu memlekette ölüm cezasının umumiyetle tatbik edilmemesi

58 Ulugöl, *Suçluların Geri Verilmesi ve Siyasi Suç*, s.56

59 İçel ve Donay, *Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku Genel Kısım*, s.321

60 Özbek, *Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı (Açıklamalı-Gerekçeli-İçtihatlı) Genel Hükümler*, s.229

halinde ancak talep eden taraf ölüm cezasının infaz edilmeyeceğine dair talep edilen tarafa kâfi teminat verdiği takdirde iade yapılabilir.

5237 sayılı TCK'nun 18'inci maddesinde ölüm cezasını gerektiren suçlarla ilgili bir düzenleme bulunmamaktadır.

SİDAS'ın 11'inci maddesinden anlaşılacağı üzere, mevzuatında idam cezası bulunmayan ve kendisinden iade talebinde bulunulan devlet, mevzuatında idam cezası bulunan ve iade talebinde bulunan devletten ölüm cezasını infaz etmeyeceği konusunda güvence isteme hakkına sahiptir. İdam cezasının infaz edilmeyeceği yönünde verilen güvenceye itibar edip etmeme hakkı istemde bulunulan devlete aittir. Eğer güvenceyi yeterli bulmaz ise iade talebini reddedebilecektir. Talep edilen güvence, iadesi istenen kişi hakkında idam kararı verilmeyeceğine dair bir güvence değildir. Sadece idam kararı verilse bile bunun infaz edilmeyeceğine ilişkin bir güvencedir. Gelişmiş ülkelerin ceza sistemlerinde bulunmayan bazı cezaların(örneğin kırbaç cezasının) var olduğu devletlere, bu cezaların uygulanmaması şartı ile geri verme genellikle kabul edilmektedir.⁶¹

Ülkemizin mevzuatında ölüm cezasının bulunduğu dönemlerde yapılmış olduğu iade taleplerinin birçoğu reddedilmiştir. İdam cezasının infaz edilmeyeceği yönünde verilen güvenceler de çoğu kez yeterli görülmemiştir. Hatta bazı ülkeler iade taleplerimizi reddetmek için bu durumu bahane olarak kullanmıştır. Bu gelişmeler üzerine, 3 Ekim 2001 tarihli 4709 sayılı yasayla Anayasada değişiklik yapılmış ve Anayasanın 38'inci maddesine; *savaş, çok yakın savaş tehdidi ve terör suçları halleri dışında ölüm cezası verilemeyeceği* hükmü getirilmiştir. 9 Ağustos 2002 tarihinde yürürlüğe giren 4771 sayılı yasa ile mevzuatımızda düzenleme yapılmış ve hatta daha ileri giderek Türk hukuk düzeninde ölüm cezasını, AİHS hükümlerine paralel olarak sadece savaş ve çok yakın savaş tehdidi hallerine münhasır kılmıştır. Yapılan bu düzenlemeler Avrupa Birliğine giriş süreci içerisinde yeterli görülmediğinden yeniden değişiklik yapılması ihtiyacı hasıl olmuştur. Bu sebeple Anayasanın 38'inci maddesinde 7 Mayıs 2004 tarihinde 5170 sayılı kanunun 5'inci maddesiyle yapılan değişiklikle; *savaş ve yakın savaş halleri de dahil olmak üzere ölüm cezası verilemeyeceği* hükmü getirilmiştir.

61 Ulugöl, *Suçluların Geri Verilmesi ve Siyasi Suç*, s.43 vd.

e) *Siyasi Suç*

Hakkında siyasi bir suçlama bulunan kişinin talep eden devlete verilmeyeceği yönünde genel bir kaide bulunmakla birlikte neyin siyasi suç olduğu konusunda net bir belirleme yapılabilmemiş değildir.⁶²

Siyasi suçluların geri verilmeyeceğine ilişkin kural çok eskilere dayanmamaktadır. Siyasi suçluların geri verilmezliği ilkesinin ortaya çıkmasında, siyasi suç anlayışının ve devletlerin siyasi suçlara karşı tutumlarının gelişimi önemli rol oynamıştır. 19.yüzyılın ilk yarısında kendi ülkelerindeki otokratik yönetimlere karşı suç işleyenlerin daha demokratik devletlere sığınıp, sığındıkları ülkelerde sempati ile karşılanması ve sonrasında iade edilmemesi bu ilkenin kaynağını teşkil etmektedir.⁶³

Suçluların iadesi ile ilgili tarihsel gelişimlere bakıldığında, siyasal düzeni bozan kişilerin en ağır şekilde cezalandırılmaları hedeflendiği için, devletler günümüzdeki durumun aksine siyasi suçluların geri verilmemesi değil, bilakis geri verilmeleri konusunda anlaşmalar yapılmıştır. Devletin gelişim sürecinin ilk devirlerinde, devlet otoritesi mutlak olarak sağlanmak ve devam ettirilmek istenmiştir. Dolayısıyla bu amaca zarar veren kişilerin diğer adı suçlara göre daha ağır cezalandırılması düşüncesi egemen olmuştur. Dolayısıyla devletlerin özellikle geri verme anlaşmalarına konu ettikleri bu suçlular, krala/hanedana karşı suçlar olarak kabul edilen lese *majeste*; yani vatana ihanet, monarşiye karşı bir ayaklanma, monarkın hayatına bir saldırı veya monarkın ve onun şahsında hanedanını hor gören davranışlarda bulduklarında geri verme işlemine tabi tutuluyordu. Bu durum siyasi suçluların geri verilmemesi noktasında mihenk taşı olan Fransız İhtilaline kadar devam etmiştir.⁶⁴

Buradan hareketle denilebilir ki; Geri verme kurumunun ortaya çıktığı ilk zamanlarda siyasi suçlular toplu için en tehlikeli suçlular olarak görülmüş, iade talebinde bulunan devlete iade edilmişlerdir. Ancak Fransız ihtilalinden sonra bu devrimin getirdiği özgürlükçü akımların etkisiyle siyasi suçlular zulme karşı direnen, baskıya karşı çıkan, özgürlük için mücadele eden insanlar olarak görülmeye başlanmıştır. Buna bağlı olarak da siyasal suçluların sığındığı ülkeler tarafından kendilerine sığınma hakkı

62 Özgen, *Suçluların Geri Verilmesi*, s.67

63 Köprülü, *"Siyasi Suç İstisnası ve Terörizm"*, s.2

64 Köprülü, *"Siyasi Suç İstisnası ve Terörizm"*, s.3

tanınarak, siyasi suçluların suçu işlediği ülkeye geri verilmemesine başlanmıştır.

1) *Siyasi Suç Kavramı:*

Uluslararası sözleşmelerde siyasi suçun unsurları ve tanımı verilmiş değildir.⁶⁵ Çünkü siyasi suç için belirlenen tanımlar bulunulan yere ve zamana göre değişebilmektedir. Bu sebeple devletlerin çoğu kendi kanunlarında siyasi suç ile ilgili tanım ve tarif vermekten kaçınmıştır.⁶⁶

Doktrinde de siyasi suç tanımı ile ilgili bir ittifak yoktur. Zira her yazar kendi görüş ve anlayışına göre siyasi suçun tanımını yapmıştır.⁶⁷ Doktrinde birçok farklı siyasi suç tanımı yapılmakla birlikte, siyasi suçun tanımı konusunda esas itibarıyla iki teoreğin ön plana çıktığını söyleyebiliriz. Bunlar objektif teori ve subjektif teoridir. Objektif teoriye göre siyasi suçun belirleyeni, suçun hukuki konusu olup, siyasi iktidara ve işlevlerine, bireylerin siyasi haklarına yönelik suçlar siyasi suçtur. Subjektif teori ise faili suç işlemeye yönelen saiki esas alır. Bu saik siyasi ise suç da siyasi niteliktedir.⁶⁸

1) *Çeşitleri: Tam ve Nisbi Siyasi Suç*

Tam siyasi suçlar, devletin varlığına ve siyasal mekanizmasının işleyişine karşı ve bireylerin siyasal hak ve özgürlüklerine karşı ya da bu özgürlüklerin kullanılmasına ilişkin olarak işlenen suçlardır. Bu durumda denilebilir ki; devletin temel unsurlarının varlığı ile siyasi hak ve yetkilerine karşı işlenen suçlar, tam siyasi suçların esasını oluşturmaktadır. Siyasi yaşamın diğer unsuru olan bireyin siyasal özgürlüklerini kullanırken işlediği suçlar ile bunlara karşı işlenen suçlar ise, tam siyasi suçların diğer bölümünü oluşturmaktadır. İşlenen suçlar eğer tam siyasal suç olarak tanımlanabiliyorsa kişi iade edilmeyecektir.⁶⁹

Örneğin; ihtilal girişimi, casusluk, yabancı devletin ordusunda yer alma, devletin sistemini beğenmeyip dini nitelikli bir rejim oluşturmayı istemek, işçi sınıfının egemen olduğu bir sistem oluşturmaya çalışmak

65 İçel ve Donay, *Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku Genel Kısım*, s.223

66 Özgen, *Suçluların Geri Verilmesi*, s.67 vd.

67 Özgen, *Suçluların Geri Verilmesi*, s.69

68 Özbek, *Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı (Açıklamalı-Gerekçeli-İçtihatlı) Genel Hükümler*, s.230

69 Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.164

gibi eylemleri tam siyasi suç olarak kabul edebiliriz.

Nisbi siyasi suçlar, suç teşkil eden fiilin hem siyasi hem de adi suç niteliği taşıdığı hallerdir. Diğer bir ifadeyle nisbi siyasi suç, adi bir suçun siyasi saikle işlenmesidir. Örneğin siyasi bir örgüte gelir sağlamak amacıyla banka soyulması ve birinin öldürülmesi gibi.⁷⁰ Geri verme açısından tam ve nisbi siyasal suç arasında fark yoktur. Her iki suç türünün failleri de geri verilmeyecektir. Bununla beraber, nisbi siyasi suçta adi suçun da bulunması bu tür suçların bazı türlerinde geri vermeyi olanaklı hale getirmiştir. Gerçekten işlediği adi bir suça kılıf hazırlamak için adi suçla birlikte siyasal bir suçu da işleyen veya aynı mazereti sağlamak için siyasal saikle işlemiş gibi gösteren kişinin eylemi nisbi siyasi suç olarak kabul edilmeyecek ve iade talep eden ülkeye geri verilecektir.⁷¹

iii) Siyasi Suç Kapsamında Görülmeyen Eylemler

• Belçika Kuralı

Belçika kuralına göre, devlet başkanı ve ailesine karşı girişilen suikast suçları, siyasi suç sayılmayarak iade kapsamına girer. Belçika Kuralı'nın tarihçesi 19.yüzyıla dayanmaktadır. Bu kural, 1856 yılında ilk defa Belçika'da kabul edilmiştir. Bu kuralın Belçika Kuralı olarak adlandırılmasının nedeni ise, 1854 yılında iki Fransız'ın imparator III. Napolyon'u öldürmek amacıyla onun bindiği treni havaya uçurmaya teşebbüs etmeleri ve sonrasında Belçika'ya kaçmalarına dayanmaktadır. Suikast girişimi sonucu imparatora bir şey olmaz, fakat Fransa Belçika'ya kaçan faillerin iadesini talep eder. Ancak Belçika Temyiz Mahkemesi'nin, 1855 yılında, 1833 tarihli iade kanununun siyasi suçlarda iadeye izin vermediği gerekçesiyle bu talebi reddetmesi üzerine, Belçika 22 Mart 1856'da kabul ettiği kanunla, devlet başkanı ve ailesi efradından birine karşı işlenecek öldürme fiillerinin adi suç sayılacağını kabul etmiştir. Bu durum zamanla hemen hemen bütün devletler tarafından kabul edilmiş ve genel kural haline gelmiştir.⁷²

SİDAS'ın 3' üncü maddesinin 3. fıkrasına göre; İşbu Sözleşenin tatbikatı bakımından, bir devlet reisinin veya ailesi efradından birinin hayatına kasıt siyasi bir suç sayılmayacaktır.

70 Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.164

71 İçel ve Donay, *Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku Genel Kısım*, s.224

72 Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.164 vd.

“Hayatına kast” kavramı adam öldürme ve müessir fiil suçlarını içerir. Yoksa hakaret ve benzeri suçlar Belçika kuralına dahil değildir. Aile efradı, Devlet başkanını birlikte yaşasın, yaşamasın eşi, çocukları ve birlikte yaşamak kaydı ile diğer akrabalarını kapsamaktadır. Bu eylemin devlet başkanı görevde iken işlenmesi gerekir. Başka bir deyişle eski bir Devlet başkanına karşı işlenen suçta Belçika şartı uygulama alanı bulmaz.⁷³

- *Anarşizm Suçları*

Anarşizm, liberalizmin en abartılmış şekli olarak ifade edilebilir. Anarşizm, insanın mutlak özgürlüğünü kısıtlayan her türlü olguya karşıdır. Devlet kurumu da imtiyazlı bir sınıfın, halkın diğer kısımlarını sömürmek için meydana getirdiği bir alettir ve yıkılmalıdır.⁷⁴

Anarşist suçları diğer suçlardan ayıran husus, bunların eylemlerinin sadece bir ya da birkaç devletin siyasi sistemine veya hükümet şekline karşı değil, toplumsal hayat düzeninin esaslarına, temellerine, bütün devletlerin ortak mal varlıklarına yani kısacası kendiliğinden soyut anlamda devlete ve kurumlarına karşı olmasıdır.⁷⁵

SİDAS, anarşistlik suçları hakkında bir açıklık taşımamakla beraber, Türkiye ile İtalya arasında imzalanan iade sözleşmesinin 4’üncü maddesinin 3’üncü bendinde, “anarşist cürümleri de keza siyasi ef’alden adedilmeyecektir” denilmek suretiyle, bunların iade kapsamına girdikleri belirtilmiştir.⁷⁶

- *İnsanlığa Karşı İşlenen Suçlar(Jenosid-Soykırım Suçları)*

İkinci Dünya Savaşında Nazi Almanyası tarafından Yahudilere ve Çingenelelere karşı uygulanan soykırım politikası nedeniyle Paris’te toplanan Birleşmiş Milletler tarafından “Milli, Irki, Dini Kitleleri Kısmen Veya Tamamen İmha Suçunun (Genocide) Önlenmesi Ve Cezalandırılması Hakkındaki Sözleşme” kabul edilmiştir. Jenosit’in Önlenmesi ve Cezalandırılması Hakkındaki Sözleşme Türkiye Cumhuriyeti tarafından 23 Mart 1950 tarihli ve 5630 sayılı kanun ile onaylanmış ve 21 Ocak 1951 tarihinde yürürlüğe girmiştir.⁷⁷

73 İçel ve Donay, *Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku Genel Kısım*, s.225

74 Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.165

75 Özgen, *Suçluların Geri Verilmesi*, s.97

76 Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.164

77 Ulugöl, *Suçluların Geri Verilmesi ve Siyasi Suç*, s.154

Bu sözleşmenin 2'inci maddesine göre, Jenocit (Genocide); “ **milli, etnik, ırki ve dini bir grubu kısmen veya tamamen imha etmek maksadıyla**; Grup üyelerinin öldürülmesi, bedeni ve akli melekelerinin ciddi şekilde bozulması, grubun bedeni varlığının kısmen veya tamamen yok edilmesine yol açacak hayat şartlarına tabi tutulması, grup içinde doğumları aksatacak önlemlerin alınması, bir grup çocuklarının diğer bir gruba zorla nakledilmesi” olarak belirlenmiştir.⁷⁸

Sözleşmenin 7'inci maddesine ve SİDAS'a ek 1'inci protokolün 1'inci maddesine göre yukarıda belirtilen eylemler siyasal suç kapsamında değerlendirilmeyecektir.

- *Savaş Suçları*

2. Dünya Savaşından sonra savaş suçu faillerinin dünyanın neresinde olursa olsunlar cezalandırılması gerektiği düşüncesinin etkisiyle 1945 yılında Londra'da imzalanan bir anlaşma ile kurulan Nuremberg Mahkemesinde savaş suçları yargılamaya konu teşkil etmiştir.⁷⁹

8.8.1945 tarihli Londra Anlaşmasına ekli statünün 6'ıncı maddesinin 2'inci fıkrasına göre **savaş suçları**; “savaş yasalarının ve yapıla geliş kurallarının çiğnenmesi” olarak ifade edilmiştir.

SİDAS'a ek 1'inci protokolün 1'inci maddesine göre, sözleşmenin 3'üncü maddesinin uygulanmasında aşağıdaki fiillerin siyasi suç sayılmayacağı belirtilmiştir.

Bunlar⁸⁰: Savaşta Silahlı Kuvvetler İçinde Bulunan Yaralı ve Hastaların Korunması Hakkındaki 1949 Tarihli Cenevre Sözleşmesi'nin 50'inci maddesinin öngördüğü suçlar, Savaşta Deniz Silahlı Kuvvetlerinde Yer Alan Deniz Kazası Kurbanlarının, Hasta Ve yaralıların Korunması Hakkındaki Sözleşmenin 51'inci maddesinde yer alan suçlar, 1949 Cenevre Savaş Esirlerine Yapılacak Muameleler Hakkındaki Sözleşmenin 130'uncü maddesinde yer alan suçlar, Savaş Sırasında Sivillerin Korunmasına İlişkin 1949 Cenevre Sözleşmesinin 147'inci maddesinde yer alan suçlardır.

78 Ulugöl, *Suçluların Geri Verilmesi ve Siyasi Suç*, s.154

79 Özgen, *Suçluların Geri Verilmesi*, s.101

80 Ulugöl, *Suçluların Geri Verilmesi ve Siyasi Suç*, s.157

- *Terör Suçları(Tedhişçilik Eylemleri)*

Tedhişçilik, siyasal bir amaca erişebilmek için şiddetin araç olarak kullanıldığı suç tipi şeklinde tanımlanabilir. Tedhişçilikten söz edebilmek için şiddet hareketlerinin siyasal amaçla yapılması şarttır. Aksi halde yapılan şiddet eylemleri müessir fiil, yağma gibi şiddetin kullanıldığı adi suçlarını oluşturabilir⁸¹.

Günümüz dünyasında neredeyse her ülkede yerleşik terör örgütleri vardır. Eskiden salt iç terör olarak niteleyebileceğimiz hareketler günümüz dünyasında boyut değiştirerek uluslararası terörizm aşamasına ulaşmıştır. Bu örgütler artık siyasi amaçlarının dışında örneğin uyuşturucu kaçakçılığı gibi tali yollara da saparak kendilerine finansman sağlanmaktadır. Bu anlamda kabuk değiştiren terörizm, bir devlet sorunu olmaktan çıkıp devletlerarası bir sorun haline gelmiştir. Bu sebeple bu sorunların çözülmesi amacıyla devletlerin cezai konularda birbirleriyle yardımlaşma olanaklarını artırmaları ihtiyacı daha da artmıştır. Bu kapsamda terör suçlarının siyasal suç kapsamında değerlendirilmemesi gerektiği düşüncesi ağır basmış ve bu kapsamda suçluların iadesi gerektiği kabul edilmiştir.⁸²

Türkiye'nin, 19.5.1981'de onayladığı 1977 tarihli "Tedhişçiliğin Tenkili Hususundaki Avrupa Sözleşmesi" terörizmle uluslararası boyutta mücadele bakımında önemli bir yere sahiptir. Bu sözleşmenin amacı, zorunlu hallerde, yürürlükteki iadeye ilişkin hükümleri tamamlamak ya da değiştirmek suretiyle, teröristlerin iadesini ya da bu konuda ki karşılıklı yardımlaşmayı kolaylaştırmaktır. Bu sözleşmenin 1'inci maddesinde iade yönünden siyasi ya da siyasi suça bağlı nisbi siyasi suç sayılamayacaklarını belirlediği fiiller, 1970 La Haye, 1971 Montreal, 1973 Newyork sözleşmelerinin de öngördüğü fiillerdir. Gerçekten de, Türkiye'nin de taraf olarak onayladığı 1970 tarihli "Uçakların Kanun Dışı Yollarla Ele Geçirilmesinin Önlenmesi Hakkında La Haye", "1971 tarihli Sivil Havacılığın Güvenliğine Karşı Kanundışı Eylemlerin Önlenmesine İlişkin Montreal" ve "1973 tarihli Diploması Ajanları da Dahil Olmak Üzere Uluslar arası Korunmaya Sahip Kişilere Karşı İşlenen Suçların Önlenmesi ve Cezalandırılmasına Dahil Newyork" sözleşmelerinde de suçluların iade edilecekleri taraf devletlerce kabul edilmiştir.⁸³

81 İçel ve Donay, *Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku Genel Kısım*, s.225 vd.

82 Köprülü, *"Siyasi Suç İstisnası ve Terörizm"*, s.11

83 Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.165 vd.

iv) Suçluların İadesine Dair Avrupa Sözleşmesinde Siyasi Suçlardan Dolayı Geri Verilmezlik Kuralı

SİDAS'ın 3/1. maddesine göre; İade talebine sebep olan suç kendisinden iade talep edilen tarafça siyasi bir suç veya böyle bir suç ile irtibatlı fiil olarak telakki edildiği takdirde suçlu iade edilmeyecektir.

Madde metninden de anlaşılacağı üzere SİDAS'ta siyasi suç tanımlanması yapılmamış, sadece siyasi suçları ve siyasi suçlarla irtibatlı olan adli suçları işleyenlerin iade edilmeyeceği prensibi kabul edilmiştir. Dolayısıyla siyasal saikle işlenmiş adi suçların faillerinin de iade edilmemesi kural olarak kabul edilmiştir⁸⁴.

IV. SUÇLULARIN İADESİNDE USUL

A. İade Usulünde Sistemler

Suçluların iadesi konusunda sistemleri karşılaştırmalı hukukta adli, idari ve karma olmak üzere üç başlık altında toplamak mümkündür. Adli sistemde, suçlunun iadesi konusunda karar verme yetkisi tek başına mahkemeye aittir. Mahkeme tarafından suçlunun iadesi hususunda verilen karara olumlu ya da olumsuz olduğuna bakılmaksızın hükümet uymak zorundadır. Adli sistemin uygulandığı ülkeye örnek olarak İngiltere gösterilebilir. İdari sistemde, hükümet karar öncesinde genellikle savcılığın görüşünü alır. Ancak bu görüşle bağlı olmaksızın, iade talep eden devletlerle arasındaki antlaşmalara ve genel siyaset ilişkilerine dayanarak, suçlunun iadesi ya da aksi yönde bir karar verir. Karma sistemde, suçluların iadesi adli ve idari işlemlerin bir arada gerçekleştirilmesi ile mümkündür. Şöyle ki; iade talebi ile ilgili karar vermek üzere dosya önce mahkemeye verilir ve mahkeme dosyayı inceledikten sonra kararını verir. Eğer, mahkemenin kararı iade talebinin reddi yönünde ise, hükümet bununla bağlıdır. Eğer mahkemenin kararı iade talebinin kabulü yönünde ise, hükümet suçluyu iade edip etmemekte serbesttir. Türkiye iade konusunda karma sistemi benimsemiş ülkelerdendir⁸⁵.

84 Ergül, *Teori ve Uygulamada Suçluların İadesi ve Hükümlülerin Nakli*, s.49

85 Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.168

B. İade Talepnamesi, İçeriği ve Dili

1) İade Talepnamesi

Herhangi bir suçlunun iadesi ile ilgili prosedürün işlemeye başlaması için öncelikle talep eden devletin talep edilen devlete gönderdiği bir talepname bulunması gerekir. Talepname, sanık veya mahkûm şahsı kovuşturacak veya cezasını infaz edecek devlet tarafından, bu şahsın ülkesinde bulunduğu devlete verilen ve anılan şahsın kendisine teslimi istemini içeren yazılı belgedir.⁸⁶

SİDAS'ın 12/1 maddesine göre; İade talebi yazılı olarak ve diplomatik yoldan yapılacaktır. İki veya daha fazla taraflar arasında doğrudan doğruya anlaşma suretiyle diğer bir talep şekli tespit edilebilir.

Görüldüğü gibi sözleşmede de taleptenmenin mevcudiyeti şarttır. Bu taleptenmenin kural olarak yazılı olması ve diplomatik yoldan iletilmesi gerekli olmakla beraber taraf devletler aralarında yapacakları iki taraflı ya da çok taraflı bir anlaşmayla farklı bir talep şekli hususunda anlaşabilirler.

2) Talepnameye Eklenecek Belgeler

SİDAS'ın 12/2 maddesinde, iade taleptenmesinde bulunması gereken hususlar düzenlenmiştir. Maddeye göre taleptenmede bulunması gereken hususlar şöyledir:

a. "İade talep eden tarafın kanunlarına uygun surette ısdar edilmiş ve infaz kabiliyetini haiz bir mahkûmiyet kararının veya tevkif müzekkere-sinin yahut aynı tesiri haiz diğer her hangi bir kararın aslı veya tasdikli sureti,

b. İade talebine sebep olan fiillerin ışıarı, ika edildikleri yer ve zaman, hukuki tavsifleri ve bunlara tatbik olunacak kanuni hükümler mümkün olduğu kadar sarih bir şekilde gösterilecektir,

c. Tatbik edilecek kanuni metinlerin bir sureti veya mümkün değilse, tatbik olunacak hukukun izahı ve ayrıca talep olunan şahsın mümkün olduğu kadar sarih eşkâli ile milliyetini ve hüviyetini tespiti yarayacak diğer bütün malumat."

86 Ergül, Teori ve Uygulamada Suçluların İadesi ve Hükümlülerin Nakli, s.67

Eğer talep edilen devlet talepnameindeki bilgi ve ekli belgeleri karar vermek için yetersiz bulursa, talep eden devletten gerektiğinde uygun bir süre vererek ek bilgi isteyebilecektir.⁸⁷

Bu husus da SİDAS'ın 13'üncü md.'sinde düzenlenmiştir. SİDAS madde 13'e göre; İade talep eden Tarafça verilen malumat, kendisinden iade talep edilen tarafın işbu Sözleşme gereğince bir karar vermesi için kâfi görülmediği takdirde bu taraf lüzumlu munzam malumatı talep edecek ve bu malumatın tevdi için bir mühlet tedbir edebilecektir.

3) İade Evrakının Dili

İade talebine ilişkin evrakın dili ile ilgili husus SİDAS madde 23'te düzenlenmiştir. Maddeye göre; Tevdi olunacak vesaik talep eden Taraf veya kendisinden iade talep edilen Taraf lisanında tanzim olunacaktır. Bu sonuncu Taraf, Avrupa Konseyinin resmi dillerinden seçeceği birisine yapılmış bir tercüme talep edebilir.

Uygulamada, talep edilen devlet Türkiye olduğunda, talep eden devlet, evrakı kendi dilinde ve Türkçe tercümesiyle birlikte göndermekte, bazen de kendi dilinde ya da İngilizce veya Fransızca tercümesiyle göndermektedir. Bu durumda iade talebine ilişkin evrakın Bakanlıkça ya da intikal ettirildiği savcılıkça tercüme ettirilmesi gerekmektedir⁸⁸.

C. İade Talep Eden Ülke Türkiye İse

Ülkemizde yargılanmakta olan veya mahkûm edilmiş bulunan bir kişinin yurt dışına belli bir ülkeye kaçtığı tespit edilirse, bu kişinin iadesi için iade evrakı düzenlenip bulunduğu ülkeden iadesi istenebilir.⁸⁹ İade talebinin kabul edilmesi veya gecikme yaşanmaması için öncelikle dosyanın iyi hazırlanması gerekir. Bu bakımdan suçun nerede, nasıl, kime karşı işlendiği ve delillerle ilgili bilgilerin bulunduğu lüzum müzekkeresi ile iddianame ya da mahkûmiyet örneklerinin, varsa sanık veya hükümlünün parmak izi ve fotoğraflarının, eşkâlinin, ihlal edilen kanun maddesinin

87 Ergül, *Teori ve Uygulamada Suçluların İadesi ve Hükümlülerin Nakli*, s.68

88 Ergül, *Teori ve Uygulamada Suçluların İadesi ve Hükümlülerin Nakli*, s.68

89 Ergül, *Teori ve Uygulamada Suçluların İadesi ve Hükümlülerin Nakli*, s.69

talepnamede belirtilmesi gerekir. Talepnamenin, istemde bulunulan ülkenin diline ya da bu mümkün değilse sözleşmede belirtilen İngilizce veya Fransızca dillerinden birine tercüme ettirilerek gönderilmesi gerekir. İade evrakının öncelikle Adalet Bakanlığınca Dışişleri Bakanlığına ve oradan da talep edilen ülkedeki Türk Büyükelçiliğine gönderilmesi gerekir. Fakat acele durumlarda, iade evrakının bir sureti İnterpol vasıtasıyla talepte bulunulan devlet makamlarına ulaştırılabileceği gibi, fail veya hükümlünün kaçma ihtimali varsa, iade evrakı hazırlanıncaya kadar, iade maksadıyla geçici olarak tutuklanması da İnterpol vasıtasıyla Adalet Bakanlığı haberdar edildikten sonra lüzum müzekkeresi ile istenebilir. Ancak bu arada iade evrakının süratle hazırlanıp talepte bulunulan devlete gönderilmesi gerekir. İade maksadıyla geçici tutuklama, Suçluların İadesine Dair Avrupa Sözleşmesine göre, 18 gündür ve 40 güne kadar uzatılabilir.⁹⁰

D. Türkiye'nin İade Talep Edilen Ülke Olması

İade talep edilen ülkenin Türkiye olması durumunda, geri verme istemi, diplomatik kanaldan Türk Dışişleri Bakanlığına gelir. Dışişleri Bakanlığı geri verme istemini devletin dış politikası, geri verme yönündeki anlaşmalar yönünden inceler ve kendi görüşünü (olumlu ya da olumsuz) de belirterek evrakı Adalet Bakanlığına yollar. Adalet Bakanlığı gerekli araştırma ve işlemlerin yapılarak bir karar verilmesi için dosyayı suçlunun bulunduğu yerdeki Ağır Ceza Mahkemesine⁹¹ sunulmak üzere o yer savcılığına gönderir⁹². Savcılık kendisine gelen dosyayı Ağır ceza mahkemesine gönderdikten sonra dosya Ağır Ceza Mahkemesi tarafından incelenir. Mahkeme yapacağı incelemede; İade talep edilen kişinin Türk vatandaşı olup olmadığını, talebe konu olan suçun siyasi ya da buna bağlı olan suçlardan biri olmadığını, Avrupa Sözleşmesine ya da ikili sözleşmeye göre iadesi caiz olmayan suçlardan biri olup olmadığını dikkate alacaktır.

Mahkeme kesinlikle işin esasına giremeyecektir. Mahkeme iade ya da iade talebinin reddi yönünde karar verecektir. Mahkemenin iade talebinin reddi yönünde vermiş olduğu karara karşı temyiz yoluna başvurulabilir.

90 Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.169

91 5237 sayılı TCK'nın 18' inci maddesine göre geri verme talebi hakkında kişinin bulunduğu yer ağır ceza mahkemesi karar verecektir.765 sayılı TCK'nın 9'uncu maddesine göre bu konuda yetki asliye ceza mahkemesine aitti.

92 İçel ve Donay, *Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku Genel Kısım*, s.236

Buna karşılık mahkemenin yaptığı incelemede, iadenin koşullarının gerçekleştiği kararına varılırsa, Bakanlar Kurulu bu kişiyi iade edip etmemekte serbesttir(TCK 18/5). Mahkemenin iadeye karar vermesi halinde ayrıca fail, iade maksadıyla tutuklanır ve iade evrakı tekrar Adalet Bakanlığına gönderilir. Adalet Bakanlığı Bakanlar Kurulundan iadesi istenen kişinin iadesine karar verilmesini ister.⁹³

5237 sayılı TCK madde 18/3' e göre; Kişinin, talep eden devlete geri verilmesi hâlinde ırkı, dini, vatandaşlığı, belli bir sosyal gruba mensubiyeti veya siyasî görüşleri nedeniyle kovuşturulacağına veya cezalandırılacağına ya da işkence ve kötü muameleye maruz kalacağına dair kuvvetli şüphe sebepleri varsa talep kabul edilmez.

Bu fıkra geri verme konusunda geniş bir takdir yetkisi tanımaktadır. Dolayısıyla yargı makamları tarafından talep edilen kişinin iadesi yönünde bir karar çıksa dahi siyasi irade eğer kişiyi iade etmek istemiyorsa madde 18/3'te belirtilen sakıncalardan faydalanabilecektir.

E. Geri Vermede İhtisas (Özellik) Kuralı

Geri vermede ihtisas kuralı ile ilgili hem SİDAS'ta hem de TCK'da açık düzenlemeler vardır. SİDAS madde 14/1'e göre; İade edilen şahıs iadededen evvel ika ettiği ve iadeye esas olandan başka bir fiilden dolayı takip veya muhakeme edilemeyeceği gibi bir ceza veya emniyet tedbirinin infazı için tevkif edilemez ve kezalik her hangi bir surette hürriyeti kısıtlanamaz. TCK madde 18/8'e göre; Geri verme hâlinde, kişi ancak geri verme kararına dayanak teşkil eden suçlardan dolayı yargılanabilir veya mahkûm olduğu ceza infaz edilebilir.

Talep edilen devlet tarafından geri verme kabul edildiğinde geri alan devlet faili ancak geri vermenin konusu olan suçtan dolayı yargılayabilir veya mahkûm olduğu ceza infaz edilebilir. Buna **geri vermede hususilik kuralı** denir.⁹⁴ İadede hususilik kuralının sonuçları şunlardır: İade edilen kişi sadece iade taleplerinde belirtilen suçtan yargılanabilir veya iadeye konu olan cezası infaz edilebilir. Diğer suçları nedeniyle, teslim alan devlet bu kişiyi takip edemez; takip edebilmesi için iade eden devletin

93 Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.170

94 Özbek, *Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı (Açıklamalı-Gerekçeli-İçtihatlı) Genel Hükümler*, s. 224

onayı gereklidir. Bu durum iade edilen kişinin geri verilmesinden önce işlediği suçlar için geçerlidir. Eğer kişi iade edildikten sonra, iade edildiği ülkede yeni bir suç işlerse, kural bu suçu içermez. Suçlu iade edildikten sonra, iade talebinde belirtilen suçun niteliği değişmişse, SİDAS madde 14/3 gereğince, “Suç addolunan fiilin evsafı takibat esnasında değişmişse, iade edilen şahıs hakkında ancak yeniden tavsif edilen suçun unsurları iadeyi icap ettiriyorsa, takibat ve muhakeme yapılabilir.” Yani, yeniden nitelendirilen suçun unsurları iadeyi gerektiriyorsa, yargılama yapılabilir. Buna karşılık değişme sonunda suç, siyasi suç gibi iadeye engel suçlardan biri haline gelecek olursa, teslim alan devlet kişiyi derhal serbest bırakmak zorundadır. İade edilen kişi kovuşturma sonucunda beraat ettikten sonra ya da cezası infaz edildikten sonra iade etmiş olan devletin onayı olmadan başka bir ülkeye iade edilemez. İade edilen kişinin rızası, “ ihtisas kuralı”nın etkisini ortadan kaldırmaz. Çünkü suçlunun iadesi iki devlet arasında gerçekleşen bir işlem olup, iade edilen kişi tek taraflı iradesi ile bunu ortadan kaldıramaz. Bu nedenle, iade edilen kişinin rızasının bir önemi yoktur.⁹⁵

İadede ihtisas kuralı belirli şartların gerçekleşmesi halinde etkisini kaybeder. Bunlar: İade edilen kişi iadeye konu olan fiilden dolayı beraat ettikten ya da cezasını çektikten belirli bir süre sonra iade edildiği ülkeyi terk etmeyecek olursa; iade talebine konu olan suçtan önce işlemiş bulunduğu suçlardan dolayı da kovuşturulabilir. Bunun için kişinin sadece serbest bırakılması yetmez; ülkeyi terk edebilme olanağının fiilen de bulunması gerekir. Bu durum, SİDAS madde 14/1.b’de “İade edilen şahsın nihai olarak serbestisine kavuşmasını takip eden 45 gün zarfında iade edildiği Tarafın arazisini, elinde imkân olduğu halde terk etmemesi veya terk ettikten sonra buraya geri dönmesi halinde” şeklinde düzenlenmiştir. İade edilen kişi, teslim edildiği ülkeyi terk ettikten sonra, tekrar dönerse, kural yine etkisini kaybeder. Talep edilen devlet onay verirse, onay verdiği noktalarda kural etki etmez. Çünkü amaç talep edilen devletin haklarını korumak olduğundan, bu devlet hakkın süjesi olarak bu hakkından feragat edebilir.⁹⁶

95 Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.171

96 Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.171-172

I. SONUÇ

Günümüzde, özellikle küreselleşmenin de etkisiyle, ayrıca bilişim, iletişim ve ulaşım alanlarındaki baş döndürücü gelişmeler, takibi zor yeni suç tipleri ortaya çıkardığı gibi bir devlette suç işleyen bir şahsın başka bir devlete geçişini de kolaylaştırmış ve bir çok suç küresel boyutta işlenmeye başlamıştır. Bu gelişmeler devletlerarası adli yardımlaşmanın bir türü olan suçluların iadesi kurumunun önemini arttırmıştır.

Yukarıda da değinildiği gibi TCK madde 18/3'te bulunan “*Kişinin, talep eden devlete geri verilmesi hâlinde ırkı, dini, vatandaşlığı, belli bir sosyal gruba mensubiyeti veya siyasî görüşleri nedeniyle kovuşturulacağına veya cezalandırılacağına ya da işkence ve kötü muameleye maruz kalacağına dair kuvvetli şüphe sebepleri varsa, talep kabul edilmez*” şeklindeki hüküm, subjektif bir değerlendirme ile talep edilen kişinin iadesinin reddedilmesine imkân sağlamaktadır. Benzer düzenlemelerin diğer ülkelerin iç hukuklarında da bulunduğu düşünüldüğünde; ülkemizin hem iade talep eden hem de talep edilen ülke olduğu durumlarda, hukuki argümanların yanında ikili ilişkiler ve iade talep eden ülkelerdeki hukuki güven daha önemli hale gelecektir. Geçmişte ülkemizin iade talep eden ülke olduğu durumlarda talebimizin reddedildiği durumlar olmuştur. Ülkemiz halkının yargıya duyduğu güvenin yüzde 20–30 civarında olduğu yönünde farklı zamanlarda basında yer alan haberler doğru kabul edilecek olursa; ülkemiz tarafından herhangi bir suçlunun iadesi talep edildiğinde karşı devletin talebimizi reddetmesi durumunda, bunun sadece subjektif ve haksız sebeplere dayandığını söylemek doğru olmayacaktır.

KAYNAKÇA

Altınır, Sümeyra, “*Uluslararası Hukuk Kurallarına ve Türk Ceza Kanunu Hükmüne Göre Suçluların İadesi*”, <http://cujl.cankaya.edu.tr/8-1/202%20Makale%20Altinir.pdf> linkinden bu makaleye ulaşılabilir.

Artuk, Mehmet Emin / Gökçen, Ahmet ve Yenidünya, Caner, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, (Ankara, Adalet Yayınevi, 2007)

Demirbaş, Timur, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2005)

Dönmezer, Sulhi ve Erman, Sahir, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, Genel Kısım, Cilt III, Yeniden Gözden Geçirilmiş On İkinci Bası, (İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş, Ekim 1997)

Ergül, Ergin, **Teori ve Uygulamada Suçluların İadesi ve Hükümlülerin Nakli**, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2003)

Hakeri, Hakan, **Ceza Hukuku**, Seçkin Yayınları, Ankara, Eylül 2005

Köprülü, Timuçin, “*Siyasi Suç ve İstisnası*”, www.law.ankara.adresinden bu makaleye ulaşılabilir.

İçel, Kayıhan ve Donay, Süheyl, **Karşılaştırmalı Ve Uygulamalı Ceza Hukuku Genel Kısım 1.Kitap**, Beta Yayınları 3.Bası, İstanbul, Kasım 1999

Özbek, Veli Özer, **Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı(Açıklamalı-Gerekçeli-İçtihatlı) Genel Hükümler**, Cilt I, Seçkin Yayınevi, Ankara 2005

Özgen, Eralp, **Suçluların Geri Verilmesi**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No:167, Ajans-Türk Matbaası, Ankara-1962

Ulugöl, Haluk, **Suçluların Geri Verilmesi ve Siyasi Suç**, Adil Yayınevi, Ankara 2003

www.tdk.org/TDKSOZLUK/SOZBUL

SUÇU VE SUÇLUYU ÖVME SUÇU (TCK md. 215)

Kenan Evren YAŞAR *

“...İşte kardeşim, her şeyden evvel bunu düşünerek sana ölümünde saygı gösterdim ve işte bunun için yaptıklarım kral Kreon’a bir cürüm gibi, küstahça bir isyan gibi geliyor.”

*Antigone ***

ÖZET

Övmenin cezalandırılabilir olması için bir suça veya suçluya yönelmesi gerekmektedir. Kanun koyucu suça ve suçluya yönelik övgü içeren, onu haklılaştırmaya çalışan ifadeleri, kamu düzeni açısından açık ve yakın bir tehlike doğurması durumunda bu düzeni korumak amacıyla . Suçun ifade edilen somut tehlike hali, her ne kadar ifade özgürlüğünün korunması için bir sınır oluşturuyor ise de, düzenleme ile ifade özgürlüğünü tehlikeye sokan bir suçun ortaya çıktığını tespit etmek mümkündür. Birçok ülke kanunda yer alan bu suçun uygulamasının, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin de sıklıkla kararlarında vurguladığı, Avrupa İnsan Haklar Sözleşmesi’nin 10. maddesi ile birlikte gerçekleştirilmesi gerekir.

Anahtar Kelimeler: Açık ve yakın tehlike ölçütü, ifade özgürlüğü, kısıktırma, objektif cezalandırılabilme şartı, propaganda, suçu ve suçluyu övme suçu, somut tehlike suçu.

* Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

** Sophokles’in Yunan Mitolojisinden etkilenecek yazdığı Antigone (MÖ 440) adlı trajediden bir tirat.

RÉSUMÉ

L'apologie pénalement réprimée consiste en une glorification ou une justification valorisant d'un acte criminel ou de son auteur. La législateur vise que préserve de la tranquillité de l'ordre public avec cette incrimination. Cependant cette infraction pourrait s'agir d'un délit d'opinion, ce qui peut s'avérer dangereux pour la liberté d'expression. Donc, les exigences répressives du législateur doivent être conciliées avec celles de l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la cour européenne étant très attentive au respect de la liberté d'expression. La liberté devrait être au cœur de la démocratie et de l'Etat de droit.

Mots-clés: la liberté d'expression, incitation, propagande, apologie de crime, provocation non suivie d'effet.

GİRİŞ

Suç, kaynağını hukuk normlarından alan ve toplumda karşılığı olan hukuki değerlerin bir veya birkaçını ihlal eden veya bu değerleri tehlikeye sokan bir insan filidir. Suç ve ceza ilişkisi, toplumun kendisine ve/veya mensuplarına karşı gerçekleştirilen haksızlığa karşı gösterdiği genel kınama ile temellenmektedir. Bu temel; kınamanın herkes tarafından paylaşılmaması, suçun veya suçlunun çeşitli saiklerle onaylanması durumunda zayıflayacaktır. Bu zayıflama neticesinde toplumdaki suç ve suçluya ilişkin değer yargıları zedelenecek, adil bir yargılama sonrası verilmiş olan mahkûmiyet hükmünün temelsiz kalarak adeta basit bir resmi belgeye dönüşecektir. Suçu bir depreme benzetirsek, bu depremin artçı sarsıntılarında korunma gayretine benzeteceğimiz çalışmamızın konusu olan “suçu ve suçluyu övme” suçu, hukukumuzda olduğu gibi, birçok ülke hukukunda da barış içinde yaşayan toplumu tehdit eden bir olgu olarak kabul edilmiştir.

Kamu barışını tehdit eden bu suçu, düşünce özgürlüğü birlikte düşünmek gerekmektedir. Zira suçu/suçluyu onaylamak, övmek veya müdafaa etmek bir düşüncenin tezahürüdür¹. Ancak belirtmek gerekir ki, incelediğimiz suç ile sınırlanan kişilerin bizatihi düşüncelerinden ziyade düşünce-

1 Doğan Soyaslan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2014), s. 539.

lerinin ifade edilmiş, dış dünyaya yansımış halidir². Dolayısıyla çalışmamızda ifade hürriyetinin sınırlarına da değinmek zorunludur. Dolayısıyla işlemiş olduğu bir suçtan dolayı bir kimseye yönelik her olumlu düşünce, sempati veya bu kimsenin suç haricindeki kişiliğine olan övgülerin; aleni bir şekilde, işlenen suça ya da işlediği suç dolayısıyla bir kimseye yönelik onaylayıcı, yüceltici ifadelerden ayrılması gerekmektedir. Kanuni düzenlemenin 2013 yılındaki ifade hürriyeti lehine yapılan değişiklikten sonraki haliyle, bu ifadelerin ise ayrıca, kamu barışını açık ve yakın bir tehlikeye sokacak nitelikte olması aranmaktadır.

Bu çalışmada, düşünce ve ifade özgürlüğünün sınırlarının belirlenebilmesi amacıyla, öncelikle suçu ve suçluyu övme suçunun oluşması için gerekli şartlar suç teorisi içerisinde incelenecektir. Bu çerçevede, özellikle eski ve yeni kanuni düzenleme arasındaki suçun mahiyeti ve konusu itibarı ile bir karşılaştırma yapılmalıdır. Zira yeni kanun döneminde, incelediğimiz suçu soyut tehlike suçundan somut tehlike suçuna dönüştüren “açık ve yakın tehlike” kavramının açıklığa kavuşturulması ve suçun unsurları bakımından niteliğinin ortaya konulması gerekmektedir³.

Bu suç, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu kapsamında, “Kamu Barışına Karşı Suçlar” başlığı altında düzenlenmiştir⁴. Aynı suç 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda ise “Amme Nizamı Aleyhine Cürümler” başlığı altında düzenlenmekteydi⁵. 5237 sayılı TCK’nin 215. maddesinde; “(1) İşlenmiş olan bir suçu veya işlemiş olduğu suçtan dolayı bir kişiyi alenen öven kimse, bu nedenle kamu düzeni açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya

- 2 Sulhi Dönmezer, “Düşünce ve Kanaat Hürriyetinin Sınırı; Hürriyetlerin Özüne Dokunan Sınırlamalar (Mahkeme Kararları Kroniği – Anayasa Hukuku)”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Yıl:1963, C: XXIX, S.: 3, s. 772; İzzet Özgenc, “Suç Teşekkülü, Düşünceyi Açıklama ve Örgütlenme Hürriyeti”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Yıl:1997, C: LV, S.: 3, s. 60.
- 3 Kılıç ve Eren/Türkiye (AİHM, Başvuru no. 43807/07), <http://www.yargitay.gov.tr/aihmu/load/43807-07.pdf> (Erişim Tarihi: 05.02.2015); Gül ve Diğerleri/Türkiye (AİHM, Başvuru no. 4870/02, parağraf: 41,42).
- 4 5237 sayılı TCK’nun 215. maddesinin eski TCK’daki karşılığı 312. maddenin 1. fıkrasıdır. Buna göre; “Bir cürüm alenen öven veya iyi gördüğünü söyleyen veya halkı kanuna uymamaya tahrik eden kimseye altı aydan iki yıla kadar hapis cezası verilir.” Görülebileceği gibi burada suç işleyen kimsenin övülmesi yer almadığı gibi somut bir suçun işlenmiş olması şartı da aranmamıştır. Böylece eski TCK zamanında kanunda “cürüm” olarak tanımlanan bir fiilin iyi bir davranış olduğunun alenen açıklanması suçun oluşumu için yeterli görülmekteydi.
- 5 765 sayılı TCK’nin 312/1 maddesi 5237 sayılı TCK’nin 215. maddesiyle paralel düzenlemeler içermekteydi.

çıkması hâlinde, iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır” denilmektedir⁶.

Özetle, çalışma geçmiş ve güncel bu düzenlemeleri ele alarak hem teorik hem de uygulama perspektifinden suçun analizini yapmayı, karşılaştırmalı hukuktan yararlanarak diğer ülkelerdeki düzenleme ve uygulamaları aktarmayı, en nihayetinde suç ile ifade özgürlüğü arasındaki ilişkiyi ortaya koyarak problemlili alanlara dikkat çekmeyi gaye edinmektedir.

I. SUÇLA KORUNAN HUKUKİ DEĞER

Korunan hukuki değer ihlali suçun özünü oluşturur, fiile ihlal edici özelliğini verir. Suçla korunan hukuki değer denildiğinde, ceza normu ile korunması amaçlanan değerler kast edilmektedir. Suçun maddi unsuru olan suçun konusundan farklı olarak burada hukuk düzeni tarafından korunması amaçlanmış soyut bir değer söz konusudur⁷. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 215. maddesinde düzenlenen suç ile kanun koyucu dolaylı olarak suça tahrik sayılabilecek⁸ ve suçluyu kahramanlaştırarak onun

6 11.4.2013 tarihli ve 6459 sayılı Kanununun 10 uncu maddesiyle, bu maddede yer alan “kimse,” ibaresinden sonra gelmek üzere “bu nedenle kamu düzeni açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması halinde” ibaresi eklenmiştir.

7 Ayhan Önder, **Ceza Hukuku Genel Hükümler Cilt II-III**, (İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş, 1992), 45; Mahmut Koca ve İlhan Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, (Ankara: Seçkin, 2014), s. 104; Veli Özer Özbek vd., **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, Seçkin, 2012, s. 202; Yener Ünver, **Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer**, (Ankara: Seçkin, 2003), s. 1 vd.; Mehmet Emin Artuk-Ahmet Gökçen ve Ahmet Caner Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, (Ankara: Adalet, 2013), s.281; Durmuş Tezcan-Mustafa Ruhan Erdem-R. Murat Önok, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, (Ankara: Seçkin, 2010), s. 450

8 İncelediğimiz suç Fransa’da, Fransa Basın Özgürlüğü Kanunu’nun m.24/5’de sınırlı sayıda suçların övülmesi (apologie) ve daha önce aynı kanun maddesinin 6. fıkrasında düzenlenen ama artık Ceza Kanunu’na (m. 421–2–5) aktarılmış olan terörün övülmesi (apologie du terrorisme) şeklinde övme suçları olarak düzenlenmiştir. Fransız doktrininde bu suç dolaylı kışkırtma (tahrik) suçu başlığı altında incelenmektedir. Buna göre kışkırtma, suça iştirak şeklinde gerçekleşebileceği gibi, doğrudan bir suçun işlenmesine şerik olarak katılmadan da kanunun düzenlediği durumlarda gerçekleşebilir. Bundan başka, kışkırtma dolaylı bir şekilde de gerçekleşebilir; dolaylı gerçekleştirilen bu kışkırtma, şiddete, nefrete ve ayrımcılığa çağrı olabileceği gibi, işlenmiş olan bir suç üzerinden suçun ve suçlunun övülmesi şeklinde de olabilir. Bu son belirttiğimiz övme, işlenmiş olan suça yönelik minimize etme, önemsemem, inkâr etme veya suça ilişkin revizyonist yaklaşımlar sergileme şeklinde de olabilir. Bkz.: J.-H. Robert, **Apologies et provocations de crimes et délits**, J.-Cl. communication., Fasc. 3170, 2015, s.10; Jean-Baptiste Thierry, Fasc. 60: **Presse et Communication, Provocation aux crimes et délits**, JurisClasseur Loi pénal spéciales, 2015, s. 14.

işlediği suçun toplumda başkaları tarafından da işlenebileceği kanaatini oluşturacak ve bu suretle toplum düzenini, kamunun barışını bozacak hareketlerin önünü almak istemiştir. Bu suç ile “kamu barışına karşı suçlar” başlığı altında düzenlenen diğer suçlarda olduğu gibi kamu barışının korunması gaye edilmiştir⁹. Belirtmek gerekir ki; İtalyan doktrininde kamu güvenliğinin ve barışının korunduğu bu suç tiplerinde, kamu güvenliğinin topluma ait bir menfaat olarak korunmasının mümkün bulunmadığını, bu kavramın, suçun hukuki konusunu değil, cezai korumanın gerekçesini (ratio) oluşturduğunu ifade eden görüşler de mevcuttur¹⁰. Fransız Basın Kanunu’nda düzenlendiği şekliyle de bu suç ile kamu düzeninin ve barışının korunmak istendiğini belirlemek mümkün görülmektedir¹¹.

Kamu barışı, hukuk devleti ilkesi ile güçlendirilen çoğulcu ve hoşgörülü bir demokrasi içerisinde; ferdi özgürlüklerin, başkalarının özgürlüklerini ihlal etmeyecek şekilde ve sınırlandırılmadan yaşanabilmesi neticesinde topluma yayılan güven duygusudur¹². Uygulamada kamu barışı, kamu düzeni ile eşanlamlı olarak kullanılmaktadır¹³. Kamu düzeni kavramı ise, oldukça geniş ve soyut bir kavramdır¹⁴. Kamu düzeni daha çok, unsurla-

-
- 9 Bu konuda bkz. Ayhan Önder, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1994), s. 374; Erol Cihan, “*Sosyal Sınıfları Düşmanlığa Tahrik Suçu (TCK. md. 312)*”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Yıl:1974, C: XXXX, S.: 1–4, s. 110; Köksal Bayraktar, **Suç İşleme Tahrik Cürmü**, (İstanbul: 1977), s. 88 vd.; Köksal Bayraktar, “*Türk Ceza Kanununda Kamu Düzeni, Kamunun İtimadı ve Kamunun Selameti Aleyhine İşlenen Cürümler*”, **Değişen Toplum ve Ceza Hukuku Karşısında TCK’nin 50 Yılı ve Geleceği**, İstanbul 1977, s. 591 vd.; Nevzat Toroslu, **Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu**, (Ankara: 1970), s. 350; Bahri Öztürk ve Mustafa Ruhan Erdem, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, (Ankara, Seçkin, 2014), s. 169.
- 10 Giancarlo De Vero, **Tutela penale dell’ordine pubblico. Itinerari ed esitti di una verifica dogmatica e politico-criminale**, (Milano: Giuffrè, 1989), s. 300 ve 301 vd. aktaran: Tuğrul Katoğlu, “Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları”, **AÜHFHD**, 61 (2), 2012: s. 681.
- 11 Crim. 23 juin 2009, n° 08–82.521, Bull. crim. n° 132 ; Dr. pénal 2009, comm. n° 119, note M. Véron
- 12 “AİHM ayrıca, yerleşik içtihadına göre, 10. maddenin 2. paragrafının yalnızca zararsız ya da alakasız olduğu düşünülen ya da kabul 5 edilen değil aynı zamanda rencide eden, şok eden ya da rahatsızlık veren “bilgilere” ya da “fikirlere” de uygulandığını hatırlatmaktadır. Bunlar çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirlilik talepleridir ki bunlar olmaksızın, “demokratik toplumdan” söz edilemez” (bkz. Sürek ve Özdemir/Türkiye, Başvuru no. 23927/94 ve 24277/94, 57. paragraf, 8 Temmuz 1999).
- 13 Hasan Tahsin Gökcan- Mustafa Artuç-Osman Yaşar, **Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, (Ankara, Adalet, 2014), s. 6041.
- 14 Fazıl Sağlam, “1982 Anayasası’nın Temel Hak ve Hürriyetler Bakımından Getirdiği Sorunlar”, **Bahri Savcı’ya Armağan**, (Ankara: Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yayınları, 1988), s. 434.

rı itibari ile somutlaştırılmaktadır¹⁵. Bu unsurlar; güvenlik, dirlik-esenlik, toplumun genel sağlığıdır¹⁶.

Mağduru da korumayı gaye edinen modern ceza hukuku bakış açısıyla bakıldığında, ihdas edilen bu suç ile aynı zamanda işlenmiş bir suçun mağdurunun, maruz kaldığı suçun veya failinin övülmesi suretiyle ikincil bir mağduriyet yaşamasının önüne geçilmek suretiyle mağdurun da dolaylı olarak korunmak istendiğini belirlemek mümkündür.

II. SUÇUN TEMEL UNSURLARI

A. Maddi Unsurlar

1. Suçun Konusu

Her suçta hukuki değer somutlaştığı bir konunun mevcut olması gerekir. İhlal edici olan fiilin yöneldiği, korunan hukuki değeri bünyesinde barındıran bir şey veya kişi yok ise suçun tamamlanmasının mümkün olmayacaktır. Her ne kadar incelediğimiz suç somut bir tehlike suçu olarak düzenlenmiş ve açık ve yakın tehlikeye düşmesi aranan kamu düzeni ise de, suçun konusunu tehlikeye düşen kamu düzeninden ziyade, tipiklikteki fiilin yönelmiş olduğu¹⁷ “işlenmiş suç” veya “suçlu” oluşturmaktadır. Burada belirtmek isteriz ki, aslında suç veya suçlu bu suçun maddi konusudur. Bu suçla korunan hukuki değer ise bir hak olarak bireylerin barış içinde, düzen içinde yaşamayı isteme hakkıdır. Bu hakkın oluşturduğu hukuki değer ilişkin olduğu konu ise kamu düzenidir. Bu son belirttiğimiz çerçevede, övme fiilinin yöneldiği maddi konu olarak suçun ve suçlunun açıklanması elzem görülmektedir.

15 İbrahim Kaboğlu, **Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)**, (İstanbul: Legal, 2014), s. 256. Kamu düzeni kavramı için ayrıca bkz.: Ergun Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, Ankara: Yetkin Yayınları, 15. Baskı, 2014), s.24; Atalay, **Türkiye’de Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Özgürlüğü**, (Doktora Tezi), (İzmir: DÜHF Yayınları, 1995), s.125.

16 Anayasa Mahkemesi de bir kararında kamu düzeni kavramının; “toplumun dirlik ve düzenliğinin sağlanmasını, devletin ve devlet kuruluşlarının korunmasını hedef tutan her şeyi ifade ettiği(ni), bir başka deyimle toplumun her sahadaki düzeninin temelini oluşturan bütün kuralları kapsadığı(nı)” vurgulamıştır. E. 1976/27, K. 1976/51, 18–22, RG. 16.5.1977, **AMKD**, S.14, s. 344.

17 Koca ve Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 107.

Konunun, korunan hukuki değer olan kamu barışı ve düzeninden ayrıştırılarak suç ve suçlu olarak belirlenmesi, kamu barışı ve düzenini bu suç açısından önemsiz bir hale getirmemektedir. Son tahlilde, fiilin üzerinde gerçekleştiği suçun ve suçlunun övülmesi kamu barışını ve düzenini tehlikeye sokacaktır. Suçun somut tehlike suçu olması nedeniyle, hâkimin suç ve suçluya ilişkin övücü ifadelerin bu tehlikeyi somut olarak ortaya çıkarıp çıkarmadığına da bakması gerekmektedir. Ayrıca bu ifadeler ile bozulma tehlikesi açık ve yakın bir şekilde ortaya çıkan kamu düzeni arasında illiyet bağının belirlenmesi gerekmektedir. İfadelerin bu tehlikeyi ortaya çıkarmaya elverişli olması gerekmektedir. Elverişlilik itibari ile övülecek bir suç veya suçlunun bulunması gerekmektedir. Eğer övücü ifadelerin yöneldiği işlenmiş olan bir suç veya suçlu tespit edilememiş ise suçun konusunun yokluğundan bahsedilecektir.

a) Suçun Övülmesi

Maddede yer alan seçimlik hareketlerden ilki *işlenmiş olan bir suçun alenen* övülmesidir. Bu nedenle *işlenmiş suç* ifadesinden ne anlaşıldığının açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

(1) İşlenmiş Suç

765 sayılı TCK'nin 312. maddesindeki düzenlemede somut olarak bir suç veya suç işleyen kişinin bulunmasına gerek kalmadan, ceza normlarının suç saydığı bir fiilin açıkça övülmesi veya iyi görüldüğünün söylenmesi bu suçun oluşması için yeterli sayılmaktaydı¹⁸. 5237 sayılı TCK'nin 215. maddesindeki düzenlemeye göre ise bu suçun oluşması için işlenmiş bir suçun varlığı aranmaktadır¹⁹. Maddenin gerekçesi de bunu doğrular şekilde ele alınmıştır. Buna göre, suçu ve suçluyu övme suçunun oluşması için, failin işlenmiş olan bir suçu veya işlemiş olduğu bir suçtan dolayı bir kişiyi alenen övmesi gerekmektedir. Görüldüğü gibi, önceden bir suçun işlenmiş olması, suçu ve suçluyu övme suçu açısından bir önkoşuldur. Burada bahsedilen önsuçun düzenlendiği kanunun özel veya genel olmasına

18 Bu yönde 765 sayılı TCK döneminde ortaya atılan görüşler için bkz. Önder, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 399.

19 Bu suç için bir mahkûmiyetin veya bir mahkûmun bulunması gerektiğini düşünen görüş için bkz. Ersan Şen, "Suçu ve Suçluyu Övme", **Ceza Hukuku Dergisi**, Yıl. 3, Sayı 7, Ağustos 2008, s. 102.

bakılmaksızın teknik anlamıyla suç olması yeterli sayılmaktadır. Ancak, önsuç (öncül suç), kabahat, disiplin veya sportif cezayı gerektiren bir fiil ise ortada suç olmayacağından, suçu ve suçluyu övme suçu da oluşmayacaktır²⁰. Övülen suçun cezasının müebbet hapis veya adli para cezası olmasının incelediğimiz suç bakımından bir farkı yoktur.

İşlenmiş önceki suçun varlığıyla kastedilen, ön suçun işlendiğinin mahkeme kararıyla tespit edilmiş olmasıdır. Bazı yazarlara göre işlenmiş suçun varlığından bahsedebilmek için, masumiyet karinesinin ve kanunilik prensibinin zorunlu bir sonucu olarak kesinleşmiş bir mahkûmiyet kararının bulunması gerekmektedir²¹. Bu düşünceye göre suçu ve suçluyu övme suçundan failin cezalandırılması için ortada kesinleşmiş bir mahkûmiyet hükmü veya mahkûm bulunmalıdır. Kanaatimizce bu suçun oluşabilmesi için böyle bir mahkûmiyet şartının aranması normun *ratio legis*ine uygun bir yorum ve uygulama olarak görünmemektedir. Övmenin konusunu geçmişte gerçekleşmiş, suç niteliği olan bir olay oluşturmaktadır, yani övme fiili ile haksızlık içeren somut bir olayın belirtilmiş olması yeterli olmaktadır. Bu somut olayın gerçekleştiği mahkeme kararıyla tespit edildiğinde, tespit edilen bu somut olaydan dolayı failin cezai sorumluluğunun bulunmaması veya failin şahsi cezasızlık sebebinden yararlanan bir kimse olması durumunda da incelemiş olduğumuz övme suçu oluşabilecektir²². Bu durumun mefhumu muhalifinden çıkarılacak sonuç; ön suçun işlendiği maddi vakıa olarak mahkeme kararıyla kesin olarak tespit edilmediği sürece, bu suçu oluşturan olayın övülmesi anılan suçu oluşturmaz. Başka bir ifadeyle, ön suç için gerekli koşul, suçun varlığının tespiti olup, bu suçtan dolayı mahkûmiyet verilmiş olması aranmamaktadır. Örneğin bu suçun failinin, fiili ve işleyeni övdüğü zaman diliminde henüz yargılama sonuçlanmamış ise veya çeşitli nedenlerle suçun işlendiği kesin olarak belirlenememiş ise, işlenmiş olan bir suçtan bahsedilemeyeceğinden, bu eylemler övme suçunu oluşturmaz. Zira bir suçun işlenmiş olduğu, ancak kesinleşmiş bir yargı kararıyla tespiti halinde kabul edilebilir. Ancak mahkûmiyet incelediğimiz suç açısından şart değildir. Ön suç hakkındaki tespitin ulusal, yabancı ve uluslararası bir mahkeme tarafından yapılması arasında fark olmadığı kanaatindeyiz. Ancak başka ülke mahkemesinin

20 Önder, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 398.

21 Şen, "Suçu ve Suçluyu Övme", s. 103-104.

22 Önder, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 400.

tespit ettiği suçun ülkemiz açısından da suç olarak kabul edilmiş olması gerekir. Kanaatimize, Uluslararası mahkemelerin verdiği kararlarda da yetkisini kabul edip etmemek farklı sonuçlar doğurmayacaktır. Bu çerçevede Fransız Basın Özgürlüğü Kanunu'nda özel olarak 24bis maddesi ile ikinci dünya savaşı sonrası kurulan mahkemelerin verdiği kararların da övme suçuna vücut vereceği kabul edilmiştir²³. Benzer bir düzenlemenin Alman Ceza Kanun'unda da olduğu görmekteyiz²⁴. Roma Statüsüyle Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin yetkisini kabul eden ülkelerde bu mahkemenin verdiği kararlar tespit edilen suçların övülmesinin de suç oluşturacağı tartışma yok iken, bizim gibi bu mahkemenin yetkisini kabul etmeyen ülkelerde incelediğimiz suç açısından, bu mahkemenin verdiği kararın nasıl bir etki edeceği tartışılabilir. Kanaatimizce statüsü imzalanmamış, yetkisi kabul edilmemiş olsa dahi bu mahkeme tarafından bir suçun tespit edilmesi durumunda, bu tespiti yabancı mahkeme kararı gibi görmek, dolayısıyla tespit edilmiş suç veya suçluya ilişkin aleni övmeler, kamu güvenliği açısından açık ve yakın tehlike oluşturduğu sürece incelediğimiz suçun cezası ile cezalandırılacaktır.

Suç ve suçluyu övme suçunun failinin cezalandırılabilmesi için, övülen suç açısından aranan objektif cezalandırılabilme koşullarının gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Aynı şekilde suç ve cezayı düşüren bir sebeple övülen suç hakkında soruşturma veya kovuşturma yapılamadığı durumlarda ön suçun oluştuğu yine kesin olarak belirlenemediğinden işlenmiş bir suçtan bahsedilemeyecektir, bunun sonucu olarak da bu tarz fiilleri övmek anılan suç oluşturmayacaktır²⁵. Böyle bir ihtimalde, incelediğimiz suça teşebbüs halinde oluşup oluşmayacağını teşebbüs başlığımız altın ayrıntılı ele alınmaktadır.

23 Fransız Basın Özgürlüğü Kanunu, 24bis. maddesi: "23. maddede belirtilmiş olan imkânlardan biriyle 8 Ağustos 1945 tarihli Londra Anlaşması'yla kurulmuş olan Uluslararası Askeri Mahkeme'nin kuruluş belgesinin 6. maddesinde zikredilmiş olan insanlığa karşı cürüm işlemiş örgütlerin işlediği suçların varlığını tartışma konusu yapmak" ceza yaptırımına bağlanmıştır. (Bu düzenlemenin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 10. maddesinde düzenlenen ifade hürriyetini ihlal ettiği ileri sürülmüş, ancak AİHM bu durumun ihlal oluşturmadığını belirten kararlar vermiştir. Bkz. AİHM, 24 juin 2003, Garaudy/ France). Bkz.: dipnot 68.

24 Bkz.: dipnot 69.

25 Önder'e göre ise, suç ve cezayı düşüren bir sebeple övülen cürüm hakkında kovuşturma yapılmasa dahi, övme suçu yine de oluşacaktır (Önder, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 400).

TCK m. 215’de “işlenmiş bir suç” denildiğinden ve açıkladığımız üzere bunun da kesinleşmiş bir yargı kararı ile kesinleşmiş bir tespite dayanması gerektiğinden, övülen suçun, işlenmiş, tamamlanmış, bitmiş veya en azından teşebbüs aşamasında kalmış olması gerekmektedir. Dolayısıyla icra hareketlerinin tamamlanması ile bitmesi arasındaki bir zaman diliminde, faile, failere veya suça ilişkin övücü ifadelerin kullanılmasının Anayasa’da yer alan suçsuzluk karinesi de (AY. m. 38) göz önünde bulundurulduğunda incelediğimiz suçu oluşturmayacaktır. Bu durumda şartları oluşmuş ise suça iştirakten söz edilebilir. Bu aşamadaki bir fiilin övülmesini failin amacına göre çözülebileceği de ileri sürülebilir²⁶. Kanaatimizce, bu düşünce genişletici yorum sınırlarını zorlayarak kanunilik ilkesini ihlal edecektir.

TCK’nin benimsediği sisteme göre suçlar esasen kasten işlenir, ancak kanunun açıkça belirttiği hallerde suçlar, dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlali anlamına gelen taksirli hareket ile de işlenebilir. Bu açıdan manevi unsur taksir olan bir suçun övülmesi ile kasten işlenmiş olan bir suçun övülmesi arasındaki farklılığın da ortaya konulması gerekmektedir.

(2) Taksirli Suç

Övülen suçun kasti veya taksirli olmasının bir etkisi var mıdır sorusuna da cevap vermek gerekecektir²⁷. Bir görüş taksirde neticenin istenmemiş olmasından hareketle neticeye itibar ederek, taksirli suçlarda övmenin mümkün olmayacağını, aksi görüşte olanlar ise taksir kavramında göreve aykırılığı ve hareketin iradiliğini esas alarak övme suçunun taksirli suçlarda da mümkün olabileceğini ileri sürmektedir. Taksirli suçların mahiyetinin suçun övülmesine engel olduğu düşüncesinde olan ilk görüş, bu suçun sadece kasti suçlar bakımından geçerli olacağını belirtmektedir. İkinci görüş ise kanunun suç ifadesi kullandığını, kasti veya taksirli suç şeklinde bir ayırım yapmadığını belirtmektedir. Bu son görüş; taksirli suçların da, bu suça maruz kalmış mağdurlarını derin şekilde etkileyebileceğini, dolayısıyla bu suçların övülmesinin de kamu düzeni tehlikeye sokabileceğini; ayrıca taksirli suçlarda taksiri meydana getiren hareket şekillerinden sakınılması hususundaki dikkat ve özenin yükümlülüğünün etkinliğinin kamu

26 Olası kasta ilişkin açıklamalar için Manevi Unsur başlığımızın altındaki açıklamalara bakınız.

27 Farklı görüşler için bkz.: Önder, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 398.

nezdinde sarsılmasına sebep olabileceğini vurgulamaktadır²⁸. Madde metninde işlenmiş olan suçtan söz edilmektedir.

Taksirli suçlarda ise daha çok “suçun işlenmesi” değil de “suçun işlenmesine neden olma” söz konusu olacağından ve ayrıca taksirli suçun mahiyeti de gözetildiğinde, taksirli suçun övülmesinin muhatabı suç övmek suretiyle kamu barışını tehlikeye sokamayacağından, bizimde katıldığımız ilk görüşe göre, yalnızca kasıtlı suçları övmek anılan suç oluşturacak taksirli suçların övülmesi anılan suç oluşturmayacaktır²⁹.

(3) Teşebbüs Aşamasında Kalmış Suç

Teşebbüs aşamasında kalmış olan bir suçun veya bu aşamada kalmış olan suçlunun övülmesi incelediğimiz suç oluşturacaktır³⁰. Başka bir ifadeyle, cezalandırılabilir teşebbüs halindeki suçların övülmesi bu suç oluşturacaktır³¹. Ancak henüz övülen suç, işlenip tamamlanmamış veya teşebbüs derecesinde olmayıp, işlenmekte olan bir suç ise, buradaki övme fiili kanaatimizce suç ve suçluyu övme suçunu kapsamında değil, şartları oluşmuş ise işlenmekte olan suçta manevi yardım kapsamında değerlendirilebilir. İşlenecek olan bir suçun övülmesi de incelediğimiz suçun hazırlık hareketi olarak veya manevi yardım kapsamında değerlendirilmelidir³².

Övme hareketinin konusunu oluşturan suçtan fail gönüllü olarak vazgeçmiş ise, bu gönüllü vazgeçmeyi eleştirerek, suçun tamamlanmasının yerinde olacağını söylemek suretiyle de övme hareketi gerçekleştirilebilir. Böyle bir fiil ile incelediğimiz suçun oluşup oluşmayacağı tartışılmalıdır. Gönüllü vazgeçmenin mahiyetini açıklayan teoriler nazara alındığında bu kurumun, haksızlık ve kusurluluğun dışında, cezayı kaldıran şahsi bir sebep olduğu kabul edildiği görülmektedir³³. TCK’ni 36. maddesine ve gerekçesine bakıldığında kanun koyucunun suç politikası teorisinden

28 Önder, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 399.

29 Yaşar-Gökcan-Artuç, *Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, s. 6511; İsmail Malkoç, *Açıklamalı İhtihatlı Yeni Türk Ceza Kanunu*, 2. Cilt, (Ankara: 2008), s. 1521; Ali Parlar- Muzaffer Hatipoğlu, *Türk Ceza Kanunu Yorumu*, Cilt 2, (Ankara: Seçkin, 2010) s. 1594.

30 Şen, *“Suçu ve Suçluyu Övme”*, s. 108.

31 Bayraktar, *Suç İşlemeğe Tahrir Cürmü*, s. 212.

32 Yener Ünver, *Adliyyeye Karşı Suçlar*, (Ankara: Seçkin, 2. Baskı), s. 317.

33 Bu teoriler; suç siyaseti teorisi, af-ödül teorisi, cezalandırmadan beklenen amaçların kalkması, hukuk teorileri, kusurun kalkması teorisidir. Teoriler hakkında detaylı bilgi için bkz. Koca ve Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 350-351.

hareketle gönüllü vazgeçmeyi kabul ettiği görülmektedir. Bu minvalde, kanunumuzca, gönüllü vazgeçme halinde faile ceza verilmemekte, sadece o ana kadar olan fiillerden sorumluluk tutulmaktadır. Dolayısıyla suç gönüllü vazgeçmeden dolayı tamamlanmadığı için ortada işlenmiş bir suçtan bahsedilemeyecek ve dolayısıyla bu suçu övme suçu da oluşmayacaktır³⁴. Böyle bir durumda şartları var ise TCK'nin 214. maddesindeki genel suç işlemeye tahrik suçunun oluşacağı kanaatindeyiz.

İşlenmiş olan bir suçtan, en azından teşebbüs aşamasına gelmiş bir fiilin varlığını anladığımız için, sadece her suçun teşebbüs aşamasında kalmış halini övme veya bu halin failini övme incelediğimiz suçu oluşturacaktır. Fiil hazırlık aşamasında kalmış ise, ortada, hazırlık hareketlerinin cezalandırıldığı suçlar müstesna, bir suçtan söz edilemeyeceğinden, bu eylemin övülmesi de suç teşkil etmeyecektir³⁵. Örneğin TCK'nin 227. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen çocuğun fuhşa teşviki, sürüklenmesi suçuna yönelik hazırlık hareketleri de tamamlanmış suç gibi cezalandırılmaktadır. Bu durumda bu tarz hazırlık hareketlerinin işlenmiş olmasını veya bu hazırlık hareketlerini gerçekleştiren kişileri övme fiili incelediğimiz suçu oluşturmaya yetecektir. Bir başka örnek ise rüşvet suçu için verilebilir. Rüşvet anlaşmasının sağlanıp da menfaatin temin edilmesi arasında geçen süre aslında teşebbüs aşaması olmasına rağmen, kanun koyucu rüşvet anlaşmasının yapılmasını suçun tamamlanmış hali olarak tespit etmektedir. Dolayısıyla, rüşvet alma ve verme konusunda anlaşmış ve bu anlaşma tespit edilmiş ise suç tamamlanmış sayılacak ve bu aşamadaki suçun övülmesi de incelediğimiz suçu oluşturacaktır.

(4) Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararı Verilmiş Olan Suç

Kanaatimizce, hükmün açıklanmasının geri bırakılması müessesesinin hukuki niteliği dolayısıyla bir “mahkûmiyetin” açıklanması yanında yazan koşullar altında geri bırakılmaktadır. Bu kurum beraat hükümlerine

34 Suçu ve suçluyu övme suçun eski kanundaki düzenlemesinde genel olarak bir suçun övülmesi düzenlendiği için, bu kanun dönemindeki açıklamalara bakıldığında; gönüllü vazgeçme (ihtiyari ile vazgeçme) veya etkin pişmanlık (faal nedamet) hallerini eleştirerek suçun tamamlanmasının yerinde olacağını beyan etmek suretiyle övme hareketlerini gerçekleştiren kişilerin de suçu ve suçluyu övme suçunu işlediği belirtilmektedir. Bkz.: Önder, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 399.

35 Yaşar-Gökcan-Artuç, *Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, s. 6512.

doğal olarak uygulanmamaktadır³⁶. Dolayısıyla CMK'nin 223. maddesinin beşinci fıkrası delaletiyle mahkûmiyet hükmünün anlamını şüphelinin yüklenen suçu işlediğinin sabit olması olarak değerlendirdiğimizde, ortada işlenmiş bir suçun varlığından bahsedilebilecektir. Netice olarak suçu ve suçluyu övme suçu açısından hükmün açıklanmasının geriye bırakılması incelenen suçun oluşumuna engel değildir³⁷. Nitekim uygulamada da, mahkeme suçun oluştuğunu tespit ettikten sonra şartları var ise sadece hükmünü açıklamamaktadır ve kişiyi denetime tabi tutmaktadır.

(5) Ceza Sorumluluğunu Ortadan Kaldıran Haller veya Hukuka Uygunluk Sebeplerinin Var Olduğu Haller

Övülen fiilin veya failin bir hukuka uygunluk sebebinden yararlandığı durumda, hukuka uygun bir fiilden bahsedileceği için bu fiilin ve failinin övülmesi incelenen suçu oluşturmayacaktır. Zira hukuka uygun bir fiilin övülmesi suç olarak kabul edilemez. Dolayısıyla ortada bir suç olmayacağı için suçu ve suçluyu övme suçundan da bahsedilemeyecektir.

Kusurluluğu etkileyen hallerde ise CMK'nin 223. maddesinin üçüncü fıkrası dolayısıyla sanık hakkında kusurunun bulunmaması dolayısıyla ceza verilmemesine yer olmadığı kararı verildiği için bu durumlarda suçu ve suçluyu övme suçu açısından ortada işlenmiş bir suçtan bahsedilebilecektir. Nitekim kusur haksızlık teşkil eden fiili gerçekleştiren fail hakkındaki kınanıp kınanamayacağı yargısından ibarettir³⁸. Bu yargı neticesinde kusurlu sayılmayacak bir kişinin de işlediği fiiller suç olarak değerlendirilebilecektir.

b) Suçlunun Övülmesi

İncelediğimiz suçun fiil unsurunu oluşturan övme, işlenmiş bir suçla yönelik olabileceği gibi, işlenmiş olduğu bir suçtan dolayı bir kimseye

36 CGK, 19.4.2011, 2-58/61. www.kazanci.com.tr (Erişim tarihi: 05.03.2015)

37 Ancak bu konuda farklı görüşlerde mevcuttur. Bu görüşlerden birine göre, incelediğimiz suç açısından övülen suçun ve suçlunun kesinleşmiş mahkûmiyet kararı ile belirlenmesini arayan görüş açısından hükmün açıklanmasının geri bırakılması müessesesi uygulandığı aşamada, mahkûmiyet hükmünün açıklanmaması dolayısıyla kesinleşme mümkün olmayacağından bu suç dolayısıyla suçu ve suçluyu övme suçu oluşmayacaktır. Bkz. Şen, "Suçu ve Suçluyu Övme", s. 108.

38 İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (Ankara: Seçkin, 2013), s. 357.

yönelik de olabilir³⁹. Madde başlığını da madde ile birlikte değerlendiren yorumladığımızda, madde başlığında “ve” bağlacı kullanılmasına rağmen içerikte “veya” denildiği için suçun ve suçlunun övülmesi ayrı ayrı da gerçekleştirildiğinde bu suç oluşur.

Suçlunun övülmesi suretiyle bu suç işlendiğinde övülen suçlu bir kişi olabileceği gibi, bir grup kişi veya sadece belli bir suçu işleyen örgütler de olabilir⁴⁰. Bir örgütün övülmesi durumunda kanunun düzenlediği propaganda suçları ile incelenen suçun ayrımı aşağıda içtima başlığı altında irdelenecektir.

Bir kişinin suçu işleyen kişi olduğu, bu kimsenin mahkeme kararıyla suç işlediğinin tespit edilmesi suretiyle belirlenir⁴¹. Bu tespite ilişkin mahkeme kararının ise kesinleşmesi gerektiği kanaatindeyiz. Suçun yüklediği kişi tarafından işlendiğinin mahkeme tarafından tespit edilmiş olması masumiyet karanesiyle birlikte düşünüldüğünde suçun övülmesinde olduğu gibi yeterli kalmayacaktır⁴². Ancak kamuoyu önünde işlenen bir suçun varlığında, incelediğimiz suçun koruduğu hukuki değer de düşünüldüğünde, kanunilik ilkesi ile incelediğimiz suçun *ratio legis* ciddi şekilde çatılabilecektir⁴³. Bu nedenle, mahkûmiyet şartını suçun övülmesinde aranmaz iken, masumiyet karanesi çerçevesinde suçlunun övülmesinde aranması gerekmektedir.

TCK 215. madde, alenen övme fiilinin suç oluşturması için, övme fiilinin gerçekleştirildiği anda suç işlediği sabit olan bir kişinin varlığını aramaktadır. Bu kişi hakkında CMK madde 223 fıkra 4 gereği kusurunun bulunmaması dolayısıyla ceza tertip edilmese bile, bu suçlunun alenen övülmesi incelediğimiz suçu oluşturmaya yetecektir.

39 8. CD. 10.7.2013, 2013/12126–2013/20425, “İşlenmiş bir suçun veya işlemiş olduğu bir suçtan dolayı bir kişinin alenen övülmesi, kişinin işlediği suçun da övüldüğünü göstermektedir.” (Yaşar-Gökcan-Artuç, **Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, s.6524)

40 Soyaslan, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 540,

41 Yaşar-Gökcan-Artuç, **Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, s. 6513.

42 Şen, “*Suç ve Suçluyu Övme*”, s. 105.

43 Örneğin kamuoyu önünde, canlı yayında veyahut sosyal medya üzerinde bir şekilde iletişim halindeyken işlenmesi durumunda, işlendiği herkes tarafından bilinen bu suçun ve failinin övülmesi, iyi görülmesinin suçu ve suçluyu övme suçunu mu oluşturacağı, yoksa suça manevi katılımı mı oluşturacağı tartışılabilir. Övülen kişinin bu suçu işleyip işlemediği hususunda bu durumda hataya düşmenin de pek mümkün olmayacağı dikkate alınmalıdır.

2. Fail

Fail bakımından özel bir niteliğin kanunda öngörüldüğü suçlar, özgü suç olarak adlandırılırlar ve yalnızca kanunda belirtilen niteliği haiz kişiler tarafından işlenebilirler. İncelediğimiz suç bakımından ise, failin belirli bir özellik taşıması gerekmediği için özgü suç değildir. Madde belirtilen “işlenmiş olan bir suçu veya işlemiş olduğu suçtan dolayı bir kişiyi alenen öven” herkes bu suçun faili olabilecektir⁴⁴. Fail sayısı bakımından da kanunda özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Suçun faili bir ya da birden fazla kişi olabilir.

Bir kimsenin kendi işlemiş olduğu suçu ve bu suçu işlemesi nedeniyle kendisini övmesinin de bu suçu oluşturabileceğini savunan görüşler olsa da suçun koruduğu hukuki değerden dolayı biz bu görüşe katılmamaktayız⁴⁵. Kanaatimizce bu hareketler cezalandırılmayan sonraki hareket niteliğinde değerlendirilmelidir⁴⁶.

3. Mağdur

Suçun kanunda yer aldığı üçüncü kısmın “*Topluma karşı suçlar*” olması ve suç ile korunan hukuki değer kamusal barışı olması nedeniyle bu suçun mağduru toplumu oluşturan tüm bireylerdir. Diğer bir ifadeyle mağdur tüm toplumdur.

Mağdur açısından değinilmesi gereken diğer bir husus ise, övülen suçun veya suçlunun işlemiş olduğu suç sebebiyle mağdur olan kişilerin TCK 215. madde itibari ile mağdur sayılıp sayılmayacağıdır. Belirtmek gerekir ki bu kişilerde toplumu oluşturan bireylerden olduğu için mağdur-

44 Alenilik ve suçun nitelikli unsurları açısından aşağıdaki başlıklarda değinilecek olan övme fiilinin basın yayım aracılığı ile işlenmesi halinde fail açısından da ayrıca Basın Kanunu'nun 11. maddesindeki eleştirilen şelale şeklindeki objektif cezai sorumluluk hallerinin de göz önünde bulundurulması gerekmektedir.

45 Malkoç, **Açıklamalı İçtihatlı Yeni Türk Ceza Kanunu**, s. 1521.

46 Çünkü kişi işlediği suçtan dolayı cezasını çekerek kamu barışı çizgisine yaptırım marifetiyle getirilmiş olmaktadır. TCK'nin 165. maddesinde düzenlenen suç eşyasının satın alınması veya kabulü suçunda olduğu gibi, hırsızlık yapan kişiye ayrıca hırsızlık sonucu elde ettiği eşyayı satmasına ek bir ceza bağlanmamışsa, kişinin kendi işlediği suçu övmesi ve hatta kendisini bu suçtan dolayı övmesi eyleminin de bu suçu oluşturmayacağı kanaatindeyiz. Ayrıca bir kişinin suç olsa dahi eylemlerini savunması, onları övmesi, savunma hakkı çerçevesinde değerlendirilebilecektir.

dur. Ancak, mağduru ceza hukukunun önemli bir parçası haline getiren ve onun haklarının daha etkin korunmasını amaçlayan modern ceza hukuku gereği övülen suçtan dolayı mağdur olmuş kişilerin özellikle bu suçun mağduru sayılabilir. Ancak belirtmek gerekir ki, bu suç ile korunan hukuki değer öncelikle bireye değil topluma aittir⁴⁷.

4. Fiil

Suçun tipik hareketini, işlenmiş olan bir suçu veya işlemiş olduğu bir suçtan dolayı bir kişiyi alenen övmek eylemi oluşturmaktadır. Burada suçu oluşturan hareket övmektir. Bu açıdan övme hareketinin neyi ifade ettiğinin ayrıca aleniyet bakımından da tespitlerde bulunulması gerekmektedir. Açıklamalara geçmeden önce, övme hareketinin icrai bir nitelik taşıdığını söylemek gerekmektedir. Dolayısıyla bu suçun ihmali hareketle işlenip işlenemeyeceği problemi çözülmelidir. İhmali hareketle bir suçun işlenebilmesi için, ilgili davranışı yapmak açısından hukuksal yükümlülüğün bulunması gerekir⁴⁸. Yani failin harekette bulunmak, neticeyi önlemek yükümlülüğünün bulunduğu durumlarda bunu yapmayarak tipik neticeyi gerçekleştirebileceği durumlarda ihmali hareketle de suç işlenebilmektedir. İncelediğimiz suç açısından bu açıklamalar ve ifade özgürlüğüne ilişkin açıklamalarımız birlikte düşünüldüğünde, övme icrai hareketin ihmali şekli sayılabilecek olan “kınamama⁴⁹” durumunun, bu suçu oluşturabile-

47 Bu kabulün zincirleme suç açısından nasıl bir sonuç doğurduğu konusundaki tespitimiz için içtima başlığı altındaki açıklamalarımıza bakınız.

48 Artz-Weber, **Strafrecht Besonderer Teil**, s. 645; Tröndle- Fischer, Thomas, Beck'sche, Kurz Kommentar, s. 1685; **Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar**, s. 256, aktaran: Ünver, **Adliye Karşı Suçlar**, s. 324.

49 Bir kimseye işlenen bir suçu veya suçluyu kınamaması nedeniyle, o suçu veya suçluyu desteklediği, övdüğü şeklinde suç isnat etmek kişileri bir düşünceyi açıklamaya zorlamak ile eş anlamlı olacaktır. Bu yönüyle, örgütlerin, hatta terör örgütlerinin bu niteliklerini kabul etmemek, bu niteliklerine yönelik açıklamalarda bulunmamak ahlaki, siyasi neticeler doğuracaksa da, incelediğimiz suç ve diğer propaganda suçları açısından herhangi bir adli sonuç doğurmayacaktır. Bu açıklamalarımıza Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun (CGK) şu kararı örnek verilebilir: Karara konu olayda bir partinin il başkanı sıfatındaki kişi “ (...) Bunun en güçlü ve somut örneği AB'nin KONGRA-GEL'i terörist listesine almasıdır. Son derece talihsiz olan bu kararın halkımıza hiçbir şekilde fayda getirmeyeceği ve tekrar çatışmalı bir sürecin başlayacağı yönünde bizleri kaygılandırmaktadır” şeklindeki ifadeleri kullanmıştır. Yargıtay CGK örgütü terör örgütü olarak görmeye yönelik bu ifadeleri ve AB'nin aldığı kararı “kışkırtıcı” olarak nitelemeyi, suçu ve suçluyu övme suçunu oluşturduğu kabul edilmiştir. Yargıtay CGK, bu ifadelerle sanığın söz konusu örgütü terör örgütü olarak kabul etmediğini, kabul edenlere de karşı çıktığını, böylece örgütün yasa dışı eylemlerini desteklediğini düşünmüştür. Ancak olayda örgütün yasadışı

ceğini düşünmek kanaatimizce düşünce ve ifade özgürlüğünü ihlal niteliği taşıyacaktır.

a) Övmek

Övmek, birinin veya bir şeyin iyiliklerini, üstünlüklerini söyleyerek değerini yüceltmek; onu methetmek, sena etmek anlamında kullanılmaktadır⁵⁰. Övme hareketinin “suçun” övülmesi veya “suçlunun” övülmesi şeklinde tezahürü söz konusudur. Birinci durum işlenen suçtan dolayı suçun kendisinin övülmesi, ikinci durum ise işlediği bir suçtan dolayı, failin övülmesidir. Bu açıdan suç seçimlik ve bağlı hareketli bir suçtur. Seçimlik hareketli bir suçtur, çünkü suçun veya suçlunun övülmesi gerekir. Bağlı hareketli suçtur, çünkü kanunda belirtilen bu hareketler dışında suçun işlenmesi mümkün değildir. Dolayısıyla bu suçun söz konusu olabilmesi için hareketin yönelmiş olduğu konu olarak yukarıda belirttiğimiz gibi işlenmiş olan bir suç veya suç işlemiş bir kimsenin bulunması gerekir.

Suç u ve suçlu yu övme suçunun esas hareket unsuru olan övmeden anlaşılması gerekeni ortaya koymak gerekmektedir. Bizde olduğu gibi Fransız Basın Özgürlüğü Kanunu’nda⁵¹ da övmenin tanımının yapılmadığını belirtmemiz gerekir⁵². Kavramın içeriğini doktrin doldurmaktadır. Buna göre övme, işlenen fiili yüceltmeye değer bulma, onu kutlama veya failini işlediği suçtan dolayı iyi göstermektir⁵³. Övme, bir fikrin, bir

eylemlerinin övülmesine yönelik ifadelerden bahsedilmemektedir. Daha çok söz konusu terör örgütünün, terör örgütü olarak görülmemesi kanaati yansıtılmıştır. (CGK, E. 8–345, K. 13, T. 30.01.2007).

50 <http://www.tdksozluk.com/s/%F6vmek/> (Erişim Tarihi:06/04/2015).

51 Basın Özgürlüğü Kanunu’nun 24. maddesinin 4. fıkrası da, öncelikle dolaylı tahrik olarak cezalandırılan övme durumları suç olarak düzenlenmektedir. Bu düzenlemeye göre, Ceza Kodu’nun 2. kitabında düzenlenen hayata karşı suçlar, vücut bütünlüğüne karşı suçlar, cinsel saldırı suçları, 3. kitabında düzenlenen hırsızlık, yağma ve insanlar için genel tehlike yaratma suçları açısından dolaylı tahrik olarak tanımlanan “övme” fiili işlenebilir. Aynı şekilde, savaş suçlarını, insanlığa karşı suçları, düşmanla işbirliği suçlarını alenen övme de dolaylı tahrik suçunu oluşturacaktır. Görüldüğü üzere, Fransız hukukunda övme suçu, dolaylı olarak suç tahrik şeklinde algılanıp sadece ve özellikle ağır ve önemli suçlar açısından kabul edilmiştir. Bu şekliyle 765 sayılı kanun dönemindeki bizdeki düzenlemeyle benzeşmektedir.

52 Cass. crim., 5 févr. 2013, n° 11–85.909 ; JurisData n° 2013–001603 ; Légipresse 2013, n° 303, p. 164, note crit. E. Dreyer ; D. 2013, p. 805, note P. Egéa ; AJP 2013, p. 218, obs. O. Décima.

53 G. Le Poittevin, *Traité de la presse*, Paris, 1902–1903, t. 2, p. 52, aktaran: B. Beignier et al., *Traité de droit de la presse et des médias*, LexisNexis, 2009, no 861.

görüşün iyiliğinden, üstünlüğünden bahsedilerek değerinin belirtilmesi⁵⁴, basit anlamıyla övme, belirli bir davranışın, fiilin doğru olduğunun söylenmesidir⁵⁵. Başka bir ifadeyle övme genel anlamda bir fiilin, hareketin desteklenmesi, bu konuda görüş açıklanması demektir⁵⁶. İncelediğimiz suç açısından ise övme bu genel anlamından ziyade suçu benimsemeye, doğruluğunu belirtmeye, methetmeye, suçluyu yüceltmeye yönelmiş bir düşüncenin açıklanması şeklinde anlaşılmaktadır⁵⁷. Failin suç teşkil eden fiilini beğenmek, beğendirmek, iyi ve makbul olarak tanıtmak amacıyla gayret sarf etmek ve kanunun suç olarak tespit ettiği bir fiilin işlenmiş olmasını ve failini olumlu göstermek biçiminde görüş açıklamak da övme fiilinin ceza hukuku anlamında karşılığı olarak ortaya konulmaktadır⁵⁸. Övmeye hukuka aykırı olan durum, bir suçun doğruluğu, meşruluğu ve haklılığı hususunda, kişilerde bir bilinç oluşturulmaktadır⁵⁹. Suç oluşturan fiilin desteklenmesi, methedilmesi, şerefli bir davranış olarak gösterilmesi durumunda övmeden söz edilir⁶⁰. Yargıtay 765 sayılı kanun döneminde verdiği bir kararda, failin suç teşkil eden fiilini beğendiğini söylemesini ya da bu fiili başkalarına beğendirmeye çalışmasını suçun veya suçlunun övülmesi olarak değerlendirmektedir⁶¹.

Övmenin suç sayılabilmesi için, bir yandan sıradan bir değerlendirmeden farklı olması, diğer yandan norm ile övgü fiili arasında bir çelişki bulunması, norma rağmen, normla çelişki halinde bulunan hareketin övülmesi ve bu övmeye, suç teşkil eden fiil gibi hareket edilmesinin istenmesi gerekmektedir. Suçlunun fotoğrafının aleni bir toplantıda taşınması, afişe edilmesi yoluyla fiillerinin de övüldüğü düşünüldüğünden uygulamada uzun bir süre bu hususta mahkûmiyet hükümleri kurulmaktaydı. İfade hürriyeti lehine yapılan değişiklikler sonrası ve ülkede yaşanan siyasi iklim sonrasında uygulamada buna benzer olayların ifade hürriyeti kapsa-

54 Bayraktar, *Suç İşlemeye Tahrik Cürmü*, s. 20.

55 Önder, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 401.

56 Çetin Özek, *Türk Basın Hukuku*, (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1978), s. 353.

57 Bayraktar, *Suç İşlemeye Tahrik Cürmü*, s. 20.

58 Önder, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 403.

59 Bayraktar, *Suç İşlemeye Tahrik Cürmü*, s. 21.

60 Önder, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 401.

61 Yargıtay 3. C.D., E.1972/173, K.1972/180, 03.05.1972; aktaran: Önder, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 401.

mında değerlendirilip soruşturma safhasında takipsizlik kararları verildiği gözlemlenmektedir. Ancak kanaatimizce bu kararların, işlenen fiilin ifade hürriyeti kapsamında olduğunu belirtmekten ziyade suçun fiil unsuru olan övmeyi oluşturup oluşturmadığının tespitiyle verilmesi uygun olacaktır. Bu tespitten sonra, fiilin hukuka uygunluk sebebi olarak ifade hürriyeti sınırları içerisinde olup olmadığı tartışılmalıdır. Övmenin olayın anlatılmasından, hikâye edilmesinden ayırt edilmesi gerekir. Hikâye etmede olay olduğu gibi anlatılmakta, işin içine duygular katılmamakta, bu olayın iyi ve güzel bir şey olduğu değerlendirilmemektedir. Burada suç haline getirilen husus, suçun veya bu suçu işlemekten dolayı failin anlatış tarzında, herkesin bu suçu işlemenin çok güzel bir şey olduğuna inandırılmasına veya öyle düşüncülerinin sağlanmasına yönelik çabadır. Bu durumda sosyal medya araçlarının kullanılarak başkasının materyallerini yorumsuz bir şekilde sadece hikâye etmek, aktarmak maksadıyla kendi mecrasında kendisiyle temas halindeki kişilerin ulaşabileceği bir şekilde paylaşmak övme olarak kabul edilmeyebilir. Ancak bu durumun sübutu zor bir husustur ve her somut olay kendi içinde değerlendirilmelidir. TCK'nin 215. maddesi bakımından, suçu iyi gördüğünü söyleme övmenin içinde düşünülmelidir⁶². İşlenen suçun, toplumun bir kesiminde tasvip görmesi (örneğin babasını öldüreni öldürme gibi), bu suçun övülmesini suç olmaktan çıkarmaz⁶³.

Burada inkâr etmenin bu suçu oluşturup oluşturmayacağına da değinmek gerekmektedir. İnkârı suç olarak düzenleyen yasalarda⁶⁴, daha çok tarihsel olaylara yönelik genlin kabul etmediği düşünceleri ifade etmek

62 Yaşar-Gökcan-Artuç, *Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, s. 6044.

63 Parlar- Hatipoğlu, *Türk Ceza Kanunu Yorumu*, s. 1594.

64 Bu kanunlardan biri de 29 Temmuz 1881 tarihli Fransız Basın Özgürlüğü Kanunu'dur. Bu kanuna, 13 Temmuz 1990 tarihinde 90-615 numaralı "Gayssot yasası" olarak bilinen yasa değişikliği ile 24bis. maddesi eklenerek "23. maddede belirtilmiş olan imkânlardan biriyle 8 Ağustos 1945 tarihli Londra Anlaşması'yla kurulmuş olan Uluslararası Askeri Mahkeme'nin kuruluş belgesinin 6. maddesinde zikredilmiş olan insanlığa karşı cürüm işlemiş örgütlerin işlediği suçların varlığını tartışma konusu yapmak" ceza yaptırımına bağlanmıştır. (Bu düzenlemenin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 10. maddesinde düzenlenen ifade hürriyetini ihlal ettiği ileri sürülmüş, ancak AİHM bu durumun ihlal oluşturmadığını belirten kararlar vermiştir. Bkz. AİHM, 24 juin 2003, Garaudy/ France). Bahsi geçen inkâr yasasının uygulanmasının Fransız mahkemeleri failde özel kast aramaktadır. Bu sebeple tarihi, bilimsel tartışmalar içerisinde olayları tartışmaya açmak bu suçu oluşturmayacak, bu minvaldeki açıklamalar ifade hürriyeti kapsamında değerlendirilecektir. Bu yönde kararlar için bkz. Cass. crim., 17 juin 1997 : Bull. crim. 1997, n° 236; CA Paris, 16 déc. 1998 : Légipresse, n° 159, 1999, III, 30.

suretiyle mağdurların onurlarının rencide olacağı, halkı kin ve düşmanlığa tahrik, ayrımcılık, ırkçılık vb. gibi suçlara iteceği düşünüldüğünden cezaya bağlanmaktadır⁶⁵. Alma Ceza Kanunu'nun 130/3, İsviçre Ceza Kanunu'nun 261-ek paragrafı ve Fransız Basın Özgürlüğü Kanunu'nun 23. maddesi ve 24 ek paragrafı inkârı, minimize etmeyi suç haline getiren düzenlemelerdir. Ancak ifade özgürlüğü lehine söylenmelidir ki, tarihsel olaylar ve ülkelerin dış politikalarına yön veren tarihsel ve politik incelemeler suç haline getirilmemelidir⁶⁶.

Fransa'da ilginç bir olayda bir anne, 11 Eylül'de doğan Cihat adındaki çocuğuna, doğum günü için dayısı tarafından hediye edilen ve üzerinde "Ben bir bombayım. Cihat: 11 Eylül'de doğdu" yazılı tişörtü giydirmekten ve bu tişörtü hediye eden erkek kardeşi "terörü haklı çıkarttıkları" (apologie) gerekçesiyle yargılanmıştır. İlk derece mahkemesi beraat kararı vermiş, savcının başvurusu üzerine dava Nimes İstinaf mahkemesine taşınmış ve mahkeme, genç kadına 2 bin avro para cezası ve bir ay tecilli hapis, erkek kardeşine ise 4 bin avro para cezası ve 2 ay tecilli hapis cezası vermiştir. Temyiz üzerine Fransız Yargıtay'ının önüne gelen davada Yargıtay, istinaf mahkemesinin verdiği kararı 18 Mart 2015 tarihinde, Basın Kanunu'nun 24. maddesinde belirtilen dolaylı suça tahrik suçunun unsurlarının olayda mevcut olduğunu belirterek kararı onaylamıştır. Görüldüğü üzere, kapalı ve dolaylı anlatımlarla da, herkesin işlendiğini bildiği veya terör eylemi olan fiillerin onaylanması kamu barışını bozacağından suç oluşturacağından bahsedilmiştir. Ancak belirtmek gerekir ki, her somut olayın özellikleri, faildeki kast ve bunu yoğunluğu dikkate alınarak bir sonuca varılmalıdır. Aksi halde, ifade özgürlüğünün sınırları zorlanabile-

65 Alman Ceza Kanunu'nun 130. maddesinde yer alan "Halkı kin ve düşmanlığa tahrik etme suçu" nun işleniş şekillerinden biri maddenin üçüncü fıkrasında şu şekilde ifade edilmektedir: Nasyonal sosyalist iktidar altında işlenen ve Devletler Ceza Kanununun altıncı maddesinin birinci fıkrasında tanımlanan (soykırım) bir fiili, kamu barışını bozmaya elverişli bir şekilde, alenen veya bir toplantı sırasında onaylayan, inkâr eden veya zararsız gibi gösteren kişi, üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır." Maddenin devam eden fıkrasında ise cebir ve keyfiliğe dayanan nasyonal sosyalist iktidarı onaylama, yüceltmek ve hukuka uygun gibi göstermek cezaya bağlanmıştır. Alman Ceza Kanunu'nun 140. maddesinde ise, 130. maddedeki nasyonal sosyalist iktidarını ve yaptıklarını övmekten farklı bir şekilde, özel olarak belirtilen suçları işledikten veya cezalandırılacak bir şekilde işlemeğe teşebbüs edildikten sonra, bu suçu işleyeni mükâfalandıranlar veya kamu barışını bozmaya elverişli bir şekilde alenen, bir toplantıda veya yazı yayarak bu suçu onaylayanlar üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılmaktadır.

66 Çetin Özek, "1997 Türk Ceza Yasası Tasarısı'na İlişkin Düşünceler", *İÜHFİM*, 1998, c: LVI, Sayı 1-4, s. 48.

cektir⁶⁷. Bu olayın AIHM önüne geldiğinde, Strasbourg hâkimlerinin nasıl karar vereceği açıkçası merak uyandırmaktadır⁶⁸.

b) Övmenin Alenen Gerçekleştirilmesi

Suç ve suçluyu övme suçunun oluşması için bu övme fiilinin aleni bir şekilde gerçekleştirilmesi gerekmektedir⁶⁹. Övmenin alenen yapılması bu suç açısından kurucu unsurdur⁷⁰. Bu suç açısından aleniyetten anlaşılması gereken ise suç ile oluşan ihlalin sayı ve kimlik olarak belirli olmayan kişilerce görülebilecek⁷¹, duyulabilecek şekilde gerçekleştirilmesidir⁷². 11.4.2013 tarihli ve 6459 sayılı yasa ile yapılan değişiklik sonrası madde

- 67 Benzer bir örneği ülkemizden de vermek mümkündür. Hrant Dink cinayetinde, kasten öldürme suçunun faili olan kişiyle emniyet görevlilerinin Türk bayrağının önünde fotoğraf çektirmele-ri ve samimi konuşmalar yapması bu suç kapsamında değerlendirilmiş, yerel mahkeme delil yetersizliğinden dolayı beraat kararı vermiştir. Temyiz incelemesinde Yargıtay 4. CD. "...sanıkların amaçlarının kasten insan öldürme suçundan şüpheli Oğün'ün işlediği suçun doğru bir davranış olduğu yönünde kamuoyuna mesaj vermek olup olmadığı ve haklarında 5237 sayılı TCK'nın 215. maddesinin uygulanma olanağı bulunup bulunmadığı karar yerinde tartışılma-dan suç niteliğini yanlış değerlendiren ve yerinde görülmeyen gerekçelerle sanıklar hakkında beraat kararları verilmesi(ni)..." hukuka aykırı bularak bozma kararı vermiştir. (Yargıtay 4. Ceza Dairesi, E. 2010/27631, K. 2012/30616, T. 17.12.2012.)
- 68 Karara konu olay için ve kararın detayları için bkz. Cour de cassation, 17-03-2015, n° 13-87.358 (n° 787 FS-P+B+I)
- 69 "Aleniyet" sözlük anlamı olarak; "1-Bir şeyin zahir ve meydanda olması, gizli olmayıp göz önünde bulunması, 2-Her şeyin zahir hali, dış görünüşü" demektir. (Ferit Devellioğlu, **Osmanlıca ve Türkçe Ansiklopedik Lügat**, (Ankara: 1993), aktaran: Ahmet Gökçen, **Halkı Kin ve Düşmanlığa Açıkça Tahrik Cürmü (TCK md. 12/2)**, (Ankara: Liberal Düşünce Topluluğu Yayınları, 2001), s. 43-59.)
- 70 Yargıtay 9. Ceza Dairesi, E. 2007/8098, 03.10.2007, bu kararında "cezaevinde hükümlü olan sanığın yazdığı ve muhatabına ulaşmadan cezaevi idaresince el konulan dilekçelerin" suçu ve suçluyu övme niteliğinde ifadeler içerdiğini; ancak aleniyet unsurunun gerçekleşmemesi sebebiyle suçun oluşamayacağını belirtmiştir.
- 71 Sanığın dilekçesinde aleniyet unsuru bulunmadığıyla ilgili iddiasının değerlendirilmesi (...) sanığın ifadelerinden anlaşılmaktadır ki (...)suçun [somut delil unsurunu] oluşturan dilekçe, 60 - 70 kişinin refakatinde imzalanmıştır (...) tüm bu şahıslar dilekçenin içeriğiyle ilgili bilgi sahibi olsa bile (...) mevcut kalabalık sanığın dilekçenin içeriğini okuyarak imzaladığını görmüştür (...) Ayrıca sanığın 5237 sayılı Kanun'un 215. maddesinde açıklanan kasıtlı suç unsurunu gerçekleştirdiği sırada, (...) en azından altmış kişi tarafından görüldüğü tespit edilmiştir (...) Sonuç olarak, aleniyet unsuru da dolayısıyla bulunmaktadır (...). (Yalçınkaya ve Diğerleri/Türkiye, Başvuru No. 25764/09 vd. , 01.10.2013, par. 10.)
- 72 Aleniyete ilişkin değişik görüşler için bkz. Ahmet Gökçen, **Halkı Kin ve Düşmanlığa Açıkça Tahrik Suçu**, s. 142 vd.; Mehmet Emin Artuk-, Ahmet Gökçen- Ahmet Caner Yenidünya, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 14. Baskı, (Ankara: Adalet, 2014), s. 645.

metnine giren ve suçu somut bir tehlike suçu haline getiren övme fiilinin “açık ve yakın bir tehlike ortaya çıkarması” şartına bağlanmış olması aleniyet açısından özellikle değerlendirilmesi gereken bir durumdur⁷³. Zira suç ile korunan hukuki değer kamusal barışı olduğu düşünüldüğünde, bu kamu barışının işlenmiş bir suçun veya işlemiş bir suçtan dolayı bir kişinin övülmesi suretiyle bozulma tehlikesine girmesi için bu övmenin belirsiz sayıda kişiye ulaşması gerekecektir. Övmeyi kimse duymamış olsa bile fail tarafından alenen yapılmış ise anılan suç oluşacaktır. Ancak alenen yapılmamış övmeden herhangi bir şekilde kamuoyu haberdar olmuş ise anılan suç oluşmayacaktır. Aleniyet, suçun, niteliği gereği ya da tesadüfen genel olan yerlerde, basın-yayın yoluyla ya da bazı durumlarda özel yerlerde gerçekleşmesi yoluyla da sağlanır⁷⁴. Nitekim bizim de katıldığımız görüşe göre övme fiilinin gerçekleştirildiği yerin niteliği aleniyetin kabulü bakımından önemsizdir, özel bir yer de aleniyet unsurunun gerçekleşmesine müsaait olabilir⁷⁵. Önemli olan eylemin belirli olmayan birçok kişi tarafından algılanabilir bir mahiyette bulunmasıdır⁷⁶. Aleniyet şartını sağlayan övücü hareketler çok açık⁷⁷ biçimde yapılmış olabileceği gibi

73 Yargıtay 8. Ceza Dairesi E. 2009/736, K. 2012/17738, T.23.05.2012, “Yazı veya sözün kim tarafından, nerede, nasıl bir ortamda, hangi koşullar altında yazıldığı veya söylendiği değerlendirilmelidir. Mahkeme ‘yakın ve mevcut tehlike’ ölçütüne yaklaşarak sözleri söyleyen kişinin ne kadar etkili olduğu, söylenen yer ve zaman bakımından söylenenlerin şiddet yaratmaya müsait olup olmadığına bakılması gerektiğini kabul etmektedir (Zana/Türkiye, 25 Kasım 1997 kararı)”. Görüldüğü gibi açık ve yakın tehlike ölçütünün kullanılması suretiyle ifade özgürlüğünün alanını genişleten kanun değişikliğinden kısa süre önce Yargıtay uygulamalarının da AİHM kararlarına paralel bir uygulama yakaladığını söyleyebilmek mümkündür.

74 Türkan Yalçın Sancar, **Alenen Tahkir ve Tezyif Suçları**, (Ankara: Seçkin, 2006), s. 173.

75 CGK E.1966/276, K.1966/456, T. 05.12.1966, “Aleniyet, gerçekte aleniyet unsurunu meydana getiren umumi yerde sanıktan başka bir veya birkaç kişinin bulunması değil ve fakat bir veya birden fazla kişinin umumi yerde işlenen fiili görüp işitebilmesidir. Bu nedenle aleniyet için bir kimsenin umumi yerde bulunması şart olmayıp işlenen suçu görüp işitebilme ihtimali yeterli sayılır. Başka deyimle aleniyet suçun göz önünde işlenmesi anlamını kapsamayıp işlendiği yerin umumi bir yer olması ve görülebilme imkânına sahip olmasıdır.”; aleniyet ile ilgili bir başka güncel karar için bkz. CGK E.2007/9–69, K. 2007/99, T.17.4.2007.

76 Artuk-Gökçen-Yenidünya, **Ceza hukuku Özel Hükümler**, s. 646.

77 Yargıtay 8. CD, 05/06/2002 T, 5079 E., 6668 K. “İstanbul Şişli İlçesi Abide-i Hürriyet Meydanında birtakım işçi kuruluşlarının katılımıyla gerçekleşen açık hava toplantısına katılan bazı kişilerce PKK terör örgütü elebaşı A. Ö. nün resmi bulunan ve PKK terör örgütünün simgesinin yer aldığı pankart açılması üzerine kollukça girilen geniş çaplı operasyon sonucu HADEP Eminönü İlçe Teşkilatı binasında yapılan aramada duvarda bulunan panoda PKK terör örgütü elebaşının ve militanlarının resimleri ve simgelerinin yer aldığı, böylece ilçe teşkilatı başkanı olan sanığın bunların asılmasını ve orada kalmasını sağlamak biçimindeki eylemi.”

zımni⁷⁸ olarak da yapılabilir. Övmenin üstü kapalı, dolaylı bir şekilde yapılmasını Fransız yargısı da suçun oluşumu için yeterli görmektedir⁷⁹.

c) Açık ve Yakın Tehlike Ölçütü

Aleni bir şekilde gerçekleştirilen övme fiilinin cezalandırılabilmesi için bu fiilin kamu düzeni açısından açık ve yakın bir tehlikeyi ortaya çıkarması gerekmektedir. İfade özgürlüğünün sınırını genişleten bu ölçüt suç düzenlemesine 2013 yılında yapılan değişiklik ile girmiştir. Bu ölçütün aranması ile incelediğimiz suç aşağıda daha detaylı inceleyeceğimiz gibi soyut tehlike suçundan somut tehlike suçuna dönüşmüştür. Kamu düzeninin bozulması tehlikesinin somut olgulara dayalı olarak varlığı gerekmektedir. Bu somut tehlikenin gerçekleşip gerçekleşmediğinin belirlenmesi, övme fiilinin neden olduğu tehlike neticesine göre belirlenmektedir. Bu belirleme hâkime bırakılmaktadır. Hâkimin, failin ifadelerinin kamu düzenini bozama açısından yakın bir tehlike oluşturduğuna ilişkin somut olgulardan hareketle bu endişeyi, tehlikeyi ortaya koyması gerekmektedir. Böyle bir tehlike açıkça tespit edilmedikçe bu suçtan dolayı cezalandırma yoluna gidilemeyecektir⁸⁰.

Kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlikenin varlığından sözedilebilmesi için, kamu güvenliğinin bozulması tehlikesinin varlığı konusunda somut olgular bulunmalıdır. Anglosakson hukukundan, Avrupa hukukuna oradan da bizim hukukumuza girmiş olan açık ve yakın tehli-

78 Yargıtay CGK, 29/03/1979 T., 2-12/124, "Sanığın olay günü TÖB-DER Tutet ve bazı işçi kültür derneklerinin Bursa'da tertip ettikleri (pahalılık ve faşist baskılara son) mitinginde yakalanamayıp hüviyeti tespit edilemeyen ve bu nedenle hakkında kamu davası açılmayan bir kişi ile birlikte Mahir Çayan'ın 75x100 ebadındaki beyaz bez üzerine şablonla çıkarılmış portresi altında "devrim için savaşmaya sosyalist denmez..." ibaresi bulunan pankart taşıdığını, dosyanın incelemesinden anlaşılmıştır. Görülüyor ki, Mahir Çayan'ın portresi ve "Devrim için savaşmaya sosyalist denmez" ibaresini havi pankart taşımak suretiyle Mahir Çayan'ın herkesçe bilinen eylemlerinin meşru olduğu imajı yaratılmakta ve bu eylemler övülmekte ve halk bu eylemler etrafında birlik olmaya çağrılmakta ve Mahir Çayan'ın amaçladığı devrimin gerçekleştirilmesi için, halk tahrik ve teşvik edilmektedir. Bu hususlar TCK'nin 312/1. maddesinde yazılı suçun kanuni unsurlarını kapsayan ve suçu oluşturan niteliktedir. Bu nedenle itirazın kabulüne karar verilmelidir".

79 B. Beignier, n° 863.

80 TCK m.216'da düzenlenen halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçunun gerekçesinde "açık ve yakın tehlike" ölçütünden ne anlaşılması gerektiği belirtilmektedir. TBMM, Dönem:22, Yasama Yılı:2, Sıra Sayısı: 664, s. 610 vd.

ke (clear and present danger) hali, incelediğimiz suç açısından cezalandırılabilirlik şartı olarak zuhur etmektedir. ABD Yüksek Mahkemesi'nin Terminello/Chicago kararıyla emsal haline gelen bu ölçüte göre; düşünce açıklaması, bir huzursuzluk, kurulu düzenin kurallarından hoşnutsuzluk yarattığı hatta kişileri kızgınlığa sürüklediği zaman, amacına en iyi biçimde hizmet etmiş olur⁸¹. Düşünce açıklaması çoğunlukla kışkırtıcı ve uyarıcıdır; bir fikrin kabul edilmesi için çalışılırken, ön yargılara saldırılabilir ve çok sarsıcı etkiler yaratılabilir. Bu nedenle, toplumu rahatsız ve huzursuz kılmamanın çok ötesinde, ciddi ve somut bir kötülüğün açık ve somut tehlikesi kanıtlanmadıkça, ifadeler bu suç açısından cezalandırılabilir seviyeye ulaşmamış kabul edilecektir. Bu şart hiç kuşkusuz TCK'nin 218. maddesinde yer alan ve incelediğimiz suç açısından bir hukuka uygunluk sebebi teşkil eden, haber verme hakkı ve eleştiri hakkı sınırları ile birlikte değerlendirilmelidir. Bu sınırları aşmadığı sürece ortada bir hukuka aykırılık oluşmayacağı için suçun varlığından bahsedilemeyecektir. Ancak bu sınırları aşsa dahi, yani açıklamaların hukuka uygun olmadığı tespit edilmiş olması halinde bu açıklamaların belirttiğimiz şekilde geneli rahatsız edici bir nitelikte mi olduğu yoksa kamu barışı açısından açık ve yakın bir tehlike mi doğurduğu sorusunu cevaplamak gerekmektedir. Eğer açıklamalar sadece rahatsızlık doğuran nitelikte ise, bu ifade özgürlüğünün özünde var olan bir durum olduğu için açıklamalar cezalandırılabilir olmayacaktır. Ancak rahatsızlığı ötesinde bir suç ve suçluya yönelmiş övücü ifadeler başka suçların doğmasına veya kamunun barışını bir şekilde bozmaya elverişli ve açıkça da bozmuş ise bu durumda cezalandırılabilir bir ifadeden bahsedilebilmektedir. Bu yönüyle suç belirttiğimiz gibi bir somut tehlike suçudur. Övme ile kamu güvenliğinin gerçekten bozulmuş olması değil, kamu güvenliğinin bozulması konusunda açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması aranmaktadır. Yine bu şartın, aleniyet şartı ile de birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir.

AİHM Türkiye hakkında verdiği bir kararında, başvuranların ulusal ve uluslararası organlar tarafından terör örgütü olarak kabul ettiği bir örgütün liderine “sayın” ifadesini kullanmasını sözleşmenin 10. maddesini ihlal

81 Durmuş Tezcan - Mustafa Ruhan Erdem- Oğuz Sancakdar - Rifat Murat Önok, **İnsan Hakları El Kitabı**, 4. Baskı, (Ankara: Seçkin Yayınları, 2011), s. 332.

edip etmediğini değerlendirmiştir⁸². Mahkeme, TCK'nin 215. maddesindeki düzenlemeyi kanun tarafından öngörülebilir olma şartını ve AİHS'nin m. 10/2'de belirtildiği gibi ulusal güvenlik bakımından meşru bir sınırlama amacı da taşıdığını belirtmektedir. Mahkeme, ifade özgürlüğünün sınırlama şartlarından üçüncüsü olarak belirlediği demokratik toplumun gerekliliği açısından olayı incelediğinde, somut olaydaki müdahalenin gerekliliğini karar mahkemesinin gerekçeli bir şekilde ortaya koyamadığını belirtmiş, müdahaleyi haklı gösterecek nitelikte açık ve yakın bir tehlikenin mevcut olduğunun anlaşılmadığını tespit etmiştir. Netice olarak da mahkeme, sözleşmenin onuncu maddesinin ihlal edildiğini tespit etmiştir⁸³.

B. Suçun Manevi Unsuru

Suçun oluşması kastın varlığına bağlı olmakla birlikte (TCK md. 21/1), taksirle işlenen fiiller, kanunun açıkça belirttiği hâllerde cezalandırılır (TCK md. 22/1). Bu suç, kanuni düzenlemede taksirden bahsetmediği için yalnızca kasten (doğrudan veya olası kast ile) işlenebilen bir suçtur. Bu nedenle fail, maddede belirtildiği şekilde övdüğü şeyin işlenmiş bir suç ve/veya suç işlemiş bir kişi olduğunu bilmeli ve suç veya kişiyi alenen övmeyi istemelidir. Failin belli bir maksat veya saikle hareket etmesine, başka bir deyişle özel kasta gerek yoktur⁸⁴. Bu maddede düzenlenen suç, doğrudan kastla işlenebileceği gibi olası kastla da işlenebilir⁸⁵. Dolayısıyla bir kişinin, açıkladığı övücü ifadenin işlenmiş bir suçta veya işlediği bir suçtan dolayı bir kişiye yönelik olabileceğini ve böylelikle suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine karşın, ifadeyi açıklaması halinde kamu barışının bozulacağını kabullendiği durumlarda suçun manevi unsuru olarak olası kastın varlığını kabul etmek gerekecektir.

- 82 Yalçınkaya ve Diğerleri/Türkiye, Başvuru No. 25764/09 vd. , 01.10.2013. [http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-127005#{"itemid":\["001-127005"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-127005#{) Erişim Tarihi: 05.03.2015.
- 83 Yalçınkaya ve Diğerleri/Türkiye, para. 30, 31, 32, 33.
- 84 Parlar- Hatipoğlu, **Türk Ceza Kanunu Yorumu**, s. 1595; Yaşar-Gökcan-Artuç, **Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, s. 6047.
- 85 Önder, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 403.

Burada bir hususa daha değinmek gerekmektedir. Soruşturma veya kovuşturma henüz başlamadan veya bu safhalar bitmeden, yani ortada işlenmiş bir suçun ve suçlunun olduğu tespiti mahkeme kararı ile sabit olmadan ancak suçun işlendiğinin fail tarafından bilinmesi durumunda suçu ve suçluyu övme suçu bakımından nasıl hareket edilecektir? Zira suçu ve suçluyu övme suçunun işlenmesi için kesinleşmiş bir mahkûmiyet kararı arayan görüşe göre bu durumda kanunilik ilkesi ihlal edilerek madde geniş bir şekilde yorumlanmamalıdır⁸⁶. Ortada henüz soruşturması ve kovuşturması bitmemiş dolayısıyla da kesinleşmiş bir mahkûmiyet kararına bağlanmış bir fiil ve fail olmadığı durumda suçu ve suçluyu övme suçu oluşmayacaktır. Nitekim TCK'nin 215. maddesindeki düzenlemede işlenmiş olan bir suç veya işlemiş olduğu bir suçtan dolayı bir kişinin alenen övülmesi suç haline getirilmiştir⁸⁷. Ancak özellikle terör örgütü üyelerinin ve elebaşlarının övülmesinde, tüm kamuoyu, bu kimselerin suç işlediğini bildiğinden⁸⁸, artık ortada kesinleşmiş bir mahkûmiyet hükmünü aramak suç ile korunan hukuki değerler yeterince korunmamasına yol açacaktır. Burada failin kastının, bu suçun işlendiğini ve failin suçu işlediğini bilmeyi gerektirmesine dikkat edilmelidir. Bu nedenle, bu durumda somut olayın özelliğine bakılmalıdır. Fail, görmesi, bilmesi gibi nedenlerle daha önceden bu suçun işlendiğini ve failin suç işlediğini hiçbir tereddüde yer bırakmayacak şekilde biliyor ve buna rağmen bu suçu veya suçluyu övmekte ise, önceki suçun ve kararın kesinleşmesi şartına bağlı olarak, anılan suç oluşacaktır. Failin bu suçun işlendiğini veya failin suç işlediğini kesin olarak bilmediği, bu hususun ispatlanmadığı durumlarda, soruşturma veya kovuşturma aşamasına eylemin veya kişinin övülmesi anılan suçu oluşturmayacaktır⁸⁹. Ancak övme kastının suçtan dolayı gerçekleşmesi gerekmektedir.

86 Kişi bir suç işlediği isnadıyla yargılanmış ve fakat henüz hakkında verilen hüküm kesinleşmemiş olabilir. Bu kişi hakkından yargılanmakta olduğu suç nedeniyle övücü ifadeler kullanan kişinin eylemi bu aşamada suç teşkil etmeyecektir. Ancak, bu durum bekletici mesele yapılarak, övülmeye neden olan fiil hakkında suç olduğuna ilişkin kesin hüküm verildiği takdirde öven şahsın eylemi artık 215. madde kapsamında değerlendirilmelidir. Bu çözümü kabul etmeyen görüşe göre; bu çözüm, gerek kanunilik ilkesi gerekse de bir suçun oluşmasını başka bir suçun oluşmasına bağlayan bir uygulamanın ceza politikası açısından uygun olmayacaktır. Bkz. Şen, "Suçu ve Suçluyu Övme", s. 102 vd.

87 Şen, "Suçu ve Suçluyu Övme", s. 105.

88 Yaşar-Gökcan-Artuç, **Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, s. 6516.

89 Yaşar-Gökcan-Artuç, **Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, s. 6516.

Kanaatimizce bu durumda failin kastının belirlenmesi önemlidir. Eğer bir kişi işlendiğini bildiği veya işlediğini bildiği bir suçtan dolayı bir kişiye övücü ifadeleri henüz yargılama safhası sonuçlanmadan kullanmış ise, bu kişinin övdüğü suçun ve suçlunun mahkeme tarafından da hükme bağlanarak tespit edileceğini öngörmesine rağmen kabullenerek bu ifadeleri kullanması durumunda olası kastından bahsedilebileceği için suçun manevi unsuru oluşacaktır. Ancak suçun hukuki konusunun varlığındaki problemler bu yolla da tam giderilemeyecektir. Yukarıda bahsettiğimiz gibi bu durum kanunilik ilkesine aykırılık oluşturmaktadır. Dolayısıyla, yargılama devam ederken bu yargılamaya konu olan fiilin ve failin övülmesi durumunda suç ve suçluyu övme suçundan dolayı gerçekleştirilecek olan soruşturmada, önsuçun yargılamasının bekletici mesele yapılması gerekir. Eğer ki, suç sayılan fiilin gerçekleştirildiği kamuoyu tarafından sabit ise, herkes tarafından biliniyor ise bu durumda kamu barışını bozmaya yönelik bir olası kast halinden bahsedilebilecektir. Ancak bu kastın bu aşamada suç övmeye yönelik değil, suç desteklemeye, suça katılmaya, suçluyu cesaretlendirmeye yönelik olduğu telaki edilip, daha önce belirttiğimiz gibi suça katılma kapsamında da değerlendirilebilecektir.

Son olarak hata konusuna da değinmek gerekecektir. Fail övülen suçun veya suçlunun suç veya suçlu olduğunu bilmediğini ileri sürse veya övdüğü suçun kabahat veya disiplin soruşturması cezası gereken bir fiil olduğunu zannettiğini iddia etse, sorumluluğu TCK'nin 30. maddesi hükümlerine göre belirlenmesi gerekir. Bu halde eğer bir suç ve suçluyu övmenin suç olduğunu bilmeme durumundan bahsediliyorsa norm üzerindeki hatadan bahsedilecektir. Bu da haksızlık hatası olarak değerlendirilecek ve kaçınılmaz bir durum olduğu takdirde hatadan kişi faydalanamayacak aksi halde ise kusuru etkilenecek ve bu kaçınılmazlığın ispatı durumunda da kişi 30/4 gereği cezalandırılmayacaktır. Ancak kişi övdüğü suçun veya suçlunun bu kapsamda değerlendirildiğini bilmediğinden bahsediyor ise bu durumda suçun maddi unsurlarında bir hata ortaya çıkacaktır. Bu durumda da kişinin sorumluluğu 30/1 gereği belirlenecek ve buradaki hata kişideki kasti kaldıran nitelikte kabul edilecektir. Suçun taksirli hali kanunda ayrıca düzenlenmediği için de böyle bir hata halinde olan kişinin fiili cezalandırılmayacaktır. Özetle, kanun metninde, suçun tipikliği içerisinde “işlenmiş bir suç” ve “işlemiş olduğu bir suçtan dolayı bir kişi” denildiği için, suç işlememiş bir kişinin veya işlenmemiş bir suçun övülmesi

bu suçu oluşturmayacaktır. Aksini düşünmek, hata hükümlerine aykırılık oluşturabileceği gibi, kanunilik ilkesine, yorum ilkelerine ve mefruz suç kuramına aykırılık oluşturacaktır.

C. Hukuka Aykırılık Unsuru

Bu suç bakımından hukuka aykırılık unsurunun oluşması için bir düşüncenin ifadesi olan övmenin hukuka uygunluk sebebi olan düşünce hürriyeti sınırlarını aşmış olması gerekir.

Modern hukuk, Anglo Sakson hukukundan gelen “açık ve yakın tehlike” ölçütünü ifade özgürlüğü ile yakın ilişkili olan bu tür suçlar açısından objektif cezalandırabilme şartı olarak kabul etmektedir⁹⁰. Türk kanun koyucusu da 2013 yılındaki kanun değişikliklerinden önce ifade özgürlüğünü sınırlandıracak şekilde soyut tehlike suçu olarak düzenlemiş olan bu suçu, ifade özgürlüğünün sınırlarını genişletilme gayesiyle somut tehlike suçuna dönüştürmüştür⁹¹.

Açık fikirliliğin, çoğulculuğun ve hoşgörünün bir görünüm biçimi olarak ifade özgürlüğü demokratik toplumların belki de varlık nedenidir. Ancak, ifade özgürlüğü, bu ontolojik önemine rağmen mutlak bir dokunul-

90 Alman Ceza Kanunu md. 140: ... 2. Kamu barışını bozmaya elverişli bir şekilde alenen, bir toplantıda veya yazı yayarak bu suçu onaylarsa üç yıla kadar hapis cezası ve adli para cezası ile cezalandırılır”.

91 Değişiklikten önce Yargıtay, Anayasanın 90/5. maddesi uyarınca iç hukukta uygulanması gereken AİHS maddelerini AİHM içtihatları ışığında uygulayarak o zamana kadar yoğun bir şekilde uygulanan bu suça bakış açısını değiştirmiştir. (Nitekim bu yorum farkından önce ülkedeki sosyo-politik durum gereği Türkiye Büyük Millet Meclisi’nde bekleyen 650 fezlekeden 355’i suçu ve suçluyu övme suçundan düzenlenmiştir. Yine Türkiye’de bir günde bir gazete aleyhine bu suçtan dolayı açılan 37 dava görülebilmektedir.) Değişiklik sonrası ise Yargıtay bu ifade hürriyeti lehine olan yorumunu devam ettirerek bu defa maddedeki “açık ve yakın tehlike” kavramını yine AİHS maddeleri ve AİHM kararları ışığında değerlendirmektedir. (8. CD. 10.07.2013, 2013/12126–2013/20425. Yaşar-Gökcan-Artuç, **Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, s. 6525). Hemen belirtmek gerekir ki Yargıtay’ın bizce aynı hassasiyeti propaganda suçları açısından göstermediğini belirtilen kararları da mevcuttur. (9. CD. 14.1.2013, 2012/4400–2013/671. Yaşar-Gökcan-Artuç, **Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, s. 6526). Yine Yargıtay’ın “sayın” ifadesine yaklaşımının da zaman içinde farklılıklar gösterdiğini daha önce belirtmiştik. (Örnek kararlar için öncesi ve sonrası olarak karşılaştırmalı olarak bkz. 8.CD. 26.1.2011, 2008/17971–2011/326; 8. CD. 2.5.2011, 2011/5027–2011/3208 ve 8.CD. 4.7.2012–2009/544–2012/23378. Yaşar-Gökcan-Artuç, **Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, s. 6517, 6529, 6530.)

mazlığa sahip olmadığı gibi özgürlüğün belirli meşru gayelerle sınırlandırılabilmesi de mümkündür. Bu hakkın sınırının ne şekilde belirleneceği ve hangi hallerde hukuka uygun bir eylemin ortaya çıkacağıın belirlenmesi önem arz etmektedir⁹². İfade özgürlüğünün kullanımı, ulusal güvenliğin, ülke bütünlüğünün ya da kamu emniyetinin yararı, düzensizliğin ya da suçun önlenmesi için, sağlığın ya da ahlakın korunması için, başkalarının şöhret ve haklarının korunması için, gizli bilginin edinilerek açığa çıkmasının önlenmesi için yahut yargılama organlarının yetki ve tarafsızlığının muhafaza edilmesi için, hukukun öngördüğü ve demokratik bir toplumda gerekli bulunan türdeki formalitelere, koşullara, kayıtlamalara ya da cezalara tabi tutulabilecektir⁹³. Ancak, AİHM de demokratik toplumun temel unsurları olan hoşgörü, azınlığın korunması, hukukun üstünlüğü ve çoğulculuk gibi hasletlerin anlam kazanabilmesi ifade özgürlüğünün önemini vurgulamaktadır kararlarında⁹⁴. Zira haber alarak ve vererek toplumdaki bireylerin farkındalığı ve bilgi dağarcığı artacak, bunun neticesinde bireylerin kanaat oluşturma süreci başlayacak, sonrasında da oluşan bu kanaatleri ifade ederek çoğulcu bir toplum oluşturulacaktır. Dolayısıyla bu halkanın bir yerde bozulması demek çoğulcu demokratik bir toplum oluşumunun aksaması demektir⁹⁵. Bu aksamanın yaşanmaması için ifade özgürlüğünün yukarıda belirttiğimiz nedenlerle ve muhakkak kanunla ve de demokratik toplumun gerekleri içinde sınırlandırılması gerekmektedir⁹⁶. Sınırlamanın sınırını ise; baskın sosyal gereksinim ve kısıtlamanın

92 J.-H. Robert, *Apologies et provocations de crimes et délits*, J.-Cl. comm., fasc. 3170, 2010.

93 Anayasanın 26/2. maddesi ve AİHS'nin 10/2. maddesi öngörülen birtakım sınırlama sebepleri bakımından paralellik arz etmektedir.

94 Handyside v. Büyük Britanya, Başvuru No: 5493/72, parag.49.(Çevrimiçi) <http://cmiskp.echr.coe.int> (Erişim tarihi: 04.03.2015); Jersild v. Danimarka, Başvuru No: 15890/89; Lingens v. Avusturya, Başvuru No: 9815/82

95 Mahkeme kararlarında, "ifade özgürlüğü üzerindeki her tür kısıtlama, koşul, sınırlama, ya da herhangi bir müdahale biçimi, bu özgürlüğün sadece belirli bir kullanımı üzerinde uygulanabilir ifade özgürlüğü hakkının içeriğine asla dokunulamaz" diyen Sözleşmenin 17. maddesini her seferinde hatırlatmaktadır.

96 Bu tür kararlar, hoşgörü paradoksu teorisini uygulamaktadır: hoşgörüsüzlüğü güçlendirecek fikirlere hoşgörü ile yaklaşılması halinde, bunların hoşgörüyü ortadan kaldırmasıyla sonuçlanabilmektedir. (Sürek-Türkiye (3), paragraf 36,37,42,43, Başvuru no. 24735/94, 1999.)

[http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"languageisocode":\["FRA"\],"app-no":\["24735/94"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER"\],"itemid":\["001-62833"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{) (Erişim tarihi: 06.04.2015)

etkinliği; sınırlamada güdülen meşru amaç ile sınırlama arasında orantı-
lılık; uyumsuz, rahatsızlık verici ve toplumda şoka sebep olan ifadelerin
de bu özgürlük kapsamında korumadan yararlandırılması oluşturacaktır⁹⁷.

AİHM kararlarında, ifade hürriyetinin iki istisnası olduğu kabul edil-
mektedir. Birinci istisna şiddeti teşvik edici ve övücü söylemler ki iş-
lenmiş bir suçun veya işlediği bir suçtan dolayı bir kişinin övülmesi bu
kapsamda değerlendirilmektedir, ikinci istisna ise azınlıklara karşı nefret
söylemidir⁹⁸. Zira kişilerin düşünce ve kanaatlerini açıklaması, ifade öz-
gürlüğü ile garanti alınırken, diğer yandan bu düşünce ve kanaatler, dışa
vurulmayla artık üçüncü kişilerin hakları ve özgürlükleri bakımından da
etki doğurabildikleri için, bu nedenle de sınırlama ve müdahalelere maruz
kalabilecektir⁹⁹. Bu sınırlamanın minimize edilmesi gayesiyle “açık ve
yakın tehlike” haline kanunda yer verilmektedir¹⁰⁰.

AİHM, Lehideux ve Isorni / Fransa kararında, İkinci Dünya savaşı sı-
rasında Nazi Almanya’sını desteklemiş olan Fransız yönetimini ve yöneti-
min başındaki Pétain’ın hatırasını savunmak, davasının yeniden açılması-
nı sağlamak, Pétain’i ölüm cezasına mahkûm eden 1945 tarihli mahkeme
kararının ve medeni haklardan mahrum bırakılmasının iptalini sağlamak
ve Pétain’in eski haline iadesini mümkün kılmak amacıyla günlük gaze-
tede yazılmış yazılardan dolayı alenen savaş suçlarını ve düşmanla iş-

97 Ümit Kocasakal, Emine Eylem Aksoy, Pınar Memiş, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Karar-
larında İfade Özgürlüğü”, TCHD, (Çevrimiçi)
<http://www.tchd.org.tr/MenuContent.aspx?id=127>. (Erişim Tarihi: 10.04.2015)

98 “Yazı ve sözler, şiddeti bir araç olarak öngörüyorsa; kişileri hedef gösterip kanlı bir intikam
istiyorsa; benimsenen düşünceler için şiddete başvurmanın meşru olduğu ileri sürülüyorsa; in-
sanda saldırgan duygular uyandıracak biçimde anlamsız bir nefret yaratarak şiddetin doğ-
masına uygun bir ortamı kışkırtıyor ise, bu yazı ve sözler ifade hürriyetinden yararlanmayabilir.”
(Sürek/Türkiye, no.1 Büyük Daire, 26682/95, Güzel ve Özer/Türkiye, 6 Temmuz 2010 kararı). Bu
kararlar çerçevesinde düşünüldüğünde işlenmiş bir suçun veya suçlunun övülmesi durumun-
da kamu düzeni açısından açık ve yakın bir tehlike oluşturacak bir yazının bulunması, bunun
için de yazı ve sözün kim tarafından, nerede, nasıl bir ortamda, hangi koşullar altında yazıldığı
veya söylendiği değerlendirilmelidir.

99 DÖNMEZER, Sulhi, “Düşünce ve Kanaat Hürriyetinin Sınırı; Hürriyetlerin Özüne Dokunan
Sınırlamalar (Mahkeme Kararları Kroniği-Anayasa Hukuku)”, s. 772; ÖZGENÇ, İzzet, “Suç Te-
şekküllü, Düşünceyi Açıklama ve Örgütlenme Hürriyeti”, s. 60.

100 Cezalandırılan savunma, bir suçun veya suçlunun övülmesi şeklinde olabileceği gibi onları hak-
lı çıkarmak veya göstermek şeklinde de olabilir. (CA Paris, 21 janv. 2009, no: 08/02208: JurisData
no: 2009-001298).

birliği suçlarını savunmaktan mahkûm edilmiş olan iki yazarın bu mahkûmiyetini sözleşmenin 10. Maddesini ihlali olarak görmüştür¹⁰¹. Mahkeme yazıda bahsi geçen olayların 40 yılı aşkın bir süre önce meydana geldiğini ve “zaman aşımı dolayısıyla bu tür ifadelere günümüzde gösterilecek sertliğin on-yirmi yıl öncesinde gösterilecek sertlik kadar güçlü olması gerekmediğini” kaydetmiştir¹⁰².

Benzer ifadeleri Fransız Yargıtay’ının 28.04.2009 tarihinde verilen bir kararında da görmekteyiz¹⁰³. Yüksek Mahkeme şu yorumu yaparak suçun oluşmadığını tespit etmiştir: “Bir yasadışı eylemi övmenin suç olabilmesi için bu övme fiilinin, ilk işlenen suça yönelik genelin düşüncesini olumsuzdan olumlu yöne değiştirebilecek bir etkiye sahip olması gerekir. Bu yüzden söz konusu olayda övme fiilini gerçekleştiren kişinin forumdaki diğer tartışanların düşüncelerini daha önce memurlara karşı işlenmiş olan suçla ilgili olarak pozitif hale getirmediği görülmekte ve bu suretle de her ne kadar şoke eden ifadeler olsa da bu fiilin düşünce özgürlüğü sınırları içinde kaldığı sabit görülmektedir¹⁰⁴”.

101 COHEN-JONATHAN, G., L’apologie de Pétain devant la Cour européenne des droits de l’homme, RTDH 1999, s. 366–382.

102 COHEN-JONATHAN, G., L’arrêt de la Cour européenne des droits de l’homme dans l’affaire Lehideux et Isorni contre France du 23 septembre 1998 : observations critiques, La Voix de la Résistance no. 214, 1999, s. 32–36.

103 Cass. crim., 28 avr. 2009 ; Dr. pén. 2009, comm. 104, note M. Véron: Söz konusu karara konu olan olayda, devletin uyguladığı ve “Pac” (Avrupa Ortak Tarım Politikası) adı verilen program hakkında bir forum sayfasında yapılan tartışmada, fail bu program çerçevesinde yapılacak olan kontrolün kendisini endişelendirmediğini, zira kontrolörlerin kendi tarlasına geldikleri takdirde kendisinin meşru müdafaa hakkını kullanacağını ifade etmiştir. Bunu yaparken, daha önceki bir kontrole karşı işlenmiş olan adam öldürme suçunu hatırlatmıştır. Forumda süre giden tartışmalarda fail daha önce kontrollere karşı işlenmiş bu suçu övecek ifadeler kullanmıştır. Bunun üzerine, bu kişi hakkında 29 Temmuz 1881 tarihli Basın Kanunu’nun 24. maddesi gereği suç ve suçluyu övmekten dava açılmıştır. Açılan davada ilk derece mahkemesinin beraat kararı vermesine karşın Paris Bölge Mahkemesi’nin suçun oluştuğunu belirterek anılan kararın bozması üzerine dava son olarak Fransız Yargıtay’ının önüne gelmiştir. (Fransız Basın özgürlüğü Kanunu md. 24; Fransız Ceza Kanunu R. 625–7)

104 2005 yılındaki kararında ise mahkeme ikinci dünya savaşında Nazi askerlerinin Fransa’nın Oradour-sur-Glan bölgesindeki eylemlerini soykırım olarak tanımlamayan ve hatta övmeye varan açıklamalar yapan sanığın yine fikir özgürlüğü çerçevesinde beraatına karar vermişti. Fransız Yargıtay’ı Ceza Dairesinin ifade özgürlüğüne ilişkin benzer bir kararını 1978 yılında da vermiştir: Crim. 2 novembre 1978. Cass. crim., 12 avr. 2005, n° 04–84.288 ; JurisData n° 2005–028319 ; Bull. crim. 2005, n° 128 ; Dr. pén. 2005, comm. 122, note M. Véron ; JCP G 2005, IV, 2278 ; D. 2005, p. 1378 ; Rev. sc. crim. 2005, p. 583, obs. A. Lepage.

Suçun nitelikli hallerinde belirteceğimiz üzere, bu suçun basın ve yayın yoluyla işlenmesi durumunda da ifade özgürlüğünün bir şekli olan haber verme ve alma hakkın icrası hukuka uygunluk sebebi oluşabilecektir. Bu hukuka uygunluk sebebinin oluşmasının şartları da yukarıda ifade özgürlüğü için belirttiğimiz şartlar muvacehesinde değerlendirilecektir.

Söz konusu bu hukuka uygunluk sebeplerinin incelediğimiz suç öze- linde sınırının kasten veya taksirle aşılması söz konusu olabilecektir. Bu sınırın kasıtlı aşılması durumunda suç ve suçluyu övme suçu oluşacaktır, ancak sınırın taksirle aşılması söz konusu ise bu suçun taksirli şekli kanun- da düzenlenmediği için sorumluluk da söz konusu olmayacaktır.

Konumuzun sınırlarını aşmamak adına burada son olarak “sivil itaat- sızlık” hakkının, direnme hakkının, bu suç bağlamında düşünülebileceğini belirtip buna ilişkin incelememizi sivil itaatsizlikle ilgili olan çalışmamıza bırakıyoruz.

III. SUÇUN NİTELİKLİ UNSURLARI

TCK'nin 218. maddesinde, bu suçun basın ve yayın yoluyla işlenmesi, cezayı arttıran bir nitelikli unsur olarak düzenlenmiştir. Anılan hükümle suçun alenen işlenmesi halinde etki alanının genişliği nedeniyle övmenin kitleler üzerinde yapacağı tesirin çok daha fazla olacağı düşünülererek, bu şekilde bir nitelikli hale yer verilmiştir. TCK'nin 6/1.g maddesinde basın ve yayın yolu ile deyiminden; her türlü yazılı, görsel, işitsel ve elektronik kitle iletişim aracıyla yapılan yayının anlaşılması lazım geldiği belirtilmektedir. Bu açıdan suçun, örneğin televizyon veya radyo programları, gazete yazıları, Twitter, Facebook gibi sosyal medyada paylaşılan iletiler, fotoğraflar vasıtasıyla işlenmesi bu suç bakımından cezayı arttıran bir ni- telikli unsur kapsamında değerlendirilmelidir.

TCK'nin 218. maddesindeki bu genel nitelikli halin maddenin ikinci cümlesi ile birlikte değerlendirilerek, özellikle bir hukuka uygunluk nede- ni olan haber verme hakkı ile ifade özgürlüğünün sınırları konusu hassasi- yetle irdelenmelidir¹⁰⁵.

105 TCK md. 218: ... suçların basın ve yayın yoluyla işlenmesi hâlinde, verilecek ceza yarı oranına kadar artırılır. Ancak, haber verme sınırlarını aşmayan ve eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamaları suç oluşturmaz.

Bu suçun, TCK m. 266 gereği, kamu görevlisi tarafından görevi gereği elinde bulundurduğu araç ve gereçler ile işlenmesi durumunda, incelediğimiz suçun tanımında kamu görevlisi sıfatı esasen göz önünde bulundurulmadığı için, verilecek olan ceza üçte bir oranında arttırılarak uygulanacaktır.

IV. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

A. Teşebbüs

Suç ve suçluyu övme suçu, övme teşkil eden eylemin yapılması ile tamamlanır. Bu suç sırf hareket suçu niteliğindedir. Dolayısıyla suçun tamamlanması için bir neticenin gerçekleşmesi aranmaz, hareketin yapılması ile suç tamamlanır. Övmenin gerçekleştirildiği araca bağlı olarak teşebbüsün mümkün olup olmadığı belirlenmelidir, dolayısıyla fiilin kısımlara bölünme imkânı olduğu sürece suça teşebbüsün varlığı kabul edilmektedir¹⁰⁶. Örneğin suç ve suçluyu övme oluşturan ibareler bulunan afiş, el ilanı, kitap gibi şeylerin dağıtımı veya asımı aşamasında, ancak dağıtma ve asma gerçekleşmeden failin yakalanması halinde, eylem teşebbüs halinde kalmış sayılacaktır.

Suçun somut tehlike suçu olması hasebiyle “açık ve yakın bir tehlike” halinin ortaya çıkması teşebbüs halinin de cezalandırılması için zorunludur. Zira aranan bu şart bir objektif cezalandırılabilme şartıdır. Objektif cezalandırılabilme koşulunun bulunduğu suçlarda suça teşebbüsün mümkün olduğunu kabul eden görüş¹⁰⁷ grubundan bir kısmına göre objektif cezalandırılabilme koşulunun bulunduğu suçların teşebbüs aşamasında kalması hâlinde, bu koşul gerçekleşmesi halinde suça teşebbüsten dolayı cezaya hükmolunabilecektir¹⁰⁸. Bu şartın varlığında da teşebbüsü mümkün gören görüşlerden diğere göre ise objektif cezalandırılabilme koşulu gerçekleştiği takdirde teşebbüs aşamasında kalan suçtan bahsedilemeyecektir¹⁰⁹. Örneğin bir kişi katılacağı bir televizyon programında işlediği

106 Aksi görüş için bkz. Şen, “Suçu ve Suçluyu Övme”, s. 102; Malkoç, *Açıklamalı İçtihatlı Yeni Türk Ceza Kanunu*, s. 1522, Önder, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 404.

107 Objektif cezalandırılabilme koşulu ihtiva eden bu suça teşebbüsün cezalandırılmayacağını savunan görüş için bkz.: ARTUK-GÖKCEN-YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 583.; Yaşar-Gökcan-Artuç, *Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, s. 6518.

108 Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 595

109 Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 325.

bir suçtan dolayı bir örgüt liderini öveceği sırada ülke genelinde elektriklerin kesilmesi suretiyle bu fiilini gerçekleştiremez ise suç teşebbüs aşamasında kalacaktır. Eğer söylenecek övücü sözler kamu düzeni açısından açık ve yakın tehlike oluşturacak nitelikteyse, kişi bu halde teşebbüsten dolayı cezalandırılacaktır. Yok, eğer bu nitelikte değilse kişi teşebbüsten dahi cezalandırılmayacaktır. Yargıtay uzun bir süre yerleşik olarak verdiği kararlarında bir suçluya “sayın¹¹⁰” demeyi suç ve suçluyu övme suçunu oluşturacağını¹¹¹ belirtmiş, ancak daha sonra verdiği kararlarında ise bu yerleşik kararından vazgeçerek açık ve tehlike halinin bulunup bulunmadığını değerlendirerek bir suçluya “sayın” demenin bu suç oluşturmayacağı¹¹² kararını vermiştir¹¹³.

B. İştirak

Suç ve suçluyu övme suçuna müşterek fail, dolaylı fail, azmettiren, yardım eden olarak iştirakin her türlü mümkündür¹¹⁴. İştirak konusunda kanun koyucu özel bir hüküm koymamıştır. Bu nedenle bu suçta iştirak herhangi bir özellik arz etmez, genel hükümler uygulanır. Suçu övülen kimse, övme suçundan sorumlu tutulamaz ve hatta bu suçta başka türlü iştiraki yok ise övme suçuna iştiraktan de sorumlu tutulamaz.

C. Suçların İçtimaı

İncelediğimiz suç hakkında suçların içtimaı ile ilgili kanunda özel bir düzenleme bulunmadığından, içtima ile ilgili ortaya çıkacak sorunlar hakkında suçların içtimasına ilişkin TCK’deki genel hükümler uygulama alanı bulacaktır. Suçların içtimasının başlıca halleri, fikri içtima, zincirleme (müteselsil) suç, bileşik (mürekkep) suç biçimleridir¹¹⁵.

110 Türk Dil Kurumu, “sayın” kelimesini şu şekilde tanımlamaktadır: “1. saygın, seçilmiş, aziz. 2. Sözlü ve yazılı dilde kişilerin isimlerinin önüne getirilen, saygı göstergesi olan sıfat.

111 Yargıtay 8.CD. 26.1.2011–2008/17971–20011/326, Yaşar-Gökcan-Artuç, **Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, s. 6516.

112 Yargıtay 8. CD. 4.7.2012–2009/544–2012/23378, Yaşar-Gökcan-Artuç, **Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, s. 6517.

113 Yargıtay 9. CD. E. 2010/8911, K. 2012/5154, T. 18.04.2012.

114 Önder, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 404.

115 İÇEL, Kayıhan-ÖZGENÇ, İzzet-SÖZÜER, Adem-MAHMUTOĞLU, S . Fatih-ÜNVER, Yener, Suç Teorisi, 2. Kitap, 3. Baskı, Beta, İstanbul, 1999, 418.

Kanuni düzenlemeye göre, incelediğimiz suçun icrası birden fazla seçimlik hareketle gerçekleşebileceği için seçimlik hareketli bir suçtur. Dolayısıyla somut vakıada alternatif hareketlerden sayılan işlenmiş bir suçun veya işlediği suçtan dolayı bir kişinin övülmesi aynı anda gerçekleşmiş olsa dahi suç bir defa işlenmiş kabul edilecektir. Bu seçimlik hareketlerden örneğin biri tamamlanmış diğeri ise kullanılan vasıta sebebiyle teşebbüs aşamasında kalmış ise tamamlanmış olan övme hareketi dikkate alınacak ve suçun bu haliyle tamamlanmış olduğu kabul edilecektir. Zira bu hareketlerin her biri incelediğimiz suç itibari ile aynı konu üzerinde gerçekleştirilmektedir¹¹⁶.

Suçun övme hareketinin aleni bir şekilde yapılması suretiyle işlenebildiği aşikârdır. Alenilikte ise sayısı belli olmayan kişiler söz konusu olduğunda düşünülürken bu durumun TCK'nin 43/2 hükmü kapsamında kalıp kalmadığının da değerlendirilmesi gerekmektedir. Aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir hareketle işlenmesi durumunda aynı nev'inden fikri içtima durumu olacaktır. İncelediğimiz suçun fail tarafından bir topluluğa yaptığı konuşma esnasında işlenmesi durumunda alenilik suçun unsuru olarak oluşmaktadır. Ancak bu durum suçun birden fazla kimseye karşı işlenmiş olduğu anlamına gelmeyecek dolayısıyla da aynı nev'inden fikri içtima hükümleri uygulanmayacaktır. Aynı şekilde övme hareketinin basın ve yayın yolu ile işlenmesi halinde, farklı zamanlarda olmamak ve fikir bütünlüğü olmak kaydıyla aynı yayında bu nitelikteki birden fazla yayının yer alması durumunda da tek suçun varlığını kabul etmek gerekmektedir¹¹⁷. Başka bir deyişle seri ve birbirini tamamlayan yazılara konu suç ve suçluyu övme suçunu tek suç olarak kabul edilmektedir¹¹⁸. Suçu ve suçluyu

116 Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 116.

117 Önder'e göre "Kendisinin de devrimci olması hasebiyle, devrimci açıdan incelediğini ve kıymetlendirdiğini ifade etmesi ve gerçekten her iki yazının aynı dergide aynı maksada matuf olarak yayımlandığının anlaşılması muvacehesinde suçun teselsül ettiğini kabulde zaruret mevcut olduğu halde yekdiğerinden ayrı ve müstakil olarak tekevün eden iki suçun mevcudiyetinden bahisle TC'nin 312. (5237 sayılı kanunun yeni düzenlemesi md. 215.) maddesinin ayrı ayrı iki defa uygulanması kanuna aykırıdır." (As. Yarg. 4. CD. 8.7.1972, 200/248). Önder, burada Askeri Yargıtay'ın vermiş olduğu kararın yanlış olduğunu belirterek, basın yayın yolu ile işlenen suçlarda suçun yayın ile gerçekleştiğini, bundan dolayı da aynı dergide yer alan birbirine bağlı iki yazı ile işlenen suçun aynı zamanda gerçekleşmiş olduğunu tespit etmektedir. Dolayısıyla aynı zamanda işlenen suçlar arasında zincirleme suç uygulanamayacağı gibi, fikri içtima durumunun da olmadığı açıktır (Önder, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 404). Yazara ve bizim de katıldığımız düşünceye göre bu durumda ortada tek bir suç vardır.

118 Centel-Zafer-Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, (İstanbul: Beta), s. 504-505.

öven kişinin övdüğü suç veya suçlunun birden fazla olması suçun tekliği-ne halel getirmez¹¹⁹.

Aynı suç işleme kararının icrası kapsamında, hukuki kesinti oluşturacak şekilde değişik zamanlarda birden fazla övme oluşturan eylem gerçekleştirilir ise TCK md. 43/1 hükmü gereği zincirleme suç ilişkisi kurulacaktır¹²⁰. Toplum oluşturulan herkesin mağdur olduğu suç tiplerinde, TCK m. 43/1’de düzenlenen zincirleme suç hükümlerinin uygulanacağını kanun aynı fıkranın ikinci ek cümlesi açıkça belirtmektedir. Bu düzenleme korunan hukuki değer ile birlikte düşünülmelidir¹²¹. İnceldiğimiz suçta olduğu gibi korunan hukuki değer öncelikli olarak topluma ait olması durumunda mağduru belirli olmayan bir suçun var olduğunu söyleyebilmek mümkündür.

Suç ve suçluyu öven kişi övdüğü suç daha sonra kendisi işler ise, işlediği bu suçtan dolayı ayrıca sorumlu tutulması gerekecektir. Failin bu övgü ifadeleri sonrası övülen suçun başkası tarafından işlenmesi durumunda ise fail bu suça katılmaktan sorumlu tutulmayacaktır. Bu durumda somut tehlike suçlarında zararın da ayrıca ortaya çıkmış olduğu dikkate alınarak bulundurulurken cezanın alt sınırından uzaklaşılmasına neden olabilecektir.

Suç ve suçluyu övme suçunun Türk Ceza Kanunu madde 220/8’de¹²² düzenlenen örgüt propagandası yapma ve Terörle Mücadele Kanunu 7/2 maddesinde¹²³ düzenlenen terör örgütü propagandası yapma suçları¹²⁴ ile

119 Aynı yönde görüş için bkz. Önder, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 405. Fail bir eylemiyle, örneğin aynı kitapta, konuşmada, karikatür veya sanat eserinde birden fazla suç veya birden fazla suç işleyen kimseyi övse bile zincirleme suç hükümleri uygulanmayıp tek suç oluşur. Bkz. Yaşar-Gökcan-Artuç, *Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, s. 6518.

120 Aynı yönde bkz. Parlar- Hatipoğlu, *Türk Ceza Kanunu Yorumu*, s. 1595.

121 Öztürk ve Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, s. 351.

122 TCK md. 220/8: Örgütün cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek veya övecek ya da bu yöntemlere başvurmayı teşvik edecek şekilde propagandasını yapan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu suçun basın ve yayın yolu ile işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır.

123 3713 sayılı TMK md. 7/2: Terör örgütünün; cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek veya övecek ya da bu yöntemlere başvurmayı teşvik edecek şekilde propagandasını yapan kişi, bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır

124 Propaganda, belirli bir düşüncenin, belirli bir dünya görüşünün bireylere benimsetilmesi, taraftar kazanılması ya da taraftarların inançlarının kuvvetlendirilmesi amacıyla herhangi bir vasıta ile açıklanması, yayılmasıdır. (Bayraktar, *Suç İşlemeye Tahrik Cürmü*, 23–24.); Örgütün propagandası ise, örgütün övülmesi, örgüte karşı insanlarda mevcut olan husumetin ortadan kaldırılması neticesini doğuran fiillerin yapılmasıdır. (Soyaslan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 554.).

ilişkinine de değinmek gerekmektedir¹²⁵. İncelediğimiz suç ile bu belirttiğimiz suçları karşılaştırdığımızda, bu suçlar arasında görünüşte içtimain¹²⁶ bir şekli olan özel norm-genel norm ilişkisinin olmadığı tespit edilebilmektedir. Zira bir düzenlemeye özel norm niteliği kazandıran durum, bu düzenlemenin, genel norma göre bazı farklı unsurlar ve özellikleri içermesi, bu nedenle de, genel norm kapsamına girmeyen durumlarda da uygulanabilmesidir¹²⁷. Genel norm-özel norm ilişkisi söz konusu olduğunda özel normun öncelikle uygulanması gerekmektedir. Suçu ve suçluyu övme suçu ile bahsedilen propaganda suçları arasında bu suçların unsurları itibari ile bağımsız ve farklı suçlar olduğu, bundan dolayı da aralarında özel norm-genel norm ilişkisinden ziyade farklı neviden fikri içtima ilişkisinin kurulabileceği kanaatindeyiz. Nitekim bir örgütün veya terör örgütünün propagandasında, örgütün cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek veya övecek ya da bu yöntemlere başvurmayı teşvik etme aranmaktadır¹²⁸. Bu suçlarla örgütün bahsi geçen araçlarını meşrulaştırma, övme ve bu araçları kullanmaya teşvik edici ifadeler cezalandırıl-

- 125 Bu iki propaganda suçu da kanuni düzenlemeleri itibari ile soyut tehlike suçu niteliğindedir.
- 126 CGK., 12.3.1984, 1-176/87, "...Fiille ilgili birden çok ceza normu bulunmasına rağmen, bunlardan sadece biri fiilin hukuka aykırılığını kapsamaya yönünden yeterli bulunmaktadır. Özel normun önceliği ilkesi, bu normun diğeri tarafından tüketilmesi ve yardımcı normun sonralığı ilkesi, görünüşteki içtimain ilkelerini oluşturmaktadır." (Savaş- Mollamahmutoğlu, **Türk Ceza Kanununun Yorumu**, s. 4172 vd.)
- 127 Bkz. Kayıhan İçel, **Suçların İçtimai**, (İstanbul: Sermet Matbaası, 1972), s. 191.
- 128 Sanığın parti teşkilatına hitaben yazdığı özgeçmişinde yer alan "1984'ten bu yana bu mücadelenin içinde yaşadık ve yaşatıldık. (...) Çatışma esnasında 3 vatandaşımız şehit oldu. Bu mücadele başladığından beri içinde yer aldık ve de devam etmekteyiz. Bu mücadele için elimizden geleni her zaman yaptık ve ta ki ölünceye kadar devam edeceğiz" şeklindeki ifadeleri dolayısıyla hakkında 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu (TMK) m.7/2'de yer alan terör örgütünün propagandasını yapma suçundan dava açılmıştır. Sanık dava sonucunda suçu ve suçluyu övme suçundan dolayı 2 ay hapis cezası almıştır. Yargıtay CGK sanığın bu ifadelerini, "yasadışı bir terör örgütünün eylemlerini onaylayarak, ona sahip çıkmak, anılan örgütün işlediği suçları iyi görmek" anlamına geleceğinden ve "bir terör örgütünün işlediği suçları meşru saymak, iyi görmek, düşünce ve kanaat açıklama özgürlüğü sınırlarını aşan" bir eylem olduğundan suçu ve suçluyu övme niteliğinde görmüştür. 2007 yılında verilen bu kararda, failin bu ifadelerinin şiddete ve terör yöntemlerine başvurmayı teşvik edecek herhangi bir ibare içermediği tespit edildikten sonra, aynı ifadelerin suçu ve suçluyu övme suçunu oluşturacağı belirtilmiş ancak, ifadelerin işlenmiş bir suç veya işlemler olduğu bir suçtan dolayı belirli bir suçluya yönelmediği görülmektedir. Bu durumda bu iki kanun maddesi arasında ikame bir ilişkisinin olmadığını, unsurlarının birbirinden farklı olması sebebiyle, her bir suç için ayrı ayrı unsur araştırmasının yapılması gerektiğini belirtmek gerekir.

maktadır¹²⁹. Dolayısıyla bu suçların oluşması için ortada işlenmiş bir suçun veya suçlunun bulunmasına gerek bulunmamaktadır¹³⁰. Bahse konu olan propaganda suçlarını düzenleyen kanun metinlerinde 11.4.2013 tarihli ve 6459 sayılı Kanun çerçevesinde ifade özgürlüğünün alanını genişletmek amacıyla yapılan değişiklikler ile propaganda suçunun oluşması örgütlerin cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerinin meşru gösterilmesi, övülmesi ve bu yöntemlerinin teşvik edilmesi şartına bağlanmıştır. O halde bundan sonra cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemleri olmayan bir örgütün propagandası veya övülmesi söz konusu olmayacaktır. Bu yöntemleri kullanmayan ama suç örgütü kabul edilen bir örgütün kurulmasının iyi olduğunu alenen beyan eden veya bu örgütü öven kişilerin bu ifadelerinin açık ve yakın tehlike oluşturması durumunda TCK'nin 215. maddesi hükümlerine göre suçu ve suçluyu övme suçunu oluşturacağı kanaatindeyiz. Bunun yanı sıra, bir örgütün sadece başkalarının işlediği suçları tasvip etmeyi veya başkalarını suç işlemeye çağırmayı amaçlaması durumunda da bu örgütün TCK'nin 215. maddesindeki suçu işlediğini ve aynı zamanda suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçundan da ayrıca cezalandırılacağını belirtmek gerekir¹³¹.

Terör örgütlerinin propagandası suçunda ise aynı düşünce açıklamaları için hem TCK md. 215 hem de TMK md. 7/2 bağlamında uygulamada değerlendirme yapılabilmektedir. Suçun ve suçlunun övülmesi propaganda

129 “Çetenin amacının propagandasına gelince, madem örgütün amacı suç sayılan fiil veya fiillerin işlemektir, bu, herhalde suçu övme suçunun özel şeklidir. Gerçekten, Kanun, 215. maddesinde, işlenmiş olan bir suçu övmeyi cezalandırmaktadır. Burada, 215. maddeden farklı olarak, ister işlensin isterse işlenmesin, işlenmesi amaçlanan suçun propagandası, yani övülmesi, iyi görül-
düğünün söylenmesi suç sayılmaktadır” (Zeki Hafızoğulları, “Örgütlü Suçluluk”, s.11
<http://www.zekihafizogullari.com/Makaleler/orgutlu%20sucluluk.doc>, (Erişim Tarihi: 10.04.2015).

130 Oysa suçu ve suçluyu övme suçunda ise bizzat somut bir olay neticesinde, meydana gelen hukuka aykırı fiilin ve bu fiilin failinin, sırf bu suçu işlediği için, alenen, yani açıktan övülmüş olması aranmaktadır. (Gökçen, “Kamu Barışı”, s. 6)

131 Alman Federal Yargıtay'ına göre böyle bir durumda söz konusu örgüt Alman Ceza Kanununun 129. maddesindeki örgüt kurma suçundan göre yargılanmaz. Federal Yargıtay'a göre bir örgütün başkalarının işlediği suçları tasvip etmesi veya başkalarını suç işlemeye çağırması bu madde hükmüne göre yargılanması için yeterli değildir. Federal Yargıtay, bu fiillerin sadece Alman Ceza Kanununun 111. ve 140. maddesindeki suçu ve suçluyu övme suçu kapsamında değerlendirilmesi gerektiği görüşündedir. (Scheiff Bernd, **Wann beginnt der Strafrechtsschutz gegen kriminelle Vereinigungen** § 129 StGB?, Schriften zum Strafrecht und Strafprozessrecht, German Edition, 1997).

fiili ile kesişen birçok noktaya sahiptir. Zira övmenin muhatap nezdinde bir kişi veya durumu yüceltme, üstünlüklerini ortaya koyma anlamına geldiği belirtilmektedir. Övme fiili ile aslında suç teşkil eden eylemler meşrulaştırılır ve bu eylemler lehine taraftar toplanır. Propaganda ise; *herhangi bir düşüncüyü yaymak amacıyla sözlü veya yazılı yapılan etki; belirli bir düşüncenin toplum içinde yayılmasını ve yerleşmesini sağlamak amacıyla bu görüşün yayılması, birden çok kişinin bilgisine ulaştırılması ve onlar üzerinde etkili olunması*¹³² anlamına gelmektedir. Övme ile propaganda arasındaki kesişmelerin olması bir yana bırakılır ise, propaganda terör örgütlerinin siyasi-ideolojik amaçlarını daha etkin bir yayma işlevi görmesi yönünden bir suçun veya suçlunun övülmesine göre daha geniş çapta kalacaktır¹³³.

Bundan başka, propaganda suçlarının, örgütlerin işlemiş olduğu bir suçun övülmesi veya bu örgütlere mensup kişilerin alenen övülmesi suretiyle gerçekleştirilmesi halinde bir fiil ile kanunun birden fazla hükmünün ihlal edilmesi¹³⁴ söz konusu olacağından bu suçlar ile suçu ve suçluyu övme suçu arasında farklı neviden fikri içtima hükümlerinin uygulanması gerekmektedir¹³⁵. Dolayısıyla böyle bir durumda, faile en ağır cezanın verilmesi gerekmektedir¹³⁶.

Basın Kanunu'nun 20. maddesinde; cinsel saldırı, cinayet ve intihar olayları hakkında, haber vermenin sınırlarını aşan ve okuyucuyu bu tür fiillere özendirilebilecek nitelikte olan yazı ve resim yayımlayanların para

132 Ejder Yılmaz, **Hukuk Sözlüğü**, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2006), s.557.

133 CGK E.2007/9-69, K.2007/99, T.17.04.2007, "Yazının verildiği yer ve içeriği nazara alındığında, şiddet ve terör yöntemlerine başvurmayı teşvik edecek herhangi bir ibare içermediği gibi, yazının bütünlüğünde terör örgütüne yönelik olarak kişileri telkin, teşvik ve etkide bırakacak şekilde propaganda niteliğinde olmadığı anlaşılmaktadır. O halde, yazı içeriğinde terör örgütünün işlediği suçların iyi görülmesinden ibaret eylemde, Terörle Mücadele Yasasının ilgili maddesindeki suçun unsurları bulunmamaktadır. Sanığın eylemi, 5237 sayılı TCK'de yer alan suç ve suçluyu övme kapsamında tanımlanan suça uymaktadır." (Yaşar-Gökcan-Artuç, **Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, s.6523)

134 Neslihan Göktürk, **Fikri İçtima**, (Ankara: Adalet Yayınları, 2013), s. 64.

135 CGK. 30.01.2007, 2006/8-345-2007/13, "Yasa dışı bir terör örgütünün eylemlerinin onaylanarak, kamuoyu önünde ona sahip çıkmak, anılan örgütün işlediği cürümleri iyi görmek niteliğindedir. Bir terör örgütünün işlediği suçları meşru saymak, düşünce ve kanaat açıklama özgürlüğü sınırlarını aşan, şiddet kullanmaya ve suç işlemeye tahrik eden bir eylemdir." (Yaşar-Gökcan-Artuç, **Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, s.6520).

136 Aynı yönde bkz. Soyaslan, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 554.

cezasıyla cezalandırılacağı belirtilmektedir. Burada belirtilen özendirilecek nitelikteki yazı ve resimlerin suçu ve suçluyu övücü hareketlerle gerçekleştirilmesi mümkündür. Bu durumda da fikri içtima kurallarını uygulamak gerekecektir¹³⁷.

Son olarak bir suçun veya suçlunun övülmesinin, iyi gösterilmesinin övülen suçun mağduru açısından hakaret suçuna da vücut verip vermediği tartışılmalıdır. Örneğin çocuğun cinsel saldırı suçundan dolayı yargılanmış ve mahkûm edilmiş bir kişinin işlediği bu suçunu övmek, iyi yaptığını söylemek cinsel saldırıya uğramış kişinin hakaret suçu ile korunan onur, şeref ve saygınlığına da bir saldırı mahiyetinde olabilir. Bu durumda bir fiil ile kanunun birden çok maddesi ihlal edildiği için fikri içtimanın uygulanması gerekecektir.

V. KOVUŞTURMA, YAPTIRIM VE GÖREV

Takibi şikâyete tabi olmayan bu suçun soruşturulması ve kovuşturulması re'sen yapılacaktır.

Maddede, suçu ve suçluyu öven kimse için, bu durumun açık ve yakın tehlike oluşturması halinde öngörülen ceza 2 yıla kadar hapis cezasıdır. 5235 Sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 11. maddesi gereği aynı Kanunun 12. maddesinde sayılan Ağır Ceza Mahkemesi'nin görev alanına giren suçlardan olmaması nedeniyle bu suç bakımından görevli mahkeme asliye ceza mahkemesidir¹³⁸. Basın Kanunu'nun 27. maddesi gereği basılmış eserler yoluyla işlenen suçlardan dolayı açılan davalardan, ağır ceza işlerinden olanlar ağır ceza mahkemelerinde, diğerleri

137 Bu hususta ayrıca 6112 sayılı Radyo Ve Televizyonların Kuruluş Ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanunu'nun 8. maddesinde yer alan Yayın hizmeti ilkelerinin de göz önünde bulundurulması gerekir. Bu düzenlemeye göre yayıncılar; terörü övemez ve teşvik edemez, terör örgütlerini güçlü veya haklı gösteremez, terör örgütlerinin korkutucu ve yıldırıcı özelliklerini yansıtıcı nitelikte olamaz. Terör eylemini, faillerini ve mağdurlarını terörün amaçlarına hizmet eder şekilde sunmaz. Aynı şekilde bu yayıncılar, suç işlemeyi, suçluyu ve suç örgütlerini övücü, suç tekniklerini öğretici nitelikte olamaz.

138 18/6/2014 tarihli ve 6545 sayılı Kanununun 48. maddesiyle Sulh Ceza Mahkemeleri kaldırılıp Sulh Ceza hâkimlikleri kurulması dolayısıyla cezası eski düzenlemede 2 yıla kadar olan (2 yıl dâhil) suçların yargılamasını Sulh Ceza Mahkemeleri yapmakta iken artık bu suçlar da genel görevli Asliye Ceza Mahkemelerinde görülecektir.

asliye ceza mahkemelerinde görüleceği için bu suçun basın ve yayın yoluyla işlenmesi durumunda görevli mahkeme yine asliye ceza mahkemesi olacaktır¹³⁹.

Faile 2 yıldan az hapis cezası verilir ise, CMK'nin 231. maddesinde düzenlenen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu tartışılmalıdır. Bu kurum uygulanmaz ise, 1 yıldan az hapis cezası verilir ise TCK'nin 50. maddesine göre seçenek yaptırıma çevrilebilecek şayet çevrilmez ise veya faile 2 yıldan az hapis cezası verilir ise, TCK'nin 51. maddesi uyarınca verilen hapis cezasının ertelenmesi yoluna gidilebilecektir¹⁴⁰.

İncelediğimiz suç 31.12.2011 tarihine kadar, basın ve yayın yoluyla ya da sair düşünce ve kanaat açıklama yöntemleriyle işlenmiş ise, 6352 sayılı Kanunun Geçici 1. maddesine gereği, soruşturma evresinde, CMK'nin 171. maddesindeki şartlar aranmaksızın kamu davasının açılmasının ertelenmesine, kesinleşmiş olan mahkûmiyet hükmünün infazının ertelenmesine, karar verilmesi gerekir¹⁴¹.

Basın yoluyla işlenen özel hayatın gizliliğinin ifşa edilmesi ile ilgili davalar 5187 sayılı Yasa'nın 26. Maddesine göre, günlük süreli yayınlarda dört ay, diğer yayınlarda altı ay içerisinde açılması zorunludur. Buradaki 4 aylık ve 6 aylık süreler basılmış eserlerin Cumhuriyet Başsavcılığına teslim edildiği tarihten başlar.

Basın yoluyla işlenen suçlara ilişkin davalar, 5187 sayılı Yasanın 27/3. Maddesi uyarınca acele işlerden sayılır.

139 Görevli mahkemeler ve yargılama usulü

Madde 27- ... Bir yerde ağır ceza veya asliye ceza mahkemesinin birden fazla dairesi bulunması hâlinde bu davalar iki numaralı mahkemede görülür.

140 Yaşar-Gökcan-Artuç, **Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, s. 6519.

141 8. CD. 27/2/2013, 2013/3437-2013/6862, "Sanığın yüklenen suçun; işlenme yöntemi olay tarihi ve temel şekli itibarıyla gerektirdiği cezanın süresine göre, hükümden sonra 05/07/2012 tarihli Resmi Gazete 'de yayımlanarak yürürlüğe giren 6532 sayılı Kanunun geçici 1. maddesi kapsamında kaldığı ve anılan maddenin birinci fıkrasının "b" bendinde yer alan "kovuşturma evresinde, kovuşturmanın ertelenmesine karar verilir" şeklindeki düzenleme gözetilerek; hükmün sair yönleri incelenmeksizin öncelikle bu sebepten dolayı bozulmasına" (Yaşar-Gökcan-Artuç, **Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, s. 6519.)

KAYNAKLAR

- Alacakaptan, Uğur: “*Fikir, Düşünce Özgürlüğü ve Tehlike Suçları, Çağdaş Batı Hukukunda Bu Konudaki Düşünce ve Uygulamalar*”, **Ankara Barosu Hukuk Kurultayı** – C. 2, Ankara, 2000, s. 5–43.
- Artuk, Mehmet Emin-Gökçen, Ahmet-Yenidünya, Ahmet Caner, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2013).
- Artuk, Mehmet Emin-Gökçen, Ahmet-Yenidünya, Ahmet Caner, Ahmet Caner, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 14. Baskı, (Ankara, Adalet Yayınevi, 2014).
- Arslan, Çetin ve Azizağaoğlu, Bahattin, **Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi**, (Asil Yayın Dağıtım, 2004).
- Atalay, Türkiye’de Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Özgürlüğü, Doktora Tezi, (İzmir 1995).
- Aydın, Öykü Didem, “*YTCK Açısından Salt İfade Suç Tiplerine Eleştirel Bir Bakış*”, **Hukuki Perspektifler Dergisi**, Mayıs 2006, S. 6, s. 119–143.
- Beignier B et al., **Traité de droit de la presse et des médias**, LexisNexis, 2009, no 861.
- Bayraktar, Köksal, **Suç İşleme Tahrik Cürmü**, İstanbul, 1977.
- Bayraktar, Köksal, “*Türk Ceza Kanununda Kamu Düzeni, Kamunun İtimadı ve Kamunun Selameti Aleyhine İşlenen Cürümler*” in **Değişen Toplum ve Ceza Hukuku Karşısında TCK’nin 50 Yılı ve Geleceği**, İstanbul 1977, s. 591.
- Bernd, Scheiff, **Wann beginnt der Strafrechtsschutz gegen kriminelle Vereinigungen § 129 StGB?**, Schriften zum Strafrecht und Strafprozessrecht, German Edition, 1997.
- Centel, Nur-Zafer, Hamide-Çakmut, Özlem, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, (İstanbul: Beta Yayıncılık)
- Cihan, Erol: “*Sosyal Sınıfları Düşmanlığa Tahrik Suçu (TCK. m. 312)*”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Yıl:1974, C: XXXX, S.: 1–4, s. 97–130.
- Cohen-Jonathan, G., **L’apologie de Pétain devant la Cour européenne des droits de l’homme**, (RTDH 1999), s. 366–382.

Cohen-Jonathan, G., **L'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire Lehideux et Isorni contre France du 23 septembre 1998 : observations critiques**, La Voix de la Résistance no. 214, 1999, s. 32- 36.

Dönmezer, Sulhi: *“Düşünce ve Kanaat Hürriyetinin Sınırı; Hürriyetlerin Özüne Dokunan Sınırlamalar (Mahkeme Kararları Kroniği – Anayasa Hukuku)”*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Yıl:1963, C: XXIX, S.: 3, s. 761–780.

Dreyer, E, Cass. crim., 5 févr. 2013, n° 11–85.909 : JurisData n° 2013–001603 ; Légipresse 2013, n° 303, p. 164, note crit.; D. 2013, p. 805, note P. Egéa ; AJP 2013, p. 218, obs. O. Décima.

G. Le Poittevin, **Traité de la presse**, Paris, 1902–1903, t. 2.

Gökcan, Hasan Tahsin-Artuç, Mustafa ve Yaşar, Osman, **Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, 2.Baskı, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2014).

Gökcan, Ahmet, **Halkı Kin ve Düşmanlığa Açıkça Tahrik Cürmü (TCK md. 12/2)**, (Ankara: Liberal Düşünce Topluluğu Yayınları, 2001), s. 43–59.

Hafizoğulları, Zeki, *“Örgütlü Suçluluk”*

<http://www.zekihafizogullari.com/Makaleler/orgutlu%20sucluluk.doc> (çevrimiçi)

Göktürk, Neslihan, **Fikri İçtima**, Ankara: Adalet Yayınları, 2013).

İçel, Kayıhan-Özgenç, İzzet-Sözüer, Adem-Mahmutoğlu S. Fatih ve Ünver, Yener, **Suç Teorisi**, 2. Kitap, 3. Baskı, (İstanbul: Beta Yayıncılık, 1999).

İçel, Kayıhan, **Suçların İçtimai**, (İstanbul: Sermet Matbaası, 1972).

Katoğlu, Tuğrul, *“Ceza Hukukunda Suçun Mağdur Kavramının Sınırları”*, AÜ-HFD, 61 (2), 2012: s. 657–693.

Koca, Mahmut ve Üzülmez, İlhan, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2014).

Kocasakal, Ümit- Aksoy, Emine Eylem ve Memiş, Pınar, *“Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü”*, TCHD, (Çevrimiçi).

- Kaboğlu, Ö. İbrahim, **Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)**, (İstanbul: 9. Baskı, Legal Yayıncılık, 2014).
- Malkoç, İsmail, **Açıklamalı İçtihatlı Yeni Türk Ceza Kanunu**, 2. Cilt, (Ankara: Malkoç Yayınevi, 3. Baskı, 2008).
- Önder, Ayhan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler** Cilt II-III, (İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 1992).
- Önder, Ayhan, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1994).
- Özbek, Veli Özer vd, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, (Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2014).
- Özbudun, Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, (Ankara: Yetkin Yayınları, 15. Baskı, 2014).
- Özek, Çetin, **Türk Basın Hukuku**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul 1978, s. 353.
- Özek, Çetin, “1997 Türk Ceza Yasası Tasarısı”na İlişkin Düşünceler., **İÜHFİM** 1998, c: LVI, Sayı 1–4, s. 21–68.
- Özgenç, İzzet, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, (Ankara: 2013).
- Özgenç, İzzet: “Suç Teşekkülü, Düşünceyi Açıklama ve Örgütlenme Hürriyeti”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Yıl:1997, C: LV, S.: 3, s. 51–63.
- Öztürk, Bahri- Erdem, Mustafa Ruhan, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2014).
- Robert, J.-H. **Apologies Et Provocations De Crimes Et Délits**, J.-Cl. communication., Fasc. 3170, 2015.
- Sağlam, Fazıl, “1982 Anayasasının Temel Hak ve Özgürlükler için Getirdiği Sorunlar”, **Bahri Savcı’ya Armağan**, (Ankara: Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yayını, 1988), 436 vd.
- Savaş, Vural- Mollamahmutoğlu, Sadık, **Türk Ceza Kanununun Yorumu**, 2.Cilt, (Ankara, 1999).
- Soyaslan, Doğan, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 10. Baskı., Ankara, Yetkin Yayınları, 2014.
- Şen, Ersan, “Suçu ve Suçluyu Övme”, **Ceza Hukuku Dergisi**, 7,2008, 101–110.

- Şen, Ersan, “Suçu ve Suçluyu Övme”, <http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersansen/1004862-sucu-ve-sucluyu-ovme> (08.11.2013).
- Tezcan, Durmuş-Erdem, Mustafa Ruhan ve Önok, R. Murat, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, (Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2010).
- Tezcan, Durmuş-Erdem, Mustafa Ruhan/Sancakdar, Oğuz/Önok, Rifat Murat, **İnsan Hakları El Kitabı**, Ankara: Seçkin Yayınları, 2011).
- Toroslu, Nevzat, **Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu**, (Ankara: 1970).
- Ünver, Yener, **Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2003).
- Ünver, Yener, **Adliyeye Karşı Suçlar**, (Ankara: Seçkin Yayıncılık)
- Véron, M. Cass. crim., 28 avr. 2009 : Dr. pén. 2009, comm. 104, note.
- Yalçın Sancar, Türkan, **Alenen Tahkir ve Tezyif Suçları**, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2006).
- Yılmaz, Ejder, **Hukuk Sözlüğü**, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2006).

TÜRK HUKUKUNDAKİ İNTERNET İLE İLGİLİ DÜZENLEMELERİN İDARE HUKUKU AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Sırrı DÜĞER *

ÖZET

Çalışmanın giriş bölümünde internetin temel kavramları ve yapısı açıklanmış ve internetin regüle edilebilirliği tartışılmıştır. Daha sonra internet ile ilgili mevzuat ve idari teşkilat incelenmiştir. Özellikle bu idarelerin idari teşkilat içindeki konumları ve internet ile ilgili görev ve yetkilerine değinilmiştir. Daha sonra idarenin internet ile ilgili kolluk ve kamu hizmeti faaliyetleri incelenmiştir. Bu bağlamda, internete ilişkin kamu düzeni ve kamu hizmetinin özel kişilere gördürülme usulleri açıklanmıştır. Son olarak idarenin alan adları ve erişimin engellenmesi ile yetkileri değerlendirilmiş, bu alandaki hukuki sorunlar tespit edilmiş ve karşılaştırmalı hukuk da dikkate alınarak çözüm önerileri getirilmiştir.

Evaluation of the Provisions Related to the Internet under Turkish Law in Terms Of Administrative Law

ABSTRACT

In the introduction, basic terms and the structure of the internet are explained and regulation of the Internet (whether it is possible to regulate the internet or not) is discussed. Afterwards, legislation and administrative organisation related to the internet is evaluated. Specifically, the position of those administrative bodies in the administrative organisation and their competences and duties regarding the Internet is examined. Moreover, police and public service activities of the public administration related to the internet and particularly, internet public order and delegation of those services to private parties are explained. Finally, Compe-

* Yrd. Doç. Dr. Düğer, Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesidir.

tence of the Public Administration regarding domain names and blocking access to the internet is analysed, legal problems in this area is determined and solutions to those problems are proposed by taking into account the comparative law.

Anahtar Kelimeler: İnternet, Regülasyon, Düzenleyici ve Denetleyici Kamu Kurumları, yetkilendirme, erişimin engellenmesi, Marco Civil da Internet.

Keywords: Internet, Regulation, Independent Regulatory Agency, Delegation (Authorisation), Blocking Access to the Internet, Marco Civil da Internet.

GİRİŞ

İnternet sınırları olmayan, kullanıcıların büyük bir serbesti alanına sahip oldukları bir mecradır. Ancak bu serbesti önemli mağduriyetlere, hak ihlallerine de sebep olabilmektedir. İşte bu hak ihlallerinin önlenmesi için kullanıcılarının belirli kurallara uymalarının sağlanması gerekmektedir. Burada internet kullanıcıları tarafından oluşturulan ve “*netiquette*” olarak adlandırılan etik kurallar da bulunmaktadır.¹

Ülkemizde 5651 sayılı kanunla internet ortamında yapılan yayınlarla ilgili önemli düzenlemeler yapılmış ve bu yayınlar yoluyla kişilik haklarının ve özel hayatın ihlal edilmesi ve suç işlenmesiyle mücadele edilmesi amaçlanmıştır. Bu kanun ile kanun koyucu, yargı organına ve idareye internette yapılan yayınların düzenlenmesi amacıyla bazı yetkiler vermiştir. Özellikle anılan kanunda 2014 yılında yapılan değişiklikler özgürlük ve güvenlik arasındaki dengenin kurulması açısından önemli tartışmalara neden olmuştur.

Yukarıda belirtilenler dikkate alınarak bu çalışmada, öncelikle internete ilişkin temel kavramların tanımları verilecektir. İnternetin regüle edilebilir bir alan olup olmadığı, bu regülasyonun idare tarafından yapılıp yapılamayacağı, idarenin internet ile ilgili teşkilatı, buna ilişkin mevzuatı, idarenin internet ile ilgili işlemleri, idarenin internet ile ilgili faaliyetleri, idarenin erişimin engellenmesi ve alan adları ile ilgili yetkileri incelenecektir. Son bölümde ise ülkemizde internet ile ilgili konularda yaşanan hukuki sorun-

1 Kayıhan İçel ve Yener Ünver, **Kitle Haberleşme Hukuku**, (İstanbul: Beta Yayınları, 8. Bası, 2009), s. 476.

lara karşılaştırmalı hukukta getirilen çözümler üzerinde durulmaya çalışılacaktır. Bu bağlamda Brezilya'nın internet kanunu olan Marco Civil da Internet (MCI)'in konu ile ilgili düzenlemeleri ele alınacaktır.²

İnternetin meydana getirdiği değişim; iletişimin globalleşmesini sağlaması, mesafelerin kısılması, fiziksel konumun öneminin azalması, aynı düşüncede olanların bağlantı kurması ve bir araya gelmeleri, sosyal hareketlerin daha çabuk ve organize gelişmesini sağlaması olarak ifade edilebilir. Ayrıca internet bir pazarlama ve reklam mecrası haline gelmiştir. Bütün bu değişimlere bakıldığında internetin getirdiği pek çok imkân olduğu görülecektir. Ancak internetin getirdiği bu imkânların suiistimal edilmesiyle pek çok hukuki problem ortaya çıkmıştır. Yukarıda da ifade edildiği gibi, Türkiye'de kanun koyucu bu problemlerin çözülmesi için bir yasal düzenleme yapmıştır. Bu yasal düzenleme ile getirilen çözümler özellikle ifade özgürlüğünü ihlal ettiği gerekçesiyle eleştiri konusu olmuştur. Bu yasal düzenleme ile getirilen çözümler aynı sorunlara karşılaştırmalı hukukta getirilen çözümler ile karşılaştırılarak bir inceleme yapılmıştır.³

1. İnternet ile ilgili Temel Kavramların Tanımı

Yukarıda da belirtildiği gibi, internet için geçerli serbesti sorunları da beraberinde getirmiştir. Bu bağlamda, internet yoluyla işlenen suçlar, internet yoluyla kişilik haklarının ve özel hayatın gizliliğinin ihlali ve internet ortamında fikri hakların ihlali ön plana çıkan sorunlardır. Buna göre, internet kullanılarak gerçekleştirilen hak ihlallerinin önlenmesi için internetin teknik alt yapısı ve temel hak ve özgürlükler dikkate alınarak bir düzenleme yapılması hak ihlallerinin önlenmesi için gereklidir.

İnternet bilgiye kolay ve hızlı bir şekilde ulaşmayı ve bilgiyi saklamayı, işlemeyi ve başkalarına ulaştırmayı mümkün kılmaktadır. Birbirine bağlı milyonlarca bilgisayarın oluşturduğu bu ağ sisteminde her kullanıcının ayrı bir adresi vardır. Bu adres sistemi bilgisayarların birbiriyle irtibat kurmasını sağlamaktadır. Bu adresler sayısal dizinlerden oluşturmaktadır ve IP (internet protokol) olarak adlandırılmaktadır. Ancak daha sonra sayı-

2 Bkz. Marco Civil da Internet'in çevirisi için Sırrı Düğür, "Marco Civil da Internet", *Küresel Çeviri Hukuk Dergisi*, Yıl 4, Sayı 15, Ekim (2014), s. 14-31.

3 Z. Beril Akıncı Vural ve Mikail Bat, "Yeni Bir İletişim Ortamı Olarak Sosyal Medya, Ege Üniversitesi İletişim Fakültesine Yönelik Bir Araştırma", *Journal of Yasar University*, 20(5) (2010), s. 3351-3353.

ların yerini kullanım kolaylığı sağladığı için harflerden oluşan alan adları almıştır. Bu alan adı, tarayıcının adres satırına girildiğinde alan adı sunucusu (DNS, domain name system) harfleri sayısal karakterlere çevirerek bağlantı kurmaktadır. Bu sistem alan adı sistemi olarak adlandırılmaktadır.⁴

İnternetin teknik niteliğinin anlaşılması için bazı kavramların açıklanması gerekmektedir. Bu bağlamda alan adı, “*IP adresi olarak adlandırılan, bilgisayarların (sunucuların) birbirini tanımasını sağlayan numara sisteminin kelimelerle ifade edilmiş halidir*”. Alan adı sistemi ise; “*internet alanını bölümlenmeye, bölümleri adlandırmaya ve bölümler arası iletişimi organize etmeye yarayan, alan adını IP sayısına çeviren sistemin adıdır*”. IP adresi de; “*internete veya herhangi bir ağa bağlı cihazların, ağ üzerinden birbirlerine veri yollamak için kullandıkları adres*” olarak ifade edilmektedir.⁵

2. İnternetin Regüle Edilebilirliği

İnternetin idare tarafından regüle edilebilir bir alan olup olmadığının değerlendirilmesinde öncelikle internetin, idarenin ve regülasyonun tanımları verilecek sonrasında ise internetin regülasyonunun mümkün olup olmadığı değerlendirilecektir. İnternetin tanımına ilişkin olarak yukarıda bilgi verilmiştir.

İnternetin regüle edilebilirliği açısından idare olgusuna değinmek gerekirse, İdare, yürütmenin üstlendiği işlevin somutlaşması için gerekli hazırlık işlemlerini yapan, bunların yetkililerce belirlenmesinden sonra uygulayan cihazdır. Bu cihaz kendiliğinden harekete geçer ve günlük, teknik nitelikteki faaliyetleri yerine getirir.⁶

Regülasyon genel olarak devletin ekonomik ve sosyal amaçlarını gerçekleştirebilmek için meydana getirdiği düzenlemeler olarak tanımlanmaktadır. Regülasyon kavramı, işlevsel olarak belli bir faaliyete ilişkin olarak oyunun kurallarının belirlenmesi yani düzenleme, bu kurallara uyulmasının sağlanması yani denetleme ve bunların yanında yönlendirme işlevini kapsamaktadır.⁷

4 Mustafa Topaloğlu, **Bilişim Hukuku**, (Adana: Karahan Kitabevi, 2005), s. 155.

5 M. Kaan Dericioğlu, **Fikri Haklar Sözlüğü**, (İstanbul: TÜSİAD, 2010), s. 18, 19 ve 31.

6 Lütfi Duran, **İdare Hukuku Ders Notları**, (İstanbul: İÜHF Yayınları, 1982), s. 3.

7 Mustafa Avcı, “*İdarenin Kamu Hizmeti Faaliyetlerinde Daralma ve Dönüşüm: Özelleştirme ve Regülasyon*”,

İnternet ile ilgili düzenlemeler yapılırken karşılaşılan ilk problem internetin regüle edilmesinin mümkün olup olmadığıdır. Ancak burada tartışma internetin regüle edilmesinin mümkün olup olmadığından önce internetin regüle edilmesinin gerekli olup olmadığıdır. Çünkü internetin temel özelliği sınırları ve kurallarının olmamasıdır ve internetin bu kadar büyük bir gelişme göstermesinin nedeni de budur. Anonimlik ve uygulanacak hukuk konusundaki belirsizlik nedeniyle internetin düzenlenmesi oldukça zordur. Ancak regülasyon sadece hukuk kuralları ile sağlanmaz. Sosyal kurallar, ekonomik imkânlar ve düzenlenen alanın yapısı da regülasyonda etkilidir. İnternette kullanıcıların özellikleri görülebilir değildir. Bu farklı yapı, bazı kuralları uygulanamaz hale getirmektedir. Gerçek hayatta takip edildiğimizin veya bizden bilgi toplandığının bizden saklanması oldukça zordur. İnternetin yapısı izlendiğimizi fark etmeyi ve bunu engellemeyi çok zorlaştırmaktadır. Netice olarak, internet kendine özgü bir yapıya sahiptir. Ancak internet yapısı gereği regüle edilemez değildir. Onun regüle edilebilecek bir şekilde tasarlanması mümkündür. Hükümetler, sanal âlemin regüle edilebilirliğini arttıracak şekilde tasarlanmasını sağlayabilirler. Ayrıca bu regülasyon faaliyetinde hukuk dışındaki diğer düzenleyici unsurlardan da faydalanılmalıdır. Çünkü hukuk tek başına hukuksal değerlerin meydana gelmesini sağlayabilir ancak onları tek başına koruyamaz.⁸

Bu bağlamda, regülasyon işlevi yerine getirilirken hukukun yanında, deontolojik kuralların hatırlatılması, ekonomik önlemler, basın-yayın araçlarıyla kamuoyunda teşhir gibi hukuk dışındaki usuller de kullanılabilir.⁹ İnternet açısından da hukuk dışındaki sosyal normlar, internetin teknik yapısı ve pazar şartları internetin regüle edilmesinde kullanılmalıdır.¹⁰

Klasik anlamda regülasyon, özel sektör tarafından yürütülen ve toplum yaşamı açısından hassasiyet taşıyan bazı hizmetlerin devletten bağımsız kamu kurumları tarafından düzenlenmesi, denetlenmesi ve yönlendirilmesidir. Bu sayede regülasyon kurumu söz konusu hizmetlerin ilgililere re-

TAAD, Yıl: 5, Sayı: 16, Ocak (2014), s. 125-126.

8 Patricia L. Bellia, Paul Schiff Berman, Brett Frischmann, ve David G. Post; **Cyberlaw: Problems of Policy and Jurisprudence in The Information Age**, (St. Paul: West Publishing Company, College & School Division, 2011), s. 6-7.

9 Ali Ulusoy, **Bağımsız İdrari Otoriteler**, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2003), s. 27.

10 Bellia/Berman/Frischmann/Post, **Problems of Policy and Jurisprudence in The Information Age**, s. 8.

kabetçi bir ortamda ve verimli bir şekilde ulaştırılmasını sağlamış olacaktır. Bu anlamda regülasyonun piyasa, devlet ve şirketler tarafından yerine getirebileceği ifade edilmektedir. Buna göre, asıl sorunun regüle edilen alanların kendilerine özgü koşulları nedeniyle bu regülâtorlerden hangisinin daha üstün olacağına tespit edilmesi olduğu savunulmaktadır. Sonuç olarak internetin yapısı dikkate alınarak devlet dışındaki regülâtorlere de rol verilerek internetin regüle edilmesi mümkün olabilir.¹¹

Burada bilişim hukuku ile idare hukuku arasında bir benzerlik söz konusudur. Buna göre, idare hukuku sistemlerinden biri olan Anglo-Amerikan sisteminde ortak hukukun idareye de uygulanması söz konusudur. Kıta Avrupa'sında ise diğer hukuk dallarından ayrı bir idare hukuku vardır. Yani kıta Avrupa'sında idarenin niteliği (kamu yararını amaçlaması ve bu nedenle idare edilenler karşısında üstün olması) diğer hukuk dallarından bağımsız bir idare hukuku ortaya çıkmasına sebep olmuştur.¹²

Bu durum internet açısından değerlendirildiğinde hukukun temel kavramları ve ilkeleri internetteki veya internetten kaynaklanan ilişkilere uygulanarak hukuki sorunları çözmek için yeterli değildir. İnternetin yapısı ve gereklerini dikkate alan ayrı bir hukuk dalının oluşturulması gereklidir.

Yani idarenin niteliği gereği idareye ayrı bir hukuk dalının uygulanması gerekli midir? Yoksa bu anlamda bir değerlendirme yapılmaksızın Anglo-Amerikan sisteminde olduğu gibi idareye bireylere uygulanan kurallar mı uygulanmalıdır? Burada belirtilmesi gereken noktalardan biri de idarenin üzerine aldığı görevlerin lüzum ve önemi, onun üstün yetkilere sahip olmasını gerektirmiştir. Ferdin tabi olduğu özel hukuka ilişkin yetki ve usullerle görevlerini yerine getiren bir idare mekanizması bugün hiçbir devlette mevcut değildir. En geniş anlamda liberal sistemi takip eden, bu bağlamda devletin görevlerini daraltan ülkelerde bile belirli alanlarda devlet üstün yetkilere sahiptir.¹³

11 Ulusoy, **Bağımsız İdari Otoriteler**, s. 154. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından 21 Eylül 2011'de kabul edilen İnternet Yönetim/Yönetişim İlkeleri Beyannamesi (Declaration by the Committee of Ministers on Internet governance principles)'nin Çok Paydaşlı Yönetim/Yönetişim başlıklı 2. Maddesinde internet yönetimine ilişkin düzenlemelerin açık, saydam ve hesap verilebilir bir şekilde devletler, özel sektör, sivil toplum ve kullanıcıların rol ve sorumluluklarını dikkate alarak tam katılımlarının sağlanması ile oluşturulması gerektiği ifade edilmektedir. Bkz. <https://wcd.coe.int/View-Doc.jsp?id=1835773> [Erişim: 24.01.2015].

12 Martina Künnecke, **Tradition and Change in Administrative Law An Anglo-German Comparison** (Berlin Heidelberg: Springer-Verlag, 2007), s. 1.

13 Siddık Sami Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları** [I. Cilt], (İstanbul: İsmail Akgün Matbaası,

II. İnternet ile ilgili Mevzuat

Ülkemizde internet ile ilgili düzenlemelerin yer aldığı mevzuat bu kısmıda ele alınmaya çalışılacaktır. Aşağıda belirtilen kanunların dışında başka kanunlarda da internete ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır.

1. Evrensel Hizmet Kanunu

Evrensel hizmet kanunun amacı kanunun 1. maddesinde, “*kamu hizmeti niteliğini haiz, ancak işletmeciler tarafından karşılanmasında mali güçlük bulunan evrensel hizmetin sağlanması, yürütülmesi ve elektronik haberleşme sektörü ile bu Kanun kapsamında belirlenen diğer alanlarda evrensel hizmet yükümlülüğünün yerine getirilmesine ilişkin usul ve esasları belirlemek*” olarak ifade edilmiştir. Kanuna göre evrensel hizmet ise, “*Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde coğrafi konumlarından bağımsız olarak herkes tarafından erişilebilir, önceden belirlenmiş kalitede ve herkesin karşılayabileceği makul bir bedel karşılığında asgari standartlarda sunulacak olan, internet erişimi de dâhil elektronik haberleşme hizmetleri ile bu Kanun kapsamında belirlenecek olan diğer hizmetleri*” ifade etmektedir.

Buna göre makul bir bedel karşılığında herkes tarafından erişilebilir bir internet erişimi de bir evrensel hizmet olarak kabul edilmiştir. Kanunun kapsamına ilişkin 5. Maddesinde de internet hizmetleri evrensel hizmet olarak kabul edilmiştir. Bu hizmeti yerine getirmek üzere Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu (BTK) tarafından yetkilendirilecek olan işletmeciler evrensel hizmet yükümlüsü olarak kabul edileceklerdir. Bunların yetkilendirmesi ise imtiyaz veya görevlendirme sözleşmesi gibi iki taraflı ya da ruhsat veya genel izin gibi tek taraflı bir idari işlem ile olacaktır. Kanunda, kanun kapsamındaki hizmetlerin yürütülmesi için bakanlık ile işletmeci arasında imtiyaz sözleşmesi yapılacağı öngörülmesi, görülecek hizmetin kamu hizmeti vasfı taşıdığına belirtisi sayılabileceği ifade edilmektedir.¹⁴

Evrensel hizmetin üç ögesinin bulunmaktadır. Bunlar, “herkes tarafın-

1966), s. 94.

14 Şeref Gözübüyük ve Turgut Tan, *İdare Hukuku [Cilt I Genel Esaslar]*, (Ankara: Turhan Kitabevi, 8. Baskı, 2013), s. 581.

dan erişilebilir” olma, “önceden belirlenmiş kalitede” olma ve “makul bir bedel” de değildir. Bu öğeler arasında bir öncelik sıralaması olmaksızın öğelerinin tamamının söz konusu hizmette bulunması gerekmektedir.¹⁵

Sonuç olarak, internet hizmetlerinden yoksun kalan insanların insan onuruna yakışır bir hayat sürmesi mümkün olmadığı kabul edilerek internet hizmetleri evrensel hizmet olarak kabul edilmiştir. Burada evrensel hizmet kanununda yer alan “temel internet hizmetleri” ibaresi 5809 sayılı kanunla internet hizmetleri olarak değiştirilmiş yani “temel” ibaresi kaldırılmıştır.¹⁶

2. Elektronik Haberleşme Kanunu

İnternetin regüle edilmesi ile ilgili temel kanunlardan biri de Elektronik Haberleşme Kanunu (EHK)’dur. Kanunun amacı, kanunun 1. Maddesinde;

“elektronik haberleşme sektöründe düzenleme ve denetleme yoluyla etkin rekabetin tesisi, tüketici haklarının gözetilmesi, ülke genelinde hizmetlerin yaygınlaştırılması, kaynakların etkin ve verimli kullanılması, haberleşme alt yapı, şebeke ve hizmet alanında teknolojik gelişimin ve yeni yatırımların teşvik edilmesi ve bunlara ilişkin usul ve esasların belirlenmesi”

olarak ifade edilmiştir. Kanunun amacının anlaşılmasında anahtar önemde olan elektronik haberleşmenin ise;

“Elektriksel işaretlere dönüştürülebilen her türlü işaret, sembol, ses, görüntü ve verinin kablo, telsiz, optik, elektrik, manyetik, elektromanyetik, elektrokimyasal, elektromekanik ve diğer iletim sistemleri vasıtasıyla iletilmesini, gönderilmesini ve alınmasını”

İfade ettiği kanunun 3. Maddesinin (h) fıkrasında belirtilmiştir. Bu bağlamda internet de elektronik haberleşme kavramı içinde değerlendirilecektir. Ayrıca kanunun 3. maddesinde internetle ilgili önemli kavramlardan olan internet alan adı ve internet alan adı sistemi kavramları aşağıdaki şekilde tanımlanmıştır;

15 Bülent Kent, “Telekomünikasyon Sektöründe Evrensel Hizmet Kavramı”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVI, Sa. 2 (2012), s. 183.

16 Kent, Telekomünikasyon Sektöründe Evrensel Hizmet Kavramı, s. 185, 190.

“v) *İnternet alan adı: İnternet üzerinde bulunan bilgisayar veya internet sitelerinin adresini belirlemek için kullanılan internet protokol numarasını tanımlayan adları,*

y) *İnternet alan adı sistemi: Okunması ve akılda tutulması kolay olan ve genelde aranan adres sahipleri ile ilişkilendirilebilen simgesel isimlerle yapılan adreslemede, karşılığı olan internet protokolü numarasını bulan ve kullanıcıya veren sistemi,”*

Özetle, daha sonra konuyla ilgili maddelerine ayrıntılıları olarak değinileceği üzere Elektronik Haberleşme Kanunu, internet ile ilgili kurumların görev ve yetkileri, internet ile ilgili hizmetlerin özel kişilere gördürülmesi usulleri ile internetin regüle edilmesi ile ilgili önemli kavramların yer aldığı bir düzenlemedir.

3. 5651 Sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun

Bu kanun internetin regüle edilmesi açısından temel düzenleme olarak kabul edilebilir. Kanununun 1. Maddesinde amacı şu şekilde ifade edilmiştir;

“*MADDE 1- (1) Bu Kanununun amaç ve kapsamı; içerik sağlayıcı, yer sağlayıcı, erişim sağlayıcı ve toplu kullanım sağlayıcıların yükümlülük ve sorumlulukları ile internet ortamında işlenen belirli suçlarla içerik, yer ve erişim sağlayıcıları üzerinden mücadeleye ilişkin esas ve usulleri düzenlemektir.”*

Buna göre, düzenleme özellikle ceza muhakemesi tedbiri olarak ve bir idari tedbir olarak erişimin engellenmesi açısından temel düzenlemedir. Ayrıca kanun, Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı'nın (TİB) idari yapısı ve görevlerini de düzenlemektedir. 2014 yılının Şubat ayında kanunda önemli değişiklikler yapılmış ve özellikle özel hayatın gizliliğini ihlal halinde erişimin engellenebilmesine ilişkin özel bir usul getirilmiştir. Kanunun bu konulardaki ilgili maddelerine ilgili bölümlerde değinilecektir.

İnternet ile ilgili yukarıda belirtilen kanunlar dışında;

- Telekomünikasyon Kurumu (Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu) Tarafından Erişim Sağlayıcılara ve Yer Sağlayıcılara Faaliyet Belgesi Verilmesine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik,
- İnternet Toplu Kullanım Sağlayıcıları Hakkında Yönetmelik,
- İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesine Dair Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik,
- Elektronik Haberleşme Sektöründe Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Gizliliğinin Korunması Hakkında Yönetmelik,

gibi yönetmelik şeklindeki düzenleyici işlemler de internet ile ilgili mevzuatın önemli bir parçasını teşkil etmektedir.

III. İnternet ile ilgili İdari Teşkilat

Türk idari teşkilatı merkezi idare ve yerinden yönetim kuruluşları olarak ikiye ayrılmaktadır. Merkezi idare de başkent teşkilatı ve taşra teşkilatı olarak ayrılmaktadır. Yerinden yönetim kuruluşları ise yer yönünden ve hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşları olarak ikiye ayrılmaktadır. Hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşları, devlet tüzel kişiliğinin dışında ayrı bir tüzel kişilik olarak teşkilatlandırılması daha uygun görülen hizmetlerin yürütülmesi için kurulmuş kamu tüzel kişileridir. İdari teşkilatımız içinde bağımsız idari otoriteler (BİÖ) veya düzenleyici ve denetleyici kamu kurumları olarak isimlendirilen ayrı tüzel kişilikleri bulunan ancak belli bir kamu hizmetini yürütmeyen, hizmetin düzenlenmesi ve denetlenmesi ile görevli ve yetkili olan kuruluşlar bulunmaktadır. Bunların hizmet yerinden yönetim kuruluşları içinde yer almadığı kendilerine özgü bir yapıya sahip oldukları kabul edilmektedir. Öte yandan genel idare içinde yer almayan, birer mahalli idare de olmayan BİÖ'ların kamu tüzel kişiliğini haiz oldukları dikkate alındığında bu idarelerin birer hizmet yerinden yönetim kuruluşu olduğunu kabul eden görüşler de bulunmaktadır.¹⁷ Bu bölümde internet ile ilgili yetkileri olan merkezi idare içinde yer alan, merkezi idarenin dışında kalıp kendi kamu tüzel kişilikleri

17 Bkz. Kemal Gözler ve Gürsel Kaplan, *İdare Hukuku Dersleri*, (Bursa: Ekin Yayınevi, 15. Baskı, 2014), s. 233.

olan kuruluşlar (bunların alt birimleri) ile internet ile ilgili sürekli kurullara değinilecektir.

BİO'lar ilk olarak Amerika Birleşik Devletleri (ABD)'nde ortaya çıkmıştır. Ekonomik ve sosyal problemlerin tanımlanması ve çözümü için devletin aktif bir şekilde hareket etmesi ve bunların çözümünün serbest pazar ve özel sektörün çözümlerine terk edilmemesi anlayışı ile ABD'de bu kurumların sayısı oldukça arttı. Daha sonra bunların yetkilerinin belirlenmesi ve hukuku uygun hareket etmelerinin sağlanması için İdari Usul Kanunu (Administrative Procedure Act-APA) çıkarıldı. Bu idareler kendi içinde farklı yapılara sahiptir. Bu farklı yapılarına karşılık APA bu idarelerin işlevlerini düzenlemiş, teşkilatlarından ziyade işlevlerine göre usuller oluşturmuştur. Burada özellikle düzenleme yapma işlevi ile düzenlemeleri uygulama işlevi arasındaki fark önem arz etmektedir. Yani APA idarelerin ne yaptıklarından ziyade nasıl yaptıklarıyla ilgilenmektedir. Bu idareler içinde bir kısım idareleri işlevlerini daha iyi bir şekilde yerine getirebilmeleri için yürütmeden bağımsız hale getirmiş ve bunları herhangi bir bakanlığa bağlamamıştır. İdari işlevin hukuka uygun bir şekilde yerine getirilmesi çok önemlidir. Zira her ne kadar idare yargının denetimi altında olsa da idare edilenler mahkemelerin kararlarından çok daha fazla idarenin kararından etkilenmektedirler.¹⁸

1. Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı

Bilişim sektörü ile ilgili idari teşkilata ilişkin olarak ilk belirtilmesi gereken idare, merkezi idarenin başkent teşkilatı içinde yer alan Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı (Ulaştırma Bakanlığı)'dır. Bakanlığın teşkilatı ve görevleri Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı'nın Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile düzenlenmiştir.

5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'nun 5. maddesinde Ulaştırma Bakanlığı'nın elektronik haberleşme sektörüne ilişkin yetki ve görevleri sayılmıştır. Buna göre ulaştırma bakanlığı genel olarak elektronik haberleşme sektörüne ilişkin olarak politika, strateji ve hedefleri belirle-

18 Alfred C. Aman ve William T. Mayton, *Administrative Law*, (St. Paul, Minnesota: West Publishing Co., 1993), s. 3-5.

mek ve güncellemekle görevlidir. Aynı maddede bakanlığın internet ile ilgili olarak “*Numaralandırma, internet alan adları, uydu pozisyonu, frekans tahsisi gibi kıt kaynaklara dayalı elektronik haberleşme hizmetlerine ilişkin strateji ve politikaları belirlemek*”le görevli olduğu ifade edilmiştir. Aynı şekilde kanunun 35. maddesinde de internet alan adları ile ilgili olarak “*İnternet alan adlarının tahsisini yapacak kurum veya kuruluşun tespiti ile alan adı yönetimine ilişkin usul ve esasların Bakanlık tarafından belirleneceği*” ifade edilmiştir.

2. Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu Başkanlığı

A. Kurumun Tarihçesi

İlk olarak 2813 sayılı Telsiz Kanununun 27.01.2000 tarih ve 4502 sayılı kanunla değişik 5. Maddesine göre Telekomünikasyon Kurumu (TK) olarak kurulmuştur. Bu maddeye göre;

Bu Kanun ile (Telsiz Kanunu) 4.2.1924 tarihli ve 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanununda belirtilen genel esaslar çerçevesinde, Kanunlarla öngörülen yetki ve sorumlulukları uygulamak ve verilen diğer görevleri yapmak üzere kamu tüzel kişiliğini ve idari ve mali özerkliği haiz özel bütçeli Telekomünikasyon kurumu kurulmuştur. Kurum görevlerini yerine getirirken bağımsızdır ve kurumun ilişkili olduğu bakanlık Ulaştırma Bakanlığıdır.

Daha sonra 5809 sayılı kanun ile TK, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu (BTK) olarak değiştirilmiş ve yeniden düzenlenmiştir. Özellikle EHK'nın 67. maddesinde BTK'nın idari teşkilatı ile ilgili ayrıntılı düzenlemeler yer almaktadır. Yine bu maddede yer alan düzenlemeyle 2813 sayılı *Telsiz Kanunu, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunun Kuruluşuna İlişkin Kanun* olarak değiştirilmiştir.

a. İdari Teşkilat İçindeki Yeri

Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu (BTK) telekomünikasyon sektörünün düzenleyici ve denetleyici otoritesi (regülâtörü) olarak kurulmuştur. İnternet ile ilgili idari teşkilat dikkate alındığında bu alanla ilgili temel idari teşkilat BTK'dır.

BTK bir bağımsız idari otoritedir (BİO). BİO'lar kamu tüzel kişiliğini haizdir ve bu bakımdan hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşlarına benzemektedir. Ancak bunların yerinden yönetim içinde yer almadığı ve kendine özgü (sui generis) idareler oldukları kabul edilmektedir.¹⁹

2813 sayılı kanununun 5. maddesine göre;

- *Kanunlarla verilen görevleri yerine getirmek ve yetkileri kullanmak üzere kamu tüzel kişiliğini haiz, idarî ve mali özerkliğe sahip Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu kurulmuştur.*

- Kurum, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurulu ile Başkanlık teşkilatından oluşur.
- Kurum görevlerini yerine getirirken bağımsızdır. Hiçbir organ, makam, merci veya kişi Kuruma emir ve talimat veremez.
- Kurum'un ilişkili olduğu bakanlık Ulaştırma Bakanlığıdır.
- Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurulu, Kurumun karar organıdır.
- Kurul, biri başkan olmak üzere toplam yedi üyeden oluşur. Kurul Başkanı Kurumun da başkanıdır.

b. Bakanlık ile İlişkisinin Hukuki Mahiyeti

BİO'ların merkezi idare ile olan ilişkilerinin hukuki mahiyetinin kamu kurumlarında olduğu gibi idari vesayet olmadığı kabul edilmektedir. Ancak BİO'ların ilişkili oldukları bakanlıklar kuruluş kanunlarında gösterilmektedir. 3046 sayılı kanunda²⁰ ilişkili kuruluş kavramı tanımlanmamıştır.²¹

Öte yandan 3046 sayılı kanununun 19/A maddesi 649 sayılı KHK ile değiştirilerek aşağıdaki düzenleme getirilmiştir;

(Ek cümle: 8/8/2011-KHK-649/45 md.) Bakan, bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşların (5018 sayılı Kanuna ekli (III) sayılı cetvelde yer alan kurum-

19 Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer ve Cemil Kaya, **Türk İdare Hukuku**, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2012), s. 344.

20 Bakanlıkların Kuruluş Ve Görev Esasları Hakkında 174 Sayılı KHK İle 13/12/1983 Gün ve 174 Sayılı Bakanlıkların Kuruluş Ve Görev Esasları Hakkında KHK'nın Bazı Maddelerinin Kaldırılması ve Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında 202 Sayılı KHK'nın Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun.

21 Turgut Tan, **İdare Hukuku**, (Ankara: Turhan Kitabevi, Genişletilmiş 3. Baskı, 2014), s. 196.

lar dâhil) her türlü faaliyet ve işlemlerini denetlemeye yetkilidir.

Bu düzenleme ile BİO'lar üzerinde merkezi idarenin idari vesayet denetiminin getirildiği kabul edilmektedir.²²

2813 sayılı kanunun 5. Maddesine göre; “*Kurumun hizmet birimleri; hukuk müşavirliği, daire başkanlıkları ve müdürlükler şeklinde teşkilatlanan ana hizmet, danışma ve yardımcı hizmet birimleriyle bölge müdürlükleri şeklinde teşkilatlanan taşra teşkilatı birimlerinden oluşur. Hizmet birimleri, bu Kanunda belirtilen faaliyet alanı, görev ve fonksiyonlara uygun olarak Kurumun teklifi ve Bakanlar Kurulu kararıyla yürürlüğe konulan yönetmelikle belirlenir.*”

Bu düzenleme öncelikle kanunda belirtilen faaliyet alanı, görev ve fonksiyonlara uygun olacaktır. Yani idarenin düzenleme yapma yetkisi kanuna dayandığından, sınırını da kanun belirlediğinden bir başka ifadeyle ikincil secundum legem ve intra legem bir yetki olduğundan yapılacak yönetmelik idarenin kanuniliği ilkesi gereği kanuna dayanmak ve kanunun çizdiği çerçevede kalmak zorundadır. Kurumun hizmet birimleri kanunda belirtilen çerçevede kurumun teklifi ve Bakanlar Kurulu kararıyla yürürlüğe konulacak bir yönetmelikle belirlenecektir. Burada merkezi idare olarak kabul edilebilecek bakanlar kurulunca yapılan tipik düzenleyici işlem tüzüktür. Ancak BK yönetmelik şeklinde de düzenleyici işlem yapabilmektedir. Burada kurum tarafından hazırlanan yönetmelik BK kararıyla yürürlüğe konmaktadır. BTK kamu tüzel kişiliğini haiz olduğundan kendi iradesiyle yönetmelik çıkarma yetkisine sahiptir. Ancak burada kurumun çıkaracağı yönetmeliğin BK kararıyla yürürlüğe konması söz konusudur. İdari vesayette, vesayet makamına tanınan yetkilerden biri de onama yetkisidir. Vesayet makamının kamu tüzel kişisinin işleminin onaması ile birlikte işlem yürürlüğe girer. Nitekim Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu Teşkilât Yönetmeliği 04.04.2011 tarih ve 2011/1688 sayılı BK kararı ile yürürlüğe konulmuştur. Burada BTK ile BK arasındaki ilişki idari vesayet olarak ifade edilebilir.

22 Ahmet Nohutçu, **İdare Hukuku**, (Ankara: Savaş Yayınevi, 13. Baskı, 2014), s. 253–254.

c. Bağımsızlık, İdari ve Mali Özerklik

BTK'nın kuruluşuna ilişkin ilk düzenlemede kurumun görevlerini yerine getirirken bağımsız olduğu belirtilmiştir. Daha sonra şu an geçerli düzenlemede ise kurumun bağımsız olduğunun belirtilmesinin dışında hiçbir organ, makam, merci veya kişinin kuruma emir ve talimat veremeyeceği de belirtilmiştir. BİO'ların temel özelliği hem teşkilat hem de işlev açısından bağımsız olmalarıdır. Teşkilat anlamında bağımsızlık, her ne kadar bunların karar organı olan kurulların üyeleri yürütme organı tarafından atansa da bu üyelerin belli bir süre için atanmaları ve istisnai durumların dışında bu süre bitmeden görevden alınmamalarıdır. Yani öteki kamu görevlilerine göre daha güvenceli olmalarıdır.²³ 2813 sayılı kanunun 8. Maddesine göre;

Madde 8 – (Değişik: 27/1/2000 – 4502/17 md.) Kurul başkanı ve üyeler, Bakanlar kurulu tarafından beş yıllık süre için atanır. Görevi biten Kurul başkanı ve üyelerin yeniden aynı göreve atanmaları mümkündür. (Değişik üçüncü cümle: 5/11/2008–5809/67 md.) Kurul başkan ve üyeleri ancak görevini yapmaya engel bir hastalık veya rahatsızlık nedeni ile iş görememe ya da atanmaları için gerekli şartları kaybetmeleri halinde Bakanlar Kurulu kararıyla süresi dolmadan görevden alınabilir.

Buna göre BTK üyeleri beş yıl için Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurulu üyeliğine atanacaklar ve ancak görevlerini yapmaya engel bir hastalık veya rahatsızlık nedeni ile iş görememeleri ya da atanmaları için gerekli olan şartları kaybetmedikleri sürece görevden alınamayacaklardır. Netice olarak, BTK açısından teşkilat anlamında bağımsızlık şartının bulunduğu sonucuna ulaşılabilir.

BİO'ların bağımsız olmalarının diğer anlamı ise bunların işlevsel bağımsızlığıdır. İşlevsel bağımsızlık ise bu kurumların merkezi idarenin veya kamu kurumlarının hiyerarşik denetim veya idari vesayet denetimine tabi olmamalarıdır. Ayrıca, bu kurumlara ilişkin düzenlemelerde bu kurumlara hiçbir makam tarafından emir ve talimat verilemeyeceği belirtilmektedir.²⁴ Yukarıda da belirtildiği gibi BTK'ya ilişkin düzenlemede de kuruma hiçbir organ, makam, merci veya kişi tarafından emir ve talimat

²³ Metin Günay, *İdare Hukuku*, (Ankara: İmaj Yayınevi, 2011), s. 569.

²⁴ Günay, *İdare Hukuku*, s. 570.

verilemeyeceği hüküm altına alınmıştır. Sonuç olarak, BTK'nın işlevsel açıdan da bağımsız olabilmesi için gerekli yasal düzenlemelerin yapıldığı sonucuna ulaşmak mümkündür.

B.Görev ve Yetkileri

BTK'nın görevleri, Elektronik Haberleşme Kanunu'nun 6. maddesinde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Bunlardan doğrudan internet ile ilgili olanlar;

“g) Elektronik haberleşme ile ilgili olarak Bakanlığın strateji ve politikalarını dikkate alarak, yetkilendirme, tarifeler, erişim, geçiş hakkı, numaralandırma, spektrum yönetimi, telsiz cihaz ve sistemlerine kurma ve kullanma izni verilmesi, spektrumun izlenmesi ve denetimi, piyasa gözetimi ve denetimi de dâhil gerekli düzenlemeler ile denetlemeleri yapmak” ve

“v) (Ek: 6/2/2014–6518/103 md.) Siber güvenlik ve internet alan adları konularında Bakanlar Kurulu, Bakanlık ve/veya Siber Güvenlik Kurulu tarafından verilen görevleri Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı veya diğer birimleri marifetiyle yerine getirmek.”

Olarak ifade edilebilir.

Kurumun internetle ilgili görevleri genel olarak;

- Erişim ve Yer sağlayıcıların yetkilendirilmesi,
- TR uzantılı alan adı sistemi,
- Erişimin engellenmesi,

ile ilgili görevler olarak tasnif edilebilir. BTK, servis ve erişim sağlayıcı şirketler açısından en önemli idari kurumdur. İnternet şirketlerinin kuruluş aşamasında gerekli hazırlıkları yapmalarını sağlayan, kurulduktan sonra onları denetleyen ve onların uyması gereken kuralları belirleyen BTK'dır.²⁵

4502 sayılı kanunun 406 sayılı kanun ve 2813 sayılı kanunları değiştiren hükümleri telekomünikasyon alanında düzenleme yapma ve lisans

25 B. Zakir Avşar ve Gürsel Öngören, **Bilişim Hukuku**, (Ankara: Türkiye Bankalar Birliği, Yayın No. 270, 2010), s. 58.

verme yetkisini Ulaştırma Bakanlığı'na, denetim yapma yetkisini ise Telekomünikasyon Kurumu'na vermişti. 4673 sayılı kanun ise 406 sayılı kanunun Ek 27. maddesiyle telekomünikasyon sektöründeki regülasyon faaliyetine ilişkin neredeyse tüm yetkileri TK'na vermiştir.²⁶

a. Düzenleme Yetkisi

BTK görev alanına ilişkin olarak düzenleyici işlemler yaparak kural-lar koymaktadır. Elektronik Haberleşme Kanunu 6. Maddesinin muhtelif fıkralarında BTK;

Elektronik haberleşme sektöründe; rekabeti tesis etmeye ve korumaya, rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı uygulamaların giderilmesine yönelik düzenlemeleri yapmak,

Abone, kullanıcı, tüketicici ve son kullanıcıların hakları ile kişisel bilgilerin işlenmesi ve gizliliğinin korunmasına ilişkin gerekli düzenlemeleri ve denetlemeleri yapmak,

Elektronik haberleşme ile ilgili olarak Bakanlığın strateji ve politikalarını dikkate alarak, yetkilendirme, tarifeler, erişim, geçiş hakkı, numaralandırma, spektrum yönetimi, telsiz cihaz ve sistemlerine kurma ve kullanma izni verilmesi, spektrumun izlenmesi ve denetimi, piyasa gözetimi ve denetimi de dahil gerekli düzenlemeler ile denetlemeleri yapmak"la yetkilendirilmiştir.

BTK'nın karar organı olan kurul yönetmelik, tebliğ gibi düzenleyici işlemlerin yanı sıra usul ve esaslar şeklinde de düzenleyici işlemler tesis etmektedir. Çünkü kurulun örneğin Güvenli İnternet Hizmetine Usul ve Esaslar'a ilişkin 05.07.2013 tarih ve 2011 / DK-14/46 sayılı kararı belirli ve somut bir duruma ilişkin olmayıp soyut, genel ve kişilik bir düzenlemedir.²⁷

Diğer BİO'lar gibi BTK'nın da temel görevi ilgili olduğu sektördeki ikincil düzenlemeleri yapmaktır. 5809 sayılı kanunun 6. maddesinde BTK'nın kendisine verilen görevleri yönetmelik, tebliğ ve diğer ikincil düzenlemeleri çıkararak yerine getireceği düzenlenmiştir. Ancak düzen-

26 Ali Ulusoy, *Telekomünikasyon Hukuku*, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2002), s. 162.

27 Tan, *İdare Hukuku*, s. 201, 203.

leyici işlem yaparken BTK'nın, düzenleme yetkisine ilişkin sınırlama ve kurallara uyması gerekir.²⁸

Bu bağlamda BTK tarafından hazırlanan Elektronik Haberleşme Cihazlarına Güvenlik Sertifikası Düzenlenmesine İlişkin Yönetmelik'in yürütmesinin durdurulması ve iptali için dava açılmıştır. Bu yönetmelikte elektromanyetik alan oluşturan elektronik haberleşme cihazlarının kurulması ve işletilmesi ile ilgili düzenlemeler yer almıştır. Davacılar "*baz istasyonlarının çevre ve insan sağlığı üzerinde meydana getirdiği olumsuz etkilerin bilindiği ve bu durumun yargı kararlarıyla da kabul edildiği, bu nedenle insanlardan uzak, meskûn mahal dışında kurulması gerektiği belirtilerek, baz istasyonlarının kurulumuna izin veren ve yönlü antenlerin arka yüzeyi için güvenlik mesafesi hesabının yapılmayacağı yönünde hüküm getiren Yönetmeliğin hukuka aykırı olduğu iddiasıyla iptali istemiyle*" dava açmışlardır. Anayasa'nın 56. Maddesinde "*Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir. Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek Devletin ve vatandaşların ödevidir...*" denilerek herkesin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahip olduğu ve bu hakkı korumanın devletin ve vatandaşların görevi olduğu belirtilmiştir. Danıştay kararında, baz istasyonları ile ilgili mevzuatın son derece kısıtlı olması nedeniyle sağlıklı bir çevrede yaşam hakkı dikkate alınarak baz istasyonlarının meskûn mahalde kurulmalarının gerekli olup olmadığı, kurulmaları halinde haiz olmaları gereken koşulların neler olduğu hususlarında bilimsel çalışmalarla desteklenen bir düzenlemeye gerek olduğunu belirtmiştir. Danıştay dava dosyasında yaptığı incelemede yönetmeliğin hazırlanması sırasında yeterli bilimsel çalışmanın yapılmadığı ve yönetmeliğin dava konusu yapılan maddelerinin düzenleme amacının da yeterli bilimsel verilerle açıklanamadığı sonucuna ulaşmıştır. Sonuç olarak yüksek mahkeme "*insanın sağlıklı bir çevrede yaşam hakkı ile doğrudan ilgisi bulunan dava konusu Yönetmeliğin hazırlanması esnasında ilgili tüm kamu kurum ve kuruluşlarının görüşlerinin alınmasının yanı sıra üniversite, sivil toplum kuruluşları ve gerekirse uluslararası kuruluşlarla birlikte yapılacak bilimsel bir çalışma sonucuna göre düzenleme yapılması gerekirken salt ilgili kamu kurum ve kuruluşlarının görüşlerinin alınmasıyla yetinilerek yapılan düzenlemede hukuka*

28 Ender Ethem Atay; "Bağımsız İdari Otoriteler ve Türkiye Uygulaması", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt X, (Sayı 1,2), Ankara, (2006), s. 283.

uyarlık” olmadığı sonucuna ulaşarak dava konusu yönetmeliğin yürütmesinin durdurulmasına karar vermiştir.²⁹

b. Gözetim ve Denetim Yetkisi

Burada kurum elektronik haberleşme sektöründe kurumca yapılan düzenlemeler de dahil olmak üzere ilgili mevzuata ve yetkilendirme ile alınan haklara ve yüklenen yükümlülüklerle uygun hareket edip etmediklerinin denetlenmesi görevi yerine getirilmektedir. Bu bağlamda tüketici hakları ile kişisel bilgilerin gizliliğinin korunması için gerekli denetlemler yapma görevi de BTK’ya verilmiştir. (5809 s.k. m. 6)

c. Yaptırım Uygulama Yetkisi

Konuyla ilgili düzenleme Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu İdari Yaptırımlar Yönetmeliği’dir. Buna göre diğerlerinin yanında yetkilendirmeye, erişim ve ara bağlantıya, son kullanıcı tarifelerine, tüketici haklarına, kişisel verilerin korunmasına ve internet alan adlarına ilişkin ihlaller söz konusu olduğunda idari para cezası verilebilir, milli güvenliğe aykırılık, kamu düzeninin ihlali ve ağır kusur halinde yetkilendirmenin iptali gibi diğer idari yaptırımlar da uygulanabilir.

İdari yaptırımlara kurumun karar organı olan kurul tarafından karar verilmektedir. Bu kurul kararlarına karşı yetkili idare mahkemesinde idari yargıda genel dava açma süresi olan 60 gün içinde dava açılabilir.

İdari yaptırımlar uygulanırken belli usul kurallarına uyulması gerekir. Yaptırım uygulanmadan önce hukuka aykırı hareket konusunda muhatabı uyarılması (bilgilendirilmesi), belgeleri inceleme imkânı tanınarak ve yeterli süre verilerek savunmasını yapma imkânı tanınması, hukuka aykırı hareket ile uygulanacak müeyyide arasında orantılılık olması ve müeyyidenin yürütmesinin durdurulması talebini içeren idari dava konusu yapılabilmesi güvenceleri muhataplarına tanınmalıdır.

İdari yaptırımlar yönetmeliğinde idari para cezaları ihlalin türüne göre işletmecinin bir önceki takvim yılındaki net satışlarının belli bir yüzdesi

29 Danıştay 13. Daire Esas No. 2008/2658 Karar No. 2011/4668, Danıştay Dergisi Yıl: 2012 Sayı: 129, s. 232-236.

oranında belirlenmiştir. Ayrıca içtima, tekerrür, yetki ile ağırlaştırıcı ve hafifletici nedenler gibi usul kuralları öngörülerek hukuki güvenlik arttırılmış ve orantılılık ilkesine yer verilmiştir. Ayrıca belli haller dışında işletmecinin idari yaptırım uygulanmadan önce kurul tarafından uyarılabileceği düzenlenerek idari yaptırımlarla ilgili önemli bir usuli ilke yönetmelik kapsamına alınmıştır.

MCI'nin 12. maddesinde ihlallere karşı uygulanacak yaptırımlarda öncelikle idare tarafından bir düzeltici önlem belirlenmesi ve ihlalcı tarafından bu önlemin alınması için son günü belirten bir ihtar gönderilmesi gibi usuli ilkeler düzenlenmiş, ayrıca son mali yılda elde edilen brüt gelirin belli bir yüzdesi olarak belirlenen bir para cezası ve bu para cezasının ihlalcinin ekonomik durumu ile ihlalin ağırlığını dikkate alması şeklinde bir düzenleme yapılarak orantılılık ilkesine yer verilmiştir. Ayrıca, ihlalcinin aktivitelerinin askıya alınması ve yasaklanması şeklinde müeyyideler de anılan düzenlemede mevcuttur.³⁰

d. Uyuşmazlık Çözme –Uzlaştırma- İşlevleri

BİO'ların klasik idari kuruluşlardan ayrılan özelliklerinden biri de uyuşmazlık çözümüyle yetkilendirilmiş olmalarıdır. Faaliyette buldukları alanın uzmanlık gerektirmesi ve yargısal çözümün uzun sürmesi gibi sebeplerle BİO'lara uyuşmazlık çözme yetkisi tanınmıştır.³¹ 5809 sayılı kanunun aşağıdaki maddelerinde BTK'nın uzlaştırma işlevi aşağıdaki şekilde düzenlenmiştir;

30 Bkz. Düğer, **Marco Civil da Internet**, s.20, madde 12:

Diğer hukuki, cezai ve idari müeyyideler saklı kalmak kaydıyla 10. ve 11. maddelerde belirtilen kuralların ihlali bireysel ve kümülâtif olarak uygulanabilecek aşağıdaki müeyyidelere tabidir;

I. Düzeltici önlemlerin alınması için son günü de belirleyen bir uyarı/ihtar,

II. Ekonomik grubun son mali yılda Brezilya'daki brüt gelirin –vergiler çıkarılarak- yüzde onuna kadar para cezası; bu para cezası ihlalcinin ekonomik durumu ve ihlalin ağırlığı ile cezanın büyüklüğü arasındaki orantılık ilkesi dikkate alınarak belirlenecektir.

III. Madde 11'de belirtilen aktivitelerin geçici olarak askıya alınması veya

IV. Madde 11'de belirtilen aktivitelerin icra edilmesinin yasaklanması.

Tek paragraf. Bir yabancı şirket olması durumunda, (bu şirketin) ülkede bulunan bağlı ortaklığı, şubesi, bürosu veya kuruluşu madde 11'de belirtilen para cezasının ödenmesinden (yabancı şirket ile) birlikte sorumludur.

31 Tan, **İdare Hukuku**, s. 205.

5809 sayılı kanun m. 6

d) Bu Kanun çerçevesinde gerektiğinde işletmeciler arasında uzlaştırma prosedürünü işletmek, uzlaşma sağlanamadığı takdirde ilgili taraflar arasında aksi kararlaştırılıncaya kadar geçerli olmak üzere gerekli tedbirleri almak,

Erişim anlaşmaları ve uzlaşmazlıkların çözümü

MADDE 18 – (1) Erişim anlaşmaları taraflar arasında ilgili mevzuata ve Kurum düzenlemelerine aykırı olmamak kaydıyla serbestçe müzakere edilerek imzalanır. Taraflar arasında erişim talebinden itibaren azami iki ay içerisinde anlaşma tesis edilememesi veya mevcut erişim sözleşmesinde bu Kanun kapsamında herhangi bir anlaşmazlık vuku bulması halinde Kurum, taraflardan herhangi birinin başvurusu üzerine, belirleyeceği esaslar çerçevesinde taraflar arasında uzlaştırma prosedürü işletmeye ve/veya geçici ücretin belirlenmesi de dahil olmak üzere, kamu menfaati açısından gerekli gördüğü diğer tedbirleri almaya veya uzlaştırma talebini reddetmeye yetkilidir. (2) Kurum, uzlaştırma sürecinde tarafların anlaşamaması halinde, erişim anlaşmasının anlaşmazlık konusu olan hüküm, koşul ve ücretlerini, belirlenen istisnai haller hariç olmak üzere iki ay içerisinde belirlemeye yetkilidir. Belirlenen hüküm, koşul ve ücretlerin işletmeciler tarafından, mevzuat ve Kurum düzenlemeleri çerçevesinde aksi kararlaştırılıncaya kadar uygulanmasına devam olunur.

Özellikle erişim ve ara bağlantı sözleşmelerinden kaynaklanan uyumsuzluklarda BTK çoğunlukla ara bağlantı sözleşmelerinde ücretlendirmeyle ilişkin uzlaştırma taleplerini karara bağlamaktadır.³² Burada kanuna

32 Örneğin Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurulu'nun 22.05.2014 tarih ve 2014/DK-ETD/259 No'lu Superonline ile Türk Telekom Arasında İşletilen Uzlaştırma Prosedürüne ilişkin kararı; "Superonline İletişim Hizmetleri AŞ (Superonline) tarafından Kurumumuza yapılan bir başvuruda, Türk Telekomünikasyon AŞ (Türk Telekom) şebekesinden 176 kısa numarasına doğru yapılacak çağruların Superonline tarafından sonlandırılmasına ilişkin ara bağlantı ücreti hususunda taraflar arasında devam eden müzakerelerden sonuç alınmamasının ve 1XY yapısındaki numaralarda çağrı sonlandırma ücretinin ne olması gerektiği hususunda taraflar arasında uzlaşma tesis edilememesinin akabinde, bahsi geçen hususlara ilişkin olarak taraflar arasında uzlaştırma prosedürününün işletilmesi Kurumumuzdan talep edilmiştir. Söz konusu başvuruya ilişkin olarak Kurumumuzca ilgili mevzuat hükümleri çerçevesinde taraflar arasında uzlaştırma süreci işletilmiştir. Bu kapsamda, 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'nun 4, 6, 12, 16 ve 18'inci maddeleri ile Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği'nin 5, 12 ve 18'inci maddeleri, 26/08/2009 tarihli ve 2009/DK-07/440 sayılı ve 07/11/2012 tarihli ve 2012/DK-07/570 sayılı Kurul Kararları ve ilgili diğer mevzuat hükümleri çerçevesinde, Sabit Telefon Hizmeti (STH) sunan işletmecilerden çağrı sonlandırma hizmeti alacak işletmecilere STH işletmecileri tarafından yurtiçi kaynaklı çağrılar için uygulanması söz konusu olan ve 26/08/2009 tarihli ve 2009/DK-07/440 sayılı Kurul Kararı kapsamında 3,20 Kr/dk olarak belirlenmiş olan Çağrı Sonlandırma Ücreti'nin, STH işletmecileri tarafından sonlandırılan 1XY çağruları için de geçerli olduğu hususuna karar verilmiştir." şeklindedir.

göre BTK sadece işletmeciler arasında uzlaştırma yetkisine sahiptir ancak BTK kurum ile işletmeciler ve kullanıcılar ile işletmeciler arasındaki uyuşmazlıklar açısından da uzlaştırma yetkisine sahip olmalıdır.

3. Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı

Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı idari teşkilat olarak BTK içinde yer alan bir birimdir ve aralarında hiyerarşi ilişkisi söz konudur. Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı'nın kuruluş, görev ve yetkilerinin düzenlenmesi amacıyla *Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Tespiti, Dinlenmesi, Sinyal Bilgilerinin Değerlendirilmesi Ve Kayda Alınmasına Dair Usul Ve Esaslar İle Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının Kuruluş, Görev Ve Yetkileri Hakkında Yönetmelik* hazırlanmıştır.

Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı, 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu, 2803 sayılı Jandarmanın Teşkilat, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun ve 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu kanunlarında değişiklik yapan 5397 sayılı Kanun ile kurulmuş olup, 23.07.2006 tarihinde faaliyete başlamıştır.³³

TİB'nin kuruluş, görev ve yetkileri "*Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Tespiti, Dinlenmesi, Sinyal Bilgilerinin Değerlendirilmesi ve Kayda Alınmasına Dair Usul ve Esaslar ile Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının Kuruluş, Görev Ve Yetkileri Hakkında Yönetmelik*" (TİB Yönetmeliği) te düzenlenmektedir. Bu yönetmeliğin 16. Maddesine göre; "*Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu bünyesinde doğrudan Kurum Başkanına bağlı olarak faaliyet gösterir.*"

BİO'lar organik ve fonksiyonel olarak bağımsızdırlar. Yani bu kurumların işlem ve eylemleri üzerinde hiyerarşik denetimveya vesayet denetimi şeklinde bir denetim söz konusu değildir.³⁴

Buna göre; yukarıda da belirtildiği gibi TİB, BTK içinde teşkilatlandırıldığından merkezi idarenin TİB üzerinde herhangi bir hiyerarşi denetimi söz konusu değildir. Bu durumda, TİB'in kararları kesin kararlar

33 Mehmet Gödeklî, "*Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı*", *İÜHFİM*, C. LXXI, S. 1 (2013), s. 514.

34 Günday, *İdare Hukuku*, s. 569-570.

olduğundan idari yargıda dava konusu yapılabilir. TİB tarafından uygulanan bir tedbirin hukuka aykırı olduğunu iddia edenler genel idari dava açma süresi içinde idari yargıda iptal davası açabilirler.

TİB, BTK içinde yer alan bir birim olduğuna göre başkanlığın tüm işlemleri bir idari işlem niteliğindedir. Buna göre, TİB'in idari işlemleri yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönünden hukuka uygun olmak zorundadır. TİB'in internet ile idari işlemleri erişimin engellenmesi kararları olacaktır. Başkanlık tarafından alınacak bu kararlar ya bir mahkeme kararına dayanılarak ya da resen verilir. Mahkeme kararına dayanan erişimin engellenmesi kararlarının sebep unsurunu bu mahkeme kararları oluşturur. Resen verilen kararların ise sebep unsuru başkanlığa resen bu kararı alma yetkisini veren fiildir.

4. İnternet Geliştirme Kurulu

İnternet Geliştirme Kurulu, 665 sayılı KHK'nin 29. Maddesine dayanılarak oluşturulan özel sektör, STK ve kamu kurumları temsilcilerinden oluşan bir kuruldur.³⁵

Ulaştırma Bakanlığı, 665 sayılı KHK'nin 29. Maddesiyle “*görev alanına giren konularla ilgili olarak çalışmalarda bulunmak, araştırma, inceleme ve değerlendirme yapmak üzere bakanlık, kurum ve kuruluş, sivil toplum kuruluşları temsilcileri ve konuyla ilgili uzmanların katılımıyla*”

sürekli kurullar oluşturmakla görevlendirilmiştir. Bunlardan biri de İnternet Geliştirme Kurulu'dur. Anılan maddeye göre İnternet Geliştirme Kurulu'nun görevleri;

a) İnternet ortamının ekonomik, ticari ve sosyal hayat ile bilim, eğitim ve kültür alanında etkin, yaygın, kolay erişilebilir olarak kullanımını teşvik edecek politika ve strateji önerileri hazırlamak ve Bakana sunmak.

b) Türk Kültürü, Türk Tarihi ve Türk Dünyasıyla ilgili bilgilerin internet ortamında daha fazla yer alması ve bunların tanıtılması hususunda çalışmalar yapmak, yaptırmak ve öneriler hazırlamak ve Bakana sunmak.

c) İnternet ortamının güvenli, serbest, özgür ve faydalı kullanımı ile katma değer üretmesine yönelik öneriler hazırlamak ve Bakana sunmak.

35 İnternet Geliştirme Kurulu, <http://www.internetkurulu.org/tr/Default.aspx> (31.07.2014).

ç) *Bakan tarafından verilen benzeri görevleri yapmak*”tır.

Bunun dışında 5651 sayılı kanunun 10. Maddesinin 5. Fıkrasına göre TİB “*İnternet Geliştirme Kurulunca internetin yaygınlaştırılması, geliştirilmesi, yaygın ve güvenli kullanılması gibi konularda yapılacak öneriler ile ilgili gerekli her türlü tedbir veya kararları*” alacaktır. 5651 sayılı kanunun 10. Maddesinin 5. fıkrasının değiştirilmesinden önce İnternet Kurulu olarak görev yapan kurulun görevi Ulaştırma Bakanlığı’na danışmanlık yapmaktır.³⁶

5. Siber Güvenlik Kurulu

Siber güvenlik ile ilgili olarak Bakanlar Kurulunca alınan 2012/3842 sayılı “*Ulusal Siber Güvenlik Çalışmalarının Yürütülmesi, Yönetilmesi ve Koordinasyonuna İlişkin Karar*” 20 Ekim 2012 tarihli ve 28447 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Bu kararın amacı alınan kararda şu şekilde ifade edilmiştir;

MADDE 1- (1) Bu Kararın amaç ve kapsamı, kamu kurum ve kuruluşlarınca bilgi teknolojileri üzerinden sağlanan her türlü hizmet, işlem ve veri ile bunların sunumunda yer alan sistemlerin güvenliğinin sağlanmasına ve gizliliğinin korunmasına yönelik tedbirlerin alınması ve bilgi ve iletişim teknolojilerine ilişkin kritik altyapıların işletiminde yer alan gerçek ve tüzel kişilerce uyulması gerekli usul ve” esasları düzenlemektir.

Buna göre alınan karar ile idare tarafından bilgi teknolojileri kullanılarak verilen hizmetlerin güvenliğinin sağlanması ve bu hizmetlere ilişkin verilerin ve bunların sunumunda kullanılan sistemlerin güvenliğinin sağlanması hedeflenmektedir. Alınan kararda da belirtildiği gibi siber güvenlik; “*Bilgi ve iletişim teknolojileri vasıtasıyla sağlanan her türlü hizmet, işlem ve veri ile bunların sunumunda yer alan sistemlerin güvenliğini*” ifade etmektedir. Alınan karardaki önemli noktalardan bir tanesi de “*Ulusal Siber Güvenlik konusunda yapılacak çalışmalar sürecinde, mümkün olan tüm alanlarda milli çözümler geliştirilmesi, yazılım ve donanım alt yapılarında azami ölçüde milli kaynakların kullanılması*”dır.

Yukarıda belirtilen Bakanlar Kurulu kararınının 4. Maddesiyle;

36 Avşar/Öngören, *Bilişim Hukuku*, s. 55.

Siber güvenlikle ilgili olarak alınacak önlemleri belirlemek, hazırlanan plan, program, rapor, usul, esas ve standartları onaylamak ve bunların uygulanmasını ve koordinasyonunu sağlamak amacıyla; Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanının başkanlığında Dışişleri, İçişleri, Milli Savunma, Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme bakanlıkları müsteşarları, Kamu Düzeni ve Güvenliği Müsteşarı, Milli İstihbarat Teşkilatı Müsteşarı, Genelkurmay Başkanlığı Muhabere Elektronik ve Bilgi Sistemleri Başkanı, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu Başkanı, Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu Başkanı, Mali Suçları Araştırma Kurulu Başkanı, Telekomünikasyon İletişim Başkanı ile Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanınca belirlenecek bakanlık ve kamu kurumlarının üst düzey yöneticilerinden oluşan Siber Güvenlik Kurulu kurulmuştur.

Elektronik Haberleşme Kanunu'nun 5. Maddesine 2014 yılının Şubat ayında eklenen bir fıkra siber güvenlik ve siber güvenlik kurulu ile ilgili bir düzenleme yapılmıştır. Bu düzenleme ile Ulaştırma Bakanlığının siber güvenlik ile ilgili görev ve yetkileri belirlenmiştir. Buna göre bakanlık;

“h) (Ek: 6/2/2014–6518/102 md.) Ulusal siber güvenliğin sağlanması amacıyla politika, strateji ve hedefleri belirlemek, kamu kurum ve kuruluşları ile gerçek ve tüzel kişilere yönelik siber güvenliğin sağlanmasına ilişkin usul ve esasları belirlemek, eylem planlarını hazırlamak, Siber Güvenlik Kurulunun sekretaryasını yapmak, ilgili faaliyetlerin koordinasyonunu sağlamak, kritik altyapılar ile ait oldukları kurumları ve konumları belirlemek, gerekli müdahale merkezlerini kurmak, kurdurmak ve denetlemek, her türlü siber müdahale aracının ve millî çözümlerin üretilmesi ve geliştirilmesi amacı ile çalışmalar yapmak, yaptırmak ve bunları teşvik etmek ve siber güvenlik konusunda bilinçlendirme, eğitim ve farkındalığı artırma çalışmaları yürütmek, siber güvenlik alanında faaliyet gösteren gerçek ve tüzel kişilerin uyması gereken usul ve esasları hazırlamak”

la görevli ve yetkilidir.

Görüldüğü gibi siber güvenlik bir milli güvenlik meselesidir.³⁷ İdare hukukunda idarenin faaliyetleri başlığı altında devletin korunması (iktidarın kendisini koruması) da bulunmaktadır. Bu bağlamda bağımsızlığın ve

37 Siber Güvenlik Milli Güvenlik Meselesi, BTK Bülten Nisan-Mayıs-Haziran 2014, <http://www.tk.gov.tr/btkbulten/eBultenNisan2014.pdf> (31.07.2014).

egemenliğin korunması alt başlığı altında mili savunma ve milli güvenlik olmak üzere iki kavram dikkate alınmaktadır. Milli güvenlik sınırları belli olmayan bir kavram olmakla birlikte genel olarak devletin ve ülkenin teknolojik gelişmeler ve diğer nedenlerle çok değişik boyutlara ulaşan iç ve dış tehlikelerden korunması olarak ifade edilmektedir.³⁸

IV. İdarenin İnternet ile İlgili Faaliyetleri

İdarenin faaliyetlerinden özellikle kamu hizmetleri ve kolluk faaliyeti anlaşılmaktadır. Burada kullanıcının internete erişiminin sağlanması hizmetinin hukuki niteliği ve bu hizmetin görülmesi usulleri incelenmeye çalışılmıştır. Buradaki önemli konulardan biri de hizmetin bir kamu hizmeti olarak kabul edilmesi halinde bunun özel kişilere gördürülmesi usulünün hukuki niteliğidir.

Kolluk faaliyeti ile ilgili olarak ise idarenin internet ile ilgili kamu düzenin sağlamak için gerçekleştirdiği faaliyetler ele alınmaya çalışılmıştır. İdarenin internet ile ilgili faaliyetlerini değerlendirebilmek için internette faaliyet gösteren aktörleri kısaca belirtmek gerekmektedir. Bunlar; *İnternet ortamı üzerinden kullanıcılara sunulan her türlü bilgi veya veriyi üreten, değiştiren ve sağlayan gerçek veya tüzel kişiler* yani içerik sağlayıcılar, *Kullanıcılarına internet ortamına erişim olanağı sağlayan her türlü gerçek veya tüzel kişileri* ifade eden erişim sağlayıcılar, *Hizmet ve içerikleri barındıran sistemleri sağlayan veya işleten gerçek veya tüzel kişileri* ifade eden yer sağlayıcılarıdır. Bir de *kişilere belli bir yerde ve belli bir süre internet ortamı kullanım olanağı sağlayan* ifade eden toplu kullanım sağlayıcılar bulunmaktadır. 5651 s.k. toplu kullanım sağlayıcıları ticari amaçla faaliyet gösterip göstermemelerine göre farklı düzenlemelere tabi tutmuştur.

1. Erişim ve Yer Sağlayıcıların Yetkilendirilmesi

5809 sayılı kanuna göre elektronik haberleşme hizmetlerinin özel hukuk kişileri tarafından sunulmasında kabul edilen usul yetkilendirme olarak ifade edilmiştir. Kanununun 3. Maddesinde yetkilendirme;

38 Yıldızhan Yayla, *İdare Hukuku*, (İstanbul: Beta Basın Yayım, 2009), s. 27-28.

ccc) Yetkilendirme: Elektronik haberleşme hizmetlerinin sunulması ve/veya elektronik haberleşme şebekesi sağlanmasını teminen şirketlerin, Kurum nezdinde kayıtlanmasını veya kayıtlanmasıyla birlikte bu şirketlere elektronik haberleşme hizmetlerine özel, belirli hak ve yükümlülükler verilmesi,

olarak tanımlanmıştır.

Aynı kanunun 9. maddesine göre yetkilendirme bildirim veya kullanım hakkının verilmesi suretiyle yapılır. Burada yetkilendirme idarenin tek taraflı bir işlemi ile yapılmaktadır.³⁹ Bir kamu hizmetinin idarenin tek taraflı olarak vereceği bir izinle özel kişiye gördürülmesi ruhsat usulüdür.⁴⁰ Buna göre 5809 sayılı kanun kapsamındaki elektronik haberleşme hizmetlerinin özel kişilere yetkilendirme suretiyle gördürülmesi kamu hizmetinin ruhsat usulü ile gördürülmesidir.⁴¹ Ruhsat usulü ile gördürülen kamu hizmetlerinde idare hizmetin asli sahibi ve sorumlusu olarak hizmeti yürüten özel kişi üzerinde geniş bir gözetim ve denetim yetkisine sahiptir.⁴² Ancak bu durum organik anlamdaki kamu hizmetleri için geçerlidir. Ruhsat usulü özellikle virtuel kamu hizmetleri olarak adlandırılan, organik anlamda kamu hizmeti olmayan, ulaşım, haberleşme, eğitim gibi ortak, sürekli ve zorunlu bir ihtiyacın karşılanması için geçerli bir usul olarak kabul edilmektedir. Yani eğitim, haberleşme, ulaşım gibi genel, sürekli ve zorunlu ihtiyaçları gideren ve yollar, rıhtımlar, akarsular, atmosfer gibi kamu emlakıyla ilişkisi bulunan faaliyetler (“kamu hizmetine dönüşüme yatkın hizmetler” / “kamu hizmeti olma istidadını bünyesinde taşıyan faaliyetler”) özel sektör tarafından yürütülüyor olsa da bu nitelikleri gereği kamu hizmeti olarak kabul edilmektedir. Bu belirlemenin önemi bu hizmetlerin denetlenmesinde ortaya çıkmaktadır. Bu hizmetlerin denetlenmesinde idareye kolluk denetiminin ötesinde söz konusu hizmetin içeriğini belirleyen bir yetki tanınmaktadır.⁴³

Bu durum elektronik haberleşme sektörü açısından değerlendirildiğinde BTK tarafından yapılan yetkilendirme devletin asli sahibi ve

39 Burak Öztürk, “Elektronik Haberleşme Hizmetlerinde Yetkilendirmenin Hukuki Niteliği”, *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl: 67, Sayı: 1, Kış (2009), s. 39.

40 Günay, *İdare Hukuku*, s. 62.

41 Öztürk, “Elektronik Haberleşme Hizmetlerinde Yetkilendirmenin Hukuki Niteliği”, s. 39.

42 Günay, *İdare Hukuku*, s. 362.

43 Gözübüyük/Tan, *İdare Hukuku*, s. 609; İl Han Özay, *Günüşğında Yönetim*, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2004), s. 226.

sorumlusu olduğu bir hizmeti özel kişilere gördürmesi değil özel kişilerce gerçekleştirilen bir faaliyeti yürütmek isteyenlere idarenin izin vermesidir. Bu yönüyle bu izin, kolluk usullerinden izin usulüne benzemekle beraber, faaliyetin kamu hizmeti niteliği gereği, idarenin sahip olduğu yetki kamu düzeni düşüncesiyle sınırlı olmayıp hizmetin muhtevasını düzenleyebilecek kadar geniştir.⁴⁴ Ancak bir faaliyetin niteliğine bakarak bu faaliyetin kamu hizmeti olup olmadığının belirlenmesi bu faaliyetin siyasal iktidar tarafından kamu hizmeti olarak düzenlenmemesi halinde başvurulabilecek bir ölçüttür. Çünkü bir faaliyetin kamu hizmeti olarak kabul edilmesinin temel ölçütü siyasal iktidarın kanunla yapacağı bir belirlemedir. Elektronik haberleşme hizmetlerinin kamu hizmeti olduğu kanunla belirlenmiştir.

Erişim sağlayıcı veya yer sağlayıcı olarak faaliyette bulunabilmek için BTK tarafından verilen 5651 s.k. kapsamında yetkilendirilmek gerekmektedir. Bu yetkilendirmeyi içeren belgeye de faaliyet belgesi denilmektedir. Erişim sağlayıcı faaliyet belgesi ve yer sağlayıcı faaliyet belgesi olmak üzere iki tür faaliyet belgesi düzenlenmektedir.

2. İnternet Alan Adları

Daha önce de belirtildiği gibi 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanununun 35'inci maddesinde internet alan adlarının tahsisini yapacak kurum veya kuruluşun tespiti ile alan adı yönetimine ilişkin usul ve esasların Ulaştırma Bakanlığı tarafından belirleneceği düzenlenmiştir. Bu madde çerçevesinde Ulaştırma Bakanlığı tarafından 07.11.2010 tarihinde İnternet Alan Adları Yönetmeliği yayınlanmıştır. Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu bu Yönetmeliği'nin 14 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi uyarınca "*TRABİS*'i⁴⁵ kurmak ve işletmek veya belirlediği usul ve esaslar çerçevesinde *TRABİS*'in üçüncü bir tarafça kurulması ve işletilmesini sağlamakla görevlendirilmiştir.

Buna göre "tr" uzantılı alan adı sisteminin işletilmesini ya doğrudan doğruya BTK tarafından ya da bir başka kamu tüzel kişisi veya özel hukuk

44 Öztürk, "Elektronik Haberleşme Hizmetlerinde Yetkilendirmenin Hukuki Niteliği", s. 39.

45 TRABİS; İnternet Alan Adları Yönetmeliği'nin 3. maddesinde; "tr" uzantılı internet alan adı sisteminin ve buna ait merkezi veri tabanının işletilmesine, rehberin oluşturulmasına, güncellenmesine ve rehberlik hizmetinin sunulmasına ve alan adı başvuru işlemlerinin gerçek zamanlı olarak yapılmasına imkân veren, tüm bu faaliyetlerin güvenli ve iş sürekliliğini sağlayacak şekilde gerçekleştirildiği sistem" olarak tanımlanmaktadır.

kişisi tarafından işletilmesi söz konusu olacaktır. Dolayısıyla, anılan hizmet bir kamu hizmeti olarak kabul edilebildiği ölçüde ya emanet usulü ile yerine getirilecek ya da bir özel hukuk kişisi tarafından kurulup işletilmesinin söz konusu olması halinde ise yetkilendirmenin tek taraflı bir işlemle veya bir sözleşme ile yapılmasına göre kamu hizmetinin özel kişilere gördürülme usullerinden biri söz konusu olacaktır.

3. İnternet ile ilgili İdarenin Kolluk Faaliyeti

Son yıllardaki gelişmelerle birlikte günlük hayatımızın bir parçası olan internetin kendine özgü kurallarıyla disiplin altına alınması gereğinin internet kolluğunu oluşturduğu ve idari faaliyetin bir parçası olan internet kolluğunun “*bilişim kamu düzenini*” sağlamak, korumak ve bozulduğunda yeniden tesis etmek olduğu ifade edilmektedir. Kamu düzeninin güvenlik, dirlik esenlik, kamu sağlığı ve genel ahlak gibi klasik öğelerinden farklı olan bilişim kamu düzeninin sağlanması faaliyetini yerine getiren idare TİB olarak ifade edilebilir.⁴⁶ TİB’in yetki ve görevleri 5651 sayılı kanunun 10. Maddesinin 4. Fıkrasında şu şekilde ifade edilmiştir;

“Kanunlarla verilen diğer yetki ve görevleri saklı kalmak kaydıyla, Başkanlığın bu Kanun kapsamındaki görev ve yetkileri şunlardır:

a) Bakanlık, kolluk kuvvetleri, ilgili kamu kurum ve kuruluşları ile içerik, yer ve erişim sağlayıcılar ve ilgili sivil toplum kuruluşları arasında koordinasyon oluşturarak internet ortamında yapılan ve bu Kanun kapsamına giren suçları oluşturan içeriğe sahip faaliyet ve yayınları önlemeye, internetin güvenli kullanımını sağlamaya, bilişim şuurunu geliştirmeye yönelik çalışmalar yapmak, bu amaçla, gerektiğinde, her türlü giderleri yönetmelikle belirlenecek esas ve usuller dâhilinde Kurumca karşılanacak çalışma kurulları oluşturmak.(1)

b) İnternet ortamında yapılan yayınların içeriklerini izleyerek, bu Kanun kapsamına giren suçların işlendiğinin tespiti halinde, bu yayınlara erişimin engellenmesine yönelik olarak bu Kanunda öngörülen gerekli tedbirleri almak.

46 Duran, *İdare Hukuku Ders Notları*, s. 256-257; Müslüm Akıncı ve Ş. Cankat Taşkın, “İdarenin Düzenleme Konusu Olarak İnternet ve İnternete Erişim Yasakları”, *KMÜ Sosyal ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi*, 16 (Özel Sayı I) (2014), s. 152.

c) *İnternet ortamında yapılan yayınların içeriklerinin izlenmesinin hangi seviye, zaman ve şekilde yapılacağını belirlemek.*

ç) *Kurum tarafından işletmecilerin yetkilendirilmeleri ile mülkî idare amirlerince ticarî amaçlı toplu kullanım sağlayıcılara verilecek izin belgelerinde filtreleme ve bloke etmede kullanılacak sistemlere ve yapılacak düzenlemelere yönelik esas ve usulleri belirlemek.*

d) *İnternet ortamındaki yayınların izlenmesi suretiyle bu Kanunun 8 inci maddesinin birinci fıkrasında sayılan suçların işlenmesini önlemek için izleme ve bilgi ihbar merkezi dahil, gerekli her türlü teknik altyapıyı kurmak veya kurdurmak, bu altyapıyı işletmek veya işletilmesini sağlamak.*

e) *İnternet ortamında herkese açık çeşitli servislerde yapılacak filtreleme, perdeleme ve izleme esaslarına göre donanım üretilmesi veya yazılım yapılmasına ilişkin asgari kriterleri belirlemek.*

f) *Bilişim ve internet alanındaki uluslararası kurum ve kuruluşlarla işbirliği ve koordinasyonu sağlamak.*

g) *Bu Kanunun 8 inci maddesinin birinci fıkrasında sayılan suçların, internet ortamında işlenmesini konu alan her türlü temsili görüntü, yazı veya sesleri içeren ürünlerin tanıtımı, ülkeye sokulması, bulundurulması, kiraya verilmesi veya satışının önlenmesini teminen yetkili ve görevli kolluk kuvvetleri ile soruşturma mercilerine, teknik imkânları dâhilinde gereken her türlü yardımda bulunmak ve koordinasyonu sağlamak.”*

Görüldüğü gibi bu yetkilerin pek çoğu idari kolluk yetkileridir. Dolayısıyla burada TİB’in bilişim kamu düzenini sağlamak için internet kolluğu olarak kullanabileceği yetkiler yukarıda belirtilmiştir. Buna göre TİB’in gerçekleştirdiği kolluk faaliyeti genel idari kolluk özel idari kolluk ayrımında özel idari kolluk olarak kabul edilecektir. Çünkü özel idari kolluk toplumun belirli ihtiyaçlarını karşılamak için özel amaçlarla belirli faaliyetler gerçekleştirmektedir.⁴⁷ Burada TİB ile BTK arasında bir hiyerarşi ilişkisi bulunmaktadır.⁴⁸

47 Gözübüyük/Tan, *İdare Hukuku*, s. 774.

48 Akıncı/Taşkın, “İdarenin Düzenleme Konusu Olarak İnternet ve İnternete Erişim Yasakları”, s. 158; Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Tespiti, Dinlenmesi, Sinyal Bilgilerinin Değerlendirilmesi Ve Kayda Alınmasına Dair Usul Ve Esaslar İle Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının Kuruluş, Görev Ve Yetkileri Hakkında Yönetmelik’in Başkanlığın Görevleri başlıklı 17. Maddesinin aşağıdaki fıkrala-

4. Erişimin Engellenmesi

5651 sayılı kanunun 8. Maddesinde sayılan hallerde erişimin engellenmesine karar verilebilir. Bu karar kural olarak adli makamlar tarafından verilir. Burada hâkim veya mahkeme tarafından verilen erişimin engellenmesi kararı ceza muhakemesi hukuku anlamında bir koruma tedbiridir. Bu karara karşı Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) hükümlerine göre itiraz edilebilir.

5651 sayılı kanunda katalog halinde belirtilen ve erişimin engellenmesine karar verilebilen suçlarla ilgili madde şu şekildedir;

“İnternet ortamında yapılan ve içeriği aşağıdaki suçları oluşturduğu hususunda yeterli şüphe sebebi bulunan yayınlarla ilgili olarak erişimin engellenmesine karar verilir:”

a) 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda yer alan;

1) İntihara yönlendirme (madde 84),

2) Çocukların cinsel istismarı (madde 103, birinci fıkra),

3) Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma (madde 190),

4) Sağlık için tehlikeli madde temini (madde 194),

5) Müstehcenlik (madde 226),

6) Fuhuş (madde 227),

7) Kumar oynanması için yer ve imkân sağlama (madde 228),

suçları.

rında bu konuda TİB'in görevleri; “s) (Ek:RG-7/8/2009-27312) (Değişik:RG-9/9/2011-28049) İlgili mevzuat kapsamında hâkim, mahkeme veya Cumhuriyet savcısı tarafından verilen erişimin engellenmesi kararlarını uygulamak ve buna ilişkin iş ve işlemleri yürütmek, t) (Ek:RG-7/8/2009-27312) İçeriği (n) bendinde belirtilen suçları oluşturan yayımların içerik veya yer sağlayıcısının yurt dışında bulunması halinde veya içerik veya yer sağlayıcısı yurt içinde bulunsa bile, içeriği çocukların cinsel istismarı (madde 103, birinci fıkra) ve müstehcenlik (madde 226) suçlarını oluşturan yayımlara ilişkin olarak resen erişimin engellenmesi kararı vermek ve bu kararı, erişim sağlayıcısına bildirerek gereğinin derhal ve en geç kararın bildirilmesi anından itibaren yirmi dört saat içinde yerine getirilmesini istemek, u) (Ek:RG-7/8/2009-27312) (t) bendine göre verilen erişimin engellenmesi kararının konusunu oluşturan yayını yapanların kimliklerinin belirlenmesi hâlinde, Cumhuriyet başsavcılığına suç duyurusunda bulunmak.” olarak ifade edilmektedir.

Görüldüğü gibi internet ortamında yapılan yayının içeriği yukarıda belirtilen suçları oluşturduğu konusunda yeterli şüphe varsa bir ceza muhakemesi koruma tedbiri olarak erişimin engellenmesi kararı hâkim, mahkeme veya gecikmesinde sakınca olan hallerde ise cumhuriyet savcısı tarafından verilecektir. Ancak bu çalışma açısından önemli olan TİB tarafından resen erişimin engellenmesi kararı alınmasıdır. Netice olarak, erişimin engellenmesi kararının bir ceza değil bir tedbir niteliğinde olduğu ve adli makamlar tarafından verilmesi halinde yargısal, idari makamlar tarafından verilmesi halinde ise idari tedbir niteliğinde olduğu ifade edilebilir.⁴⁹

a. TİB Tarafından Resen Erişimin Engellenmesi Kararı Verilmesi

8. Maddenin 4. Bendinde sayılan hallerde ise idare (TİB) resen erişimin engellenmesi kararı verebilir. Buna göre;

(4) İçeriği birinci fıkrada belirtilen suçları oluşturan yayınların içerik veya yer sağlayıcısının yurt dışında bulunması halinde veya içerik veya yer sağlayıcısı yurt içinde bulunsa bile, içeriği birinci fıkranın (a) bendinin (2) ve (5) ve (6) numaralı alt bentlerinde yazılı suçları oluşturan yayınlara ilişkin olarak erişimin engellenmesi kararı re'sen Başkanlık tarafından verilir. Bu karar, erişim sağlayıcısına bildirilerek gereğinin yerine getirilmesi istenir.

Görüldüğü gibi yukarıda katalog halinde belirtilen suçları oluşturan yayınların içerik veya yer sağlayıcılarının yurt dışında bulunması durumunda idare erişimin engellenmesi kararı verebilmektedir. Ayrıca çocukların cinsel istismarı, müstehcenlik, fuhuş suçları açısından ise içerik veya yer sağlayıcı yurt içinde bulunsa bile bu suçları oluşturan yayınlara erişimin engellenmesi kararı idare tarafından resen alınabilecektir. Bu, idari tedbir olarak verilen bir erişimin engellenmesi kararıdır. Bu karar erişim sağlayıcıya gönderilir. Erişim sağlayıcı kararın gereğini yerine getirmediği takdirde başkanlık tarafından kendisine idari para cezası uygulanır. İdarî para cezasının verilmesinden itibaren yirmi dört saat içinde kararın gereği yerine getirilmez ise başkanlığın (TİB) talebi üzerine kurum (BTK) tarafından yetkilendirmenin iptaline karar verilebilir. Burada idarenin kol-

49 Mehmet Bedii Kaya, *Teknik ve Hukuki Boyutlarıyla İnternete Erişimin Engellenmesi* (Erişimin Engellenmesi), (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2010), s. 86.

luk faaliyeti çerçevesinde aldığı bir idari tedbir kararı ve bu kararın yerine getirilmemesi halinde ise kolluk makamlarınca idari müeyyide uygulanmaktadır.⁵⁰

Buna göre, eğer erişim sağlayıcı erişimin engellenmesi kararının gereğini yerine getirmese kendisine TİB idari para cezası uygulanacaktır. Bu para cezasına rağmen erişimin engellenmesi kararı yine yerine getirilmezse bu sefer BTK tarafından yetkilendirmenin iptali şeklinde idari müeyyide uygulanacaktır.

İdari tedbir olarak verilen erişimin engellenmesi kararı ayrıntılı olarak İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesine Dair Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik'in 14. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, çocukların cinsel istismarı veya müstehcenlik suçlarını oluşturan yayınlara ilişkin olarak içerik veya yer sağlayıcının yurt içinde bulunması durumunda erişimin engellenmesi kararının yirmi dört saat içinde hâkim onayına sunulması, hâkimin yirmi dört saat içinde karar vermesi ve bu süre içinde karar onaylanmazsa tedbirin başkanlık tarafından derhal kaldırılacağı düzenlenmiştir (Yönetmelik m. 14/ f. 1). Diğer erişimin engellenmesi halleri için TİB kararlarının hâkim onayına sunulması zorunluluğu yoktur. Burada idarece verilen karara dayanan diğer erişimin engellenmesi halleri için de verilen kararın hâkim onayına sunulması gerektiği ifade edilmektedir.⁵¹

Ayrıca erişimin engellenmesi kararının bir koruma tedbiri olarak hâkime ve mahkemeye verilmesi karşısında idarenin de böyle bir yetkiye sahip olmasının görev gaspı/fonksiyon gaspı olduğu belirtilmektedir. İdarenin kendi görev alanının dışında, yasama ve yargı organlarının görev alanı içine giren konular ile ilgili işlem tesis etmesine fonksiyon/görev gaspı denilmektedir. Burada hâkime ve mahkemelere ait olan erişimin engellenmesi kararı verilmesi yetkisinin idare tarafından kullanılmasının fonksiyon gaspı olduğu ifade edilmektedir.⁵² Ancak kanuni idare ilkesi, idarenin kullandığı yetkinin dayanağının ve çerçevesinin kanun olması gerektiğini ifade etmektedir. Burada da idare, CMK anlamında koruma tedbiri olan

50 Günday, *İdare Hukuku* s. 305.

51 Savaş Bozbel, "5651 Sayılı Kanuna İstinaden Bazı İnternet Sitelerine Erişimin Engellenmesi Tedbirlerine Eleştirel Bir Yaklaşım", *e-akademi Hukuk*, [Ekonomi ve Siyasa Bilimler Aylık İnternet Dergisi], Sayı 72, Şubat (2008), paragraf 13.

52 Akıncı/Taşkın, "İdarenin Düzenleme Konusu Olarak İnternet ve İnternete Erişim Yasakları", s. 161-162.

erişimin engellenmesi yanında 5651 sayılı kanundaki düzenlemeyle bir idari tedbir olarak erişimin engellenmesi kararı alabilmekle yetkilendirilmiştir. Bu anlamda burada bir fonksiyon gaspı olmadığı değerlendirilmektedir. Ayrıca, hukuka aykırı içeriğe karşı çabuk hareket etme zorunluluğu olduğu için erişimin engellenmesi gibi yetkilerin birçok demokratik düzende idari makamlara verilmiştir.⁵³

b. TİB'in 5651 S.K. M.9/A Kapsamında Haiz Olduğu Erişimin Engellenmesi Yetkisi

İnternet ortamındaki yayın nedeniyle kişilik hakları ihlal edildiğini iddia edenler içerik sağlayıcısına, buna ulaşamaması halinde ise yer sağlayıcısına başvurarak içeriğin yayından çıkarılmasını isteyebilirler. Ancak 5651 sayılı kanunda 2014 yılında yapılan değişiklikler ile kişilik haklarının ihlal edildiğini iddia eden kişi bu yollara başvurmaksızın doğrudan doğruya sulh ceza mahkemesine başvurarak erişimin engellenmesi kararı verilmesini isteyebilir. Hâkim tarafından verilecek içeriğe erişimin engellenmesi kararı zorunlu olmadıkça internet sitesinde yapılan yayının tümüne ilişkin olarak değil, sadece kişilik hakkı ihlalinin gerçekleştiği yayın, kısım veya bölüm ile ilgili olarak yani URL bazlı⁵⁴ olarak verilir. Hâkimin verdiği bu kararın gereğinin yerine getirilmesi için karar, Erişim Sağlayıcıları Birliğine (ESB)⁵⁵ gönderilecektir.⁵⁶

Yukarıda belirtilen konularda Başkanlığın (TİB) herhangi bir yetkisi yoktur. Ancak 5651 s.k. m. 9/A gereği özel hayatın gizliliğinin internet ortamında yapılan yayın ile ihlal edilmesi durumunda ihlal iddiasında bulunan doğrudan Başkanlığa başvurarak erişimin engellenmesi tedbirinin uygulanmasını talep edebilir. Bu talepte hakkın ihlaline neden olan yayının tam adresi (URL) belirtilir. Başkanlık herhangi bir eksiklik bulunmayan başvuruları uygulanmak üzere derhal birliğe gönderecek, erişim sağlayıcılar da dört saat içinde tedbir talebini yerine getirecektir.

53 Kaya, *Erişimin Engellenmesi*, s. 121.

54 Bkz. Kaya, *Erişimin Engellenmesi*, s. 31-32.

55 5651 s.k. m. 6 / A / f. (5)'e göre erişim sağlayıcıları birliği, 5809 sayılı kanuna göre yetkilendirilen tüm internet servis sağlayıcıları ve internet erişim hizmeti veren diğer işletmecilerin katılımıyla oluşan ve koordinasyonu sağlayan bir kuruluştur.

56 5651 s.k. m. 9 / f(4).

“(5) Erişimin engellenmesini talep eden kişiler, internet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle özel hayatın gizliliğinin ihlal edildiğinden bahisle erişimin engellenmesi talebini talepte bulunduğu saatten itibaren yirmi dört saat içinde sulh ceza hâkiminin kararına sunar. Hâkim, internet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle özel hayatın gizliliğinin ihlal edilip edilmediğini değerlendirerek vereceği kararını en geç kırk sekiz saat içinde açıklar ve doğrudan Başkanlığa gönderir; aksi hâlde, erişimin engellenmesi tedbiri kendiliğinden kalkar.

Özel hayatın gizliliğinin ihlaline bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallere ilişkin olarak ayrı bir durum düzenlenmiştir. Buna göre, bu haller söz konusu olduğunda doğrudan Başkan tarafından verilecek emirle erişimin engellenmesi Başkanlık tarafından yapılır. Bu karar 24 saat içinde sulh ceza hâkiminin onayına sunulur. TİB tarafından tesis edilen işlem ve işlemin gereğinin yine aynı idarece resen icra edilmesi söz konusudur. Çünkü erişimin engellenmesi başka bir aracı olmaksızın idarece yerine getirilmektedir.⁵⁷

c. Erişimin Engellenmesine İlişkin Mahkeme Kararları

Ülkemizde son dönemde yeni medya ekseninde yaşanan tartışmalar sosyal medya sitelerine erişimin idare tarafından engellenmesi ile başlamıştır. Bu bağlamda, TİB Twitter’da kişilik haklarının ve özel hayatın gizliliğinin ihlali nedeniyle bu şirketten / internet sitesinden içeriğin çıkarılmasını istemiştir. Ancak yurt dışı merkezli internet sitesi söz konusu kararların gereğini yerine getirmemiştir. Bunun üzerine başkanlık tarafından Twitter’a erişimin engellenmesi tedbiri uygulanmıştır. Buna ilişkin basın açıklaması 21.03.2014 tarihli dir⁵⁸. Bu idari işleme karşı Türkiye Barolar Birliği tarafından açılan iptal davasında yürütmenin durdurulması istenmiştir. Açılan iptal davasında idarenin işlemine dayanak gösterilen kararların hiç birinin Twitter internet sitesinin tamamen kapatılmasına ilişkin olmadığı ve 5651 sayılı yasaya göre bir internet sitesinin tamamen kapatılması yetkisinin yargı mercilerinde olduğu bu nedenle fonksiyon gaspı yapıldığı iddia edilmiştir. Ayrıca milyonlarca vatandaşın kendileri ile

57 Tan, **İdare Hukuku**, s. 227.

58 BTK’nın 21.03.2014 tarihli Basın Açıklaması, http://btk.gov.tr/basin_bultenleri/dosyalar/BASIN_ACIKLAMASI_TWITTER_21_03_2014.pdf [Erişim: 24.01.2015].

hiçbir ilişkisi olmayan bir işlem nedeniyle siteye erişemedikleri bu durumun ise Anayasa'nın 26. maddesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m.10'a aykırı olduğunu iddia etmişlerdir.⁵⁹ Ankara 15. İdare mahkemesi, AİHS ve anayasa ile güvence altına alınan ifade ve haberleşme hürriyetini kısıtlayabilecek nitelikte olması ve uygulanması halinde telafisi güç zarar doğurabilecek nitelikte olması dolayısıyla idarenin savunması alınmadan önce yürütmenin durdurulması kararı vermiştir. Bu karara katılmayan mahkeme başkanı gerekçesinde 5651 sayılı kanunun 4. Maddesine göre içerik sağlayıcılara yüklenen sorumluluk ve davalı idareye tanınan tedbir alma konusundaki yükümlülük dikkate alınarak savunma ve işlem dosyası alındıktan sonra yürütmenin durdurulmasının şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğinin denetlenmesi gerektiğini ifade etmiştir.⁶⁰

Konu bireysel başvuru yoluyla Anayasa Mahkemesi önüne gelmiştir. Mahkeme 02.04.2014 tarihinde verdiği kararında yürütmeyi durdurma kararına rağmen sitenin derhal erişime açılmaması nedeniyle idarenin yürütmenin durdurulmasına ilişkin yükümlülüğünü yerine getirmediğini belirtmiştir, buna göre başvuru sahiplerinin idare mahkemesine başvurmasının etkili bir yargı yolu olmadığına karar vermiştir.

Mahkeme kararında internetin modern demokrasilerde başta ifade özgürlüğü olmak üzere temel hak ve özgürlüklerin kullanılması bakımından önemli bir araçsal niteliğe sahip olduğu tespitinde bulunmuştur. Sosyal medyanın da kişilerin bilgi ve düşüncelerini açıklama, karşılıklı paylaşma ve yaymaları için vazgeçilmez nitelikte olduğunu belirtmiştir. Anayasa'nın 26. Maddesi düşüncüyü açıklama ve yayma hürriyetini düzenlemektedir. Anayasa'nın 13. Maddesine göre temel hak ve özgürlükler ancak kanunla sınırlanabilir ve bu sınırlamalar demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz ve hak ve özgürlüklerin özüne dokunamaz. Buna göre ifade hürriyeti üzerindeki sınırlamalar zorunlu ve istisnai tedbir niteliğinde olmalı ve başvurulacak son çare veya alınabilecek en son önlem olmalıdır.

Anayasa mahkemesi olayda erişimin engellenmesinin URL bazlı değil de tüm siteye yönelik bir erişimin engellenmesi şeklinde olduğunu, bu-

59 Türkiye Barolar Birliği Dava Dilekçesi, http://www.barobirlik.org.tr/dosyalar/duyurular/20140324_tib.pdf [Erişim: 24.01.2015].

60 T.C. Ankara 15. İdare Mahkemesi'nin 2014/511 E. no'lu kararı, http://www.tdb.org.tr/tdb/v2/ekler/Ankara_15.Idare_Mah_ENo_2014_511.pdf [Erişim: 24.01.2015].

nun ise 5651 s.k.'na göre TİB'in erişimin engellenmesi kararına gerekçe gösterdiği mahkeme kararlarını aşan, kanuni dayanağı olmayan, sınırları belirsiz bir yasaklama kararı olduğu; bu nedenle de ifade özgürlüğüne aykırı olduğuna karar vermiştir. Mahkeme başvuruçuların Anayasa m. 26'da düzenlenen ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir.⁶¹ Ancak mahkeme kararında, şirketin T.C. mahkemelerince verilen kişilik haklarının ve özel hayatın gizliliğinin ihlali nedeniyle verilen URL bazlı erişimin engellenmesi kararlarını yerine getirmediğine ve URL bazlı erişimin engellenmesi kararlarının uygulanmasının teknik nedenlerle şirketin işbirliğini gerektirdiğine hiç değinilmemiştir.⁶²

Anayasa mahkemesi kararının değerlendirilebilmesi için 5651 sayılı kanunda sosyal medya sitelerinin sorumluluğuna ilişkin düzenlemelere bakmak gerekir. 5651 sayılı kanunun uygulamasında içerik sağlayıcı, *İnternet ortamı üzerinden kullanıcılara sunulan her türlü bilgi veya veriyi üreten, değiştiren ve sağlayan gerçek veya tüzel kişileri* ifade etmektedir.⁶³ Bu durumda sosyal medya sitelerini içerik sağlayıcı olarak kabul etmek gerekmektedir. 5651 sayılı kanunun 4. Maddesine göre içerik sağlayıcı, internet ortamında kullanıma sunduğu her türlü içerikten sorumludur. Aynı maddeye göre içerik sağlayıcı bağlantı sağladığı başkasına ait içerikten sorumlu olmamakla birlikte, içeriğin sunuş biçiminden içeriği benimsediği ve kullanıcının söz konusu içeriğe ulaşmasını amaçladığı açıkça anlaşılıyor ise genel hükümlere göre sorumludur. Yani içerik sağlayıcı ürettiği, değiştirdiği ve sağladığı her türlü içerikten hukuki ve cezai olarak sorumludur. Ancak burada üretme ve değiştirme fiillerinin içerik sağlayıcıya atfedilebilirliği mümkün olduğundan sorumluluğun tabii olduğu öte yandan içerik sağlama fiilinde ise başkasına ait içerikten dolayı içerik sağlayıcının objektif olarak sorumlu tutulduğu bunun ise ceza sorumluluğunun şahsiliği ve kimsenin başkasının fiilinden sorumlu tutulamayacağı ilkelerine aykırı olduğu ifade edilmektedir.⁶⁴

Kişilik haklarının ve özel hayatın gizliliğinin ihlali nedeniyle sulh ceza hâkimi tarafından verilen veya TİB tarafından kendisine yapılan başvuru

61 T.C. Anayasa Mahkemesi'nin 2014/3986 Başvuru Numaralı ve 02.04.2014 tarihli kararı, <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/04/20140403-18.pdf> [Erişim: 24.01.2015].

62 BTK'nun 03.04.2014 tarihli Basın Açıklaması, <https://www.btk.gov.tr/tr-TR/Basin-Bultenleri> [Erişim: 24.01.2015].

63 5651 s.k. m. 2/f.

64 Kaya, **Erişimin Engellenmesi**, s. 127.

ESB'ye iletilen (erişimin engellenmesini talep edilen kişilerce sulh ceza hâkiminin kararına sunulması gerekir) erişimin engellenmesi kararları ESB tarafından yerine getirilecektir. Buna rağmen, yine mahkemeler tarafından verilen kararların sosyal medya platformlarının kararın gereğini yerine getirmemeleri nedeniyle uygulanması mümkün olmazsa bunun müeyyidesi ne olacaktır?

Burada, kararların gereğini yerine getirmeyen sosyal medya sitelerine erişimin idarenin kararıyla tamamen engellenmesi hukuken mümkün gözükmemektedir.

Mahkeme kararlarının yerine getirilmesinde; ceza mahkemesi kararlarının yerine getirilmesi yani infazı, cumhuriyet savcılığı ve idare tarafından yerine getirilmektedir. İdare mahkemelerinden verilen kararların yerine getirilmesi ile ilgili olarak İYUK'un 28. Maddesinde idarenin, mahkeme kararlarının icaplarına göre gecikmeksizin işlem tesis etmeye ve eylemede bulunmaya mecbur olduğu hüküm altına alınmıştır. Adliye mahkemelerinden verilen kararların icrası ise bu kararın gereğini yerine getirmeyen özel hukuk kişisine karşı cebri icra yoluyla gerçekleştirilir. Bu açıdan bakıldığında adalet sisteminin temeli mahkemelerin verdiği kararların icaplarına göre hareket edilmesidir. Aksi durumda mahkeme kararları hukuka aykırılığın giderilmesini sağlamayacak, sadece hukuka aykırılığı tespit etmiş olacaktır. Sonuç olarak, adalet sisteminin temeli mahkeme kararlarının gereğinin yerine getirilmesine dayandığına göre, soysal medya platformlarını işleten yabancı şirketlere karşı mahkeme kararlarının gecikmeksizin icrasının sağlanması hukuk devleti olmanın temel gereğidir. Bu nedenle, mahkeme kararlarının gereğinin yerine getirilmesinin sağlanması için internete ilişkin haklar, teminatlar ve ilkeler ile internetin teknik altyapısına uygun bir mekanizmanın ihdası, eğer bu idare tarafından yerine getirilecekse idarenin bu konuda kanunla açıkça yetkilendirilmesi, mağduriyetlerin önlenmesi açısından elzemdir.

Yukarıda belirtilen sorunlarla ilgili mukayeseli hukukta bir çözüm bulunmakta mıdır? Mukayeseli hukukta internet ile ilgili kararların uygulanması sorunu nasıl çözülmektedir? Bu konulara ilişkin çözümler getiren önemli düzenlemelerden biri de Brezilya'nın internet kanunu olan Marco Civil da Internet'tir.

Görüldüğü gibi bizdeki düzenlemede içerik sağlayıcısının bağlantı sağladığı üçüncü kişilere ait içerikten sorumlu olmadığı ancak sunuş biçiminden bağlantı sağladığı içeriği tasvip ettiği ve kullanıcının söz konusu içeriğe ulaşmasını amaçladığı açıkça belli ise genel hükümlere göre sorumludur. Burada sosyal medya siteleri içerik sağlayıcı olarak kabul edildiğinde kendilerine yapılan başvuru neticesinde hukuka aykırı içeriği yayından kaldırmazlarsa içeriği tasvip ettikleri ve kullanıcılara ulaşmasını istedikleri sonucuna ulaşılabilir. Bundan sonra da içeriğin kişilik haklarını ve özel hayatın gizliliğini ihlal etmesine göre yukarıda belirtilen ve 5651 sayılı kanunda düzenlenen şekilde içeriğin yayından çıkarılması ve erişimin engellenmesi mümkün olabilecektir. Burada özellikle 5651 s.k.m. 9/4'te belirtilen kişilik haklarının ihlali halinde hâkimin URL adresi belirtilerek içeriğe erişimin engellenmesi yöntemiyle ihlalin engellenmeyeceğine kanaat getirmesi hâlinde, gerekçesini de belirtmek kaydıyla, internet sitesindeki tüm yayına yönelik olarak erişimin engellenmesine karar verebilmesi önem arz etmektedir. Bu durumda hâkim sağladığı içerikten sorumlu olan soysal medya sitesinin tüm yayınına ilişkin olarak erişimin engellenmesi kararı verebilecektir. Çünkü güvenli kodlu adresler için URL bazlı erişimin engellenmesi şirketin işbirliğini gerektirmektedir. Eğer şirket bu konuda işbirliği yapmazsa hâkim sitenin tamamen erişime engellenmesine karar verebilecektir. Getirilen bu mekanizma ile sosyal medya sitelerine ilişkin olarak hukuka aykırı içeriğin bu sitelerce çıkarılmaması nedeniyle mahkemelerce verilen URL bazlı erişimin engellenmesi kararlarını yerine getirmeyen sitelere erişimin tamamen engellenmesi kararı hâkim tarafından verilebilecektir. Böylece daha önce mahkemelerce verilen URL bazlı kararların yerine getirilmemesi nedeniyle TİB tarafından verilen ilgili sitenin erişime tamamen engellenmesi kararı hâkim tarafından verilebilecektir.

SONUÇ

Bu anlamda 5651 sayılı kanunda 2014 yılı değişiklikleri ile getirilen URL bazlı erişimin engellenmesi önemli adımdır. İdari tedbir olarak erişimin engellenmesi kararlarının tamamının hâkimin onayına sunulması gerekir. MCI'de de belirtildiği üzere üçüncü kişiler tarafından üretilen içe-

riğin hukuka aykırı olduğu mahkeme kararı ile belirlendikten sonra belirli bir süre içinde mahkeme kararını yerine getirmeyen içerik sağlayıcının sorumluluğu düzenlenmelidir. Burada mahkeme, kararında hukuka aykırı içeriği ve konumunu hiçbir şüpheyeye yer bırakmayacak şekilde açıkça tanımlanmalıdır.⁶⁵ Mahkeme hukuka aykırı olduğu iddia edilen materyalin internette ulaşılabilirliği ile ilgili toplumun kolektif yararının yanı sıra içerik sağlayıcının yayınladığı içeriğin doğruluğunu ve içerik nedeniyle ileride telafisi mümkün olmayacak bir zarar meydana gelip gelmeyeceğini de değerlendirmek zorundadır.

KAYNAKÇA

About the Open Internet, <https://ec.europa.eu/digital-agenda/about-open-internet>.

Akıncı, Müslüm ve Taşkın, Ş. Cankat; “*İdarenin Düzenleme Konusu Olarak İnternet ve İnternete Erişim Yasakları*”, **KMÜ Sosyal ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi**, 16 (Özel Sayı I) (2014), 151-165.

Akıncı Vural, Z. Beril ve Bat, Mikail; “*Yeni Bir İletişim Ortamı Olarak Sosyal Medya, Ege Üniversitesi İletişim Fakültesine Yönelik Bir Araştırma*”, **Journal of Yasar University**, 20(5), 2010, s. 3351-3353.

Akyılmaz, Bahtiyar; Sezginer, Murat ve Kaya, Cemil; **Türk İdare Hukuku**, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2012).

Aman, Alfred C. ve Mayton, William T.; **Administrative Law**, (St. Paul, Minnesota,: West Publishing Co., 1993).

Atay Ender Ethem; “*Bağımsız İdari Otoriteler ve Türkiye Uygulaması*”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt X, (Sayı 1,2), Ankara, (2006)

Avcı, Mustafa; “*İdarenin Kamu Hizmeti Faaliyetlerinde Daralma ve Dönüşüm: Özelleştirme ve Regülasyon*”, **TAAD**, Yıl: 5, Sayı: 16 (Ocak 2014), s. 125-126

Avşar, B. Zakir ve Öngören, Gürsel; **Bilişim Hukuku**, (Ankara: Türkiye Bankalar Birliği, Yayın No. 270, 2010).

65 Marco Civil da Internet, madde 19.

- Bellia, Patricia L., Paul Schiff Berman, Brett Frischmann, ve David G. Post; **Cyberlaw: Problems of Policy and Jurisprudence in the Information Age**, (West Publishing Company, College & School Division, 2011).
- Bozbel, Savaş; “5651 Sayılı Kanuna İstinaden Bazı İnternet Sitelerine Erişimin Engellenmesi Tedbirlerine Eleştirel Bir Yaklaşım”, **e-akademi Hukuk**, [Ekonomi ve Siyasa Bilimler Aylık İnternet Dergisi], Sayı 72, Şubat (2008).
- BTK'nın 03.04.2014 tarihli Basın Açıklaması, <http://btk.gov.tr/tr-TR/Basin-Bultenleri>.
- BTK'nın 21.03.2014 tarihli Basın Açıklaması, <http://btk.gov.tr/tr-TR/Basin-Bultenleri>.
- Civil Rights Framework for Internet in Brazil, <http://diretorio.fgv.br/civilrights-frameworkforinternet>.
- Danıştay Dergisi Yıl: 2012 Sayı: 129.
- Dericioğlu, M. Kaan; **Fikri Haklar Sözlüğü**, (İstanbul: TÜSİAD, 2010).
- Duran, Lütfi; **İdare Hukuku Ders Notları**, (İstanbul: İÜHF Yayınları, 1982).
- Düğer, Sırrı; “*Marco Civil da Internet*”, **Küresel Çeviri Hukuk Dergisi**, Yıl 4, Sayı 15, Ekim, 2014.
- Gödeklı, Mehmet; “*Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı*”, **İÜHF**, C. LXXI, S. 1 (2013), 511-546.
- Gözler, Kemal ve Kaplan, Gürsel; **İdare Hukuku Dersleri**, (Bursa: Ekin Yayınevi, 15. Baskı, 2014).
- Gözübüyük Şeref, Tan, Turgut; **İdare Hukuku [Cilt I Genel Esaslar]**, (Ankara: Turhan Kitabevi, 8. Bası, 2013).
- Günday, Metin; **İdare Hukuku**, (Ankara: İmaj Yayınevi, 2011).
- İnternet Geliştirme Kurulu, <http://www.internetkurulu.Org/tr/Default.aspx>.
- İçel, Kayıhan ve Ünver, Yener; **Kitle Haberleşme Hukuku**, (İstanbul: Beta Yayınları, 8. Bası, 2009).
- Kaya, Mehmet Bedii; **Teknik ve Hukuki Boyutlarıyla İnternete Erişimin Engellenmesi** (Erişimin Engellenmesi), (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2010).

Kent, Bülent; “*Telekomünikasyon Sektöründe Evrensel Hizmet Kavramı*”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XVI, Y. (2012), Sa. 2 (2012), 169–198.

Künnecke, Martina; **Tradition and Change in Administrative Law An Anglo-German Comparison** (Berlin Heidelberg: Springer-Verlag, 2007).

Marco Civil da Internet English Version, <https://www.publicknowledge.org/assets/uploads/documents/APPROVED-MARCO-CIVIL-MAY-2014.pdf>.

Memiş, Emin; **Genel İdare Hukuku Notları**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014.

Nohutçu, Ahmet; **İdare Hukuku**, (Ankara: Savaş Yayınevi, 13. Baskı, 2014)

Onar, Sıddık Sami; **İdare Hukukunun Umumi Esasları** [I. Cilt], (İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1966).

Özay, İl Han; **Günışığında Yönetim**, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2004).

Öztürk, Burak; “*Elektronik Haberleşme Hizmetlerinde Yetkilendirmenin Hukuki Niteliği*”, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl: 67, Sayı: 1, Kış (2009), 26-42.

Siber Güvenlik Milli Güvenlik Meselesi, BTK Bülten Nisan-Mayıs-Haziran 2014, <http://www.tk.gov.tr/btkbulten/eBultenNisan2014.pdf>.

Tan, Turgut; **İdare Hukuku**, (Ankara: Turhan Kitabevi, Genişletilmiş 3. Baskı, 2014).

T.C. Anayasa Mahkemesi’nin 2014/3986 Başvuru Numaralı ve 02.04.2014 tarihli kararı, <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/04/20140403-18.pdf>.

T.C. Ankara 15. İdare Mahkemesi’nin 2014/511 E. no’lu kararı, http://www.tdb.org.tr/tdb/v2/ekler/Ankara_15.Idare_Mah_ENo_2014_511.pdf.

Topaloğlu, Mustafa; **Bilişim Hukuku**, (Adana: Karahan Kitabevi, 2005).

Türkiye Barolar Birliği Dava Dilekçesi, http://www.barobirlik.org.tr/dosyalar/duyurular/20140324_tib.pdf.

Ulusoy, Ali; **Bağımsız İdrari Otoriteler**, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2003).

Ulusoy, Ali; **Telekomünikasyon Hukuku**, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2002).

Yayla, Yıldızhan; **İdare Hukuku**, (İstanbul: Beta Basım Yayım, 2009).

VERGİ AFFININ TİCARET HUKUKU AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

E.Leyla KIYAT *
Salih BATAL **

ÖZET

Vergi affi nedeniyle bilânçolarını düzelten şirketlerin aktifi azalacak ve azalan tutar kadar zararı oluşacaktır. Maliye kayıp tutar üzerinden % 3 oranında vergi alarak bu konuda bir inceleme ve tarhiyat yapmayacaktır. Ancak, bu durumdan etkilenen ortakların, sorumlu olan yöneticilerden şirketin uğradığı zararı dava konusu yaparak tazmin etme hakkı bulunmaktadır.

Anahtar Sözcükler: Bilanço Düzeltmesi, Vergi Affi, Sorumluluk, Tazminat

Assessment Of Tax Amnesty İn Terms Of Commercial La

ABSTRACT

The organizations who rearrange their balance-sheets due to the tax amnesty will end up with reduction of their assets and an evenly loss. The Internal Revenue Office will levy 3% tax over this loss and will not perform an audit or an assessment. However, partners affected by this situation have the right to compensate the loss incurred by the company through initiating a law suit against the responsible managers

Key Words: Balance-Sheet Correction, Tax Amnesty, Responsibility, Compensation

* Yrd. Doç. Dr. Kıyat, Yalova Üniversitesi Çınarcık Meslek Yüksekokulu Öğretim Üyesidir.

** Yrd. Doç. Dr. Batal, Yalova Üniversitesi Çınarcık Meslek Yüksekokulu Öğretim Üyesidir.

Bilindiği üzere kısaca Torba Yasa olarak adlandırılan 6552 Sayılı İş Kanunu ile Bazı Kanun ve Bazı Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması ile Bazı Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılmasına Dair Kanun, 11-09-2014 tarihli ve 29116 (Mükerrer) Sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

Birçok hususu birlikte kapsayan Torba Yasa’nın 74 üncü maddesinde yer alan “*kayıtlarda yer aldığı halde işletmede bulunmayan kasa mevcudu*” ve “*ortaklardan alacaklar*” affı, yazımızın konusunu teşkil etmektedir. Bu uygulamadan sadece bilânço esasına göre defter tutar kurumlar vergisi mükellefleri yararlanabilecektir.

Bu şirketler 31-12-2013 tarihi itibarıyla düzenlenen bilânçolarında görülmekle birlikte, işletmelerinde bulunmayan;

- Kasa mevcutlarını ve
- İşletmenin esas faaliyet konusu dışındaki işlemleri dolayısıyla oluşan ortaklarından olan alacaklarını

Düzeltilme imkânına sahip olacaklardır.

Anılan bu tutarlar, beyan edildiği dönemde gider (vergisel açıdan kânenen kabul edilmeyen gider) kaydedilerek kasa hesabından ya da ortak-tan alacaklar hesabından çıkartılabilecektir. Vergi Dairesi’ne beyan edilen tutarlar üzerinden % 3 oranında vergi hesaplanacak ve hesaplanan vergi beyanname verme süresi içinde ödenecektir. Kurumlar vergisi mükelleflerince 6552 Sayılı Kanun’un 74 üncü maddesi hükmü uyarınca yapılan beyanla ilgili olarak, söz konusu tutarların ortaklara dağıtılıp dağıtılmadığına bakılmaksızın kâr dağıtımına bağlı vergi kesintisine yönelik ilâve bir tarhiyat yapılmayacaktır.

Yasa’ya göre uzatma olmadığı takdirde başvuru süresi 31-12-2014 tarihinde sona ermektedir. Sürenin sona ermesinden sonra Maliye Bakanlığı kaç şirketin bu aftan yararlanmak için başvurduğunu, tutarın ne kadar olduğunu açıklayacaktır.

Buraya kadar yapılan açıklamalar için vergisel kısmına ilişkindir. Olay sadece bu yönü ile bakıldığında, şirketler kasa mevcutlarını ve ortaklardan olan alacaklarını düzelterekler ve buna karşılık % 3 oranında bir vergi ödeyeceklerdir.

Bu düzeltme “*aslında şirketin bu kadar kasada parası ve ortaklardan alacakları yoktur, fakat bu güne kadar bilânçolarda ve kayıtlarda varmış gibi gösterilmiştir*” anlamına gelmektedir.

Şirketin kasasındaki para ve ortağından/ortaklarından olan alacağı, işletmenin varlığıdır. Aktiften, bu varlıkların çıkarılması neticesinde şirketin aktifi azalacak ve çıkartılan tutar kadar şirket zarara uğrayacaktır. Bu güne kadar şirketin bilânçosuna ve kayıtlarına bakarak kredi veren banka ve diğer finans kuruluşları, şirkete mal ve hizmet temin eden alacaklılar, ayrıca hissedarlar birdenbire başka bir mali tablo ile karşı karşıya kalacaklardır.

Şirketin kayıtlarında gözükten varlığının, mevcut olmaması elbette bir kusur ve/veya ihmale dayalıdır. Bunun da bir sorumlusunun olması gerekmektedir. Sorumluluğun da kural olarak yöneticilere ait olacağı tartışmasızdır. Maliye eksik çıkan tutar üzerinden % 3 oranında vergi alarak hesap sormaktan vaz geçse bile, şirket ile alâkası olanların, özellikle yönetici konumunda olmayan ortakların ve şirketten para çekmeyen hissedarların, şirketin fakirleşmesinden ötürü uğradığı zarar ne şekilde giderilecektir? Kanun Koyucu işin sadece vergisel boyutunu nazara almış, bundan ötürü zarara uğrayanların durumunu göz ardı etmiştir.

Yasa’dan faydalanan şirketlerin yöneticileri kasadaki eksik paranın hesabını vermekten, şirketten para çekerek borçlanan ortaklar da borçlarını ödemekten vergi mevzuatı açısından kurtulacaklardır. Üstelik bunun % 3 oranındaki vergisini de şirket ödeyecektir. Beyannamenin verilmesi ile birlikte şirketin varlığındaki azalma ve şirketin uğradığı zarar tescil edilmiş olacaktır.

Olaya ne yönden bakılırsa bakılsın, ortada bir kayıp vardır. Şirketin uğradığı bu kayıp tüm ortakları etkileyecek niteliktedir. Bu durum şirketin sermayesini yitirmesi gibi sonuçlara yol açacağı gibi, kâr payı dağıtılmasına veya daha az temettü verilmesine sebep olacaktır.

Türk Ticaret Kanunu’na göre; yönetici olmayan ortaklar ile şirketten para çekmeyen ortakların, şirketin uğradığı bu zararı sorumlulardan tazmin ederek, şirkete ödenmesini isteme hakları bulunmaktadır.

Şirketin kasasındaki paranın olduğundan fazla gösterilmesi ve bazı ortakların cari hesaplarından para çekerek şirkete borçlanmaları kasta da

dayalı olabilir, ihmale de dayalı olabilir. Zararın tazmini için sadece kasıt şartı aranmamalıdır. Yüksek Mahkemenin emsal bir kararına göre; tek başına ihmâl bile zararın sorumlulardan tazmini açısından yeterlidir.

Yargıtay 11 inci Hukuk Dairesi'nin 16.06.2008 Tarih, Esas No:2008/7347, Karar No: 2008/7898 tarihli kararında “*zararın sadece kast sonucu oluşabileceği düşüncesinden yola çıkılmasını*” doğru bulmamış, “*ihmal ile de zararın doğabileceğinin dikkate alınması gerektiğine*” işaret etmiştir. ³

Torba Yasa, işletmenin esas faaliyet konusu dışındaki işlemleri dolayısıyla oluşan ortaklarından olan alacaklarını düzeltme imkânı getirmiştir. İşte buna bağlı olarak yapılan düzeltme, ihmalden ziyade sonuçları daha ağır olan kastı ön plâna çıkarmaktadır.

Türk Ticaret Kanunu'nun 553 üncü maddesinin 1 inci fıkrasına göre; Kurucular, yönetim kurulu üyeleri, yöneticiler ve tasfiye memurları, kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini kusurlarıyla ihlal ettikleri takdirde, hem şirkete hem pay sahiplerine hem de şirket alacaklılarına karşı verdikleri zarardan sorumludurlar. ⁴

Kanun'a göre; kurucular, yönetim kurulu üyeleri, yöneticiler ve tasfiye memurları, T.T.K. ve şirket esas sözleşmesinden doğan yükümlülüklerini “kusurlarıyla” yerine getirmediklerinde sonuç olarak kusurları nedeniyle oluşan zarardan kişisel bakımdan sorumlu olacaklardır. Bu konuda, davacıların kusurlu olduklarını iddia eden davacının, yani zarar görenin, davalının kusurlu olduğunu kanıtlaması gerekmektedir. Zararın tutarı da yine davacılar tarafından ayrıca kanıtlanmalıdır.⁵

Türk Ticaret Kanunu'nun 555 inci maddesinin 1 inci fıkrasına göre de; Şirketin uğradığı zararın tazminini, şirket ve her bir pay sahibi isteyebilir. Pay sahipleri tazminatın ancak şirkete ödenmesini isteyebilir.

3 1 Kadıköy 3. Asliye Ticaret Mahkeme'sinin Esas No:1999/1007, Karar No:2006/461 olan 16-06-2006 tarihli kararı ile ilgilidir

4 26-06-2012 tarihli ve 6335 Sayılı Kanun'un 41 inci maddesiyle, bu fıkrada yer alan “*kusurlarının bulunmadığını ispatlamadıkça*” ibaresi madde metninden çıkarılmıştır. Yine aynı Yasa'nın 28 inci maddesiyle, bu fıkrada yer alan “*yükümlülüklerini*” ibaresinden sonra gelmek üzere “*kusurlarıyla*” ibaresi eklenmiş ve metne işlenmiştir.

5 Gönen Eriş, **Ticari İşletme ve Şirketler**, Cilt III, (İstanbul: Seçkin Yayıncılık, 2013), , ss.3565-3566.

Türk Ticaret Kanunu'nun 555 inci maddesinin 1 inci fıkrasının gerekçesinde;

“Şirketin uğradığı zararın şirket tarafından 553 ve 554 üncü maddelerindeki sorumlulardan talep edilmesi, yani aktif dava ehliyetinin şirkette olması normaldir. Ayrıca şirketin ihmali veya sorumluların şirkette hakim olmaları sebebiyle davayı açamamaları olasılığı düşünülerek, zararın tazmini davasını açmak hakkı şirketin pay sahibine de verilmiştir. 6762 Sayılı Kanun'un 309 uncu maddesinin aksine, şirket alacaklısına bu hak tanınmamıştır. Alacaklı, 556 inci madde uyarınca ancak şirketin iflâsı halinde, tazminatın şirkete ödenmesini talep hakkını haiz olur.”⁶

Böylece pay sahibi dava açabilme yetkisi yönünden şirketle aynı düzeye kabul edilerek alacaklıdan ayrılmıştır. Kanun şirketin borçlarını ödediği sürece alacaklının zarara uğramadığı varsayımını kabul etmiştir.

Birinci fıkrada (gene 6762 Sayılı Kanun'un 309 uncu maddesinin aksine) doğrudan ve dolaylı zarar ayrımı yapılmamıştır. Şirket doğrudan zararın varlığında tazminat davası ikame edebilir; çünkü şirketin 553 ve devamındaki hükümler çerçevesinde dolayısıyla zarara uğraması olanağı yoktur. Pay sahibi ise hem doğrudan hem de dolayısıyla zararının varlığında bunun tazminini isteyebilir. Pay sahibi dolayısıyla zarara uğradığı takdirde, tazminatın şirkete verilmesi suretiyle payındaki değer düşüklüğünü gidermek amacıyla dava açabilir.” ifadeleri yer almaktadır.

Açıklamalarımız muvacehesinde; vergi affının bu hükmünden yararlanmak isteyen veya yararlanan şirketlerin yöneticilerinin ileride sorumlulukları nedeniyle bir tazminat davası ile karşılaşmamaları açısından, yapacakları olağan veya olağan üstü bir genel kurul toplantısında % 100 nisap temin ederek, ortaklarına durumu açık ve net bir şekilde açıklayarak oy birliğiyle olurlarını almaları yerinde olacaktır.

6 **MADDE 556-** (1) Zarara uğrayan şirketin iflâsı hâlinde, tazminatın şirkete ödenmesini isteme hakkını şirket alacaklıları da haizdir. Ancak, pay sahiplerinin ve şirket alacaklılarının istemleri önce iflas idaresince ileri sürülür.

(2) İflas idaresi birinci fıkrada öngörülen davayı açmadığı takdirde, her pay sahibi veya şirket alacaklısı mezkûr davayı ikame edebilir. Elde edilen hâsıla, İcra ve İflas Kanunu hükümlerine göre, önce dava açan alacaklıların alacaklarının ödenmesine tahsis olunur; bakiye, sermaye payları oranında davacı pay sahiplerine ödenir; artan iflas masasına verilir.

Genel kurulda olayın açık ve net bir şekilde ortaya konması gerekmektedir. Çünkü genel anlamda bir ibra her zaman sorumluluktan kurtulmak için bir çözüm olmayabilir. Nitekim Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 02.07.2012 tarihli, E.5063 / K.11693 sayılı kararında; “İbranın borçtan kurtarıcı sonucu doğurabilmesi için ibraya konu işlemlerin açıkça ortaya konulması, bilinmesi, tartışılması ve sonucu çerçevesinde karar verilmesi gerektiğine” hükmetmiştir.⁷

KAYNAKÇA

6552 Sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması ile Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılmasına Dair Kanun

6762 Sayılı Türk Ticaret Kanunu

6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu

6305 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'da Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

Eriş, Gönen, **Ticari İşletme ve Şirketler**, Cilt III, (İstanbul: Seçkin Yayıncılık, 2013).

Yargıtay 11. H.D. 16.06.2008 T. E.2008/7348,K.2008/7898

Yargıtay 11. H.D. 02.07.2012 T. E. 5063 / K.11693

7 Gönen Eriş, **Ticari İşletme ve Şirketler**, Cilt III, s.3567.