



İSTANBUL AYDIN ÜNİVERSİTESİ

HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Yıl 2 Sayı 3 - Aralık 2016

Year 2 Issue 3 - December 2016 - ISSN 2149-5890



**İSTANBUL AYDIN ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ**

**Yıl 2 Sayı 3 - Aralık 2016
Year 2 Issue 3 - December 2016**

İSTANBUL AYDIN ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

ISSN 2149-5890

Sahibi

Dr. Mustafa Aydın

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü

Av. Nigar Çelik

Editör

Doç. Dr. Ebru Ceylan

Yayın Kurulu

Prof. Dr. Ahmet Nizamettin Aktay

Doç. Dr. Ebru Ceylan

Yard. Doç. Dr. Pakize Ezgi Akbulut Uslu

Arş. Gör. Buse Aksaray

Akademik Çalışmalar Koordinasyon Ofisi

İdari Koordinatör

Nazan Özgür

Teknik Editör

Hakan Terzi

Yayın Periyodu

Yılda iki sayı: Haziran & Aralık

Yayın Dili

Türkçe

Yıl 2 Sayı 3 - Aralık 2016

Year 2 Issue 3 - December 2016

Yazışma Adresi

Beşyol Mahallesi, İnönü Caddesi, No: 38, Sefaköy, 34295

Küçükçekmece/İstanbul

Tel: 0212 444 1 428 - 23410

Fax: 0212 425 57 97

Web: www.aydin.edu.tr

E-mail: hukukdergi@aydin.edu.tr

Baskı

Elma Basım Yayın ve İletişim Hizmetleri San. Tic. Ltd. Şti

Tevfikbey Mah. Halkalı Cd. No: 162/7

34295 Sefaköy/Küçükçekmece - İSTANBUL

Tel: 0212 697 30 30 - Faks: 0212 697 70 70

HAKEM KURULU

- Prof. Dr. Ali Kemal YILDIZ**, *Türk - Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
- Prof. Dr. Arif KOCAMAN**, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi*
- Prof. Dr. Atilla ÖZER**, *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
- Prof. Dr. Aydın BAŞBUĞ**, *Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi*
- Prof. Dr. Cemal OĞUZ**, *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
- Prof. Dr. Cemil KAYA**, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
- Prof. Dr. Cevdet Salih ŞAHİNİZ**, *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
- Prof. Dr. Emin MEMİŞ**, *İstanbul Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
- Prof. Dr. Emine Tuncay KAPLAN**, *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
- Prof. Dr. Enver BOZKURT**, *Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
- Prof. Dr. Eyyup Günay İSPİR**, *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
- Prof. Dr. Gülsevil ALPAGUT**, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
- Prof. Dr. Gürsel TEKİN**, *Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
- Prof. Dr. Hamdi MOLLAMAHMUTOĞLU**, *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
- Prof. Dr. Havva KARAGÖZ**, *MEF Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
- Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN**, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
- Prof. Dr. İsmail Yılmaz ASLAN**, *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
- Prof. Dr. Kadir ARICI**, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
- Prof. Dr. Kayhan İÇEL**, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
- Prof. Dr. Kudret GÜVEN**, *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
- Prof. Dr. Levent AKIN**, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
- Prof. Dr. Mehmet AYAN**, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
- Prof. Dr. Mehmet BAHTİYAR**, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
- Prof. Dr. Meltem DİKMEN CANIKLIOĞLU**, *Girne Amerikan Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
- Prof. Dr. Muhammed Fatih UŞAN**, *Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
- Prof. Dr. Ömer EKMEKÇİ**, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
- Prof. Dr. Ramazan CENGİZ**, *Uludağ Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi*
- Prof. Dr. Rıza AYHAN**, *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
- Prof. Dr. Rukiye AKKAYA KİA**, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
- Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK**, *FSM Vakıf Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
- Prof. Dr. Timuçin MUŞUL**, *Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
- Prof. Dr. Zehra Gönül BALKIR**, *Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
- Doç. Dr. Ali Hakan EVİK**, *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
- Doç. Dr. Kadir Emre GÖKYAYLA**, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
- Doç. Dr. Murat YAVAŞ**, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
- Doç. Dr. Nezihe Binnur TULUKÇU**, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

Doç. Dr. Pınar MEMİŞ KARTAL, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
Doç. Dr. Serdar Mustafa ÖZBEK, *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
Doç. Dr. Vesile Sonay EVİK, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
Yard. Doç. Dr. Abdurrahman SAVAŞ, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
Yard. Doç. Dr. Aslıhan ÖZTEZEL, *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
Yard. Doç. Dr. Başak BAŞOĞLU, *MEF Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
Yard. Doç. Dr. Emrullah KERVANKIRAN, *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
Yard. Doç. Dr. Hilal YENER COŞKUN, *MEF Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
Yard. Doç. Dr. Mustafa Cahit GÜNEL, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
Yard. Doç. Dr. Mehtap İPEK İŞLETEN, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
Yard. Doç. Dr. Nuri ERDEM, *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
Yard. Doç. Dr. Umut YENİOCAK, *İstanbul Kemerburgaz Üniversitesi Hukuk Fakültesi*
Dr. Süheyla BALKAR BOZKURT, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

İçindekiler

Hileli İflas Suçu

Crime of Fraudulent Bankruptcy

Ali Hakan EVİK 1

Siyasi Partilerin Temsili Demokrasi Üzerindeki Etkileri

Impact of Political Parties on Representative Democracy

Didem ERDOĞAN 59

Hizmet Tespit Davasının Yargılama Usulü Genel Bilgiler

General Information about Action for Fixing of Period of Service

Merve YÜCEL 75

“Bir Mesleğin İcrası veya İşletmenin Faaliyeti Sebebiyle Doğan Edinilmiş Mal Olması Gereken Malvarlığı Değerlerinin Sözleşme İle Kişisel Mal Haline Getirilmesi” (TMK 221/1)

Converting Asset Values which are Acquired Property Arising from Practising

a Job or Business Activities into Personal Property by a Contract (Turkish Civil Code 221/1)

Özge KURU 113

Anayasa Mahkemesi'nin Türk Medeni Kanunu 181/II Hükümüne İlişkin Karar İncelemesi

Analysis of the Decision of the Constitutional Court Regarding Article 181/II of the Turkish Civil Code

Hande DOĞAN 137

Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Sebebiyle Boşanmada Tarafların Kusuruna İlişkin Yargıtay Kararı İncelemesi

Analysis of the Supreme Court of Appeal's Decision Regarding Fault of Parties on Divorce

Arising from Collapse of Marriage Unity Fundamentally Shaken to its Foundation

Çiğdem YILMAZ 149

Rehin Sözleşmesinin 10 Gün İçinde Ticaret Siciline Tescil Edilmemesinin Sonuçları İle İlgili Karar Analizi

Analysis of the Judgment on Consequences of Failure to Register Decisions on the Trade Register within Ten Days of a Pledge Agreement

Gizlem TURAN 161

Çalışma Koşullarında Değişiklik ve İş Sözleşmesinin Feshiyle İlgili Yargıtay Karar Tahlili

Review of the Supreme Court Decision on Amendments about Changing Conditions of Work and Termination of Labour Contract

Melis KUTLU 167

İşkence Tehdidi ile Ulaşılan Maddi Bulguların Delil Olarak Değerlendirilmesine İlişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Karar Tahlili (Gäfgen v. Almanya)

Analysis of the European Court of Human Rights Case Law (Gäfgen v. Germany) on the Issue of Admissibility of Evidence Obtained under Threat of Torture

Pınar PALABIYIK 173

Göçmen Kaçakçılığı Suçuna İlişkin Yargıtay Karar Tahlili

Analysis of the Supreme Court of Appeal's Decision Regarding the Crime of Migrant Smuggling

Gökçe TUNÇ 199

Kalaşnikof Kararı Örneği Çerçevesinde Arama Tanıklarının Bulunmamasının Aramanın Hukuka Uygunluğuna Etkisi

The Effect of Non-Presence of Search Witnesses to the Legality of Search through Kalashnikov Case Example

Büşra BODUR 213

Sözleşmeli Personelin Mali Haklar Açısından Memur Statüsüne Eşit Olması Gerektiğiyle İlgili Danıştay Kararı

Analysis of the State Council Decision on the Status of Contract Employees which ought to be Equal to that of Civil Servants in Terms of Financial Rights

Anıl ERGUN 221

Kamulaştırılan Taşınmazlar Üzerinde Gerçekleştirilen Faaliyetlerin Durdurulması Üzerine Malikin Geri Alma Talebine İlişkin Karar İncelemesi

An Analysis of the Decision Concerning the Right of Retrieval of Owners After Freezing of Operations on Expropriated Property

Başak TÜRKGENÇ 233

EDİTÖRDEN

Dergimiz, hukuk alanında bilimsel araştırmaların, hukuk alanındaki önemli kararların tahlilinin yer aldığı ve özellikle bilim insanlarının çalışmalarını içeren yılda iki kez yayınlanmaktadır.

Dergimizin 3. Sayısında makale olarak Doç. Dr. Ali Hakan Evik'in "*Hileli İflas Suçu*" isimli makalesi, Ar. Gör. Didem Erdoğan'ın "*Siyasi Partilerin Temsili Demokrasi Üzerindeki Etkisi*" isimli makalesi, Ar. Gör. Merve Yücel'in "*Hizmet Tespit Davasının Yargılama Usulü*" isimli makalesi, Ar. Gör. Özge Kuru'nun "*Bir Mesleğin İcrası Veya İşletmenin Faaliyeti Sebebiyle Doğan Edinilmiş Mal Olması Gereken Malvarlığı Değerlerinin Sözleşme İle Kişisel Mal Haline Getirilmesi*" isimli makalesi bulunmaktadır.

Dergimizde Mahkemelerin karar incelemeleri olarak Ar. Gör. Hande Doğan'ın "*Anayasa Mahkemesi'nin Türk Medeni Kanunu 181/II Hükmüne İlişkin Karar İncelemesi*" Ar. Gör. Çiğdem Yılmaz'ın "*Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Sebebiyle Boşanmada Tarafların Kusuruna İlişkin Yargıtay Kararı İncelemesi*", Ar. Gör. Gizlem Turan'ın "*Rehin Sözleşmesinin 10 Gün İçinde Ticaret Siciline Tescil Edilmemesinin Sonuçlarıyla İlgili Karar Analizi*", Ar. Gör. Melis Kutlu'nun "*Çalışma Koşullarında Değişiklik ve İş Sözleşmesinin Feshiyle İlgili Yargıtay Karar Tahlili*", Ar. Gör. Pınar Palabıyık'ın "*İşkence Tehdidi İle Ulaşılan Maddi Bulguların Delil Olarak Değerlendirilmesine İlişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Karar Tahlili*", Ar. Gör. Gökçe Tunç'un "*Göçmen Kaçakçılığı Suçuna İlişkin Yargıtay Karar Tahlili*", Ar. Gör. Büşra Bodur'un "*Kalaşnikof kararı Örneği Çerçevesinde Arama Tanıklarının Bulunmamasının Aramanın Hukuka Uygunluğuna Etkisi*", Ar. Gör. Anıl Ergun'un "*Sözleşmeli Personelin Mali Haklar Açısından Memur Statüsüne Eşit Olması Gerektiğiyle İlgili Danıştay Kararı*", Ar. Gör. Başak Türkgenç'in "*Kamulaştırılan Taşınmazlar Üzerinde Gerçekleştirilen Faaliyetlerin Durdurulması Üzerine Malikin Geri Alma Talebine İlişkin Karar İncelemesi*" isimli karar incelemeleri yer almaktadır.

Ayrıca Dergimizin 2. Sayısındaki teknik hatalardan doğan düzeltmeler , bu sayımızın sonunda yer almaktadır.

Gelecek günlerde dergimize hukuk dünyasından daha çok yayın gelmesini umuyoruz. İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesinin Dergisinin 3. Sayısında katkıda bulunan öğretim üyelerine ve araştırma görevlilerine teşekkürlerimi ve saygılarımı sunarım.

Doç. Dr. Ebru Ceylan

Hileli İflas Suçu

*Ali Hakan EVİK**

Özet

Çalışmanın konusunu, Türk Ceza Kanunu'nun 161. maddesinde düzenlenmiş olan "hileli iflas suçu" oluşturmaktadır. Makale, bugüne kadar konuya ilişkin ayrıntılı bir çalışma yapılmamış olması sebebiyle hazırlanmıştır. "Hileli iflas suçu" diğer beyaz yaka suç tipleri arasında, işlenme şekillerinin farklılık gösterebilecek yapıda olmaları sebebiyle özellik arz eden sorunlar içermektedir. Suçun işlenmesi ile ortaya çıkan tüm sorunlar suçun unsurları incelenirken ele alınmıştır. Çalışmada; öncelikle suçun maddi unsuru kapsamında tipik eylem unsuru, suçun faili ve mağduru, suçun maddi konusu incelenmiştir. İkinci bölümde suça etki eden nedenler ve yaptırım konuları irdelenmiştir. Netice kısmında ise, hileli iflas suçuna ilişkin ulaştığımız kanaat ve söz konusu suçun algısı ve önlenmesi konusunda öneriler sunulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Ceza Hukuku, Suç, Malvarlığına Karşı Suçlar, İflas, Hileli İflas, Objektif Cezalandırılabilirlik Koşulu

Crime of Fraudulent Bankruptcy

SUMMARY

This article aims to analyze the crime of fraudulent bankruptcy which is regulated in Article 161 of the Turkish Criminal Code. The starting point of the examination was the lack of research done on the subject. Fraudulent bankruptcy is more problematic compared to the other white collar crimes due to the variety of its deviations. Problems deriving from the structure of this crime are all examined through analysis of the elements of the crime. In the first part, the examination of the legality within the scope of the material element of the crime, the perpetrator and the victim and the subject of the crime are being presented. The second part focuses on the

* (Doç. Dr.), İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı.

causes leading up to the emergence of this crime as well as its sanctions. The paper concludes with our final deductions regarding this crime and presents suggestions as regards to its perception and prevention.

Keywords: *Criminal Law, Crime, Crimes Against Property, Bankrupt, Fraudulent Bankrupt, Condition of Objective Criminality*

Giriş

Hileli iflas suçu¹, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) özel hükümler kitabında, kişilere karşı suçlara ilişkin ikinci kısmın "Malvarlığına Karşı Suçlar" başlıklı onuncu bölümünde 161. maddede düzenlenmiştir. TCK'nun 161. maddesine göre;

"(1) Malvarlığını eksiltmeye yönelik hileli tasarruflarda bulunan kişi, bu hileli tasarruflardan önce veya sonra iflasa karar verilmiş olması halinde, üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Hileli iflasın varlığı için;

a) Alacaklıların alacaklarının teminatı mahiyetinde olan malların kaçırılması, gizlenmesi veya değerinin azalmasına neden olunması,

b) Malvarlığını kaçırmaya yönelik tasarruflarının ortaya çıkmasını önlemek için ticari defter, kayıt veya belgelerin gizlenmesi veya yok edilmesi,

c) Gerçekte bir alacak ve borç ilişkisi olmadığı halde, sanki böyle bir ilişki mevcutmuş gibi, borçların artmasına neden olacak şekilde belge düzenlenmesi,

d) Gerçeğe aykırı muhasebe kayıtlarıyla veya sahte bilanço tanzimiyle aktifin olduğundan az gösterilmesi, gerekir."

TCK madde 167/1'de cezaya etki eden hafifletici nedenlerden "şahsi cezasızlık nedenine", 167/2'de "şahsi indirim nedenine", 168. maddesinde ise "şahsi neden olarak etkin pişmanlığa" yer verilmiştir. Bu maddeler; içerisinde hileli iflas suçunun da yer aldığı malvarlığına karşı suçlardan bazıları açısından ortak hüküm niteliğindedir.

İnceleme konumuzu oluşturan suçun düzenlendiği 5237 sayılı TCK'nun 161, şahsi cezasızlık ve indirim nedenlerinin yer aldığı 167. maddesinde yürürlüğe girdiği tarihten beri herhangi bir değişiklik yapılmamıştır. Buna karşılık etkin pişmanlığın yer aldığı 168. maddenin konumuzla doğrudan

¹ Suç hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: EVİK, Ali Hakan: *Türk Ceza Hukukunda Hileli ve Taksirli İflas Suçları*, 2. Baskı, XII Levha, İstanbul, 2015.

ilgili 1. fıkrası 29.06.2005 tarih ve 5377 sayılı Kanunun 20. maddesi ile değiştirilerek bugünkü halini almıştır.

I- Korunan Hukuki Yarar

Kara Avrupası hukuk sistemini benimsemiş çoğu ülke mevzuatında aynen bizde olduğu şekilde suçlar; “*korunan hukuki yarar (korunan hukuki yarar)*”² ölçütüne göre tasnif edilmektedir. Çünkü bu ölçüt; hem amaca en uygun olan, hem de öze ilişkin, objektif ve genel nitelikteki bir ölçüttür. Korunan hukuki yarar; suçla doğrudan doğruya ihlal edilen hukuki varlık veya çıkar şeklinde tanımlanmakta ve buna göre her suçun mutlaka hukuki bir konusunun, suçla ihlal edilen bir yararın ve yine suça konu eylemin suç olarak kabulü ile korunmak istenen hukuki bir yararın olduğu kabul edilmektedir.³

Ekonomik suçlar kapsamında yer alan malvarlığına karşı suçların genel özelliği; bu suçlar ile korunmak istenen hukuki yararın genelde birden fazla olmasıdır⁴. Hileli iflas suçu da; TCK’nun “*Malvarlığına Karşı Suçlar*” başlıklı 10. bölümünde düzenlenmiştir. Bu düzenlemeden ve suçların tasnifinde kullanılan ölçütten hareketle; bu suçla korunmak istenen hukuki yararın da birden fazla olduğunu ve bunlardan ilk akla gelenin “*kişilerin malvarlığı hakları*” olduğunu söylemek mümkündür.

Buna karşılık bireysel yararlardan ziyade kamusal yararlarını dikkate almak suretiyle, hileli iflasın kamu ekonomisi açısından daha ağır tehlikelere neden olabilecek türden bir suç olduğunu⁵ ve öncelik sırasına göre söz konusu suçla; kamusal ve bireysel nitelikteki⁶ korunan hukuki yararların sırasıyla; **a) Milli Ekonomi, b) Güven İlişkisi ve c)**

² Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bakınız: TOROSLU, Nevzat: *Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu, Sevinç, Ankara, 1970; ÜNVER, Yener: Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Yarar, Ankara, Seçkin, 2003, s. 33 vd.*

³ CENTEL, Nur-ZAFER, Hamide-ÇAKMUT, Özlem: *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, c: I, Beta, İstanbul, 2007: 5; TOROSLU, Nevzat: Ceza Hukuku Özel Kısım, Savaş, Ankara, 2010, s. 13; TOROSLU, Nevzat: Ceza Hukuku Genel Kısım, Savaş, Ankara, 2011, s. 102-103.*

⁴ EREM, Faruk-TOROSLU, Nevzat: *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 5. Baskı, Savaş, Ankara, 1987, s. 583, ERMAN, Sahir: Ticari Ceza Hukuku, Genel Kısım, İstanbul Üniversitesi Basımevi ve Film Merkezi, İstanbul, 1992, s. 57.*

⁵ MAHMUTOĞLU, F. Selami: *Ekonomik Suçlar Bağlamında Kredi Hukukundan Kaynaklanan Suç ve İdari Suçlar, Seçkin, Ankara, 2003, s. 33-34, 38-39.*

⁶ HAFIZOĞULLARI, Zeki-ÖZEN, Muharrem: *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2. Baskı, US-A Yayıncılık, Ankara, 2011/b, s. 401.*

Alacaklıların Malvarlığı Hakları⁷ olduğunu değerlendirmekteyiz⁸. Aşağıda kısaca bunlara değineceğiz:

A) Milli Ekonomi

Hukuki neticeleri bakımından iflas (iflaslar ile meydana gelen ekonomik ve toplumsal zararlar) göz önüne alındığında, bu suçla korunmaya çalışılan ilk hukuki yararın; “*milli ekonomi*”⁹ olduğunu düşünmekteyiz.

Görüşlerine katıldığımız kimi yazarlara göre; ticaret hayatı, milli servetin oluşmasında, el değiştirmesinde, muhafaza edilmesinde çok önemli bir fonksiyon yerine getirmektedir. Bu nedenle de; ticari hayat bünyesinde gerçekleştirilen işlemlerin hukuka aykırı eylemlerden korunması netice itibarıyla “*milli ekonomi*”¹⁰ açısından önem arz etmektedir. Çünkü bu türden eylemleri gerçekleştirenler sadece ticari hayatın belirli bir kısmını, özel bir kişinin ticari veya iktisadi menfaatini değil, milli ekonominin de olumsuz şekilde etkilenmesine yol açmaktadır¹¹.

Mevcut bir ticari işletmeyi işleten tacirin, mevzuattaki düzenlemelere uygun şekilde kurulan bir ticaret şirketinin yöneticilerinin ticari işletme veya şirketin malvarlığını hileli bir takım eylemlerle azaltması, eritmesi, kaçırmayı, gizlemesi veya yok etmesi vs. ticari hayatı olumsuz bir şekilde etkileyecek¹² ve en başta da milli ekonomiye zarar verecektir. Diğer bir deyişle; malvarlığının bu şekilde azaltılması, alacaklıların teminatı mahiyetindeki mallarla olası borçların ödeneceği yönündeki ticari ilişkilerinin ve buna bağlı olarak da milli ekonominin zarar görmesi anlamına gelecektir¹³.

“Devlet, özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlarına uygun yürümesini, güvenlilik ve kararlılık içerisinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır” (Anayasa md 48/2) şeklindeki

⁷ Suçla korunmak istenen hukuki yarar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: Evik, 2015, s. 107-119.

⁸ Amacın sadece ekonomik münasebetleri korumak yönündeki görüş için bkz: Soyaslan, 2010, s. 429. Sadece “ticari hayatta kişilerin birbirlerine duymasında zorunluluk bulunan güven ilişkisinin korunmasını sağlanmaktadır” diyen görüş için bkz: ARTUÇ, Mustafa: Malvarlığına Karşı Suçlar, Kartal, Ankara, 2007, s. 484.

⁹ ERMAN, Sahir: Ticari Ceza Hukuku VII, Şirketler Ceza Hukuku, İstanbul Üniversitesi Basımevi ve Film Merkezi, İstanbul, 1993, s. 183.

¹⁰ EVİK, A. Hakan: Sermaye Piyasası Araçlarının Değerini Etkileyebilecek Aldatıcı Hareketler Yapma (Manipülasyon) Suçları, Seçkin, Ankara, 2004, s. 138 vd.

¹¹ Erman, 1992, s. 57.

¹² ARKAN, Sabih: Ticari İşletme Hukuku, 8. Baskı, BTHAE Yayınları, Ankara, 2005, s. 126.

¹³ Erman, 1993, s. 185.

hükümden hareketle kanun koyucu tarafından bu suçlarla amaçlanan en başta; milli ekonomiye katkıları çok büyük olan tacir, şirket yöneticisi, denetçisi vs. konumundaki faillerin bu nitelikteki hukuka aykırı eylemleri ile milli ekonomiye zarar vermesinin önüne geçilmek istenmesi olduğu söylenebilir¹⁴.

B) Güven İlişkisi

Hileli iflas suçu ile tıpkı güveni kötüye kullanma suçunda olduğu gibi iyi işleyen, her şeyin yolunda gittiği bir ekonomik düzenin en temel gereği olarak kişilerin birbirleriyle olan alışverişlerinde karşılıklı olarak duymaları gereken ve özellikle de korunması şart olan “güven ilişkisi”¹⁵ de korunmak istenen bir diğer yarardır.

Ticari hayatta, borç-alacak ilişkisi ve buna bağlı olarak gerçekleşen kredi müessesesi çok büyük bir öneme sahiptir. Zira geçmişte olduğu gibi bugün de pek çok emtia peşin ödeme yapılarak değil, borçla satın alınmaktadır. Bu düzenin sağlıklı bir biçimde devam ettirilebilmesi, borç alan kişinin borcunu alacaklısına zamanında iade edeceği şeklindeki güven ilişkisinin bozulmamasına bağlıdır.

Özelde hileli iflas suçu açısından da; alacaklının alacağını zamanı geldiğinde alacağı, zamanında ödeme olmaması durumunda alacaklının teminatı mahiyetindeki malların iflas yoluyla satılarak tahsilinin imkân dâhilinde olduğu yönünde bir güven tesis edilmiş olması şarttır. Çünkü borçluya elindeki malı bir anlamda peşin satmak yerine kredi açarak satan alacaklı, alacağının teminatı mahiyetindeki malların borçlu tarafından hukuka aykırı bir takım eylemlerle azaltılmayacağına güven duymalı, azaltılacak olması durumunda da nasıl olsa hukuk düzeninin mevcut normlarla yanında olduğunu, kendisini koruyacağına inanması gerekmektedir. Aksi durumda, hem kredi müessesesi zarar görecektir, hem

¹⁴ Evik, 2004, s. 139.

¹⁵ KAZANCI, E. Behiye: Hileli ve Taksirli İflas Suçları, Hukuku Perspektif Dergisi, sayı: 9, Aralık, 2006, s. 153; KOCA, Mahmut-ÜZÜLMEZ, İlhan: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Adalet, Ankara, 2013, s. 508; ÖZBEK, V. Özer: Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Anlamı, TCK İzmir Şerhi, c: 2, Seçkin, Ankara, 2008, s. 1299; YAŞAR, Osman-GÖKCAN, Tahsin-ARTUÇ, Mustafa: Yorumlu ve Uygulamalı, Türk Ceza Kanunu, c: I, Adalet, Ankara, 2010, s. 4728. Kimi yazarlar buna; “kredi emniyeti” (bkz: EREM, Faruk: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, c: III, 3. Baskı, Seçkin, Ankara, 1985, s. 700; UYAR, Talih: Gerekçeli İçtihatlı İcra İflas Kanunu Şerhi, cilt: 11, 2. Baskı, Turhan, Ankara, 2010/b, s. 20834) veya “kredi güveni” (bkz: EREM, Faruk: Türk Ceza Kanunu Şerhi, c: III, Ankara, 1993, s. 2456) demektedir.

ticari hayat olağan akışına devam edemeyecek, hem de kişilerin güven duygusu zedelenecektir¹⁶.

Bu itibarla kanaatimizce; hileli iflas suçu ile korunmak istenen bir diğer hukuki yarar; milli ekonominin bir parçası olan kredi müessesesi ile hayatta kalan, işlerliğini sürdürebilen ticari hayatın dürüst ve güvenilir bir ortamda işleminin sağlanmak istenmesi, bu etkileşme gereği dolaylı da olsa alacaklı ve borçlu arasındaki güven ilişkisidir.

C) Alacaklıların Malvarlığı Hakları

TCK'nun ikinci kitabının, ikinci kısmının başlığı "*Kişilere Karşı Suçlar*" olup, bu suçlarla korunmak istenen hukuki yarar; kişilerin fiziki, manevi veya malvarlığından oluşan maddi konular üzerindeki haklarıdır. İkinci kısımda kişiler; sahip oldukları malvarlıklarını oluşturan varlıklar da dâhil olmak üzere tüm haklarıyla birlikte çeşitli ihlallere karşı korunmak istenmiştir. Bu itibarla, "*malvarlığına karşı suçlar*" da geniş manada "*kişiye karşı saldırı*" niteliği taşırlar, ancak adam öldürme, yaralama gibi doğrudan kişinin fiziki varlığını değil, malvarlığını korumayı hedeflerler¹⁷.

İşte tam da bu nedenlerden dolayı; hileli iflas suçu ile korunmak istenen hukuki yararların üçüncüsünün; kişilerin malvarlıkları kapsamındaki "*malvarlığı hakları*"¹⁸ olduğunu söylemek mümkündür. Suçların düzenlenme amacı ve iflas yoluyla takibin ne anlama geldiği, iflasın nedenleri ve amaçlanan hukuki neticeleri gibi hususlar dikkate alındığında buradaki malvarlığı haklarının herhangi bir kimsenin değil, "*alacaklıların malvarlığı hakları*" olduğu neticesi ortaya çıkmaktadır.

En temel ve ortak özelliği; işlendikleri zaman başkasının malvarlığına yönelik hakların sağladığı ekonomik ve parasal yararı azaltmaları veya yok etmeleri olmakla birlikte ekonomik suçlarla esasında suçların maddi konusunu oluşturan ekonomik değerler değil, bu değerler üzerindeki haklar korunmak istenmektedir¹⁹.

¹⁶ Erman, 1993, s. 185; ÖNDER, Ayhan: *Şahıslara ve Mallara Karşı Cürümler*, Filiz, İstanbul, 1994, s. 403.

¹⁷ Centel-Zafer-Çakmut, 2007, s. 269; Koca-Üzülmez s. 507; Toroslu, 2010, s. 124.

¹⁸ Parlar-Hatipoğlu, 2010, s. 2660; ÜSTÜNDAĞ, Saim: *İflas hukuku: İflâs, Konkordato, İptal Davaları*, 6. Baskı, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 2002, s. 195.

¹⁹ Centel-Zafer-Çakmut, 2007, s. 270; DÖNMEZER, Sulhi: *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, 16. Baskı, Beta, İstanbul, 2001, s. 338; Hafizoğulları-Özen, 2011/b, s. 291; Koca-Üzülmez, 2013, s. 507.

Ceza kanunumuzda yer alan malvarlığına karşı suçlar ile geçmişten günümüze uluslararası metinlerde olduğu gibi, Anayasamızın 35. maddesinde de tanınmış bir hak olan “*mülkiyet hakkının*” değil, geniş anlamda mülkiyet hakkı dışında zilyetliğin kullanılmasına olanak sağlayan hakların korunması amaçlanmaktadır. Bu nedenle; bu başlık altında sadece hırsızlık değil, güveni kötüye kullanma, dolandırıcılık, hileli iflas gibi diğer fiiller de suç olarak kabul edilerek cezai yaptırıma bağlanmıştır²⁰.

Kişilerin parayla ölçülebilen maddi veya sahibi açısından manevi değeri olan eşyaları, malvarlığı kapsamında olup, malvarlığına karşı suçlarla korunmak istenen yarar; kişilerin parayla ölçülebilen hak ve borçlarının bütünüdür. Ceza hukuku ile korunması amaçlanan malvarlığı hakları da; aynı haklar ve kişisel haklar olarak “*alacak ve borçlardır*”²¹.

Gerçekten de; hileli iflas suçu ile iflasa tabi bir gerçek veya tüzel kişinin (ortaklığın) mallarının, iflastan önce veya sonrasında borçlunun kusurlu davranışları ile azaltılması, eritilmesi, yok edilmesi, gizlenmesi, başkalarına aktarılması önlenmek istenmektedir. Bunun önlenmesi ile de malvarlığı kapsamındaki aynı ve kişisel hakları, somutta alacaklıların alacakları²² koruma altına alınmaya çalışılmaktadır.

II- Suçun Unsurları

A) Maddi Unsur Fail

Hileli iflas suçundan dolayı cezalandırmanın söz konusu olabilmesi için öncelikle yetkili Ticaret Mahkemesince verilmiş bir iflas kararının bulunması yani iflas etme şeklindeki hukuki neticenin var olması gerekmektedir²³. Zira bu hukuki netice Kanun koyucu tarafından 5237 sayılı TCK’da bir “*cezalandırılabilirlik şartı olarak*” düzenlenmiştir. Bu nedenle suçun olası failleri; Yargıtay’ın da içtihatlarında²⁴ vurguladığı

²⁰ Erem-Toroslu, 1987, s. 578-579.

²¹ Centel-Zafer-Çakmut, 2007, s. 270-271; Erem-Toroslu, 1987, s. 579.

²² Hafizoğulları-Özen, 2011/b, s. 292.

²³ Bu hukuki netice Kanun koyucu tarafından 5237 sayılı TCK’da bir “*cezalandırılabilirlik şartı olarak*” düzenlenmiş olup, konu hakkında ayrıntılı açıklama ve değerlendirmeler aşağıda “*İflas Etmiş Olma Şartı*” başlıklı ilgili kısımda yapılacaktır.

²⁴ Yargıtay HGK’nun 05.05.1981 tarih ve 1981/3278 Esas, 1981/4579 Karar sayılı kararı için bkz: (Çevrimiçi), <http://www.kazanci.com>, 2003. Yargıtay 19. HD’nin 15.09.1992 tarih ve 1992/7082 Esas, 1992/3910 Kararı için bkz: GÜNEL, Y. Mete: *İflas Davaları ve İflasın Erteleme, Yetkin*, Ankara, 2006, s. 42 vd; 19. HD’nin 03.02.2000 tarih ve 1999/8151 Esas, 2000/622 Karar sayılı kararı için bkz: Günel, 2006, s. 30.

gibi, ancak iflasa tabi olan ve somut olayda hakkında iflas kararı verilmiş kişiler/borçlular olabilir²⁵.

Mevzuatımızda kimlerin iflasa tabi olduğu konusunda hem Türk Ticaret Kanunu (TTK), hem de İcra ve İflas Kanunu'nda (İİK) hükümler bulunmaktadır. Bu bağlamda; **“a) TTK'nun ilgili maddeleri gereği tacir olan ve tacir sayılan gerçek ve tüzel kişiler, b) Tacir olmadıkları halde TTK kanunu gereğince tacirler hakkındaki hükümlere tabi kişiler, c) Son olarak da TTK, İİK ve Bankacılık Kanunu (BanK) kapsamında tacir olmadıkları halde bu kanunların özel hükümlerinde iflasa tabi oldukları belirtilen kişiler”**²⁶ iflasa tabidir.

Bu suç, ancak *“iflasa tabi borçlular”* yani *“tacirler”* (TTK hükümleri gereği tacirler, tacir sayılanlar, tacir olmadıkları ve sayılmadıkları halde tacir gibi sorumlu olanlar, yine tacir olmadıkları ve sayılmadıkları halde özel kanunlardaki hükümler nedeniyle iflasa tabi olanlar) tarafından işlenebileceğinden²⁷, *“özü (mahsus) suç”* niteliğindedir²⁸. İflas tabi olmadığı için özel faillik niteliği taşımaksızın bu suçun işlenişine iştirak eden diğer kişiler ise TCK'nun 40/2 maddesi gereği, ancak azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulabilirler.

Suçun faili olabilecek kişileri kısaca aşağıdaki şekilde belirlemek ve değerlendirmek mümkündür:

a) Türk Ticaret Kanunu Hükümlerince Tacir Olan ve Tacir Sayılan Gerçek Kişiler

aa) Tacirler

TTK'nun 11/1. maddesine göre; *“ticari işletme, esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan faaliyetlerin devamlı ve bağımsız şekilde yürütüldüğü işletme”* olup, *“bir ticari işletmeyi, kısmen de olsa, kendi adına işleten kişiye”* (TTK madde 12/1) *“tacir”* denilmektedir.

²⁵ MUŞUL, Timuçin: *İflas Suçları, Filiz, İstanbul, 1998, s. 34; Özbek, 2008, s. 1300.*

²⁶ KURU, Baki-ARSLAN, Ramazan-YILMAZ, Ejder: *Medeni Usul Hukuku, 22. Baskı, Yetkin, Ankara, 2011: 455-459; Muşul, 1998, s. 35; PEKCANİTEZ, Hakan-ATALAY, Oğuz-SUNGURTEKİN ÖZKAN Meral-ÖZEKES, Muhammet: İcra ve İflas Hukuku, 11. Baskı, Yetkin, Ankara, 2013, s. 615 vd.*

²⁷ Erman, 1993: 191; Muşul, 1998: 34; ÖZGENÇ, İzzet: *Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, Seçkin, Ankara, 2002, s. 122.*

²⁸ Hafizoğulları-Özen, 2011/b: 400.

TTK'nun 18. maddesinin 1 ve 2. fıkraları gereği; “tacir, her türlü borcundan dolayı iflasa tabidir. Ayrıca kanuna uygun bir ticaret unvanı seçmek, ticari işletmesini ticaret siciline tescil ettirmek ve bu Kanun hükümleri uyarınca gerekli ticari defterleri tutmakla yükümlüdür. Her tacirin, ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi gerekir”.

Kanun koyucu, tacir olmak açısından herhangi bir şekli şart (örneğin; ticaret siciline kayıt olmak gibi) öngörmemiştir. “Mevcut bir ticari işletmeyi kişinin kısmen veya tamamen kendi adına işletmesi” şeklindeki maddi şartları haiz olmak yeterlidir²⁹.

bb) Tacir Sayılanlar

TTK'nun 12/2. maddesi uyarınca; “fiilen işletmeye başlamamış olsa bile bir ticari işletmeyi kurup açtığını, sirküler, gazete, radyo, televizyon ve diğer ilan araçlarıyla halka bildirmiş veya işletmesini ticaret siciline tescil ettirerek durumu ilan etmiş olan kişi” tacir sayılmaktadır.

Yine TTK madde 14/1 gereği; “kişisel durumları ya da yaptığı işlerin niteliği nedeniyle yahut meslek ve görevleri dolayısıyla, kanundan veya bir yargı kararından doğan bir yasağa aykırı bir şekilde ya da başka bir kişinin veya resmî bir makamın iznine gerek olmasına rağmen izin veya onay almadan bir ticari işletmeyi işleten kişiler” de tacir sayılmaktadır. Yasak olmasına karşın ticari işletme işleten noter, avukat vs. ya da mevzuat gereği alınması icap eden ruhsatnameyi almaksızın eczane açan eczacılar, tekel kapsamındaki bir işle uğraşabilmek (örneğin; rakı üretmek gibi) için alınması gereken izni almaksızın bu işi yapan kişiler bu duruma örnektir³⁰.

TTK'nun 18/1. maddesi uyarınca tacirlerin ve elbette tacir sayılanların; hem ticari işletmesiyle ilgili olan “*ticari*”, hem de ticari işletmesiyle bir ilgi ve alakası bulunmayan “*adi*” her türlü muaccel para veya teminat borcunun ödenmemiş olmasından dolayı iflas yoluyla takibi istenebilir³¹.

²⁹ Arkan, 2005:109.

³⁰ Arkan, 2005:115.

³¹ Kuru-Arslan-Yılmaz, 2011, s. 461; Pekcanutez-Atalay-Sungurtekin Özkan-Özkes, 2013, s. 626.

b) Türk Ticaret Kanunu Hükümlerince Tacir Sayılan Tüzel Kişiler

TTK madde 16/1 uyarınca tüzel kişiliğe sahip; “a) İster şahıs, ister sermaye şirketleri olarak kurulan “ticaret şirketleri” yani “kollektif, komandit, anonim, limited ve kooperatif şirketleri”, b) Amacına ulaşmak için bir ticari işletme işleten “dernekler”, c) Kendi kuruluş kanunları gereğince özel hukuk hükümleri çerçevesinde idare edilmek veya ticari şekilde işletilmek üzere, Devlet, il özel idaresi, belediye, gibi kamu tüzel kişileri tarafından kurulmuş olan “teşekkül ve müesseseler³²” tacir sayıldıklarından iflasa tabidirler.

aa) Ticaret Şirketleri

Suçun faili; “yaşayan” herhangi bir “insan” olabilir. Bu şartlar da, ancak “gerçek kişiler”³³ veya “tüzel kişisi”³⁴ açısından söz konusudur. TTK’nun 125/1. madde hükmü gereği “ticaret şirketleri” tüzel kişiliği haiz olup, sahip oldukları malvarlıkları tüzel kişiliğe aittir, aktif ve pasif dava ehliyetine de yine tüzel kişi sahiptir³⁵. Tüzel kişi olmanın neticesi olarak, tüzel kişi bünyesinde özellikle hürriyeti bağlayıcı bir cezayı gerektiren suçun işlenmesi durumunda tüzel kişilerin de suç faili olup, olamayacakları eskiden bu yana pek çok ülke öğretilerinde tartışma konusu olmuş, bu tartışmaların neticesi olarak da ülkeler mevzuatlarında farklı düzenlemeler yapılmıştır³⁶.

Bu konu aynen bizde de pek çok hukukçu tarafından tartışılmış ve kimilerince tüzel kişilerin bizatihi suç faili olabilecekleri, kimileri tarafından ise olamayacağı şeklinde farklı neticelere ulaşılmıştır. Konuyla ilgili özel bir düzenlemenin bulunmadığı mülga TCK’dan sonra yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK’nun; “Tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımını uygulanamaz” şeklindeki 20. madde hükmü bu sorunu çözüme

³² 15.05.2006 tarih ve 5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu’nun; “Kurum hakkında İİK’nun haciz ve iflas hükümleri uygulanamaz” şeklindeki 35/3. maddesi gereği iflasa tabi değildir.

³³ ARTUK, M. Emin-GÖKÇEN, Ahmet-YENİDÜNYA, Caner: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, Ankara, Adalet, 2014, s. 267; DEMİRBAŞ, Timur: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, Ankara, Seçkin, 2012, s. 458; DÖNMEZER, Sulhi-ERMAN, Sahir: Nazari Ve Tatbiki Ceza Hukuku, c: II, 12. Baskı, Beta, İstanbul, 1999, s. 401; TOROSLU, Nevzat-FEYZİOĞLU, Metin: Ceza Muhakemesi Hukuku, 8. Baskı, Savaş, Ankara, 2011, s. 125.

³⁴ Ünver, 2003, s. 254.

³⁵ KANGAL, Z. Temel: Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu, Seçkin, Ankara, 2003: 37; Muşul, 1998: 35; POROY, Reha-TEKİNALP, Ünal-ÇAMOĞLU, Ersin: Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 9. Baskı, Beta, İstanbul, 2003, s. 97-98.

³⁶ Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bakınız: Kangal, 2003; Mahmutoğlu, 2003, s. 43-44; ÖZBEK, V. Özer: Yeni Türk Ceza Kanunu’nun Anlamı (TCK İzmir Şerhi), c: 1, 3. Baskı, Seçkin, Ankara, 2006, s. 268-270.

kavuşturmuştur³⁷. Bu yeni³⁸ anlayışa göre; tüzel kişilerin suç faili olmaları mümkün değildir³⁹. Tüzel kişilerin, ancak temsilcisi/yöneticisi konumundaki gerçek kişiler ile bunların dışında kalan kişiler suç faili olabilecektir. Bu bağlamda, madde kapsamındaki ticaret şirketleri/dernek veya teşekkül/müesseselerin iflasına karar verilmesi ve bu iflasın hileli olması durumunda suçun faili de, o tüzel kişiliğin kanuni temsilcisi/tüzel kişisi olabilecektir⁴⁰.

Ticari şirketlerden “*Anonim Şirketlerin*” (AŞ) hukuki sorumluluğu hakkında TTK’nun 549, 550, 551 ve 552. maddelerindeki özel düzenlemelerin yanı sıra “*Kurucuların, yönetim kurulu üyelerinin, yöneticilerin ve tasfiye memurlarının sorumluluğu*” başlıklı 553. maddesinde genel bir düzenlemeye yer verildiği görülmektedir. Madde; “*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*” şeklindedir. TTK’nun 11. bölümünde yer alan hukuki sorumluluk hallerinin bazılarının TTK’nun 562. maddesinde adli veya idari suç olarak kabul edilerek, cezai yaptırıma bağlandığı görülmektedir⁴¹. Kanunda açık bir düzenleme bulunmamakla birlikte hukuki sorumluluklarının bulunduğu kabul edilen “*kurucular, yönetim kurulu üyeleri, yöneticiler ve tasfiye memurları*” ile “*diğer şirket personelinin*” inceleme konumuzu oluşturan suçların tipe uygun eylem unsurunu oluşturacak eylemlerde bulunmaları durumunda anılan suçların faili veya failin eylemlerine yardım eden veya azmettiren sıfatıyla katılan kişiler olabilecekleri düşünülmektedir.

TTK hükümleri kapsamında bir şahıs şirketi olan “*Kollektif Şirketler*”de (KŞ); yönetim yetkisi sözleşme serbestisi kapsamında şirket sözleşmesi veya ortaklar kararı ile ortaklardan birine, birkaçına veya tümüne verilebilir. Bu şekilde bir belirleme söz konusu değilse, yönetici ortaklardan her biri, ayrı ayrı şirketi yönetme hak ve görevine sahiptir⁴².

³⁷ Ancak bu çözüm şekli çok da başarılı olamamıştır. Bkz: Özbek, 2006, s. 271.

³⁸ TCK’daki düzenleme yeni olmakla birlikte 1956 yılında değiştirilen İİK’nun 345. maddesinin açık bir şekilde bu maddede düzenlenen suçtan dolayı cezai sorumluluğun tüzel değil, gerçek kişilere ait olduğunu ifade etmiştir. Bkz: KIZILARSLAN, Hakan: *Hileli ve Taksiratlı İflas Suçları, Seçkin, Ankara, 2006, s. 68.*

³⁹ Hafizoğulları-Özen, 2011/b, s. 400; Özbek, 2008, s. 1301; Parlar-Hatipoğlu, 2010, s. 2660; Soyaslan, 2010, s. 429.

⁴⁰ Gündüz, 2012, s. 722; Koca, 2005, s. 89; Muşul, 1998: 35; Aksi görüş için bakınız: Soyaslan, 2005, s. 223.

⁴¹ KARAHAN, Sami (Edit): *Şirketler Hukuku, 2. Baskı, Mimosza, Konya, 2013, Karahan/Koşut, s. 815 vd.*

⁴² Karahan/Çelikaş, 2013, s. 257, 266.

Yönetim yetkisinin aksine dış ilişkiyi ifade ettiğinden, uygulamada aynı kişide olmakla birlikte, şirketi temsil yetkisi yönetici ortaklardan farklı birine bırakılabilir. Yine aynı yöntemle temsil yetkisi ortaklardan birine, birkaçına veya tümüne verilebilir. Hatta dışarıdan üçüncü bir kişinin müdür olarak atanması da mümkündür⁴³. AŞ'ler hakkındaki açıklamalarımızı da dikkate almak suretiyle kanaatimizce; kollektif şirketler bünyesinde işlenen bir hileli iflas suçunun failinin suça konu eylemleri temsil ve yönetim yetkisi kapsamında gerçekleştiren “yönetici ve/veya temsilci ortak” ya da “şirket müdürü” olacağı söylenebilir.

TTK hükümleri uyarınca yine bir şahıs şirketi olan “*Adi Komandit Şirketler*” (AKmŞ); prensip itibariyle “*komandite ortaklar*” tarafından hep birlikte yönetilir. Ancak, şirket sözleşmesi hükümleri uyarınca ya da ortaklar kararıyla yönetim bir veya birkaç komandite ortağa bırakılabilir. “*Komanditer ortaklar*” ise şirket işlerini görmeye yetkili ve görevli değillerdir. Hatta yönetime ilişkin işlemlere itiraz hakları dahi bulunmamaktadır. Sadece olağanüstü iş ve işlemler ile temel işlemlerde oy hakları bulunmaktadır. Temsil konusunda da aynı düzenlemeler geçerlidir. Yani şirketi temsil yetkisi de sadece “*komandite ortağa*” aittir. Şirket sözleşmesinde aksine hüküm bulunmamak şartıyla, “*komanditer ortak*”, “*ticari mümessil, ticari vekil veya seyyar tacir memuru*” olarak atanabilir ve böylelikle temsil hakkı doğabilir⁴⁴.

AKmŞ'de iki tip ortak şekli bulunmaktadır: “**a**) Komandite Ortak: Komandit şirkette sınırsız sorumlu olan ortak, **b**) Komanditer Ortak: Komandit şirkette, ancak kendi koyduğu para kadar sorumlu olan ortak. AKmŞ'lere yönelik bu düzenlemelerden hareketle; şirket bünyesinde gerçekleştirilen hileli iflas suçuna neden olabilecek eylemlerden dolayı prensip itibariyle temsil ve yönetim hakkına sahip “*Komandite Ortak*” sorumlu olacaktır. “*Komanditer Ortak*” ise, ancak istisnai hüküm doğrultusunda temsil yetkilisi olarak atandığı takdirde bu suçun faili olabilecektir. “*Sermayesi Paylara Bölünmüş Komandit Şirketinin*” (PKmŞ), AKmŞ'den farkı; sermayenin AŞ'lerde olduğu gibi, paylara bölünmüş olması ve bu paylar karşılığında kıymetli evrak niteliğinde pay senetleri çıkarılması ve diğer ortakların rızasına ihtiyaç olmaksızın bu payların devredilebilmesidir. Yine “*komandite ve komanditer*” şeklinde iki

⁴³ Karahan/Çeliktas, 2013, s. 277.

⁴⁴ Karahan/Çeliktas, 2013, s. 322, 325; KENDİGELEN, Abuzer: Yeni Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, XII Levha, İstanbul, 2011, s. 178-179.

ortağı bulunmaktadır ve yönetim ile temsil yetkisi sadece “komandite ortağa” aittir⁴⁵. Bu nedenle, şirket bünyesinde işlenen bir hileli iflas suçunun faili de, sadece “komandite ortak” olabilir.

Ortaklarının sınırlı sorumlu olduğu diğer bir sermaye şirketi de TTK'nun 573-644. maddeleri arasında düzenlenmiş olan “*Limited Şirketi*” (LŞ)'dir. Sınırlı sorumluluk esasından dolayı AŞ'lere, yönetim ve işleyiş bakımından ise KŞ'e benzer yanları bulunmaktadır. “Müdürler” ve “Genel Kurul”dan ibaret iki zorunlu organı bulunmaktadır. Şirketi temsil ve yönetme yetkisi, müdür sıfatını taşıyan bir veya birkaç ortağa bırakılabilir veya üçüncü kişilere verilebilir. Müdürler yönetime ilişkin tüm konularda karar almak ve bunları uygulamakla yetkilidirler⁴⁶.

Müdürün birden fazla olması durumunda, bunlar arasından bir “Müdürler Kurulu Başkanı” seçilir. Şirket kapsamında işlenen bir hileli iflas suçunun faili; sadece “Müdürler” olabilir.

bb) Dernekler

22.11.2001 tarih ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun⁴⁷ (TMK) 56. maddesine göre Dernekler; “kazanç paylaşma dışında hukuka ve ahlaka aykırı olmamak kaydıyla belirli ve ortak bir amacı gerçekleştirmek üzere en az yedi kişinin bilgi ve çalışmalarını sürekli olarak birleştirmeleri ile kurulan tüzel kişiliği haiz kişi topluluklarıdır.”⁴⁸ Prensip itibariyle dernekler kazanç elde etmek şeklindeki maddi amaçlarla değil, manevi bir takım amaçları gerçekleştirmek üzere kurulurlar. Ancak, manevi nitelikteki bu amacın (örneğin; yoksul öğrencileri okutmak, fakirlere yardım etmek vs.) gerçekleştirilebilmesi için dernekler ticari işletme işletmek durumunda kalabilirler. TTK'nun 16/1. maddesine göre; ticari işletme işleten dernekler tacir sayılırlar⁴⁹.

Tacir sayılan bir derneğin iflas yoluyla takibi hukuken mümkün olup, yürütme ve temsil yetkisi Yönetim Kurulu'nun (YK) elinde olduğundan, iflasın hileli olması durumunda bu nitelikteki eylemleri gerçekleştiren YK üye veya üyelerinin hileli iflas suçunun faili olmaları mümkündür.

⁴⁵ Karahan/Çeliktas, 2013, s. 332.

⁴⁶ Karahan/Çeker, 2013, s 841; Kendigelen, 2011, s. 472-475.

⁴⁷ 08.12.2001 tarih ve 24607 sayılı RG.

⁴⁸ YILMAZ, Ejder: Hukuk Sözlüğü, Genişletilmiş 5. Baskı, Yetkin, Ankara, 1996, s. 195.

⁴⁹ Arkan, 2005, s. 118.

cc) Teşekkül ve Müesseseler

TTK'nun 16/1. maddesine göre; kendi kuruluş kanunları gereğince özel hukuk hükümleri çerçevesinde idare edilmek veya ticari şekilde işletilmek üzere, Devlet, il özel idaresi, belediye gibi kamu tüzel kişileri tarafından kurulmuş “teşekkül ve müesseseler” de tacir sayılmaktadır.

Kamu tüzel kişileri tarafından kurulan ve tacir sayılan bu teşekkül ve müesseseleri iki ana gruba ayırmak mümkündür: **a)** Kamu İktisadi Teşebbüsleri (KİT) ve Bunlara Ait Müesseseler: Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkındaki 223 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname (KHK)⁵⁰ hükümlerine göre; “Kamu İktisadi Teşebbüsü” terimi, “İktisadi Devlet Teşekkülü” ile “Kamu İktisadi Kuruluşları”nı (KHK md 2/1) ifade etmektedir.

KHK md 2/2'e göre; “iktisadi devlet teşekkülü; sermayesinin tamamı devlete ait, iktisadi alanda ticari esaslara göre faaliyet göstermek üzere kurulan, kamu iktisadi teşebbüsüdür.” Kamu İktisadî Kuruluşu ise; sermayesinin tamamı Devlete ait olup, tekel niteliğindeki mal ve hizmetleri kamu yararı gözeterek üretmek ve pazarlamak üzere kurulan ve gördüğü bu kamu hizmeti dolayısıyla ürettiği mal ve hizmetler imtiyaz sayılan kamu iktisadî teşebbüsüdür (KHK md 2/3).

KHK md 2/4'e göre “Müessese” de; “sermayesinin tamamı bir iktisadi devlet teşekkülüne veya kamu iktisadi kuruluşuna ait olup, ona bağlı işletme veya işletmeler topluluğudur.” KİT'ler, ancak Bakanlar Kurulu kararı ile kurulabilirler. KİT Genel Müdürünün teklifi ve YK'nun kararı ile kurulabilen müesseseler de aynen KİT'ler gibi tüzel kişiliğe sahiptir ve KHK md 4/1, 2 gereği istisnalar hariç özel hukuk hükümlerine tabidirler. Bu itibarla TTK md 16/1 gereği KİT'ler ve Müesseseler tacir olup, iflasa tabidirler⁵¹. “Teşekkül ve Müesseseler” de tacir olduklarından, yönetim ve işletmede yönetici ve personelinin basiretli iş adamı gibi hareket etmesi gerekir. İflasa tabi olan bu kurum yönetici veya ilgili personelinin iflastan önce veya sonrasında hileli bir takım kasıtlı eylemlerde bulunmaları durumunda hileli iflas suçunun faili olmaları mümkündür. Yukarıda ticaret şirketlerinin failliği bahsinde yöneticiler, temsilciler, müdürler vs. açısından anlatılanlar burada da geçerlidir.

⁵⁰ 18.06.1984 tarih ve 18435 sayılı 1. Mükerrer RG.

⁵¹ Arkan, 2005, s. 121.

c) Türk Ticaret Kanunu Uyarınca Tacir Olmadıkları Halde Tacirlere İlişkin Hükümlere Tabi Kişiler

Bazı kişiler gerçekte tacir olmadıkları halde TTK hükümleri uyarınca haklarında tacirlere ilişkin hükümler uygulanmak durumundadır. Örneğin; TTK'nun 12/3. maddesi kapsamında; “bir ticari işletme açmış gibi, ister kendi adına, ister adi bir şirket veya her ne suretle olursa olsun hukuken var sayılmayan diğer bir şirket adına ortak sıfatıyla işlemlerde bulunan kişi, iyiniyetli üçüncü kişiler açısından” tacir olarak kabul edilmektedirler. Düzenleme gereği “*Tacir Gibi Sorumlu Olan*” bu kişiler hakkında tacirlere ilişkin hükümler uygulanacak, iyiniyetli üçüncü kişiler tarafından iflasları istenebilecek⁵² ve bu kişiler de hileli iflas suçunun faili olabilecektir.

TTK'nun 13/1. maddesi hükmü uyarınca; “küçük ve kısıtlılara ait ticari işletmeyi bunların adına işleten yasal temsilci, tacir sayılmamakla birlikte ceza hükümlerinin uygulanması yönünden tacir gibi sorumlu olacaktır.” Temsil edilen küçük veya kısıtlı tacir olmakla birlikte, tacir olmanın neticeleri temsil edene aittir⁵³. Bu itibarla, cezai yaptırım da temsil edene yani “*Ticari İşletme İşleten Yasal Temsilcilere*” uygulanabilecektir. Bu nedenle; temsilcinin, hileli iflas suçunun faili olması hukuken mümkündür.

TTK'nun “Donatma İştiraki” başlıklı 1064 maddesinin 1. fıkrası; “*birden çok kişinin paylı mülkiyet şeklinde malik oldukları bir gemiyi, menfaat sağlamak amacıyla aralarında yapmış oldukları sözleşme gereğince, hepsi adına ve hesabına suda kullanmaları hâlinde donatma iştiraki vardır*” şeklindedir. TTK madde 17'ye göre; iflasa tabi olmak da dâhil olmak üzere “tacire ilişkin hükümler donatma iştirakine de aynen uygulanacaktır”.

Bu düzenlemeler de göstermektedir ki; tüzel kişiliğe haiz olmayan “*donatma iştiraki*” de iflasa tabidir. Bu itibarla, “*Donatma İştiraki Paylı Malikleri*” iflastan evvel veya sonra gerçekleştirdikleri hileli eylemleri nedeniyle hileli iflas suçunun faili olabileceklerdir. Burada dikkat edilmesi gereken husus “*cezaların şahsiliği*” ilkesi gereği cezai sorumluluğun; sadece paylı maliklerden iflasa neden olan kararları alanlar ve bunları fiilen uygulayanlar, eylemleri ile suçun işlenişine katılanlar açısından söz konusu olacağıdır⁵⁴.

⁵² Arkan, 2005, s. 128.

⁵³ Arkan, 2005, s. 112.

⁵⁴ Muşul, 1998, s. 42.

d) Türk Ticaret Kanunu Uyarınca Tacir Olmadıkları Halde Özel Kanun Hükümleri Uyarınca İflasa Tabi Olan Kişiler

TTK uyarınca tacir olmayan, tacir sayılmayan veya hakkında tacirlere yönelik hükümlerin uygulanacağı belirtilmeyen kimi kimseler özel kanunlarda yer alan hükümler uyarınca iflasa tabi kişiler olarak kabul edilmektedirler. Bunlar⁵⁵:

İİK'nun 44. maddesinin 2. fıkrası gereği "Ticareti Terk Eden Gerçek Kişi Tacirler", ticareti terk ettiklerinin ilanından itibaren bir yıl içerisinde iflasa tabi olmaya devam etmektedirler. Buna karşılık ticaret şirketlerinin tacirlik sıfatı, ancak tüzel kişiliğin son bulmasıyla yani tasfiye sonrasında sicilden terkin ve bunun ilanı ile nihayete erer. Tasfiye sürecinde sınırlı da olsa tacirlik sıfatı devam eder. Özellikle hileli iflasa neden olabilecek eylemler iflastan sonra tasfiye aşamasında da gerçekleştirilebilmektedir⁵⁶. Bu nedenle, tasfiye sırasında da ticari şirket temsilcisi/yöneticisi/müdürü konumundaki bir gerçek kişi hileli iflas suçunun faili olabilir.

Tüzel kişilik tamamen ortadan kalktıktan sonra ise artık ortada hukuki bir varlık kalmamış olduğundan iflas yoluyla takipte, İİK'nun 44/2. maddesinin uygulanması mümkün değildir. Amacına ulaşmak için ticari işletme işleten dernekler de bu faaliyetlerinden vazgeçebilirler. Böyle bir durumda, bir yıl süreyle iflasa tabi olurlar ve bu süre içerisinde hileli iflas suçuna sebebiyet verecek nitelikte eylemleri gerçekleştiren yönetici/temsilcileri de suç faili olabilirler. Bir yıllık süreye ilişkin bu hüküm donatma iştiraki için de geçerlidir⁵⁷.

İflasa tabi borçlulardan birinin, hakkında iflas yoluyla takip başladıktan sonra, ancak henüz takip sonuçlanmadan vefat etmesi durumunda, terekenin henüz taksim edilmemiş veya resmi tasfiyeye tabi tutulmamış ya da mirasçılar arasında aile şirketinin kurulmamış olması şartıyla alacaklılar iflas takibini terekeye karşı da sürdürebilirler. Böyle bir durumda iflasa bakmakla yetkili Ticaret Mahkemesinin murisin borçlu olduğuna ve borcun deposuna ilişkin kararına rağmen ödenmemesi halinde Mahkeme, terekenin iflasına karar verebilmektedir⁵⁸.

⁵⁵ Pekcanitez-Atalay-Sungurtekin Özkan-Özeker, 2013, s. 617 vd.

⁵⁶ Arkan, 2005, s.125; Kuru-Arslan-Yılmaz, 2011, s. 457.

⁵⁷ Arkan, 2005, s.126.

⁵⁸ Kuru-Arslan-Yılmaz, 2011, s. 458.

Burada önem arz eden husus: Borçlunun sağlığında başlayan iflas takibine mirasçılarının mirası reddetmesi durumunda devam edilebilmesidir. Aksi durum iflas takibine engeldir. İflas takibi borçlunun sağlığında sona ermiş yani borçlu iflas ettikten sonra ölmüş ise, “*Murisler (mirasçılar)*” mirası kabul etseler bile iflas tasfiyesi devam eder⁵⁹. İşte böyle bir durumda, iflas sonrasında tasfiye aşamasında terekedeki mallar üzerinde hileli bir takım eylemlerde bulunan muris veya murisler hileli iflas suçunun faili olabilirler.

Bir tacirin işlerinin çeşitli nedenlerden dolayı bozulması, aldığı yanlış kararlar nedeniyle işlerini iyi gitmemesi ve işletmesinin mali durumunun kötüye gitmesi her zaman imkân dâhilindedir. Böyle bir durumdaki bir borçlunun elindeki malvarlığının tüm borçlarını karşılayamaması da mümkündür. Bu aşamadaki iflasa tabi bir borçlunun deyim yerindeyse adeta iflasın eşiğine, arifesine gelmiş olduğu söylenebilir⁶⁰. “*Konkordato*” iflasın eşiğine gelmiş bir borçlunun, yetkili Mahkeme nezdinde alacaklıları ile anlaşarak borçlarının belirli bir kısmını ödemesi anlamına denk gelen bir icra-iflas hukuku müessesesidir.

İnceleme konumuz kapsamında bizi; konkordato çeşitlerinden “*Adi Konkordato*” ilgilendirmektedir. Şöyle ki: İflasla tabi olmayan bir borçlunun konkordato talebinde bulunması nedeniyle konkordato mühleti verilmesine rağmen konkordatonun onaylanmaması ya da verilen mühletin kaldırılması durumunda İİK’nun 301/1. maddesi gereğince kanunda belirtilen iflas süresi içerisinde olmak kaydıyla “*iflasa tabi olmayan borçlunun*”, alacaklılarından birinin talebi üzerine doğrudan iflası istenebilmektedir⁶¹. Mevzuatımız gereği iflasla tabi olan gerçek kişiler veya tüzel kişilerin temsilcileri/tüzel kişileri iflastan evvel veya sonra gerçekleştirdikleri hileli eylemleri nedeniyle hileli iflas suçunun faili olabileceken, adi konkordatoya başvuru durumunda iflasla tabi olmayıp da, “*Konkordato Talebinde Bulunan Borçlu*”, bu talebi kabul edilen ama verilen mühleti kaldırılan, konkordatosu tasdik edilmeyen ya da konkordatosu tamamen feshedilen borçlu hakkında iflas talebinde bulunulursa Mahkemece bu yönde karar verilir. Esasında iflasla tabi olmayan ama bu nedenlerden dolayı hakkında iflasına hükmedilen borçlu hileli eylemleri gerçekleştirmek suretiyle bu suçun faili olabilir.

⁵⁹ Kuru-Arslan-Yılmaz, 2011, s. 459.

⁶⁰ Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: Kuru-Arslan-Yılmaz, 2011, s. 623 vd; Üstündağ, 2002, s. 197 vd.

⁶¹ Kuru-Arslan-Yılmaz, 2011, s. 458.

Kollektif şirket ortakları, şirket ortağı olmalarından dolayı tacir olmadıkları halde sadece şirket borçlarından dolayı TTK'nun 238/2 ve 240. maddeleri gereği iflasa tabidirler. Böyle bir durumda alacaklıların talebi doğrultusunda ortakların tamamının ya da kimisinin şirketle birlikte iflasına da karar verilebilmektedir⁶². Dolayısıyla, "Kollektif Şirket Ortakları"nın da hileli iflas suçunun faili olmaları hukuken mümkündür.

Sermaye borcu olan komandit şirket ortaklarından "*komanditer ortak*" hakkında da aynen, TTK'nun 256. maddesinin yaptığı atıf nedeniyle "kollektif şirket ortakları" gibi ortaklıkları nedeniyle tacir olmadıkları halde iflas hükümleri uygulanabilir⁶³. Bu bağlamda; sermaye borcu olan "Komanditer Şirket Ortakları"nın da hileli iflas suçunun faili olmaları imkân dâhilindedir. Mevzuatımız kapsamında bankacılık faaliyetleri, ancak yetkili mercilerden alınacak izinle gerçekleştirilebilir. Gerekli tüm yasal prosedürleri tamamladıktan sonra bu türden faaliyetlerde bulunan bir bankanın, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun (BankK) 71. maddesinde sayılan gerekçeler nedeniyle bankacılık faaliyet izni kaldırılarak, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'na (TMSF) devredilerek tasfiye edilmesi hukuken mümkündür⁶⁴.

Söz konusu maddenin, iznin kaldırılarak fona devri nedenleri arasında sayılan; "Hâkim ortaklarının veya yöneticilerinin, banka kaynaklarını, bankanın emin bir şekilde çalışmasını tehlikeye düşürecek biçimde doğrudan veya dolaylı veya dolanlı olarak kendi lehlerine kullanması veya dolanlı olarak kaynak kullandırması ve bankayı bu suretle zarara uğratması" şeklindeki 1. fıkrasının (e) bendi, kanaatimizce inceleme konumuzu oluşturan "hileli iflas suçu" ile yakından ilgilidir. Çünkü burada yer alan dolanlı eylemler bir anlamda hileli iflas suçunun maddi unsurunu oluşturacak nitelikte eylemlerdendir.

BankK'nun 106-110. maddelerinde faaliyet izni kaldırılan bir bankanın fona devrinden sonra izlenecek hukuki prosedür (iflası, tasfiye aşaması, kaynakların israfı durumunda tazmini gibi) düzenlenmektedir. "*Şahsi Sorumluluk*" başlıklı 110. maddesi ise doğrudan, bir bankanın

⁶² Pekcanitez-Atalay-Sungurtekin Özkan-Özeker, 2013, s. 617-618.

⁶³ Pekcanitez-Atalay-Sungurtekin Özkan-Özeker, 2013, s. 618.

⁶⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz: BATTAL, Ahmet: Bankacılık Kanunu Şerhi (5411 Sayılı Kanun ve Açıklaması), Ankara, Seçkin, 2005: 269 vd; REİSOĞLU, Seza: 4494 Sayılı Yasa İle Değişik Bankalar Kanunu Şerhi, Doğuş Matbaacılık, Ankara, 2000, s. 685 vd.

yöneticilerinin veya denetçilerinin kanuna aykırı karar ve işlemleri nedeniyle faaliyet izni kaldırılarak TMSF'ye devredilmesi durumunda, bankaya verilen zararlar sınırlı olarak iflasına başvurulabileceğini öngörmektedir. Aynı şekilde kanuna aykırı karar ve işlemler nedeniyle yönetici ve denetçi olmayan hâkim ortağa menfaat temin edildiğinin tespiti üzerine hâkim ortak da iflasa tabi olmaktadır⁶⁵. Bir bankanın maddede sayılan yönetici, denetçi, genel müdür, imza yetkilisi ve diğerlerinin iflası bankadaki faaliyetleri ve görevleri nedeniyle söz konusu olmaktadır. Buna karşılık “*hâkim ortağın*” iflası, ancak banka yöneticileri ile işbirliği yaparak (dolaylı bir şekilde yöneticilerle işlem yaparak, işlemleri yönlendirerek, örneğin; kredi açılmasını sağlayarak)⁶⁶ bankaya zarar vermesi durumunda söz konusu olabilecektir⁶⁷. Bu nedendir ki; iflas kararı verilmeden önce veya verildikten sonra maddede sayılan hileli bir takım eylemleri gerçekleştiren bir bankanın “*Yöneticisi, Denetçisi Veya Hâkim Ortakları*” hileli iflas suçunun faili olabileceklerdir⁶⁸.

06.12.2012 tarih ve 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun⁶⁹ (SerPK) 35. maddesine göre “Sermaye Piyasası Kurumlarını”; “**a**) Yatırım kuruluşları, **b**) Kolektif yatırım kuruluşları, **c**) Sermaye piyasasında faaliyette bulunacak bağımsız denetim, değerlendirme ve derecelendirme kuruluşları, **ç**) Portföy yönetim şirketleri, **d**) İpotek finansmanı kuruluşları, **e**) Konut finansmanı ve varlık finansmanı fonları, **f**) Varlık kiralama şirketleri, **g**) Merkezî takas kuruluşları, **ğ**) Merkezî saklama kuruluşları, **h**) Veri depolama kuruluşları, **ı**) Kuruluş ve faaliyet esasları Kurulca belirlenen diğer sermaye piyasası kurumları” oluşturmaktadır. SerPK'nun 97 ve 98. maddeleri gereği Sermaye Piyasası Kurulu, mali durumu bozulan sermaye piyasası kurumlarının iflasını istemeye yetkilidir. Kurulun böyle bir durumda; sorumlulukları tespit edilmiş olmak kaydıyla iflas eden kurumların doğrudan veya dolaylı yüzde onundan fazla paya sahip ortaklarının, görevden ayrılmış olan veya görevde bulunan yönetim kurulu üyelerinin ve imzaya yetkili yöneticilerinin, portföy yönetim şirketi

⁶⁵ Battal, 2005, s. 354-357; Kazancı, 2006, s. 154; Kuru-Arslan-Yılmaz, 2011, s. 458; Pekcanutez-Atalay-Sungurtekin Özkın-Özkes, 2013, s. 618; Reisoğlu, 2000, s. 721.

⁶⁶ Reisoğlu, 2000, s. 622.

⁶⁷ Battal, 2005, s. 357.

⁶⁸ Kazancı, 2006, s. 154. Yargıtay 11. Ceza Dairesi'nin bu yöndeki 03.10.2007 tarih ve 2007/4649 Esas, 2007/6275 Karar sayılı kararı için bkz: YAŞAR, Osman-GÖKCAN, Tahsin-ARTUÇ, Mustafa: Yorumlu ve Uygulamalı, Türk Ceza Kanunu, c: IV, 2. Baskı, Adalet, Ankara, 2014, s. 5285.

⁶⁹ 30.12.2012 tarih ve 28513 sayılı RG.

yöneticilerinin ve konut finansmanı fonları ile varlık finansmanı fonlarının fon kurulu üyelerinin şahsi iflaslarını da isteme yetkisi bulunmaktadır⁷⁰.

Sermaye piyasası mevzuatına göre; “sermaye piyasası kurumları”, ancak Anonim Şirket statüsünde kurulabilirler⁷¹. Dolayısıyla Anonim Şirketlerinin iflası halinde hileli iflas suçunu fail veya faillerinin kim olacağı yönünde yukarıda söylemiş olduklarımız burada da geçerlidir. İflasına karar verilmiş olan sermaye piyasası aracı kurumlarının hileli şekilde iflasına neden olabilecek eylemleri gerçekleştiren “doğrudan veya dolaylı yüzde onundan fazla paya sahip ortakları”, “görevden ayrılmış olan veya görevde bulunan yönetim kurulu üyeleri ve imzaya yetkili yöneticileri”, “portföy yönetim şirketi yöneticileri” ve “konut finansmanı fonları ile varlık finansmanı fonlarının fon kurulu üyeleri” bu suçların faili olabilirler.

Mağdur

Yukarıda suçla korunan hukuki yarar bahsinde; hileli iflas suçunun “*ekonomik suçlardan*” olduğunu, bu itibarla korunmak istenen hukuki yararların birden fazla olup, bunlar arasında bizce ilk sırada “*milli ekonomi*”nin yer aldığını ifade etmiştik. Bu düşünce tarzından hareketle kanaatimizce milli ekonomi, toplumun ve devletin yararları⁷² ile yakından ilgili olan bu türden suçların mağdurunun; özelde ihlal edilen malvarlığı değerlerinin sahibi olan bireyler, genelde de Devlet kavramı içerisinde yer alan “*toplum, toplumun tüm bireyleri*” olduğu söylenebilir⁷³. Ancak, mevcut düzenleme dikkate alındığında suçun mağdurunun; genel manada “*Devleti oluşturan bireyler*”, özelde de “*borçlunun alacaklıları*” denilebilir. Diğer bir deyişle özelde suçun mağdurunu; müflisin alacaklısı konumundaki kişi veya kişilerden olup da, müflisin iflastan önce veya sonra gerçekleştirdiği hileli ve taksirli eylemleri nedeniyle alacaklarını olması gerektiği şekilde tahsil edemeyen veya edememe tehlikesi altında olan, “*malvarlığı değerleri*” şeklindeki maddi konunun sahibi olan “*alacaklı veya alacaklılar*” oluşturmaktadır⁷⁴.

⁷⁰ Pekcanitez-Atalay-Sungurtekin Özkan-Özekes, 2013, s. 618-619.

⁷¹ (Çevrimiçi), <http://www.spk.gov.tr>.

⁷² Kazancı, 2006, s. 153.

⁷³ Muşul, 1998, s. 42; Erman; suçun mağdurunun esasında doğrudan bir anlamda devlet olduğunu ifade etmektedir. Bkz: ERMAN, Sahir: Ticari Ceza Hukuku, Genel Kısım, İstanbul Üniversitesi Basımevi ve Film Merkezi, İstanbul, 1992, s. 57.

⁷⁴ GÜNDÜZ, Remzi: 6352 Sayılı Kanunla Yapılan Değişikliklerle Birlikte TCK'da Malvarlığına Karşı Suçlar, Bilge, Ankara, 2012, s. 723; Hafızoğulları-Özen, 2011/b, s. 401; MERAN Necati: Yeni Türk Ceza Kanunu'nda

Kanun koyucu suçu düzenlerken, mağdurun, bir insan olması dışında başka bazı özelliklere de sahip olmasını öngörmüş olabilir. Böyle bir durumda, ancak bu özelliklerin mevcut olması durumunda failin işlediği suçtan dolayı cezalandırılması söz konusu olur⁷⁵. Mağdurun kamu görevlisi veya çocuk olması gibi. Bu açıdan hileli iflas suçunun mağduru da; borçlu hakkında alacaklı olduğu için iflas yoluyla takip talebinde bulunabilecek alacaklı sıfatını haiz kişi veya kişiler yani iflas davası açmaya yetkili davalılar ve müflisin suç kapsamındaki hileli eylemleri nedeniyle bilfiil zarar gören veya zarar görme tehlikesi ile karşı karşıya olan alacaklılardır⁷⁶.

Suçun Konusu

Hileli iflas suçunun düzenlendiği maddede ve madde gerekçesinde malvarlığının eksiltilmesine yönelik hileli tasarruflarda bulunmaktan bahsedildiği görülmektedir. Bu ifade tarzından hareketle kanaatimizce; hileli iflas suçunun “suçla korunmak istenen hukuki değere sebebiyet veren, suçun cismini oluşturan insan veya şey”⁷⁷ olarak tanımlanan maddi konusu; “malvarlığı değerleri”dir⁷⁸.

TCK’nun 161/1. maddesinin (b) bendinde ifade edilen; “malvarlığını kaçırmaya yönelik tasarrufların ortaya çıkmasını önlemek için ticari defter, kayıt veya belgelerin gizlenmesi veya yok edilmesi” şeklindeki hileli işlem ile söz konusu suçun gerçekleştirilmesi durumunda suçun maddi konusunu malvarlığı değerlerinin yanı sıra “ticari defter, kayıt veya belgeler” de oluşturacaktır. Malvarlığı, bir bütün olarak bünyesinde ham aktif, hem de pasif unsurları barındırdığından, aktif unsurlar arasında mallar ile birlikte haklar da (alacak hakları da) yer aldığından, kanaatimizce hileli iflas suçlarının maddi konusunun sadece “borçlunun

Sahtecilik, Malvarlığı, Bilişim Suçları, 2. Baskı, Seçkin, Ankara, 2008, s. 302; Muşul, 1998s. 42; Parlar-Hatipoğlu, 2010, s. 2662; Yaşar-Gökcan-Artuç, 2010, s. 4731.

⁷⁵ ARTUK, M. Emin-GÖKÇEN, Ahmet-YENİDÜNYA, Caner: TCK Şerhi, Özel Hükümler Madde 132-234, c: 4, 1. Baskı, Ankara, Turhan, 2009, s. 284; YILDIZ, A. Kemal: Ceza Muhakemesi Hukuku’nda Mağdur-Suçtan Zarar Gören-Şikâyetçi, Seçkin, Ankara, 2008, s. 26-27.

⁷⁶ Artuç, 2007, s. 485; Gündüz, 2012, s. 723; Hafizoğulları-Özen, 2011/b, s. 401; Meran, 2008, s. 301; Muşul, 1998, s. 42; Parlar-Hatipoğlu, 2010, s. 2662; Yaşar-Gökcan-Artuç, 2010, s. 4731.

⁷⁷ Hafizoğulları-Özen, 2011/b, s. 291-292; Toroslu, 1998, s. 40; Toroslu, 2011, s. 103; ZAFER, Hamide: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Beta, İstanbul, 2013, s. 159.

⁷⁸ Artuç, 2007, s. 485; KOCA, Mahmut: 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Malvarlığına Karşı İşlenen Suçlar”, Kazancı Hakemli Dergi (Hukuk, İşletme ve Maliye Bilimler), Ocak 2005, Sayı: 5, 2005, s. 87; MERAN Necati: Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Sahtecilik, Malvarlığı, Bilişim Suçları, 2. Baskı, Seçkin, Ankara, 2008: 301; Yaşar-Gökcan-Artuç, 2010, s. 4731.

*haczedilebilen mallarından*⁷⁹ oluştuğunu söylemek doğru değildir. İİK'nun 184. maddesine göre; müflisin haczedilebilen tüm malvarlığı iflas masasını teşkil etmektedir. Bu itibarla; iflas masasını teşkil eden borçluya ait olup da haczedilebilen tüm malvarlığı hileli iflas suçunu maddi konusunu oluşturmaktadır⁸⁰. Malvarlığı kapsamına; müflisin mevcut taşınır-taşınmaz malları, vadeli-vadesiz veya şarta bağlı alacakları, parası, bankalardaki mevduatı, katılım bankalarındaki katılım fonları, sermaye piyasası araçları, para hükmündeki evrak ve senetler, ayni ve fikri haklar, miras hakkı kapsamındaki tereke malları, hacze konu malları vs. girmektedir⁸¹.

a) Taşınır-Taşınmaz Mal

b) Kısaca mal; *“ekonomik değere sahip olan, mülkiyet konusu olabilen maddi eşya ve malvarlığına dâhil tüm haklar*⁸² şeklinde tanımlanmaktadır. Mal kapsamında yer alan *“taşınır (menkul) mal”*; *“varlığına ve bütünlüğüne zarar gelmeden bir yerden başka bir yere taşınabilen eşya”*, taşınır malın zıt anlamlı olan *“taşınmaz (gayrimenkul) mal”* da; arazi, konut, maden gibi durağan olan, *“varlığına ve bütünlüğüne zarar gelmeden bir yerden başka bir yere taşınamayan eşyadır.”*⁸³

c) Alacak

Alacak; *“bir kimsenin, bir başkasını şimdi veya ileride bir şey yapmaya veya yapmamaya ya da kendisine bir şey vermeye zorlama hakkı”*⁸⁴ olarak tarif edilmektedir. Bu hak herhangi bir vadeye veya şarta bağlanmış olabilir.

d) Para

Kullanılmaya hazır satın alma gücü, değişim aracı olarak kullanılmak üzere devletçe bastırılan maden veya kâğıt parçaları olan para da esasında mal kavramına girmektedir. Ancak, herhangi bir suça konu olabilmesi için suçun işlendiği anda geçerli olduğu ülkede mal veya hizmet karşılığında

⁷⁹ Yaşar-Gökcan-Artuç, 2010, s. 4731.

⁸⁰ Eisele, 2009, s. 322; Özbek, 2008, s. 1301; YILDIRIM, M. Kamil: Hileli İflas Suçları, Alkım, İstanbul, 2000, s. 46.

⁸¹ Yaşar-Gökcan-Artuç, 2010, s. 4731.

⁸² Centel-Zafer-Çakmut, 2007, s. 285; Yılmaz, 1996, s. 514.

⁸³ ZEVKLİLER, Aydın-GÖKYAYLA, K. Emre: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 14. Baskı, Turhan, Ankara, 2014, s. 54.

⁸⁴ Yılmaz, 1996, s. 49.

kabulü şarttır. Bu nedenle, tedavülden kalkmış bir para, ancak mal sıfatıyla suçun konusu olabilir⁸⁵.

e) **Mevduat-Katılım Fonu**

Mevduat; “banka veya benzeri kredi kurumlarına istenildiğinde ya da belli bir vade ya da ihbar süresi sonunda çekilmek üzere yatırılan para”dır. Mevduat, ticaret bankalarının en önemli kaynağı olup, bankalar halktan topladıkları küçük tutarda paraları firmalara kredi olarak vermek, şirketler kurmak, bunların sermayelerine katılmak gibi yollardan ekonomiye aktarmaktadırlar⁸⁶.

Katılım fonu da; katılım bankaları nezdinde açtırılan gerçek ve tüzel kişilere ait özel cari hesap ve katılma hesaplarında yer alan paradır.

f) **Menkul Kıymetler ve Diğer Sermaye Piyasası Araçları**

Finansal piyasalara fon akışını sağlayan araç türlerinden olan sermaye piyasası araçları; “sermaye piyasasına özgü hukuk normlarının belirlemiş olduğu araçlar”⁸⁷ şeklinde tanımlanmaktadır. Sermaye Piyasası Kanunu’nda özel bir tanımlı bulunmayıp, “hisse senedi, tahvil vs. gibi tüm menkul değerler, opsiyon sözleşmeleri ve vadeli sözleşmeler vs. gibi diğer araçlar” bu kapsamda yer almaktadır. Buna karşılık, menkul kıymet olan “nukut (nakit), çek, poliçe bono ve mevduat sertifikaları, sermaye piyasası araçlarının istisnalarındandır⁸⁸.

g) **Para Hükmündeki Evrak ve Senetler**

Menkul kıymet ve diğer sermaye piyasası aracı kapsamında olmayan, bunların istisnalarından sayılan ibrazı suretiyle paraya çevrilmesi mümkün olan “çek, poliçe, bono” gibi diğer evrak ve senetler bu gruba dâhildir.

h) **Aynı ve Fikri Haklar**

Mülkiyet başta olmak üzere “maddi nesnelere üzerindeki eşya hukukunun konusunu oluşturan her türlü hak” aynı haktır. Sınırsız aynı hak, yalnızca mülkiyet hakkında söz konusudur. İktisadi değer taşıyan fikrî emek

⁸⁵ ERMAN, Sahir-ÖZEK, Çetin: Ceza Hukuku Özel Bölüm (Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar), İstanbul, 1992, s. 23; Yılmaz, 1996, s. 653.

⁸⁶ (Çevrimiçi), <http://tr.wikipedia.org/wiki/Mevduat>.

⁸⁷ TANÖR, Reha: Türk Sermaye Piyasası: Halka Arz, c: II, İstanbul, Beta, 2000, s. 81.

⁸⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz: Evik, 2004: 142 vd.

ürünleri gibi maddi olmayan mallar üzerindeki haklara ise fikri haklar denilmektedir⁸⁹. İşte bu türden aynı ve fikri haklar da, hileli iflas suçunun bir diğer maddi konusunu oluşturmaktadır.

i) Tereke Malları

Miras hakkı; bir kimsenin bıraktığı mirastan yararlanma, terekeden düşen aktif ve pasife sahip olma durumudur⁹⁰. Ancak, hileli iflas suçlarının maddi konusunu oluşturan miras hakkı kapsamındaki “*tereke malları*” pek tatbikî terekenin borç ihtiva eden pasif değil, sadece aktif kısmıdır.

j) Hacedilebilen Mallar

Kişiyeye bağlı haklar, Devlet malları, borçlunun kendisi veya mesleği gereği lazım olan mallarına haciz konulma olanağı bulunmadığından, hileli ve taksirli iflas suçlarının maddi konusunu, ancak hacze konu olabilen mallar oluşturmaktadır.

Hareket

a) Genel Olarak

TCK'nun 161. maddesinin 1. fıkrasının ilk cümlesinde; “*malvarlığını eksiltmeye yönelik hileli tasarruflarda bulunmak*” kapsamındaki eylemlerin hileli iflas suçunu oluşturacağı ifade edilmiş ve suç teşkil eden hileli tasarruf şekillerine de fıkranın alt bentlerinde yer verilmiştir.

Suçun tipik eylem unsurunun hareket kısmı; “*hileli tasarruflarda bulunmak*”tır⁹¹. Oyun, düzen anlamlarına da gelen hile; objektif olarak kişiyi hataya düşürücü veya başkasının tasavvuru üzerinde etki doğurucu her türlü davranıştır. Bu suç dışında TCK'da diğer bazı suçlarda da (dolandırıcılık, ihaleye fesat karıştırma, cinsel saldırı, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma, zimmet vs.) “*hile*”den bahsedildiği görülmektedir. Hile kavramının tanımı, içeriği hakkında kanaatimce; dolandırıcılık suçu bağlamında mülga TCK dönemindeki öğretici görüşlerinden ve Yargıtay içtihatlarından bugün de yararlanmak mümkündür.

Gerek hileli iflas suçunun düzenlendiği 161/1. maddede, gerek ihaleye fesat karıştırma suçunda (TCK md 235/2 (a)'da) ve edimin ifasına fesat

⁸⁹ (Çevrimiçi), http://tr.wikipedia.org/wiki/Ayni_hak; http://tr.wikipedia.org/wiki/Fikri_hak.

⁹⁰ Yılmaz, 1996, s. 552.

⁹¹ Artuç, 2007, s. 489; MALKOÇ, İsmail: *Açıklamalı Türk Ceza Kanunu*, c: 3, *Sözkesen Matbaacılık, Ankara*, 2013, s. 2782; Soyaslan, 2010, s. 429.

kariştırma suçunda (TCK md 236/2’de) olduğu gibi “*hilenin içeriğinin ne olması gerektiği, hileli tasarruflarda bulunma Şekilleri*” açık bir biçimde gösterilmektedir. Bu açıklık nedeniyledir ki; TCK 161/1. madde kapsamında esasında niteliği itibariyle hile olamayacak bir takım tasarruflarda bulunmak, maddedeki düzenleme uyarınca hileli tasarruf Şekilleri olarak kabul edilmektedir. Örneğin; “malvarlığını kaçıрма, gizleme, defterleri yok etme, sahte veya gerçeğe aykırı belge düzenleme vs.” eylemleri hileli iflas suçu açısından hileli tasarruf Şekilleri olarak değerlendirilmektedir. Hatta esasında başlı başına başka bir suça sebebiyet verebilen bu eylemler, kanundaki düzenleme uyarınca (gerçeğe aykırı belge düzenlemek, defter ve kayıtları yok etmek, malların değerinin azalmasına neden olmak) bu suçta birer hileli tasarruf Şekli olarak karşımıza çıkmaktadır.

Maddedeki düzenleme gereği suç, herhangi bir hileli tasarrufta bulunmak Şeklinde değil, ancak birinci fıkranın alt bentlerinde sayılan “*hileli tasarruf Şekillerinden*” biri ile iřlenebilmektedir⁹².

Kanun maddesinde açıkça ifade edilmiş olmasa da “*malvarlığını eksiltmeye yönelik hileli tasarruflarda bulunmak*” Şeklindeki ifade tarzının, özellikle hile vurgusunun, sadece suçun unsurlarından tipik eylem unsurunun hareket kısmına değil, “*manevi unsuruna*” da yönelik olduğunu düşünmekteyiz.

b) Hileli Tasarruf Kapsamında Kabul Edilen Hareketler

aa) Malları Kaçırmak, Gizlemek veya Değerin Azalmasına Neden Olmak

TCK’nun 161/1. maddesinin (a) bendinde yer alan ilk hileli hareket Şekli; “*alacaklıların alacaklarının teminatı mahiyetinde olan malların kaçıırılması, gizlenmesi veya değerinin azalmasına neden olunması*”dır.

Sözlük anlamı itibariyle; “*çalınmak, kimsenin haberi olmadan götürmek, aşırmak*”⁹³ anlamına gelen **kaçıırma**; iflas masasına dâhil olan bir malın tamamına veya belirli bir kısmına alacaklıların el koymalarını, satım sonrasında alacaklılarını tahsil edebilmelerini engellemektir. Malın, iflas

⁹² Soyaslan, 2010, s. 429.

⁹³ (Çevrimiçi), <http://www.tdk.gov.tr>.

öncesinde veya sonrasında malvarlığından çıkarılması veya amacı dışında tahsis edilmesidir.

Ekonominin normal işleyişine uygun olmayacak şekilde yahut da yerine eşdeğer bir malvarlığı gelmeyecek şekilde, alacaklının malvarlığı değerini hukuken veya fiilen alabilmesini ortadan kaldıran veya önemli ölçüde güçleştiren her türlü davranış bu kapsamda değerlendirilebilir⁹⁴. “Saklamak, görünmeyecek, belli olmayacak bir yere veya bir duruma koymak”⁹⁵ demek olan **gizlemek** ile burada; malvarlığına dâhil herhangi bir malın yine belirli bir kısmının veya tamamının, masada görünmemesini sağlayacak ve böylelikle alacaklıların el koymasını engelleyecek türden kurmaca hareketlerin yapılmasını (göstermelik bir şekilde bir başkasına devretmek) ifade etmektedir. Bir malın örneğin; paranın maddeten veya malvarlığında görünmemesini sağlayacak maddi olmayan yöntemlerle gizlenmesi mümkün olup⁹⁶, malvarlığına dâhil bir malın satılmasından sonra bedelinin ne olduğu konusunda herhangi bir açıklama yapılmaması veya makul bir açıklama yapılmaması/yapılamaması durumlarını da kanaatimizce “kaçırmak veya gizlemek” olarak değerlendirmek gerekir⁹⁷. **Malvarlığını oluşturan değerler bütünündeki bir azalmaya neden olma**, esasında malvarlığına zarar vermek demektir. Ancak, bu eylemin, malın “yıkılması, tahrip edilmesi, yok edilmesi, bozulması” neticelerine neden olmayacak mahiyette⁹⁸, yani sadece malın değerinin azalmasına neden olacak düzeyde olması gerekmektedir⁹⁹. Çünkü kısmen bozulan ve tamir edilebilen bir malın değerinde azalma olacaktır ama bu mal, şaraba su katma örneğindeki gibi hiçbir şekilde kullanılamaz hale de gelmeyecektir.

bb) Var Olmayan Bir Borca İlişkin Belge Düzenlemek

TCK'nun 161/1. maddesinin (c) bendinde yer alan ikinci hileli hareket; “gerçekte bir alacak ve borç ilişkisi olmadığı halde, sanki böyle bir ilişki mevcutmuş gibi, borçların artmasına neden olacak şekilde belge düzenlenmesi”dir.

⁹⁴ BELGESAY, M. Reşit: *İcra ve İflas Hukuku Şerhi, Sucuoğlu Matbaası, İstanbul. Belgesay, 1948, s. 97; Hafizoğulları-Özen, 2011/b, s. 401; Özbek, 2008, s. 1301.*

⁹⁵ (Çevrimiçi), <http://www.tdk.gov.tr>.

⁹⁶ YILDIRIM, M. Kamil: *Hileli İflas Suçları, Alkam, İstanbul, 2000: 47.*

⁹⁷ Kazancı, 2006, s. 160; Yıldırım, 2000, s. 40.

⁹⁸ “Değerin azalmasına örnek olarak tahrip edilmesinin gösterilebileceği, tahrip durumunda da değer azalmasının söz konusu olacağı, hatta bazen yok olabileceği” yönündeki görüş için bkz: Kazancı, 2006, s. 160.

⁹⁹ Hafizoğulları-Özen, 2011/b, s.: 401; Özbek, 2008, s. 1301.

Burada esasında var olmayan bir alacak-borç ilişkisi varmış gibi hareket edilmekte, yani alacaklı olduğunu iddia eden bir kişi söz konusu olmakta, borçlu konumundaki müflis de bu sözde alacak ilişkisini ve alacaklının varlığını ve olmayan bir borcu kabul ederek borcunun artmasına neden olmaktadır. Borcun artması, hiç olmayan bir borca ilişkin olarak veya zaten var olan borcu olduğundan fazla göstermek, arttırmak için belge düzenlenmesi durumlarında söz konusu olur. Önemli olan husus; gerçek bir alacak ve borç ilişkisi olmadığı halde müflisin varmış gibi hareket ederek borcun artmasına ilişkin belge düzenlemiş olmasıdır. Gerçekte var olan bir borcu, diğerlerine nazaran öncelikli sayılmasını gerektirecek bir eylemde bulunulması durumunda anılan suçun gerçekleştiğinden bahsedilemeyecektir¹⁰⁰.

cc) Aktifi Olduğundan Az Göstermek

TCK'nun 161/1. maddesinin (d) bendinde yer alan üçüncü hileli hareket; “gerçeğe aykırı muhasebe kayıtlarıyla veya sahte bilanço tanzimiyle aktifin olduğundan az gösterilmesi”dir.

Muhasebe; “bir kurum veya kuruluşun, işletmenin hesaplarının tümü”, **bilanço** da; “bir kuruluşun belli bir tarihte alacaklı ve borçlu bulunduğu değerleri gösteren kısa muhasebe cetveli; işletmenin finansal durumu ve faaliyet sonuçlarını gösteren tablo”¹⁰¹dur. Suçun gerçekleşmesini temin bakımından işletmenin hesaplarının tümünün yer aldığı muhasebesinde gerçeğe aykırı kayıtlar oluşturmak veya kısa muhasebesinde yani bilançosunda sahtecilik yapmak gerekmektedir.

Fikri sahteciliğe konu¹⁰² “muhasebede gerçeğe aykırı kayıtlar oluşturmak”; hiç var olmayan, söz konusu bile olmayan, içeriği itibariyle gerçeği yansıtmayan kayıtların muhasebe evrakına işlenmesi, kaydedilmesi demektir. Maddi sahteciliğe konu olan “bilanço üzerinde yapılan sahtecilik” ise, gerçekte var olan bir bilançonun tamamında veya

¹⁰⁰ Erman, 1993, s. 207.

¹⁰¹ Yılmaz, 1996, s. 564; 122.

¹⁰² Hafizoğulları-Özen, 2011/b, s. 401. Öğretide bir belgeyi sahte olarak düzenlemek; “maddi sahtecilik”, gerçeğe aykırı şekilde belge düzenlemek de “fikri sahtecilik, içerik sahteciliği” şeklinde isimlendirilmektedir. “Maddi sahtecilik”; a) Belgenin, düzenleyicisi olarak görünen kişi dışındaki bir başka kişi tarafından meydana getirilmesi veya b) Belgenin düzenleyicisi olarak görünen kişinin belgeyi düzenlemesinden sonra düzenleyen kişi veya bir başkası tarafından belgede ekleme, çıkarma, silme gibi işlemlerin yapılması işlemleri ile gerçekleştirilebilir. “Fikri sahtecilik” ise; bu iki durum dışında belgenin gerçeğe uygun olmayan beyan veya olayları içermesi suretiyle işlenebilir. Bkz: Artuk-Gökçen-Yenidünya, 2013, s. 648-649; TEZCAN, Durmuş-ERDEM, M. Ruhan-ÖNOK, Murat: Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 8. Baskı, Seçkin, Ankara, 2012, s. 691.

bir kısmında düzenleyen kişi veya bir başkası tarafından ekleme, silme veya çıkarmanın yapılması anlamına gelmektedir¹⁰³. Her iki durumda da failin ticari işletmesine yönelik aktif olduğu az göstermeyi amaçlayan fiili kayıtları gerçeğe örtüşmemektedir¹⁰⁴.

dd) Ticari Defter, Kayıt veya Belgeleri Gizlemek veya Yok Etmek

TCK'nun 161/1. maddesinin (b) bendinde yer alan dördüncü hileli hareket; “malvarlığını kaçırmaya yönelik tasarruflarının ortaya çıkmasını önlemek için ticari defter, kayıt veya belgelerin gizlenmesi veya yok edilmesi”dir.

Gizlemek hakkında TCK'nun 161/1. maddesinin (a) bendine ilişkin yaptığımız açıklamalarda söylediklerimiz burası için de geçerlidir. Öğretide¹⁰⁵ ve uygulamada¹⁰⁶; “defter, kayıt veya belgeleri gizlemenin” sadece saklamak, ulaşılamayacak bir yere koymak, örtbas etmek vs. şeklinde değil, “ibrazı talep edildiğinde belirlenen süre içerisinde ibrazdan kaçınmak, sessiz kalmak, herhangi bir açıklamada veya tatmin edici, gerçekçi bir açıklamada bulunmamak, bu şekilde ulaşılmamasına engel olmak olarak da kabul edilmesi gerektiği” ifade edilmektedir.

Yok etmek sözlükte; “ortadan kaldırmak, varlığına son vermek”¹⁰⁷ şeklinde tanımlanmakta olup, buradaki düzenleme şekli itibariyle suç teşkil etmesi için fiziken tutulan ticari defter ve kayıtların maddeten tahrip edilmesi, maddi varlığından yararlanılamayacak hale getirilmesi veya kayden tutulan ticari defter ve kayıtların kayden tahrip edilmesi, ortadan kaldırılması işlemlerinin gerçekleştirilmesi gerekmektedir.

Hileli iflasın söz konusu olduğu bir durumda bu türden hileli eylemler büyük önem arz etmektedir. Zira; “**a)** Alacaklıların alacaklarının tahsili kabiliyetinin olup-olmadığının, **b)** Müflisin malvarlığının ne kadar olduğunun, **c)** Herhangi bir kaçırma-gizleme durumunun söz konusu olup-

¹⁰³ Tezcan-Erdem-Önok, 2012, s. 691.

¹⁰⁴ Özbek, 2008, s. 1302.

¹⁰⁵ OK, Nuri-GÜNDEL, Ahmet: Açıklamalı-İçtihatlı Ceza Mahkemelerinin Görevine Giren Vergi Kaçakçılığı Suçları, Seçkin, Ankara, 2002, s. 159; Özgenç, 2002, s. 128.

¹⁰⁶ Yargıtay CGK'nun 23.11.1999 tarih ve 11-273/288; Yargıtay CGK'nun 22.05.2001 tarih ve 11-99/104; Yargıtay 11. CD'nin 23.02.2000 tarih ve 584/598; Yargıtay 11. CD'nin 31.01.2001 tarih ve 6204/579; CD'nin 23.02.2000 tarih ve 584/598; Yargıtay 11. CD'nin 31.01.2001 tarih ve 6204/579; Yargıtay 11. CD'nin 01.02.2001 tarih ve 6136/626; Yargıtay 11. CD'nin 02.02.2001 tarih ve 6285/784 sayılı kararları için bkz: Ok-Gündel, 2002, s. 175-193.

¹⁰⁷ (Çevrimiçi), <http://www.tdk.gov.tr>.

olmadığının, aktifin olduğundan az gösterilip gösterilmediğinin, pasifin kurmaca işlemlerle arttırılıp arttırılmadığının” tespitine yönelik tüm hususlar usulüne uygun şekilde tutulmuş, kayıt altına alınmış ticari defter, kayıt ve belgelerle belirlenebilecektir.

c) Hareketin Nitelikleri

Hileli iflas suçu **hareketin sayısı** açısından kanundaki düzenlenişi itibariyle “*seçimlik hareketli*” bir suçtur¹⁰⁸. Seçimlik hareketlerden birden fazlasının yapılması durumunda da fail, seçimlik hareketli suçların özelliği gereği, hileli iflas suçunu bir kez işlemiş sayılacaktır.

Maddede yer alan “*kaçırmak, gizlemek, değer azalmasına neden olmak, belge düzenlemek, az göstermek, gizlemek veya yok etmek*” şeklindeki hareketler icrai niteliktedir. Bu nedenle; **hareketin şekli** bakımından suçun icrai bir suç olarak düzenlendiğini söylemek yanlış olmaz.

Hareketin önemi açısından hileli iflas suçunun, “*bağlı hareketli*” bir suç olduğu zira suçun kanuni tanımında, hangi tür hareketlerle icra edileceğinin sayma yöntemiyle açık bir şekilde belirlendiği, özelleştirmenin yapıldığı anlaşılmaktadır.

Hileli iflas suçu; **icrasının süreklilik arz edip etmemesi bakımından**, maddenin bentlerinde sayılan seçimlik hareketlerden bazılarının yapılması ile tamamlanan ve icrası devam etmeyen (yok etmek vs.) yani “*ani suç*” şeklinde ortaya çıkmaktadır. Buna karşılık suçun kaçırarak veya gizlemek şeklindeki eylemler ile işlenmesi durumunda ise; “*kesintisiz (mütemadi) suç*” söz konusu olmaktadır.

d) Netice

Hileli iflas suçunun tamamlanma anının yani neticenin meydana geldiği anın ne zaman olduğu hususunun Türk öğretisinde eskiden bu yana tartışma konusu yapılmış olduğu ve halen de genel, ortak bir uzlaşmanın sağlanamadığı görülmektedir. İflas kararından sonra gerçekleştirilen hileli eylemler açısından “*iflas olgusunu*” suçun ön koşulu olarak değerlendirdiğimizden¹⁰⁹, hileli hareketlerden herhangi birinin iflas kararından sonra gerçekleştirilmesi durumunda, suçun işlenme zamanı

¹⁰⁸ Gündüz, 2012, s. 724; Hafizoğulları-Özen, 2011/b, s. 401; Koca, 2005, s. 88; Meran, 2008, s. 302; UYAR, Talih: Gerekçeli İçtihatlı İcra İflas Kanunu Şerhi, cilt: 11, 2. Baskı, Turhan, Ankara, 2010: 20856.

¹⁰⁹ Konu hakkında ayrıntılı açıklamalar ve değerlendirmeler için bakınız: Evik, 2015, s. 220-232, 234-239.

konusunda tartışmanın olamayacağı, son icra hareketinin yapıldığı zaman ve yerde tamamlanmış sayılacağı aşikârdır¹¹⁰.

Problem ve buna yönelik tartışma, “*iflas olgusunun*” cezalandırılabilme koşulu olduğunun kabulü halinde ve iflas kararı verilmesinden önce gerçekleştirilen eylemler açısından söz konusu olmaktadır. İflas kararının suçun kurucu unsurlarından netice olarak kabul edildiği görüşü açısından suçun tamamlanma zamanı kolayca belirlenebilir. İtalyan Yargıtay’ının bazı kararlarından destek bulan bu görüş taraftarlarına göre suç; neticenin yani iflas kararının verildiği anda tamamlanır¹¹¹.

Antolisei’ye göre; “İflastan önceki hileli eylemler açısından iflas kararı bir cezalandırılabilme koşulu ise de iflastan sonraki eylemler açısından aynı şeyi söylemek imkânı yoktur. Benzer durumlarda bir cezalandırılabilme koşulunun varlığından değil, bir “*ön koşul*”dan söz edilebilir. Buradaki ön koşul failin sıfatı, yani onun müflis oluşu ile ilgili bir ön koşuldur.”¹¹²

İflas olgusunun suçun oluşması için değil, tüm kurucu unsurlarıyla gerçekleşmesiyle tamamlanan suçun cezasının verilebilmesi için aranan bir koşul olduğu görüşünden hareket eden ve fikirlerine aynen katıldığımız kimi yazarlara göre ise iflas suçu; kanunda belirtilen hileli hareketlerin yapıldığı anda oluşur ve dava zamanaşımı da bu tarihten itibaren işlemeye başlar¹¹³.

Dönmezer’e göre; “hileli iflas suçunun müşterek şartlarından bir diğeri failin iflas etmiş olmasıdır. Kanun koyucunun maksadına göre taksiratlı ve hileli iflastan dolayı ceza kovuşturması yapılabilmesi için merciinden iflas kararı verilmiş olmasını öncelik şartı olarak aradığı anlaşılmaktadır. İflas, suçun teşekkülü için bir şart olup, hileli iflas suçu, failin iflası yani borcunu ödeyememesi ile teşekkül bulmaktadır. Verilen iflas kararı sadece belirtici değer taşımakla beraber kanunun yapılış biçimi yönünden suçun tarihi, iflasın ilan olduğu tarihtir ve zamanaşımı da bu tarihten başlar.”¹¹⁴

¹¹⁰ ANTOLISEI, Francesco: *Manuale di Diritto Penale-Leggi Complementari*, c: 2, 12. Baskı, Milano, Giuffrè, 2008, s. 58; CORUCCI, Enrico: *La bancarotta e i reati fallimentari*, Milano, Giuffrè, 2013, s. 209.

¹¹¹ Antolisei, 2008, s. 58.

¹¹² ALACAKAPTAN, Uğur: “Hileli İflas Suçunun İşlenme Zamanı ve Anılan Suçta Dava Zamanaşımının Başlangıcı”, Prof. Dr. İrfan Baştuğ Armağanı, Seçkin, Ankara, 2001, s. 224, dn: 12.

¹¹³ CONTI, Luigi: *Diritto Penale Commerciale II, I Reati Fallimentari*, Torino, 1991, 131, 135 vd; Antolisei, 2008, s. 59.

¹¹⁴ Dönmezer, 2001, s. 496.

Yine Önder'e göre; "merciin verdiği iflas kararı hileli iflas suçunun objektif cezalandırılabilirlik şartıdır ve suçun işlenme anı iflas kararının verildiği ve kesinleştiği tarihtir."¹¹⁵ Özbek, Soyaslan ve Uyar da; iflas olgusunun objektif cezalandırılabilirlik koşulu olduğunu kabul etmekte, ancak suç tarihi olarak iflasın gerçekleştiği tarihi esas kabul etmektedirler."¹¹⁶

Mülga TCK döneminde; "merci tarafından iflas kararı verilmiş olmasını objektif cezalandırılabilirlik koşulu olarak kabul etmeyen" Özgeç'e göre ise; "suça neden olan seçimlik hareketlerin iflas kararı verilmesinden önce veya sonra yapılmasına göre ikili bir ayırım yapmak gerekir. Seçimlik hareketlerin iflas kararından önce gerçekleştirilmiş olması durumunda, hileli iflas suçunun tamamlanabilmesi için, ayrıca iflas kararının kesinleşmiş olması da gerekir. Bu durumda, iflas kararının verilmiş olması suçun maddi unsurlarından biri olup, neticeyi oluşturmaktadır. Seçimlik hareketlerin, iflas kararından sonra gerçekleştirilmesi durumunda da, verilmiş iflas kararının varlığını suçun maddi unsurlarından biri olarak kabul etmek gerekir."¹¹⁷

Görüşlerine aynen iştirak ettiğimiz *Alacakaptan*'a göre ise; "iflas halini ve de ona yakın bir hukuki durum olan aciz halini hileli iflas suçunun neticesi saymak olanaksızdır. Zira failin eylemleri ile dış dünyadaki bir değişiklik olan iflas kararı arasında bir nedensellik bağı yoktur. Kanuni tanımda iflas kararı ile eylemler arasında bu şekilde bir bağın varlığı aranmamaktadır"¹¹⁸. Harekete böyle bir bağ ile bağlanamayan değişiklik ise, suçun neticesi olamaz."¹¹⁹

Kanaatimizce; hileli eylemler gerçekleştirildikten sonra yetkili ticaret mahkemesince verilmiş iflas kararı hileli iflas suçu açısından bir cezalandırılabilirlik koşulu olup, hiçbir şekilde suçun kurucu unsurlarından değildir. Yargıtay'ın çok yeni tarihli bir kararına konu; "01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK'nın 161/1.

¹¹⁵ Önder, 1991, s. 404.

¹¹⁶ Özbek, 2008, s. 1303; Soyaslan, 2010, s. 429; Uyar, 2010, s. 20858.

¹¹⁷ Özgeç, 2002, s. 115-119.

¹¹⁸ Söz konusu makale mülga TCK döneminde yazılmış olmakla birlikte 5237 sayılı TCK düzenlemesinde de; failin eylemleri ile dış dünyadaki bir değişiklik olan iflas kararı arasında bir nedensellik bağı aranmamaktadır. Bu itibarla o tarihlerde söylenenler bugün de geçerlidir.

¹¹⁹ Alacakaptan, 2001, s. 222. Nedensellik bağının olduğu yönündeki katılmadığımız görüş için bkz: Özbek, 2008, s. 1301.

maddesinde tanımlanan (Mülga 765 sayılı TCK'nın 506. maddesi) “**Hileli İflas**” suçunun, **hileli işlemlerin yapılması ile oluşacağı**, iflas olgusunun suçun oluşumuna esas alınacak bir unsur olmadığı”¹²⁰ şeklindeki değerlendirmesinin de görüşümüzü destekler mahiyette olduğu anlaşılmaktadır. Bu nedenle suçun tamamlandığı, işlendiği an; TCK'nun 161/1. maddesinin alt bentlerinde sayılan hileli tasarruf şekillerinden bir veya birkaçının yapıldığı an'dır.

Hileli iflas suçu, “*iflas etmiş olma*” cezalandırılabilme koşulunun somut olaya müdahalesinden önce hileli eylemlerin yapılması suretiyle tüm unsurları bakımından zaten gerçekleşmiştir¹²¹. Suçun tamamlanması ve cezalandırılabilmesi tamamen birbirinden farklı hususlardır. Bu nedenle, ister iflas kararı verilmesinden önce, ister sonra gerçekleştirilmiş olsun, kanaatimizce suçun tamamlanma anı; hileli eylemlerin/işlemlerin yapıldığı an'dır¹²². Hileli iflas suçunun yer aldığı TCK'nun 161/1. maddesi ve birinci fıkranın alt bentlerini yukarıdaki görüşlerden hareketle incelediğimizde, kanuni tanımda “*malvarlığının eksilmesi, azalması*” şeklinde somut bir zarar neticesinin gerçekleşmesinin aranmayıp¹²³, korunan hukuki değerlere yönelik tehlike neticesinin gerçekleşmesinin yeterli sayılmış olduğu, bu itibarla “*tehlike suçu*” olarak düzenlendiği sonucuna ulaşmış bulunmaktayız¹²⁴.

Yine maddenin birinci fıkrasındaki “*malvarlığını eksiltmeye yönelik*” ibaresinden kanun koyucunun suçun oluşumu bakımından somut bir tehlikenin var olmasını şart koştuğu, diğer bir deyişle suç tipini “*somut tehlike suçu*” olarak düzenlediğini değerlendirmekteyiz¹²⁵. Bu niteliği gereği suçun cezalandırılabilmesi için maddi ya da manevi anlamda bir zararın meydana gelmesi şart olmayıp, tehlikenin belirmesi yeterlidir.

¹²⁰ Yargıtay 15. CD'nin 12.09.2013 tarih ve 2013/12176, 2013/13130 tarihli kararı.

¹²¹ Dönmezer-Erman, 1997, s. 321.

¹²² Alacakaptan, 2001, s. 224, 225; Artuç, 2007, s. 495. Yargıtay 15. CD'nin 12.09.2013 tarih ve 2013/12176, 2013/13130 tarihli aynı doğrultudaki kararı.

¹²³ Kazancı, 2006, s. 163; Muşul, 1998, s. 61; Özgenç, 2002, s. 124.

¹²⁴ Artuç, 2007, s. 492; DARAGENLİ, Vesile Sonay: Tehlike Suçları, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1998; Muşul, 1998, s. 61; Uyar, 2010, s. 20852. Aksi görüş için bkz: Yıldırım, 2000, s. 47. Tehlike suçu-zarar suçu ayırımının suçun konusu ile ilgili olduğunu zikreden Özgenç'e göre ise; “tehlike suçlarında icra edilen fiilin suçun konusu üzerinde bir zarar meydana getirme tehlikesi söz konusudur.” Bkz: ÖZGENÇ, İzzet: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, Seçkin, Ankara, 2014, s. 209.

¹²⁵ Artuç, 2007, s. 494; Kazancı, 2006, s. 163.

Neticesi harekete bitişik bir suç olan hileli iflas suçunda kanaatimizce; “malvarlığını eksiltmeye yönelik hileli tasarruflarda bulunmak” şeklindeki hareketin (alt bentlerde sayılan hileli işlem şekillerinin bir veya bir kaçının) yapılması ile suç tamamlanmış olmaktadır.

f) Nedensellik Bağı

Suçun somut tehlike suçu ve neticesi harekete bitişik bir suç olmasından dolayı, uygun hareketin yapılması ile birlikte tehlike neticesi de gerçekleşmiş olacağından nedensellik bağının tespiti bu suç açısından önem arz etmemektedir¹²⁶. Bu durumda, nedenin tekliğinden bahisle, suçun meydana gelmesi nedensellik bağı gibi bir olaya değil, hareketin sahip olması gereken özelliklere (hileli tasarruflarda bulunmanın malvarlığında eksilmeye yönelik tehlike neticesini yaratmaya uygun olması gibi) bağlı olacaktır¹²⁷.

Bir başka deyişle, hareket yapılıp yapılmaz, netice de kendiliğinden meydana geldiğinden, hareket yapıldıktan sonra artık hareketle netice arasında nedensellik bağının bulunup bulunmadığının ayrıca araştırılmasına gerek kalmamakta¹²⁸, bu yönde bir araştırma yapılmaksızın da maddi unsurun gerçekleştiğinin kabulü gerekmektedir¹²⁹.

g) Teşebbüs

5237 sayılı TCK'nun 35. maddesinde düzenlendiği üzere; failin, işlemeyi kastettiği suçun elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icrasına başladığı fakat tamamlayamadığı, suçun unsurlarının tamamıyla gerçekleşmediği durumlarda teşebbüsten sorumluluk söz konusu olmaktadır. Prensip itibarıyla objektif cezalandırılabilme koşulunu ihtiva eden suçlarda koşul gerçekleşmedikçe faile ceza verilemeyecektir. Ancak bu netice, aksi görüşte olan yazarlar¹³⁰ bulunsun da; bu türden suçlara teşebbüsün elverişli olmadığı anlamına gelmemektedir¹³¹.

¹²⁶ BAYRAKTAR, Köksal: *Suç İşlemeye Tahrik Cürmü*, İÜHF Yayını, İstanbul, 1977, s. 189; Özgenç, 2014, s. 595.

¹²⁷ Bayraktar, 1977: 189; Dönmezer-Erman, 1997: 472; Evik, 2004: 234.

¹²⁸ “Hileli fiil ve tasarruflarla iflas olgusu arasında illiyet bağının bulunması gerektiği” yönündeki görüş için bkz: Özgenç, 2002, s. 117.

¹²⁹ Evik, 2004, s. 234; KUNTER, Nurullah: *Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi*, İÜHF Yayını, İstanbul, 1954, s. 144; Zafer, 2013, s. 202.

¹³⁰ Dönmezer-Erman, 1997, s. 321; Erman, 1993, s. 200; Önder, 1991, s. 384; Özbek, 2008, s. 1303; Öztürk, Bahri-Erdem, M. Ruhan: *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, 12. Baskı, Turhan, Ankara, 2012, s. 330.

¹³¹ İÇEL, Kayıhan: *İçel Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 6. Baskı, Beta, İstanbul, 2014, s. 466; Kazancı, 2006, s. 164; Koca-Üzülmez, 2014, s. 348; Özgenç, 2014, s. 595; Zafer, 2013, s. 390.

Hileli iflas suçunda da, “*iflas olgusu*” gerçekleşmedikçe fail hakkında ne tamamlanmış, ne de teşebbüs aşamasında kalmış suçtan dolayı cezalandırma söz konusu olabilir. Buna karşılık, cezalandırılabilirlik koşulu gerçekleşmesine rağmen icra hareketlerini tamamlayamayan faili suça teşebbüsten dolayı sorumlu tutmak hukuken mümkündür¹³². Örneğin; hakkında iflas kararı verilmiş tacir malvarlığının bir kısmını veya tamamını kaçırmak veya gizlemek veya değerinin azalmasına neden olmak şeklindeki hileli işlem şekillerinden birini yapmak üzereyken yakalanır veya kaçırma girişimini tamamlayamaz ise, tamamlanmış hileli iflas suçundan değil, bu suça teşebbüsten dolayı cezalandırılır.

Suçu meydana getiren hareketler kısımlara bölünebildiğinde ve neticeye engel neden o anda ortaya çıktığında teşebbüs durumu gerçekleşmiş olmaktadır. Ancak, teşebbüs derecesinde kalmış olsa bile, “o zamana kadar yapılmış hareketlerin neticeyi yaratmaya uygun olup olmadığı, icra hareketlerinin neticeye ulaşmak bakımından elverişli olup olmadığı”, değerlendirmesinin yine de yapılması gerekmektedir. Aksi sonuca ulaşılması durumunda, teşebbüsün şartlarından “*elverişlilik*” bulunmadığından hileli iflas suçuna teşebbüsten de söz edilemeyecektir¹³³.

Son olarak şunu da ifade etmek isteriz; cezalandırılabilme koşulu somut olayda gerçekleşmediği için icra hareketlerinin tamamlanamamış olmasından dolayı faili hileli iflas suçuna teşebbüsten dolayı dahi cezalandırmak söz konusu olmamakla birlikte, o ana kadar yapılan hareketler başlı başına başka bir suçu oluşturmaktaysa fail hakkında o başka tamamlanmış suçun cezasına veya teşebbüs aşamasında kalmış ise teşebbüsten dolayı indirilmiş cezaya hükmedilmesi söz konusu olabilir¹³⁴.

B) Manevi Unsur

a) Genel Olarak

Hileli iflas suçu, ancak failin bilerek ve isteyerek TCK'nun 161/1. maddesinde sayılan hareketlerden birini veya birkaçını gerçekleştirmesi suretiyle işlenebilir, bu itibarla suçun manevi unsuru tartışmasız kasttır. Bu suçta kanun koyucu; tıpkı mülga TCK dönemindeki düzenlemede olduğu gibi suçun, failin genel kastı ile değil, hileye vurgu yapılmak suretiyle

¹³² Antolisei, 2008, s. 125; Artuç, 2007, s. 494; Erem, 1993, s. 2464; Erman, 1993, s. 210; İcel, 2014, s. 466; Kazancı, 2006, s. 164; Meran, 2008, s. 306; Muşul, 1998, s. 61; Özgenç, 2014, s. 595; Özgenç, 2002, s. 124.

¹³³ Dönmezer-Erman, 1997: 455 ve 418 vd; Evik, 2004: 187; Muşul, 1998: 61.

¹³⁴ Erman, 1993, s. 200.

örtülü bir biçimde maddede belirtilen saik veya amaçlarla işlenebileceğini hüküm altına almıştır¹³⁵. Zira hileli iflas suçunu oluşturan hareketlerin, benzer suçlardan ayırt edilmesine hizmet edecek şekilde belirli bir amaç veya amaçlar doğrultusunda manevi unsurla sınırlanması gerekmektedir.

Bu amaçlar da 161/1. maddede; **a)** “*Malvarlığını eksiltmek*” ve **b)** “*Malvarlığını kaçırmaya yönelik tasarruflarının ortaya çıkmasını önlemek*” şeklinde ifade edilmektedir. Fail bu suç, olursa olsun şeklindeki kayıtsızlık, umursamazlıkla değil, ancak belirtilen bu amaçlar doğrultusunda isteyerek işleyebilecektir. Bu itibarla, suçun; kimi yazarların görüşlerinin aksine¹³⁶, kanaatimizce TCK’nun 21/2. maddesinde düzenlenen “*olası kastla*” işlenmesi mümkün değildir¹³⁷. Suçun gerçekleşmesi açısından mutlak surette maddede sayılan amaca somut olayda nail olunması şart olmayıp, söz konusu amaçlar doğrultusunda hareket edilmesi yeterlidir.

b) Özel Kastı Oluşturabilecek Amaçlar

aa) Malvarlığını Eksiltmek

TCK’nun 161. maddesindeki örtülü düzenlemeden (özel kastla işleneceğinin madde metninde mündemiç olmasından) hileli iflas suçu kapsamında hile teşkil eden (a), (b) ve (c) bentlerindeki eylemlerin, “*malvarlığını eksiltmek*” amacıyla gerçekleştirilmiş olmasının şart olduğu neticesi çıkmaktadır. Çünkü “malların kaçırılması, gizlenmesi, aktifin az gösterilmesi, olmayan borç ikrarı” şeklindeki hileli eylemler açısından bu amacın açıkça öngörülmesinin gereksiz olduğunu ve bu hareketlerin niteliği, yapısı itibariyle zaten malvarlığını eksiltmeye yönelik olduğunu düşünmekteyiz¹³⁸.

Eksiltilmesi, azaltılması istenmeyen, arzu edilmeyen ve söz konusu hükümle yaptırım altına alınan şey alacaklıların teminatı mahiyetinde olan mallardır, yoksa gerekçede belirtildiği üzere bir ticari faaliyet bağlamındaki malvarlığı değildir.

¹³⁵ ARTUK, M. Emin-GÖKÇEN, Ahmet-YENİDÜNYA, Caner: *Uygulamalı Ceza Hukuku, Genel Hükümler-Özel Hükümler*, 1. Baskı, Ankara, Seçkin, 1999, s. 394; Erem, 1993, s. 2460; Kızıllarlan, 2006, s. 108; Muşul, 1998, s. 58-59; Parlar-Hatipoğlu, 2010, s. 2671; Yıldırım, 2000, s. 63.

¹³⁶ Artuç, 2007, s. 493; Kazancı, 2006, s. 163; Önder, 1994, s. 403-404; Özbek, 2008, s. 1303; Parlar-Hatipoğlu, 2010, s. 2671; Uyar, 2010, s. 20857; Yaşar-Gökcan-Artuç, c: IV, 2010, s. 4736.

¹³⁷ Meran, 2008, s. 306; Özenç, 2002, s. 123.

¹³⁸ Benzer nitelikteki değerlendirme için bkz: Antolisei, 2008, s. 131-132.

Sözlük anlamı itibariyle eksiltme; “sayısını azaltmak, eksik duruma getirmek”¹³⁹ olup, malvarlığını eksiltmek esasında herhangi bir açıklamayı gerektirmeyecek kadar açıktır. Burada failin amacı kanaatimizce dolaylı da olsa alacaklıları zarara uğratacak mahiyette iflas masasına dâhil olması gereken malları eksiltmektir. Çünkü malvarlığını azaltmaya, eksik duruma getirmeye yönelik her türlü hareket (satmak, harcamak, birine hibe etmek, tahrip etmek, yok etmek vs.) alacaklıların alacaklarının daha azına kavuşması anlamına geleceğinden dolaylı da olsa netice itibariyle alacaklılara zarar verecektir. Mülga TCK dönemindeki Yargıtay içtihatlarında bu amaçlarının var olup olmadığı değerlendirmesinin; malvarlığındaki aktif ve pasifin durumuna, failin iflastan önceki hukuki tasarruflarına bakmak suretiyle gerçekleştirildiği tespit edilmiştir.¹⁴⁰

bb) Malvarlığını Kaçırmaya Yönelik Tasarruflarının Ortaya Çıkmasını Önlemek

TCK'nun 161/1. maddesinin (b) bendinde yer alan “ticari defter, kayıt veya belgelerin gizlenmesi veya yok edilmesi” şeklindeki hileli işlem, ancak “malvarlığını kaçırmaya yönelik tasarrufların ortaya çıkmasını önlemeye yönelmek” suretiyle gerçekleştirilirse hileli iflas suçundan bahsedilebilir.

Bu amaç doğrultusunda yapılan hareketin hileli iflas suçunun oluşumundan önce veya sonra yapılmasının herhangi bir önemi bulunmamaktadır. Burada önemli olan; gizlemek veya yok etmek fiillerinin fail tarafından, malvarlığını kaçırmaya yönelik tasarruflarının ortaya çıkmasını önlemek amacıyla, suç açığa çıkmadan yapılmış olmasıdır. Dikkat edileceği üzere fail, bu eylemleri hileli iflas suçunu oluşturan hileli işlem şekillerinden malvarlığını kaçırmaya yönelik eylemlerinin açığa çıkmasını önlemek için, adeta işlediği suçun delillerini yok etmek, karartmak amacıyla gerçekleştirmektedir¹⁴¹. Gerçekten de uygulamaya baktığımızda, hakkında iflas kararı verilmiş gerçek kişi konumundaki tacirlerin veya tüzel kişiliğe haiz ticaret şirketlerinin yetkililerinin, iflas davası görülürken yetkili mahkemece veya sonrasında

¹³⁹ (Çevrimiçi), <http://www.tdk.gov.tr>.

¹⁴⁰ Yargıtay 6. CD'nin 09.11.1967 tarih ve 4959/5814 sayılı kararını zikreden: Kızılarşlan, 2006, s. 108, dn: 162; Yargıtay 6. CD'nin 21.09.1967 tarih ve 3942/4304 sayılı kararını zikreden: Kızılarşlan, 2006, s. 108, dn: 163.

¹⁴¹ Artuk-Gökçen-Yenidünya, 2013, s. 906; Koca-Üzülmez, 2013, s. 730; ÖZBEK, V. Özer-KANBUR, M. Nihat-DOĞAN, Koray-BACAŞIZ, Pınar-TEPE, İlker: Türk Ceza Hukuku, Özel Hükümler, 7. Baskı, Seçkin, Ankara, 2014, s. 987; Tezcan-Erdem-Önok, 2012, s. 828.

iflas idaresi tarafından talep edilmesine karşın ticari defterlerini, kayıt ve belgelerini teslim etmekten kaçındıkları görülmektedir. Hâlbuki iflasına karar verilen bir tacirin iflasının hileli veya taksirli olup olmadığı, ancak ticari defterleri, kayıt ve belgeleri üzerinde yapılacak inceleme ile anlaşılabilir bir husustur. Burada önemli olan failin ticari defterlerini, kayıt ve belgelerini gizleme veya yok etmek kastının neye yönelik bulunduğu, amacın malvarlığını kaçırmaya yönelik tasarruflarının ortaya çıkmasını önlemek mi, yoksa başka bir şey mi olduğunun tespitidir. Çünkü mevzuatımız kapsamında ticari defterlerin, kayıt ve belgelerin bu şekilde yetkili makamlara ibrazdan kaçınılması yani gizlenmesi veya yok edilmesi aynı zamanda farklı suç tiplerine de sebebiyet verebilmektedir. Örneğin; VUK madde 359/a (1) ve b (1) hükümlerine göre; “*vergi kanunlarına göre tutulan veya düzenlenen ve saklanma ve ibraz mecburiyeti bulunan; defter, kayıt ve belgeleri tahrif etmek veya gizlemek, vergi kanunları uyarınca tutulan veya düzenlenen ve saklama ve ibraz mecburiyeti bulunan defter, kayıt ve belgeleri yok etmek*” eylemleri ile kaçakçılık suçu işlenmiş olmaktadır.

Kastın neye yönelik olduğunun, hangi amaçla defter, kayıt veya bilgilerin gizlendiği veya yok edildiği hususlarının takdir ve tayini elbette ki, delillerin vasıtasızlığı ilkesinden hareketle madde bakımından görevli ağır ceza mahkemesinin münhasır yetkisi dâhilindeki bir husustur. Ancak, bu durumda yine failin hileli iflas suçunu işlemek genel kastıyla hareket ettiğinin ispatı suçun sübut bulması açısından yeterli olmayıp, zor olmakla birlikte¹⁴², TCK’nun 161/1 (b) bendinde ifade edilen özel kastla hareket edilmiş olduğunun da ispat edilmesi gerekmektedir.

C) Hukuka Aykırılık Unsuru

Hileli iflas suçunda, tipe uygun eylemin icrası ile birlikte, ceza kanununun genel hükümler kısmında prensip itibariyle kanuni tanımının dışında yer alan hukuka aykırılık unsuru da gerçekleşir¹⁴³, zira bazı suçların tanımındaki aksine suçun düzenlendiği TCK’nun 161/1. maddesinde hukuka aykırılık unsurundan özel bir biçimde bahsedilmediği görülmektedir. Hileli iflas suçunu hukuka uygunluk nedenleri açısından ele aldığımızda;

¹⁴² Yıldırım, 2000, s. 7.

¹⁴³ ZAFER, Hamide: *Özel Hayatın ve Hayatın Gizli Alanının Ceza Hukukuyla Korunması*, Beta, İstanbul, 2010, s. 109.

---“Yasal (meşru) savunma” ve “hakkın kullanılması” hukuka uygunluk nedenlerinin fikrimizce bu suçta gerçekleşmesi mümkün değildir.

---Hileli iflas suçunun işlenmesi durumunda sadece belirli bir alacaklı veya alacaklı grubunun değil, bütün iflas alacaklılarının zarar görme tehlikesi söz konusu olduğundan¹⁴⁴ ve bu suçla korunmak istenen hukuki değer sadece alacaklıların malvarlığı hakları olmadığından ilgilinin veya ilgililerin rızası, kanaatimizce yine bu suçta geçerli bir hukuka uygunluk nedeni olamayacaktır¹⁴⁵.

---Özetle; öğretide aksini iddia edenler bulunsa da, hukuka uygunluk nedenlerinin, hiçbir koşulda hileli iflas suçu ile bağdaşması mümkün görünmemektedir¹⁴⁶.

D) Kusurluluğu Ortadan Kaldıran Veya Etkileyen Nedenler

TCK’da; hileli iflas suçunda kusurluluğu ortadan kaldıran veya etkileyen nedenlere yönelik özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Konuya ilişkin genel kurallar, somut olayda uygulanma imkânı olmak kaydıyla bu suçun faili açısından da geçerli olacak ve hukuki neticeler meydana getirecektir.

Mülga TCK döneminde; kişilik haklarının kısıtlanmasına, çeşitli hak yoksunluklarına da neden olan iflas neticesini bertaraf amacıyla tacirin, hileli iflas sayılan hareketleri yapmak zorunda kalması durumunda “zorunluluk halinin” varlığının akla gelebileceği, ancak yerinde bir değerlendirmeye iflas tehlikesi ile karşı karşıya olan tacirin suç işlemek zorunda olmadığı, bundan kurtulabilmek için İİK’da düzenlenmiş önleyici konkordato müessesesine başvurabileceği, buna başvurmak yerine suç işlemeyi tercih eden bir kimsenin “zorunluluk halinden” istifade edemeyeceği ifade edilmiştir¹⁴⁷.

Gerçekten de kanaatimizce; TCK’nun 25. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenmiş “zorunluluk halinin” hileli iflas suçunda uygulanması

¹⁴⁴ Aksi görüş için bkz: Yıldırım, 2000, s. 47.

¹⁴⁵ Kızılarslan, 2006, s. 69; Muşul, 1998, s. 55. Aksi görüş için bkz: Artuç, 2007, s. 494; Erman, 1993, s. 201 ve 211.

¹⁴⁶ Aynı doğrultudaki görüş için bkz: Hafizoğulları-Özen, 2011, s. 402; Özbek, 2008, s. 1303.

¹⁴⁷ Erman, 1993, s. 200 ve 211.

açısından gerekli orantılılık koşulunun mevcut olmamasından dolayı somut olayda gerçekleşmesi mümkün görünmemektedir¹⁴⁸.

Doğal bir güç veya üçüncü kişinin eyleminden ileri gelebilen “zorlayıcı nedenler (mücbir sebepler)”; dış etkidenden doğan, önceden dikkate alınması ve ona göre hareket edilmesi imkânı olmayan olaylar, bu nedenle failin somut olayda hukuken kusurlu bir davranış sergilediğinden bahsedilememektedir¹⁴⁹.

Failin, iflas dairesince talepte bulunulmasına karşın defter, belge ve kayıtlarını ibraz etmemesinin kaynağı zorlayıcı bir neden olabilir. 5237 sayılı TCK’da kusurluluğu etkileyen veya kaldıran hallerden “zorlayıcı neden” hakkında da özel bir düzenleme yapılmamıştır. TCK’da bahsedilmeyen bu nedenler, defter, belge ve kayıtların ibraz edilmemesinin vergi kaçakçılığı suçunu oluşturacağı ifade edilen Vergi Usul Kanunu’nda (VUK) ise açık bir şekilde sıralanmıştır¹⁵⁰.

Öğretideki kimi yazarların¹⁵¹ aksine kıyası; “bir hukuk normunun yasanın düzenlemediği benzer bir olaya veya eyleme genişletilerek uygulanması sonucuna götüren düşünsel işlem¹⁵², genel olarak kanunun düzenlediği bir hususa nispetle, düzenlenmemiş olan benzer bir hususu düzenlemeye kavuşturmak”¹⁵³ olarak kabul ettiğimizden, suç yaratmamak veya kanunda öngörülme-yen bir yaptırımın uygulanması niteliğinde olmamak şartıyla ceza hukukunda özellikle de hukuka aykırılığı ve kusurluluğu ortadan kaldıran veya etkileyen nedenlerde failin lehine kıyas yapılabileceğini değerlendirmekteyiz¹⁵⁴.

Bu düşüncemizden hareketle; VUK madde 13’de sayılan bu hallerden biri veya birkaçı nedeniyle veya bunlar dışında kalan başka mücbir

¹⁴⁸ EVİK, A. Hakan: “Hileli İflas Suçunda, “Suçun İşlendiği Tarihin Tespitine” İlişkin Bir Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi”, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, c: 19, sayı: 2, Beta, İstanbul, 2013, s. 1091.

¹⁴⁹ Centel-Zafer-Çakmut, 2014, s. 405; DEMİRBAŞ, Timur: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, Seçkin, Ankara, 2013, s. 430; HAFIZOĞULLARI, Zeki-ÖZEN, Muharrem: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı, US-A Yayıncılık, Ankara, 2011, s. 315; İçel, 2014, s. 425; SOYASLAN, Doğan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Baskı, Yetkin, Ankara, 2005, s. 438.

¹⁵⁰ Ok-Gündel, 2002, s. 99 vd.

¹⁵¹ Centel-Zafer-Çakmut, 2014, s. 91; Demirbaş, 2013, s. 114.

¹⁵² İçel, 2014, s. 96.

¹⁵³ Hafizoğulları-Özen, 2011, s. 124.

¹⁵⁴ Hafizoğulları-Özen, 2011, s. 124; İçel, 2014, s. 96; Zafer, 2013, s. 84.

nedenlerden dolayı defter, kayıt veya belgelerin ibraz edilememesi¹⁵⁵ durumunda hileli iflas suçunu işlediği iddia edilen failin kusurlu hareket etmiş sayılamayacağı sonucuna ulaşmış bulunmaktayız. Zorlayıcı nedenin kaynağının deprem, sel gibi bir tabii afete dayanması durumunda herkes tarafından malum olduğundan ispatı da şart değildir. Buna karşılık defter, kayıt veya belgelerin bulunduğu deponun yanması, su baskınında zarar görmüş olması, hırsızlığa konu olması gibi durumlarda fail tarafından yangın durumunda itfaiyeden, hırsızlıkta emniyetten alınacak zayi raporu ile durumun asliye ticaret mahkemesine tespit ettirilmiş olması gerekmektedir.

Yine somut olayda TCK'nun 28. maddesinde düzenlenmiş “*korkutma veya tehdit*”in söz konusu olduğu bir durumda, hileli iflas suçunu işlediği iddia edilen fail kusurlu hareket etmiş sayılamayacaktır.

E) Suçu ve Cezayı Etkileyen Nedenler

a) Cezaya Etki Eden Ağırlatıcı Neden

Hileli iflas suçunun düzenlendiği TCK'nun 161. madde ve devamında mülga TCK'daki ve çoğu yabancı ülke mevzuatlarındakinin aksine cezaya etki eden herhangi bir ağırlatıcı nedene yer verilmemiştir.

Kimi yazarlarının görüşlerinin¹⁵⁶ aksine çoğunluk görüşü doğrultusunda¹⁵⁷ hileli iflas suçuna yönelik düzenlemelerden mevzuatımızda halen yürürlükte olduğu ifade edilenlerden artık sadece TCK'nun 161. madde hükmünün uygulanabileceğini, bu itibarla İİK'nun 311/2. fıkrasında yer alan; “*bir numaralı bentte yazılı malların kıymetine göre Türk Ceza Kanununun 522 nci maddesi tatbik olunur*” şeklindeki hükmün uygulanma imkânı olmadığını düşünmekteyiz.

b) Cezaya Etki Eden Hafifletici Neden ve Cezasızlık Hali

aa) Fiili Hafifletici Neden

İİK'nun 311/2. fıkrasında yer alan; “*bir numaralı bentte yazılı malların kıymetine göre Türk Ceza Kanununun 522 nci maddesi tatbik olunur*” şeklindeki hükmün TCK'nun 161. maddesinde yer alan suç açısından artık uygulanma imkânı bulunmamaktadır. Suçun maddi konusunu oluşturan

¹⁵⁵ Gündüz, 2012, s. 725.

¹⁵⁶ Kızıllarslan, 2006, s. 54 vd.

¹⁵⁷ ALBAYRAK, Hakan: İflasın Kaldırılması, Yetkin, Ankara, 2007, s. 48; Kazancı, 2006, s. 158 vd; Pekcanitez-Atalay-Sungurtekin Özkan-Özkes, 2013, s. 716; Yaşar-Gökcan-Artaç, c: IV, 2010, s. 4725-4727.

malvarlığı değerlerinin kıymeti ne kadar az olursa olsun hileli iflas suçunda cezaya etki eden bir “*fili hafifletici neden*” olarak uygulanamaz.

bb) Şahsi Cezasızlık Hali

TCK'nun 167. maddesinin ilk fıkrasında; hileli iflas suçu ile birlikte diğer malvarlığına karşı suçlar (yağma suçu hariç) açısından geçerli olan bir şahsi cezasızlık nedenine yer verilmiştir. Buna göre; hileli iflas suçunun maddede sayılan akrabalara karşı işlenmesi durumunda fail hakkında cezaya hükmedilmesi söz konusu olmayacaktır.

cc) Şahsi Hafifletici Neden

TCK'nun 167. maddesinin ikinci fıkrasına göre; hileli iflas suçunun maddede sayılan akrabalara karşı işlenmesi durumunda failin cezasında “*şahsi indirim nedeniyle*” yarı oranında indirim yapılması söz konusu olacaktır.

dd) Etkin Pişmanlık

Malvarlığına karşı suçlarda uygulanmak amacıyla TCK'nun 168. maddesinde “*cezayı azaltan şahsi neden olarak etkin pişmanlık*” kapsamında bir hükme yer verilmiştir. Maddenin birinci, ikinci ve dördüncü fıkraları hileli iflas suçu ile doğrudan ilgilidir. Birinci fıkraya göre; hakkında kovuşturma başlamadan önce failin bizzat pişmanlık göstererek mağdurun uğradığı zararı aynen geri verme veya tamamen tazmin etme suretiyle gidermesi durumunda cezasında üçte ikiye kadar indirim söz konusu olacaktır. İkinci fıkraya göre de; kovuşturma başladıktan sonra fakat henüz hüküm verilmeden önce mağdurun uğradığı zararın aynen geri verme veya tamamen tazmin etme suretiyle giderilmesi durumunda cezanın yarısı kadar indirim söz konusu olacaktır. Failin bu indirimden yararlanabilmesi için mağdurun rızasına ihtiyaç bulunmamaktadır. Ancak, maddenin dördüncü fıkrasına göre; mağdurun zararının aynen değil de, kısmi geri verme veya tazmin etme suretiyle giderilmesi durumunda failin bu indirimden yararlanabilmesi için mağdurun rızasının varlığı bir şart olarak karşımıza çıkmaktadır.

III- Suçların Birleşmesi ve İştirak

A) Suçların Birleşmesi

5237 sayılı TCK'da hileli iflas suçuna ilişkin özel bir içtima hükmüne yer verilmemiş olduğundan, bu suçla, diğer suçların içtima edip etmeyeceği

mesesini TCK'nun suçların içtimama yönelik genel hükümleri çerçevesinde ele almak gerekmektedir.

Hileli iflas suçu hareketin sayısı bakımından “*seçimlik hareketli bir suç*” olup¹⁵⁸, bu türden suçların özelliği sayılan bu hareketlerden sadece biri ile işlenebilmesidir. Buna karşılık, failin tek bir hareketle yetinmeyip sayılan hareketlerden birden fazlasını veya hepsini gerçekleştirmesi durumunda faile yine tek ceza verilmesi söz konusu olacaktır. Zira bu durumda hileli iflas suçuna ilişkin normun birden fazla ihlali ve ihlal sayısı kadar suçun gerçekleşmesi görünüşte olup, gerçekte norm sadece bir kez ihlal edilmiş olmakta ve ortada da tek suç bulunmaktadır¹⁵⁹. Failin aynı suçu (hileli iflas suçunu) işleme kararı kapsamında farklı zamanlarda hileli iflas suçuna neden olan eylemleri gerçekleştirmesi durumunda TCK'nun 43/1. maddesi anlamında “*zincirleme suçun*” varlığından söz edilebilecektir¹⁶⁰. Örneğin; müflisin malvarlığı kapsamında olup da, alacaklıların alacaklarının teminatı mahiyetindeki malların meblağı yüksek olduğundan dikkat çekmemek amacıyla tek bir seferde değil de, belirli aralıklarla kaçırmaları durumunda bu ihtimal söz konusu olabilecektir. Failin bu eylemi tek bir seferde birden fazla mağdura karşı gerçekleştirmesi durumunda ise TCK'nun 43/2. maddesi anlamında “*zincirleme suçun*” varlığından söz edilebilecektir. Örneğin; müflisin birden fazla alacaklısının bulunması durumunda alacaklıların alacaklarının teminatı mahiyetindeki malları kaçırmaları durumunda hileli iflas suçu tüm alacaklılarına karşı tek bir seferde işlenmiş olacaktır. TCK'nun 161/1. maddesinin (c) bendi doğrultusunda; borcun artmasına neden olan bir belge düzenleyerek gerçeğe aykırı borç kabul eden müflis esasında gerçeğe aykırı bir belge düzenlemiş olmaktadır. Ancak, TCK'nun 207/1. maddesindeki suçun maddi unsurunu oluşturan eylemler arasında gerçeğe aykırı belge düzenlemek ve kullanmak olmadığından¹⁶¹, bu türden bir eylem gerçekleştiren müflisin TCK'nun “*İçtima*” başlıklı 212. maddesi gereği, hem hileli iflas, hem de özel belgede sahtecilik suçundan ayrı ayrı cezalandırılması hukuken mümkün değildir.

TCK'nun 161/1 (d) bendi doğrultusunda sahtecilik yapmak suretiyle bilançoda aktifin olduğundan az gösterilmesi durumunda TCK'nun 207/1.

¹⁵⁸ Erman, 1993, s. 202; Özgenç, 2002, s. 109.

¹⁵⁹ İçel, 2014, s. 553.

¹⁶⁰ Artuç, 2007, s. 496.

¹⁶¹ Soyaslan, 2010, s. 503; Tezcan-Erdem-Önok, 2012, s. 696, Toroslu, 2010, s. 239.

maddesindeki sahtecilik suçu, hileli iflas suçunun bir unsuru haline getirilmiş olmaktadır. Prensipite, “*bileşik suç*” kapsamındaki böyle bir durumda müflisin ortaya çıkan yeni nitelikteki suçun (hileli iflas suçunun) cezası ile cezalandırılması gerekmektedir¹⁶². Buna karşılık TCK’nun 212. maddesindeki “*özel içtima hükmü*” uyarınca böyle bir durumda müflis hem hileli iflas, hem de özel belgede sahtecilik suçlarından ayrı ayrı cezalandırılacaktır¹⁶³.

Dolandırıcılık suçu ile hileli iflas suçu arasındaki ilişkiye baktığımızda; TCK’nun 161/1. maddesinde, “*dolandırıcılık suçu*” kapsamındaki “*hileden, hileli tasarruflardan*” bahsedilmekteyse de; her iki suçun unsurları ve neticeleri farklı olup, içtima etmeleri düşünülemez, ancak şartları bulunmak kaydıyla gerçek içtima kuralları söz konusu olabilir¹⁶⁴.

Tacir hakkında iflas kararı verildikten ve iflas açıldıktan sonra, müflisin haczi kabil tüm malları İİK’nun 184. maddesi gereği iflas masasına dâhil olmakta ve bu mallar üzerindeki her türlü tasarrufu İİK madde 191 gereği alacaklılara karşı hükümsüz olmaktadır. Müflisin, iflas masasına giren bir malını kaırması veya gizlemesi durumunda hileli iflas dışında ayrıca hırsızlık suçunu da işlediği düşünülebilir. Müflisin kaırma veya gizlemeye konu malının masaya girmesi, onun üzerindeki tasarruf hakkına etki yapsa bile, mülkiyet ve zilyetlik haklarına etki etmez ve hırsızlık suçu da söz konusu olmaz. Dolayısıyla kanaatimizce; hileli iflas suçu, hırsızlık suçu ile içtima etmez¹⁶⁵.

Yine gizlemek veya yok etmek fiillerinin malvarlığını kaırmaya yönelik tasarruflarının ortaya çıkmasını önlemek amacıyla işlenen hileli iflas suçunun delillerini yok etmek, karartmak için işlenmesi durumunda aynı zamanda TCK’nun 281. maddesinde düzenlenmiş “*suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirme*” suçunun da gerçekleştiği akla gelebilir. Ancak, kimsenin kendisi veya yakınları aleyhine delil vermeye veya bu yönde açıklamalarda bulunmaya zorlanamaması ilkesi gereği delilleri karartılan suçun (örneğin; hileli iflas suçunun) faili aynı zamanda TCK’nun 281. maddesindeki suçun faili olamayacaktır¹⁶⁶.

¹⁶² İçel, 1972, s. 206; İçel, 2014, s. 555.

¹⁶³ Artuç, 2007, s. 496; Özgenç, 2002, s. 125.

¹⁶⁴ Artuç, 2007, s. 496; Erman, 1993, s. 212.

¹⁶⁵ Erman, 1993, s. 212-213.

¹⁶⁶ ÜNVER, Yener: *Adliyeye Karşı Suçlar*, Ankara, Seçkin, 2010, s. 283-284.

Bu nedenle, işlediği hileli iflas suçu kapsamındaki malvarlığını azaltmaya yönelik tasarruflarının ortaya çıkmasını engellemek için defter, kayıt veya belgelerini gizleyen veya yok eden (suçun delillerini, izlerini silen, örtbas eden) fail, TCK'nun 281/1. maddesinin ikinci cümlesindeki açık düzenleme gereği her iki suçtan dolayı değil sadece hileli iflas suçundan dolayı sorumlu olacaktır.

B) İştirak

Yukarıda hileli iflas suçunun failinin; ancak “*iflasa tabi bir borçlu*” yani “*tacir*” (TTK hükümleri gereği tacirler, tacir sayılanlar, tacir olmadıkları ve sayılmadıkları halde tacir gibi sorumlu olanlar, yine tacir olmadıkları ve sayılmadıkları halde özel kanunlardaki hükümler nedeniyle iflasa tabi olanlar) olabileceğini belirtmiştik¹⁶⁷. Bu itibarla suçun; failin özelliği açısından “*özü (mahsus) suç*” olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

Hileli iflas suçu açısından iştirak hükümleri, özü suça yönelik kurallar hariç herhangi bir özellik göstermez. Suçun işlenmesine nedensel değer taşıyan maddi veya manevi herhangi bir katkı sağlayan kişi suça iştiraktan sorumlu olur.

Suçun işlenişine iştirak eden diğer kişilerin nasıl ve ne şekilde sorumlu tutulacaklarına ilişkin düzenleme TCK'nun “*Bağlılık Kuralı*” başlıklı 40. maddesinin 2. fıkrasında yer almaktadır. Maddeye göre; “*özü suçlarda, ancak özel faillik niteliğini taşıyan kişi fail olabilir. Bu suçların işlenişine iştirak eden diğer kişiler ise azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulur.*” Bu düzenlemeden de anlaşılacağı üzere; hileli iflas suçunda tacir olmayan kişi, suçun müşterek veya müstakil faili olamaz, suça iştirak ettiğinde de, TCK'nun yukarıdaki hükmü gereği, ancak “*azmettiren*” veya “*yardım eden*”¹⁶⁸ olarak sorumlu tutulabilir¹⁶⁹. TCK'daki sistem uyarınca azmettiren, müşterek fail ile aynı cezaya çarptırılmak durumunda olduğundan suça iştirak eden diğer kişilerin azmettiren olarak kabulünde herhangi bir sakınca görülmemektedir. Buna karşılık, yardım edenin cezasının TCK'nun 39/1 hükmü uyarınca yarı oranında indirilecek olması,

¹⁶⁷ Erman, 1993, s. 191; Muşul, 1998, s. 34; Özgenç, 2002, s. 122.

¹⁶⁸ “Yardım eden” in ceza sorumluluğu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: EVİK, Vesile Sonay: Suça İştirakte Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu, XII Levha, İstanbul, 2011.

¹⁶⁹ Hileli iflasta iflasa tabi tacirlerin dışında suça katılanların da “müşterek fail olabilecekleri” yönündeki görüş için bkz: Parlar-Hatipoğlu, 2010, s. 2672; iştirakin “fail veya yardım eden olarak mümkün olduğu” şeklindeki görüş için bkz: Malkoç, 2013, s. 2784. “İştirakin her şeklinin mümkün olduğu” biçimindeki görüş için bkz: Özbek, 2008, s. 1304.

adeta “tacir dışındaki diğer kişilerin kayırılmak istendiği gibi bir izlenimin doğmasına neden olduğundan”¹⁷⁰ kanaatimizce adil değildir.

5237 sayılı TCK’da, mülga TCK döneminde yer alan; a) “*Hileli iflas suçuna sebebiyet verebilecek eylemlerin müflis dışında O’nun ev halkından biri tarafından işlenmesi durumunda aynen müflis gibi cezalandırılacağı*” ve b) “*TCK’nun iştirak hükümleri dışında kalsa da müflisin aktifini azaltmak maksadıyla ona ait taşınır ve taşınmaz malları kısmen veya tamamen saklayan veya kaçırın ve muvazaa ile temellük eden veya bu hususlarda yataklık veya tavassut eden veya iflâs masasına müracaat ile kısmen veya tamamen asılsız alacaklarını kaydettiren veya müflisin tediye kabiliyetine azaltmak maksadıyla kendi adına veya müstear adla ticari faaliyetlere girişen kimseler hakkında faille aynı cezanın uygulanacağı*” şeklindeki iştirake yönelik özel hükümlere yer verilmemiştir¹⁷¹. Bu düzenleme kanaatimizce yukarıdaki gerekçelerden dolayı yerinde olmamıştır.

Hileli iflas suçu açısından kanunda düzenlenmiş herhangi bir “*fili ağırlatıcı veya hafifletici neden*” bulunmadığından, bunun suç ortaklarına sirayeti de söz konusu olmayacaktır. Var olan “*şahsi cezasızlık nedeni veya şahsi indirim*” nedeninin ise, adı üstünde şahsi olmasından dolayı diğer şeriklere sirayeti, maddede sayılan failer dışındakilerin cezalarında bir indirimde gidilmesi söz konusu değildir¹⁷².

Son olarak bir hususun daha altını çizmekte yarar görmekteyiz: “*İflas etmiş olma*” cezalandırılabilirlik koşulunun gerçekleşip gerçekleşmemesi, suça iştirak edenlerin tümü açısından önem arz etmektedir. Koşulun somut olayda gerçekleşmemesi durumunda asli fail konumundaki “*tacir*” gibi, suçun işlenişine katılan diğer kişilerin de cezalandırması hukuken mümkün değildir. Objektif nitelikte olduğundan, koşulun gerçekleşmesi durumunda ise, aynen fail gibi azmettiren ile yardım edenin de bundan haberdar olup olmamalarının hiçbir önemi bulunmamaktadır. Diğer bir deyişle, suç ortaklarının tümü birlikte cezalandırılır¹⁷³.

¹⁷⁰ Evik, 2011, s. 330; Hafizoğulları-Özen, 2011, s. 370-371; İçel, 2014, s. 492.

¹⁷¹ Yaşar-Gökcan-Artuç, 2010, s. 4727.

¹⁷² Dönmezer, 2001, s. 607-608; Toroslu, 2010, s. 192-193.

¹⁷³ İÇEL, Kayıhan: Suçların İctimai, Sermet Matbaası, İstanbul, 1972, s. 197-200; İçel, 2014, s. 215.

IV- Yaptırım ve Yargılama

A) Yaptırım

5237 sayılı TCK'nun 161. maddesine göre hileli iflas suçunun yaptırımı üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezasıdır. Failin neden olduğu zararın miktarının azlığı veya çokluğunun cezanın arttırılmasına ve azaltılmasına herhangi bir etkisi bulunmamakla birlikte, temel cezanın belirlenmesinde hâkim tarafından dikkate alınacağı aşikârdır¹⁷⁴.

Failin suçu işledikten sonra kovuşturma başlamadan önce bizzat pişmanlık göstermek suretiyle mağdurun zararını aynen iade veya tamamen tazmin suretiyle gidermesi durumunda TCK'nun 168/1. maddesi gereği ceza en fazla 2/3 oranında indirilecek, bu pişmanlığın kovuşturma başladıktan sonra fakat hüküm verilmeden önce ortaya konulması durumunda da TCK'nun 168/2. maddesi gereği ceza yarısına kadar indirilecektir.

Suçun, hakkında ayrılık kararı verilmemiş eşlerden birinin üstsoy veya altsoy ya da bu derecedeki kayın hısımlarından birinin veya evlat edinen veya evlatlığın ya da aynı konutta beraber yaşayan kardeşlerden birinin zararına işlenmesi durumunda TCK'nun 167/1. maddesi gereği fail hakkında cezaya hükmedilmeyecektir. Bu durumda, muhakemeyi yürüten Mahkeme tarafından Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMK) 223/4-b maddesi uyarınca sanık hakkında “ceza verilmesine yer olmadığı” kararı verilecektir.

TCK'nun 167/2. maddesi gereği suçun, hakkında ayrılık kararı verilmiş eşlerden birinin, aynı konutta beraber yaşamayan kardeşlerden birinin, aynı konutta beraber yaşayan amca, dayı, hala, teyze, yeğen veya ikinci dereceden kayın hısımlarının zararına işlenmesi durumunda fail hakkında verilecek ceza 1/2 oranında indirilecektir.

Failin, işlediği iddia edilen suçtan dolayı mahkûm olması durumunda, ceza ile birlikte 5237 sayılı TCK'nun 53 ve devamı maddelerinde düzenlenen “Güvenlik Tedbirlerinden” birine veya birkaçına somut olayda koşulları bulunmak kaydıyla hükmedilmesi mümkündür. Bazı suçlarda olduğu halde, kanun koyucunun hileli iflas suçunun bir tüzel kişiliğin yararına işlenmesi durumunda cezai yaptırımın yanısıra “Tüzel Kişilere Yönelik Güvenlik Tedbirinin” de uygulanması yönünde bir hükme ne suçun

¹⁷⁴ Yaşar-Gökcan-Artuç, c: IV, 2010, s. 4738.

düzenlendiği, ne de TCK'nun diğer bir maddesinde yer verildiği görülmektedir.

Temel cezanın tayininden ve varsa indirimin uygulanmasından sonra ortaya çıkan somut cezanın bir yıldan az süreli hapis cezası olması durumunda, cezanın TCK'nun 50. maddesi çerçevesinde seçenek yaptırımlara çevrilmesi, iki yıldan az süreli hapis cezası olması halinde de, TCK'nun 51. maddesindeki şartların gerçekleşmesi kaydıyla “cezanın infazının ertelenmesi” söz konusu olabilecektir¹⁷⁵.

B) Yargılama

Mevzuatımızda genel mahkemelerin madde bakımından yetki alanları yani hangi mahkemenin hangi ağırlıktaki suçlara bakma yetkisine sahip olduğu hususu CMK ve 07.10.2004 tarih ve 5235 sayılı “*Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev Ve Yetkileri Hakkında Kanun*”¹⁷⁶ (AYİDMİBAMKGYHK) hükümleri ile belirlenmiştir¹⁷⁷.

Bu kapsamdaki “*Ağır Ceza Mahkemelerinin*” madde bakımından görev alanları AYİDMİBAMKGYHK'un 21.02.2014 tarih ve 6526 sayılı Kanununun 2. maddesi ile değişik 12. maddesi¹⁷⁸; “*Kanunların ayrıca görevli kıldığı hâller saklı kalmak üzere, TCK'da yer alan yağma, irtikâp, resmî belgede sahtecilik, nitelikli dolandırıcılık, hileli iflâs suçları, TCK'nun İkinci Kitap Dördüncü Kısımının Dört, Beş, Altı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar (318, 319, 324, 325 ve 332 nci maddeler hariç) ve 12.04.1991 tarih ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun kapsamına giren suçlar dolayısıyla açılan davalar ile ağırlaştırılmış müebbet hapis, müebbet hapis ve on yıldan fazla hapis cezalarını gerektiren suçlarla ilgili dava ve işlere bakmak*”¹⁷⁹ şeklindedir.

Hükümden de anlaşılacağı ve Yargıtay kararlarında da vurgulandığı¹⁸⁰ üzere; hileli iflas suçuna madde bakımından bakmakla görevli mahkeme

¹⁷⁵ Yaşar-Gökcan-Artuç, c: IV, 2010, s. 4739.

¹⁷⁶ 7 Ekim 2004 tarih ve 25606 sayılı RG.

¹⁷⁷ Centel-Zafer, 2014, s. 533.

¹⁷⁸ 06.03.2014 tarih ve 28933 Mükerrer sayılı RG.

¹⁷⁹ Aynı madde hükmüne göre; “Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay'ın yargılayacağı kişilere ilişkin hükümler, askeri mahkemelerin görevlerine ilişkin hükümler ile çocuklara özgü kovuşturma hükümleri saklıdır.”

¹⁸⁰ Yargıtay 15. CD'nin 26.06.2012 tarih ve 14777/39933 sayılı kararı için bkz: Yaşar-Gökcan-Artuç, 2014, s. 5283; Yargıtay 11. CD'nin 12.05.2009 tarih ve 2008/21942 Esas, 2009/6202 Karar sayılı kararı için bkz:

ağır ceza mahkemesidir. Ağır ceza mahkemesi, ticaret mahkemesince verilmiş iflas kararının yerinde olup olmadığını tartışamayacak, ancak iflasın iddia kapsamında hileli olup olmadığını kendisi serbestçe tayin edecektir¹⁸¹. Hatta hileli iflas suçunun işlendiği iddiasıyla açılmış bir davada, suçun iddianamede belirtilen hukuki niteliğinin değişmesi gündeme geldiğinde pek tabii ki davaya konu eylemlerin taksirli iflas suçunu oluşturduğu yönünde de karar verebilecektir¹⁸².

Hileli iflas suçunun muhakemesi bakımından, hâkimin yetkisinin yer esasına göre paylaştırılması, mahkemelerin coğrafi alan olarak yargı çevrelerine bölünmesi anlamına gelen ve CMK md 12 ve devamında düzenlenen “*yer bakımından yetki*”¹⁸³ açısından bir özellik bulunmamaktadır. “Ticaret Mahkemesince verilmiş iflas kararını suçun unsurları arasında kabul eden ve buradan hareketle suçun tamamlandığı anı iflas kararının verildiği an olarak değerlendiren” görüş taraftarı kimi yazarlara¹⁸⁴ göre; iflas yoluyla takipte yetkili merci, borçlunun muamele merkezinin bulunduğu yerdeki icra dairesi olup (İİK madde 154), yer bakımından yetkili ağır ceza mahkemesi de icra dairesinin olduğu yerdeki ağır ceza mahkemesidir.

Yukarıda ayrıntılı şekilde açıkladığımız üzere; iflas olgusunu suçun unsurları arasında görmediğimizden, öncelikle hileli iflas suçuna konu işlemlerin eğer tespit edilebiliyorsa nerede yapıldığına bakmak ve ona göre yer bakımından yetkili mahkemenin neresi olduğunu belirlemek gerekmektedir. Aksi bir durumda yani hileli işlemlerin yapıldığı yerin tayininin tespitinin mümkün olmaması durumunda, ancak borçlunun muamele merkezinin bulunduğu yerdeki ağır ceza mahkemesinin yer bakımından yetkili olabileceğini düşünmekteyiz¹⁸⁵.

Kürtül, 2014, s. 18. Yargıtay 15. CD'nin 26.06.2012 tarih ve 14777/39993 sayılı kararı için bkz: Malkoç, 2013, s. 2784.

¹⁸¹ Kuru-Arslan-Yılmaz, 2011, s. 605; Yaşar-Gökcan-Artuç, c: IV, 2010, s. 4740.

¹⁸² Artuç, 2007, s. 489; Özbek-Kanbur-Bacaksız-Doğan-Tepe, 2014, s. 81; Toroslu-Feyzioğlu, 2011: 302.

¹⁸³ Centel-Zafer, 2014: 539; Kunter-Yenisey-Nuhoğlu, 2010: 579-580; ÖZBEK, V. ÖZER-KANBUR, M. NİHAAT-DOĞAN, KORAY-BACAĞSIZ, Pınar-TEPE, İlker: Ceza Muhakemesi Hukuku, 6. Baskı, Seçkin, Ankara, 2014, s. 598-599; ŞAHİN, Cumhur: Ceza Muhakemesi Hukuku I, 4. Baskı, Seçkin, Ankara, 2013, s.103-104; Toroslu-Feyzioğlu, 2011, s. 17-18; ÜNVER, Yener-HAKERİ, Hakan: Ceza Muhakemesi Hukuku, c: I, 6. Baskı, Adalet, Ankara, 2012, Ünver-Hakeri, 2012, s. 194.

¹⁸⁴ Dönmezer, 2001, s. 496.

¹⁸⁵ Aynı doğrultudaki görüş için bkz: Artuç, 2007, s. 498; Yaşar-Gökcan-Artuç, c: IV, 2010, s. 4740.

Hileli iflas suçunun, soruşturulması ve kovuşturulması açısından mevzuatımızda herhangi bir özel kurala, koşula yer verilmediğinden, suçla ilgili soruşturma Savcılık Makamı, muhakeme de ağır ceza mahkemesince genel esaslara göre yapılacaktır.

Prensip itibariyle, suçun soruşturulması şikâyete bağlı olmayıp, re'sen takibi gereken suçlardandır. Ancak, TCK'nun 167/2. maddesinde düzenlenen akrabalara karşı işlenmesi durumunda suçun takibi aynı madde gereği maddede sayılan akrabalardan birinin şikâyetine bağlı olacaktır.

Somut olayda, soruşturma aşamasında, cezayı ortadan kaldıran şahsi neden olarak etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasını gerektirecek koşulların veya şahsi cezasızlık nedenlerinin varlığı halinde Savcılık Makamı tarafından CMK'nun 171/1. maddesi gereği “*kovuşturmaya yer olmadığı kararı*” verilebilecektir¹⁸⁶.

C) Dava Zamanlaşımı

Hileli iflas suçunun işlenme tarihinin, bazı yerel mahkemelerin tespitlerinin aksine cezalandırılabilme şartı niteliğindeki iflas kararının ticaret mahkemesince verilme tarihi olmadığını, aynı şekilde Yargıtay'ın eski tarihli içtihatlarındaki görüşünün¹⁸⁷ aksine iflas kararının kanun yolu başvurusu sonrasında kesinleştiği tarih de olmadığını, Yargıtay'ın yeni tarihli bir kararında vurguladığı üzere; “*alacaklıların malvarlığına yönelik hileli eylemlerin/işlemlerin yapıldığı tarih olduğunu*”¹⁸⁸ düşünmekteyiz. Bu düşüncemizden hareketle aksini iddia edenler¹⁸⁹ olsa da; dava zamanlaşımı süresinin başlangıcı bakımından da aynı mantık doğrultusunda değerlendirme yaparak, alacaklıların malvarlığına yönelik hileli eylemlerin gerçekleştirildiği tarihin esas alınması gerektiği kanaatini taşımaktayız¹⁹⁰.

¹⁸⁶ Artuç, 2007, s. 497.

¹⁸⁷ Yargıtay 15. Ceza Dairesi'nin 19.04.2012 tarih ve 18728/35329; Yargıtay 11. Ceza Dairesi'nin 15.10.2009 tarih ve 2008/892 Esas, 2009/12138 Karar sayılı kararları için bkz: Yaşar-Gökcan-Artuç, 2014, s. 5283. Yargıtay 11. Ceza Dairesi'nin 25.03.2008 tarih ve 2008/352 Esas, 2008/1731 Karar sayılı kararı için bkz: Yaşar-Gökcan-Artuç, 2010, s. 4742. Yargıtay'ın aksi yönde kararlarının da olduğu bilinmektedir. Örneğin; Yargıtay 6. Ceza Dairesi'nin 06.03.1996 tarih ve 562/2145 sayılı kararı için bakınız: Alacakaptan, 2001, s. 226.

¹⁸⁸ Yargıtay 15. CD'nin 12.09.2013 tarih ve 2013/12176, 2013/13130 tarihli kararı.

¹⁸⁹ Bakınız: Centel-Zafer-Çakmut, 2014, s. 743; Koca-Üzülmez, 2014, s. 351; Meran, 2008, s. 304; Özgenç, 2014, s. 595; Özbek, 2008, s. 1303.

¹⁹⁰ Aynı doğrultudaki değerlendirme ve yorumlar için bkz: Alacakaptan, 2001, s. 227; Artuç, 2007, s. 495; Artuk-Gökçen-Yenidünya, 2014, s. 541; Centel-Zafer-Çakmut, 2014, s. 204; Demirbaş, 2013, s. 203; Dönmezer-

Yabancı ülke mevzuat ve uygulamalarına baktığımızda; İsviçre Federal Mahkemesi'nin yerleşmiş içtihatlarına göre dava zamanlaşımının fiilin işlendiği tarihten başlatıldığı¹⁹¹, İtalyan Ceza Kanunu'nun 158. maddesinde cezalandırılabilirlik koşulunun gerçekleşmesine bağlı suçlar açısından özel bir düzenlemeye gidilerek, dava zamanlaşımının süresinin suçun işlendiği tarihte değil, koşulun gerçekleştiği tarihte başlayacağı yönünde açık bir hükme yer verildiği görülmektedir¹⁹².

Dava zamanlaşımının başlangıcını düzenleyen TCK'nun 66/6. maddesinde; tamamlanmış suçlara, teşebbüs halinde kalan suçlara, kesintisiz suçlara, zincirleme suçlara ve çocuklara karşı işlenen suçlara ilişkin özel düzenlemeye yer verildiği, buna karşılık, cezalandırılabilirlik koşuluna bağlı suçlara yönelik özel bir hükmün bulunmadığı görülmektedir.

Ceza kanunumuzda genel bir düzenleme olmadığından, koşulun bağlı olduğu suçlara ilişkin madde ve gerekçelerinde de bu doğrultuda özel bir açıklama yer almadığından temel prensipten sapmamanın gerektiği, aksi düşüncenin kanun koyucunun iradesine aykırı olacağını düşünmekteyiz¹⁹³.

Yargıtay 11. CD'nin bir kararında¹⁹⁴, “suçun maddi unsurunu oluşturan hareketlerin iflas kararının verilmesinden önce yapılması halinde suç tarihi iflas kararının kesinleşme tarihi olduğu”¹⁹⁵ yönünde bir değerlendirmenin yer aldığı görülmektedir. Karardaki bu yorumdan 11. CD'nin; hileli eylemlerin iflas kararı verilmesinden önce yapılması halinde suçun işlenme tarihinin iflas kararının kesinleştiği, daha sonrasında yapılması halinde ise, hileli eylemin yapıldığı tarih olarak değerlendirdiği anlaşılmaktadır. Kanımızca bu yorum, yani bir suçun işlenme tarihini, bu şekilde “hareketin önce ya da sonra yapılmasına göre farklı farklı tarihleri dikkate almak suretiyle belirlemek” hukuken kabul edilebilir bir şey değildir¹⁹⁶.

Erman, 1999, s. 321; Erem, 1993, s. 2465; Evik, 2013, s. 1094-1095 vd; İçel, 2014, s. 215; Meran, 2008, s. 306; Özbek-Özer-Kanbur-Bacaksız-Doğan-Tepe, 2014, s. 466; Üstündağ, 2002, s. 192; ;Zafer, 2013, s. 389.

¹⁹¹ Üstündağ, 2002, s. 192, dn: 211.

¹⁹² Alacakaptan, 2001, s. 225, Dönmezer-Erman, 1999, s. 258; 227; Önder, 1991, s. 788.

¹⁹³ Evik, 2013, s. 1096.

¹⁹⁴ 25.03.2008 tarih ve 2008/352 Esas, 2008/1731 Karar sayılı karar için bkz: Yaşar-Gökcan-Artuç, 2010, s. 4742.

¹⁹⁵ Yargıtay 15. CD'nin bir önceki dipnotta zikredilen kararın doğru olduğu yönündeki aynı içerikli 19.04.2012 tarih ve 18728/35329 sayılı kararı için bkz: Yaşar-Gökcan-Artuç, 2014, s. 5283.

¹⁹⁶ Evik, 2013, s. 1097.

Yargıtay 11. CD'nin yukarıdaki kararını değerlendiren, 15. CD'nin 2012 tarihli bir kararında yer alan; “Sanıklara yüklenen Hileli iflas suçunda suç tarihinin Yargıtay 11. Ceza Dairesinin 25.03.2008 gün ve 2008/352 esas ve 2008/1731 sayılı bozma ilamında da belirtildiği üzere, İzmir 1. Asliye Ticaret Mahkemesine açılan 24/04/2001 gün ve 1999/1178 esas ve 2001/471 sayılı iflas davasının kesinleşme tarihi olan 07.05.2009 olduğunun anlaşılması karşısında(...) şeklindeki değerlendirmelerle Yargıtay 11. CD'nin kararını benimsediği görülmektedir. Buna karşılık aynı dairenin Eylül 2013 tarihli daha yeni bir kararında yer alan; “Hileli İflas” suçunun, “hileli işlemlerin yapılması” ile oluşacağı¹⁹⁷ şeklindeki yorumu ile yukarıdaki içtihadından vazgeçtiği görülmektedir.

TCK'nun 161. maddesinde düzenlenmiş olan “hileli iflas” suçundaki “iflas etmiş olma” koşulu, objektif cezalandırılabilirlik koşulu olduğundan, suçun işlenme tarihi “malvarlığını eksiltmeye yönelik hileli tasarruflarda bulunmak” şeklindeki eylemlerden herhangi birinin veya birkaçının yapıldığı tarihtir. Bu itibarla, dava zamanaşımı süresinin başlangıcı da koşulun değil, Yargıtay 15. CD'nin bir önceki paragrafta zikredilen içtihadında da ifade ettiği üzere suçun gerçekleştiği tarihtir.

SONUÇ

Türk Ceza Kanunu'nun 161. maddesine göre bir tacirin, hakkında iflas kararı verilmeden önce veya iflas kararı verildikten sonra, malvarlığını eksiltmeye yönelik hileli bir takım tasarruflarda bulunması “hileli iflas” suçunu oluşturmaktadır. Hileli iflas suçunu işleyen müflis; “hileli müflis” şeklinde isimlendirilmektedir.

İnceleme konumuzu oluşturan hileli iflas suçu ile korunmak istenen hukuki değerler birden fazla olup, bunlar; **a)** Genelde kişiler, özelde de alacaklıların malvarlıkları kapsamındaki “malvarlığı hakları”, **b)** Kişilerin birbirleriyle olan alışverişlerinde duymaları gereken “güven ilişkisi (kredi emniyeti)” ve **c)** “Milli ekonomi”dir. Suçun maddi konusu da; iflas masasını teşkil eden borçluya ait olup da haczedilebilen tüm malvarlığından oluşmaktadır.

¹⁹⁷ Yargıtay 15. CD'nin 12.09.2013 tarih ve 2013/12176, 2013/13130 tarihli aynı doğrultudaki kararı.

Yargıtay içtihatlarında da vurguladığı üzere; suçun faili, ancak iflase tabi olan ama somut olayda henüz hakkında iflas kararı verilmemiş veya verilmiş gerçek veya tüzel kişi yetkilisi olabilir.

Hileli iflas suçunun tipik eylem unsuru; “*malvarlığını eksiltmeye yönelik hileli tasarruflarda bulunmak*” olup, hileli tasarruf kapsamındaki seçimlik eylemlerin nelerden ibaret olduğu 161. maddenin alt bentlerinde sayılmaktadır.

Suç; hareketin sayısı bakımından “*seçimlik*”, şekli açısından “*icrai*”, icrasının süreklilik arz edip etmemesi açısından hem “*ani*”, hem de “*mütemadi*”, önemi açısından da “*bağlı*” hareketlidir. Hileli iflas suçu, “*iflas olgusu*” gerçekleşmeden önce veya sonra hileli eylemlerin yapılması suretiyle tüm unsurları bakımından zaten gerçekleşmiştir. Bu nedenle, ister iflas kararı verilmesinden önce, ister sonra gerçekleştirilmiş olsun, suçun tamamlanma anı; iflas olgusunun gerçekleştiği değil, hileli eylemlerin yapıldığı an’dır.

Netice bakımından neticesi harekete bitişik bir “*somut tehlike*” suçudur. Cezalandırılabilirlik koşulunu ihtiva eden suçlar da teşebbüse elverişli olup, koşulun gerçekleşmesine rağmen icra hareketlerini tamamlayamayan fail suça teşebbüsten sorumlu olur. Mevzuatımızda yer alan hukuka uygunluk nedenlerinin hiçbiri, hiçbir koşulda hileli iflas suçu ile bağdaşmamaktadır.

Mülga kanundaki düzenlemenin aksine kanuni tanımda suçun özel kastla işlenebileceğine yönelik bir açıklık bulunmamaktadır. Ancak, malvarlığını eksiltmeye yönelik tasarrufların hileli bir şekilde meydana getirilmesi aranmaktadır, yani özel kastla işleneceği hususu madde metninde mündemiçtir. Bu itibarla, suç, “*malvarlığını eksiltmek*” veya “*ticari defter, kayıt veya belgelerin gizlenmesi veya yok edilmesi*” amaçları doğrultusunda işlenebilir.

Suçta madde bakımından bakmakla görevli mahkeme; ağır ceza mahkemesi, yer açısından da hileli eylemlerin yapıldığı yerdeki, bunun tespitinin mümkün olmaması durumunda ise borçlunun muamele merkezinin bulunduğu yerdeki ağır ceza mahkemesidir. Suçun işlenme ve tamamlanma anı, hileli eylemlerin yapıldığı an olduğundan, dava zamanaşımı süresinin başlangıcı da bu tarihtir. Belirli akrabalara karşı

işlenmesi durumu hariç, kovuşturulması ve soruşturulması re'sen gerçekleştirilecek suçlardandır.

KAYNAKÇA

- [1] **ALACAKAPTAN, Uğur:** “Hileli İflas Suçunun İşlenme Zamanı ve Anılan Suçta Dava Zamanaşımının Başlangıcı”, Prof. Dr. İrfan Baştuğ Armağanı, Seçkin, Ankara, 2001.
- [2] **ALBAYRAK, Hakan:** İflasın Kaldırılması, Yetkin, Ankara, 2007.
- [3] **ANTOLISEI, Francesco:** Manuale di Diritto Penale-Leggi Complementari, c: 2, 12. Baskı, Milano, Giuffre, 2008.
- [4] **ARKAN, Sabih:** Ticari İşletme Hukuku, 8. Baskı, BTHAE Yayınları, Ankara, 2005.
- [5] **ARTUÇ, Mustafa:** Malvarlığına Karşı Suçlar, Kartal, Ankara, 2007.
- [6] **ARTUK, M. Emin-GÖKÇEN, Ahmet-YENİDÜNYA, Caner:** Uygulamalı Ceza Hukuku, Genel Hükümler-Özel Hükümler, 1. Baskı, Ankara, Seçkin, 1999.
- [7] **ARTUK, M. Emin-GÖKÇEN, Ahmet-YENİDÜNYA, Caner:** TCK Şerhi, Özel Hükümler Madde 132-234, c: 4, 1. Baskı, Ankara, Turhan, 2009.
- [8] **ARTUK, M. Emin-GÖKÇEN, Ahmet-YENİDÜNYA, Caner:** Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, Ankara, Adalet, 2014.
- [9] **BATTAL, Ahmet:** Bankacılık Kanunu Şerhi (5411 Sayılı Kanun ve Açıklaması), Ankara, Seçkin, 2005.
- [10] **BAYRAKTAR, Köksal:** Suç İşlemeye Tahrik Cürmü, İÜHF Yayını, İstanbul, 1977.
- [11] **BELGESAY, M. Reşit:** İcra ve İflas Hukuku Şerhi, Sucuoğlu Matbaası, İstanbul, 1948.
- [12] **CENTEL, Nur-ZAFER, Hamide-ÇAKMUT, Özlem:** Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, c: I, Beta, İstanbul, 2007.
- [13] **CONTI, Luigi:** Diritto Penale Commerciale II, I Reati Fallimentari, Torino, 1991.
- [14] **CORUCCI, Enrico:** La bancarotta e i reati fallimentari, Milano, Giuffre 2013.
- [15] **DARAGENLİ, Vesile Sonay:** Tehlike Suçları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1998.
- [16] **DEMİRBAŞ, Timur:** Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, Ankara, Seçkin, 2012.

- [17] **DÖNMEZER, Sulhi:** Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, 16. Baskı, Beta, İstanbul, 2001.
- [18] **DÖNMEZER, Sulhi-ERMAN, Sahir:** Nazari Ve Tatbiki Ceza Hukuku, c: II, 12. Baskı, Beta, İstanbul, 1999.
- [19] **EREM, Faruk:** Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, c: III, 3. Baskı, Seçkin, Ankara, 1985.
- [20] **EREM, Faruk:** Türk Ceza Kanunu Şerhi, c: III, Ankara, 1993.
- [21] **EREM, Faruk-TOROSLU, Nevzat:** Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 5. Baskı, Savaş, Ankara, 1987:583 Erman, 1992.
- [22] **ERMAN, Sahir:** Ticari Ceza Hukuku, Genel Kısım, İstanbul Üniversitesi Basımevi ve Film Merkezi, İstanbul, 1992.
- [23] **ERMAN, Sahir:** Ticari Ceza Hukuku VII, Şirketler Ceza Hukuku, İstanbul Üniversitesi Basımevi ve Film Merkezi, İstanbul, 1993.
- [24] **ERMAN, Sahir-ÖZEK, Çetin:** Ceza Hukuku Özel Bölüm (Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar), İstanbul, 1992.
- [25] **EVİK, A. Hakan:** Sermaye Piyasası Araçlarının Değerini Etkileyebilecek Aldatıcı Hareketler Yapma (Manipülasyon) Suçları, Seçkin, Ankara, 2004.
- [26] **EVİK, A. Hakan:** “Hileli İflas Suçunda, “Suçun İşlendiği Tarihin Tespitine” İlişkin Bir Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi”, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, c: 19, sayı: 2, Beta, İstanbul, 2013.
- [27] **EVİK, Ali Hakan:** Türk Ceza Hukukunda Hileli ve Taksirli İflas Suçları, 2. Baskı, XII Levha, İstanbul, 2015.
- [28] **EVİK, Vesile Sonay:** Suça İştirakte Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu, XII Levha, İstanbul, 2011.
- [29] **GÜNDÜZ, Remzi:** 6352 Sayılı Kanunla Yapılan Değişikliklerle Birlikte TCK’da Malvarlığına Karşı Suçlar, Bilge, Ankara, 2012.
- [30] **GÜNEL, Y. Mete:** İflas Davaları ve İflasın Ertelenmesi, Yetkin, Ankara, 2006.
- [31] **HAFIZOĞULLARI, Zeki-ÖZEN, Muharrem:** Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı, US-A Yayıncılık, Ankara, 2011.
- [32] **HAFIZOĞULLARI, Zeki-ÖZEN, Muharrem:** Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2. Baskı, US-A Yayıncılık, Ankara, 2011.
- [33] **İÇEL, Kayıhan:** Suçların İçtimai, Sermet Matbaası, İstanbul, 1972.

- [34] **İÇEL, Kayıhan:** İçel Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, Beta, İstanbul, 2014.
- [35] **KANGAL, Z. Temel:** Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu, Seçkin, Ankara, 2003.
- [36] **KAZANCI, E. Behiye:** Hileli ve Taksirli İflas Suçları, Hukuku Perspektif Dergisi, sayı: 9, Aralık, 2006.
- [37] **KENDİGELEN, Abuzer:** Yeni Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, XII Levha, İstanbul, 2011.
- [38] **KIZILARSLAN, Hakan:** Hileli ve Taksiratlı İflas Suçları, Seçkin, Ankara, 2006.
- [39] **KOCA, Mahmut-ÜZÜLMEZ, İlhan:** Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Adalet, 2013.
- [40] **KUNTER, Nurullah:** Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi, İÜHF Yayını, İstanbul, 1954.
- [41] **KURU, Baki-ARSLAN, Ramazan-YILMAZ, Ejder:** Medeni Usul Hukuku, 22. Baskı, Yetkin, Ankara, 2011.
- [42] **MAHMUTOĞLU, F. Selami:** Ekonomik Suçlar Bağlamında Kredi Hukukundan Kaynaklanan Suç ve İdari Suçlar, Seçkin, Ankara, 2003.
- [43] **MALKOÇ, İsmail:** Açıklamalı Türk Ceza Kanunu, c: 3, Sözkese Matbaacılık, Ankara, 2013.
- [44] **MERAN Necati:** Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Sahtecilik, Malvarlığı, Bilişim Suçları, 2. Baskı, Seçkin, Ankara, 2008.
- [45] **MUŞUL, Timuçin:** İflas Suçları, Filiz, İstanbul, 1998.
- [46] **OK, Nuri-GÜNDEL, Ahmet:** Açıklamalı-İçtihatlı Ceza Mahkemelerinin Görevine Giren Vergi Kaçakçılığı Suçları, Seçkin, Ankara, 2002.
- [47] **ÖNDER, Ayhan:** Şahıslara ve Mallara Karşı Cürümler, Filiz, İstanbul, 1994.
- [48] **ÖZBEK, V. Özer:** Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Anlamı (TCK İzmir Şerhi), c: 1, 3. Baskı, Seçkin, Ankara, 2006.
- [49] **ÖZBEK, V. Özer:** Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Anlamı, TCK İzmir Şerhi, c: 2, Seçkin, Ankara, 2008.
- [50] **ÖZBEK, V. Özer-KANBUR, M. Nihat-DOĞAN, Koray-BACAKSIZ, Pınar-TEPE, İlker:** Ceza Muhakemesi Hukuku, 6. Baskı, Seçkin, Ankara, 2014.

- [51] **ÖZBEK, V. Özer-KANBUR, M. Nihat-DOĞAN, Koray-BACAKSIZ, Pınar-TEPE, İlker:** Türk Ceza Hukuku, Özel Hükümler, 7. Baskı, Seçkin, Ankara, 2014.
- [52] **ÖZGENÇ, İzzet:** Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, Seçkin, Ankara, 2002.
- [53] **ÖZGENÇ, İzzet:** Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, Seçkin, Ankara, 2014.
- [54] **ÖZTÜRK, Bahri-ERDEM, M. Ruhan:** Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 12. Baskı, Turhan, Ankara, 2012.
- [55] **PARLAR, Ali-HATİPOĞLU, Muzaffer:** Açıklamalı- Yeni İçtihatlarla 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, 3. Baskı, Seçkin, Ankara, 2010.
- [56] **PEKCANITEZ, Hakan-ATALAY, Oğuz-SUNGURTEKİN ÖZKAN Meral-ÖZEKES, Muhammet:** İcra ve İflas Hukuku, 11. Baskı, Yetkin, Ankara, 2013.
- [57] **REİSOĞLU, Seza:** 4494 Sayılı Yasa İle Değişik Bankalar Kanunu Şerhi, Doğu Matbaacılık, Ankara, 2000.
- [58] **SOYASLAN, Doğan:** Ceza Hukuku Özel Hükümler, 8. Baskı, Yetkin, Ankara, 2010.
- [59] **ŞAHİN, Cumhur:** Ceza Muhakemesi Hukuku I, 4. Baskı, Seçkin, Ankara, 2013.
- [60] **TANÖR, Reha:** Türk Sermaye Piyasası: Halka Arz, c: II, İstanbul, Beta, 2000.
- [61] **TOROSLU, Nevzat:** Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu, Sevinç, Ankara, 1970.
- [62] **TOROSLU, Nevzat:** Ceza Hukuku Özel Kısım, Savaş, Ankara, 2010.
- [63] **TOROSLU, Nevzat:** Ceza Hukuku Genel Kısım, Savaş, Ankara, 2011.
- [64] **TOROSLU, Nevzat-FEYZİOĞLU, Metin:** Ceza Muhakemesi Hukuku, 8. Baskı, Savaş, Ankara, 2011.
- [65] **UYAR, Talih:** Gerekçeli İçtihatlı İcra İflas Kanunu Şerhi, cilt: 11, 2. Baskı, Turhan, Ankara, 2010.
- [66] **ÜNVER, Yener:** Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Yarar, Ankara, Seçkin, 2003.
- [67] **ÜNVER, Yener:** Adliyeye Karşı Suçlar, Ankara, Seçkin, 2010.
- [68] **ÜNVER, Yener-HAKERİ, Hakan:** Ceza Muhakemesi Hukuku, c: I, 6. Baskı, Adalet, Ankara, 2012.

- [69] **ÜSTÜNDAĞ, Saim:** İflas hukuku: İflâs, Konkordato, İptal Davaları, 6. Baskı, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 2002.
- [70] **YAŞAR, Osman-GÖKCAN, Tahsin-ARTUÇ, Mustafa:** Yorumlu ve Uygulamalı, Türk Ceza Kanunu, c: I, Adalet, Ankara, 2010.
- [71] **YAŞAR, Osman-GÖKCAN, Tahsin-ARTUÇ, Mustafa:** Yorumlu ve Uygulamalı, Türk Ceza Kanunu, c: IV, 2. Baskı, Adalet, Ankara, 2014.
- [72] **YILDIZ, A. Kemal:** Ceza Muhakemesi Hukuku'nda Mağdur-Suçtan Zarar Gören-Şikâyetçi, Seçkin, Ankara, 2008.
- [73] **YILDIRIM, M. Kamil:** Hileli İflas Suçları, Alkım, İstanbul, 2000.
- [74] **YILMAZ, Ejder:** Hukuk Sözlüğü, Genişletilmiş 5. Baskı, Yetkin, Ankara, 1996.
- [75] **ZAFER, Hamide:** Özel Hayatın ve Hayatın Gizli Alanının Ceza Hukukuyla Korunması, Beta, İstanbul, 2010.
- [76] **ZAFER, Hamide:** Ceza Hukuku Genel Hükümler, Beta, İstanbul, 2013.
- [77] **ZEVKLİLER, Aydın-GÖKYAYLA, K. Emre:** Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 14. Baskı, Turhan, Ankara, 2014.

Siyasi Partilerin Temsili Demokrasi Üzerindeki Etkileri

*Didem ERDOĞAN**

Özet

Modern demokrasi siyasi partiler dışında düşünülemez; çünkü siyasi partiler, halkın siyasete katılımının araçları oldukları kadar; çoğulcu siyasetin de temel unsuru ve güvencesidirler. Yani, siyasi partiler ve demokrasi iç içe geçmiş kurumlardır ve birbirini tamamlamaktadırlar.

Demokratikleşmenin günümüz dünyasının büyük bir kısmını etkisi altına aldığı son günlerde, çağdaş demokrasinin zaruri unsurlarından olan siyasi partiler, en önemli örgütlerden birisi haline gelmişlerdir. Bu görüş ve düşünceden hareketle, bu çalışmada, demokratik siyasi hayatın vazgeçilmez unsurları olarak tanımlanan siyasi partilerin temsili demokrasi üzerindeki etkileri incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Siyasi parti, Demokrasi, Temsili Demokrasi

Impact of Political Parties on Representative Democracy

Abstract

Modern democracy is inconceivable without political parties; because the political parties, as they are instruments of popular participation in politics; they are also assurance and essential elements for pluralistic politics. So, political parties and democracy are complete together and they are intertwined institutions.

Nowadays, democratization is influence a large part of the world, as an indispensable element of modern democracies, political parties have become the most important organizations. With these views and thoughts in mind, in this study will be consider that political parties are defined as

* Araştırma Görevlisi Didem ERDOĞAN, İstanbul Aydın Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, didemerdogan@aydin.edu.tr

indispensable elements of democratic political life, effects on representative democracy.

Keywords: *Political parties, Democracy, Representative Democracy*

Giriş

Günümüzün gittikçe kalabalıklaşan dünyasında, doğrudan demokrasinin uygulanmasının, düzenlenecek konuların fazla olması, nüfus faktörünün hızlı artışı gibi nedenlerle fiilen mümkün olmaması sonucu, temsili demokrasinin zorunlu bir biçimde ortaya çıkmasıyla birlikte siyasi partiler, demokratik rejimlerde önemli bir konuma sahip olmuşlardır.

Siyasi partiler bir ülkede siyasi iradenin oluşumuna ve gelişimine yön veren başlıca unsurlardır. İşte bu nedenle demokratik siyasi yaşamın vazgeçilmez unsuru olarak ifade edilen siyasi partiler, günümüzde siyasal katılım, karar alma sürecini etkileme ve siyasi iktidarı kullanmada vazgeçilmez bir rol ve ağırlığa sahip olmuşlardır.

Toplumsal yapı, kendini koruyacak siyasi kurumları ve mekanizmaları sürekli bir biçimde geliştirmektedir. Devletin yönü, günümüz çağdaş demokrasilerinde siyasi partilerin açık mücadelesi ile tayin edilmektedir. Devletin yönünü tayin eden siyasi iradenin, çatışan bütün çıkarları ve sınıfları kaynaştıracak biçimde oluşması, siyasi partiler aracılığıyla sağlanmaktadır. Siyasi partiler olmaksızın çağdaş demokrasinin yaşamasına ve işlemesine imkân yoktur.

Neumann'ın, siyasi partilerin önemini vurgularken yaptığı “çağdaş siyasi yaşamın kanalları” benzetmesi, siyasi partilerin demokrasi açısından önemini vurgulayan bir ifadedir¹. Kapanı de, politikaya bakış açısının odak noktasında siyasi partilerin yer aldığını, günümüzde artık partisiz rejimlere ancak bazı geleneksel toplumlarda rastlamanın mümkün olduğunu belirtmekle birlikte, siyasi partileri her türlü değer yargısının ötesinde, modern devletlerin salt olguları olarak kabul etmek gerektiğini, bir ülkedeki rejimin gerçek kriterini belirleyebilmek için, anayasal şekil ve kalıpların dışında, o ülkedeki parti sistemini, partilerin sayısını ve tiplerini, sosyal temellerini ve içyapılarını bilme zorunluluğunun

¹ Sigmund Neumann, *Modern Political Parties*, Chicago, 1958, s. 1.

bulduğunu savunmuştur². İtalyan Anayasası'nın 49. maddesinden de yola çıkarak siyasi partilere yüklenen ödevin, demokratik yöntemlerle ulusun politikasını belirleme işlevi olduğunu söylemek mümkündür³.

Ünlü Fransız Siyaset bilimcisi Duverger, “Klasik anayasa hukukunu bilen, fakat partilerin rolünü bilmeyen bir kimse, çağdaş siyasi rejimler hakkında yanlış bir fikir sahibidir; partilerin rolünü bilen, fakat klasik anayasa hukukunu bilmeyen bir kimse, çağdaş siyasi rejimler hakkında eksik, fakat doğru bir fikir sahibi olur” diyerek siyasi sistemleri anlamak için, öncelikle siyasi partileri anlamayı merkez kabul ettiğini belirtmiştir⁴.

Siyasi partiler, demokratik siyasi hayatın vazgeçilmez bir parçası olarak modern demokrasilerin gelişmesiyle paralellik gösterip, ilerleme kaydederek 19. yüzyılda kurumsallaşmıştır⁵. Bu gelişme, siyasi partileri fiili durumlarından kurtararak, kendi hukuksal statülerine kavuşturmuştur⁶.

Daha öncesinde siyasi partilerin hukuk dışı olduğunu söylemek yanlış olmakta, fakat hukuksal statüye kavuşmadan önce siyasi partilerin, dernek statüsü içinde ve kendilerine özgü hukukları olmayan kurumlar olarak faaliyet gösterdiğini söylemek mümkündür. Fakat halen Alman Anayasasında yer aldığı gibi siyasi partilere siyasi iktidarı ele geçirme konusunda bir işlev tanımayan ve siyasi partileri dernek statüsünde kabul eden sistemler mevcuttur⁷.

Siyasi parti anlamında ilk kullanım, “fırka” kelimesi olmakla birlikte, “Cumhuriyet Halk Fırkası”nın 1935 yılında “Cumhuriyet Halk Partisi” adını almasıyla birlikte ilk kez “*parti*” kavramı terminolojimize girerek bu şekilde kullanılmaya devam etmiş bulunmaktadır⁸.

Siyasi partiler, demokrasiyi yaşatan ve demokratik rejimlere kalıcılık katan kuruluşlardır. Siyasi partiler ister iktidarda ister muhalefette olsun her zaman siyasi iktidarı ele geçirerek parti programlarını uygulamayı amaç

² Münci Kapani, Politika Bilimine Giriş, 16. baskı, Bilgi Yayınevi, Ankara, 2004, s. 159-160.

³ Yaşar Gürbüz, Anayasalar, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1981, s. 139.

⁴ Maurice Duverger, Siyasal Partiler: Modern Devletteki Örgütleri ve Faaliyetleri, Çev. Ergun Özbudun, AÜHF Yayını, Ankara, 1970, s. 370.

⁵ Hüseyin Özcan, Murat Yanık, Siyasi Partiler Hukuku, 2. baskı, Der Yayınları, İstanbul, 2011, s. 12.

⁶ Özcan, Yanık, a.g.e., s. 17.

⁷ Mustafa Yıldız, Federal Almanya'da Siyasi Partiler, MÜHF Yayını, İstanbul, 1987, C. 2, S. 1, s. 20.

⁸ Bahri Savcı, “Siyasi Partiler Kanunu Dolayısıyla Bazı Mütalaalar”, AÜSBFD, C. 19, S. 1, 1964, s. 130.

edinmektedirler. Siyasi partilerin hukuki düzenlemelere konu olduktan sonra nasıl bir hukuki statü kazandıkları ve özellikle ülkemiz açısından siyasi partilerin, 1961 Anayasasında olduğu gibi 1982 Anayasasında da “demokratik siyasi hayatın vazgeçilmez unsurları” olarak kabul edilmeleri ve kapatılmalarının Anayasa Mahkemesi’ne bırakılması, bu kuruluşların demokrasi için taşıdığı önemin ortaya konulması zorunluluğunu doğurmuştur.

1- Klasik Demokrasi Anlayışından, Partiler Demokrasisi Anlayışına Olan Eğilim

Siyasi partilerin anayasal demokrasilerdeki yeri ve hukuki niteliği tartışmalı bir konudur. Siyasi partilerin faaliyetlerini yürütebilmesi, hukuki bir zeminin varlığını gerekli kılmakla birlikte, bunun ne şekilde uygulanması gerektiği hakkında geliştirilen doktrinsel tartışmalar ışığında öncelikle siyasi partilerin demokrasi ile olan ilişkisi ve temsili demokrasi kurumları üzerindeki etkileriyle temsili demokrasi kurumlarından ayrılan yönlerini ve benzerliklerini açıklayarak konuyu aydınlatmaya çalışacağız. Öncelikle siyasi partilerin hukuki niteliği hakkındaki tartışmalar, ülkemizde hukuki bir sorun olarak 1971 yılında siyasi partilere devlet tarafından maddi yardım yapılmasına ilişkin düzenlemenin, Anayasaya aykırılığının iddia edilmesi ile ortaya çıkmıştır. Yapılacak maddi yardımın devlet hazinesinden karşılanacak olması ve hiç de azımsanmayacak düzeyde olan bu maddi yardımlarla siyasi partilerin seçmenleri etkileme hususunda daha güçlü hale gelmesi eşit olmayan bir düzenleme olarak görülmüş ve devamlı eleştirilmiştir⁹.

Demokratik siyasi hayatın vazgeçilmez unsuru olarak nitelendirilen siyasi partilerin bu özellikleri, onlara birtakım görevler de yüklemektedir. Öncelikle geniş halk kitleleri ile etkileşim ve iletişim işlevi bulunan siyasi partilerin bu işlevi, çift yönlü bir işlevdir¹⁰.

Siyasi partilerin işlevleri çok çeşitlidir. Değişik siyasi rejimlere sahip ülkeler arasındaki ekonomik ve kültürel farklılıklara rağmen, siyasi partilerin temel işlevleri benzerlik arz eder¹¹. Doktrinde bazı yazarlar, söz konusu işlevleri, toplumla ilgili, siyasal sistemin işleyişine ilişkin ve siyasi

⁹ Üye Mustafa ŞAHİN’in bu görüşleri destekleyen karşı oy yazısı için bkz. AYM, E. 1988/39, K. 1989/29, K.T. 06.07.1989.

¹⁰ Özcan, Yanık, Siyasi Partiler Hukuku, s. 56.

¹¹ Esat Öz, Otoritizm ve Siyaset, Yetkin Yayınları, Ankara, 1996, s. 9.

partilerin kendilerine ilişkin işlevler¹² olarak sıralarken; bir kısım yazarlar da siyasi partilerin, yöneticilerin eğitilmesi ve değiştirilmesi, program yapma, haber alma verme, meşrulaştırma, dileklerin düzenlenmesi ve sıralanması, siyasi bütünleşme, sivil denetim ve siyasi katılmayı çoğaltma, sistemi dengeleme ve değişmesine olanak verme¹³ gibi işlevlerinin bulunduğunu belirtmektedir.

Türkiye’de siyasi partiler hukuku alanındaki yasal düzenlemenin yoğunluğu, yalnızca bu anlamda genel bir sorun yaratmanın ötesinde anayasal çerçeveyi aşan bir boyut da taşımaktadır¹⁴.

1995 Anayasa değişiklikleri, 1982 Anayasasının öngördüğü az katılımcı demokratik toplum modelinden, katılımcı demokrasiye geçişi amaçlamaktaydı. Bu nedenle değişikliklerin en yoğun olduğu maddelerin başında siyasi partilere ilişkin olan Anayasanın 68. ve 69. maddeleri gelmekteydi¹⁵. Buna ek olarak kapatılmaları aşamasında siyasi partilere yönelik kimi güvenceler de getirilmiştir¹⁶.

Türkiye’de siyasi partilerin uluslararası ölçülere oranla yasal düzenlemeye boğulduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Bu yaygın düzenleme içinde tek tek ele alındığında gerek parti özgürlüğü ve gerekse kurumsal güvence bakımından önemli bir sorun teşkil etmeyecek olan hükümler bir arada değerlendirildiğinde başlı başına bir kısıtlama boyutu kazanmaktadır¹⁷.

Halkın siyasi düşünce ve inançlarının oluşmasına aracılık eden örgütlü kuruluşlar olarak nitelendirilen siyasi partilerin modern demokratik rejimlerdeki önemini aktarırken öncelikle demokrasi rejiminden bahsetmek yerinde olacaktır.

¹² İter Turan, *Siyasal Sitem ve Siyasal Davranış*, İÜİF Yayını, 1977, s. 104-107.

¹³ Esat Çam, *Siyaset Bilimine Giriş*, Der Yayınları, İstanbul, 1990, s. 386-397.

¹⁴ Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, Ekin Yayınları, 15. baskı, Bursa, 2013, s. 161.

¹⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Mehmet Pantül, *Siyasi Partiler Kanunu Metinleri*, Ankara, TBMM Yayınları, 1982; Attila Özer, Alper Güler, *Türk Cumhuriyetleri Anayasaları*, Ekim, 1999, s. 67-71.

¹⁶ 1995 değişikliklerinin değerlendirmesi için bkz. Mehmet Akad, “Anayasa Değişikliği Üzerine Bir Not: Siyasal Katılımın Niteliği ve Boyutları” Galatasaray Üniversitesi Coşkun Kirca’ya Armağan, İstanbul, 1995, s. 9-10.

¹⁷ Samuel P. Huntington, *Üçüncü Dalga Yirminci Yüzyıl Sonlarında Demokratlaşma*, Çev. Ergun Özbudun, Yetkin Yayınları, Ankara, 1996, s. 260-262.

Demokrasi, devlet yöneticilerinin belli aralıklarla ve serbest seçimler yoluyla halk tarafından seçildiği bir rejimdir¹⁸. Geniş ve karmaşık bir toplumda siyasi partilerin aracılığı olmaksızın demokrasinin gerçekleştirilebileceğini düşünmek güçtür. Bu sebeple siyasi partilerin hukuki niteliğini incelerken aynı zamanda demokrasi ile olan ilişkisine de değineceğiz.

Siyasi partilerin var olabilmeleri için gerekli olan demokrasi rejiminde her türlü siyasi kuvvetin sahibi halk olarak bilinir. Tunaya'nın "*aynı annenin çocukları*" olarak tarif ettiği Devlet iktidarı ile siyasi iktidarın kaynağı durumunda olan halk gücünün demokratik rejimlerdeki bu önemi, Devleti de partiyi de onun kudretinin meydana getirdiğini ortaya koymaktadır¹⁹.

Çağdaş demokrasilerde kişisel iradeleri bir araya getiren siyasi partiler, bu işlevlerini, bireyleri belli siyasi düşünce etrafında birleştirmeyi amaçlayarak demokrasinin gelişimine yardımcı olmaktadırlar. Günümüz demokrasi anlayışına "*partiler demokrasisi*" denmesinin nedeni de budur²⁰. Şunu söylemek mümkündür: Siyasi partiler olmasaydı; milyonlarca seçmen dağınık, örgütsüz bir yığın olarak kalır, amaçlarını açıkça dile getiremez ya da toplumsal sorunları tartışma olanağı bulamazdı²¹.

Bilindiği gibi günümüz çağdaş anayasal demokrasilerinin zorunlu siyasi düşünce ve eylem birlikleri ve anayasa yapısına bütünlenmiş unsurları olan siyasi partiler, halkın siyasi iradesinin oluşumuna katkı sağlayan ve halkın siyasi iradesini ciddi anlamda etkileyen bir anayasa organı işlevi yürütürler²².

Siyasi partilerin, modern siyasi sistemin en önemli unsurlarından biri olduğuna hiç şüphe yoktur. Bir siyasi düşüncenin kendini kabul ettirmesi ve taraftar kazanabilmesinin en etkili yolu siyasi parti örgütlenmesini oluşturabilmiş olmasıdır²³. Siyasi partilerin iktidarı ele geçirmek veya onu etkileyecek bir duruma sahip olmak yoluyla programlarını

¹⁸ Ergun Özbudun; *Siyasal Partiler*, 2. baskı, Sevinç Matbaası, Ankara, 1977, s. 162.

¹⁹ Tarık Zafer Tunaya, *Türkiye'de Siyasi Partiler: 1859-1952*, Doğan Kardeş Yayınları, İstanbul, 1952, s. 9.

²⁰ Mehmet Akad, *Genel Kamu Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1997, s. 225.

²¹ Leslie Lipson, *Politika Biliminin Temel Sorunları*, Çev. Tuncer Karamustafaoğlu, Birlik Yayınları, 4. baskı, Ankara, 1986, s. 31.

²² Ferman Demirkol, *Anayasa Hukuku: Genel Esaslar*, Türk Anayasa Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2011, s. 94.

²³ Attila Özer, *Anayasa Hukuku*, Geliştirilmiş 6. baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016, s. 270.

gerçekleştirmeleri için her şeyden önce “*örgütlü bir topluluk*” olmaları gerekir²⁴. Bu, siyasi kararların, toplumun bütün sınıf ve gruplarını yakından ilgilendirmesinin ve oy hakkının genelleşmesinin bir sonucu olarak kabul edilebilir. Siyaset bilimcilerinin çoğu bir siyasi gruplaşmanın parti sayılabilmesi için, siyasi partilerin sürekli ve istikrarlı bir örgüte sahip olması gerektiğini savunmaktadır²⁵. Gerçekten de böyle kurumsallaşmış bir örgüte sahip olmayan yapıların siyasi parti olarak nitelendirilmesi mümkün değildir.

II- **Siyasi Partiler ve Demokrasi İlişkisi**

Siyasi partiler, demokratik rejim içindeki temel rollerine uygun olarak, halkı, gerçeğe uygun bir biçimde, seçilene kadar değil, seçildikten sonra da temsil etmeli ve aynı zamanda ülke menfaatini geride bırakarak kendi çıkarları doğrultusunda hareket etmemelidirler. Kapani, bu endişeyi, “Şayet bir memlekette partiler, kamu yararını ve toplum sorunlarının çözümünü ön planda tutacak yerde, sadece kendi çıkarları peşinde koşarlar, iktidarın ele geçirilmesini tek gaye ve her türlü vasıtayı bu gaye uğrunda meşru sayarlar, bu arada demagoji oyunları ile halkı aldatmak yoluna giderek, birbirleriyle kıyasıya bir boğuşma ve didişme çukuruna düşerlerse, o memlekette demokrasinin geleceğine endişe ile bakmak gerekir. Zira partiler, bu olumsuz tutumlarıyla, demokrasinin en kuvvetli dayanağı demek olan halkın güvenini eritmiş ve yok etmiş olacaktırlar” sözleriyle ifade etmiştir²⁶. Kabul etmek gerekir ki, siyasi partilere yöneltilen bu sorunlar uygulamada sık sık karşımıza çıkmaktadır. Nitekim seçimler yapıldıktan sonra demokrasiyi rafa kaldıran örneklere tarihte rastlamak mümkündür. Nazi iktidarı Weimar Anayasasına göre, yürürlükteki hukuka uygun olarak cereyan etmişse de iktidara geldikten sonraki ilk işi demokrasiyi rafa kaldırmak olmuştur.

2820 Sayılı Siyasi Partiler Kanunumuzun 3. maddesine göre siyasi partiler, Anayasa ve kanunlara uygun olarak, milletvekili ve mahalli idareler seçimleri yoluyla, tüzük ve programlarında belirlenen görüşleri doğrultusunda çalışmaları ve açık propagandaları ile milli iradenin oluşmasını *sağlayarak demokratik bir devlet ve toplum düzeni içinde ülkenin çağdaş medeniyet seviyesine ulaşması* amacını güden ve ülke

²⁴ Demirkol, Anayasa Hukuku: Genel Esaslar, Türk Anayasa Hukuku, s. 94.

²⁵ Ergun Özbudun, Siyasal Partiler, 2. baskı, Sevinç Matbaası, Ankara, 1977, s. 2-3.

²⁶ Münici Kapani, Kamu Hürriyetleri, AÜHF Yayınları, Ankara, 1970, s. 246.

çapında faaliyet göstermek üzere teşkilatlanan tüzelkişiliğe sahip kuruluşlardır.

Yukarıdaki tanıma uygun olarak genç Cumhuriyetimizin kuruluşundan günümüze kadar ülkemizde çeşitli isimlerle 175 adet siyasi parti kurulmuştur. Kurulan bu partilerden ancak 29 tanesi Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne girebilmiş, 27 tanesi yargı yolu ile 7 tanesi kendini feshederek, 22 tanesi de başka partilerle birleşerek kapanmıştır. Buradaki esas sorun, bir partinin varlığından ziyade bunların arkasında yatan ideoloji ve stratejinin geliştirilememesidir. Oysaki çalışmamızın başında da ifade edildiği gibi siyasi partiler demokrasiyi yaşatan ve kalıcı kılan kuruluşlardır.

Siyasi partilerin çağdaş demokrasinin yapıcı ve kurucu unsuru olarak siyasi yaşamda çok önemli görevler yaptıkları kabul edilmektedir. Hatta demokrasiyi yaratanın siyasi partiler olduğu söylenir. Bugün artık partisiz bir demokratik sistem düşünülemezdir²⁷.

Laski'ye göre, nüfusu bir milyona varan bir devlet, partiler tarafından yönetilmeksizin karar veremez; parti örgütü temsili sistemin yaşamsal ilkesidir²⁸.

Bir parti niçin kurulur? Parti kurulmasına etki eden nedenler nelerdir? Liderleri hangi kıstasa göre belirlenir veya seçilir? Siyasi parti liderinin, ülkeyi yönetme iktidarına sahip olma gibi gerekli donanımları mevcut mudur bilinmez; fakat bilinen bir gerçek varsa o da şudur: Ülkemizde ve diğer demokratik toplumlarda kurulan, kapanan veya kapatılan bütün siyasi partilerin insan anatomisini ele alarak yola çıktıklarıdır. İnsanoğlunda doğuştan var olan din kavramı-Allah korkusu, laiklik-çağdaşlaşma, çalışma hayatı-emek gibi duygulara dem vurularak siyasetin yürütülmeye çalışılmasıdır.

Hâlihazırda siyasi partilerin lider ve kadrolarının, ülke sorunlarını tam anlamıyla çözme gibi gerekli bilgi ve donanıma sahip olamadıklarını, kendilerini yenileyemediklerini gözlemlemekteyiz. Seçim zamanlarında aday olarak gösterilen kişilerin adaylık konusunda ve kendi alanlarında yeterli donanıma sahip olup olmadıklarına, bilgi ve becerilerinin bulunup

²⁷ Erdoğan Teziç, Anayasa Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul, 2001, s. 259.

²⁸ J. Harold Laski, Demokrasi Nedir?, Derleyen: Necati Hersek, İstanbul, Evren Yayınları, 1962, s. 15.

bulunmadığına bakılmaksızın önümüze getirilen bu isimlerden birini veya birkaçını seçmek durumunda bırakıyoruz. Seçilecek kişide özlemine duyduğumuz kabiliyetleri, becerileri geride bırakıp, o kişinin kendisinde zaten olması gereken dürüstlüğü, ahlakını sorgular hale gelerek tercihimizi ona göre yapıyoruz. Oysaki bir örnek vermek gerekirse devlette Ulaştırma Bakanlığı yapacak bürokratin uzay çağını bilmesi gerekmez mi? Siyaset kabiliyeti olmayan siyasetçiler dolayısıyla, siyasi hayatta gerekli bilgi birikimine sahip olanların, çeşitli yaftalarla siyasete kurban gittikleri hep görülmüş ve yaşanmıştır. Tüm bunlara rağmen bugün bütün siyaset bilimcilerin üzerinde birleştiği ortak nokta “siyasi partisiz demokrasi olmaz” yargısıdır²⁹.

III- **Siyasi Partilerin Temsili Demokrasi Kurumları Üzerindeki Etkileri**

Demokrasi, çoğulcu bir rejim olması sebebiyle her açıdan siyasi partilere muhtaçtır. Şöyle ki siyasi partiler toplumdaki değişik fikirleri bir araya getirerek gruplaştırma görevi ifa ettiklerinden bugün için siyasi partileri kaldırmak hukuk düzenini yıkmaya eşdeğerdir³⁰. Öte yandan, siyasi partiler çoğulculuğun güvencesi olarak da nitelendirilirler. Toplumda çeşitli görüşlerin siyasi partilerce savunulması dolayısıyla, değişik düşünceler göz ardı edilmeden varlığını koruyup, geliştirmesi siyasi partiler sayesinde³¹.

Tüm bunlara rağmen siyasi partileri kabul etmeyen sistemler de var olmuştur. Liberal demokrasilerin sadece bireysel hak ve özgürlükleri tanınması, ulus ile temsilcileri arasına siyasi partileri sokmak istemeyişi bunun açık kanıtıdır. Aynı şekilde, Alman kamu hukukçularından George Jellinek de siyasi parti kavramının devlet üzerinde hiçbir rolü olmayacağını belirterek siyasi partilere karşı olumsuz bir tavır takınmıştır³². Ancak, biz burada siyasi partilerin devlet üzerinde etkin bir rolü olduğunu benimseyerek konuyu aydınlatmaya çalışacağız.

Bugün artık siyasi partiler olmadan demokrasi işlemez hale gelmiştir. Bu nedenle günümüzde çok partili siyasi yaşamın olduğu klasik demokrasilere

²⁹ Nermin Abadan, *Anayasa Hukuku ve Siyasi Bilimler Açısından 1965 Seçimlerinin Tahlili*, AÜSBF Yayınları, Ankara, 1966, s. 27.

³⁰ Tarık Zafer Tunaya, *Siyasi Kurumlar ve Anayasa Hukuku*, İstanbul, 1982, s. 279.

³¹ Özcan, Yanık, *Siyasi Partiler Hukuku*, s. 206.

³² Abadan, 1965 Seçimlerinin Tahlili, s. 7.

“Partiler Devleti” veya “Partiler Demokrasisi” denmektedir. Turhan’ın da belirttiği gibi, hangi hükümet sistemi olursa olsun, çağımız partiler demokrasisi çağıdır³³.

Bu önemleri nedeniyle siyasi partilerin fonksiyonlarından saparak, görevini kötüye kullanmaları birçok sorunu da beraberinde getirir. Siyasi partiler, halkı asıl, kendilerini vekil olarak görmezlerse, seçmenlerinin isteklerini göz ardı etmiş olacak ve onların siyasi duygularını hiçe sayacaklardır. Böylece seçmenler siyasi partinin emrinde otomatlaşacaktır. Şayet siyasi partiler kamuoyundaki fikir ayrılıklarını kendi lehine bir mezhep kavgası haline getirirse, bu kez siyasi hayatı bir mezhep savaşına çevirmiş olurlar. Yine siyasi partiler, seçmenlere düşüncelerini serbestçe açıklama olanağı vermezse totaliter bir rejime sebep olurlar³⁴. Fransız yazar Vedel’in, “Demokrasi siyasi partiler olmaksızın yaşayamaz, fakat siyasi partiler yüzünden ölebilir” sözü bu kaygıyı dile getirmektedir³⁵.

Siyasi parti kavramı, bugün taşıdığı olumlu anlama başlangıçta sahip değildi. İlk zamanlar siyasi partiler, kişisel çıkarlarını önde tutmaya çalışan bir grup insan anlamına geliyordu. Bu nedenle bir yandan siyasi partilerin yetkilerinin ve faaliyet alanının sınırlandırılması yoluna gidilirken, diğer yandan da tek parti sisteminden çok partili sisteme geçiş çalışmaları olmuştur³⁶.

Devletlerin hükümet sistemlerinden, organlarına kadar işleyen siyasi partilerin bu bağlamda hukuki niteliklerinin belirlenerek, çerçevelerinin çizilmesi zorunluluk halini almıştır. Siyasi partilerin faaliyet alanlarının genişletilmesiyle birlikte, Anayasa kurumlarını değiştirici veya bozucu etkilerinin de ortaya çıktığını söylemek yanlış olmaz.

Temsili demokrasi kurumlarını ele aldığımızda siyasi partilerin en çok etkiledikleri alanın, hükümet sistemleri arasında yumuşak kuvvetler ayrılığının bulunduğu parlamenter sistem olduğunu söyleyebiliriz. Yumuşak kuvvetler ayrılığına dayanan parlamenter sistemde hükümetin, çoğunluğu sağlayan siyasi partinin sağ kolu, siyasi parti liderinin de cumhurbaşkanı tarafından otomatik olarak başbakan seçildiğini, bakanların

³³ Mehmet Turhan, Hükümet Sistemleri ve 1982 Anayasası, DÜHF Yayınları, Diyarbakır, 1989, s. 124.

³⁴ Tunaya, Siyasi Kurumlar, s. 302.

³⁵ Özbudun, Siyasi Partiler, s. 163.

³⁶ Atilla Yayla, Siyaset Teorisine Giriş, Siyasal Kitabevi, Ankara, 1998, s. 265.

da siyasi parti grubunun sıkı denetimi altında olduğunu söyleyebiliriz. Özellikle disiplinli parti grupları, yasama-yürütme organlarının denk ve eşit kuvvetler ayrılığına bu sistemde son verebilmektedirler. Yürütme organı zamanla lider siyasi parti grubunun uydusu halini alarak ters yönlü bir etkileşim ortaya çıkarmaktadır.

Çift meclis sistemini ele alırsak, kuvvetlerin kendi içlerinde bölünmelerinin söz konusu olduğunu görürüz. İkinci meclis, ister ayan ister senato adını taşıсын, her iki mecliste de aynı partilerin gruplarının yer alması, iki meclis arasındaki görev ve yapı farklılıklarını ortadan kaldırarak ikinci meclisi gereksiz hale getirebilir.

Yine başkanlık sisteminin uygulandığı ülkelere baktığımızda ise başkanın çoğunluğu sağlayan siyasi partinin lideri olması, parlamento ile ayrılığının tamamen teorik olduğunu tarafsız olamayacağını bizlere kanıtlamış olur³⁷.

IV- Siyasi Partileri Temsili Demokrasi Kurumlarından Ayıran Özellikler

Siyasi partileri diğer temsili demokrasi kurumlarından ayıran önemli bir özelliği amacının farklı oluşudur. İster iktidarda ister muhalefette olsun her bir siyasi partinin amacı, siyasi iktidarı ele geçirip parti programını uygulamak ve ülkeyi yönetmeye talip kuruluşlar olmaktır. İşte bu nedenle siyasi partiler her ne kadar dernekler gibi “kişi toplulukları” olsalar da, amaç unsuru nedeniyle derneklerden ayrılırlar. Öte yandan 6 Ekim 1983 tarih ve 2908 sayılı Dernekler Kanunu gereğince derneklerin her türlü siyasi faaliyette bulunmaları yasaklanmıştır. Bu yüzden, siyasi faaliyet yapmayı amaçlayan siyasi partiler, derneklerden ayrı bir hukuki statüye sahip olma zorunluluğu taşımaktadır³⁸. Adı geçen düzenleme bize siyasi partileri amaçları yönüyle derneklerden ayrı bir hukuki statüde görmemiz gerektiğini ifade etmektedir.

Siyasi iktidarı ele geçirme unsuru, siyasi partileri çeşitli baskı gruplarından ayıran en önemli ölçütlerden bir tanesidir³⁹. Daver de, siyasi partilerin, iktidarı ele geçirme amacının bulunması ve örgütlenmiş insan topluluğu olmaları sebebiyle diğer tüzel kişilerden (şirketlerden, kooperatiflerden,

³⁷ Tunaya, Siyasi Kurumlar, s. 305-306.

³⁸ Teziç, Anayasa Hukuku, s. 318.

³⁹ Erdoğan Teziç, 100 Soruda Siyasi Partiler, Gerçek Yayınevi, İstanbul, 1976, s. 5.

alelade derneklerden) ayrıldıklarını belirtmektedir⁴⁰. Bir devleti meydana getiren milyonlarca insanın hepsinin her an memleketin gidişatı ve siyasi meseleleri hakkında aynı şekilde düşünmesi ve aynı kanaate sahip olması mümkün değildir. Bu nedenle ortak bir program etrafında birleşen toplum üyeleri çeşitli kurumları meydana getirir. Bu, adına sivil toplum kuruluşu dediğimiz dernek, vakıf, sendika gibi belli bir programı hayata geçirme amacı taşıyan kurumlar olabileceği gibi, siyasi parti adını alan sivil toplum kuruluşlarından ayrı vasıflara sahip, devleti idare eden iktidar gibi bir devleti idare etme programına sahip olması ve bunu gerçekleştirmeyi istemek amacını taşıyan kurumlar da olabilir. Siyasi partiler, siyasi iktidarı ele geçirmeyi ve kullanmayı hedefleyen, ülkeyi yönetmeye talip olan kuruluşlara verilen isimdir. Siyasi partileri, sivil toplum kuruluşları, dernek ve vakıf gibi diğer kuruluşlardan ayıran en önemli fark, bunların, siyasi iktidarı ele geçirmeyi amaçlamayıp, etkilemeye çalışmaları olmuştur.

Sonuç

Siyasi partiler, parti kurma özgürlüğünün bir insan hakkı olarak güvence altına alınmak istenmesi ve demokratik açıdan yıkıcı olmamaları için denetim altına alınmışlardır. Bilindiği gibi, seçimler, demokrasiyle birlikte gelmiştir. Zamanla seçmen kitlesi gelişmiş ve neticesinde siyasi partiler ve siyaset bilimi ortaya çıkmıştır. Tarihin hiçbir döneminde demokrasiler yönetemeyen bir yönetim anlayışına sahip olmamışlardır. Demokratik rejimler iyi ya da kötü, fakat sonuç olarak yönetebilen bir yönetim anlayışına sahiptirler.

Ülkemizde 1980 darbesi sonrası, siyasi partilere giydirilen demir korse halen büyük oranda geçerlidir. 1982 Anayasası döneminde oluşturulan 1983 tarihli 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu, ilk halinde siyasi partilere ilişkin olarak kadın kolları kuramayacaklarına, gençlik kolları kuramayacaklarına, sendikalarla etkileşime geçemeyeceklerine yönelik özgürlük nerede sorusunu akla getiren, siyasi partilerin yapabileceği faaliyetleri saysa daha iyi olurdu dedirtecek derecede yasağı kapsayan birçok antidemokratik hüküm içermekteydi. 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu, hemen her maddesiyle siyasi partilere karşı büyük bir güvensizlik ifade etmektedir. Bu açıdan bakıldığında, topluma öncü olması gereken siyasi partiler bu halde dar bir alanda faaliyet göstermeye çalışmakta ve

⁴⁰ Bülent Daver, Anayasa Mahkemesi Kararları Açısından Siyasi Partiler: Birkaç Örnek Olay, Anayasa Yargısı, Ankara, 1986, s. 97.

yeni fikirler ortaya koyamamaktaydı. Bugün için bakıldığında ülkemizde mutlak suretle yeni bir siyasi partiler kanunu yapılması ihtiyacı vardır ve siyasi partilerin hukuki niteliğinin açıklığa kavuşturularak demokratik seçimlere daha uygun bir ortam hazırlanması gerekmektedir. Zira bu şekilde kendileri çok dar bir alana sıkışmış olan siyasi partilerin ülkeyi kalkındırması mümkün değildir.

Bu sebeple siyasi partilere demokrasi tarihi kadar eski olmasa da özellikle 1900'lü yılların başından itibaren bir yandan anayasal statü verilmiş ve özel düzenlemeler yapılma yoluna gidilmiştir.

Öte yandan demokratik rejimlerin sağlıklı bir şekilde yürütülebilmesi için siyasi parti faaliyetlerinin sınırlandırılması, devlet yardımından kısmen veya tamamen yoksun bırakılması ve hatta kapatılması demokratik düzenin kendini koruması için zorunluluk olarak görülmektedir. Siyasi kültür ve terbiyenin tam olarak yerleşmemesi ve Siyasi Partiler Kanunundaki eksik düzenlemelerin bu düşüncelere neden olduğu söylenilebilir.

Anayasa Mahkemesi, parti kapatma davalarında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin bu konuda benimsediği hak eksenli anlayışla çatışmaktadır. Ülkemizde, Anayasa Mahkemesi bugüne kadar 26 siyasi partiyi kapatmış ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvuruda bulunan bu partilerin bir tanesi hariç tamamı haklı bulunmuştur. 1995 ve 2001 yılı değişiklikleri ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin iç hukuka üstün sayılması gibi önemli adımların atılmasıyla siyasi partilere ilişkin olarak köklü değişiklikler yapılmıştır.

1982 Anayasası'nın 68. maddesinin ikinci fıkrasının, siyasi partileri, demokratik siyasi yaşamın vazgeçilmez öğeleri sayması, siyasi partilerin eşit güçte olması gerektiği anlamına gelmemektedir. Bunlardan hangisi seçimlere katılıp diğerlerinden fazla oy almışsa o siyasi partinin seçim yoluyla milli iradeyi oluşturmakta daha fazla başarı sağladığı ve böylece kamu yararına hizmet etme gücüne sahip olduğu ortadadır. Seçimlerin kaderini belirleyen milli irade siyasi partilerin de üstünde olup demokratik hukuk düzeninin temelidir.

Siyasi partilere getirilen yasaklamalar gerekli ölçüde militan demokrasi anlayışına uygun olmalıdır, fakat bu yasaklamalar hiçbir zaman militan devletin korunmasına hizmet etmemelidir. Örneğin siyasi partileri kapatmak yerine, kapatma dışı ara modeller geliştirilmelidir. 1995 ve 2001 yılı değişiklikleri ile bir ölçüde katı militan demokrasi anlayışından daha ılımlı bir militan demokrasi anlayışına geçildiği kabul edilebilir. Böylece, siyasi partileri kapatmak yerine faaliyetlerini denetlemek yoluyla onların illegal faaliyetlerini önlemek de mümkün hale gelebilir.

Bu bakımdan açılan iptal davalarında dava konusu yapılan siyasi partilere maddi yardıma ilişkin kuralların, siyasi partilerin demokratik siyasi yaşamın vazgeçilmez öğeleri olduğuna ilişkin ilkeyi zedelediği söylenemez. Sonuç olarak, belirli partileri hedef alan ve diğer partilerin o duruma gelmelerini önleyen hükümler bulunmadığından, devlet yardımından yararlanmayan siyasi partiler de aynı ölçüde oy almak koşuluyla, bu yardımdan yararlanma olanağına sahip olabilirler. 1961 Anayasası “ister iktidarda, ister muhalefette olsun” deyişiyle de siyasi partilerin az oy olabileceklerini öngörmüş bulunmaktadır. Belli oyu alan siyasi partilere devlet yardımı yapılması Anayasa Mahkemesi tarafından, çağdaş demokrasilerde, gerek siyasi partiler ve gerekse sivil toplum kuruluşları arasında cereyan eden siyasi mücadeleye demokratik yollarla katkıda bulunmak anlamında kabul edilmiştir.

Sonuç olarak siyasi partilere devlet tarafından yardım yapılması yerine, onlara gerekli ve yeterli düzeyde demokratik yarışma ortamı sağlanmasının, bu sayede siyasi partilerin gelişmesine imkân tanınmalı ve siyasi partiler bu doğrultuda devlet işleyişini düzenleyen anayasalardan tamamen soyutlanarak birer özel hukuk kuruluşu olarak kabul edilmelerinin temsili demokrasinin gelişimine daha çok katkı sağlayacağı düşüncesindeyiz.

KAYNAKÇA

- [1] ABADAN, Nermin; **Anayasa Hukuku ve Siyasi Bilimler Açısından 1965 Seçimlerinin Tahlili**, AÜSBF Yayınları, Ankara, 1966.
- [2] AKAD, Mehmet; “Anayasa Değişikliği Üzerine Bir Not: Siyasal Katılmanın Niteliği ve Boyutları” **Galatasaray Üniversitesi Coşkun Kırca’ya Armağan Yay. 2**, İstanbul, 1995, s. 7 vd.

- [3] AKAD, Mehmet; **Genel Kamu Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1997.
- [4] ÇAM, Esat; **Siyaset Bilimine Giriş**, Der Yayınları, İstanbul, 1990.
- [5] DAVER, Bülent; **Anayasa Mahkemesi Kararları Açısından Siyasi Partiler: Birkaç Örnek Olay**, Anayasa Yargısı, Ankara, 1986.
- [6] DEMİRKOL, Ferman; **Anayasa Hukuku: Genel Esaslar, Türk Anayasa Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2011.
- [7] DUVERGER, Maurice; **Siyasal Partiler: Modern Devletteki Örgütleri ve Faaliyetleri**, Çev. Ergun Özbudun, AÜHF Yayını, Ankara, 1970.
- [8] GÖZLER, Kemal; **Türk Anayasa Hukuku**, 15. baskı, Ekin Yayınları, Bursa, 2013.
- [9] GÜRBÜZ, Yaşar; **Anayasalar**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1981.
- [10] HUNTINGTON, Samuel P.; **Üçüncü Dalga Yirminci Yüzyıl Sonlarında Demokratlaşma**, Çev. Ergun Özbudun, Yetkin Yayınları, Ankara, 1996.
- [11] KAPANİ, Münci; **Kamu Hürriyetleri**, AÜHF Yayınları, Ankara, 1970.
- [12] KAPANİ, Münci; **Politika Bilimine Giriş**, 16. basım, Bilgi Yayınevi, Ankara, 2004.
- [13] LASKİ, J. Harold; **Demokrasi Nedir?**, Derleyen: Necati Hersek, Evren Yayınları, İstanbul, 1962.
- [14] LİPSON, Leslie; **Politika Biliminin Temel Sorunları**, Çev. Tuncer Karamustafaoğlu, 4. baskı, Birlik Yayınları, Ankara, 1986.
- [15] ÖZ, Esat; **Otoritizm ve Siyaset**, Yetkin Yayınları, Ankara, 1996.
- [16] ÖZBUDUN, Ergun; **Siyasal Partiler**, 2. baskı, Sevinç Matbaası, Ankara, 1977.
- [17] ÖZCAN, Hüseyin, YANIK, Murat; **Siyasi Partiler Hukuku**, 2. baskı, Der Yayınları, İstanbul, 2011.
- [18] ÖZER, Attila; **Anayasa Hukuku**, Geliştirilmiş 6. baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016.
- [19] ÖZER, Attila, GÜLER, Alper; **Türk Cumhuriyetleri Anayasaları**, Ankara, Ekim, 1999.
- [20] NEUMANN, Sigmund; **Modern Political Parties**, Chicago, 1958.
- [21] PANTÜL, Mehmet; **Siyasi Partiler Kanunu Metinleri: Türkiye-**

- Almanya- Portekiz**, TBMM Yayınları, Ankara, 1982.
- [22] SAVCI, Bahri; “Siyasi Partiler Kanunu Dolayısıyla Bazı Mütalaalar”, **AÜSBFD**, Cilt 19, Sayı 1, 1964.
- [23] TEZİÇ, Erdoğan; **100 Soruda Siyasi Partiler**, Gerçek Yayınevi, **İstanbul**, 1976.
- [24] TEZİÇ, Erdoğan; **Anayasa Hukuku**, Beta Yayınları, **İstanbul**, 2001.
- [25] TUNAYA, Tarık Zafer; **Siyasi Kurumlar ve Anayasa Hukuku**, İstanbul, 1982.
- [26] TUNAYA, Tarık Zafer; **Türkiye’de Siyasi Partiler: 1859-1952**, Doğan Kardeş Yayınları, **İstanbul**, 1952.
- [27] TURAN, İlter; **Siyasal Sistem ve Siyasal Davranış**, İÜİF Yayını, **İstanbul**, 1977.
- [28] TURHAN, Mehmet; **Hükümet Sistemleri ve 1982 Anayasası**, DÜHF Yayınları, , Diyarbakır, 1989.
- [29] YAYLA, Atilla; **Siyaset Teorisine Giriş**, Siyasal Kitabevi, Ankara, 1998.
- [30] YILDIZ, Mustafa; **Federal Almanya’da Siyasi Partiler**, MÜHF Yayını, Cilt 2, Sayı 1, İstanbul, 1987.

Hizmet Tespit Davasının Yargılama Usulü Genel Bilgiler

Merve YÜCEL¹

Özet

Anayasa ile güvence altına alınan sosyal güvenlik hakkı, kişinin vazgeçemeyeceği ve devredemeyeceği bir hak niteliğindedir. Sosyal güvenlik hakkının sigortalıya sağladığı haklardan bir tanesi de çalışma konumunu oluşturan hizmet tespit davalarıdır. Ülkemizde zorunlu sigortalılık ilkesi benimsenmiş, sigortalıların çalışmaya başlamakla sigortalı olacağı kanun metninde yer almıştır. Ancak anayasa ve kanun metninde yer almasına rağmen insanların sosyal güvenlik hakkından her zaman etkin bir şekilde faydalandığı söylenemez. Kişi, işe fiili olarak başlamakla sigortalı sayılsa da, sigorta hak ve yardımlarından yararlanabilmek için işverenin sigortalıya ait prim belgelerini sosyal güvenlik kurumuna vermesi gerektiği 5510 sayılı Kanun ile düzenlenmiştir. Aynı şekilde Kurumun da bu Kanunun uygulanmasını takip ve denetim görevi Kanun ile düzenlenmiştir. Kurumun görevini yapmaması, işverenin prim belgelerini vermemesi veya eksik vermesi halinde sigortalı sosyal güvenlik hakkına kavuşamayacaktır.

Çalışma konumuz olan hizmet tespit davalarıyla, bu gibi durumları önlemek amacıyla sigortalıya veya ölümü halinde hak sahiplerine yargı yoluyla, sigortalı geçen hizmetin tespitinin sağlanması imkânı tanınmıştır.

***Anahtar Kelimeler:** Hizmet Tespiti, Sigortalı, İşveren, Sosyal Güvenlik*

¹(Arş. Gör.), Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı

General Information about Action for Fixing of Period of Service

Abstract

The right to social security which guaranteed by the Constitution, provides many rights that can not be abandoned and delegated. Detection with judicial decision of insured services is the one of these rights that can not be abandoned and delegated. In our country, the principle of compulsory insurance has adopted and it has taken place that the employees are regarded as insured just as start working, in statutory provisions. Despite the provisions in Constitution and statutes, in treatment its not possible to say that the people always benefiteffectively from social security right. The persons are regarded as insured just as start working. Yet, so as to insured person benefit from pensions, employer must give the premium documents of the insured person to Social Security Institution according to the Code No. 5510. The Social Security Institution must inspect this as well. Otherwise the insured person does not have the right to social security. However, insured persons can bring a case before the Labour Court so as to detect his/her insured services.

In our work, first, mentioned a brief history of social security, then continued by explaining the conditions of detection with judicial decision of insured services.

Keywords: *Services Identified, Insured, Employer, Social Security*

GİRİŞ

Sosyal güvenlik anayasa ile teminat altına alınan, kişinin geleceğe güvenle bakmasını sağlayan bir insan hakkıdır. Toplumların gelişmişlik düzeyine, sosyo-ekonomik yapısına, siyasi rejimine bağlı olarak sosyal güvenlik uygulamaları ve kapsamı farklılık göstermekle birlikte tüm ülkelerin sosyal güvenlik sistemine sahip olduğu bilinen bir gerçektir.

Gerek anayasa ile gerek kanunlarla düzenlenen sosyal güvenlik hakkının ülkemiz için tam olarak sağlandığını söyleyebilmek ne yazık ki mümkün değildir. Ülkemizde çalışan kişilerin bir kısmı, sosyal güvenlik kurumuna tabi olarak çalışması gerekirken Kurumun bilgisi olmadan çalışmalarına devam etmektedirler. Kuruma bildirilmeyen çalışanların sosyal risk

ile karşılaşmaları halinde, sosyal güvenlik hakkından yararlanamama ihtimalleri mevcuttur. Bu gibi ihtimallerin önüne geçmek için 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun 8. maddesi ile işverene, yanında çalıştırdığı sigortalıyı Kuruma bildirme yükümlülüğü getirilmiştir. İşverenin bildirim yükümlülüğünü yerine getirmesi ile Kurum sigortalı olarak geçirilen çalışmalardan haberdar olacak ve sosyal risklerin meydana getirdiği zararı takip edip karşılayabilecektir.

Ülkemizdeki kayıt dışı işçiliğin önlenmesi için en etkili yol hizmet tespit davası ile sigortalılığın tespit edilmesidir. Biz de buradan hareketle sigortalı hizmetlerin yargı kararıyla tespitinin yargılama usulünü çalışma konumuz edindik. Çalışmamız 5510 sayılı Kanun bakımından sigortalı sayılan tüm kişilere yönelik değil, daha çok Kanunun 4/I(a) bendi kapsamında sigortalı sayılan kişilere yönelik hazırlanmıştır.

§ 1. HİZMET TESPİT DAVASININ YARGILAMA USULÜ

I. Görevli ve Yetkili Mahkeme

A. Görev

Medeni Usul Hukukuna göre her uyuşmazlık, kedisine ait yargı koluna giren yargı yerinde çözümlenir ve karara bağlanır¹. Aksi halde, yani bir uyuşmazlık hakkında kendisinin ait olduğu yargı yerinden başka bir yargı yerinde çözümlenmesi için başvuruda bulunulmuşsa, bu aykırılık kamu düzenine ilişkin olduğundan hakim re'sen dikkate alabileceği gibi taraflar da bu duruma itiraz edebilir².

Görev dava şartı olduğundan dava şartlarına ilişkin genel ilkedden yararlanacaktır. Söz konusu ilkeye göre, “dava şartlarının mevcut olup olmadığını, davanın her aşamasında mahkeme re'sen inceler ve taraflar da davanın her aşamasında görev konusuna ilişkin itirazda bulunabilir.” (İMK md. 15 atfı ile HMK md. 115).

Bir dava hakkında görevli mahkemeyi belirlerken evvela davada görevli olan mahkemenin genel mahkeme mi yoksa özel mahkeme mi olduğu araştırılır, açık bir kanun hükmüyle özel mahkeme görevlendirilmemişse

¹ Abdurrahim Karşlı, Medeni Muhakeme Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 2012, s. 214; Baki Kuru / Ramazan Arslan / Ejder Yılmaz, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 25. Baskı, İstanbul 2014, s. 119; Hakan Pekcanitez / Oğuz Atalay / Muhammet Özkes, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2014, s. 95.

² Yarg. 10. HD, 24.11.1982, 4935/5205, Mustafa Çenberci, Sosyal Sigortalar Kanunu Şerhi, Ankara 1985, s. 521; Pekcanitez / Atalay / Özkes, s. 95.

söz konusu davanın yürütümünde genel mahkemeler görevlidir³. İş Mahkemeleri Kanunu md. 1'e göre, iş mahkemesi kurulmamış olan yerlerde bu davalara, o yerde görevlendirilecek mahkeme tarafından, bu Kanundaki esas ve usullere göre bakılır. İş Mahkemeleri Kanununda görevlendirilecek mahkemenin asliye hukuk mu yoksa sulh hukuk mahkemesi mi olduğu yönünde bir açıklık yoktur ancak sulh hukuk mahkemelerinin görev alanına giren hususlar HMK md. 4'te sınırlı bir biçimde sayılmıştır. Madde de sayılanlar içerisinde de iş mahkemelerinin bulunmadığı yerlerde sulh hukuk mahkemesinin görevli olacağına ilişkin bir bilgiye rastlanmamaktadır. Dolayısıyla iş mahkemelerinin bulunmadığı yerlerde asliye hukuk mahkemelerinin görevli olacağı yönünde yapılan yorum isabetli olacaktır⁴.

İş mahkemesi kurulmamış olan yerlerde iş mahkemesinde bakılması gereken davalara asliye hukuk mahkemesinde, birden çok asliye hukuk mahkemesi kurulmuş olan yerlerde ise HSYK'nın belirlediği asliye hukuk mahkemesinde bakılır⁵.

Görev dava şartı olduğundan mahkeme yargı yetkisi alanında bulunmayan bir davada görevsizlik kararı verebilir, mahkeme vereceği bu karar ile davadan elini çekmiş olur; dolayısıyla görevsizlik kararı nihai bir karardır⁶.

Mahkemenin yargı yetkisi bulunmadığı yönünde tarafların itiraz etmesi halinde ise görev itirazı söz konusu olacaktır, görev itirazının reddine ilişkin mahkemenin vereceği karar ara karar niteliğindedir ve görevsizlik kararının aksine ancak esas hükümlerle birlikte kanun yoluna taşınabilir⁷.

İş mahkemesinin bulunduğu bir yerde, asliye hukuk mahkemesinde açılan davanın akıbetinin ne olacağı üzerinde durmak gerekir. Gerek mahkemenin re'sen görevsizlik kararı vermesi, gerekse taraflardan birinin itirazı üzerine görevsizlik kararı vermesi halinde taraflardan birinin, bu karar verildiği anda kesin ise bu tarihten; süresi içinde kanun yoluna başvurulmayarak kesinleşmiş ise kararın kesinleştiği tarihten; kanun yoluna başvurulmuşsa

³ Kuru / Arslan / Yılmaz, s. 99; Saim Üstündağ, Medeni Yargılama Hukuku, İstanbul 2000, s. 139.

⁴ Argun Bozkurt, İş Mahkemeleri ve Yargılama Yöntemi, Ankara Barosu Dergisi, Y. 68, S. 2010/2, s. 192-193.

⁵ Yarg. 9. HD, 26.09.1980, 8527/9621, C. İlhan Günay, İş Mahkemelerinin Görevi, ABD, S. 99/2-3, Y. 56, s. 79.

⁶ Kuru / Arslan / Yılmaz, s. 125; Pekcanitez / Atalay / Özkes, s. 102.

⁷ Karlı, s. 217; Pekcanitez / Atalay / Özkes, s. 101.

bu başvurunun reddi kararının tebliğ tarihinden itibaren iki hafta içinde kararı veren mahkemeye başvurarak, dava dosyasının görevli mahkemeye gönderilmesini talep etmesi gerekir. Aksi takdirde, bu mahkemece davanın açılmamış sayılmasına karar verilir. Dosya kedisine gönderilen mahkeme, kendiliğinden taraflara davetiye gönderir (İMK md. 15 atfı ile HMK md. 20). Davacı süresi içinde görevli mahkemeye başvuruda bulunursa, bu dava görevsiz mahkemede açılan davanın devamı niteliğindedir yani yeni bir dava ikame edilmiş olmaz dolayısıyla tekrar dava harcı ödenmesi gerekmez⁸. Davacı Kanun maddesinde gösterilen iki haftalık süre içinde görevli mahkemeye başvuruda bulunmazsa dava açılmamış sayılacağından, dava açılması ile meydana gelen tüm sonuçlar ortadan kalkar. Dolayısıyla davacı ancak harç ödeyerek yeni dava açabilir.

Aşağıda inceleme konusu yapacağımız yetki itirazı ile görev itirazının çakışması durumunda öncelikle görev itirazının inceleme konusu yapılacağını da yeri gelmişken belirtmek gerekir⁹.

B. Yetki

Yetki, bir davaya hangi yerdeki görevli mahkemenin bakacağını belirleyen usul hukuku kurumudur¹⁰.

İMK md. 5'in getirdiği düzenleme gereğince hizmet tespit davası, dava olunanın yerleşim yerinde veyahut da işçinin işini yaptığı yerde açılabilecektir. Bu noktada davacıya bir seçim hakkı tanıdığı görülmektedir.

HMK'nın 6. maddesine göre genel yetki kuralı ise şu şekildedir, genel yetkili mahkeme davalı gerçek veya tüzel kişinin davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri mahkemesidir.

HMK ve İMK'nın yukarıda bahsi geçen maddelerine bakıldığında dava olunanın yerleşim yeri mahkemesinin her iki kanun hükmü ile de yetkili sayıldığı aşikârdır. İMK hükmü ile dava olunanın yerleşim yerine ek olarak işçinin işini yaptığı yer mahkemesi de yetkili sayılmıştır. Bu noktada Yargıtay kararları ve doktrin görüşleri arasındaki farka değinmekte yarar vardır.

⁸ Kuru / Arslan / Yılmaz, s. 133; Pekcanitez / Atalay / Özkes, s. 103.

⁹ Yarg. 9. HD, 27.11.1997, 16247/19864, C. İlhan Günay, İş Mahkemelerinin Görevi, Ankara Barosu Dergisi, S. 2-3, 1999, s. 13.

¹⁰ Karşlı, s. 264; Kuru / Arslan / Yılmaz, s. 133; Pekcanitez / Atalay / Özkes, s. 104.

İş mahkemelerinin yetkisini düzenleyen 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun 5. maddesinin, işçi ile işveren arasındaki uyuşmazlıkları düzenlediği gerekçesiyle, hizmet tespit davalarında uygulanmayacağına yönelik Yargıtay kararları mevcuttur¹¹.

Yargıtayın kararlarıyla bire bir örtüşmese de onu destekler nitelikte doktrindeki bir görüş şu şekildedir; sigortalı hizmetlerinin tespiti açısından yetkili iş mahkemesinin tayini HUMK'daki (şimdiki HMK'daki) genel yetki kuralına göre belirlenmelidir, bunun yanı sıra sigortalının işçi niteliği taşınması halinde İMK md. 5 hükmünden de yararlanılabilir¹².

Yargıtay uygulamasını eleştiren doktrindeki görüş ise; İMK md. 5'te yer alan yetki kuralının, HUMK'da (şimdiki HMK md. 6'da) yer alan genel yetki kuralını zaten içerdiği gerekçesiyle, sigortalılık ilişkisine dayanan bir uyuşmazlıkta İMK md. 5'ten ayrılmanın pratik bir fayda sağlamayacağı yönündedir¹³.

Kanaatimizce İMK md. 5'in sadece işçi ve işveren arasındaki uyuşmazlıklarda uygulanacağına dair bir sonuç çıkarmamak gerekir, zira madde metninden hareket edecek olursak, "iş mahkemelerinde açılacak her dava..." ibaresinin sigortalı hizmetlerin tespiti davasını da kapsayacağı anlaşılmaktadır. HMK hükümlerine gitmeye gerek kalmamıştır, hizmet tespit davalarında İMK'nın tayin ettiği yer bakımından yetki kurallarının tatbik edilmesi gerekmektedir¹⁴ dolayısıyla da İMK md. 5 hükmü, hizmet tespit davası bakımından özel yetki kuralı getirmiştir¹⁵.

HMK'ya göre taraflar kesin yetki olmayan hallerde yetkisiz bir mahkemeyi yetkili hale getirebilirler ancak İMK md. 5/2 "bu kanunda düzenlenmiş olan yetki kurallarına aykırı olarak yetki sözleşmesi yapılamaz" diyerek yetki sözleşmesi yapılmasına müsaade etmemiştir. Dolayısıyla sigortalı hizmetlerinin tespitine yönelik olan yetki kuralları kamu düzenine ilişkin olup, bu iki yetki kuralını kaldıran veyahut da bu iki yetki kuralına ek olarak

¹¹ Yarg. 10. HD, 19.10.1973, 889/890, Fevzi Şahlanan, İş Yargılaması, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. XLII, Y. 1977, S. 1-4, s. 406; Yarg. 10. HD, 25.5.1984, 2329/2918, Günay, İş Mahkemelerinin Görevi, s. 224.

¹² Çenberci, s. 512.

¹³ Şahlanan, İş Yargılaması, s. 407.

¹⁴ Aynı yönde, Barış Duman, 506 Sayılı Sosyal Sigortalar Kanununa Göre Hizmetlerin Tespiti, Ankara 2001, s. 85.

¹⁵ Özgür Öztürk, Sigortalı Hizmetlerin Tespiti, Çimento İşveren Dergisi, S. 1, C. 12, Ocak 1998, s. 33.

başka bir yetkili mahkeme tayin eden yetki sözleşmeleri geçersizdir¹⁶. Yargıtay 2009 yılından itibaren verdiği kararlarda bu geçersizliğin kamu düzeninden olduğunu ve hâkim tarafından re'sen nazara alınması gerektiğini söylemektedir. Dolayısıyla taraflar yetki itirazında bulunmasalar dahi, geçersiz yetki sözleşmesine dayalı olarak yetkisiz mahkemede dava açılırsa mahkeme bunu re'sen gözetmek zorundadır¹⁷.

Hizmet tespit davası bakımından yetki kuralları kesin yetki oluşturmadığından, yetki itirazı cevap dilekçesi ile ilk itiraz olarak ileri sürülmelidir (İMK md. 15 atfı ile HMK md. 116, 117). Demek ki yetki itirazı usuli anlamda bir ilk itirazdır ve dava şartlarında olduğu gibi hâkim tarafından re'sen incelemeye alınamaz¹⁸. Davalı tarafından cevap dilekçesinde ileri sürülmeyen yetki itirazı daha sonradan ne mahkeme tarafından re'sen dikkate alınabilir ne de taraflardan birinin talebi ile itiraz konusu yapılabilir, bu ihtimalde dava yetkisiz mahkemede görülmeye devam eder (İMK md. 15 atfı ile HMK md. 19/2).

II. Davanın Tarafları

A. Genel Olarak

Bir davada davalı ve davacı taraf olmak üzere iki adet sùje bulunmaktadır. Davanın tarafı olabilmek için öncelikle taraf olma ehliyetini haiz olmak gerekir. HMK madde 50'ye göre, medeni haklardan yararlanma ehliyetine sahip olan, davada taraf ehliyetine de sahiptir. Taraf ehliyetine sahip olan kişi dava ehliyetine de sahip ise bir davada taraf sıfatında bulunabilir. Dava ehliyeti, bir davada bizzat veya yetkili bir temsilci vasıtasıyla o davayı takip edebilme ve gerekli usuli işlemleri yapabilme yeteneğidir¹⁹.

B. Davacı Taraf

1. Sigortalının Kendisi

5510 sayılı Kanun md. 86/9“ Aylık prim ve hizmet belgesi işveren tarafından verilmeyen veya çalıştıkları kurumca tespit edilemeyen sigortalılar...” demektedir. Dolayısı ile hizmet tespiti davası sigortalı olduğunu iddia eden kişi tarafından açılacaktır.

¹⁶ Ersin Umdu, Yargıtay Kararları Çerçevesinde Hizmet Tespit Davaları, Mali Çözüm, İSMMM Yayınları, S. 87, Mayıs- Haziran 2008, s. 244; Kuru / Arslan / Yılmaz, s. 705; Şahlanan, İş Yargılaması, s. 403.

¹⁷ Bozkurt, s. 197.

¹⁸ Yarg. 9. HD, 16.3.1972, 24238/6847, Şahlanan, İş Yargılaması, s. 404; Yarg. 9. HD, 19.8.1970, 1263/8831, Turgut Uygur / İrfan Dönmez / Bahattin Kars, Uygulamalı İş Davaları, İstanbul 1974, s. 65.

¹⁹ Karşlı, s. 350; Kuru / Arslan / Yılmaz, s. 224.

Ancak madde “Aylık prim ve hizmet belgesi işveren tarafından verilmeyen...” dediği için bu dava bağımsız çalışanlar tarafından açılmaz. Sigortalı olduğunu iddia eden kişinin davacı sıfatını taşıyabilmesi için, bir işverene hizmet sözleşmesi ile bağlı olarak çalışıyor olması (SSGSSK md. 4/I, a), aynı zamanda kanunen sigortalı sayılmayan kişilerden (SSGSSK md. 6) olmaması gerekir. Kanunun 4/I, c maddesine tabi olarak çalışanlar yani kamu görevlileri de bu kapsamda dava açabilir. Fakat kamu görevlilerinin sigortalılığın bildirilmediği düşünülmemeyeceğinden, uygulanabilirliği olmayacaktır.

Hizmet tespit davası, sigortalı sayılan kişinin geçmiş dönemdeki çalışmalarının tespitini içeren bir davadır, dolayısıyla davayı açacak olan kişi öncelikle geçmişe dönük var olan hizmetlerinin tespitini isteyen ve hizmet ilişkisinin tarafı olan sigortalıdır.

5510 sayılı Kanunun 38. maddesine göre; “On sekiz yaşından önce malullük, yaşlılık ve ölüm sigortalarına tabi olanların sigortalılık süresi, on sekiz yaşını doldurdukları tarihte başlamış kabul edilir. Bu tarihten önceki süreler için ödenen malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primleri, prim ödeme gün sayılarının hesabına dâhil edilir.”

Kanuni düzenleme ile paralel şekilde verilen bir Yargıtay kararına²⁰ göre, “...malullük, yaşlılık ve ölüm sigortalarına tabi olanlar ibarelerinin, sigortalılar yararına bir yorumla, tabi olması gerekenleri de kapsadığının kabulü gerekmektedir.”

SSGSSK madde 38’de düzenlenen hükme göre, on beş yaşında sigortalılık ilişkisi kapsamına girerek çalışmaya başlayan kişi, yirmi iki yaşına geldiğinde yedi yıllık hizmet tespiti değil dört yıllık hizmet tespiti isteyebileceksen, işten on sekiz yaşında ayrılması halinde üç yıllık hizmetinin tespiti konusunda yargı yoluna bizzat veya kanuni temsilcisi vasıtasıyla başvuruda bulunamayacaktır²¹. Hizmet tespit davasını açan davacı, uzun vadeli sigorta kollarından yararlanmak için yaş koşulunu sağlamış fakat prim ödeme gün sayısında eksiklik olduğu gerekçesiyle sigortalılık haklarından yararlanamıyorsa, tespit edilecek olan on sekiz

²⁰ Yarg. 10. HD, 14.7.2011, 10902/11474, Fatih Uşan, Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri Açısından Yargıtayın 2011 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2011, Ankara 2013, s. 421.

²¹ Duman, s. 93.

yaş öncesi döneme ait prim ödeme gün sayıları da toplam prim ödeme gün sayılarına ilave edilir.

Yargıtayın vermiş olduğu bir karara konu olayda; on sekiz yaşından küçük davacının hizmet tespiti talebini, çalışma ilişkisinin başladığı tarihte davacının on sekiz yaşından küçük olması sebebiyle yerel mahkeme reddetmiştir. Bunun üzerine dosya temyiz edilerek Yargıtaya gitmiştir, Yargıtay da dava konusu olan hizmet sigortalıya ait ise davacının on sekiz yaşından küçük olmasının hizmetin geçerliliğini etkilemeyeceği ve davacının hukuki yararını kaldırmayacağını belirterek yerel mahkeme hükmünü bozmuştur²².

Kanuni erginlik yaşı olan on sekiz yaşından küçük kişilerin veli veya vasisinin izni ile hizmet sözleşmesi yapması, yapılan hizmet sözleşmesine bağlı olarak da çalışması mümkündür. Ve hatta veli veya vasisinin izni olmadan yapılan hizmet sözleşmesi, geçersizliği saptanana değin geçerli bir hizmet sözleşmesinin tüm sonuçlarını doğurur²³. Bu durum TBK ile de düzenlenerek şu şekilde ifade edilmiştir; “Geçersizliği sonradan anlaşılan hizmet sözleşmesi, hizmet ilişkisi ortadan kaldırılincaya kadar, geçerli bir hizmet sözleşmesinin bütün hüküm ve sonuçlarını doğurur.” (TBK md. 394)

O halde SSGSSK 38. maddede düzenlenen hükme bir eleştiri getirerek şu şekilde düşünmek yerinde olacaktır; bir yandan sakatlığı saptanincaya kadar taraflar arasında yapılan hizmet sözleşmesinin sanki geçerliymiş gibi hüküm doğurması, diğer yandan ise hizmet sözleşmesine dayalı olarak çalışan kişilerin emeklerinin korunması için getirilmiş olan zorunlu sigortalılık prensibi gereğince 18 yaşından küçük kişilerin veli veya vasi izniyle hizmet sözleşmesi yapması halinde sigortalılık süresinin başlaması ve gerektiğinde hizmet tespiti bakımından yargı yolunun açık olması gerekmektedir²⁴.

²² Yarg. 10. HD, 8.10.1985, 5284/5143, Ali Güzel, Sosyal Sigortalar Açısından Yargıtayın 1985 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Millî Komitesinin, İstanbul, 1987, s. 197.

²³ Kadir Arıcı, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1997, İstanbul 1999, s. 283; Cevdet Yavuz / Burak Özen / Faruk Acar, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), İstanbul, 2014, s. 413; Ali Güzel, Fabrikadan İnternete İşçi Kavramı ve Özellikle Hizmet Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru Üzerine Bir Deneme, Kamu İş Dergisi, C. 4, S.2, Antalya 1997, s. 94.

²⁴ Duman, s. 93.

2. Sigortalının Hak Sahipleri

5510 sayılı Kanun md. 86/9'da yer almamakla birlikte ölen sigortalının hak sahiplerinin de bu davayı açabileceği yargı kararları ve doktrinde kabul edilmektedir²⁵. 5510 sayılı Kanun md. 3/7 "hak sahibi: sigortalının veya sürekli iş göremezlik geliri ile malullük, vazife malullüğü veya yaşlılık aylığı almakta olanların ölümü halinde gelir veya aylık bağlanmasına veya toptan ödeme yapılmasına hak kazanan eş, çocuk, ana ve babasını ifade eder" şeklinde bir tanımlama yapılmıştır.

Sigortalının ölümü halinde şartları oluşmuşsa eş, çocuklar ve ana baba da sigorta yardımlarından faydalanabileceği için, sigortalı ölmüş ise bu kişilerin dava açmakta hukuki yararı olduğu kabul edilmelidir. Hak sahipleri bakımından beş yıllık süre sigortalının ölümü ile başlayacaktır²⁶. Ancak hak sahiplerinin dava açabilmesi için sigortalı, sağlığında beş yıllık süreyi geçirmemiş olmalıdır²⁷. Eğer sigortalı hizmet tespit davasına konu olacak hizmetlerin geçtiği yılın sonundan itibaren beş yıl yaşayıp da dava açmamış ise bu davayı açma hakkı hak sahiplerine geçmeyecektir²⁸.

Sigortalı hizmetinin tespiti hususunda uygulanacak hak düşürücü süre hak sahipleri bakımından, sigortalının öldüğü anda başlar²⁹. Nitekim YHGK 2.12.1998 tarihli bir kararında³⁰ bu hususa değinmiştir : "...sosyal güvenlik hukukunun temel öğeleri ve kabul ettiği ilkeler gereği, hak sahipleri yönünden muris çalışmalarına ilişkin bir tespit davası ancak hakkın ortaya çıktığı, ölüm tarihinden başlatılmalıdır. Kuşkusuz, bu ilke, murisin hayatında tüketip bitirmediği hak düşürücü sürelerin gerçekleşmediği durumlarda söz konusu olacaktır."

²⁵ Coşkun Saraç, Sigortalı Hizmetlerin Hükmen Tespiti, Osman Güven Çankaya'ya Armağan, Ankara 2010, s. 34; Ali Güzel / Ali Rıza Okur / Nurşen Caniklioğlu, Sosyal Güvenlik Hukuku, İstanbul 2014, s. 329; Ali Nazım Sözer, Türk Sosyal Sigortalar Hukuku, İstanbul 2015, s. 457; A. Can Tuncay / Ömer Ekmekçi, Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, 16. Baskı, İstanbul 2013, s. 244; Yarg. 21. HD, 7.10.1996, 5611/ 5402, YKD, Mayıs 1997, s. 775; Yarg. 21. HD, 27.4.1999, 2735/2874, Ali Güzel, Sosyal Sigortalar Açısından Yargıtayın 1999 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, İstanbul 2001, s. 303.

²⁶ Yarg. 21. HD, 7.10.1996, 5611/5402, YKD, Mayıs 1997, 775-776; Yarg. 21. HD, 27.4.1999, 2735/2874; Yarg. 21. HD, 11.7.2005, 3052/7320, İBD, 2006/1, 347-348; Yarg. 21. HD, 9.3.2009, E. 2008/4572, K. 2009/3399 (www.legalban.net).

²⁷ Erdal Yazıcı, "Türk Sosyal Güvenlik Hukukunda Hizmet Tespiti" Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi SBE, 2009, s. 82; Güzel / Okur / Caniklioğlu, s. 340; Saraç, s. 459.

²⁸ İhsan Çakmak, Hizmet Tesbiti Davaları, Ankara 2005, s. 400.

²⁹ Yarg. 21. HD, 7.10.1996, 5611/5402, YKD, C. 23, S. 2, Şubat, 1997, s. 77.

³⁰ Yarg. HGK, 2.12.1998, 21-826/855 (www.legalbank.net).

Hizmet tespit davası sigortalı olarak çalışan kimsenin sosyal sigorta yardımlarından yararlanması için sağlanan bir imkândır. Dolayısıyla sigortalının ölümü halinde hukuki yararları olmak şartıyla hak sahipleri veya diğer bir deyişle sigortalının bakmakla yükümlü olduğu kişiler ölen sigortalının geçmiş hizmetlerinin tespiti için hizmet tespit davası açabileceklerdir³¹. Yargıtayın da bu yönde verdiği bir kararda, eş ve çocukların ölüm aylığından yararlanabilmek için hizmet tespit davası açabilecekleri ifade edilmiştir³².

Doktrindeki bir görüş hak sahiplerinin hakları ve sigortalılık ilişkisi, sigortalı sayılan kişininkinden farklı ve ayrı olduğu için, sigortalının yaşamında dahi hak sahiplerinin hizmet tespit davası açabileceği yönündedir³³. Bizim de katıldığımız bu görüşe göre hak sahiplerinin dava açma hakları sigortalınıninkinden ayrı ve bağımsız olduğu için, sigortalı henüz hayattayken ve hizmet tespit davası için öngörülen beş yıllık dava açma süresi de geçmemişken, bu hakkın sigortalı dışında bir kimse tarafından kullanılmasının mümkün olmalıdır.

C. Davalı Taraf

Hizmet tespit davası mağdur olan çalışan tarafından açılmaktadır. Dava açılmasına sebep olan ihtilaf, yanında sigortalı çalıştırıp bunu Kuruma bildirmeyen işveren tarafından çıkarılmaktadır, dolayısıyla uyuşmazlığın doğası gereği dava işverene yöneltilenektir³⁴.

11.9.2014 tarihinden önce kanun metninde bir açıklık olmaması sebebiyle Yargıtay kararlarında ve doktrinde Kurumun davalı olup olmayacağı yönünde yorum yoluyla sonuca varılmıştır. Dava sonunda hükmü icra edecek olanın Kurum olduğu gerekçesiyle Kurumun da davalı olarak gösterilmesi gerektiği, bu anlamda işveren ile Kurum arasında zorunlu dava arkadaşlığı olduğu kabul edilmekteydi³⁵. Nitekim YHGK'nın 24.6.2009 tarihli kararına³⁶ göre “Sosyal güvenlik kurumu tespit ilamını aldığı anda işverenden o döneme ait prim belgelerini vermesini ister. Aksi halde bunlar Kurumca re’sen düzenlenir. Tespit edilen döneme ilişkin

³¹ Çenberci, s. 312.

³² Yarg. 10. HD, 16.5.1983, 2237/2767, Çenberci, s. 520.

³³ Murat Türe, 506 sayılı SSK Kapsamında İşverenin Bildirge Verme Yükümlülüğü ve Uymamanın Sonuçları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi SBE, 1999, s. 89; Öztürk, s. 36.

³⁴ Sözer, Sosyal Sigortalar Hukuku, s. 457.

³⁵ Güzel / Okur / Caniklioğlu, s. 343; Tuncay / Ekmekçi, s. 241.

³⁶ Yarg. HGK, 24.6.2009, E. 2009/21-249, K. 2009/291 (www.legalbank.net).

primler de gecikme zammı ve faizi ile birlikte Kurum tarafından tahsil olunur. Ayrıca tespit edilen hizmet süresi prim ödeme gün sayısı ve aylık kazanç toplamları Kurum tarafından yapılacak yardımlarda ve bağlanacak aylıklar da dikkate alınır. Davanın açılması ile sosyal güvenlik kurumu bir çalışma ilişkisinden haberdar olacak, gerektiğinde müfettiş incelemesi yaparak re'sen prim tahakkuk ettirip, tahsil edecektir. Dolayısıyla hizmet tespiti davaları Kurumun hak alanını doğrudan ilgilendirmektedir. Bu yüzden Kurumun dava sonucunda alınacak ilamı infaz edeceği ve hak alanını ilgilendiren bir davada taraf olmaması doğru bulunmamıştır. Dava sadece işverene veya Kuruma karşı açılmışsa, davacıya diğerini de davaya dâhil etmesi için süre verilecektir. Kanunda açık bir hüküm bulunmamasına rağmen sosyal sigorta ilişkisinin ve hizmet tespiti davasının özellikleri göz önünde tutularak bu husus kabul edilmiştir.” Ancak 11.9.2014 tarihli 6552 sayılı Kanunun 64. maddesi ile 5521 sayılı Kanun md. 7'ye “Hizmet sözleşmesine tabi çalışmaları nedeniyle zorunlu sigortalılık sürelerinin tespiti talebi ile işveren aleyhine açılan davalarda, dava Kuruma re'sen ihbar edilir. İhbar üzerine davaya davalı yanında fer'i müdahil olarak katılan kurum, yanında katıldığı taraf başvurmasa dahi kanun yoluna başvurabilir. Kurum yargılama sonucu verilecek kararı kesinleştikten sonra uygulamakla yükümlüdür” fıkrası eklenmiştir. Böylece artık hizmet tespiti davaları Kuruma karşı açılmayacak (Kurum davanın tarafı olmayacak), davada fer'i müdahil³⁷ olarak yer alacaktır³⁸.

Madde metninden anlaşılacağı üzere işveren, sigortalı gibi bir takım yardımlardan yararlanması sebebiyle değil, sigortalı çalıştırması nedeniyle dolaylı bir biçimde sosyal sigorta ilişkisine girer³⁹.

Kanun koyucu işverene, yanında çalıştırdığı sigortalıyı Kuruma bildirme yükümlülüğü getirmiştir. Kanun koyucunun getirdiği bu düzenleme sayesinde kayıt dışılığın önüne geçilmiş olacaktır. SSGSSK'ya göre hizmet tespit davası açılabilmesi için işverenin vermesi gereken prim

³⁷ Medeni yargılama hukukuna göre bir dava davacı ve davalı olarak iki taraf arasında görülür, üçüncü kişiler davanın dışında kalır. Ancak görülmekte olan davadan sadece taraflar değil üçüncü kişilerin de bazen etkilendiği bilinmektedir. Fer'i müdahil kavramı da bu ihtiyaca binaen düzenlenmiş bir kurumdur. Fer'i müdahil, üçüncü kişinin bir davaya taraf olmadan, kendi hukuki yararını korumak için, davayı kazanmasında yararı bulunan tarafın yanında, ona yardımcı olarak davaya müdahalesine imkân verecek bir hukuki kurumdur (HMK md.66).

³⁸ “...özelliikle dava 11.09.2014 tarihinden önce açıldığından fer'i müdahillliği söz konusu olmayan Kurum bakımından...” Bkz.:Yarg. 10. HD, 29.01.2015, 1795/1564 (www.legalbank.net).

³⁹ Murteza Aydemir, Türk Hukukunda İşveren, İşveren Vekili ve Alt İşveren Vekili, İstanbul 1993, s. 66.

belgelerini Kuruma vermemiş olması veya Kurum tarafından çalışan sigortalıların tespit edilememiş olması gerekir. Hizmet tespit davası bakımından sigortalıya yüklenen ödev prim belgelerini düzenlemek ve vermek olduğundan, geçmiş hizmetlerin tespitine yönelik açılacak olan bir davanın davalısı işveren olacaktır⁴⁰.

Hizmet tespiti davası açacak olan sigortalı, söz konusu davayı işverene yöneltirken işverenin hayatta olup olmadığına dikkat etmelidir, zira ölmüş işverene karşı açılan davada mirasçılardan davaya dâhil edilerek hüküm verilmesi usul ve yasaya uygun olmayacaktır⁴¹. Dolayısıyla işverenin öldüğü durumlarda dava doğrudan mirasçılara yöneltilmelidir.

Sigortalıya tanınan hizmetlerin yargısal yolla tespiti olanağı malvarlığına ilişkin bir haktan ziyade, geçmiş hizmetlerin tespiti amacıyla açılmış sosyal bir düşüncenin eseridir, dolayısıyla mirası reddeden mirasçılardan, miras bırakana ait işyerinde geçen sigortasız çalıştırmalar bakımından açılan hizmet tespit davasında taraf olamayacakları savunması yerinde değildir. Red durumu ileride primlerin tahsili aşamasında göz önünde bulundurulabilir⁴².

Hizmet tespit davası prim ödeme yükümlüsü olan işverene ve işveren ile birlikte müteselsil sorumlu olan diğer kişilere karşı da açılmalıdır⁴³. Bu duruma örnek olarak geçici iş ilişkisi verilebilir. İş Kanununun 7. maddesinde düzenlenen geçici iş ilişkisine göre; işveren, devir sırasında yazılı rızasını almak suretiyle bir işçiyi; holding bünyesi içinde veya aynı şirketler topluluğuna bağlı başka bir işyerinde veya yapmakta olduğu işe benzer işlerde çalıştırılması koşuluyla başka bir işverene iş görme edimini yerine getirmek üzere geçici olarak devrettiğinde geçici iş ilişkisi gerçekleşmiş olur. İş Kanununda tanımlanan geçici iş ilişkisine göre, sigortalıyı devralan işveren devreden işveren ile birlikte müteselsilen sorumludur⁴⁴. Ayrıca Kanun bununla yetinmeyip 86. maddede de sigortalıya ait belgelerin verilmemesinden dolayı işverenlerin müteselsil

⁴⁰ Yarg. 10. HD, 20.12.1990, 12008/11046, İş Ve Hukuk Dergisi, Y. 26, S. 212, Mart 1991, s. 37.

⁴¹ Yarg. 10. HD, 20.12.1990, 10316/10979 (www.legalbank.net).

⁴² Yarg. 10. HD, 13.12.1984, 6364/6417, Tankut Centel, Sosyal Sigortalar Açısından Yargıtayın 1984 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1986, İstanbul, 1986, s. 240.

⁴³ Mesut Balcı / Halil Yılmaz, Sosyal Sigorta Prim Alacaklarının Takip ve Tahsili, Ankara, 2014, s. 48; Karş. Saraç, s. 461-462.

⁴⁴ "...4857 sayılı İş Kanununda tanımlanan geçici iş ilişkisi kurulan işveren, bu Kanunda belirtilen yükümlülüklerinden dolayı işveren ile birlikte müştereken ve müteselsilen sorumludur" (SSGSSK md. 12/2).

sorumlu olduğunun altını çizmiştir. Şöyle ki; işverenin sigortalıyı, 4857 sayılı İş Kanununun 7. maddesine göre başka bir işverene iş görme edimini yerine getirmek üzere geçici olarak devretmesi halinde, sigortalıyı devir alan, geçici iş ilişkisi süresine ilişkin birinci fıkrada belirtilen belgelerin aynı süre içinde işverene ait işyerinden Kuruma verilmesinde, işveren ile birlikte müteselsilen sorumludur (SSGSSK md. 86). Madde lafzına göre geçici iş ilişkisi kurulması amacıyla sigortalıyı devralan işveren, geçici iş ilişkisi süresi boyunca prim belgelerinin Kuruma verilmemesinden devreden işverenle birlikte müteselsilen sorumlu olacak dolayısıyla hizmet tespit davası bakımından davalı konumunda olacaktır.

Bunun gibi alt işveren de asıl işveren ile birlikte prim borçlarından müteselsilen sorumlu olduğu için, hizmet tespit davası alt işverene de yöneltilmelidir⁴⁵. Bu konuda verilmiş kararların yanında usul hukuku hükümleri gereğince de belirtmek gerekir ki, tespit davasında asıl işveren alt işveren ile birlikte dava arkadaşı konumundadır⁴⁶.

SSGSSK 12/6. maddeye göre, “Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin bir işte veya bir işin bölüm veya eklentilerinde, iş alan ve bu iş için görevlendirdiği sigortalıları çalıştıran üçüncü kişiye alt işveren denir. Sigortalılar, üçüncü bir kişinin aracılığı ile işe girmiş ve bunlarla sözleşme yapmış olsalar dahi, asıl işveren, bu Kanunun işverene yüklediği yükümlülüklerden dolayı alt işveren ile birlikte sorumludur” denmiştir. Alt işveren ile asıl işveren kanunen müteselsil sorumlu tutulduğuna göre, sigortalı alt işverene karşı da yargı yoluna başvurabilecektir. Yargıtayın da bu yönde vermiş olduğu bir karar, söz konusu davada davacının, davalının işçisi mi yoksa taşeronun işçisi mi olduğu yönünde araştırma yapılması gerektiği ve eğer taşeronun işçisi ise taşeronun da davaya katılması gerektiği yönündedir⁴⁷.

⁴⁵ “Hizmet tespiti davaları kural olarak bu ödevi yerine getirmeyen işverene karşı açılmalıdır. Ancak, şayet varsa onunla birlikte müteselsilen sorumlu olan asıl işverene karşı da dava açılabilir. Burada asıl işveren yönünden ihtiyari dava arkadaşlığı söz konusudur. Zira, hizmet tespiti davası sonunda verilen ilam doğrultusunda primlerin Kurumca tahsili söz konusu olacağından prim ödeme yükümlüsü olarak asıl borçlu olan aracı ile birlikte müteselsilen sorumlu olan asıl işverenden de bu primler istenebileceğinden hizmet tespiti davalarında husumetin asıl işverene de yöneltilmesi mümkün olup, sonucu itibarıyla bu dava asıl işverenin de hak alanını ilgilendirmektedir. Kaldı ki bu yaklaşım çelişkili kararların verilmesini önleyeceği gibi, usul ekonomisi ilkesi yönünden de fayda sağlayacaktır” Bkz.:Yarg. 10. HD, 15.09.2008, 11651/10601 (www.legalbank.net); Yarg. 10. HD, 5.7.2007, 10123/11781 (www.kazanci.com); Yarg. HGK, 10.11.2010, 21-497/590, Uşan, s. 371.

⁴⁶ Pekcantez / Atalay / Özekes, s. 220.

⁴⁷ Yarg. 10. HD, 12.4.1994, 805/6829, Ali Rıza Okur, Sosyal Sigortalar Açısından Yargıtayın 1994 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararların Değerlendirilmesi

5510 sayılı Kanun ile asıl işverene böyle bir sorumluluk getirilmesinin nedeni, gerek sigortalıların gerekse sosyal sigortalar bakımından sigortalıya güvence sağlayan Kurumun hak ve alacaklarını korumaktır⁴⁸.

Tespit davaları sadece yurt içi çalışmalar için değil, yurt dışında çalışılan ve Kuruma bildirilmemiş olan çalışmalar için de açılmaktadır⁴⁹.

Burada yeri gelmişken dava arkadaşlığı konusunda Hukuk Genel Kurulu'nun ve 21. Hukuk Dairesi'nin 2008 tarihli bir kararına değinmekte yarar vardır. Şöyle ki; karara konu olan olayda sigortalı farklı tarihlerde üç ayrı işyerinde çalışmış olup, tek bir dava dilekçesi ile hizmetlerin tespitini talep etmiştir. Yani davacı farklı işverenlere ait, farklı işyerlerinde ve farklı dönemlerde geçen çalışmaları için tek bir dava dilekçesi ile tüm işverenlere karşı husumet yöneltmiştir. Ancak hem Yargıtay 21. Hukuk Dairesi hem de Hukuk Genel Kurulu isabetli olarak, talepler arasında hukuki ve fiili bir bağ olmadığından bu taleplerin farklı dilekçeler ile dava konusu edilmesi gerektiğine hükmetmiştir⁵⁰.

Hizmet tespitine ilişkin olarak açılan davalar, tespiti istenen dönemdeki işverene yöneltilir. Dava konusu edilen tarihler arasında işyeri el değiştirmiş ise, hizmet tespit davası bu dönemdeki tüm işverenlere karşı açılır; aksi halde husumet yöneltilmeyen işverenlere ait dönem hizmet tespit davasına konu edilemez⁵¹.

İşveren adına ve hesabına, işin veya görülen hizmetin bütününün yönetim görevini yapan kimse, işveren vekilidir. 5510 sayılı Kanunda geçen işveren deyimi, işveren vekilini de kapsar. İşveren vekili ve 4857 sayılı İş Kanununda tanımlanan geçici iş ilişkisi kurulan işveren, 5510 sayılı Kanunda belirtilen yükümlülüklerinden dolayı işveren ile birlikte müştereken ve müteselsilen sorumludur (SSGSSK md. 12/II).

1994, İstanbul 1996, s. 150.

⁴⁸ Fevzi Şahlanan, Türk İş Hukukunda Alt İşveren, İş Hukuku Dergisi, C. 2, S. 1-4, Y. 1992, s. 329; Talat Canbolat, Türk İş Hukukunda Alt İşveren Kavramı, İş Hukuku Dergisi, C. 2, S. 1-4, Y. 1992, s. 218; Kenan Tunçomağ, Sosyal Güvenlik Kavramı ve Sosyal Sigortalar, İstanbul 2000, s. 127.

⁴⁹ Yarg. 10. HD, 13.2.1996, 1232/1191, Sözer, Sosyal Sigortalar Hukuku, s. 457.

⁵⁰ Yarg. HGK, 8.7.2009, 21-286/328, Yarg. 21. HD, 21.10.2008, E. 2007/22158, K. 2008/16301, Ömer Ekmekeçi, Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri Açısından Yargıtayın 2009 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2009, s. 406.

⁵¹ Ercüment Öztürk, Hizmet Tespit Davaları, Sosyal Güvenlik Dünyası Dergisi, S. 16, Ekim-Aralık 2002, s. 38.

Görüldüğü üzere 5510 sayılı Kanunla getirilen düzenleme 506 sayılı Kanundan biraz daha farklı olarak, işverenin Kanunda yer alan yükümlülüklerinin yerine getirilmesinde, işveren vekilinin de müştereken ve müteselsilen sorumlu olacağını vurgulamaktadır. Anılan nedenlerden dolayı, sigortalı hizmetin tespiti davasının o dönemdeki işveren vekiline karşı açılmasında yasal bir engel bulunmamaktadır⁵².

III. Dava Açma Süresi ve Niteliği

A. Dava Açma Süresi

Aylık prim ve hizmet belgesi işveren tarafından verilmeyen veya çalıştıkları Kurumca tespit edilemeyen sigortalılar, çalıştıklarını hizmetlerinin geçtiği yılın sonundan başlayarak beş yıl içerisinde iş mahkemesine başvurarak, alacakları ilam ile ispatlayabilirlerse, bunların mahkeme kararında belirtilen aylık kazanç toplamları ile prim ödeme gün sayıları dikkate alınır (SSGSSK md. 86/9). Kanun lafzına göre, sigortalı işten ayrıldığı yılın sonundan itibaren beş yıl içerisinde bu davayı açmalıdır⁵³. Burada belirtilen süre geriye doğru tespiti istenebilecek çalışmaların süresi değil, dava açma süresidir⁵⁴. Bu nedenle öğretilde savunulan ve bu sürenin geriye dönük olarak on (veya beş) yıla ait çalışmaların tespitine yarayacağı görüşüne⁵⁵ katılmak mümkün değildir.

Sosyal sigorta ilişkisi gereğince çalışmaya başlayan kişilerin, işe alındıkları tarih itibariyle zorunlu olarak sigortalı sayılacağını ve kişilerin bu haktan vazgeçemeyeceğini daha önce belirtmiştik. Sosyal güvenlik hakkı anayasa ile teminat altına alınan ve devletin sosyal güvenlik hakkının tesisi ve temini için gerekli tedbirleri alması gereken bir haktır (AY md. 60).

Hizmetlerin tespiti için dava açılmasının belirli bir süre ile sınırlandırılmaması gerektiği yönünde öğretilde ileri sürülen bir görüş vardır. Bu görüşe göre, sigortalılığın tespitine yönelik araştırmalar neticesinde sigortalının sosyal güvenlik hakkına kavuşması için sınırlı bir süre öngörülmemeli ve sigortalılar her ne olursa olsun haklarına kavuşabilmelidir, dolayısıyla hizmet tespit davası bir süre ile sınırlandırılmamalıdır⁵⁶. Ancak

⁵² Öztürk, Hizmet Tespit Davaları, s. 38.

⁵³ Buna karşılık Yargıtay bir kararında dava açma süresini hizmetin geçtiği yılın sonundan itibaren değil, primi kesinle hizmetin Kuruma bildirilmediğinin öğrenildiği andan itibaren başlatmıştır, bkz.:Yarg. 10. HD, 23.9.1991, 7359/7067, YKD, Ocak 1992, 68-70.

⁵⁴ Güzel / Okur / Caniklioğlu, s. 338; Yarg. 10. HD, 10.9.1996, 7556/6608, YKD, Temmuz 1997, 1085-1087.

⁵⁵ Centel, s. 261 vd.

⁵⁶ Ali Nazım Sözer, Sosyal Sigorta İlişkisi, İzmir 1991, s. 79; Aksi görüş için bkz.: "...herhangi bir kay-

bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre, ispat vasıtalarının yok olması tehlikesi karşısında davanın açılmasının belli bir süre ile sınırlandırılması gerekir⁵⁷. Yukarıda bahsedilen bazı sebeplerden dolayı sosyal güvenlik hakkını sağlamaya yönelik olan hizmet tespit davasının süreye bağlanması sigortalı açısından olumsuz sonuçlar doğuracakmış gibi dursa da, hukuk düzeninin sağlanıp alınacakların takibinin etkin bir şekilde yapılabilmesi için gerekliliği gözden kaçırılmamalıdır⁵⁸.

Sigortalı hizmetlerinin tespiti amacıyla açılan davanın beş yıllık süreye bağlanması öncesinde farklı düzenlemeler bulunmaktaydı. Sigortalıların lehine olduğu düşünülerek 20.06.1987 tarihli ve 3395 sayılı Kanun ile on yıla çıkarılan hizmet tespit davası açma süresi yine aynı Kanunda 01.06.1994 tarih ve 3995 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle tekrar beş yıla düşürülmüştür. Bu noktada eski düzenlemeye göre dava açma hakkı olanların yeni düzenleme karşısında korunması gerektiğini⁵⁹ söylemekle yetineceğiz. Zira çalışmamızın tarihi itibarıyla on yıllık dava açma süresi hakkına sahip olan sigortalılar bakımından da sürenin dolduğu aşikârdır. 5510 sayılı Kanununun 86. maddesinde belirtildiği gibi dava açma süresi, hizmet tespiti isteyen sigortalının çalıştığı dönemin sona erdiği yılın sonundan itibaren (31 Aralık) beş yıldır. Örneğin, Ocak ayında işinden ayrılan ve hizmetlerinin Kurum kayıtlarında bulunmadığını fark eden bir çalışanın dava açma süresi, izleyen yılın sonundan itibaren (31 Aralık); Aralık ayında işinden ayrılan bir çalışanın dava açma süresi de yine

da rastlanmaması ihtimaline binaen, geçmiş hizmetlere ilişkin uzun sürelerle ait bilgilerin eksiksiz olarak hafızalarda kalması hayatın olağan akışı ve yaşam deneyimlerine uygun olmayacağından söz konusu davanın süreye tabi tutulması, doyurucu adaletin temini açısından yerindedir” Duman, s. 68; Dava açma süresinin 5 yıl ile sınırlandırılmasının anayasaya aykırı olduğu iddiası ile açılan davada, Anayasa Mahkemesi “Hizmet tespiti davalarının, çalışanların Kurum kayıtlarına geçirilmemiş aylık kazanç toplamları ve prim ödeme gün sayılarının sigortalının hesabında esas alınmasına yönelik olmaları nedeniyle, sosyal güvenlik sistemi üzerindeki etkileri açıktır. Dolayısıyla bu davalar için öngörülen 5 yıllık hak düşürücü sürenin, sistemin süreklilik arzedecek şekilde veya makul olmayacak ölçüde uzun bir süre dava tehdidi altında tutulmasını önlemek suretiyle sosyal güvenlik sisteminin istikrarının sağlanması amacıyla getirildiği anlaşıldığından bunun bir sınırlama olarak nitelendirilmesi mümkün değildir” gerekçesi ile davayı reddetmiştir, AYM, 26.01.2011, E. 2008/109, K. 2011/25, RG, 02.04.2011, 27893.

⁵⁷ Müjdat Şakar, Sosyal Sigortalar Açısından Yargıtayın 1993 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, İstanbul 1995, s. 189; Duman, s. 68.

⁵⁸ Orhan Rüzgar, Sosyal Sigortalar Kurumuna Bildirilmeyen Çalışmaların Tespiti, BBD, Y. 16, S. 42, Ağustos 1992, s. 17.

⁵⁹ Bu durum HGK'nın 1997 tarihli bir kararında şöyle ifade edilmiştir: “...hak düşürücü süre gibi dava hakkını önleyen kuralların somut olayların özelliklerine göre daha çok hakkı ortadan kaldırmaya yönelik şekilde geniş yorumlanmamasına özen gösterilmesi gerektiğinden bahisle...” denilerek on yıllık zaman aşımının uygulanması gerektiği belirtilmiştir. Yarg. HGK, 19.03.1997, E. 1996/10-906, K. 1997/203, Erhan Ertürk, Sosyal Sigortalar Kanunu Uygulaması, Ankara 1999, s. 540.

izleyen yılın sonundan (31 Aralık) itibaren başlayarak beşinci yıl içindeki 31 Aralık'ta son bulacaktır⁶⁰. Ancak Yargıtay bir kararında dava açma süresini çalışma olgusunun tespit edilmediğinin öğrenildiği anda, diğer bir deyişle kayıt dışı çalıştırıldığıının öğrenildiği anda başlatmıştır⁶¹. Hizmet sözleşmesi devam ederken işveren ile işçi arasında hizmet ilişkisinden kaynaklı bağımlılığın bulunması sebebiyle, sigortalının hizmet ifası sırasında işvereni aleyhine dava açması sosyolojik gerçeklere aykırıdır⁶². Dolayısıyla dava açma süresinin hizmet sözleşmesinin sona ermesinden sonra başlaması isabetlidir.

Dava açma süresinin hizmet tespit davalarında uygulanacağını belirttikten sonra, sigortalı hizmetlerin aidiyeti davalarında bu sürenin uygulanıp uygulanmayacağına da değinmekte fayda vardır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 2007 tarihinde, beş yıllık dava açma süresinin sigortalı hizmetlerinin aidiyeti davasında uygulanamayacağı yönünde bir kararı mevcuttur⁶³. Hukuk Genel Kurulu'nun görüşünü destekleyen ve bizim de katıldığımız bir görüş durumu şu şekilde ifade etmiştir; uyuşmazlık konusu olayda sigortalının hizmeti sabittir, ancak bu hizmetin kime ait olduğu belirsizdir, bu tür aidiyet davalarında kanunen tanınmış bir hak düşürücü süre mevcut olmadığından, hizmet tespit davaları için uygulanan beş yıllık hak düşürücü süre uygulanmamalıdır⁶⁴.

B. Dava Açma Süresinin Niteliği

Sigortalı hizmetlerinin tespiti amacıyla yargı yoluna başvurma süresi kanun ile beş yıl olarak belirlenmiştir ancak belirlenen bu sürenin hak düşürücü süre mi yoksa zamanaşımı süresi mi olduğu tartışmalıdır. Zamanaşımı ile hak düşürücü süre kavramları, bu sürelerle bağlanan sonuçlar bakımından oldukça farklıdır, dolayısıyla dava açma süresinin niteliğinin tespit edilmesi oldukça önemlidir. Borçlar Hukukuna göre zamanaşımı süresi, kanunda

⁶⁰ Abbas Bilgili, Hizmet Tespiti Davaları, Adana 2011, s. 25.

⁶¹ Yarg. 10. HD, 23.9.1991, 7359/7067, YKD, Ocak 1992, s. 68-70.

⁶² Güzel, 1985 Değerlendirilmesi, s. 200; Yarg. 10. HD, 11.9.2014, 12174/17154, Yarg. 10. HD, 26.1.2005, 9482/140, Yarg. 21. HD, 19.1.1998, E. 1997/8671, K. 1998/18, Yarg. 21. HD, 5.6.2002, 4821/5398, Yarg. 21. HD, E. 2013/13044, K. 2014/13397 (www.legalbank.net); Yarg. HGK, 10.10.1990, 10-345/481, YKD, Nisan, 538 vd.

⁶³ "...Bu davalarda, yanlış olduğu iddia edilen kaydın, iddia sahibine aidiyeti ve giderek düzeltilmesi amaçlanmaktadır... bildirimsiz kalan hizmetlerin tespiti yönünden öngörülen hak düşürücü sürenin, bir yönüyle Kurum kayıtlarının düzeltilmesini de amaçlayan aidiyet davalarında kıyas ya da yorum yoluyla uygulanması mümkün değildir" Bkz.:Yarg. HGK, 19.9.2007, 21-600/ 604 (www.kazanci.com) ; aynı yönde, Yarg. 21. HD, 9.4.2007, E. 2006/7902, K. 2007/6077 (www.kazanci.com) .

⁶⁴ Nurşen Caniklioğlu, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2007, Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2009, İstanbul 2009, s. 315.

belirtilen koşullar altında ve kanunda belirtilen süre içerisinde alacaklının hareketsiz kalması neticesinde alacağını isteme hakkını yitirmesi olarak tanımlanabilir⁶⁵. Zamanaşımı çok eski borçlar ile mahkemenin meşgul edilmemesi, kamu yararı ve hukuk güvenliği gibi gerekçelerle var olan bir alacak hakkını hukuk dünyasından silmesi de, borçlunun isteği olmadan dava edilebilme imkânını ortadan kaldıran bir def'i niteliğindedir⁶⁶.

Dolayısıyla zamanaşımına uğrayan borç ifa edilebilmesi mümkün ancak dava edilebilme kabiliyeti bakımından zayıflamış bir borçtur⁶⁷.

Hak düşürücü süre ise bir takım hakların yasalarla ve sözleşmelerle belirlenen süreler içerisinde kullanılmaması halinde, doğrudan doğruya o hakkın sona ermesi sonucunu doğuran, hakkın düşmesi etkisini yaratan süre olarak tanımlanabilir⁶⁸. Hak düşürücü süreler taraflarca ileri sürülmesi dahi hâkim tarafından re'sen dikkate alınır⁶⁹. Hak düşürücü sürelerde zamanaşımında olduğu gibi durma (TBK md. 153) veyahut da kesilme (TBK md. 154) söz konusu olmaz⁷⁰. TBK md. 153'te zamanaşımını durduran nedenlere yer verilmiştir, bu nedenler ortadan kalktıktan itibaren zamanaşımı süresi başlar veya durmadan önceki kaldığı yerden işlemeye devam eder. TBK md. 154'te ise, zamanaşımını kesen sebeplere işaret edilmiştir, bu sebeplerden birinin varlığı halinde zamanaşımı süresi kesilir ve söz konusu süre yeniden işlemeye başlar. Bir diğer deyişle zamanaşımının kesilmesi halinde geçmiş süreler ortadan kalkar kesilmeden itibaren yeniden süre başlar dolayısıyla da zamanaşımı süresi uzamış olur. Hak düşürücü süre ile zamanaşımı süresi arasında bu gibi önemli farklılıkların olmasına rağmen, kanunda dava açma süresinin niteliğine ilişkin açıklayıcı bir bilgi verilmemiş olması bu konuda eksiklik olduğunu göstermenin yanında tartışmaları da gündeme getirmiştir. Bu noktada kanun metninden sürenin niteliği anlaşılamiyorsa hükmün ve sürenin

⁶⁵ M. Kemal Oğuzman / Nami Barlas, Medeni Hukuk, 21. Baskı, İstanbul 2015, s. 240; Necip Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 2010 tarihli 5. Bası'dan 6. Tıpkı Bası, İstanbul 2014, s. 51; Safa Reisoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 25. Baskı, İstanbul 2014, s. 334; Sermet Akman / Haluk Burcuoğlu / Atilla Altop, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 7. Baskı, İstanbul 1993, s. 1030.

⁶⁶ Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 1030; Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, İstanbul 1999, s. 1269; Oğuzman / Barlas, s. 240.

⁶⁷ M. Kemal Oğuzman / M. Turgut. Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1. 13. Baskı. İstanbul 2015, s. 580; Reisoğlu, s. 334.

⁶⁸ Kocayusufpaşaoğlu, s. 51; Oğuzman / Barlas, s. 241; Reisoğlu, s. 334.

⁶⁹ Eren, s. 1270; Oğuzman / Öz, s. 581.

⁷⁰ Eren, s. 1270; Kocayusufpaşaoğlu, s. 51; Oğuzman / Öz, s. 581.

getiriliş amacına göre yorumlayıcı bir tespit yapmak yerinde olacaktır. Madde, çalıştıkları halde işveren tarafından Kuruma bildirilmeyen sigortalıların prim ödeme gün sayıları ve hizmet sürelerini tespit ettirerek bazı sosyal sigorta yardımlarından yararlanmalarını sağlamak amacıyla getirilmiştir. Yoksa yönetmelikte belirtilen belgelerin Kuruma verilmesi ya da çalışmaların Kurumca tespit edilmesi halinde, Kurumca öğrenilen ve sonrasında kesintisiz biçimde devam eden çalışmalar için hak düşürücü süreden bahsedilemez⁷¹.

Yönetmelikle tespit edilen belgelerin işveren tarafından Kuruma verilmemesi veya Kurumca çalışmaları tespit edilememesi sonucu sigortalıların açacağı hizmet tespit davasında uymaları gereken süre, hizmetlerin tespiti için işten ayrıldığı yılın sonundan itibaren beş yıldır; Yargıtayın söz konusu sürenin niteliğine ilişkin yerleşmiş içtihadı, hak düşürücü süre olduğu yönündedir⁷². Ancak Yüksek Mahkeme sürenin başlangıcı, kesilmesi ve durması hususlarında hak düşürücü süre ile bağdaşmayan kararlar da vermiştir⁷³. Öğretide bir görüş Yargıtay içtihatlarıyla paralel olarak dava açma süresinin hak düşürücü süre olduğunu savunmaktadır⁷⁴. Öğretide savunulan bir diğer görüşe göre ise, kanun metninde dava açma süresinin niteliği açıkça belirtilmediğinden, sigortalının geçmiş dönemdeki çalışmalarının tespiti amacıyla açacağı hizmet tespit davası için kanunda öngörülen beş yıllık dava açma süresi, zamanaşımı süresidir⁷⁵.

⁷¹ Yarg. 10. HD, 17.2.2011, E. 2009/12594, K. 2011/1873, Yarg. 21. HD, 21.2.2011, 1403/1397, Yarg. 10. HD, 1.3.2011, 1135/2533, Yarg. 10. HD, 21.3.2011, 2010/16914, 2011/3835, Yarg. 10. HD, 14.7.2011, 10887/11472, Uşan, s. 422.

⁷² Yarg. HGK, 12.6.1985, 10-820/585; Yarg. 10. HD, 10.9.1985, 3999/4305; Güzel, 1958 Değerlendirilmesi; Yarg. 10. HD, 22.5.1997, 4073/3868, Ertürk, s. 532; Yarg. 10. HD, 1.3.2011, 1135/2533, Uşan, s. 422; Yarg. HGK, 18.6.2008, 21-429/437 (www.legalbank.net); Yarg. 10. HD, 8.4.2010, E. 2008/8258, K. 2010/5064 (www.legalbank.net); Yarg. 10. HD, 1.3.2011, 1135/ 2533 (www.legalbank.net).

⁷³ Güzel, 1985 Değerlendirilmesi, s. 139; Tuncay / Ekmekçi, s. 265.

⁷⁴ Balcı / Yılmaz, s. 47; Mahmut Cuhruk / H. Servet Çolakoğlu / A. Avni Bükey, Sosyal Sigortalar Kanunu Şerhi, Ankara 1977, s. 708; Müjdat Şakar, Sosyal Sigortalar Hukukunun Genel Hükümleri ve Primler Açısından 1988 Değerlendirilmesi, Yargıtay İş Hukukuna İlişkin Kararların Değerlendirilmesi 1988, İstanbul 1990, s. 214; Tuncay / Ekmekçi, s. 208; Hak düşürücü sürenin varlığını kabul eden bir görüş, zamanaşımına ilişkin süre kesilmesini de kabul ederek ara bir çözüm üretmektedir. Bkz.: C. İlhan. Günay, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, Ankara, 2008, s. 562; Abdurrahman Duran, 506 Sayılı Kanunun 79/10 Maddesi Gereğince Açılan Hizmet Tespit Davalarının Yasa Hükümleri ve Yargı Uygulamaları Yönünden İncelenmesi, Sicil İş Hukuku Dergisi, Y. 2, S. 6, s. 176.

⁷⁵ Çenberci, söz konusu süreye ilişkin olarak; "...işvereni amaçlayan usulî süre olarak nitelendirmekle, Kurumun denetim ödevini yerine getirmemesi karşısında Kuruma karşı beş yıllık süreden bahsedilemeyeceğini...", şeklinde görüş bildirmektedir, s. 511; Güzel / Okur / Caniklioğlu, s. 272; Okur, s. 152; Öztürk, Hizmet Tespit Davaları, s. 39; Sabahattin Yürekli, Sosyal Sigortalarda Hizmet Tespit Davası, İBD, C. 71, S. 10-11-12, 1997, s. 857; Ali Nazım Sözer, Sosyal Sigortalar Hukukunun Genel Hükümleri Açısından Yargıtayın 1991 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi. Yargıtayın 1991 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri. İstanbul: 1993

Sosyal güvenlik hakkının temini anayasa ile sosyal hukuk devletine yüklenmiş bir ödev olmasının yanında işçi, işveren ve Kurum arasındaki ilişkinin sosyal ve ekonomik özellikleri nedeniyle kamusal niteliği göz ardı edilemez⁷⁶.

Sosyal güvenlik, insan haklarından birisi olarak sosyal devletin başta gelen görevlerinden bir tanesidir. Sosyal güvenlik hakkı bireylere insan onuruna yaraşır bir biçimde yaşama hakkı tanır. Anayasa'nın 60. maddesinde yer aldığı üzere, sosyal güvenlik vatandaşlara bir talep ve hak olarak tanınırken, devlete de bir ödev ve yükümlülük getirmektedir. Sigortalı sayılan kişilerin Kuruma bildirmelerini kural olarak işverenler yapar. 5510 sayılı Kanunun 7. maddesine göre, çalışmaya başlanıldığı andan itibaren sigortalılık başlar ve bu sigortalılık hakkı vazgeçilemez zorunlu bir haktır. Sigortalı olarak çalışması gereken kişilerin bir işyerinde çalışmış olduklarının tespiti, sosyal güvenlik hakkından yararlanacakları için oldukça önemlidir. O halde sosyal güvenliğin teminine zemin hazırlayan hizmet tespit davaları kamu düzenine ilişkin davalar olarak nitelendirilmelidir⁷⁷.

Hizmet tespit davaları kamu düzenini ilgilendiren davalar olduğundan⁷⁸ hâkimin takdir yetkisini kullanarak maddi gerçeğin ortaya çıkarılması amacıyla re'sen araştırma yapıyor olması bizi dava açma süresinin niteliği konusunda hak düşürücü süreye yakınlaştırsa da, belli bir sürenin geçmesi ile anayasa tarafından teminat altına alınan sosyal güvenlik hakkına hizmet eden dava hakkının ortadan kalkacak olması hak düşürücü süre kavramından uzaklaşmamıza sebep olmaktadır⁷⁹. Ancak diğer yandan da ispat vasıtalarının yok olması tehlikesi karşısında davanın açılmasının belli bir süre ile sınırlandırılması gerekir⁸⁰. Bizim de katıldığımız bir görüşe göre; sigortalı olarak çalışan kişiler bakımından uygulanacak olan beş yıllık dava açma süresi, sigortalının sosyal güvenlik hakkını korumak amacıyla getirilmiş bir düzenlemedir, dolayısıyla dava açma süresinin nitelik bakımından zamanaşımı süresi olduğunu kabul etmek amaca uygun olacaktır⁸¹.

s. 166; Tunçomağ, Sosyal Güvenlik, s. 198.

⁷⁶ Sözer, Sosyal Sigorta, s. 27; Tuncay / Ekmekçi, s. 117; Tunçomağ, Sosyal Güvenlik, s. 166.

⁷⁷ Yarg. 10. HD, 17.9.1996, 7560/7003, YKD, C. 23, S. 1, Ocak 1997, s. 46.

⁷⁸ Yarg. HGK, 22.11.2000, 21-1652/1719 (www.kazanci.com).

⁷⁹ Öztürk, Sigortalı Hizmetin Tespiti, s. 40; Rüzgar, s. 20; Sözer, Sosyal Sigorta, s. 79.

⁸⁰ Şakar, 1993 Değerlendirilmesi, s. 189.

⁸¹ Güzel / Okur / Caniklioğlu, s. 338; Aynı yönde olmak üzere, sosyal güvenlik hakkı bakımından yasada açık bir hüküm olmamasına karşın bu sürenin hak düşürücü süre olarak değerlendirilmesi, çalışanların yeterli korumadan mahrum bırakılması sonucunu doğuracaktır. Bkz.: Ali Güzel, Sosyal Sigortalar Açısından Yargıtayın

Bunun yanında sosyal güvenlik hakkının kamu düzenini ilgilendirdiği ve sosyal sigorta ilişkisinin kamu hukuku karakterli olduğu bilinen bir husustur. Ancak bunun sonucu, dava açma hakkının belli bir sürede kullanılmaması halinde o hakkın sona ermesi olmamalıdır. Hâkim zaten bu davalarda gerçeği re'sen araştırıp bulmakla yükümlüdür. O nedenle, kanımızca, bu davalarda esas olan ve kamu yararını ilgilendiren yön, davacının tespitini istediği dönemde gerçekten sigortalı niteliğini taşıyıp taşımadığı ile çalışıp çalışmadığıdır. Bu şartları gerçekleştirmiş bir kimsenin sırf belli bir süre içinde dava açmadığı için anayasal bir hakkının 'ortadan kalkacağını' ileri sürmek isabetli değildir. Bize göre SSGSSK md. 86'da öngörülen dava açma süresini bir zamanaşımı süresi olarak değerlendirmek yerinde olur.

Dava açma süresi bakımından önemli sayılabilecek bir hususu, hizmetlerin Emekli Sandığı ve SGK'ya tabi geçmesi halinde hak düşürücü sürenin ne zaman başlayacağını, incelemekte fayda vardır. Yargıtay 10. Hukuk Dairesi önceleri kişinin sigortalı olarak çalışmasının ardından Emekli Sandığına tabi olarak çalışmaya başlamasının, hak düşürücü süreyi kesmediği yönünde kararlar vermiştir⁸². 10. Hukuk Dairesi daha sonradan verdiği kararlar ile önceki içtihadını değiştirmiş ve hizmet kavramının bölünemeyeceğini, somut olay yönünden hem sigortalı geçen sürelerin hem de Emekli Sandığına tabi olarak çalışılan sürelerin bir bütün oluşturduğunu, bu durumun da hak düşürücü süre hesaplanırken dikkate alınması gerektiği yönünde hüküm vermiştir⁸³.

Özel Daire'nin söz konusu kararını değiştirmesi ve Hukuk Genel Kurulu'nun da bu yönde kararlar vermesi sigortalının lehine bir uygulama olduğundan, sözü edilen ilk içtihattan dönülmesi kanaatimizce de yerinde olmuştur.

2008 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi. İstanbul: 2010. s. 308-316.

⁸² Yarg. 10 HD, 12.7.2010, E. 2009/48, K. 2010/10912, Nurşen Caniklioğlu, Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri Açısından Yargıtayın 2012 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2012, Ankara 2014, s. 416.

⁸³ Yarg. 10. HD, 7.2.2012, E. 2011/2724, K. 2012/1597, Aynı yönde Yarg. HGK, 27.4.2011, 10-52/221, Caniklioğlu, 2012 Değerlendirilmesi, s. 417.

V. Hizmet Tespit Davası Bakımından Tespiti Gereken Hususlar ve İspat

A. Tespiti Gereken Hususlar

Hizmet tespiti davalarında sigortalı, çalıştığını iddia ettiği belli bir döneme ilişkin çalışmaların tespitini ister. Bu hususta mahkemenin vereceği hükmü içeren ilam, Kuruma verilmeyen belge niteliğini taşıyacaktır. Dolayısıyla mahkemenin vereceği hüküm, tespit edilen döneme ilişkin prim ödeme gün sayılarını ve sigortalının bir günlük ücret miktarını içermelidir⁸⁴. Yargılama sonunda mahkemenin vereceği hükmün, davacının çalıştığı kabul edilen yıllara ilişkin hiçbir şüpheye ve duraksamaya yer vermeyecek açıklıkta ve netlikte olması gerekir⁸⁵.

B. İspat Vasıtaları

1. Tarafların İspat Yükümlülüğü

5510 sayılı Kanuna göre, sigortalı çalışmalarının Kuruma bildirilmesi ve işyerinde tutulması gerekli olan belgelerin tutulması yükümlülüğü işverene aittir. Kanunun 7. maddesine göre sigortalıların hak ve yükümlülükleri çalışmaya başladıkları tarihten itibaren işlemeye başlar. Dolayısıyla işyerinde gerçekten çalışmış olan kişinin sigortalı olmanın sağladığı haklardan faydalanabilmesi için, o işyerinde çalışmasının gerçeklere uygun olarak saptanması gerekecektir. Hizmet tespit davası açan davacı, dava konusu olan işyerinde çalıştığını ispatlamadıkça ya da iddiasının aksi davalı tarafından ispat edilmişse, davasında maddi anlamda haklı olsa da kaybetmeye mahkûm olacaktır⁸⁶.

İspat yükü, kanunda özel bir düzenleme bulunmadıkça, iddia edilen vakıya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkaran tarafa aittir (HMK md. 190). HMK ile düzenlenen ispat yükünün hangi tarafa ait olduğu bahsi, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu ile de şu şekilde ifade edilmiştir; “Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür.” (TMK md. 6). Bu iki kanuni düzenlemeden hareketle, işverenin tutması gereken belgeleri tuttuğunu veyahut da Kuruma vermesi gereken belgeleri verdiğini ispatlama yükümlülüğü kural olarak sigortalıya değil, işverene aittir⁸⁷.

⁸⁴ Öztürk, Sigortalı Hizmetin Tespiti, s. 44.

⁸⁵ Çakmak, s. 458.

⁸⁶ Kuru / Arslan / Yılmaz, s. 340; Üstündağ, s. 613.

⁸⁷ Yürekli, s. 863.

Hizmet tespit davasını düzenleyen 86. maddede çalışma olgusunun hangi delil ile ispatlanacağı yer almamıştır, dolayısıyla yazılı veya sözlü olarak mahkemenin kanaatini oluşturacak her tür delil ile ispat imkânı vardır⁸⁸. Bu nedenle Kurumda mevcut olan işyeri dosyası, sigortalının şahsi sicil dosyası, ücret tediye bordroları, polis tutanakları, Kurum müfettiş rapor ve tutanakları gibi kayıtlar ile iddianın ispatlanması mümkündür⁸⁹.

Hizmet tespiti davasında ispat vasıtası olarak yazılı delillerin yanında tanık beyanları da kullanılmaktadır. Ancak tanık ifadelerinin resmi veya yazılı kayıt ve belgeler ile çelişmesi halinde yazılı olan belgeye itibar edilir, tanık sözlerinin hükmü kalmaz⁹⁰.

Sigortalı hizmetlerin tespiti için açılan davanın hangi delil ile ispatlanacağı hususunun ucunun açık bırakılması, sosyal güvenlik hakkının kötüye kullanılmasını sağlamamalıdır. Zira delil sınırlaması getirilmese de mahkemeye sunulacak olan delillerin inandırıcı ve doyurucu nitelikte olması, çalışma olgusunun ispatı açısından ve dolayısıyla da sosyal güvenlik hakkının teslimi açısından önem taşımaktadır.

Hizmet tespit davası için açılacak olan davanın ispatı hususunda bir sınırlama yapılmamış olsa da eşdeğer delillerle kanıtlama ilkesine göre yazılı delillere öncelik verilmektedir⁹¹.

Eşdeğer delillerle kanıtlama ilkesi gereğince, işe giriş bildirgesinde imzası bulunan sigortalının işe giriş tarihinin daha önceye dayandığı yönündeki savunması ancak eşdeğer deliller ile kanıtlanabilmektedir⁹².

Kanaatimizce de işe giriş bildirgesindeki imzanın kendisine ait olduğunu kabul eden sigortalının işe giriş tarihinin bildirmede yazan tarihten daha önceki bir tarih olduğunu yazılı delil ile ispatlaması gerekmektedir, aksi halde eşdeğer delil ile kanıtlama ilkesi çiğnenmiş olacaktır.

⁸⁸ Yarg. 21. HD, 11.9.1997, 4871/5102, Yarg. HGK, 7.12.1994, 10-648/808, Yarg. 21. HD, 16.2.1998, 487/903, Ertürk, s. 554-568; Güzel / Okur / Caniklioğlu, s. 330; Yarg. 10. HD, 29.9.2011, 11662/12662 sayılı kararda, tespit davalarında mahkemenin tarafların getirdiği delillerle yetinmemesi gerektiği ve HMK'nın kendiliğinden araştırma ilkesini benimsemesi gerektiği vurgulanmıştır.

⁸⁹ Şevket Tezel, Soru ve Cevaplarla Hizmet Tespit Davaları, Yaklaşım Dergisi, S:139, Temmuz 2004, s. 232.

⁹⁰ Yarg. 10. HD, 23.6.1997, 5002/4806, Çakmak, s. 217.

⁹¹ Yarg. 21. HD, 10.02.2015, 11457/210 (www.legalbank.net); Yarg. 10. HD, 7.10.1985, 4704/5047, Güzel, 1985 Değerlendirilmesi, s. 198.

⁹² Yarg. 10. HD, 28.6.1983, 3163/3513, Yarg. 10. HD, 8.11.1982, 4216/4877, Çenberci, s. 518; Yarg. 10. HD, 28.3.1996, 2520/2616, Yarg. 10. HD, 28.1.1997, 426/479, Yarg. 10. HD, 1.4.1997, 2596/2479, Ertürk, s. 538.

2. Hâkimin Re'sen Araştırma Yapma Yükümlülüğü

Sigortalı hizmetlerinin tespitine ilişkin davaların kamu düzenine ilişkin davalar olduğunu daha önce belirtmiştik. Yargıtay, hizmet tespit davalarının kamu düzenine ilişkin davalar olması sebebiyle gerçeğin ortaya çıkarılmasının önemini vurgulamak ve hak kayıplarının yaşanmaması adına, temel insan haklarından olan sosyal güvenlik hakkının korunabilmesi için, bu tür davalarda tarafların getirdikleri delillerle yetinmeyip, iş mahkemelerinden davaya ilişkin olarak re'sen inceleme yapmalarını istemektedir ve yeterince ispat edilemediği takdirde sigortalılığın tespitine karar vermemektedir⁹³.

Gerçekten de söz konusu hizmet tespit davalarında hayali hizmetlerin tespiti için çok sayıda dava açıldığı ve mahkemelerin yeterli araştırmaları yapmaması sebebiyle hayali hizmetlerin hüküm altına alındığı uygulamada karşılaşılan büyük bir sorundur. Dolayısıyla burada ilk derece mahkemesi olarak görev yapan iş mahkemelerinin titizlikle çalışması ve delillere yeterince temas etmeden hüküm vermemesi gerekmektedir. Bu durum Yargıtayın 2014 tarihli bir kararında⁹⁴ şu şekilde ifade edilmiştir; "...sigortalı olmak hak ve yükümünden kaçınılamayacağı ve vazgeçilemeyeceği yönündeki düzenleme ile anayasal haklar arasında yer alan sosyal güvenliğin yaşama geçirilmesindeki etkisi göz önünde bulundurulduğunda, sigortalı konumunda geçen çalışma sürelerinin saptanmasına ilişkin bu tür davaların kamu düzeni ile ilgili olduğu ve özel bir duyarlılıkla ve özenle yürütülmeleri gerektiği açıktır. Bu bağlamda, hak kayıpları ile gerçeğe aykırı sigortalılık süresi edinme durumlarının önlenmesi ve temel insan haklarından olan sosyal güvenlik hakkının korunabilmesi için, tarafların gösterdiği kanıtlarla yetinilmeyip, gerek görüldüğünde mahkemece kendiliğinden araştırma yapılarak delil toplanması gerekmektedir."

⁹³ Yargıtay verdiği bir kararda durumu şöyle özetlemiştir; "... Kişiyi sıkı sıkıya bağlı, devredilemeyen, vazgeçilemeyen bu tür haklar anayasanın tanıdığı temel sosyal haklardır. Öte yandan, sigortasız geçen sürelerle ilişkin Kurum prim alacaklarının da ortaya çıkarılması amaçlandığından Kurum yararının da varlığı kuşkusuzdur. Bu nedenle bu davalar kamu düzenine yöneliktir ve gerçeğin ortaya çıkarılmasında kamu yararı vardır. Hakimin sosyal güvenliğe ilişkin bir hakkın varlığından kuşkuya düştüğü durumlarda, tahkikatı genişletmek ve konuya ilişkin inandırıcı delilleri toplamaya yetkisi bulunmaktadır" Bkz.: Yarg. 10. HD, 25.6.1992, 1922/7293, Utkan Araslı, Türk İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Uygulamaları, Sosyal Güvenlik ve Sosyal Sigortalar, C. 1, Ankara 2002, s. 981; Yarg. 10. HD, 31.5.2011, 3875/8000 (www.kazanci.com); Yarg. 10. HD, 29.9.2011, 11612/12662 (www.kazanci.com); Yarg. 21. HD, 28.2.2011, 1457/2438 (www.kazanci.com); Yarg. 10. HD, 14.7.2011, 10556/11461 (www.kazanci.com); Yarg. 10. HD, 11.7.2011, 1941/4592 (www.kazanci.com); Yarg. 21. HD, 26.3.2013, 20458/5735, İstanbul Barosu Dergisi, C. 87, S. 6, 2013, s. 609.

⁹⁴ Yarg. 10. HD, 25.03.2014, E. 2013/22369 K. 2014/6868 (www.legalbank.net).

Hizmet tespitine yönelik olarak yargı yoluna taşınan sigortalı hizmetlerin kamu düzenini ilgilendirdiği ve özel bir duyarlılık gösterilerek hâkimin bu tür davalarda re'sen delilleri toplaması gerektiği Yargıtayın yerleşmiş içtihadıdır⁹⁵.

Yargıtayın vermiş olduğu benzer kararlarda⁹⁶ üzerinde durulması gereken ve incelenmesi gereken durumlar şu şekilde sıralanmıştır:

- Davacının çalışmasına ilişkin belgelerin işveren tarafından verilip verilmediği,
- Çalışmaların Kurum tarafından tespit edilip edilmediği,
- İşyerinin tespit istenilen dönemde gerçekten var olup olmadığı, var ise kanun kapsamında veya kanun kapsamına alınacak nitelikte olup olmadığı,
- Tespiti istenilen çalışma olgusunun gerçeğe uygun olup olmadığı,
- Dava açma süresi olan beş yıllık sürenin geçip geçmediği incelenmelidir.

Sigortalılığın tespiti davalarında, çalışma olgusunun varlığını araştırmaya başlamadan önce gerekli belgelerden tespiti istenilen dönem için prim ödendiği anlaşılırsa, davacının hukuki yararı olmadığı gerekçesi ile hizmet tespit davasının reddedilmesi gerekecektir⁹⁷.

Netice olarak mahkeme tarafından yapılacak detaylı inceleme şu hususlara yönelik olmalıdır; işyeri kayıtlarının, ücret bordrolarının, varsa müfettiş tutanaklarının ve Kurumdaki diğer bilgi ve belgelerin incelenmesi, mahallinde keşif yapılması, dosya içerisinde bulunan tutanaklarda isimleri geçen kimselerin ve komşu işyeri çalışanlarının tanık beyanlarının alınması ve işyeri yetkililerinin dinlenmesi suretiyle toplanacak tüm deliller.

Sosyal sigorta ilişkisine göre Kurum, sigortalı ve işveren arasındaki ilişkiyi düzenleyen üçlü bir yapıya sahiptir. Dolayısıyla sosyal güvenlik hakkının kötüye kullanımı her üç taraf (sigortalı, işveren, Kurum) için de

⁹⁵ Yarg. 10. HD, 17.9.1996, 7560/7003, YKD, C. 23, S. 1, Ocak, 1997, s. 46; Yarg. 10. HD, 10.9.1996, 7554/6607, YKD, C. 22, S. 11, Kasım 1996, s. 1741; Yarg. 10. HD, 19.11.1992, 8634/10660, YKD, C. 19, S. 3, Mart 1993, s. 375; Yarg. 10. HD, 16.2.994, 10021/2426, YKD, C. 20, S. 7, Temmuz 1994, s. 1093; Tuncay / Ekmekçi, s. 267; Yarg. HGK, 16.9.1999, 21-510/527, Yarg. HGK, 30.6.1999, 21-549/555, Yarg. HGK, 3.11.2004, 21-480/579, Uşan, s. 416.

⁹⁶ Coşkun Erbaş, Hizmet Akdiyle Çalışanların Sosyal Sigortalar Kurumuna Bildirilmeyen Sürelerine İlişkin Tespit Davaları ve Yargılama Süreci, Kamu- İş Dergisi, C. 7, S. 3, 2004, s. 9; Yarg. 21. HD, 11.9.1997, 4871/5102, Ertürk, s. 531; Uşan, s. 415; Yarg. 10. HD, 25.11.2014, 12899/ 24832 (www.legalbank.net); Yarg. 10. HD, 17.2.2014, E. 2013/18758, K. 2014/2857 (www.legalbank.net).

⁹⁷ Yarg. 10. HD, 20.5.1997, 3961/3787, YKD, C. 24, S. 2, Şubat 1998, s. 217.

engellenmelidir, tarafların haksız bir kazanç elde etme ihtimaline engel olunmalıdır. Hizmet tespit davasının amacına uygun olarak kullanılması, hukuk kaidelerinin dava esnasında mahkemece titizlikle uygulanmasını ve çalışma olgusunun derinlemesine incelenmesini zorunlu kılar.

Bilindiği gibi 4447 sayılı Kanun ile 506 sayılı SSK'nın 79. maddesinde yapılan değişiklikle sigortalıların 30 günden az çalışmaları halinde, az çalışmanın sebebini açıklayan bilgi ve belgeler prim belgelerine eklenmek zorundadır, söz konusu düzenleme sigortalı lehine bir karine oluşturmaktadır⁹⁸. 506 sayılı Kanuna sonradan eklenen söz konusu yükümlülük 5510 sayılı Kanunun 86. maddesinde de yer almıştır; ay içinde bazı işgünlerinde çalıştırılmadığı ve ücret ödenmediği beyan edilen sigortalıların, otuz günden az çalıştıklarını ispatlayan belgelerin işverence ilgili aya ait aylık prim ve hizmet belgesine eklenmesi şarttır. Bu yönde Yargıtayın verdiği bir karar şu şekildedir; işverenin prim bildirgelerine sigortalının o ayın tümünde çalışmadığına ilişkin bilgi ve belgeleri eklememesi, sigortalının o ayın tamamında çalıştığına karine teşkil eder⁹⁹. Kanun maddesindeki yükümlülüğe aykırı davranarak Kuruma hiçbir belge verilmemesi halinde, sigortalının çalışmasının kesintisiz geçtiğinin kabulü isabetli görülmektedir¹⁰⁰. Bu durumun tespiti de mahkemenin re'sen inceleme yükümlülüğü çerçevesinde ortaya çıkarılmalıdır.

Hizmet tespit davaları kamu düzenine ilişkin davalar olduğundan özel bir duyarlılıkla ve özenle yürütülmelidir; bilindiği gibi Sosyal Güvenlik Hukuku'nda 'sosyal sigortalarda teklik ilkesi'¹⁰¹ geçerlidir. Yargıtayın vermiş olduğu bir karara¹⁰² göre sosyal sigortalarda teklik ilkesi de re'sen araştırma kuralları çerçevesinde değerlendirilerek, aynı tarihlerde farklı sosyal güvenlik kuruluşlarına tabi çalışma varsa bu durum çifte sigortalılık olarak adlandırılır ve kanun hükümleri ile yasaklanmıştır¹⁰³.

⁹⁸ Güzel / Okur / Canıklıoğlu, s. 347.

⁹⁹ Yarg. 10. HD, 2.4.2007, E. 2006/ 16775, K. 2007/4913 (www.kazanci.com).

¹⁰⁰ Canıklıoğlu, 2007 Değerlendirilmesi, s. 310; Yarg. HGK, 2.4.2008, 21-287/288, İBD, C. 83, S. 2009/3, 1459-1461.

¹⁰¹ Teklik ilkesi, sigortalının bir döneme ilişkin olarak yalnızca tek bir sigortalılık statüsündeki haklardan yararlanabileceğini ifade eder. Bkz.: Tuncay / Ekmekçi, s. 220.

¹⁰² A. Can Tuncay, Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri Açısından Yargıtayın 2013 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2013, İstanbul 2015, s. 491.

¹⁰³ Tuncay, s. 220.

5510 sayılı Kanununun 4. maddesinin 1. fıkrasının a bendinde hizmet sözleşmesine dayalı olarak çalışanlar, b bendinde bağımsız çalışanlar ve c bendinde kamu görevlisi olarak çalışanlar sigortalı sayılmıştır. Kanununun 4/I(a), 4/I(b) ve 4/I(c) bentlerine tabi olacak şekilde yapılan çalışmalar, zorunlu sigortalılığı gerektiren çalışmalardır. Söz konusu sigortalılık hallerinin en az ikisinin aynı anda gerçekleşmesi halinde, zorunlu sigortalılık halinin çakışması söz konusu olacaktır¹⁰⁴.

Zorunlu sigortalılık hallerinin çakışması sorununun çözümü, 5510 sayılı Kanununun 53. maddesinde “Sigortalılık Hallerinin Birleşmesi” başlığı altında şöyle düzenlenmiştir: “Sigortalının 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentlerinde yer alan sigortalılık statüleri ile (c) bendinde yer alan sigortalılık statüsüne aynı anda tabi olacak şekilde Kanun kapsamına girmesi halinde öncelikle aynı maddenin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamında, (a) ve (b) bentlerinde yer alan sigortalılık statülerine tabi olacak şekilde Kanun kapsamına girmesi halinde ise aynı maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı sayılır¹⁰⁵.” Kanunun açık hükmüne göre, çakışma halinde varsa 4/1 (c) bendine yani kamu görevliliği niteliğindeki çalışmaya üstünlük tanınmıştır¹⁰⁶. Bunun nedeni doktrindeki bir görüşe göre, devlet memurlarının başka işte çalışmalarının ve bu kişilerin aynı anda başka bir zorunlu sigortaya tabi olmalarının yasak olmasıdır¹⁰⁷. Çakışma halinde

¹⁰⁴ Çakışan sigortalılık hali Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından şu şekilde ifade edilmiştir: “Sosyal güvenlik sistemimizde çifte sigortalılığa yer verilmemiş olması nedeniyle “çakışan sigortalılık” olarak adlandırılan, bir sigortalının aynı anda birden fazla sosyal güvenlik kurumuna tabi olması hali, yasalarda yer alan düzenlemelerle, sadece bir sigortalılığa geçerlilik tanınarak çözüme kavuşturulmaktadır” bkz.: YHGK, 21.06.2006, 21-363/466 Çalışma ve Toplum Dergisi, S. 12, s. 185 vd.; Ayrıca Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından çakışan sigortalılık için, geçerli birden çok sigortalılık ilişkisinin varlığı aranır: “...Çakışan sigortalılıktan söz edebilmek için sosyal güvenlik yasalarının geçerli birden çok sigortalılık ilişkisinin varlığı zorunludur...” bkz.: YHGK, 05.03.2008, 10-233/233) (www.kazanci.com).

¹⁰⁵ 5510 sayılı Kanununun 53. maddesi 2011 yılında 6111 sayılı Kanun ile değişikliğe uğramıştır. Değişiklikten önceki madde ise şu şekildedir: “Sigortalının, 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a), (b) ve (c) bentlerinde yer alan sigortalılık hallerinden birden fazlasına aynı anda tabi olmasını gerektirecek şekilde çalışması halinde; öncelikle aynı maddenin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamında, (c) bendi kapsamında çalışması yoksa ilk önce başlayan sigortalılık ilişkisi esas alınarak sigortalı sayılır. 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında sayılanlar, kendilerine ait veya ortak oldukları işyerlerinden dolayı, 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı bildirilemezler.”

¹⁰⁶ Güzel / Okur / Caniklioğlu, s. 139; Levent Akın, “5510 Sayılı Yasa’nın Malûliyet Düzenlemelerinin Değerlendirilmesi”, *Mess Sicil*, Mart 2008, S. 9, s. 136.

¹⁰⁷ Ali Nazım Sözer / Coşkun Saraç, “Sosyal Sigorta İlişkisinde Çokluk: Sigortalılık Hallerinin, Tiplerinin ve Sürelerinin Birleşmesi”, *Mess Sicil*, Aralık 2008, S. 12, s. 153; Ancak doktrinde diğer bir görüş ise, Kanunun sigortalılık hallerinin çakışması halinde, 4/c bendine üstünlük tanınmasının nedeninin devlet memurunun başka bir işte zorunlu sigortalı olarak çalıştırılmaması gerekçesine dayandırılmayacağını, zira 5510 sayılı Kanununun 53. maddesi ile devlet memurlarının başka işte çalışmasının kabul edilmiş olduğunu, çakışma halinde 4/c bendine üstünlük tanınmasının gerekçesinin devlet memurunun ancak sınırlı hallerde başka işte çalıştırılabileceği olduğunu savunmaktadır. Bkz.: Güzel / Okur / Caniklioğlu, s. 139.

4/1 (c)'ye tabi bir çalışma söz konusu değil ise bu halde, 4/1 (a)'ya tabi olan çalışmaya üstünlük tanınır. Sigortalılık hallerinin çakışması halinde hangi sigortalılığa üstünlük sağlanacağı Yargıtay kararlarında da üzerinde durulan bir husustur. Bazı Yargıtay kararlarında¹⁰⁸ Kanunun değişmeden önceki hali ile paralel olarak hangi sigortalılık önce başladı ise onun esas alınması gerektiği görüşü benimsenirken, bazı Yargıtay kararlarında¹⁰⁹ ise sigortalının geçimini sağlaması bakımından hangi sigortalılık hali daha baskınsa onun esas alınması gerektiği görüşü benimsenmiştir. Yargıtay 10. HD 2012 yılında bizim de isabetli bulduğumuz gibi, aynı anda iki farklı sigortalılık durumu mevcut ise bu durumda baskın olan faaliyetin hangisi olduğu tespit edilerek sonuca gidilmesi gerektiği yönünde bir karar vermiştir¹¹⁰.

6111 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten sonra sigortalılık hallerinin çakışması halinde, hangi sigortalılık ilişkisinin önce başladığına ya da hangi sigortalılığın baskın olduğuna bakılmayacaktır¹¹¹. Zira yeni düzenlemeye göre birden fazla sigortalılık hali aynı dönem için söz konusu olduğunda, öncelikle 4/1(c)'ye tabi olan çalışmalara üstünlük tanınacak, 4/1(c)'ye tabi bir çalışma yok ise bu halde de 4/1(a)'ya göre olan çalışmalara üstünlük tanınacaktır.

3. İşçilik Haklarına İlişkin İlamlar

İşçilik haklarına ilişkin olarak verilen mahkeme kararlarının, sigortalı hizmetlerinin tespitine yönelik olarak açılan davalarda ispat değerinin ne olduğuna bakmakta konumuz bakımından fayda vardır. Yargıtayın bazı kararlarında¹¹² ifade ettiği görüş şu şekildedir; sigortalının işveren aleyhine ve işçilik alacaklarının tahsiline yönelik açmış olduğu davada verilen hüküm, şayet bu hüküm çalışma süresini içerir nitelikte ve şekli anlamda kesinlik kazanmış ise, daha sonradan sigortalı tarafından açılan hizmet tespit davasında kesin hüküm teşkil eder.

Usul hukuku bakımından kesin hükmün etkisine ve kesin hükmün hangi hallerde meydana geleceğine ilişkin bir açıklama yapmak zarureti hasıl

¹⁰⁸ Yarg. 21. HD, 26.9.2005, 3889/8310 (www.kazanci.com).

¹⁰⁹ Yarg. 21. HD, 21.2.2002, E. 2001/8440, K. 2002/56 (www.kazanci.com).

¹¹⁰ Yarg. 10. HD, 4.12.2012, E. 2011/14108, K. 2012/24593, Caniklioğlu, 2012 Değerlendirilmesi, s. 419.

¹¹¹ Levent Akın, Sosyal Güvenlik Hukukunda Bağımlı Çalışanların Maluliyeti, Ankara 2007; Yarg. 10. HD, 11.11.2014, 20727/23487, Yarg. 10. HD, 13.10.2014, 12673/19385 (www.legalbank.net).

¹¹² Yarg. 10. HD, 17.2.1984, 845/951, Yarg. 10. HD, 7.7.1983, 3315/7772, Yarg. 10. HD, 10.3.1980, 965/1758, Çenberci, s. 516-518; Yarg. 10. HD, 10.3.1988, 1214/1355, Şakar, 1988 Değerlendirmesi, s. 217.

olmuştur. Usul Hukuku açısından kesin hüküm, toplumun mahkeme kararlarına duyduğu güveni arttırmak, taraflar arasında uyuşmazlık konusu edilen hukuki durumların çözümlenmesini sağlamak ve farklı mahkemelerin aynı konuda çelişkili kararlar vermesini engellemek amacıyla düzenlenmiş bir kurum olarak karşımıza çıkmaktadır. Dolayısıyla kesin hükümden bahsedebilmek için yeni dava ile eski dava arasındaki vakıaların, konunun ve tarafların aynı olması gerekir¹¹³. Kesin hükmün etkisinden dolayı mahkeme kararlarına dayanarak tarafları aynı olan, aynı vakıalara ilişkin olarak ve aynı dava konusu hakkında ikinci bir dava ikame edilemez. Bu açıklamalar ışığında bakacak olursak, işçilik alacakları bakımından sigortalı ve işveren arasında kesinleşen bir mahkeme ilamının hizmet tespit davasına ilişkin bölümü, sonraki davada kesin hüküm teşkil etmemelidir sonucu çıkmaktadır. Hizmet tespit davasında Kurumun davalı olarak gösterildiği dönemde işçilik alacakları bakımından Kurumun davalı olarak gösterilmesi yönünde bir düzenleme ve uygulama bulunmamaktaydı. O halde sigortalı kişinin işçilik alacaklarına ilişkin mahkemeden aldığı ilamın, hizmet tespit davası bakımından kesin hüküm teşkil etmesi, kesin hükmün tarafları aynı olan davalarda söz konusu olacağı düşünüldüğünde imkansız olduğu ortaya çıkmaktadır¹¹⁴.

Nitekim Yargıtay da sonradan verdiği kararlarda görüş değiştirerek, Kurumun davada taraf teşkil etmemesi nedeniyle işçilik alacaklarına ilişkin verilen hükümlerin kesin hüküm etkisi doğurmayacağı, sadece güçlü delil niteliğinde olacağı yönünde kararlar vermiştir¹¹⁵. Ancak 11.9.2014 tarihinde 6552 sayılı Kanun ile 5521 sayılı Kanuna, “hizmet sözleşmesine dayalı olarak çalışan sigortalıların, hizmet tespit davası açması halinde davanın Kuruma re’sen ihbar edileceği” hükmü eklenmiştir. Dolayısıyla hizmet tespit davalarında Kurum artık taraf olarak değil yalnızca fer’i müdahil olarak davaya katılabilmektedir. Dolayısıyla işçilik alacaklarına ilişkin açılan davanın tarafları ile hizmet tespit davasına ilişkin olarak açılacak davanın tarafları eski düzenlemenin aksine benzerlik göstermektedir. Buradan hareketle, yukarıda bahsedilen iki davanın taraflarının farklı olması sebebiyle işçilik haklarına ilişkin kesinleşen mahkeme ilamının

¹¹³ Kuru / Arslan / Yılmaz, s. 621; Üstündağ, s. 696.

¹¹⁴ Duman, s. 120.

¹¹⁵ Yarg. 10. HD, 14.2.1996, 770/1102, Yarg. 10. HD, 30.1.1997, 572/543, Ertürk, s. 598 vd.; Yarg. 21. HD, 29.01.2013, 24107/1432, Halil Yılmaz / Mahmut Kalemci, Yargıtayın Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Emsal Kararları, Ankara 2014, 733-736; Yarg. 10. HD, 17.9.2009, E. 2008/8472, K. 2009/14582 (www.kazanci.com).

hizmet tespit davasında kesin hüküm teşkil etmeyeceği yönündeki görüşün, Kurumun artık davalı olarak gösterilememesi sebebiyle bir hükmü kalmamıştır. Dolayısıyla işçilik alacaklarına ilişkin verilen mahkeme ilamının hizmet tespit davasını ilgilendiren ve kesinleşmiş olan kısmının, hizmet tespit davası bakımından kesin hüküm oluşturacağı düşünülebilir. Ancak tarafları aynı olsa da kanaatimizce, iki dava bakımından hukuki anlamda hâkimin re'sen araştırma yapma yükümlülüğü, tarafların davadan vazgeçip vazgeçmemesi gibi önemli farklılıklar bulunduğu; işçilik haklarına ilişkin verilen ilamın hizmet tespit davası bakımından kesin delil değil de kuvvetli delil niteliğinde sayılması daha isabetli olacaktır.

4.Kurumca Görevlendirilen Memurların Tuttuğu Tutanaklar

5510 sayılı Kanununun 59. maddesi “Bu Kanunun uygulanmasına ilişkin işlemlerin denetimi, Kurumun denetim ve kontrol ile görevlendirilmiş memurları eliyle yürütülür” şeklindedir. Dolayısıyla kayıt dışı çalışmaların önüne geçmek ve sosyal güvenliğin sağlanması amacıyla Kurum tarafından görevlendirilen memurlar rapor düzenler.

Çalışma olgusunun gerçeğe uygun bir şekilde tespiti için her tür delilin kullanılabilmesi ve hatta hâkimin re'sen inceleme yapması gerektiğini yukarıda belirtmiştik. Sigortalı çalışmalarının hiçbir şüpheye yer bırakmadan tamamen doğru bir biçimde belirlenmesi hizmet tespit davasının esas amacı olduğundan, Kurum tarafından yetkilendirilen memurların tutmuş olduğu tutanakların da göz önünde bulundurulacak delillerden bir tanesi olduğunu düşünmek yerinde olacaktır¹¹⁶.

Usul hukuku hükümlerine göre, yazılı bir delilin aksi ancak eşdeğer bir delil ile ispatlanabilir¹¹⁷. Dolayısıyla Kurum tarafından görevlendirilen memurların tuttuğu tutanakların aksi ancak yazılı delil ile ispatlanabilir.

Hâkim re'sen araştırma yükümlülüğü çerçevesinde sadece tutanaklar ile yetinmeden varsa diğer delillere de başvurarak dava konusu edilen çalışma hakkında hüküm vermelidir. Diğer yandan görevli memurlar tarafından tutulan tutanakların varlığı bilinmesine rağmen hâkimin bunları incelemeye almadan ve diğer deliller ile aralarında olan çelişkileri gidermeden hizmet tespiti hususunda hüküm vermesi bir bozma nedenidir¹¹⁸.

¹¹⁶ Yarg. 10. HD, 10.7.1997, 5280/5354, Ertürk, s. 580.

¹¹⁷ Pekcanitez / Atalay / Özekes, s. 434.

¹¹⁸ Yarg. 10. HD, 13.6.1995, 4956/5414, Ertürk, s. 635; Yarg. 10. HD, 22.2.1994, E. 1993/11716, K.

SONUÇ

Bilindiği gibi çalışanlar, çalıştıkları dönemde baskı altında olmaları sebebi ile işverenleri bildirimde bulunmaya zorlayamazken, yine bu nedenden dolayı işverenler aleyhine yargı yoluna başvuramamaktadırlar. İşte bu gibi durumlarda sigortalının sosyal güvenlik hakkının tesisini sağlayabilmek amacıyla sigortalıya, işten ayrıldıktan sonra geçmişe dönük hizmetlerin tespiti amacıyla dava açma hakkı tanınmıştır.

İş Mahkemeleri Kanunu madde 1'den hareketle hizmet tespit davaları bakımından görevli mahkemenin İş Mahkemesi olduğu, İş Mahkemesi bulunmayan yerlerde ise Asliye Hukuk Mahkemesinin görevli olduğu anlaşılmaktadır.

Sigortalı hizmetlerin tespiti amacıyla düzenlenen dava açma süreleri önceleri on yıl olarak uygulanırken, 1.6.1994 gün ve 3395 sayılı Kanun ile beş yıl olarak değiştirilmiştir. Sürenin başlama anı ise, hizmetlerin geçtiği yılın sonu itibariyledir. Sosyal güvenlik hakkının korunmasını amaç edinen hizmet tespit davalarının beş yıllık dava açma süresi ile sınırlandırılmış olması sigortalı lehine bir düzenleme gibi gözükme de, delillerin yok olması ihtimali karşısında desteklenebilir bir düzenlemedir.

Dava açma süresinin niteliği hakkında kanunda açık bir hüküm bulunmamakla birlikte Yargıtay uygulamaları dava açma süresinin hak düşürücü süre olduğunu kabul etmiştir. Yargıtay bir yandan dava açma süresini hak düşürücü süre olarak nitelemekte, diğer yandan ise hak düşürücü sürenin niteliği ile bağdaşmayarak sürenin kesilmesine ve beş yılın uzamasına imkân tanıyan kararlar vermektedir. Kanaatimizce herhangi bir süre hakkında zamanaşımı veya hak düşürücü süre tespitinde bulunulduktan sonra artık o tespite bağlı kalınarak yargılama süreci devam ettirilmelidir. Aksi halde hukuka duyulan güven ve adalet duygusunda eksilme meydana gelecektir. 11.9.2014 tarihinden önce kanun metninde açıklık bulunmaması sebebiyle hizmet tespit davaları hem işverene hem de Kuruma karşı açılmaktaydı. Kurum ve işverenin mecburi dava arkadaşı olarak gösterilmesi Yargıtay uygulamaları ile içtihat halini almıştı. Ancak 11.9.2014 tarihli 6552 sayılı Kanununun 64. maddesi ile 5521 sayılı Kanun madde 7'ye eklenen fıkra ile artık hizmet tespit davalarının Kuruma karşı açılmayacağı yasal bir dayanak bulmuştur. İşveren aleyhine açılacak 1994/2928, Yarg. 10. HD, 14.9.1994, 11036/16240, Okur, s. 150.

hizmet tespiti davasında Kurum ancak fer'i müdahil olarak davaya katılabilir; davayı açacak olan ise sigortalı olduğu iddiasında olan kimse ve bu kimsenin hak sahibi olan aile bireyleridir.

Anayasa ve kanuni düzenlemelerle anılmış olmasına rağmen, ülkemizin sosyal güvenlik hakkına tam olarak kavuştuğu söylenemez. Sosyal güvenlik hakkından yoksun işçi çalıştırılması, bu durumda çalışan kişilerin işe ihtiyacı olmasından faydalanan işverenlerin giderlerinin azalarak kazançlarının daha da artmasına neden olduğundan, sigortalı ve işveren arasındaki çıkarlar dengesinin korunamaması sonucunu doğurmaktadır.

Kayıt dışı istihdamın gelişmemesinin en önemli nedenlerinden birisi vatandaşlar arasında sosyal güvenlik bilincinin gelişmemiş olmasıdır. Ekonominin ve çalışma yaşamının işveren, Kurum ve sigortalı çıkarlarına cevap verecek şekilde kayıt altına alınması; temel insan haklarından birisi olan sosyal güvenlik hakkının yerleşmesi bakımından oldukça önemlidir. Ülkemizde sigortasız işçi çalıştırmanın bu denli yaygın olması hizmet tespit davası amacıyla açılan davaların sayısının artmasına neden olmaktadır. Oysa ki işverenlerin üzerine düşen yükümlülükleri yerine getirmesi ve bunların da etkili bir denetimden geçirilmesi halinde, bu tip hizmet tespiti davalarına gerek kalmayacaktır ya da bu tür davalar çok sınırlı olacaktır.

KAYNAKÇA

- [1] Akın, Levent. **“5510 Sayılı Yasa’nın Malûliyet Düzenlemelerinin Değerlendirilmesi”**. *Mess Sicil*, Mart 2008, S. 9.
- [2] Akın, Levent. **Sosyal Güvenlik Hukukunda Bağımlı Çalışanların Maluliyeti**, Ankara 2007.
- [3] Akman, Sermet / Burcuoğlu, Haluk / Altop, Atilla. **Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler**. Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 7. Baskı. İstanbul 1993.
- [4] Araslı, Utkan. **Türk İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Uygulamalar**. Sosyal Güvenlik ve Sosyal Sigortalar. C. 1. Ankara 2002.
- [5] Arıcı, Kadir. **Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1997**. İstanbul 1999.
- [6] Aydemir, Murteza. **Türk Hukukunda İşveren, İşveren Vekili ve Alt İşveren Vekili**. İstanbul 1993.

- [7] Balcı, Mesut. / Yılmaz, Halil. **Sosyal Sigorta Prim Alacaklarının Takip ve Tahsili**. Ankara, 2014.
- [8] Bilgili, Abbas. **Hizmet Tespiti Davaları**. Adana 2011.
- [9] Bozkurt, Argun. **İş Mahkemeleri ve Yargılama Yöntemi**. Ankara Barosu Dergisi, Y. 68, S. 2010/2.
- [10] Canbolat, Talat. **Türk İş Hukukunda Alt İşveren Kavramı**. İş Hukuku Dergisi. C. 2, S. 1-4, Y. 1992.
- [11] Caniklioğlu, Nurşen. **Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri Açısından Yargıtayın 2012 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi**. Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2012. Ankara 2014. (2012 Değerlendirilmesi)
- [12] Caniklioğlu, Nurşen. **Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2007**. Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2009. İstanbul 2009. (2007 Değerlendirilmesi)
- [13] Centel, Tankut. **Sosyal Sigortalar Açısından Yargıtayın 1984 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi**. Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1986. İstanbul, 1986.
- [14] Cuhruk, Mahmut / Çolakoğlu, H. Servet / Bükey, A. Avni. **Sosyal Sigortalar Kanunu Şerhi**, Ankara 1977.
- [15] Çakmak, İhsan. **Hizmet Tesbiti Davaları**. Ankara 2005.
- [16] Çenberci, Mustafa. **Sosyal Sigortalar Kanunu Şerhi**. Ankara 1985.
- [17] Duman, Barış. **506 Sayılı Sosyal Sigortalar Kanununa Göre Hizmetlerin Tespiti**. Ankara 2001.
- [18] Duran, Abdurrahman. **506 Sayılı Kanununun 79/10 Maddesi Gereğince Açılan Hizmet Tespit Davalarının Yasa Hükümleri ve Yargı Uygulamaları Yönünden İncelenmesi**. Sicil İş Hukuku Dergisi, Y. 2, S. 6.
- [19] Ekmekçi, Ömer. **Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri Açısından Yargıtayın 2009 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi**. Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2009.
- [20] Erbaş, Coşkun. **Hizmet Akdiyle Çalışanların Sosyal Sigortalar Kurumuna Bildirilmeyen Sürelerine İlişkin Tespit Davaları ve Yargılama Süreci**. Kamu- İş Dergisi, C. 7, S. 3, 2004.
- [21] Eren, Fikret. **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**. 11. Baskı. İstanbul

- 1999.
- [22] Ertürk, Erhan. **Sosyal Sigortalar Kanunu Uygulaması**. Ankara 1999.
- [23] Günay, C. İlhan. **İş Mahkemelerinin Görevi**. ABD, S. 99/2-3, Y. 56.
- [24] Günay, C. İlhan. **İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri**. Ankara 2008.
- [25] Güzel, Ali. **Sosyal Sigortalar Açısından Yargıtayın 1985 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi**, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesinin. İstanbul 1987. (1985 Değerlendirilmesi)
- [26] Güzel, Ali. **Sosyal Sigortalar Açısından Yargıtayın 1999 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi**. İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi. İstanbul 2001.
- [27] Güzel, Ali. **Sosyal Sigortalar Açısından Yargıtayın 2008 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi**. İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi. İstanbul 2010.
- [28] Güzel, Ali. **Fabrikadan İnternete İşçi Kavramı ve Özellikle Hizmet Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru Üzerine Bir Deneme**. Kamu İş Dergisi, C. 4, S.2, Antalya 1997.
- [29] Güzel, Ali / Okur, Ali Rıza / Caniklioğlu, Nurşen. **Sosyal Güvenlik Hukuku**. İstanbul 2014.
- [30] Karşlı, Abdurrahim. **Medeni Muhakeme Hukuku**. 3. Baskı. İstanbul 2012.
- [31] Kocayusufpaşaoğlu, Necip. **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**. 2010 tarihli 5. Bası'dan 6. Tıpkı Bası. İstanbul 2014.
- [32] Kuru, Baki / Arslan, Ramazan / Yılmaz, Ejder. **Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı**. 25. Baskı, İstanbul 2014.
- [33] Oğuzman, M. Kemal / Barlas, Nami. **Medeni Hukuk**. 21. Baskı. İstanbul 2015.
- [34] Oğuzman, M. Kemal / Öz, M. Turgut. **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1**. 13. Baskı. İstanbul 2015.
- [35] Okur, Ali Rıza. **Sosyal Sigortalar Açısından Yargıtayın 1994 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi**. Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararların Değerlendirilmesi 1994. İstanbul 1996.
- [36] Öztürk,ERCÜMENT. **Hizmet Tespit Davaları**. Sosyal Güvenlik Dünyası Dergisi, S. 16, Ekim-Aralık 2002.
- [37] Öztürk, Özgür. **Sigortalı Hizmetlerin Tespiti**. Çimento İşveren

- Dergisi. S. 1, C. 12, Ocak 1998.
- [38] Pekcanitez, Hakan / Atalay, Oğuz / Özekes, Muhammet. **Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı**. Ankara 2014.
- [39] Reisoğlu, Safa. **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**. 25. Baskı. İstanbul 2014.
- [40] Rüzgar, Orhan. **Sosyal Sigortalar Kurumuna Bildirilmeyen Çalışmaların Tespiti**. BBD, Y. 16, S. 42, Ağustos 1992.
- [41] Saraç, Coşkun. **Sigortalı Hizmetlerin Hükmen Tespiti**. Osman Güven Çankaya'ya Armağan. Ankara 2010.
- [42] Sözer, Ali Nazım. **Sosyal Sigortalar Hukukunun Genel Hükümleri Açısından Yargıtayın 1991 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi**. Yargıtayın 1991 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri. İstanbul: 1993 (1991 Değerlendirilmesi).
- [43] Sözer, Ali Nazım, **Sosyal Sigorta İlişkisi**. İzmir 1991. (Sosyal Sigorta)
- [44] Sözer, Ali Nazım. **Türk Sosyal Sigortalar Hukuku**. İstanbul 2015. (Sosyal Sigortalar Hukuku)
- [45] Sözer, Ali Nazım / Saraç, Coşkun, “**Sosyal Sigorta İlişkisinde Çokluk: Sigortalılık Hallerinin, Tiplerinin ve Sürelerinin Birleşmesi**”. *Mess Sicil*, Aralık 2008, S. 12.
- [46] Şahlanan, Fevzi. **İş Yargılaması**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası. C. XLII, Y. 1977, S. 1-4. (İş Yargılaması)
- [47] Şahlanan, Fevzi. **Türk İş Hukukunda Alt İşveren**. İş Hukuku Dergisi, C. 2, S. 1-4, Y. 1992.
- [48] Şakar, Müjdat. **Sosyal Sigortalar Açısından Yargıtayın 1993 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi**. Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi. İstanbul 1995. (1993 Değerlendirilmesi)
- [49] Şakar, Müjdat. **Sosyal Sigortalar Hukukunun Genel Hükümleri ve Primler Açısından 1988 Değerlendirilmesi**. Yargıtay İş Hukukuna İlişkin Kararların Değerlendirilmesi 1988, İstanbul 1990. (1988 Değerlendirilmesi)
- [50] Tezel, Şevket. **Soru ve Cevaplarla Hizmet Tespit Davaları**. *Yaklaşım Dergisi*. S:139, Temmuz 2004.
- [51] Tuncay, A. **Can Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri Açısından Yargıtayın 2013 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi**. Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının

- Değerlendirilmesi 2013, İstanbul 2015.
- [52] Tuncay, A.Can / Ekmekçi, Ömer. **Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri**. 16. Baskı. İstanbul 2013.
- [53] Tunçomağ, Kenan. **Sosyal Güvenlik Kavramı ve Sosyal Sigortalar**. İstanbul 2000.
- [54] Türe, Murat. 506 sayılı SSK Kapsamında İşverenin Bildirge Verme Yükümlülüğü ve Uymamanın Sonuçları. **Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi**. Marmara Üniversitesi SBE, 1999.
- [55] Umdu, Ersin. **Yargıtay Kararları Çerçevesinde Hizmet Tespit Davaları**, Mali Çözüm, İSMMMO Yayınları, S. 87, Mayıs- Haziran 2008.
- [56] Uşan, Fatih. **Soyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri Açısından Yargıtayın 2011 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi**. Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2011. Ankara 2013.
- [57] Uygur, Turgut / Dönmez, İrfan / Kars, Bahattin. **Uygulamalı İş Davaları**. İstanbul 1974.
- [58] Üstündağ, Saim. **Medeni Yargılama Hukuku**. İstanbul 2000.
- [59] Yavuz, Cevdet / Özen, Burak / Acar, Faruk. **Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)**. İstanbul 2014.
- [60] Yazıcı, Erdal. “Türk Sosyal Güvenlik Hukukunda Hizmet Tespiti” **Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi**. Marmara Üniversitesi SBE, 2009.
- [61] Yılmaz, Halil / Kalemci, Mahmut. **Yargıtayın Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Emsal Kararları**. Ankara 2014.
- [62] Yürekli, Sabahattin. **Sosyal Sigortalarda Hizmet Tespit Davası**. İBD, C. 71, S. 10-11-12, 1997.

***“Bir Mesleğin İcrası veya İşletmenin Faaliyeti Sebebiyle Doğan Edinilmiş Mal Olması Gereken Malvarlığı Değerlerinin Sözleşme İle Kişisel Mal Haline Getirilmesi”
(TMK 221/1)***

Converting Asset Values which are Acquired Property Arising from Practising a Job or Business Activities into Personal Property by a Contract (Turkish Civil Code 221/1)

Özge KURU*

Giriş

Türk Medeni Kanunu 221/1 ile bir mesleğin icrası veya işletme faaliyeti için belirlenen edinilmiş malvarlığı değerlerinin, eşler tarafından yapılan bir mal rejimi sözleşmesiyle kişisel malvarlığı haline getirilmesine imkan tanınmıştır.

Bu hüküm özellikle, ölüm veya boşanma sonucu mal rejiminin tasfiyesi sırasında eşin mesleğini icraya devam edebilmesini ve işletmenin faaliyeti için belirlenmiş olan malların zarar görmesini önlemek amacıyla düzenlenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, Kişisel Mal, Mal Rejimi, Mal Rejimi Sözleşmesi

**(Arş.Gör.) İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı.*

I. MK'DAKİ MAL REJİMİ NİTELENDİRMELERİNİN EMREDİCİLİĞİ SORUNU

Evlilik ilişkisinin kurulması ve eşlerin birlikte yaşaması ile birlikte, bir takım haklar ve sorumluluklar doğmaktadır. Bunun bir sonucu olarak doğan mal rejimi kavramı da, evliliğin sürdüğü döneme ilişkin olarak eşlerin mali ilişkilerinde ortaya çıkar.

Mal rejimi hukuku ise, eşlerin malvarlığına ilişkin olarak ortaya çıkan, eşler arasında evlilik sırasında doğan malvarlığının mülkiyeti; malvarlığına ilişkin yararlanma, yönetim ve tasarruf; malvarlığına bağlı sorumluluk; mal rejiminin sona ermesine bağlı malvarlığı tasfiyesinin nasıl yapılacağına ilişkin soruların cevaplanmasında rol oynar¹. Dolayısıyla mal rejimine ilişkin hükümler “Evliliğin Genel Hükümleri”ni düzenleyen TMK 185-201 kapsamında yer almaz. Bir diğer ifade ile mal rejimine ilişkin kurallar, evlenmenin genel hükümleri dışında yer alan kurallar olup, TMK 202-281 arasında düzenlenmiştir.

Eşler arasındaki mal rejiminin ne olacağı hususu, bir yandan evlilik birliğinde ekonomik adaletin sağlanması, toplumun tatmin edilmesi gereğini içerirken; diğer yandan mal rejimi kurallarının Anayasa ile korunan mülkiyet hakkını ortadan kaldıracak, onun özüne dokunacak veya aşırı sınırlandırılacak hükümlerini içermemesi gerekliliğinden ötürü hassas bir konu olarak karşımıza çıkar².

TMK 202’de eşler arasında edinilmiş mallara katılma rejiminin asıl olduğu belirtilmiş, ilgili maddenin devamında da eşlerin mal rejimi sözleşmesiyle kanunda belirtilen diğer rejimlerden birini kabul etmesine izin verilmiştir. Dolayısıyla her ne kadar mal rejimi hukukunda sözleşme serbestisinin geçerli olduğu söylenebilse de³, bu sözleşme özgürlüğünün borçlar hukukunda geçerli olan ilkeye nazaran daha dar olduğunu belirtmekte

¹ **Gümüş**, Mustafa Alper: Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal rejimleri (TMK 185-281), Vedat Yayıncılık, İstanbul, 2008, s. 217. Bu konuda Acar ise, mal rejiminin, öncelikle evlilik süresince malvarlığı edimini incelediğini ve bu edimler çerçevesinde de kimin hak sahibi olduğunu, bu hak sahipliğinin saptanmasından sonra da bu malvarlıklarının yönetimi, tasarrufu kapsamında doğan borç ve sorumlulukların belirlenmesini, en son olarak da mal rejiminin sona ermesiyle birlikte mevcut mal paylaşımının yapılması hususunu tespit ettiğini belirtmiştir (**Acar**, Faruk: Aile Konutu Mal Rejimleri Ve Eşin Yasal Miras Payı, Seçkin Yayıncılık, 2012, s. 79).

² **Zeytin**, Zafer: Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009, s. 27.

³ Mal rejimi konusunda sözleşme özgürlüğünden değil; sınırlı sayı ve tipe bağlılıktan bahsetmek gerektiği konusunda bkz. **Başpınar**, Veysel: Türk Medeni Kanunu ile Aile Hukukunda Yapılan Değişiklikler ve Bu Konuda Bazı Önerilerimiz, AÜHFHD, C. 52, S. 3, 2003, s. 87.

fayda vardır. Zira Borçlar hukukunda geçerli olan TBK 11 ve 19/20’de tarafların dilediği şahısla, dilediği tipte, şekilde ve konuda sözleşme yapabilme özgürlüğünün yanında, mal rejimi hukukunda, “sözleşme özgürlüğü” prensibi kanunda belirtilen diğer rejimlerden birinin seçimi ile daraltılmış bulunmaktadır.

Hukukumuzda yasal mal rejimi⁴ olarak edinilmiş mallara katılma rejimi kabul edilmiştir⁵. Ancak eşlerin yasal mal rejimi yerine kanunda belirtilen diğer mal rejimlerinden birini seçmelerine olanak tanınmıştır. Bu durum da TMK 202/1 hükmünün emrediciliği hususunda farklı görüşlere neden olmuştur. Bir görüşe göre⁶, eşlerin mal rejimi sözleşmesi ile ancak kanunda sınırlı olarak sayılan mal rejimlerinden birini seçebilme özgürlüğünün taraflara verilmesi nedeniyle TMK 202 emredici niteliktedir. Bir diğer görüşe göre ise⁷, kanunda belirtilen diğer mal rejimlerinin seçimine olanak verilmesinin sonucunda yasal mal rejimini düzenleyen TMK 202/1 hükmü emredici nitelik taşımamakta, aksine “tamamlayıcı” nitelik taşımaktadır. Kanaatimizce de yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejiminin dışında mal rejimi sözleşmesi ile diğer mal rejimi türlerinin seçilmesine imkan tanınması, her ne kadar kanuni sınırlar çerçevesinde olanak

⁴ Yasal mal rejimi; eşlerin bunu seçme ve bu konuda da bir sözleşme yapma zorunda olmadıkları yasa gereği geçerli kabul edilen rejim türü olduğu hususunda bkz. **Kılıçoğlu**, Ahmet: Medeni Kanunumuzun Aile, Miras, Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler, Ankara, 2003, s. 155.

⁵ Öğretide yasal mal rejimi olarak edinilmiş mallara katılma rejiminin belirlenmesi hakkındaki tartışmalar için bkz. Şıpkı, Şükran: Türk Hukukunda Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulamaya İlişkin Sorunlar, 12 Levha Yayınları, İstanbul, 2011, s. 57-59. Kılıçoğlu’na göre, ev işçisi kadının emeğini değerlendirmekte, kadın, ev işlerinde çalışsa, eve baksa bile, kocanın evlilik süresince edindiği mallarda aynı oranda emek ve hak sahibi sayılmaktadır (**Kılıçoğlu**, Yenilikler, s. 269-272, **Kılıçoğlu**, Ahmet: Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi: Ankara, 2002, s. 89.) . Zeytin de, edinilmiş mallara katılma rejiminin zorluğu, eksiklikleri, değiştirilmesi gereken bazı hükümlerinin bulunduğunu belirtmekle birlikte, eşler arasında adalet dengesini ekonomik alanda büyük ölçüde sağladığı görüşündedir (**Zeytin**, s. 28). Mal ayrılığı rejiminden mal ortaklığı rejimine geçilmesinin isabetli olduğu yönünde bkz. **Acabey**, Beşir, Medeni Kanun Tasarısının Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimine İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi, Prof. Dr. Hayri Domanıç’e 80. Yaş Armağanı, C. 2, Beta Yayınevi, İstanbul, 2001, s.785; **Moroğlu**, **Nazan**: Medeni Kanun’da Mal Rejimleri, Beta Yayınları, 2002, s. 6; **Akıntürk**, Turgut: Türk Medeni Hukuku II. Cilt, Aile Hukuku, 11. Bası, Beta Yayınevi, 2008, s. 145. Hatemi ise, kanundaki “edinilmiş mal” düzenlemesi çok geniş tutulduğu ve bu durumun somut olayda hakkaniyete aykırı sonuçlara sebep olabileceğini ileri sürmüştü ve yasal mal rejiminin “mal ayrılığı” rejimi olması gerektiğini; ancak evlilik birliğinin süresi ile kadın eşin durumunun göz önünde tutularak sadece kadın eşe ve erkek eşin bütün malvarlığı üzerinde bir boşanma tazminatı alacağı hakkının tanınması gerektiğini ileri sürmüştür (**Hatemi**, Hüseyin: Aile Hukuku I, İstanbul, 2005, s. 94). Edinilmiş mallara katılma rejimi yerine, daha basit ve Türk toplumunun gelenek ve alışkanlıklarına daha uygun rejim arayışları ve alternatif çözümlere ilişkin olarak ise bkz. **Hatemi**, s. 94; Şıpkı, s. 59 dipnot 10’daki yazarlar.

⁶ **Zeytin**, s. 42; Şıpkı, s. 20.

⁷ **Acar**, s. 83; **Sarı**, Suat: Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, Beşir Kitabevi, 2007, s. 6; **Akbulut**, Pakize Ezgi: Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Edinilmiş Mallar ile Kişisel Mallar Ayrımı, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2010, s. 6.

“Bir Mesleğin İcrası veya İşletmenin Faaliyeti Sebebiyle Doğan Edinilmiş Mal Olması Gereken Malvarlığı Değerlerinin Sözleşme İle Kişisel Mal Haline Getirilmesi” (TMK 221/1)

verilmiş olsa da emredici nitelik taşımamaktadır. Bu sebeple TMK 202/1 hükmünün tamamlayıcı nitelik taşıdığını ve eşlerin herhangi bir mal rejimini seçmemesi halinde uygulanmasının mümkün olacağını söylemek daha doğrudur.

Eşler evliliklerinin “mal rejimsiz” yürümesini kararlaştıramayacaklarından, bu yönde bir anlaşmanın olması da kendiliğinden yasal mal rejiminin yürürlüğe girmesine yol açar⁸. Nitekim kanun koyucu da tarafların mal rejimi yönünde bir anlaşma yapmaması ihtimaline nazaran işlem hayatında güvenliği sağlamak üzere söz konusu mal rejimlerinden birisini geçerli mal rejimi olarak seçmesi gerektiğini ileri sürmüştür⁹.

Eşlerin yasal mal rejiminin yürürlüğünü durdurabilmesinin tek yolu, alternatif olarak yasada öngörülen rejimlerden birinin seçimidir¹⁰. Bu durumun bir sonucu olarak da, eşlerin tamamen “yeni bir mal rejimi” veya yasada mal rejimlerinin unsurlarından oluşan “ karma mal rejimi” yaratması söz konusu değildir¹¹. Zira TMK 203’de de tarafların, istedikleri mal rejimini ancak kanunda yazılı sınırlar içerisinde seçebileceği, kaldırılabilirliği ve değiştirilebilirliği öngörülmüştür.

Kanunda yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejimi dışında öngörülen diğer mal rejimleri¹² ise, mal ayrılığı rejimi (TMK 242 d.), paylaşmalı mal ayrılığı rejimi (TMK 244 d.) veya mal ortaklığı rejimini (TMK 256 d.) seçmeleri mümkündür (TMK 203; 225). Böylece TMK’da mal rejimlerine yönelik “sınırlı sayı İlkesi”nin geçerli olduğunu söylemek mümkündür¹³.

II. KİŞİSEL MALLARDA SINIRLI SAYI İLKESİ

TMK ile eşlere yasal mal rejiminde sahip oldukları malvarlığı değerlerinde serbestçe tasarruf etme imkanı tanımıştır. Bununla birlikte mal rejiminin sona ermesi aşamasındaki tasfiye aşamasında ise, edinilmiş mallara katılma rejiminde eşlerin malvarlığının sınıflandırılması önem arz eder.

⁸ Acar, s. 83. Acar’a göre bu tür anlaşmalar “kesin hükümsüz” olup, mevcut boşluğun yasal mal rejimi ile doldurulması gerekmektedir; hatta TMK 202/1 sayesinde boşluğun dahi oluşmayacağı ifade edilmektedir.

⁹ Gümüş, s. 217

¹⁰ Zeytin, s. 43.

¹¹ Acar, s. 83.

¹² Seçimlik mal rejimleri de denmektedir.

¹³ Buna aykırı sözleşmelerin ise batıl olduğu kabul edilmektedir

Edinilmiş mallara katılma rejiminde eşlerin üç grup malından söz edilebilir (TMK 218)¹⁴. Bunlar: edinilmiş mallar, kişisel mallar ve paylı mallardır. Söz konusu mal grupları, eşler arasında özellikle tasfiye aşamasından sonra ortaya çıkan, dolayısıyla eşler arasında paylaşımı olanaklı kılmak için öngörülen mal gruplarıdır¹⁵.

TMK 219/1’de edinilmiş malların, her eşin mal rejimi süresinde karşılığını vererek elde ettiği malvarlığı değerleri olarak ifade edilmiştir. Hükmün devamında da, örnek türünden belirlenen bazı değerlerin de edinilmiş mal olduğu kabul edilmiştir. Buna göre,

- Bir eşin(veya ikisinin) çalışmasının karşılığı olan edimler,
- Sosyal güvenlik veya sosyal yardım kurum ve kuruluşlarının veya personele yardım amacı ile kurulan sandık ve benzerlerinin yaptığı ödemeler,
- Çalışma gücünün kaybı nedeniyle ödenen tazminatlar,
- Kişisel malların gelirleri,
- Edinilmiş malların yerine geçen değerler, edinilmiş maldır.

Yukarıda ifade ettiğimiz TMK 219’da yer alan bu malvarlığı türleri sınırlayıcı olmayıp, “sayma” türünden algılanmalıdır¹⁶. Nitekim hükmün metninde de “...özellikle şunlardır:” denilmesi de bu hususu açıkça ortaya koymaktadır.

Kişisel mallar ile ilgili TMK’ da herhangi bir tanım verilmemiş olmakla birlikte TMK 220’de eşlerin kişisel malları sıralanmıştır. Hükmeye göre:

- Eşlerden birinin yalnız kişisel kullanımına yarayan eşya,
- Mal rejiminin başlangıcında eşlerden birine ait bulunan veya bir eşin sonradan miras yoluyla ya da herhangi bir şekilde karşılıksız kazanma yoluyla elde edilen mallar,
- Manevi tazminat alacakları,
- Kişisel malın yerine geçen değerler kanundan doğan kişisel mallar olarak belirlenmiştir.

¹⁴ Bu yönde: **Akıntürk**, s. 155; **Acar**, s. 151; **Başpınar**, s. 89; **Demir**, Pınar Özlem: Yasal Mal Rejimi Çerçevesinde Eşlerin Aralarında Yapabilecekleri Sözleşmeler, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2005, s. 9. Paylı malların yasal mal rejiminde üçüncü bir grup oluşturmadığı yönünde bkz. **Hatemi**, s. 97; **Kılıçoğlu**, Edinilmiş Mal, s. 42; **Moroğlu**, s. 25; **Sarı**, s. 132; **Zeytin**, s. 93; **Gümüüş**, s. 253; **Akbulut**, s. 30; **Uzun**, Neşe: Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Diğer Mal Rejimleriyle Karşılaştırılması, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2009, s. 31.

¹⁵ **Acabey**, Beşir: Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Mülkiyet Türleri, İspat Kuralları ile Karineler, Uygulamalı Aile Hukuku Sertifika Programı III. Dönem, 17-18 Kasım 2006, İstanbul Ticaret Üniversitesi Yayınları, 2007, s. 20.

¹⁶ **Kılıçoğlu**, Yenilikler, s. 200; **Acar**, s.163; **Zeytin**, s. 90; **Acabey**, Sertifika, s. 20; **Acabey**, Mehmet Beşir: Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Mal Grupları - İspat Kuralları Ve Eşlerin Paylı Mülkiyete Altındaki Mallara İlişkin Düzenlemeler, Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 9, Özel Sayı, 2007, s. 501.

“Bir Mesleğin İcrası veya İşletmenin Faaliyeti Sebebiyle Doğan Edinilmiş Mal Olması Gereken Malvarlığı Değerlerinin Sözleşme İle Kişisel Mal Haline Getirilmesi” (TMK 221/1)

TMK 220’de belirtilen kişisel mal değerleri, kanundan doğan kişisel mallar olup; sınırlayıcı nitelik taşımaktadır¹⁷. Böylece, kanun koyucu edinilmiş mal tanımında olduğu gibi esnek davranmayarak; aksine madde metninde kişisel malları sınırlı olarak saymıştır.

Edinilmiş mallara katılma rejiminde kural eşlerin mallarının edinilmiş mal olmasıdır. Zira TMK 222/3’de de bir eşin bütün mallarının aksi ispat edilinceye kadar edinilmiş mal kabul edileceği düzenlenmektedir. Dolayısıyla yasal mal rejiminin geçerli olduğu evlilik birliği içinde “edinilmiş mal karinesi” kabul edilmiştir¹⁸.

III. SÖZLEŞMEYE GÖRE BELİRLENEN KİŞİSEL MALLARA GENEL BİR BAKIŞ

Edinilmiş mallara katılma rejiminin veya kanunda belirlenen diğer mal rejimlerinin belirlenmesi eşlerin bu konudaki iradelerine bırakılmıştır. Ancak eşlerin kanunda belirtilen bir rejimi benimsemeleri halinde ise, söz konusu mal rejiminin prensiplerini kaldıracak sözleşmeleri kural olarak yapamazlar¹⁹. Bu çerçevede “malların niteliğinin değişmezliği kuralı” gereği, eşlerin emredici nitelikteki TMK 219 ve TMK 220’de belirtilen mal gruplarının nitelendirmelerini farklı şekilde yapamazlar. Fakat bu kural emredici nitelik taşımamaktadır. Nitekim TMK 221 ile eşlere TMK 219 ve 220’deki nitelendirilmelerden ayrılma olanağı sağlamıştır.

A. Kanunda Sayılanlar

TMK 221’de sözleşme ile kişisel mal haline getirilebilen malvarlığı değerleri belirtilmiştir. TMK 221/1’e göre, eşlerin mal rejimi sözleşmesiyle bir mesleğin icrası veya işletmenin faaliyeti nedeniyle doğan edinilmiş

¹⁷ **Acar**, s. 186; **Sarı**, s. 186; **Acabey**, Sertifika, s. 23; **Acabey**, Edinilmiş Mal, s. 501; **Zeytin**, s. 90; Şipka, s. 104; **Akyavuz**, s. 213.

¹⁸ “TMK’nın 219. maddesi 1. fıkrası hükmüne göre her eşin bu mal rejiminin devamı süresince karşılığı vererek elde ettiği malvarlığı değerleri edinilmiş maldır. TMK’nın 222/1. maddesine göre belirli bir malın eşlerden birine ait olduğunu iddia eden kimse, iddiasını ispatla yükümlüdür. Somut olayda; dava konusu taşınmazın davalının kişisel malı olduğu kanıtlanamamıştır. Her ne kadar; davalı önceki evliliğinin boşanmayla sonuçlanması üzerine aldığı tazminat ve evlenmeden önce çalışması karşılığı birikimi ve yakın akrabalarının katkısı ile taşınmazın satın alındığını ileri sürmüşse de, dosya kapsamı ile bu yön somut delillerle ispatlanamamıştır. TMK’nın 222. maddesi son fıkrası hükmüne göre bir eşin bütün malları aksi ispat edilinceye kadar edinilmiş mal kabul edilir. Buna göre, dava konusu taşınmazın sürüm değerinin verilecek karar tarihine yakın bir tarihte (TMK m. 235/1) belirlenerek hesaplanacak artık değerın yarısı karşılığı bedelin katılma alacağı olarak belirlenmesi ve taleple bağlı kalınarak hüküm kurulması gerekirken, hatalı niteleme ve değerlendirme sonucu yazılı şekilde karar verilmiş bulunması doğru değildir” [Y. 8. HD. T. 8.7.2010, E. 2010/1097, K. 2010/3788 (kazancı.com ET. 26.11.2015)]; Y. 8. HD. T. 10.5.2012, E. 2012/2920, K. 2012/4048 (**Kazancı.com** ET. 26.11.2015).

¹⁹ **Acar**, s. 211.

mallara dahil olması gereken malvarlığı değerlerinin kişisel mal olarak kararlaştırılabileceği düzenlenmiştir.

TMK 221/2’de de eşlerin mal rejimi sözleşmesiyle kişisel malların gelirlerinin edilmiş mallara dahil olmayacağını kararlaştırılabileceği, dolayısıyla eşlere kişisel malların gelirlerinin de kişisel mal haline getirebilmesi imkanı sağlanmıştır.

TMK 221’de belirtilen ve sözleşme ile kişisel mal haline getirilebilen malvarlığı değerleri aslında eşlerin edinilmiş mallarına dahil olması gereken malvarlığı değerlerinden oluşmaktadır. Fakat kanun hükümde belirtilenlerle sınırlı kalacak şekilde, bu edinilmiş malvarlığı değerlerinin kişisel malvarlığı haline getirilebilmesine olanak tanımaktadır.

Uygulamada söz konusu hükümlerin çalışmayan kadın aleyhine kullanılmaya yol açabilecek nitelikte olduğu belirtilerek eleştirilmekle birlikte²⁰; bu hükümlerin edinilmiş mallara katılma rejimini yumuşattığı²¹ ve mal rejimlerine ilişkin sınırlı sayı ilkesi ile yasal mal rejiminin tüm evliliklere uygun olmadığı görüşünün ortaya koyduğu olumsuzluğun yasal mal rejimi içerisinde belirli ölçüde giderilmesini sağlama yönünde taraflara özgürlük alanı sağladığı²² ifade edilmektedir.

B. Sözleşmenin Yapısı

TMK 221 hükmü edinilmiş mallara katılma rejimi için geçerli bir hüküm olduğunu söylemek mümkündür. Bu hüküm çerçevesinde tarafların edinilmiş malvarlığı değerlerinden bazılarını sözleşme ile kişisel mal haline getirilebilmesine imkan sağlanmıştır. Ancak belirtmek gerekir ki burada bahsedilen sözleşme mal rejimi sözleşmesidir.

Mal rejimi sözleşmesi, eşlerin kanunda yer alan mal rejimlerinden birini ya tamamen ya da kanunun izin verdiği değişikliklerle seçebilecekleri ve yine kanun gereği belirli şekle bağlı tutulmuş bir aile hukuku sözleşmesidir^{23, 24}.

²⁰ Başpınar, s. 90.

²¹ Sarı, s. 181.

²² Acar, s. 212, dn. 309.

²³ Şıpka, s. 16.

²⁴ “Dava, 23.1.2003 tarihinde açılmış ve kişisel mallara yönelik bir alacak davasıdır. 5133 Sayılı Yasa ile değişik 4787 Sayılı Yasanın 4/1. maddesi gereğince 4721 Sayılı Türk Medeni Kanununun (üçüncü kısım hariç) ikinci kitabından kaynaklanan davaların Aile Mahkemesinde bakılacağı belirtilmiştir. Görev kamu düzenine ilişkin olup yargılamanın her aşamasında kendiliğinden göz önüne alınır. Mahkemece Türk Medeni

1. Zaman Bakımından

TMK 203/1’e göre mal rejimi sözleşmesinin evlenmeden önce veya sonra yapılabilmesi mümkündür²⁵.

Mal rejimi sözleşmesinin evlenmeden önce veya sonra yapılabilmesinin bir sonucu olarak, bu sözleşmenin taraflarının illaki eş olması gerekmediği sonucu ortaya çıkmaktadır. Buna bağlı olarak da evlenme niyetinde olan şahısların (özellikle nişanlıların) da bu sözleşmeyi yapılabilmesi mümkündür²⁶.

Evlenmesi ya da nişanlanması yasak olan şahısların mal rejimi sözleşmesi yapması da, tartışılması gereken bir konudur. Zira mal rejimi sözleşmesi evlilik boyunca malvarlığı ilişkisini düzenlediğinden, mal rejimi sözleşmesinin yapılabilmesi için tarafların nişanlanması veya evlenmesi yasak olan şahıslardan olmaması da gerekmektedir. Evlenmenin hısımlık sebebiyle yasak olması “hukuki imkansızlık” (TBK 19) çerçevesinde mal rejimi sözleşmesinin geçersizliği sonucunu doğurur²⁷.

Her sözleşme gibi mal rejimi sözleşmesinin de emredici hukuk kurallarına aykırı olmaması gerekir. Bu bağlamda, hukuka ve ahlaka aykırılık hususunda, TBK 19, 20; kişilik haklarının korunması noktasında TMK 23 geçerliliğin tayininde rol oynamaktadır. Bir diğer sonuç olarak da

Kanununun 222-226. maddeleri gereğince işlem yapılması için görevsizlik kararı verilmesi gerekirken işin esasına girilerek yazılı olduğu şekilde hüküm tesisi doğru olmamıştır” [Y. 2. HD. T. 23.6.2005, E. 2005/7002, K. 2005/9838 (kazancı.com ET. 26.11.2015)].

²⁵ “T.M.K.nun 203. maddesinde «mal rejimi sözleşmesi, evlenmeden önce veya sonra yapılabilir. Taraflar istedikleri mal rejimini, ancak kanunda yazılı sınırlar içinde seçebilir, kaldırılabilir veya değiştirilebilir.» hükmüne yer verilmiştir. Doktrinde; 4721 Sayılı T.M.K.nun yürürlüğe girdiği 1.1.2002 tarihinden sonra yapılan evliliklerde, eşlerin sonradan yapacakları bir mal rejimi sözleşmesiyle geçmiş etkili düzenleme getirmelerine yasal bir engel olmadığı ileri sürülmüş ve T.M.K.nun 203 maddesinde «... kanunda yazılı sınırlar içinde, ...» kavramının da buna engel oluşturmadığı görüşü belirtilmiş ise de, sözü edilen 203. maddedeki kavramın buna yasal bir engel oluşturduğu konusunda duraksamamak gerekir. Çünkü aile hukukunda; tam ve sınırsız bir sözleşme serbestisi kabul edilmemiş, tam aksine özgür tam aksine özgür iradeye dayalı sözleşme serbestisinin sınırlı olarak kabul edildiği ve kullanıldığı görülmektedir. Bu konuda en büyük yasal engel de, 4722 Sayılı Kanunun 10/3. fıkrası olmaktadır. Bu nedenle, taraflar arasında yapılan mal ortaklığı sözleşmesinin geçmişe etkili olarak taşınmazın edinildiği 17.11.1980 tarihini de kapsayacak şekilde uygulanması olanağı bulunmamaktadır” [Y. 8. HD. T. 6.6.2013, E. 2012/11466, K. 2013/8552 (Kazancı.com ET. 30.11.2015)].

²⁶ Evlenme niyetinde olan şahıslar öncelikle “nişanlı kimseler” bakımından geçerli bir durum olmasın rağmen, mal rejimi sözleşmesinin tarafı olabilmek için TMK nişanlılık statüsünü aramamıştır. Keza geçerli bir evlilik ilişkisinin kurulması için de önceden nişanlanma işlemine gerek yoktur. Fakat Mehaş kanunda “nişanlı şahıslar” ifadesine yer verilmiş ve mal rejimi sözleşmesi yapma konusunda taraflara bir sınırlama getirilmiştir (Acar, s. 86).

²⁷ Acar, s. 87. Yazar’a göre aynı sonuca “ahlaka aykırılıktan” da ulaşılabilmektedir. Aksi görüşteki Şıpka’ya göre ise, TMK 156 gereği, batıl olan evlilik hakimın kararına kadar geçerli bir evliliğin sonuçlarını doğuracağından, mal rejimi sözleşmesi de geçerli sayılmalıdır (Şıpka, s. 26).

mal rejimi sözleşmesinin hata, hile ve tehdit gibi durumlarda olmaması önemlidir²⁸.

2. Yer ve Şekil Bakımından

TMK eşlere mal rejimi sözleşmesi yapma konusunda kanunda belirtilen sınırlar çerçevesinde irade özgürlüğü tanımakla beraber, mal rejimi sözleşmesini belirli şekil şartlarına tabi tutmuştur. Buna göre eşler; evlenmeden önce evlendirme memuruna yazılı olarak bildirerek ya da evlendikten sonra diledikleri zaman, mal rejimi sözleşmesini noterde düzenleme veya onaylama²⁹ şeklinde yapabilirler.

Mal rejimi sözleşmesinin resmi şekle bağlı tutulduğu resmi makam noterdir. Yetki konusunda ise, tarafların yerleşim yerindeki noterde sözleşmeyi yapma gibi bir zorunlulukları bulunmamakta; dolayısıyla istedikleri bir noter aracılığı ile sözleşmeyi yapabilmeleri mümkündür³⁰.

TMK 205/1’de tarafların evlenme başvurusu sırasında hangi mal rejimini seçtiklerinin yazılı olarak da bildirilebileceği düzenlenmiştir. Evlendirme memuru, ancak evlenecek olan kişilerin seçtikleri mal rejimi türünü teslim almak ve kaydetmekle yükümlüdür³¹.

Evlenme öncesi mal rejimi sözleşmesi yapma imkanı sadece mal rejimi seçimi konusunda verilmiş olduğundan, TMK 221/1 uyarınca bir mesleğin icrası veya işletmenin faaliyetine tahsis edilmiş edinilmiş mallara dahil olması gereken değerlerin kişisel mal sayılmasına ilişkin anlaşmaların veya TMK 221/2’de kişisel malların gelirlerinin kişisel mal olarak kabul edilebileceğine ilişkin sözleşmelerin evlendirme memuruna yazılı olarak bildirilerek gerçekleştirilmesi kabul edilmemiştir. Dolayısıyla TMK 221’de düzenlenen edinilmiş malların kişisel mal kabul edilebilmesine imkan veren mal rejimi sözleşmelerinin, ancak evlendikten sonra noterde düzenleme ya da onaylama suretiyle yapabileceği mümkündür.

²⁸ Sarı, s. 33-34; Acar, s. 93. “Dava, eşler arasında noterde düzenleme şeklinde yapılan 25.12.2002 tarihli «Mal Ayrılığı Sözleşmesinin» sözleşmede yer alan davacı eşe ait imzanın hata ve hile elde edildiği ve davacı eşin iradesinin fesada uğratıldığı iddiasıyla iptali isteğine ilişkin olup, Türk Medeni Kanunu’nun 203 - 205. maddelerinden kaynaklanmaktadır” [Y. 2. HD. T. 2.5.2006, E. 2005/18426, K. 2006/6662 (kazancı.com ET. 26.11.2015)].

²⁹ Acar’a göre, onaylama şeklindeki noter senetlerinin geçerli kabul edilmesi karşısında Kanunun kabul ettiği nitelikli resmi şekil zorunluluğu zayıflamakta; bu haliyle evlenecek ve evli şahıslar bakımından mal rejimi sözleşmesi yapma imkanı kolaylaşmaktadır (Acar, s. 89, dn. 37).

³⁰ Gençcan, Ömer Uğur: Mal Rejimleri Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007, s. 106.

³¹ Akbulut, s. 22.

3.Ehliyet Bakımından

Mal rejimi sözleşmesi yapabilme ehliyetini düzenleyen TMK 204 hükmüne göre, bu sözleşmenin ancak ayırt etme gücüne sahip olanlar tarafından yapılabileceği ve küçük ile kısıtlıların ise, yasal temsilcilerinin rızasını almak zorunda oldukları düzenlenmiştir.

Nişanlılar ve eşlerin mal rejimi sözleşmesi yapabilmesi için ayırt etme gücüne sahip olması kanunen öngörülmüş olup, eşlerin ya da nişanlıların mal rejimi sözleşmesi yapmalarındaki ayırt etme gücünden; tarafların bu sözleşmeyi akdetmenin sebep ve sonuçlarını anlama ve buna uygun davranma yeteneğine sahip olmaları gerektiği anlaşılmalıdır³². Söz konusu ayırt etme gücünün varlığı ise, mal rejimi sözleşmesinin yapıldığı an itibarıyla aranacaktır³³.

Ergin olmak mal rejimi sözleşmesinin geçerliliği bakımından şart değildir. Ancak mal rejimi sözleşmesini evlilik öncesi yapmak isteyen eşlerin ergin olmaması halinde ise, yasal temsilcisinin rızasının olması şarttır.

TMK 11/2 ile evlenen kişilerin ergin olacağı düzenlenmiş olup; evli kişilerin sonradan yaptıkları veya yapacakları mal rejimi sözleşmeleri için ehliyet şartını taşıyıp taşımadığı, yani evlilik ile ergin olan kişilerin evlendikten sonra mal rejimi sözleşmesi düzenlerken kanuni temsilcilerinin rızasının aranıp aranmaması gerektiği hususunda ise farklı görüşler mevcuttur. Bir görüş³⁴ 18 yaşını tamamlamayan evli şahsın mal rejimi sözleşmesi yapması bakımından kanunu temsilcisinin onayının gerektiğini savunmakta iken; diğer görüş³⁵ ise, kanuni temsilcinin onayı gerekmediğini savunmaktadır. Kanaatimizce de evlenen kişilerin kanunen ergin olarak kabul edilmesi dolayısıyla artık küçük olarak nitelendirilebilmesinin mümkün olmaması nedeniyle, evlenerek ergin olan kişinin, evlilikten sonra mal rejimi sözleşmesini kanuni temsilcisinin onayı olmadan düzenleyebilmesi mümkündür. Bununla birlikte yasal temsilcisinin onayı olmadan mal rejimi sözleşmesi yapan kişinin, evlilik ile ergin hale gelmesi ise sözleşmeyi geçerli hale getirmez³⁶.

³² Sarı, s. 20.

³³ Acar, s. 93; Sarı, s. 20.

³⁴ Gümüş, s. 221.

³⁵ AKINTÜRK, Turgut/ ATEŞ, Derya: Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku, İkinci Cilt, 18.Bası, Beta Yayınevi, 2016, s. 147; KILIÇOĞLU, Edilmiş Mallar, s. 21; AKINTÜRK, s. 147; Acar, s. 91; ŞİPKA, s. 24; ZEYİN, s. 40; AKBULUT, s. 23;

³⁶ Sarı, s. 21; Acar, s. 92, dn. 50; Zeytin, s. 40.

Mal rejimi sözleşmesi yapma şahsa bağlı bir hak olup; yalnız başına yasal veya iradi temsilcinin sözleşmeyi yapabilmesi mümkün değildir^{37, 38}. Yasal temsilcinin sadece kısıtlı veya küçük ile birlikte sözleşmeye katılımı mümkün iken³⁹; iradi temsilcinin bu şekilde dahi katılımı mümkün değildir⁴⁰.

TMK 204 ile sadece mal rejimi sözleşmesinin imzalanması yasal temsilcinin rızasına bağlanmıştır. Ancak kanaatimizce eşlerin yasal temsilcinin izniyle yapılan bir mal rejimi sözleşmesini ortadan kaldırmaları ya da seçilen mal rejiminden önceki başka bir mal rejimi ile değiştirilmesi için de yasal temsilcinin rızasının aranması gerekmektedir⁴¹.

IV. BİR MESLEĞİN İCRASI VEYA İŞLETME FAALİYETİ İÇİN GEREKLİ VE BUNA ÖZGÜLENEN MALVARLIĞI DEĞERLERİ

Eşlerin, mal rejimi sözleşmesiyle bir mesleğin icrası veya işletmenin faaliyeti nedeniyle doğan edinilmiş mallara dahil olması gereken malvarlığı değerlerinin kişisel mal sayılacağını kabul etmesine izin verilmiştir (TMK 221/1). Böylece eşlerin mal rejimi sözleşmesi ile edinilmiş mallarının kapsamını daraltmasına imkan sağlanmıştır.

TMK 221/1, ölüm veya boşanma sonucu mal rejiminin tasfiyesi sırasında eşin mesleğini icraya devam edebilmesini ve işletmenin faaliyeti için belirlenmiş olan malların zarar görmesini önlemek amacıyla düzenlenmiştir. Ölüm halinde, öncelikle mal rejiminin tasfiyesi, sonrasında da terekenin paylaşımı aşamalarının uzun sürecek olması, mesleğin icrasını işletmenin

³⁷ Akıntürk/Ateş, s. 147; Gümüş, s. 222; Acar, s. 92; Zeytin, s. 39; Sarı, s. 22; Şıpka, s. 25; Akbulut, s. 24; Keskin, Alper: Türk Medeni Hukukunda Mal Rejimleri, İstanbul Barosu Dergisi, 2011/4, s. 123.

³⁸ “Mal rejimlerine ait karı koca arasında evlenmeden sonra yapılan sözleşme yapma hakkı kişiye bağlı haklardan ise de bu hakkın, vasiyet yapma, evlenme ve nişanlanma gibi bizzat kullanılması zorunlu olan haklardan olduğu yönünde kanunlarımızda bir hüküm yoktur. Tarafların noterde bizzat düzenledikleri mal ortaklığı rejimini seçtiklerine dair sözleşmenin tasdiki isteği ile açılan davada 743 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun 173. maddesine göre eşler yargılamada bizzat hazır bulunmaları zorunlu tutulamaz. Bu konudaki irade açıklamasını taşıyan vekaletname verilmesi, kişiye bağlı hakkın bizzat kullanıldığının belirlenmesi için yeterlidir. Somut olayda taraflar davada kendilerini vekil ile temsil ettirdiklerine göre duruşmaya devamla belirecek duruma göre karar verilmesi gerekirken, tarafların bizzat hazır olmadığından bahisle davanın reddi doğru değildir” [Y. 2. HD. T. 8.2.2002, E. 2001/16805, K. 2002/1535 (Kazancı.com ET. 30.11.2015)].

³⁹ Kılıçoğlu, Edinilmiş Mallar, s. 22; Akıntürk, s. 148; Sarı, s. 24; Acar, s. 92.

⁴⁰ Acar, s. 92. Yazar’a göre, kısmen de olsa yasal temsilcinin katılımı, sözleşmenin şahsa bağlı oluşunu zayıflatmaktadır.

⁴¹ Bu yönde; Sarı, s. 25, dn. 42; Acar, s. 93. Aksi görüşte Gümüş’e göre ise, eşlerin yasal temsilcinin izniyle yapılan bir mal rejimi sözleşmesini ortadan kaldırmak suretiyle önceki mal rejimine geçmelerinde yasal temsilcinin rızasına gerek yok iken; başka bir mal rejimine geçmesi durumunda ise yasal temsilcinin rızası aranmalıdır (Gümüş, s. 222).

“Bir Mesleğin İcrası veya İşletmenin Faaliyeti Sebebiyle Doğan Edinilmiş Mal Olması Gereken Malvarlığı Değerlerinin Sözleşme İle Kişisel Mal Haline Getirilmesi” (TMK 221/1)

faaliyeti için gerekli olan malların devamlılığını güçleştirebilir. Bu durumdan sağ kalan eş ve mirasçılarının da etkileneceği de açıktır. Fakat TMK 221/1 hükmü ile, eşlere ve dolayısıyla mirasçılara mal rejimi tasfiyesinden en az etkilenebilmesine imkan tanınmış olup, işletmenin de devamlılığını sağladığı söylenebilir.

A. MK Düzenlemesi ile Mehaz Kanun Arasındaki Kavram Farklılıkları
TMK 221/1 her ne kadar ilk bakışta, bir mesleğin icrası veya işletmenin faaliyeti sebebiyle, gerek buna öngülen malvarlığı değerlerinin gerekse buna bağlı çalışma karşılığı elde edilen gelirlerin kişisel malvarlığı olarak kararlaştırılabileceği gibi anlaşılıyor olsa da⁴²; hükmün mehazından farklı bir anlam çikmaktadır. Hükmün mehazını oluşturan ZGB. Art. 199/1’e göre, “Eşler, bir mesleğin icrasına veya bir işletmenin faaliyetine öngülenmiş, edinilmiş mal niteliğindeki malvarlığı değerlerinin, kişisel mal olacağını mal rejimi sözleşmesi ile kararlaştırabilirler.”⁴³.

TMK 221/1’in lafzından yola çıkarak mesleğin veya işletmenin faaliyeti sonucunda doğan malvarlıklarının, bir diğer ifade ile gelir ve ürünlerin sözleşme ile kişisel mal haline getirilebilmesinin mümkün gözükmektedir. Örneğin, çanta imalatçısının ürettiği çantalar, araba üreticisi firmanın oluşturduğu arabalar, çiftçinin ürettiği ürünler, diğ hekiminin kazancı gibi değerler kişisel mal sayılacaktır. Ancak hükmün mehazdan farklı olarak yorumlanması, meslek ve işletme sahibi eşlerin gelirlerinin kişisel mal haline getirilmesi mal rejimi sözleşmesi ile mümkün kılınmış olur ki; böyle bir durum da yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejiminin mal ayrılığı rejimine dönüşmesine yol açar. TMK’nın öngördüğü mal rejimlerinde tipe bağıllık ilkesi çerçevesinde böyle bir yorum kabul edilemeyeceğinden; doktrinde⁴⁴ ifade edildiği üzere kanaatimizce de hükmün mehaz kanunda belirtildiği şekilde yorumlanması, hatta düzeltilmesi gerekmektedir.

⁴² Bu yönde; **Kılıçoğlu**, Edinilmiş Mallar, s. 49; **Sarı**, s. 183; **Acar**, s. 212; Şıpka, s. 119; **Acabey**, Mal grupları, s. 525; **Gençcan**, Ömer Uğur: Mal Rejimleri Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007, s. 560-561.

⁴³ **Sarı**, s. 183.

⁴⁴ Bu yönde: **Gümüş**, s. 271; **Kılıçoğlu**, Edinilmiş Mallar, s. 49; **Zeytin**, s. 126-127; **Acar**, s. 212; Şıpka, s. 121; **Akbulut**, s. 97; **Acabey**, Sertifika, s. 26; **Gençcan**, s. 560-561; **Uzun**, Neşe: Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Diğer Mal Rejimleriyle Karşılaştırılması, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2009, s. 53; **Yazgan**, Selda: Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Mal Paylaşımı, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2014, s. 46.

Ayrıca belirtmek gerekir ki edinilmiş mal olan kişisel malların gelirlerinin de mal rejimi sözleşmesi ile kişisel mal olarak kabul edilmesine TMK 221/2 hükmü ile izin vermiştir. Dolayısıyla bir mesleğin icrası veya işletme faaliyeti nedeniyle doğan malvarlığı değerlerinin TMK 221/2 hükmü çerçevesinde kişisel mal haline getirilmesi mümkün olduğundan TMK 221/1'e gitmeye gerek dahi yoktur.

B. Baştan İtibaren Kişisel Mal Olan Bu Tür Kazanımlar

Yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejiminin başlangıcı 1 Ocak 2002 tarihinden önceki evlilikler için bu tarih, sonraki evlilikler için ise evlenme tarihidir. Fakat kanun koyucu 1 Ocak 2002 olan TMK'nın yürürlük tarihinden önceki evlilikler için de kişilere mal rejimi sözleşmesi düzenleyebilmeleri için süre öngörmüştür⁴⁵. Mal rejimi aralığının tespiti konumuz bakımından, eşlere ait olan malvarlığının kişisel mal ya da edinilmiş mal olarak tespiti nedeniyle önem arz eder. Zira 1 Ocak 2002'den önceki tarihli malvarlığı değerleri eşler bu tarihten önce evlendilerse, bu tarihe kadar mal ayrılığı rejimine tabi olmaları nedeniyle, eşlerin kişisel malı olarak kabul edilecektir⁴⁶. Ancak 1 Ocak 2002 tarihinden sonra ise, başka bir mal rejimi türü seçmedilerse, bu tarihten itibaren elde edilen malvarlığı değerleri ise edinilmiş mal olarak kabul edilecektir.

Mal rejiminin başlangıcında eşlerden birine ait bulunan veya bir eşin sonradan miras ya da herhangi bir şekilde karşılıksız kazanma yoluyla⁴⁷ edindiği malvarlığı değerleri kanun gereği kişisel mallardandır (TMK 220/2).

⁴⁵ “Türk Medeni Kanununun yürürlüğe girdiği tarihten önce evlenmiş olan eşler arasında bu tarihe kadar tabi oldukları mal rejimi devam eder. Eşler kanunun yürürlüğe girdiği tarihten başlayarak bir yıl içerisinde başka bir mal rejimi seçmedikleri takdirde bu tarihten geçerli olmak üzere yasal mal rejimi seçilmiş sayılır. (4722 SK. md. 10/1) Eşler arasında edinilmiş mallara katılma rejiminin uygulanması asıldır. (MK. md. 202)” [Y. 2. HD. T. 7.3.2005, E. 2005/252, K. 2005/3306 (Kazancı.com ET. 30.11.2015)].

⁴⁶ “Tarafların 27.11.1993 tarihinde evlendikleri, aralarında bu tarihten 01.01.2002 tarihine kadar “mal ayrılığı rejiminin” (TK md.170), bu tarihten, boşanma davasının açıldığı 04.07.2011 tarihine kadar ise “edinilmiş mallara katılma” rejiminin (4721s.TMK.m.202) geçerli olduğu tartışmasızdır. Araç, eşler arasında mal ayrılığının geçerli olduğu dönemde edinilmiş ise, bu rejimde mal kime ait ise onundur. Şayet diğer eş, bu aracın edinilmesine maddi bir katkı sağlamış ise, ispatlaması şartıyla, katkısı karşılığı bir alacak talep edebilir. Araç edinilmiş mallara katılma rejiminin geçerli olduğu dönemde edinilmiş ise, bir eşin bütün malları, aksi ispat edilinceye kadar edinilmiş mal kabul edilir (TMK.md.222/3)” [Y. 2. HD. T. 11.3.2015, E. 2015/3260, K. 2015/4166 (Kazancı.com ET. 26.11.2015)].

⁴⁷ “Davacı kadının dava dilekçesindeki edinilmiş mallara yönelik istemi katılma alacağına ilişkindir. Davalı kocaya ait buluna ev karşılıksız kazanma yolu ile elde edilen malvarlığı değeri olmakla kişisel maldır. Davalı koca adına kayıtlı bulunan ev, şirket hissesi ve otomobilin çalışmasının karşılığı bulunan edinim olmakla edinilmiş mal sayıldığından artık değer hesaplamasında aktif içerisinde yer alan bir unsurdur “ [Y. 2. HD. T. 28.3.2007, E. 2006/17694, K. 2007/5110 (kazancı.com ET. 26.11.2015)].

Eşlerden birinin evlenmeden önce herhangi bir şekilde (çalışarak, miras, bağışlama vs.) edindikleri her türlü malvarlıkları kanun gereği kişisel mal olarak kabul edilmiş bulunduğundan, eşlerin bir mesleğin icrası ya da işletme faaliyetine özgülenmiş evlilikten önce doğan malvarlıklarının da TMK 220/2 hükmü gereği kişisel mal kabul olduğunun kabulü gerekir. Dolayısıyla eşlerin işletme faaliyeti veya mesleğin icrasına özgüledikleri bu malvarlığı değerlerinin kişisel mal haline dönüştürülmesi için ayrıca mal rejimi sözleşmesi yapmasına ihtiyaç bulunmamaktadır. Zira TMK 221/1’de eşlerin işletme faaliyeti ve mesleğin icrasına özgülenmiş olan edinilmiş mallarından söz edilmektedir.

Özellikle “evlenmeden önce sahip olunan kişisel malvarlığı değerleri”nin neler olduğunun saptanması konumuz açısından önemlidir⁴⁸. Bu hususta mal rejiminin tasfiyesi aşamasında, kişisel malvarlıklarının mülkiyetinin bir diğer ifade ile kaynağının evlilik tarihinden ya da yasal mal rejiminden önceye dayandığının⁴⁹, iddia eden eş tarafından ispat edilmesi gerekmektedir (TMK222/1). Mülkiyetin veya kaynağın eşler tarafından ispatlanamaması hususuna önlem olarak ise kanun koyucu tarafından “edinilmiş mal karinesi” getirilmiş olup; bir eşin bütün mallarının aksi ispat oluncaya kadar edinilmiş mal olduğu kabul edilmiştir (TMK 222/3)⁵⁰.

⁴⁸ “Somut olayda; taşınmaz ve araç, taraflar arasında mal ayrılığı rejiminin geçerli olduğu dönemde edinilmiştir. Bu mallar, yeni rejime (edinilmiş mallara katılma) kocanın «kişisel malı» olarak girmiştir. Edinilmiş mal değildir. Çalışmayan, herhangi bir geliri ve kazancı bulunmayan davacı kadının bu malların edinilmesine herhangi bir katkısı kanıtlanamamıştır. Bu nedenle, davacı katkı payı karşılığı veya değer artış payı nedeniyle davalıdan alacak talebinde bulunamaz. Taraflar arasındaki 1.1.2002 tarihinden itibaren başlamış olan edinilmiş mallara katılma rejimi, boşanma davasının açıldığı 18.4.2003 tarihinde sona ermiştir. Kocanın kişisel mallarının, yeni rejim döneminde geliri varsa (kişisel malların geliri edinilmiş maldır) kadın ancak, bu edinilmiş mal üzerindeki varsa «katılma alacağını» isteyebilecektir” [Y. HGK. T. 18.6.2008, E. 2008/2-432, K. 2008/444 (kazancı.com ET. 26.11.2015)].

⁴⁹ Davalı adına kayıtlı olan ticarethane, taraflar arasında mal ayrılığının geçerli olduğu dönemde alınmış olup, bu ticari işletme edinilmiş mallara katılma rejiminde davalının kişisel malıdır. Bu işletmenin 1.1.2002’den sonraki geliri ise edinilmiş maldır. (TMK.219/3) Boşanma davası 7.6.2004 tarihinde açılmış olup, boşanma ile sonuçlanmıştır. O halde, 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun yürürlüğe girdiği 1.1.2002 tarihinden edinilmiş mallara katılma rejiminin sona erdiği 7.6.2004 tarihleri arasındaki davalıya ait ticarethanenin gelirinin gerektiğinde bu konuda bilirkişi incelemesi yaptırılmak suretiyle tesbiti ve taraflar arasında Türk Medeni Kanununun 221. maddesi gereğince yapılmış olan bir sözleşme olup olmadığı da araştırılıp sonucu uyarınca bir karar vermek gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır” [Y. 2. HD. T. 9.6.2008, E. 2007/10436, K. 2008/8191 (kazancı.com ET. 26.11.2015)].

⁵⁰ “TMK’nın 219. maddesi 1. fıkrası hükmüne göre her eşin bu mal rejiminin devamı süresince karşılığını vererek elde ettiği malvarlığı değerleri edinilmiş maldır. TMK’nın 222/1. maddesine göre belirli bir malın eşlerden birine ait olduğunu iddia eden kimse, iddiasını ispatla yükümlüdür. Somut olayda; dava konusu taşınmazın davalının kişisel malı olduğu kanıtlanamamıştır. Her ne kadar; davalı önceki evliliğinin boşanmayla sonuçlanması üzerine aldığı tazminat ve evlenmeden önce çalışması karşılığı birikimi ve yakın akrabalarının katkısı ile taşınmazın satın alındığını ileri sürmüşse de, dosya kapsamı ile bu yön somut delillerle ispatlanamamıştır. TMK’nın 222. maddesi son fıkrası hükmüne göre bir eşin bütün malları aksi ispat edilinceye kadar edinilmiş mal kabul edilir. Buna göre, dava konusu taşınmazın sürüm değerinin verilecek karar tarihine yakın

C. Esasen Edinilmiş Mal Olan Bu Tür Kazanımlar

TMK 221/1 hükmü aslında kanunen kişisel mal sayılmayan yani TMK 220 hükmünün dışında kalan bir mesleğin icrası veya işletme faaliyetine özgülenmiş edinilmiş malların mal rejimi sözleşmesiyle kişisel mal haline dönüştürülebilmesine ilişkin olarak düzenlenmiştir. Edinilmiş mal sayılmanın ön koşullarından birisi kazanılan malın mal rejiminin başlangıcından sonra (genel olarak evlilik tarihinden sonra) olması gerekliliğidir.

Bir mesleğin icrasını veya işletmenin faaliyetini sağlayacak malvarlığı değerlerinin, bedelleri edinilmiş mallardan karşılanarak edinilmesi halinde; edinilmiş malın yerine geçen değer söz konusu olacak ve bu malvarlığı değerleri de edinilmiş mal niteliği taşıyacaktır. Ancak TMK 221/1 hükmü ile birlikte eşlerin mal rejimi sözleşmesiyle, belirtilen malvarlığı değerleri yönünden edinilmiş mal malın yerine geçen değerlerin edinilmiş mal olacağı kuralını getiren TMK 219/II-5'in uygulanmasının engellenmesi mümkün olacak ve bu hükme bir istisna getirilmiş olacaktır⁵¹.

TMK 221/1, kişisel malların korunması ve iyileştirilmesine ilişkin olarak edinilmiş mallardan katkıda bulunulması halinde, edinilmiş mallar lehine denkleştirme yapılmasını öngören TMK 230 hükmüne de istisna teşkil etmektedir⁵².

1. Bir Mesleğin İcrası İçin Gerekli olan Veya İşletme Faaliyeti İçin Belirlenmiş Olan Malların Kavramsal İçeriği

TMK 221/1 in metninde belirtilen “bir mesleğin icrası veya işletmenin faaliyeti sebebiyle doğan edinilmiş mallara dahil olması gereken malvarlığı değerleri” ifadesinden, “mesleğin icrası için gerekli olan” ve “işletmenin faaliyeti için belirlenmiş olan” malların kastedildiğini yukarıda değinmiştik. Mesleğin icrası ve işletme faaliyetinin içerik olarak geniş anlaşılması gerekmektedir⁵³. Keza bir mesleğin veya işletme faaliyetinden hareket

bir tarihte (TMK m. 235/1) belirlenerek hesaplanacak artık değerın yarısı karşılığı bedelin katılma alacağı olarak belirlenmesi ve taleple bağlı kalınarak hüküm kurulması gerekirken, hatalı niteleme ve değerlendirme sonucu yazılı şekilde karar verilmiş bulunması doğru değildir” [Y. 8. HD. T. 8.7.2010, E. 2010/1097, K. 2010/3788 (kazancı.com ET. 26.11.2015)]; Y. 8. HD. T. 10.5.2012, E. 2012/2920, K. 2012/4048 (Kazancı.com ET. 26.11.2015).

⁵¹ Sarı, s. 186.

⁵² Sarı, s. 186.

⁵³ Doktrinde bu başlık altında kişisel mal sayılacak olan malvarlığının arasına, zorunlu yatırım gereği elde edilecek olan malvarlığının da dahil olması gerektiği, böylelikle genişletilmiş bir yorum yapılmasının gerekliliğinin vurgulandığı yönünde bkz. Dural/Öğüz/Gümüş, s. 338; Acar, s. 216. Benzer şekilde Gümüş ve Acar'a

“Bir Mesleğin İcrası veya İşletmenin Faaliyeti Sebebiyle Doğan Edinilmiş Mal Olması Gereken Malvarlığı Değerlerinin Sözleşme İle Kişisel Mal Haline Getirilmesi” (TMK 221/1)

eden kanun koyucu, meslek veya işletme faaliyetinin türü, içeriği, konusu veya benzeri hususlar açısından ortaya çıkması muhtemel farklılıklara önem vermemiş olduğundan; herhangi bir mesleğin icrası veya işletme faaliyetinin yürütülmesi hükmün uygulanabilmesi için gerekli ve yeterlidir⁵⁴. Örneğin, tarımsal faaliyetlerin de bu kapsamda ele alınması gereken bir konu olduğunu söylemek mümkündür⁵⁵.

İcra edilen mesleğin ve işletmenin türüne göre, belirlenerek kişisel mal haline dönüştürülebilecek malvarlığı değerleri farklılık gösterebilmektedir. Bu bağlamda, söz konusu değerlerin genellikle eşya olduğu söylenebilir. Ancak, belirli şartlar ve bir meslek veya işletme faaliyetine özgülenmiş olma şartıyla paranın ya da hisse senetlerinin dahi hüküm kapsamına alınabilmesi mümkündür.

Bir malvarlığı değerinin mesleğin icrası veya işletme faaliyeti için gerekli olup olmadığının tespitinin önemi TMK 237/2'nin eşlerin artık değere katılmada mal rejimi sözleşmesiyle başka bir esas kabul ettikleri hallerde bu anlaşmaların, eşlerin ortak olmayan çocuklarının ve onların altsoylarının saklı paylarını zedelemeyeceğini öngören hükümde karşımıza çıkmaktadır. Zira TMK 221'de kişisel mal haline getirilebilen malvarlığı değerlerinin TMK 237/II sınırlamasına dahil olup olmadığının tespiti gerekmektedir. İsviçre hukukundaki hakim görüşüne göre, eşlerin TMK 221 uyarınca yapacakları anlaşmalar kural olarak TMK 237/II sınırlamasına tabi olmadan geçerli olmasına rağmen, hakkında kötüye kullanılmasını da içermemesi gerekmektedir⁵⁶. Bu bağlamda kanaatimizce de TMK 221'de öngörülen bir malvarlığı değerinin edinilmiş maldan çıkartılarak kişisel mal haline dönüştürülmesinde, salt saklı pay mirasçılara zarar verme asli amacını taşıyorsa, yapılan sözleşme dürüstlük kuralına aykırılık oluşturarak, hüküm ve sonuç doğurmaması gerekmektedir⁵⁷. Nitekim kişisel malların kapsamının belirlenmesine ilişkin düzenlemenin her iki eş

göre, mesleki faaliyetin görülmesinin birtakım mesleki yatırımları da gerekli kılacağı, bu sebeple eşlerin salt doğrudan mesleki faaliyetleri için tahsis ettikleri edinilmiş malların değil, aynı zamanda mesleki faaliyetin görülmesi için yapılması zorunlu olan yatırımlara bağlı sahip olunan edinilmiş mal niteliğindeki malvarlığı değerleri ve mesleki araçların da TMK 221/1 kapsamına girdiği görüşündedir. (Gümüş, s. 272, Acar, s. 213).

⁵⁴ Sarı, s. 184.

⁵⁵ Zeytin, s. 129.

⁵⁶ Gümüş, s. 271.

⁵⁷ Bu yönde; Gümüş, s.272. Zeytin TMK 237/2'nin, TMK 221 çerçevesinde yapılan anlaşmalara uygulanmayacağı görüşündedir (Zeytin, s. 128). Sarı ise, benzer şekilde, TMK 237/2'nin TMK 221 ile yapılan anlaşmalara uygulanmaması gerektiği ve bu anlaşmalara açısından mirasçıların korunmasının genel hükümler ile saklı tutulması gerektiğini belirtmiştir (Sarı, s. 182).

lehine de yapılması şart değildir⁵⁸. Sonuç olarak bir malvarlığı değerinin, bu iki kavramdan hangisine gireceğine, mal sahibi eşin ispat etmesi gerekmektedir. Zira bu sonuç eşe ait malın edinilmiş mal olduğuna ilişkin karinenin bir sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır.

a. Mesleğin İcrası Ne Anlama Gelir?

TMK 221/1’de “bir mesleğin icrası”ndan bahsedilmiş, ancak bu mesleğin türü veya bağımlı ya da bağımsız olması hususunda herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

Bu durumun bir sonucu olarak, serbest meslekler de TMK 221/1 kapsamında yer alır⁵⁹. Fakat eşin kendi malvarlığını yönetiyor olmasının, ayrı bir meslek olarak algılanıp bu hükme dahil olup olmadığı sorunu oluşur. Eğer eş asıl mesleğin yanında basit olarak bu işi de yürütüyor ise, TMK 221/1 kapsamına sokulmaması gerekir⁶⁰. Her ne kadar asıl meslek ile yan meslek ayrımının tespiti güç gibi gözükse de hükmün uygulanabilirliği açısından bu ayrım önemlidir.

Meslek ya da işletmenin bağımlı ya da bağımsız yürütülmesinin de bir önemi bulunmamaktadır⁶¹. Zira bağımlı olan bazı mesleklerde de, mesleği icra edenlerin kendi araç gereçlerine sahip olması gerekmektedir. Örneğin, bir işletmede hizmet akdiyle çalışan bir piyanistin, kendine ait piyanosunun olması söz konusu olabilir⁶². Dolayısıyla bu tür serbest meslek sahibi olmayan çalışanların da mesleklerinin icrası için sahip oldukları malvarlığı değerlerini, mal rejimi sözleşmesiyle kişisel mal haline dönüştürebilmeleri mümkündür. Fakat burada dikkat edilmesi gereken bir husus da, bir eşin şahsi kullanımına bırakılan eşyalar TMK 220/1 gereği zaten kişisel mal olduğuna ilişkin düzenlemedir.

b. İşletme Faaliyeti Ne Anlama Gelir?

TMK 222/1’in metninde “işletme faaliyeti sebebiyle doğan” kavramına yer verilmiş olup, bu hüküm ile kast edilenin “işletmenin faaliyeti için belirlenmiş malvarlığı değerleri” olarak anlaşılması gerekmektedir.

⁵⁸ Zeytin, s. 182.

⁵⁹ İsviçre hukukunda meslek icrası ile kural olarak serbest meslek olan avukatlık, hekimlik gibi mesleklerin kastedildiği konusunda görüş birliğinin bulunduğuna yönelik olarak bkz. Zeytin, s.129.

⁶⁰ Acar, s. 215-216.

⁶¹ Gümüüş, s. 272; Sarı, s. 185; Acar, s. 215.

⁶² Bu konuda diğer örnekler için bkz. Gümüüş, s. 272; Acar, s. 215.

Örneğin, bir fabrikanın “işletilmesine hizmet eden” maddi (araç-gereç, makine, taşınmaz, taşıt vs.) ve gayri maddi (işletme adı, marka, ticaret unvanı, patent vs.) malvarlığı değerlerinin kişisel mal olarak sayılması mümkündür⁶³. Ancak bir işletmenin işletilmesine “dolaylı” olarak katkı sağlayan, bir diğer ifade ile olmasa da işletmenin faaliyetinin sürdürülebilmesi mümkün olan eşyalar ise, bu kapsamda yer almaz⁶⁴. Örneğin bir restoran işletmesi için, restoranda yer alan fırın, buzdolabı gibi makineler bu yerin “işletilmesine hizmet eden” malvarlığı değerleri olarak sayılarak hüküm kapsamında değerlendirilebilecek iken; müşteriler için konan LCD TV’ler, restorana “dolaylı” olarak katkı sağlayan malvarlığı değerlerinden sayılarak hüküm kapsamında değerlendirilemez.

İşletmenin türünün TMK 221/1 kapsamı için önemi bulunmasa da işletmenin içindeki malvarlığı değerlerinin kapsamının belirlenmesi bakımından, işletme için kanaatimizce “vazgeçilemez” nitelikte olmasının; yani işletmeye dolaylı ya da doğrudan katkı sağlayıp sağlamadığının; bir diğer ifade ile kişisel mal haline dönüştürülebilmesinin mümkün olup olmadığının tespiti açısından önemi bulunmaktadır. Söz gelimi, işletme faaliyeti için gerekli olan malvarlığı değerlerinin tespiti somut olaya göre değişmekte ve her uyumsuzlukta ayrıca çözülmesi gereken bir olgudur.

Kural olarak paranın TMK 221/1 kapsamında kişisel mal sayılması mümkün gibi gözükmesine de⁶⁵; bir mesleğin icrası veya işletme faaliyeti için gerekli malvarlığının para olması da mümkündür. Özellikle belirli ve asgari bir sermaye limitiyle kurulabilen sermaye şirketleri, para alışverişi ile uğraşan banka ve finans kurumları, finansal kiralama şirketleri, döviz alış-verişi yapan işletmeler için, bu malvarlığı değerlerinin de kişisel mal haline dönüştürülebilmesine izin verilmelidir⁶⁶. Örneğin, bir döviz bürosu bakımından konuyu değerlendirecek olursak, bu büro için işletme faaliyeti için gerekli malvarlığı değerinin para olduğu ve TMK 221/1 kapsamında olduğu açıktır.

⁶³ Acar, s. 212.

⁶⁴ Acar, s. 212. Acabey’e göre, de mesleki faaliyetin veya işletmenin sürdürülebilmesi için, faaliyetine devam edebilmesi için zorunlu olan eşyaların hüküm kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir (Acabey, Sertifika, s. 27).

⁶⁵ Acar, s. 213.

⁶⁶ Acar, s. 213.

İşletme faaliyetinin bir ticaret şirket çatısı altında yürütüldüğü durumlarda veya mesleğin bir ticari şirket vasıtasıyla yürütüldüğü durumlarda, şirket hisseleri de işletme faaliyetine özgülenmiş malvarlığı değerleri veya mesleğin icrasını sağlayan malvarlığı değerleri olarak karşımıza çıkabilir. Dolayısıyla salt hisse sahipliği bir mesleğin icrası veya işletme faaliyeti olarak kabul edilemeyerek TMK 221/1 kapsamında yer almasa da⁶⁷; hisse senetlerinin dahi bu kapsamda yer alabildiği durumlar mevcuttur. Hisse senetlerinin kişisel mal haline dönüştürülebilmesine izin verilebilmesi açısından, doktrinde farklı görüşler mevcuttur. Bir görüşe göre⁶⁸, pay sahibi eşin şirket yönetimi ve denetiminde görev alması gerekmektedir. Bir diğer görüşe göre⁶⁹ ise, örneğin anonim şirkette hisse sahibi olunması, bu hisseler nedeniyle yönetimde bulunulsa dahi, bir mesleğin icrası veya işletme faaliyetine hizmet etmemeleri ve yatırım amacı gütmeleri nedeniyle TMK 221/1 kapsamında değerlendirilemez. Kanaatimizce hisse senetlerinin sırf yatırım amacı gütmemesi koşulu ile hüküm kapsamında değerlendirilmesi mümkündür.

Üzerinde durulması gereken bir diğer konu da halihazırda edinilmiş mal sayılan işletmenin kendisinin sözleşme ile kişisel mal haline getirilip getirelemeyeceği hususudur. Zira TMK 221/1’de “işletmenin faaliyeti sebebiyle doğan edinilmiş mallar” denmiş ve kast edilenin işletme faaliyeti için belirlenmiş olan mallar” olduğunu belirtmiştik. Bu durumda işletmenin faaliyeti için belirlenmiş olan mallar TMK 221/1’in uygulama alanına girse de; işletmenin kendisinin kişisel mal haline getirilmesi mümkün gözükmemektedir⁷⁰.

2. Zaman Bakımından Mesleğin İcrası Ve İşletme Faaliyeti ile İlgili Olanlar

TMK 221/1’in uygulanabilirliği açısından hükümde belirtilen malvarlığı değerlerinin, mal rejimi sözleşmesinde nasıl belirtildiğinin ve mevcut ya da ileride oluşabilecek bir malvarlığı olup olmadığının tespiti gerekmektedir.

⁶⁷ Sarı, s. 185; Acar, s. 213.

⁶⁸ Sarı, s. 184; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 338; Acar, s. 213. Acar ve Dural/Öğüz/Gümüş’e göre, şirket hisselerinin çoğunluğuna sahip olan eşin bu görevi yürütmesine gerek yoktur.

⁶⁹ Zeytin, s. 129.

⁷⁰ Acar, s. 215.

a. Halihazırda Mevcut Olanlar

Eşlerin mal rejimi tasfiyesi aşamasında gerek ispat yük bakımından gerekse kişisel malların tayininde TMK 221/1’in uygulanabilirliği açısından, taraflar arasında yapılan mal rejimi sözleşmesinde, eşlerin hangi mallarını kişisel mal sayılacağını belirtmeleri gerekmektedir. Örneğin mal rejimi sözleşmesinde “Halkalı ilçesindeki restoran işletmesindeki buzdolabı ile fırın erkek eşin kişisel malı olarak nitelendirilecektir” gibi bir hükme yer verilmesi mümkündür. Böylelikle mal rejimi sona erdiği takdirde söz konusu mallar halen mevcut ise erkek eşin kişisel malı olarak değerlendirilebilecektir. Fakat sözleşmede belirli bir makinenin ya da malvarlığının belirtilmesine rağmen, sözleşmenin yorumu çerçevesinde işletmenin ayakta kalabilmesi için gerekli olan makineyi kast ettikleri çıkarılabiliyorsa, başkaca makinelerin de kişisel mal olarak kabulü mümkündür⁷¹.

Sözleşmede bir eşin, “giysi üretimi için kullandığım makineler” gibi genel bir ifadesi de TMK 221/1 bağlamında yeterli görülmelidir. Ancak bu durumda boşanma veya ölüm gibi mal rejimi tasfiyesini gerektirecek olguların meydana gelmesi halinde o gün itibarıyla, bahsedilen meslek veya işletme faaliyeti için neler gerektiğinin bir uzman tarafından tespiti gerekir⁷².

Meslek ve işletmeye ilişkin malvarlığı değerlerinin sözleşme ile kişisel mala dönüştürülebilmesi için meslek ve işletmenin fiilen yürütülüyor olması gerekmektedir⁷³. Eğer planı yapılmasına rağmen fiili aşamaya geçememiş işletme ve meslekler söz konusu ise, TMK 221/1’in uygulama alanı bulması mümkün değildir⁷⁴.

Benzer şekilde, meslek veya işletmenin fiilen yürütülmüş olmasına rağmen mal rejimi sona erdiğinde, eş artık meslek veya işletme faaliyetini bırakmış ya da bu malvarlığı değerleri, meslek veya işletme için gerekliliğini yitirmişse, TMK 221/1’e uygun şekilde yapılmış bir sözleşmeye rağmen söz konusu malvarlığı değerlerinin kişisel mal olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceği konusunda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır.

⁷¹ Acar, s.214.

⁷² Acar, s. 214.

⁷³ Sarı, s. 186; Acar, s. 216.

⁷⁴ Acar, s. 216.

Bir görüşe göre⁷⁵, bahsedilen malvarlığı değerlerinin kişisel mal olarak kalması gerekmekte iken; katıldığımız diğer görüşe göre⁷⁶ ise, bu durumda söz konusu malvarlığı değerlerinin kişisel mal olarak sayılması mümkün olmayıp, edinilmiş mal sayılması gerektiğinin kabulü gerekir.

Eşlerin mesleğin bırakılmasına rağmen meslek icrası için gerekli malvarlığının yine kişisel mal kalacağına yönelik yaptığı anlaşmalar olsa dahi, bu değerlerin kişisel mal sayılmayarak edinilmiş mal sayılması, malların nitelinin değişmezliği kuralı yani, malvarlığı nitelendirmelerinin yasanın izin verdiği ölçüde mümkün olması kuralı gereğidir⁷⁷.

Mal rejimi sözleşmesi sırasında mevcut olmasına rağmen işletmenin bir başkasına devri halinde de, elde edilen bedelin kişisel mal yerine edinilmiş mal sayılması gerekir⁷⁸. Fakat bu durum işletmenin miras yoluyla intikali halinde mal rejiminin ölüm ile sona ermiş olması sebebiyle mümkün değildir.

b. İleriye Dönük Kazanılacak Olanlar

Eşlerin ileride işletmeye dahil olacak malvarlıkları değerlerini de TMK 221/1 hükmüne dahil edip edemeyeceği de konumuza ilişkin bir başka sorundur. Zira zaman geçtikçe teknoloji gelişmekte ve üretim araçları yenilenecek, işletmenin yeni yatırımlara ihtiyacı doğmaktadır. Örneğin, “Halkalı ilçesindeki giysi fabrikasındaki giysi üretiminde yer alan makineler ve gelecekte teknolojik gelişmelere bağlı olarak işletmenin faaliyeti için eklenecek unsurlar” gibi bir ifadenin TMK 221/1 hükmü ile kişisel mal haline getirilebilmesi mümkün müdür? Bu konuda yatırım zorunluluğunun bulunduğu durumlarda, bu kapsamda elde edilen malvarlığı değerlerinin de

⁷⁵ Sarı ise, söz konusu mesleğin icrasına veya işletme faaliyetine son verilmesi, bunlara özgülenen malvarlığı değerlerinin kişisel mal olma niteliğini ortadan kaldırmayacağı görüşündedir (Sarı, s. 186-187). Benzer şekilde Sarı, mesleğin icrasına veya işletmenin faaliyetine devam edilmesine rağmen, bu çerçevede kişisel mal olması kararlaştırılan malvarlığı değerlerinin kişisel mal olarak kalmaya devam edeceği görüşündedir (Sarı, s. 187). Zeytin ise bu konuda ikili bir ayrım yaparak, TMK 221'in amacı, mal rejiminin ölüm veya boşanma ile sona ermesi halinde bir bütün olarak devamını ve hak sahiplerine devrini kolaylaştırmak olup, işletmenin miras payına mahsuben altsoy mirasçılarında birine sözleşme ile önalım hakkı tanınarak işletmenin yönetiminin devredildiği hallerde, işletme faaliyeti eş açısından sona ermekle birlikte kişisel mal olmaya devam etmesinin yerinde olduğu görüşündedir. Ancak altsoy mirasçının veya bir üçüncü kişinin işletme bedelini ödeyerek satın alması halinde TMK 221'in korumak istediği amaç kalmadığından, işletme faaliyetinin sona ermesi ile o faaliyete özgülenen malların tekrar edinilmiş mal grubuna dahil olması gerekmektedir. (Zeytin, s. 131).

⁷⁶ Acar, s. 216.

⁷⁷ Acar, s. 216.

⁷⁸ Acar, s. 216.

kişisel mal haline getirilebilmesi mümkün görülmelidir⁷⁹. Ancak eklemek gerekir ki, ileriye yönelik olarak yapılacak bu sözleşmelerle ilgili olarak şüphe halinde sözleşmenin yorumunda veya bir malvarlığı değerinin işletme faaliyeti için belirlenmiş olup olmadığında edinilmiş mallar lehine yorum yapmak gerekir⁸⁰.

SONUÇ

TMK 221/1 ile eşler arasında yapılacak mal rejimi sözleşmesi sayesinde, TMK 220’de sınırlı olarak sayılan kişisel malvarlığı değerlerinin genişletilmesi mümkün kılınmıştır. Bu çerçevede eşlere, bir mesleğin icrası için gerekli veya işletmenin faaliyeti için belirlenmiş edinilmiş malvarlığı değerlerinin kişisel malvarlığı haline getirilmesine izin verilmiştir.

Mehaz ile TMK 221/1. Maddesindeki kavram farklılıkları hükmün yanlış anlaşılmasına yol açmış, doktrinde de eleştirilmiştir. Zira TMK’ da geçerli olan haliyle bir mesleğin icrası ve işletme faaliyeti nedeniyle doğan edinilmiş malvarlığı değerlerinden bahsedilmekte olup, bu durumda ilgili madde hükmüne meslek ve işletme faaliyetinden doğan malvarlığı değerleri olan gelirin de girmesi mümkün gibi gözükmektedir. Ancak hükmün gerek getiriliş amacı olsun gerekse de hükmün maddede belirtildiği gibi anlaşılması sonucunda eşler arasındaki edinilmiş mal rejiminin mal ayrılığı rejimine dönüşmesi söz konusu olacaktır. Dolayısıyla konumuzda da belirttiğimiz üzere TMK 221/1 hükmünün değiştirilerek, Mehaz ile uygun bir şekilde düzeltilmesi, ileride de uygulamada doğabilecek uyuşmazlıklar açısından önem arz etmektedir.

KAYNAKÇA

- [1] **ACABEY, Mehmet Beşir**, Medeni Kanun Tasarısının Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimine İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi, Prof. Dr. Hayri Domaniç’e 80. Yaş Armağanı, C. 2, Beta Yayınevi, İstanbul, 2001, s. 777 d. (Ağabey, Tasarı).
- [2] **ACABEY, Mehmet Beşir**: Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Mal Grupları - İspat Kuralları Ve Eşlerin Paylı Mülkiyete Altındaki Mallara İlişkin Düzenlemeler, Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 9, Özel Sayı, 2007, s. 491-534 (Ağabey, Edinilmiş Mal).

⁷⁹ **Acabey**, Mal Grupları, s. 525; **Acar**, s. 213. Belirlenebilir olduğu ölçüde gelecekte elde edilecek malların kişisel malvarlığı haline dönüştürülebileceği yönünde bkz. **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 338; **Gümüş**, s. 273; **Zeytin**, s. 130; **Sarı**, s. 186.

⁸⁰ **Acar**, s. 213.

- [3] **ACABEY, Mehmet Beşir:** Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Mülkiyet Türleri, İspat Kuralları ile Karineler, Uygulamalı Aile Hukuku Sertifika Programı III. Dönem, 17-18 Kasım 2006, İstanbul Ticaret Üniversitesi Yayınları, s. 19-43, 2007 (Ağabey, Sertifika).
- [4] **ACAR, Faruk:** Aile Konutu Mal Rejimleri Ve Eşin Yasal Miras Payı, Seçkin Yayıncılık, 2012.
- [5] **AKBULUT, Pakize Ezgi:** Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Edinilmiş Mallar ile Kişisel Mallar Ayrımı, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2010.
- [6] **AKINTÜRK, Turgut:** Türk Medeni Hukuku II. Cilt, Aile Hukuku, 11. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2008.
- [7] **AKINTÜRK, Turgut/ ATEŞ, Derya:** Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku, İkinci Cilt, 18.Bası, Beta Yayınevi, 2016.
- [8] **AKYAVUZ, İbrahim Halil:** Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Edinilmiş Mal- Kişisel Mal Ayrımı, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 85, Sayı 6, 2011, s. 203-232.
- [9] **BAŞPINAR, Veysel:** Türk Medeni Kanunu ile Aile Hukukunda Yapılan Değişiklikler ve Bu Konuda Bazı Önerilerimiz, AÜHFD, C. 52, S. 3, 2003, s. 80-101.
- [10] **DEMİR, Pınar Özlem:** Yasal Mal Rejimi Çerçevesinde Eşlerin Aralarında Yapabilecekleri Sözleşmeler, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2005.
- [11] **DURAL, Mustafa Alper/OGUZ, Tufan /GÜMÜŞ, Alper:** Türk Özel Hukuku, C. III, Aile Hukuku, İstanbul, 2005.
- [12] **GENÇCAN, Ömer Uğur:** Mal Rejimleri Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007.
- [13] **GÜMÜŞ, Mustafa Alper:** Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal rejimleri (TMK 185-281), Vedat Yayıncılık, İstanbul, 2008.
- [14] **HATEMİ, Hüseyin:** Aile Hukuku I, İstanbul, 2005.
- [15] **KESKİN, Alper:** Türk Medeni Hukukunda Mal Rejimleri, İstanbul Barosu Dergisi, 2011/4, s. 122-130.
- [16] **KILIÇOĞLU, Ahmet:** Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, Ankara, 2002 (Kılıç oğlu, Edinilmiş Mallar).
- [17] **KILIÇOĞLU, Ahmet:** Medeni Kanunumuzun Aile, Miras, Eşya

- Hukukuna Getirdiği Yenilikler, Ankara, 2002 (Kılıç oğlu, Yenilikler).
- [18] **MOROĞLU, Nazan:** Medeni Kanun’da Mal Rejimleri, Beta Yayınları, 2002.
- [19] **SARI, Suat:** Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, Beşir Kitabevi, 2007.
- [20] **ŞIPKA, Şükran:** Türk Hukukunda Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulamaya İlişkin Sorunlar, 12 Levha Yayınları, İstanbul, 2011.
- [21] **UZUN, Neşe:** Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Diğer Mal Rejimleriyle Karşılaştırılması, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2009.
- [22] **YAZGAN, Selda:** Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Mal Paylaşımı, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2014.
- [23] **ZEYTİN, Zafer:** Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009.
- [24] **Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.**

Anayasa Mahkemesi'nin Türk Medeni Kanunu 181/II Hükümüne İlişkin Karar İncelemesi

Analysis of the Decision of the Constitutional Court Regarding Article 181/II of the Turkish Civil Code

*Hande DOĞAN**

I- OLAY

Manavgat 1. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin Aile Mahkemesi sıfatıyla gördüğü boşanma davasında, davayı davacı kadın açmış, ancak daha sonra müracaata bırakmış ve davasını takip etmemiştir. Ne var ki yargılama aşamasında bu defa davalı koca davayı takip ederek boşanma iradesini açıklamış, ancak davacıya yenileme talebinin tebligatı yapılamadığı için dava sürüncemede kalmış ve bu süreçte davalı koca vefat etmiştir.

Manavgat 1. Asliye Hukuk Mahkemesi, davalının yargılama sırasında boşanma iradesini açıkladığı kanaatindedir. Ancak davaya devam etme hakkının, davacı mirasçılara tanınmasına rağmen davalı mirasçılara tanınmamış olmasının adaletsiz olduğu sonucuna varmıştır. Özellikle zina, hayata kast, pek kötü davranış, haysiyetsiz yaşam sürme gibi kusura dayanan boşanma davalarında, davalı murisleri bakımından eşitsiz bir durum meydana gelebilir.

Yerel Mahkeme, somut olayda boşanmanın koşullarının oluştuğu kanaatine varmakla birlikte, davalı dava sonuçlanmadan öldüğü için davacının mirasçılığının adaletsiz olduğu düşüncesindedir. Mahkemeye göre, kusurlu olduğu anlaşılan davacıya, davalının ölümü ile miras geçmektedir. Ancak, davalı murislerinin davaya devam ederek diğer tarafın kusurlu olduğunu ispatlamaları mümkün değildir.

TMK m. 181/2 hükmü ile bu hükmün gerekçesinden, boşanma davasında sadece davacının ölümü halinde ve sadece davacının mirasçılara davayı takip hakkı tanındığı anlaşılmaktadır. Davalının ölümü halinde

* (Arş. Gör.), Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı.

davalının mirasçılarında bu hak tanınmamıştır. Manavgat 1. Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından bu durum, Anayasanın eşitlik ilkesini düzenleyen 10. maddesi ile hak arama hürriyetini düzenleyen 36.maddesine aykırı olarak görülmüştür. Yerel Mahkeme'ye göre; *“Davacının mirasçılarında tanınan bir hakkın davalının mirasçılarında tanınmamış olması eşitlik ilkesine aykırı olduğu gibi hak arama hürriyetinin de kısıtlanması hatta bütünüyle engellenmesi anlamına gelir. Nitekim kanun koyucu benzer nitelikte bir düzenleme olan Türk Medeni Kanunu 159. maddesinde bu hakkı her iki taraf mirasçılarında da tanımıştır. Butlan davasında tanınan bu hakkın boşanma davası için tanınmaması hak arama hürriyetinin kısıtlanması anlamına gelir.”*

II- İncelenen Hukuki Sorun

Manavgat 1. Asliye Hukuk Mahkemesi, TMK 181/2 maddesinde düzenlenen davaya devam hakkının, sadece davacı mirasçılarında tanınıp, davalının mirasçılarında davaya devam hakkı tanınmamış olmasının eşitlik ve hak arama hürriyetini ihlal ettiği gerekçesiyle, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 181. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan *“davacının”* ve *“davalının”* sözcüklerinin Anayasa'ya aykırı olduğu iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuştur. Anayasa Mahkemesi ise, inceleme sonucunda dava konusu hükmün Anayasa'nın 10. ve 36. maddelerine aykırı olduğuna karar vermiştir. 22.11.2001 günlü, 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun 181. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan *“davacının”*, *“davalının”* sözcüklerinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve iptaline karar verilmiştir¹.

III- İlgili Kanun Hükümleri

A- İtiraz Konusu Kanun Hükümü

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun itiraz konusu sözcükleri de içeren 181. maddesi şöyledir:

Madde 181- *“Boşanan eşler, bu sıfatla birbirlerinin yasal mirasçısı olamazlar ve boşanmadan önce yapılmış olan ölüme bağlı tasarruflarla kendilerine sağlanan hakları, aksi tasarruftan anlaşılmadıkça, kaybederler. Boşanma davası devam ederken, ölen **davacının** mirasçılarında birisinin davaya devam etmesi ve **davalının** kusurunun ispatlanması hâlinde de yukarıdaki fıkra hükmü uygulanır.”*

¹ Anayasa Mahkemesi, E. 2008/102, K. 2010/14, T. 21.1.2010.

B- Dayanılan Anayasa Hükümleri

Başvuru kararında Anayasa'nın 10. ve 36. maddelerine dayanılmıştır.

Madde 10 – *“Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.”*

Madde 36 – *“Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir”*

IV- İtiraz Gerekçesinin Değerlendirilmesi

Somut olayda, boşanma davasını kadın eş açmış, ancak daha sonra davayı takip etmeyerek müracaata bırakmıştır. Ardından, davalı koca davayı takip etmek istemiştir. Fakat davacı eşe yenileme tebligatı yapılamamıştır. Davanın sürüncemede kaldığı bu aşamada davalı koca vefat etmiştir. Manavgat 1. Asliye Hukuk Mahkemesi'ne göre, davalı yargılama sırasında boşanma iradesini açıklamıştır ve davacı kadın da nafaka istemediği için yargılama aşamasında boşanmanın koşulları da oluşmuştur.

Eski Medeni Kanun'a göre, boşanma davası devam ederken eşlerden birinin ölmesi halinde, diğer eşin ona hem kanuni mirasçı olması hem de ölüme bağlı tasarruflarla kendisine sağlanan hakları kazanması mümkündür. Ancak bu durum, özellikle kusura dayanan boşanma davalarında adalet duygusunu incitmesi bakımından birçok eleştiri almıştır². Eski Medeni Kanun'da boşanmanın eşlerin mirasçılık sıfatına etkisini düzenleyen m. 181/I hükmü, 4721 sayılı Kanun'da korunmuştur. Bu hükme ek olarak ikinci yeni bir fıkra düzenlenmiştir.

Geçerli olarak kurulan bir evlilik, mahkeme kararıyla ya da kendiliğinden sona erebilir³. Mahkeme kararıyla sona erme halleri; evliliğin butlanına karar verilmesi, eşlerden birinin gaipliğine karar verilmesi nedeniyle evliliğin feshi ve boşanmadır. Kendiliğinden sona erme ise; ölüm, ölüm karinesi ve cinsiyet değiştirmedir⁴. Medeni Kanun'a göre, kişilik ölüm ile

² Dural, Mustafa/ Öğüz, Tufan/ Gümüş, Alper, Türk Özel Hukuku, Cilt. III Aile Hukuku, İstanbul, 2011, s. 135 vd.

³ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 99 vd; Yıldırım, Abdülkerim, Türk Aile Hukuku, Ankara, 2014, s. 71 vd; Akıntürk, Turgut Medeni Hukuk, Ankara, 2008, s. 261 vd; Akıntürk, Turgut/Karaman, Derya Ateş, Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku, Ankara, 2010, s.277.

⁴ Eşlerden birinin cinsiyet değiştirmesi halinde ise, mevcut evliliğin ne olacağı düzenlenmemiştir. TMK. m. 40'a göre, evli kişilerin cinsiyet değiştirmesi mümkün değildir. Ancak, evli çiftten birinin her nasılsa cinsiyet değiştirmesi halinde evliliğin devam etmemesi gerekir. Cinsiyet değişikliği halinde, evliliğin kendiliğinden sona

sona erer. Bu nedenle, eşlerden birinin ölümü ile evlilik kendiliğinden son bulur. Boşanma davası devam ederken eş ölümüne kesin gözle bakılmayı gerektirecek bir durumda kaybolursa, TMK m. 44' e göre, o yerin en büyük mülki amiri kütüğe ölü kaydı düşebileceği gibi her ilgili bu kişinin ölü olduğunun tespiti için dava açabilir. Bu hal, ölüm karinesidir.

Gaiplik halinde ise, sadece gaiplik kararı evliliği sona erdirmez. Evliliğin sona ermesi için, gaibin eşinin TMK m. 131/ I uyarınca evliliğin feshini talep etmesi gerekir. Ancak, açılmış bir boşanma davasında eşlerden birinin gaip olması halinde, HMK m. 150 anlamında, eşlerden birinin usulüne uygun olarak davet edildiği halde duruşmaya gelmemesi söz konusu olur. Bu takdirde dosya işleminden kaldırılır. İşlemden kaldırılan bir dava, işleminden kaldırıldığı tarihten başlayarak üç ay içinde yenilenmez ise, sürenin dolduğu gün itibariyle açılmamış sayılır. Bunun yanı sıra diğer eş, davaya devam edilmesini isteyip, boşanma davasının reddini sağlayabilir. Dolayısıyla, eş evliliğin feshini istemez ise, gaip eşine mirasçı olmaya devam eder. Bu durumda da, gaipliğine karar verilen eşin mirasçıları, açılmış olan boşanma davasına devam edemezler⁵.

TMK m. 499'a göre, sağ kalan eş mirasbırakanın mirasçısıdır. Ölen eşin sağ kalan eşi lehine yaptığı ölüme bağlı tasarruflar da hüküm ifade eder. Ancak, evlilik birliği ölüme değil de boşanmayla sona ererse, eşler boşanma kararının kesinleşmesinden itibaren artık birbirlerine mirasçı olamazlar. Ayrıca, boşanma halinde eşlerin birbirleri lehine yapmış oldukları ölüme bağlı tasarruflar da, tasarruftan aksi anlaşılmadığı sürece, hüküm ifade etmez. Bununla birlikte, eşlerden birisi öldüğü zaman aralarında açılmış bir boşanma davası olabilir. Hükümün eski hali, boşanma davası devam ederken ölen savacı eşin mirasçılarına tanınan, davalının kusurunu ispat ederek davalının mirasçılığına engel olabilmeyi, boşanma davasının devamı sırasında ölen davalı eşin mirasçılarına tanımamıştır.

Boşanma davaları, şahıs varlığına ilişkin davalardır. Kural olarak, malvarlığına ilişkin davaların aksine boşanma davası devam ederken taraflardan biri ölürse, bu davaya, ölen tarafın mirasçıları tarafından veya

ereceği hakkında bkz. **Akıntürk**, s. 262.

⁵ **Topuz**, Gökçen, Boşanma Davası Sırasında Eşlerden Birinin Ölmesi Halinde Mirasçıların Davaya Devam Etmelerinin Usul Hukuku Bakımından Yol Açtığı Sorunlar, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl:3, Sayı:10, 2012, para. 77.

ölen tarafın mirasçılarında karşı devam edilemez⁶. TMK. m. 181/II bu kuralın istisnasını teşkil eder⁷. Hükmün, hem medeni hukuk bakımından hem de usul hukuku bakımından bu gibi birçok kurala istisna oluşturması doktrinde hükme karşı eleştirileri de beraberinde getirmiş ve Anayasa Mahkemesi'ne yapılan somut norm denetiminin konusu olmuştur⁸.

TMK 181/II'e göre, ölen davacının mirasçılarında herhangi birisinin davayı devam ettirmesi ve davalının kusurlu olduğunun sabit olması halinde, davalı eş birinci fıkra hükmünde olduğu gibi davacıya mirasçı olamaz. TMK. m. 181/II hükmü uyarınca sağ kalan eşin mirasçılık sıfatının ortadan kalkması için, derdest bir boşanma davası bulunması, dava sırasında eşlerden birinin ölmüş olması, diğer eşin mirasçılarında birinin davaya devam etmesi ve diğer eşin kusurunun ispat edilmesi gerekir. Davacı eşin ölümü halinde evlilik kendiliğinden son bulurken, devam eden bir boşanma davasında davacının ölmesine rağmen, davacının mirasçılarında davaya devam etmesi evliliğin sona ermesiyle ilgili olmayıp, kusurunun belirlenmesi ile ilgilidir⁹. Zaten ölüm ile sona ermiş bir evlilik hakkında boşanma ile ilgili bir karar verilemeyeceği açıktır¹⁰. Madde ile kusurlu eşin mirastan faydalanması engellenmek istenmiştir. Bu nedenle, mirasçılarında devam ettirdiği boşanma davasında sadece kusur tespit edilmelidir. Ayrıca sağ kalan eşin mirasçı olamayacağına tespit edilmesine gerek yoktur¹¹. Ancak, kusurun tespiti ile birlikte, sağ kalan eşin mirasçılık sıfatının kaybolduğuna dair karar verilmesi gerektiği de savunulmaktadır¹².

⁶ **Kuru**, Baki Hukuk Muhakemeleri Usulü, Altıncı Baskı, Cilt. I, İstanbul, 2001, s. 612.

⁷ Serozan'a göre, sadece kusur bakımından dahi olsa boşanma davası gibi kişiye sıkı biçimde bağlı bir davanın mirasçılar tarafından devam ettirilmesi yadırgatıcıdır. Bunun yerine, § 1933 BGB daha tutarlı bir düzenlemedir. Hükme göre; "*Davacı veya anlaşmalı boşanmaya olurlu veren kişi ölürse, davalının (karşı yanının) mirasçılığı haklı olmaz. Yeter ki dava haklı olarak açılmış veya boşanmaya olurlu verme kesinleşmiş bulunsun.*". Bkz. **Serozan**, Rona/**Engin**, Baki İlkay, Miras Hukuku, Ankara, 2012, s. 50.

⁸ Bu davada mirasçılarında, davacının külli halefleri olarak değil, doğrudan kendilerine tanınan bir hakkı kullanarak hareket ettikleri görüşü hakkında bkz. **Burcuoğlu**, s. 382.

⁹ Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, E. 2005/14672, K. 2005/17405, T. 12.12.2005; Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, E. 2005/17867, K. 2006/5233, T. 11.4.2006.

¹⁰ **Burcuoğlu**, Haluk, 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 181. maddesinin ikinci fıkrası ile ilgili bazı gözlemler, Prof. Dr. Ergon A. Çetingil ve Prof. Dr. Rayegan Kender'e 50. Yıl Birlikte Çalışma Armağanı, İstanbul, 2007, s. 382.

¹¹ Öztan, Bilge, Medeni Hukukunda Temel Kavramları, Ankara, 2009, s. 478; Bir görüşe göre ise, TMK m. 181/II hükmü uyarınca, boşanma ile eşlerin birbirlerine mirasçı olamaması, kanunun boşanmanın sonucu olarak öngördüğü bir durumdur. Bu nedenle mahkemenin boşanmaya hükmederken ayrıca eşlerin birbirlerine mirasçı olamayacağını kararda belirtmesi gerekmez. Ancak, TMK m. 181/II uyarınca mirasçılarında devam ettiği davada verilecek hüküm mirasçılarında talebinin kabulü halinde inşai nitelikte, mirasçılarında talebinin reddi halinde tespit hükmü niteliğindedir. Bu nedenle, maddenin koşul vakıalarında sadece birisidir. Bu nedenle mahkemenin hüküm fıkrasında ayrıca sağ kalan eşin miras hakkını kaybettiğini belirtmesi gerekir. Bkz. **Topuz**, para. 72

¹² **Doğan**, İzzet, Boşanma Davası Esnasında Davacının Ölmesi Halinde Sağ Kalan Eşin Mirasçılığı (TMK m. 181) Legal Hukuk Dergisi, 2006/4, s. 1032; **Dural**, Mustafa/Öz, Turgut, Türk Özel Hukuku Cilt: 4 - Miras

Yerel mahkeme, davacının mirasçılarında muris öldükten sonra davaya devam ettirme hakkı tanınmamış olsaydı, kusura dayalı boşanma sebeplerine dayanan bir boşanma davasında mirasçılığın devam etmesinin adalet duygusunu sarsacağını düşünmektedir. Örneğin, zina, hayata kast, pek kötü davranış, haysiyetsiz yaşam sürme sebeplerinden biriyle açılan boşanma davasında kusurlu eşin mirasçı olması haksız sonuçların doğmasına neden olur. Böyle bir boşanma davasında, miras dışında murisin kusursuzluğunu ispatlamak bakımından da mirasçılığın menfaatinin olduğu sonucuna varılmalıdır¹³.

V- Anayasa Mahkemesi Kararının Değerlendirilmesi

Aile Mahkemesi sıfatıyla önüne gelen uyuşmazlığa bakan Manavgat 1. Asliye Hukuk Mahkemesi, TMK m. 181/II hükmünün Anayasaya aykırı olduğuna re'sen kanaat etmiştir. Bu hükmün iptali için, itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuştur¹⁴.

Manavgat 1. Asliye Hukuk Mahkemesi verdiği kararda, boşanma davası devam ederken davacının ölmesi üzerine, ölen davacının mirasçılarında, davalının kusurunu ispatlayarak, ölen eşin mirasçısı olmasını önlemek amacıyla tanınan davaya devam etme hakkının, davalının mirasçılarında tanınmamasının Anayasa'nın 10. ve 36. maddelerine aykırı olduğu ileri sürmüştür.

Somut olayda, davayı kadın eşin açtığı, daha sonrasında davayı takip etmediği ve davalı eşin yenileme talebinde bulunduğu belirtilmiştir¹⁵. Davalı eş yenileme talebinde bulunmasına rağmen, davacı eş bu talebin süresi içinde tebliğ edilemediği ifade edilmiştir. Ancak, yenileme talebinin hangi nedenlerle davacı eş tebliğ edilmediği başvuru kararından çıkarılamamaktadır. Bu belirsizlik, Anayasa Mahkemesi tarafından itiraz

Hukuku, s. 43.

¹³ Manavgat 1. Asliye Hukuk Mahkemesi, TMK. m. 181/II düzenlemesini Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda düzenlenen davanın müracaata bırakılması ve feragat halleri göz önünde bulundurularak, usul bütünlüğünü bozmamak amacıyla öngörüldüğünü düşünmektedir.

¹⁴ 2449 Sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun (mülga) 28. maddesi uyarınca itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmuştur. Anayasa m. 152/1 hükmünde, bir mahkeme tarafından, dava taraflarının bu yönde bir iddiası olmaksızın Anayasaya aykırılığın ileri sürülmesi düzenlenmiştir. Bir hükmün Anayasaya aykırı olduğunu taraflar dışında, cumhuriyet savcısı, bazı durumlarda tanıklar da ileri sürebilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Tanör**, Bülent/**Yüzbaşıoğlu**, Necmi, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, İstanbul, 2011, s. 517; **Kanadoğlu**, Korkut, Anayasa Mahkemesi, İstanbul, 2004, s. 166.

¹⁵ Olayda ya davalı eş duruşmaya gelmemiş ya da duruşmaya gelmesine rağmen davayı devam ettirmeyeceğini bildirmiştir Bunun sonucunda, HMK m. 150'ye göre davanın yenilenmesi talebinde bulunulmuştur.

denetimi yapılması için bakılmakta olan bir dava bulunması koşulunun sağlanması bakımından önemlidir¹⁶. Örneğin, yenileme talebine dair tebligatın davacı eşe zamanında tebliğ edilmemesi, davalı eşin kendi fiillerinden kaynaklanıyorsa dava açılmamış sayılabilir¹⁷. Böylelikle, anayasaya aykırı bir durum meydana gelmemiş olur¹⁸.

TMK m. 181/II hükmünün uygulama alanı da tartışmalı olan bir diğer konudur. Ne hükmün eski hali, ne de iptal sonrası hali bakımından bütün boşanma sebeplerine mi, yoksa sadece kusura dayanan boşanma sebeplerine mi uygulanacağına dair fikir birliği yoktur¹⁹. Türk Medeni Kanunu'na göre, iki halde boşanmada kusurun var olup olmadığı tartışılmamaktadır. Bunlar, TMK m. 166/III'de düzenlenen anlaşmalı boşanma hali ve TMK m. 166/IV hükmünde yer alan üç yıllık fiili ayrılık halidir²⁰. Hükmün kusura dayalı boşanma sebepleri bakımından uygulanması gerektiği görüşü mevcut olmakla birlikte²¹, bütün boşanma sebepleri hakkında uygulanabilir olduğu da savunulmaktadır²². Ancak, hükmün gerekçesine bakıldığında; *“...mirasçılardan birinin devam ettirdiği bu dava, eşlerin boşanmasına yönelik olmayacak, devam edilen davada, boşanmada davalının kusurlu olup olmadığı karara bağlanacaktır.”* denilmektedir. Kanaatimizce gerekçeden anlaşıldığı üzere, hükmün uygulanabilmesi için boşanma sebebi kusura dayanmalıdır.

Başvuru kararında, tarafların kusuruna dair bir değerlendirme bulunmamaktadır. TMK m. 181/II hükmünün kusura dayalı boşanma sebeplerine uygulanması gerektiğinden hareketle, kusura dayanmayan sebeple açılmış bir boşanma davası açısından söz konusu hüküm

¹⁶ Aksu, Mustafa, Anayasa Mahkemesinin Türk Medeni Kanunu Madde 181/II Hükmüne İlişkin Kararının Değerlendirilmesi, Anayasa Mahkemesinin Medeni Hukuka İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumu, İstanbul, 2013, s. 60.

¹⁷ Ancak, bir davanın açılması sayılması için dava dilekçesinin davalıya tebliği şart değildir. Bu açıdan derdestliğin başladığı an, dava dilekçesin tevzi edilerek kaydedilmesi veya bu işlem elektronik ortamda yapılamamış ise, fiziki ortamda işlemin yapılarak tutanağın düzenlendiği tarihtir. Bkz. **Topuz**, para. 75.

¹⁸ Anayasa Mahkemesinin, karara bağlanmış bir davada bakılmakta olan dava koşulunun gerçekleşmediğine dair kararları olduğu gibi, aykırılığın kendisine gelmesinden sonra bakılmakta olan dava koşulunun ortadan kalkmasını dikkate almadığı kararları da mevcuttur. Bkz. **Kanadoğlu**, s. 166; Gözler, Kemal, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, Bursa, 2011, s. 429.

¹⁹ **Kılıçoğlu**, Ahmet M., Medeni Kanun'unuzun Aile-Miras ve Eşya Hukukunda Getirdiği Yenilikler, Ankara, 2003, s. 22.

²⁰ Eğer davaya devam etme hakkı, mirasçılara tanınan bir hak olduğu ve külli halefiyete konu olmadığı görüşü benimsenirse, mirasçılar kusura dayanmayan boşanma sebeplerinde de bu davayı açabilirler. Bkz. **Burcuoğlu**, s. 385.

²¹ **Burcuoğlu**, s.381-384.

²² Ayrıntılı bilgi için bkz. **Aksu**, s. 62.

uygulama alanı bulmaz. Böyle bir durumda da anayasaya aykırılık iddiası gündeme gelmez. Anayasa Mahkemesi, itiraz konusu hükmün davacının mirasçılara tanıdığı bu hakkı davalının mirasçılara da tanımaması için, davalıdan boşanma davası açmasının beklenmemesi gerektiğini ifade etmiştir. Hükmün itiraz konusu halinin, hukuki konuları aynı olan davacı ile davalının mirasçıları arasında farklı kurallar getirilerek bir taraf lehine ayrıcalık tanıdığı kanaatindedir.

Açılmış olan bir boşanma davasında eşlerden birinin ölmesi halinde dört farklı durum meydana gelebilir. Kusur tarafı bakımından ya davalı eş ya da davacı eş kusurludur. Ölen eş ise, davalı eş veya davacı eş olabilir. Esas sorun somut olaydaki gibi, ölen eşin davalı eş olması halinde meydana gelmektedir. Zaten davacı eşin ölmesi ihtimalinde, kusurlu taraf davalı eş ise, itiraz konusu hüküm gereği davacı eşin mirasçıları boşanma davasını devam ettirebilir. Ancak bu ihtimalde, kanun koyucu sağ kalan davalı eşin davaya devam etmesine imkan tanımamıştır. Bu tasarruf, davalı eşin davaya devam etmemesi halinde mirasçı kalmaya devam etmesi ve bu nedenle bir menfaatinin olmaması düşüncesiyle yapılmış olabilir. Ancak, kanaatimizce davalının mirasçılık dışında davaya devam etmekte de menfaatinin olduğu haller vardır. Örneğin, zina, hayata kast, pek kötü davranış, haysiyetsiz hayat sürme gibi kendisine kusur isnat edilen bir boşanma davasında, kusursuzluğunu ispat etmek amacıyla davaya devam etmesinde davalı eşin bir menfaatinin bulunmadığını söylemek doğru olmaz²³.

Ölen tarafın davalı eş olduğu ve kusurlu tarafın da yine bu eş olduğu ihtimalde, ne hükmün itiraz konusu halinde ne de değişiklik sonrası halinde, sağ kalan davacı eşin davaya devam etme imkanı bulunmamaktadır. Ölen davalının mirasçılarının da, itiraz konusu hüküm uyarınca davaya devam etme hakkı yoktur. Bu durum, kusursuzluğun ispatı bakımından eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmektedir. Davacı eşin kusurlu olduğu ve ölen eşin davacı eş olduğu üçüncü ihtimalde de davalı eşin davaya devam etme imkanı bulunmamasına karşın, kusurlu olan davacı eşin mirasçıları davaya devam edebilmektedir.

Son hal ise, yine davacı eşin kusurlu olduğu, ancak davalı eşin öldüğü haldir. Bu halde de ne davalı eşin mirasçıları ne de sağ kalan davacı eş davaya

²³ Ancak kanun koyucu, hükmü sadece mirasçılık bakımından düzenlemiştir. Tarafların açılmış bir boşanma davasında, kusursuzluğunu ispatlamak bakımından menfaati göz önünde bulundurulmamıştır.

devam edebilmektedir. Sağ kalan eşin davaya asıl olarak devam edememesi, zaten ölüm ile evlilik birliği sona erdiği için mirasçı olduğu ve boşanma davasına devam etmekte haklı menfaatinin olmadığı ile açıklanmaya çalışılabilir. Ancak bu ihtimalde, somut olayda olduğu gibi, boşanma davası devam ederken eşlerden birinin ölmesi söz konusudur. Bu nedenle, ne dava sonuçlanmıştır, ne de tarafların kusuru sabittir. Kusur konusunun tartışıldığı bir boşanma davasında, davalı eşin ölmesi ihtimalinde davacının mirasçılarının davaya devam etme imkanı tanınmasına rağmen, davalı eşin mirasçılarının tanınmaması Anayasa m. 10 bakımından eşitlik ilkesine ve Anayasa m. 36 uyarınca hak arama hürriyetine aykırılık teşkil eder. Diğer taraftan, davacı veya davalı eşin ölmesi halinde sağ kalan eşin asıl olarak davaya devam etmemesini menfaat yokluğu ile açıklayarak öngörmek de Anayasa m. 36 anlamında hak arama hürriyetinin engellenmesidir²⁴.

Yerel mahkeme, başvuru kararında davasını açtıktan sonra davadan feragat ederek davayı retle sonuçlandırma yetkisinin sadece davacıya tanınması nedeniyle, TMK m. 181/II hükmünde sadece davacı mirasçılarının bu hakkın tanınmış olabileceğini belirtmiştir. Azınlık gerekçesi de benzer bir yaklaşımdadır. Azınlık gerekçesine göre, boşanma davasının kesin hüküm haline gelmesi aşamasına kadar, davacının her an davasından feragat etmesi ya da davayı sürdürmeyerek boşanma davasının sonuçsuz kalması mümkündür. Ölen bir davacının mirasçılarının, davacının davasını sonuna kadar devam ettireceği inancıyla davaya devam hakkı verilmesinin hukuki temelini bulunmadığını düşünmektedir. Bu nedenlerle, TMK m. 181/II hükmünün tamamen iptal edilmesi gerektiği savunulmuştur. Ancak, davacı ölüm anına kadar davadan feragat etmemiştir. Sadece bu nedenle dahi davacının davaya devam etme niyetinde olduğuna kanaat getirilebilir. Bununla birlikte, davacının boşanma davası açarak eşini mirasçılıktan çıkartma niyetinin de var olduğu unutulmaması gereken bir noktadır. Bütün bunlar dikkate alındığında, kanaatimizce Anayasa m. 2 hükmündeki hukuk devleti ve toplumun korunması ilkeleri ile Anayasa m. 41’de düzenlenen ailenin korunması ilkesi düşünülerek mirasçılarının davaya devam etmemesi gerektiği sonucuna varılması mümkün değildir.

Yerel Mahkeme, TMK m. 181/II hükmünün Anayasa m. 10 ve m. 36 hükümlerine aykırı olduğu gerekçesiyle itirazda bulunmasına karşın, miras

²⁴ Sağ kalan eş diğer taraf olsaydı, onun mirasçılarının da bu hakkın tanınmayacak olduğu gerekçesiyle bunun eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmadığı hakkında, bkz. **Aksu**, s. 69.

hakkını düzenleyen Anayasa m. 35/I hükmü açısından bir değerlendirme yapmamıştır. Anayasa Mahkemesi de, itiraz gerekçeleriyle bağlı olmamasına rağmen bu yönde inceleme yoluna gitmemiştir. Anayasa m. 35/I hükmüne göre, *“Herkes, mülkiyet ve miras hakkına sahiptir.”* Dava sırasında davacı eşin ölmesi halinde, itiraz konusu hüküm nazarında, miras hakkına müdahaleden bahsedilebilir. Ölen davacının mirasçıları davaya devam ederek, davalı eşin kusurunu ispat ederse, TMK m. 181/I uyarınca mirasçılık sıfatı sona erer. Ancak, itiraz konusu hükme göre ölen eş davalı eşse, davalı eşin mirasçıları davaya devam edemeyeceğinden miras hakkına bir müdahaleden bahsedilemez. Tarafların mirasçılığını korumak açısından da eşitlik ilkesine aykırılıktan bahsedilebilir. Eşlerin mirasçılığının sebebinin evlilik olduğu, ölen eş davaya devam etseydi bu evliliğin ve mirasçılığın sona ereceği bir gerçektir. Bu bakımdan, boşanma davasının açılmış olduğu bir evlilikte, ölüm olayının gerçekleşmesi ve mirasçıların devam ettirmesi sonucu sağ kalan eşin mirasçılık sıfatının sona ermesi, Anayasa m. 35/I hükmüne aykırılık oluşturmamaktadır²⁵.

Anayasa Mahkemesi, yukarıda açıklanan gerekçelerle hükmü, hem davacının hem de davalının mirasçılarının açılmış olan boşanma davasını devam ettirebilmesi yönünde iptal etmiştir. TMK m. 181 hükmünün iptal sonrası hali şu şekildedir;

“Boşanan eşler, bu sıfatla birbirlerinin yasal mirasçısı olamazlar ve boşanmadan önce yapılmış olan ölüme bağlı tasarruflarla kendilerine sağlanan hakları, aksi tasarruftan anlaşılmadıkça, kaybederler.

Boşanma davası devam ederken, ölen davacının mirasçılarından birisinin davaya devam etmesi ve davalının kusurunun ispatlanması hâlinde de yukarıdaki fıkra hükmü uygulanır.”

VI- Sonuç

Anayasa Mahkemesi, TMK m. 181/II hükmü hakkında kısmen iptal kararı vermiştir. Ancak kararın konusu itiraz dilekçesinde, bir takım eksiklikler bulunmaktadır. Yerel Mahkeme itiraz dilekçesinde, somut olay hakkında açık bilgilere yer vermemiştir. Olaya göre davacı eşin davayı takip etmemesi üzerine davalı kocanın davayı takip etmiştir. Ancak, davacıya yenileme talebinin tebligatı yapılamamıştır. Davacıya yenileme tebligatının neden

²⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Topuz, Seçkin, Boşanma Davasında Sağ Kalan Eşin Mirasçılık Sıfatını Kaybetmesinin (TMK m.181 f.2) Miras Hakkını Koruyan Anayasa'nın 35. Maddesi Yönünden İncelenmesi, İÜHFİM, C. LXX, S. 2, s. 221-256.

yapılmadığı karardan anlaşılammaktadır. Tebligatın yapılamaması veya davalı eşin yenileme talebine dair tebligatın davacı eş zamanında tebliğ edilmemesi, davalı eşin kendi fiillerinden kaynaklanıyorsa dava açılmamış sayılabilir. Bu da Anayasa Mahkemesi'nin somut norm denetimini konusuz bırakır.

TMK m. 181/II hükmünde, davacının mirasçılara davaya devam hakkı tanınmasına karşın, davalı mirasçılara bu hakkın tanınması eşitlik ilkesinin ihlalidir. Ancak, hükmün sadece kusura dayanan boşanma sebeplerinde mi, yoksa bütün boşanma sebeplerinde mi uygulanacağı belirsizdir. Sonuçlanmamış bir davada tarafların kusurunun sabit olmaması da, yargıya varma ölçütü bakımından sorun teşkil eder.

Hükmün, hem davacının hem de davalının mirasçılarının açılmış olan boşanma davasını devam ettirebilmesi yönünde iptal edilmesi isabetlidir. Ancak, sağ kalan eşin asıl olarak davaya devam edememesi hak arama özgürlüğünün ve aklanma hakkının ihlal edilmesine neden olur. Devam eden boşanma davasına sadece mirasçılık bakımından devam edilmesinde menfaat aranıp, hak arama özgürlüğü bakımından bir inceleme yapılmaması eksikliklerdir.

KAYNAKÇA

- [1] Akıntürk, Turgut, Medeni Hukuk, Ankara, 2008.
- [2] Akıntürk, Turgut/Karaman, Derya Ateş, Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku, Ankara.
- [3] Aksu, Mustafa, Anayasa Mahkemesinin Türk Medeni Kanunu Madde 181/II Hükmüne İlişkin Kararının Değerlendirilmesi, Anayasa Mahkemesinin Medeni Hukuka İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumu, İstanbul, 2013.
- [4] Burcuoğlu, Haluk, 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 181. maddesinin ikinci fıkrası ile ilgili bazı gözlemler, Prof. Dr. Ergon A. Çetingil ve Prof. Dr. Rayegan Kender'e 50. Yıl Birlikte Çalışma Armağanı, İstanbul, 2007.
- [5] Doğan, İzzet, Boşanma Davası Esnasında Davacının Ölmesi Halinde Sağ Kalan Eşin Mirasçılığı (TMK m. 181) Legal Hukuk Dergisi, 2006/4.
- [6] Dural, Mustafa/ Öğüz, Tufan/ Gümüş, Alper, Türk Özel Hukuku,

- Cilt. III Aile Hukuku, İstanbul, 2011.
- [7] Dural, Mustafa/Öz, Turgut, Türk Özel Hukuku Cilt: 4 - Miras Hukuku.
- [8] Gözler, Kemal, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, Bursa, 2011.
- [9] Kanadoğlu, Korkut, Anayasa Mahkemesi, İstanbul, 2004.
- [10] Kılıçoğlu, Ahmet M., Medeni Kanun'unuzun Aile-Miras ve Eşya Hukukunda Getirdiği Yenilikler, Ankara, 2003.
- [11] Kuru, Baki Hukuk Muhakemeleri Usulü, Altıncı Baskı, Cilt. I İstanbul 2001.
- [12] Öztan, Bilge, Medeni Hukukun Temel Kavramları, Ankara, 2009.
- [13] Serozan, Rona/Engin, Baki İlkay, Miras Hukuku, Ankara, 2012.
- [14] Tanör, Bülent/Yüzbaşıoğlu, Necmi, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, İstanbul, 2011.
- [15] Topuz, Gökçen, Boşanma Davası Sırasında Eşlerden Birinin Ölmesi Halinde Mirasçılarının Davaya Devam Etmelerinin Usul Hukuku Bakımından Yol Açtığı Sorunlar, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl:3, Sayı,10, 2012.
- [16] Yıldırım, Abdülkerim, Türk Aile Hukuku, Ankara, 2014.

Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Sebebiyle Boşanmada Tarafların Kusuruna İlişkin Yargıtay Kararı İncelemesi

**Analysis of the Supreme Court of Appeal’s Decision Regarding
Fault of Parties on Divorce Arising from Collapse of Marriage Unity
Fundamentally Shaken to its Foundation**

Çiğdem YILMAZ*

KARAR

Bu çalışmada incelenecek olan karar, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun “*Mevcut olaylara göre evlilik birliğinin, devamı eşlerden beklenmeyecek derecede, temelinden sarsıldığı kuşkusuzdur. Ne var ki bu sonuca ulaşılması tamamen davacının tutum ve davranışlarından kaynaklanmış olup, davalıya atfi mümkün hiçbir kusur gerçekleşmemiştir. Bu durumda açıklanan nedenle isteğın reddi gerekirken yasa hükümlerinin yorumunda yanılığya düşölerek boşanmaya karar verilmesi usul ve kanuna aykırıdır*” şeklindeki 17.06.2015 tarihli 2014/2-32 Esas, 2015/1655 Karar sayılı karardır.

1. OLAY

Evlilik birliğinin temelinden sarsılması sebebiyle açılan boşanma davasında davacı, 10 yıl önce geçirdiği rahatsızlık sebebiyle çalışamaz ve bakıma muhtaç hale geldiğini, davalının kendisine bu sebeple sözlü ve fiili tacizde bulunduğunu belirtmiş ve davalının torununa bakmak için zaman zaman oğunun yanına giderek orada kalması sebebiyle müşterek hayatın kendisi için çekilmez hale geldiğini ileri sürerek, boşanma davası açmıştır. Davalı ise kendisine isnat edilen kusuru kabul etmeyerek davacıyla bir araya gelemeyecekleri gerekçesi ile boşanmalarını talep etmiştir. İlk derece yargılaması sırasında davacı eş, davalı tarafı kasten yaralama suçundan mahkûm edilmiş, hükmün açıklaması geri bırakılmıştır. Tarafların birbirlerinden tazminat ve nafaka istemleri de vardır.

* (Arş. Gör.), İstanbul Aydın Üniversitesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı.

II. HUKUKİ SORUN ve MAHKEMENİN ÇÖZÜMÜ

Çözülmesi gereken hukuki sorun “evlilik birliğinin temelinden sarsılması” sebebiyle tam kusurlu eşin boşanma davası açıp açamayacağı hususudur.

Yerel mahkeme, 12.06.2012 tarihli celsede davalının kocasını sevdiği yönünde bir beyanda bulunması sebebiyle, tarafların kusurunun tespitinde mahkûmiyet kararını dikkate almamış, davacının iddia ve talepleri doğrultusunda evlilik birliğinin temelinden sarsılması sebebiyle boşanma davasını kabul etmiştir¹.

Davalı kadının temyizi üzerine Yargıtay Hukuk Dairesi, davalının 12.06.2012 tarihli celsedeki beyanının af niteliği taşımadığını, dolayısıyla davacının kusurunun da dikkate alınması gerektiğini; boşanmaya sebep olan olaylarda davacının tamamen kusurlu olduğunu, davalı tarafın ise herhangi bir kusurlu davranışının kanıtlanamadığını ifade etmiştir. Devamında da *“Türk Medeni Kanununun 166 ncı maddesi hükmünü tamamen kusurlu eşin de dava açabileceği ve yararına boşanma hükmü elde edebileceği biçiminde yorumlamamak ve değerlendirmemek gerekmektedir. Çünkü böyle bir düşünce, kimsenin kendi eylemine ve tamamen kendi kusuruna dayanarak bir hak elde edemeyeceği yönündeki temel hukuk ilkesine aykırı düşer”* şeklinde bir tespitte bulunmuştur. Bu bağlamda Yargıtay Hukuk Dairesi, mevcut olayda evlilik birliğinin temelinden sarsıldığını kabul etmekle birlikte, bu durumun sadece davacının kusurlu davranışlarından kaynaklanması sebebiyle boşanmaya karar verilmesini kanuna aykırı bulmuş, ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur.

Yapılan yeniden yargılama sonucunda, yerel mahkeme önceki kararında direnmiş, davalı tarafın süresinde yapmış olduğu temyizle birlikte dosya Yargıtay Hukuk Genel Kurulu önüne getirilmiştir.

Yargıtay Hukuku Genel Kurulu ise 12.06.2012 tarihli celsede davalı tarafça yapılan beyanın af niteliği taşıyıp taşımadığı noktasının değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmişse de bu hususta açıkça bir sonuca ulaşmamış, ancak

¹ *“Davacı kocanın, davalı kadına şiddet uyguladığı, ancak; davalı kadının 12/06/2012 tarihli celsede boşanmak istemediğine ilişkin beyanı dikkate alınarak kocanın kusurlu davranışlarının kusur tespitinde dikkate alınmadığı, Davacı kocanın nefes darlığı rahatsızlığı olmasına rağmen, davalı kadının torununa bakmak için oğlunun yanına gittiği, çoğu zaman oğlunun yanında kaldığı, yine davacı kocaya yazdığı not dikkate alındığından (TMK madde 184/1 inci fıkra 1. bent) eşler arasındaki evlilik birliğinin, ortak hayatı sürdürmelerinin kendilerinden beklenmeyecek derecede temelinden sarsıldığı ve evliliğin devamında korunmaya değer yarar bulunmadığı gerekçesiyle boşanma davasının kabulüne karar verilmiştir.”*

vermiş olduğu kararda davacının kusuru olup olmadığını değerlendirme kapsamına almıştır. Bu bağlamda Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, TMK m. 166/2 uyarınca boşanmaya karar verilebilmesi için davalının az da olsa kusurlu olması gerektiğini belirterek, davalıya atfedilen hiçbir kusur olmaması sebebiyle direnme kararının usul ve yasaya aykırı olduğu sonucuna ulaşmıştır.

III. DEĞERLENDİRMELER

Söz konusu kararda ele alınacak olan konu, evlilik birliğinin temelinden sarsılması sebebiyle boşanma davasının kusura bağlı olup olmadığıdır. İlgili hükme bakıldığında, kanun koyucunun davanın açılması bakımından, kusura dayalı herhangi bir ayrıma gitmediği görülmektedir. Ancak ne var ki, Yargıtay'ın yerleşik uygulamaları hiçbir kusur isnat edilmeyen davalının karşısında yer alan tam kusurlu davacı eşin bu sebeple boşanma davası açamayacağı yönündedir.

1. Hükümün Tarihçesi ve Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılmasında Kusur Tartışması

“Evlilik birliğinin temelinden sarsılması” sebebiyle boşanma davası, yürürlükten kaldırılan 743 sayılı Medeni Kanunu'nun 134. maddesinde düzenlenmiştir. Bu hüküm uyarınca, geçimsizliğe yol açan hususlarda davacının davalıdan daha ağır kusurlu olmaması gerekmekteydi. Ancak hüküm 1988 tarihinde yapılan 3444 nolu kanun değişikliği ile revizyona uğramış, yürürlükteki 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 166. maddesinde düzenleme bu haliyle aynen muhafaza edilmiştir. Buna göre; *“Evlilik birliği, ortak hayatı sürdürmeleri kendilerinden beklenmeyecek derecede temelinden sarsılmış olursa, eşlerden her biri boşanma davası açabilir. Yukarıdaki fıkrada belirtilen hallerde, davacının kusuru daha ağır ise, davalının açılan davaya itiraz hakkı vardır. Bununla beraber bu itiraz, hakkın kötüye kullanılması niteliğinde ise ve evlilik birliğinin devamında davalı ve çocuklar bakımından korunmaya değer bir yarar kalmamışsa boşanmaya karar verilebilir”*.

Yapılan değişiklikle evlilik birliğinin temelinden sarsılması sebebiyle boşanma kusura bağlı bir boşanma sebebi olmaktan çıkarılmıştır.² Nitekim hükme bakıldığında da kanun koyucu, 1988 tarihi öncesindeki

² DURAL Mustafa/ÖGÜZ Tufan/GÜMÜŞ Mustafa Alper, Türk Özel Hukuku Cilt III-Aile Hukuku, 9. Bası, İstanbul 2014, s. 116; OKUMUŞ Tuba, Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Sebebiyle Boşanma, s.117.

düzenlemenin aksine, kusura göre bir ayrıma gitmeyerek eşlerden her birinin bu sebeple boşanma davası açabileceğini öngörmüştür. Burada kusurun öngörülen tek fonksiyonu, davacının daha ağır kusurlu olduğu hallerde, davalıya davaya karşı çıkma hakkı vermesidir³.

Ne var ki inceleme konusu kararda da görüldüğü üzere, gerek 3444 nolu kanun değişikliği gerekse de 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun yürürlüğe girmesi sonrasında, hükmün açık olan lafzının karşısında hükmün uygulama alanı daraltılmış, davacının daha ağır kusurlu olmaması şartını aramaktan tam anlamıyla vazgeçilmemiştir.

İnceleme konusu kararda, davacı eşin evlilik birliğinin temelinden sarsılmasında tam kusurlu bulunmasının *"kimsenin kendi eylemine ve tamamen kendi kusuruna dayanarak hak elde edemeyeceği"* ilkesiyle çelişmesi sebebiyle ve *"yasa hükümlerinin yorumunda yanlışlığa düşülerek boşanmaya karar verilmesi usul ve kanuna aykırıdır"* gerekçesiyle, ilk derece mahkemesinin boşanmaya yönelik vermiş olduğu karar ve sonrasındaki direnme kararı bozulmuştur. Burada Yargıtay hükmün lafzı itibarıyla öngörülme, hatta 1988 tarihinde kanun koyucunun vazgeçtiği doğrultuda kusura anlam yükleyerek, tam kusurlu eşin bu sebeple açmış olduğu boşanma davasının kabul edilemeyeceği şeklinde hükmü yorumlamıştır.

Hükmün lafzının açıkça anlaşılır olduğu hallerde dahi, kanun hükümlerinin yorumlanması gerektiğine dair şüphe yoktur⁴. Zira Türk Medeni Kanunu m. 1 uyarınca hakim yorum yaparken hükmün sözü (lafzı) ile birlikte özünü (amacını) de dikkate alarak amaca göre yorum yapmalıdır⁵. Yorum yapılırken de hâkimin yararlanabileceği unsurlar; kanunun sistemi, kanunun hazırlık çalışmaları, hükmün amacı, yorumun yapıldığı zamandaki koşullar ve ihtiyaçların⁶ yanı sıra, kıyas, evleviyet, hükmün düz ve zıt anlamıdır⁷.

³ BURCUOĞLU Haluk, Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması, Boşanma Davasında Talep Edilen Maddi, Manevi Tazminat ve Aile Mahkemelerinin Görev Alanı Konularında Somut Kararlardan Hareketle Yapılması Zorunlu Görülen Bazı Gözlemler, Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan cilt I, On iki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010, s.600.

⁴ NÖMER Haluk Nami/AKBULUT Pakize Ezgi, Medeni Hukuku Giriş Dersleri-Bölüm I, Filiz Kitabevi, İstanbul 2016, s.14.

⁵ NÖMER/AKBULUT, s. 16.

⁶ OĞUZMAN M. Kemal/BARLAS Nami, Medeni Hukuk-Giriş- Kaynaklar-Temel Kavramlar, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015, s. 73 vd; NÖMER/AKBULUT, s.21 vd.

⁷ NÖMER/AKBULUT, s.21 vd.

Bu bağlamda söz konusu hükmü ne şekilde yorumlamamız, bir başka ifadeyle hükme ne anlam yüklememiz gerektiği hususunu değerlendirirken, 3444 nolu kanun değişikliği sırasında hazırlanan komisyon raporuna bakmakta yarar vardır. Komisyon raporunda düzenleme ile ilgili şu açıklamalara yer verilmiştir: *“Tasarıda aile müessesesini zayıflatmayacak fakat devamında fayda bulunmayan evliliklerde de sırf davacı daha fazla kusurludur diye boşanmayı engellemeyecek bir çözüme yer verilmiştir. Evvela herhangi bir kusur şartı aranmaksızın evlilik birliğini temelinden sarsan geçimsizliğin boşanma sebebi teşkil edeceği temel kural olarak birinci fıkrada kabul edildikten sonra ikinci fıkrada evlilik birliğini temelinden sarsacak boşanma sebebi teşkil eden olaylarda davacının daha fazla kusurlu olması halinde davalının boşanmaya itiraz edebileceği belirtilmiştir. Şayet evliliğin devamında davalı eş ve çocuklar bakımından korumaya değer bir menfaat kalmamışsa, daha genel bir ifadeyle davalının boşanmamakta direnmesi hakkın kötüye kullanılması niteliğinde ise, itiraz etkisini kaybedecek ve davacı daha fazla kusurlu olmasına rağmen hâkim boşanmaya karar verebilecektir⁸.”*

Bakıldığında mevcut düzenlemenin ilk olarak ortaya çıktığı kanun değişikliği sırasındaki komisyon raporunda da, tam kusurlu davacı eşin bu sebeple boşanma davası açamayacağına yönelik bir niyetin olduğuna dair bir ifade yoktur. Aksine *“devamında fayda bulunmayan evliliklerin”* sırf davacının daha fazla kusurlu olması sebebiyle sürdürülmesinin evlilik kurumuna herhangi bir yararı olmadığı ifade edilmiştir. Dolayısıyla eldeki veriler çerçevesinde mahkemece yapılan yorumu değerlendirecek olursak, hükmün yorumlanmasında böyle bir daraltıcı yoruma başvurmayı gerektiren bir niyet anlaşılmamaktadır. Kanun değişikliğinde kanun koyucunun amacının ağır kusurlu olmamayı dava şartı olmaktan çıkarmak olduğu rapordan da açıkça anlaşılmaktadır.

TMK m. 166'nın ilk iki fıkrasını, tarihçesini de göz önünde bulundurarak ele aldığımızda, buradaki nihai amacın evliliğin devamında davalı eşin veya çocukların herhangi bir menfaati bulunmadığı hallerde tarafları evli kalma mecburiyetinde bırakmamaktır. Zira ağır kusurlu davacı eş karşısında davalı eşin itirazı dahi korunmaya değer bir menfaatin tespiti dâhilinde dikkate alınmaktadır. Kusur, evlilik birliğinin temelinden sarsılıp sarsılmadığı ya da korunmaya değer bir evlilik birliğinin olup

⁸ <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d18/c010/tbmm18010061ss0021.pdf>

olmadığı hususunda isabetli bir kriter değildir. Nitekim kanun koyucu zamanında var olan bu kriteri tamamıyla dava şartı olmaktan çıkarmıştır. Kaldı ki, kanun koyucunun kusur kriterinden kısmen vazgeçmek gibi bir niyeti olsaydı, böyle bir istisna açık bir şekilde öngörülebilirdi. Bu sebeple evlilik birliğinin temelinden sarsılması için aranan şartların varlığı halinde, o evliliğin devamında ilgililerin haklı bir menfaati olmadığı, dolayısıyla korunmaya değer bir evlilik birliğinin olmadığını kabul etmek isabetli olacaktır.

2. Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması

Evlilik birliğinin temelinden sarsılıp sarsılmadığı noktasında hâkimin takdir yetkisi olmakla beraber⁹ boşanma davasının açılabilmesi için mahkemece aranacak şartlar şunlardır¹⁰:

i) Evlilik birliğinin temelinden sarsılmış olması: Evlilik birliğinin temelinden sarsılması *“eşler arasında önemli fikir ve duygu ayrılığı”*¹¹ şeklinde tanımlanmaktadır. Evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına sebep olacak olgu veya davranışlar, her zaman taraflara kusur izafe edecek nitelikte değildir¹². Dolayısıyla evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına yol açan olgu veya davranışın sadece hukuka aykırı bir durumdan kaynaklanması gibi bir şart söz konusu değildir. Bu sarsıntı eşlerin evliliği sürdürmek konusunda isteklerinin kalmamasına yol açan¹³, herhangi bir olgu veya davranış olabilmektedir. Ayrıca evlilik birliğinin temelinden sarsılması yoluyla ortaya çıkan bu isteksizliğin de düzelmesi veya ortadan kalkması gibi bir ihtimalin bulunmaması, *“evlilikten beklenen amacın gerçekleştirilmesinin olanaksız olması”* gerekmektedir¹⁴.

İnceleme konusu karar bakımından bir değerlendirme yapılacak olursa, evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına sebep olan olguları tayinde hâkimin her ne kadar takdir yetkisi olsa da, bu olguların sadece hukuka aykırı

⁹ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 116; OKUMUŞ, s. 68; İPEK Ali İhsan, Türk Hukukunda Genel boşanma Sebepleri, s.10; ANIL Yaşar Şahin, Boşanma Sebebi Olarak Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Geçimsizlik, İstanbul 2008, s.34.

¹⁰ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 117 vd.; OKUMUŞ, s. 63 vd; CEYLAN Ebru, Türk ve İsviçre Hukukunda Boşanmanın Hukuki Sonuçları, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, Ocak 2006, s.24; HATEMİ Hüseyin/KALKAN OĞUZTÜRK Burcu, Aile Hukuku: Ders Kitabı, İstanbul 2014, s. 119; AKINTÜRK Turgut, Aile Hukuku, Ankara 2015, s.135.

¹¹ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 117; OKUMUŞ, s.64.

¹² HATEMİ/KALKAN OĞUZTÜRK, s. 120; BURCUOĞLU s. 601.

¹³ ANIL, s.36.

¹⁴ İPEK, s. 25, dn.74; OKUMUŞ, s. 64, dn.257.

davranışlar nezdinde dikkate alındığı görülmektedir. Bu durum da hukuka uygun bir sonuç yaratmamaktadır. Şartları sağladığı takdirde hukuka aykırı fiillerin de evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına yol açabileceğinden şüphe olmamakla birlikte, hukuka aykırı fiillerin dışında taraflardan en az biri için müşterek hayatı sürdürmesini beklenemeyecek hale getiren diğer olgular da göz ardı edilmemeli, en azından değerlendirmeye konu olmalıdır.

Karardan anlaşıldığı kadarıyla, davacı eşin aleyhindeki mahkûmiyet kararı bu husustaki tek değerlendirme noktası olmuştur. Mevcut olayda davacı eş evlilik birliğinin temelinden sarsılmasını kendi hukuka aykırı fiilinden başka gerekçelere dayandırmışsa da, evlilik birliğinin temelinden sarsılması üst derece mahkemelerince bu açıdan hiç değerlendirilmemiş, gerek Yargıtay Hukuk Dairesi gerekse de Yargıtay Hukuk Genel Kurulu konuyu bu açıdan dikkate dahi almamıştır. Ne var ki böyle bir değerlendirme eksik olup, hükmün amacına tam anlamıyla hizmet etmeme tehlikesinin barındırmaktadır. Mahkemelerin her durumda kusur barındırsın ya da barındırmassın evlilik birliğini temelinden sarstığı iddia edilen olguları dikkate alması gerekmektedir.

ii) Evlilik birliğinin temelinden sarsılması en az eşlerden biri için ortak hayatı sürdürmesi beklenemeyecek derecede olmalıdır: Bu şart gerek objektif gerekse de sübjektif açıdan incelenir. Hâkim ilk olarak, evlilik birliğini temelinden sarstığı iddia edilen davranışı ya da davranışları, hayatın olağan akışı çerçevesinde, eşlerden her ikisi veya sadece biri için müşterek hayatı çekilmez bir hale getirip getirmediği hususunda bir değerlendirme yapar. Bu değerlendirme sonucunda hâkim, objektif açıdan ortak hayatın sürdürülmesini davacıdan veya eşlerden beklenmemesini gerektirecek derecede evlilik birliğinin temelinden sarsıldığı sonucuna ulaşmazsa, sübjektif bir değerlendirmeye başvurur. Dosyaya sunulan deliller nezdinde hâkim, mevcut koşullarda ortak hayatın sürdürülmesinin davacıdan beklenilip beklenilmeyeceğine bakar. Ne var ki kararda davacı açısından bu husus hiç tartışılmamıştır.

iii) Davalının, davacının daha kusurlu olduğu itirazını ileri sürmemesi ya da ileri sürülen itiraz kabul edilmemesi: Buradaki itiraz, usul hukuku anlamında bir itiraz değildir¹⁵. Zira hükme göre, itiraz hakkı sadece daha az kusurlu veya hiç kusuru olmayan davalı tarafından ileri sürülebilmektedir. Hâlbuki usul hukuku anlamında itiraz, hâkimin re'sen dikkate almasını gerektiren bir kurumdur¹⁶.

Davalının bu itirazını ileri sürmesi her durumda davanın reddini gerektirmez. Maddenin de açık bir şekilde belirttiği üzere davalının bu itirazının hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olmaması gerekmektedir. Hükümde, aslında bir nevi hakkın kötüye kullanılması teşkil eden “*davalı ve çocuklar bakımından korunmaya değer bir yarar kalmaması*” halinin özellikle öngörülmesi de, hükmün amacının, ilgililerin, devamında haklı bir menfaatinin bulunduğu evliliklerin korunması olduğu görüşünü desteklemektedir.

IV. SONUÇ

Kural olarak sözleşme özgürlüğüne, şekil serbestine tabi olunan Borçlar Hukuku'nun aksine Aile Hukuku, konu edindiği hukuki işlemlerin türü, şekli, içeriği, hükümleri ve sona ermesi bakımından emredici hukuk kurallarına tabidir. Bu yönüyle Medeni Hukuk içinde farklı bir yere sahip olan Aile Hukuku'nun bu özelliği kamu düzenini ilgilendirmesi sebebiyledir. Zira “toplumun çekirdeği”¹⁷ olarak tanımlanan aile kurumunun işleyişinde ortaya çıkan aksaklıkların, bütününe oluşturduğu topluma da yansıtacağı düşüncesiyle, olası aksaklıkların önüne geçebilmek adına kanun koyucu emredici hukuk kurallarıyla bireylerin özgür iradesine birtakım sınırlamalar getirmiştir. Dolayısıyla Aile Hukuku'nda parçadan bütüne doğru, toplumun zarar görmemesi nihai hedeftir.

Bu bağlamda kanunun açıkça öngörmediği bir kusur kıstasıyla, evlilik birliğinin devamında tarafların menfaatinin olup olmadığını dikkate almaksızın tarafları o evlilik ilişkisine mahkûm etmenin her halükarda kamunun menfaatine olması mümkün değildir¹⁸. Davaya konu evlilik bakımından değerlendirme yapacak olursak, davacı tarafından şiddette

¹⁵ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 119; OKUMUŞ s. 119 vd; Aksi görüş için bkz., HATEMİ/KALKAN OĞUZ-TÜRK, s. 120.

¹⁶

¹⁷ OĞUZMAN/BARLAS, s.53; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s.2.

¹⁸ OKUMUŞ, s. 120 vd; İPEK, s. 86 vd.

uğradığı bilinen davalı eşin dahi bu evliliği devam ettirmede menfaatinden söz etmek pek mümkün olmayabilir. Dolayısıyla evlilik birliğinin temelinden sarsılması sebebiyle boşanmada, tarafların hangisinin ne sebeple ne kadar sorumlu olduğu önem arz etmez. Önemli olan temelinden sarsılmış bir evliliğin, taraflardan en az biri için sürdürülemez nitelikte olmasıdır. Böyle bir evliliğin kural olarak ne eşler ne de çocuklar açısından bir faydası söz konusudur.

Sonuç olarak evlilik birliğinin temelinden sarsıldığıнын tespit edildiği, birliğin devamının davacı veya eşlerden her ikisi için beklenemediği durumlardaki evliliklerin sona erdirilmesinde toplumun da menfaati bulunmaktadır. Aksi halde, tam kusurlu olduğu tespit edilen ve davası bu sebeple reddedilen davacı eşin (davalı eşle anlaşma sağlayamadığı hallerde) TMK m. 166/3'te öngörülen şartların sağlanması, ortak hayatın kurulamaması ya da fiili ayrılık sebebiyle boşanma davası kabul edilebilecektir¹⁹. Bu da davacının reddedilen davanın kesinleşmesi üzerine en az 3 yıl kâğıt üzerinde evliliğe mahkûm edilmesi sonucunu ortaya çıkaracaktır. Yargılama için geçen zamanla birlikte bu süre 3 yılın da üzerine çıkmaktadır. Bu süreçte evlilik birliğinin devamı kendisinden beklenemeyecek olan tam kusurlu eşin evlilik birliğinden doğan borçlarını tam anlamıyla yerine getirmesi beklenemez. Böyle bir durumda, boşanmayı istemese de kusuru olmayan eşin dahi menfaati söz konusu olmaz.

Karardan yapmış olduğu temyiz başvurularıyla davalı tarafın boşanmaktan vazgeçtiği anlaşılrsa da, davalının da boşanmak istediği durumlarda Yargıtay'ın ne yönde bir karar vereceği daha büyük bir endişe yaratmaktadır²⁰. Yargıtay'ın bu kararda yapmış olduğu yorumun kabul gördüğü takdirde, bu yorumla tutarlı bir değerlendirme davalının boşanmak istediği durumlarda dahi, tam kusurlu davacının boşanma talebinin kabul edilmemesini gerektirmektedir. Bu da şüphesiz daha büyük sorunların oluşmasına yol açacak, korunmaya çalışılan kamu düzenini tehlikeye sokacaktır.

Özetle Yargıtay'ın 3444 sayılı kanun değişikliği öncesindeki düzenlemeye büyük ölçüde sadık kalmaktan vazgeçmesi gerekmektedir. Nitekim bu şekilde mevcut uygulama, söz konusu değişikliklerle kanunca himaye

¹⁹ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 122 vd. ; İPEK s. 123.

²⁰ BURCUOĞLU, s. 602-603.

edilmekten vazgeçilen²¹, topluma faydasız evlilikleri her şeye rağmen kısmen de olsa destekler durumdadır. Bu nedenle, evlilik birliğinin temelinden sarsılması sebebiyle önüne gelen boşanma davasında hâkim, kusurdan bağımsız bir şekilde öncelikle evlilik birliğinin temelinden sarsılıp sarsılmadığını takdir etmelidir. Kusur değerlendirmesi ancak az kusurlu veya kusursuz olduğunun davalı tarafça ileri sürülmesi ile gündeme gelmektedir. Def'i olduğunu kabul ettiğimiz bu karşı koymada dahi kusur, her halükarda davanın reddedilmesine sebep olmamaktadır. Bu karşı koyma evlilik birliğinin devamında ilgililerin haklı menfaatlerinin olduğunu da ortaya koymalıdır. Aksi halde evlilik tam kusurlu eşe uygulanan bir yaptırım vazifesi görecektir. Bu da evlilik müessesinin ve dolayısıyla kamu düzeninin yararına olmayacaktır. Kusur odaklı bir değerlendirme ve devamında sorumluluk, boşanmanın fer'i sonuçlarında ele alınmalıdır²². Davacının tam kusuru, talep edilen tazminatların belirlenmesinde ve nafakanın takdirinde pek tabii etkili olmalıdır. Bu bağlamda, yukarıda gerekçeleriyle birlikte açıklanan sebeplerden dolayı Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun yerleşik uygulaması isabetli değildir.

KAYNAKÇA

- [1] AKINTÜRK Turgut, Aile Hukuku, Ankara 2015.
- [2] ANIL Yaşar Şahin, Boşanma Sebebi Olarak Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Geçimsizlik, İstanbul 2008.
- [3] BURCUOĞLU Haluk, Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması, Boşanma Davasında Talep Edilen Maddi, Manevi Tazminat ve Aile Mahkemelerinin Görev Alanı Konularında Somut Kararlardan Hareketle Yapılması Zorunlu Görülen Bazı Gözlemler, Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan cilt I, İstanbul 2010.
- [4] CEYLAN Ebru, Türk ve İsviçre Hukukunda Boşanmanın Hukuki Sonuçları, İstanbul 2006.
- [5] DURAL Mustafa/ÖĞÜZ Tufan/GÜMÜŞ Mustafa Alper, Türk Özel Hukuku Cilt III-Aile Hukuku, 9. Bası, İstanbul 2014.
- [6] HATEMİ Hüseyin/KALKAN OĞUZTÜRK Burcu, Aile Hukuku: Ders Kitabı, İstanbul 2014.
- [7] İPEK Ali İhsan, Türk Hukukunda Genel boşanma Sebepleri, Konya 2007.

²¹ BURCUOĞLU, s.602.

²² DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 145 vd; ÖZCAN ÇELİK Berna, Genel Boşanma Sebebi Olarak Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması, s.61; CEYLAN, s.85, s.99, s.110.

- [8] NOMER Haluk Nami/AKBULUT Pakize Ezgi, Medeni Hukuku Giriş Dersleri-Bölüm I, İstanbul 2016.
- [9] OĞUZMAN M. Kemal/BARLAS Nami, Medeni Hukuk-Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar, İstanbul 2015.
- [10] OKUMUŞ Tuba, Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Sebebiyle Boşanma, Erzincan 2012.
- [11] ÖZCAN ÇELİK Berna, Genel Boşanma Sebebi Olarak Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması, Ankara 2015.

Rehin Sözleşmesinin 10 Gün İçinde Ticaret Siciline Tescil Edilmemesinin Sonuçları İle İlgili Karar Analizi*

Analysis of the Judgment on Consequences of Failure to Register Decisions on the Trade Register within Ten Days of a Pledge Agreement

Gizlem TURAN*

(Yargıtay 19. HD'nin 25.10.2001 tarihli 2001/4898 E. 2001/6805 K. Sayılı kararı)

DAVA: Taraflar arasındaki sıra cetveline itiraz davasının yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın reddine yönelik olarak verilen hükmün süresi içinde davacı banka vekilince temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü.

KARAR: Davacı vekili, borçluya ait menkul malların satışından sonra düzenlenen sıra cetvelinde davalıya pay ayrıldığını, davalı lehine düzenlenen ticari işletme rehni sözleşmesinin 10 gün içinde sicile kaydedilmemesi nedeniyle geçersiz olduğunu, bu nedenle davalıya pay ayrılmaması gerektiğini ileri sürerek sıra cetvelinin iptaline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili sözleşmenin, yapıldığı tarihten itibaren (10) gün içinde tescil işleminin yapılmamasının rehni geçersiz kılmayacağını, sözleşme ile ticari işletme rehninin doğacağını belirterek şikâyetin reddini istemiştir.

Mercii Hâkimliğince iddia, savunma ve toplanan delillere göre (10) gün içinde tescilin yapılmamasının ticari işletme rehninin hükümsüzlüğü sonucunu doğurmayacağı, ancak tescil yapılmadan rehin konusu şeyler üzerinde hak iktisap edenlere karşı ileri sürülemeyeceği, davacının sıraya yönelik itirazının haklı olmadığı gerekçesiyle şikâyetin reddine dair verilen

**(Arş. Gör.) İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı*

karar davacı vekilince temyiz edilmiştir.

Davalı lehine ticari işletme rehni 24.7.1997 tarihinde tesis edilmiş olup, rehin sözleşmesi sicile 8.10.1997 tarihinde tescil olunmuştur.

Ticari İşletme Rehni Kanununun 5/2.maddesine göre, yapılmış rehin sözleşmesi düzenlemeyi takip eden (10) gün içinde ticari işletmenin kayıtlı bulunduğu ticaret siciline tescil edilmelidir.

Hükümde öngörülen süreden sonra yapılan tescilin geçerli olup olmadığı konusunda öğretide değişik görüşler ileri sürülmüştür.

Bir görüşe göre anılan hüküm emredici nitelikte olmadığından (10) günlük süreden sonra yapılan tescilde geçerlidir. Ancak rehin sözleşmesinin yapılmasından tescile kadar geçecek sürede hak iktisap edenlere karşı ileri sürülmesi olanaklı değildir. (Oğuz, İmregün Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri, İstanbul 1989 s.21; Sabih Arhan: Ticari İşletme Hukuku Ankara 2001 s.49; Sıtkı Akyazan: Ticari İşletme Rehni, Batider 6976/VIII-4 s.68). Diğer görüşe göre, kanunun anılan hükmü emredici nitelikte olup tescil talebinin mutlaka (10) gün içinde yapılması gerekir (Seza, Reisoğlu: Ticari İşletme Rehni ve Uygulamada Ortaya çıkan sorunlar Ankara 1977; Ali Erten: Bankacılık Uygulamasında Ticari İşletme Rehni Ankara 2001 s.38; Erhan Türker: Ticari İşletme Rehni Eskişehir 1981 s.87; Şaban Kayıhan: Ticari İşletme Rehni İstanbul 1996, s.41; Erzan Erzurumluoğlu: Ticari İşletme Rehni, ABD 1977/3 s.435).

Hükümde öngörülen (10) günlük süre, üçüncü kişileri korumak ve ticari işletme sahibinin, daha önceden muvazaa yoluyla düzenleteceği rehin sözleşmesini, işlerinin bozulması halinde tescil ettirerek alacaklılardan mal kaçırmamasını önlemek amacıyla kabul edilmiştir (Kanun gerekçesi). Hükümün konuluş amacı gözetildiğinde (10) günlük süreden sonra yapılan tescillerin hukuki sonuç doğurmayacağı kabul edilmelidir. Mercii Hâkimliğince, bu yönler gözetilerek şikâyetin kabulüne karar vermek gerekirken, yazılı gerekçeyle reddinde isabet görülmemiştir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle kararın BOZULMASINA, peşin harcın istek halinde iadesine, 25.10.2001 gününde oybirliğiyle karar verildi.

OLAYIN ÖZETİ:

Davacı taraf, ticari işletme rehni sözleşmesinin, sözleşmenin geçerlilik şartı olan 10 günlük süre içinde ticaret siciline tescil edilmediğinden dolayı davalı tarafa sıra cetvelinde pay ayrılmaması gerektiğini iddia etmektedir. Bu nedenle, davalıya sıra cetvelinde pay ayrılmamasını ve sıra cetvelinin iptaline karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı vekili ise ticari işletme rehni sözleşmesinin yapılmasının ardından 10 gün içinde sicile tescil edilmemesinin rehin sözleşmesini geçersiz kılmayacağını belirterek davanın reddini talep etmiştir.

Taraflar arasında ticari işletme rehni; 24.07.1997 tarihinde akdedilmiş olup sözleşme sicile 08.10.1997 tarihinde tescil olmuştur.

MERCİLERİN GÖRÜŞÜ:

Merci Hâkimliği; taraflar arasında akdedilen ticari işletme rehni sözleşmesinin 10 günlük süre içinde ticaret siciline tescil edilmemesinin, sözleşmenin geçersizliğine yol açmayacağını belirterek davacının sıraya yönelik itirazının haklı olmadığı gerekçesiyle şikâyetin reddine karar vermiştir.

Şikâyetin reddi kararı üzerine davacı vekilince temyiz edilen karar Yargıtay ilgili Hukuk Dairesine gönderilmiştir. Yargıtay; ticari işletme rehni sözleşmesinin yapıldığı tarihten itibaren 10 günlük süre içinde ticaret siciline tescil edilmesi gerektiğini, aksi hâlde rehin sözleşmesinin geçersiz olacağını belirterek Merci Hâkimliğince şikâyetin kabulüne karar vermek gerekirken, reddi yönünde karar verilmesini isabetli görmemiştir. Yargıtay bu nedenle hükmün BOZULMASINA karar vermiştir.

HUKUKİ PROBLEM:

Dava konusu uyuşmazlıkta hukuki problem; ticari işletme rehni sözleşmesinin akdedildiği tarihten itibaren 10 günlük süre içinde ticaret siciline tescil edilmemesinin rehin sözleşmesinin geçerliliğine etki edip etmeyeceği ile ilgilidir.

İlgili sorun; TİRK md. 5/2 hükmünde yer alan ve yapılan rehin sözleşmesinin düzenlemeyi takip eden 10 gün içinde ticari işletmenin

kayıtlı bulunduğu ticaret siciline tescil edilmesini belirten maddenin yorumundan kaynaklanmaktadır.

Merci Hâkimliği; hükümde belirtilen 10 günlük sürenin emredici hüküm olmadığını, bu nedenle 10 günlük süre geçirilmiş olsa da ticari işletme rehni sözleşmesinin ticaret siciline tescil edilebileceğini belirtmektedir.

Yargıtay ise 10 günlük sürenin hukuki akıbeti hakkında doktrinde iki farklı görüşün olduğunu, ancak hükümde öngörülen 10 günlük sürenin 3. kişileri korumak ve ticari işletme sahibinin daha önceden muvazaa yoluyla düzenleteceği rehin sözleşmesini, işlerinin bozulması hâlinde tescil ettirerek alacaklılardan mal kaçırmasını önlemek amacıyla kabul edildiğini, bu nedenle 10 günlük sürenin emredici nitelikte olduğunu belirtmektedir.

HUKUKİ SORUN HAKKINDAKİ DEĞERLENDİRMELERİM VE GÖRÜŞLERİM

Yargıtay Kararına konu olan uyuşmazlıkta tartışmalı olan husus ticari işletme rehni sözleşmesinin 10 günlük süre içinde ticaret siciline tescil edilmemesi durumunda rehni sözleşmesinin akıbetinin ne olacağı ile ilgilidir (TİRK. 5/2).

İlgili sorunun çözümü 10 günlük sürenin emredici mi yoksa düzenleyici nitelikte mi bir hüküm olduğu ile ilgilidir. 10 günlük sürenin emredici hüküm olarak kabul edilmesi durumunda ilgili sürenin geçirilmesi hâlinde rehin sözleşmesi geçersiz olacaktır. Belirtilen sürenin düzen hükmü olarak kabul edilmesi durumunda ise sürenin geçirilmiş olması rehni sözleşmesinin geçersizliğine yol açmayacaktır. Yargıtay ilgili konu hakkındaki birçok uyuşmazlıkta 10 günlük sürenin emredici nitelikte olduğunu ve bu nedenle ilgili sürenin geçirilmiş olması durumunda rehni sözleşmesinin geçersiz olacağı yönünde karar vermiştir (Aynı yönde bkz. Yargıtay 19. HD.'nin 26.09.2003 tarih 2003/5837 E. 2003/8884 K. sayılı kararı). Doktrinde de bazı yazarlar 10 günlük sürenin emredici nitelikte olduğunu ve ilgili süre geçirildikten sonra tarafların aralarında yapmış oldukları rehni sözleşmesinin geçersiz olduğunu belirtmektedir¹. Bazı yazarlar ise 10 günlük sürenin emredici nitelikte olmadığını, ilgili süre geçirilmiş olsa

¹ Seza REİSOĞLU, *Ticari İşletme Rehni ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar*, Ankara, İlksan Matbaası, 1977, s.7.

da tarafların rehin sözleşmesini ticaret siciline tescil ettirebileceklerini belirtmektedir². Bu görüşte olan yazarlar taraf iradelerine üstünlük tanıma ve Borçlar Hukuku yorum kuralları uyarınca geçerli olan işlem geçerliliğine yönelik yorum yapma ilkeleri uyarınca da 10 günlük sürenin düzen hükmü niteliğinde olduğu yönünde yorum yapılması gerektiğini belirtmektedir.

Kanaatimce; sicile tescil için öngörülen on günlük süre emredici nitelikte değildir. Bu nedenle ilgili süre geçirilmiş olsa da taraflar sözleşmenin sicile tescilini talep edebileceklerdir. Zira kanunda ilgili sürenin hak düşürücü süre ya da zamanaşımı süresi olduğu ile ilgili hiçbir ibareye yer verilmemiştir. On günlük sürenin emredici nitelikte olduğunu kabul etmek tarafların menfaatleri açısından da olumsuz sonuçlar doğurabilecektir. Sürenin kaçırılmış olması durumunda taraflar yeni bir sözleşme düzenlemek zorunda kalacak ve bu da tarafların tekrar aynı masrafları yapmaları sonucunu doğuracaktır.

KAYNAKÇA

POROY Reha/

YASAMAN Hamdi:

Ticari İşletme Hukuku, 15. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2015.

REİSOĞLU Seza:

Ticari İşletme Rehni ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar, Ankara, İlksan Matbaası, 1977.

ÜLGEN Hüseyin/

HELVACI Mehmet/

KENDİGELEN Abuzer/

KAYA Aslan/

NOMER ERTAN Füsun:

Ticari İşletme Hukuku, 8. bs., İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, 2015.

² Abuzer KENDİGELEN (Hüseyin ÜLGEN v. d.) ,**Ticari İşletme Hukuku**, 8. bs., İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, 2015, s. 243, Reha POROY/Hamdi YASAMAN, **Ticari İşletme Hukuku**, 15. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2015, s. 65.

Çalışma Koşullarında Değişiklik ve İş Sözleşmesinin Feshiyle İlgili Yargıtay Karar Tahlili

Review of the Supreme Court Decision on Amendments about Changing Conditions of Work and Termination of Labour Contract

Melis KUTLU*

A. İnceleme Konusu Karar

YARGITAY

9. Hukuk Dairesi

Esas No. :2014 / 4238

Karar No. :2015 / 15421

Karar Tarihi. :28.04.2015

DAVA :Davacı, kıdem tazminatı ile fazla mesai ücreti, genel tatil ücreti, yıllık izin ücreti ve ücret alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkemece, davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Hüküm, süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR

A-) Davacı İsteminin Özeti

Davacı, davalı işyerinde güvenlik görevlisi olarak çalıştığını, dördüncü Levent' te oturduğunu ve Esenyurt' ta görevlendirildiğini, yeni görev yerine gitmek için en az 3 vasıta değiştirmesi gerektiğini ileri sürerek, iş şartlarında aleyhe değişiklik nedeniyle iş sözleşmesini haklı nedenle

* (Arş. Gör.), İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş Hukuku Anabilim Dalı

feshettiğini belirterek, kıdem tazminatı ile fazla çalışma, genel tatil, yıllık izin ve ödenmeyen ücret alacaklarını istemiştir.

B-) Davalı Cevabının Özeti

Davalı, davacının sözleşme ile görev yeri değişikliğini kabul etmesine rağmen yeni yerde çalışmaya gitmediğini savunarak, davanın reddini istemiştir.

C-) Yerel Mahkeme Kararının Özeti

Mahkemece, toplanan kanıtlar ve bilirkişi raporuna dayanılarak, sözleşmede nakil yetkisi bulunması nedeniyle, davacının iş akdini feshetmekte haksız olduğu gerekçesi ile kıdem tazminatı yönünden davanın reddine, diğer alacaklar açısından kısmen kabulüne karar verilmiştir.

D-) Temyiz

Kararı davacı temyiz etmiştir.

E-) Gerekeçe

- 1-) Dosyadaki yazılara, toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre davacının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan diğer temyiz itirazlarının reddine,
- 2-) Taraflar arasında uyuşmazlık, çalışma koşullarında işçi aleyhine esaslı değişiklik olup olmadığı noktasında toplanmaktadır

Somut olayda, güvenlik görevlisi olan davacının Mecidiyeköy' de çalıştığı, işverence Esenyurt' ta görevlendirildiği ancak, davacının uzak olduğu ve yol ücreti verilmediği için görevlendirmeyi kabul etmediği anlaşılmaktadır. Davacının iş şartlarının aleyhe değiştirildiği açıktır. Her ne kadar sözleşmede, işverenin İstanbul sınırları içinde çalıştıracağı yeri tayin edeceği belirtilmişse de, işverenin nakil yetkisini yukarıda açıklanan maddi ve hukuki olgular göz önünde tutulduğunda, objektif olarak kullandığı söylenemez. Bu nedenle davacının iş akdini feshi haklı olduğundan, kıdem tazminatının kabulü gerekirken reddine karar verilmesi isabetsizdir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı nedenlerden dolayı **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 28.04.2015 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

B. OLAYIN ÖZETİ :

Dördüncü Levent' te oturan davacı, davalı işveren tarafından görev yerinin Esenyurt' a değiştirilmesi nedeniyle, iş sözleşmesinde aleyhine esaslı değişiklik yapıldığı ve bu nedenle iş sözleşmesini haklı sebeple feshettiğini iddia ederek kıdem tazminatı, fazla çalışma, genel tatil, yıllık izin ve ödenmeyen ücret alacaklarının hüküm altına alınmasını istemek suretiyle dava açmıştır. Davalı işveren ise, davacı işçinin işyeri değişikliğini imzaladığı iş sözleşmesinde kabul ettiği iddiası ile davanın reddini talep etmiştir.

C. MERCİİ KARARLARI:

I. Yerel Mahkeme Kararı;

Yerel mahkeme, iş sözleşmesi uyarınca davalı işverenin, işçiyi nakil yetkisine sahip olduğu gerekçesi ile davacı işçinin haksız fesih yaptığına ve kıdem tazminatı için davanın reddine, diğer alacaklar için davanın kısmen kabulüne karar vermiştir.

II. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Kararı;

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, davacının temyiz itirazlarını dikkate alıp, davacının haklı nedenle fesih yaptığına hükmederek kararı bozmuştur.

D. HUKUKİ SORUN:

Yukarıda verilen olay ve yargı merciilerinin kararları incelendiği zaman tartışılması gereken temel hukuki sorun, işçinin işyeri değişikliğinin, iş sözleşmesinde esaslı değişiklik teşkil edip etmeyeceği ve kıdem tazminatına hak kazanıp kazanamayacağıdır.

E. KARARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

4857 sayılı İş Kanununun 22.maddesindeki, “ İşveren, iş sözleşmesiyle veya iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ya da işyeri uygulamasıyla oluşan çalışma koşullarında esaslı bir değişikliği ancak durumu işçiye yazılı olarak bildirmek suretiyle yapabilir. Bu şekilde uygun olarak yapılmayan ve işçi tarafından altı işgünü içinde yazılı olarak kabul edilmeyen değişiklikler işçiyi bağlamaz. İşçi değişiklik önerisini bu süre içinde kabul etmezse, işveren değişikliğin geçerli bir nedene dayandığını veya fesih için başka bir geçerli nedenin bulunduğunu yazılı olarak açıklamak ve bildirim süresine uymak

suretiyle iş sözleşmesini feshedebilir. İşçi bu durumda 17 ila 21 inci madde hükümlerine göre dava açabilir.” şeklindeki düzenleme, çalışma koşullarındaki değişikliğin normatif dayanağını oluşturur.¹ Bu düzenleme uyarınca işçi, işverenin esaslı değişiklik önerisini altı iş günü içinde yazılı olarak kabul ederse iş ilişkisi, işverenin önerisine uygun yeni çalışma koşullarıyla devam eder. Yazılı öneri (icap) ve süreye bağlı yazılı kabul, değişiklik sözleşmesinin geçerlilik koşuludur. Kabul beyanının yazılı olması ile işçinin değişikliği kabul iradesinin tereddüde yer vermeyecek şekilde açık olması sağlanmakta ve işçinin razı olmadığı bir değişikliği zımnen kabul ettiği iddiasının önüne geçilmektedir. Böylece, değişiklik önerisi karşısında işçinin suskunluğu, eski İş Kanunu döneminde olduğu gibi zımni kabul anlamına gelmeyecek, aksine altı işgünlük süre içinde suskun kalması, önerinin reddi anlamını taşıyacaktır.²

Çalışma koşullarının değişikliğinden söz edebilmek için öncelikle bu koşulların neler olduğu ortaya koyulmalıdır. Çalışma koşullarında esaslı değişiklik oluşturan haller konusunda kesin ve mutlak ölçülerin belirlenmesi mümkün değildir. Bu durumda her somut olayın özelliği, göz önünde tutulmak suretiyle işçi aleyhine esaslı değişiklik olup olmadığı saptanmalıdır. Yargıtay kararlarına bakıldığında esaslı değişiklik kavramının temel ölçüt olarak, genellikle çalışma koşulları açısından işçinin durumunun ağırlaştırılmasının esas alındığı gözlenmektedir. Genel olarak düşünülecek olursa işçinin ücretinde değişiklik, işin niteliğinde değişiklik, işyeri değişikliği ve işçinin çalışma saatlerinde değişiklik çalışma koşullarında esaslı değişiklik yaratan durumlardır.³ Bunlara ek olarak, ödenecek ücret ekleri, ara dinlenmesi, evlenme, doğum, öğrenim, gıda, maluliyet, ölüm yardımı gibi sosyal yardımlar da çalışma koşulları arasında yerini alır. İşçiye özel sağlık sigortası yapılması ya da işverence primleri ödenmek kaydıyla bireysel emeklilik sistemine dahil edilmesi de, çalışma koşulları kavramına dahildir.⁴

Taraflar iş akdinde işçinin çalışacağı işyerini belirlemişlerse, işçinin onayı olmadıkça işveren, işyerini değiştiremez, onu başka bir işyerine

¹ Dr. Mustafa KILIÇOĞLU/ Av. İlayda KILIÇOĞLU ADA, 2016 En Son Değişikliklerle Şerhli İş Kanun Yorumu ve Yargıtay Uygulaması, 4. Baskı, Ocak 2016, s. 621

² Prof. Dr. Sarper SÜZEK, İş Hukuku, 10. Baskı Eylül 2014, s. 674-675

³ Prof. Dr. Sarper SÜZEK, a.g.e., s. 665

⁴ KILIÇOĞLU/ADA, a.g.e., s. 627

nakledemez. Bu yönde bir hüküm bulunmaması halinde işçinin durumunu ağırlaştırmamak koşuluyla aynı il sınırları içindeki işyeri değişiklikleri kural olarak işçi aleyhine esaslı değişiklik sayılmaz. Ancak, işyerine geliş gidiş masraflarını işveren karşılamayı üstlenmiş olsa bile, işçinin yolda çok daha fazla zaman harcamasını gerektiriyorsa ve dinlenme için ayırabileceği saatleri sınırlıyorsa, aleyhe esaslı değişiklik olarak kabul edilebilir.⁵ Buna karşılık, yüksek mahkeme işverenin gidiş gelişlerde işçiye servis olanağı sağlamasını işçi aleyhine değişiklik iddiasını reddetmek açısından yeterli bulmuştur. ⁶ İşçinin il sınırları dışındaki bir işyerine nakledilmek istenmesi, esaslı bir değişiklik sayılır ve İş Kanununun 22. maddesi hükümlerine tabi olur. İşyerinin il sınırları dışında başka bir yere taşınması halinde de aynı yönde düşünmek gerekir.

Çalışma yeri bakımından yer değiştirme kayıtları, işverenin işçiyi ihtiyaca göre başka işyerlerinde görevlendirebilmesine olanak veren kayıtlar olması bakımından önemlidir. Bu kayıtların geçerliliği değerlendirildiğinde, sözleşme serbestisi ilkesi ve çalışma yaşamının gerekleri dikkate alındığında, belirli sınırlar dahilinde bu tür kayıtların geçerli kabul edileceği söylenebilecektir. Mevcut sistem incelendiğinde, İş Kanununun 22. maddesi çerçevesinde çalışma koşullarında değişikliğin oluşabilmesi için, öyle bir değişiklik konusunda işverene daha önceden verilmiş bir yetkinin bulunmaması gerekir. Eğer iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesi ya da bir yasa hükmü ile işveren o konuda değişikliğe yetkili kılınmışsa, somut olarak değişiklik yapılırken İş Kanununun 22. maddesindeki usule uyma zorunluluğu bulunmayacaktır.⁷ Sonuç olarak, işçinin işyerinin değiştirilmesine ilişkin kayıtlar geçerlidir. Bununla birlikte, işçinin sırf cezalandırılması veya sözleşmeyi feshe zorlanması amacıyla böyle bir kaydın kullanımı veya objektif olarak gerekli bulunmadığı halde uzun yıllar yaşamını temellendirdiği kentten başka bir kente görevlendirilmesi, dürüstlük kurallarına aykırılık veya hakkın kötüye kullanılmasını oluşturabilecektir.

4857 sayılı İş Kanununun 22. maddesindeki düzenleme getirilmeden önce 1475 sayılı İş Kanunu döneminde işveren, çalışma koşullarında işçi aleyhine tek taraflı esaslı değişiklik yaptığında, işçi ya bu değişikliği

⁵ Prof. Dr. Sarper SÜZEK, a.g.e., s. 669

⁶ Y9HD, 25.3.2010, 21806/8074

⁷ Prof. Dr. Şükran ERTÜRK, *İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Pratik Çalışmaları*, 4.baskı, 2014, s.100-101

açık veya örtülü rızasıyla kabul ediyor ya da iş akdini haklı nedenle feshedebiliyordu. Ancak, iş akdini feshettiği takdirde kıdem tazminatına hak kazanmakla birlikte, ihbar tazminatı ve sözleşmenin işverence feshinden doğan hakları talep edemiyordu. 4857 sayılı İş Kanununda öngörülen 22. madde hükmüyle, işçinin çalışma koşullarında esaslı değişikliği kabul etmemesi halinde işveren, ya bu değişikliği yapmamak ya da iş akdini feshetmek zorunda kalmaktadır. Böylece işçi, sadece kıdem tazminatı değil, sözleşmenin işverence feshine bağlanan bütün hakları isteyebilmekte, ihbar tazminatı yanında iş güvencesi hükümlerinden yararlanarak koşulları varsa feshin geçersizliğini ve işyerine iadeyi talep edebilme olanağını elde etmektedir. ⁸ Her ne kadar 4857 sayılı Kanunun 22. maddesinde, çalışma koşullarında esaslı değişiklik sebebiyle işçinin iş sözleşmesini haklı olarak feshedebileceği öngörülmemiş olsa da çalışma koşullarının değiştirilmesi aynı zamanda koşulların uygulanmaması anlamına da geldiğinden, aynı Yasanın 24. maddesinin (II-f) bendinde belirtilen hal, işçinin haklı nedenle fesih nedenleri arasında sayılmıştır. Bu durumda işçinin ihbar tazminatı talep hakkı doğmasa bile kıdem tazminatı ödenmelidir. Bununla birlikte, çalışma koşullarında esaslı değişikliği kabul etmeyen işçinin iş sözleşmesinin işverence feshi halinde, ihbar ve kıdem tazminatlarını talep hakkı doğmaktadır. ⁹

Somut olayda davacı işçinin, işverence değiştirilen yeni işyerine kendi imkanları ile üç vasıta değiştirerek ulaşabileceği, servis sağlanmadığı ve ilave yol ücretinin de verilmediği gibi dinlenme süresinin de azalarak sınırlandırıldığı görüldüğünden, sözleşme koşullarında yapılan esaslı değişikliğin iyi niyete ve dürüstlük kurallarına uygun olduğundan söz edilemez. Aynı zamanda davalı işveren her ne kadar, davacının işyeri değişikliğini kabul ettiğini iddia etmiş ise de, davacı işçinin altı işgünü içinde değişikliği kabul ettiğine dair ibraz ettiği yazılı bir delili yoktur. Davacı işçi, İş Kanunu madde. 24/ II-f de ki, “ücretin parça başına veya iş tutarı üzerinden ödenmesi kararlaştırılıp da işveren tarafından işçiye yapabileceği sayı ve tutardan az iş verildiği hallerde, aradaki ücret farkı zaman esasına göre ödenerek işçinin eksik aldığı ücret karşılanmazsa, yahut çalışma şartları uygulanmazsa.” hükmü uyarınca, işçinin işyerinin değiştirilmesi ile çalışma şartları uygulanmadığından iş sözleşmesini haklı nedenle derhal fesih hakkına sahiptir ve kıdem tazminatına hak kazanmaktadır. Tüm bu sebeplerle Yargıtay’ın bozma kararı yerindedir.

⁸ Sarper SÜZEK, a.g.e., s. 663

⁹ KLIÇOĞLU/ADA, a.g.e., s. 632

İşkence Tehdidi ile Ulaşılan Maddi Bulguların Delil Olarak Değerlendirilmesine İlişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Karar Tahli (Gäfgen v. Almanya)

Analysis of the European Court of Human Rights Case Law (Gäfgen v. Germany) on the Issue of Admissibility of Evidence Obtained Under Threat of Torture

Pınar PALABIYIK*

Giriş

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) Büyük Dairesi tarafından hükme bağlanan *Gäfgen v. Almanya* ¹davası, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) kötü muamele yasağını düzenleyen 3. Maddesi ve adil yargılanma hakkını güvence altına alan 6. madde ihlallerine ilişkin bir dönüm noktası olarak kabul edilmektedir. Dava, şüpheliden kötü muamele yoluyla alınan ikrar üzerinden ulaşılan delillerin, ceza yargılamasında ikrarı teyit amaçlı kullanımı ve adil yargılanma hakkı arasındaki ilişkiyi inceler. İşkence, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele yasağının kodifiye edildiği 3. madde kapsamında yasaklanan fiillere maruz bırakma tehdidinin tek başına Madde 3 ihlali teşkil edip etmeyeceği sorusunun da cevaplandığı *Gäfgen v. Almanya*, Mahkeme'nin 3. ve 6. maddelerinin koruma kapsamına ilişkin yorumunu dönüştüren bir emsal niteliğindedir. İşkence, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele yoluyla ulaşılan delillere dayanarak hüküm kurma yasağı, yalnız 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda değil, Kanun'un büyük ölçüde temel alındığı Alman düzenlemelerinde de mevcuttur. 3. madde ile korunan kötü muameleye maruz kalmama hakkı bireye mutlak bir güvence sağlar.² Mutlak güvence, kötü muamele yasağının savaş zamanı veya olağanüstü hallerde dahi askıya alınamayacağını teyit ederek, yasağın koşul ve istisnalara bağışık

* Uluslararası Kamu Hukuku Anabilim Dalı

¹ *Gäfgen v. Almanya*, Başvuru 22978/05, 1.6.2010, Kararın İngilizce (orijinal) metni için bkz: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-99015>

² Bakınız, *Ado ve Grief*, 9 EJIL 510 (1998); a.e. 23 ELR 17B (1998); *McBride*, 25 ELR 31 (2000).

niteliğini somutlaştırır. Hakkın sağladığı koşulsuz koruma ise, devletin Madde 3 nezdinde taşıdığı negatif ve pozitif yükümlülüğü tekil durumların vahametinden bağımsız olarak baki kılar.

AİHM Büyük Dairesi *Gäfgen v. Almanya* kararında, yukarıda kısaca değinilen tutumunu korumuş, 3. kişinin yaşam hakkına yönelik ağır bir tehdidin varlığı anında dahi kötü muamele yasağına bir istisna alanı yaratılmayacağına altını çizmiştir. Mahkeme esasa ilişkin değerlendirmesinde ilk olarak kişiye yöneltilen işkence tehdidini Madde 3 ile yasaklanan insanlık dışı muamele olarak nitelemiş, muamelenin bir çocuğun yaşam hakkına yönelen tehdide rağmen haklı bulunamayacağına hükmetmiştir. Mahkeme 6. maddenin ihlal edildiğine yönelik iddiayı ise, işkence tehdidi altında alınan ikrara bağlı olarak ulaşılan delillerin, cezai bir hükmün tesisine dayanak oluşturup oluşturmayacağı düzleminde ele almıştır.

Gäfgen v. Almanya kararı çerçevesinde değerlendirilen hükümler; “hiç kimse işkenceye, insanlık dışı ya da aşağılayıcı ceza veya işlemlere tabi tutulamaz”³ şeklinde düzenlenen Madde 3 ve “herkes... cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini istemek hakkına sahiptir...”⁴ düzenlemesini getiren Madde 6’dır.

Bu kısa tahlil, kötü muamele ve delil yasaklarına ilişkin genel bir çerçeve çizmek yerine; *Gäfgen v. Almanya* kararı ile AİHM içtihadının bir parçası haline gelen yeniliklere odaklanacaktır. Bu doğrultuda ilk olarak olgular ve ulusal yargı mercilerinin görüşleri sunulacak, ikinci olarak ise Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin argümanları incelenecektir. Son bölümde ise karara ilişkin kendi görüşlerim ve AİHM’in gelecekte izlemesi gerektiğini düşündüğüm yola kısaca değinilecektir.

Olaylar

Başvurucu Magnus Gäfgen (MG) genç bir hukuk fakültesi öğrencisidir. 27.9.2002 tarihinde Frankfurt’da ikamet eden varlıklı bir ailenin oğlu olan on bir yaşındaki Jakob von Metzler’i (JM) kaçıırarak öldürmüş,

³ ECHR Article 3 [Türkçe Metin] http://www.echr.coe.int/documents/convention_tur.pdf

⁴ ECHR Article 6 [Türkçe Metin] http://www.echr.coe.int/documents/convention_tur.pdf

cesedini ise Frankfurt'tan yaklaşık bir saat uzaklıkta bulunan bir özel mülk içerisindeki iskelenin altına gizlemiştir.⁵ Olayın bir kaçırma olarak görülmesini isteyen MG'nin hazırladığı fidye notunda, çocuğu kaçırılanların talep ettikleri parayı alıp, ülke sınırlarından çıktıklarında ailenin çocuğu yeniden görebileceği yazılmıştır. Polisin gerekli tedbirleri alarak izlediği fidye-rehine değişimi sonucu polis gözetimi altına alınan MG, Frankfurt havaalanında yakalanmıştır.⁶ Polis başvurusunun dairesinde hukuka uygun olarak yaptığı arama sonucu, MG'nin fidye olarak aldığı paranın bir kısmı ile suç planına ilişkin notlar bulmuş ve bunlara el koymuştur. Bu sırada MG, polisler kendisine yardım eden kişiler olduğu ve JM'yi göl kenarında bir kulübede tuttuklarını söylemiştir. MG'nin açıklaması üzerine soruşturmada görevli polis memurları, çocuğun yerini söylemekten kaçınması halinde başvuru MG'nin bedensel iz bırakmayan, acılı bir fiziksel müdahaleye maruz kalacağı tehdidinde bulunmuşlardır. Başvurucunun iddiasına göre aynı memurlar, MG'yi cinsel saldırı ile de tehdit etmiş, göğsüne vurmuş ve başını duvara çarpmıştır. Hükümet ise başvurusunun fiziksel saldırıya maruz kaldığı ve cinsel saldırı ile tehdit edildiği iddialarını reddetmiştir. MG, kendisine yöneltilen tehditler sonucunda JM'yi öldürdüğünü ve cesedini sakladığı yeri açıklamıştır. Başvurucunun beyanı üzerine polislerle beraber cesedin bulunduğu iskeleye götürülen MG, cesedin tam yerini de polislerin emri ve fiziksel müdahaleleri sonucunda açıkladığını iddia etmiş, hükümet ise bu iddiaları reddetmiştir.⁷

Polisin yaptığı inceleme sonucunda, cesedin bulunduğu iskelenin etrafında MG'nin arabasına ait lastik izleri bulunmuştur. MG, aleyhinde toplanan deliller üzerine JM'yi kaçırıp öldürdüğünü ikrar etmiş, 4 Ekim 2002'de polise; 4, 14 ve 17 Ekim 2002 tarihlerinde savcıya verdiği ifadelerde ve 30 Ocak 2003 tarihinde bir yargıç tarafından yapılan sorgusunda, 1 Ekim 2002 tarihli ikrarını teyit etmiştir.⁸

Ulusal Yargılama Mercilerinin Görüşleri

Frankfurt Bölge Mahkemesi'nde (FBM) 2003 tarihinde yapılan yargılamanın ilk duruşmasında MG, davanın görülmesine devam edilmemesi için ilk

⁵ Gäfgen v. Almanya, Başvuru 22978/05, 1.6.2010, Kararın İngilizce (orijinal) metni için bkz: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-99015>

⁶ Gäfgen v. Almanya, §10-13

⁷ Gäfgen v. Almanya, §14-17.

⁸ Gäfgen v. Almanya, §22.

⁹ "to discontinue the criminal proceedings"

başvurusunu yapmış, bu talebini muhakemede kullanılan ikrarın kendisine yöneltilen fiziksel acı ve cinsel saldırı tehditleri sonucu alındığı iddiasına dayandırmıştır. MG maruz kaldığı muamelenin, Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CCP) 136a maddesi¹⁰ ve AİHS'nin 3. maddesini ihlal ettiği gerekçesiyle, ulusal ve uluslararası hukuk metinlerine aykırı yöntemlerle elde edilen delillere dayanan iddianamenin iadesini talep etmiştir. MG ayrıca maruz kaldığı kötü muamelenin etkileri sürerken (Fortwirkung) soruşturma makamlarına verdiği ifadelerin de ceza yargılamasında kullanılmayacağını iddia etmiştir. CCP 136a maddesine aykırı elde edilen ifadesi yoluyla erişilen bulguların ise, "hukuka aykırı delilin uzak etkisi ve dışlama kuralı" (Fernwirkung) gereği, kullanılması yasak deliller arasında sayılarak, değerlendirme dışı bırakılmasını talep etmiştir.¹¹

FBM yargılama sonucunda MG'nin ağır fiziksel acı tehdidine maruz kaldığına karar vermiş; ancak başvurusunun cinsel saldırıyla tehdit edildiği ve fiziksel şiddete maruz kaldığı iddialarını kabul etmemiştir. FBM işkence tehdidine ilişkin hukuki değerlendirmesini CCP m.136a, Alman Anayasası m.115 ve m.104/1¹² ile AİHS m.3 üzerinden yapmış, başvurusunun maruz kaldığı muamelenin anayasal bir güvence olan kötü muamele yasağını ihlal ettiği sonucuna varmıştır. Bu tespite rağmen FBM, ihlalin ceza kovuşturmasının yapılmasına engel teşkil etmeyeceğini savunmuş ve iddianamenin iadesi talebini reddetmiştir.¹³

FBM ifade ve sorgu yasaklarının ihlal edildiğini hükme bağlamış olmasına rağmen, yargılama sürecinde sanığın savunma hakkının, adil yargılanma güvencesi ve hukukun üstünlüğü ilkesini zedeleyecek derecede sınırlandırılmadığı tespitinde bulunmuştur. Bu tespit üzerinden, Alman Bölge Mahkemesi'nin somut olay bazında tehlike altında olan yaşam

¹⁰ "(1) Şüpheli veya sanığın karar verme ve iradesini açığa vurma özgürlüğü işkence, kötü muamele, fiziksel müdahale, yorma, ilaç verme, aldatma ve hipnozla engellenemez. Zor kullanma ancak kanunun izin verdiği hallerde mümkündür. Şüpheli veya sanığı ceza muhakemesi kanununun izin vermediği eylemlerle tehdit etmek veya yasayla öngörülmemiş bir menfaat vaadinde bulunmak yasaktır.

(2) Şüpheli veya sanığın belleğini veya belirli bir durumu anlama ve kabul etme (Einsichtsfähigkeit) yeteneğini zayıflatan eylemler yasaktır.

(3) Bu maddenin (1) ve (2). fıkralarındaki yasaklar, şüpheli veya sanık [yapılması düşünülen eyleme] rıza göstermiş olsa dahi uygulanır. Bu yasağa aykırı olarak alınan ifadeler, şüpheli veya sanık bunların kullanılmasına rıza gösterse dahi, [delil olarak] kullanılamaz.

¹¹ Gäfgen v. Almanya, §24, 25

¹² "Tutulmuş kişiler, maddi veya manevi kötü muameleye tabi tutulamaz."

¹³ Frankfurt LG – Bölge Mahkemesi, 23 Strafverteidiger 327, 2003.

hakkına ilişkin menfaati, adil yargılanma hakkının koruduğu hukuksal değere üstün tutan bir tutum içerisinde olduğu söylenebilir.

FBM, başvuruçunun işkence tehdidi altında verdiği ifade ve bu ifade yoluyla elde edilen maddi bulguların değerlendirme dışı bırakılması gerektiğine ilişkin iddiasını ise CCP 136/a(3) çerçevesinde ele almıştır. MG'nin kolluk görevlileri, savcılık ve sorgu yargıcı önünde verdiği beyanların ifade ve sorgu yasaklarını ihlal ettiğine kanaat getiren Bölge Mahkemesi, bu delillerin ceza yargılaması dışında bırakılmaları gerektiğine hükmetmiştir. FBM'nin hükmü çerçevesinde dışlanan deliller¹⁴yalnız kötü muamele tehdidi altında polis memurlarına verilen ifadeyi değil, CCP 136a ihlalinin devam eden etkisi altında soruşturma mercileri ve sorgu hâkimine verilen tüm beyanları kapsamına almaktadır.¹⁵

Alman Bölge Mahkemesi'nin kararı ile ilgili en tartışmalı kısım; sanığın ifade ve ilişkili tüm beyanlarının CCP 136a/3 gereği muhakeme dışı bırakılmasına rağmen, MG'nin ifadeleri üzerinden ulaşılan ceset ve iskele kıyısındaki lastik izleri gibi maddi bulguların “zehirli ağacın meyvesi zehirli olur” ilkesi gereği yargılama dışı bırakılmamış olmasıdır.¹⁶FBM bu sonuca, kötü muamele yasağının ihlali sonucunda ortaya çıkan hukuka aykırılığın, şüpheliden alınan ikinci ifadede kişiye önceki beyanlarının aleyhine delil teşkil etmeyeceği konusunda bilgi verilmesi yoluyla giderildiği görüşü üzerinden varmıştır. FBM'nin tutumu aksine olayda MG'ye yalnızca sessiz kalma hakkı hatırlatıldığından soruşturma mercilerine verdiği beyanların hiçbiri “nitelikli bilgilendirme”¹⁷testini geçememiştir.

Mahkeme'nin somut olaya ilişkin değerlendirmesi; CCP 136a ihlali yoluyla alınan ifade üzerinden erişilen maddi bulguların, muhakemeden tamamen dışlanmasını gerektirecek bir hukuka aykırılık teşkil etmediği yönündedir.¹⁸FBM delil yasaklarına ilişkin katı bir değerlendirme yapmak yerine, delil dışlama hususunu olayın kendine has koşulları çerçevesinde menfaat dengesi kurarak çözüme ulaştırmıştır. Sanığa yöneltilen müdahalenin

¹⁴ Beweisverwertungsverbot – Exclusionary Rule

¹⁵ Gäfgen v. Almanya, §28, 29.

¹⁶ LG Frankfurt, 23 Strafverteidiger 325, 2003.

¹⁷ Murat Volkan Dülger, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Gäfgen Kararı Bağlamında Ceza Muhakemesinde İşkence Tehdidi ile Elde Edilen Delillerin Kullanımı Sorunu”, İstanbul: TBB Dergisi (111), 2014, s.331. “qualifizierte Belehrung”

¹⁸ Dülger, s.333.

vahameti ile yaşam hakkı ihlal edilen bir çocuğa ilişkin soruşturma ve kovuşturma işlemlerinin devamı arasında Mahkeme tarafından yapılan menfaat değerlendirilmesi, MG'nin ifadesi yoluyla ulaşılan ceset ve takip eden otopsi bulgularının kullanımını hukuka uygun hale getirmiştir.

FBM'nin hukuka aykırı delillere ilişkin değerlendirmesi üzerinden, Anglo-Amerikan sistemlerinde katı şekilde uygulanan “hukuka aykırı delillerin uzak etkisi/ mutlak dışlama kuralından” ayrılan bir tutum içerisinde olduğunu söylemek mümkündür. FBM'nin çıkarımı yasadışı yöntemlerle elde edilen bulguların delil olarak kabul edilmesi hususunda menfaat incelemesi yapılması ve mağdurun ihlal edilen hakları ile sanığın savunma hakkına yönelik ihlal arasında ağır basan hukuksal değer ön plana çıkarılması yönündedir. Bu bağlamda, FBM'nin nihai hükmü; MG'nin JM'yi öldürdüğüne ilişkin mahkeme önündeki ikrarı da dikkate alınarak tesis edilmiş, başvuru 28.7.2003 tarihinde zorla kaçırma ve kasten öldürme fiillerinden suçlu bulunarak, ömür boyu hapis cezasına mahkûm edilmiştir.¹⁹ Kararı değerlendiren Alman yazarlardan bazıları kötü muamele yasağının ihlali sonucunda ulaşılan bulguların, başvuru mahkeme önünde özgür iradesiyle verdiği ikrarı ile önemsiz hale geldiğini savunmuş, işkence tehdidi altında verilen beyanın FBM hükmünün tesisine etki etmediğini öne sürmüşlerdir.²⁰ Sonuç kısmında ele alacağım bu görüşe bu kısım içerisinde yalnız katılmadığımı belirtmekle yetineceğim.

FBM hükmün gerekçesinde, kovuşturma işlemlerinin sanığın nitelikli bilgilendirilmesi yapılarak yürütüldüğüne dikkat çekmiştir. MG'nin soruşturma sırasında verdiği beyanların aleyhine delil teşkil etmeyeceği bilgisine sahip olmasına rağmen duruşma sırasında önceki beyanlarını teyit etmiş olması ise hükme esaslı bir dayanak teşkil etmektedir. Bu çerçevede FBM hükmü; mağdurun ablasının ifadeleri ve MG'nin dairesinden hukuka uygun olarak elde edilen fidye notu ve suça ilişkin planların yanı sıra, başvuru mahkeme önündeki ikrarı ve hukuka aykırı sorgu yöntemleri ile ulaşılan ceset, otopsi raporu ve sanığın aracına ait lastik izleri ile banka hesabına aktarılan para üzerinden tesis edilmiştir.²¹ Alman Bölge Mahkemesi yargılama sırasında polis memurlarının yasak sorgu yöntemlerine başvurduğunu kabul etse de, müdür yardımcısı ve

¹⁹ LG Frankfurt, 5-22 E. 2/03 3490 K. 230118/02, <http://juris.de>.

²⁰ Ast, s.1393.

²¹ Gäfgen v. Almanya, §34.

sanığı tehdit eden polis memurunun suçluluğu veya haklarında yürütülen soruşturma ve kovuşturma işlemlerinin sanık hakkında kurulan hükme etki etmeyeceğinin de altını çizmiştir. FBM, kolluk görevlilerinin hukuka aykırı işlemleri ve bunlara bağlı cezai sorumluluklarının, maddi olguların mahkeme önünde değerlendirilmesinin önüne geçemeyeceğini de ayrıca hükmüne dâhil etmiştir.²²

Alman Bölge Mahkemesi'nin hükmüne karşı Federal Adalet Mahkemesi'ne (BGH) başvuran MG, ilk olarak FBM tarafından reddedilen iddianamenin iadesi talebine ilişkin şikâyette bulunmuş, Mahkeme'nin hükmünü yasak yöntemlerle elde edilen ifadeler yoluyla erişilen maddi bulgulara dayandırmasını da şikâyetine eklemiştir. Federal Savcı'nın konuya ilişkin mütalaası ise şikâyeti temelsiz bularak, FBM'nin hükmünde yalnız nitelikli bilgilendirme sonucu sanıktan alınan beyanlara dayandığına işaret etmiştir. Federal Savcı'nın mütalaası sonucu MG'nin başvurusu, 21.5.2004 tarihinde gerekçe gösterilmeksizin BGH tarafından reddedilmiştir.²³

Başvurusu BGH tarafından reddedilen MG, 23.6. 2004 tarihinde Alman mercileri nezdinde başvurabileceği en üst makam olan Federal Anayasa Mahkemesi'ne giderek, 1 Ekim 2002 tarihli ifadesinin alındığı koşulların haksızlığının incelenmesini talep etmiştir. İşkence tehdidi altında alınan ifadesinin Alman Anayasası'nın 1/1. ve 104/1. maddeleri ile korunan haklarını ihlal ettiğini öne süren MG'nin başvurusu, 14.6.2004 tarihli karar ile reddedilmiştir. Anayasa Mahkemesi karar gerekçesinde kovuşturma dışında ihlal edilen anayasal hakların, ceza yargılaması çerçevesinde varılan hükmü doğrudan anayasaya aykırı kılmayacağını belirtmiştir. Anayasa Mahkemesi FBM'nin kötü muamele sonucu elde edilen ifadeleri yargılama dışı bırakmasını haklı bularak, soruşturma mercilerinin yasadışı işlemlerinin davanın görülmesine bir engel teşkil etmediği sonucuna varmıştır. Federal Anayasa Mahkemesi polis memurlarının yasadışı işlemleri sonucu oluşan hukuka aykırılığın, FBM'nin nitelikli bilgilendirmesi sonucu mahkeme huzurunda değerlendirdiği deliller üzerinden onarıldığı tespitinde bulunmuştur.

MG'nin yasak yöntemlerle elde edilen delillere dayanan iddianamenin reddedilmemesi hususunda Anayasa Mahkemesi'ne sunduğu şikâyet,

²² Gäfgen v. Almanya, §36.

²³ Gäfgen v. Almanya, §37-39.

Anayasa Mahkemesi'nin Ceza Muhakemesi Kanunu'na yaptığı gönderme sonucu reddedilmiştir. Mahkeme, Kanun'un yasak yöntemlerle elde edilen delilleri muhakeme dışı bırakan bir düzenleme içermesine rağmen, bu aykırılığın yargılamanın yapılmasının önüne geçeceğine ilişkin bir maddesi bulunmadığının altını çizmiştir. Başvurucunun yasak yöntemlerle alınan ifadesi üzerinden ulaşılan bulguların muhakemeye dâhil edilmesine ilişkin şikâyeti ise, MG'nin bu talebini Federal Adalet Mahkemesi önünde ileri sürmemiş olduğu gerekçesiyle dinlenmemiştir.

Federal Anayasa Mahkemesi hükmüyle iç hukuk yolları tüketilen davada, ulusal yargı mercileri işkence tehdidini Alman Anayasası ve Ceza Muhakemesi Kanunu'na aykırı bularak, yasak yöntemler sonucu MG'den alınan ifadeleri ceza yargılamasının dışında bırakmışlardır. Başvurucunun ikrarı yoluyla ulaşılan maddi bulgular ise MG'nin önceki ifadelerini mahkeme önünde teyit ettiği gerekçesiyle hükme dayanak olarak alınmışlardır.²⁴MG, hakkında tesis edilen mahkûmiyet hükmünün ardından kendisine işkence tehdidi yönelten memurlar hakkında suç duyurusunda bulunmuş ve dava FBM'de görülmeye başlanmıştır. FBM, davada polis memurlarının yasak yöntemlere başvurdukları kararını vererek, muamelenin Alman Anayasası'nın 1. maddesinde yer alan insan onuruna saygı ilkesini ihlal ettiğine hükmetmiştir. FBM hükmün gerekçesinde, polis memurlarının fiillerini yakın ve önlenemez bir gereklilik sebebiyle icra ettikleri iddialarını reddetmiş, Alman Anayasası'nın 1., AİHS'in ise 3. maddesiyle güvence altına alınan kötü muamele yasağının hiçbir hal veya gereklilik üzerinden meşru bir sınırlama alanı yaratımına izin vermeyeceğini teyit etmiştir.²⁵Polislere karşı adli para cezasına hükmeden FBM, memurların soruşturma harici departmanlara atanması kararını da almıştır. Alman sisteminde mevcut iç hukuk yollarını tüketen Başvurucu, 15.6.2005 tarihinde davayı AİHM'e taşımıştır. 30.8.2008 tarihinde Mahkeme'nin 5. Dairesi tarafından sonuçlandırılan davada Alman hükümetinin Sözleşme'nin 3. maddesini ihlal ettiği fakat MG'nin ihlale ilişkin mağdur sıfatını kaybettiğine hükmedilmiş, Sözleşme'nin 6. maddesi bakımından ise ihlal bulunmadığı sonucuna varılmıştır.²⁶Başvurucunun talebi üzerine Büyük Daire'ye sevk edilen davada Daire, Sözleşme'nin 3.

²⁴ Antoine Buyse, "Introductory Note to European Court of Human Rights (Grand Chamber): Gäfgen v. Germany", International Legal Materials, American Society of International Law, Washington D.C., Vol.49, No.6, 2010, s.1597.

²⁵ Gäfgen v. Almanya, §48, 49.

²⁶ Gäfgen v. Almanya, Başvuru 22978/05, 30.6.2008, Kararın İngilizce metni için bkz: (Çevrimiçi)<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-99015>, 18.2.2013.

maddesi bakımından mağduriyetin devam ettiği; ancak 6. Maddenin 1. ve 3. fıkralarına ilişkin ihlal bulunmadığı sonucuna varmıştır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Değerlendirmesi Madde 3'e İlişkin Tespitler

AİHS'in 3. maddesi işkence, insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele ve cezaları koşulsuz olarak yasaklamaktadır. Bu hüküm çerçevesinde ele alınan *Gäfgen v. Almanya* davasında başvuruçunun maruz kaldığı muamelenin Madde 3'ün koruma kapsamında ihlal teşkil edip etmediği incelenmiş, polis memurlarının fiilleri 3. madde ile yasaklanan kötü muamele türleri düzleminde tasnif edilmiştir. Alman yargılama mercileri tarafından kötü muamele yoluyla elde edildiği saptanan ifadelere dayanan bulguların ceza davasında delil olarak değerlendirilmesi hususu ise ayrı bir değerlendirmeden geçmiştir. Bulguların muhakemede kullanımının 6. Madde ile güvence altına alınan adil yargılanma hakkını ihlal ettiğine ilişkin başvuruçunun iddialarının incelenebilmesi için, öncelikle AİHM'in 3. madde kapsamındaki tespitleri sunulacaktır.

Bireyin maruz kaldığı kötü muamelenin Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlali olarak değerlendirilebilmesi için belirli bir asgari şiddet seviyesine ulaşması gereklidir²⁷. Asgari seviyeye erişilip erişilmediğine ilişkin değerlendirme Mahkeme içtihatları doğrultusunda; muamelenin niteliği, bağlamı, yöntemi, süresi, birey üzerindeki fiziksel ve ruhsal etkileri ve mağdurun şahsi nitelikleri dikkate alınarak yapılır²⁸. Bu etkenlerin değerlendirilmesi bireyin maruz kaldığı müdahalenin işkence, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele olarak tanımlanabilmesinin yanı sıra, işkence ve diğer kötü muamele türleri arasında ayırım yapılabilmesini de sağlar. Mahkeme kişilerin maruz kaldığı kötü muameleyi niteleme aşamasında, 3. madde altında yasaklanan insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele ile işkence arasında kesin bir ayırım yapma yolunu tercih etmiştir.²⁹ İnsanlık dışı ve aşağılayıcı muamele ile işkence arasında nitelik bazında bir derecelendirme yapılmış olsa da, Sözleşme muamele biçimlerin tümüne karşı mutlak güvence sağlamakta, pozitif veya negatif yükümlülüklerin ihlal edildiği her durumda hükümetleri sorumlu tutmaktadır.

²⁷ Kudla v Polonya 2000-IX; 35 EHRR 198 para 91 BD.

²⁸ İrlanda v Birleşik Krallık A 25 (1978); 2 EHRR 25 para 162 PC.

²⁹ Murat Önok, *Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006, s.176.

Karara konu vakıada emniyet müdür yardımcısı D'nin MG'yi işkence ile tehdit etme emrinden önce hiyerarşik altlarına kuvvet kullanma talimatını vermiş olması, ihlalin tasarlanmış olduğu yönünde bir çıkarım yapılmasını kolaylaştırmıştır. AİHM'in bu yönde dikkat çektiği bir diğer olgu ise başvuruçunun tutulduğu alanda kelepçeli olarak bekletilmesidir. AİHM, Alman mahkemelerinin hükümleri ve kendi içtihatları doğrultusunda, polis memurlarının JM'nin yaşamının kurtarılabilceği inancıyla yasak sorgulama yollarına başvurdukları sonucuna varmış³⁰, bu sonuç adil yargılanma hakkına ilişkin ihlal iddialarının ele alındığı 6. Madde incelemesinde de etki göstermiştir.

AİHM'de görülen davaya katılan Redress Trust, işkence tehdidinin ciddiyeti ve Madde 3 ile bağlantılı olarak değerlendirilebilmesi için başvuruçunun MG yararına görüş bildirmişti.³¹ Kurum, işkence veya kötü muamele kapsamına giren diğer yasaklardan birine yönelik ihlallerin, muhakkak fiziksel şiddet içermesine gerek olmadığı yönündeki görüşünü, Mahkeme'nin karara bağladığı *Yunanistan (Greek Case)*³² ile *Akkoç v. Türkiye*³³ davalarına atıfta bulunarak desteklemiştir. Psikolojik elem ve acıya maruz kalmama hakkının da Madde 3 kapsamında korunduğuna değinen Redress Trust, bireylerin Sözleşme tarafından koşulsuz ve istisnasız olarak yasaklanan fiiller ile tehdit edilmelerinin de insan onuru ve maddi gerçeği zedeleyeceğini belirtmiş, benzer uygulamaların adaletin sağlanacağına ilişkin inancı ortadan kaldıracığını vurgulamıştır.³⁴

Mahkeme *Gäfgen v. Almanya* kapsamında yaptığı değerlendirme sonucu, başvuruçunun maruz kaldığı muamelenin Sözleşme'nin 3. maddesine ihlal teşkil edecek asgari mental şiddet seviyesine ulaştığını tespit etmiş; ancak tehdidin işkence olarak nitelenebilmesi için gerekli eşiği aşmadığına hükmetmiştir.³⁵ Redress Trust, yasağın mutlak koruma sağlayan doğasını ise *Labita v. İtalya*³⁶ davasına yaptığı atıf ile savunmuş, mağdurun tutumu veya somut olayın kendine has özelliklerinin kötü muameleyi meşrulaştıracak

³⁰ Gäfgen v. Almanya, §95, 105, 106.

³¹ Buyse, s. 1597, 1598.

³² 12 YB (the Greek Case) 1 at 504 (1969) Com Rep; CM Res DH (70) 1.

³³ 1996-VI; 23 EHRR 553.

³⁴ Başvuru No. 22947/93 ve 22948/93, ECHR 2000-X, §25 ve 116, 117.
Campbell ve Cosans v. Birleşik Krallık, seri A no.48, 25.2.1982, §26.

³⁵ Gäfgen v. Almanya, §101-108

³⁶ Başvuru No. 26772/95, ECHR 2000-IV, §119.

bir istisna alanı yaratmasının mümkün olmadığını vurgulamıştır.³⁷ Alman mercilerinin hükümleri, AİHM içtihatları ve Kurum'un tutarlı görüşü; fiziksel temas bulunmayan durumlarda dahi işkence tehdidinin Madde 3 ihlali oluşturacağı yönündedir. Mahkeme, bireylerin Madde 3 ihlali teşkil edecek fiilleri gerçekleştirebilecek merciler tarafından yakın, ağır ve gerçek tehditlere maruz bırakılmasını en azından insanlık dışı muamele olarak değerlendireceğini kararına yansıtmıştır.³⁸

Mahkeme'nin 3. Madde üzerinden yaptığı nihai değerlendirme; başvurusunun JM'nin bulunduğu yerin öğrenilebilmesi amacıyla 1 Ekim 2002 tarihinde ağır fiziksel müdahale tehdidi altında bırakıldığı yönündedir. ³⁹MG'nin polis memurları tarafından JM'nin cesedinin bulunduğu iskeleye götürülmesi ve yer gösterme işlemi esnasında fiziksel şiddete maruz bırakıldığı iddiaları ise kanıtlanamadığından Madde 3 ihlali olarak kabul edilmemiştir.

AİHM'in 34. maddesi ve yerleşik içtihatları, Sözleşme ihlalleri neticesinde oluşan "mağdur statüsü"nü, yerel merciler zarar gören kişinin adil tazminini sağlamadıkları müddetçe varlığını koruyacağı yönündedir. Bu sebeple, Madde 3 ihlali teşkil eden fiiller çerçevesinde taraf devletlerden beklenen; derhal etkili soruşturma başlatılması ve kişinin adil tazmininin sağlanmasıdır.⁴⁰Bunlara ek olarak Mahkeme, Madde 3'ü ihlal eden kişilerin cezasız bırakılmaması, cezaların ihlalin ağırlığıyla orantılı ve caydırıcı olmasının yanında, haklarında soruşturma yürütülen kişilerin geçici de olsa görevlerinden alınmaları ve mahkûm edilen kişilerin kolaylıkla suistimal edebilecekleri pozisyonlardan alınmaları gibi adımlar atılmasını aramaktadır. ⁴¹ Büyük Daire davayı ilk olarak karara bağlayan 5. Daire'nin aksine, ulusal mercilerin Madde 3 ihlalinin tanıyıp tanımadıkları, sorumlu memurların cezasız bırakılması veya haklarında sembolik bir cezaya hükmedilmesi, yasak yöntemlerle elde edilen delillerin hükme dayanak olarak kullanımı gibi farklı göstergeler üzerinden inceleme yaparak, hükümet tarafından alınan tedbirlerin Sözleşme ve içtihatlar ile belirlenen adil tazmin eşliğini sağlamadığına hükmetmiştir. Bu nedenle, başvurusunun Sözleşme'nin 34. maddesi kapsamında 3. maddenin ihlaline

³⁷ Gäfgen v. Almanya, §86, 103.

³⁸ Campbell ve Cosans v. Birleşik Krallık, §26; Gäfgen v. Almanya, §91, 108.

³⁹ Gäfgen v. Almanya, §100

⁴⁰ Gäfgen v. Almanya, §117, 119, 123.

⁴¹ Gäfgen v. Almanya, §125.

ilişkin mağdur sıfatını koruduğuna karar verilmiştir.⁴² Mahkeme Madde 3 ve mağduriyet sıfatının devamına ilişkin değerlendirmesini, polis memurlarının işledikleri suçlar sebebiyle hafif ve infazı ertelenen cezalara çarptırılmaları üzerinden yapmıştır. Geçmiş kararlarına atıfla şahsi ceza sorumluluğu hakkında hüküm verecek olan merciinin ulusal mahkemeler olduğunu vurgulayan Büyük Daire,⁴³ Sözleşme'nin 19. maddesi gereği taraf devletlerin Sözleşme kapsamında korunan hakları yalnız teorik veya sembolik olarak değil, etkili ve tutarlı uygulamalar yoluyla taahhüt etmeleri gerektiğini belirtmiştir.⁴⁴ Bu tespit üzerinden Daire, kolluk görevlilerinin yasak usullere başvurmaları halinde kendilerine uygulanacak yaptırımın yerel mahkemelerce belirleneceğini kabul etmiş; fakat Sözleşme'ye taraf devletlerin yaptırımın derecesi ve infazı üzerindeki gözetim ve denetim yükümlülüğünün bu aşamada sona ermediğine dikkat çekmiştir. Bunun yanında Daire, taraf devletlerin suç ile yaptırım arasında kabul edilmez bir orantısızlık görüldüğü hallerde müdahaleden kaçınmasının Sözleşme ihlalini ve mağdur sıfatını devam ettireceğini vurgulamıştır. AİHM somut olay bazında içtihatlarına atıf yaparak, detaylı bir inceleme ortaya koymuş olmasına karşın, kötü muamele sonucu ulaşılan bulguların delil olarak kabul edilmesine ilişkin tespitte bulunmaya gerek olmadığını belirtmiştir. Daire'nin bu konuda hukuki inceleme yapmaktan kaçınması, Madde 6 ihlaline ilişkin değerlendirmesinde de gözlenmektedir.

Madde 6'ya İlişkin Tespitler

Başvurucu MG, yukarıda ele alınan Madde 3 ihlaline ilişkin iddiasına ek olarak, yasak yöntemlerle alınan ifadesi üzerinden ulaşılan bulguların yargılamada kullanımının Madde 6 ile korunan adil yargılanma hakkını ihlal ettiğini iddia etmiştir. AİHM kararının en tartışmalı kısmı olan inceleme; Alman mahkemeleri tarafından yapılan yargılamanın adil olup olmadığı ve yasak yöntemlerle alınan ifade sonucu erişilen bulguların delil olarak kullanılıp kullanılmayacağı değerlendirmesidir.

JM'nin cesedine başvurusunun kötü muamele sonucu verdiği ifade üzerinden ulaşılmış olması, kamu görevlilerinin yasak yöntemlerin kullanımı sonucu eriştikleri bulguların soruşturma ve kovuşturma aşamalarındaki geçerliliği hususunu AİHM önüne taşımıştır. AİHM'in

⁴² Gäfgen v. Almanya, §129, 130.

⁴³ Öneriyıldız v. Türkiye, Başvuru No. 48939/99, §116; Nachova ve diğerleri v. Bulgaristan, Başvuru No. 43577/98 ve 43579/98, ECHR 2005-VII, §147.

⁴⁴ Nikolova ve Velichkova v. Bulgaristan, §61, 62; Ali ve Ayşe Duran v. Türkiye, §66.

güncel içtihadı, delillerin mahkeme önünde kabul edilebilirliğinin ulusal mercilerin yetkisi kapsamında olduğu yönündedir. Bu sebeple, ulusal yargı mercilerinin delil incelemesi hususunda belirledikleri kriterler, AIHM yetkisi dışındadır.⁴⁵

Anglo-Amerikan sistemlerinde “zehirli ağacın meyvesi zehirli olur” anlayışı ile mutlak bir dışlama kuralı tesis eden öğreti, ceza muhakemesi açısından hem sessiz kalma hem de kendi aleyhine beyanda bulunmaya zorlanmama hakkı olarak korunan *nemo tenetur* ilkesiyle ilişkilidir.⁴⁶ Mahkeme, incelemesi kapsamında bu kuralın mutlak bir koruma sağladığına ilişkin uluslararası konsensüsün sağlanamadığı görüşü ile hareket etmiştir.

Davaya MG yanında katılan Redress Trust, Madde 3 ihlali sonucu ulaşılan delillerin hükme esas teşkil etmeyeceği yasağını getiren dışlama kuralını; bu yöntemler ile erişilen verilerin güvenilir olmadığı, işkence ve benzeri muamelelerin medeni toplumların dayandığı ahlaki ve hukuksal değerleri yok sayması, işkencenin meşrulaştırılmasına karşı savaşın dünyanın her yerinde kolektif bir çaba gerektirmesi ve yargılama sürecinin bölünmezliği⁴⁷ gibi ilke ve değerlerler üzerinden savunmuştur. Kurum ayrıca İşkencenin Önlenmesine Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi’nin 15. maddesi ile korunan hukuki değerlerin yalnız kötü muamele etkisi ile verilen beyanları değil, beyana bağlı türev delilleri de kapsadığını öne sürmüştür, Mahkeme’nin de daha önce bu görüşle tutarlı olarak tesis ettiği hükümlerinin bulunduğu değinmiştir.⁴⁸

AIHM, incelemesi kapsamında öncelikle ulusal mahkemelerin maddi veya hukuki hatalarının, Sözleşme ile güvence altına alınan hak ve özgürlüklere müdahale etmediği müddetçe Mahkeme’nin yargı yetkisi kapsamına alınmayacağını belirtmiştir.⁴⁹ Mahkeme Sözleşme’nin 6. maddesi ile korunan adil yargılanma hakkının, hukuka aykırı delillere ilişkin özel bir düzenleme getirmediği ve delillerin kabul edilebilirliği konusunun milli hukuk içerisinde düzenlenmesi gerektiğini öne sürmüştür.⁵⁰ Mahkeme bu

⁴⁵ Sibel İnceoğlu, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, İstanbul, Beta, 2002, s.274.

⁴⁶ Dülger, s.361.

⁴⁷ Gäfgen v. Almanya, §160

⁴⁸ Jalloh v. Almanya, §99, 104 – 107; Harutyunyan v. Ermenistan, Başvuru No. 36549/03, §63.

⁴⁹ Harris/O’Boyle/Bates/Buckley, s.256.

⁵⁰ Schenk v. İsviçre, Seri A no. 140, 12 Temmuz 1988, §45, 46; Teixeira de Castro v. Portekiz, Reports 1998IV, 9 Haziran 1998, §34; Heglas v. Çek Cumhuriyeti, Başvuru No. 5935/02, 1 Mart 2007, §84.

bağlamda delil yasaklarına ilişkin iddiaların ulusal yargılama mercileri tarafından çözülmesi gerektiği ve uluslararası bir insan hakları mahkemesi olan AİHM'in bu merciler yerine geçerek, hüküm vermesinin yetki sınırlarını aştığı görüşündedir.⁵¹

Bu tespitler üzerinden Mahkeme, ulusal yargılama mercilerinin delillerin kabul edilebilirliğine ilişkin takdir alanını genel bir inceleme altına almamıştır. *Gäfgen v. Almanya* kararına göre, Mahkeme ulusal yargılama mercilerinin takdir alanına ancak maddi bulguların reddi veya tamamen keyfi ve temelsiz bir hükmün tesisi halinde müdahale edebilecektir. Kararda ayrıca, Mahkeme'nin değerlendirdiği esas problemin delillere erişmede kullanılan yöntem de dâhil olmak üzere muhakemenin bir bütün olarak adaleti olduğu belirtilmiştir.⁵² Mahkeme'nin bu karar çerçevesinde ifade ettiği görüşlere göre, 6. maddenin ihlali, ancak yasak yöntemlerle elde edilen delillerin yargılama sürecinin tamamını adaletsiz kıldığı takdirde gündeme gelecektir.⁵³

Mahkeme *Gäfgen v. Almanya* kararında, tek bir usuli hukuka aykırılığın dahi tüm yargılamayı adaletsiz kılabileceği; ancak pek çok hukuka aykırılığın var olduğu bazı hallerde ise Madde 6'nın ihlalinden söz etmenin mümkün olmayacağını belirtmiştir.⁵⁴ Mahkeme'ye göre, Madde 6 ya uygunluk, yargılamadaki zorunluluk veya illiyet faktörleri ile değil, sürecin bütüncül bir yaklaşımla incelenmesi sonucunda değerlendirilebilir. Bu bağlamda Mahkeme, usuli kuralların ihlal edildiği bazı hallerde de adaletli bir hüküm tesis etmenin mümkün olduğunu savunmakta, bu tür aykırılıkların Sözleşme'nin 6. maddesi kapsamında hukuki sonuç doğurmayacağını öne sürmektedir.

Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı fiiller sonucu doğrudan erişilen beyanların yargılamaya dâhil edilmesi konusunda Mahkeme'nin içtihadı, bu delillerin kuvveti ne kadar ağır olursa olsun şiddete maruz kalan bireylerin suçluluğunun tespitine araç olamayacağı yönündedir. Bunun aksine bir görüşün Sözleşme'nin 3. maddesiyle korunan hukuki değeri

⁵¹ Nuala Mole/Catharina Harby, A Guide to the Implementation of Article 6 of the European Convention on Human Rights, Human Rights Handbook No.3, 2. Bası, Council Of Europe Publishing, Strasbourg, 2003, s.46.

⁵² *Gäfgen v. Almanya*, §162, 163.

⁵³ Harris/O'Boyle/Bates/Buckley, s.256; İnceoğlu, s.274. Ayrıca bkz: *Chalkey v. Birleşik Krallık*, Başvuru No. 63831/00.

⁵⁴ *Gäfgen v. Almanya*, §163-165; White/Ovey, s.243.

anlamsız hale getireceği ve uluslararası sözleşmeler ile yasaklanan fiilleri meşru kılacağını ifade eden Mahkeme'nin, benzer bir hukuki problemi ele aldığı *Jalloh v. Almanya* kararında da değindiği gibi, bu tutum “vahşiliğin üzerine hukuk perdesi çekecektir.”⁵⁵

Mahkeme *Gäfgen v. Almanya* kararında Madde 6 ile bağlantılı olarak sessiz kalma hakkı ve nemo tenetur ilkesi üzerine yaptığı değerlendirmede ise, bu hakların medeni devletlerin hukuk sistemlerinde yer alan ve adil yargılanma hakkının temelini oluşturan uygulamalar olduğunu belirtmiş; bu güvencelerin esas fonksiyonunun bireyleri kamusal makamların adaletsiz zorlamalarına karşı güçlü kılmak olduğunu vurgulamıştır.⁵⁶

Mahkeme'nin konuya ilişkin ilke ve içtihatları doğrultusunda yaptığı çıkarımlar, genel olarak Alman mahkemeleriyle tutarlıdır. Bu bağlamda başvurusunun soruşturma ve kovuşturma mercilerine verdiği ifade ve ikrarların FBM tarafından muhakemeden dışlanması, AİHM'e göre Madde 6 ile örtüşen bir tutumdur. FBM'nin iddianamenin iadesi talebini reddetmesi ve hukuka aykırı yollarla edinilen ifadeler üzerinden ulaşılan maddi bulguları hükmüne dayanak olarak alması ise, BGH kararı ile paralel hukuki gerekçeler üzerinden Madde 6 ihlali olarak değerlendirilmemiştir.⁵⁷ Yukarıda adı geçen *Jalloh v. Almanya* davasında, başvurusunun vücudunda sakladığı uyuşturucu maddenin kusturma yoluyla elde edilerek, muhakemede delil olarak kullanılması hususu incelenmiş, Mahkeme bu yolla yürütülen iç beden muayenesini 3. maddenin ihlali olarak değerlendirmiştir. İlaç verme ve kusturma uygulamaları Alman hukukuna göre yasal tedbirler olmalarına karşın, Mahkeme bu eylemleri insanlık dışı muamele olarak nitelemiş ve vücuttan bu yöntemle alınan uyuşturucu maddenin delil olarak kullanılmasını adil yargılanma ilkesine aykırı bulmuştur. Mahkeme somut olaya ilişkin kararında, bireye uygulanan tedbirin işkence eşiğini aştığı hallerde, bu yolla elde edilen delillerin, beyan veya maddi bulgu niteliklerinden bağımsız olarak dışlanacağını ifade etmiş, delillerin ispat gücünün ise bu değerlendirme bakımından önem taşımayacağını belirtmiştir. ⁵⁸Bahsi geçen kararlar muamelenin işkence eşiğini aşmadığı durumlarda da elde edilen delillerin kullanımının adil yargılanma hakkını ihlal edebileceği sonucuna varan Mahkeme, *Jalloh v. Almanya* çerçevesinde

⁵⁵ *Jalloh v. Almanya*, §105.

⁵⁶ Dülger, s.371.

⁵⁷ *Gäfgen v. Almanya*, §172.

⁵⁸ *Jalloh v. Almanya*, §105.

kurduğu hükmü yasak yollarla erişilen delillerin mahkûmiyet hükmü için vazgeçilmez ve kritik deliller olmasına bağlamıştır. Bu hükmü takip eden benzer davalarla, işkence eşiğine ulaşmayan kötü muamele yasağı ihlalleri sonucu elde edilen delillerin, cezai yargılamayı bütünden adaletsiz kılıp kılmadığı problemi tartışmaya açılmıştır. Mahkeme, kötü muamele sonucu elde edilen bulguların, mahkûmiyet hükmüne esas olan tek delil olarak işlem gördüğü hallerde, ulusal mahkemelerce dışlanması gerektiği, aksi halde hükmün 6. maddenin ihlaline yol açacağını belirtmiştir.⁵⁹

Mahkeme'nin yukarıda değinilen karardan farklı yönde bir değerlendirme yaptığı *Gäfgen v. Almanya*'da ise, Madde 3'e aykırı yöntemlerle ulaşılan ikrar harici türev delillerin hükme dayanak oluşturması, Mahkeme tarafından 6. maddenin ihlali olarak kabul edilmemiştir. Mahkeme bu kararını, hukuka aykırı delillerin uzak etkisi konusunda Sözleşme'ye taraf devletler veya insan hakları örgütleri arasında fikir birliği bulunmamasına dayandırmıştır. Mahkeme, yasak yollarla elde edilen deliller konusunda ceza yargılamasının devamına ilişkin kamu menfaati ile sanığın adil yargılanma hakkına ilişkin hukuksal menfaatinin dengelenmesi gerektiğini de öne sürmüştür. Daire, Madde 6 düzleminde yaptığı değerlendirmede bahsi geçen menfaatleri ele almış, ancak bu tür bir dengelemenin kötü muamele yasağının mutlak koruma sağlayan doğası gereği, Madde 3 ihlalleri kapsamında yapılamayacağını altını çizmiştir.⁶⁰ Mahkeme bu bağlamda, Madde 3 ihlallerine ilişkin herhangi bir istisna alanı yaratılmasının, insan onurunun üstünlüğünü zedeleyeceği ve mutlak yasakları ihlal edenlerin cezasız bırakıldığı bir uygulamayı teşvik edeceğini savunmuştur.⁶¹ Mahkeme kötü muamele yasağı ihlal edilerek ulaşılan delillerin hükme esas olarak alındığı her durumda yargılamanın kategorik olarak adaletsiz hale gelebileceği riskini tanınmasına karşın, Madde 6 ihlalinin gündeme gelebilmesini yine de hukuka aykırı elde edilen delillerin hükmün tesisi bakımından etkili olmasına bağlamıştır.

Daire somut vakıda, FBM'nin suçun işleniş şekline ilişkin çıkarımlarının başvuruçunun özgür iradesiyle mahkeme önünde verdiği ikrara dayandığı, kaçırma ve kasten öldürme suçları üzerinden kurulan mahkûmiyet hükmünün tüm maddi bulguların yeni ikrara bağlanması yoluyla tesis

⁵⁹ Hacı Özen v. Türkiye, Başvuru No. 46286/99, 12.4.2007; Göçmen v. Türkiye, Başvuru No. 72000/01, 17.10.2006; Söylemez v. Türkiye, Başvuru No. 46661/99, 21.09.2006.

⁶⁰ Saadi v. İtalya, §138-139.

⁶¹ Gäfgen v. Almanya, §176.

edildiğini öne sürmüştür. Ulusal makamların yasak yöntemlerle elde edilen ceset, otopsi raporu ve lastik izleri gibi bulguların yargılamada suçluluğun kanıtlanması için değil, MG'nin mahkeme önündeki ikrarının teyit edilebilmesi için kullanıldığı iddiası ise, Mahkeme tarafından kabul görmüştür. Mahkeme mahkûmiyet hükmünün yalnız MG'nin ikrarı ve hukuka aykırı yollar ile erişilen ek deliller ile değil, Alman polisi tarafından gözetim altına alınan MG'nin dairesinden hukuka uygun olarak elde edilen fidyeye notu, suç planları ve başvurusunun banka hesabına aktarılan para gibi doğrulayıcı deliller üzerinden tesis edildiğine de dikkat çekmiştir.⁶²

Mahkeme, somut olay düzleminde cevaplanması gereken asıl sorunun; yargılamaya kadar olan kısım da dâhil olmak üzere sürecin kendisi ve hükmün genel olarak adaletli olup olmadığı problemi olduğunu belirtmektedir. Daire bu olayda, başvurusunun mahkûmiyetine esas teşkil eden asıl unsurun kötü muamele tehdidi etkisiyle alınan ifade değil, hukuka uygun deliller olduğunu savunmuştur. İfade sonucu ulaşılan maddi bulguların suçluluğu kanıtlamaya yönelik ana deliller olarak kabul edilmediğine dikkat çeken Mahkeme, bu verilerin yalnız ulusal makamlar önündeki ikrarı teyit amacı taşıyan yan deliller olarak kullanıldığına vurgu yapmıştır. Bu tespit Mahkeme'nin nihai hükmü bakımından da kritik öneme sahiptir. Tespitine yönelik değerlendirmesini kararın 178 No'lu paragrafında ayrıntılı olarak açıklayan Daire, başvurusunun ulusal mahkemeler önünde özgür iradesiyle verdiği ifadenin, Madde 3 ihlali ile ortaya çıkan hukuka aykırılık ile ihlal sonucu değerlendirmeye alınan deliller arasındaki illiyet bağımlı olduğunu savunmuştur.⁶³

Mahkeme ulusal yargılama mercileri önündeki ikrarın sıhhatini değerlendirebilmek amacıyla, başvurusunun maruz kaldığı kötü muamele ile hâkim önünde verilen ikrar beyanı arasında bir bağ olup olmadığını da incelemeye almıştır. MG, AİHM'e sunduğu başvuruda, ikrarının doğrudan maruz kaldığı kötü muamelenin bir sonucu olduğunu öne sürmüş olmasına karşın, başvurusunun, FBM'de yürütülen duruşmanın başında ve sonunda verdiği ifadeler bu iddiasıyla çelişmektedir. Maruz kaldığı işkence tehdidine rağmen MG, mahkeme önündeki ikrarının pişmanlık ve sorumluluk alma düşüncesine dayandığını açıklamıştır. Bu nedenle Mahkeme, başvurusunun ikrarını kötü muamele tesiri altında

⁶² Gäfgen v. Almanya, §179.

⁶³ Gäfgen v. Almanya, §180.

verdiği iddiasını temelsiz görerek reddetmiştir. *Gäfgen v. Almanya* kararı çerçevesinde işkence eşiğine ulaşmamış kötü muamele yöntemleriyle elde edilen bulguların delil olarak değerlendirmeye alınması hususu detaylı olarak incelenmiştir. Mahkeme, yasak yöntemlerle elde edilen maddi bulguların muhakemeye dâhil edilmesinin, başvuru hakkında verilen mahkûmiyet hükmü üzerinde kayda değer bir tesiri bulunmadığına kanaat getirmiştir. MG'nin adil yargılanma hakkı çerçevesinde korunan usuli güvenceleri layıkıyla kullanabilmiş olduğunu öne süren Büyük Daire, Alman hükümetinin Sözleşme'nin 6/1 ve 6/3. maddeleri bakımından ihlali bulunmadığına hükmetmiştir.⁶⁴

Değerlendirme ve Sonuç

Gäfgen v. Almanya kararı, AİHM'in özellikle Madde 6 düzleminde en sık eleştirilen hükümlerinden biridir. Mahkeme'nin kesin ve açık tespitlerde bulunmaktan çekindiği karar, *Jalloh v. Almanya* ile başlayıp, işkence ve kötü muamele fiillerine karşı giderek daha sert bir tavır alan AİHM'in gelişen içtihadı bakımından önemli bir geri adım olarak nitelendirilebilir.⁶⁵ Değerlendirme kapsamında ilk olarak, Mahkeme kararının oyçokluğuyla verildiği ve azınlık görüşünün de karar metnine dâhil edildiği belirtilmelidir. Karşı oy görüşü incelememiz bakımından büyük önem taşıdığı ve çoğunluğun hükmünü nitelikli argümanlarla eleştirdiğinden bu kısımda dikkate alınacaktır. Mahkeme'nin eleştiriye konu ilk tespiti, kabul edilebilirlik düzleminde yaptığı mağdur sıfatı değerlendirmesidir. Mahkeme bu incelemeyi temelde yasak yöntemlere başvuran polisler verilen cezanın hafifliği ve adaletsizliği boyutuyla ele almıştır. Kanaatimce, karara konu vakıda mağduriyetin bertaraf edilmesinin doğal yolu; faillerin cezalarının ağırlaştırılması değil, yasak usullerle elde edilen delillerin ceza yargılamasından tamamen çıkarılmasıdır. Bu görüşler Yargıçlar Bianku ve Tulkens tarafından savunulmuş olsa da, çoğunluk tarafından benimsenmemiştir. Temel hak ve özgürlüklerin etkili korunması ve bu değerlere yönelen ihlallerin onarımı hususunda son çare (*ultima ratio*) olması gereken yaptırım ve cezalar, karar çerçevesinde Mahkeme'nin incelediği tek husus olarak karşımıza çıkmaktadır; oysa MG'nin mağduriyeti, hukuka aykırı delillerin muhakemeden çıkarılmasıyla giderilebilecek durumdadır. Kötü muamele yasağını ihlal eden memurların cezai sorumluluğu ise, Sözleşme'ye taraf

⁶⁴ *Gäfgen v. Almanya*, §187, 188.

⁶⁵ Dülger, s.406.

devletlerin Madde 3 istisnalarına taviz vermeyeceği anlayışının yerleşmesi bakımından önem taşır. Azınlık görüşünde de ifade edildiği gibi, kötü muamele yasağı ihlali bakımından en uygun tazmin, Sözleşme'ye aykırı yöntemlerle erişilen delillerin yargılama dışı kalmasıdır.⁶⁶

Kararda esas olarak eleştirilmesi gereken kısım; Madde 6'nın 1. ve 3.fıkralarına ilişkin ihlal olmadığı yönündeki çoğunluk görüşüdür. FBM'de görülen davada kötü muamele yasağının dolaysız bir neticesi olarak ortaya çıkan maddi bulgular, MG aleyhine delil olarak kullanılmıştır. Delillere temel bir ceza muhakemesi ilkesi olan *nemo tenetur* prensibine aykırı yöntemlerle ulaşılmış olması ise, bu ihlali kabul edilemez kılmaktadır. Yargıçlar Tulkens, Ziemele, Power ve Rozakis'in bu hususu detaylı olarak irdeledikleri karşı oy yazısı, -bireyin maruz kaldığı muamelenin derecesinden bağımsız olarak- Madde 3 ihlali sayılabilecek yöntemlerle elde edilen tüm delillerin, ceza muhakemesi içerisinde yeri olmadığına vurgu yapmaktadır.

Mahkeme, yukarıda atıf yapılan *Jalloh v. Almanya* kararı çerçevesinde de paralel bir problemi ele almış, bu dava kapsamında da dışlama yasağına ilişkin net bir yanıt vermektan bilinçli olarak kaçınmıştır. Bahsi geçen kararda Mahkeme, kötü muamele yasağına aykırı olarak erişilen delillerin yargılamaya katılmasını ilke olarak reddetmemiş, bunun yerine somut olay nezdinde inceleme yapma yolunu tercih etmiştir. Bu tutum Mahkeme'nin incelemeye konu kararında da görülmekte, hukuka aykırı yollarla alınan beyan ve bu beyanlar aracılığıyla erişilen maddi deliller arasında ayırım yapma yoluna gidilmektedir.⁶⁷ Mahkeme'nin bu ayrıma gidişinin sebepleri net olmadığı gibi, kanaatimce sağlam bir hukuki temele de dayanmamaktadır. Mahkeme'nin kesin olmayan tavrı, bu konuda uzlaşının sağlanmasını engellemekte ve Madde 3 ile koşulsuz koruma altına alınan hakların kullanımını tehlikeye atmaktadır.⁶⁸

AİHM kararında, uluslararası bir mahkemenin prensipte ulusal mahkemelerin yargılama usulüne ilişkin konuları ele almaya yetkisi olmadığını ifade etmiştir. Bu görevin yerel yargılama mercilerine ait

⁶⁶ Gäfgen v. Almanya, Yargıçlar Tulkens, Ziemele ve Bianku'nun birleşik kısmen farklı görüşleri, §5-7.

⁶⁷ Gäfgen v. Almanya, Yargıçlar Rozakis, Tulkens, Jebens, Ziemele, Bianku ve Power'ın birleşik kısmen muhalif görüşleri, §3.

⁶⁸ Gäfgen v. Almanya, Yargıçlar Rozakis, Tulkens, Jebens, Ziemele, Bianku ve Power'ın birleşik kısmen muhalif görüşleri, §4.

olduğunu ifade eden Mahkeme, kanaatimce “güvenilir ve insan onuruna uygun yöntemlerle elde edilmiş delil” tanımını yapabilecek pozisyonudur. Aynı yönde belirli kıstaslar öngören geçmiş Mahkeme kararları bulunduğu gibi, AİHM’in bu doğrultuda alacağı inisiyatifin özellikle demokrasi ve hukukun üstünlüğü ilkelerine adaptasyon sürecinde olan ülkeler için oldukça faydalı olacağı açıktır. Bu yönde gelişecek içtihatı duyulan ihtiyaca rağmen, AİHM, hukuka aykırı delillerin muhakemeye etkisine ilişkin kesin ve açık ölçütler belirlemekten kaçınmakta, bu durum ise Mahkeme’nin içtihadı doğrultusunda sağlanabilecek uzlaşımın önüne geçmektedir. Mahkeme’nin aktif çabaları ile yaratılması gereken konsensüs; yargılama kapsamında değerlendirilemeyecek delilleri tanımlamalı, yasak delillerin kullanımının hükme etkisini açıklayarak delil toplamada yasak usullere başvuran kişilerin cezai sorumluluğuna ilişkin tespitlerde bulunmalıdır. Bu uzlaşımın sağlanabileceği incelemeye konu karar gibi önemli imkânlar doğmuş olmasına karşın, Mahkeme’nin meseleyi tamamen ulusal yargı mercilerinin takdir alanı içerisinde kabul etmesi; AİHM’in Sözleşme’nin koruduğu haklara ilişkin genel olarak sağlamaya çalıştığı yeknesaklık düzleminde de anlaşılabilir değildir.⁶⁹ Mahkeme’nin, incelemeye konu kararla eline geçen imkânı tereddüte mahal vermeyecek bir şekilde açıklığa kavuşturamaması, içtihat için büyük bir kayıp olarak görülmelidir. AİHM’den beklenen; kötü muamele gören şüpheli ve sanıkların filleri ne kadar vahşi ve haksız olursa olsun, Madde 6 nezdinde ‘adalet’in hukukun üstünlüğü ilkesine olan bağlılık ile sağlanabileceği görüşü üzerinden, Madde 3’e aykırı yollarla erişilen delillerin hâkim önüne taşınmasının, yargılamayı bütünüyle adaletsiz hale getireceğine ilişkin bir ilke kararı vermesidir. Mahkeme’nin bu yönde bir karar almaktan sürekli olarak kaçınmasının sebebi ise, hukuka aykırı deliller ve mutlak dışlama yasağına ilişkin henüz bir Avrupa konsensüsünün oluşmamış olması ve Madde 6 kapsamında yasak yöntemlerle elde edilen delillere ilişkin bir düzenleme bulunmamasıdır.⁷⁰

Yasak usullerle elde edilen maddi delillerin yargılamaya dâhil edilmesine ilişkin takdir yetkisini ulusal mercilere özgüleyen AİHM, hukuka aykırı delillerin dışlanması hususunda Avrupa ülkeleri arasında dahi uzlaşımın sağlanamadığını belirtmiştir. Bununla birlikte, Sözleşme kapsamına giren konular hakkında taraf devletler veya uluslararası platformda fikir birliği

⁶⁹ Dülger, s.394.

⁷⁰ İnceoğlu, s.278.

olmayışı; AİHM gibi bir mercii, kanaat oluşturma ve görüş bildirmekten alıkoymamalıdır.

Mahkeme'nin kötü muamele yasağına ilişkin kesin ve taviz vermez tutumu, özellikle *Gäfgen v. Almanya* kararında incelenen hususlar gibi tartışmalı hukuki problemler ele alındığında önem kazanmaktadır. Mahkeme'nin esas görevi, Sözleşme'nin koruduğu değerlere ilişkin prensip ve kurallar tesis etmek ve Sözleşme'ye taraf devletlere Mahkeme içtihadı düzleminde yol göstermektir. Yasak usullerle elde edilen delillerin ulusal mahkemeler önünde iradi olarak verilen ikrarın ardından dikkate alınması ise, Mahkeme'nin görüşünün aksine yargılamayı adil kılmamalıdır. Bahsi geçen deliller, mutlak bir koruma sağlayan kötü muamele yasağı ihlali ile elde edilmiş ve hükmün kurulmasına katkıda bulunmuşlardır. Kanaatimce, yalnız bu veri üzerinden de yargılamanın adaletinin zedelendiği çıkarımı yapılabilir.

Somut olayda polis, Alman hukuku ve Sözleşme'nin ihlali yoluyla ulaşılan ikrarın neticesinde JM'nin cesedinin bulunduğu iskeleye varmış, başvuru ise polis memurlarının emri ve zorlamaları sonucu yer gösterme işlemine katılmak mecburiyetinde kalarak, aleyhinde delil teşkil edecek kritik bulgulardan birinin ortaya çıkarılmasını sağlamıştır. FBM'nin hükmünde bu delillere dayanması, MG'nin iradi ikrarını yerel mahkemeler önünde vermesi ile meşrulaştırılmıştır. Mahkeme kararında, ulusal merciler önünde verilen ikrar beyanının Madde 3 ihlali sonucu oluşan hukuka aykırılık ile ihlal sonucu elde edilen deliller arasındaki “nedensellik bağı kestirildiği” tespitinde bulunmuştur. Karşıt görüşte olan hâkimlerin de ifade ettiği gibi, bu tespiti kabul etmek mümkün değildir.⁷¹ Bilindiği üzere ihbar ile başlayıp cezanın tesisi ve kişiselleştirilmesine kadar devam eden ceza muhakemesi süreci, alınan her karar ve uygulanan her usuli işlem ile organik bir bütündür. Bu sebeple, şüpheli veya sanığın soruşturma sırasında maruz kaldığı insanlık dışı muamele ve bu ihlalin kişi aleyhine ortaya çıkardığı tüm sonuçlar, yargılama sürecinden dışlanmalı ve sanık hakkında kurulan hükme bir katkıda bulunmamalıdır. AİHM'in *Salduz v. Türkiye* kararında da belirttiği gibi, yargılamanın bütünlüğü ve bölünmezliği ilkesi gereği, yalnız soruşturma aşamasında kısıtlanan usuli güvencelere erişim hakkı da, adil yargılanma hakkına ihlal teşkil etmektedir.⁷²

⁷¹ *Gäfgen v. Almanya*, Yargıçlar Rozakis, Tulkens, Jebens, Ziemele, Bianku ve Power'ın birleşik kısmen muhalif görüşleri, §4.

⁷² *Salduz v. Turkey*, Başvuru No. 36391/02, ECHR 2008 §58.

Mahkeme'nin Madde 6'ya ilişkin vardığı tartışmalı sonuçlardan bir diğeri ise, yasak usullerle elde edilen deliller ve bu delillerin uzak etkisi hususunda bir menfaat dengelemesi yoluna gitmiş olmasıdır. Mahkeme yasak yöntemlerle erişilen delillerin varlığı halinde, somut olay bazında bir değerlendirme yaparak, bu delillerin dışlandığı durumda zarar gören mağdur ve kamu menfaatini gözeteceğine ilişkin bir çıkarım yapmaktadır. Bu bağlamda, Mahkeme'nin hukuka aykırı delilleri ikinci bir niteleme aşamasından geçirdiği ve kendi kanaati çerçevesinde kabul edilmez bulduğu hukuka aykırılıkları farklı bir muameleye tabi tuttuğu söylenebilir. Hukuka aykırı yöntemlerle erişilen delillerin yargılamada kullanılması, Mahkeme'ye göre her durumda Madde 6 ile korunan adil yargılanma hakkına bir ihlal teşkil etmeyecektir. Mahkeme'nin tespitine “hukuka aykırılığın vahameti” gibi somutlaştırılması mümkün olmayan ve kendi içtihatlarının yanında, hukukun üstünlüğü ilkesiyle de çelişen bir dayanak kullanması sebebiyle katılabilmek mümkün değildir.

AİHM'in Madde 3 ihlaline ilişkin değerlendirmesini, kurulduğu andan bugüne dek geliştirip muhafaza ettiği içtihat ve birikimleri doğrultusunda yapmış olmasına karşın, Madde 6 çerçevesinde bu birikimi koruyup ilerletmekten çekindiği gözlenmektedir. Mahkeme, hukuka aykırı delillerin uzak etkisi konusunda karar vermek durumunda kaldığı *Gäfgen v. Almanya* hükmünde de bir kez daha kesin bir yasak tesis etmekten kaçınmıştır. Daire, içinde bulunduğu durumdan *Jalloh v. Almanya* kararına atıfta bulunarak çıkmaya çalışmış, yasak usullerle elde edilen delillerin hükmün tesisi için vazgeçilmez, kilit deliller olmadığını savunmuştur. Kanaatim, hükmün tesisindeki rolü ne olursa olsun, Madde 3 ihlali olarak nitelenen fiiller sonucunda elde edilen delillerin, soruşturma ve kovuşturma aşamalarında kullanımının reddedilmesi ve bu tutumun Madde 6 ihlali olarak ele alınması yönündedir. Aksi halde Mahkeme, hukuka aykırı delilleri mahkeme önüne taşıyan, savcı ve yargıçların fikir ve vicdanlarını yasak usullerle ulaşılan bu delillere ifşa eden bir ulusal yargılama sürecini adil bulmuş olacaktır.

AİHM'in *Gäfgen v. Almanya* kararı, yerel ceza muhakemesi ilkelerine ilişkin mühim bir saptamada bulunmuş, bu alanda sağlanan ilerlemeyi tehlikeye atmıştır. Ceza muhakemesi alanında günümüzde gelinecek noktada, yasak usullerle elde edilen delillerin uzak etkisi öğretisini kabul etmeyen Mahkeme, bu tür delillerin kullanımı konusunda somut olaya ilişkin

menfaat dengelemesi yapılabileceğini savunmuştur. Maddi gerçeklere ulaşmada insan onurunu küçültmeyen, yargılama mercilerine duyulan güveni sarsmayan ve kamu vicdanını tatmin edecek bir yol izlenebilmesi amacıyla; suçun ağırlığı veya hukuka aykırılığın derecesinden bağımsız olarak, yasak usullerle ulaşılan veya bu yollarla elde edilen türev delillerin muhakemenin her kademesinden dışlanması gereklidir. Mutlak delil değerlendirme yasağı bağlamında yaratılan her tür istisna alanı, yargılamanın kategorik adaletine gölge düşürecek, tesis edilen hükme duyulan güveni sarsacaktır.

Mahkeme'nin *Jalloh v. Almanya* kararında değindiği, işkence seviyesine ulaşmış fiiller neticesinde elde edilen delillerin -beyan veya maddi bulgu niteliklerinden bağımsız olarak- muhakeme dışı bırakılmasına ilişkin içtihadı ise tartışmaya açıktır. AİHM'in aynı hukuki menfaati korumaya yönelik yasaklara başvurulması sonucu elde edilen delillerin, mahkeme önündeki değeri konusunda bu denli keskin bir ayrıma gitmesi anlaşılabilir gözükmemektedir. Madde 3'e ilişkin ihlaller mağdurun tazmini ve vasıflandırma bakımından farklılıklar gösterse de, fiillerin mağdur üzerindeki tesiri ve ihlal ettiği hukuki menfaat arasında fark yoktur. İnsan onuru ve irade serbestisi gibi temel değerleri koruyan kötü muamele yasağına tolerans ile yaklaşmak, insan onuruna saygılı hukuk devletlerince kaçınılması gereken bir tutum olmalıdır. İşkence, insanlık dışı veya aşağılayıcı muameleye karşı mücadele, ancak bu muamele sonucu elde edilen her tür kazanımın ulusal mahkemeler tarafından reddedilmesiyle mümkündür.

Gäfgen v. Almanya kararı, AİHM'in genel perspektifi ve inceleme metodunun da eleştirilmesi sonucunu doğurmuştur. Somut olayda işkence tehdidini yönelten polis memurlarının zaman baskısı altında ve kendini savunma yetisi düşük bir çocuğun yaşam hakkını koruma amacıyla yasak usullere başvurduğu açıktır. Bununla birlikte, durumun vahameti ve çaresizliği kötü muamele yasağının ihlali suretiyle maddi bulgulara ulaşıldığı, bu bulguların ulusal mahkemelerce delil olarak değerlendirildiği ve hükmün tesisinde de bu delillere dayanıldığı gerçeğini değiştirmemektedir. Mutlak bir güvence sağlayan Madde 3 kapsamındaki yasakların özellikle bu denli kritik vakılarda korunması gereklidir.⁷³

⁷³ Dülger, s.392.

Gäfgen v. Almanya hükmü, Madde 6'ya ilişkin değerlendirme bakımından yargıçları on bire karşı altı oy ile ikiye ayırmıştır. Karşıt görüş belirten hâkimler, AİHM'in kesin ve bütüncül bir yaklaşımla hukuka aykırı delillerin uzak etkisi öğretisini ilke haline getirmesi taraftarıdır. AİHM nezdinde henüz çözülmemiş olan bu problemin Mahkeme önüne tekrar getirileceği ise muhakkaktır.⁷⁴Sözleşme'ye taraf tüm devletler, kamu vicdanını derinden sarsan veya önüne geçmek için her yolun denenebileceğini düşündüğü olaylarla mutlaka karşılaşacaktır. Bu anlarda dahi, işkence tehdidi veya fiillerine başvurma, bu fiillerin önüne geçmeme veya bu muamelenin getirilerini meşru bulma hukuk devletinin kendisi ve varlık sebebini riske atmadan savunulamaz. AİHM'in *Gäfgen v. Almanya* hükmü, bu sebeplerden ötürü işkence, insanlık dışı ve aşağılayıcı muameleye karşı mücadele ve bu ihlallere bağlı adil yargılanma hakkı düzleminde kayda değer ve onarımı güç bir geri adım olarak değerlendirilmektedir.

KAYNAKÇA

- [1] Ast Stephan, “The Gäfgen Judgment of the European Court of Human Rights: On the Consequences of the Threat of Torture for Criminal Proceedings”, *German Law Journal*, Vol.11, No.12, 2010.
- [2] Buyse Antoine, “Introductory Note to European Court of Human Rights (Grand Chamber): Gäfgen v. Germany”, *International Legal Materials*, American Society of International Law, Washington D.C., Vol.49, No.6, 2010.
- [3] Dülger Murat Volkan, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Gäfgen Kararı Bağlamında Ceza Muhakemesinde İşkence Tehdidi ile Elde Edilen Delillerin Kullanımı Sorunu”, *İstanbul: TBB Dergisi* (111), 2014.
- [4] Dülger Murat Volkan, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Düzenlenen Yargısal Koruma Mekanizması ve 14 Nolu Ek Protokolle Öngörülen Değişiklikler”, C.II, Uğur Alacakaptan'a Armağan, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2008.
- [5] European Court of Human Rights Case Law [Online] [http://hudoc.echr.coe.int/g#{"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/g#{) (Erişim tarihi: 01.11.2016)
- [6] Harris David/Michael O'Boyle/Ed Bates/Carla Buckley, *Harris O'Boyle & Warbrick Law of the European Convention on Human Rights*, 2. Bası, New York, Oxford University Press, 2009.

⁷⁴ Buyse, s.1600.

- [7] İnceoğlu Sibel, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, İstanbul, Beta, 2002.
- [8] Önok Murat, Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2006.

Göçmen Kaçakçılığı Suçuna İlişkin Yargıtay Karar Tahlili

Analysis of the Supreme Court of Appeal's Decision Regarding the Crime of Migrant Smuggling

Gökçe TUNÇ*

I- İNCELEME KONUSU KARAR

Çalışmada incelenecek olan karar Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun "*Somut olayda, amaçları yasal olmayan yollardan Yunanistan'a geçmek olan ve bunun için ülkemizde bulunan göçmenler, Türk kara sınırları içerisinde İstanbul İli Eminönü İlçesinde yakalandıklarına göre, göçmen kaçakçılığı suçu kalkışma aşamasında kalmıştır. Bu itibarla, olayda sanığın eylemini hatalı bir şekilde suçun tamamlanmış hali olarak kabul eden ve suçun tamamlandığı gerekçesiyle kalkışmaya ilişkin hükmü uygulamayan yerel mahkeme direnme hükmünde isabet bulunmadığından bozulmasına karar verilmelidir*" şeklindeki 05.04.2011 tarihli 2010/8-204 Esas, 2011/39 Karar sayılı karardır.

II- OLAY

Göçmen kaçakçılığı suçundan sanık S. TCK'nın 79/1-a, 52/2, 53 ve 63. Maddeleri kapsamında 6 yıl hapis ve 20.000 lira adli para cezası ile cezalandırılmıştır. İstanbul Asliye Ceza Mahkemesince verilen bu karara karşı sanık temyiz kanun yoluna başvurmuştur. Bunun üzerine dosyayı inceleyen Yargıtay Ceza Dairesi; sanığın eyleminin yerel mahkemenin tespit ettiği şekilde göçmen kaçakçılığı suçunun seçimlik hareketlerinden "yabancıyı yasal olmayan yollardan ülkede kalmasına imkan sağlama" değil; "yasal olmayan yollardan yurtdışına çıkma" hareketine teşebbüsü oluşturduğu gerekçesiyle kararı bozmuş ve yerel mahkemeye geri göndermiştir. Bu bozma kararı üzerine yerel mahkeme ilk kararında direnmiştir. Tekrar bu hükmün de temyiz edilmesi üzerine dosya Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun önüne gelmiştir.

* (Arş. Gör.), İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı.

III- HUKUKİ SORUN

Karara konu olayda çözümlenmesi gereken hukuki sorun; göçmen kaçakçılığı suçunun seçimlik hareketlerinden hangisinin gerçekleştirildiğine ilişkindir. Sanığın eyleminin TCK m. 79/1-a’da düzenlenen “yasal olmayan yollarla ülkeye giren yabancıların ülkede kalmasına imkan sağlamak” fiilinin tamamlanmış halini mi; 79/1-b’de yer alan “yasal olmayan yollarla ülkeye giren yabancıların yine yasal olmayan yollarla yurtdışına çıkmasına imkan sağlama” eylemine teşebbüsü mü oluşturacağını tespit edilip, değerlendirilmesidir.

IV- KARARLA İLGİLİ MERCİLERİN ÇÖZÜM ŞEKLİ

A- ASLİYE CEZA MAHKEMESİNİN ÇÖZÜM ŞEKLİ

Yerel mahkeme; yasadışı yollardan ülkeye giren göçmenlerin evde kaldıkları süre içerisinde ihtiyaçlarının sanık tarafından karşılandığı, polis baskını sırasında sanığın da evde yakalanması, mağdurların çoğunun sanığı tanıması ve sanığın hiçbir menfaati bulunmadan göçmenlerin ihtiyaçlarını karşılamasının hayatın olağan akışına aykırı olduğu ve bu eylemlerinin ülkede kalmalarına imkan sağlama fiili çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği, sanığın onları yurtdışına çıkarma gibi bir zorunluluğunun olmadığı ve bu nedenle de suçun tamamlandığı görüşündedir.

B- YARGITAY CEZA DAİRESİNİN ÇÖZÜM ŞEKLİ

Yargıtay Ceza Dairesi’nin bozma kararının dayandığı gerekçeye göre; yasadışı yollarla ülkeye giren göçmenlerin amacı buradan Yunanistan’a gitmektir. Zaman içerisinde göçmenler 4’er 5’er kişilik küçük gruplar halinde kaldıkları evden bu amaçla götürülmüşlerdir. Dolayısıyla, sanığın ve göçmenlerin asıl amacının göçmenlerin Yunanistan’a götürülmesi olduğu açıktır. Buna göre, bu eylemin göçmenlerin yurtdışına çıkmasına imkân sağlamaya teşebbüs oluşturması gerekir.

C- YARGITAY CEZA GENEL KURULUNUN ÇÖZÜM ŞEKLİ

Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun görüşüne göre; yasal olmayan yollardan yurtdışına çıkartılmak istenen bir göçmenin bu amacın gerçekleştirilmesi için geçici olarak bir evde, otelde vb. yerlerde saklanması eylemi “göçmenin yurtdışına çıkmasına imkan sağlama” hareketi kapsamında değerlendirilmelidir. Buna karşılık, başka bir ülkeye gitme amacı olmayan ve ülkede sürekli olarak kalmak isteyen göçmenlerin durumu ise; TCK

md. 79/1-a'da yer alan “yabancıнын yasal olmayan yollardan ülkede kalmasına imkan sağlama” hareketi kapsamındadır. Somut olayda da asıl amaçları Yunanistan'a gitmek olan göçmenler Türk kara sınırları içerisinde yakalanmışlardır. Dolayısıyla sanığın amaçladığı yurtdışına çıkarma eylemi teşebbüs aşamasında kalmıştır.

V- KONUYA İLİŞKİN GENEL AÇIKLAMALAR

Göçmen kaçakçılığı suçu 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 79. Maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre;

“1) Doğrudan doğruya veya dolaylı olarak maddi menfaat elde etmek maksadıyla, yasal olmayan yollardan;

a) Bir yabancıyı ülkeye sokan veya ülkede kalmasına imkan sağlayan,

b) Türk vatandaşı veya yabancıнын yurt dışına çıkmasına imkan sağlayan, Kişi, üç yıldan sekiz yıla kadar hapis ve on bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. (Ek cümle 22.07.2010-6008 S.K./6. md.) Suç, teşebbüs aşamasında kalmış olsa dahi, tamamlanmış gibi cezaya hükmolunur.

(2) (Ek fıkra 22.07.2010-6008 S.K./6. md.) Suçun, mağdurların;

a) Hayatı bakımından bir tehlike oluşturması,

b) Onur kırıcı bir muameleye maruz bırakılarak işlenmesi, hâlinde, verilecek ceza yarısından üçte ikisine kadar artırılır.

(3) Bu suçun bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, verilecek cezalar yarı oranında artırılır.

(4) Bu suçun bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, tüzel kişi hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur.”

Göçmen kaçakçılığı suçu, Türkiye tarafından da onaylanan “Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi” ve “Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi’ne Ek Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol” hükümlerinin gereğini yerine getirmek maksadıyla ilk olarak 765 sayılı TCK’ya 3.08.2002 tarihli 4771 sayılı yasanın 2/b maddesi ile 201/a maddesi olarak eklemiştir. Bu madde 5237 sayılı TCK’da da bir takım değişiklikler yapılmak suretiyle yukarıda yazıldığı şekliyle korunmaktadır¹.

¹ TEZCAN Durmuş/ERDEM Mustafa Ruhan/ÖNOK Rifat Murat; Ceza Özel Hukuku, 12. BASKI, Ankara 2015, s. 86.

Göçmen kaçakçılığı suçu ile suça konu bireylerin yanında, ulusal ve uluslararası topluma ilişkin hukuki değerler de korunmaktadır². Bu bakımdan göçmen kaçakçılığı suçunda korunmak istenen hukuki değer “karma” bir nitelik arz eder³. Bu suç bakımından öncelikle korunan hukuki değer göçmenlerin malvarlıkları ve vücut bütünlükleri olduğunu söyleyebiliriz. Zaten somut olaylar ele alındığında da görülmektedir ki; genellikle maddi menfaat sağlamak amacıyla suç örgütleri eliyle kişiler yasal olmayan yollar kullanılarak ülkeye sokulmakta ve bu kişiler malvarlıkları ve vücut bütünlükleri anlamında onarılamayacak zararlarla karşılaşmaktadırlar⁴.

Korunmak istenen diğer bir hukuki yararın da kamu ekonomisi olduğunu da söyleyebiliriz. Yasal olmayan yollarla ülkede ikamet eden göçmenler, ülkede ucuz iş gücüne yol açıp, o ülke vatandaşları bakımından iş kaybına neden olmaktadır. Bunun tetiklediği işsizlik sorunu da ülke ekonomisinde ciddi olumsuz etkiler yaratmaktadır⁵. Bunun dışında ülkenin kamu düzeni ve kamu güvenliği de bu suçla korunan hukuki değerler arasında sayılabilir.

Göçmen kaçakçılığı suçunu düzenleyen 5237 sayılı TCK’nın 79. Maddesine göre; göçmen kaçakçılığı suçu şu hareketlerden birinin gerçekleştirilmesiyle tamamlanacaktır:

- *Yasal olmayan yollardan bir yabancıyı ülkeye sokmak*
- *Yasal olmayan yollarla yabancıların ülkede kalmasına imkan sağlamak*
- *Yasal olmayan yollarla yabancıların veya vatandaşın yurtdışına çıkmasına imkan sağlamak*

Bu şekilde göçmen kaçakçılığı suçunda birden fazla seçimlik hareket yer almaktadır ve bunlardan yalnızca birinin gerçekleştirilmesi suçun tamamlanması için yeterli sayılmıştır. Bu hareketlere bakacak olursak;

² KAYAALP Mustafa, *Türk Hukukunda Göçmen Kaçakçılığı Suçu*, İstanbul 2010, s. 72.

³ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 87.

⁴ DOĞAN Koray, *Göçmen Kaçakçılığı Suçu*, 2. Baskı Ankara 2008, 92 vd.

⁵ DOĞAN, s. 95; ARSLAN Çetin, *Göçmen Kaçakçılığı Suçları*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y: 2003, C. 52 S. 1, s. 119.

i. *Bir Yabancıyı Yasal Olmayan Yollardan Ülkeye Sokmak*

TCK'nın 79. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendinde; “bir yabancıyı yasal olmayan yollardan ülkeye sokan” kişinin cezalandırılacağı düzenlenmiştir. Bu seçimlik hareket bakımından suçun konusunu yalnızca yabancılar oluşturur⁶. Ülke kavramı; yeryüzünün o devletin egemenliğine tabi kılınmış olan, belirlenmiş kesimdir⁷. Bu anlamda da bu suç bakımından ülke kavramı; Türkiye Cumhuriyeti'nin egemenlik yetkisine sahip olduğu yeryüzü parçasıdır. Buna göre; Türkiye'nin deniz ülkesi de bu kavram kapsamında değerlendirilmelidir.

Yabancıların yasal olmayan yollardan ülkeye sokulması kavramının açıklanması bakımından “Sınır aşan Örgütlü Suçlara İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesine Ek Kara, Deniz ve Hava yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol⁸”ün 3. Maddesinin b bendine bakılmalıdır. İlgili düzenlemeye göre; “Giriş yapılan devletin yasal giriş için gerekli şartlarına uymaksızın sınırı geçmek” bir yabancıların ülkeye yasal olmayan yollarla girmesini ifade eder. Ülkemize yasal giriş çıkışın ne şekilde yapılması gerektiği 5682 sayılı Pasaport Kanununda açıklanmıştır. Bu kanuna uygun olmayan giriş çıkışlar yasadışı olacaktır⁹.

ii. *Yasal Olmayan Yollardan Yabancıların Ülkede Kalmasına İmkan Sağlamak*

Yabancıların Türkiye’de ikamet etmelerinin şartları ve bunun ne şekilde kazanılacağı 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu’nun 19 vd. maddelerinde düzenlenmiştir. Bu kanunun yanında 442 sayılı Köy Kanunu, 2565 sayılı Askeri Yasak Bölgeler ve Güvenlik Bölgeleri Kanunu’nda da yabancıların ikametlerine ilişkin bazı özel düzenlemeler bulunmaktadır¹⁰. İlgili kanunlarda sayılan şartlara uyulmaksızın ülkede kalmak; yasadışıdır.

⁶ YENİDÜNYA Ahmet Caner/ALŞAHİN Mehmet Emin, *Göçmen Kaçakçılığı Suçu, Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Y: 2009 S:82, s. 18.

⁷ TOLUNER Sevin, *Milletlerarası Hukuk Dersleri-Devletin Yetkisi (Yer ve Kişiler Bakımından Çevresi ve Niteliği)*, 4. Baskı, Beta, İstanbul 1996, s. 31.

⁸ <https://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k4803.html>

⁹ EVİK Ali Hakan, *Göçmen Kaçakçılığı Suçu, Erzincan HFD C. IX, S. 3-4, 2005, s.147 vd.*

¹⁰ ARTUK Mehmet Emin/GÖKÇEN Ahmet/YENİDÜNYA Ahmet Caner, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 15. Baskı, s.76; EVİK, s.153 vd.

Ülkede kalmaya imkan sağlamak deyimi; yabancıнын ülkede kalması için maddi olanakların sunulması anlamını taşımaktadır. Bu da yasal olmayan yollarla ülkeye girenler açısından herhangi bir şekilde onları himaye etmeyi; yasal yollarla ülkeye girenler açısından ise ülkede kalmak için gerekli izinler alınmadan ve çalışma veya ikamet izni olmadan onlara kalacak yer sağlanması veya iş imkanı verilmesini ifade etmektedir¹¹.

Göçmen kaçakçılığı suçunun anlatılan bu seçimlik hareketin gerçekleştirilmesiyle işlenmesi durumunda suç mütemadi suç olacaktır. Zira kişinin bir ülkede kalmasına imkan sağlamak bir süreci gerektirir. Bu hareketle işlenen suç; yasal olarak ülkede kalma izni olmayan kişiye barınacak yer veya iş temin edilmesiyle tamamlanır ve tamamlanan suçun icrası yabancı kişi ülkede kaldığı sürece devam eder¹².

iii. Yasal Olmayan Yollardan Türk Vatandaşı veya Yabancıнын Yurtdışına Çıkmasına İmkan Sağlamak

Göçmen kaçakçılığı suçunun düzenlendiği 79. Maddenin 1. Fıkrasının b bendine göre; Türk vatandaşı veya yabancıнын yasal olmayan yollardan yurt dışına çıkmasına imkan sağlamak suçun oluşmasına sebep olacak bir diğer seçimlik harekettir. Suçun diğer seçimlik hareketlerinden ayrı olarak bu hareket açısından suçun konusu; yabancı olabileceği gibi bir Türk vatandaşı da olabilir. “Ülke dışına çıkmak”, suçun konusunu oluşturan kişinin Türkiye Cumhuriyeti sınırlarından başka bir ülkenin egemenliği altındaki coğrafi alana girmesi ile tamamlanacaktır. Ülkeden çıkışa ilişkin koşullar 5682 sayılı Pasaport Kanunu’nda yer almaktadır. Buna göre, öncelikle ülkeden çıkışın belirlenen çıkış kapılarından yapılması (m. 1/1) ve pasaport bulundurulması (m. 2/1) gerekir. Ülkeye girişten farklı olarak çıkışta vize şartı aranmamaktadır (m. 7/1). Bu şartlar yerine getirilmeksizin kişilerin ülke dışına çıkmasına imkân sağlanması durumunda, göçmen kaçakçılığı suçu oluşacaktır¹³.

Göçmen kaçakçılığı suçunun düzenlendiği 79. Maddeye bakılacak olursa; suçun faili bakımında herhangi bir özellik göstermediği anlaşılır. TCK bakımından bu suçun faili herhangi bir kimse olabilir. Bunun yanında

¹¹ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK s. 93.

¹² ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, s. 77; KAYAALP, s. 94.

¹³ YENİDÜNYA/ALŞAHİN, s. 24.

kamu görevlisi bu suçu işleyecek olursa; TCK md. 266'ya göre eğer suçu işlerken kamu görevine ait araç ve gereçleri kullanırsa cezası arttırılarak tayin edilmelidir.

Bu suçun mağdurunun kim olduğuna yönelik öğretilerde farklı görüşler bulunmaktadır. Bazı yazarlara göre suçun mağduru göçmen/muhacir olarak adlandırılan kişilerken¹⁴; bazılarına göre devlet¹⁵, toplum¹⁶ veya uluslararası toplumdur¹⁷.

22.07.2010 tarihinde 6008 sayılı kanunla yapılan değişiklikle birlikte göçmen kaçakçılığı suçunun düzenlendiği 79. maddeye bir fıkra eklenmiştir ve bu fıkra kanun göçmenleri mağdur olarak adlandırmıştır. Çalışmaya konu olan karara bakıldığında da kaçak göçmenlerin mağdur olarak adlandırıldığı görülmektedir. Fakat göçmenlerin yasal olmayan yollardan sınır geçişi veya ülkede barınması anlamında hiçbir şekilde insan onuruna aykırı bir muameleyle karşı karşıya kalmaksızın; sağladıkları menfaatin karşılığını almaları durumunda ortada bu kişiler yönünden bir mağduriyet söz konusu olmayacağından mağdur olarak adlandırılmaları çok yerinde değildir¹⁸. Dolayısıyla aslında bu suçun esas mağdurunun toplumu oluşturan bireyler olduğunu söyleyebiliriz. Buna karşılık; suçun nitelikli hallerinden birinin gerçekleştirilmesi durumunda göçmenlerin hayatı bakımından bir tehlikeye maruz kalmaları veya kendilerine onur kırıcı bir harekette bulunulması söz konusu olacağından; bu fıkralar açısından toplumun yanında göçmenlerin de mağdur olarak kabul edilmesinin doğru olacağı düşüncesine katılmaktayız¹⁹.

Suçun konusunu; yasal olmayan yollardan ülkeye giren, yasal olmayan yollarla ülkede kalan veya yasal olmayan yollarla ülkeden çıkan göçmen oluşturur²⁰.

¹⁴ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 88.

¹⁵ ÖZBEK Veli Özer/KANBUR Mehmet Nihat/DOĞAN Koray/BACAKSIZ Pınar/TEPE İlker, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 7. Baskı, s. 60.

¹⁶ ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, s. 80.

¹⁷ DOĞAN, s. 115.

¹⁸ ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, s. 81.

¹⁹ ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, s. 81.

²⁰ ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, s. 81; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.87; ÖZBEK/KANBUR/BACAKSIZ/DOĞAN/TEPE, s. 53.

22.07.2016 tarihli ve 6008 sayılı kanunla TCK'nın 79. Maddesine eklenen 2. Fıkra ile göçmen kaçakçılığı suçunun daha ağır cezayı gerektiren halleri düzenlenmiştir. Bunları inceleyecek olursak;

i. Suçun Mağdurların Hayatı Bakımından Bir Tehlike Oluşturması veya Mağdurları Onur Kırıcı Bir Muameleye Maruz Bırakacak Şekilde İşlenmesi (TCK md. 79/2)

Bu fıkra bakımından onur kırıcı muamele, göçmenlerin, insan onuru ile bağdaşmayan tarzda göçmenlerin taşınması veya barındırılması anlamına gelmektedir²¹.

TCK md. 79/2'deki suçun yani; göçmen kaçakçılığı suçunun mağdurun onurunu kırıcı bir muameleye tabi tutulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda somut olayın koşullarına göre eziyet suçu da ortaya çıkabilmektedir. Bu durumda md. 79/2 ile eziyet suçu arasında fikri içtima ilişkisi doğsa bile artık cezası daha ağır olan m.79/2'ye göre cezalandırılması gerekecektir²². Fakat burada şuna dikkat edilmelidir: bu nitelikli halin uygulanması için illa ki göçmenlerin yaralanmış veya ölmüş olmalarına gerek yoktur. Somut olayın özelliklerine göre; göçmenlerin hayatı bakımından bir tehlike oluşturduğu söylenebilecek bir durum söz konusuysa md. 79/2'deki nitelikli halin uygulanabileceği sonucuna varılması gerekir.

ii. Suçun Bir Örgütün Faaliyeti Çerçevesinde İşlenmesi (TCK md. 79/3)

Türk Ceza Kanunu'nun 79. Maddesinin 3. Fıkrasında, göçmen kaçakçılığı suçunun bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi hali daha ağır cezayı gerektiren bir nitelikli hal olarak kabul edilmiştir. Suçun bu şekilde örgütsel yapıyla işlenmesi halinde faile verilecek ceza yarı oranında arttırılır. Bunun yanında, göçmen kaçakçılığını gerçekleştiren örgütün yönetici ve üyeleri, suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçundan da 220. maddeye göre ayrıca cezalandırılacaklardır²³. Örgüt süreklilik arz eden, kendisini oluşturanlar arasında planlı ortaklık, iş bölümü bulunan, başında bir lider

²¹ ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, s. 82.

²² TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.97.

²³ TURHAN Faruk, *Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Uluslararası Suçlar*, s. 9.

olan ve en az üç kişiden oluşan, suç işlemek için kurulmuş hiyerarşik bir yapılanmadır²⁴. Bu suç bakımından da birden fazla kişi arasında örgütsel bir ilişki olmaksızın, sadece belli bir anlaşma çerçevesinde işlenmişse nitelikli hal uygulanamayacak ve faillerin sorumlulukları iştirake ilişkin düzenlemeler ışığında belirlenecektir.

Göçmen kaçakçılığı suçu kasten işlenebilen bir suçtur²⁵. Bu suç bakımından kanun koyucu özel kast aramıştır ve failin suçu “*doğrudan veya dolaylı olarak maddi menfaat elde etmek amacıyla*” işlemesi gerekmektedir²⁶. Söz konusu menfaatin elde edilmiş olması şart değildir; önemli olan failin tipe uygun fiilini bu menfaati elde etmek maksadıyla gerçekleştirmesidir. Bu suç kapsamında elde edilmesi amaçlanan menfaatin maddi nitelikte olması gerekir; eğer manevi bir yarar söz konusu olursa artık bu suçun oluşmayacağı sonucuna varılmalıdır²⁷.

Faildeki maddi menfaat elde etme amacı ve mağdurun bu fiillere rıza göstermesi, göçmen kaçakçılığı suçunu diğer suçlardan ayırır²⁸. Bu nedenle “zorla çalıştırmak, hizmet ettirmek, esarete veya benzeri uygulamalara tabi kılmak” “vücut organlarının verilmesini sağlamak” veya “fuhşa sürüklemek” amacıyla göçmenlerin ülkeye sokulması halinde; insan ticareti suçu oluşacaktır²⁹.

Türkiye’nin transit ülke olarak kullanıldığı hallerde; kişi Türkiye’ye yasal olarak giriş yapmış ve yasadışı yollardan çıkarılmadan yakalanmışsa, eylemin maddenin 1. Fıkrasının b bendindeki seçimlik hareket kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Bu kabulden yola çıkılacak olunursa da; failin eyleminin suça teşebbüs teşkil edeceği kabul edilmelidir. Buna karşılık eğer göçmen yasal olmayan yollarla ülkeye giriş yapmışsa artık tamamlanan bir suçtan söz etmek gerekecektir³⁰. Zira yasal olmayan yollardan ülkeye girmek de göçmen kaçakçılığı suçunu oluşturan seçimlik hareketlerden birisidir.

²⁴ ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, s. 83.

²⁵ ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, s. 83; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 94; ÖZBEK/KANBUR/BACAĞSIZ/DOĞAN/TEPE, s. 70.

²⁶ ARSLAN, s.19; EVİK, s. 166-167.

²⁷ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 94; ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA s. 85; TURHAN, s. 9; EVİK, s. 168.

²⁸ TURHAN, s. 9.

²⁹ TURHAN, s.9; ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, s. 85; YENİDÜNYA/ALŞAHİN, s. 63; DOĞAN, s. 134; ÖZBEK/KANBUR/BACAĞSIZ/DOĞAN/TEPE, s. 71.

³⁰ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 101.

22.07.2010 tarihli, 6008 sayılı kanunla yapılan değişiklikle birlikte maddenin 1. Fıkrasına bir cümle eklenmiştir. İlgili değişiklikle eklenen cümleye göre; “suç, teşebbüs aşamasında kalmış olsa dahi, tamamlanmış gibi cezaya hükmolunur”. Bu değişiklikle birlikte artık TCK md. 79 bir teşebbüs suçu haline gelmiştir. Dolayısıyla bu değişiklikten sonra işlenen göçmen kaçakçılığı suçları açısından eylemin teşebbüs aşamasında kalıp kalmadığı tartışması önemini yitirmiştir.

Göçmen kaçakçılığı suçu iştirak bakımından herhangi bir özellik arz etmez. Bu suça iştirakin her türü mümkündür³¹. Kişilerin kaçak göçmenlerle ilişkileri, eyleme yönelik davranışları, icra ettikleri fiilin vasfı gözetilerek; katkılarının iştirakin hangi çeşidine gireceğine karar verilmelidir³².

Göçmen kaçakçılığı suçunu işlerken fail; aynı zamanda Pasaport Kanunu’nda veya yabancıların Türkiye’de oturmalarına ilişkin mevzuattaki cezai hükümleri de ihlal edebilecektir. Bunun yanında yabancıya yasal olmayan yollardan ülkeye sokulması ya da ülkede kalabilmesi için sahte kimlik, seyahat belgesi veya oturma izni düzenlenmesi halinde, bu fiiller, aynı zamanda 204. maddedeki resmi belgede sahtecilik suçunu oluşturacaktır³³. Ancak bu gibi durumlarda 44. madde hükmü uyarınca fikri içtima kuralı uygulanarak fail daha ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılacaktır.

Suçun işlenmesi sırasında göçmen yaralanmış veya ölmüşse; fail somut olayın özelliklerine göre hem göçmen kaçakçılığı hem de kasten/taksirle yaralama veya kasten/taksirle öldürme suçundan cezalandırılacaktır.

Suçun faili, göçmen kaçakçılığı suçunu birden fazla kez işlerse; tek bir göçmen kaçakçılığı suçundan cezalandırılmalıdır; fakat zincirleme suç hükümlerine göre cezası ağırlaştırılmalıdır.

VI- DEĞERLENDİRME

Göçmen kaçakçılığı suçundan sanık S. TCK’nın 79/1-a, 52/2, 53 ve 63. Maddeleri kapsamında 6 yıl hapis ve 20.000 lira adli para cezası ile cezalandırılmıştır. İstanbul Asliye Ceza Mahkemesince verilen bu karara

³¹ EVİK, s. 171; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 104; ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, s. 86.

³² ARUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, s. 86.

³³ TURHAN, S. 10.

karşı sanık temyiz kanun yoluna başvurmuştur. Bunun üzerine dosyayı inceleyen Yargıtay Ceza Dairesi; sanığın eyleminin yerel mahkemenin tespit ettiği şekilde göçmen kaçakçılığı suçunun seçimlik hareketlerinden “yabancıнын yasal olmayan yollardan ülkede kalmasına imkan sağlama” değil; “yasal olmayan yollardan yurtdışına çıkma” hareketine teşebbüsü oluşturduğu gerekçesiyle kararı bozmuş ve yerel mahkemeye geri göndermiştir. Bu bozma kararı üzerine yerel mahkeme ilk kararında direnmiştir. Tekrar bu hükmün de temyiz edilmesi üzerine dosya Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun önüne gelmiştir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun verdiği karara göre ise; sanık S.’nin göçmenlerin barınması amacıyla evini tahsis etmesi ve onların orada kaldıkları süre zarfında ihtiyaçlarını karşılaması eylemi sanığın nihai hedefinin göçmenleri Yunanistan’a götürmek olduğundan ve bütün göçmenlerin beyanlarıyla da bu durum sabit olduğundan; “yabancıнын yasal olmayan yollardan yurtdışına çıkmasına imkan sağlama” seçimlik hareketi kapsamında değerlendirilmelidir.

Bu kararda merciler arasındaki görüş farklılığının asıl sebebi ve çözümlememiz gereken hukuki sorun yukarıda da ifade edildiği gibi; sanığın eyleminin göçmen kaçakçılığı suçunun seçimlik hareketlerinden hangisi kapsamında değerlendirilmesi gerektiği tartışmasıdır. Burada şunu söylemek gerekir ki; 22.07.2010 tarihli 6008 sayılı kanunla yapılan değişiklikle birlikte bu suç tipi artık bir teşebbüs suçu haline gelmiştir. Bu tarihten sonra işlenmiş suçlar açısından artık failin eyleminin teşebbüs aşamasında kalıp kalmadığı tartışması önemini yitirmiştir. Bununla birlikte failin eyleminin hangi fıkra kapsamında cezalandırılacağı veya suçun vasfının belirlenmesi tartışmaları tabi ki önemini korumaktadır. Zira sanık hakkında verilecek hüküm değişmeyecek olsa bile; suçun vasfında yapılan hata Yargıtay’ca bozma sebebi olarak tespit edilmekte ve kararlara bu şekilde konu olmaktadır; olması da gerekmektedir.

Kararda yer alan göçmenlerin ifadelerinden anlaşıldığı kadarıyla; kendi ülkelerinden kaçakçılar vasıtasıyla Türkiye’ye giriş yaptıktan sonra, kaldıkları eve yerleştirilmişlerdir. Yakalanıncaya kadar evde kaldıkları süre zarfında 4’er 5’er kişilik gruplar halinde aralarından Yunanistan’a gidenler olmuştur. Kanımızca buradan da anlaşılıyor ki; göçmenlerin esas amacı sürekli olarak ülkede kalmak değil, Yunanistan’a gitmektir. Kaldıkları süre içerisinde aralarından gidenlerin olması da bunu destekler niteliktedir.

Muhtemelen sanığın da bütün göçmenleri bir seferde Yunanistan'a geçirebilecek bir imkanı bulunmamaktadır ve bu sebeple küçük gruplar halinde bunu gerçekleştirmektedir. Bu sırada da göçmenlerin bir evde kalmasına imkan sağlaması eylemi sanığın kastının yurtdışına çıkarma eylemine yönelmiş olması sebebiyle “göçmenlerin yurtdışına çıkarılmasına imkan sağlama” kapsamında değerlendirilmesi gerektiği görüşündeyiz. Sanık evde bulunan göçmenler açısından bu amacını tamamlayamadan yakalanmıştır. Dolayısıyla sanığın eylemi TCK md. 79/1-b'de yer alan “Türk vatandaşı veya yabancının yasal olmayan yollardan yurt dışına çıkmasına imkan sağlama” fiiline teşebbüsü oluşturmaktadır.

22.07.2010 tarihli ve 6008 sayılı kanunla değişik TCK m. 79'a göre; “suç teşebbüs aşamasında kalmış olsa dahi tamamlanmış gibi cezaya hükmolunur”. Karardan anlaşıldığı üzere polisler eve 09.11.2008 tarihinde baskın yaparak kaçak göçmenleri yakalamıştır. Dolayısıyla suçun işlendiği tarihte teşebbüs aşamasında kalan suçun tamamlanmış gibi cezaya hükmolunacağına dair bir cümle bulunmamaktadır. Teşebbüs hükümlerinin suça uygulanabilmesi sanığın daha lehine olan bir durumdur. Ceza hukukunun genel ilkeleri uyarınca da suç işleyen kişi suçu işlediği sırada yürürlükte olan yasaya göre cezalandırılabilir; daha sonra yürürlüğe giren ve aleyhine olan yasa onun hakkında uygulanamaz. Buna karşılık failin lehine olan yasa geçmişe etki edecek şekilde uygulanabilir³⁴.

Yukarıda sayılan bu sebeplerden sanığın eylemi TCK m.79/1-b'deki “Türk vatandaşı veya yabancının yasal olmayan yollardan yurt dışına çıkmasına imkan sağlama” fiiline teşebbüsü oluşturmaktadır. Suçun işlendiği tarihteki kanuna göre de TCK m. 35'e uygun olarak sanığın cezasının indirilerek hüküm verilmesi gerekecektir. Yerel mahkemenin göçmenlerin beyanlarında amaçlarının yurtdışına çıkmak olduğunu ve geçici süreliğine ülkede kalmak zorunda kaldıklarını ifade eden beyanlarına rağmen; “sanığın göçmenleri yurtdışına çıkarma gibi bir zorunluluğunun olmadığı” gerekçesine dayanarak suçun md. 79/1-a'ya göre tamamlandığına ilişkin kararı kanımızca yerinde değildir. Yargıtay Ceza Dairesi'nin ve direnme kararından sonra temyiz başvurusuyla dosyayı inceleyen Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun sanığın eyleminin esas amacını araştırarak ve suçun işlendiği tarih de göz önünde bulundurularak sanığın eyleminin md. 79/1-b kapsamında değerlendirmesi ve eylemin bu suç teşebbüs olarak

³⁴ İÇEL Kayıhan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*;6. Baskı, İstanbul 2014, s.138.

nitelendirilmesi yerinde olmuştur. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun görüşüne katılmaktayız.

KAYNAKÇA

- [1] ARSLAN Çetin, Göçmen Kaçakçılığı Suçları, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y: 2003, C. 52 S. 1
- [2] <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/283/2581.pdf> (Erişim tarihi 31.10.2016)
- [3] ARTUK Mehmet Emin/GÖKÇEN Ahmet/YENİDÜNYA Ahmet Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 15. Baskı
- [4] DOĞAN Koray, Göçmen Kaçakçılığı Suçu, 2. Baskı Ankara 2008
- [5] EVİK Ali Hakan, Göçmen Kaçakçılığı Suçu, Erzincan HFD C. IX, S. 3-4, 2005
- [6] http://eski.erkincan.edu.tr/birim/HukukDergi/makale/2005_IX_2.6.pdf (Erişim tarihi 31.10.2016)
- [7] İÇEL Kayıhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler,6. Baskı, İstanbul 2014
- [8] KAYAALP Mustafa, Türk Hukukunda Göçmen Kaçakçılığı Suçu, İstanbul 2010.
- [9] ÖZBEK Veli Özer/KANBUR Mehmet Nihat/DOĞAN Koray/BACAKSIZ Pınar/TEPE İlker, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 7. Baskı
- [10] TEZCAN Durmuş/ERDEM Mustafa Ruhan/ÖNOK Rıfat Murat; Ceza Özel Hukuku, 12. BASKI, Ankara 2015
- [11] TOLUNER Sevin, Milletlerarası Hukuk Dersleri-Devletin Yetkisi (Yer ve Kişiler Bakımından Çevresi ve Niteliği), 4. Baskı, Beta, İstanbul 1996
- [12] TURHAN Faruk, Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Uluslararası Suçlar
- [13] www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/101.doc (Erişim tarihi 31.10.2016)
- [14] YENİDÜNYA Ahmet Caner/ALŞAHİN Mehmet Emin, Göçmen Kaçakçılığı Suçu, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Y: 2009 S:82
- [15] <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2009-82-510> (Erişim tarihi 31.10.2016)

Kalaşnikof Kararı Örneği Çerçevesinde Arama Tanıklarının Bulunmamasının Aramanın Hukuka Uygunluğuna Etkisi

The Effect of Non-Presence of Search Witnesses to the Legality of Search through Kalashnikov Case Example

Büşra BODUR¹

I. Giriş

Yargıtay Ceza Genel Kurul kararına konu olan olayda², Cumhuriyet Başsavcılığının talebi ile Birecik Sulh Ceza Mahkemesince 15.02.2007 günü verilen karar ile aynı gün sanığın ikametgâhında on dört kolluk görevlisi ve sanığın katılımı ile arama yapılmıştır. Sanık M.'nin evinde yapılan arama neticesinde evinde bulunan bir adet uzun namlulu silaha, bu silaha ait şarjörler ve mermiler ile bir adet av tüfeğine, anılan karara dayanılarak el konulmuştur. Birecik Asliye Ceza Mahkemesi tarafından ruhsatsız silah bulundurma suçuna ilişkin açılan davada sanık M. hakkında 08.05.2007 tarihli karar ile mahkûmiyet hükmü kurulmuş ve 6136 S.K. m. 13/2 gereğince 5 yıl ve 450 TL adli para cezası ile cezalandırılmıştır. Hükmün, sanık ve müdafii tarafından temyiz edilmesi üzerine Yargıtay 8. Ceza Dairesinin 08.06.2011 tarihli kararı ile sanığın evinde yapılan arama sırasında arama tanıklarının bulunmaması nedeniyle usul kurallarına riayet edilmediği gerekçesi ile yapılan aramayı hukuka aykırı bularak açıklanan mahkûmiyet hükmünün bozulmasına karar vermiştir. Ceza dairesinin bozma kararına karşı 06.09.2011 tarihinde Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itiraz kanun yoluna başvurarak, kararın kaldırılmasını ve ilk derece mahkemesinin mahkûmiyet hükmünün onanmasına karar verilmesi isteminde bulunmuş ve olay Yargıtay Ceza Genel Kuruluna intikal etmiştir.

¹ İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

² Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2011/8-278, K. 2012/96, T. 13.03.2012.

Çalışmamızda, Yargıtay kararına konu olan somut olay çerçevesinde ceza yargılamasında delil elde etme yöntemi olarak önemli bir yeri olan arama koruma tedbirinin usul ve esasları ile özellikle “*şekli aykırılık*” olarak nitelendirilen ve uygulamada çoğu zaman önemsiz atfedilen arama tanıklarının durumu; buna bağlı olarak arama tanıklarının yokluğunun aramanın hukuka uygunluğunu ne şekilde etkilediği ve/veya etkilemesi gerektiği incelenecektir.

II. Koruma Tedbiri Olarak Arama

Ceza muhakemesi açısından arama, yasa koyucu tarafından şüpheli veya sanığın yakalanmasına, delil olarak elkonabilecek şeylerin ele geçirilmesine yönelik olarak şüpheli, sanık ve diğer kişilerin özel hayatının ve aile hayatının gizliliğinin sınırlandırılarak konutunda, işyerinde, kendisine ait diğer yerlerde, üstünde, eşyasında, aracında yapılan araştırma şeklinde uygulanan bir koruma tedbiridir³.

Arama kamusal bir faaliyet olmakla birlikte, devlete tanınan arama yetkisi iki türdür. Henüz suç işlenmeden önce, suç işlenmesini önlemek amacıyla gerçekleştirilen arama işlemine önleme araması⁴; suç işlenmesinden sonra, suçun ve failinin ortaya çıkarılması, delillerin ve faillerin ele geçirilmesi amacıyla gerçekleştirilen arama işlemine ise adli arama⁵ denir.

Arama koruma tedbirine ilişkin usul ve şartlar 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda m.116 ve devamında düzenlenmiştir. Ayrıca kanunun uygulanmasına yönelik olarak ilerleyen bölümlerde Arama

³ Nurullah Kunter, Feridun Yenisey, Ayşe Nuhoglu, **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, 15. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, 2006, s. 900; Cumhur Şahin, **Ceza Muhakemesi Hukuku I**, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, 2011, s. 240; Nur Centel, Hamide Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 11. Bası, İstanbul, Beta Yayınları, 2014, s. 388-389; Yener Ünver, Hakan Hakeri, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Cilt I, 7. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2013, s. 510; Erdener Yurtcan, **Ceza Yargılaması Hukuku**, 11. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2005, s. 337; Erdal Yerdelen, **Soruşturma ve Koruma Tedbirleri**, Ankara, Adil Yayınevi, 2006, s. 93.

⁴ Önleme Araması; Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu, m. 9/1: “(Degışik: 2/6/2007-5681/3 md.) Polis, tehlikenin veya suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla usûlüne göre verilmiş sulh ceza hâkiminin kararı veya bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde mülki âmirin vereceği yazılı emirle; kişilerin üstlerini, araçlarını, özel kâğıtlarını ve eşyasını arar; alınması gereken tedbirleri alır, suç delillerini koruma altına alarak 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre gerekli işlemleri yapar.”

⁵ Adli Arama; Ceza Muhakemesi Kanunu, m. 116: “Yakalanabileceği veya suç delillerinin elde edilebileceği hususunda makul şüpheler varsa; şüphelinin veya sanığın üstü, eşyası, konutu, işyeri veya ona ait diğer yerler aranabilir.”

Düzenlemeye paralel olarak doktrinde kural olarak hakim, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde savcı veya bazı durumlarda kolluk tarafından yakalama ve/veya delil elde amacına yönelik olarak sanık, şüpheli veya üçüncü bir kişinin mesken ve sair yerlerinde, üstünde veya eşyasında yapılan bir araştırma işlemi olarak tanımlanmıştır⁶.

Adli arama, önleme aramasından farklı olarak bir tehlikenin önlenmesi⁷ şeklinde değil, önlenemeyen tehlikenin gerçekleşmesinden yani suçun işlenmesinden sonra yapılan bir işlem olarak karşımıza çıkar. Bu doğrultuda adli arama, şüpheli veya sanığın yakalanması; delillerin ele geçirilmesi gayeleri ile şüpheli, sanık veya bunlar haricindeki üçüncü kişilerin üstlerinin, eşyalarının, özel belgelerinin; konut, işyeri, bunların eklentilerinin ve diğer kapalı alanların aranması işlemi ifade eder.

III. Aramanın Şartları ve Arama Tanıkları

Anayasa, özel hayatın gizliliğini düzenleyen m. 20 ve devamı maddelerinde aramadan söz etmektedir. Temel hak ve özgürlüklere müdahale niteliğinde olan koruma tedbirlerinin her birinde olduğu gibi arama için de, yasayla düzenlenmiş olma şartı vardır. Anayasa'nın özel yaşamın gizliliği ve korunmasını düzenleyen 20 ve 21. maddelerinde hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yetkili merciinin yazılı emri bulunmadıkça kimsenin konutuna girilip arama yapılamayacağı, üstünün, özel kâğıtlarının ve eşyasının aranmayacağı belirtilmiştir. Bu bağlamda anayasa hükmü paralel olarak CMK m. 116'da şüpheli ve sanık nezdinde yapılan aramanın maddi şartı olarak, aramanın konusunu oluşturan kişi veya suç delili olabilecek eşyanın elde edilebileceği hususunda en azından makul şüphenin bulunması ve arama işleminin hakim kararına bağlı olması gerekliliği düzenlenmiştir. Çalışmamızın konusunu oluşturan, uygulamada ve doktrinde arama tanıkları olarak nitelendirilen ve arama kararının icrası sırasında bulundurulması zorunlu olan kişiler ise CMK m. 119/4'te belirlenmiştir. Buna göre, "*Cumhuriyet savcısı hazır olmaksızın konut, işyeri veya diğer kapalı yerlerde arama yapabilmek için o yer ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişi bulundurulur*". Kanun metninde "*...bulundurulur*" ifadesine yer verilmiştir. Maddede arama sırasında bulundurulması

⁶ Veli Özer Özbek, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama*, Ankara, Seçkin Yayınevi, 1999, s. 17.

⁷ Kunter, Yenisey, Nuhoğlu, a.g.e., s. 897.

gereken kişiler belirlendikten sonra “bulundurulur” ifadesinin kullanılması fikrimizce bilinçli bir tercih olup, bu kişilerin orada bulunmalarının ihtiyari olmadığını; bu kişilerin oradaki varlığının basit bir şekli şarttan ibaret olmadığını aksine bir zorunluluk olduğunu ifade eder niteliktedir. Dolayısıyla arama tanıklarının düzenleyen fıkra emredici bir norm olarak karşımıza çıkmakta; sözcüğün anlamının esnetilmesi veya yorumla farklı bir anlam yüklenmesi olanaksız bulunmaktadır.

CMK m. 120’de aramada hazır bulunabilecek kişiler de düzenlenmiştir. Dikkat edilmelidir ki, bu kişiler arama sırasında bulundurulması zorunlu olmamakla birlikte orada bulunabilme hakkına sahip olan kişilerdir. Madde metnine baktığımızda

“aranacak yerin sahibi veya eşyanın zilyedi aramada hazır bulunabilir; kendisi bulunmazsa temsilcisi veya ayırt etme gücüne sahip hısımlarından biri veya kendisiyle birlikte oturmakta olan bir kişi veya komşusu hazır bulundurulur” denilmektedir.

Bizzat konutunda veya işyerinde arama yapılan kişinin veya temsilcisinin bile arama sırasında orada bulunması zorunlu kılınmamış; isteğe ve/veya somut olayın şartlarına bırakılmıştır.

Diğer bir ifade ile nezdinde arama yapılan kişi veya temsilcisi ve hatta avukatının dahi arama yapılan yerde bulunması zorunlu değil iken; yapılan arama neticesinde müspet veya menfi etkilenmeyecek olan ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişinin arama tanığı olarak bulundurulması emredici bir norm olarak düzenlenmiş ve zorunlu tutulmuştur.

IV. Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun, Kalaşnikof Kararıyla Aramada İşlemi

Sırasında Tanık Bulunması Zorunluluğunu Değerlendirmesi

Somut olayda Yargıtay Ceza Genel Kurulu, usulüne uygun bir arama kararına dayanılarak ele geçirilen delillerin, sadece arama sırasında orada bulunması gereken kişilerin arama mahallinde bulunmamaları nedeniyle şekle aykırı hareket edildiğinden dolayı hukuka aykırı olarak elde edilmiş delil sayılmamalarına ve mahkûmiyet hükmüne

dayanak olarak kabul edilemeyeceğine karar vermiştir. Böylelikle, ilk derece mahkemesi tarafından verilen mahkûmiyet kararını hukuka aykırı bulan Yargıtay 8. Dairesinin bozma kararını kaldırmış ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazını oyçokluğu ile haklı bulmuştur.

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun çoğunluk görüşüne katılmayan Genel Kurul üyesi, hukukta şekli ihlal veya nisbi ihlal - mutlak ihlal gibi bir ayrıma yer verilmemesi gerektiğini; somut bir hukuk normuna aykırı olarak yapılan aramanın, sanığa tanınan hakkın ihlali olduğunu ifade etmiş ve yapılan aramanın hukuka aykırı olduğu ve bu nedenle elde edilen delillerin hukuka aykırı olup mahkûmiyet hükmüne esas alınamayacağı görüşünü savunmuştur.

V. Sonuç

Hukuk, toplum hayatında kişilerin birbirleriyle ve toplumla olan ilişkilerini düzenleyen ve uyulması kamu gücü ile desteklenmiş bulunan sosyal kurallar bütünü olarak tanımlanmaktadır⁸. Bu bağlamda hukuka aykırılık, bir bütün olarak bir davranışın veya bir normun, hukukun bütünü oluşturan yazılı veya yazısız hukuk kaynakları ile birlikte topyekûn bir aykırılık olarak nitelendirilmesi gerekir. Kanunlar hukukun yazılı kaynakları arasında yer almakla birlikte, hukuk normlarının somutlaştırılmış bir biçimi olarak karşımıza çıkmaktadır. Hukuka aykırılık ile kanuna aykırılık arasında bir değerlendirme yapmak gerekirse, kanuna aykırılığın aslında daha sınırlı olarak yorumlanması gerektiği sonucuna ulaşabiliriz. Bu demek oluyor ki, bir davranışın kanuna aykırılığının tespiti bir açıdan hem daha kolay hem de daha dar bir alanı ifade etmektedir. Gerek Anayasa’da gerekse CMK’da delilin kanuna aykırılığından bahsedilmiş olup, bu ifade mevzuattaki güncel düzenlemeleri ifade etmektedir.

Suç ve cezalara ilişkin esasların düzenlendiği Anayasa m. 38/6’da “*Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez*” hükmüne yer verilmiştir. Anayasanın bu hükmüne paralel olarak delillerin ortaya konulması ve reddini düzenleyen CMK m. 206/2’de delilin kanuna aykırı olarak elde edilmesi halinde reddolunacağı kanun hükme bağlanmıştır. Buna ilaveten, kanun koyucu CMK m. 117/2 ile hâkime, delilleri

⁸ Necip Bilge, **Hukuk Başlangıcı**, 33. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015, s. 13.

takdir yetkisini kullanırken, yüklenen suçun hukuka bir şekilde elde edilmiş deliller ile ispat edilmesi hususunda yükümlülük yüklemiştir.

Kanaatimizce, somut olayda sanık M.'nin evinde yapılan arama her ne kadar usulüne uygun olarak alınmış arama kararına dayanılarak arama yapılmış olsa da, arama sırasında bulunması gereken kişilerin orada bulunmaması basit bir şekilde aykırılık olarak nitelendirilemez. Kaldı ki, Ceza Muhakemesi Kanunu da diğer bütün usul normları gibi, şekle ilişkin şartları düzenleyen kanunlardır. Bu açıdan, yapılan arama işleminin bir karara bağlı olması bile bir şekil şartını ifade etmektedir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun somut olayda, her şekle aykırılığın aynı zamanda bir hak ihlaline yol açacağı şeklindeki görüşü isabetli kabul etmemesi de aynı gerekçelerle hatalıdır. Çünkü kanundaki bu şartlar kamu düzeninden olup, yalnızca sanığın haklarını korumakla kalmayıp aynı zamanda arama işlemini icra eden kamu görevlileri açısından da bir koruma sağlamaktadır.

Sonuç olarak, arama tanıklarının bulunmaması, CMK m. 119/4'e aykırı teşkil ederek, arama işleminin hukuka uygunluğunu zedelerken aynı zamanda yapılan işlemi kanuna aykırı hale getirmektedir. Bu tür kanuna ve hukuka aykırılıkların göz ardı edilerek, haklı olarak çoğunluk görüşüne katılmayan Genel Kurul üyesinin karşı görüşünde ifade ettiği gibi "*delillere kıymayalım*" şeklindeki yaklaşımlar, hukuk devleti ilkesi ile birlikte halkın adalete olan güvenini de sarsıcı nitelikte etkiler doğuracağı ve bu tür ihlallerin süreklilik kazanmasına yol açacağı unutulmamalıdır.

KAYNAKÇA

- Bilge, Necip: **Hukuk Başlangıcı**, 33. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015.
- Centel, Nur, Hamide Zafer: **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 11. Bası, İstanbul, Beta Yayınları, 2014.
- Kunter, Nurullah,
Feridun Yenisey,
Ayşe Nuhoglu: **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, 15. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, 2006.
- Özbek, Veli Özer: **Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama**, Ankara, Seçkin Yayınevi, 1999.
- Şahin, Cumhuri: **Ceza Muhakemesi Hukuku I**, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, 2011.
- Ünver, Yener,
Hakan Hakeri: **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Cilt I, 7. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2013.
- Yerdelen, Erdal: **Soruşturma ve Koruma Tedbirleri**, Ankara, Adil Yayınevi, 2006.
- Yurtcan, Erdener: **Ceza Yargılaması Hukuku**, 11. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2005.

Sözleşmeli Personelin Mali Haklar Açısından Memur Statüsüne Eşit Olması Gerektiğiyle İlgili Danıştay Kararı

Analysis of the State Council Decision on the Status of Contract Employees which ought to be Equal to that of Civil Servants in Terms of Financial Rights

Anıl ERGUN*

I- İNCELEME KONUSU KARAR

Çalışmada incelenecek olan karar Danıştay 12. Daire 'nin vermiş olduğu “*Bölge İdare Mahkemesi'nce, karar düzeltme isteminin kabulü ile; İdare Mahkemesi'nin, 657 sayılı Yasa'nın 4/C maddesi uyarınca yapılan sözleşme uyarınca istihdam edilen personelin de 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin Ek-9. maddesi kapsamında ödenen ek ödemelerden yararlandırılması gerekirken, davacının bu yönde yaptığı başvurunun reddine ilişkin işlemde hukuka uygunluk bulunmadığı gerekçesiyle iptaline dair kararının; aynı veya benzer kadro ve görevlerde bulunan Devlet memurları arasındaki ücret dengesini sağlamak amacıyla getirilen ek ödemeden, farklı statüde bulunan geçici personelin de yararlandırılmamasında adalet, eşitlik ve hakkaniyet prensiplerine aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle bozulmasına karar verilmesi gerekirken, karar düzeltme isteminin reddine dair kararında hukuka uygunluk bulunmamaktadır. Açıklanan nedenlerle, Danıştay Başsavcılığı'nın kanun yararına temyiz isteminin kabulü ile Malatya Bölge İdare Mahkemesi'nin 13.02.2015 tarihli, E:2015/67, K:2015/137 sayılı kararının, 2577 sayılı idari Yargılama Usulü Kanunu'nun 51. maddesi uyarınca hükmün hukuki sonuçlarına etkili olmamak üzere kanun yararına bozulmasına karar verilmelidir” şeklindeki 17.02.2016 tarihli 2015/2970 Esas, 2016/765 Karar sayılı, 17.02. 2016 tarihli kararıdır.¹*

* (Arş. Gör.) İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı

¹ Danıştay 12. Daire, 2015/2970 Esas, 2016/765 Karar, 17.02.2016 Tarihli Kararı.

II- OLAYIN ÖZETİ

Malatya Adliyesi'nde 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 4/B maddesi kapsamında geçici personel olarak görev yapan davacının, 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin Ek-9. maddesinden yararlandırılarak ek ödemede bulunulması istemiyle yaptığı başvurunun reddine dair Malatya İdare Mahkemesi'nde 25.06.2014 günlü ve 269 sayılı işlemin iptali ile işlem nedeniyle yoksun kalınan parasal hakların faiziyle birlikte ödenmesine karar verilmesi istemiyle dava açılmıştır. Malatya İdare Mahkemesi 10.10.2014 günlü, E:2014/840, K:2014/959 sayılı kararı ile işlemin iptal edilmesine karar vermiştir. Kararın onanmasına dair Malatya Bölge İdare Mahkemesi'nin 02.12.2014 günlü, E:2014/1 522, K:2014/1211 sayılı kararının düzeltilmesi isteminin reddi yolunda Malatya Bölge İdare Mahkemesi'nce verilen 13.02.2015 günlü, E:2015/67, K:2015/137 sayılı kararın Danıştay Başsavcılığı tarafından kanun yararına bozulması istenilmektedir.

III- ÇÖZÜMÜ GEREKEN HUKUKİ SORUN

Karara konu olayda çözümlenmesi gereken hukuki sorun; 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 4/C maddesi kapsamında geçici personel statüsünde istihdam edilen davacının, 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu, 926 Sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu, 2802 Sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu, 2914 Sayılı Yükseköğretim Personel Kanunu, 5434 Sayılı T.C. Emekli Sandığı Kanunu İle diğer bazı kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde değişiklik yapılması, Devlet Memurları ve Diğer Kamu Görevlilerine Memuriyet Taban Aylığı ve Kıdem Aylığı İle Ek Tazminat Ödenmesi Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin Ek 9. maddesinde düzenlenen ek ödemeden yararlandırılması için; 657 sayılı Kanunun 4/C maddesi kapsamında istihdam edilen personelin atama şekli farklı da olsa, asli ve sürekli kamu hizmetini ifa ile görevlendirilen bu kapsamdaki personelin mali haklar bakımından memur statüsüne eşit sayılıp sayılmayacağıının değerlendirilmesidir.

IV- SORUNUN ÇÖZÜMÜNDE YARARLANILACAK KAYNAKLAR

657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu 4/C Maddesi
375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname Ek Madde-9
İdari Yargılama Usulü Kanunu 51. Maddesi

Anayasa madde 90, 128

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi madde: 1, 2,7, 22, 23

Avrupa Sosyal Şartı madde: 1,2, 3,4, 7, 16, 17, 20

Asgari Ücret Tespit Usulleri İhdasına İlişkin İLO Sözleşmesi madde: 3

İş Kanunu madde:5

Anayasa Mahkemesi Kararları

V- KARARLA İLGİLİ MERCİLERİN GÖRÜŞLERİ

a. Danıştay Başsavcısı'nın Düşünceleri:

375 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'ye 11.10.2011 tarih ve 666 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile eklenen Ek 9. maddenin birinci fıkrasında, aylıklarını 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu ile 2914 sayılı Yükseköğretim Personel Kanununa göre almakta olan personele, 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye ekli (II) sayılı Cetvele dâhil pozisyonlarda istihdam edilen sözleşmeli personele, subay, sözleşmeli subay, astsubay, sözleşmeli astsubay, sözleşmeli subay ve astsubay adayları ile uzman jandarma ve uzman erbaşlara, mali haklar kapsamında yapılan her türlü ödemeler dâhil almakta oldukları toplam ödeme tutarı dikkate alınmak suretiyle aynı veya benzer kadro ve görevlerde bulunan personel arasındaki ücret dengesini sağlamak amacıyla, en yüksek Devlet memuru aylığına (ek gösterge dâhil), Cetvelde yer alan kadro ve görev unvanlarına karşılık gelen oranların uygulanması suretiyle hesaplanan tutarda ek ödeme yapılacağı hükme bağlanmış, Kararname eki Cetvelde de, aylıklarını 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu' na göre alanlar; aylıklarını 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu, 3269 sayılı Uzman Erbaş Kanunu ve 3466 sayılı Uzman Jandarma Kanununa Göre Alanlar; aylıklarını 2914 sayılı Yükseköğretim Personel Kanununa Göre Alanlar ve 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararname eki cetvele dâhil pozisyonlarda istihdam edilen sözleşmeli personel (527 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 31 inci maddesine göre ücretleri belirlenen sözleşmeli personel dâhil) başlıkları altında Kadro ve Görev Unvanına göre ek ödeme oranları belirlenmiştir.

375 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Ek 9. maddesinde, 657 sayılı Kanununun 1. maddesinin birinci fıkrası kapsamında olmak kaydıyla, aynı veya benzer kadro ve görevlerde bulunan devlet memurları arasındaki ücret dengesini sağlamak amacıyla, ekli cetvelde belirtilen kadro ve görev

unvanlarına karşılık gelen oranda ek ödeme öngörüldüğü ve ek ödemeye ilişkin düzenlemenin amacı ve hesaplanma biçimi dikkate alındığında, geçici personel statüsünde istihdam edilenlerin Ek 9.madde kapsamında değerlendirilmesine olanak bulunmamaktadır. Her ne kadar; Danıştay On ikinci Dairesince, 4/C kapsamında çalıştırılan personelin, sözleşmede kararlaştırılmamış olsa dahi fazla çalışma ücreti ve döner sermaye ek ödemelerinden yararlandırılmasına statü bağlamında hukuki bir engel bulunmadığı yolunda verilmiş kararlar mevcut ise de, anılan ödemelerin 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede öngörülen ek ödemedeki amaç ve kapsam bakımından farklı olmaları karşısında, bu husus varılan sonucu etkiler nitelikte görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, Malatya Bölge İdare Mahkemesinin 13.02.2015 gün ve E:2015/67; K:2015/137 sayılı kararının 2577 sayılı yasanın 51. maddesi uyarınca yürürlükteki hukuka aykırı sonucu ifade ettiğinden, kanun yararına bozulmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

b. Danıştay Tetkik Hâkimi' nin Düşünceleri:

İnsan Haklarına ve Çalışan Haklarına dair taraf olduğumuz uluslararası sözleşme hükümleri ve İş Hukuku kuralları dikkate alındığında; "eşit iş için eşit ücret hakkı", "adil ve (yeterli) elverişli bir ücret hakkı", "adil çalışma koşullarına sahip olma hakkı", "fazla mesai karşılığında zamlı ücret alma hakkı", "eşit muamele görme hakkı" gibi Anayasa'nın 90. maddesi uyarınca kanun hükmünde olan evrensel hukuk normları ile İş Hukukunun temel prensiplerinden biri olan "eşit davranma ilkesi" göz önüne alındığında; kamu görevlileri arasında ücret dengesini sağlamak amacıyla getirilen ek ödemedeki memur statüsünde sayılmak suretiyle bazı kamu görevlileri yararlandırılırken, geçici personelin yaptığı iş itibarıyla ayrıma tabi tutularak ek ödemedeki yararlandırılmamasında ülkemiz açısından bağlayıcılığı bulunan evrensel hukuk ilkelerine ve hukuka uygunluk bulunmadığı anlaşılmaktadır.

Bu durumda, geçici personel olarak görev yapan davacının, ek ödemedeki yararlandırılmasına "statü" bağlamında hukuki bir engel bulunmadığı göz önüne alınarak yararlandırılması gerekirken, statüsü öne sürülerek tesis edilen işleminde hukuka uygunluk bulunmamaktadır. İşlemin iptali yolunda verilen İdare mahkemesi kararı sonucu itibarıyla isabetlidir.

Açıklanan nedenlerle, Malatya Bölge İdare Mahkemesi'nin İdare mahkemesi kararının onanmasına dair kararının düzeltilmesi isteminin reddi yolunda kararında hukuka aykırılık bulunmadığından, kanun yararına bozma isteminin reddine karar verilmesi gerektiği düşünülmektedir.

c. Anayasa Mahkemesi' nin Geçici Personel Statüsüyle İlgili Kararı:

657 sayılı Kanununun 4. maddesinde, kamu hizmetlerinin memurlar, sözleşmeli personel, geçici personel ve işçiler eliyle görüleceği belirtilmiş; maddenin (C) fıkrasında geçici personel, *"bir yıldan az süreli veya mevsimlik hizmet olduğuna Devlet Personel Başkanlığının ve Maliye Bakanlığının görüşlerine dayanılarak Bakanlar Kurulunca karar verilen görevlerde ve belirtilen ücret ve adet sınırları içinde sözleşme ile çalıştırılan ve işçi sayılmayan kişiler"* olarak tanımlanmıştır.

Anayasa Mahkemesi'nin bir kararında da; geçici personel statüsünün belli bir vasıf gerektirmeyen, daha çok bedensel çalışmalara ağırlık veren, başlangıç ve bitişi belli olan, süreli işlerde çalışmayı öngördüğü; bu personelin, idare ile yaptıkları bir sözleşme uyarınca idare için belirli bir iş yapan kişi konumunda olduğu ve yaptıkları işin, geçici veya mevsimlik olup, asli ve sürekli görevlerden de sayılmayacağı; bu nedenle geçici personelin, Anayasa'nın 128. maddesi kapsamında belirtilen memur ve diğer kamu görevlileri kavramı dışında kalan, sözleşme ile çalıştırılan, işçi de olmayan, kendine özgü istisnai bir istihdam türü olduğu; (...) bu istihdam türü uyarınca çalıştırılacak kişilerin sayısının ihtiyaca ve ekonomik koşullara göre her zaman değişebilecek nitelikte olması, yapılan işin niteliği ve süresine göre ödenecek ücret ve sözleşme şartlarının da farklılık arz ettiği gözetildiğinde, Bakanlar Kurulu tarafından belirlenecek olan hususların yasa ile yapılamayacak kadar teknik ayrıntıları içerdiği; (...) ayrıntı ve uzmanlık gerektiren konuların düzenlenmesinin Bakanlar Kurulu'na bırakılmasının (da), yasama yetkisinin devri niteliğinde olmadığı, belirtilmiştir².

² Anayasa Mahkemesi, 2010/46 Esas, 2011/60 Karar, 30.03.2011 Tarihli Kararı.
<http://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsff#>

VI- DAVANIN KONUSUNA İLİŞKİN TEORİK BİLGİLER

a. Kamu Görevlisi Kavramı

İdarenin mevzuatla kendisine verilen görevleri yerine getirebilmesi için taşınır taşınmaz malların yanında gerçek kişilere de ihtiyaç duymaktadır. Bu amaçla istihdam edilen gerçek kişiler olmaksızın idarenin bu taşınır/taşınmaz mallarının bir anlamı kalmamaktadır. Bu kişiler idare adına hareket eder. İdarenin insan unsurunu oluşturan bu kişilere “*kamu görevlileri*”, “*kamu personeli*” isimleri verilmektedir³.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu kamu görevlisini, “*kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi*” olarak tanımlamıştır. (m.6)

Anayasa konuyla ilgili maddesinde, “*Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür*” hükmünü getirmiştir. (m.128/1)

Memurlar, mevcut kuruluş biçimine bakılmaksızın, devlet ve diğer kamu tüzel kişiliklerince genel idare esaslarına göre yürütülen asli ve sürekli kamu hizmetlerini ifa ile görevlendirilen kişilerdir.

Diğer kamu görevlilerini, memurlar dışında kalan ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun 1. Maddesinde belirtilen hâkimler, savcılar, askerler ve üniversite öğretim elemanları gibi ayrı personel kanunları⁴ ve düzeni bulunan kişiler oluşturur. Bu durumda, asli ve sürekli kamu hizmeti yürütmeyen ve özel hukuk hükümlerine tabi olan işçiler bu kavrama dâhil edilemez⁵.

b. Devlet Memurları Kanunu’na Göre İstihdam Şekilleri

Devlet Memurları Kanunu dört istihdam biçimi öngörmüştür. DMK’daki düzenlemeye göre; bu kanunun kapsamına giren idarelerce yürütülen kamu hizmetleri; memurlar, sözleşmeli personel, geçici personel ve

³ Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ- Prof. Dr. Murat SEZGİNER-Prof. Dr. Cemil KAYA, Türk İdare Hukuku, Seçkin Yayınları, , Ankara, Ekim,2015, s. 631.

⁴ 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu; 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu

⁵ Metin GÜNDAY, İdare Hukuku, İmaj Yayınevi, Ankara, 2011,s.520.

işçilerdir (md.4). Yine DMK'ya göre, bu kanuna tabi kurumlar, bu dört istihdam şekli dışında personel çalıştırılmaz (md. 5).

-Memurlar

Memurluk, Devlet Memurları Kanunu'nun öngördüğü asli ve sürekli istihdamı esas alır.

DMK'da düzenlenen memurluk şu özellikleri barındırmaktadır:

- 1- *Kişinin kamuda ya da diğer kamu tüzel kişilerinde çalışması,*
- 2- *Kişinin genel idare esaslarına göre yürütülen kamu hizmetlerini ifa etmesi,*
- 3- *Hizmetin asli ve sürekli kamu hizmetinde olması (Md. 4/A)*

-Sözleşmeli Personel

Devlet Memurları Kanunu 4/B olarak isimlendirilen Sözleşmeli Personel şu şekilde tanımlanmaktadır: *“Kalkınma planı, yıllık program ve iş programlarında yer alan önemli projelerin hazırlanması, gerçekleştirilmesi, işletilmesi ve işlerliği için şart olan, zaruri ve istisnai hallere münhasır olmak üzere özel bir meslek bilgisine ve ihtisasına ihtiyaç gösteren geçici işlerde, Bakanlar Kurulunca belirlenen esas ve usuller çerçevesinde kurumun teklifi ve Devlet Personel Başkanlığının görüşü üzerine Maliye Bakanlığınca vizelenen pozisyonlarda, mali yıla sınırlı olarak sözleşme ile çalıştırılmasına karar verilen ve işçi sayılmayan kamu hizmeti görevlileridir”.*

- Geçici Personel

Devlet Memurları Kanunu 4/C olarak isimlendirilen Geçici Personel şu şekilde tanımlanmaktadır: *“Bir yıldan az süreli veya mevsimlik hizmet olduğuna Devlet Personel Başkanlığı ve Maliye Bakanlığının görüşlerine dayanılarak Bakanlar Kurulunca karar verilen görevlerde ve belirtilen ücret ve adet sınırları içinde sözleşme ile çalıştırılan ve işçi sayılmayan kimselerdir”.*

Danıştay bir kararında, bir yıldan az süreli işlerde sözleşme ile çalıştırılan geçici personelin, görevine son verilmesine ilişkin olarak açtığı davayı,

asli ve sürekli görevde istihdam edilen kamu görevlisi olmadığı gerekçesiyle görev yönünden reddetmiştir⁶.

- İşçiler

Devlet Memurları Kanunu 4/D olarak isimlendirilen İşçi şu şekilde tanımlanmaktadır:

“(A), (B) ve (C) fıkralarında belirtilenler dışında kalan ve ilgili mevzuatı gereğince tahsis edilen sürekli işçi kadrolarında belirsiz süreli iş sözleşmeleriyle çalıştırılan sürekli işçiler ile mevsimlik veya kampanya işlerinde ya da orman yangınıyla mücadele hizmetlerinde ilgili mevzuatına göre geçici iş pozisyonlarında altı aydan az olmak üzere belirli süreli iş sözleşmeleriyle çalıştırılan geçici işçilerdir. Bunlar hakkında bu Kanun hükümleri uygulanmaz”⁷.

c. Uluslararası Metinlerde Yer Alan İlgili Kavramlar

22.5.2004 günlü ve 25449 sayılı Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren 5170 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanununun 7. maddesiyle Anayasasının 90. maddesinde değişiklik yapılmıştır. Anılan Kanun ile Anayasasının 90. maddesinin son fıkrasına, *“usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır”* cümlesi eklenmiştir.

6.4.1949 gün ve 9119 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı uyarınca 27.5.1949 gün ve 7217 sayılı Resmi Gazete ‘de yayımlanan Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi’nde; *“özgürlük, onur, haklar bakımından eşitlik, yasa önünde eşitlik, sosyal güvenlik hakkı, eşit iş eşit ücret hakkı, adil ve elverişli ücret hakkı”* kavramları düzenlenmiştir⁸.

27.9.2006 gün ve 5547 sayılı Yasa ile onaylanması uygun bulunan ve 9.4.2007 gün ve 26488 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan ve Türkiye Cumhuriyeti’nin, 1 inci madde, 2. maddenin 1, 2, 4, 5, 6 ve 7. fıkraları, 3

⁶ Danıştay 8. Daire, 1979/4298 Esas, 1980/752 Karar, 19.02.1980 Tarihli Kararı

⁷ 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu
<http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.657.pdf>

⁸ Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, (m.1,2, 7, 23)
<http://www.danistay.gov.tr/upload/insanhaklarievrenselbeyannamesi.pdf>

üncü madde, 4 üncü maddenin 2, 3,4 ve 5 inci fıkraları, 7 ila 31 inci maddelerini kabul ettiğini beyan ettiği Avrupa Sosyal Şartı'nda da; "adil çalışma koşulları, adil ücret hakkı, erkek ve kadınların eşit işe eşit ücret hakkı, güvenli ve sağlıklı çalışma koşullarına sahip olma hakkı" gibi kavramlar düzenlenmiştir⁹.

Benzer kavramlar 4857 sayılı İş Kanunu'nunda da "eşit davranma ilkesi" ile düzenlenmiştir;

"İş ilişkisinde dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamaz.

İşveren, esaslı sebepler olmadıkça tam süreli çalışan işçi karşısında kısmi süreli çalışan işçiye, belirsiz süreli çalışan işçi karşısında belirli süreli çalışan işçiye farklı işlem yapamaz.

İşveren, biyolojik veya isin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça, bir işçiye, iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde, cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapamaz. Aynı veya eşit değerde bir iş için cinsiyet nedeniyle daha düşük ücret kararlaştırılmaz.

İşçinin cinsiyeti nedeniyle özel koruyucu hükümlerin uygulanması, daha düşük bir ücretin uygulanmasını haklı kılmaz."

Yukarıda ifade edilen İnsan Haklarına ve Çalışan Haklarına dair taraf olduğumuz uluslararası sözleşme hükümleri ve İş Hukuku kuralları inceleme konusu olan Danıştay Kararı'nda yer alan "geçici personelin ek ödemededen memurlar gibi faydalanmasını sağlaması gerektiğini hükmünün" hukuki sebeplerini oluşturmaktadır. Konuyla alakalı benzer hükümler başka bir Danıştay kararında da mevcut olup, bu konudaki istikrarın sağlanması açısından ayrıca önemlidir¹⁰.

⁹ Avrupa Sosyal Şartı, (m. 2, 4, 16, 20)

<https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/kefe/docs/sosyalsart.pdf>

¹⁰ Bkz. Benzer bir karar için: Danıştay 12. Daire, 2013/725 Esas, 2013/8623 Karar, 26.11.2013 Tarihli Kararı s.6-7: Kararda, ifade edilen sözleşmeler ve İş kanunu maddeleri kapsamında; Anayasa'nın 90. maddesi uyarınca kanun hükmünde olan "eşit iş için eşit ücret hakkı", "adil ve (yeterli) elverişli bir ücret hakkı", "adil çalışma koşullarına sahip olma hakkı", "fazla mesai karşılığında zamlı ücret alma hakkı", "eşit muamele görme hakkı"

VII- DEĞERLENDİRME ve SONUÇ

Danıştay 12. Dairesi 17.02.2016 tarihinde; Danıştay Başsavcılığı'nın kanun yararına temyiz isteminin kabulü ile Malatya Bölge İdare Mahkemesi' nin 13.02.2015 tarihli, 2015/67 E, 2015/137 K sayılı kararının, İYUK 51. Maddesi uyarınca hükmün hukuki sonuçlarına etkili olmamak üzere kanun yararına bozulmasına oy birliği ile karar vermiştir.

Memurların istihdam türleri DMK'da belirtilmiştir. İlgili maddeye göre, asli ve sürekli kamu hizmetlerinin yürütülmesi ile görevlendirilenlerin "memur"; "sözleşmeli personel" in ise kalkınma planı, yıllık program ve iş programlarında yer alan önemli projelerin hazırlanması, gerçekleştirilmesi, işletilmesi ve işlerliği için şart olan, zaruri ve istisnai hallere münhasır olmak üzere özel bir meslek bilgisine ve ihtisasına ihtiyaç gösteren geçici işlerde çalışanlar şeklinde ifade edildiği görülmektedir. Buna göre, karara konu olan asli ve sürekli bir kamu hizmeti görmekle görevlendirilen ve Kanununun 4/C maddesi kapsamında sözleşme ile istihdam edilen personelin ilgili kanun maddesinin saymış olduğu dört istihdam türü içerisinde mali haklar bakımından memurlar ile eşit haklara sahip olacağı şeklinde değerlendirilmesi gerektiği kararda da belirtildiği gibi açıktır. Geçici personel istihdamına daha çok bedensel çalışma gerektiren kısa süreli işlerde gidilmektedir. Geçici personelin yapacağı işlerin bir kadroya bağlanması söz konusu olmaz.¹¹ İşçiler de, belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalıştırılan sürekli işçiler ile mevsimlik veya kampanya işlerinde ya da orman yangınıyla mücadele hizmetlerinde ilgili mevzuatına göre geçici iş pozisyonlarında altı aydan az olmamak üzere belirli süreli iş sözleşmeleriyle çalıştırılan geçici işçilerdir¹².

Bu durumda davacının, kurum çalışanlarına 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin Ek-9 maddesi kapsamında ödenen ek ödemelerden yararlanması gerekir. Dolayısıyla, Bölge İdare Mahkemesi'nce, İdare Mahkemesi'nin davacının bu yönde yaptığı başvurunun reddine ilişkin

gibi evrensel hukuk normları ile İş Hukuku'nun temel prensiplerinden birisi olan "eşit davranma ilkesi" nin önemine değinilerek; Kamu görevlileri arasında ücret dengesini sağlamak amacıyla getirilen ek ödemeden, geçici personelin yaptığı iş itibarıyla ayrıma tabi tutulmak suretiyle yararlandırılmamasında ülkemiz açısından bağlayıcılığı bulunan evrensel hukuk ilkelerine ve hukuka uygunluk bulunmadığı sonucuna varılmıştır.

<http://www.barobirlik.org.tr/dosyalar/duyurular/danistay4-c.pdf>

¹¹ Bahtiyar AKYILMAZ-Murat SEZGİNER-Cemil KAYA, Türk İdare Hukuku, Ankara, Ekim, 2015, s.572.

¹² Yrd. Doç. Dr. Adil BUCAKTEPE, Devlet Memurluğu ve Memurların Değerlendirilmesi Üzerine Düşünceler, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XVIII, Yıl: 2014, Sayı: 3-4, s. 461-462.

işlemede hukuka uygunluk bulunmadığı gerekçesiyle iptaline dair kararın bozulmasına karar verilmesi gerekirken, karar düzeltmenin reddi yolunda verilen karar yukarıda açıklanmış olan nedenlerle ve personelin statüsünün memur statüsünde değerlendirilmesi gerektiği için hukuka uygun değildir.

DMK’nda düzenlenen bu hususlar, Anayasa ve Uluslararası Sözleşmeler kapsamında da hukuki açıdan desteklenebilecek düzenlemeler içermektedir.

Anayasanın 90. Maddesinin son fıkrası “*usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır*” demektedir. Dolayısıyla, onay ve yayımlama ile iç hukukun bir parçası olan sözleşmeler, ulusal yasalar gibi yürütme ve yargı organlarını bağlayacaklardır¹³.

İncelemeye konu olan kararda uluslararası sözleşmelerin kullandığı “*eşitlik, ayrımcılık yasağı, eşit işe eşit ücret hakkı, yasa önünde eşitlik*” gibi kavramlara birçok atıf yapılmıştır. Davaya konu olan hukuki sorun bu açıdan değerlendirildiğinde; İdare Mahkemesi’nce verilen işlemin iptali kararı, geçici personelin yaptığı iş itibarıyla ayrıma tabi tutularak ek ödemededen yararlandırılmaması sebebiyle hukuka uygun olmadığından, yerindedir.

Karardan açıkça anlaşılmaktadır ki; ek ödemededen farklı statüde bulunan geçici personelin yararlandırılmaması eşitlik, adalet ve hakkaniyet prensiplerine aykırılık teşkil etmektedir.

Sonuç olarak, açıklanan nedenlerle Danıştay Başsavcılığı’nın kanun yararına temyiz isteminin kabulü ile Malatya Bölge İdare Mahkemesi’ nin 13.02.2015 tarihli, 2015/67 E, 2015/137 K sayılı kararının, İYUK 51. Maddesi uyarınca hükmün hukuki sonuçlarına etkili olmamak üzere kanun yararına bozulmasına oy birliği ile verilen kararı yerindedir.

¹³ Prof. Dr. Mesut GÜLMEZ, Sözleşmeli Personel, Anayasa ve Uluslararası Kurallar, Amme İdaresi Dergisi, s.40
http://www.todaie.edu.tr/resimler/ekler/2e14328fc07e457_ek.pdf?dergi=Amme%20Idaresi%20Dergisi

KAYNAKÇA

- [1] AKYILMAZ Bahtiyar- SEZGİNER Murat- KAYA Cemil Türk İdare Hukuku, Seçkin Yayınları, Ekim, 2015, Ankara
- [2] 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu; 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu
<http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2802.pdf>(erişim tarihi:01.11.2016)
- [3] GÜNDAYY Metin, İdare Hukuku, İmaj Yayınevi, 2011, Ankara
- [4] Danıştay 8. Daire, 1979/4298 Esas, 1980/752 Karar, 19.02.1980 Tarihli Kararı
657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu
<http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.657.pdf>
(erişim tarihi:01.11.2016)
- [5] Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, (m.1,2, 7, 23) Avrupa Sosyal Şartı, (m. 2, 4, 16, 20)
- [6] Anayasa Mahkemesi, 2010/46 Esas, 2011/60 Karar, 30.03.2011 Tarihli Kararı
- [7] Danıştay 12. Daire, 2013/725 Esas, 2013/8623 Karar, 26.11.2013 Tarihli Kararı
- [8] BUCAKTEPE Adil, Devlet Memurluğu ve Memurların Değerlendirilmesi Üzerine Düşünceler, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XVIII, Yıl:2014, Sayı: 3-4
- [9] GÜLMEZ, Mesut Sözleşmeli Personel, Anayasa ve Uluslararası Kurallar, Amme İdaresi Dergisi
http://www.todaie.edu.tr/resimler/ekler/2e14328fc07e457_ek.pdf?dergi=Amme%20Idaresi%20Dergisi
(erişim tarihi: 01.11.2016)

Kamulaştırılan Taşınmazlar Üzerinde Gerçekleştirilen Faaliyetlerin Durdurulması Üzerine Malikin Geri Alma Talebine İlişkin Karar İncelemesi

An Analysis of the Decision Concerning the Right of Retrieval of Owners After Freezing of Operations on Expropriated Property

Başak TÜRKGENÇ*

A. YARGITAY KARARI

“Dava, Kamulaştırma Kanununun 23. maddesine dayanan geri alım istemine ilişkindir. Taşınmazın geri alınabilmesi için kamulaştırılan taşınmaz üzerinde kamulaştırma amacına uygun bir işlem veya tesisat yapılmaması, taşınmazın olduğu gibi bırakılması gerekir. Aynı amacın gerçekleşmesi için birden fazla taşınmaz birlikte kamulaştırıldığı takdirde gerek dava süresi, gerekse taşınmaz üzerinde herhangi bir işlem veya tesisat yapılıp yapılmama durumu aynı amacın gerçekleşmesi için kamulaştırılan taşınmazların tamamına göre belirlenir. Kamulaştırma amacına yönelik faaliyetlerin bırakılma durumu davalının iradesi dışında oluşan heyelanlardan kaynaklanmaktadır. Davanın reddi yerine, kabulüne karar verilmesi isabetsizdir.

Dava, 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 23. maddesine dayanan geri alma istemi davasının kabulüne dair verilen yukarıda tarih ve numaraları yazılı hükmün duruşmalı olarak Yargıtay`ca incelenmesi davalı vekili tarafından verilen dilekçe ile istenilmiş olmakla duruşma için belirlenen 13.02.2007 günü temyiz eden davalı vekili Av. Leyla Yüksel ile aleyhine temyiz olunan davacılar vekili Av. İsmail Ağar`ın yüzlerine karşı duruşmaya başlanarak temyiz isteminin süresinde olduğu görülüp, taraf vekillerinin sözlü açıklamaları dinlendikten sonra, dosyadaki belgeler okunup iş anlaşıldıktan sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

Dava, Kamulaştırma Kanununun 23. maddesine dayanan geri alım istemine ilişkindir. Mahkemece davanın kabulüne karar verilmiş, hüküm davalı vekilince temyiz edilmiştir. Kamulaştırma Kanununun 23. maddesi gereğince, taşınmazın geri alınabilmesi için kamulaştırılan taşınmaz üzerinde kamulaştırma amacına uygun bir işlem veya tesisat yapılmaması, taşınmazın olduğu gibi bırakılması gerekir. Diğer taraftan aynı amacın gerçekleşmesi için birden fazla taşınmaz birlikte kamulaştırıldığı takdirde gerek dava süresi, gerekse taşınmaz üzerinde herhangi bir işlem veya tesisat yapılıp yapılmama durumu aynı amacın gerçekleşmesi için kamulaştırılan taşınmazların tamamına göre belirlenir.

Dosyada bulunan kanıt ve belgelerden, mahallinde yapılan keşif sonucu alınan bilirkişi raporundan dava konusu taşınmazla birlikte 75 adet parselin madencilik ihtiyaç sahası nedeniyle Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığının 13.09.1992 tarih ve 756 sayılı oluru ile davalı şirket adına kamulaştırıldığı, 44 adet taşınmaz yönünden idare mahkemesince kamulaştırma işleminin iptal edildiği, kalan parseller için davalı şirket tarafından kamulaştırma amacına uygun işlemler yapıldığı ve kamulaştırılan taşınmazların bir bölümüne amaca uygun tesisler yapılıp çalışmalara başlandığı, ancak oluşan heyelanlar nedeniyle faaliyetlerin durdurulduğu anlaşılmıştır. Bu durumda taşınmazın olduğu gibi bırakılmasından söz edilmesi mümkün değildir. Kaldı ki kamulaştırma amacına yönelik faaliyetlerin bırakılma durumu davalının iradesi dışında oluşan heyelanlardan kaynaklanmaktadır. Bu nedenlerle davanın reddi yerine, kabulüne karar verilmesi, Doğru görülmüştür. Davalı vekilinin temyiz itirazları yerinde olduğundan hükmün açıklanan nedenle (BOZULMASINA), oybirliği ile karar verildi.” Y5HD 13.02.2007 E.2006/10494 - K.2007/1581

B. OLAY ÖZETİ

Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı tarafından 1992 tarihinde 75 adet parsel madencilik ihtiyaç sahası gerekçesiyle kamulaştırılmıştır. Bunların içinden 44 adet taşınmaz yönünden kamulaştırma işlemi iptal edilmiştir. Kalan taşınmazlarınsa bir bölümüne kamulaştırılma amacına uygun tesisler yapılması için çalışmalara başlanmış, ancak oluşan heyelanlar sebebiyle faaliyetler durdurulmuştur. Bunun üzerine taşınmaz sahipleri kamulaştırılan parselleri geri alabilmek adına Kamulaştırma Kanunu 23. Maddeye dayanarak geri alım davası açmıştır. Bu dava neticesinde yerel mahkeme davanın kabulüne karar vermiş, bunun üzerine karar davalı idare

tarafından temyiz edilmiştir. Yargıtay ise temyiz gerekçelerini haklı bularak bozma kararı vermiştir.

C. MERCİ GÖRÜŞLERİ

1. Yerel Mahkeme

Yerel Mahkeme, Kamulaştırma Kanunu 23. Maddede belirtilen geri alım davasının şartlarının oluştuğu, kamulaştırılan parsellerin bir kısmı üzerinde tesislerin yapılmasına başlanmış olmasının, taşınmazın olduğu gibi bırakılmadığı anlamına gelmediği kanaatindedir. Ayrıca bir kısım parseller üzerinde tesis yapılmış olmasının da diğerleri bakımından geri alıma engel olmadığı görüşündedir. Bu sebeplerle Yerel Mahkeme geri alım davasının kabulüne karar vermiştir.

2. Yargıtay

Yargıtay, kalan 31 parselin bir kısmı üzerinde kamulaştırma amacına uygun olarak tesisler yapılmış olması sebebiyle geri alımın “olduğu gibi bırakılması” şartının sağlanamaması sebebiyle davanın kabul edilmesinin yanlış olduğu kanaatindedir. Dolayısıyla geri alım şartlarının oluşmadığı gerekçesiyle yerel mahkeme kararını bozmuştur.

D. HUKUKSAL SORUN

Olaydaki hukuksal sorun malikin geri alma hakkının şartlarının somut olay bakımından gerçekleşip gerçekleşmediğine ilişkindir. Merciler arasındaki görüş ayrılığı ise iki meseleden kaynaklanmaktadır. İlk olarak; mercilerin kanunda “kamulaştırma ve devir amacına uygun hiç bir işlem veya tesisat yapılmaz veya kamu yararına yönelik bir ihtiyaca tahsis edilmeyerek taşınmaz mal olduğu gibi bırakılırsa” şeklinde ifade edilen “olduğu gibi bırakılma” şartının gerçekleşip gerçekleşmediği sorusuna verdiği cevaplar farklıdır. İkinci olarak kamu yararının kamulaştırma işleminden önce var olduğu konusunda tartışma olmasa da kamu yararının varlığının devam edip etmediği veya devamının aranıp aranmayacağı konusunda mercilerin görüşleri farklıdır. Üçüncü olarak ise yerel mahkeme 31 parselden bir kısmı üzerinde kamulaştırma amacına yönelik yapılan tesislerin diğer parseller için de geri alımı engelleyen bir tesis yapımı olduğuna hükmetmemiştir. Oysa Yargıtay, taşınmaz üzerinde herhangi bir işlem veya tesisat yapılıp yapılmama durumunun, aynı amacın gerçekleşmesi için kamulaştırılan taşınmazların tamamına göre belirleneceğini belirtmiştir. Yani Yargıtay 31 parselden biri üzerinde yapılan tesisin parsellerden hiçbirinin olduğu gibi bırakılmadığı anlamına geleceğinden

her biri bakımından geri alım talebinin reddedilmesi gerektiği kanaatindedir.

E. DAVANIN KONUSUNA İLİŞKİN TEORİK BİLGİLER

Kamulaştırma Kanunu madde 23

Mal Sahibinin Geri Alma Hakkı

Kamulaştırma bedelinin kesinleşmesi tarihinden itibaren beş yıl içinde, kamulaştırmayı yapan idarece veya 22 nci Madde nin (Değişik ibare: 6552 - 10.9.2014 / m.100/b) “dördüncü” fıkrası uyarınca devir veya tahsis yapılan idarece; kamulaştırma ve devir amacına uygun hiç bir işlem veya tesisat yapılmaz veya kamu yararına yönelik bir ihtiyaca tahsis edilmeyerek taşınmaz mal olduğu gibi bırakılırsa, mal sahibi veya mirasçıları kamulaştırma bedelini aldıkları günden itibaren işleyecek kanuni faiziyle birlikte ödeyerek, taşınmaz malını geri alabilir. Doğmasından itibaren bir yıl içinde kullanılmayan geri alma hakkı düşer.

Aynı amacın gerçekleşmesi için birden fazla taşınmaz mal birlikte kamulaştırıldığı takdirde bu taşınmaz malların durumunun bir bütün oluşturduğu kabul edilerek yukarıdaki fıkralar buna göre uygulanır.

Buna göre geri almanın şartları şu şekildedir;

- 1) Kamulaştırma Bedeli Kesinleşmiş olmalıdır,
- 2) Beş yıllık olan bekleme süresi dolmuş olmalıdır,
- 3) Dava 1 yıl içinde açılmış olmalıdır,
- 4) Taşınmaz mal olduğu gibi bırakılmalıdır,
- 5) Ödenen kamulaştırma bedelinin faizi ile iade edilmesi gerekmektedir.¹
- 6) Aynı kamulaştırma işlemiyle birden fazla taşınmaz kamulaştırılmışsa bu taşınmazların bir bütün olması sebebiyle söz konusu şartların her bir taşınmaz bakımından ayrı ayrı gerçekleşmiş olması gerekir.²

İncelemeye konu Yargıtay Kararı bakımından üzerinde durulması gereken şartlar 4. ve 6. Maddede yer alan şartlardır.

¹ Kamulaştırılan Malın Geri Alınması Davasına İlişkin Makale(Çevrimiçi), 29.10.2016, <http://karal.av.tr/makaleler.asp?MakaleID=10>

² Metin GÜNDAY, **İdare Hukuku**, 10. Baskı, Ankara, İmaj Yayınevi, 2015, s.271-274 / Ramazan ÇAĞLAYAN, **İdare Hukuku Dersleri**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2013, s.299.

1. Taşınmaz malın olduğu gibi bırakılması:

6830 Sayılı İstimlak Kanununa göre malikin geri alma hakkının doğması için kamulaştırılan taşınmazın kamulaştırma sebep ve amacına uygun olarak herhangi bir tesisat yapılmayarak olduğu gibi bırakılması yeterli idi. Yürürlükteki 2942 Sayılı Kamulaştırma Kanununa göre idare kamulaştırma sebep ve amaç unsuruyla bağlı değildir.³ Malikin geri alma hakkının doğması için taşınmaz üzerinde kamulaştırma amacına uygun hiçbir işlem veya tesis yapılmamış ya da kamu yararına yönelik bir başka ihtiyacın karşılanmasına da tahsis edilmeyerek olduğu gibi bırakılmış olmalıdır.⁴

2. Kamulaştırılan taşınmazların bir bütün olarak değerlendirilmesi

Aynı kamulaştırma amacı doğrultusunda birden fazla taşınmaz kamulaştırılmış ise aynı kamulaştırma işlemine bağlı olduklarından bir bütün olarak değerlendirilirler. Bunun anlamı malikin geri alma hakkının doğması için gerekli şartların tüm taşınmazlar bakımından gerçekleşmiş olmasının aranmasıdır. Örneğin 5 yıllık sürenin başlayabilmesi için kamulaştırma bedelinin tüm taşınmazlar bakımından kesinleşmiş olması gerekir.

F. KARARA İLİŞKİN DEĞERLENDİRMELER

Genel Olarak Kamulaştırma

Roma Hukukundan alınan ve kişinin eşya üzerinde mutlak egemenliğine dayanan mülkiyet hakkı sınırsız bir özgürlük niteliğindeydi. Eski hukukumuzda ve mecellenin 1192. Maddesinde de “Herkes mülkünde dilediği gibi tasarruf eder” düzenlemesi yer almaktaydı.⁵ Ancak günümüzde, İdare, kamu hizmetlerini yürütmek için kamulaştırma yoluna başvurmaktadır. Bu doğrultuda Anayasamızın 35. Maddesi herkesin mülkiyet hakkına sahip olduğunu bu hakkın ancak kamu yararına ve kanunla sınırlandırılabilceğini ve kullanılmasının toplum yararına aykırı olamayacağını belirtmektedir. Sürecin geneline bakıldığında asıl olanın Mülkiyet hakkı ve sınırsızlığı olup idareye tanınan kamulaştırma yetkisinin istisnai bir durum olduğu anlaşılmaktadır.

³ Metin GÜNDAY, A.g.e., s.273.

⁴ Metin GÜNDAY, A.g.e., s.272.

⁵ Tayfun AKGÜNER/Hasan ERMAN, “Kamulaştırmada son gelişmeler ve malikin geri alma hakkı (İlginç bir Karar)”, *İKÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1.Cilt, S.1-2, Haziran, 2002, s.6.

İdare ve tüm kamu tüzel kişileri kendi tek yanlı kararlarını ve işlemlerini yönetilenlere doğrudan uygulayabilmekte ve gereğinde zor kullanabilmektedirler.⁶ Dolayısıyla İdarenin kamulaştırma kararı almadan önce, kamulaştırma işlemini yaparken ve hatta malikler geri alma hakkını kullandığında, bir mağduriyete yol açmamak adına ince eleyip sık dokumak yükümlülüğü altındadır. Kamulaştırma yetkisinin istisnai olduğunu, asıl olanın mülkiyet hakkı olduğunu göz önünde bulundurmamak zorundadır. İdarenin bu hususları göz önünde bulundurmadığı tahlile konu karardaki gibi durumlarda da Yargıtay bu denetlemeyi yaparak bir karara varmalıdır.

Kamulaştırma Uygulaması Malikin Geri Alma Hakkını Zorlaştırmamalıdır.

Kamulaştırma, kamu yararı kararında belirtilen neden gerçekleşmediği ya da gerçekleşmeyeceği anlaşıldığı durumlarda geçersiz sayılmalıdır. Bu gibi durumlarda da taşınmazın yeniden malike dönmesi söz konusudur.⁷ Malik de bunu geri alma hakkını kullanarak gerçekleştirebiliyor olmalıdır. Oysa İdarenin haklı olarak sahip olduğu kamulaştırma yetkisi ilgili kararda da olduğu gibi haksızlıklara yol açabilecek şekilde kullanılmaktadır. Örneğin idarenin özel mülkiyetteki taşınmaza hukuka aykırı olarak el atması sonucunda ortaya çıkan uygulamanın adı “Dolayısıyla Kamulaştırmadır”.⁸ Ya da taşınmaz kamulaştırma amacı dışında olduğu halde kamu yararına yönelik bir gereksinim için kullanılmakta ise, malikin geri alma hakkı doğmamaktadır.⁹ Anlaşılacağı üzere zaten İdarenin kamulaştırma konusunda yetki alanı oldukça geniştir. Dolayısıyla adalet, ancak idarenin “malikin geri alma hakkını” tam anlamıyla gözetmediği takdirde sağlanabilecektir.

Tesisat yapımına başlanmış olması, malikin geri alma hakkına engel teşkil etmemelidir.

Söz konusu kararda da İdare 31 adet taşınmazı kamulaştırmış, kamulaştırma amacına uygun tesisat yapımına başlamış ancak bu çalışmalar gerçekleşen heyelanlar sebebiyle durdurulmuştur. Yargıtay 5. Hukuk Dairesi ise çalışmalara başlanmış olmasını “taşınmazın olduğu gibi bırakılmadığı” olarak yorumlamıştır. Oysa gerçekleşen heyelanlardan

⁶ Cevdet ATAY, *Türk Kamu Yönetimi ve Hukuku*, İstanbul, y.y., 2016-2017, s.22.

⁷ AKGÜNER/ERMAN, A.g.e. s.6.

⁸ Lokman YENİAY, “Kamulaştırma İşlemi”, *Ondokuz Mayıs Üniversitesi SBE.*, Samsun, 2013, s.30.

⁹ Meltem Kutlu Gürsel, *Kamulaştırma Hukuku*, Ankara, Seçkin Yayınları, 2009 s.17.

sonra tesisat yapımı tamamen durdurulmuştur. Ancak Yargıtay, geri alma hakkının doğumu ile ilgili olarak, kamulaştırılan taşınmaz üzerinde kamulaştırma maksadına uygun hiçbir tesis yapılmaması, taşınmazın olduğu gibi bırakılması, deyim yerindeyse taşınmaza bir çivi bile çakılmaması ölçütünü kararlarında uygulamaktadır.¹⁰ Oysa Kamulaştırma Kanunu 23. Maddede “*amacına uygun hiç bir işlem veya tesisat yapılmaz veya kamu yararına yönelik bir ihtiyaca tahsis edilmeyerek taşınmaz mal olduğu gibi bırakılırsa*” ifadesi kullanılmıştır. Yani hakkın doğması için üç ayrı şart gösterilmiştir. 1. İşlem yapılmamış olması 2. Tesisat yapılmamış olması, 3. Taşınmazın olduğu gibi bırakılması. Bu şartların ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir. Olayda madencilik ihtiyaç sahası nedeniyle tesisatlara başlanmıştır. Malikler işlem veya tesisat yapılmamış olması şartlarından yararlanamayacaklardır. Ancak taşınmazın olduğu gibi bırakılması ayrı bir şarttır ve işlem veya tesisat yapımı şartlarından farklı bir değerlendirmeye tabi tutulmalıdır. Taşınmazın olduğu gibi bırakılmış olmasının ne anlama geldiği ve ne kadar süre boyunca işlem yapılmadığı takdirde olduğu gibi bırakılmış sayılacağına yönelik Yargıtay’ın ayrıca bir değerlendirme yapması gerekmektedir.

Kamu yararı ortadan kalkmıştır.

Kamulaştırmada kamu hizmetinin yürütülmesi, kamunun ihtiyaçlarının sağlanması ve ülke ekonomisi açısından gerekli nitelikte bir faaliyet söz konusu olmalıdır.¹¹ Dolayısıyla belirtilen sebeplerin sona ermesi veya ortadan kalkması durumunda da kamulaştırılan mal idareye dönecektir.¹² Eğer idarenin bu tür taşınmaza kamu hizmetlerinde kullanma anlamında ihtiyacı yoksa bu durumda da malikin geri alma hakkı doğmaktadır.¹³ Aynı şekilde kamu yararı kararında belirtilen sebep gerçekleşmediği takdirde de kamulaştırmanın hükümsüz sayılması ve kamulaştırılan taşınmazın eski malikince geri alınabilmesi gerekir.¹⁴ Nitekim Anayasa Mahkemesi'nin bir kararında “Kamulaştırmayı haklı gösteren neden ortadan kalkmış bulunmaktadır. Özel mülkiyet hakkının korunmasını engelleyen neden

¹⁰ Muhammed Taha BÜYÜKTAVAŞAN, “Kamulaştırmada Malikin Hakları Ve Yükümlülükleri”, *Gazi Üniversitesi SBE.*, Ankara, 2012, s.80

¹¹ Ender Ethem ATAY, *İdare Hukuku*, 4. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2014, s.810.

¹² ATAY, A.g.e., s.811.

¹³ ATAY, A.y.

¹⁴ GÜNDAY. A.g.e., 271

ortadan kalkınca taşınmazın önceki malike geri verilerek mülkiyet güvencesi kuralına uyulması zorunluluğu belirlemektedir.” Denmektedir.¹⁵

Karara konu olayda gerçekleşen heyelanlardan sonra faaliyetlerin durdurulması, aynı zamanda 31 parselin kamulaştırılması için gerekli olan kamu yararının da ortadan kalktığı anlamına gelmektedir. Anayasa Mahkemesi'nin kimi kararlarında da belirttiği gibi kanunla yapılan kısıtlamanın topluma sağlayacağı yararlar kişilerin uğrayacağı zarara göre ağır basması sebebiyle kamu yararının varlığını kabul etmek gerekir.¹⁶ Oysa somut olay bakımından kamulaştırma, madencilik ihtiyaç sahası amacıyla gerçekleştirilmiştir. Öngörülmesi mümkün olmayacak şekilde gerçekleşen heyelanlar bu faaliyetleri durduğu gibi aynı zamanda kamulaştırmanın amacını gerçekleştirmesine de engel oluşturmuşlardır. Dolayısıyla mülkiyet hakkına yönelik yapılan kısıtlamanın topluma sağlayacağı bir yarar kalmadığı için kişilerin uğrayacağı zarardan daha ağır basması da söz konusu değildir. Bu sebeple kamu yararının ortadan kalktığını kabul etmek gerekir.

Kamulaştırmanın bir bütün olması, ihtiyaç fazlası taşınmazların malike iadesine engel olmamalıdır.

Kamulaştırma Kanunu madde 23/2'ye göre aynı amacın gerçekleşmesi için birden fazla taşınmaz mal birlikte kamulaştırıldığı takdirde bu taşınmaz malların durumunun bir bütün oluşturduğu kabul edilir ve maddenin diğer hükümleri buna göre değerlendirilir. Bu sebeple de kamulaştırılan taşınmazın bir bölümü kamulaştırma amacına uygun olarak kullanılmasına rağmen, bir kısmı ihtiyaç fazlası olduğundan kullanılmıyorsa bu kısım üzerinden eski malike geri alma hakkı doğmamaktadır.¹⁷ Oysa karara konu somut olaydaki gibi 31 adet taşınmazı içerisine alan bir kamulaştırma işleminde tesisat yapımı heyelan sebebiyle durdurulmuş olsa da hâlihazırda üzerinde kamulaştırma amacına yönelik hiçbir tesisat yapılmamış araziler mevcuttur. Bu araziler bahse konu 23. Maddenin 2. Fıkrası gereğince bir bütün oluşturdukları gerekçesiyle maliklerine geri verilmemektedir. Tesisatların yapımına heyelan sebebiyle devam edilmeyecek olması, üzerinde hem tesisat yapılmamış hem de kamu yararı maksadıyla ihtiyaç olunmayan arazilerin hukuka aykırı olarak idarenin elinde bulunduğu anlamına gelmektedir. Bu sebeple salt

¹⁵ Anayasa Mahkemesi'nin E. 1993/8 K. 1993/31 Sayılı 22.09.1993 Tarihli Kararı

¹⁶ Anayasa Mahkemesi'nin E. 1990/7 K. 1990/11 Sayılı 21.06.1990 Tarihli Kararı

¹⁷ BÜYÜKTAVŞAN, A.g.e., s.81.

“bütünlük” gerekçesiyle malikin geri alım talebinin reddine karar verilmesi haksızlık teşkil etmektedir.

KAYNAKÇA

- [1] AKGÜNER, Tayfun/Hasan ERMAN, “Kamulaştırmada son gelişmeler ve malikin geri alma hakkı (İlginç bir Karar)”, İKÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, 1.Cilt, S.1-2, Haziran, 2002, s.6.
- [2] Anayasa Mahkemesi'nin E. 1993/8 K. 1993/31 Sayılı 22.09.1993 Tarihli Kararı
- [3] Anayasa Mahkemesi'nin E. 1990/7 K. 1990/11 Sayılı 21.06.1990 Tarihli Kararı
- [4] ATAY Ender Ethem, İdare Hukuku, 4. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2014, s.810.
- [5] ATAY, Cevdet, Türk Kamu Yönetimi ve Hukuku, İstanbul, y.y., 2016-2017, s.22.
- [6] BÜYÜKTAVŞAN, Muhammed Taha , “Kamulaştırmada Malikin Hakları Ve Yükümlülükleri”, Gazi Üniversitesi SBE., Ankara, 2012, s.80
- [7] Çevrimiçi, Kamulaştırılan Malın Geri Alınması Davasına İlişkin Makale, 29.10.2016, <http://karal.av.tr/makaleler.asp?MakaleID=10>
- [8] GÜNDAY, Metin, İdare Hukuku, 10. Baskı, Ankara, İmaj Yayınevi, 2015, s.271-274 / Ramazan ÇAĞLAYAN, İdare Hukuku Dersleri, Ankara, Adalet Yayınevi, 2013, s.299.
- [9] GÜRSEL, Meltem Kutlu, Kamulaştırma Hukuku, Ankara, Seçkin Yayınları, 2009 s.17.
- [10] YENİAY, Lokman, “Kamulaştırma İşlemi”, Ondokuz Mayıs Üniversitesi SBE., Samsun, 2013, s.30.

İAÜHFD . 2. Sayısındaki Hataların Düzeltmeleri:

Yeni Türk Medeni Kanunu ‘na Göre Kadının Hukuki Durumu isimli makalenin :

Sayfa 83 : II. Evlenme Öncesinde Kadının Hukuki Durumu

Sayfa 87: III. Evlenme Sırasında Kadının Hukuki Durumu

Sayfa 87 : 1.Eşlerin Ortak Hakları ve Yükümlülükleri

Sayfa 89 : 2. Evlilik Birliğinin Temsili

Sayfa 90 : 3.Eşlerin Hukuki İşlemleri

Sayfa 95 : 4.Kadının Soyadı

Sayfa 97 : 5. Evlilik Birliğinin Korunması

Sayfa 99 : IV.Evlenme Sona Erince Kadının Hukuki Durumu

Sayfa 100 : 1. Boşanma Bakımından

Sayfa 103 : b.Boşanmada Yetkili Mahkeme

Sayfa 121: (9) ‘a eklenen s.771-795.

Sayfa 123 : (20) ‘ye eklenen s.27 vd.

Sayfa 124 :(27) ‘ye eklenen s.317-338.

Sayfa 124 : (34) ‘e eklenen s.423-464.

İSTANBUL AYDIN ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ YAYIN İLKELERİ

1. İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi altı ayda bir (Haziran- Aralık) yayımlanan hakemli bir dergidir.
2. Yazarlar tarafından gönderilen makaleler, karar incelemeleri, çeviriler başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Bilimsel bir toplantıda sunulmuş ancak basılmamış bildirilerden üretilmiş çalışmalar, bu durum dipnotta açıkça belirtilmek koşuluyla kabul edilebilir.
3. Yayımlanması istenen yazıların Haziran sayısı için 1 Nisan, Aralık sayısı için 1 Ekim tarihine kadar aşağıda gösterilen iletişim adresine teslim edilmesi gerekir. Bu tarihlerden sonra gönderilen yazılar bir sonraki sayı için değerlendirilir.
4. Gönderilen yazıların ilk değerlendirmesi Yayın Kurulunca yapılır. Yayın Kurulunca ilk değerlendirilmesi yapılan ve yayın ilkelerine uygun olan yazılar iki ayrı hakeme gönderilir, hakemlerin kararı ile yazının yayımlanmasına, düzeltme istenmesine ya da yazının geri çevrilmesine karar verilir ve yazar durumdan haberdar edilir.
5. Hakem raporunda düzeltme istenmesi halinde, yazar ancak belirtilen düzeltmeler çerçevesinde değişiklik yapabilir. Yayımlanması için düzeltilmesine karar verilen yazıların, yazarları tarafından 30 gün içinde yeniden Yayın Kurulu'na gönderilmesi gerekir. Bu süre içinde gönderilen makaleler bir sonraki dönemde yayımlanmak üzere sıraya konulur. Yazı, değişiklikleri isteyen hakemler tarafından yeniden incelenebilir.
6. Hakem raporunda yazının geri çevrilmesine karar verilmişse, ikinci bir hakem incelemesi yapılır. Süresi içerisinde hakem incelemesinden dönmeyen yazılar, yazarı tarafından aksi yönde bir talepte bulunulmadıkça derginin bir sonraki sayısında değerlendirilir.
7. Yayın Kurulu, ilgili sayıda yayımlanacak yazı yoğunluğunu dikkate alarak, hakem değerlendirmesinden olumlu sonuç almış yazıları derginin daha sonraki sayılarında yayımlama hakkını saklı tutar.
8. Ana Başlık: İçerikle uyumlu, onu en iyi ifade eden bir başlık olmalı ve koyu harflerle sözcüklerin ilk harfi büyük olacak biçimde yazılmalıdır. Yazar ad(lar)ı ve adres(ler)i: Yazar(lar)ın ad(lar)ı ve soyad(lar)ı koyu, adresler ise normal ve eğilimli karakterde harflerle yazılmalı; yazar(lar)ın varsa görev yaptığı kurum(lar), haberleşme ve e-posta adres(ler)i ilk sayfada dipnot ile belirtilmelidir.

Özet: Makalenin başında, konuyu kısa ve öz biçimde ifade eden ve en az 100, en fazla 150 sözcükten oluşan Türkçe “özet” ve İngilizce “abstract” bulunmalıdır. Özet içinde, yararlanılan kaynaklara, şekil ve çizelge numaralarına değinilmemeli; dipnot kullanılmamalıdır. Türkçe ve İngilizce özetleri altında bir satır boşluk bırakılarak, en az 3, en çok 5 sözcükten oluşan anahtar sözcükler (keywords) verilmelidir. Türkçe makalenin İngilizce başlığı olmalı ve abstract’ın üstünde gösterilmelidir.

Ana Metin: A4 sayfa boyutunda, MS Word programı, Times New Roman yazı karakteri ile 12 punto ve 1,5 satır aralığıyla yazılmalıdır. Sayfa kenarlarında üst 3 cm., alt 3 cm., sol 3 cm., sağ 3 cm. boşluk bırakılmalı ve sayfalar numaralandırılmalıdır. Yazılar özet, abstract, şekil ve tablo yazıları da dahil 6.000 (altıbin) sözcüğü geçmemelidir.

Bölüm Başlıkları: Makalede, düzenli bir bilgi aktarımı sağlamak üzere ara ve alt başlıklar kullanılabilir. Makaledeki tüm ara (normal) ve alt başlıklar (yatık) 12 punto ile sözcüklerin yalnız ilk harfleri büyük, koyu karakterde yazılmalı; alt başlıkların sonunda iki nokta üst üste konulmamalı ve bir satır sonra devam edilmelidir.

Kaynakça: Metnin sonunda, yazarların soyadına göre alfabetik olarak yazılmalıdır.

9. Yazılar elektronik ortamda CD’ye kaydedilmiş olarak ve ayrıca iki kopyasında yazar adı görünmeyecek şekilde toplamda üç kopya A4 boyutunda çıktısı alınarak İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı adresine gönderilmelidir. Yazarlar unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, açık adreslerini, telefon numaralarını ve elektronik posta adreslerini bildirmelidirler.

10. Yazıları yayımlanan yazarlara dergi ücretsiz olarak gönderilecektir.

İletişim Bilgileri

İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı
Beşyol Mah. İnönü Cad. No:38 Sefaköy-Küçükçekmece/İstanbul
PK:34295

Tel: 444 1 428 Dahili:23410 Faks: 0212 425 57 59

E-Posta: hukukdergi@aydin.edu.tr