

BEYKENT ÜNİVERSİTESİ

HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Cilt: 2 - Sayı: 3
Haziran 2016

Sahibi

TC. Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Adına
Prof. Dr. S. Binnur ÇELİK

Sorumlu Müdür

Yrd. Doç. Dr. Kenan DÜLGER

Editör

Yrd. Doç. Dr. Ebru KARAMAN

İletişim Adresi

TC. Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Taksim Yerleşkesi, Sıraselviler Cad. No.65,
Taksim 34437 - Beyoğlu/İSTANBUL
Tel: +90 (212) 867 55 89
Faks: +90 (212) 867 55 67
hukukdergi@beykent.edu.tr

Sayfa Tasarımı

Bilge KARAKÖSE

Kapak Tasarımı

Musa GÜNDOĞAN

Yayıncı

Seçkin Yayıncılık A.Ş.
Mustafa Kemal Mah. 2158. Sok. No: 13
Çankaya / ANKARA
Tel: 0312 435 30 30
Faks: 0312 435 24 72

ISSN

2149-5068

DANIŞMA KURULU

Prof. Dr. Adem SÖZÜER (İstanbul Üniversitesi)	Prof. Dr. Yücel OĞURLU (Uluslararası Saraybosna Üniversitesi)
Prof. Dr. Billur YALTI (Koç Üniversitesi)	Doç. Dr. Naim DEMİREL (Fatih Sultan Mehmet Üniversitesi)
Prof. Dr. S. Binnur ÇELİK (Beykent Üniversitesi)	Yrd. Doç. Dr. Bünyamin GÜRPINAR (Fatih Sultan Mehmet Üniversitesi)
Prof. Dr. Ercan AKYİĞİT (Beykent Üniversitesi)	Yrd. Doç. Dr. Cahit AĞAOĞLU (Beykent Üniversitesi)
Prof. Dr. Erol CİHAN (Beykent Üniversitesi)	Yrd. Doç. Dr. Dilek EKMEKÇİ (Girne Amerikan Üniversitesi)
Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ (İstanbul Üniversitesi)	Yrd. Doç. Dr. Ebru KARAMAN (Beykent Üniversitesi)
Prof. Dr. M. Fikret GEZGİN (Beykent Üniversitesi)	Yrd. Doç. Dr. Elif YAVUZ (Beykent Üniversitesi)
Prof. Dr. Gülsen GÜNEŐ (Bahçeşehir Üniversitesi)	Yrd. Doç. Dr. Gizem ERSEN PERÇİN (Beykent Üniversitesi)
Prof. Dr. Haluk Nami NOMER (İstanbul Üniversitesi)	Yrd. Doç. Dr. Hulki A. CİHAN (Beykent Üniversitesi)
Prof. Dr. Hamide ZAFER (Doğuş Üniversitesi)	Yrd. Doç. Dr. Hülya ATLAN (Beykent Üniversitesi)
Prof. Dr. Hasan Nuri YAŐAR (Marmara Üniversitesi)	Yrd. Doç. Dr. Kenan DÜLGER (Beykent Üniversitesi)
Prof. Dr. Mustafa TOPALOĞLU (Beykent Üniversitesi)	Yrd. Doç. Dr. Mehmet BAĞCI (Beykent Üniversitesi)
Prof. Dr. Nihat BULUT (İstanbul Şehir Üniversitesi)	Yrd. Doç. Dr. Tülin ÇAĞDAŞ (Beykent Üniversitesi)
Prof. Dr. Şükrü YILDIZ (İstanbul Ticaret Üniversitesi)	

YAYIN KURULU

Yrd. Doç. Dr. Ebru KARAMAN
Yrd. Doç. Dr. Hülya ATLAN
Arş. Gör. Pınar DİKMEN
Arş. Gör. Bahar ŞİMŐEK

BEYKENT ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ YAYIN İLKELERİ

1. Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (BÜHFD) Haziran ve Aralık olmak üzere yılda 2 kez yayımlanan hakemli bir dergidir.
2. Dergi'de yayımlanmak üzere gönderilen bilimsel çalışmaların özel hukuk, kamu hukuku ve mali hukuk alanlarına ilişkin ve daha önce başka bir yerde yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekmektedir. Yazının dergimize gönderilmiş olması, yazarın bu konudaki taahhüdü anlamına gelmektedir.
3. Dergi'nin yazı dili esas olarak Türkçe olmakla beraber, dergide yabancı dilde yazılara da yer verilmektedir.
4. Dergi'de hakem denetiminden geçen makale, mevzuat ve mahkeme kararı değerlendirilmesi, kitap incelemesi, çeviri ve tebliğlere yer verilir. Bu nitelikteki yazıların kabulü veya geri çevrilmesi, Yayın Kurulu tarafından yapılır.
5. Dergi'de yayımlanacak çeviri çalışmalarında, çevrilen yabancı eserin yazarından ve/veya yayın haklarına sahip kişi veya kurumlardan yazılı yayım izni alınması ve bu iznin Yayın Kurulu'na iletilmesi gerekmektedir.
6. Yazarların, yazılarıyla birlikte, iletişim bilgilerini (ad, soyad, unvan, çalıştıkları kurum, telefon numarası ve elektronik posta adresi) dergi editörlüğüne sunmaları gerekmektedir.
7. Dergi'ye gönderilen çalışmaların yazım bakımından son denetimlerinin yapılmış olduğu, yazarın e-posta ile gönderdiği haliyle yazının basımına onay verdiği kabul edilir. Gönderilen yazının ilk değerlendirmesi Yayın Kurulu tarafından yapılmaktadır. Temel bilimsellik ölçütlerine uyulmadığı veya olağanın üzerinde yazım yanlışlarının bulunduğu tespit edilen yazılar, Yayın Kurulu tarafından geri çevrilir.
8. Yayın Kurulu tarafından ilk değerlendirilmesi yapılan yazılar, hakemin yazarı bilmemesi esası uyarınca yazar ismi gizlenerek, konu hakkında uzman hakeme (yazarın akademik unvanına göre daha üst unvanlı bir hakeme) gönderilir. Hakemden gelecek raporlar doğrultusunda yazının basılmasına, reddedilmesine veya yazardan düzeltme istenmesine karar verilir. Yazar en kısa sürede durumdan haberdar edilir. Gerekli durumlarda ikinci hakemin görüşüne başvurulabilir. Hakem incelemesi sonucunda yayımlanması uygun görülmeyen çalışmalar yazarına iade edilmez.
9. Yazının ilk sayfasında aşağıdaki bilgiler yer almalıdır:
 - a. Yazının Türkçe ve İngilizce, Almanca, Fransızca yabancı dillerinden biri olmak üzere başlığı, siyah ve tümü büyük harf karakterinde olmalıdır;
 - b. Yazar isimleri, konu başlığının altında ve sağ tarafında unvanlı olarak yer almalı ve soyadının bitimde bir yıldız konulmalıdır. Yıldızlı dipnotunda yazarın çalıştığı kurum, branşı, sıfatı ve e-posta adresi belirtilmelidir;

- c. Her iki dilde, metnin amacını ifade edecek şekilde, en az 100 en çok 200 kelimedenden oluşan Türkçe ve İngilizce, Almanca veya Fransızca yabancı dillerinden biri olmak üzere özeti ile en çok 5 adet anahtar sözcük yer almalıdır.
10. Yazılar Microsoft Word Programında, ana metin Times New Roman karakterinde 12 punto ve 1,5 satır aralığında; dipnotlar Times New Roman karakterinde 10 punto ve normal satır aralığında yazılmış, sayfa marjları A4 boyutu üzerinden üst ve soldan (4) cm., alt ve sağdan (3) cm. olarak ayarlanmış bir şekilde dergiye gönderilmelidir.
 11. Metin içerisinde kullanılan yabancı kelimeler italik olarak belirtilmelidir.
 12. Kısaltmalar liste olarak verilmemelidir. Kısaltılacak isim veya başlık, metinde ilk kez kullanıldığında açık olarak yazılmalı ve parantez içinde kısaltması verilmeli, müteakiben sadece kısaltma kullanılmalıdır.
 13. Makalenin sonunda, makalede kullanılan kaynakların yazar adına göre alfabetik sıraya dizildiği kaynakçaya yer verilmelidir. Yararlanılan kaynaklara ilişkin metin içindeki atıflar, her bir sayfa sonunda dipnot olarak gösterilmelidir.
 14. Dipnotlarda yazarların adı ve soyadı yazıldıktan sonra, eserin adı italik olarak yazılmalı, eserin kaçınıcı bası olduğu, yayınevinin adı, yayın yeri ve yılı, sayfa numarası gösterilmelidir. Aynı esere yapılacak atıflarda yazarın soyadı ve sayfa numarası belirtilmelidir. Yabancı kaynaklar için de aynı usule uyulmalıdır. İnternet sitelerine yapılan atıflarda sitenin tam adına yer verilmesi ve siteye son erişim tarihinin parantez içinde yer alması gerekmektedir.
 15. Gönderilen çalışmalar yayımlanmak üzere kabul edildiği takdirde, yazarlar elektronik ortamda yayımlanması da dâhil olmak üzere tüm telif haklarını Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ne devretmiş sayılır, yazarlara ayrıca telif ücreti ödenmez.
 16. Dergide yayımlanan çalışmalarda ileri sürülen görüşlerden dolayı ortaya çıkabilecek tüm sorumluluk yazara aittir. Bu hususta, Fakülte herhangi bir sorumluluk kabul etmemektedir.

Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nde yayımlanması istenen yazıların, Word formatında yukarıda belirtilen yayım ilkelerine uygun olarak aşağıdaki e-posta adresine gönderilmesi gerekmektedir:

hukukdergisi@beykent.edu.tr

SUNUŞ

Beykent Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Dergisi adıyla ilk sayısı 2015 Haziran'da yayınlanan bu derginin 2016/1 sayısını ilgili çevreye sunuyoruz.

Beykent Üniversitesi Hukuk Fakóltesi olarak amacımız; Bu derginin ülkemiz hukuk camiasına yönelik olarak her geçen sayıda kalite ivmesini artırarak yoluna devam etmesidir. Bu yüzden de Dergimizde sadece kendi akademik personelimizin değil, ülkemiz hukuk alanına katkı sağlayabileceği dölünölen her dölünöceden ve akademik unvanı olsun olmasın ciddi her katılandan destek görmeyi ummaktayız. Hukuk alanında özgürce ama başkalarına da saygılı biçimde dile getirilen her bilimsel dölünönceye saygılı ve eşit yakınlıkta olarak yayın hayatımızı sürdürme ümidiyle, bu sayıda katkı sağlayanlara gönöl dolu su teőekkür ve saygılarımla.

Prof. Dr. Ercan AKYİŐİT
Beykent Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Dekanı

İÇİNDEKİLER

Sunuş	9
Mesafeli Sözleşmeler	
Distance Contract	
<i>Prof. Dr. Mustafa TOPALOĞLU</i>	13
Denetimli Serbestlik	
Die Bewährung-Probation	
<i>Prof. Dr. Erol CİHAN Arş. Gör. Ezgi CANKURT Arş. Gör. Tülay KİTAPÇIOĞLU</i>	51
Özel Hukuk Tüzel Kişilerinin İdari İşlemlerine İlişkin Bir Değerlendirme	
An Assessment Relating to Private Legal Entities' Administrative Acts	
<i>Yrd. Doç. Dr. Ebru KARAMAN</i>	77
Türk Sosyal Güvenlik Sisteminde Gelir ve Aylıkların Birleşmesi	
The Combination of Income and Monthly Acquired Rights, in Turkish Social Security System	
<i>Yrd. Doç. Dr. Mehmet BAĞCI</i>	89
Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması	
Physical Bodily Examination and Taking Body Samples	
<i>Yrd. Doç. Dr. Mahmut KAPLAN Arş. Gör. Özgür AYDIN</i>	113
Diktatoryal Yönetimlerin Evrensel Yargılanma Kâbusu: İşkence Yasağı İhlâlinin Takibinde Uluslararası Normlara Bakış	
Universal Jurisdiction Nightmare of Dictatory Regimes: Outlook to International Norms in the Pursuit of Violation of Prohibition of Torture	
<i>Arş. Gör. Hilal CECANPINAR</i>	135
İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin Kovarova - Slovakya Kararı	
Kovárová V. Slovakia Case of European Court of Human Rights	
<i>Çeviren: Arş. Gör. Pınar DİKMEN</i>	155

TEKZİP METNİ

Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nin 2015/2 sayısının 137. sayfasında, Arş. Gör. Burcu ZENGİN ÖZKÜÇÜKPARLAK tarafından kaleme alınan "6098 s. Türk Borçlar Kanunu'nda Görme Engelliler ve İmza Atamayanlar Bakımından Adi Yazılı Şekil" başlıklı makale yayınlanmıştır. Ancak söz konusu makalenin yazarı ile ilgili verilen bilgilerde yazarın Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı'nda Araştırma Görevlisi olduğu belirtilmiştir. Sehven yapılmış olan bu yanlışlığı düzelterek, Arş. Gör. Burcu ZENGİN ÖZKÜÇÜKPARLAK'ın derginin yayımlandığı dönemde Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı'nda Araştırma Görevlisi olarak çalışmakta olduğunu açıklama gereği duymaktayız. Bu sayımız vesilesiyle gerek yazar Arş. Gör. Burcu ZENGİN ÖZKÜÇÜKPARLAK'tan ve gerek siz değerli okuyucularımızdan özür dilemeyi bir borç biliriz.

Mesafeli Sözleşmeler

Distance Contract

*Prof. Dr. Mustafa TOPALOĞLU**

Özet

Mesafeli sözleşme, satıcı veya sağlayıcı ile tüketicinin eş zamanlı fiziksel varlığı olmaksızın, mal veya hizmetlerin uzaktan pazarlanmasına yönelik olarak oluşturulmuş bir sistem çerçevesinde, taraflar arasında sözleşmenin kurulduğu ana kadar ve kurulduğu an da dahil olmak üzere uzaktan iletişim araçlarının kullanılması suretiyle kurulan sözleşmelerdir. Mesafeli sözleşmeler kurulmadan önce tüketicinin sözleşmenin niteliği ve unsurları ile ödeme yükümlülüğü altına gireceği konusunda bilgilendirilmesi gerekir. Tüketicinin sözleşme konusu malın tesliminden itibaren 14 gün içinde herhangi bir sebep göstermeden cayma veya geri alma beyanını kullanarak sözleşmeyi sona erdirmeye hakkı bulunmaktadır.

Anahtar Kelimeler

Mesafeli Sözleşme, Cayma Hakkı, İnternette Satış, Elektronik Ödemeler.

Abstract

Distance contract means any contract concluded between the trader and the consumer under an organised distance sales or service-provision scheme without the simultaneous physical presence of the trader and the consumer, with the exclusive use of one or more means of distance communication up to and including the time at which the contract is concluded. Prior to constituting distance contract the consumer should be informed about getting under the obligation of payment for the contract with its qualification and elements. The consumer may terminate contract in 14 days from the delivery of the good without any justification using their right to withdraw or restitution statement.

Keywords

Distance Contract, Right of Withdrawal, Electronic Commerce, Electronic Payments.

* Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi,
mt@mustafatopaloglu@av.tr

A. TANIM VE KAPSAMI

Çağımızda satıcı ve sağlayıcıların tüketicilerle iletişim kurmalarını sağlayan çok değişik ve etkin yöntemler gelişmiş bulunmaktadır. Yaşanan toplumsal gelişmelerle birlikte teknolojik gelişmelerle haberleşme teknikleri ve internet kullanımının çoğalması bakımından satış teknikleri ve yöntemleri farklı şekilde yapılabilmektedir. Özellikle bilişim teknolojilerinin gelişmesiyle ortaya çıkan yeni pazarlama yöntemlerine “online shopping” denilmektedir¹. Bu yöntemlerden en çok kullanılanlardan birisi de mesafeli yöntemle yapılan sözleşme şeklindedir. Satıcı ve sağlayıcıların karşı karşıya gelmemek suretiyle yapılan bu tür satışlarda Avrupa’da ve Türk Hukukunda tüketicilerin korunması gerektiği düşüncesi hasıl olmuştur. Tüm bu nedenler doğrultusunda Avrupa Birliğinde 20 Mayıs 1997 tarihinde mesafeli sözleşmelerde tüketicinin korunması isimli direktif çıkarılmıştır.

Mesafeli satış 4077 sayılı önceki TKHK’da internet üzerinden yapılan satış olarak belirlenmiştir. 6502 sayılı TKHK’da 48. Maddesinde Mesafeli Sözleşmeler başlığı altında düzenlenmiş bulunan internet üzerinden yapılan alışverişlerde tüketicinin korunması hususu yer bulmuştur. 27.11.2014 Tarihli Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği ile TKHK’nin 48. Maddesinin 6. Fıkrası bir çok hususa yer vererek düzenlenmiştir. Özellikle, mesafeli sözleşmelere ilişkin uygulama usul ve esasları, kapsam dışı sözleşmeler, tüketicinin ve satıcı veya sağlayıcının hak ve yükümlülükleri, cayma hakkı, bilgilendirme yükümlülüğü, teslimat gibi bir çok konu belirlenmiştir. 6502 sayılı TKHK madde 48 ve Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliğinde bu konularda ayrıntılı olarak düzenlemeler yapılmıştır.² Buna göre mesafeli sözleşme, “*satıcı veya sağlayıcı ile tüketicinin eş zamanlı fiziksel varlığı olmaksızın, mal veya hizmetlerin uzaktan pazarlanmasına yönelik olarak oluşturulmuş bir sistem çerçevesinde, taraflar arasında sözleşmenin kurulduğu ana kadar ve kurulduğu an da dahil olmak üzere uzaktan iletişim araçlarının kullanılması suretiyle kurulan sözleşmelerdir.*”

Kanunun gerekçesine bakıldığında bu tanım aynı zamanda tüketicinin sadece mal veya hizmetler hakkında bilgi toplamak amacıyla bir satıcı veya sağlayıcının işyerini ziyaret etmesiyle beraber uzaktan bir iletişim aracı vasıtasıyla sözleşmeyi müzakere ettiği ve kurduğu durumları içine alır. Tüketici sözleşme hakkında herhangi bir müzakere yapmamakta ancak mağazayı ziyaret edip bilgi toplanmaktadır. Bahsi geçen durumun tam tersi olarak satıcı veya sağlayıcının işyerinde müzakere edildikten sonra uzaktan bir iletişim aracı kullanılarak kurulan sözleşme mesafeli sözleşme olarak kabul edilmesi mümkün değildir.

¹ M. TOPALOĞLU, *Bilişim Hukuku*, Karahan Kitapevi, Adana 2005, s. 195.

² Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği R.G.: 27 Kasım 2014 Tarih ve S: 29188 yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da düzenlenen "mesafeli sözleşme" kavramıyla, Borçlar Kanunu'nda yer alan "mesafeli satış" kavramları birbirinden farklıdır³. Türk Borçlar Kanununa göre mesafeli satış, satılan malın normal olarak sözleşmenin ifa yerinden başka bir yere gönderilmesi halinde söz konusu olur ki, buradaki mesafe kavramı malın gönderilmesi ya da sözleşmenin ifası ile ilgilidir⁴. Tüketicinin Korunması anlamında mesafeli sözleşme ise, tüketici ile mal ya da hizmet satıcısının aynı yerde olmamasını, aralarında mesafe bulunmasını ve sözleşmenin iletişim araçları ile yapılmasını ifade etmektedir.

Avrupa Birliği Yönergesinde olduğu gibi Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliğinin 2. maddesinde bazı sözleşmeler mesafeli sözleşme kavramı dışında tutulmuştur⁵. Aşağıdaki konularda yapılan sözleşmeler mesafeli sözleşme sayılmaz. Bunlar:

- a) Finansal hizmetler,
- b) Otomatik makineler aracılığıyla yapılan satışlar,
- c) Halka açık telefon vasıtasıyla telekomünikasyon operatörleriyle bu telefonun kullanımı,
- ç) Bahis, çekiliş, piyango ve benzeri şans oyunlarına ilişkin hizmetler,
- d) Taşınmaz malların veya bu mallara ilişkin hakların oluşumu, devri veya kazanımı,
- e) Konut kiralama,
- f) Paket turlar,
- g) Devre mülk, devre tatil, uzun süreli tatil hizmeti ve bunların yeniden satımı veya değişimi,
- ğ) Yiyecek ve içecekler gibi günlük tüketim maddelerinin, satıcının düzenli teslimatları çerçevesinde tüketicinin meskenine veya işyerine götürülmesi,
- h) Tüketici Mevzuatının bazı hükümlerinin uygulanması koşuluyla yolcu taşıma hizmetleri,
- ı) Malların montaj, bakım ve onarımı,
- i) Bakımevi hizmetleri, çocuk, yaşlı ya da hasta bakımı gibi ailelerin ve kişilerin desteklenmesine yönelik sosyal hizmetler.

³ A. ZEVKLİLER/ M. AYDOĞDU, *Tüketicinin Korunması Hukuku*, 3. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2004, s. 267; TOPALOĞLU, s. 197.

⁴ Mesafeli veya gönderme satımı ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Ö. YENİCE, *Türk Borçlar Kanunu ve Viyana Konvansiyonu Hükümlerine Göre Gönderme Satımı*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2015.

⁵ J. DICKIE, *Internet and Electronic Commerce Law in the European Union*, Oxford-Portland- Oregon 1999, s. 93-94.

Mesafeli sözleşme kapsamı dışında tutulan bu sözleşmelerin bir kısmı nitelikleri gereği uzaktan iletişim aracı kullanılarak yapılmalarına olanak bulunmamaktadır. Örneğin, otomatik makinalarda yapılan satışlar ya da telefonun fiziken kullanılmasına yönelik kapsam dışı sözleşmeler bu niteliktedir. Aynı şekilde taşınmaz mal satımına veya kullanımına ilişkin sözleşmelerde satıcının bizzat fiziken ifade bulunma yükümlülüğü bulunduğundan mesafeli sözleşme kavramıyla bağdaşmaz.

Yukarıda sayılan kapsam dışı sözleşmelerin bazıları 6502 sayılı Kanun diğer maddelerinde düzenlenmiştir⁶. Bu tür sözleşmelerden finansal hizmetler, 6502 sayılı Kanununun 49. maddesinde “Finansal hizmetlere ilişkin mesafeli sözleşmeler” başlığı ile ayrıca düzenlenmiş ve aynı konuda Finansal Hizmetlere İlişkin Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği çıkarılmıştır. Yine paket tur ve ulaştırma hizmetlerine ilişkin sözleşmeler de 6502 sayılı TKHK’nun 51. maddesine konu olmuştur.

B. 6563 SAYILI ELEKTRONİK TİCARETİN DÜZENLENMESİ HAKKINDA KANUN’UN MESAFELİ SÖZLEŞMELERE UYGULANMASI SORUNU

6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun yürürlüğe girdikten sonra 05.11.2014 tarihinde Resmi Gazete’de, 6563 sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun (ETDHK) yayımlanmıştır.

6563 sayılı EDHTK gerekçesinde, AB’nin 2000/31 sayılı E-Ticaret Direktifi ile 2002/58 sayılı Bilgi İletişim Direktifinin gereğinin yerine getirildiğinden bahsedilmektedir. 1 Mayıs 2015’te yürürlüğe giren ETDHK’nın amacı, ticari iletişimi ve elektronik iletişim araçlarıyla yapılan sözleşmeleri düzenlemektir.

Tüketicinin yaptığı bir satış işlemini internet yoluyla yapılan satışları mesafeli satış olarak düzenleyen 6502 sayılı TKHK mı, yoksa bütün elektronik satışları düzenleme kapsamına alan 6563 sayılı EDTHK’ı uygulanacağı sorusuna cevap vermek gerekir.

Yukarıda belirtildiği gibi 6502 sayılı TKHK, 2012/83 sayılı AB Direktifi göz önüne alınarak çıkarılmıştır. 2012/83 sayılı AB Direktifi de, AB’nin 2000/31 sayılı E-Ticaret Direktifi ile 2002/58 sayılı Bilgi İletişim Direktifi hükümleriyle uyum sağlanmaya dikkate edilmiştir. Bu nedenle 6502 sayılı TKHK, kaynak direktif dolayısıyla bu iki direktif hükümlerini de kapsadığından 6563 sayılı Kanunun düzenlediği hususları da içermektedir.

Ayrıca tüketici hukukunda tüketici lehine yorum ilkesi geçerlidir. Münhasıran tüketici haklarını korumak için çıkarılan 6502 sayılı TKHK’u 6563

⁶ İ. KARA, *Yeni Kanuna Göre Tüketici Hukuku*, Ergin Yayınevi, Ankara 2015, s.1021.

sayılı ETDHK'ya göre özel kanun olarak kabul etmek ve öncelikle TKHK'ü uygulamak gerekir.

6563 sayılı ETDHK, 3. maddesinde bilgi verme yükümünü düzenlemiş ve tüketici satışlarında bilgi verme yükümünün karşılıklı olarak kaldırılmayacağı öngörülmüştür. Yine ETDHK'nın 4. maddesine göre, tüketicinin yapmış olduğu elektronik ticarete taraflar, sipariş konusundaki kanun hükümlerinin aksini kararlaştıramazlar.

Sonuç olarak, öncelikle 6502 sayılı TKHK hükümlerini uygulamak gerekir. 6563 sayılı EDHTK'da ya da ikincil düzenlemelerinde yer alan ve alacak tüketiciyi koruyan nitelikteki hükümleri de 6502 sayılı TKHK hükmüne ek olarak uygulamak isabetli olur.

C. YABANCILIK UNSURU BARINDIRAN MESAFELİ SÖZLEŞMELERDE UYGULANACAK KANUN

Tüketici, Türkiye'de yerleşik bir firmadan mal alırsa Türk Tüketici Mevzuatının uygulanacağı açıktır. Ancak yurt dışında bulunan bir firmadan internet yoluyla alış verişe girilirse yabancılık unsuru söz konusu olacağından hangi kanunun uygulanacağı sorununa MÖHUK çerçevesinde çözüm bulunur.

MÖHUK m.26(1)'e göre tüketicinin internet üzerinden yapmış olduğu yabancılık unsuru içeren satış sözleşmesinde hukuk seçimi yapılmamışsa tüketicinin mutlak meskeni hukuku yani Türk Hukuku uygulanır. Yabancı satıcıya karşı da tüketicinin Türkiye'deki yerleşim mahkemesinde dava açılabilir⁷.

D. MESAFELİ SÖZLEŞMENİN UNSURLARI

Mesafeli sözleşmeler 6502 sayılı Tüketici Kanunu ve ilgili yönetmelikte tanımlanmıştır. Kanunda ve yönetmelikte yapılan tanımda sözleşmenin unsurları gösterilmiş olup dört başlıkta toplanabilir⁸.

1. İletişim Araçlarının Kullanılması

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun bazında mesafeli sözleşmelerden bahsedebilmek adına sözleşmenin kurulması aşamasında elektronik ortamdan yararlanılarak yapılması zorunluluğu yoktur. Yazılı araçlar (katalog, ilan, mektup vb.) kullanılarak yapılan sözleşmeler de bu kapsam içinde yer almaktadır. Burada önemli olan sözleşmenin iletişim araçları kullanılarak tüketicilerle karşı karşıya gelinmeksizin yapılmasıdır. Avrupa Birliği Direktifine

⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. G. GÜNGÖR, *Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması*, Yetkin Yayınları, Ankara 2000.

⁸ KARA, s. 1015 vd.

bakıldığında kullanılan iletişim araçları teker teker son derece ayrıntılı olarak sayılmıştır. Türk hukukunda ise böyle bir ayrıma gidilmeksizin hangi iletişim araçlarının kullanılması halinde yapılanın mesafeli sözleşme olduğu konusu ayrıntılı olarak belirtilmemiş, genel bir tanımlama yapılmakla yetinilmiştir.

2. Tüketicile Karşı Karşıya Gelmemesi

Mesafeli sözleşmelerin ikinci unsuru olarak yasadaki tüketiciyle karşı karşıya gelinmemesi gösterilmiştir. Burada amaçlanan tüketiciyle satıcının yüz yüze görüşme yapmaksızın sözleşme kurlmalarıdır. Tam tersi durumda satıcı ve sağlayıcı eğer sözleşmeyi yüz yüze görüşerek yapsalardı bu durumda olan sözleşmeler söz konusu olurdu.

3. Uzaktan Pazarlama Sistemi Oluşturulması

TKHK'nın 48. Maddesine göre bir sözleşmenin mesafeli sözleşme sayılabilmesi için satıcı ya da sağlayıcının uzaktan pazarlamaya yönelik bir sistem veya organizasyon oluşturması gerekmektedir. Böyle bir organizasyon ya da sistem bulunmaksızın arızı olarak ya da bir kaç defa yapılan uzaktan iletişim araçları kullanılarak yapılan sözleşme mesafeli sözleşme sayılmaz. Mutlaka düzenli ya da sistematik olarak uzaktan iletişim araçları kullanılacak bir sistemin kullanılması gerekir. Böyle bir sistem bulunmasına rağmen işlerin akışı gereği müşteri sayısının azlığı nedeniyle bir kaç defa işlem yapılması halinde dahi mesafeli sözleşme var demektir.

4. Tarafların Anlaşması

Mesafeli sözleşmelerin son unsuru ise tarafların anlaşmasıdır. 6502 sayılı Tüketici Kanunu ve Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliğinde yapılan tanımda açıkça bahsedilmese bile tarafların yaptığı işlemin niteliği gereği anlaşması zorunludur. Tarafların kararlaştırılan sözleşme kapsamında, satıcının tüketiciye vereceği kararlaştırılan mal ve karşılığında tüketicinin satıcıya yapacağı ödeme miktarı konusunda tarafların mutabık kalarak sözleşme konusunda anlaşmaları gerekir.

E. MESAFELİ SÖZLEŞME TÜRLERİ

Mesafeli sözleşmelerde aşağıdaki iletişim araçlarından biri veya birkaç tanesi birlikte kullanılmaktadır⁹.

1. Yazılı İletişim Araçlarıyla Yapılan Sözleşmeler

Yazılı iletişim araçlarıyla yapılan mesafeli satışlarda özellikle katalogdan, gazeteden, dergi ilanlarından ve diğer yazılı iletişim araçlarından seçim yolu

⁹ Ü. GEZDER, *Erzurumlu Şerhi - Mesafeli Sözleşmeler*, Beta Basım Yayın İstanbul 2006, s.32.

ile yararlanılarak yapılır. Bu tip satışlar mesafeli satış olarak kabul edilmiştir. Bir veya birden çok mala ait el ilanı, broşür ya da katalogların, tüketicilere posta aracılığıyla gönderilmektedir. Burada ürünün tanıtılması yazılı iletişim araçları vasıtasıyla olmaktadır. Seçim yaparak alışveriş yapmak isteyen tüketici, ya bir formu belirtilen adrese göndermekte ya da belirtilen bir telefon numarasını arayarak siparişini vermektedir. Satın alınan mal veya hizmet ise daha sonra gönderilmekte ya da sağlanmaktadır. Bu tipte söz konusu katalog veya ilanı inceleme ve düşünme fırsatına sahip bulunan tüketici yapacağı değerlendirmeden sonra karar vererek siparişini oluşturmaktadır. Bu tarz satışların olumlu özelliği, tüketicinin düşünme ve kıyaslama için fırsatının bulunmasıdır¹⁰. Satıcı, bu tür sözleşmelerde, tüketicinin sipariş ettiği malları, genelde posta veya kargo vb. ulaşım araçlarıyla gönderdiğinden tüketiciyle satıcı hiçbir zaman bir araya gelmemektedir. Teslim aşamasında dahi satıcıyla tüketicinin karşı karşıya gelmemesi unsuru sağlanmaktadır.

2. Telefon Aracılığıyla Yapılan Sözleşmeler

Günümüzde özellikle posta ve telefon yoluyla yapılan satışlar geniş bir uygulama alanı bulmaktadır. Telefonun arz ve siparişte kullanıldığı satış yöntemine “tele pazarlama” ya da (Teleshopping) denilmektedir¹¹. Satıcı, ücretli veya ücretsiz telefon hatları tahsis ederek ya da tüketiciye bizzat kendisi telefonla ulaşarak bu pazarlama yöntemiyle satışı gerçekleştirmektedir. Bu gibi satışlarda tüketicinin aldatılma riski, diğer satış türlerine göre daha fazladır. Tüketici satın almış olduğu malın bedelini peşin ödemekte fakat ürünün teslimi kendisine daha sonra yapılmaktadır. Sipariş paketlenerek gönderilmişse tüketiciye paketi açma fırsatı verilmeden para peşin olarak tahsil edilmektedir. Eski 4077 sayılı Kanunun 9/A maddesinin 1. Fıkrasında, telefonla yapılan sözleşmelerin mesafeli satış olarak kabul edileceği açıkça gösterilmişti. Ancak 6502 sayılı TKHK’da bu şekilde bir gösterime gidilmeksizin, yalnızca kanunun gerekçesinde mektup, katalog, telefon, faks, radyo, televizyon, elektronik posta mesajı, internet gibi uzaktan iletişim araçlarının kullanılması yöntemiyle tüketici ve satıcı arasındaki sözleşmelerin mesafeli sözleşme olarak kabul edileceği belirtilmiştir.

Telefon aracılığıyla yapılan sözleşmelerde, iki farklı durum söz konusu olabilir. Birincisi satıcı veya sağlayıcının belirli tüketicilere önceden tespit ederek, çeşitli sözleşmeler yapmaya ikna etmeye çalışmasıdır. Satıcı ve sağlayıcı tüketiciyi hazırlıksız yakalayarak bir sözleşme yapmaya çalışmaktadır. İkincisi ise, tüketicinin, satın almak istediği bir mal veya hizmet ile ilgili olarak, belirtilen telefon numarasını araması suretiyle sözleşmenin kurulmasıdır.

¹⁰ Y. ASLAN, *6502 sayılı Kanuna Göre Tüketici Hukuku*, 5. Baskı, Ekin Kitapevi Yayınları, s.557 vd.

¹¹ TOPALOĞLU, s.195.

Aramayı yapan tüketici bizzat kendisidir. Ancak aramayı yapmasını sağlayan, satıcı veya sağlayıcı ayrıca tüketicinin üzerinde uygulamaya çalıştığı mesafeli satış teknikleridir.

3. Tele-Shopping Aracılığıyla Yapılan Sözleşmeler

Teknolojinin hızla gelişmesiyle birlikte hemen hemen herkesin evinde bir televizyon bulunmaktadır. Görsel bir iletişim aracı olan televizyonun da tüketicilere mal veya hizmet pazarlamak için kullanılması hızla yaygınlaşmaktadır. Tüketici söz konusu programları TV veya bilgisayar aracılığıyla izledikten sonra, verilen telefon numarasını aramakta veya iletişim adreslerine e-mail yoluyla mesaj atarak siparişini oluşturmaktadır. Ödeme ise satıcı veya sağlayıcının hesabına havale yaparak ya da tüketici kredi kartı numarasını vererek alışverişini tamamlamaktadır. Sipariş edilen mal, ödemededen bir süre sonra tüketicinin adresine gelmektedir.

4. İnternet Yoluyla Kurulan Mesafeli Sözleşmeler

İnternet yoluyla kurulan mesafeli sözleşmelerde öncelikle elektronik ticaret kavramına değinmek gerekir. Kısaca elektronik ticaret; işletme faaliyetlerinin iletişim networkleri arasında yerine getirilmesidir. Elektronik sözleşmeler de, elektronik iletişim araçlarının kullanılması yoluyla yapılan sözleşmeler olarak tanımlanabilir. Eğer bir sözleşme elektronik ticaret aracılığı ile yapılmışsa bu kapsamda elektronik sözleşme olarak saymak gerekir.

Klasik ticaretteki tüketici hakları, elektronik ticaret için de geçerli olmakla birlikte elektronik ticarete tüketicilere ilişkin bir takım ilave koruma yöntemleri getirilmiştir.

Elektronik ortamdan yararlanılarak kurulan mesafeli sözleşmelerde çoğunlukla internetten yararlanılmaktadır. Elektronik sözleşme türlerinden biri olan ve gün geçtikçe yaygınlaşan online shopping ile çarşı ve mağazalarda rastladığımız her türlü malın alım ve satımının yapılması mümkündür.

Bilgisayar veya internet kullanılarak yapılan pazarlama yöntemine "Bilgisayar veya İnternet Üzerinden Pazarlama" (PC-İnternet-Shopping) denilmektedir¹². Tüketiciler, internet yoluyla, toplu katalogdan alışveriş yapıyormuş gibi, günlük alışverişlerini yapabilmekte ve maddi mal ya da hizmet sağlamanın yanı sıra gayri maddi malları da alabilmektedirler. Bunlar digital ürün olarak ve bilgisayardan bilgisayara indirme yöntemi ile aktarılan mallardır.

¹² Y. ASLAN, Tüketici Hukuku, s. 559 vd.

Elektronik ticaret dört farklı kategoride gerçekleşir. Bunlar;

- a. İşletmeler arasında elektronik ticaret (business to business)
- b. İşletme ile tüketici arasında elektronik ticaret (business to consumer)
- c. İşletmeler ve devlet arasında elektronik ticaret (business to government)
- d. Tüketiciler ve devlet arasında elektronik ticaret (consumer to government)

Her ne kadar arada kurulan sözleşme internet ortamında gerçekleşmekte ise de satıcının borcunu ifası, posta ve kurye gibi bilindik yöntemlerle yapılmaktadır. Alıcı ise, kredi kartı ya da havale gibi elektronik araçlar kullanarak borcunu ifa etmektedir.

Web sitesi Aracılığı ile: Web sitesi yoluyla kurulan sözleşmelerde; müşteri ilgili ürüne ait sipariş formunu tamamlar ve karşı tarafa gönderir. Satıcı da siparişi kabul ettiği zaman sözleşme hukuken kurulmuş olur. Daha sonra mal ve hizmetler ifa edilir.

E-posta Aracılığı ile: Taraflar, karşılıklı e-posta yoluyla bir sözleşme kurabilirler. İcap ve kabul tamamen e-posta aracılığı ile iletilerek sözleşme e-posta aracılığıyla kurulmuş olur.

Elektronik Temsilci Aracılığı ile: Elektronik temsilci, şahısların aracılığı olmadan, elektronik mesajlara ya da uygulamalara cevap veren bir yazılımdır. Bir kişi ile elektronik temsilci arasında veya iki elektronik temsilci arasında sözleşme kurulabilir.

Electronic Data Interchange (EDI) Aracılığı ile: EDI, kısaca bilgisayar ile bilginin doğrudan değişimi olarak tanımlanabilir. EDI, standart satın alma siparişlerinin, kabullerinin, faturaların ve diğer kayıtların iletiminde kullanılır. Bu değişimler ile, geçerli sözleşmeler kurulur.

Sosyal Medya Aracılığı ile: Günümüzde teknolojik gelişmelerin hızla geliştiği internet ortamında sosyal medya (facebook, twitter, instagram, vs.) aracılığıyla da alışveriş yapmak mümkün hale gelmiştir. Büyük mağazaların hemen hemen hepsinin sosyal medya hesapları bulunmaktadır. Bu yeni tip medyadan yararlanılarak kurulan sözleşmeleri de mesafeli sözleşmenin bir çeşidi olarak kabul etmek gerekir.

5. Diğer İletişim Araçları Aracılığı ile Yapılan Ticaret

Teknolojinin gelişmesine göre gelecekte yeni iletişim araçları ortaya çıkabilir ve bu iletişim araçlarından yararlanılarak yapılan satışlar da mesafeli satışlardan sayılacaktır. Bunun gibi bugün için var olup da yasada açıkça be-

lirtilmeyen iletişim araçlarıyla yapılan sözleşmeler de mesafeli sözleşmeler kapsamında ele alınmalıdır. 6502 sayılı TKHK ile mesafeli sözleşmelere ilişkin genel nitelikte bir tanım yapılmış, vasıtalardan sayma yoluyla bahsedilmemiştir. Kanunun gerekçesinde mektup, katalog, radyo, faks, televizyon, elektronik posta mesajı, internet gibi uzaktan iletişim araçları sayılmak suretiyle diğer iletişim araçları aracılığıyla yapılan ticaretle mesafeli sözleşmeler kapsamında değerlendirilmiştir.

F. MESAFELİ SÖZLEŞMENİN KURULMASI

1. Genel Olarak

Sözleşmenin kurulması aşamasını iki yoldan ele almak gerekir. Bunlar TBK açısından sözleşmenin kurulması hazırlar arasında ve hazır olmayanlar arasında olmak üzere farklı düzenlenmiştir. Hazır olmayan arasında kurulan sözleşmede sözleşmenin tarafları olan tüketici ve satıcı – sağlayıcı aynı yerde bulunmamaktadırlar; yani bir nevi gaipler arası bir sözleşme söz konusu olmaktadır.

Kanunun lafzından da anlaşılacağı üzere TBK, aynı fiziki ortamı paylaşmakla birlikte telefonla yapılan bir icap ve buna uygun kabulü, hazırlar arasında yapılan bir sözleşme olarak nitelendirmiştir (TBK m.4/2). Doktrinde benimsenen çoğunluk ve bizimde katıldığımız görüşe göre bilgisayar ortamında yapılan icap ve kabulleri bu hüküm gereği hazırlar arasında yapılan sözleşme olarak kabul etmek gerekir. Bir malın sanal ortamda fiyat, nitelik, stok durumu vs özelliklerini belirterek tüketicilere sunmaları icap niteliğindedir. Buna karşılık tarafların irade beyanlarını karşılıklı olarak e- posta göndermekle beyan ettikleri hallerde ise hazır olmayanlar arasında bir sözleşme kurdukları kabul edilir. Yeri gelmişken belirtmek gerekir ki, kanundan anlaşılacağı üzere telefonla yapılan sözleşmeler, TBK 4. maddesinin ikinci fıkrasına göre hazırlar arasında yapılmış olarak kabul edilmektedir.

2. Mesafeli Sözleşmenin İnternet Üzerinden Kurulması

Sözleşme, Türk Borçlar Kanunu uyarınca da iki tarafın karşılıklı olarak hak ve borç yükümlülüğü altına girdikleri ve birbirine uygun iradeleri sonucu meydana gelen hukuki ilişkidir. Bu anlamda elektronik ticaret elektronik iletişim araçlarının kullanılmasıyla internet üzerinden yapılır. Mesafeli sözleşmelerin oluşumunu sağlayan E-sözleşme kavramına değinmek gerekirse, elektronik araçlar vasıtasıyla dijital ürünler kullanılarak oluşturulan sözleşmelerdir.¹³

¹³ TOPALOĞLU, s. 105 vd.

Kara Avrupası sisteminde ve hemen hemen bütün hukuk sistemlerinde tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları sonucunda sözleşmelerin kurulduğu kabul görür. İnternet üzerinden satışlarda öncelikle internet üzerinden mal veya hizmet sunumlarının hukuken bir icap niteliği taşıyıp taşımadığının belirlenmesi gerekir. Bu nedenle her bir somut olayı kendi içinde değerlendirerek olayın özelliklerine göre icaba davet mi yoksa icap mı olduğunu belirlemek gerekir. Özellikle, internetteki web siteleri üzerinden mal ya da hizmet sunumunda bulunulması durumunda, bu sunumun bir icap ya da icaba davet niteliğinde kabul edilip edilmeyeceği konusu doktrinde tartışılmıştır. Azınlık görüşe göre böyle bir durumda ortada icaba davet niteliği taşıyan irade açıklamasının yapılmış olduğunu kabul etmek gerekir. Bu görüşü benimseyenlere göre: web sayfalarından sunum yapan satıcı-sağlayıcılar, her zaman muhataplarının işlem yeteneği ve ödeme gücü hakkında tam bilgi sahibi olmadıkları, sipariş edilen ürünü depolarında mevcut halde olup olmadığını bilebilecek durumda değildirler¹⁴. Çoğunluk ve bizim de katıldığımız görüşe göre sunulan tekliflerin icap olarak kabul edilmesi halinde, internette bir mal veya hizmet satımı sağlayan satıcı veya sağlayıcının sayfasına ulaşan binlerce sayıda kullanıcının siparişlerinin onayları ile sözleşmelerin kurulması ve ifası zorunluluğu doğacaktır.

Belirtmek gerekir ki TBK m.8/II'de yer alan yasal kural gereği, mal ve hizmet sunumu yapan bir internet sitesinde satıcı – sağlayıcı, malın cinsi, özellikleri, fiyatı gibi belirleyici özellikleri sunmuşsa yani kendisine ait web sitesi sayfasında ürün sunumu amaçlı teklifinde, kurulması söz konusu sözleşmenin esaslı unsurlarını açıklamışsa ortada bir icabın bulunduğu kabul edilmektedir.

Yukarıda da belirtildiği gibi, bir sözleşmenin hazır olanlar ya da hazır olmayanlar arasında kurulması bazı farklı sonuçlar doğurmaktadır. Hazır olanlar arası icapta, tarafların fiziksel anlamda aynı yerde bulunması zorunlu değildir. Hazırlar ya da hazır olmayanlar arasında icapla bağlılık süresi olmak üzere icabın geri alınabilmesi, sözleşmenin kurulması ve hükümlerini doğurması, yarar ve hasarın geçmesi ile edimin ifa yeri ve zamanı yönlerinden de, yapılan bu ayrımın göre farklı hukuki sonuçlar çıkmaktadır.

3. Mesafeli Sözleşmenin Şekli

TKHK'nın 48. Maddesinde mesafeli sözleşmelerin şekline ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Sözleşmenin şekli, tercih edilen uzaktan iletişim araçlarına göre değişebilecektir. Ancak internet üzerinden yapılan sözleşmelerin geçerliliği ve ispat şekli bakımından kısa bir değerlendirme yapmakta

¹⁴ M. DEMİR, *Mesafeli Sözleşmelerin İnternet Üzerinden Kurulması*, Turhan Kitapevi, Ankara 2004, s.211 vd.

Fayda vardır. Çünkü 48. Maddeye bakıldığında kanun koyucu, internet üzerinden tüketicinin bilgilendirilmesini, bilgilerin verildiğinin yine internet üzerinden teyit edilmesini, sözleşmenin de elektronik ortamda yapılmasını, hatta malın veya hizmetin niteliğine göre, tesliminin dahi elektronik ortamda yapılmasını kabul etmektedir. Bu durumda, elektronik sözleşmelerin geçerliliği ve ispat hukuku açısından delil olarak kullanılması sorunu ortaya çıkacaktır. Bu hükme göre sözleşmenin elektronik ortamda yapılması ve tarafların da edimlerinin yine elektronik ortamda ifa etmeleri mümkündür.

Ancak Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliğinin 5 (2) maddesi “*Birinci fıkrada belirtilen bilgiler, mesafeli sözleşmenin ayrılmaz bir parçasıdır ve taraflar aksini açıkça kararlaştırmadıkça bu bilgiler değiştirilemez.*” hükmünü içermektedir. Buna göre Yönetmeliğin 5 (1) maddesinde yer alan ve aşağıda açıklanacak tüketicilere sunulacak ön bilgiler mesafeli sözleşmede de yer alması gerekir. Ancak taraflar isterlerse bu hükmün aksini kararlaştırabilirler. Bunun için mesafeli sözleşmede ön bilgilendirmeyle ilgili bilgilerin yer almasına ilişkin özel ve açık bir hüküm koymaları gerekir. Aksi halde Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliğinin 5 (1) maddesinde yer alan bilgilerin mutlaka sözleşme içeriğine dahil edilmesi zorunludur.

Borçlar hukuku açısından değerlendirildiğinde sözleşme serbestisi ilkesi çerçevesinde, tarafların aralarında yapacağı sözleşmeyle alakalı bir şekil şartı ile sınırlı olmadıklarına göre, şekil serbestisi çerçevesinde internet üzerinden yapılan sözleşmelerin de tarafların iradelerinin internet üzerinden beyan etmeleri suretiyle oluştuğunun kabulü gerekir. Böylece, kanuni zorunlu şekil öngörülmemiş sözleşmelerin geçerliliği açısından internet üzerinde yapılmış olmasının bir etkisi olmayacaktır. Kanunun belirli bir geçerlilik şekli öngördüğü, özellikle resmi şekilde yapılması gereken sözleşmelerin internet üzerinden yapılması mümkün değildir. Kanununun sadece yazılı şekil öngördüğü hallerde ise internet üzerinden yapılan sözleşmelerin yazıya dökülmesi mümkün olduğundan bunların internet üzerinden yapılması mümkündür.¹⁵

15.01.2004 tarihli 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu ile bazı yenilikler getirilmiştir. Kanunun amacı, elektronik imzanın hukuki ve teknik yönleri ile kullanımına ilişkin esasları düzenlemektir. Kanununun 5. Maddesine göre güvenli elektronik imza, elle atılan imza ile aynı sonuçları doğurur. Kanunların resmi şekle veya özel bir merasime tabi tuttuğu hukuki işlemler ile teminat sözleşmeleri, güvenli elektronik imza ile gerçekleştirilemez. İspat hukuku ile ilgili olarak da, güvenli elektronik imza, elle atılan imza ile eş duruma getirilmiştir. Elektronik İmza Kanununun 22 maddesinde güvenli elektronik imzanın el yazısı ile atılan imza ile aynı ispat gücüne sahip olduğu belirtilmiştir.

¹⁵ ASLAN, s. 566 vd.

tir. Aynı kanununun 23. maddesinde de güvenli elektronik imza ile oluşturulan elektronik verilerin “senet hükmünde” olduğu öngörülmüştür. Burada açıkça zikredilmemekle birlikte dolaylı olarak elektronik senet düzenlenmiştir. Bunun sonucu olarak Kanunda, senet hükmünde olan elektronik verilerin aksi ispat edilinceye kadar kesin delil sayılacağı hükmüne yer verilmiştir¹⁶. Benzer hükümler TBK m.15/I ve HMK m.205 (2)’de yer almaktadır.

4. Ön Bilgilendirme

Tüketicinin bilgilendirilmesi ve aydınlatılması, 6502 sayılı TKHK’nun birinci maddesinde öngörülen ve tüketici sözleşmesi kurulmadan önce, sözleşmenin akdedilmesi ve sözleşmenin devamı sırasında söz konusu olan bir yükümlülüktür¹⁷. Mesafeli sözleşmelerde taraflar karşıya gelmeden ve müzakerelere imkanı bulamadan sözleşme ilişkisine girdiği için tüketicinin sözleşme öncesi bilgilendirilmesine özel bir önem verilmiş ve ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

TKHK’nın 48. Maddesinin ikinci fıkrasına göre “Tüketici, mesafeli sözleşmeyi ya da buna karşılık gelen herhangi bir teklifi kabul etmeden önce ayrıntıları yönetmelikte belirtilen hususlarda ve siparişin onaylandığı takdirde ödeme yükümlülüğü altına gireceği konusunda açık ve anlaşılır şekilde satıcı veya sağlayıcı tarafından bilgilendirilir.” hükmü öngörülmüştür. Buna göre Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliğinde belirtilen hususlarda tüketici bilgilendirilmeden mesafeli sözleşme kurulamaz.

Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliğinin 5 (1). maddesinde belirtilen bu ön bilgiler şunlardır:

- a) Sözleşme konusu mal veya hizmetin temel nitelikleri,
- b) Satıcı veya sağlayıcının adı veya unvanı, varsa MERSİS numarası,
- c) Tüketicinin satıcı veya sağlayıcı ile hızlı bir şekilde irtibat kurmasına imkan veren, satıcı veya sağlayıcının açık adresi, telefon numarası ve benzeri iletişim bilgileri ile varsa satıcı veya sağlayıcının adına ya da hesabına hareket eden kimliği ve adresi,
- ç) Satıcı veya sağlayıcının tüketicinin şikâyetlerini iletmesi için (c) bendinde belirtilenden farklı iletişim bilgileri var ise, bunlara ilişkin bilgi,
- d) Mal veya hizmetin tüm vergiler dâhil toplam fiyatı, niteliği itibarıyla önceden hesaplanamıyorsa fiyatın hesaplanma usulü, varsa tüm nakliye, teslim ve benzeri ek masraflar ile bunların önceden hesaplanamaması halinde ek masrafların ödenebileceği bilgisi,

¹⁶ TOPALOĞLU, s. 130.

¹⁷ KARA, s. 1022.

e) Sözleşmenin kurulması aşamasında uzaktan iletişim aracının kullanım bedelinin olağan ücret tarifesi üzerinden hesaplanmadığı durumlarda, tüketicilere yüklenen ilave maliyet,

f) Ödeme, teslimat, ifaya ilişkin bilgiler ile varsa bunlara ilişkin taahhütler ve satıcı veya sağlayıcının şikâyetlere ilişkin çözüm yöntemleri,

g) Cayma hakkının olduğu durumlarda, bu hakkın kullanılma şartları, süresi, usulü ve satıcının iade için öngördüğü taşıyıcıya ilişkin bilgiler,

ğ) Cayma bildirimini yapılacağı açık adres, faks numarası veya elektronik posta bilgileri,

h) 15'inci madde uyarınca cayma hakkının kullanılmadığı durumlarda, tüketicinin cayma hakkından faydalanamayacağına ya da hangi koşullarda cayma hakkını kaybedeceğine ilişkin bilgi,

ı) Satıcı veya sağlayıcının talebi üzerine, varsa tüketici tarafından ödemesi veya sağlanması gereken depozitolar ya da diğer mali teminatlar ve bunlara ilişkin şartlar,

i) Varsa dijital içeriklerin işlevselliğini etkileyebilecek teknik koruma önlemleri,

j) Satıcı veya sağlayıcının bildiği ya da makul olarak bilmesinin beklendiği, dijital içeriğin hangi donanım ya da yazılımla birlikte çalışabileceğine ilişkin bilgi,

k) Tüketicilerin uyuşmazlık konusundaki başvurularını Tüketici Mahkemesine veya Tüketici Hakem Heyetine yapabileceklerine dair bilgi."

Eğer mesafeli sözleşme açık artırma veya eksiltme yoluyla kuruluyorsa ön bilgilendirilme konusunda bazı değişiklikler söz konusu olmaktadır. Açık artırma ve eksiltme yoluyla kurulan mesafeli sözleşmelerde yukarıda b, c ve ç maddelerinde belirtilen satıcı sağlayıcıya erişim bilgileri yerine açık artırmayı yapana ait bilgilere yer verilebilir.

Buna karşılık belirsiz süreli sözleşmelerde veya belirli süreli abonelik sözleşmelerinde, her faturalama dönemi bazında, vergi ve ek masraflar dahil sözleşme konusu mal ve hizmetin toplam fiyatının toplam masrafları da içermesi zorunludur.

6502 sayılı TKHK'nun 6. maddesine göre, ön bilgilendirilmesi zorunlu olan hususlar ister yazılı isterse web sayfası, facebook gibi herhangi bir dijital medya ortamında olsun en az on iki punto büyüklüğünde, anlaşılabilir bir dilde, açık, sade ve okunabilir bir şekilde tüketicinin bilgisine sunulmak zorunludur.

Mesafeli sözleşme, internet yoluyla kuruluyorsa satıcı ve sağlayıcıya ön bilgilendirilme konusunda ek yükümlülükler yüklenmiştir. Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliğinin 6 (2) maddesine göre internet yoluyla kurulan sözleşmelerde tüketicinin kredi kartı, banka kartı veya başka bir uzaktan ödeme yöntemiyle ödeme talimatı vermeden önce mal veya hizmetin nitelikleri, fiyatı, vergileri ve taşıma masrafları ile cayma hakkı, hangi ödeme imkanlarının kabul edildiği ve gönderim kısıtlamasının bulunup bulunmadığı konusunda ayrıca bilgilendirilmesi şart koşulmuştur. Bunun amacı ön bilgilendirme dışında ikinci aşama olarak ödeme yükümlülüğü altına girmeden önce tüketiciye bir kez daha düşünme fırsatı vermektir. Zira cayma hakkını kullanılsa veya sözleşme ifa edilememesi nedeniyle yapılan ödemenin tüketiciye iadesi sırasında oluşacak sıkıntı, süreç ve aksaklıklar nedeniyle istenmeyen bazı durumlar oluşabilir.

Sesli iletişim yoluyla kurulan ya da siparişe ilişkin bilgilerin sınırlı ortam ve zamanda sunulduğu mesafeli sözleşmelerde, satıcı veya sağlayıcı Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliğinin 5'inci maddenin birinci fıkrasının (a), (d), (g) ve (h) bentlerinde yer alan, mal veya hizmetin nitelikleri, fiyatı, vergileri ve taşıma masrafları ile cayma hakkı ile bilgilerin tüketiciyi sipariş vermeden hemen önce açık ve anlaşılır bir şekilde söz konusu ortamda bilgilendirilmesi zorunluluğu vardır. Bu durumlarda ayrıca Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliğinin 5'inci maddenin birinci fıkrasında yer alan ön bilgilerin tamamını en geç mal teslimine veya hizmet ifasına kadar tüketiciye yazılı olarak gönderilmesi de zorunlu tutulmuştur.

Tüketicinin mesafeli sözleşme kurulması amacıyla satıcı veya sağlayıcı tarafından telefonla aranması durumunda, her görüşmenin başında satıcı veya sağlayıcı kimliğini, eğer bir başkası adına veya hesabına arıyorsa bu kişinin kimliğini ve görüşmenin ticari amacını açıklamalıdır.

Ön bilgilendirmenin cayma hakkı açısından ayrı bir özel hukuki sonucu vardır. Zira satıcı veya sağlayıcı, tüketiciyi cayma hakkı konusunda bilgilendirmezse, cayma süresi başlamamaktadır.

Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliğine göre tüketicinin ön bilgileri aldığı ve bilgilendiğini teyit etmesi sağlanmalıdır. Buna göre tüketicinin ön bilgilendirilmesi yeterli olmayıp ayrıca tüketicinin ön bilgilendirildiğini teyit edecek bir sistem sağlanmalıdır. Kullanılan mesafeli satış yöntemine göre tüketici yazılı veya elektronik olarak tüketicinin ön bilgileri anladığını ve algıladığını teyit etmelidir. Bu teyit, elektronik olarak web sitesindeki bir kutuyu tıklamak, geri dönüş konusunda elektronik ileti göndermek veya yazılı metni klasik yöntemle imzalayarak göndermek şeklinde yapılabilir. Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliğinde bu şekilde teyidi alınmamışsa sözleşme kurulmamış sayılmaktadır.

Kurulmamış mesafeli sözleşme taraflar arasında hiçbir hüküm ifade etmez. Dolayısıyla tüketicinin bilgilendirildiğine ilişkin teyidinin alınması mesafeli sözleşmenin geçerlilik şartlarından birisi haline getirilmiştir. Geçerli olarak kurulmayan mesafeli sözleşme uyarınca satıcı veya tüketici bir edim ifa etmişlerse, ifa edilen bu edimin sebepsiz zenginleşme kuralları uyarınca iadesi gerekir.

Gerek 6502 sayılı TKHK gerekse Mesafeli Satışlar Yönetmeliği ön bilgilendirmenin yapıldığını ispat yükünü satıcı ya da sağlayıcıya yüklemiştir. Her ne kadar Kanun hükmünde sadece “ön bilgilendirme yapıldığı” konusunda ispat yükünü yüklemişse de tüketicinin ön bilgilendirme yapıldığını teyit etmesi konusunda düzenleme getirmemiştir. Gerek olumsuzun ispatı olmaz şeklindeki genel usul hukuku kuralı gerekse de tüketici lehine yorum ilkesi uyarınca tüketicinin teyit vermiş olduğunun da ispat yükünün satıcı ya da sağlayıcıya ait olması gerekir. Pratik olarak da satıcı veya sağlayıcı, tüketicinin ön bilgilendirildiğini teyit ettiğini ispat ederek bunun bir doğal sonucu olarak ön bilgilendirmede bulunduğunu da ispat etmiş olacaktır. Ayrıca bu konuda ispat yükünü tüketiciye yükleyen “ispat anlaşmasının” da yapılamayacağını belirtmek isterim.

Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliğinin 8. maddesinde tüketicinin siparişi onaylamadan hemen önce ayrı bir bilgilendirme yükümlülüğü daha getirilmiştir. Satıcı veya sağlayıcı, tüketici siparişi onaylamadan hemen önce, verilen siparişin ödeme yükümlülüğü anlamına geldiği hususunda tüketiciyi açık ve anlaşılır bir şekilde bilgilendirmek zorundadır. Aksi halde tüketici siparişi ile bağlı değildir. Bu yükümlülük AB Direktifinin 8.(2) maddesinde sadece elektronik usulle yapılan mesafeli sözleşmeleri kapsayacak şekilde web sitesine konulacak düğme ya da ikonlara bu konuda tüketiciyi uyaracak ibareler yazılacak şekilde daha somut düzenlenmiştir¹⁸.

Bilgilendirme yükümlülüğüne aykırı davranış halinde 6502 sayılı Kanunun 77. maddesi uyarınca her bir işlem için 200 TL idari para cezası uygulanacaktır¹⁹.

5. Mesafeli Sözleşmelere Aracılık

6502 sayılı TKHK m.48 (5) *“Oluşturdukları sistem çerçevesinde, uzaktan iletişim araçlarını kullanmak veya kullandırmak suretiyle satıcı veya sağlayıcı*

¹⁸ AB Direktifi m. 8 (2): *Elektronik ortamda yapılan bir mesafeli sözleşme ile ödeme yükümlülüğü altına girecek olan tüketici, siparişini vermeden önce satıcı tarafından m.6/1-a,e,o,p bentlerinde sayılan hususlar konusunda açık, belirgin bir şekilde ve derhal bilgilendirilmelidir.*

Satıcı; tüketicinin siparişini verdiği sırada, bu siparişin bir ödeme yükümlülüğü anlamına geldiği konusunda bilgi sahibi olmasını sağlamalıdır. Siparişi vermek için bir tuşa basmak vb. bir yöntem gerekiyorsa bunların kolayca okunur bir şekilde “ödeme yükümlülüğü altına sokan sipariş” yazısını ya da bununla aynı anlama gelecek bir formülü içermesi gerekmektedir. Satıcı bu benitle sayılan hususları yerine getirmezse, tüketici sipariş ya da sözleşme ile bağlı olmaz.

¹⁹ ASLAN, s. 564.

adına mesafeli sözleşme kurulmasına aracılık edenler, bu maddede yer alan hususlardan dolayı satıcı veya sağlayıcı ile yapılan işlemlere ilişkin kayıtları tutmak ve istenilmesi hâlinde bu bilgileri ilgili kurum, kuruluş ve tüketicilere vermekle yükümlüdür. Ancak bu fıkra kapsamında aracılık edenler, satıcı veya sağlayıcı ile yaptıkları sözleşmeye aykırı fiillerinden dolayı sorumludur." Hükümünü içermektedir. Bu hükümlerle, özellikle internet ortamında oluşturdukları sistem üzerinden satıcı veya sağlayıcıların mal ve hizmet satışına aracılık edenlerin sorumlulukları yukarıdaki madde hükmü ile düzenleme altına alınmıştır. Oluşturdukları sistem çerçevesinde aracılar, satıcı veya sağlayıcıların mal veya hizmetlerinin mesafeli yöntemle tüketiciye ulaşmasına aracılık etmekte, aynı zamanda satıcı veya sağlayıcı adına tüketiciden mal veya hizmetlerin bedelini de tahsil etmektedirler. Bu durumda bu kişilerde satıcı veya sağlayıcılar gibi tüketicilere karşı satıcı veya sağlayıcı ile yaptıkları sözleşmeye aykırı davranışlarından dolayı hususlardan dolayı sorumlu olacaklardır. Burada edim ilişkisinden bağımsız bir borç ilişkisi söz konusudur. Tüketicilerin bu suretle Kanun hükmü uyarınca kendi taraf olmadıkları halde satıcı ile aracı arasındaki sözleşmeden yararlanabilmeleri mümkün hale gelmiştir. Ancak bedel tahsil etmeden sadece satıcı veya sağlayıcılar ile tüketicilerin iletişime geçmelerine aracılık eden ve genellikle yer sağlayıcı niteliğine haiz olan internet sitelerinin böyle bir sorumlulukları söz konusu değildir.²⁰

G. TARAFLARIN HAKLARI VE YÜKÜMLÜLÜKLERİ

Tarafların yüz yüze gelmeden iletişim araçları kullanılarak belli bir malın satışı veya hizmetin verilmesi konusunda anlaşmaları tüketicinin taraf olduğu mesafeli sözleşmelerde söz konusudur. Yapılan bu anlaşmada tüketicinin en önemli borcu kararlaştırılan ücreti ödemektedir. Bunun karşılığında en önemli alacak hakkı sözleşmeden kararlaştırılan mal veya hizmeti, satıcı veya sağlayıcıdan talep etme hakkıdır.

Satıcı yönünden, yapılan mesafeli sözleşmedeki en önemli hak ise, sözleşmede kararlaştırılan bedeli tüketiciden talep etmektir. Bunun karşılığında sözleşme konusu malı tüketiciye anlaşmaya uygun biçimde ve vasıflarda teslim etmek zorundadır. Taraflar arasında yapılan sözleşme tam iki tarafa borç yükleyen, karşılıklı edimleri içeren bir sözleşmedir.

1. Tüketicinin Yükümlülükleri

Tüketici, mesafeli sözleşmede kararlaştırılan bedeli ödemeyi kredi kartı, banka kartı ya da benzeri bir elektronik ödeme aracı yoluyla ile gerçekleştirebilir.

²⁰ M. AYDOĞDU, *Tüketici Hukuku Dersleri*, Adalet Yayınevi, Ankara 2015, s. 290.

a) Kredi Kartıyla Ödeme

2003 tarihli Mesafeli Sözleşmelerin Usul ve Esasları Hakkında Yönetmeliğin 10. maddesinde tüketicinin ödeme konusu ile ilgili özel düzenleme getirilmişti. Bu hükme göre, mesafeli sözleşmelerde, ödemenin kredi kartı veya benzeri bir ödeme kartı ile yapılması halinde tüketici, kartın kendi rızası dışında ve hukuka aykırı biçimde kullanıldığı gerekçesiyle ödeme işleminin iptal edilmesini talep edebilir. Bu halde, kartı çıkaran kuruluş itirazın kendisine bildirilmesinden itibaren 10 gün içinde ödeme tutarını tüketiciye iade eder. Bu hüküm 97/7 sayılı AB Yönergesinin 8. Maddesinden alınmıştı.

2011 tarihli mülga Mesafeli Sözleşmelere Dair Yönetmeliğin 11. maddesinde, “Mesafeli sözleşmelerde ödemenin kredi kartı, banka kartı veya benzeri bir ödeme kartı ile harcama belgesi düzenlenmeksizin yapıldığı durumlarda, kartın bir başkası tarafından hukuka aykırı şekilde kullanılması hâlinde; 23/2/2006 tarihli 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu ve 10/3/2007 tarihli ve 26458 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Banka Kartları ve Kredi Kartları Hakkında Yönetmelik hükümlerine göre işlem yapılır.” hükmü yer alıyordu.

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda mesafeli sözleşmelerde kredi kartı ya da elektronik ödeme sistemlerine ilişkin bir hüküm yer almamaktadır. 2015 tarihinde yürürlüğe giren ve şu anda uygulanan Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliğinde bu konuda bir hükme yer verilmemiştir. Zira 5464 sayılı Kanun hükümleri bu tür işlemlerde uygulanabileceğinden gereksiz bir atfa yer verilmemesi isabetli olmuştur.

Kredi kartı faaliyetleri içerisinde mesafeli işlemlerde payı azdır ve yavaş gelişmektedir. Bu yavaş gelişmenin nedeni ise mesafeli sözleşmelerin suistimale ve dolandırıcılığa açık ve riskli bir kullanım şekli olmasıdır. Mesafeli sözleşmelerde tüketicinin kredi kartı bilgilerinin hukuka aykırı olarak kullanılması daha kolay olabilmektedir. Ayrıca, alıcısının adresine mal teslimi gerektirmeyen işlemlerde, kartın sahte olup olmadığının ve kart sahibinin gerçek hamil olup olmadığının tespiti imkanı tamamen ortadan kalkmaktadır.

İnternet ortamında gerçekleştirilen mesafeli işlemlerde, kredi kartı fiziken işyerinde bulunmamaktadır. İşlemlerde ise (Mail Order-Posta ile satış - MO, Telephone Order- Telefon ile satış, TO) işlem kart numarası ve son kullanma tarihi ve CVV (Güvenlik Kodu) bilgilerinin manuel olarak işyeri tarafından kendi bankasına iletilmesi yoluyla gerçekleştirilmektedir.

Karthamili aldığı bir hizmet ya da mal karşılığını kredi kartı ile ödemek istediğinde, kart numarası, son kullanım tarihi ve 3 haneli güvenlik kodunu işyerine internet, posta ya da telefon ortamında gönderir. İşyeri bu bilgileri, işlem miktarı ile birlikte ile anlaşmalı bankaya iletir. Banka kart numarasını

kontrol eder ve bu bilgiyi switch sistemine iletir. Kart numaralarının ilk altı rakamı bankayı tanımlar.

Switch sistemleri kart numarasından kartı çıkaran bankayı tespit ederek otorizasyon talebini ilgili bankaya aktarır. Kartı çıkaran banka kart ile ilgili sisteminde gerekli kontrolleri yaptıktan sonra işlemi onaylıyorsa otorizasyon kodu ile birlikte, onaylamıyorsa da red sebebiyle birlikte otorizasyon yanıtını switch sistemine aktarır. Switch sistemi bu yanıtı işyeri ile anlaşmalı bankaya gönderir. İşlem onay aldıysa alışveriş işlemi tamamlanır.

aa) Chargeback (Ters İbraz) Usulüyle Ödemeyi İade Alma

Herhangi bir nedenle kart hamilinin işleme itiraz etmesi ve kart hamili bankasınca chargeback (ters ibraz) yapılması durumunda ise söz konusu işlem tutarı kart hamili bankası tarafından işyeri bankasından yukarıda belirtilen takas esnasında otomatik olarak tahsil edilmektedir. Uluslararası Kredi Kartı Kuralları çerçevesinde kredi kartı işlemlerinde gerçekleştirilebilecek kural ihlalleri, türlerine göre gruplandırılmış olup söz konusu gruplar chargeback reason codes (harcama itirazı neden kodları) adı verilen kodlar halinde sınıflandırılmıştır.

Reason Code'lar genellikle dört kategoride toplanmaktadır:

- **Teknik**: Otorizasyonun süresinin geçmesi, yeterli fonun bulunmaması ve banka işlem sürecinden kaynaklanan sorunlar,
- **Hata**: Çift işlem, hatalı işlem miktarı girme,
- **Kalite**: Müşterinin sözleşme konusu malı kararlaştırılan sürede teslim alamaması,
- **Dolandırıcılık**: Müşterinin onay vermediği bir işlemin gerçekleştirilmesi ya da kart hırsızlığı,

Reason Code'ların ilk ikisi daha çok işlemi yapan üye işyeri ile banka arasında gerçekleşmektedir. Tüketiciler açısından daha çok birisi dolandırıcılık diğeri mal teslim alamama olmak iki neden söz konusu olmaktadır. Böyle bir durumla karşı karşıya kalan kart hamili tüketici, reason code nedenini içeren bir dilekçe ile kendi kartını veren bankasına başvurmalıdır. Chargeback başvurusu için reason code için 75 gün ve 120 günlük süreler öngörülmüştür. Tüketicileri ilgilendiren Reason Code'larda süre 120 takvim günüdür. Kart hamili bankaları ise müşterisinden aldığı chargeback başvurusunu itiraz konusuna (Reason Code) göre ilgili chargeback neden kodunu belirledikten sonra borç kaydını işyeri bankasına göndermektedir. İlgili chargeback kaydının işyeri bankasınca kurallar çerçevesinde geri çevrilemeyecek olması halinde borç kaydı işyeri bankasında kalmaktadır. Diğer bir ifade ile chargeback kaydı üye işyeri bankasına ulaştığı zaman chargeback işlemine konu olan tutar üye

işyeri bankası hesaplarına borç kaydedilmekte ve işyeri bankası tarafından geri çevrilemediğinde bu tahsilat gerçekleşmiş olmaktadır.

Sonuç olarak, işlem tutarı kart hamili bankasınca tahsil edilerek kart hamili tüketicinin hesabına iade edilmektedir. İtiraz edilen işleme ilişkin işyeri bankası ile kart hamili bankasının aynı olması (On-us işlem) durumunda ise kart hamili bankası işleme ilişkin değerlendirmesini yaparak kart hamilini haklı bulması halinde işlem tutarını işyeri hesabına borç kaydetmektedir.

bb) Kredi Kartlarında Güvenliği Sağlama

Uygulamada İnternet üzerinden yapılan alışveriş işlemlerinde, işlemlerde siparişi verilen mal veya hizmetin gerçek kart sahibine teslim edilmesinden üye işyerleri sorumlu tutulmakta, bankaların iradesi ve kontrolü dışında olan, sipariş edilen/alınan malın gerçek kart hamiline teslim sorumluluğu, bankaların üye işyerleriyle yapıları sözleşmelerle işyerlerine devredilmektedir. Uluslararası kredi kartı uygulamaları da bu yöndedir. Mesafeli işlemlerde kartın sahte olup olmadığı ve kart hamilinin gerçek kart hamili olup olmadığı tespit imkânı ancak mal veya hizmetin teslimi sırasında söz konusu olabileceği için mal veya hizmetin gerçek kart sahibine tesliminden bankalar işyerlerini sorumlu tutmaktadırlar.

İnternet üzerinden yapılan elektronik ticaret işlemlerinin güvenli hale getirilmesi konusunda VISA tarafından geliştirilen 3-D Secure protokolü Mastercard tarafından da kabul edilmiş, bir uygulama şartı olarak getirilmiştir. Bu sayede hem kart hamilleri hem de üye iş yerleri olası sahtekârlıklara karşı güvence altına alınır. Bir sanal mağazada ve internet alışveriş sayfasında “**Verified by Visa®**” veya “**MasterCard® SecureCode**” logoları bulunuyorsa o sanal iş yerlerinde 3 D Secure uygulaması olduğu anlaşılır.

Kart hamilleri 3D Secure sistemine internet bankacılığı yoluyla kaydolarak işlemlerin daha güvenli hale getirirler. 3D secure sistemine kaydolun müşteri internet üzerinden MO tipi alışveriş yapmak isterse bankaya kayıtlı cep telefonuna bir şifre gelmektedir. Bu şifre müşteri tarafından internet alışveriş sayfasına girdiğinde sözleşme tamamlanmaktadır. Görüldüğü gibi 3D Secure uygulaması, hem müşteri tüketiciyi hem de internet üzerinden mesafeli satış yaptıran sanal mağazayı korumaktadır.

cc) 5664 Sayılı Kredi Kartları Kanun Uygulaması

5664 sayılı Kanun’un 18/II maddesi; “Üye işyeri, 20 m. uyarınca harcamaya belgesi düzenlenmeksizin çeşitli iletişim araçları yoluyla veya sipariş formu vasıtasıyla işlem yapılmasına olanak sağlamak üzere kuracakları sistemlerin güvenli bir şekilde çalışmasını temin etmekte yükümlüdür.” denil-

mektedir. Bu hükümlerden anlaşılacağı üzere, üye işyeri konumundaki sanal mağazalar, internet yoluyla dava konusu alışveriş sistemini kurarken müşterilerini kredi kartı dolandırıcılarından korumak için en güvenli sistemi sağlamakla zorunludur. Eğer üye işyeri davalı internet yoluyla yapılan alışverişlerde dolandırıcılık risklerini minimize eden 3 D Secure, güvenlik altyapısı sistemini kurdurtmaması 5464 sayılı Kanunun 18/II maddesi anlamında bir kusur olarak değerlendirilir.

Yine 5464 sayılı Kanunun 32. maddesinde “ *Kart numarası bildirilmek suretiyle üye işyerinden telefon, elektronik ortam, sipariş formu veya diğer iletişim araçları yoluyla yapılan işlemlerden doğacak anlaşmazlıklarda ispat yükü üye işyerine aittir.*” denilmektedir. Buna göre, sanal mağaza kredi kartıyla mesafeli işlem akdeden üye işyeri yaptığı işlemin kredi kartı sahibine fiziken teslim ettiğini teslim fişi vs. gibi belgelerle ispat edebilir. Download yoluyla ifa edilen dijital mallarda ise, ancak IP adresi ya da MAC adresine indirme yapıldığı ispat ederek sorumluktan kurtulabilir.

5464 sayılı kredi kartları kanununun madde 16 hükmü uyarınca kart hamilinin ağır kusurlu veya kasıtlı hareket etmemesi şartıyla, kredi kartının haksız kullanımı halinde banka, son 24 saatteki yapılan harcamalardan sorumludur. Yargıtay yerleşik uygulaması bu gibi durumlarda tüketici ve satıcıyı kusur oranlarına göre oluşan zarardan sorumlu tutmak yönündedir. Kredi kartını ve bu kartın şifresini koruma yükümlülüğü kart hamilinin üzerindedir. Buna karşılık, bankalar da kredi kartının kötüye kullanılması halinde zararın doğumunu önlemek bakımından müterafik (ortak) kusurlu olabilirler. Hatta bankaların kusuru bazı durumlarda o kadar ağır olabilir ki zararın tamamından müşteri tüketiciyi değil de bankayı sorumlu tutmak icab eder. Somut uyuşmazlıkta hakimler bilirkişi incelemesi yaptırarak kusur durumuna göre tarafların sorumluluk miktarını tayin etmektedirler.²¹

Yargıtay 13. HD, 02.11.2010, 2010/4928 E., 2010/16043 K. sayılı ilamında “... *kart hamili, kart ve şifreyi iyi muhafaza etmekle yükümlüdür. Şifrenin güvenli bir şekilde muhafaza edilmemesi halinde kart hamili ağır kusurlu olacağından zarardan tümü ile kendisi sorumludur...*” şeklinde karar vermiştir. Buna göre Yargıtay, şifre kullanılarak kredi kartı ile yapılan alışverişte kart hamilinin ağır kusurlu kabul ederek, ihbar anına kadar yapılan harcamalardan hamilin sorumlu olacağını kabul etmektedir. Ancak bunun için banka kredi kartı kullanımı ile ilgili çağın gerektirdiği tüm önlemleri aldığını ispat etmek zorundadır²².

²¹ KARA, s. 1025.

²² KARA, s. 1026.

b) Elektronik Para İle Ödeme

İnternet üzerinden para transferine olanak sağlayan sistemlere genel olarak elektronik para denilmektedir. Elektronik para sisteminde kağıt veya maddenî para şeklinde cisimlenmiş fiziki varlığı olan bir metanın değış tokuşu söz konusu değildir. Bu sistemde fiziksel teslimin yerini elektronik sinyaller (impulse) yoluyla oluşturulmuş mekanizma almaktadır. Elektronik para, ya akıllı kartlara (smart card) ya da internet aracılığıyla müşterinin bilgisayarına bir ödeme kurumu tarafından önceden yüklenmiş bir değeri ifade etmektedir.

Dünyada ilk akıllı para sistemi First Virtual Bank 1996 yılında kredi kartını esas alan güvenli bir internet ödeme mekanizması geliştirmiştir. Bu sistemde müşteri, ilk önce kredi kartı numarasını First Virtual'a vererek abone olmakta ve bir PIN numarası almaktadır. Müşteri aldığı bu PIN numarası ile Web sitesini ziyaret ettiği satıcı ile alım satım işlemini gerçekleştirmektedir. First Virtual, satış bedelini isteyen satıcıya müşteriden e- maille onay aldıktan sonra ödeme yapmakta, daha sonra da müşterinin kredi kartından yaptığı bu ödemeyi tahsil etmektedir²³.

Türkiye'de ilk elektronik para, 27.06.2013 tarihinde yürürlüğe giren 6493 sayılı "Ödeme ve Menkul Kıymet Mutabakat Sistemleri, Ödeme Hizmetleri ve Elektronik Para Kuruluşları Hakkında Kanun" ile yasal düzenlemesine kavuşmuştur. Bu Kanuna dayalı olarak 27.0.2014 tarihli Resmi Gazete'de üç adet yönetmelik yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. 6493 sayılı Kanun'da elektronik para, ihraç eden kuruluş tarafından kabul edilen fon (banknot, kaydi para) karşılığı ihraç edilen, elektronik olarak saklanan, tanımlanan ödeme işlemlerini gerçekleştirmek için kullanılan ve elektronik para ihraç eden kuruluş dışındaki gerçek ve tüzel kişiler tarafından da ödeme aracı olarak kabul edilen parasal değer, olarak tanımlanmıştır.

Bankalar ve elektronik para çıkarma izni verilen elektronik para kuruluşları elektronik para ihracı faaliyetinde bulunabilirler. Elektronik para ihraç eden kuruluş, aldığı fon (para) kadar elektronik para ihraç edebilir. İhraççı kuruluş topladığı bu fonları Merkez Bankasındaki özel bir hesaba bloke eder. Elektronik paranın hukuken en önemli niteliği, "yasal ödeme-legal tender" yerine geçmesidir. Bu nedenle yeterli alt yapısı bulunan bir kuruluş, elektronik para ile yapılan ödemeyi herhangi bir kesinti yapmadan, kabul etmek zorundadır.

E-para ile alışverişin muhtemel işleyişi aşağıdaki gibi olacaktır:

- Alışverişlerinde elektronik para kullanmak isteyen kişi, elektronik para kuruluşunda açacağı hesaba belli miktarda TL yatırarak aynı miktarda e-para alacaktır.

²³ TOPALOĞLU, s. 203-204.

- Bu e-para sistemini kabul eden kuruluşa ibraz ederek, alışverişlerde elektronik para transferi P2P (peer-to-peer) olarak gerçekleştirecektir.
- Satışları karşılığında e-para kabul eden firmalar, sahip oldukları e-paraları kendi alımlarında kullanabileceği gibi, elektronik para kuruluşunda TL'ye çevirebilecektir.

c) Elektronik Çekle Ödeme

ABD'de finans kuruluşları, halkı elektronik ödeme sistemlerini kullanmaya yöneltmek için elektronik çeki bir alternatif olarak ortaya çıkarmışlardır. Çekle ödemenin elektronik ödeme sistemlerinden üstün bir yanı vardır. Çek yazılıp karşı tarafa teslim edildikten sonra bankadan ödeme yapılıncaya kadar ödemeyi durdurmak mümkündür. Elektronik çekte de bu imkan vardır.

Dünyada ilk defa elektronik çek sistemi 1998 yılında pilot proje olarak başlamıştır. Söz konusu "e-check", kağıt bazlı bir çekin dijital imza ile yaratılmış elektronik versiyonudur. Borçlu müşteri kendi ekranında beliren elektronik çeki kağıt bazlı bir çek gibi doldurur ve dijital imzasıyla imzalayarak alacaklının bilgisayarına gönderir. Alacaklı da bu çeki kendi bankasına elektronik ortamda ulaştırır. Alacaklının bankası, söz konusu elektronik çeki borçlu müşterinin bankasından tahsil ederek alacaklının kendi nezdindeki hesabına aktarır.

Türk Elektronik İmza Kanununa göre dijital imza yasal olarak el ile atılan imzanın sonuçlarını doğurmaktadır. Fakat çekteki imzanın mutlaka el yazısı ile atılmasını isteyen Türk Ticaret Kanunu açısından dijital imza ile oluşturulmuş elektronik çek, "çek" olarak kabul edilemez. Buna karşılık, elektronik çekle yapılan bir ödemenin "amacıyla yapılmış bir ödeme sayılmasına" engel olan bir kanun hükmü yoktur²⁴.

2. Satıcı ve Sağlayıcının Yükümlülükleri

Satıcı ve sağlayıcın mesafeli sözleşmelerde en önemli borcu üstlendiği mal ve hizmet edimini ifa etmektir. TKHK'nın 48. Maddesinin 3. Fıkrasında mesafeli satışların satıcı veya sağlayıcı tarafından ifa edilmesi düzenlenmiştir. Buna göre; "Satıcı veya sağlayıcı, tüketicinin siparişinin kendisine ulaştığı andan itibaren taahhüt edilen süre içinde edimini yerine getirir. Mal satışlarında bu süre her hâlükârda otuz günü geçemez. Satıcı veya sağlayıcının bu süre içinde edimini yerine getirmemesi durumunda tüketici sözleşmeyi feshedebilir."

a) Sözleşme Konusu Mal ve Hizmetin Teslimi

Mesafeli satışlarda, sipariş edilen mal veya hizmetin satıcı veya sağlayıcıların taahhüt ettikleri sürede ulaşamaması, tüketicilerin yaşadığı en büyük

²⁴ TOPALOĞLU, s. 207-208.

problemlerden biridir. Bu nedenle, ile satıcı veya sağlayıcıların taahhüt ettikleri süre içerisinde edimini yerine getirmesi zorunlu kılınmış olup, aksi bir durumda tüketicinin sözleşmeyi feshedeceği düzenleme altına alınmıştır.²⁵

Eski Mesafeli Satışlar Yönetmeliğinde taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, satıcı veya sağlayıcı, tüketici tarafından kendisine siparişin iletildiği günden itibaren en geç otuz gün içinde sipariş konusunu ifa edilmesi gerektiği düzenlenmiş ve bu sürenin taraflarca en fazla on gün daha uzatılabileceği düzenlenmişti.

Kanun koyucu tüketicilerin bu nedenle daha fazla mağduriyet yaşamaması için 6502 sayılı TKHK'nın madde 48/3 fıkrada yaptığı yeni düzenlemede, "*Satıcı veya sağlayıcı, tüketicinin siparişinin kendisine ulaştığı andan itibaren taahhüt edilen süre içinde edimini yerine getirir. Mal satışlarında bu süre her halükarda otuz günü geçemez. Satıcı veya sağlayıcının bu süre içinde edimini yerine getirmemesi durumunda tüketici sözleşmeyi feshedebilir.*" hükmüne yer verilmiştir. Yeni Mesafeli Satışlar Yönetmeliğinin 16 (1) maddesinde de aynı hüküm tekrar edilmiştir. Buna göre, satıcı ve sağlayıcı mesafeli sözleşmede öngörülen sürede teslim borcunu yerine getirecektir.

Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliğinin ön bildirimle ilişkin 5 (1-f) maddesinde teslimatla ilgili bilgilerin tüketiciye verilmesi şart koşulmuştur. Teslimatla ilgili bilgi doğal olarak teslim süresini de içermesi gerekir. Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliğinin 5 (2) maddesine göre ön bilgiler aynı zamanda sözleşmeye de zorunlu olarak alınması gerekeceğinden, mesafeli sözleşmede satıcı ve sağlayıcının tüketiciye mal ve hizmetin teslim etmesi gereken süre de belirtilmelidir. Hatta bu teslim süresi satıcı veya sağlayıcının bir taahhüdü olarak sözleşmede yer almalıdır.

6502 sayılı Kanun 48 (3) ve Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği 16 (1) maddesinde, mal ve hizmetin teslim süresinin başlangıç tarihi de belirtilmiştir. Buna göre satıcı veya sağlayıcın tüketiciye mal veya hizmet teslim süresi "*tüketicinin siparişinin kendisine ulaştığı tarihten itibaren*" başlayacaktır. Sürenin başlangıcına ilişkin bu kural, tüketiciyi koruyan emredici bir hüküm olduğu için taraflarca aksi kararlaştırılmaz.

Kural olarak mesafeli sözleşmelerde teslim süresi satıcı veya sağlayıcı ile tüketici arasında işlemin niteliğine ve tarafların durumuna göre belirlenecektir. Ancak Kanun Koyucu yalnızca mal teslimleri bakımından teslim süresine bir üst sınır getirmiştir. Buna göre satıcının mal satışlarında ilişkin teslim süresi hiçbir durumda 30 günü geçemez. Mal satışına ilişkin mesafeli sözleşmelerde taraflar daha uzun süre öngörseler bile Kanun hükmü gereği satıcı ya da sağlayıcının 30 gün içinde mal teslim borcunu yerine getirmeleri

²⁵ Madde gerekçesinden

gerekir. Ancak mal teslimine ilişkin 30 günlük kanuni sürenin sadece mal satışına ilişkin mesafeli sözleşmelere ilişkin olduğunu bunun dışındaki hizmet sunumlarını kapsamadığını belirtmek isterim.

b) Teslim Borcunu İfa Etmemenin Sonuçları

6502 sayılı TKHK m.48 (3). “Satıcı veya sağlayıcı, tüketicinin siparişinin kendisine ulaştığı andan itibaren taahhüt edilen süre içinde edimini yerine getirir. Mal satışlarında bu süre her halükarda otuz günü geçemez. Satıcı veya sağlayıcının bu süre içinde edimini yerine getirmemesi durumunda tüketici sözleşmeyi feshedebilir.” Hükümünü içermektedir. Buna göre, satıcı veya sağlayıcı, mal satışlarında 30 günü geçmeyen sürede diğer mesafeli sözleşmelerde taahhüt edilen sürede teslim borcu yerine getirilmemişse tüketici sözleşmeyi feshedebilir. Teslim borcunun yerine getirilmemesi tüketici açısından haklı bir fesih nedeni oluşturmaktadır.

6502 sayılı TKHK’da teslim borcunun yerine getirilmemesi özel bir fesih nedeni olarak düzenlenmiştir. Buna göre satıcı veya sağlayıcının teslim borcunu yerine getirmemesi fesih hakkının doğumu için yeterlidir. Süresinde mal veya hizmeti teslim etmeyen satıcı veya sağlayıcının kusurlu olup olmaması fesih açısından önemli değildir. Satıcı veya sağlayıcı kusurlu olmasa bile süresinde teslim gerçekleştirilmemişse tüketicinin sözleşmeyi fesih hakkı doğar.

Her ne kadar 6502 sayılı TKHK ve Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliğinde tüketicinin sözleşmeyi feshetmesi ibaresi kullanılmışsa da burada fesih değil teknik anlamda bir sözleşmeden dönme söz konusudur. Zira, tüketici sözleşmenin feshi yönünde beyanda bulunmakla sözleşme baştan, kurulduğu andan itibaren geçersiz hale gelmektedir. İşte bir tarafın bozucu yenilik doğurucu bir beyanla sözleşmeyi baştan itibaren geçersiz hale getirmesine dönme denilmektedir²⁶. Sözleşmeden dönmeyi düzenleyen TBK m.125/III hükmünde “Sözleşmeden dönme halinde taraflar, karşılıklı olarak ifa yükümlülüğünden kurtulurlar ve daha önce ifa ettikleri edimleri geri isteyebilirler.” denilmektedir. Fesih ise sürekli borç ilişkilerini geleceğe yönelik olarak sona erdirmeye yönelik bozucu yenilik doğuran bir haktır²⁷. Mesafeli sözleşmelerin sürekli değil de ani edimli bir sözleşme olmaları ve sözleşmenin baştan itibaren sona erdirilerek edimlerin iade edilmesi gerektiğine yönelik Yönetmelik hükmü dikkate alındığında burada fesih değil de dönmenin söz konusu olduğu sonucuna varılmaktadır. Maalesef Kanun Koyucu teknik hukuki bir konuda kavramları kullanırken özensiz davranmıştır.

²⁶ EREN, F., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 15. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2013, s. 120.

²⁷ EREN, s. 1259.

Teslimat borcunu yerine getirilmemesi nedeniyle dönme (fesh) halinin sonuçları Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliğinde düzenlenmiştir. Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliğinin 16 (3) maddesi “ *Sözleşmenin feshi durumunda, satıcı veya sağlayıcı, varsa teslimat masrafları da dâhil olmak üzere tahsil edilen tüm ödemeleri fesih bildiriminin kendisine ulaştığı tarihten itibaren on dört gün içinde tüketiciye 4/12/1984 tarihli ve 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanununun 1'inci maddesine göre belirlenen kanuni faiziyle birlikte geri ödemek ve varsa tüketiciyi borç altına sokan tüm kıymetli evrak ve benzeri belgeleri iade etmek zorundadır.*” hükmünü içermektedir. Buna göre dönme hakkını kullanan tüketiciye satıcı ve sağlayıcı sözleşme konusu mal ve hizmet nedeniyle tahsil ettiği tüm bedelleri 14 gün içinde iade etmek zorundadır. Satıcı ve sağlayıcı, tüketiciden tahsil ettiği teslimat, ambalajlama ve benzer diğer bir masrafları da aynı sürede ödemek zorundadır. Her ne kadar Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliğinde açıklık yok ise de, teslimat ve diğer masrafları satıcı veya sağlayıcıdan başka üçüncü bir kişiye ödemede bulunan tüketiciye dahi bu masrafların ödenmesi gerektiği kanaatindeyim. Tüketiciden tahsil edilen sözleşmeyle ilgili bedelleri ödeme borcu, dönme beyanını satıcı veya sağlayıcıya ulaştığı andan itibaren başlamaktadır.

Dönme beyanında bulunan tüketiciye ödenecek bedeller 3095 sayılı Faiz Kanununun birinci maddesine göre belirlenen adi işlere uygulanan kanuni faiz oranından temerrüt faizi ödenecektir. Bu faiz oranı da şu anda %9'dur. Faizin başlangıç tarihi dönme beyanın satıcı veya sağlayıcıya ulaştığı tarihtir.

Satıcı veya sağlayıcı dönme beyanında bulunan tüketiciye mesafeli sözleşme uyarınca almış olduğu kıymetli evrakı ve diğer belgeleri de aynı süre içinde iade etmek zorundadır. Satıcı veya sağlayıcı tüketiciden mesafeli sözleşmeye dayanarak kıymetli evrak olarak bono veya çek almışsa ve bunları kendi uhdesinde tutmaktaysa tüketiciye iade edecektir. Acaba söz konusu bono veya çek satıcı veya sağlayıcı tarafından üçüncü kişilere ciro edilmişse nasıl bir çözüm bulunacaktır? 6502 sayılı TKHK m.4 (5) hükmünde “ *Tüketicinin yapmış olduğu işlemler nedeniyle kıymetli evrak niteliğinde sadece nama yazılı ve her bir taksit ödemesi için ayrı ayrı olacak şekilde senet düzenlenebilir. Bu fıkra hükümlerine aykırı olarak düzenlenen senetler tüketici yönünden geçersizdir.*” denilmektedir. Bu hüküm uyarınca tüketiciden alınacak kıymetli evraklar nama yazılı olacağından, bu senetler emre yazılı senetler için 6102 sayılı TTK m.687 (1)de öngörülen ciro soyutluğundan yararlanılamaz. Ancak alacağın temliki yoluyla devredilebilen tüketiciden alınan senetler için TBK m.188/I uyarınca satıcı veya sağlayıcıya karşı ileri sürülebilen mesafeli sözleşmeden dönülmesi nedeniyle senedin geçersiz hale geldiğine ilişkin şahsi defii tüketici tarafından da senedi devreden üçüncü kişiye karşı ileri sürülebilir. Bunun için açılması gereken

dava masraflarının da tüketici tarafından satıcı ve sağlayıcıya rücu edilebileceğini belirtmek gerekir.

Dönme hakkını kullanan tüketici masraf iadesi ve senet iadesi dışında da sözleşme konusu mal ve hizmetin teslim edilmemesi nedeniyle ayrıca zarara uğramışsa TBK m.125/III'te yer alan *“Bu durumda borçlu, temerrüde düşmekte kusuru olmadığını ispat edemezse alacaklı, sözleşmenin hükümsüz kalması sebebiyle uğradığı zararın giderilmesini de isteyebilir.”* hükmü uyarınca uğramış olduğu olumsuz (Menfi) zararın giderilmesini de isteyebilir.

Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliğinde satıcı veya sağlayıcı açısından imkansızlık hali de düzenlenmiştir. Yönetmeliğin 16 (4) maddesinde, *“Sipariş konusu mal ya da hizmet ediminin yerine getirilmesinin imkansızlaştığı hallerde satıcı veya sağlayıcının bu durumu öğrendiği tarihten itibaren üç gün içinde tüketiciye yazılı olarak veya kalıcı veri saklayıcısı ile bildirmesi ve varsa teslimat masrafları da dahil olmak üzere tahsil edilen tüm ödemeleri bildirim tarihinden itibaren en geç on dört gün içinde iade etmesi zorunludur. Malın stokta bulunmaması durumu, mal ediminin yerine getirilmesinin imkansızlaşması olarak kabul edilmez.”* hükmü yer almaktadır. Buna göre, mal ve hizmet tesliminde imkansızlık durumu ortaya çıkarsa satıcı veya sağlayıcı bu durumu öğrendiği tarihten itibaren yazılı veya kalıcı diğer bir elektronik medya ortamında tüketiciye bildirmek zorundadır. Yönetmelik uyarınca malın stokta bulunmaması imkansızlık sayılmaz denilerek, sübjektif değil de objektif bir imkansızlık halinin kastedildiği dolaylı olarak ifade edilmiştir. Sözleşme konusu mal veya hizmeti temini sadece satıcı veya sağlayıcı için değil de herkes için imkansızsa, Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği anlamında da imkansızlaşmış sayılır. Örneğin malın ithalatının yasaklanması veya fabrikada üretiminin durdurulması hallerinde herkes için imkansızlık söz konusudur. Yok eğer, mal veya hizmeti temin etmek mümkün ama sözleşmenin tarafı olan satıcı bu malı temin edemiyorsa bu durum imkansızlık olarak sayılmaz. Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği *“Malın stokta bulunmaması durumu, mal ediminin yerine getirilmesinin imkansızlaşması olarak kabul edilmez.”* demek suretiyle bu duruma işaret etmek istemiştir.

Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği anlamında geçerli ve kabul edilebilir bir imkansızlık durumu var ise satıcı veya sağlayıcı bu durumu tüketiciye bildirdikten başka tahsil ettiği mal ve hizmet bedelini 14 gün içinde tüketiciye iade etmek zorundadır. Ayrıca, sözleşmeden dönme halinde olduğu gibi ayrıca tüketicinin teslim ve benzer masraflarını da tüketiciye iade etmek zorundadır. Eğer satıcı ve sağlayıcı imkansızlık nedeniyle almış olduğu mal bedelini ve diğer masrafları belirtilen 14 günlük sürede öderse herhangi bir faiz ödemek zorunda değildir. Ancak bu 14 günlük süre dolmasına rağmen ödeme yapmamışsa temerrüt faizi ödemek zorunda kalabilir.

c) Kayıp ve Hasarlardan Sorumluluk

Eski BK uyarınca cins satımlarında ise hasarın alıcıya intikali için yalnız satış sözleşmesinin kurulmuş olması yeterli olmayıp, ayrıca satılan çeşidin ayırt edilmiş olması gerekliydi. Yani cins satımında ayırt etme yok ve hasar gerçekleşirse buna alıcı değil satıcı katlanmaktaydı. Bu düzenlemenin kaynağı, Roma Hukuku'nda "Genus Non Perit", yani "Nevi Telef Olmaz" ilkesi olup buna göre, parça ve sınırlanmış cins borçlarında satım sözleşmesinden sonra alıcı malı teslim almasa bile hasara katlanmaktaydı

Yeni TBK 208/I, parça ve cins borcu ayırımı yapmadan bütün taşınır satımlarında hasar ve yararın teslim ya da zilyetliğin devri anında alıcıya geçeceğini öngörmüştür. Ayrıca, yeni düzenlemeden sonra, cins borçları bakımından "ayırt edilme veya belirleme" kavramları da hukuki önemini yitirmiştir.

TBK m.208/II'ye göre taşınır satışlarında, eğer alıcı satılanın zilyetliğini devralmada temerrüde düşerse, zilyetliğin devri gerçekleşmiş gibi yarar ve hasar alıcıya geçecektir. Aynı kural alıcının taşınmazı teslim almadan kaçınması halinde de uygulanır.

Mesafe veya gönderme satışlarında, satıcı, alıcının isteği üzerine satılanı ifa yerinden başka bir yere gönderirse, yarar ve hasar, satılanın taşıyıcıya teslim edildiği anda alıcıya geçer. Eski BK'da mesafe satışlarında parça satışı söz konusu ise, satım sözleşmesinin yapıldığı an; cins satışı ise ayırt etme anında hasar alıcıya geçiyordu. Yeni TBK m.208/III'te "*Satıcı alıcının isteği üzerine satılanı ifa yerinden başka bir yere gönderirse, yarar ve hasar, satılanın taşıyıcıya teslim edildiği anda alıcıya geçer.*" denilerek, esasen hasarın alıcıya geçtiği anı biraz daha öne almış olmaktadır²⁸.

Böylece yeni TBK madde 208'deki düzenleme ile Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Viyana Konvansiyonu (CISG) 66 ila 70. maddelerinde düzenlenen hasarın intikali hükümlerine paralel düzenlemeler getirilmiştir. Zira CISG m.69, alıcının malları teslim aldığı anda hasarın kendisine geçeceği düzenlenmektedir²⁹.

Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliğinin 17. maddesi "(1) *Satıcı, malın tüketicisi ya da tüketicinin taşıyıcı dışında belirleyeceği üçüncü bir kişiye teslimine kadar oluşan kayıp ve hasarlardan sorumludur.*

²⁸ M. TOPALOĞLU, Satış ve Ticari Satış ile Mal ve Hizmet Tedarikine İlişkin Türk Hukukunda Yapılan Değişiklikler, *Ticaret Hukukuna Hukukun İlgili Diğer Alanlarıyla Birlikte Bakış Semineri Bildiriler Kitabı*, 15-16 Mayıs 2014, Doğu Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Gazimağusa, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti, s. 67-68.

²⁹ B. ÇETİNER, *Yeni Türk Borçlar Kanunu'nda Yarar ve Hasarın İntikali ile Satıcının Ayrıptan Sorumluluğuna İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi*, *Yeni Türk Borçlar Kanunu ve CISG'e Göre Satış Sözleşmeleri*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012, s. 20-21.

(2) *Tüketicinin, satıcının belirlediği taşıyıcı dışında başka bir taşıyıcı ile malın gönderilmesini talep etmesi durumunda, malın ilgili taşıyıcıya tesliminden itibaren oluşabilecek kayıp ya da hasardan satıcı sorumlu değildir.*" hükmünü içermektedir. Buna göre mesafeli satışlarda satım konusu malın tüketiciye veya onun adına üçüncü bir kişiye teslimine kadar oluşan her türlü hasar ve kayıp satıcıya aittir.

Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliğinin 17. maddesi mesafeli satışlarda taşıyıcıya teslimde dahi satıcıyı hasar ve kayıptan sorumlu tutarak TBK m.208/III'de öngörülen mesafe ve gönderme satışlarından farklı bir kural getirmiştir. Halbuki, TBK m.208/III'e göre, gönderme satışlarında malın taşıyıcıya teslimi ile hasar alıcıya geçmektedir.

Mesafeli Sözleşmelerde taşıyıcıya teslimde tek bir halde maldaki hasar veya kayba alıcı tüketici katlanacaktır. Bu hal de tüketicinin satım konusu malın satıcının belirlediği taşıyıcıya teslimini istemesidir. Tüketicinin, satıcının belirlediği taşıyıcı dışında başka bir taşıyıcı ile malın gönderilmesini talep etmesi durumunda, malın ilgili taşıyıcıya tesliminden itibaren oluşabilecek kayıp ya da hasardan satıcı sorumlu değildir. Bunun dışında mesafeli sözleşmelerde malın taşıyıcının zilyetliğindeki hasar veya kayba uğraması durumunda hukuki sorumluluk satıcıya aittir. Böyle bir sorumluluğun sonucu da satıcının teslim süresi içinde malı teslim etmemiş sayılarak buna ilişkin hukuki yaptırımlara maruz kalacağıdır. Örneğin; tüketicinin internet üzerinden satın aldığı akıllı telefonunun kaybolması durumunda, satıcı, tüketiciye satış bedelini iade etmek zorundadır. Ancak satıcının sorumlu olduğu hasar ve kayba rağmen henüz teslim süresi dolmamışsa satıcının tüketiciye yeni bir mal (Telefon) gönderme hakkı bulunmaktadır.

H. TÜKETİCİNİN CAYMA HAKKI VE SONUÇLARI

1. Genel Olarak Tüketicinin Cayma Hakkı

Mesafeli sözleşmelerde tüketici, yapılan sözleşmeden cayma hakkına sahiptir. Bu hakkın kanun koyucu tarafından tüketiciye tanınmasının sebebi, yapılan sözleşmenin tüketici yönünden önemli sakıncaları ve riskleri bulunmasıdır.

Tüketici, cayma kullanarak hiçbir gerekçe göstermeden tek taraflı irade beyanıyla sözleşmenin hüküm ve sonuç doğurmasını önleyerek geri alma etkisi yaratmaktadır. Bu açıdan tüketicinin cayma hakkı karşı tarafa ulaştırılması gereken geri alma beyanına benzemektedir³⁰. Geri alma hakkı veya cayma

³⁰ Ç. ÖZEL, *Mukayeseli Hukuk Işığında Tüketiciyi Koruyan Geri Alma Hakkı*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1998, s. 168-169.

hakkı geçerli olarak kurulan bir sözleşmede geçici bir dönem için tüketici açısından tek taraflı bağlamazlık sonucu ortaya çıkarmaktadır. Cayma hakkını kullanma süresi geçtiği halde cayılmayan mesafeli sözleşme, tamamen geçerli bir sözleşme haline gelmektedir.

Cayma hakkı için öngörülen süre hak düşürücü süre niteliğindedir. İtiraz niteliğinde olan bu sürenin cayma hakkının kullanıldığı tarih itibarıyla dolup dolmadığı hakim tarafından resen dikkate alınır.

Mesafeli sözleşmelerde cayma hakkına ilişkin düzenlemeler büyük ölçüde işyeri dışında kurulan (kapıdan satış) sözleşmelerindeki cayma hakkına ilişkin düzenlemeleri paralellik göstermektedir³¹. Bunun sebebi de Avrupa Birliği Tüketicinin Korunması Direktifinde her iki kurumun aynı anda düzenlenmiş olmasıdır.

6502 sayılı TKHK m.48 (4) *“Tüketici, on dört gün içinde herhangi bir gerekçe göstermeksizin ve cezai şart ödemeksizin sözleşmeden cayma hakkına sahiptir. Cayma hakkının kullanıldığına dair bildirim bu süre içinde satıcı veya sağlayıcıya yöneltilmiş olması yeterlidir. Satıcı veya sağlayıcı, cayma hakkı konusunda tüketicinin bilgilendirildiğini ispat etmekle yükümlüdür. Tüketici, cayma hakkı konusunda gerektiği şekilde bilgilendirilmezse, cayma hakkını kullanmak için on dört günlük süreyle bağlı değildir. Her hâlükârda bu süre cayma süresinin bittiği tarihten itibaren bir yıl sonra sona erer. Tüketici, cayma hakkı süresi içinde malın mutad kullanımı sebebiyle meydana gelen değişiklik ve bozulmalardan sorumlu değildir.”* hükmünü öngörmektedir.

Yapılan bu düzenleme ile tüketici 14 gün içinde herhangi bir gerekçe göstermeksizin ve cezai şart ödemeksizin sözleşmeden cayma hakkına sahiptir. Eski Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliğinde cayma süresi yedi gündü. Yeni Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliğinde cayma süresi AB Tüketicinin Korunması Direktifine uygun olarak 14 güne çıkarılmıştır.

Cayma hakkının kullanıldığına dair bildirim 14 günlük cayma süresi içinde satıcı veya sağlayıcıya yöneltilmiş olması yeterlidir. Tüketici, cayma bildirimini yazılı olarak ya da telefon, fax veya e-mail ya da internette başka bir medya yoluyla gönderebilir. Fakat ispat kolaylığı bakımından yazılı ya da güvenli elektronik imzayla elektronik yoldan gönderim tercih edilmelidir. Cayma hakkı kullanırken kolaylık olması bakımından Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği ekinde bulunan cayma formu kullanılabilir. Hatta söz konusu cayma formunu elektronik formatta dahi indirerek kullanmak mümkündür. Ancak cayma hakkının kullanılması için şekil zorunluluğu olmadığı için bu

³¹ A. KARAKOCALI/A. KURŞUN, Tüketici Hukuku (6502 Sayılı Kanun ve İlgili Yönetmeliklere Göre), Aristo Yayınevi, İstanbul 2015, s. 161.

formun kullanılması şart değildir. Cayma iradesinin ve cayılan sözleşmeye ilişkin bilgilerin bulunması yeterlidir.

Cayma süresinin ne zamandan itibaren işlemeye başlayacağı Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliğinde düzenlemiştir.

Yönetmeliğin 9. Maddesinin 2. ve 3. Fıkrasına göre; “(2) Cayma hakkı süresi, hizmet ifasına ilişkin sözleşmelerde sözleşmenin kurulduğu gün; mal teslimine ilişkin sözleşmelerde ise tüketicinin veya tüketici tarafından belirlenen üçüncü kişinin malı teslim aldığı gün başlar. Ancak tüketici, sözleşmenin kurulmasından malın teslimine kadar olan süre içinde de cayma hakkını kullanabilir.

(3) Cayma hakkı süresinin belirlenmesinde;

a) Tek sipariş konusu olup ayrı ayrı teslim edilen mallarda, tüketicinin veya tüketici tarafından belirlenen üçüncü kişinin son malı teslim aldığı gün,

b) Birden fazla parçadan oluşan mallarda, tüketicinin veya tüketici tarafından belirlenen üçüncü kişinin son parçayı teslim aldığı gün,

c) Belirli bir süre boyunca malın düzenli tesliminin yapıldığı sözleşmelerde, tüketicinin veya tüketici tarafından belirlenen üçüncü kişinin ilk malı teslim aldığı gün

esas alınır.”

Cayma hakkı süresinin hesaplanmasında, bildirimimin satıcı veya sağlayıcılara varması veya onun tarafından öğrenilmiş olması şartı aranmaz. Tüketicinin cayma hakkı konusunda bilgilendirildiğini ispat etmek ise satıcı veya sağlayıcının yükümlülüğüdür. Satıcı veya sağlayıcının ispat külfetini yerine getirebilmesi açısından bilgilerin saklanması zorunludur.

Cayma hakkının kullanıldığına dair bildirim bu 14 günlük süre içinde satıcı veya sağlayıcıya yöneltilmiş olması yeterlidir. Ancak Tüketici, cayma hakkı konusunda gerektiği şekilde bilgilendirilmezse, cayma hakkını kullanmak için 14 günlük süre ile bağlı değildir. Her halükarda bu süre cayma süresinin bittiği tarihten itibaren bir yıl sonra sona erer.

Tüketici, cayma hakkı süresi içinde malın mutad kullanımı sebebi ile meydana gelen değişiklik ve bozulmalardan sorumlu değildir. Cayma hakkı sözleşmede herhangi bir şarta bağlanamaz.

14 günlük cayma hakkı süresinin nasıl hesaplanacağı konusunda kanunda açık bir hüküm bulunmamakla birlikte, yönetmelikte bu konuda ayrıntılı düzenleme yapılmıştır. Mesafeli sözleşmelerde cayma hakkı konusunda, kanunun verdiği yetki uyarınca yönetmelik madde 9 vd. maddelerinde ayrıntılı düzenlemeler yapılmıştır. Yapılan düzenlemelerde, mesafeli sözleşmelerin

özellikleri dikkate alınmıştır. Cayma hakkı süresi, mal teslimine ilişkin sözleşmelerde tüketicinin veya tüketici tarafından belirlenen 3. Kişinin malı teslim aldığı gün; hizmet ifasına ilişkin sözleşmelerde ise sözleşmenin kurulduğu gün başlar. Ancak belirtmek gerekir ki sözleşmenin kurulmasından malın teslimine kadar olan süre içerisinde de tüketici, cayma hakkını kullanabilir. Bu nedenle sözleşme niteliğinin belirlenmesi cayma süresinin başlangıcının saptanması açısından zorunludur.

Mesafeli sözleşmelerde, sözleşmenin mal teslimi veya hizmetin ifasına yönelik olmasına göre cayma hakkı süresinin başlangıcı farklılık gösterir. Buna göre cayma süresinin başlangıcı;

- a. Mal teslimine yönelik sözleşmelerde, malın teslim tarihinden itibaren,
- b. Hizmet ifasına yönelik sözleşmelerde sözleşmenin kurulduğu tarihten, Cayma süresi olan 14 günlük süre başlar.

Bu nedenle mal teslimine yönelik mesafeli sözleşmelerde sözleşme konusu mal fiilen tüketiciye teslim edilmeye kadar veya malın tüketiciye teslim edilmiş sayıldığı tarihe kadar cayma hakkı süresi işlemez. Buna karşılık, hizmet ifasına yönelik sözleşmelerde, sözleşmenin kurulduğu tarihten itibaren 14 günlük cayma hakkı süresi başlar. Yargıtay yerleşik uygulaması bu yöndedir.

Buna göre cayma hakkı süresinin belirlenmesinde;

- a. Belirli bir süre boyunca düzenli olarak mal tesliminin yapıldığı sözleşmelerde tüketicinin veya tüketici tarafından belirlenen üçüncü kişinin ilk malı teslim aldığı gün esas alınır.
- b. Birden fazla parçadan oluşan mallarda tüketicinin veya tüketici tarafından belirlenen üçüncü kişinin son parçayı teslim aldığı gün,
- c. Tek sipariş söz konusu olmasına rağmen birden fazla teslimat yapılacaksa tüketicinin veya tüketici tarafında belirlenen üçüncü kişinin son malı teslim aldığı gün,

Satıcının malı taşıyıcıya teslim etmesi, tüketiciye yapılan teslim olarak kabul edilmez. Mal teslimi ile hizmet ifasının birlikte yapıldığı sözleşmelerde mal teslimine ilişkin cayma hakkı hükümleri uygulanır.

Cayma hakkı konusunda tüketicinin bilgilendirildiğini ispat etmek satıcı veya sağlayıcının görevidir. Tüketici, cayma hakkı konusunda gerektiği şekilde bilgilendirilmezse, cayma hakkını kullanmak için 14 (on dört) günlük süreyle bağlı olmaz. Bu süre her halükarda cayma süresinin bittiği tarihten itibaren bir yıl sonra sona erer.

Cayma hakkına ilişkin 14 günlük sürenin hangi hallerde bir yıla uzayacağı, 6502 TKHK'nın 48. Maddesinin 4. fıkrasında düzenlenmiştir. Bun-

lardan en önemlisi sözleşme öncesi veya sözleşme yapılırken tüketiciye yönelik bilgilendirmelerin eksik veya yanlış yapılması durumudur. Satıcı veya sağlayıcı tüketiciyi cayma hakkı konusunda yeterince bilgilendirmemiş ise tüketici, 14 günlük cayma süresinin dolduğu tarihten itibaren 1 (bir) yıl içinde cayma hakkını kullanabilir. Aynı şekilde 14 günlük cayma hakkı süresinin 1 (bir) yıla uzamaması için satıcı veya sağlayıcı Kanunda ve ilgili Yönetmelikteki yükümlülüklerini yerine getirmek zorundadır. Aksi takdirde cayma hakkına ilişkin süre işlemeye başlamaz ve tüketici aynı şekilde 14 günlük sürenin bittiği tarihten itibaren, 1 (bir) yıl içerisinde cayma hakkını kullanabilir.

Satıcı veya sağlayıcı bu eksikliği sözleşmenin kurulmasından sonraki bir safhada giderirse, 14 günlük cayma süresi o tarihten itibaren işlemeye başlayacaktır. Yani satıcı veya sağlayıcının, yükümlülüklerini yerine getirmemesi ve cayma hakkı konusunda tüketiciyi bilgilendirmemiş olmasının yaptırımı, tüketicinin 14 günlük cayma hakkı süresine ilaveten 1 (bir) yıl içerisinde cayma hakkını kullanabilmesidir. Yukarıda da bahsedildiği üzere, 6502 TKHK'nın 48. Maddesinin 4. fıkrasında yapılan düzenleme uyarınca, cayma hakkı konusunda tüketicinin bilgilendirildiği konusunda ispat yükü satıcı ve sağlayıcının üzerindedir. Kanun koyucu tarafından kabul edilen bu karine tüketici lehine olacak şekilde düzenlenmiştir. Bu sebeple satıcı veya sağlayıcı bu karinenin aksini ispat etmediği takdirde tüketiciye yönelik bilgilendirmenin yapılmadığı kabul edilir.

2. Cayma Hakkının İstisnaları

Tüketicinin cayma hakkına sahip olması, bazı durumlarda hukuken vicdanları tatmin etmeyebilir. Kanun koyucu bunu önlemek adına 6502 TKHK 48. Maddenin 6. fıkrasında düzenleme yaparak, kapsam dışı sözleşmelerin yönetmelikte tespit edileceğini hükme bağlamıştır. Yönetmelikte yapılan düzenlemede, cayma hakkının istisnaları ayrıntılı şekilde gösterilmiştir. Buna göre taraflarca yapılan sözleşmede aksi kararlaştırılmadıkça, tüketici aşağıdaki sözleşmelerde cayma hakkını kullanabilir.³² Bunlar;

a) Fiyatı finansal piyasalardaki dalgalanmalara bağlı olarak değişen ve satıcı veya sağlayıcının kontrolünde olmayan mal veya hizmetlere ilişkin sözleşmeler.

b) Tüketicinin istekleri veya kişisel ihtiyaçları doğrultusunda hazırlanan mallara ilişkin sözleşmeler.

c) Çabuk bozulabilen veya son kullanma tarihi geçebilecek malların teslimine ilişkin sözleşmeler.

³² ASLAN, s.572

ç) Tesliminden sonra ambalaj, bant, mühür, paket gibi koruyucu unsurları açılmış olan mallardan; iadesi sağlık ve hijyen açısından uygun olmayanların teslimine ilişkin sözleşmeler.

d) Tesliminden sonra başka ürünlerle karışan ve doğası gereği ayrıştırılması mümkün olmayan mallara ilişkin sözleşmeler.

e) Malın tesliminden sonra ambalaj, bant, mühür, paket gibi koruyucu unsurları açılmış olması halinde maddi ortamda sunulan kitap, dijital içerik ve bilgisayar sarf malzemelerine ilişkin sözleşmeler.

f) Abonelik sözleşmesi kapsamında sağlananlar dışında, gazete ve dergi gibi süreli yayınların teslimine ilişkin sözleşmeler.

g) Belirli bir tarihte veya dönemde yapılması gereken, konaklama, eşya taşıma, araba kiralama, yiyecek-içecek tedariki ve eğlence veya dinlenme amacıyla yapılan boş zamanın değerlendirilmesine ilişkin sözleşmeler.

ğ) Elektronik ortamda anında ifa edilen hizmetler veya tüketiciye anında teslim edilen gayri maddi mallara ilişkin sözleşmeler.

h) Cayma hakkı süresi sona ermeden önce, tüketicinin onayı ile ifasına başlanan hizmetlere ilişkin sözleşmeler.

4. Cayma Halinde Tarafların Yükümlülükleri

Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği cayma veya geri alma beyanının kullanılması halinde hem satıcı ve sağlayıcıya hem de tüketiciye bazı yükümlülükler yüklemiştir.

a. Satıcının Yükümlülükleri

Tüketicinin usulüne uygun şekilde cayma hakkını kullanması durumunda, satıcı veya sağlayıcı, tüketiciye iadesi gereken para, belge ve tüm araç ve gerecin iadesini sağlamaktır. (Yön m.12)

Satıcı veya sağlayıcı, tüketicinin cayma hakkını kullandığına ilişkin bildirimin kendisine ulaştığı tarihten itibaren 14 (on dört) gün içinde, varsa tüketiciye teslim masrafları da dahil olmak üzere tahsil edilen tüm ödemeleri iade etmekle yükümlüdür. Satıcı veya sağlayıcı, tüm geri ödemeleri, tüketicinin satın alırken kullandığı ödeme aracına uygun bir şekilde ve tüketiciye herhangi bir masraf ve yükümlülük getirmeden tek seferde yapmak zorundadır. Örneğin, tüketicinin kredi kartı kullanarak ödeme yapması durumunda, iadenin asgari kredi kartına geri ödeme şeklinde yapması zorunludur. Satıcı veya sağlayıcı, iadeyi, tüketiciye nakit vermek sureti ile yapabilir. Çünkü nakit vermek tüketicinin daha lehine bir durumdur. Ancak tüketicinin özel nedeni olması halinde, nakit istemeden, aynı şekilde kredi kartına iade yapılmasını isteyebilir.

b. Tüketicinin Yükümlülükleri

Tüketicinin cayma hakkını kullanması durumunda, kendisine düşen bazı önemli yükümlülükler bulunmaktadır (Yön. M.13). Satıcı veya sağlayıcı malı kendisinin geri alacağına dair teklifte bulunmadıkça, tüketici cayma hakkını kullandığına ilişkin bildirimini yönelttiği tarihten itibaren 10 (on) gün içinde malı satıcı veya sağlayıcıya veya yetkilendirmiş olduğu kişiye geri göndermek zorundadır. Ancak yapılan sözleşmede, satıcı veya sağlayıcının cayma halinde malın bizzat kendileri tarafından alınacağına yönelik bir taahhütte bulunması durumunda, tüketicinin malı iade yükümlülüğü yoktur.

Tüketici cayma süresi içinde malı; doğası, karakteristik özelliği ve işle-yişine uygun bir şekilde kullandığı takdirde meydana gelen değişiklik ve bozulmalardan sorumlu olmaz (TKHK m.48/4, son cümle). Söz konusu malda meydana gelen değişiklik ve bozulmadan tüketicinin sorumlu tutulabilmesi için satıcı veya sağlayıcının cayma hakkının kullanımına ilişkin gereği gibi bilgilendirme yapması şarttır.

I. SÖZLEŞMENİN SONA ERMESİ

Mesafeli sözleşmelerde tarafların borçlarını sözleşmeye uygun olarak ifa etmeleri halinde mesafeli sözleşme kural olarak sona erer. Satıcı ve sağlayıcı teslim borcunu ifa etmesi sadece asli edim yükümünü sona erdirir. Satıcı ve sağlayıcının TMK m.2 uyarınca sözleşme ilişkisinden kaynaklanan yan yükümü olan tüketiciyi koruma yükümü devam eder. Satıcının satım konusu malla ilgili Garanti Yönetmeliğinde öngörülen garanti süresi içinde ücretsiz tamir, bakım ve gerekirse arızalı malı değiştirme de bu yükümlülük kapsamındadır.

Mesafeli sözleşme tüketicinin süresinde cayma hakkını kullanmasıyla da sona erer. Cayma hakkı bozucu yenilik doğuran hakkın kullanılması niteliğinde olduğundan cayma veya geri alma beyanının satıcıya ulaştığı anda mesafeli sözleşme kurulduğu tarihten itibaren sona erer.

Aynı şekilde satıcı veya sağlayıcın teslim süresi içinde mal ve hizmeti teslim etmemesi halinde tüketicinin dönme (fesih) beyanını kullanması da mesafeli sözleşmeyi sona erdirmeye nedenlerinden biridir.

Bunun dışında genel olarak sözleşmenin sona erme nedenleri olan tarafların bozma sözleşmesi (ikale) yapmaları, karşılıklı anlaşarak birbirlerini ibra etmeleri, yenilemede (tecdit) bulunmaları, alacaklı ve borçlu sıfatının birleşmesi, takas, ifanın imkânsız hale gelmesi durumlarında da sözleşme sona erer.

Sözleşme yapan tüketicinin sözleşme yapıldıktan sonra ölmesi durumunda, sözleşmeden kaynaklanan haklar mirasçılara geçer. Buna karşılık gerçek

kişi satıcının ölmesi durumunda malı teslim borcu satıcının mirasçıları tarafından yerine getirilmesi gerekir. Ancak satıcın şahsen üreteceği bir mal veya sağlayıcının şahsi olarak yerine getirmesi gereken bir hizmet edimi söz konusuysa satıcı veya sağlayıcının ölümü halinde objektiflik imkansızlık durumu ortaya çıkar. Böyle bir durumda satıcı veya sağlayıcının mirasçıları sadece tüketiciden aldıkları bedeli, kıymetli evrakı veya diğer borç sözleşmelerini tüketicie iade etmekle yükümlüdürler.

Satıcı veya sağlayıcının iflas eden veya tasfiye sürecine giren bir ticaret şirketi veya dernek vakıf gibi diğer bir tüzel kişi tacir olması durumunda, tüketicinin mesafeli sözleşmeden kaynaklanan her türlü alacak hakları tasfiye masasına girer. Böyle bir durumda tüketicinin alacakları tasfiye usulüne göre masaya kaydedilir. Satıcı veya sağlayıcının borcunu ifa etmemesi rizikosunu karşılayan bir sigorta olması durumunda, sigorta bedeli, sigorta şirketi tarafından tüketicie ödenir.³³

G. ZAMANAŞIMI

6502 sayılı TKHK'da mesafeli sözleşmeyle ilgili bir zamanaşımı süresi öngörülmüş değildir. Bu nedenle zamanaşımı konusunda Türk Borçlar Kanununun genel zamanaşımı hükümleri uygulama alanı bulur. Bu durumda mesafeli sözleşme, Türk Borçlar Kanunu'nda öngörülen özel sözleşme tiplerinden hangisine giriyorsa zamanaşımı süresini ona göre belirlemek gerekir.

Mesafeli sözleşme daha çok satım sözleşmesi şeklinde ortaya çıkar. Satım sözleşmesi konusunda özel bir zamanaşımı süresi öngörülmeden TBK m.146'da düzenlenen 10 yıllık genel zamanaşımı süresi satış nitelikli mesafeli sözleşmelere de uygulanır.

Buna karşılık mesafeli sözleşme konut kirası dışında bir kira ilişkisine aitse veya vekalet, hizmet ya da istisna akdinin unsurlarını taşıyorsa zamanaşımı süresi TBK m.147 uyarınca beş yıldır.

TBK m.149 uyarınca zamanaşımı süresi alacağın muaccel olduğu tarihten itibaren başlar. Buna göre satıcı veya sağlayıcının teslim borcuna ilişkin zamanaşımı süresi teslim süresinin sonunda başlar. Tüketicinin bedel ödeme borcu ise sözleşmede özel bir vade kararlaştırılmamışsa TBK m.90 uyarınca mesafeli sözleşmenin kurulduğu anda muaccel olur.

Süre hesabında zamanaşımının başladığı gün nazara alınmaz. TBK m.151'e göre de zamanaşımı sürenin son günü geçince gerçekleşmiş olur. Asıl alacak zamanaşımına uğrayınca, ona bağlı faiz ve diğer ferî alacaklar da zamanaşımına uğramış olur.

³³ KARA, s. 1038.

Zamanaşımı süresinin durması ve kesilmesine ilişkin TBK m.153 ve 154 vd. Maddeleri mesafeli sözleşmelere de uygulanır. TBK m.153'te düzenlenen, vesayet, velayet, evlilik, hizmet ilişkisi, alacağı Türk Mahkemelerinde ileri sürme imkânının bulunmadığı hallerde zamanaşımı süresi durur. Zamanaşımı süresinin durmasına neden olan olay ortadan kalktığında durmuş olan zamanaşımı kaldığı yerden işlemeye başlar.

TBK m.154'e göre de mesafeli sözleşmenin borçlusunu, (duruma göre satıcı veya tüketici) borcu ikrar etmişse, özellikle faiz ödemiş veya kısmen ifada bulunmuşsa ya da rehin vermiş veya kefil göstermişse veya alacaklısı dava veya def'i yoluyla mahkemeye veya hakeme başvurmuşsa, icra takibinde bulunmuşsa ya da iflas masasına başvurmuşsa zamanaşımı süresi kesilir. Zamanaşımının kesen bu sebeplerden birinin her gerçekleşmesinde kesilen zamanaşımı yeni baştan işlemeye başlar.

KAYNAKÇA

- A. KARAKOCALI/ A. KURŞUN, Tüketici Hukuku (6502 Sayılı Kanun ve İlgili Yönetmeliklere Göre), Aristo Yayınevi, İstanbul 2015.
- A. ZEVKLİLER/ H. AYDOĞDU, Tüketicinin Korunması Hukuku, 3. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2004.
- B. ÇETİNER, Yeni Türk Borçlar Kanunu'nda Yarar ve Hasarın İntikali ile Satıcının Ayıptan Sorumluluğuna İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi, Yeni Türk Borçlar Kanunu ve CISG'e Göre Satış Sözleşmeleri, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012.
- Ç. ÖZEL, Mukayeseli Hukuk Işığında Tüketiciyi Koruyan Geri Alma Hakkı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1998.
- F. EREN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 15. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2013.
- G. GÜNGÖR, Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması, Yetkin Yayınları, Ankara 2000.
- İ. KARA, Yeni Kanuna Göre Tüketici Hukuku, Engin Yayınevi, Ankara 2015.
- J. DICKIE, Internet and Electronic Commerce Law in the European Union, Oxford-Portland- Oregon 1999.
- M. AYDOĞDU, Tüketici Hukuku Dersleri, Adalet Yayınevi, Ankara 2015
- M. DEMİR, Mesafeli Sözleşmelerin İnternet Üzerinden Kurulması, Turhan Kitapevi, Ankara 2004.
- M. TOPALOĞLU, Bilişim Hukuku, Karahan Kitapevi, Adana 2005.
- M. TOPALOĞLU, Satış ve Ticari Satış ile Mal ve Hizmet Tedarikine İlişkin Türk Hukukunda Yapılan Değişiklikler, Ticaret Hukukuna Hukukun İlgili Diğer Alanlarıyla Birlikte Bakış Semineri Bildiriler Kitabı, 15-16 Mayıs 2014, Doğu Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Gazimağusa, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti.
- Ö. YENİCE, Türk Borçlar Kanunu ve Viyana Konvansiyonu Hükümlerine Göre Gönderme Satımı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2015.
- Ü. GEZDER, Erzurumlu Şerhi - Mesafeli Sözleşmeler, Beta Basım Yayın, İstanbul 2006.
- Y. ASLAN, 6502 sayılı Kanuna Göre Tüketici Hukuku, 5. Baskı, Ekin Kitapevi Yayınları, Bursa, 2015.

Denetimli Serbestlik*

Die Bewahrung-Probation

*Prof. Dr. Erol CİHAN***

*Arş. Gör. Ezgi CANKURT****

*Arş. Gör. Tulay KİTAPÇIOĞLU*****

Özet

Türk Hukuku bakımından Denetimli Serbestlik Tedbiri; suçtan zarar gören kişileri ve suç isnadı altında bulunan kişilerin topluma kazandırılması sürecinde yardımcı alternatif bir kurumdur. Kanunumuzda bir yaptırım olarak düzenlenmemiştir. İki izlilik ilkesi gereğince, güvenlik tedbirleri ve cezalarla birlikte uygulanabileceği gibi ayrı ayrı da uygulanabilmektedir. Fakat ceza ilişkisini düşüren bir kurum niteliğinde de değerlendirilmemelidir. Denetimli Serbestlik Tedbiri, özünde insan onuruna saygı ilkesini barındırmaktadır. Ceza Hukukunun “ultima ratio” (son çare) karakterini uygulanabilir kılar. Denetimli Serbestlik Tedbiri, kişileri rehabilite etmeyi hedefleyen ve onlara ceza adaletinin tanıdığı ikinci şans sayesinde suçluluk ile mücadele amacı taşıyan yardımcı bir kurumdur. Özünde bir yaptırım değildir. Bu nedenle dayandığı temel ilkeleri farklıdır. Toplumsal barışa, suçlu bireylerin yeniden topluma kazandırılmasına hizmet eder.

Anahtar Kelimeler

Denetimli Serbestlik Tedbiri, Ceza Adaleti, Onarıcı Adalet, İki İzlilik İlkesi, Denetimli Serbestlik Tedbirinin Yardım Edici Karakteri.

Abstract

Probation measures on the Turkish law; is an organization that people suffering from people of crimes and criminal records to support within in the reintegration process. In our law, it is not regulated as a sanction. The two-trier system basically in accordance with the security measures be implemented separately and can be applied with penalties. But the relationship should not be considered criminal in nature reduced authority amnesty. Primarily to the principle of respect for human dignity includes probation measures. “Ultima ratio” character of the Penal Code makes it possible. Probation measure of people who aim is to rehabilitate them and

* Bu çalışma, Yükseköğretim Kurulu Başkanlığı'nın 75850160-199/1549 sayılı ve denetimli serbestlik konulu yazısı hakkında sunulan görüşlerimizi içerir metnin geliştirilmesi suretiyle hazırlanmıştır.

** Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi. E-posta: erol@cihanchan.av.tr

*** Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi. E-posta: ezgicankurt@beykent.edu.tr

**** Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi. E-posta: tulaykitapcioglu@beykent.edu.tr

acquaintance of the criminal justice system an organization with the purpose of helping the fight against crime and the second chance. In essence, it is not a sanction. Therefore, the basic principles are different. The social peace, injured individuals guilty of the crime of the company to gain the understanding of restorative justice and serve within the framework of protection.

Keywords

The Probation Measures, Criminal Justice, Restorative Justice, The Two-Trier System, The Aid Character of the Probation Measures.

GİRİŞ

Denetimli Serbestlik tedbiri ülkeden ülkeye değişmektedir. Çünkü her ülkenin Ceza Hukuku özellikleri farklılık arz etmektedir¹. İnfaz hukukunu da yakından ilgilendiren Denetimli Serbestlik kurumu, yasa yapma tekniği açısından bazı hükümleri maddi ceza hukuku kanunlarında, bazı hükümleri de İnfaz Kanunu'nda yer alacak şekilde düzenlene gelmiştir².

Denetimli serbestlik, kişilerin rehabilite edilmesini, ıslah edilmesini amaçlayan bir Ceza Hukuku kurumudur. Böylelikle toplumdan kopmaması gereken hükümlüler, hem toplum içinde tekrar sosyalleşecek, hem de barınma, meslek edinme veya varsa bir madde bağımlılığından kurtulma için devlet desteği alınacaktır. Tedbirin çok yönlü yararları söz konusudur.

19. yy son kısmına nispeten de 20. yy başlarında uygulanmaya başlayan modern denetimli serbestlik kurumu, suç kariyerlerinin başlangıcında olan kişilere ikinci bir şans verilmek için farklı kültürlerde farklı biçimlerde harmanlanmıştır³.

Denetimli serbestlik üzerine çeşitli düşünceler mevcut olagelmıştır. Toplumda suça alışmış, ahlaki açıdan dejenere olmuş kişiler için olumsuz düşünülse de; suç işlemeye yeni başlamış, küçük ya da kurtarılabilir kişiler açısından denetimli serbestlik doğru bir seçimdir⁴.

¹ Joanna SHAPLAND/Anthony BOTTOMS/Stephan FARRALL/Fergus McNEILL/Camilla PRIEDE/Gwen ROBINSON, *The Quality of Probation Supervision-A Literature Review*, Sheffield, Centre For Criminological Research University Of Sheffield, 2012, s.4 <http://psychocriminologie.free.fr/wp-content/uploads/QualityofProbationSupervision.pdf> (Çevrimiçi) (Erişim Tarihi:31.03.2016).

² Kayıhan İÇEL/Süheyl DONAY, *Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku Genel Kısım 1.Kitap, 5.Baskı*, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2006, s.22.

³ Maurice VANSTONE, *"The Engineer, The Educationalist, And The Feminist Writer: National Champions And The Development Of Probation In Europe"*, European Journal Of Probation University Of Bucharest, Vol.1, No.2, 2009, pp 89-96, s.89, http://www.ejprob.ro/uploads_ro/689/Development_of_probation.pdf (Çevrimiçi)(Erişim Tarihi: 28.01.2016).

⁴ Yazara göre; bugün için Birleşik Krallık'ta, en azından tüm insanlar ceza adalet sisteminden rahatsızdır ve cezaevleri arka sokaklardaki kitle için bir nevi geçit oluşturmaktadır. Zaman içinde denetimli serbestlik konusunda rahatsız olanlar dahi; zihinsel olarak sorunlu evsiz ve hasta kişiler için sosyal refahları düşük olduğu için cezaevi için adaylardır; ve cezaevi kurtarılabilir ruhlar için aşındırıcı ve elverişsiz bir yer olarak kabul edilmiştir. Hughes'un dediği gibi, toplumun bu bireylere yönelik bakım görevi vardır. Açıklamalar için bkz. VANSTONE, s.94.

Kişilerin rehabilite edilmesi, toplum için çok yararlıdır. Modern çağdaş ceza anlayışı suç işleyen bireyleri, toplumdan soyutlama hedefi yerine, çeşitli kriminolojik yaklaşımların sağladığı önlemleri gözetmektedir. Örneğin bireylere sunulan rehberlik hizmeti sayesinde, suç işleyenlerin yeniden suç işlemesinin önüne geçilmesi sağlanabilir, bireylerin topluma yeniden kazandırılması olanağı doğar. Ayrıca bireyleri suça iten sebepler de saptanabilmektedir. Böylece ferdin bir daha suç işlememesi, hem de suç işleyecek olası suçluların suç işlemeyeceği düşünülmektedir.

Eski hükümlü ve mağdurlara verilecek çeşitli öğretim, yol gösterme ve eğitimler sayesinde, ilgililerin meslek edinmeleri sağlanacaktır. Böylece üretken ve topluma yararlı bireylerin yetişmesi sağlanacaktır⁵.

Kriminoloji, ülkemizde de henüz gelişmesini tamamlamamıştır. Böylelikle bireyleri suça yönelten birçok neden, henüz tam olarak bilinmemekte ve buna yönelik olarak araştırmalar da yeterli olmamaktadır. Yapılacak yeni araştırmalar, suç işleyen bireylere yönelik rehberlik hizmetleri sonucunda, bireyleri suça iten birçok sebebi de gün yüzüne çıkartacaktır. Bu sayede denetimli serbestlik kurumu, amacına ulaşacak ve aynı zamanda kriminoloji bilimine de katkı sağlayacaktır.

Denetimli serbestlik tedbiri ile hükümlünün topluma yeniden kazandırılması ve kendisine yüklenen yükümlülüklerin gereklerini yerine getirebilmesine katkı sağlanması amaçlanmaktadır⁶.

Denetimli serbestlik kurumunun en yararlı noktası, suça sürüklenen çocuklar açısından kendini göstermektedir. Barınma imkanı sağlanan çocuklar bir anlamda "tehlikeli sosyal çevrelerinden" uzaklaştırılarak, eğitimlerine, öğretilerine devam edebilme olanağına sahip olmaktadır⁷.

Denetimli serbestlik tedbiri, psiko-sosyal yardım yapılması biçiminde uygulanır. Bireyin olumsuz alışkanlıklarını değiştirebilmesi amacı ile uyum, sorunun çözümü için psikolojik ve sosyal yardım olanağı gibi hususlara da önem verilmesi, bunların dikkate alınması gerekir⁸.

Hükümlülerin ceza infaz kurumlarında kalmaları, özellikle basit suçlar açısından devlete ciddi maddi yük getirmektedir. Böylelikle bu anlamda da devletin bütçesine de yararlı kazanç katkısı sağlayacaktır⁹.

⁵ "Denetimli Serbestliğin Devlete, Toplum ve Kişilere Sağladığı Faydalar" <http://www.bogazliyan.adalet.gov.tr/denser/fayda.htm> (Çevrimiçi) (Erişim Tarihi:28.01.2016).

⁶ İzzet ÖZGENÇ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 8. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013, s.781.

⁷ "Denetimli Serbestliğin Devlete, Toplum ve Kişilere Sağladığı Faydalar" <http://www.bogazliyan.adalet.gov.tr/denser/fayda.htm> (Çevrimiçi) (Erişim Tarihi:28.01.2016).

⁸ Oktay ERDOĞAN, *Infaz Hukuku*, Acar Yayınevi, İstanbul, 2008, s.231.

⁹ "Denetimli Serbestliğin Devlete, Toplum ve Kişilere Sağladığı Faydalar" <http://www.bogazliyan.adalet.gov.tr/denser/fayda.htm> (Çevrimiçi) (Erişim Tarihi:28.01.2016).

Denetimli Serbestlik Kurumu (DSK), öneminden dolayı hukukçulara çeşitli kazanımlar sağlamaktadır. Bu nedenledir ki; hukuk fakültelerinde ders olarak okutulmasının yarar sağlayacağı açıktır.

I. DENETİMLİ SERBESTLİK TEDBİRİNİN TANIMI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

Denetimli serbestlik tedbiri, hal ve gidişatın gözetim ve denetim altında olmasını ifade etmektedir¹⁰. Denetimli serbestlik, belli koşulları sağlayan suçlular hakkında kamu davasının açılmasının, duruşma yapılmasının ya da cezaya hükmedilmesinin koşullu olarak geri bırakılması ve özgür bırakılan sanık hakkında bir denetleme ve yönlendirme sisteminin uygulanmasıdır¹¹.

Denetimli serbestlik tedbiri, bir cezaya mahkum edilmiş olsa bile, tehlikelilik halinin devam etmekte olduğu esasına dayanmaktadır¹².

5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunu¹³ 104. maddesinin üçüncü fıkrasında, “denetimli serbestlik ve yardım merkezleri ile koruma kurullarının kuruluşu, çalışma yöntem ve esasları, ilgili kanununda düzenlenir” denilmiştir.

5402 sayılı Denetimli Serbestlik Hizmetleri Kanunu¹⁴’nda da denetimli serbestlik tedbirinin tanımı yapılmamıştır. Bu Kanunda, Denetimli Serbestlik Hizmetleri Danışma Kurulu, Denetimli Serbestlik Daire Başkanlığı, denetimli serbestlik müdürlükleri ile koruma kurullarınca yapılacak yardım ve infaz işlemleri hakkındaki kurallar ile bu sürece katılan kişilerin görev, yetki, hak ve yükümlülükleri düzenlenmiştir (DSHK m.2).

Denetimli Serbestlik Hizmetleri Yönetmeliği¹⁵ m.4/1-f bendinde denetimli serbestlik tedbirinin tanımı yapılmıştır. Bu hükme göre denetimli serbestlik, “*şüpheli, sanık veya hükümlünün toplum içinde denetim ve takibinin yapıldığı, iyileştirilmesi ve topluma kazandırılması için ihtiyaç duyulan her*

¹⁰ Hamide ZAFER, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 3. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2013, s.610.

¹¹ Nur CENTEL/ Hamide ZAFER /Özlem Yenerer ÇAKMUT, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 6. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2010, s.687.

¹² Zeki HAFIZOĞULLARI/ Muharrem ÖZEN, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 2. Baskı, US-A Yayıncılık, Ankara, 2010, s.510.

¹³ 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun, 29.12.2004 tarih ve 25685 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

¹⁴ 5402 sayılı Denetimli Serbestlik Hizmetleri Kanunu, 20.07.2005 tarih ve 25881 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

5402 sayılı Kanun ile birlikte ülkemizde denetimli serbestlik kurumu kabul edilmiştir.

Kanunun yürürlüğe girmesinden sonra 133 merkezde denetimli serbestlik ve yardım merkezleri hizmete başlamıştır. Bkz: Vehbi Kadri KAMER, “*Ceza Adalet ve İnfaz Sistemi İçinde Denetimli Serbestlik Sisteminin Önemi*”, s.79, http://www.yayin.adalet.gov.tr/adaletdergisi/31.sayii/09_46_32.pdf, (Çevrimiçi) (Erişim Tarihi:28.02.2016).

¹⁵ Denetimli Serbestlik Hizmetleri Yönetmeliği, 05.03.2013 tarih ve 28578 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

türlü hizmet, program ve kaynakların sağlandığı alternatif bir ceza ve infaz sistemi” olarak tanımlanmıştır.

Denetimli serbestlik tedbiri, bağımsız bir yaptırım türü olarak değil, hapis cezasının veya diğer güvenlik tedbirlerinin infazı sürecinde bu yaptırımları tamamlayan çağdaş bir kurum olarak uygulanmaktadır. Denetimli serbestlik tedbiri, tamamlayıcı özelliğe sahiptir¹⁶. Denetimli serbestlik tedbiri, cezanın yerini alan bir tedbir değildir. Kurum kendine özgü bir niteliği haizdir¹⁷. Denetimli serbestlik tedbiri, ceza hukuku ve ceza infaz hukuku içinde her şeyden önce adaleti sağlamaya çalışan yeni bir kurumdur¹⁸.

Denetimli Serbestlik tedbiri; maddi ceza hukuku bakımından bir yaptırım değil, yaptırımların infazına yardımcı bir alternatif kurumdur¹⁹. Kanunlarda düzenlenişi itibarıyla da kanunilik ilkesi uyarınca, ne ceza ne de güvenlik tedbiri olarak kabul edildiğini görmekteyiz. Bu nedenle yardımcı, yararlı bir kurum olduğunu kabul etmenin mesnetsiz olmayacağı kanaatindeyiz.

Denetimli serbestlik tedbirine Türk Hukukunda yalnızca mahkeme tarafından hükmedilmektedir²⁰.

II. DENETİMLİ SERBESTLİK KURUMUNUN TARİHİ GELİŞİMİ

1. Genel Olarak

Ortaçağda İngiltere’de sığınma hakkı kapsamınca suçlular kiliselerde barınabiliyorlardı. Zaman içerisinde din görevlilerinin denetimde yer alması ile denetimli serbestliğin günümüzdeki haline benzer bir kurum doğmuştur. 13. yy’a dek izleri sürülebilmiş olan bu kurumun ilk olarak Anglo-Sakson temelli hukuk sisteminde yer aldığını görmekteyiz. Fakat uygulamadaki eşitsiz tutum sebebiyle zamanla göz ardı edilmiştir. İlk kez 1841 yılında İngiltere’de bir hakim tarafından hükmü ertelenmiş birkaç yıl sonra da başka bir davada genç suçluluğu bakımından hükmün ertelenmesi ile bir kamu görevlisi denetim için atanmıştır. Bunlar denetimli serbestliğin günümüzdeki uygulamasına çok

¹⁶ ZAFER, s.610; Mahmut KOCA/İlhan ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015, s. 630, 631; ÖZGENÇ, 8. Bası, s.781; Mehmet Emin ARTUK/Ahmet GÖKÇEN/A. Caner YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 8. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s.900.

¹⁷ CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s.691.

¹⁸ Faruk TURHAN/Abdurrahim ALTIKAT, “Yeni Bir Ceza İnfaz Usulü Olarak Denetimli Serbestlik ve Bu Usulden Yararlanma Şartları”, S.D.Ü Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:2, Sayı:2, Yıl:2012, s.8 <http://hukuk.sdu.edu.tr/assets/uploads/sites/65/files/sdu-hukuk-dergisi-cilt-ii-sayi-2-yil-2012-vol-ii-no-2-year-2012-05112013.pdf> (Çevrimiçi) (Erişim Tarihi:28.02.2016).

¹⁹ İzzet ÖZGENÇ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 6.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2011, s.742.

²⁰ KOCA/ÜZÜLMEZ, s.631; ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, s.900; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN s.512; ÖZGENÇ, s.781.

benzemektedir. Fakat denetimli serbestlik teşkilatının oluşturulması 1925 sayılı Kanun değişikliği ile gerçekleşmiştir²¹. 2005 yılında ise merkezi bir teşkilat ile denetimli serbestlik tedbiri uygulanmaktadır.

Amerika'da ise, 1830'larda kefalet benzeri bir sistem görülmüştür. Fakat cezanın bireyselleşmesine yarayan bu tedbirler modern anlamda denetimli serbestlik tedbirine birebir uymamaktadır. 1841 yılında John Augustus adlı bir kişinin, serbest bırakılması için mahkemeyi ikna ettiği bir mahkumun ıslahı için bireysel olarak yaptığı çalışmalar sonucunda mahkumun ıslah olduğunun görülmesiyle uygulanmaya başlanmıştır. Yasalaşması ise 1878 yılında olmuştur²².

Kıta Avrupası Hukuk Sistemindeki uygulamaları ise ilk kez Hollanda'da 1823'te verilen denetimli serbestlik kararında görülmektedir. Sonra da birçok ülkede uygulanmaya başlanmıştır. Eski anlayış olan suç yerine suçluyu temel alan çalışmalar kendini göstermiştir²³.

2. Osmanlı Dönemi

Osmanlı İmparatorluğu Döneminde de; idarenin kontrol altında tuttuğu, belirli yerlere gidilip gidilmeyeceğine dair yasaklamalar içeren fakat idareye bağlı denetim görevlisinin bulunmadığı günümüz denetimli serbestlik benzeri uygulamalar görülmektedir. İlk olarak uzun yıllar uygulanmış "Şahsa Kefalet" adı altında, 5271 sayılı CMK'da yer alan güvence verilerek serbest bırakma tedbiri arasında benzerlikler bulunan bir kurum göze çarpmaktadır. Kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılmasına alternatif bir kurum olmakla birlikte kefil olan kişinin, suç isnadı altındaki kişiyi teslim edeceğine dair söz vermesinden ibaret bir kurumdur. Kefil olan kişinin bunu yerine getirmemesi durumunda kendisi de hapsolünabilmekteydi²⁴. Tanzimat dönemine gelindiğinde ise; 1256, 1267 ve 1274 tarihli Ceza Kanunnamelerinde nefy cezası, zaptiye nezareti altında bulundurulmak cezası ve kalebentlik cezası bulunduğu görülmektedir. Yine bunlar da günümüz denetimli serbestlik tedbirine benzetmekle birlikte, idareye bağlı bir denetim görevlisinin bulunmaması sebebiyle farklılık arz etmektedir²⁵.

²¹ Necati NURSAL/Selcen ATAÇ, Denetimli Serbestlik ve Yardım Sistemi (Probation), 1.Baskı, Ankara, Yetkin Yayıncılık, 2006, s.35-36, s.39-40.

²² NURSAL/ATAÇ, s.40.

²³ NURSAL/ATAÇ, s.39-42.

²⁴ "Şahsa kefalet, "belli bir adamın şahsını teslim kefilim" (Mecelle m. 613) şeklinde bir ifadenin kullanılmasıyla yapılabileceği gibi, bir kimsenin onsuz düşünülemediği bir parçasını veya organını irade beyanında zikretmekle ("...isimli şahsı ihzarı taahhüt ediyorum, falanın yarısını, başını, yüzünü, kalbini, nefsinin... ihzara kefilim..." demek gibi) de meydana gelebilir." Detaylı açıklamalar için bkz. YAVUZ, Hakan A., "Denetimli Serbestliğin Türk Ceza Adalet Sistemindeki Tarihsel Gelişim Süreci", TBB Dergisi, 100, 2012, s.318 http://portal.ubap.org.tr/App_Themes/Dergi/2012-100-1190.pdf (Çevrimiçi) (Erişim Tarihi: 01.03.2016).

²⁵ YAVUZ, "Denetimli Serbestliğin Türk Ceza Adalet Sistemindeki Tarihsel Gelişim Süreci", s.319.

Nefy Cezası belirli yerde bulunup başka yere ayrılmadan, orada özgürce çalışabilme esasına dayalı iken, zaptiye nezaretinde bulundurulmak yaptırımında ise kişilerin ikamet edecekleri yerlere yönelik olarak idarenin düzenleme yaptığı ve ikamet ettiği yerde de beyanatta bulunmasını sağlanmaktaydı. Kalebentlik Cezası ise, idare tarafından belirlenen bir kalede belirli süreli bulunma zorunluluğunu gerektiriyordu²⁶.

3. Cumhuriyet Dönemi

765 sayılı TCK'da güvenlik tedbiri adı altında yer almasa da, denetimli serbestlik tedbiri benzeri kurumlar bulunmaktaydı. 1965 yılında ise İnfaz Kanunu 4. maddesinde ise "tedbir" kavramından bahsedilmekle birlikte "iki izlilik" prensibi de Ceza Hukukumuzda girmiştir²⁷.

1979 tarih ve 2253 sayılı Kanun'un 10. maddesinde "*küçüklerle uygulanacak tedbirler*" başlığı altında düzenlenen tedbirler de, idarenin denetim mekanizmalarının kurulmaması sebebiyle aksaklığa uğramış ve beklenen etkiyi yaratamamıştır. Ancak düzenlemelerin günümüz denetimli serbestlik tedbirlerine paralellik arz ettiğini görmekteyiz²⁸.

2005 yılında gerçekleştirilen Ceza Reformları sonucunda 5237 sayılı TCK, 5271 sayılı Ceza CMK ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun (CGİK), 5402 sayılı Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri ile Koruma Kurulları Kanunu, Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri ile Koruma Kurulları Yönetmeliği mülga 2005 ve 2007 mevzuatımız bakımından zemini sağlam bir denetimli serbestlik tedbiri öngörmüştür.

III. MUKAYESELİ HUKUKTA DENETİMLİ SERBESTLİK

Denetimli serbestlik kavramını, "deneme yardımı" olarak tanımlayan yazarlar da bulunmaktadır. İlk kez ABD'de 1878'de yasal düzenleme yapılmıştır. İngiltere'de de 1887 ve 1897 yıllarında yasalaşmıştır²⁹.

²⁶ "Nefy cezası ile mahkum edilenler gönderildikleri yerden başka bir yere gidemezler, ancak şahsi hürriyetlerine hiçbir kısıtlama getirilemezdi. İstedikleri işte çalışabilir, aileleriyle birlikte orada yaşayan herkes gibi özgür bir biçimde yaşayabilirlerdi. Ancak söz konusu yerden ayrıldıklarında hapisle cezalandırılırlardı." Bkz. YAVUZ, "Denetimli Serbestliğin Türk Ceza Adalet Sistemindeki Tarihsel Gelişim Süreci", s.320-321.

²⁷ YAVUZ, "Denetimli Serbestliğin Türk Ceza Adalet Sistemindeki Tarihsel Gelişim Süreci", s.323, dip not 14. Aynı yazara göre İnfaz Kanunu 4.maddedeki yaptırımlar esasında kısa süreli hapis cezasına seçenек yaptırımlar olup, gerçek anlamda günümüz denetimli serbestlik tedbirinden farklıdır. Bkz: YAVUZ, "Denetimli Serbestliğin Türk Ceza Adalet Sistemindeki Tarihsel Gelişim Süreci", s.330.

²⁸ YAVUZ, "Denetimli Serbestliğin Türk Ceza Adalet Sistemindeki Tarihsel Gelişim Süreci", s.331.

²⁹ Mustafa Ruhan ERDEM, "Kısa Süreli Özgürlüğü Bağlayıcı Cezaların İnfazı ve Yeni Seçenekler İnfaz Hukukunun Sorunları", İnfaz Hukukunun Sorunları Sempozyumu (24-25.11.2000), Ankara, Başkent Üniversitesi Yayını, 2000, s.203.

ABD’de birçok suçlu önemsiz suçlar işlemekte ve bunların sabıkaları da hapsedmeyi gerektirmediğinden, denetimli serbestlik adı altında kişilere rehberlik edilmesi hapsedmeye oranla daha az maliyetli olduğundan, yeniden suç işleme eğilimleri oranları hapis cezası alan kişilerde daha yüksek olduğundan ve son olarak da hem toplum, hem de suçlular bakımından hapis cezasının yıkıcı etkilerinin fazlalığı gibi sebeplerle kamu ıslahı (community correction) tercih edilmektedir³⁰.

Alman Ceza Kanununun 56 a maddesinde de denetimli serbestlik tedbiri düzenlenmiştir. Erteleme kararı ile birlikte verilen denetim süresinin hakim tarafından 2 yıldan az 3 yıldan fazla olmayacak şekilde belirlenmesi gerektiği düzenlenmiştir³¹. Ayrıca Çocuk Mahkemesi Kanunu’nun 22. Maddesinde de denetim süresinin hakim tarafından 2 yıldan az 3 yıldan fazla olmayacak şekilde belirlenmesi gerektiği düzenlenmiştir³².

IV. DENETİMLİ SERBESTLİK TEDBİRİ HAKKINDA YASAL DÜZENLEMELER

Görev ve faaliyetleri farklı olsa da özünde Denetimli Serbestlik tedbirleri mukayeseli hukuk nazara alındığında da önemli ölçüde farklılık arz etmez. Daha yakından incelendiğinde görülmektedir ki; spesifik ve detaylı stratejik öznelerin faaliyetlerinin ele aldığı öncelikleri değerlendirilerek; tedbirler arasındaki farklılıklar gözlemlenebilir³³.

5402 sayılı Denetimli Serbestlik Hizmetleri Kanunu³⁴’nda, denetimli serbestlik ve koruma kurullarının kuruluş, görev ve çalışma esas ve usulleri düzenlenmiştir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu³⁵’nda denetimli serbestlik tedbirine doğrudan yer verilmemiş ve uygulanma koşulları hakkında düzenleme yapılmamış, ancak Kanunun çeşitli hükümlerinde hangi kurumu tamamlamak üzere bu tedbire başvurulacaksa o hükümde ve o kuruma ilişkin olarak denetimli serbestlik tedbirinin uygulanma koşuluna ve şekline yer verilmiştir³⁶.

³⁰ George F.COLE/Christopher E. SMITH, *Criminal Justice In America*, 1st Edition, Belmont-California, Wadsworth Publishing Co., 1996, s.278.

³¹ Feridun YENİSEY/ Gottfried PLAGEMANN, *Alman Ceza Kanunu- Strafgesetzbuch (StGB)*, 1. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, 2009, s.46-47

³² Rudolf BRÜNNER/Dieter DÖLLIG, *Jugendgerichtsgesetz Kommentar*, 12. Auflage, Berlin-Boston, Walter de Gruyter, 2011,s.171.

³³ Van Kalmthout ve Durnescu’dan aktaran SHAPLAND/BOTTOMS/FARRALL/McNEILL /PRIEDE/ROBINSON, s.2.

³⁴ 5402 sayılı Denetimli Serbestlik Hizmetleri Kanunu, 20.07.2005 tarih ve 25881 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

³⁵ 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, 12.10.2004 tarih ve 25611 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

³⁶ ZAFER, s.610.

TCK, CMK'da ve diğer özel yasalarda yer alan hükümler ve tedbirin uygulanış şekillerinden bir kısmı şöyledir:

1. Hapis cezasının ertelenmesi, TCK m.51'de düzenlenmiştir. Hapis cezası ertelenen hükümlü hakkında, bir yıldan az, üç yıldan fazla olmamak üzere bir denetim süresi belirlenir. Bu sürenin alt sınırı, mahkûm olunan ceza süresinden az olamaz (TCK m.51/3)³⁷.

Denetim süresi içinde, bir meslek veya sanat sahibi olmayan hükümlünün, bu amaçla bir eğitim programına devam etmesine, bir meslek veya sanat sahibi hükümlünün, bir kamu kurumunda veya özel olarak aynı meslek veya sanatı icra eden bir başkasının gözetimi altında ücret karşılığında çalıştırılmasına, onsekiz yaşından küçük olan hükümlülerin, bir meslek veya sanat edinmelerini sağlamak amacıyla, gerektiğinde barınma imkanı da bulunan bir eğitim kurumuna devam etmesine, mahkemece karar verilebilir (TCK m.51/4).

Yasa maddesinde “karar verilebilir” denildiğinden cezası ertelenen hükümlünün yükümlülüklerle tabi tutulması da mümkündür. Denetim süresinde hükümlü yükümlülüğe tabi tutulursa bu yükümlülüklerle uyulup uyulmadığı denetim görevlisi tarafından kontrol edilir³⁸.

Mahkeme, denetim süresi içinde hükümlüye rehberlik edecek bir uzman kişiyi görevlendirebilir. Bu kişi, kötü alışkanlıklardan kurtulmasını ve sorumluluk bilinciyle iyi bir hayat sürmesini temin hususunda hükümlüye öğütte bulunur; eğitim gördüğü kurum yetkilileri veya nezdinde çalıştığı kişilerle görüşerek, istişarelerde bulunur; hükümlünün davranışları, sosyal uyumu ve sorumluluk bilincindeki gelişme hakkında üçer aylık sürelerle rapor düzenleyerek hakime verir (TCK m.51/5).

2. Mükerrerler hakkında cezanın infazından sonra denetimli serbestlik tedbiri uygulanır.

Yasa maddesinde “uygulanır” ifadesi kullanıldığı için mükerrerler hakkında denetimli serbestlik tedbirinin uygulanması zorunludur³⁹.

Önceden işlenen suçtan dolayı verilen hüküm kesinleştikten sonra yeni bir suçun işlenmesi halinde tekerrür hükümleri uygulanır⁴⁰.

Suçta tekerrür, TCK m.58'de düzenlenmiştir. Bu hükme göre, önceden işlenen suçtan dolayı verilen hüküm kesinleştikten sonra yeni bir suçun işlen-

³⁷ 765 sayılı Türk Ceza Kanunu ile 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanun döneminde cürümlerde beş, kabahatlerde bir yıl olarak sabit süre uygulanmakta idi. Bkz: CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s.689.

³⁸ CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s.689.

³⁹ CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s.689.

⁴⁰ HAFIZOĞULLERİ/ ÖZEN, s.510.

mesi halinde, tekerrür hükümleri uygulanır. Bunun için cezanın infaz edilmiş olması gerekmez (TCK m.58/1).

Mükerrerlere özgü infaz rejiminin ve cezanın infazından sonra denetimli serbestlik tedbirinin, ihtiyati suçlu, suçlu meslek edinen kişi veya örgüt mensubu suçlu hakkında da uygulanmasına hükmedilir (TCK m.58/9).

İhtiyati suçlu ve suçlu meslek edinen kişi bakımından tekerrür hükümlerinin geçerli olmasının sebebi tekerrür için öngörülen sürede birden çok defa suç işlemelerinin mümkün olmasıdır. Ancak örgüt mensubu suçluya bu sıfatın verilebilmesi için birden çok defa suç işlemesine gerek yoktur. Örgüt mensubu suçlu hakkında denetimli serbestlik tedbiri uygulanmasına mahkemece hükmedilmesi gerekir⁴¹.

Kanunun 58. maddesinin 8. fıkrasında, mükerrirlerin mahkûm olduğu cezanın infazı ile denetimli serbestlik tedbirinin uygulanmasının kanunda gösterilen şekilde yapılması öngörülmüş olmakla birlikte, denetimli serbestlik tedbirinin uygulanma şekline 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunun 108. maddesinin 4, 5 ve 6. fıkralarında yer verilmiştir⁴². Bu hükümler çalışmanın 5. maddesinde yer almaktadır.

Yargıtay, denetimli serbestlik tedbirinin uygulanmasına karar verilirken süresinin belirtilmemesini⁴³, denetimli serbestlik tedbirinin uygulanacağının belirtilmemesini⁴⁴ yasaya aykırı bulmaktadır.

3. Kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın alan, kabul eden veya bulunduran ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan kişi hakkında uygulanacak yaptırım ve güvenlik tedbiri TCK m.191'de düzenlenmiştir.

Erteleme süresi zarfında şüpheli hakkında asgari bir yıl süreyle denetimli serbestlik tedbiri uygulanır. Bu süre Cumhuriyet savcısının kararı ile üçer aylık sürelerle en fazla bir yıl daha uzatılabilir. Hakkında denetimli serbestlik tedbiri verilen kişi, gerekli görölmesi hâlinde denetimli serbestlik süresi içinde tedaviye tabi tutulabilir (TCK m.191/3).

Kişinin, erteleme süresi zarfında; kendisine yüklenen yükümlölüklere veya uygulanan tedavinin gereklerine uygun davranmamakta ısrar etmesi, tekrar kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın alması, kabul etmesi veya bulundurması, uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanması, hâlinde, hakkında kamu davası ağılır (TCK m.191/4).

⁴¹ HAFIZOĞULLERİ/ ÖZEN, s.512.

⁴² HAFIZOĞULLERİ/ ÖZEN, s.511.

⁴³ Yargıtay 8. Ceza Dairesi, 02.11.2006 tarih ve 7191/7914 K. sayılı karar (Timur DEMİRBAŐ, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Baskı, Ankara, 2007, s.586.

⁴⁴ Yargıtay 10. Ceza Dairesi, 17.07.2006 tarih ve 9631 K. sayılı karar (Hakan HAKERİ, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008, s.406).

4. Hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararı, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu⁴⁵'nin 231. maddesinde düzenlenmiştir.

Hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilmesi halinde sanık, beş yıl süreyle denetim süresine tâbi tutulur. Denetim süresi içinde, kişi hakkında kasıtlı bir suç nedeniyle bir daha hükümün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilemez. Bu süre içinde bir yıldan fazla olmamak üzere mahkemenin belirleyeceği süreyle, sanığın denetimli serbestlik tedbiri olarak; a) Bir meslek veya sanat sahibi olmaması halinde, meslek veya sanat sahibi olmasını sağlamak amacıyla bir eğitim programına devam etmesine, b) Bir meslek veya sanat sahibi olması halinde, bir kamu kurumunda veya özel olarak aynı meslek veya sanatı icra eden bir başkasının gözetimi altında ücret karşılığında çalıştırılmasına, c) Belli yerlere gitmekten yasaklanmasına, belli yerlere devam etmek hususunda yükümlü kılınmasına ya da takdir edilecek başka yükümlülüğü yerine getirmesine, karar verilebilir. Denetim süresi içinde dava zamanaşımını durur (CMK m.231/8).

5. Denetimli serbestlik tedbiri, infaz tamamlandıktan sonra da uygulanabilmektedir.

5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunun⁴⁶ 108. maddesinin 5. fıkrasına göre, tekerrür dolayısıyla belirlenen denetim süresinde, koşullu salıverilmeye ilişkin hükümler uygulanır.

Hâkim, mükerrer hakkında denetim süresinin uzatılmasına karar verebilir. Denetim süresi en fazla beş yıla kadar uzatılabilir (CGTİHK m.108/6).

Cezanın infazı tamamlandıktan sonra devam eden denetim süresi içinde, bu madde hükümlerine göre kendilerine yüklenen yükümlülüklerle ve yasaklara aykırı hareket eden mükerrerler, infaz hâkimi kararı ile disiplin hapsine tabi tutulur. Disiplin hapsinin süresi on beş günden az ve üç aydan fazla olmaz (CGTİHK m.108/7).

Hapis cezasının infazının tamamlanmasından sonra uygulanacak olan denetimli serbestlik tedbirine koşullu salıverilmeye karar veren mahkeme tarafından karar verilmesi gereklidir⁴⁷.

6. Çocuklar hakkında da denetimli serbestlik tedbiri uygulanabilmektedir.

Koruyucu ve destekleyici tedbirlere karar verilen hallerde çocuk hakkında denetim de uygulanabilir (ÇKK m.7/4)⁴⁸.

⁴⁵ 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu, 17.12.2004 tarih ve 25673 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

⁴⁶ 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun, 29.12.2004 tarih ve 25685 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

⁴⁷ ÖZGENÇ, 8. Bası, s.783.

⁴⁸ 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu, 15.07.2005 tarih ve 25876 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

Çocuk hakkında kamu davasının açılmasının ertelenmesi karar verilebilir (ÇKK m.19). Kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararını onaylayan hakim, denetim altına alınmasına da karar verebilir (ÇKK m.36).

Çocuk hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilir (ÇKK m.23). Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verildiği hallerde çocuğun denetim altına alınmasına da karar verilebilir (ÇKK m.36).

7. Koşullu salıverilme halinde de, denetimli serbestlik tedbiri uygulanmaktadır.

Koşullu salıverilen hükümlü hakkında denetim süresinde denetimli serbestlik tedbiri uygulanır.

Hâkim, koşullu salıverilen hükümlünün kişiliğini ve topluma uyumdaki başarısını göz önünde bulundurarak; denetim süresinin, denetimli serbestlik tedbiri uygulanmadan veya herhangi bir yükümlülük belirlemeden geçirilmesine karar verebileceği gibi, denetimli serbestlik tedbiri uygulanmasını veya belirlenen yükümlülükleri denetim süresi içinde kaldırabilir (CGTİHK m.107/10).

Görüldüğü gibi denetimli serbestlik tedbiri, hapis cezasının ertelenmesi halinde, mükerirler hakkında cezanın infazından sonra, kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın alan, kabul eden veya bulandıran ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan kişi hakkında cezaya hükmedilmeden evvel, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı ile birlikte ve hapis cezasının infazı sürecinde koşullu salıverilmeden yararlanılması halinde uygulanabilmektedir.

V. DENETİMLİ SERBESTLİK KURUMU BAKIMINDAN TEMEL İLKELER

5402 Sayılı Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri ile Koruma Kurulları Kanunu'na göre 4. maddede⁴⁹ Denetimli Serbestlik Kurumu bakımından geçerli ilkeler; a) insan onuruna saygı ve dürüstlük b) gizlilik c) tarafsızlık olarak belirtilmiştir.

1960-2000 arasındaki yıllarda, tedbir görenlerin algıları ve Denetimli Serbestliğin kalitesi hakkındaki resmi fikirler çok farklılık arz etmemek-

⁴⁹ 5275 sayılı kanun Madde 4 - (1) Denetimli serbestlik ve yardım ile koruma hizmetlerinde aşağıdaki ilkeler dikkate alınır:

a) İnsan onuruna saygı ve dürüstlük: Bu Kanunun uygulanmasında görev alanlar; insan haklarına saygı, dürüstlük ve kararlılık çerçevesinde hareket eder; görevlerini yerine getirirken aşağılayıcı, onur kırıcı veya küçük düşürücü davranışlarda bulunamaz. b) Gizlilik: Bu Kanunun uygulanmasında görev alanlar; suçtan zarar gören, şüpheli veya sanık, hükümlü ya da bunların ailesi hakkında öğrenmiş olduğu bilgilerin gizliliğini korumak zorundadır. Bu bilgiler kanunun zorunlu kıldığı hâller dışında hiçbir kurum ve kişiye verilemez. c) Tarafsızlık: Bu Kanunun uygulanmasında görev alanlar; görevleri ile ilgili belgeleri inceleyebilir; ancak buradan elde ettiği bilgilerle ilgili olarak soruşturmanın gizliliği ilkesine uymak, tarafsızlığına gölge düşürecek davranış ve ilişkilere kaçınmak ve davanın taraflarına eşit uzaklıkta olmak zorundadır.

le birlikte artık eskimiş olabilir.⁵⁰ Shapland ve Bottoms (2010) çalışmasında çok az sayıda kişinin Denetimli Serbestlik/Cezaevi personelinin kendilerini suç işlemekten alıkoyacağını düşündüğünü belirtmiştir. Aynı konuda Yeni Zelanda'da 1993'te yapılan bir çalışmada da benzer bir görüş ortaya konulmuştur⁵¹. Bunun sebebi Denetimli Serbestlik personelinin tedbire hükmedilenlere görüşmelerde çok az zaman harcaması (%90 gibi bir oranda ortalama 5-30 dakika arası görüşme kaydettikleri) ve bu görüşmelerde çok zayıf içeriklerin ele alınmasıdır⁵².

VI. SOSYAL ARAŞTIRMA RAPORU

1. Genel Olarak

Denetimli Serbestlik Hizmetleri Yönetmeliğinin 38. maddesinin 1. fıkrasına göre sosyal araştırma raporu; *"şüpheli veya sanığın geçmişi, ailesi, çevresi, eğitimi, kişisel, sosyal, ekonomik, ruhsal ve psikolojik durumu ile çevresinin sistemli bir bakış açısıyla değerlendirildiği, topluma ve mağdura karşı taşıdığı risk ile ihtiyaçlarının belirlendiği ve bu ihtiyaçlara yönelik hizmet, program ve kaynaklarla ilgili önerileri içeren hüküm öncesi rapordur."* Söz konusu rapor aynı maddenin 2. fıkrası uyarınca *".. soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısının talep etmesi veya kovuşturma evresinde hâkim ya da mahkemenin isteği üzerine denetimli serbestlik uzmanı tarafından hazırlanır."* Kanaatimizce sosyal araştırma raporu bakımından bu düzenleme denetimli serbestlik tedbiri ilkeleri arasında yer almasa da, Anayasal dayanağı olan eşitlik ilkesine aykırıdır. Söz konusu rapor bakımından, talep halinde değil, her dosya bakımından hazırlanması gerekmektedir.

2. Ceza Muhakemesinin Başlamasından Önce Düzenlenen Raporlar

Norveç'te ceza muhakemesinin başlamasından önce sosyal araştırma raporu düzenlendiğini görmekteyiz. Soruşturma aşamasında düzenlenen bu rapor sonucunda kişilerin suça yöneldiği çevrelerinden başka çevreler ile bağı kurularak; kişilerin sorunlarını çözebilmek için çeşitli kuruluşlara yöneltildiği görülmektedir. İngiltere'de ise kefaleti karşılayıp karşılayamayacağına dair kişilere yönelik raporlar düzenlenmektedir⁵³.

3. Hükümden Önceki Raporlar

Hakimler tarafından bağlayıcılığı olmayan fakat yine de sanık hakkında bilgiler veren ve cezanın bireyselleştirme amacına hizmet eden bu raporlar

⁵⁰ SHAPLAND/BOTTOMS/FARRALL/McNEILL/PRIEDE/ROBINSON, s.12.

⁵¹ SHAPLAND/BOTTOMS/FARRALL/McNEILL /PRIEDE/ROBINSON, s.14.

⁵² SHAPLAND/BOTTOMS/FARRALL/McNEILL /PRIEDE/ROBINSON, s.14.

⁵³ NURSAL/ATAÇ, s.69.

şablon şeklinde olmamalı her somut olayda değişebilmeli ve özellikle kişilere yönelik olası ek tedbirleri de içerebilmelidir⁵⁴.

4. Hükümden Sonraki Raporlar

Karar kesinleştikten sonra infaz sürecine yardımcı olacak şekilde hazırlanan raporlardır. Özellikle Kanada ve ABD’de hükümlünün sosyal kişiliğini değerlendirmek amacıyla hazırlanırlar⁵⁵.

5. Salıverilme Öncesi Raporlar

Hükümlünün şartlı tahliye gibi infazın devam ettiği süredeki sosyalliğini tespit için hazırlanmaktadır⁵⁶.

6. Salıverilme Sonrası Raporlar

Kişilerin infaz kurumundan salıverildikten sonraki yükümlülüklerine uyup uymadığı ve toplumdaki sosyal durumu, özgürlüğün yansımaları gibi karşılaştığı sorunları da içine alan bir rapordur⁵⁷.

VII. DENETİMLİ SERBESTLİK KURUMU BAKIMINDAN SUÇTAN ZARAR GÖRENLERE YARDIM⁵⁸

Mağdurun ceza muhakemesindeki hakları CMK 233 vd. maddelerinde düzenlenmiş olup, ayrıca Denetimli Serbestlik Hizmetleri Yönetmeliği⁵⁹ 19. maddesinde de detaylı olarak mağdurlara yönelik olarak yapılacak hizmetleri yerine getirmesi için “mağdur destek hizmetleri bürosu” kurulmuştur. Onarıcı adalet anlayışının ülkemizde gelişmesi için önemli bir adımdır.

Kısa süreli hapis cezası, erteleme ve koşullu salıverilme kurumlarında mağdurun zararının aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin ile tamamen giderilmesi tedbirine hükmedilebilir. TCK m. 50/1- b’de yer alan bu tedbir ile mağdurun zararının sanık tarafından karşılanmasına olanak tanınmaktadır⁶⁰. Bu düzenlemeler onarıcı adaletin bir yansımasıdır.

Denetimli Serbestlik Hizmetleri Yönetmeliği madde 19/3’e göre;

⁵⁴ NURSAL/ATAÇ, s.71.

⁵⁵ NURSAL/ATAÇ, s.73-74.

⁵⁶ NURSAL/ATAÇ, s.75.

⁵⁷ NURSAL/ATAÇ, s.75.

⁵⁸ https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/HB_Restorative_Justice_Turkish.pdf (Çevrimiçi) (Erişim Tarihi:01.03.2016).

⁵⁹ RG 05.03.2013 tarihli 28578 sayılı yönetmelik

⁶⁰ Nur CENTEL/Hamide ZAFER, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 11.Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, s.849-850.

Mağdur destek hizmetleri bürosunun görevleri şunlardır:

- a) Mağdurların taleplerini kabul etmek ve incelemek.
- b) Yardım alabileceği kişi ve kuruluşlar hakkında bilgi vermek.
- c) Mağdurun talep etmesi halinde;
 - 1) Yargılama süreci hakkında bilgilendirmek,
 - 2) Psiko-sosyal destek programlarını uygulamak.

VIII. ÖZELLİK ARZ EDEN KİŞİLERE YÖNELİK DENETİMLİ SERBESTLİK TEDBİRİ

Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 30. maddesinin 3. fıkrasının b bendinde “*Uygun bulunduğu ve istenilir olduğu takdirde, insan hakları ve yasal güvencelere tam saygı gösterilmesi koşulu ile bu tür çocuklar için adli kovuşturma olmaksızın önlemlerin alınması.*” Hususuna vurgu yaparak aynı maddede “*Taraf Devletler, hakkında ceza yasasını ihlâl ettiği iddiası ileri sürülen, bununla itham edilen ya da ihlâl ettiği kabul olunan çocuk bakımından, yalnızca ona uygulanabilir yasaların, usullerin, onunla ilgili makam ve kuruluşların oluşturulmasını teşvik edecek ve özellikle şu konularda çaba göstereceklerdir:*” şeklinde taraf devletlere önemli bir ödev yüklemektedir. Yönetmeliğin “Temel İlkeler” başlıklı 5. maddesinde aynı ilkeler sayılmakla birlikte, 6. maddesinde Çocuk Hakları Sözleşmesine paralel olarak “çocuğun yüksek yararı ilkesi” de eklenmiştir⁶¹. Çocuk Koruma Kanunu 4. maddesinde yer alan ilkelerden biri de “*Çocukların hakkında özgürlüğü kısıtlayıcı tedbirler ile hapis cezasına en son çare olarak başvurulması ilkesi*”dir⁶².

Çocukların suça sürüklenmesinin önlenmesi için, çocukları buna iten sebeplerin de iyi araştırılması gerekmektedir. Denetimli serbestlik sisteminin iyi işlemesi durumunda –isimler deklare edilmeden- istatistiksel çalışmalarla en azından bir daha benzer sebeplerle çocukların suça sürüklenmesinin de

⁶¹ **MADDE 5 – (1)** Denetimli serbestlik hizmetlerinde aşağıdaki ilkeler dikkate alınır:

a) İnsan onuruna saygı ve dürüstlük: Bu Yönetmeliğin uygulanmasında görev alanlar; insan haklarına saygı, dürüstlük ve kararlılık çerçevesinde hareket eder; görevlerini yerine getirirken aşağılayıcı, onur kırıcı veya küçük düşürücü davranışlarda bulunamaz.

b) Gizlilik: Bu Yönetmeliğin uygulanmasında görev alanlar; mağdur, şüpheli, sanık, hükümlü ya da bunların ailesi hakkında öğrenmiş olduğu bilgilerin veya düzenlediği raporların gizliliğini korumak zorundadır. Bu bilgiler Kanunun veya bu Yönetmeliğin zorunlu kıldığı haller dışında hiçbir kurum ve kişiye verilemez.

c) Tarafsızlık: Bu Yönetmeliğin uygulanmasında görev alanlar; görevleri ile ilgili belgeleri inceleyebilir; ancak buradan elde ettiği bilgilerle ilgili olarak soruşturmanın gizliliği ilkesine uymak, tarafsızlığına gölge düşürecek davranış ve ilişkilerden kaçınmak ve davanın taraflarına eşit uzaklıkta olmak zorundadır.

MADDE 6 – (1) Bu Yönetmeliğin uygulanmasında, yetişkin ve çocuklar hakkında yürütülecek işlemler ayrı ayrı yapılır ve çocukların yüksek yararının korunmasına özen gösterilir.

⁶² Mustafa ARTUÇ/Cemil GEDİKLİ, *TCK-CMK-CGİK-ÇKK ile Getirilen Yenilikler*, 1.Baskı, Kartal Yayınevi, Ankara, 2007, s.604.

önüne geçilebilir. Çocukların istismara uğradıkları aileleri ile kalmak yerine barınma imkanı verilmesi ile birlikte, çocukların suça sürüklenebileceği ortamlardan da uzak tutulması sağlanabilir.

Örneğin; Loeber ve Stouthamer-Loeber'in araştırmasında aile faktörünün suça etkisi araştırılmış ve zayıf ebeveyn gözetiminin suça etkisinin önemli olduğu saptanmıştır. McCord'un bir araştırmasında özellikle şiddet ve malvarlığına karşı suç işleyenlerde zayıf ebeveyn gözetimi geçmişine sahip oldukları gözlemlenmiştir. Maxfield ve Widom'un 1996 yılında Indianapolis'te istismara uğramış 900 çocuk arasında yaptığı bir araştırmada ise 11 yaşına dek fiziksel istismara uğrayan çocukların takip eden 15 yıllık süre zarfında şiddet suçlusu oldukları gözlemlenmiştir⁶³.

BM "Engellilerin Haklarına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi"⁶⁴ 13. Maddesinde "1. Taraf Devletler, engellilerin diğerleriyle eşit bir şekilde adalete etkili erişimini sağlamalıdır. Bunun için usuli ve yaşa uygun uyumlaştırmalar yapılmalı ve soruşturma ve diğer hazırlık aşamaları dahil tüm hukuki işlemlerde tanıklık etmeleri dahil doğrudan ve dolaylı olarak katılımları kolaylaştırılmalıdır. 2. Taraf Devletler, engellilerin adalete etkili bir şekilde erişimini sağlamayı kolaylaştırmak için, polis ve cezaevi personeli dahil adalet sistemi içerisinde çalışanların gerekli eğitimi almalarını sağlamalıdır."⁶⁵ hükmü yer almaktadır.

CGİK maddeleri incelendiğinde de açık olarak engelli kimselere yönelik olarak çok net bir düzenleme bulunmamaktadır⁶⁶. Fakat Anayasa'nın 104. maddesinde yer alan Cumhurbaşkanının özel af yetkisi ve yahut 5275 sayılı kanunun 16. maddesi de göz önünde bulundurulabilir⁶⁷.

IX. DENETİMLİ SERBESTLİK KURUMU BAKIMINDAN ÖNERİLER

Denetimli Serbestlik Kurumunun uygulamasının eşitlik ilkesi bakımından ceza muhakemesinin başlangıcından infaz süreci dahil olacak şekilde etkin uygulanması sonucunda ortaya bir takım veriler çıkabilir. Kriminolojiye de katkı sağ-

⁶³ Aktaran David P. FARRINGTON, "Human Development And Criminal Careers", Crime, Inequality And The State, Ed.Mary E. VOGEL, 1st edition, Oxon-New York, Routledge, 2007, s.232

⁶⁴ Türkiye Büyük Millet Meclisi Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşmenin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun'u 3/12/2008 tarihinde kabul etmiş ve adı geçen kanun 18/12/2008 tarih ve 27084 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

⁶⁵ <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2009/07/20090714-1.htm> (Çevrimiçi) (Erişim Tarihi:31.03.2016).

⁶⁶ Hakan KIZILARSLAN, *İnfaz Hukuku ve Özel Durumdaki Hükümlüler Sempozyumu, Antalya/6-7 Haziran 2008*, 1.Baskı, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2008, s.91.

⁶⁷ "Bu düzenlemeye göre ciddi sağlık sorunları hayati tehlike doğuracak nitelikte ise hükümlü veya tutuklu iyileşinceye kadar salıverilmektedir. Yasada infazın ertelenmesinde son söz Adli Tıp Kurumuna bırakılmıştır. Ancak hastalıklar konusunda ortak bir standart oluşturulabildiğini söylemek zordur." Münip ERMİŞ, *İnfaz Hukuku ve Özel Durumdaki Hükümlüler Sempozyumu, Antalya/6-7 Haziran 2008*, 1.Baskı, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2008, s.115-116.

layacak olan bu veriler, bizi ceza adaleti bakımından çok değerli sonuçlara ulaştırabilir. Kaldı ki, denetimli serbestlik kurumunun daha etkin ve işlerlik kazanması ve kurumdan beklenen amacın sağlanabilmesi için kişilerin tüm süreçlerde takip edilmesi bize ceza adaletimiz bakımından gerçeğe yakın sonuçlar verecektir⁶⁸.

Denetimli Serbestlik Kanunu uyarınca gönüllü kişilerin de katılımı ile, toplumsal alana daha kolay uyum sağlaması amaçlanmaktadır. Toplumdan uzak bir ortamda, sadece idarenin atadığı görevliler ile toplum ile uyum sağlama imkanı gerçeklikten uzaktır. Bu sebeple gönüllü sayısının artırılması ve toplum içerisinde sosyalleşme ve özellikle de aile bireyleri ile tahliye süreci öncesinde bağların devam ettirilmesi sağlanmalıdır.

Özellikle kısa süreli özgürlüğü bağlayıcı cezalar bakımından, denetimli serbestlik tedbirinin uygulanmasının tercih edilmesi ceza vermeden beklenen fayda-zarar dengesinin iyi, isabetli, adil olarak kurulabilmesini sağlayacaktır. Gerçekten de, yasalarımızdaki düzenlemeler bakımından özellikle hukukçular daha detaylı bilgilendirilmeli, hukuk fakültelerinde lisans düzeyinde de denetimli serbestlik kurumuna dair yardımcı dersler okutulmalıdır. Hakimlik-savcılık sınavı bakımından da, denetimli serbestlik kurumu da ayrı bir alan olarak sorular arasında yer almalıdır.

Denetimli serbestlik kurumunun sosyal alanda tanınması için, cezaya yönelik olarak toplumda oluşmuş şablonun değiştirilebilmesi için zorunlu yayınlar yapılmalı, bilimsel konferanslar ile topluma denetimli serbestlik kurumu tanıtılmalıdır.

Özellikle mağdurlar bakımından “onarıcı adalet” açısından yıllardır bulunan eksikliğimizin doldurulabilmesi için, kişilerin mağdur olduklarında ne gibi hakları olduğu topluma aktarılmalı ve denetimli serbestlik bürolarının bu konudaki psiko-sosyal yardımları tanıtılmalıdır.

Her suç bakımından denetimli serbestlik kurumu uygulanmadığı durumlar da mukayeseli hukukta görülmektedir. Örneğin; Kundaklama suçları bakımından Ohio kanunlarında denetimli serbestliğe yer verilmeyen durumlar da vardır. 1. Derece tehlikeli sayılan kundaklama suç tipine göre, kasıtlı ve kötü niyetli olarak suçun işlenmesi durumunda denetimli serbestlik tedbiri uygulanmayacağı yasada yer almıştır.⁶⁹ Kanaatimizce de, her suç bakımından de-

⁶⁸ “Suç işleyen kişilerin, hüküm öncesinde yeniden suç işleme riski olup olmadığı, topluma ya da kendisine zarar verme riski taşıyıp taşımadığı yönlerinden değerlendirilmesi ve suçluların bu değerlendirme sonuçlarına göre cezalandırılması gerçek adaleti sağlama açısından önemli bir avantaj sağlayabilir. Aksi halde mahkemelerden hâkimlerin takdirine göre benzer durumlar için farklı farklı kararların çıkması muhtemeldir.” Bkz. Usta, İbrahim/Öztürk, Hakan, “Denetimli Serbestlik”, CHD 2010., s.38 http://www.cte-ds.adalet.gov.tr/makaleler/makale_ds_cezahukukuder-gisi.pdf (Erişim Tarihi:28.02.2016).

⁶⁹ Samuel R. GERBER/Oliver SCHRODER Jr.,Criminal Investigation And Interrogation, Cinnincati, THE W. H. ANDERSON COMPANY, 1962 s.129

netimli serbestlik tedbirini uygulamak sakıncalı olabilir. TCK'da da denetimli serbestlik tedbirine hükmedilemeyecek suçlarla ilgili olarak suç tiplerine ayrı bir fıkra da yer verilmesi gerekmektedir.

Rehabilitasyon denildiğinde, günümüzde maalesef “tahliye sonrası süreç” akla gelmektedir. Oysa rehabilitasyon süreci tahliyeden çok önce başlayan bir süreçtir⁷⁰. Özgürlüğü kısıtlanan bir birey için tahliye edilmek hem sevindirici, hem de şok edici bir durumdur. Bu süreçte ailesindeki yeri ve ailesel ilişkileri çok çeşitlenebilir ve kişinin özgürlüğünün kısıtlandığı süreçte ailesel bağlarının kuvvetli kalması, tahliye sonrası da bireyin topluma kazandırılması için öncelikli şartlardandır⁷¹.

Kişilerin tretmanlarının nasıl sonuç verdiği en doğru tanımla, cezaevi süreci sonrasında bireylerin yeniden suça yönelip yönelmediklerine dair ülkemizde çok fazla çalışma bulunmamaktadır. Bu çalışmaların arttırılması ile de bireylerin tahliye süreçleri ve denetimli serbestlik tedbirinin etkileri gözlemlenebilir⁷².

Denetimli serbestlik tedbiri açısından çok önemli bir konu da, sosyal araştırma raporlarıdır. Denetimli serbestlik uzmanı tarafından hazırlanan rapor, denetim süreci boyunca yol gösterici bir mahiyeti haizdir⁷³. Bu nedenle cezanın bireyselleştirilmesinde rapora önem verilmesi gerekmektedir.

⁷⁰ Birleşmiş Milletler Mahpusların Tretmanı İçin Asgari Standart Kuralları (ASK) 80. *Cenevre’de toplanan Suçların Önlenmesi ve Suçluların Islahı üzerine Birinci Birleşmiş Milletler Konferansı tarafından kabul edilmiş,ve Ekonomik ve Sosyal Konsey tarafından 31 Temmuz 1957 tarihli ve 663C (XXIV) sayılı ile 13 Mayıs 1977 tarihli ve 2076 (LXII) sayılı Kararlarıyla onaylanmıştır.* Metin için bkz. <http://www.ombudsman.gov.tr/contents/files/876b6-Mahpusların-Islahi-İcin-Asgari-Standart-Kurallar.pdf> (Çevrimiçi) (Erişim Tarihi:28.06.2016). Söz konusu maddede cezanın başlamasında itibaren tahliye sonrası sürecin düşünülmesi gerektiğinden bahsetmektedir. *Standartları İşler Kılmak-Cezaevlerinde Doğru Uygulamalar Üzerine Uluslararası El Kitabı*, Uluslararası Ceza Reformu, Çev. Orhan Kemal CENGİZ, Bg Yayınları, 2001,s.217.

⁷¹ “Mahpusların tahliyelerinden sonra yeniden yerleştirilmeleri, toplum için de bir sorumluluktur. Bu alanda sorumluluk üstlenen hükümet dışı kuruluşlar da sürece dahil edilmelidir. Devletler kendi sistemlerinde, (eski) mahpuslara yeniden yerleştirme ve uyum konularında eğitim verecek ve yardımcı olacak uzmanların bulunduğu temsilcilikleri oluşturmak için düzenlemeler yürürlüğe koymalıdır. Örneğin şartlı tahliye gözetim servisleri ve rehabilitasyon kuruluşları gibi” (Standartları İşler Kılmak-Cezaevlerinde Doğru Uygulamalar Üzerine Uluslararası El Kitabı, Uluslararası Ceza Reformu, Çev. Cengiz, Orhan Kemal, 2001, s.218, 219).

⁷² Ekrem MUŞ, “Türkiye’de Suç Verilerinin Toplanması ve Kamuoyuna Sunulma(ma)sı”,Suçla Mücadelede Çağdaş Yaklaşımlar, Toplum Destekli Polislik Teori ve Uygulamaları, Güvenlik Yönetimi Serisi:2, Ed. Muhittin Karakaya-Sebahattin Gültekin, 1.Baskı, Ankara, Polis Akademisi Yayınları, 2011, s.218. http://www.academia.edu/11683855/Ter%C3%B6rte_M%C3%BCcadelede_Toplum_Destekli_Polislik_Uygulamalar%C4%B1n%C4%B1n_Etkinli%C4%9Fi (Çevrimiçi) (Erişim Tarihi:26.06.2016).

⁷³ A. Hakan YAVUZ, “Türkiye’de Denetimli Serbestlik Mümkün Müdür? Dünü, Bugünü ve Yarınıyla Türk Ceza Adalet Sisteminde Denetimli Serbestlik” (Çevrimiçi), s.10, http://www.sempozyumds.com/bildiriler/hakan_yavuz.pdf (Erişim Tarihi:29.02.2016).

X. DENETİMLİ SERBESTLİK KURUMUNUN İNFAZ REJİMİNE ETKİLERİ

Günümüz modern infaz anlayışında, ülkemizin uluslararası sözleşmelerden ve ulusal mevzuatından kaynaklanan yardım ve rehberlik hizmetlerinde bulunma ödevi vardır. Ayrıca mağdurlar ve suçtan zarar görenler de benzer hakları talep edebilirler⁷⁴.

Ceza hukukunun “ultima ratio” (son çare) niteliği sebebiyle, mevzuatımızda bulunan denetimli serbestlik kurumunun hayata geçirilebilmesi için, bu yapının hem mağdur, hem de şüpheli/sanık/tutuklu/hükümlü ayağı da dengelenmelidir.

Denetimli serbestlik, hüküm verilmeden önce mahkemeye sunulacak olan raporlar ile cezanın bireyselleştirmesine de olumlu etkileri olan bir kurumdur⁷⁵.

Hükümlünün topluma kazandırılması bakımından da etkili bir kurumdur. Şöyle ki; şartla salıverilme gibi tahliye sonucunda hükümlü ile bağ kesilmemekte ve kişinin topluma yeniden kazandırılabilmesi uygulanacak çeşitli programlar ile sağlanabilmektedir⁷⁶. 5275 sayılı Kanununun 104. maddesinin 1. fıkrası uyarınca “denetimli serbestlik ve yardım merkezleri” ve 2. fıkraları uyarınca “koruma kurulları” kurulması sağlanmıştır⁷⁷.

SONUÇ

Günümüzde maddi ceza hukuku bakımından “depenalizasyon/dekriminalizasyon” eğilimi bazı fiilleri suç olmaktan çıkartmakta, bazılarını da yaptırımları bakımından özgürlüğü bağlayıcı ceza anlayışından vazgeçmektedir⁷⁸. Uluslararası alanda artık elektronik kelepçe ve suçluların dış dünya ile daha

⁷⁴ USTA/ÖZTÜRK, s.9-10.

⁷⁵ USTA/ÖZTÜRK, s.10.

⁷⁶ USTA/ÖZTÜRK, s.10.

⁷⁷ 5275 sayılı kanun Madde 104- (1) Cezaları ertelenen, salıverilen veya haklarında hapis cezası dışında herhangi bir tedbire hükmedilen hükümlülerin toplum içinde izlenmesi, iyileştirilmesi, psiko-sosyal problemlerinin çözülmesi, salıverme sonrası korunması ve yargılanan kişiler hakkında sosyal araştırma raporlarının düzenlenmesi ve mağdurun korunması gibi görevleri yerine getirmek üzere denetimli serbestlik ve yardım merkezleri kurulur. (2) Salıverilme sonrasında hükümlülere iş sağlanması için koruma kurulları kurulur.

⁷⁸ “Depenalizasyon veya dekriminalizasyon kanunlarda esaslı bir takım değişikliklerle beraber, Ceza Kanunlarının toplumsal kötülükleri bertaraf etmesi bakımından esaslı zihniyet değişikliğini de gerektirdiğinden gerçekleşmesi olağanüstü güç bir işlemdir. Her şeyden önce kamuoyu, bazı suçlar üzerindeki kanunsuzluk damgasının kaldırılmasının, o hareketlerin uygun görüldüğü anlamına gelmediğini idrak etmelidir; bu ise pek güçtür.” Bkz. Sulhi Dönmezer/Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuk Genel Kısım Cilt: 1, 12.Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık, 1997, s. 35-52. bis; Açıklamalar doğrultusunda ne yazık ki biz de aynı kaygıları taşımaktayız. Kaldı ki; denetimli serbestlik kurumunun topluma kazandıracağı katkıları yerine suçlulara özgürlüğü bağlayıcı ceza verilmiyor olmasının yarattığı toplumsal bakış açısının değiştirilebilmesi bakımından kurumun detaylı olarak tanıtılması zorunluluk arz etmektedir.

çok bağlantılarının korunmasını hedefleyen çalışmalar yapılmaktadır⁷⁹. Şubat 2014'te Avrupa Konseyi'nin elektronik kelepçeye dair tavsiye kararı CM/Rec(2014) 4 açıklanmıştır. Kararların Avrupa Konseyinde kabul ediliş tarihi vs. belirtilmemiş. Söz konusu kararda ceza adaleti süreci çerçevesinde kişilerin yerini, hareket ve belirli davranışlarını izlemek için ile gözetim biçimleri' olarak elektronik izleme tanımlama, öneri elektronik izleme mevcut kullanımlarını listeler ve temel ilkeleri ana hatlarıyla açıklanmıştır⁸⁰.

Ceza sürecinin farklı aşamalarında, etik konular, veri korumada yürütme koşulları, mağdurların rızası ve personelin eğitimi konularına önem vermiştir⁸¹. 2015 yılında gelinen noktada araştırmalar göstermiştir ki; cezaevinde daha az maliyet hapis alternatifleri tespit edilmiştir ve bazı durumlarda mükerrerliği azaltmada hapis cezasından daha etkilidir. Ayrıca hapis cezasına yönelik alternatif tedbirlerin psikiyatrik sorunları olan çocuklar, gençler ve bireyler gibi belirli hassas gruplar için daha etkili olabileceği de gözlemlenmiştir⁸².

BM Uluslararası Mahpusların Tretmanına Yönelik Asgari Mandela Standartlarınının 58. maddesinde de cezaevindeki kişilerin aileleriyle görüşme imkanlarının sağlanması gerektiğine vurgu yapılmıştır⁸³.

Ülkemizde hukuk eğitimi kapsamında; genellikle hukuk fakültelerinde zorunlu ders olarak Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ceza Hukuku Özel Hükümler ve Ceza Muhakemesi Hukuku dersleri okutulmaktadır. Oysa ki; İnfaz Hukuku da en az Ceza Hukukunun diğer bölümleri kadar önemlidir. Bugün İnfaz Hukuku da, en az Ceza Hukuku ile Yöntembilim Hukuku kadar önem ve değer kazanmıştır. Bağımsız bir alan ve uzmanlık konusu için ayrı ders olarak okutulması çok yararlı olacaktır.

Suç genel politikası ve Ceza Muhakemesi Hukukunun dışında hükümlerin infazı da Ceza Hukuku açısından önemli bir husustur. Fakat ülkemizde İnfaz Hukuku, Hukuk Fakültelerinde zorunlu ders olarak okutulmamaktadır. Söz konusu denetimli serbestlik kurumu da İnfaz Hukuku'nu ilgilendiren bir kurum olmasına karşın, Hukuk Fakültelerinde detaylı olarak incelenmemektedir. Bu haklı gerekçelerle bağımsız bir hukuk dalı olan "infaz konusu" da, "İnfaz Hukuku" adı altında okutulmalıdır.

⁷⁹ "Global Prison Trends 2015", Penal Reform International, s.31 vd, <http://www.europris.org/resources/reports/> (Çevrimiçi) (Erişim Tarihi:01.03.2016).

⁸⁰ Kararın Türkçesi için bkz. [http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/prisons/Rec\(2014\)4_on%20Electronic%20Monitoring%20in%20Turkish.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/prisons/Rec(2014)4_on%20Electronic%20Monitoring%20in%20Turkish.pdf) (Çevrimiçi) (Erişim tarihi: 31.03.2016).

⁸¹ Council of Europe Adopted Recommendation CM/ Rec (2014)4.

⁸² "Global Prison Trends 2015", Penal Reform International., s.31 vd, <http://www.europris.org/resources/reports/> (Çevrimiçi) (Erişim Tarihi:29.02.2016).

⁸³ <http://www.europris.org/resources/general-documents/>(Çevrimiçi) (Erişim Tarihi:01.03.2016).

Sayın Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü'nün 17.11.2015 tarihli yazısında da belirttiği gibi “denetimli serbestlik tedbiri”, hapis cezasına alternatif bir yaptırım türü olarak Avrupa Birliği ülkeleri başta olmak üzere dünyanın gelişmiş ülkelerinde uygulanmakta olup, ceza adalet ve infaz sisteminde ayrı bir disiplin haline gelmiştir. Bizde de bağımsız bir ders olabilmesi, haklı, adil ve isabetli olduğu için bugün beklenir. Oysa ki hem suçlu bireylerin rehabilitesi (ıslah edilmesi), hem de mağdurların haklarının korunması ayrıca suça sürüklenen çocukların suç işledikten sonraki yaşamları açısından öncelikle denetimli serbestlik tedbirinin de kapsamında yer aldığı “İnfaz Hukuku”nun zorunlu ders olarak okutulması ve ayrıca "denetimli serbestlik tedbiri"nin seçimler ders olarak Hukuk Fakültelerinin programlarına alınmasının isabetli olacağı kanaatindeyiz.

Denetimli Serbestlik Kanunu uyarınca gönüllü kişilerin de katılımı ile, toplumsal alana daha kolay uyum sağlanması sağlanacaktır. Toplumdan uzak bir ortamda, sadece idarenin atadığı görevliler ile toplum ile uyum sağlama imkanı gerçeklikten uzaktır. Bu sebeple gönüllü sayısının artırılması ve toplum içerisinde sosyalleşme ve özellikle de aile bireyleri ile tahliye süreci öncesinde bağların devam ettirilmesi sağlanmalıdır.

Özellikle kısa süreli özgürlüğü bağlayıcı cezalar bakımından, denetimli serbestlik tedbirinin uygulanmasının tercih edilmesi ceza vermeden beklenen fayda-zarar dengesinin iyi kurulabilmesini sağlayacaktır. Gerçekten de, yasalarımızdaki düzenlemeler bakımından özellikle hukukçular daha detaylı bilgilendirilmeli, hukuk fakültelerinde lisans düzeyinde de denetimli serbestlik kurumuna dair dersler okutulmalıdır. Hakimlik sınavı bakımından da, denetimli serbestlik kurumu da ayrı bir alan olarak sorular arasında yer almalıdır.

Denetimli serbestlik kurumunun sosyal alanda tanınması için, cezaya yönelik olarak toplumda oluşmuş şablonun değiştirilebilmesi için yayınlar yapılmalı, bilimsel konferanslar ile topluma denetimli serbestlik kurumu tanıtılmalıdır.

Özellikle mağdurlar bakımından “onarıcı adalet” açısından yıllardır söz konusu olan eksikliğimizin tamamlanabilmesi için, kişilerin mağdur olduklarında ne gibi hakları olduğu topluma aktarılmalı ve denetimli serbestlik bürolarının bu konudaki psiko-sosyal yardımları tanıtılmalıdır.

Mağdurlar bakımından da uğramış olduğu zararların raporlanarak bunların giderilmeye çalışılması, hem onarıcı adalet, hem de viktimolojik gelişmeler bakımından da önem arz etmektedir. Dünyada İrlanda’da mağdurlara dair raporlar tutulmaktadır⁸⁴.

⁸⁴ NURSAL/ATAÇ, s.67 dipnot 83.

Denetimli Serbestlik tedbirinin verimliliğinin arttırılabilmesi tek başına yasal zeminle mümkün değildir. Denetimli Serbestlik personelinin kişilerin ailevi ve sosyal problemleri daha ayrıntılı görüşmeler gerçekleştirilmesi, onları çözmeye yönelik cesaretlendirici ve topluma kazandırıcı ifadeler (duygusal bir uzaklık-yakınlık mesafesini iyi dengeleyerek) seçmeleri gerekmektedir.⁸⁵

Her ceza ve güvenlik tedbirinde olduğu gibi, şahsa özgü bir bireyselleştirme yapılarak tedbirin uygulamaya çalışılması ve buna yönelik raporların da detaylı olarak gözlemler içermesi gerekmektedir. Erem'in "*Suçluyu kazıyın altından insan çıkar*" sözünü hafızamızda tutarak; suçluya yönelerek bundan toplumsal açıdan kazanımlar elde edecek şekilde faydalanmak ve maddi ceza hukukunun fiil ceza hukuku olmasından hareketle; Denetimli Serbestlik tedbirinde de bu anlayıştan uzaklaşılarak "onarıcı adalet" anlayışına yakışır şekilde suçun toplumsal etkisi; suçun işlenmesi ile suçun yarattığı toplumsal sorunların çözümüne ve devletin doğrudan mağdur-fail dengesi gözeterek uzlaşmayı sağlamaya yönelik tedbire⁸⁶ yönelmesi gerekmektedir.

Son olarak Denetimli Serbestlik tedbiri açısından eşitlik ilkesinin asla göz ardı edilmemesi gerekmektedir. Toplumdaki her birey suç yolunda ilerleyebilir. Bozulan toplum barışının yeniden sağlanabilmesi için; ayırım gözetmeksizin özgürlük kısıtlayıcı cezalardan onarıcı adalet sürecine doğru hızlı yol kat edilmesi gerekmektedir.

⁸⁵ SHAPLAND/BOTTOMS/FARRALL/McNEILL /PRIEDE/ROBINSON, s.15.

⁸⁶ Konuya ilişkin detaylı açıklamalar için bkz. BAYTAZ, Abdullah Batuhan, "*Onarıcı Adalet Genel Bir Bakış*", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, [S.l.], v. 71, n. 1, p. 117-129, Aug. 2013., s.125.

KAYNAKÇA

- “Denetimli Serbestliğin Devlete, Topluma ve Kişilere Sağladığı Faydalar” <http://www.bogazliyan.adalet.gov.tr/denser/fayda.htm>, (Çevrimiçi) (Erişim Tarihi: 28.01.2016)
- A. Hakan, YAVUZ, “*Türkiye’de Denetimli Serbestlik Mümkün Müdür? Dünü, Bugünü ve Yarınıyla Türk Ceza Adalet Sisteminde Denetimli Serbestlik*” (Çevrimiçi), http://www.sempozyumds.com/bildiriler/hakan_yavuz.pdf (Erişim Tarihi: 29.02.2016).
- Abdullah Batuhan, BAYTAZ, “*Onarıcı Adaletle Genel Bir Bakış*”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, [S.l.], v. 71, n. 1, p. 117-129, Aug. 2013.
- Ekrem MUŞ, “*Türkiye’de Suç Verilerinin Toplanması ve Kamuoyuna Sunulma(ma)sı*”, Suçla Mücadelede Çağdaş Yaklaşımlar, Toplum Destekli Polislik Teori ve Uygulamaları, Güvenlik Yönetimi Serisi: 2, Ed. Muhittin Karakaya-Sebahattin Gültekin, 1. Baskı, Ankara, Polis Akademisi Yayınları, 2011, s. 218. http://www.academia.edu/11683855/Ter%C3%B6rle_M%C3%BCadelede_Toplum_Destekli_Polislik_Uygulamalar%C4%B1n%C4%B1n_Etkinli%C4%9Fi (Çevrimiçi) (Erişim Tarihi: 26.06.2016)
- Erdoğan, OKTAY, İnfaz Hukuku, 1. Baskı, İstanbul, Acar Yayınevi, 2008
- Faruk, TURHAN / Abdurrahim, ALTIKAT, “*Yeni Bir Ceza İnfaz Usulü Olarak Denetimli Serbestlik ve Bu Usulden Yararlanma Şartları*”, S.D.Ü Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 2, Sayı: 2, Yıl: 2012 (Çevrimiçi) <http://hukuk.sdu.edu.tr/assets/uploads/sites/65/files/sdu-hukuk-dergisi-cilt-ii-sayi-2-yil-2012-vol-ii-no-2-year-2012-05112013.pdf> (Çevrimiçi) (Erişim Tarihi: 28.02.2016).
- Feridun, YENİSEY/ Gottfried, PLAGEMANN, Alman Ceza Kanunu- Strafgesetzbuch (StGB), 1. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, 2009.
- George F. COLE/Christopher E. SMİTH, Criminal Justice In America, 1st edition, Belmont- California, Wadsworth Publishing Co., 1996
- Hakan A., YAVUZ, “Denetimli Serbestliğin Türk Ceza Adalet Sistemindeki Tarihsel Gelişim Süreci”, TBB Dergisi, 100, 2012, s.318; http://portal.ubap.org.tr/App_Themes/Dergi/2012-100-1190.pdf (Erişim Tarihi: 01.03.2016).
- Hakan KIZILARSLAN, İnfaz Hukuku ve Özel Durumdaki Hükümlüler Sempozyumu, Antalya/6-7 Haziran 2008, 1. Baskı, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2008
- Hakan, HAKERİ, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008
- Hamide ZAFER, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2013 [http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/prisons/Rec\(2014\)4%20on%20Electronic%20Monitoring%20in%20Turkish.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/prisons/Rec(2014)4%20on%20Electronic%20Monitoring%20in%20Turkish.pdf) (Çevrimiçi) (Erişim tarihi: 31.03.2016) <http://www.euopris.org/resources/general-documents/>(Çevrimiçi) (Erişim Tarihi: 01.03.2016)

- <http://www.euopris.org/resources/reports/> (Çevrimiçi) (Erişim Tarihi: 29.02.2016)
- <http://www.ombudsman.gov.tr/contents/files/876b6--Mahpuslarin-Islahi-Icin-Asgari-Standart-Kurallar.pdf> (Çevrimiçi) (Erişim Tarihi: 28.06.2016)
- https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/HB_Restorative_Justice_Turkish.pdf (Çevrimiçi) (Erişim Tarihi: 01.03.2016)
- İbrahim, USTA /Hakan ÖZTÜRK, “Denetimli Serbestlik”, CHD 2010 http://www.cte-ds.adalet.gov.tr/makaleler/makale_ds_cezahukukudergisi.pdf (Çevrimiçi) (Erişim Tarihi: 28.02.2016).
- İzzet ÖZGENÇ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2011.
- İzzet ÖZGENÇ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013
- Joanna, SHAPLAND / Anthony, BOTTOMS/ Stephan FARRALL / Fergus MCNEILL/ Camilla PREİDE/ Gwen ROBINSON, *The Quality of Probation Supervision- A Literature Review*, Sheffield, Centre For Criminological Research University Of Sheffield, 2012 <http://psychocriminologie.free.fr/wp-content/uploads/QualityofProbationSupervision.pdf> (Çevrimiçi) (Erişim Tarihi: 31.03.2016).
- Mahmut KOCA/İlhan ÜZÜLMEZ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015
- Maurice, VANSTONE, “*The Engineer, The Educationalist, And The Feminist Writer: National Champions And The Development Of Probation In Europe*”, European Journal Of Probation University Of Bucharest, Vol.1, No.2, 2009, pp 89-96, s.89, http://www.ejprob.ro/uploads_ro/689/Development_of_probation.pdf (Çevrimiçi) (Erişim Tarihi: 28.01.2016).
- Mehmet Emin ARTUK /Ahmet GÖKCEN/Caner YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014
- Mustafa ARTUÇ/Cemil GEDİKLİ, TCK-CMK-CGİK-ÇKK ile Getirilen Yenilikler, 1. Baskı, Kartal Yayınevi, Ankara, 2007
- Mustafa Ruhan, ERDEM, “*Kısa Süreli Özgürlüğü Bağlayıcı Cezaların İnfazı ve Yeni Seçenekler*”, İnfaz Hukukunun Sorunları Sempozyumu (24-25.11.2000), Ankara, Başkent Üniversitesi Yayını, 2000
- Münip, ERMİŞ, İnfaz Hukuku ve Özel Durumdaki Hükümlülere Sempozyumu, Antalya/6-7 Haziran 2008, 1. Baskı, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2008
- Hafizoğulları, Zeki/Özen, Muharrem, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, US-A Yayıncılık, Ankara, 2010
- Necati, NURSAL/Selen ATAÇ, Denetimli Serbestlik ve Yardım Sistemi (Probation), 1. Baskı Ankara, Yetkin Yayıncılık, 2006
- Nur, CENTEL /Hamide, ZAFER /Özlem ÇAKMUT, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 6. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2010

- Nur, CENTEL /Hamide, ZAFER, Ceza Muhakemesi Hukuku, 11. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2014
- Rudolf BRUNNER/Dieter DÖLLIG, Jugendgerichtsgesetz KOMMENTAR, 12. Auflage, Berlin-Boston, Walter de Gruyter, 2011
- Standartları İşler Kılmak-Cezaevlerinde Doğru Uygulamalar Üzerine Uluslararası El Kitabı, Uluslararası Ceza Reformu, Çev. Cengiz, Orhan Kemal, Ed. Tıraş, S. Beydağ, Öneri, Özçelik, Özge, Bg Yayınları, 2001
- Vehbi Kadri, KAMER, “Ceza Adalet ve İnfaz Sistemi İçinde Denetimli Serbestlik Sisteminin Önemi”, http://www.yayin.adalet.gov.tr/adaletdergisi/31.sayi/09_46_32.pdf (Çevrimiçi) (Erişim Tarihi: 28.02.2016)

Özel Hukuk Tüzel Kişilerinin İdari İşlemlerine İlişkin Bir Değerlendirme

An Assessment Relating to Private Legal Entities' Administrative Acts

*Yrd. Doç. Dr. Ebru KARAMAN**

Özet

İdari işlem, idarenin kamu gücünü kullanarak yaptığı tek taraflı bir işlemdir. Bunun yanı sıra, kanunların icrasının ve kamusal amaçların gerçekleştirilmesinin de bir aracıdır. İdari işlem yapma ehliyetine ise, idari makamlar sahiptir. İdari işlemin kimin tarafından yapılabileceği sorunu, işlemin niteliğinin onu yapan organa göre belirlenmesi demek olan “organik kriter” ile işlemin idare hukuku alanında yürütülen bir faaliyete ilişkin olması demek olan “maddi kriter” ayrımı yapılarak incelenmelidir. İdari işlemin ayırt edici özelliği, kamu gücünün kullanılmasıdır. Dolayısıyla yargı organı ve yasama organının kendi faaliyetleri dışındaki idari nitelikli işlemleri de idari işlem olarak kabul edilmektedir. Bu organların işlemlerinin Anayasal dayanağı mevcuttur. Türk Hukuku’nda kamu hukuku tüzel kişileri gibi özel hukuk tüzel kişileri tarafından yapılan hukuki işlemler de, kamu gücü ayrıcalığı içermesi halinde, idari işlem olarak kabul edilmektedir. Ancak, özel hukuk tüzel kişilerinin kamu gücünü kullanarak idari işlem yapabileceğine ilişkin Yüksek Mahkemelerin kararları, doktrinde bu işlemlerin Anayasal dayanağının olmaması nedeniyle eleştirilmektedir.

Anahtar Kelimeler

Özel Hukuk Tüzel Kişisi, İdari İşlem, Kamu gücü, İdari Yargı, Anayasa.

Abstract

Administrative act is an unilateral act of administration by using the public power. Besides, administrative act is an instrument to enforce the laws and execute the public aims as well. Administrative authority has the competency of taking administrative actions. The problematic of “Who will take the administrative action?” should be analysed by organic criteria which means; defining the qualification of the action according to the organ taking this action and material criteria which defines that the action pertains to an activity conducting under the administrative law. Using the public power is a distinctive characteristic of administrative act. Hence, legislative and judicial organs' actions having administrative quality, other than their own activities, are

* Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Başkanı, ebrukaraman@beykent.edu.tr

also considered as an administrative acts. The actions of these organs have a constitutional basis. According to Turkish Law, just as public legal entities, the administrative actions taking by private legal entities are considered as an administrative act only if they contain the privilege of public power. However, Supreme Courts' verdicts about capacity of private legal entities' taking administrative actions by using public power, are doctrinally criticized due to not having a constitutional basis.

Keywords

Private Legal Entities, Administrative Act/Action, Public Power, Administrative Jurisdiction, Constitution.

GİRİŞ

Günlük yaşamın gerçekleri göz önüne alındığında, hukuk düzenleri, gerçek kişiler dışında tüzel kişileri de hak sahibi olarak kabul etmektedir¹. Belli bir amacı gerçekleştirmek üzere, bağımsız bir kişilik ve varlığa sahip olan “tüzel kişinin” kendisini oluşturan insanlardan bağımsız bir iradesi vardır. Tüzel kişi, bu iradesini kullanarak doğrudan doğruya kendi adına haklar ve borçlar doğurucu işlem ve eylemlerde bulunabilmektedir².

Tüzel kişiler bağlı oldukları hukuk kurallarına göre “özel hukuk tüzel kişileri” ve “kamu hukuku tüzel kişileri” olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Özel hukuk tüzel kişileri, özel hukuk alanında bir hukuki işlem ile kurulmuş olan tüzel kişilerdir. Hangi tüzel kişilerin bu şekilde kurulabileceği kanunla belirlenmiştir³. Bu tüzel kişiler kamu otoritesini temsil etmez; çünkü kamu otoritesine bağlı ve kamu görevi yapan tüzel kişiler, kamu hukuku tüzel kişileridir. Kamu hukuku tüzel kişileri, kuruluş, çalışma ve sona erme yönünden özel hukuk tüzel kişilerinden farklıdır. Kamu hukuku tüzel kişileri, Anayasa'nın 123. maddesi uyarınca; ancak kanunla veya kanunun verdiği yetkiye dayanılarak kurulabilmektedir. Bunların ortadan kaldırılması da yine bir kanunla gerçekleştirilebilir⁴.

İdari işlem, idarenin, tek taraflı olarak kişiler hakkında hukuki sonuç doğuran işlemidir⁵. İdarenin, kişilerin rızasına bakmaksızın yaptığı tek taraflı işlemler, onun sahip olduğu kamu gücünü kullanmasının sonucudur. Bu

¹ 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 47. maddesinin 1. fıkrası uyarınca; “Başlı başına bir varlığı olmak üzere örgütlenmiş kişi toplulukları ve belli bir amaca özgülenmiş olan bağımsız mal toplulukları, kendileri ile ilgili özel hükümler uyarınca tüzel kişilik kazanır.” Bkz.: <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.4721.pdf>. (14.03.2016).

² Ender Ethem ATAY, **Hukuk Başlangıcı**, Gazi Kitabevi, Ankara, 2013, s.293.

³ Kemal OĞUZMAN, Özer SEÇİLİ, Saibe OKTAY, **Kişiler Hukuku**, Filiz Kitabevi, 6.bs., İstanbul, 1999, s.167.

⁴ Kamu hukuku tüzel kişileri ile özel hukuk tüzel kişilerinin ayrıntılı bir karşılaştırması için Bkz.: ATAY, **age.**, s.310-314.

⁵ Yıldızhan YAYLA, **İdare Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1990, s.81.

kamu gücünü, kimlerin kullanıp kullanamayacağını, dolayısıyla da idari işlemi kimlerin yapıp yapamayacağını tespit edilmesi gerekmektedir. Kamu gücünü kullanma ayrıcalığına sahip olan kişilerin bu yetkileri, Anayasal dayanağa sahip olmalıdır. Bu dayanak da, Anayasa'nın "egemenliğe" ilişkin olan 6. maddesidir⁶. Söz konusu maddenin 4. fıkrası uyarınca; "Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasa'dan almayan devlet yetkisi kullanamaz." Anayasa'da da, özel hukuk tüzel kişileri tarafından kullanılacak devlet yetkileri öngörülmediğinden; kamu gücü, sadece kamu hukuku tüzel kişileri tarafından kullanılabilir. Aksi bir uygulamayla, özel hukuk tüzel kişilerinin kamu gücünü kullanarak idari işlem yapmaları, Anayasal bir dayanak olmadığından mümkün değildir⁷.

Ancak, Uyuşmazlık Mahkemesi ve Danıştay kararlarına göre; bir hukuki işlem, ister kamu hukuku tüzel kişisi, ister özel hukuk tüzel kişisi tarafından yapılsın, "kamu gücü ayrıcalığı" içerdiği takdirde "idari işlem" sayılmaktadır⁸. Bu nedenle, idari işlemin kimin tarafından yapılabileceği sorunu, işlemin niteliğinin onu yapan organa göre belirlenmesi demek olan "organik kriter" ile işlemin idare hukuku alanında yürütülen bir faaliyete ilişkin olması demek olan "maddi kriter" ayrımı yapılarak incelenmelidir.

I. ORGANİK KRİTER

Hukuki işlemin niteliğinin, organik kriter gözönüne alınarak belirlenmesi halinde; işlemi yapan makamın veya organın niteliği dikkate alınmaktadır. Kural olarak; idari işlemler, idari organ ve makamların "idare" alanındaki irade açıklamalarıdır. Makamın idari olması, işlemin idari nitelikte olduğunu gösterir. Ancak idarenin her işlemi, her zaman idari işlem değildir⁹. İdare, bazen girdiği hukuki ilişkileri idare hukuku kurallarıyla düzenleyemeyebilir. Bu durumda, idarenin işlemleri özel hukuka tabi olmakta ve bunlardan doğan uyuşmazlıklarda da adli yargı görevli olmaktadır. İdarenin bu tür işlemlerine; "idarenin özel hukuk işlemleri" denir¹⁰. İdarenin, organik açıdan idari olmasına rağmen, kamu hizmeti sunmayan özel mülklerin yönetimine ilişkin işlemleri de özel hukuk kurallarına tabidir.

Bu kritere göre; yasama organı tarafından yapılan işlemler "yasama işlemi", yargı organı tarafından yapılan işlemler "yargı işlemi", yürütme organın-

⁶ Sıddık Sami ONAR, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, C.3, Hak Kitabevi, 1966, s.1441.

⁷ Cem AYAYDIN, "Özel Hukuk Kişilerinin Kamu Kudreti Kullanması Sorunu ile 4708 sayılı Yapı Denetimi Hakkında Kanun'a İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararı Hakkında Düşünceler", *Yıldızhan Yayla'ya Armağan*, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, s.128.

⁸ Kemal GÖZLER, *İdare Hukuku*, C.1, Ekin Kitabevi, 2003, s.553.

⁹ René CHAPUS, *Droit Administratif Général*, C.1, 7 éd., Montchrestien, Paris, 1993, s.430.

¹⁰ CHAPUS, *age.*, s.431.

ca yapılan işlemler de “yürütme işlemi” olarak nitelenir. Böylece işlemi yapan organın idari niteliği, o işlemi diğer devlet organlarının ve özel hukuk tüzel kişilerinin işlemlerinden ayırır¹¹. Esas olan, kamu gücünün yasama organınca “yasama işlevi”, yargı organınca “yargı işlevi”, yürütme organınca da “idare işlevi” amaçlı kullanılmasıdır.

“İdare işlevi”, idarenin tüm faaliyetlerinin, tutum ve davranışlarının ortak konusunu, hakim niteliğini belirleyen ve varlık nedenini oluşturan bir kavramdır¹². İdare işlevinin hangi ölçüte dayandığı, diğer bir ifadeyle, karşılaşılan bir hukuki olayda veya bir uyuşmazlıkta idari bir faaliyetin neye göre teşhis edilebileceği meselesi ortaya çıkmaktadır¹³. İdare işlevini belirleyen iki kriter ise; kamu gücü ve kamu hizmetidir¹⁴.

İdari makam, sadece idare teşkilatı içinde yer alan idari birimlerdir. Dolayısıyla yasama ve yargı organları, idari makam değildir. Bu nitelikleri nedeniyle de, organik kriter açısından, idare işlevine ilişkin yaptıkları işlemler idari işlem sayılamaz. Bu durumda, organik kriter yetersiz kaldığından, “idare işlevi” kavramı ve etkileri göz ardı edilemez¹⁵. Bu sebeple, yürütme organıyla birlikte, yasama ve yargı organları da kamu gücünü “idare işlevi” amaçlı kullanılarak idari işlem yapabilmektedir¹⁶.

Örneğin; organik kriter göz önüne alındığında, idari nitelikte olmayan Türkiye Büyük Millet Meclisi’ne ait bina, bahçe ve arsaların iç ve dış güvenliği ile ilgili tertip ve tedbirler, TBMM Başkanı tarafından alınır. TBMM Başkanlığı’nın kendisine bağlı malvarlığı ve personeli hakkında yaptığı bir takım işlemleri, Danıştay da “idari işlem” olarak kabul etmiş ve bu işlemlere karşı idari yargı mercilerinin görevli olduğuna karar vermiştir¹⁷. Yargı organlarının idari personellerine ilişkin işlemleri ile hakimlerin disiplin işlemleri gibi işlemler de, “idari işlev” niteliğindeki faaliyetlere yönelik olduğundan idari niteliktedir¹⁸. Dolayısıyla, organik kriter temel bir dayanak noktası oluşturmakla beraber; organik açıdan idare olmayan yasama ve yargı organlarının

¹¹ İlhan ÖZAY, **Günişliğinde Yönetim**, Alfa Yayıncılık, İstanbul, 1996, s.317.

¹² Lütfi DURAN, **İdare Hukuku Ders Notları**, Fakülteler Matbaası, 1982, s.6.

¹³ YAYLA, **age.**, s.27.

¹⁴ Danıştay 5. Dairesi, T.28.11.2006, E.2006/2586, K.2006/5740; Danıştay 5. Dairesi, T.28.12.2005, E.2003/7204, K.2005/6508; Danıştay 5. Dairesi, T.21.02.2006, E.2005/4897, K.2006/6661. Bkz.: <http://www.kazanci.com>. (1.02.2016)

¹⁵ Celal ERKUT, **İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği**, Ankara, 1990, s.61.

¹⁶ Yıldızhan YAYLA, **İdare Hukuku**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2009, s.110.

¹⁷ Danıştay Dava Daireleri Genel Kurulu, T.6.04.1968, E.1967/846, K.1968/271 sayılı Kararıyla; “Cumhuriyet Senatosu Başkanının, Cumhuriyet Senatosu Genel Sekreterini emekliye sevk etme işlemine karşı açılan davaya bakmış ve işlemin hukuka uygunluğunu denetlemiş ve söz konusu işlemi iptal etmiştir.” Bkz.: <http://www.kazanci.com>. (1.02.2016).

¹⁸ YAYLA, **age.**, s.111.

“idari işlev” niteliğindeki faaliyetlerine yönelik işlemleri de idari niteliktedir. Buna karşılık, gerek idarenin gerek yasama ve yargı organlarının, idari işlev dışında kalan özel hukuk işlemleri, yasal ve yargısal işlemleri idari işlem olarak kabul edilmez¹⁹.

İşlemlerin organik ayrımı, Anayasa’da öngörülmüş olan üç organdan hangisi tarafından yapılmış ise, ona göre adlandırılmasıdır. İdare, yetkilerini kullanırken yaptığı bir takım işlemlerin etkili bir biçimde işleyebilmesi için, Anayasa ile kendisine tanınan kamu gücünü kullanabilme ayrıcalığından faydalanmaktadır²⁰.

Anayasa’nın 6. maddesinin 2. fıkrası uyarınca; “Türk Milleti, egemenliğini, Anayasa’nın koyduğu esaslara göre yetkili organları eliyle kullanır.” Aynı maddenin son fıkrası ise, “Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasa’dan almayan bir devlet yetkisi kullanamaz.” şeklindedir. Dolayısıyla, Türk Milleti egemenliğini, yetkili organları eliyle kullanabilecek ve hiç kimse kaynağını Anayasa’dan almayan bir devlet yetkisine sahip olamayacaktır. Anayasa’nın 7. maddesi uyarınca; “Yasama yetkisini” Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisi kullanacak, 8. maddesi uyarınca da “Yürütme yetkisini ve görevini” Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu, Anayasa ve kanunlara uygun olarak kullanıp yerine getirecektir. Anayasa’nın 9. maddesinde ise; “Yargı yetkisinin” Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılacağı düzenlenmiştir. Yasama, yargı ve yürütme organları, devletin yetkili organlarıdır. Zira her üç organ da, “devlet adına” faaliyette bulunarak, 6. maddedeki “egemenlik” yetkisini kullanmaktadır. Dolayısıyla yasama, yargı ve yürütme organlarının, kamu gücü kullanımlarının dayanağı Anayasa’dır²¹.

Anayasa’nın 123. maddesinin 1. fıkrasına göre; “İdare kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir”. Yine aynı maddenin son fıkrasına göre; “Kamu tüzel kişiliği, ancak kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak kurulur.” Buna göre söz konusu madde, idarenin, kuruluş ve görevleriyle bir bütün olması ve idare teşkilatı içindeki kuruluşların da kamu hukuku tüzel kişisi olması gerektiği yönündeki yorumlara esas teşkil etmektedir. Doktrinde organik kriter görüşünü benimseyenlere göre idare, sadece kamu hukuku tüzel kişilerinden oluşan bir bütündür. Kamu gücü de sadece kamu hukuku tüzel kişileri tarafından kullanılabilir. Özel hukuk tüzel kişilerinin, kamu gücü kullanabilmesini sağlayan Anayasal bir dayanak yoktur. Dolayısıyla hukuki bir dayanaktan yoksun olan özel hukuk tüzel kişilerinin, idari işlem yapması da söz konusu değildir. Ancak, kamu hizmetiyle görev-

¹⁹ DURAN, age., s.385.

²⁰ Bahtiyar AKYILMAZ, *İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2000, s.43.

²¹ AYAYDIN, age., s. 127.

lendirilmiş özel hukuk tüzel kişilerinin kamusal yetkiler kullanarak yapmış oldukları idari işlemler karşısında “organik” yaklaşımın da önemini yitirdiğini söylemek yanlış değildir²².

Türk Hukuku’nda, faaliyetlerini idarenin emir ve direktifleri doğrultusunda ve denetimi altında sürdüren özel hukuk kişilerinin, belli durumlarda “tek taraflı olarak” ve ilgilinin hukukunu etkileyecek biçimde işlem yapabileceği içtihatla kabul edilmektedir²³. Karşılaştırmalı hukuk açısından ise; Fransız Hukuku’nda idari işlem, bir otorite tarafından yapılan, onayları olmadan kişilerin hak ve yükümlülüklerini tek taraflı olarak etkileyen işlem olarak tanımlanmaktadır. Önceleri idari işlem, idari makamın “kamu hukuku alanında yaptığı işlem” olarak tanımlanmış; ancak daha sonra idari işlemin organik kriterlerle tanımlanmasının yetersiz olduğu anlaşılmış ve “kamu hizmeti” kavramı gündeme gelmiştir²⁴. Alman Hukuku’nda ise, kamu tüzel kişiliğine sahip, idari (resmi) makam olarak adlandırılan organlar ve bu organ adına kamusal yetkiler kullanan kamu görevlileri idari işlemler yapabilmektedir. İdarenin nam ve hesabına kamu hizmeti yapmakla yetkili ve görevli kılınmış özel hukuk gerçek ve tüzel kişileri de kendilerine kanunla açık bir yetki verilmesi halinde, idari işlem yapma ehliyetine sahiptirler²⁵.

II. MADDİ KRİTER

Uzun süre idari makam tarafından, idare işlevi içinde alınan karar olarak tanımlanan idari işlemin yorumlanmasında, Duguit ekolünün önemli katkıları olmuştur. Bu ekolün hareket noktasına göre, kamu hukukuyla ilgili hukuki işlem ve devletin faaliyetleri “maddi” ve “şekli” açıdan değerlendirilmelidir.

Maddi kritere göre; idari işlem, yasama işlemi ve yargı işlemi, bu işlemleri yapan organlardan tamamen bağımsızdır. Bu işlemler; içeriklerine (maddi mahiyetlerine) göre tanımlanmakta ve ayrılmaktadır²⁶. Diğer bir ifadeyle, devletin fonksiyonlarının yerine getirilmesinde başvurulan işlemler; iç bünyelerine, hukuki mahiyetlerine göre tanımlanmaktadır. Söz konusu kriter uyarınca; işlemin idare hukuku alanında yürütülen bir “faaliyete ilişkin” olması, işlemi idari nitelikte yapmaktadır. Dolayısıyla işlem, *işlevsel (fonksiyo-*

²² AKYILMAZ, *age.*, s.29.

²³ AKYILMAZ, *age.*, s.37.

²⁴ Georges VEDEL, Pierre DELVOLVE, *Droit Administratif*, C.2, Presses Universitaires de France, 12éd., Paris, 1992, s.723-724.

²⁵ Carolin JUNKER, “Der Verwaltungsakt im deutschen und französischem Recht und die Entscheidung im Recht europäischen Gemeinschaften”, Diss. München, 1990, s.17. Naklen: AKYILMAZ, *age.*, s.36.

²⁶ GÖZLER, *age.*, s.512.

nel) açıdan idari nitelikte olmalıdır. Devlet, idari fonksiyonuyla sübjektif bir hukuki durum yaratmaktadır²⁷.

İdare kavramının, organik ve maddi anlamı bir bütünü oluşturmaktadır²⁸. Organik ve maddi kriterler birlikte ve aynı güçte kullanılmakla birlikte; yargı organlarının kararlarında idari işlemi belirleyici kriter olarak “idare işlevi”nin ön plana çıktığı görülmektedir. Buna göre, yasama ve yargı içinde yer alan bazı organlar, işlevsel anlamda idari sayılan faaliyette bulunabildikleri gibi, yapılan işlemler de idari işlem olarak nitelendirilebilir²⁹. Diğer taraftan, bazı özel hukuk tüzel kişileri de, çeşitli faaliyetlerinde idare adına ve hesabına hareket ettiğinden, idari makam olarak değerlendirilmelidir. Dolayısıyla, bu kuruluşların yapmış olduğu işlemler de idari niteliktedir³⁰.

Devlet organlarının yaptığı çeşitli işlemlerin “işlevsel kriter” dikkate alınarak, idari işlem niteliğinde değerlendirilmesi doktrinde kabul edilirken; aynı kriter dikkate alındığında, özel hukuk tüzel kişilerince yapılan bazı işlemlerin de “idari işlem” olarak kabul edilmesi zaman zaman tartışma konusu olmuştur. Ancak Danıştay’ın, özel hukuk tüzel kişilerince yapılan çoğu işlemi, kararlarında “idari işlem” olarak nitelendirdiği görülmektedir³¹.

Örneğin; Danıştay, 3461 sayılı Türkiye Futbol Federasyonunun Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun’un yürürlüğe girmesiyle; Türkiye Futbol Federasyonunun “genel idarenin dışında yer alan bir özel hukuk tüzel kişiliğine dönüştüğüne”, Futbol Federasyonu ile kulüpler arasında çıkan uyuşmazlıkların tahkim kurulunca incelenerek kesin karara bağlanması gerektiğine ve çalışmaların Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na göre yürütülmesi öngörülen Tahkim Kurulunca verilen kararların da, HMK’da düzenlenen tahkim usulü uyarınca adli yargı yerinde incelenmesi gerektiğine karar vermiştir³². Ancak Danıştay’ın aynı Dairesi, Türkiye Futbol Federasyonu Başkanlığı Merkez Hakem Kurulu’nun, bir futbol hakeminin klasmanının düşürülmesine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davada; söz konusu işlemi “idari işlem” olarak nitelendirmiştir³³.

Kararın gerekçesinde ise; kamu idaresince, kamu gücü kullanılarak tek taraflı olarak tesis edilen ve ilgililerin hukukunu etkileyen işlemlerin idari işlem olduğu belirtilmektedir. Dava konusu işlem de, “3461 sayılı Kanun ile tüzel

²⁷ GÖZLER, *age.*, s.27.

²⁸ Nitekim, Anayasa’nın 123. maddesinin 1. fıkrası uyarınca; “İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir”. Bkz.: <http://www.anayasa.gov.tr>. (14.03.2016).

²⁹ Şeref GÖZÜBÜYÜK, Turgut TAN, *İdare Hukuku*, C.1, Turhan Kitabevi, 2.bs., 2001, s.367.

³⁰ ERKUT, *age.*, s.65.

³¹ Ahmet Emrah AKYAZAN, “Maddi Açından İdari İşlemler”, *TBB Dergisi*, S.85, 2009, s.239-240.

³² Danıştay 10. Dairesi, T.20.02.1991, E.1989/2924, K.1991/547. Bkz.: *Danıştay Dergisi*, S.82-83, s.1005.

³³ Yakup BAL, Mustafa KARABULUT, Yahya ŞAHİN, *İdari Yargılama Usulü*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003, s.318-322.

kişilik kazanmış bulunan Türkiye Futbol Federasyonu Başkanlığına bağlı Merkez Hakem Kurulunca tek taraflı olarak davacının hukukunu etkileyecek biçimde tesis edilmiş idari bir işlemdir. Bu nedenle, idari nitelikteki dava konusu işlemde doğan uyuşmazlıkların idari yargı yerince çözümü gerekir.” “Diğer yandan, 3461 sayılı Kanununun 1. maddesinde; Türkiye Futbol Federasyonunun özel hukuk hükümlerine tabi olduğunun hükme bağlanmış olmasının, salt bu nedenle federasyonca veya federasyon bünyesinde yer alan kurullarca tesis edilen işlemlerin, idari işlem olması niteliğini ortadan kaldırmayacağı da açıktır”³⁴.

Sonuç olarak; Türkiye Futbol Federasyonu, Danıştay’ın bir kararında, özel hukuk tüzel kişisi olarak kabul edilmiş; diğer bir kararında ise “kamu idaresi” olarak nitelendirilmiş ve yaptığı işlem de idari işlem sayılmıştır. Ancak Anayasa’da, özel hukuk tüzel kişilerinin kamusal faaliyette bulunabilmelerini, dolayısıyla kamu gücünü de kullanabilmelerini sağlayan Anayasal bir dayanak yoktur.

Danıştay başka bir kararında ise; “adalet hizmetine yardımcı” ve ona biçişik olarak “kamu hizmeti yerine getiren” ve “ağırlıklı olarak kamusal bir nitelik taşıması” nedeniyle de kamu tüzel kişiliğine yaklaşan bir kurum olan, Adalet Teşkilatını Güçlendirme Vakfı’nın lojman tahsisi ile ilgili işleminin “idari işlem” niteliğinde olduğuna karar vermiştir³⁵. Kararın gerekçesinde ise; söz konusu Vakfın, Medeni Kanun hükümlerine göre kurulmuş bir özel hukuk tüzel kişisi olmasına rağmen; kurucuları ile organlarının tümüyle kamu görevlilerinden oluşması ve genel bütçeli idare bütçesinde yer alan kamu hizmetinin yerine getirilmesi amacıyla kurulduğu göz önüne alındığında; Vakfın, yapısı ve işlevleri bakımından nitelik itibarıyla kamusal alana taşıdığı görülmektedir. Dolayısıyla Danıştay, Vakfın lojman tahsisine ilişkin işlemlerinin, idari nitelikte olduğunu kabul etmiştir.

Danıştay 5. Dairesi, başka bir kararında benzer gerekçelerle, Türkiye Diyanet Vakfı’nın, Medeni Kanun hükümlerine göre kurulmuş özel hukuk tüzel kişisi olduğunu kabul etmiş; ancak bunun, tümü merkezi idarenin üst düzey kamu görevlilerinden oluşan vakıf yönetim kurulunca idari usul ve esaslara göre tesis edilen işlemin idari niteliğini ortadan kaldırmayacağına karar vermiştir³⁶. Söz konusu uyuşmazlıkta; davacı, ilgili talimatta öngörülen hüküm uyarınca zamanında boşaltmadığı için oturmakta olduğu Türkiye Diyanet Vakfı’na ait lojmandan, kolluk kuvvelerince zorla tahliye edileceği yönünde tesis edilen işleme karşı dava açmıştır. Ancak Danıştay, işlemin idari nitelik

³⁴ Danıştay 10. Dairesi, T. 17.06.1992, E. 1991/1149, K. 1991/226, **Danıştay Dergisi**, S.84-85, s.695.

³⁵ Danıştay 5. Dairesi, T. 17.05.2000, E. 2000/476, K. 2000/1516. Bkz.: www.danistay.gov.tr (20.03.2016).

³⁶ Danıştay 5. Dairesi, T. 1.04.2003, E.2000/624, K. 2003/1085. Bkz.: www.danistay.gov.tr (20.03.2016).

taşıdığına karar verdiğinden; idare mahkemesince verilen kararın bozulmasına gerek görmemiş, idari yargı yerinin görevli olduğunu kabul etmiştir.

Adli ve idari yargı kararları arasında meydana gelen olumsuz görev uyumsuzluğu sonucunda; Uyuşmazlık Mahkemesi'ne intikal eden olayda, davacı, yarışta kazanan atları belirleyen işlemin iptalini ve bu sonuca göre altılı ganyan ödülünün kendisine verilmesini talep etmektedir. 6132 sayılı At Yarışları Kanunu uyarınca; bazı illerde at yarışları yapmak ve bu yarışlar üzerinde müşterek bahis tertip etmek hak ve salahiyeti Tarım Bakanlığı'na aittir. Bakanlık ise; bu yetkisini sözleşme ile Türkiye Jokey Kulübüne devretmiştir. Ancak, kulübün yönetiminin Bakan tarafından seçilen görevliler tarafından yürütülmesi, faaliyetlerinin Bakanlığın emir ve direktifleri doğrultusunda yapılması ve denetlenmesi, Komiserler Kurulu'nun idari bir kurul olduğunu göstermektedir. Dolayısıyla, Uyuşmazlık Mahkemesi verdiği kararda; "Türkiye Jokey Kulübü 2908 sayılı Dernekler Kanunu ile düzenlenmiş ve "özel bir kulüp olarak kurulmuş olsa da durum değişmemekte, 6132 sayılı Kanun ve sözleşme kapsamındaki işlemlerin, bu bağlamda müşterek bahis tertip etmek hak ve salahiyetine sahip Komiserler Kurulunun dava konusu kararının idari niteliğini etkilememektedir" demektedir³⁷.

Sonuç olarak; kendilerine kamusal görevler verilmiş bazı özel hukuk tüzel kişilerinin, Yüksek Mahkemelerce bu görevleriyle ilgili yaptıkları işlemlerin "idari" nitelikli olduğu kabul edilmiştir. Hukuki işlemi, idari işlem haline getiren, onu yapan öznenin idare olması değil; bu işlemin "kamu gücü ayrıcalıkları"na dayanmasıdır. O halde, bir hukuki işlem ister kamu tüzel kişisi ister özel hukuk tüzel kişisi tarafından yapılsın, bir kamu gücü ayrıcalığı içeriyorsa; "idari işlem" niteliğindedir³⁸. Bunun sonucunda, idare hukukuna tabi olur ve bu işlemde doğan uyuşmazlıklarda ise, idari yargı görevli olur³⁹.

SONUÇ

Kuvvetler ayrılığı ilkesi uyarınca; yasama organı yasama faaliyetlerini, yargı organı yargı faaliyetlerini, idare organı da idari faaliyetleri ifa etmektedir. İdare organı, idari faaliyetleri ifa ederken, idari işlemler gerçekleştirilmektedir. İdari işlemler, idare fonksiyonunun yerine getirilmesi için yapılan kamu hukuku işlemleridir. İdari işlemlerin en belirgin ve ayırt edici özelliği, bunların idarenin sahip olduğu üstün yetki ve ayrıcalıklar, diğer bir ifadeyle kamu gücü kullanılarak yapılmasıdır.

³⁷ Uyuşmazlık Mahkemesi, T.13.2.1995, E.1995/2, K.1995/1. Bkz.: RG.20.3.1995, S.22233, s.29. <http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/22233.pdf> (18.04.2016).

³⁸ Danıştay 10. Dairesi, T.16.12.2009, E.2009/5590, K.2009/10533. Bkz.: <http://www.kazanci.com>. (1.02.2016).

³⁹ GÖZLER, *age.*, s.553.

İdare, görevlerini yaparken ve yetkilerini kullanırken, önceden konulmuş kural ve esaslar içinde hareket etmektedir. İdarenin sahip olduğu tüzel kişilik adına, kamu görevlileri denilen kişiler, idarenin işlem ve eylemlerini yerine getirmektedir. Bir işlemi, idare hukuku kurallarına bağlı olup olmaması açısından “idari” diye nitelendirebilmek için, bu işlemin organik açıdan idari olmasının yanı sıra, işlemin konusunun kamu hizmeti olması ya da kamu gücü ayrıcalıklarının kullanılması gerekmektedir. Ancak organik ayırımın yetmediği durumlarda, işlemin içeriği (maddi kriter) dikkate alınmalıdır⁴⁰.

İdare kavramının, organik ve maddi anlamı bir bütünü oluşturmaktadır. Organik ve maddi kriterler birlikte ve aynı güçte kullanılmakla birlikte; yargı organlarının kararlarında idari işlemi belirleyici kriter olarak “idare işlevi”nin ön plana çıktığı görülmektedir. Nitekim, kamu adına ve yararına hareket eden idarenin, yönetilenlere karşı sahip olduğu üstün gücün yansımaları olan “idari işlem” yapma yetkisini; Danıştay, özel hukuk tüzel kişilerinin yaptığı işlemleri “idari işlem” olarak nitelendirmekle; bu üstün yetkiyi özel hukuk tüzel kişilerine de tanımış olmaktadır.

Ancak, egemenliğin yansımaları olan kamu gücünün kullanılmasının, sadece kamu tüzel kişilerine ait olduğu göz ardı edilmemelidir. Dolayısıyla, özel hukuk tüzel kişilerinin, Anayasal dayanak olmaksızın “egemenlik” kullanımını olan idari işlem yapma ehliyetine sahip olmalarının hukuki bir yanı olmadığı da organik görüşü benimseyenler tarafından doktrinde tartışılmaya devam etmektedir. Esasen, doktrindeki görüş farklılıklarının, ilgili bilim dalının etkinliğini oluşturan ve ortaya konacak senteze zenginlik katacak unsurlar olduğunu da unutmamak gerekmektedir.

⁴⁰ İsmet GİRİTLİ, Pertev BILGEN, Tayfun AKGÜNER, **İdare Hukuku**, Der Yayınları, İstanbul, 2006, s. 883.

KAYNAKÇA

- Ahmet Emrah AKYAZAN, “Maddi Açından İdari İşlemler”, **TBB Dergisi**, S.85, 2009, s.220.
- Bahtiyar AKYILMAZ, **İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2000.
- Carolin JUNKER, “Der Verwaltungsakt im deutschen und französischem Recht und die Entscheidung im Recht europäischen Gemeinschaften”, Diss. München, 1990.
- Cem AYAYDIN, “Özel Hukuk Kişilerinin Kamu Kudreti Kullanması Sorunu ile 4708 sayılı Yapı Denetimi Hakkında Kanun’a İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararı Hakkında Düşünceler”, **Yıldızhan Yayla’ya Armağan**, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, s.125.
- Celal ERKUT, **İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği**, Ankara, 1990.
- Ender Ethem ATAY, **Hukuk Başlangıcı**, Gazi Kitabevi, Ankara, 2013.
- Georges VEDEL, Pierre DELVOLLE, **Droit Administratif**, C.2, Presses Universitaires de France, 12éd., Paris, 1992.
- İsmet GİRİTLİ, Pertev BİLGİN, Tayfun AKGÜNER, **İdare Hukuku**, Der Yayınları, İstanbul, 2006.
- İlhan ÖZAY, **Günışığında Yönetim**, Alfa Yayınları, İstanbul, 1996.
- Kemal GÖZLER, **İdare Hukuku**, C.1, Ekin Kitabevi, Bursa, 2003.
- Kemal OĞUZMAN, Özer SEÇİLİ, Saibe OKTAY, **Kişiler Hukuku**, 6. bs., Filiz Kitabevi, İstanbul, 1999.
- Lütfi DURAN, **İdare Hukuku Ders Notları**, Fakülteler Matbaası, 1982.
- René CHAPUS, **Droit Administratif Général**, C.1, 7 éd., Montchrestien, Paris, 1993.
- Sıddık Sami ONAR, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C.3, Hak Kitabevi, 1966.
- Şeref GÖZÜBÜYÜK, Turgut TAN, **İdare Hukuku**, C.1, 2. bs., Turhan Kitabevi, Ankara, 2001.
- Yakup BAL, Mustafa KARABULUT, Yahya ŞAHİN, **İdari Yargılama Usulü**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003.
- Yıldızhan YAYLA, **İdare Hukuku**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2009.
- Yıldızhan YAYLA, **İdare Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1990.

Türk Sosyal Güvenlik Sisteminde Gelir ve Aylıkların Birleşmesi

The Combination of Income and Monthly Acquired Rights, in Turkish Social Security System

Yrd. Doç. Dr. Mehmet BAĞCI*

Özet

Bu çalışmanın amacı, gelir ve aylıkların birleşmesi hususunda yürürlükteki sistem ve geçmiş sosyal güvenlik sistemleri kapsamında kazanılmış hakları karşılaştırmak ve sorunları ortaya çıkarmaktır. Gelir ve aylıkların birleştirilmesi hususu 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nda yeniden düzenlenmiş ve tüm çalışanlar için aynı şekilde uygulamaya başlanmıştır. 5510 sayılı Kanun'un yürürlük tarihinden önceki kazanılmış haklar ile Kanun'un yürürlük tarihinden sonraki gelir ve aylıkların birleşmesi hususu farklı Kanunları ilgilendirmesi nedeniyle farklılık arz etmektedir. Bu kapsamda, bu çalışmada, öncelikle gelir ve aylıkların birleşmesi hususu tartışılacaktır. Daha sonra sırasıyla uzun vadeli sigorta kollarından bağlanan aylıkların birleşmesi, kısa vadeli sigorta kollarından bağlanan gelirlerin birleşmesi, gelir ve aylıkların birleşmesi, 5510 sayılı Kanun'un yürürlük tarihinden önce kazanılmış gelir ve aylıkların birleşmesi ile bu gelir ve aylıklara yürürlük tarihinden sonra eklenen gelir ve aylıkların birleşmesi hususları yargı kararları ve uygulama örnekleri de dikkate alınarak ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler

Gelir, Aylık, Gelirlerin Birleşmesi, Aylıkların Birleşmesi, Gelir ve Aylıkların Birleşmesi.

Abstract

The subject of this study is to compare the combination of income and monthly acquired rights under the current system and social security system in force in respect of past and uncover the problems. The issue of consolidation or unification of the salary and incomes is reestablished with "The Social Insurance and Universal Health Insurance Law" (Law Nr.5510) and amended became applicable equally to all employees. The differences between the applications of the unification of salary and monthly incomes before and after the effective date of the law no.5510 and the influences of other laws or regulations on the issue makes the situation more complicated. In this context, in this study the unification of incomes and salary will be discussed first. Than the merger of revenue and months, the merger of monthly connected from long-term insurance arm respectively, short-term

* Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, mehmetbagci@beykent.edu.tr

consolidation of revenues linked insurance arm will be discussed. Then finally the income and consolidation of monthly, with earned income and the unification of the month prior and post to the effective date of the 5510 Act issues will be addressed, with the perspective of judicial decisions and practices.

Keywords

Income, Monthly Acquired Rights, The Combination of Income, The Combination of Monthly Acquired Rights, The Combination of Income and Monthly Acquired Rights.

GİRİŞ

Sosyal devletin en temel işlevlerinden birisi, vatandaşlarının sosyal güvenliğini sağlamaktır. T.C. Anayasası'nın sosyal güvenlik ile ilgili hükümleri devlete bu konuda sorumluluk yüklemiş, sosyal güvenliğini sağlayacağı, gerekli tedbirleri alacağını ve teşkilatı kurmasını hüküm altına almıştır (1982 tarihli T.C. Anayasası m.60).

Ülkemizde; 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu¹ çıkarılıncaya kadar, hizmet akdiyle çalışanların 506, kendi nam ve hesabına çalışanların 1479, devlet memuru olarak çalışanların 5434, tarımda hizmet akdiyle çalışanların 2925, tarımda kendi nam ve hesabına çalışanların 2926 sayılı kanunlara tabi olarak sosyal güvenlikleri sağlanmaktaydı. Diğer bir deyişle, sigortalıların sosyal güvenlik hakları beş ayrı Kanun ile düzenlenmişti. Ayrıca, 506 sayılı Kanun'un geçici 20. maddesindeki sandıklara tabi olanlar da kendi vakıf senetlerine göre sosyal güvenlikleri gerçekleştirilmekteydi. Ayrıca Türk Silahlı Kuvvetleri mensuplarının sosyal güvenlikleri 5510 sayılı Kanun döneminden önce olduğu gibi mevcut durumumda da tamamlayıcı bir sosyal güvenlik sistemini içeren 205 sayılı OYAK Kanunu kapsamındadır.

Müteakiben, 31.05.2006 tarihinde 5510 sayılı Kanun kabul edilmiş, 01.01.2007 tarihinde de yürürlüğe girmesi öngörülmüştür. Ancak, 5510 sayılı Kanun'un bazı maddelerinin Anayasa Mahkemesince iptal edilmesi, kanuna ek ve değişiklik getiren mevzuatın çıkarılması gibi nedenlerle yürürlük tarihi; önce 01.07.2007 tarihine, sonra 01.01.2008 tarihine ertelenmiş ve nihayet 5510 sayılı Kanun, 01.10.2008 tarihinde tüm hükümleri ile yürürlüğe girmiştir. 5510 sayılı Kanun ile sosyal sigortalar alanında birçok konuda norm ve standart birliği sağlanmış ve uygulamaya geçirilmiştir.

Mevcut sosyal güvenlik sisteminde 5510 sayılı Kanun'un 4. maddesinde üç tür sigortalılığın mevcut olduğu belirtilmiştir. Bunlar kısaca; m.4/I, (a) bendi altında hizmet akdi ile bir veya birden fazla işveren tarafından çalıştırılanlar, m.4/I, (b) bendi altında bağımsız çalışanlar, m.4/I, (c) bendi altında

¹ RG, 16.06.2006, 26200.

memurlar ve kamu görevlileri olarak hüküm altına alınmıştır. Bu kapsamda, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'na ve 2925 sayılı Tarım İşçileri Sosyal Sigortalar Kanunu'na göre sigortalı olanlar 5510 sayılı Kanun m.4/I, (a); 1479 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu ve 2926 sayılı Tarımda Kendi Adına ve Hesabına Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kanunu'na göre sigortalı olanlar 5510 sayılı Kanun, m.4/I, (b); bendinde belirtilenlere uygulanmaktadır. 5510 sayılı Kanun yürürlüğe girmeden önce, 5434 sayılı T.C. Emekli Sandığı Kanunu'na göre iştirakçi olanlar da 5510 sayılı Kanun m.4/I, (c) yönünden sigortalı sayılmıştır².

Çalışmamızın konusu gelir ve aylıkların birleşmesi hususunda yürürlükteki sistem ve geçmiş sosyal güvenlik sistemleri kapsamında kazanılmış hakları karşılaştırmak ve sorunları ortaya çıkarmaktır. Gelir ve aylıkların birleştirilmesi hususu 31.05.2006 tarihli ve 5510 sayılı Kanun'da yeniden düzenlenmiş ve tüm çalışanlar için aynı şekilde uygulanmaya başlanmıştır³.

Çalışmamızda, gelir ve aylıkların birleşmesi anlatılacak, daha sonra sırasıyla uzun vadeli sigorta kollarından bağlanan aylıkların birleşmesi, kısa vadele sigorta kollarından bağlanan gelirlerin birleşmesi, gelir ve aylıkların birleşmesi, kazanılmış gelir ve aylıkların birleşmesi hususları yargı kararları ve uygulama örnekleri de dikkate alınarak ele alınacaktır.

1. SİGORTA EDİMLERİNİN BİRLEŞMESİ

5510 sayılı Kanun yürürlüğe girmeden önceki sosyal sigorta sisteminde çalışan sigortalılıklar mevcuttu. Geçmişteki sistemde, "sigortalılıkta teklik ilkesi" doğrultusunda, çalışanların aynı anda birden fazla sosyal güvenlik yasa kapsamında sigortalı sayılması geçersiz sayılıyordu⁴. Ancak, sigortalıların tabi oldukları yasa kapsamında, birden fazla aylık ve gelir alması mümkündü. Böyle bir durum, söz konusu ilkenin ihlali anlamına gelmemekteydi. Farklı kurumlardan da olsa, sigortalının prim karşılığını ödediği sigorta kolları edimlerinden yararlanması doğal karşılanıyordu⁵. Mevcut sistemde, 6111 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önce, 5510 sayılı Kanun'un 53'üncü maddesi

² Ayrıntılı bilgi için Bkz. Ali Güzel, Ali Rıza Okur, Nurşen Caniklioğlu, *Sosyal Güvenlik Hukuku*, 15. Baskı, 2014, İstanbul, s.101-247; Can Tuncay, Ömer Ekmekçi, *Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri*, Beta Yayınları, 16. Baskı, İstanbul, 2013, s.259-282; Levent Akın, *Sosyal Güvenlik Hukukunda Bağımlı Çalışanların Maluliyeti*, Yetkin Yayınları, Ankara 2007, s.40-110.

³ Ayrıntılı bilgi için Bkz. Mehmet BAĞCI, "*Maluliyet ve Vazife Maluliyeti*", Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi, 2014.

⁴ "...Sosyal güvenlik sisteminin yapısı itibarıyla çifte sigortalılık üzerinden birden fazla yaşlılık aylığına hak kazanmaya olanak vermediği.." Yarg. HGK'nun 15.01.2014 tarihli ve E. 2013/10-235-K. 2014/9 sayılı kararı; www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi 29.03.2016).

⁵ Ali Nazım Sözer, Coşkun Saraç, "*Sosyal Sigorta Edimlerinde Çokluk Birden Fazla Ödenek, Gelir ve Aylığa Hak Kazanmak*", Legal İşHSGHD, 20.Sayı, 2008, s.1481.

sosyal sigortalarda teklik ilkesini öngörmüştü⁶. Ancak, yapılan değişikliklerle bu hususta geri gidişler oluşmuştur⁷. Bu kapsamda, geçmiş sosyal güvenlik sisteminde ve yürürlükteki sosyal güvenlik sisteminde sigortalılıkların çakışması yani birden fazla sosyal sigorta ilişkisi bulunması mümkündür⁸. Bu durum bazen zorunlu sigortalılıkta olabildiği gibi isteğe bağlı sigorta ile zorunlu sigortalılık arasında da olabilmektedir. Çakışma, aynı zamanda kısmi ve tam sigortalılık arasında da gerçekleşebilmektedir.

Belirtmek gerekir ki, yabancı ülkelerdeki hak edilen gelir ve aylıkların ülke sosyal güvenlik mevzuatına göre hak edilen gelir ve aylıklar ile birleşip birleşmeyeceği hususu da önem arz etmektedir. Örneğin Almanya'da çalışmalarından ötürü malullük aylığı almaya hak kazanan Türk Vatandaşının, ayrıca ülkemizde de borçlanma yoluyla yaşlılık aylığı alması mümkündür⁹.

Bazı durumlarda sigortalı farklı sebeplerle birden fazla gelir ya da aylık almaya da hak kazanabilir. Buna çalışmamızda, gelir ve/veya aylıkların birleşmesi diyeceğiz.

Bu kapsamda öncelikle gelir ve aylığın tanımını açıklamamız uygun olacaktır. 5510 sayılı Kanun'un "Tanımlar" başlıklı 3. maddesinde; "Gelir: İş

⁶ Müjdat Şakar, *Sosyal Sigortalar Uygulaması*, 11.baskı, İstanbul, Beta Yayınevi, 2014, s.92; 53.maddenin, 1.fıkrasının değişiklikten önceki hali: "(Değişik 1. fıkra: 5754 - 17.4.2008 / m.33) 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." şeklindedir; Güzel, Okur, Caniklioğlu, **a.g.e.**, 173.

⁷ 5510 sayılı Kanun'un "Sigortalılık hallerinin birleşmesi" başlıklı 53.maddesinin, 1.fıkrası; "(Değişik 1.fıkra: 6111 - 13.2.2011 / m.33) 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 sayılır. Ancak, sigortalılık hallerinin çakışması nedeniyle Kanunun 4'üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamındaki sigortalılığı esas alınanlar, yazılı talepte bulunmak ve Kanunun 82'nci maddesine göre belirlenen prime esas kazanç alt sınırı ve üst sınırına ilişkin hükümler saklı olmak kaydıyla, esas alınmayan sigortalılık statüsü kapsamında talep tarihinden itibaren prim ödeyebilirler. Bu şekilde ödenen primler; iş kazası ve meslek hastalığı sigortasından sağlanan haklar yönünden, Kanunun 4'üncü maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında sigortalılık statüsünde, kısa vadeli sigorta kollarından sağlanan diğer yardımlar ile uzun vadeli sigorta kollarından sağlanan yardımlar yönünden ise Kanunun 4'üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalılık statüsünde değerlendirilir. Bu fıkra hükümlerine göre ödeme talebinde bulunulduğu halde ait olduğu ayı izleyen ayın sonuna kadar ödenmeyen primlerin ödenme hakkı düşer. 4'üncü maddenin birinci fıkrasının (b) bendinin (4) numaralı alt bendi ile aynı maddenin birinci fıkrasının (b) bendindeki diğer sigortalılık statülerine aynı anda tabi olacak şekilde çalışılması durumunda, (b) bendinin (4) numaralı alt bendi dışındaki diğer sigortalılık durumu dikkate alınır." şeklindedir.

⁸ Ali Nazım SÖZER, *İşçi, Bağımsız Çalışan ve Kamu Görevlileri Bakımından Türk Sosyal Sigortalar Hukuku*, 2.Baskı, İstanbul, 2015, s.489-490; Ayrıntılı bilgi için Bkz., Ali Ekin, *Zorunlu Sigortalılık İlkesi Kapsamında Sigortalılık Hallerinin Çakışması ile Gelir ve Aylıkların Birleşmesi*, Sosyal Güvenlik Dergisi, 2016, C.6, S.1, s.94-125.

⁹ Sözer, Saraç, **a.g.m.**, s.1485.

kazası veya meslek hastalığı halinde sigortalıya veya sigortalının ölümü halinde hak sahiplerine, yapılan sürekli ödeme; Aylık; Malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları ile vazife malullüğü halinde yapılan sürekli ödeme” şeklinde tanımlanmıştır¹⁰. Kısaca; gelir kısa vadeli sigorta kollarından, aylık ise uzun vadeli sigorta kollarından sağlanan sosyal sigorta edimleridir. Sigortalının, söz konusu edimlere hak kazanabilmesi için, kısa vadeli sigorta kolları için % 2 oranında¹¹, uzun vadeli sigorta kolları için ise % 20 oranında sigortalı için prim ödenmesi gerekmektedir (5510 sayılı Kanun m.81). 5510 sayılı Kanun’un 16, 17, 19, 20. maddeleri gelirlere ilişkin hükümleri, 29. maddesi aylıklara ilişkin hükümleri 34, 54, 55, 56, 93, 94, 96, 97. maddeleri ile 1, 7, 20. geçici maddeleri gelir ve aylıklara ilişkin ortak hükümleri içermektedir.

Bazı durumlarda sigortalı, hem sürekli iş göremezlik gelirin hem de yaşlılık aylığına, bazen de hem yaşlılık aylığına hem de malullük aylığına hak kazanır durumda olabilir. Bu durumlarda da söz konusu sigortalıya her iki aylığın ya da hem gelir hem de aylığın bağlanıp bağlanmayacağı önemli bir sorun olarak karşımıza çıkar. 5510 sayılı Kanun’un 54. maddesi bu ve buna benzer durumları düzenlemektedir¹². Çalışmamızın ana esaslarını 5510 sayılı Kanun’un 54. maddesi belirleyecektir¹³.

5510 sayılı Kanun’un “Aylık ve gelirlerin birleşmesi” başlıklı 54. maddesi; Kanuna göre bağlanacak aylık ve gelirlerin birleşmesi durumunda, önce uzun vadeli sigorta kollarından bağlanacak olan aylıkların birleşmesi durumunu, daha sonra kısa vadeli sigorta kollarından bağlanacak olan gelirlerin birleşmesi durumunu, son olarak da gelir ve aylıkların birleşmesi durumunu hüküm altına almıştır¹⁴. Biz de bu sistematik içinde konuyu ele alacağız. Ayrıca 5510 sayılı Kanun öncesi durum ayrı bir başlık içinde incelenecektir.

2. AYLIKLARIN BİRLEŞMESİ

Malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları ile vazife malullüğü halinde yapılan sürekli ödeme olan “aylık”ların birleşmesi halini bu başlıkta inceleyeceğiz. Bu

¹⁰ Tuncay, Ekmekçi, **a.g.e.**, s.480.

¹¹ 5510 sayılı Kanun m.81/1, (c); “...Bu primin tamamını işveren öder. Bu oranı %1,5 oranına düşürmeye ya da %2,5 oranına artırmaya Bakanlar Kurulu yetkilidir.”

¹² Güzel, Okur, Caniklioğlu, **a.g.e.**, s.696; Cevdet İlhan Günay, *İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2008, s.506-507.

¹³ Ayrıntılı bilgi için Bkz. SGK’nın 2008/96 tarihli ve sayılı, “5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun Tahsis Mevzuatına İlişkin Hükümleri” konulu genelgesi ile 2009/70 tarihli ve sayılı “Gelir ve Aylıkların Birleşmesi” konulu genelgesi.

¹⁴ Kadir Arıcı, *Türk Sosyal Güvenlik Hukuku*, Gazi Kitabevi, Ankara, 2015, s.454-456; M.Refik Korkusuz, Suat Uğur, *Sosyal Güvenlik Hukuku*, Ekin Basın Yayın Dağıtım, Bursa, 2015, s.308-309, s.382; Yusuf Alper, *Türk Sosyal Güvenlik Sistemi Sosyal Sigortalar Hukuku*, Dora Yayınevi, Bursa, 2013, s.287; Polat Tunçer, *İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku*, 3.Baskı, Ekin Basın Yayın Dağıtım, 2015, s.322-323.

aylıklar ise sırasıyla malullük, yaşlılık, ölüm ve vazife malullüğü aylığı olarak adlandırılmaktadır¹⁵. Yukarıda da belirtildiği gibi, sigortalı bu aylıkların birine hak kazanabileceği gibi birkaçına birden de hak kazanabileceği durumlar ortaya çıkabilir. Ayrıca birden fazla ölüm aylığına hak kazanma ihtimali de mevcuttur.

Söz konusu, uzun vadeli sigorta kollarından sağlanan edimlerden aylıkların birleşmesi hususunu 5510 sayılı Kanun'un "Aylık ve gelirlerin birleşmesi" başlıklı 54. maddesi, 1. fıkrası a bendinde; 5510 sayılı Kanuna göre bağlanacak aylık ve gelirlerin birleşmesi durumunda; uzun vadeli sigorta kollarından hangi esaslar doğrultusunda aylık bağlanacağı hüküm altına alınmıştır.

Aylıklar 5510 sayılı Kanun'a göre uzun vadeli sigorta kollarının yani malullük, vazife malullüğü, yaşlılık ve ölüm sigortaların edimleridir. Sigortalının, söz konusu sigorta kollarının korumasından faydalanabilmek için % 20 oranında sigortalı için prim bildirilmesi (ödenmesi) gerekmektedir (5510 sayılı Kanun m.81). Malul olan sigortalı da yaşlılık sigortasından faydalanacak sigortalı da ölüm sigortasından yararlanacak hak sahibi de bir bütün halinde ödenen (bildirilen) primlerin karşılığında sigorta edimi olan aylığa hak kazanmaktadır. Aylıkların Birleşmesi hususunun ayrıntıları aşağıda, ana esasları ise TABLO.1 de belirtilmiştir.

2.1. Hem Malûllük Hem de Yaşlılık Aylığına Hak Kazanan Sigortalının Durumu (m.54/I, (a), 1)

Kanunkoyucu, hem malûllük hem de yaşlılık aylığına hak kazanan sigortalıya, bu aylıklardan yüksek olanı, aylıklar eşitse yalnız yaşlılık aylığının bağlanacağına kısaca sadece yüksek olanın verileceğine hükmetmiştir (m.54/I, (a), 1). Bu konudaki hükmün, yani sadece bir aylığın bağlanmasının, sigortalanın malullük, yaşlılık ve ölüm risklerinin tamamı için tek prim ödenmesi nedeniyle isabetli olduğunu değerlendiriyoruz.

2.2. Malûllük, "Vazife Malullüğü" veya Yaşlılık Aylığı ile Birlikte, Ölen Eşinden Dolayı da Aylığa Hak Kazanan Sigortalının Durumu (m.54/I, (a), 2)

Malûllük, "vazife malullüğü" veya yaşlılık aylığı ile birlikte, ölen eşinden dolayı da aylığa hak kazanan sigortalıya her iki aylığı bağlanacaktır (m.54/I, (a), 2). Burada iki grup bulunmaktadır. Birinci grup malullük aylığı ya da vazife malullüğü aylığı veya yaşlılık aylığı alanlar. İkinci grupta ise birinci gruptan aylık alanlardan ölen eşinden dolayı da aylığa hak kazananlardır. Kanun metninin yazılış tekniği anlaşılmayı zorlaştırmaktadır. Burada anlatılmak istenen birinci gruptan aylık alanların aynı zamanda ölen eşinden dolayı da aylık alması durumudur. Bu durumda olan her iki aylığı da almaya hak kazanan sigor-

¹⁵ Resul, Aslanköylü, *Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu Şerhi (SSK ile Karşılaştırma)*, Ankara, 2009, (Kısaca: **Şerh-SSK ile Karşılaştırmalı**), s.1098.

talya her iki aylığa da bağlanacaktır. Karışıklığa neden olan Kanun metninde birinci grup ile ikinci grup ta belirtilen aylıkların birleşip birleşmemesi hususu açık olarak belirtilmemiştir. Söz konusu aylıkların birleşmeyeceği Aslanköylü tarafından belirtilmiştir¹⁶. Bize göre ise bu yorum isabetli değildir. Burada belirtilen yukarıda da değindiğimiz üzere, malullük ya da vazife malullüğü veya yaşlılık aylığı alanların aynı zamanda ölen eşinden dolayı da aylığa hak kazanmasıdır¹⁷.

2.3. Ana ve Babasından Ayrı Ayrı Aylığa Hak Kazanan Çocukların Durumu (m.54/I, (a), 3)

Ana ve babasından ayrı ayrı aylığa hak kazanan çocuklara, yüksek olan aylığın tamamı, az olan aylığın yarısı ödenecektir (m.54/I, (a), 3). Burada Anayasanın 2, 60-65. maddelerinde belirtilen sosyal devlet ilkesi doğrultusunda hareket edildiği değerlendirilmektedir.

2.4. Birden Fazla Çocuğundan Aylığa Hak Kazanan Ana ve Babanın Durumu (m.54/I, (a), 4)

Birden fazla çocuğundan aylığa hak kazanan ana ve babaya en fazla ödemeye imkân veren ilk iki dosyadan yüksek olan aylığın tamamı, düşük olan aylığın yarısı ödenir (m.54/I, (a), 4). Bu hüküm isabetlidir. Burada öncelikle dosyaların ödeme imkânları sıraya konulacaktır. En fazla ödemeye imkân veren ilk iki dosyadan işlem yapılacaktır¹⁸. Diğer dosyalar devre dışı bırakılacaktır.

2.5. Hem Eşinden, Hem de Ana ve/veya Babasından Ölüm Aylığına Hak Kazanan Kız Çocuklarının Durumu (m.54/I, (a), 5)

Hem eşinden, hem de ana ve/veya babasından ölüm aylığına hak kazananlara, tercihinin göre eşinden ya da ana ve/veya babasından bağlanacak aylığı bağlanır (m.54/I, (a), 5). Bilindiği gibi evlenme ile kız çocuğuna bağlanmış olan ölüm aylığı kesilmektedir (m.37, I). Kocanın ölümü veya boşanma durumunda aylık tekrar bağlanmaktadır. Kanunkoyucu, eşe aylık bağlama konusunda ikinci aylığın yarısının bağlanması kistasından ayrılmıştır. Burada da ikinci aylığın yarısının bağlanması ölçütünün kullanılması uygun olurdu¹⁹. Bu bentte dikkati çeken diğer husus ise, hak sahibi kız çocuğuna yüksek olan değil de tercih ettiği aylığın bağlanacağıdır. Ancak doğal olarak yüksek olan aylık seçilecektir²⁰.

¹⁶ Aslanköylü, **Şerh-SSK ile Karşılaştırmalı**, s.1100.

¹⁷ Güzel, Okur Caniklioğlu, **a.g.e.**, s.554, s.741.

¹⁸ Farklı görüşte, Aslanköylü, **Şerh-SSK ile Karşılaştırmalı**, s.1100

¹⁹ Bkz. Aynı görüşte, Yasakoyucunun burada hak sahibine değil de Kurumun yararına öncelik verdiği düşünülmektedir, Güzel, Okur Caniklioğlu, **a.g.e.**, s.742.

²⁰ Aslanköylü, **Şerh-SSK ile Karşılaştırmalı**, s.1101.

2.6. Vazife Malullüğü Aylığı Almakta İken, Tekrar Sigortalı Olanlardan Hem Vazife Malullüğüne Hem de Malullük Aylığına Hak Kazananların ve Bunlardan Hem Vazife Malullüğü Hem de Yaşlılık Aylığına Hak Kazananların Durumu (m.54/I, (a), 6)

5510 sayılı Kanun'da, malullük sigortası işçiler ve bağımsız çalışanlar ile memurlar ve kamu görevlileri için ortak olarak düzenlenmiş (m.25), vazife malullüğü ise yalnızca memurlar ve kamu görevlilerine ilişkin hükümler bölümünde onlara özgü olarak malullüğün özel bir hali olarak hüküm altına alınmıştır (m.47)²¹. 5510 sayılı Kanun'un 47. maddesinin ilk halinde vazife malullüğü m.4/I, (c) kapsamına giren sigortalılar için iş kazası ve meslek hastalığı şeklinde düzenlenmiş, daha sonra da 17.4.2008 tarihli 5754 sayılı Kanun'la değiştirilerek m.4/I, (c) kapsamına giren sigortalılar için uzun vadeli sigorta kolları arasına girmiştir. 5510 sayılı Kanun'da vazife malullüğü ile ilgili olarak malullük tanımının esas alınması ve Kanun'un m.54/I. fıkrasında, vazife malullüğü aylığının uzun vadeli sigorta edimi sayılmasıyla, vazife malullüğünün uzun vadeli sigorta dalına dâhil edildiği söylenebilir. Aslında Kanun'un son hali gözönüne alındığında, malullük ve vazife malullüğü aynı risk grubuna giren sigorta koludur. Nitekim Kanun'un m.54/I, (a), 6 de: "Bu Kanuna göre vazife malullüğü aylığı almakta iken, tekrar sigortalı olanlardan hem vazife malullüğüne hem de malullük aylığına hak kazananlara bu aylıklardan yüksek olanı, aylıkları eşitse yalnızca vazife malullüğü aylığı.."nın bağlanacağı isabetli olarak belirtilmiştir.

Belirtmek gerekir ki, bunlardan hem vazife malullüğü hem de yaşlılık aylığına hak kazananlara, bu aylıkların her ikisinin ödeneceği hüküm altına alınmıştır. Aynı risk grubunda olmasına rağmen her iki aylığında ödenmesi kanaatimizce isabetlidir. Çünkü kanunkoyucu tarafından vazife malullüğü önce kısa vadeli sigorta kolları arasında düşünülmüş, daha sonra 5734 sayılı Kanunla uzun vadeli sigorta kolları arasına dâhil edilmiştir. Bu kapsamda, bu durumda olanlara, her iki aylığın da ödenmesi sosyal sigorta sistemi açısından uygun olmuştur. Kanun vazife malullüğünü uzun vadeli sigorta kolları içinde tuttuğu için bu düzenlemeyi tutarlı saymak gerekir. Ancak bu durumda da malullük ve vazife malullüğü ödemelerinin birleşmesi durumunda yüksek olan ödeme alınacaktır. **Bu düzenleme kanaatimizce isabetli olmuştur.**

Gerek, 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu, 2330 sayılı Nakdi Tazminat ve Aylık Bağlanması Hakkında Kanuna göre vazife malullüğü aylığı bağlanmış olanlar ve Harp malulleri ile gerekse bunların dışındaki vazife malullerinin, 5510 sayılı Kanunun uzun vadeli sigorta kollarına tabi olarak çalışmaları neticesinde, Yasanın öngördüğü şartların gerçekleşmesi halinde **ayrıca yaşlılık aylığı da bağlanacak, vazife malullüğü aylığı ile birlikte bu**

²¹ Tuncay, Ekmekçi, a.g.e., s.410.

aylıkların tamamını alabileceklerdir. Bu kimselerin (adi) maluliyet aylığına hak kazanmaları durumunda ise, vazife malullüğü aylığı ile (adi) maluliyet aylığı karşılaştırılması neticesinde sadece yüksek olanını alabileceklerdir^{22,23}.

2.7. Evliliğin Ölüm Nedeniyle Sona Ermesi Durumunda Sonraki Eşinden de Aylığa Hak Kazananların Durumu (m.54/I, (a), 7)

Ölen sigortalının dul kalan eşi, evlendiğinde ölüm aylığı kesilmektedir. Ancak, evlilik son bulduğunda önceki eşten tekrar ölüm aylığı bağlanacaktır. Sonraki evlilikte ölüm nedeniyle bittiğinde ise her iki aylıktan yüksek olanı değil, tercih ettiği aylık bağlanacaktır (m.54/I, (a), 7)²⁴.

3. GELİRLERİN BİRLEŞMESİ

İş kazası veya meslek hastalığı halinde sigortalıya veya sigortalının ölümü halinde hak sahiplerine, yapılan sürekli ödeme gelir olarak ifade edilmektedir. Söz konusu, uzun vadeli sigorta kollarından sağlanan edimlerden gelirlerin birleşmesi hususunu 5510 sayılı Kanun'un "Aylık ve gelirlerin birleşmesi" başlıklı 54. maddesi, 1. fıkrası b bendinde; 5510 sayılı Kanuna göre bağlanacak aylık ve gelirlerin birleşmesi durumunda, kısa vadeli sigorta kollarından; hangi esaslar doğrultusunda gelir bağlanacağı, aylıkların birleşmesinin belirtildiği "a" bendine benzer ve aynı esaslar çerçevesinde hüküm altına alınmıştır. Ana esasları gelirlerin birleşmesi tablosunda (TABLO.2) belirtilen bu bendin hükümlerinin ayrıntılarını da aşağıda sırasıyla inceleyelim.

3.1. Sürekli İş Göremezlik Geliriyle Birlikte Ölen Eşinden Dolayı da Gelire Hak Kazanan Eşin Durumu (m.54/I, (b), 1)

Kısa vadeli sigorta kollarından sürekli iş göremezlik geliri almakta olan kadın ya da erkek eş²⁵, aynı zamanda iş kazası ve meslek hastalıklarından dolayı ölen eşinden dolayı da ölüm gelirin hak kazanabilir. Bu durumda, sürekli iş göremezlik geliriyle birlikte ölen eşinden dolayı da gelire hak kazanan eş her iki geliri ödenecektir (m.54/I, (b), 1).

3.2. Ana ve Babadan Ayrı Ayrı Gelire Hak Kazananların Durumu (m.54/I, (b), 2)

Ana ve babadan ayrı ayrı gelire hak kazananlara, yüksek olan gelirin tamamı, az olanın yarısı ödenecektir (m.54/I, (b), 2).

²² Ayhan Tuncer, <http://www.isvesosyalguvenlik.com/vazife-malulu-ayligi-alanlarin-calistirilmalari-halinde-5510-sayili-kanuna-gore-sigortalilik-durumlari>, (Erişim tarihi, 19.03.2016).

²³ Bkz., Yarg. 10. HD. 4.5.1987 tarihli ve 319/2659 sayılı kararında Almanya'da kısmi malullük aylığı bağlanan sigortalıya ayrıca Türkiye'de de malullük aylığı bağlanabileceğine karar vermiştir, Aslanköylü, **Şerh-SSK ile Karşılaştırmalı**, s.796.

²⁴ Güzel, Okur Caniklioğlu, **a.g.e.**, s.742.

²⁵ Aslanköylü, **Şerh-SSK ile Karşılaştırmalı**, s.1101.

3.3. Birden Fazla Çocuğundan Gelire Hak Kazanan Ana ve Babanın Durumu (m.54/I, (b), 3)

Birden fazla çocuğundan gelire hak kazanan ana ve babaya, en fazla ödemeye imkân veren ilk iki dosyadan yüksek olan gelirin tamamı, düşük olan gelirin ise yarısı verilecektir (m.54/I, (b), 3).

3.4. Hem Eşinden, Hem de Ana ve/veya Babasından Ölüm Gelirine Hak Kazananların Durumu (m.54/I, (b), 4)

Hem eşinden, hem de ana ve/veya babasından ölüm gelirine hak kazananlara, tercihinine göre eşinden ya da ana ve/veya babasından bağlanacak geliri bağlanmaktadır (m.54/I, (b), 4). Bu hüküm pek açık değildir. Hak sahibi, ya eşinden ya da anne ve/veya babasından olan gelirlerden birini tercih edecektir. Ancak, hem anne hem de babasından gelir almayı hak ediyorsa, anne ve/veya babasından olan geliri tercih eden kişiye, "ana ve babadan ayrı ayrı gelire hak kazananlara, yüksek olan gelirin tamamı, az olanın yarısının ödeneceği (m.54/I, (b), 2)" hükmüne istinaden gelir bağlanacaktır²⁶.

3.5. Evliliğin Ölüm Nedeniyle Sona Ermesi Durumunda Sonraki Eşinden de Gelire Hak Kazananların Durumu (m.54/I, (b), 5)

Evliliğin ölüm nedeniyle sona ermesi durumunda sonraki eşinden de gelire hak kazananlara tercih ettiği geliri bağlanır (m.54/I, (b), 5). Sağ kalan eş her iki ölen eşinden ölüm geliri alamaz. Söz konusu hak sahibine tercih ettiği gelir bağlanacaktır.

4. GELİR VE AYLIKLARIN BİRLEŞMESİ

4.1. Gelir ve Aylıkların Birleşmesi

5510 sayılı Kanun'un "Aylık ve gelirlerin birleşmesi" başlıklı 54. maddesi, 1. fıkrası c bendi; kısa ve uzun vadeli sigorta kollarından sağlanan edimlerden gelir ve aylıkların birleşmesi hususunu "Bu Kanuna göre bağlanacak aylık ve gelirlerin birleşmesi durumunda; **Malullük, yaşlılık, ölüm sigortaları ve vazife malullüğü ile iş kazası ve meslek hastalığı sigortasından hak kazanılan aylık ve gelirler birleşirse**, sigortalıya veya hak sahibine bu aylık veya gelirlerden yüksek olanın tamamı, az olanın yarısı, eşitliği halinde ise iş kazası

²⁶ İleride de belirtileceği gibi geçmiş dönem sosyal sigorta kanunları farklı sonuçlara neden olmaktadır, "...davacının eşi ve babasının ölüm tarihlerine göre uygulanması gereken 506 sayılı Yasanın geçici 91. maddesi çerçevesinde; eş/babasından da ölüm aylığı bağlanabilmesi için kız çocuğu davacının, "evlenmeme, Sosyal Sigortaya, Emekli Sandıklarına tabi çalışmama veya kendi çalışmalarından dolayı buralardan gelir veya aylık almama" hallerinin söz konusu olup olmadığı belirlenerek; ...yapılacak değerlendirme sonucuna göre karar verilmesi gerekir...", Yarg. 10.H.D.nin 30.11.2015 tarihli ve E.2015/4164-K.2015/20948 sayılı kararı (Yayımlanmamıştır).

ve meslek hastalığından bağlanan gelirin tümü, malullük, vazife malullüğü veya yaşlılık aylığının yarısı bağlanır.” şeklinde hüküm altına almıştır²⁷.

Ayrıntıları TABLO.3 (Gelir ve Aylıkların Birleşmesi)'te gösterilmiştir. Düzenlemede hak sahibi ifadesi kullanılmış, anne, baba, çocuk ya da eşler arasında ayırım yapılmamıştır. Vazife malullüğü de bu hükme dâhildir. Burada belirtilen husus, aylık ve gelirlerin birleşmesi durumudur. Aylıkların ve gelirlerin kendi içlerinde birleşmesi durumu maddenin 1. fıkrasının a ve b bentlerinde belirtilmiştir. Örnek olarak eşlerde iki aylık birleştiğinde de birine, iki gelir birleştiğinde de birine hak kazanabilecekken, bir aylık bir gelir birleştiğinde birini tam diğerini de yarım olmak üzere hak kazanacaktır. Uzun ve kısa vadeli sigorta kollarında eşler için çift ödeme yapılması tercihinin seçilmiş olması öğretide eleştirilmiştir²⁸. Bize göre sosyal sigorta edimleri için bir ilke konulmaya çalışılmış olması nedeniyle hüküm isabetlidir.

Aynı kişinin hem malullük aylığına hem yaşlılık aylığına hem de iş kazası ve meslek hastalıkları sigortasından sürekli iş göremezlik gelirin hak kazanması koşullarını yerine getirmesi olasılığı da mevcuttur. Bir durumda da yukarıda ifade edilen hükümler uygulanmalıdır. Sigortalıya bu aylık ve gelirlerden yüksek olanın tümü, eksik olanın da yarısı bağlanmalıdır. Burada, hüküm gereği yaşlılık ve malullük aylığının birlikte verilmesi mümkün olmadığından öncelikle bu iki aylık arasında yüksek olanı tespit edilmelidir. Daha sonra, yüksek olan aylık ve sürekli iş göremezlik geliri arasında bir karşılaştırma yapılmalı ve bundan sonra yüksek olanın tümü eksik olanında yarısı bağlanmalıdır. Eğer daha yüksek olan aylık ve sürekli iş göremezlik geliri eşit çıkarsa, gelirin tümü, maluliyet, yaşlılık ve ölüm sigortalarından bağlanan aylığın da yarısı verilmelidir.

Belirtmek gerekir ki gelir ve aylıkların birleşmesi durumunda yüksek olanın tamamı diğerinin ise yarısının bağlanması eleştiriye açıktır. Benzer düzenlemeyi içeren mülga 506 sayılı Kanun'un 92. maddesinin her iki ödememinin de tam olması gerektiğini içeren iptal davasına ilişkin Anayasa Mahke-

²⁷ "...506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun 92.maddesine göre, malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları ile iş kazalarıyla meslek hastalıkları sigortasından hak kazanılan aylık ve gelirler birleşirse, sigortalıya veya hak sahibine bu aylık ve gelirlerden yüksek olanın tümü, eksik olanın da yarısı bağlanır. Bu aylıklar eşitse, iş kazaları ile meslek hastalıkları sigortasından bağlanan gelirin tümü, malullük, yaşlılık ve ölüm sigortalarından bağlanan aylığın da yarısı verilir...", Yarg. 10.H.D.nin 06.02.2007 tarihli ve E. 2006/13161-K. 2007/1700 sayılı kararı, www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi 29.03.2016); "...5510 Sayılı Kanun'un 54'üncü maddesinin "c" bedinde yer alan "Malullük, yaşlılık, ölüm sigortaları ve vazife malullüğü ile iş kazası ve meslek hastalığı sigortasından hak kazanılan aylık ve gelirler birleşirse, sigortalıya veya hak sahibine bu aylık veya gelirlerden yüksek olanın tamamı, az olanın yarısı, eşitliği halinde ise iş kazası ve meslek hastalığından bağlanan gelirin tümü, malullük, vazife malullüğü veya yaşlılık aylığının yarısı bağlanır." hükmünün gözletilmesi gerekir...", Yarg. 10.H.D.nin 26.01.2016 tarihli ve E. 2015/6503-K. 2016/835 sayılı kararı, www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi 29.03.2016).

²⁸ Sözer, Saraç, a.g.m., s.1491.

mesi kararında²⁹; sosyal devlet ilkesine aykırı bir durumun olmadığı, her iki ödemenin de tam olarak ödenmesi durumunda kurum aktüeryal dengesinin bozulabileceği ve primlerin artırılması gerekebileceği, birinin tam diğerinin yarım ödenmesinin, sakat olanın koruma önceliğinin gözetilmesi nedeniyle de uygun olduğu vurgulanmıştır. Ancak primlerin tam, ödemenin ise sınırlı yapılması öğretilmiş ve karşı oy yazılarında haklı olarak eleştirilmiştir³⁰. Biz bunun bir sosyal politika tercihi olduğunu ve kurumun aktüeryal dengesini güçlü tutmak amacıyla yapıldığını kabul etmekle birlikte ayrı ve tam primler karşılığında ayrı ve tam edimlerin olması gerektiği kanaatini taşıyoruz.

4.2. Bir Kişide İki Den Fazla Gelir veya Aylık Birleştiği Takdirde Gelir ve Aylıkların Birleşmesi

5510 sayılı Kanun'un "Aylık ve gelirlerin birleşmesi" başlıklı 54. maddesi, bir kişide ikiden fazla gelir veya aylık birleşmesi durumunu da 2. fıkrası ile; "Birinci fıkradaki sıralamaya göre yapılacak değerlendirmeler sonucunda, bir kişide ikiden fazla gelir veya aylık birleştiği takdirde, bu gelir ve aylıklardan en fazla ödemeye imkân veren iki dosya üzerinden gelir veya aylık bağlanır, diğer dosya veya dosyalardaki gelir ve aylık hakları durum değişikliği veya diğer bir dosyadan gelir veya aylığa hak kazanıldığı tarihe kadar düşer." hükmü ile belirtmiştir.

Daha önceki kanunlarda dikkate alınmamış bu durum isabetli olarak 5510 sayılı Kanun'da hüküm altına alınmıştır. Ancak söz konusu hüküm ile ilgili olarak, kişi ve sigorta dalı farklılığının dikkate alınmaması öğreti tarafından haklı olarak eleştirilmektedir³¹. Birinci fıkrada yapılan değerlendirmeler neticesinde bir kişide birleşebilecek aylık ve gelirler birçok olasılık ortaya

²⁹ AYM'nin 11.03.2003 gün, E.2001/K.351 sayılı Karar, RG., 16.12.2003, 25318.

³⁰ Sözer, Saraç, a.g.m., s.1486; AYM'nin 11.03.2003 gün, E.2001/K.351 sayılı Kararı, RG., 16.12.2003, 25318'da, AYM Üyesi Ali Hüner'in karşı oy yazısı; "İtiraz isteminde bulunan Mahkeme, iptali istenen yasa hükmünün Anayasa'nın 61. maddesine aykırı olduğunu ileri sürmektedir. Anayasa'nın 4709 sayılı Yasa ile değişik 65. maddesine göre, Devlet Anayasa ile belirlenen görevlerini mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirirken, "bu görevlerin amaçlarına" uygun öncelikleri gözetileceği belirtilirken 61. maddede sayılan maluller ve sakatlar öncelikle sosyal güvenlik bakımından özel olarak korunması gereken kişilerdir. Anayasa'nın 61. maddesinde, Devletin harp vazife ve şehitlerinin dul ve yetimleriyle, malul ve gazileri koruyacağı ve toplumda kendilerine yaraşır bir hayat seviyesi sağlayacağı, sakatların korunmalarını ve toplum hayatına intibaklarını sağlayıcı tedbirleri alacağı hükmüne bağlanmaktadır. 61. maddede sosyal güvenlik bakımından özel korumaya alınan maluller ve sakatlar hakkında düzenlenecek kurallarda, Anayasa'nın 65. maddesinde öngörülen Devletin mali kaynaklarının yeterliliğine dayanmak, sosyal Devlet ve sosyal güvenlik anlamlarına ve anlayışlarına tamamen ters kavramlardır. Kabulü mümkün görülemez."; AYM Üyesi Fulya Kantarcıoğlu'nun karşı oy gerekçesi; "...aynı sosyal amaca yönelik olsa da farklı gereksinimlerin ortaya çıkardığı ve ayrı primlere bağlı tutulan sigortalıların birleşmesi halinde dava konusu kuralda öngörüldüğü biçimde, bunlardan birinin tamamının diğerinin ise yarısının ödenmesiyle ortaya çıkan adaletsizliğe Devlet'in mali kaynaklarının yeterliliği gerekçe gösterilemez..."

³¹ Güzel, Okur Canıklioğlu, a.g.e., s.742.

çıkılmaktadır. Bu olasılıklarda farklı kişilerden ve farklı sigorta kollarından gelir ve aylık birleşmesi durumu ortaya çıkabilir. Hükümün uygulanması basitleştirilmiş olmasına farklı sigorta kollarından ve farklı kişilerden ikiden fazla gelir ve/veya aylık alınmasını olanaksız hale getirmiştir. Bize göre yalnızca aynı sigorta kollarından ikiden fazla gelir ya da aylık alınmasını engelleyen bir hüküm olmalıydı. Çünkü söz konusu sigorta kolları için sigortalı ya da farklı kişiler tarafından ayrı ayrı prim ödenmiştir.

Bir örnek vermek gerekirse, hem anne hem babasının her ikisinden de dört dosya üzerinden gelir ve aylık bağlanabilecek hak sahibine sadece bu gelir ve aylıklardan en fazla ödemeye imkân veren iki dosya üzerinden gelir veya aylık bağlanacaktır. Böylece Kanunda ikiden fazla gelir ya da aylık bağlanması engellenmiştir. Bir başka örnek ikiden fazla çocuğundan aylık ve gelire hak kazanan anne veya baba, kendi sigortalılığından kaynaklanan hem aylık hem de gelir ayrıca eşinden aylık veya gelire hak kazanan kişinin durumu da böyledir³².

Belirtmek gerekir ki, diğer dosya veya dosyalardaki gelir ve aylık hakları durum değişikliği veya diğer bir dosyadan gelir veya aylığa hak kazanıldığı tarihe kadar düşecektir.

Ayrıca, burada hüküm bulunmayan hallerde bu Kanunun'un 34. ve diğer maddelerindeki hükümlere bakılmalıdır³³.

5. 5510 SAYILI SOSYAL SİGORTALAR VE GENEL SAĞLIK SİGORTASI KANUNU'NUN YÜRÜRLÜK TARİHİNDEN ÖNCEKİ DURUM VE KANUN DÖNEMİNE ETKİLERİ

5.1. 5510 sayılı Kanun'un Yürürlük Tarihinden Önceki Durum

Geçmiş dönem Sigorta Kanunlarından biri olan 506 sayılı Kanun'un uygulamasında, bir veya bir kaç sigorta meselesi aynı sigortalıda birleşerek, kişinin aynı anda birkaç gelir ve aylıktan yararlanması haline dönüşebilmekteydi. Malullük aylığı alan bir kişi belli bir süre sonra yaşlılık aylığına hak kazanabilirdi veya iş kazası ya da meslek hastalığı sonucunda kendisine gelir bağlanan kişi aynı ya da farklı bir nedende dolayı malullük aylığına hak kazanmış olabilmekteydi.

Söz konusu Kanun döneminde; aynı sigortalının 506 sayılı Kanun'a göre iki farklı sigorta kolundan aylık veya gelir almaya hak kazanması olasılığı mevcuttu. Buna göre sigortalı, malullük aylığına hak kazanma koşullarını taşıırken aynı zamanda yaşlılık sigortasından yaşlılık aylığı veya iş kazalarıyla meslek hastalıkları sigortasından sürekli iş göremezlik geliri almaya hak kazanmış

³² Sözer, Saraç, "a.g.m.", s.1492.

³³ Sözer, a.g.e., s.494.

olabilirdi. Kanun koyucu, böyle bir durumda sigortalının hak kazanılan bütün sigorta kollarından tam olarak aylık veya gelir almasını kabul etmemiştir. Bu durumlarda aylık veya gelirlerin ne şekilde hesap edileceği 506 sayılı Kanun'un "Gelir ve Aylıkların Birleşmesi" başlıklı 92. maddesinde düzenlenmiştir³⁴. Sigortalının hem malullük aylığına hem de yaşlılık aylığına hak kazanmış olması durumunda her iki aylığı birden alması kabul edilmemiştir. Konunun düzenlendiği 506 sayılı Kanun'un 92/I. maddesi uyarınca bu durumda olan sigortalıya, hak kazandığı aylıklardan yüksek olanı, aylıklar eşitse yalnızca yaşlılık aylığı bağlanırdı³⁵.

Buna göre, sigortalının hak kazandığı malullük aylığı ve yaşlılık aylığı hesaplanmakta, hangi aylık daha yüksek miktarda çıkarsa o aylığın ödenmesine hükmedilmektedir. Eğer aylıklar birbirine eşit çıkarsa sadece yaşlılık aylığı bağlanmaktaydı. Belirtmek gerekir ki, maluliyet veya yaşlılık aylıklarından hangisinin daha yüksek olduğu maluliyet oranına, prim sayısına, yaş durumuna göre bazen malullük aylığı bazen de yaşlılık aylığı miktarı yüksek çıkabilmekte ya da iki aylık birbirine eşit olabilmekteydi³⁶. Görüldüğü gibi burada sigortalının hak kazandığı aylıklardan bir tanesinin hiç dikkate alınmaması yöntemi benimsenmiştir. Bunun sebebi her iki aylık için alınan primin ortak olmasıdır³⁷.

5510 sayılı Kanun döneminde hem malullük, hem de yaşlılık aylığına hak kazanan sigortalıya, bu aylıklardan sadece fazla olanının ödeneceğini yukarıda belirtmiştik (m.54/1, a,1). Malullük, yaşlılık ve ölüm sigortalarının tek prim esasına bağlı oluşu, edimde de teklik sonucunu doğurmuştur. Eğer aylıklar aynı ise sigortalıya sadece yaşlılık aylığı verilir³⁸.

³⁴ "Hem malullük hem de yaşlılık sigortasından aylık bağlanmasına hak kazanan sigortalıya, bu aylıklardan yüksek olanı, aylıklar eşitse yalnız yaşlılık aylığı bağlanır. Malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları ile iş kazalarıyla meslek hastalıkları sigortasından hak kazanılan aylık ve gelirler birleşirse, sigortalıya veya hak sahibine bu aylık ve gelirlerden yüksek olanın tümü, eksik olanın da yarısı bağlanır. Bu aylık ve gelirler eşitse, iş kazalarıyla meslek hastalıkları sigortasından bağlanan gelirin tümü, malullük, yaşlılık ve ölüm sigortalarından bağlanan aylığın da yarısı verilir. Malullük, yaşlılık ve ölüm sigortalarından aylık bağlanmadan önce iş kazalarıyla meslek hastalıkları sigortasından bağlanan ve sermayeye çevrilen gelirler ile yaşlılık sigortasından yapılacak toptan ödemelerde bu fıkra hükmü uygulanmaz. Malullük sigortasından aylık bağlanmasına ve yaşlılık sigortasından toptan ödeme yapılmasına hak kazanan sigortalıya yalnız aylık verilir."; Yarg. 21.H.D.nin 09.03.2010 tarihli ve E. 2009/4311-K. 2010/2484 sayılı kararı www.kazanci.com.tr, (Erişim tarihi, 19.09.2014).

³⁵ Coşkun Saraç, "Sosyal Sigortalarda Risklerin Birleşmesi: Birden Fazla Gelir ve Aylık Bağlanması", Çimento İşveren D., Mart 2001, s.30; Can Tuncay, *Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri*, 10. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2002, s.367; Yusuf Alper, *Türkiye'de Sosyal Güvenlik, Sosyal Sigortalar*, Ekin Kitabevi, 4. Basım, İstanbul 2003, s.296; Kenan Tunçomağ, *Sosyal Güvenlik Kavramı ve Sosyal Sigortalar*, 2. Baskı, İstanbul 1982.s.407.

³⁶ İhsan, Çakmak, *Şerhli Sosyal Sigortalar Kanunu*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2001, C.I, s.1486.

³⁷ Bkz. Ali Güzel, A.Rıza Okur, *Sosyal Güvenlik Hukuku*, Yenilenmiş 10.Baskı, İstanbul 2004, s.343; Mustafa Çenberci, *Sosyal Sigortalı Kanunu Şerhi*, Ankara 1985, s.621; Alper, *Türkiye'de Sosyal Güvenlik*, 2003, s.296.

³⁸ Çenberci, a.g.e., s.621; Saraç, a.g.m., s.30 vd.

Bu şekildeki bir düzenleme isabetlidir. Çünkü uzun vadeli sigorta kolları için ödenen prim, (% 20) yaşlılık, maluliyet ve ölüm riskleri için ödenmektedir. AB mevzuatı da aynı hususu benimsemiştir (m.48)³⁹. Bu kapsamda, sigortalılık süresi birden fazla ülkede geçen kişi, malullük sonrası hak ettiği, malullük aylığı, yaşlılık sigortası koşulları da gerçekleştiğinde ülkelerinin mevzuatı ve tüzük hükümlerine göre yaşlılık aylığına dönüşür⁴⁰.

Malullük aylığı bağlanması koşulları ile iş kazası ve meslek hastalıkları sigortasından sürekli iş göremezlik geliri bağlanması koşullarının aynı kişide birleşmesi durumunu düzenleyen 506 sayılı Kanun'un 92/2 maddesine göre, maluliyet, yaşlılık ve ölüm sigortaları ile iş kazalarıyla meslek hastalıkları sigortasından hak kazanılan aylık ve gelirler birleşirse, sigortalıya veya hak sahibine bu aylık ve gelirlerden yüksek olanın tümü, eksik olanın da yarısı bağlanır⁴¹. Bu aylık ve gelirler eşitse, iş kazalarıyla meslek hastalıkları sigortasından bağlanan gelirin tümü, maluliyet, yaşlılık ve ölüm sigortalarından bağlanan aylığın da yarısı verilir⁴². Görüldüğü gibi burada, sigortalı birbirinden bağımsız olarak primlerini ödediği iş kazaları ve meslek hastalıkları sigortası ile maluliyet, yaşlılık ve ölüm sigortaları açısından tümüyle olmasa bile ayrı ayrı yardıma hak kazanmaktaydı⁴³.

Ancak hemen belirtmek gerekir ki, anılan madde 506 sayılı Kanundan yararlanarak iki farklı sigorta kolundan gelir veya aylık almaya hak kazanmak durumu için uygulanmaktadır. Yoksa 92. maddede yer alan hükümler değişik sosyal güvenlik kuruluşlarından aylık alanlara uygulanmaz⁴⁴. Öte yandan, 92. madde 506 sayılı Kanun'a göre malullük aylığı ve yabancı bir ülkeden alınan aylığın birleşmesi durumu için de uygulanmamaktadır⁴⁵.

³⁹ 29 Nisan 2004 gün ve 883/2004 sayılı Sosyal Güvenlik Sistemlerinin Koordinasyonu Hakkında Tüzük.

⁴⁰ Sözer, Saraç, **a.g.m.**, s.1485.

⁴¹ Davacı, kusuru olmadığı iddiasıyla Sosyal Güvenlik Kurumu'na borçlu olmadığını tespitine karar verilmesini talep etmiştir. Malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları ile iş kazası ve meslek hastalıkları sigortasından hak kazanılan aylık ve gelirler birleşirse, sigortalıya veya hak sahiplerine bu aylık ve gelirlerden yüksek olanın tümü, eksik olanın da yarısı bağlanır. Yarg.10.HD.nin, 26.1.2009 tarihli ve E.2007/19590-K.2009/452 sayılı kararı; Bozma sonrası yapılan yargılama sonucunda; bozma ilamı çerçevesinde birden fazla sigortalılığın birleşmesi nedeniyle davacıya bağlanan ölüm ve iş kazası sigorta kollarından gelir ve aylığının karşılaştırılarak, yüksek gelirin tümü, eksik olanında yarısı bağlanması gerekir. Ayrıca işleme konu tarihler arasındaki fazla ödenen aylıklar yönünden Kurumun istirdat hakkı olduğu gözetilmelidir. Yarg.10.HD.nin, 28.6.2011 tarihli ve E. 2011/3288-K. 2011/9604 sayılı kararı, www.kazanci.com, (Erişim tarihi, 19.09.2014).

⁴² Çenberci, **a.g.e.**, s.621; Tuncay, **Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri**,s.367; Tunçomağ, **1982**, s.455; Alper, **Türkiye'de Sosyal Güvenlik**, 2003, s.296; Saraç, **a.g.m.**, s.30; Güzel, Okur, **a.g.e.**, s.343.

⁴³ Bkz. Aslanköylü, **Şerh-SSK ile Karşılaştırmalı**, s.1104.

⁴⁴ Örneğin "kişi Sosyal Sigortalar Kurumu'ndan yaşlılık, Emekli Sandığından malullük aylığı almış olsa bile, kuruluşlar farklı bulunduğundan 92. Maddenin uygulama olanağı yoktur", Yarg.10 HD., 10.10.1996 tarihli ve 7804 E., 8510 K. sayılı kararı, Aslanköylü, **Şerh-SSK ile Karşılaştırmalı**, s.1106.

⁴⁵ "Hem Federal Almanya'dan hem de SSK'dan aylık alanlara 92. madde uygulanmaz", Yarg. 10 HD.nin, 29.11.1982 tarihli, 4535 E., 5274 K sayılı kararı, Aslanköylü, **Şerh-SSK ile Karşılaştırmalı**, s.1106.

Belirtmek gerekir ki, burada incelediğimiz durum aylık veya gelire hak kazanma koşullarının bir araya gelmesidir. **Yoksa aylık veya gelir dışındaki yardımlara hak kazanmada birleşme söz konusu olmaz.** Zira örneğin işe alıştırma veya sağlık yardımlarında nitelikleri gereği tek yardım yapılması yeterli olduğundan birden fazla yardım yapılmaz. Öte yandan sosyal yardım zammı açısından da teklik ilkesi benimsenmiştir⁴⁶.

Sigortalının malullük aylığının yanında başka bir sigorta kolundan aylık veya gelir almaya hak kazanıp kazanmadığı mahkemece resen araştırılması gereken bir konudur. Bu sebeple, bu konu yargılamada öne sürülme bile resen araştırılıp incelenmeli ve 92. maddenin uygulanmasının gerekli olup olmadığı saptanmalıdır⁴⁷.

Malullük aylığı ve yaşlılık sigortası toptan ödemesi hususunu, 5510 sayılı Kanun düzenlenmemiştir. 506 sayılı Kanun'da bu konuda, malullük aylığı yanında ayrıca yaşlılık sigortasından toptan ödemeye hak kazanan sigortalıya yalnız aylık verileceği, ayrıca toptan ödeme yapılmayacağı belirtilmekteydi (m. 92/3)⁴⁸. Başka bir deyişle yaşlılık aylığının bağlanamaması nedeniyle yatırılmış olan primleri Kurumdan geri isteyememektedir. Bu hükmün getiriliş amacı da yukarıda da belirttiğimiz üzere yaşlılık sigortası primi ile malullük sigortası priminin tek ve aynı oranda ödenmiş olmasıdır⁴⁹. 5510 sayılı Kanun döneminde de aynı esasın benimsenmesi gerekirdi. Gerçekten, primlerdeki teklik, yardımda da teklifi getirir. Böyle bir durumda da asıl olan aylık öden-

⁴⁶ İki ayrı sigorta kolundan veya iki ayrı dosyadan gelir ve aylık alanlara en fazla ödemeye imkân veren bir dosya üzerinden sosyal yardım zammı ödemesi yapılır. Dava konusu olayda da; dosya içeriğine nazaran sosyal yardım zammının ölüm sigortası dosyasından ödendiğinin, işkazalarıyla meslek hastalıkları dosyasından ödenen sosyal yardım zammının ise fiili ödemeye dönüştüğünün anlaşılması karşısında, davalının sosyal yardım zammı yönünden rücu alacağından sorumluluğu bu çevrede belirlenmelidir. Yarg. 10.HD.nin, E. 26.5.1998 tarihli ve 1998/3667-K. 1998/3801 sayılı kararı, www.kazanci.com.tr, (Erişim tarihi, 19.03.2016).

⁴⁷ Yarg. 10 HD, 3.5.1982 tarihli ve 2004 E., 2432 K. sayılı kararı, Aslanköylü, **Şerh-SSK ile Karşılaştırmalı**, s.1107.

⁴⁸ SSK'nın 64. maddesine göre, maluliyet ve yaşlılık aylığı bağlanmasına hak kazanamayan kadın ise 58, erkek ise 60 yaşını doldurmuş bulunan sigortalı veya 50 yaşını doldurmuş bulunan ve erken yaşlanmış olduğu tespit edilen sigortalı kendisinin ve işverenlerinin ödediği maluliyet, yaşlılık ve ölüm sigortaları primlerinin toplamının yaşlılık sigortasından toptan ödeme şeklinde verilmesine hak kazanır. Ancak bunun için belirtilen koşulları taşıyan sigortalının çalıştığı işinden (veya işlerinden) yazılı talepte bulunması gerekmektedir. Ayrıca sigortalıya aylık bağlanması olanağı varken, toptan ödeme yapılması olanağı bulunmamaktadır. SSK92/3'e göre, maluliyet sigortasından aylık bağlanmasına ve yaşlılık sigortasından toptan ödeme yapılmasına hak kazanan sigortalıya yalnızca malullük aylığı verilir. Bu durumdaki sigortalıya yaşlılık sigortasından toptan ödeme yapılmaz. Diğer bir deyişle, sigortalı yaşlılık aylığının bağlanamaması sebebiyle yatırmış olduğu primleri Kurumdan geri isteyemez. Ödenen primlerin ortak olması sadece bir yardımın ödenmesi sonucunu doğurmuştur. Resul, Aslanköylü, *Sosyal Sigortalar Kanunu Yorumu ve İlgili Kanunlar*, C.1, C.2, Ankara 2004, s.1087; Çenberci, *a.g.e.*, s.621; Tuncay, *Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri*, s.367; Alper, *Türkiye'de Sosyal Güvenlik*, 2003, s.296.

⁴⁹ Aslanköylü, **Şerh-SSK ile Karşılaştırmalı**, s.1105.

mesi olup, aylık hakkı varken sigortalıya **toptan ödeme yapılması mümkün değildir**. Düzenleme yapılmadığı takdirde, Yargıtay'ın, vereceği kararlar ile bu durumu açıklığa kavuşturacağını düşünmekteyiz.

1479 sayılı Kanun'da kısa vadeli risk sistemi bulunmamakta iş kazası ve meslek hastalığına bağlı malullük kavramı şeklinde, aylık şeklinde düzenlenmiştir. Bu Kanuna tabi bağımsız çalışanlar için gelir ve aylıkların birleşmesi olasılığı mevcut değildir. 5434 sayılı Kanun'da da kısa vadeli sigorta kolu bulunmamaktadır⁵⁰. Dolayısıyla gelir ve aylıkların birleşmesi durumu söz konusu değildir.

5.2. 5510 sayılı Kanun'un Yürürlük Tarihinden Önceki Durumun Kanun Dönemine Etkileri ve Geçici Hükümler

5434 sayılı Kanun geçici madde 4.V'te; "Bu madde kapsamına girenlerin aylıklarının bağlanması, artırılması, azaltılması, kesilmesi, yeniden bağlanması, toptan ödemeleri, ilgi devamı, ihya ve borçlanmaları, diğer ödemeler ve yardımlar ile emeklilik ikramiyeleri hakkında bu Kanun'la yürürlükten kaldırılan hükümleri de dahil 5434 sayılı Kanun hükümlerine göre işlem yapılır ve bu maddenin uygulanmasında mülga 2829 sayılı Kanun hükümleri ayrıca dikkate alınır..." şeklinde Kanun'un yürürlük tarihinden önce iştirakçi olanların ve hak sahiplerinin 2008'den sonraki durumları belirtilmiştir.

5510 sayılı Kanun'un yürürlük tarihinden önce (m.4/I, c hariç) bir dosyadan gelir ve aylık almakta iken 5510 sayılı Kanun'a göre yeni bir dosyadan aylık ya da gelire hak kazanan sigortalı ve/veya hak sahiplerine, eski ve yeni sigortalı statüsü aynı ise m.54 hükümlerine göre, farklı olması durumunda ise önceki Kanun hükümlerine göre işlem yapılır.

5510 sayılı Kanun'un yürürlük tarihinden önce **bir dosyadan gelir ve aylık almakta iken 506, 1479 sayılı Kanunlara göre yeni bir dosyadan gelir ve aylığa hak kazanılması**; yani hak sahiplerinin farklı kanunlara tabi olması durumunda (Örnek; Eşinden ölüm Aylığı 2005, anneden ölüm aylığı 2015) 5510 sayılı Kanun'un 54. maddesi uygulanmayacak her iki aylık da tam olarak ödenecektir (1479 sayılı Kanun m.57, 506 sayılı Kanun m.68). Aynı Kanun kapsamında olsaydı yüksek olan ödenecek diğeri kapsamdan çıkacaktı (506 sayılı Kanun m.68). Diğer bir örnekte 2005 tarihinde yaşlılık aylığı alan 506 sayılı Kanun'a tabi sigortalı, aynı zamanda 2013 tarihinde 506 sayılı Kanun'a istinaden eşinden de ölüm gelirene hak kazanırsa yüksek olanın tamamı az olanın ise yarısına hak kazanacaktır⁵¹.

⁵⁰ Sözer, Saraç, **a.g.m.**, s.1486; Saraç, **a.g.m.**, s.30 vd.

⁵¹ Ayrıntılı bilgi için Bkz. Mustafa Kuruca, Murat Özdemir, *Tüm Yönleriyle Emeklilik*, Yaklaşım Yayıncılık, 2013, Ankara, s.214 vd; Ayrıca Bkz. Mehmet Bulut, *İşverenler ve Hukukçular İçin Sosyal Güvenlik Hukukunda Uygulamalar*, Bilge Yayınevi, Ankara, 2011, s.599-646; Yarg. 10.H.D.nin

506 sayılı Kanun'a tabi Anneden ölüm aylığını 2007 den beri almakta olan hak sahibine, m.4/I. b'li babadan da 2014 tarihinden ölüm aylığına hak kazanması durumunda her iki statü de farklı olduğundan iki aylığı da tam olarak alacaktır. Her iki statü de aynı olsaydı, yüksek olanın tamamını, az olanın da yarısını alabilecekti.

5510 sayılı Kanun'un yürürlük tarihinden önce **bir dosyadan gelir ve aylık almakta iken** 5510 sayılı Kanuna göre yeni bir dosyadan gelir ve/veya aylığa hak kazanılması halinde, statülerin aynı olması durumunda 5510 sayılı Kanun m.54 hükümleri geçerlidir. Farklı olması durumunda ise karşılaştırma yapılmayacaktır⁵².

506 sayılı Kanun'a tabi olan sigortalıların, 5510 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten önce birden fazla dosyadan gelir veya aylık alınması durumunda bu Kanun'un yürürlük tarihinden sonra yeni dosyadan gelir veya aylık alınmasına hak kazanılması durumunda yeni bağlanacak dosyadaki gelir ve aylık miktarı da dâhil olmak üzere mukayese yapılarak en düşük miktarlı dosyanın kapsamdan çıkarılacağı geçici madde 7.V'te belirtilmiştir. Bu kapsamda, 5510 sayılı Kanun'un yürürlük tarihinden önce **birden fazla dosyadan gelir ve aylık almakta iken** 5510 sayılı Kanun'un yürürlük tarihinden sonra yeni bir dosyadan gelir ve/veya aylığa hak kazanılması durumunda, yeni bağlanacak gelir ya da aylık da dâhil olmak üzere karşılaştırma yapılacak ve en düşük miktardaki dosya kapsamdan çıkarılacaktır (m.54/II, Geç.m.7/V).

Kanunkoyucu daha önceki sosyal sigorta sisteminde aylığa ve gelire hak kazanmış ve aylık ya da gelir bağlanmış olanlar bakımından eski sistemin devamına müsaade etmiştir⁵³.

Ölen eşinden dolayı ölüm aylığı almakta olan davacının babasından da ölüm aylığına hak kazanıp kazanmadığı konusunda görülen dava bu konuya örnektir. Davacı, ölen eşinden ölüm aylığı almaktadır. Davacı, ölen babasından dolayı ölüm aylığı talebini 04.01.2008 tarihinde dile getirmiştir. Davacının evli olması nedeniyle eşinin ölüm tarihinden önce ölüm aylığı talep etmesi mümkün değildir. Ancak Yarg. HGK. yaptığı inceleme neticesinde, 02.07.2005 tarih 5386 Sayılı Yasa'nın 2. Maddesi ile 506 Sayılı Sosyal Sigortalar Kanununa eklenen Geçici 91. Madde ile getirilen düzenlemeye göre 06.08.2003 tarihinden önce ölen babası nedeniyle hak sahibi olan davacının, eşinden ölüm aylığı almakta olsa dahi evliliğinin ölüm nedeniyle son bulma-

28.06.2011 tarihli ve E. 2011/3288-K. 2011/9604 sayılı kararı; "birden fazla sigortalılığın birleşmesi nedeniyle davacıya bağlanan ölüm ve iş kazası sigorta kollarından gelir ve aylığının karşılaştırılarak, yüksek gelirin tümü, eksik olanında yarısı bağlanması gerekir." www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi 29.03.2016)

⁵² Ayrıntılı bilgi için Bkz. Cüneyt Olgaç, Sosyal Güvenlik Sisteminde Tahsis Uygulaması, <http://www.sgkrehberi.com/haber/7525> (Erişim Tarihi 29.03.2016)

⁵³ Arıcı, **Türk Sosyal Güvenlik Hukuku-2015**, s.456.

sından sonra babasından da ölüm aylığı talep etme hakkına sahip olduğuna karar vermiştir. Kararın isabetli olduğu öğreti de belirtilmiştir⁵⁴.

Geçiş hükümlerinde kazanılmış hak kavramlarına dikkat edilmesi isabetli olmuştur. Ancak, tek çatı felsefesi ile yola çıkan Türk Sosyal Güvenlik Sisteminin tüm sigortalıların ve/veya hak sahiplerinin aynı hükümlere tabi olması hususunun bu geçiş sisteminden dolayı 40-50 sene sonraya kalmış olması eleştiriye açıktır.

SONUÇ

Çalışmamızda, gelir ve aylıkların birleşmesi hususunda yürürlükteki sistem ve geçmiş sosyal güvenlik sistemleri kapsamında kazanılmış hakları karşılaştırdık ve sorunları ortaya çıkarmaya çalıştık. Bu kapsamda ulaştığımız sonuçlar özetle aşağıda sunulmuştur.

Gelir ve aylıkların birleşmesinde farklı primler kesilmesine rağmen aylık ve gelirlere birinin tam birinin ise yarım ödenmesini yukarıda da belirttiğimiz sebeplere istinaden uygun bulmuyor ve her iki edimin de tam olarak ödenmesi gerektiğini değerlendiriyoruz.

Hem eşinden, hem de ana ve/veya babasından ölüm aylığına hak kazananlara, tercihine göre eşinden ya da ana ve/veya babasından bağlanacak aylığı bağlanmaktadır. Ancak, Kanunkoyucunun eşi aylık bağlama konusunda ikinci aylığın yarısının bağlanması kıstasından ayrılması gerektiğini değerlendiriyoruz.

Vazife malullüğü aylığı almakta iken, tekrar sigortalı olanlardan hem vazife malullüğü hem de yaşlılık aylığına hak kazananlara her iki aylığın verilmesinin isabetli bir düzenleme olduğunu mütalaa ediyoruz.

Bir kişide ikiden fazla gelir veya aylık birleştiği takdirde, bu gelir ve aylıklardan en fazla ödemeye imkân veren iki dosya üzerinden gelir veya aylık bağlanması hususu daha önceki kanunlarda bulunmamaktayken, 5510 sayılı Kanun ile hüküm altına alınmış olması isabetli olmuştur. Ancak, burada kişi ve sigorta kolu ayrımı yapılmamış olması hükmü eleştiriye açık hale getirmiştir.

5510 sayılı Kanun'un yürürlük tarihinden önceki farklı Kanunlar'a tabi çalışmalardan dolayı farklı gelir ve aylık birleşmeleri hususunda, 5510 sayılı Kanun'un geçiş hükümleriyle kazanılmış hak kavramlarına dikkat edilmesi isabetli olmuştur. Ancak, tek çatı felsefesi ile yola çıkan Türk Sosyal Güvenlik Sisteminin tüm sigortalıların ve/veya hak sahiplerinin aynı hükümlere tabi olması hususunun bu geçiş sisteminden dolayı 40-50 sene sonraya kalmış olmasını, hukukun genel ilkelerinden eşitlik ve adalet ilkelerine aykırı olduğunu değerlendiriyoruz.

⁵⁴ Tuncay, Ekmekçi, a.g.e., s.482, Yarg.HGK'nın 21.03.2012 tarihli ve E.21-22/K.223 sayılı kararı, www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi 30.03.2016)

Tablo.1: Aylıkların Birleşmesi (m.54/l, a)

		Uzun Vadeli Sigorta Kolları							
		Millk. Aylığı	Vazife M. aylığı	Yaşlılık Aylığı	Ölüm Aylığı	Ölen Eşten Aylık	Ölen Babadan Aylık	Ölen Anneden Aylık	Ölen Çocuktan Aylık
Uzun Vadeli Sigorta Kolları	Malullük Aylığı	x	Yüksek Olanı	Yüksek Olanı					
	Vaz. M. aylığı	Yüksek Olanı	x	Her ikisi	Her ikisi	Her iki aylık			
	Yaşlılık Aylığı	Yüksek Olanı		x					
	Ölüm Aylığı		Her ikisi		x				
	Ölen Eşten Aylık					Tercih ettiği bir aylık	Tercih ettiği bir aylık	Tercih ettiği bir aylık	
	Ölen Babadan Aylık					Tercih ettiği bir aylık	x	Yüksek olanın tamamı/ Diğerinin yarısı	
	Ölen Anneden Aylık					Tercih ettiği bir aylık	Yüksek olanın tamamı/ Diğerinin yarısı	x	
Ölen Çocuktan Aylık								En Fazla Ödemeye İmkan veren iki Dosyadan Yüksek olanın tamamı/ Diğerinin yarısı	

Tablo.2: Gelirlerin Birleşmesi (m.54/l, b)

		Kısa Vadeli Sigorta Kolları				
		Sürekli İş Göremezlik Geliri	Ölen Eşten Gelir	Ölen Babadan Gelir	Ölen Anneden Gelir	Ölen Çocuktan Gelir
Kısa Vadeli Sigorta Kolları	Sürekli İş Göremezlik Geliri	x	Her iki Gelir			
	Ölen Eşten Gelir	Her iki Gelir	Tercih ettiği bir gelir	Tercih ettiği bir Gelir	Tercih ettiği bir Gelir	
	Ölen Babadan Gelir			x	Yüksek olanın tamamı/ Diğerinin yarısı	
	Ölen Anneden Gelir			Yüksek olanın tamamı/ Diğerinin yarısı	x	
	Ölen Çocuktan Gelir					En Fazla Ödemeye İmkan veren iki Dosyadan Yüksek olanın tamamı/ Diğerinin yarısı

Tablo.3: Gelir ve Aylıkların Birleşmesi (m.54/l, c)

		Uzun Vadeli Sigorta Kolları				Kısa Vadeli Sigorta Kolları	
		Malullük Aylığı	Vazife M. aylığı	Yaşlılık Aylığı	Ölüm Aylığı	Sürekli İş Göremezlik Geliri	Ölüm Geliri
Uzun Vadeli Sigorta Kolları	Malullük Aylığı	Malullük, yaşlılık, ölüm sigortaları ve vazife malullüğü ile iş kazası ve meslek hastalığı sigortasından hak kazanılan aylık ve gelirler birleşirse, sigortalıya veya hak sahibine bu aylık veya gelirlerden yüksek olanın tamamı, az olanın yarısı, eşitliği halinde ise iş kazası ve meslek hastalığından bağlanan gelirin tümü, malullük, vazife malullüğü veya yaşlılık aylığının yarısı bağlanır.					
	Vaz. M. aylığı						
	Yaşlılık Aylığı						
	Ölüm Aylığı						
Kısa Vadeli Sigorta Kolları	Sürekli İş Göremezlik Geliri						
	Ölüm Geliri						

KAYNAKÇA

- Ali, Ekin, Zorunlu Sigortalılık İlkesi Kapsamında Sigortalılık Hallerinin Çakışması ile Gelir ve Aylıkların Birleşmesi, Sosyal Güvenlik Dergisi, 2016, C.6, S.1, s.94-125.
- Ali, Güzel/ Nursen, Caniklioğlu, Sosyal Güvenlik Hukuku, 9. Basım, İstanbul 2009.
- Ali, Güzel/ Ali Rıza, Okur, Sosyal Güvenlik Hukuku, 9. Basım, İstanbul 2003.
- Ali, Güzel/ Ali Rıza, Okur/ Nursen, Caniklioğlu, Sosyal Güvenlik Hukuku, 14. Basım, İstanbul 2014.
- Ali Nazım, Sözer, Türk Sosyal Sigortalar Hukuku, Ankara 2015, Beta Kitapevi.
- Ali Nazım, Sözer/ Coşkun, Saraç, "Sosyal Sigorta Edimlerinde Çokluk Birden Fazla Ödenek, Gelir ve Aylığa Hak Kazanmak", Legal İşHSGHD, 20. Sayı, 2008, s.1481-1492
- Ali Rıza, Okur, "Sosyal Güvenlik Reformu: Uzun Dönemli Sigorta Dalları", Çalışma ve Toplum, 2006/1, s.106-146.
- Can, Tuncay, Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, 10. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2002.
- Can, Tuncay/ Ömer, Ekmekçi, Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, Beta Yayınları, 16. Baskı, İstanbul, 2013.
- Cevdet İlhan, Günay, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, Yetkin Yayınları, Ankara, 2008.
- Coşkun, Saraç, "Sosyal Sigortalarda Risklerin Birleşmesi: Birden Fazla Gelir ve Aylık Bağlanması", Çimento İşveren D., Mart 2001, s.30 vd.
- İhsan, Çakmak, Şerhli Sosyal Sigortalar Kanunu, Adalet Yayınevi, Ankara, 2001, C.I.
- Kadir, Arıcı, Türk Sosyal Güvenlik Hukuku, Gazi Kitapevi, Ankara, 2015.
- Kenan, Tunçomağ, Sosyal Güvenlik Kavramı ve Sosyal Sigortalar, 2. Baskı, İstanbul 1982.
- Levent, Akın, Sosyal Güvenlik Hukukunda Bağımlı Çalışanların Maluliyeti, Ankara 2007.
- M.Refik, Korkusuz/ Suat, Uğur, Sosyal Güvenlik Hukuku, Ekin Basın Yayın Dağıtım, Bursa, 2015.
- Mehmet, Bağcı, Maluliyet ve Vazife Maluliyeti, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi, 2014.
- Mehmet, Bulut, İşverenler ve Hukukçular İçin Sosyal Güvenlik Hukukunda Uygulamalar, Bilge Yayınevi, Ankara, 2011.
- Mehmet, Can, Açıklamalı İçtihatlı Sosyal Sigorta Kanunu Uygulaması, Yaklaşım Yayınları, 1995.
- Müjdat, Şakar, Sosyal Güvenlik Hukuku, Beta Yayınları, 9. Baskı, 2009.
- Müjdat, Şakar, Sosyal Sigortalar Uygulaması, 11. baskı, İstanbul, Beta Yayınevi, 2014.

- Müjdat, Şakar, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku, 7. baskı, İstanbul, Beta Yayınevi, 2014.
- Mustafa, Çenberci, Sosyal Sigortalar Kanunu Şerhi, Ankara 1985, (Kısaca 1985).
- Mustafa, Kuruca/ Murat, Özdemir, Tüm Yönleriyle Emeklilik, Yaklaşım Yayıncılık, 2013, Ankara.
- Polat, Tunçer, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, 3. Baskı, Ekin Basın yayın Dağıtım, 2015.
- Resul, Aslanköylü, Sosyal Sigortalar Kanunu Yorumu ve İlgili Kanunlar, C.1, C.2, Ankara 2004.
- Resul, Aslanköylü, Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu Şerhi (Şerh-SSK ile Karşılaştırmalı), Ankara, 2009.
- Resul, Kurt, İş Hukuku ve Sosyal Sigorta Mevzuatında Usul ve Esaslar, İstanbul, 2002.
- Yusuf, Alper, Türkiye'de Sosyal Güvenlik, Sosyal Sigortalar, Ekin Kitabevi, 4. Basım, İstanbul 2003.
- Yusuf, Alper, Türk Sosyal Güvenlik Sistemi, Sosyal Sigortalar Hukuku, Dora Kitabevi, 5. Basım, İstanbul 2013.
- 29 Nisan 2004 gün ve 883/2004 sayılı Sosyal Güvenlik Sistemlerinin Koordinasyonu Hakkında Tüzük
- SGK'nın 2008/96 tarihli ve sayılı, "5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun Tahsis Mevzuatına İlişkin Hükümleri" konulu genelgesi.
- SGK'nın 2009/70 tarihli ve sayılı "Gelir ve Aylıkların Birleşmesi" konulu genelgesi.
- Ayhan Tuncer, <http://www.isvesosyalguvenlik.com/vazife-malulu-ayligi-alanlarin-ca-listirilmalari-halinde-5510-sayili-kanuna-gore-sigortalilik-durumlari> (Erişim tarihi 19.03.2016)
- Can, Tuncay, "5510 Sayılı Kanun Açısından Uzun Vadeli Sigorta Kolları", www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi 19.03.2016).
- Cüneyt, Olgaç, Sosyal Güvenlik Sisteminde Tahsis Uygulaması, <http://www.sgkrehberi.com/haber/7525> (Erişim Tarihi 29.03.2016)
- www.kazanci.com.tr
- www.legalbank.com.tr

Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması

Physical Bodily Examination and Taking Body Samples

Yrd. Doç. Dr. Mahmut KAPLAN*
Arş. Gör. Özgür AYDIN**

Özet

Ceza muhakemesinde delil elde etmek amacıyla başvuru yöntemlerinden olan beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması, CMK m. 75 ve devamı maddelerde ve *Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik*'te düzenlenmiş olup, hukuki niteliği ve koşulları tartışmalıdır. Nitekim beden muayenesi şüpheli, sanık veya diğer muhakeme süjelerinin bedenlerinin inceleme konusu yapılmasını gerektiren, dolayısıyla beden üzerinde delil elde edilmesini amaçlayan bir işlemdir. Vücuttan örnek alma ise, olaydan geriye kalan belirtilerle, şüpheli, sanık veya diğer muhakeme süjelerinin vücutlarından alınan örneklerin karşılaştırılması olanağını sağlayan bir delil değerlendirme aracıdır. Kanun koyucu, beden muayenesinin, iç ve dış beden muayenesi olarak şüpheli, sanık veya diğer muhakeme süjelerinin bedenleri üzerinde yapılabileceğini öngörmüştür. Kanunda şüpheli ve sanık açısından sadece iç beden muayenesine ve vücuttan örnek alınmasına yer verilirken, dış beden muayenesi Yönetmeliğin düzenleme alanına bırakılmıştır. Diğer muhakeme süjeleri içinse kanunda hem iç ve dış beden muayenesine, hem de vücuttan örnek alınmasına ilişkin hükümler öngörülmüştür. Özellikle kanunda yer almayan hususların yönetmelikle düzenlenmiş olması temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması bakımından sorun doğurmaktadır. Bu çalışmada söz konusu sorunlara çözüm önerileri getirme amaçlanmaktadır.

Anahtar Kelimeler

Şüpheli, Sanık, Beden Muayenesi, Vücuttan Örnek Alınması.

Abstract

Physical bodily examination and taking sample from suspect's and accused's or the third parties' body, is applied to obtain evidence in the criminal procedure. Physical bodily examination and taking sample from boys is established in Turkish Criminal Procedure Law art. 75 and etc and in regulation is controversial over its legal nature and conditions. Physical bodily examination requires analysis over suspect's and accused's or the third parties' body to evaluate evidence. Taking sample from body ensures that to compare the

* Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku ABD, kaplan.mahmut@gmail.com

** Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku ABD, xozaydin@hotmail.com

rest of the scene and the samples which are taken from suspect's and accused's or the third parties' body. Legislator regulates physical bodily examination as internal body examination and external body examination. In Criminal Procure Law, internal body examination and taking samples are regulated but external body examination is regulated by regulation. For the third parties both are regulated by Criminal procedure Law. It is a problem that some rules of this measure is established in regulation instead of code is a problem for limitations of fundamental rights and freedoms. In this work, it is aimed to suggest some resolutions for these problems.

Keywords

Suspect, Accused, Physical Bodily Examination, Taking Sample From Body.

GİRİŞ

Teknolojinin gelişmesi ile birlikte suça ilişkin verilerin ve suç delillerinin değerlendirilmesi ve elde edilmesi günden güne değişmekte ve gelişmektedir. Tıp bilimi de bu gelişmeden etkilenmekte ve geldiği nokta itibarıyla ceza muhakemesine katkı sunmaktadır. Bu katkının başında olay yerinden toplanan şüpheli veya sanık ya da diğer kişilerden kalma verileri, ilgili kişinin bedenindeki verilerle kıyaslamak suretiyle suç failine ulaşmayı sağlaması gelmektedir.

Bilimdeki bu olanaktan faydalanmak hem yargılama ve iddia makamları hem de yerine göre şüpheli/sanık ve müdafî veya mağdur ve vekili açısından yararlı olmaktadır. Bu noktadan hareketle pozitif yasak oyucular ceza yargılamasının amacına hizmet etmek düşüncesi ile şüpheli veya sanığın ya da diğer kişilerin beden muayenesini ve vücudundan örnek alınmasını mümkün kılan düzenlemeler getirmişlerdir. Bu düzenlemelerde yasa koyucular hem Anayasa'da var olan hükümlere aykırı düzenleme getirmemeye dikkat etmekle hem de kamuoyunun adalete ulaşma amacını sağlayacak hususlara dikkat etmekle yükümlüdür. Mülga 1412¹ sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu m. 66²'da düzenlenen beden muayenesi, mülga kanun dönemi uygulamaları bakımından yetersiz kalması³ ve şüpheli sanık haklarını ihlal eder uygulamalara yol açma olasılığının yüksek olması⁴ nedenleriyle eleştirildiğinden, 5271⁵ sayılı Ceza Muhakemesi Kanunda ayrıntılı olarak düzenlenmiştir⁶.

¹ RG. T/S: 20.04.1929-1172

² 1412 sayılı CMUK m. 66/5: *Hazırlık soruşturmasında muayeneleri icabeden kimselerin muayeneleri, Cumhuriyet Savcılarının talebi ile yapılır.*

³ Yener ÜNVER/Hakan HAKERİ, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 10. Bs., Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s.284; Esra ALAN, *Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması*, In: Uğur Alacakaptan'a Armağan, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2008, ss. 45-58, s. 45.

⁴ Pervin AKSOY-İPEKÇİOĞLU, *Vücuttan Örnek Alma İşleminin Hukuki Niteliği ve Anayasaya Uygunluğu*, MÜHF Hukuk Araştırmaları Dergisi, Y. 2013, C. 19, S. 2, ss. 1157-1775, s. 1158.

⁵ RG. T/S:17.12.2004-25673

⁶ Madde düzenlemesi ile elde edilecek delillerin bilimsel delil olduğu ve ceza muhakemesinin amacı olan maddi gerçeğe ulaşmasına hizmet edeceği belirtilmektedir. Aykut ERSAN, *Beden Mu-*

Biz de çalışmamızda teknolojik gelişmelere paralel olarak yasalaştırılan beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasını konu edineceğiz. Öncelikle beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması kavramı, beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasının hukuki niteliği ve amacı üzerinde duracağız. Devamında müessesenin şartlarına değinerek var olan sorunları ortaya koymaya çalışacağız.

I. BEDEN MUAYENESİ VE VÜCUTTAN ÖRNEK ALINMASI

A. Tanım

Beden muayenesi kişilerin vücut bütünlüğünü ihlal edici müdahaleler yapılmasını gerektiren işlemlere sahiptir. Bu sebeple bireylerin temel hak ve özgürlüklerinden olan yaşama hakkı, maddi ve manevi varlığını devam ettirme ve geliştirme hakkına müdahale eder nitelikte olan müessese hem Anayasada hem de 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda düzenlenmek suretiyle normatif dayanak bulmuştur. Bundan dolayı inceleme konusunu oluşturan beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması müessesesini AY m.17 ve CMK m. 75-76 ile birlikte değerlendirmek gerekir. AY m. 17'e göre; *herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbî deneylere tâbi tutulamaz.* Normun lafzından da anlaşılacağı üzere bu düzenlemenin istisnalarını tıbbi zorunluluk ve kanuni düzenlemeler oluşturmaktadır.

Ceza Muhakemesi Kanunu m. 75⁷'te "*Şüpheli veya Sanığın Beden Muayenesi ve Vücutundan Örnek Alınması*", m. 76⁸'da ise "*Diğer Kişilerin Beden*

yenesi, Vücuttan Örnek Alınması, Moleküler Genetik İncelemeler ile İlgili Düzenlemelerin Türk ve Alman Hukuku Açısından Değerlendirilmesi, in:Türk Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Araştırmaları Yıllığı, Ekim, 2009-2010, V.2-3, N. 2-3, ss. 267-277, s.267.

⁷ **Madde 75** – (Değişik: 25/5/2005 – 5353/2 md.) (1) Bir suçla ilişkin delil elde etmek için şüpheli veya sanık üzerinde iç beden muayenesi yapılabilmesine ya da vücuttan kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınabilmesine; Cumhuriyet savcısı veya mağdurun istemiyle ya da re'sen hâkim veya mahkeme, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilebilir. Cumhuriyet savcısının kararı, yirmidört saat içinde hâkim veya mahkemenin onayına sunulur. Hâkim veya mahkeme, yirmidört saat içinde kararını verir. Onaylanmayan kararlar hükümsüz kalır ve elde edilen deliller kullanılamaz. (2) İç beden muayenesi yapılabilmesi veya vücuttan kan veya benzeri biyolojik örnekler alınabilmesi için müdahalenin, kişinin sağlığına zarar verme tehlikesinin bulunmaması gerekir. (3) İç beden muayenesi veya vücuttan kan veya benzeri biyolojik örnekler alınması, ancak tabip veya sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi tarafından yapılabilir. (4) Cinsel organlar veya anüs bölgesinde yapılan muayene de iç beden muayenesi sayılır. (5) Üst sınırı iki yıldan daha az hapis cezasını gerektiren suçlarda, kişi üzerinde iç beden muayenesi yapılamaz; kişiden kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınmaz. (6) Bu madde gereğince alınacak hâkim veya mahkeme kararlarına itiraz edilebilir. (7) Özel kanunlardaki alkol muayenesine ve kan örneği alınmasına ilişkin hükümler saklıdır.

⁸ **Madde 76** – (Değişik: 25/5/2005 – 5353/3 md.) (1) Bir suçla ilişkin delil elde etmek amacıyla, mağdurun vücudu üzerinde dış veya iç beden muayenesi yapılabilmesine veya vücutundan kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınabilmesine; sağlığını teh-

Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması” olmak üzere iki şekilde düzenlenmiştir. Kanunda ayrıca m. 77⁹'de “*Kadının Muayenesi*” diğer maddelerden farklı olarak düzenlenmiştir. Ceza muhakemesi anlamında beden muayenesi de kanuni düzenlemeye dayanan istisnai bir durumdur.

Beden muayenesi bir suçla ilişkin delil elde etmek için, kural olarak hâkim, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde savcının kararı ile kişinin bedeninden örnek alınması ve beden üzerinde ve içinde tıbbi delil araştırılmasıdır¹⁰. Olay yerinde mağdurun bedeni, elbiseleri veya eşyaları üzerinde bulunan delillerle, şüpheli, sanık veya diğer kişilerden alınan örneklerin karşılaştırılması olanağını sağlayan tedbire ceza muhakemesinde sıkça başvurulmaktadır¹¹. Burada dikkat edilmesi gereken nokta, beden muayenesi ve üst aramasının karıştırılmaması gerektiği hususudur. Beden muayenesi ve üst araması farklı uygulamalardır. Üst araması doğrudan kişinin elbiselelerine veya kişinin vücudunun yüzeyinde herhangi bir tıbbi müdahale ve araç kullanılmasını gerektirmeyen doğal vücut boşluklarına yönelik aramalardır. Buna vücudun aranması, incelenmesi ya da üst araması denebilir¹². Beden

likeye düşürmemek ve cerrahî bir müdahalede bulunmamak koşuluyla; Cumhuriyet savcısının istemiyle ya da re'sen hâkim veya mahkeme, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilebilir. Cumhuriyet savcısının kararı, yirmidört saat içinde hâkim veya mahkemenin onayına sunulur. Hâkim veya mahkeme, yirmidört saat içinde kararını verir. Onaylanmayan kararlar hükümsüz kalır ve elde edilen deliller kullanılamaz. (2) Mağdurun rızasının varlığı halinde, bu işlemlerin yapılabilmesi için birinci fıkra hükmüne göre karar alınmasına gerek yoktur. (3) Çocuğun soy bağının araştırılmasına gerek duyulması halinde; bu araştırmanın yapılabilmesi için birinci fıkra hükmüne göre karar alınması gerekir. (4) Tanıklıktan çekinme sebepleri ile muayeneden veya vücuttan örnek alınmasından kaçınılabılır. Çocuk ve akıl hastasının çekinmesi konusunda kanunî temsilcisi karar verir. Çocuk veya akıl hastasının, tanıklığın hukukî anlam ve sonuçlarını algılayabilecek durumda olması hâlinde, görüşü de alınır. Kanunî temsilci de şüpheli veya sanık ise bu konuda hâkim tarafından karar verilir. Ancak, bu hâlde elde edilen deliller davanın ileri aşamalarında şüpheli veya sanık olmayan kanunî temsilcinin izni olmadıkça kullanılamaz. (5) Bu maddede gereğince verilen hâkim veya mahkeme kararlarına itiraz edilebilir.

⁹ Madde 77 – (1) Kadının muayenesi, istemi halinde ve olanaklar elverdiğinde bir kadın hekim tarafından yapılır.

¹⁰ Bahri ÖZTÜRK/Durmuş TEZCAN/R.Mustafa ERDEM vd., *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayınları, 4. Baskı, Ankara, Ekim 2012, s. 492; *Ünver/Hakerî*'ye göre beden muayenesi, gelişen teknolojiyle beraber, delil değeri yüksek bazı verilere ulaşılabilmesi açısından önem kazanan bir delil kazanma yöntemidir. ÜNVER/HAKERİ, s. 284; *Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe*'ye göre beden muayenesi tedbiri için incelemiden ziyade tıbbi yöntem ve usuller kullanıldığı için inceleme yerine muayene teriminin kullanılması gerekir. Veli Özer ÖZBEK/Mehmet Nihat KANBUR/Koray DOĞAN/Pınar BACAĞ-SIZ/İlker TEPE, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 7. Bs., Seçkin Yayınevi, Ankara, 2015, s. 521.

¹¹ AKSOY-İPEKCİOĞLU, s. 1158-1159.

¹² Nurullah KUNTER/Feridun YENİSEY/Ayşe NUHOĞLU, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, Beta Yayınları, 17. Baskı, İstanbul, Nisan 2010, s. 242; Aynı yönde bkz. YENİSEY, Feridun/NUHOĞLU, Ayşe, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2014, s. 358. Arama, ortada bulunmayan saklı ve gizli nesnelere ortaya çıkarma işlemi olup; beş duyu ile açıkça tespit edilebilen buluntulara ulaşılması işlemi arama kapsamında değerlendirilemez. İsa DÖNER, *Ceza Muhakemesi Hukuku İşlemlerinden Koruma Tedbiri Olarak Arama İşlemi*, in. 3. Yılında Yeni Ceza Adaleti Sistemi Ed. Bahri Öztürk, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2009, ss. 431-484, s. 431.

muayenesi ise doğal vücut boşluklarının veya organlarının tıbbi müdahale yoluyla ya da tıbbi araç kullanmak suretiyle incelenmesidir¹³. Üst araması veya başka bir isimle vücudun aranması ve incelenmesi ile beden muayenesi kavramlarının birbirinden farklı¹⁴ anlamlar taşıdığına bilinmesi, beden muayenesi yapmaya yetkili kişi ve üst araması yapmaya yetkili kişilerin farklı olması yanında, beden muayenesi yapılmasına karar verecek yetkili kişi ve üst araması yapılmasına karar verecek yetkili kişilerin farklı olmasında gizlidir. Üst aramasını herhangi bir kolluk görevlileri karar verip, yapabilecekken beden muayenesini yapmaya ve yapılmasına karar vermeye kolluk görevlileri vermeye yetkili değildir. Bu konuya aşağıda ayrıntılı olarak değinilecektir. Üst aramasında kişinin üstünde elbiselerinde bir delil araması söz konusu iken vücudun yüzeyinde delil araştırması vücudun muayenesi kapsamındadır¹⁵. Üst aramasında giyinik vücudun kontrolü yapılırken; beden muayenesinde çıplak vücut incelenmekte veya vücuda tıbbi müdahale yapılmaktadır¹⁶. Ayrıca vücudun yüzeyine ve herhangi bir tıbbi araç veya müdahale gerektirmeyen doğal vücut boşluklarına yönelik aramalar vücudun aranması kapsamındadır¹⁷. Bununla birlikte doğal vücut boşlukları tıbbi müdahaleye başvurarak veya tıbbi cihaz kullanarak incelenmekte ise artık beden muayenesi söz konusudur¹⁸. Beden muayenesinin nasıl yapılacağı *Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik*'te, üst araması ise *Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği*'nde düzenlenmiştir¹⁹.

¹³ KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, s. 242.

¹⁴ YENİSEY/NUHOĞLU, s. 357; DÖNER, s. 476.

¹⁵ Özge APIŞ, Ceza Muhakemesi Hukukunda Şüpheli/Sanığın Beden Muayenesi ve Vücutundan Örnek Alınması, MÜHF Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 18, S. 1, ss.267-296, s. 273.

¹⁶ Nur CENTEL/ Hamide ZAFER, Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yayınları, 10. Bs., İstanbul, 2013, s. 270.

¹⁷ *Döner* vücudun aramasını üst araması olarak değerlendirmekte ve üst araması yapılırken kişi onur ve haya duygularının ihlal edilmemesi gerektiğini belirtmektedir. DÖNER, s. 475.

¹⁸ YENİSEY/NUHOĞLU, s. 358.

¹⁹ Ali ve Önleme Aramaları Yönetmeliği m. 28'de aramanın nasıl gerçekleştirileceği düzenlenmiştir. Madde düzenlemesi şu şekildedir: (1)Aramanın gerçekleştirileceği yerde, öncelikle kişilerin kaçmasını ve saldırmalarını engelleyecek şekilde gerekli güvenlik tedbirleri alınır.(2)Kolluk görevlileri, kolluk görevlisi olduğunu ispatlayan kimliğini gösterir.(3)Üst araması, kişinin cinsiyetinde bulunan görevli tarafından yapılır.(4)Üst ve eşya araması sırasında, yapılan aramanın konusu olan eşyanın ne olduğu veya aramanın yapılmasına temel teşkil eden sebepler ilgiliye açıklanır.(5) Üst araması sırasında, kişinin beraberinde olan eşya da, mümkünse elektromanyetik cihazlarla, değilse beş duyu organı aracılığıyla aranır. Sahipsiz eşya hakkında da aynı hüküm uygulanır.(6) Kişi direndiği takdirde üst ve eşya araması orantılı güç kullanılarak gerçekleştirilir.(7)Üst ve eşya araması, kişinin veya aracın ilk durdurulduğu yerde veya o yerin yakınında, mümkün olduğu kadar başkalarının göremeyeceği tarzda yapılır. Başka yere götürülerek arama yapılamaz. Gerektiğinde kolluk aracından veya yakındaki kapalı bir yerden yararlanılabilir.(8)Üst araması sırasında, kişinin üstünde veya eşyasında rastlanan özel kâğıt ve zarflar, içinde müsadereye tâbi bir eşya bulunması ihtimali dışında açılmaz; açılrsa dahi yazılı bilgiler okunamaz.(9)Kişinin kanunlara göre izin verilmeyecek bir şeyi taşıdığına ilişkin makul şüphenin bulunması ve aramanın amacına baş-

B. Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınmasının Hukuki Niteliği

Beden muayenesinin hukuki niteliği üzerine doktrinde farklı yaklaşımlar sergilenmektedir. Bir değerlendirmeye göre beden muayenesi bilirkişi incelemesi ve keşif niteliğinde iken bir başka değerlendirmeye göre beden bütünlüğüne müdahale oluşturması nedeniyle koruma tedbiri niteliğindedir²⁰. Koruma tedbiri veya bilirkişi ve keşif incelemesi niteliğini ele alanların yanında, beden muayenesine bağımsız bir hukuki durum gözü ile bakan yazarlarda bulunmaktadır²¹. Bu beden muayenesinin karma bir niteliği taşımasından kaynaklanmaktadır²². Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması aynı zamanda Anayasa m. 38/5'de düzenlenen, kişinin kendisini ve yakınlarını suçlayıcı beyanlarda bulunmaya zorlanamama ilkesini gündeme getirir. Nemotenetur ilkesi olarak da adlandırılan bu düzenlemeye göre, *hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz*. Bu kapsamda CMK m. 75 ve devamında düzenlenen beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması, AY m. 38/5'de düzenlenen bu hakkı sınırlandırdığından bahisle eleştirilmektedir²³. AY m. 38/5'te yer alan susma hakkının kapsamı bize göre, susma hakkının süjesinin aktif bir şey yapmaya zorlanamaması şeklinde değerlendirilmelidir²⁴. Ceza muhakemesinde koruma tedbirlerinin zorlayıcılığı karşısında, koruma

ka türlü ulaşılamaması hâlinde, üst araması aşağıda belirtilen şekilde giysiler çıkartılmak suretiyle yapılabilir:

a) Arama yapılmadan önce, bu aramayı yapmanın neden gerekli görüldüğü ve nasıl yapılacağı, o birimde görevli en üst kolluk âmiri tarafından ilgiliye bildirilir.

b) Arama, aynı cinsiyetten görevliler tarafından yapılır; arama işlemi kimsenin görmemesini sağlayacak tedbirler alınarak gerçekleştirilir.

c) Arama, kişinin utanma duygusunu en az ihlâl edecek bir şekilde yapılır; önce bedenın üst kısmındaki giysiler çıkartılır; bedenın alt kısmındaki giysiler, üst kısmındaki giysiler giyildikten sonra çıkartılır. Bu giysiler mutlaka aranır.

d) Arama sırasında bedene dokunulmaması için gerekli özen gösterilir.

e) Arama, mümkün olduğunca kısa bir süre içinde bitirilir.

(10)Yapılan aramanın neticesinde bir suçla ilişkin iz, eser, emare ve delil elde edilirse, kişi yakalanır. (11)Bu maddede yazılı işlemler gece de yapılabilir.

²⁰ ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM, s. 493; Aynı yönde değerlendirmeler için bkz. ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 524. Ancak yazarlar, beden muayenesinin koruma tedbiri yönünün ağır bastığını ileri sürmektedirler. *Alan* ise tedbirin temel hak ve özgürlüklere müdahalede bulunulması nedeniyle korum tedbiri olduğunu belirtmektedir. ALAN, s. 48.

²¹ CENTEL/ZAFER, s. 269.

²² Karma niteliğe sahip olduğu yönündeki değerlendirme için bkz. CENTEL/ZAFER, s. 269. Benzer şekilde değerlendirme için bkz. AKSOY-İPEKÇİOĞLU, s. 1164-1165. Ayrıca yazar, tedbirin koruma tedbirleri arasında düzenlenmesinin daha isabetli olacağını ileri sürmektedir. AKSOY-İPEKÇİOĞLU, s. 1165; *Apış*'e göre de tedbir karma niteliğe sahiptir. APİŞ, s. 272.

²³ Yazara göre, AY m.38/5'te yasaklanan davranış, kişinin kendisi ve yakınları aleyhine ifade vermesi zorlanması değil, delil vermeye zorlanmasıdır. Bu kapsamda kişi, vücutundan örnek alınmasına yönelik talebe karşı çıkabilmelidir. Rezzan İTİŞGEN, *Kişinin Kendini Suçlamaya Zorlanamama İlkesi (NemoTenetur İlkesi) ve Susma Hakkı*, XII Levha, İstanbul, 2013, s.233.

²⁴ Aynı yönde bkz. AKSOY-İPEKÇİOĞLU, s. 1169.

tedbirinin muhatabının bu tedbirlere katlanma yükümlüğü söz konusu olup; susma hakkının kullanılmasından bahisle koruma tedbirlerinin uygulanmasına karşı koyması kabul edilmemelidir²⁵. Yönetmelik m.18/1 düzenlemesinde katlanma yükümlülüğüne uyulmaması hali düzenlenmiştir. Düzenlemeye göre; *Mevzuatta aranan tüm koşulların gerçekleşmiş olmasına ve şüpheli sanık veya diğer kişilerin bu konuda aydınlatılmış olmalarına rağmen muayene yapılmasına ya da örnek alınmasına rıza vermemeleri hâlinde, kararın infazı için ilgilinin muayenesini veya vücutundan örnek alınmasını sağlamak üzere ilgili Cumhuriyet başsavcılığınca gerekli önlemler alınır.*

C. Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınmasında GÜdülen Amaç

Beden muayenesinde ve vücuttan örnek alınmasında amaç, soruşturmaya veya kovuşturmaya konu olan olaya ilişkin delil elde edilmesidir²⁶. Bilimsel delil elde etme yöntemlerinden olan bu tarz uygulamalar sayesinde sanıktan delile anlayışı terk edilmiş, delilden sanığa gidilmesi yöntemi benimsenmiştir²⁷. Bu yöntem sonucu elde edilen delillerin beyan delillerine göre daha güvenilir olduğu, zira bu yöntemde hata oranının daha düşük olduğu belirtilmektedir²⁸. Bu hususta en çok eleştirilen durum CMK'da muayene ve müdahale terimlerinin²⁹ ayrımının yapılmamış olmasıdır. Örneğin Alman Kanununda; muayene ile kastedilenin, tıp kurallarına göre hastanın tedavi amacı ile bedeninin muayenesi olduğu ve fakat müdahale ile kast edilenin, vücuda operasyonel bir giriş ile yapılan beden muayenesinin olduğu ayrımı yapılmıştır³⁰. Böyle bir ayrımın yapılması, hukuki manada beden muayenesinin amacının anlaşılmasına yardımcı olmaktadır.

Yukarıdaki örnekten de anlaşılacağı üzere, ceza muhakemesi hukukumuzda beden muayenesi, esas anlamı ile delil elde etmek amacı ile vücutta müdahale etmektir³¹. Öz itibarı ile beden muayenesinde güdülen amaç;

²⁵ Hüseyin ERTUĞRUL, Ceza Muhakemesinde Katlanma Yükümlülüğü, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XII, Y. 2008, S. 1-2, ss.687-699, s. 693.

²⁶ KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, s. 246; ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM, s.492; ERSAN; s.267; CENTEL/ZAFER, s. 271; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 524; AKSOY-İPEKÇİ-OĞLU, s. 1159; ALAN; s. 47; APİŞ, s. 270.

²⁷ ALAN, s. 45; ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM, s. 491; APİŞ, s. 268.

²⁸ ERSAN, s. 268; Alan ise klasik ispat araçlarının maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasında yetersiz kalması nedeniyle inceleme konusu tedbire başvurulmasını olumlu değerlendirmektedir. ALAN; s. 46.

²⁹ "Bedensel müdahale, canlı insan vücutundan kan, idrar, sperm alınması veya vücutta bir madde verilmesi ya da vücutun deri veya kaslarla örtülü iç kısmına yalnızca bir hekim tarafından yapılabilen müdahale anlamına gelmektedir", ERSAN, s. 269.

³⁰ KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, s. 243; Beden muayenesinde vücuttan bedensel, fizyolojik işlevişi ve vücut üzerinde basit işlemlerle elde edilecek delillerin tespitine yönelik faaliyet olup; vücutta arama olarak değerlendirilmektedir. ERSAN, s. 268.

³¹ Cumhur ŞAHİN/Neslihan GÖKTÜRK, Ceza Muhakemesi Hukuk II, Seçkin Yayınları, Ankara, 2012, s. 47.

bedendeki belirti ve emarelerin delil niteliğini ortaya koymak ve vücuttan örnek alarak olay yerindeki kalıntılarla kıyaslayarak gerçeğe ulaşabilmektir³².

D. Dış Beden Muayenesi İle İç Beden Muayenesinin Farkları

Dış beden muayenesi ile iç beden muayenesi birbirinden farklı olup; dış beden muayenesi kanunda açıkça düzenlenmemiştir³³. Ancak *Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik*³⁴m.3'te dış beden muayenesi, "Vücutun dış yüzeyi ile kulak, burun ve ağız bölgelerinin gözle ve elle yapılan yüzeysel tıbbî incelemesini" şeklinde tanımlanmıştır. Yönetmeliğin 5. Maddesinde de dış beden muayenesinin nasıl yapılacağı ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Maddeye göre;

Bir suçla ilişkin delil elde etmek için, şüpheli veya sanık üzerinde dış beden muayenesi Cumhuriyet savcısı ile emrindeki adli kolluk görevlileri veya kovuşturma makamlarının talebiyle yapılabilir.

Şüpheli veya sanığın dış beden muayenesi ancak tabip tarafından yapılır.

Muayenenin yapılabilmesi için; müdahalenin, kişinin sağlığına açıkça ve öngörülebilir zarar verme tehlikesinin bulunmaması gerekir.

Girişimsel olmayan tıbbî görüntüleme yöntemleri de bedenın dış muayenesi sayılır. Bu tür incelemeler tabip tarafından veya tabip gözetiminde sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi tarafından yapılabilir.

Kanunda açıkça düzenlenmeyen dış beden muayenesi ise yönetmelikte düzenlenmiş olup, yasal dayanağı olmaması nedeniyle AY m. 17 açısından sorun teşkil etmektedir. Zira CMK m. 76, 77 ve 78 düzenlemelerinde konunun yönetmelikle düzenleneceğine ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Bu sebeple dış beden muayenesinin asgari koşullarının da kanunla düzenlenmesi gerekmektedir. Ancak CMK m. 75'te değişiklik yapan 25.5.2005 tarih ve 5353 sayılı Kanun m. 2'nin gerekçesinde dış beden muayenesi bakımından, iç beden muayenesinin hangi şartlarda uygulanacağını maddede düzenlendiği, fakat dış beden muayenesi bakımından herhangi bir düzenleme getirilmediği, soruşturma ve kovuşturma makamlarının herhangi bir karara gerek duymadan söz konusu muayeneyi yapabileceği belirtilmiştir³⁵.

³² ŞAHİN/GÖKTÜRK, s. 47; CENTEL/Zafer, s.271.

³³ Faruk TURHAN Ceza Muhakemesi Hukuku, Asil Yayın Dağıtım, Ankara, 2006, s. 293; CMK da iç beden muayenesi ve dış beden muayenesi açıkça belirtilmemesine rağmen, maddenin kaleme alınış şekliinden beden muayenesinin iç ve dış olmak üzere ikiye ayrıldığı belirtilmektedir. ÖZBEK/KANBÜR/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE, s. 522.

³⁴ RG T/S.01.06.2005-25832

³⁵ Madde gerekçesi için bkz. İzzet ÖZGENÇ, Türk Ceza Hukuku Mevzuatı, C I, 15. Bs., Seçkin, Ankara, 2015, s.653, dn.901.

Dış beden muayenesi ile ilgili olarak değinilmesi gereken bir diğer husus ise Yönetmelik m. 5/4'te düzenlenen "*Girişimsel olmayan tıbbi görüntüleme yöntemleri de bedenin dış muayenesi sayılır.*" hükmüdür. Fıkra düzenlemesine göre vücudun içine herhangi bir müdahale olmaksızın yapılan işlemler dış beden muayenesi, vücudun içine bir müdahale söz konusu ise iç benden muayenesinin varlığı kabul edilmelidir. Doktrinde bu röntgenin dış beden muayenesi, EMR çekiminin ise iç benden muayenesine dahil olduğu belirtilmektedir³⁶. Eğer girişimsel olmayan müdahale cinsel organlara yönelik ise bu durumda iç beden muayenesine ilişkin hükümlerin uygulanması gerekir³⁷.

CMK m. 75 ve Yönetmelik m. 4-5 düzenlemeleri karşısında dış benden muayenesi ile iç beden muayenesi arasındaki farkları şu şekilde sıralayabiliriz:

- Dış beden muayenesinin yapılabileceği suçlar bakımından kanunda ve yönetmelikte herhangi bir sınırlama bulunmamasına rağmen; iç beden muayenesi üst sınırı iki yıldan daha az hapis cezasını gerektiren suçlar bakımından yapılamaz. Aynı zamanda kişiden kan veya benzeri, biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınamaz. Dış beden muayenesi için herhangi bir sınırlama olmadığından bütün suçlar bakımından yapılabilecektir³⁸.
- İkinci farklılık ise bu müesseseye karar verecek makamlar açısından karşımıza çıkmaktadır. CMK m. 75 ve 76'da iç beden muayenesine hakim veya mahkemenin, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde hakim onayına sunulmak üzere Cumhuriyet Savcısının karar verebileceği düzenlenmişken; dış beden muayenesi bakımından kanunda herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. CMK m.75'te değişiklik yapan 5353 sayılı Kanun m. 2'nin gerekçesinde, dış benden muayenesi bakımından herhangi bir karar alınmasına gerek olmadığı, soruşturma ve kovuşturma makamlarının bu işlemi kendilerinin gerçekleştirebilecekleri yer almaktadır. Dış beden muayenesi bakımından Yönetmelikte ise "*Cumhuriyet savcısı ile emrindeki adli kolluk görevlileri veya kovuşturma makamlarının talebiyle yapılabilir*" hükmü yer almaktadır. Fıkra düzenlemesinden ne anlaşılması gerektiği açık olmadığından doktrinde eleştirilmektedir³⁹. Kanaatimizce fıkra düzenlemesi ile dış beden muayenesine kovuşturma makamlarının, C.Savcısının veya kolluk görevlilerinin karar verebileceği düzenlenmektedir.

³⁶ TURHAN; s. 290.

³⁷ ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM, s.494.

³⁸ TURHAN, s. 293; AKSOY-İPEKÇİOĞLU, s. 1161; ALAN, s. 52.

³⁹ TURHAN, s. 294; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s.525.

E. Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınmasının Kişilere Göre Ayrımı

Amacını belirttiğimiz beden muayenesi şüpheli veya sanık üzerinde yapılabileceği gibi diğer kimseler üzerinde de yapılabilir⁴⁰. Şüpheli ve sanık üzerinde yapılacak beden muayenesi ve diğer kişiler üzerinde yapılacak beden muayenesi farklı koşullar gerektirdiğinden biz bu konuyu ayrı iki başlık altında inceleyeceğiz.

1. Şüpheli veya Sanık Üzerinde Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması

CMK şüpheli ve sanığın beden muayenesini diğer kişilerin beden muayenesinden farklı tutmuş; şüpheli ve sanığın beden muayenesini diğer kişilere göre biraz daha kolay kılmıştır⁴¹. Soruşturulmakta veya kovuşturulmakta olan bir suçla ilişkin delil elde etmek amacıyla şüpheli veya sanık üzerinde beden muayenesi iç beden muayenesi ve dış beden muayenesi olarak ikiye ayrılmaktadır⁴².

Dış beden muayenesi CMK'da ayrıca düzenlenmemiştir⁴³. Ancak yukarıda da ifade ettiğimiz üzere *Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik* hem dış beden muayenesini hem de iç beden muayenesini detaylı bir şekilde düzenlemiştir. Yukarıda dış beden muayenesi ile iç beden muayenesinin farklı başlığı altında dış beden muayenesinin şartlarına yer verdiğimizden burada tekrar etmeyeceğiz. Yönetmelik m. 5'te yürürlüğünü koruyan düzenleme aslında hukuki dayanaktan yoksundur. Hukukumuzda dayanağını kanundan almayan bir yönetmelik düşündürülemez. Zira CMK'da söz konusu yönetmeliğe dayanak oluşturacak herhangi bir hüküm bulunmamaktadır⁴⁴.

Yönetmelikteki tanımı ile dış beden muayenesi her hangi bir karar alınmasına gerek kalmaksızın, soruşturma ve kovuşturma makamlarınca yapılabilmektedir⁴⁵.

Şüpheli ve sanığın iç beden muayenesi ve vücudundan örnek alınması ise CMK m. 75'te açıkça düzenlenmiştir. Buna göre; bir suçla ilişkin delil elde etmek için şüpheli veya sanık üzerinde iç beden muayenesi yapılabilmesine ya da vücuttan kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak

⁴⁰ Yener ÜNVER/Hakan HAKERİ, Hakan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Adalet Yayınevi, 6. Baskı, Ankara, 2012, s. 353.

⁴¹ ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM, s.493.

⁴² ŞAHİN/GÖKTÜRK, s. 47.

⁴³ ŞAHİN/GÖKTÜRK, s. 47.

⁴⁴ Benzer şekilde *Centel/Zafer* de dış beden muayenesinin AY m. 13'te düzenlenen hak ve özgürlüklere ancak yasayla müdahale edilebileceği hükmüne ve ceza muhakemesi işlemlerinde yasallık ilkesine aykırı olduğunu ileri sürmektedirler. CENTEL/ZAFER, s. 272-273.

⁴⁵ ŞAHİN/GÖKTÜRK, s. 47.

gibi örnekler alınabilmesine; Cumhuriyet savcısı veya mağdurun istemiyle ya da re'sen hâkim veya mahkeme, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilebilir. Cumhuriyet savcısının kararı, yirmi dört saat içinde hâkim veya mahkemenin onayına sunulur. Hâkim veya mahkeme, yirmi dört saat içinde kararını verir. Onaylanmayan kararlar hükümsüz kalır ve elde edilen deliller kullanılamaz.

Kanuni düzenlemesinden de çıkarılacağı üzere iç beden muayenesi bazı koşullara bağlanmıştır. Bu koşulları şu şekilde sıralayabiliriz:

- İsnat edilen suçla ilgili delil elde etme amacı bulunmalı, bilimsel bir deney veya veri bankası oluşturmak için bu yola başvurulmamalıdır⁴⁶.
- Suç cezasının üst sınırı iki yıldan az olmamalıdır (CMK m. 75/5). Burada kast edilen; iç beden muayenesinin yapılabilmesi için soruşturulan veya kovuşturulan suçun üst sınırının iki yıldan az olmamasıdır⁴⁷.
- Cumhuriyet savcısı veya mağdurun istemiyle ya da re'sen hâkim veya mahkeme kararı bulunmalıdır. Burada özel yasalardaki kan örneği ve alkol muayenesine ilişkin durumlar saklıdır⁴⁸.
- Gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilebilir. Gecikmesinde sakınca bulunan hâl; derhâl işlem yapılmadığı takdirde suçun iz, eser, emare ve delillerinin kaybolması veya şüphelinin kaçması veya kimliğinin saptanamaması ihtimalinin ortaya çıkması hâlidir (Yönetmelik m. 3).
- Cumhuriyet savcısının kararı, yirmi dört saat içinde hâkim veya mahkemenin onayına sunulmalıdır. Hâkim veya mahkeme, yirmi dört saat içinde kararını verir. Onaylanmayan kararlar hükümsüz kalır ve elde edilen deliller kullanılamaz.
- Müdahalenin kişinin sağlığına zarar verme tehlikesini barındırmaması gerekir. Bu konuda soyut olarak müdahalenin niteliği değil somut olarak kişinin sağlık durumu dikkate alınmalıdır⁴⁹. Sağlık hakkı kişinin maddi ve manevi varlığına ilişkin sağlığını kapsar; ancak acı duyma veya geçici hoşnutsuzluk tek başına sağlığa zarar verme durumu olarak değerlendirilmelidir. Dikkat edilecek husus hukukun bütün aşamalarında olduğu gibi orantılılık hususudur⁵⁰. Burada gerektiğinde bilirkişiye başvurulabilinme-

⁴⁶ ÜNVER/HAKERİ, s.359; Delil elde etme amacı gütmeyen muayeneler m. 75-76 kapsamında değildirler. YENİSEY/NUHOĞLU, s. 357.

⁴⁷ Nevzat TOROSLU/ Metin FEYİZOĞLU, Ceza Muhakemesi Hukuku, Savaş Yayınları, 9. Baskı, Ankara, Mayıs 2011, s. 212.

⁴⁸ İsmail ERCAN, Ceza Muhakemesi Hukuku, XII Levha Yayınları, 5. Baskı, İstanbul, Ağustos 2012, s.131.

⁴⁹ ŞAHİN/GÖKTÜRK, s.48; ERSAN, s.269.

⁵⁰ YENİSEY/KUNTER/NUHOĞLU, s.251.

lidir⁵¹. Kişide muayene nedeniyle oluşacak olan geçici korku, rahatsızlık veya hoşnutsuzluk tedbirin uygulanması bakımından engel teşkil etmeyecektir. Kişinin sağlığının tehlikeye düşmesi soyut olarak değil, somut olayda sağlık ekibinden görüş alınmak suretiyle belirlenmelidir⁵².

- Muayene veya örnek alınması işlemi, tabip veya sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi tarafından yapılmalıdır. Burada tabip veya sağlık memuru deyiminden tabip olmaksızın sağlık memurunun da beden muayenesi yapabileceği anlaşılmaktadır⁵³. Sağlık mesleği mensubu ile tabip, diş tabibi, eczacı, ebe, hemşire ve sağlık hizmeti veren diğer kişiler kast edilmektedir. (Yönetmelik m.3)

Benden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasına yönelik Yönetmelik m. 23/1 hükmüne de değinmek gerekir. Maddeye göre; *kişinin vücut yüzeyinde bulunan atış artışı gibi biyolojik olmayan örnekler, elbiseleri ve diğer eşyaları üzerinde bulunan örnekler ile vücut yüzeyinden başkasına ait olduğu açıkça belli olan kıl, tüy, lif gibi örnekler olay yeri inceleme uzmanları tarafından alınabilir*⁵⁴. Düzenlemeden de anlaşılacağı üzere, kişinin kendisine ait olmayan kalıntıları, kişinin vücudu üzerinde olmayan örneklerin alınması bakımından CMK m. 75'te düzenlenen prosedür uygulanmayacak ve olay yerinde bulunan uzmanlar tarafından alınabilecektir. Esasında arama aşamasına dahi varmayan ve açıkça görülmekte olan delil ve örneklerin toplanması söz konusu olduğundan hakim veya C.savcısının kararının aranmasına gerek yoktur. Elden swap alınması ise doktrinde beden muayenesi olarak kabul edilmekte ve fakat Yönetmelik m. 23/1 hükmü gereği hakim veya C.savcısının kararının gerekmediği belirtilmektedir⁵⁵.

2. Diğer Kişiler Üzerinde Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması

CMK m. 75'te şüpheli ve sanıktan bahsettikten sonra m.76'da diğer kişilerden bahsettiğine göre; şüpheli ve sanık dışındaki herkesin bu kanun kapsamında beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması uygulamasına tabi olacağı çıkarsaması yapılabilir⁵⁶. Ancak CMK m. 76'nın başlığında diğer kişiler denmesine rağmen madde düzenlenmesinde sadece mağdurdan bahsedilmiştir. Yönetmelik m. 7'de ise mağdur ve diğer kişiler demek suretiyle açıkça mağdur dışındaki kişiler bakımından beden muayenesi düzenlenmiştir. Kanunda olmayan diğer kişilerin beden muayenesi Yönetmelikle düzenlendiğinden AY m. 17'ye ve m. 13'e aykırı bir durum söz konusudur.

⁵¹ CENTEL/ZAFER, s. 275; ERSAN, s.269.

⁵² ERSAN; s. 269.

⁵³ Süheyl DONAY, Ceza Yargılama Hukuku, Beta Yayınları, 2. Baskı, İstanbul, Eylül 2012, s.87.

⁵⁴ Yönetmelik'in bu düzenlemesi kanunda yer almaması nedeniyle eleştirilmektedir. ALAN, s. 47.

⁵⁵ YENİSEY/NUHOĞLU, s. 358.

⁵⁶ ÜNVER/HAKERİ, s.362.

Bir suçla ilişkin delil elde etmek amacıyla, mağdurun vücudu üzerinde dış veya iç beden muayenesi yapılabilmesine veya vücudundan kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınabilmesine; sağlığını tehlikeye düşürmemek ve cerrahî bir müdahalede bulunmamak koşuluyla; Cumhuriyet savcısının istemiyle ya da re'sen hâkim veya mahkeme, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilebilir. Cumhuriyet savcısının kararı, yirmi dört saat içinde hâkim veya mahkemenin onayına sunulur. Hâkim veya mahkeme, yirmi dört saat içinde kararını verir. Onaylanmayan kararlar hükümsüz kalır ve elde edilen deliller kullanılamaz. (CMK m.76/1)

Görüldüğü üzere madde metninde, madde başlığındaki diğer kişiler şeklinde genellemenin aksine mağdur öznesi ile girizgâh yapılmıştır. Ancak burada kanunda düzenlenmemesine rağmen yönetmelik kanunun çizdiği sınırı aşarak⁵⁷ diğer kişiler üzerinde de benden muayenesi ve vücuttan örnek alınabilmesine olanak tanımaktadır (Yönetmelik m.7-8).

Bir başka dikkat çeken nokta ise kanun metninde şüpheli ve sanık açısından iç ve dış beden muayenesi ayrımı olmamasına rağmen, diğer kişiler için böyle bir ayrıma gidilmiş olmasıdır. Doktrinde daha da ilginç bulunan husus ise kanunda şüpheli ve sanık açısından iç ve dış beden muayenesi bakımından ayrıma gidilmemesine rağmen iç ve dış beden muayenesi uygulama bakımından farklılık gösterirken diğer kişiler bakımından iç ve dış beden muayenesi olmasına rağmen uygulama bakımından farklılık göstermemesidir⁵⁸. Diğer kişiler bakımından beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasının şartlarını şu şekilde sıralayabiliriz;

- Şüpheli ve sanıkta olduğu gibi diğer kişiler bakımından da beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması için isnat edilen suçla ilgili delil elde etme amacı bulunmalı, bilimsel bir deney veya veri bankası oluşturmak için bu yola başvurulmamalıdır⁵⁹.
- Cumhuriyet savcısı veya mağdurun istemiyle ya da re'sen hâkim veya mahkeme kararı bulunmalıdır.
- Gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilebilir. Gecikmesinde sakınca bulunan hâl; derhâl işlem yapılmadığı takdirde suçun iz, eser, emare ve delillerinin kaybolması veya şüphelinin kaçması veya kimliğinin saptanamaması ihtimalinin ortaya çıkması hâlidir. (Yönetmelik m. 3)

⁵⁷ ÜNBER/HAKERİ s. 362; ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM, s. 500.

⁵⁸ ÜNVER/HAKERİ s. 363.

⁵⁹ ÜNVER/HAKERİ, s.359.

- Cumhuriyet savcısının kararı, yirmi dört saat içinde hâkim veya mahkemenin onayına sunulmalıdır. Hâkim veya mahkeme, yirmi dört saat içinde kararını verir. Onaylanmayan kararlar hükümsüz kalır ve elde edilen deliller kullanılamaz.
- Mağdurun rızasının varlığı halinde benden muayenesi veya vücuttan örnek alınması için karar alınmasına gerek yoktur (CMK m. 76/2)⁶⁰. Mağdurun rızası burada bir hukuka uygunluk sebebi ortaya çıkarmaktadır⁶¹. Çocuk veya akıl hastalarında rıza kanuni temsilciler tarafından verilebilmektedir⁶². Burada dikkat edilmesi gereken bir nokta ise mağdurun rızası vücudundan örnek alınmasına yönelik olup; bu örnekler üzerinde CMK m.78 gereği moleküler genetik inceleme yapılacaksa artık mağdurun rızasının bir anlamı olmayıp, inceleme yapılabilmesi için CMK m. 79/1 gereği hakim kararı gereklidir⁶³. Aksi halde inceleme sonucu elde edilen bulgular delil olarak kullanılamaz.
- Müdahalenin kişinin sağlığına zarar verme tehlikesini barındırmaması gerekir. Bize göre sanık ve şüphelide olduğu gibi burada da dikkat edilmesi gereken nokta orantılılık hususudur⁶⁴. Sanık ve şüpheliden farklı olarak diğer kişilerin beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasında cerrahi müdahale hiçbir şekilde mümkün değildir. Sanık ve

⁶⁰ "5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun "Bir suça dair delil elde etmek amacıyla, mağdurun vücudu üzerinde dış veya iç beden muayenesi yapılabilmesine veya vücudundan kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınabilmesine; sağlığını tehlikeye düşürmemek ve cerrahi bir müdahalede bulunmamak koşuluyla; Cumhuriyet Savcısının istemiyle ya da re'senhakim veya mahkeme, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısı tarafından karar verilebilir. Cumhuriyet Savcısının kararı, yirmidört saat içinde hakim veya mahkemenin onayına sunulur. Hakim veya mahkeme, yirmidört saat içinde kararını verir. Onaylanmayan kararlar hükümsüz kalır ve elde edilen deliller kullanılamaz" şeklindeki 76/1 ve "Mağdurun rızasının varlığı halinde, bu işlemlerin yapılabilmesi için 1. fıkra hükmüne göre karar alınmasına gerek yoktur" şeklindeki 76/2'nci maddesindeki hükümler birlikte değerlendirildiğinde; mağdurun rızası aranmaksızın vücudu üzerinde suç delillerinin tespiti amacıyla muayene kararı verilebileceği gözetilmeksizin, Cumhuriyet Başsavcılığınca yapılan itirazın kabulü yerine yazılı şekilde reddine karar verilmesi kanuna aykırı olduğundan, kanun yararına bozma istemine dayanan ihbarname münderecatı yerinde görüldüğünden", Yarg. 14 CD, T. 12.04.2012, E. 2012/1955, K. 2012/4351, (www.kazanci.com)

⁶¹ ÜNVER/HAKERİ s. 363; KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, s.258, ERCAN, s.132.

⁶² TOROSLU/FEYİZOĞLU, s.212.

⁶³ "5271 sayılı CMK'nın 78. maddesi uyarınca, 75 ve 76. maddeye göre alınan örnekler üzerinde. .. elde edilen bulgunun şüpheli ya da mağdura ait olup olmadığının tespiti için. ..moleküler genetik inceleme yapılabilmesi için mutlaka hakimden karar alınması, 79/1. madde ve fıkrasının amir hükmüdür./Somut olayda, mağdurun rızası olduğu için, beden muayenesi ve vücudundan örnek alınması için hakim veya Cumhuriyet Savcısından karar alınmasına gerek yok ise de; 5271 sayılı CMK'nın 78 ve 79/1. maddeleri uyarınca, mağdurdan alınan kan örneği ile suç konusu araçtan elde edilen bulguların karşılaştırılması, diğer bir ifadeyle moleküler genetik inceleme işleminin yapılabilmesi için mutlaka hakim kararına gerek bulunmaktadır.", Yarg. 13 CD., T. 7.11.2012, E. 2012/17565, K. 2012/23123, Aynı yönde bkz. Yarg. 6 CD,T. 11.4.2011, E. 2009/18701, K. 2011/5063, (www.kazanci.com)

⁶⁴ YENİSEY/KUNTER/NUHOĞLU, s.251.

şüphelinin beden muayenesi ve vücudundan örnek alınmasında cerrahi müdahale mümkündür⁶⁵. Burada da gerektiğinde bilirkişiye başvurulabilinmelidir⁶⁶.

- Beden muayenesi tabip tarafından, vücuttan örnek alınması tabip veya tabip gözetiminde sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi tarafından yapılmalıdır (Yönetmelik m.8/2). Müdahale hekimlik sanatının ve tıp biliminin kabul ettiği yöntem ve araçlarla yapılmalıdır⁶⁷.
- Tanıklıktan çekinme sebepleri ile muayeneden veya vücuttan örnek alınmasından kaçınılabilir. Çocuk ve akıl hastasının çekinmesi konusunda kanunî temsilcisi karar verir. Çocuk veya akıl hastasının, tanıklığın hukukî anlam ve sonuçlarını algılayabilecek durumda olması hâlinde, görüşü de alınır. Kanunî temsilci de şüpheli veya sanık ise bu konuda hâkim tarafından karar verilir. Ancak, bu hâlde elde edilen deliller davanın ileri aşamalarında şüpheli veya sanık olmayan kanunî temsilcinin izni olmadıkça kullanılamaz.(CMK m. 76/4)
- Çocuğun soy bağının araştırılmasına gerek duyulduğu zaman; sağlığını tehlikeye düşürmemek ve cerrahî bir müdahalede bulunmamak koşuluyla; Cumhuriyet savcısının istemiyle ya da re'sen hâkim veya mahkeme, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilebilir. Cumhuriyet savcısının kararı, yirmi dört saat içinde hâkim veya mahkemenin onayına sunulur. Hâkim veya mahkeme, yirmi dört saat içinde kararını verir. Onaylanmayan kararlar hükümsüz kalır ve elde edilen deliller kullanılamaz.

F. Beden Muayenesi veya Vücuttan Örnek Alınmasında Rıza Sorunu

Beden muayenesi veya vücuttan örnek alınmasında kanunumuz sanık ve şüpheli ile diğer kişileri rıza bakımından da ikiye ayırmıştır⁶⁸. Şüpheli veya sanıkta ilgililerin rızası dikkate alınmaksızın her halde hakim veya savcı kararı aranmıştır. Diğer kişiler bakımından ise rıza varsa hakim veya savcı kararı aranmaksızın beden muayenesi veya vücuttan örnek alınması işlemi yapılabilmekte, eğer rıza yoksa hakim veya savcı kararı ile rıza dikkate alınmaksızın ilgili işlemler yapılabilmektedir⁶⁹. Rıza olmasa dahi diğer kişilerde ilgili işlem yapılabilmekte rıza sadece uygulamayı kolaylaştırmaktadır⁷⁰.

⁶⁵ ŞAHİN/GÖKTÜRK, s. 49; ERSAN; s.269.

⁶⁶ CENTEL/ZAFER s. 275.

⁶⁷ Şebnem KORUR-FİDANCI/Coşkun YORULMAZ, Beden Muayenesi, İÜ Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Sürekli Tıp Eğitimi Etkinlikleri, Sempozyum Dizisi, No: 48, 2006, ss. 142-146, s. 142.

⁶⁸ ÜNVER/HAKERİ, s.364.

⁶⁹ ÜNVER/HAKERİ, s.364.

⁷⁰ ŞAHİN/GÖKTÜRK, s.49.

Burada bir başka tartışmalı konu da rızası olmayan kişiye ne şekilde ya da nereye kadar zorlama uygulanacağı sorunudur. Yönetmelik m. 18 düzenlemesine göre ilgili kişi beden muayenesine ya da vücuttan örnek almazsa Cumhuriyet savcısı gerekli önlemleri alır. Ancak burada ne kastedildiği tam olarak ortaya konulmamıştır. Örneğin ilgili kişinin eli kolu bağlanıp genital muayene yapılabilecek midir⁷¹? Bu hususta kanaatimizce kanuni düzenlemelerin yapılması yerinde olacaktır. AY m. 17 gereği vücut bütünlüğüne müdahale gerektiren bu işlem, ancak tıbbi zorunluluklar gerektirdiğinde ve kanunda yazılı hallerde yapılabilir⁷². Keza rıza göstermeyen bir kişiye ne durumda narkoz verileceği ya da ne durumda fiili zorlama yapılacağı belirtilmez ise bu noktada sınır aşımı yaşanabilecek, insan onuruna yakışmayan uygulamalar ortaya çıkabilecektir.

Rızanın varlığıyla bağlantılı olarak değerlendirilmesi gereken bir diğer husus ise Yönetmelik m. 18/son hükmüdür. Anılan hükme göre; *Bir suçun aydınlatılmasını sağlamak amacıyla, şüpheli, sanık ve diğer kişilerin kendiliğinden başvurarak rıza göstermeleri hâlinde, soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısının istemi, kovuşturma aşamasında ise hâkim veya mahkeme kararıyla tıbbî muayeneleri yapılabilir ya da vücutlarından örnek alınabilir.* Düzenleme karşısında şüpheli, sanık veya diğer kişilerin rızası olsa bile Cumhuriyet savcısının istemi, hakim veya mahkeme kararı gereklidir. Doktrinde bu hususa ilişkin olarak kanunda açık bir düzenleme bulunmadığı belirtilerek, söz konusu rızanın varlığının TCK m. 26 kapsamında değerlendirilebileceği ve fakat temel haklara müdahale edilmesini kabul etme özgürlüğünün mutlak olmadığı, rızasızlık halinin açıkça yasaklanmamasının rızanın geçerli olarak kabul edilemeyeceği ileri sürülmektedir⁷³. Kanaatimizce bu hususun yönetmelikle değil kanunla düzenlenmesi gerekir. Zira ceza muhakemesinde bazı tedbirler muhakemenin adil bir şekilde yürütülmesi için getirilmiş olup; sanığın veya şüphelinin bundan vazgeçmesi mümkün değildir. Kişinin vücut dokunulmazlığının ihlalini sonuçlayan beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması noktasında zaten karar alınarak işlem gerçekleştirilebileceğinden rızanın varlığına geçerlilik tanımak gerekir. Ancak söz konusu geçerliliğe ilişkin düzenlemenin kanuna aktarılması daha isabetli olacaktır.

G. Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınmasına İtiraz Hakkı ve Alınan Örnek veya Verilerin Durumu

Hakkında beden muayenesi kararı verilen ilgilinin verilen karara karşı itiraz hakkının olması hukuk mantığının evleviyetle şart koştuğu bir durumdur.

⁷¹ KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, s.244

⁷² Aynı yönde bkz. AKSOY-İPEKÇİOĞLU, s. 1171.

⁷³ CENTEL/ZAFER, s.276.

Nitekim ilgili müdahaleye ilişkin alınan hâkim veya mahkeme kararına karşı CMK m. 75/6 ve 76/5 hükümleri gereği itiraz edilebilir⁷⁴. İtiraz kanun yolu CMK m. 267 ve devamında düzenlenmiş olup, kural olarak hakim ve kanunda açıkça yazdığı hallerde mahkeme kararlarına karşı başvurulabilir.

Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması durumunda veriler üzerinde yapılan inceleme sonuçları, kişisel veri niteliğinde olup, başka bir amaçla kullanılamaz; dosya içeriğini öğrenme yetkisine sahip bulunan kişiler tarafından bir başkasına verilemez. Bu bilgiler kovuşturmayaya yer olmadığı kararna itiraz süresinin dolması, itirazın reddi, beraat veya ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilip kesinleşmesi hallerinde Cumhuriyet savcısının huzurunda derhal yok edilir ve bu husus dosyasında muhafaza edilmek üzere tutanağa geçirilir. Bu verilerin hukuka aykırı bir şekilde kullanılması durumunda sorunun genel hükümlere başvurularak çözülebileceği ve tazminat talep edilebileceği görüşü ileri sürülmektedir⁷⁵. Ayrıca hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin akıbetinin ne olacağı kanunda düzenlenmediğinden bahisle eleştirilmektedir⁷⁶. Kanaatimizce beden muayenesi veya vücuttan örnek alınması hukuka aykırı olarak gerçekleştirilmişse CMK m.80/2 hükmü kıyasen uygulanmalı ve veriler C.savcısı huzurunda derhal yok edilmelidir⁷⁷.

H. Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınmasını Yapacak Kişi

Dış beden muayenesi bakımından Yönetmelik gereği soruşturma ve kovuşturma makamlarının veya kolluk görevlilerinin talebi üzerine yapılacaktır. Kanunda dış beden muayenesinin kim tarafından gerçekleştirileceğine dair herhangi bir düzenleme bulunmamasına rağmen Yönetmelik m. 5/2- 7/2'de şüpheli veya sanığın, mağdur ve diğer kişilerin dış beden muayenesinin ancak tabip tarafından yapılacağı düzenlenmiştir⁷⁸. Öğretide girişimsel olmayan tıbbi görüntüleme yöntemleri şeklinde gerçekleşen dış beden muayenesinin hekim gözetiminde diğer bir sağlık mesleği mensubunca gerçekleştirilebileceği belirtilmektedir⁷⁹. Şüpheli ve ya sanığın iç beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması CMK m. 75/3 gereği tabip veya sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi tarafından yapılabilir. Ancak Yönetmelik m. 4'te "Şüpheli veya sanığın iç beden muayenesi ancak tabip tarafından yapılır" demek suretiy-

⁷⁴ CENTEL/ZAFER, s.271.

⁷⁵ F. Selami MAHMUTOĞLU, Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması, cezahukuku.istanbul.edu.tr, s. 24; ALAN, s. 53; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 527. Yazarlar, CMK m. 141 ve devamına göre tazminat talebinin mümkün olmadığını belirtmektedirler.

⁷⁶ ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 527.

⁷⁷ Benzer değerlendirmeler ve delillerin yok edilmemesi halinde TCK m. 138'de düzenlenen "verileri yok etmeme" suçunun gündeme geleceğine ilişkin görüş için bkz. ALAN, s. 53.

⁷⁸ Yönetmeliğin bu hükmü, kanunda daha ileri olduğu için olumlu bulunmaktadır. ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 526.

⁷⁹ ERSAN, s. 271.

le CMK m. 75/3 hükmü sınırlandırılmıştır. Şüpheli veya sanık bakımından daha fazla güvence oluşturur gibi görünen Yönetmelik hükmü, kanunla getirilen bir yetkinin yönetmelikle ortadan kaldırılması anlamına geleceğinden ve muhakemenin seyrine müdahale eder nitelikte uygulamalara sebebiyet vereceğinden kanaatimizce isabetli bir düzenleme olmamıştır.

CMK m. 77 ve Yönetmelik m. 11 hükmü gereği kadının muayenesi, yine bir kadın hekim tarafından yapılır. Kanun maddesinde olanaklar elverdiği hallerde denmek suretiyle, kadın hekimin olmadığı durumlarda erkek hekimler tarafından da kadının muayenesinin yapılabilmesine cevaz verilmiştir. Yönetmelikte ise kadının muayenesi, istemi hâlinde ve olanaklar elverdiğinde bir kadın tabip tarafından yapılacağı düzenlenmiştir. Ayrıca Yönetmelik m. 11/2'de de "muayene edilecek kadının talebine rağmen bir kadın tabibin bulunmasına olanakların elvermediği durumlarda; muayene sırasında tabiple birlikte bir başka kadın sağlık mesleği personelinin bulundurulmasına özen gösterilir" düzenlenerek kadın hekimin bulunmadığı hallerde muayenenin nasıl gerçekleştirileceği hüküm altına alınmıştır. CMK m 77 ve Yönetmelik m. 11 düzenlemelerinde dikkat çeken nokta ise kadının, kadın hekim tarafından muayene edilmesi için isteminin aranıyor olmasıdır. Kanaatimizce istem aranmaksızın olanaklar elverdiği ölçüde kadının muayenesi kadın hekim tarafından yapılmalıdır.

SONUÇ

Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması, ispata götüren bir yöntem olarak makul ve kabul edilebilir bir uygulamadır. Bilimsel bir veri olarak ortaya konulan bu uygulamanın sonuçlarına itiraz etmek hem şüpheli ve sanık hem de diğer kişiler açısından pek de kolay değildir. Ortaya konulan sonuçlar herkes tarafından kabul edilen bilimsel verilerdendir. Ancak bilimsel sonuçlara ulaşmak için uygulanan bu yöntemin, hukuk düzeninde titizlikle ele alınmış olması gerekmektedir. Aksi halde insan onuru bağdaşmayacak uygulamaların ortaya çıkmasına neden olabilir.

Düzenlemenin hukuki niteliği bakımından konu tartışmalı olsa da bize göre koruma tedbiri niteliğindedir. Zira beden muayenesi veya vücuttan örnek alınması temel hak ve özgürlüklerden olan vücut bütünlüğüne müdahale getirdiğinden ve uygulanması bakımından sıkı koşullara bağlanması nedeniyle koruma tedbiri yönü ağır basmaktadır.

Mevcut hali ile düzenlemeler incelendiğinde titiz bir çalışma yapıldığı söylenemez. Kanun ve yönetmeliğin birbirinden bağımsız düzenlemeler getirdiği hatta bazı durumlarda birbirine ters düşen uygulamalar getirdiği ortadadır. Bunun yanında anlaşılmayan durumlarda bulunmaktadır. Burada bun-

ların ayrıntısını tekrar etmeyeceğiz ancak en basitinden dış beden muayenesi ve iç beden muayenesinin ne olduğu kanuni olarak belirtilmelidir. Bunun yanında zorla beden muayenesinde zorlamanın sınırı ve seviyesi muhakkak ortaya konulmalıdır. Bu hali ile yönetmeliğin ortaya koyduğu hukuksuz ve dayanaksız iç beden muayenesi ve dış beden muayenesi ayırımında hangi bedenden muayenesinde yetkilinin zorlama hakkının ne kadar olduğu anlaşılama-maktadır.

Yönetmelik m. 18/son'da yer alan; *Bir suçun aydınlatılmasını sağlamak amacıyla, şüpheli, sanık ve diğer kişilerin kendiliğinden başvurarak rıza göstermeleri hâlinde, soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısının istemi, kovuşturma aşamasında ise hâkim veya mahkeme kararıyla tıbbî muayeneleri yapılabilir ya da vücutlarından örnek alınabilir* hükmünün kanunla düzenlenmesi isabetli olacaktır. Zira kişinin bedeni üzerinde muayene yapılmasına rıza verme yetkisi TCK m. 26 kapsamında olduğundan, kanun koyucu bu gibi hallerde rızaya geçerlilik tanıyıp tanımayacağını açıkça kanunla düzenlemelidir. Aksi halde kanunda yer alan bir hukuka uygunluk nedeninin yasal dayanağı olmayan yönetmelikle sınırlandırılması söz konusu olacaktır.

Şüpheli ve ya sanığın iç beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması CMK m. 75/3 gereği tabip veya sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi tarafından yapılabilir. Ancak Yönetmelik m. 4'te "Şüpheli veya sanığın iç beden muayenesi ancak tabip tarafından yapılır" demek suretiyle CMK m. 75/3 hükmü sınırlandırılmıştır. Şüpheli veya sanık bakımından daha fazla güvence oluşturur gibi görünen Yönetmelik hükmü, kanunla getirilen bir yetkinin yönetmelikle ortadan kaldırılması anlamına geleceğinden ve muhakemenin seyrine müdahale eder nitelikte uygulamalara sebebiyet vereceğinden kanaatimize isabetli bir düzenleme olmamıştır.

CMK m. 76'nın başlığında diğer kişiler denmesine rağmen madde düzenlemesinde sadece mağdurdan bahsedilmiştir. Yönetmelik m. 7'de ise mağdur ve diğer kişiler demek suretiyle açıkça mağdur dışındaki kişiler bakımından beden muayenesi düzenlenmiştir. Kanunda olmayan diğer kişilerin beden muayenesi Yönetmelikle düzenlendiğinden AY m. 17'ye ve m. 13'e aykırı olduğundan mağdur dışındaki kişiler bakımından da eğer beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması tedbirine başvurulacaksa kanuni düzenleme yapılmalıdır.

Kadının muayenesi bakımından, kadının isteminin aranıyor olması bize göre isabetli olmamıştır. Olanaklar el verdiği sürece kadının muayenesi kadın hekim tarafından yapılmalıdır ve bu husus kadının istemine bağlı olmayacak şekilde düzenlenmelidir.

KAYNAKÇA

- Aykut ERSAN, Beden Muayenesi, Vücuttan Örnek Alınması, Moleküler Genetik İncelemeler ile İlgili Düzenlemelerin Türk ve Alman Hukuku Açısından Değerlendirilmesi, in. Türk Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Araştırmaları Yıllığı, Ekim, 2009-2010, V.2-3, N. 2-3, ss. 267-277.
- Bahri ÖZTÜRK/Durmuş TEZCAN/R. Mustafa ERDEM vd., Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınları, 4. Baskı, Ankara, Ekim 2012
- Cumhur ŞAHİN/Neslihan GÖKTÜRK, Ceza Muhakemesi Hukuk II, Seçkin Yayınları, Ankara, 2012.
- Esra ALAN, Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması, İn. Uğur Alacakaptan'a Armağan, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2008, ss. 45-58.
- Faruk TURHAN, Ceza Muhakemesi Hukuku, Asil Yayın Dağıtım, Ankara, 2006.
- F. Selami MAHMUTOĞLU, Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması, ceza-hukuku.istanbul.edu.tr.
- Feridun YENİSEY/ Ayşe NUHOĞLU, Ceza Muhakemesi Hukuku, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2014.
- Hüseyin ERTUĞRUL, Ceza Muhakemesinde Katlanma Yükümlülüğü, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XII, Y. 2008, S. 1-2, ss.687-699.
- İsa DÖNER, Ceza Muhakemesi Hukuku İşlemlerinden Koruma Tedbiri Olarak Arama İşlemi, in. 3. Yılında Yeni Ceza Adaleti Sistemi Ed. Bahri Öztürk, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2009, ss. 431-484.
- İsmail ERCAN, Ceza Muhakemesi Hukuku, XII Levha Yayınları, 5. Bs., İstanbul, Ağustos 2012.
- İzzet ÖZGENÇ, Türk Ceza Hukuku Mevzuatı, C I, 15. Bs., Seçkin, Ankara, 2015.
- Nevzat TOROSLU/Metin FEYİZOĞLU, Ceza Muhakemesi Hukuku, Savaş Yayınları, 9. Bs., Ankara, Mayıs 2011.
- Nur CENTEL/Hamide ZAFER, Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yayınları, 10. Bs., İstanbul, 2013.
- Nurullah KUNTER/Feridun YENİSEY/Ayşe NUHOĞLU, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yayınları, 17. Bs., İstanbul, Nisan 2010.
- Özge APİŞ, Ceza Muhakemesi Hukukunda Şüpheli/Sanığın Beden Muayenesi ve Vücutundan Örnek Alınması, MÜHF Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 18, S. 1, ss.267-296.
- Pervin AKSOY-İPEKÇİOĞLU, Vücuttan Örnek Alma İşleminin Hukuki Niteliği ve Anayasaya Uygunluğu, MÜHF Hukuk Araştırmaları Dergisi, Y. 2013, C. 19, S. 2, ss. 1157-1775.
- Rezzan İTİŞGEN, Kişinin Kendini Suçlamaya Zorlanamama İlkesi (Nemo Tenetur İlkesi) ve Susma Hakkı, XII Levha, İstanbul, 2013.

- Süheyl DONAY, Ceza Yargılama Hukuku, Beta Yayınları, 2. Bs., İstanbul, Eylül 2012.
- Şebnem KORUR-FİDANCI/Coşkun YORULMAZ, Beden Muayenesi, İÜ Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Sürekli Tıp Eğitimi Etkinlikleri, Sempozyum Dizisi, No: 48, 2006, ss. 142-146.
- Veli Özer ÖZBEK/Mehmet Nihat KANBUR/Koray DOĞAN/Pınar BACAKSIZ/ İlker TEPE, Ceza Muhakemesi Hukuku, 7. Bs., Seçkin Yayınevi, Ankara, 2015.
- Yener ÜNVER/Hakan HAKERİ, Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet Yayınevi, 10. Bs., Ankara, 2015. Yener ÜNVER/Hakan HAKERİ, Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet Yayınevi, 6. Bs., Ankara, 2012.

Diktatoryal Yönetimlerin Evrensel Yargılanma Kâbusu: İşkence Yasağı İhlâlinin Takibinde Uluslararası Normlara Bakış

Universal Jurisdiction Nightmare of Dictatory Regimes: Outlook to International Norms in the Pursuit of Violation of Prohibition of Torture

Arş. Gör. Hilal CECANPINAR*

Özet

Bütün toplumu tehdit eden uluslararası suçların yargılanması Uluslararası Ceza Mahkemesi veya uluslararası sözleşme veyahut ulusal metinleriyle evrensel yargı ilkesini kabul eden devletler eliyle yapılmaktadır. İnsanlığa karşı suçlar, barışa karşı suçlar, soykırım suçu, saldırı suçu, işkence suçu gibi suçlar zamanaşımına tabi olmaksızın yargılamaya konu olabilmektedir. Liderler, iktidardayken işledikleri bu tür suçlar nedeniyle kendi ülkelerinde, sığındıkları ülkede veya üçüncü bir ülkede yargılanabilecek, işledikleri fiiller cezasız kalmayacaktır.

Söz konusu yargılama imkânı uluslararası belgelerle devletlere tanınmış olan evrensel yargı yetkisinden doğmaktadır. Evrensel yargı yetkisinde fiilin işlendiği yerin, fiili gerçekleştiren kişinin tâbiyetinin önemi yoktur. Yalnızca evrensel yargı yetkisini doğuran fiilin işlenmesi bağlantı noktasının oluşmasında yeterlidir. Böylelikle devletlerin yargı yetkisi ortaya çıkar ve zanlılar her devletçe yargılanabilir hale gelir.

1984 Birleşmiş Milletler İşkenceye ve Diğer Zalimane, Gayri İnsanî veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşme, taraf devletlere evrensel yargı yetkisi tanıyan uluslararası sözleşmelerden biri olup Hissene Habre'nin yargılanma talebinin dayanak noktasıdır.

Bu kapsamda öncelikle ilk başlık altında evrensel yargılamaya konu teşkil eden suçun niteliği (I), sonrasında evrensel yargılama yetkisinin kapsamı (II) nihayetinde son başlıkta işkence yasağının ihlâl edildiği iddiasıyla yargılanması Uluslararası Adalet Divanı önüne gelen örnek ve yakın tarihli Hissene Habre davası incelenecektir (III).

Anahtar Kelimeler

İşkence Yasağı, Evrensel Yargı Yetkisi, Hissene Habre, Uluslararası Suç, Birleşmiş Milletler İşkence veya Küçük Düşürücü Muamele veya Cezaların Önlenmesi Sözleşmesi.

* Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı, hilalcecanpinar@atauni.edu.tr.

Abstract

Judgment of all the society threatening international crimes are carried out by International Criminal Court or the states that have accepted the principle of universal jurisdiction through the international treaties or their national texts. Crimes such as crimes against humanity, crimes against peace, crime of genocide, crime of aggression, crime of torture could be subject to judgment without being subject to prescription. Leaders, due to the this kind of crimes committed when they are in power, could be judged in their own countries, in the country where they refuge or in a third country; acts are committed by them will not go unpunished.

Possibility of judgment in question arises from universal jurisdiction power entitled to the states by international documents. In Universal Jurisdiction, it does not matter where an act is committed and the nationality of the person who commits the act. Simply committing the act that gives rise to universal jurisdiction is enough in forming of agglomeration. In this way, judicial power of the states comes out and suspects can be judged by each state.

The United- Nations Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment is been an international convention that entitles universal jurisdiction to contracting countries and is the mainstay of trial request for Hissene Habre.

Within this scope, firstly under the first title, qualification of the crime that constitutes a subject to universal judgment (I), after then the scope of universal jurisdiction (II), finally in the last title, the sample case with recent date, "Hissene Habre", whose judgment came in front of International Court of Justice by the assertion of violation of prohibition of torture, will be examined (III).

Keywords

Prohibition of Torture, Universal Jurisdiction, Hissene Habre, International Crime, The United-Nations Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment.

GİRİŞ

17 Aralık 2010 tarihinde Tunus'ta başlayan halk hareketlenmeleri giderek tüm Arap ülkelerinde diktatörlüğe karşı bir isyan hareketine dönüşünce, demokrasi, insan hakları ve adil paylaşımaya dayalı ekonomik talepler gölgesinde gerçekleşen bu ayaklanmaya, 1848 İşçi Ayaklanmalarına verilen "Halkların yahut Devrimlerin Baharı" kavramsallaştırmasından hareketle "Arap Baharı" adlandırması uygun görülmüştü. Bu halk ayaklanmaları sırasıyla önce Tunus'ta, sonra Mısır'da, devamında Yemen'de, Bahreyn'de ve Suriye'de, ara ara Fas'ta, Ürdün'de ve Cezayir'de görülmeye başlanmıştır. Bu ayaklanmalar neticesinde, Tunus Devlet Başkanı Zeynel Abidin Bin Ali 14 Ocak 2011'de ülkesinden kaçıp Suudi Arabistan'a sığınmış, Mısır Devlet Başkanı Hüsnü Mübarek 11 Şubat 2011'de görevinden istifa etmiş, Libya Devlet Başkanı Muammer Kaddafi 20 Ekim 2011'de muhalifler tarafından öldürülmüştür. Yemen Cumhurbaşkanı Ali Abdullah Salih ise 27 Şubat 2012'de görevi yarıdıcısına devrederek Amerika Birleşik Devletleri'ne sığınmıştır. Son olarak Suriye Devlet Başkanı Beşar Esad'ın¹ sığınma talebiyle Venezüella ile görüş-

¹ Bkz: <http://www.dunyabulteni.net/?aType=haber&ArticleID=240308> (E.T: 14 Nisan 2016).

meler yaptığı basına sızmıştır. Bu yönetsel değişiklikler Arap dünyasında iç karışıklıklar, görevdeki geçiş hükümetleri ve demokrasi hamlelerinde yaşanan zorluklar ve ekonomik darboğaz ile sonuçlansa da, özgürlükler ve demokrasi noktasında gelinmesi beklenen aşama ile bir bahar havası oluşturduğuna ilişkin ön kabul hala sürmektedir.

Devrik yönetimlerin ve liderlerin yargılanması ve hesap sorulması bu noktada dönüşümün temel unsuru olarak görülmektedir. Yönetimde kaldığı süre içerisinde işlendiği iddia edilen suçlara ilişkin kimi devrik liderler ülkelerinde yargılanırken (Hüsnü Mübarek örneğinde olduğu gibi), kimi hakkında ise Uluslararası Ceza Mahkemesi tarafından yakalama kararı çıkartılmış durumdadır (Seyfülislam Kaddafi örneğinde olduğu gibi)². Aslında Uluslararası Ceza Hukuku kapsamında halen görevde olan yönetici ve liderlerin akıbeti de devrik liderlerden farklı bir durum arz etmemektedir. Hem Uluslararası Ceza Mahkemesi kapsamındaki suçlara ilişkin uluslararası yargılama imkânı bulunurken ve hem de çeşitli suçlara ilişkin evrensel hukuk kuralları ve devletlerin bağlı olduğu metinler ulusal düzeyde belirli suçların yargısız kalmasının önüne geçmeyi amaçlamaktadır. Bu kapsamda, insanlığa karşı suçlar, barışa karşı suçlar, soykırım suçu, saldırı suçu, işkence suçu gibi suçların zanlıları, zamanaşımına tabi olmaksızın yargılanması ve cezalandırılması amaçlanan failer olarak karşımıza çıkmaktadırlar³. İktidarda buldukları süre dâhilinde işledikleri bu tür suçlardan dolayı devrik liderlerin yargılanması gerek kendi ülkelerinde, gerek sığındıkları ülkelerde ve gerekse de üçüncü bir ülkede gerçekleştirilecek ve cezasız kalmayacaklardır.

19 Şubat 2009 tarihinde Belçika'nın, Birleşmiş Milletler, Uluslararası Adalet Divanı'na başvurarak Çad eski cumhurbaşkanı Hissene Habre'nin Senegal tarafınca yargılanmasının ya da cezaî takip amacıyla Belçika'ya iade edilmesi konusunda iki ülke arasındaki uyuşmazlığın hukukî çerçevesinin tespiti talebinde bulunması ve Adalet Divanının, üç yıla yakın bir süre içerisinde uyuşmazlık konusunu inceleyip 20 Temmuz 2012 tarihinde esasa ilişkin nihaî kararını ilân etmesi, bu Arap Baharı gölgesinde kalmış diktatörlerin geleceği açısından örnek bir dava olarak yol gösterici konumundadır. Uluslararası Ceza Mahkemesi kapsamında yargılanmaları mümkün olmasa bile yahut kendi ülkelerinden kaçmış bulunsalar bile, devrik diktatörleri bekleyen, evrensel bir uluslararası metin ve angajman sonucu, yargılama ve cezalandırma imkânı mevcuttur. Söz konusu yargılama imkânı sağlayan uluslararası belgelerle devletlere tanınmış olan evrensel yargı yetkisidir.

² [https://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/situations%20and%20cases/situations/icc0111/related%20cases/icc01110111/Pages/icc01110111.aspx_\(E.T: 14 Nisan 2016\)](https://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/situations%20and%20cases/situations/icc0111/related%20cases/icc01110111/Pages/icc01110111.aspx_(E.T: 14 Nisan 2016))

³ Bkz: <http://www.tchd.org.tr/MenuContent.aspx?id=63> (E.T: 21 Nisan 2016).

Evrensel yargı yetkisini doğuran fiilin işlenmesi ile fiilin işlendiği yerin, fiili gerçekleştiren kişinin tabiiyetinin önemi olmaksızın devletlerin yargı yetkisi ortaya çıkar ve zanlılar her devletçe yargılanabilir hale gelir.

Bir hukuk düzeninin kurulması ve yaşatılması devletin temel görevidir. Devlet ülkesi dâhilinde kamu düzenini sağlamak üzere kişiler ve mallar ile alakalı cezai ve hukuki düzenleme yapma hususunda münhasır hak sahibidir⁴. Devlet, egemenliğinin gereği olarak ülkesinde geçerli olacak kanunları yapma ve uygulama yetkisine sahip tek otoritedir. Devlet vücuda getirdiği kanunların uygulanacağı alanı serbestçe tayin edebilir. Devletin yetkisi ülkeseldir ve uluslararası antlaşma veya örf-adette aksi olmadığı müddetçe devlet ülkesi dışında yetki kullanamaz.

Evrensellik ilkesi ile devletin ülkesel yargı yetkisine istisna getirilmiş, uluslararası toplumu tehdit eden bazı fiillere ilişkin tüm devletlere yargı yetkisi tanınmıştır. Evrensel yargı yetkisi ile failin tabiiyeti ve fiilin gerçekleştirildiği yer önem arz etmeksizin, yalnızca fiilin niteliği dikkate alınarak, devletin fail üzerinde yargılama yapma hakkı doğar⁵. Ülke ile hiçbir bağlantısı olmaksızın sadece suçun belirtilen suçlardan birini teşkil etmesi halinde failin ülkede bulunması dahi aranmadan yargılama yapılabilmesi tam evrensellik ilkesi, yargılamanın belirli şart ve koşullara bağlanması halinde sınırlı evrensellik ilkesinden bahsedilir⁶. Evrensellik ilkesinin bağlantı noktasını oluşturan suçların insanlığın barış ve güvenliğine tehdit oluşturması ve uluslararası alanda korunması kabul edilen menfaatlere yönelmiş olması gerekir. Uluslararası alanda korunan hukuki menfaatlerin dayanağı da uluslararası sözleşmeler ve örf- adet kurallarıdır⁷.

1984 Birleşmiş Milletler İşkenceye ve Diğer Zalimane, Gayri İnsanî veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşme⁸ devletlere evrensel yargı yetkisi tanıyan uluslararası sözleşmelerden biridir. Söz konusu sözleşmenin 5. maddesi uyarınca, sözleşmeye taraf devlette bulunan ve iade işlemi gerçekleştirilmemiş olan failin, söz konusu devletin uyuğunda olmasına ya da fiilin söz konusu devlet ülkesinde gerçekleşmesine gerek olmaksızın, taraf devletin ülkesinde bulunması taraf devletin yargı yetkisini ve sorumluluğunu doğurur. Bu kapsamda öncelikle ilk başlık altında evrensel yargılamaya konu teşkil eden suçun niteliği, sonrasında evrensel yargılama yetkisinin kapsamı ve nihayetinde de işkence yasağının ihlâl edildiği iddiası ile yargılanmasının

⁴ Hüseyin PAZARCI, *Uluslararası Hukuk Dersleri II. Kitap*, Turhan Kitabevi, Ankara, 1998, s. 33-34.

⁵ Tahir TANER, *Ceza Hukuku*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1956, s. 175.

⁶ Susan BREAU, *The Responsibility to Protect in International Law*, Routledge, Abingdon, 2016, s. 134.

⁷ Faruk TURHAN, "Ceza Kanununun Yer Bakımından Uygulanmasında Evrensellik İlkesi ve Yeni TCK", *Hukuki Perspektifler Dergisi*, Sayı: 4, İstanbul, 2005, s. 201.

⁸ R.G.: 29 Nisan 1988, Sayı: 19799.

bir uluslararası hukuk konusu olarak Uluslararası Adalet Divanı önüne gelen örnek ve yakın tarihli Hissene Habre davası incelenecektir.

I. ULUSLARARASI HUKUKTA İŞKENCE YASAĞI

İşkence, sözlük anlamı itibariyle acı, üzüntü, sıkıntı ve keder biçiminde açıklanmaktadır⁹. Bir kişiye karşı herhangi bir amacı gerçekleştirmek için maddi acı ve ızdırap veren davranışlar işkenceyi ifade eder¹⁰. İşkencenin şüpheli ve sanıktan bilgi almak için kullanılması Ortaçağ Avrupası'nda meşru görülmüştür¹¹. Ancak sözü edilen meşruiyet algılamasına karşı zaman içerisinde çeşitli açılardan yoğun eleştiriler ortaya atılmıştır. Örneğin Beccaria, suçlunun kendini bir suçla itham etmesi için ona işkence edilmesini vahşet ve budalalık olarak açıklamaktadır. Beccaria'ya göre işkence, işlenen bir suçun itiraf etmek için, suç ortaklarını ortaya çıkarmak için, hangi metafizik ve anlaşılabilir mantıkla ileri sürüldüğü anlaşılamayan, suçlunun işlediği varsayılan ama ispatlanamayan suçun ortaya çıkarılması amacıyla uygulanan, geleneksel olarak benimsenmiş bir zalimlik türüdür¹². Montesquieu, Voltaire, Feuerbach gibi düşünürler de işkencenin ortadan kalkması gerektiğine ilişkin görüşler ileri sürerek bu yöntemin meşruluğu düşüncesinin kırılmasını sağlamışlardır. Bu doğrultuda Montesquieu "... Bugün son derece uygar bir milletin artık bu usule başvurmadığını, bundan da hiçbir zarar görmediğini biliyoruz. Demek oluyor ki işkence niteliği bakımından zorunlu bir şey değildir"¹³ ifadeleriyle suçların işkence ile ispat edilmesi yöntemini eleştirmiştir. Ortaya atılan görüşler ve modern devlet anlayışının tesisi sonucunda zamanla özellikle Fransa ve Almanya gibi ülkelerde işkence, yargılama kapsamında uygulanan bir yöntem olmaktan çıkmıştır¹⁴. İşkence gün geçtikçe meşruluğunu yitiren bir vasıta olarak 20. yüzyıla gelindiğinde artık hiçbir şekilde kabul edilmeyen bir uygulama haline dönüşmüştür. Bu dönüşüm sonucunda 20. yüzyıldan itibaren işkenceyi uluslararası toplum nezdinde de yasaklayan çok sayıda uluslararası sözleşme kabul edilerek uygulamaya konulmuştur¹⁵.

⁹ Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük, http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5123497dda91b4.07497471, (E. T: 19 Nisan 2016).

¹⁰ Alia YILMAZ, *Uluslararası Ceza Hukuku El Kitabı*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2001, s. 100.

¹¹ Köksal BAYRAKTAR, "İşkence Suçu", Zabunoğlu Armağanı, Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara, 2011, s. 146.

¹² Cesare BECCARIA, *Suçlar ve Cezalar*, Çev: Zuhal Özbayrak, Çağdaş Hukukçular Demeği Yayınları, Birinci Baskı, Ankara, 2003, s. 73-74

¹³ Charles Louis de Secondat Baron de MONTESQUIEU, *Kanunların Ruhu Üzerine*, Çev: Fehmi Baldaş, Seç Yayın Dağıtım, İstanbul, 2004, s. 102.

¹⁴ Mehmet Emin ARTUK, *İşkence Suçu*, Ceza Hukuku Dergisi, Sayı: 7, Ankara, 2008, s. 7-8.

¹⁵ Örneğin; İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa İşkence ve İnsanlık Dışı veya Küçük Düşürücü Muamele ve Cezaların Önlenmesi Sözleşmesi, Roma Statüsü, vb.

İşkencenin temel hak ve hürriyetlere aykırı ve gayrimeşru bir yöntem veya cezalandırma türü olduğu hususu, uluslararası alanda ilk olarak 1948 İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi¹⁶'nin 5. maddesinde görüntüm kazanmıştır. Beyanname'nin 5. maddesinde "Hiç kimseye işkence yapılamaz, zalimce, insanlık dışı veya onur kırıcı davranışlarda bulunulamaz ve ceza verilemez" denilerek işkence yasağına açık biçimde yer verilmiştir. Günümüzde Beyanname'nin bu düzenlemesini destekleyici nitelikte işkencenin önlenmesine yönelik gereken önlemlerin alınması zorunluluğunu ihtiva eden birçok uluslararası metin bulunmaktadır. 1949 Cenevre Sözleşmeleri¹⁷'nde savaş zamanında esirlerin, hasta ve yaralıların, silâhli kuvvet üyelerine ilişkin herhangi bir işkence, insanlık dışı muamele yapılamayacağı; 1950 Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi¹⁸'nde ve 1966 Birleşmiş Milletler Uluslararası Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nde hiç kimsenin işkenceye tabi tutulamayacağı; 1984 Birleşmiş Milletler İşkenceye ve Diğer Zalimane, Gayri İnsanî veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşme 'de devletlerin işkenceyi önleme ve gerekli tedbirleri alma konusunda yükümlülüklerinin bulunduğu; 1987 Avrupa İşkence ve İnsanlık Dışı veya Küçük Düşürücü Muamele ve Cezaların Önlenmesi Sözleşmesi¹⁹'nde Avrupa Komitesi ihdas edilerek devletlerin işkence yasağına ilişkin tutumunun inceleneceği; 1998 Uluslararası Ceza Mahkemesini kuran Roma Statüsü²⁰'nde ise işkencenin insanlığa karşı suç niteliğinde olduğu ve savaş suçları arasında da yer aldığı ve Divan'ın yargı yetkisine dâhil suçlar içerisinde olduğu düzenlemesine yer verilmiştir.

İşkencenin Önlenmesine Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesinde Kendisinden veya üçüncü bir kişiden bilgi veya itiraf elde etmek, kendisinin veya üçüncü bir kişinin işlediği veya işlediğinden şüphe edilen bir suç için cezalandırmak veya kendisini veya üçüncü kişiyi sindirmek veya baskı altında tutmak amacıyla veya her türlü ayırimcılığa dayalı nedenlerle bir kişiye kasıtlı olarak ister fiziksel, ister ruhsal olarak şiddetli acı verilmesi veya eziyet yapılması eylemi işkence olarak tanımlanmıştır. İşkenceye ve kötü muameleye tabi tutulmama hakkı, tüm insanlığın, dolayısıyla uluslararası toplumun ortak hakkıdır²¹. İşkencenin önlenmesi ve cezalandırılmasına yönelik birçok uluslararası sözleşmenin varlığının yanı

¹⁶ http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/eng.pdf, (E.T.:03 Haziran 2016), R.G.: 27 Mayıs 1949, Sayı:7217.

¹⁷ <https://www.icrc.org/eng/home/languages/turkish/files/sozlesmeleri-protokolleri-conventions-protocols.pdf>, (E.T.: 03 Haziran 2016), R.G.: 30 Ocak 1953, Sayı: 8322.

¹⁸ http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf, (E.T.: 03 Haziran 2016), R.G.: 19 Mart 1954, Sayı: 8662.

¹⁹ <http://www.cpt.coe.int/lang/tur/tur-convention.pdf>, (E.T.: 03 Haziran 2016), R.G.: 26 Şubat 1988, Sayı: 19737.

²⁰ <https://www.icc-cpi.int/resource-library/Documents/RS-Eng.pdf>, (E.T.: 03 Haziran 2016)

²¹ <http://www.icty.org/x/cases/furundzija/tjug/en/fur-tj981210e.pdf>

sıra uluslararası hukuk açısından işkence yasağının “*jus cogens*” haline geldiği²² ve uluslararası toplumu oluşturan tüm üyeleri bağlayıcı nitelikte olduğu öğretide ifade edilmektedir²³. İşkence suçunun cezasız kalması uluslararası adalet vicdanını zedeleyeceğinden ötürü işkence suçuna ilişkin zamaşımı da işlemeyecektir²⁴. Söz konusu suç işleyen kişi zamaşımına dayanamayacak ya da yargı bağışıklığından faydalanamayacak²⁵, evrensel yargı yetkisi ilke dünya üzerindeki herhangi bir yerde yargılanabilecektir.

II. EVRENSEL YARGI YETKİSİ BAĞLAMINDA İŞKENCE YASAĞI

Evrensellik ilkesi, suç nerede işlenmiş olursa olsun, failin tabiiyetine bakılmaksızın devletin ceza kanunlarını kişiye tatbik edebilmesi sonucunu doğurur²⁶. Bu ilke ile devletin egemenliğinden doğan ve kural olarak egemenlik alanında kullanabildiği yargı yetkisinin istisnai biçimde genişletilerek uygulanmasına olanak sağlanmaktadır²⁷. Evrensel yargılama yetkisi, birtakım suçların cezasız kalmasını önleme amacıyla devlet mahkemelerinin, kendi yetkisinde bulunan veya başka yerde işlenen suç faillerini, fail veya mağdur vatandaşlığına bakılmaksızın “*ubi te invenero ibi te judicium*”²⁸ prensibi doğrultusunda yargılayabilmesini ifade eder²⁹.

Cezanın evrenselliği temeline dayanan evrensellik ilkesi; “ortak insani değerlere” yönelik işlenen suçlara karşı tüm insanlık menfaatinin gözetilmesi; mülklik, şahsılık, koruma ilkelerince yargı yetkisi dışında kalsa da suçun teh-

²² “İşkence yasağının buyruk kural (*jus cogens*) olarak tanınması sonucunda, uluslararası insan hakları sözleşmelerinden ve teamül hukukundan kaynaklanan kurallar karşısında hiyerarşik bir üstünlüğe sahiptir.” Bkz: <http://www.tihv.org.tr/wp-content/uploads/2015/04/85-%C4%B0%C5%9Fkence-ve-Di%C4%9Fer-A%C4%9F%C4%B1r-%C4%B0nsan-Haklar%C4%B1-%C4%B0hallerinde-Zamana%C5%9F%C4%B1m%C4%B1.pdf> (E.T.: 04 Haziran 2016)

²³ Aisling REIDY, İşkencenin Yasaklanması, İnsan Hakları El Kitapları No: 6, AB ve Avrupa Konseyi Yayınları, Ankara, 2012, s. 7.

²⁴ Bkz.: <http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf?library=ECHR&id=001-120374&filename=CASE%20OF%20TAYLAN%20v.%20TURKEY%20-%20%20%5BTurkish%20Translation%5D%20by%20the%20Turkish%20Ministry%20of%20Justice.pdf>, (E.T.:04 Haziran 2016). Türk Mevzuatında da 6459 sayılı kanunun 9. Maddesi ile İşkence Suçu'nda zamaşımının işlemeyeceği düzenlenmiştir.

²⁵ Pinochet davasında, İngiltere mahkemesi, işkence yasağının *jus cogens* nitelikte olduğu ve söz konusu failin devlet başkanı görevi kapsamında olmadığından “*acta jure imperii*” olarak nitelendirilemeyeceği, bu sebeple de eski devlet başkanının yargı bağışıklığının olmadığına karar vermiştir. Bkz.: Andrea Bianchi, “Immunity versus Human Rights: The Pinochet Case”, *European Journal of Human Rights*, 1999, Vol. 10, No. 2, s. 265.

²⁶ TANER, s. 175.

²⁷ Devrim Aydın, “*Ceza Kanunlarının Yer Yönünden Uygulanması*”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 94, Ankara, 2011, s. 141.

²⁸ “Nerede bulunursan orada yargılanırsın.”

²⁹ YILMAZ, s. 66.

dit ettiği değerlerin korunması ve suçun cezasız kalmaması amacıyla devletin kendini yetkili kılarak yargılama yapmasıdır³⁰.

Nitekim suç, yazılı olmasa da tüm insanlığın ortak değerlerinden oluşan tabii hukuku ihlâl eder ve bu insanlığa karşı tecavüz oluşturur ki bu tecavüzün cezalandırılması tüm devletlerin evrensel ödevidir³¹. Doğal hukuk öğretisinin de savunduğu üzere, suçun yalnızca bir ülkenin kanunlarını ihlâl edip o ülkenin düzenini bozmakla kalmayan, aynı zamanda tüm insanlığın düzenini de ihlâl eden bir kötülük olması nedeniyle, suçlunun cezasız kalması adaletin tam sağlanamaması anlamına gelecektir³².

Evrensellik ilkesi, devlet kanunlarında düzenlenen tüm suçlar için değil, tüm insanlığa yönelik ve uluslararası toplumun çıkarlarını zedeleyen suçlar bakımından uygulama alanı bulur. Söz konusu suçlar genellikle devletin sınırları dışında işlenmesi ve özel tehlike göstermesi itibariyle uluslararası işbirliğini gerekli kılmaktadır³³. Evrensellik ilkesi uluslararası dayanışmanın somut bir görünümü olmasının yanında, devletler bu ilkedен doğan yetkilerini icra ederken ölçülü hareket ederek uluslararası hukukun temel ilkelerinden olan “diğer devletlerin iç işlerine müdahale yasağı”nın ihlâl edilmemesine özen göstermelidir.

Evrensellik ilkesi sadece fiille ilgili olan devleti değil bütün uluslararası toplumu ilgilendiren, ortak değerleri tehdit eden ve yalnızca belli bir toprak parçasında değil evrensel anlamda geçerlilik taşıyan hukuki yararların korunması ile ilgilidir³⁴. Bu sebeple devletin suçu yargılayabilmesi için kendi çıkarını koruma amacı bağlantı noktası olarak addedilip, başkaca yersel veya kişisel bağlantıya gerek bulunmadığı ifade edilmektedir³⁵. Kendi çıkarını koruma amacı doğrultusunda ise deniz haydutluğu, kalpazanlık, kadın ticareti, uyuşturucu ticareti, işkence gibi fiillere ilişkin uluslararası sözleşmelerde taraf devletlere evrensel yargı yetkisi tanınmıştır³⁶. 1984 Birleşmiş Milletler İşkence veya Küçük Düşürücü Muamele veya Cezaların Önlenmesi Sözleşmesi’nde, işkence suçunu işleyen kişiyi elinde bulunduran devletin bu

³⁰ Yüksel ERSOY, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, İmaj Yayınevi, Ankara, 2002, s. 40.

³¹ Abdullah Pulat GÖZÜBÜYÜK, *Devletlerarası Ceza Hukuku*, Ayyıldız Matbaası, Ankara, 1959, s. 54.

³² Durmuş TEZCAN, “*Ulusal Mahkemelerin Evrensel Yargı Yetkisi ve Belçika Örneği*”, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2004, s. 129.

³³ Otto TRIFFTERER, *Österreichisches Strafrecht Allgemeiner Teil*, Wien, 1985, s. 32’den akt. Durmuş TEZCAN/Mustafa Ruhan ERDEM/R. Murat ÖNOK, *Uluslararası Ceza Hukuku*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2013, s. 148.

³⁴ Kai AMBOS, *Münchener Kommentar Strafgesetzbuch*, vor § 3-7 no. 47’den akt. Bahri ÖZTÜRK/Mustafa Ruhan ERDEM, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, Seçkin Yayınları, 11. Baskı, Ankara, 2011, s. 94.

³⁵ Ambos, vor § 3-7 no. 47’den akt. TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 149.

³⁶ TURHAN, s. 201.

kişiyi yargılama hakkı olduğundan bahisle devletlere evrensel yargı yetkisi tanınmıştır³⁷.

Birleşmiş Milletler İşkence veya Küçük Düşürücü Muamele veya Cezaların Önlenmesi Sözleşmesi, BM Genel Kurulu'nun 10 Aralık 1984 tarih ve 39/46 sayılı Kararı ile kabul edilip imza, onay ve katılıma açılmış; 26 Haziran 1987 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye ise Sözleşme'yi 25 Ocak 1988 tarihinde imzalamış ve 21 Nisan 1988 tarihinde bir beyan³⁸ ve bir ihtirazı kayıtlı³⁹ onaylamıştır. 3441 sayılı Uygun Bulma Kanunu 29 Nisan 1988 gün ve 19799 Sayılı Resmi Gazetede yayınlanmıştır. Kısa biçimde “İşkencenin Önlenmesine Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi” olarak bilinen Sözleşme, 1984'ten bu yana 150'yi aşkın devlet tarafından imzalanmıştır.

Belirtmek gerekir ki İşkencenin Önlenmesine Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi uygulamaya konulmadan önce zaten işkence diğer bazı uluslararası sözleşmelerle yasaklanmıştır. Bu nedenle Sözleşme'nin temel amacı, işkenceyi yasaklamaktan öte yasağı kuvvetlendirerek etkin hale getirilmesini sağlamaktır⁴⁰.

Sözleşme'nin 1. maddesinde bu Sözleşme'nin konusunu teşkil eden işkencenin ne anlama geldiği tanımlanarak kavramın sınırları ve unsurları belirlenmiştir. Maddenin birinci fıkrası uyarınca, “Sözleşme amaçları çerçevesinde ‘işkence’ terimi, bir şahsa veya bir üçüncü şahsa, bu şahsın veya üçüncü şahsın işlediğinden şüphe edilen bir fiil sebebiyle, cezalandırmak amacıyla bilgi veya itiraf elde etmek için veya ayırım gözeten herhangi bir sebep dolayısıyla bir kamu görevlisinin veya bu sıfatla hareket eden bir başka şahsın teşviki veya rızası veya muvafakatiyle uygulanan fiziki veya manevi ağır acı veya ızdırap veren fiil anlamına gelir”⁴¹.

³⁷ Peter MALANCZUK, *Modern Introduction to International Law*, Routledge, Canada, 1997, s. 112.

³⁸ Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti Sözleşmenin 21'inci madde 1'inci paragrafı uyarınca, bir Taraf Devletçe diğer bir Taraf Devletin bu Sözleşme'ye göre mükellefiyetlerini yerine getirmediği hususunda yapılacak şikayetleri kabul etmek ve incelemek için İşkencenin önlenmesi Komitesi'nin yetkisini tanıdığını beyan eder. Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti, Sözleşmenin 22'nci madde 1'inci paragrafı uyarınca, ihlâlinden mağdur olduğunu iddia eden, kendi yargısına tâbi kişilerden gelen veya onlar adına yapılan şikayetleri kabul etmek ve incelemek için, İşkenceyi önleme Komitesi'nin yetkisini tanıdığını beyan eder. Bkz.: R.G.:10 Ağustos, Sayı: 19895.

³⁹ Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti, Sözleşme'nin 30'uncu madde 2'nci paragrafı uyarınca, aynı maddenin 1'inci paragrafı ile kendisini bağlı addetmediğini beyan eder. Sözleşmenin 30. Maddesi ile Sözleşme'ye ilişkin uyumsuzlukların önce hakeme intikali, hakem kararı ile 6 ay süresince çözüme varılamazsa tarafların uyumsuzluğu Uluslararası Adalet Divanına sevk edebileceği düzenlenmiştir. Bkz.: R.G.:10 Ağustos, Sayı: 19895.

⁴⁰ J. Herman BURGERS/Hans DANELIUS, *The United Nations Convention Against Torture*, Dordrecht/Boston/London, 1988, s. 1'den akt. R. Murat ÖNOK, *Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2006, s. 71.

⁴¹ TBMM İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu, “İşkence ve Diğer Zalimane, Gayri İnsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşme”, s. 38, <http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insan-haklari/pdf01/37-51.pdf> (E.T.: 20 Nisan 2016).

Sözleşme'nin 1/2. maddesine göre, yasal yaptırımlardan kaynaklanan, yaptırımın doğasında bulunan veya arızı olarak husule gelen acı ve ızdırıp işkence olarak değerlendirilemeyecektir. Belirtmek gerekir ki işkence suçunda hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir hukuka uygunluk sebebine yer verilmiş değildir. Bu suçta hakkın kullanılması, kanunun hükmünün yerine getirilmesi veya meşru müdafaa şartlarının oluşması mümkün gözükmemektedir. Ayrıca mağdurun üzerinde mutlak surette tasarruf etmeye elverişli olan bir hakkı bulunmadığı için ilgilinin rızası da işkence suçunu hukuka uygun hale getirmeyecektir⁴². Taraf devletlerin işkenceyi önlemek için kendi ülkesinde ve yetkisi altındaki ülkelerde her türlü etkili tedbiri alma yükümlülüğü bulunduğu Sözleşme'nin 2. maddesinde kabul edilmiştir. Böylelikle taraf devletlere getirilen yükümlülük kendi ülke sınırlarını içerdiği kadar, bu yükümlülük genişletilerek devletin -hukuki egemenliği altında olmasa bile- fiili egemenliği altında bulunan yerlerde de işkencenin önlenmesi için önlem alma yükümlülüğü olduğu kabul edilmiştir (m. 2/1). İşkence yasağının mutlak olduğu ve hiçbir istisnanın işkenceye haklı gerekçe oluşturmayacağı Sözleşme'den ulaşılan bir diğer sonuçtur. Savaş, savaş tehdidi, siyasi istikrarsızlık veya herhangi başka bir olağanüstü hal, işkence fiilinin uygulanmasına meşruluk kazandıramaz (m. 2/2). Taraf devletlerin, egemenlikleri altındaki kişileri işkenceye karşı koruma mükellefiyetlerinin yanı sıra, herhangi bir kimseyi işkenceye tabi tutulacağına dair esaslı sebeplerin bulunduğu kanaatini uyandıran bir devlete geri göndermeme, sınır dışı etmeme veya iade etmeme yükümlülükleri de bulunmaktadır (m. 3/1).

İşkence yasağının teminat altına alınması için taraf devletlerin Sözleşme'nin ilgili hükümlerini ulusal hukuk sistemlerine yerleştirmeleri gerekmektedir. Bu doğrultuda her taraf devlet tüm işkence fiillerinin kendi ceza kanununa göre suç olmasını sağlayacaktır⁴³. Aynı şekilde işkence suçuna teşebbüs veya iştirak eden veya bu fiile suç ortağı olarak katılan kişinin de cezalandırılması gerektiği öngörülmüştür (m. 4/1). Failin ülkesinde olduğu taraf devlet, suç kendi ülke sınırları içinde işlenmiş olmamasına veya fail kendi vatandaşlığına tabi bulunmamasına rağmen faili iade etmemesi halinde gerekli tedbirleri almakla mükelleftir (m. 5). İşkence yasağına ilişkin sözleşme ile devletlere sınırlı evrensel yargı yetkisi tanınarak işkence faillerinin ceza-

⁴² TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.250.

⁴³ Örneğin Türk hukuku açısından söz konusu teminat, TCK m. 94'ün gerekçesinde, uluslararası sözleşmelerle yüklenilen taahhütler karşısında ve özellikle insan haysiyetinin tecavüzlerden korunması için, işkence teşkil eden fiillerin cezasız kalmaması gerektiği yönündeki düşünceler doğrultusunda işkence fiillerinin bağımsız bir suç olarak tanımlandığı ifadelerine yer verilerek suretiyle kabul edilmiştir. Bkz. Veli Özer ÖZBEK/Mehmet Nihat KANBUR/Koray DOĞAN/Pınar BACAĞSIZ/İlker TEPE, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012, s. 274.

landırılması devletlerin egemenlikleri ile sınırlandırılmamış, tüm devletlerin evrensel meselesi haline getirilmiştir⁴⁴.

Taraf devletler arasında mevcut iade sözleşmesinde, sözleşmede sayılan suçlar, iade edilebilir suç olarak kabul edecek ve aralarında yapacakları her iade sözleşmesinde de sayılı suçları dâhil edeceklerdir (m. 8). Aralarında iade sözleşmesi olmayan devletlerden biri diğerinden iade talebinde bulunması halinde talepte bulunulan devlet sözleşmeyi hukuki temel olarak düşünebilir ancak böyle bir mükellefiyeti yoktur (m. 8)⁴⁵.

Bununla birlikte işkence fiilini işleyen kişilerin kamu görevlisi olması sebebiyle devlet söz konusu kimseleri cezalandırmada çekingin davranabilir ve işlenen fiilin cezasız kalma ihtimali doğabilir. İşte Sözleşmede evrensellik ilkesine yer verilmek suretiyle söz konusu ihtimal kesin bir şekilde bertaraf edilmeye çalışılmıştır. Taraf devletler aralarında yaptıkları iade sözleşmelerinde işkence fiilini, işkenceye teşebbüs, iştirak ve ortaklığı iade edilebilir suç kapsamına alacak, siyasi suçun varlığı dahi iadeyi engellemeyecektir⁴⁶. Ayrıca devletler kovuşturma için gerekli olan adli yardımı sağlamakla, kamu personeline işkenceye karşı gerekli eğitimi vermekle, yargılama ve infaz aşamalarına ilişkin mevzuat düzenlemelerini gözden geçirmekle ve işkence derecesine ulaşmamış olsa bile her türlü zalim, insanlık dışı, küçültücü muamele veya cezaların uygulanmasını önlemekle yükümlüdür (m. 9-16).

Sözleşmenin amacının işkence yasağına etkinlik kazandırmak olmasından dolayı, hükümlerle yalnız işkence yasaklanıp devletlere yükümlülükler yüklenmemiştir. Aynı zamanda yasağın uygulanabilirliğini, devletlerin yükümlülüklerini yerine getirip getirmediğini takip edip denetlemek üzere bir komite oluşturulmuştur. Komite taraf devletlerin yükümlülüklerini yerine

⁴⁴ M. Refik KORKUSUZ, *Uluslararası Belgelerde ve Türk Anayasası'nda Temel Hak ve Özgürlükler*, Özenk Matbaacılık, İstanbul, 1998, s. 67.

⁴⁵ Suçluların İadesine İlişkin Avrupa Sözleşmesi ile taraf devletler iadeyle yükümlüdür. Sözleşme 13 Aralık 1957'de imzalanmış ve 18 Nisan 1960'da yürürlüğe girmiştir. Sözleşme çerçevesinde kanunları ihlalden dolayı takip edilen ve iadeyi talep eden tarafa şahısları karşılıklı olarak teslim etme yükümlülüğü yükler. Öncelikle talep edilen kişi talep edilen devlet ülkesinde bulunmalı ve hakkında kesin hüküm verilmemiş olmalıdır. Kişi talep edilen devlet vatandaşı ise, talep eden devlette kişi ölüm cezası ile cezalandırılması mümkünse, siyasi suç olarak nitelendiriliyorsa ve talep edilen ülkede suçun tamamı veyahut bir kısmı işlenmişse devletin iadeyi reddetme hakkı mevcuttur. Suçlunun talep edilebilmesi için söz konusu fiilin talep eden ve talep edilen iki devlette de suç olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Her iki devlet kanununa göre suç olması yeterli olmayıp, ayrıca her iki tarafın kanunlarına göre, en az bir yıl süre ile hürriyeti bağlayıcı bir cezayı veya en az bir yıl süreyle bir güvenlik önlemini veya daha ağır bir ceza veya önlemi gerektirmelidir, ancak hükümlünün infaz için iadesi isteniyorsa bu durumda hükmedilen yaptırım en az 4 süreli olmalıdır. Tüm koşulları sağlayan iade talebine karşın talep edilen devlet iade etmekle yükümlüdür.Bkz: http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/sozlesmeler/coktarafli-soz/ak/turkce/024_tur.pdf, (E.T.:04 Haziran 2016)

⁴⁶ Cüneyd ER, "İşkenceye Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 60, Ankara, 2005, s. 176.

getirmelerini sağlamak için denetim, takip ve kontrolü sağlamayı amaçlamaktadır⁴⁷. Taraf devletlerden yükümlülüklerini gerçekleştirmek için aldıkları önlemleri belirten raporlar hazırlayarak Komite'ye bildirmelerini talep etmek, Komite'nin genel denetim yetkisi kapsamına girmektedir (m. 19). Taraf devletlerden birinin ülkesinde sistematik biçimde işkence yapıldığına ilişkin inandırıcı bilgilerin alınması halinde, Komite, ilgili taraf devletten gözlemlerini sunmasını isteyebileceği gibi gerekli gördüğü hallerde üyelerden birini ya da daha fazlasını gizli soruşturma yapmak üzere tayin etme yetkisine de sahiptir (m. 20). Fakat Sözleşme'nin 28. maddesi uyarınca taraf devletler Komite'nin denetim yetkisine ilişkin 20. madde hükmüne ihtirazî kayıt koymak suretiyle bu yetkiyi kendileri açısından bertaraf edebilirler.

Taraf devletlerden herhangi birinin Sözleşmede öngörülen yükümlülüklerini ihlâl ettiği iddiasıyla, mağdur olan bireylerin veya taraf devletlerden herhangi birinin Komite'ye başvuru hakkı tanınmakla birlikte, bu hakların gündeme gelmesi ancak ilgili devletin açık kabulü halinde mümkün olabilir (m. 21-22). Sözleşme'nin 21 ve 22. maddeleri ile Komite'nin etkinliği genişletilmeye çalışılsa da söz konusu hakların ilgili devletin kabul beyanında bulunması şeklinde bir kurucu şartta bağlanması bu amaca ulaşılmasına engel oluşturabilir⁴⁸.

Komite'nin tam anlamıyla yargı organı niteliği kazandığını söylemek mümkün değildir. Komite "yarı yargısal" nitelikte olup, yalnızca taraf devletlerin yükümlülüklerine uymadıklarına ilişkin görüş bildirme yetkisine sahiptir ve bağlayıcı karar alma yetkisi bulunmamaktadır⁴⁹.

Taraf devletler arasında Sözleşme'nin yorumlanması ve uygulanmasına dair müzakere ile çözülemeyen bir anlaşmazlık söz konusu olduğunda, taraflardan birinin talebi ile sorun hakeme havale edilebilecektir. Hakemin teşekkülünde de anlaşmazlık çıkması halinde, talep üzerine sorun Uluslararası Adalet Divanı önüne götürülebilecektir (m. 30). Bununla birlikte Sözleşme'nin imzalanması veya onaylanması sırasında taraf devletlerin 30. maddede düzenlenen yargı yetkisine ihtirazî kayıt koyması mümkündür⁵⁰.

Sözleşme'nin 31. maddesinde fesih hakkı düzenlenmektedir. Buna göre taraf devletler BM Genel Sekreterliği'ne yapacakları yazılı bildirimle Sözleşmeyi

⁴⁷ Turgut TARHANLI, *Birleşmiş Milletler Örgütü ve İnsan Haklarının Korunmasına İlişkin Başlıca Usuller*, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2000, s. 423.

⁴⁸ ÖNOK, s. 81.

⁴⁹ Malcolm D. EVANS, "Getting to Grips with Torture", *International Comparative Law Quarterly*, Vol. 51, 2002, s. 367.

⁵⁰ "Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti, Sözleşme'nin 30'uncu madde 2'nci paragrafı uyarınca, aynı maddenin 1'inci paragrafı ile kendisini bağlı addetmediğini beyan eder." ihtirazî kaydı ile sözleşmeyi uygun bulmuştur. Bkz. 19895 sayılı Resmi Gazete.

feshetme hakkına sahiptir. Fesih, bildirimde bulunduğu tarihten itibaren bir yıl sonra geçerli olacaktır. Sözleşmede feshin geçmişe etkili olmayacağı düzenlenmek suretiyle devletlerin feshin geçerlilik tarihine kadar gerçekleştirdikleri fiillerden sorumluluklarının devam edeceği kabul edilmiştir (m. 31). Ne var ki 31. maddeye yer verilerek ihlâlde bulunan devletin fesih işlemi kurtarıcı olarak kullanmasının önüne geçilmeye çalışılmasına rağmen, aynı maddenin son fıkrasında feshin geçerli olmasından sonra o devlete ilişkin yeni bir inceleme yapılamayacağı hüküm altına alınarak bir tezatlık meydana getirilmiştir⁵¹.

Sözleşme'nin gereklerinin yerine getirilmesine yönelik düzenlemele- re ulusal hukukta da yer verilerek fiilin Türk hukukunda bağımsız bir suç tipi oluşturduğu ayrıca kayıt altına alınmıştır. Nitekim Türkiye, taraf olduğu milletlerarası sözleşmelerde işkencenin yasak olduğunu kabul ederek, işkencenin önlenmesiyle ilgili gerekli tedbirleri alma konusunda taahhüt altına girmiştir⁵². Hukukumuzda 1982 Anayasası'nın 17/3. maddesinde, kimseye işkence ve eziyet yapılamayacağı ve kimsenin insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya ve muameleye tabi tutulamayacağı vurgulanmaktadır. Keza 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 94. maddesi kapsamında "Bir kişiye karşı insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanmasına yol açacak davranışları gerçekleştiren kamu görevlisi hakkında üç yıldan on iki yıla kadar hapis cezasına hükmolunur" biçiminde bir düzenlemeye yer verilerek işkence suçu açısından tipikliği oluşturan davranışlar ortaya konulmaktadır.

İşkence suçu herkes tarafından işlenmesi mümkün olan genel bir suç niteliğinde olmayıp, özgü suçların bir türü olarak yalnızca özel faillik sıfatı taşıyan kişilerce işlenebilir. Sözleşme gereğince işkence suçunu ancak kamu görevlisi, bu sıfatla hareket eden kişi veya bunların teşvik, rıza yahut onayı ile fiili gerçekleştiren kişi işleyebilir. Mağdur ise yaşayan herhangi bir kimse olabilir. İşkencenin varlığından söz edebilmek için hareketin fiziksel veya ruhsal acı veya ızdırap vermeye yönelmesi gerekmektedir. Bu açıdan acının belli bir eşiğe ulaşmış olması şartı aranmaktadır⁵³. İşkenceyi oluşturan hareketler ancak kasten işlenebilir. Bu suçta fail bilgi almak, mağdurun itiraf etmesini sağlamak veya onu cezalandırmak saikleri ile hareket etmesi gerektiği için Sözleşme kapsamındaki manevi unsur özel kast niteliğindedir. Türk hukukunda ise işkencenin cezalandırılması için genel kast yeterli olup; failin hangi amaç doğrultusunda hareket ettiğinin bir önemi bulunmamaktadır⁵⁴.

⁵¹ ER, s.182.

⁵² Bkz: TCK m. 94'ün gerekçesi; İzzet ÖZGENÇ, *Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi*, Adalet Bakanlığı Yayınları, Ankara, 2006, s. 792.

⁵³ ÖNOK, s. 73.

⁵⁴ Mehmet Emin ARTUK/Ahmet GÖKCEN/Ahmet Caner YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010, s.150.

III. 1984 BİRLEŞMİŞ MİLLETLER İŞKENCEYE VE DİĞER ZALİMANE, GAYRİ İNSANÎ VEYA KÜÇÜLTÜCÜ MUAMELE VEYA CEZAYA KARŞI SÖZLEŞME'NİN İHLÂLINE İLİŞKİN HİSSENE HABRE DAVASININ İNCELENMESİ

Çad eski devlet başkanı Hissene Habre'nin İşkencenin Önlenmesine Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'ne dayanılarak yargılanması talep edilmiştir⁵⁵.

Sözleşmenin 5. maddesi uluslararası hukuk doktrini tarafından "*compétence universelle limitée*" olarak tabir edilen "sınırlı evrensel yargılama yetkisini" içerir. Bu maddeye göre, işkence suçu zanlısı bu devlet uyrukluğunda ise, ya da işkence suçu mağduru bu devletin uyrukluğunda ise ve yine bu iki durum dışında itham olunan şahsın kendi yetkisi altındaki ülkelerde bulunması durumunda söz konusu devlet yargılama yetkisine sahiptir. Sözleşmenin 6. maddesine göre ise işkence suçunu işlediği iddia edilen şahsın ülkesinde bulunduğu sözleşmeye taraf herhangi bir devlet bu şahsı tutuklayacak veya hazır bulunmasını sağlayacak diğer hukuki tedbirleri alacaktır. Bu devlet derhal olayların bir ön soruşturmasını yapacak, 7. maddeye göre ise sanığı iade etmediği takdirde, kovuşturma amacıyla dosyayı yetkili mercilerine intikal ettirecektir.

Ulusal ceza hukuklarına bırakılmış olan ve "mülklik" ilkesiyle tahdit olunmuş ve ceza yargılamasında devletlerarası yetki paylaşımında gerek vatandaşlık bağı ve gerekse toprak esasına göre belirlenmiş olan soruşturma, kovuşturma ve yargılama kapsamı sözleşmenin 5. maddesi ile genişletilmiştir. Buna göre, işkence suçu zanlısının bulunduğu devletler, zanlının ya da mağdurların vatandaşlık bağlarına ve işlendiği iddia edilen suçun mahalline bakmaksızın, böyle bir iddiayla ve başvuruyla karşılaştıkları zaman derhal ön soruşturma yapma, yetkili mercilerin önüne çıkarma veyahut yargılama yapmak üzere talep eden ülke var ise iade etme yükümlülüğü ile yüklenmişlerdir. Sözleşmenin ana amacının her nerede ve kim tarafından işlenirse işlensin, Sözleşmeye taraf devletlerin işkencenin önlenmesi, ortadan kaldırılması ve cezalandırılması için interaktif çalışma yapmalarının tesisi olmasından ötürü, iç hukuklarında yapacakları düzenleme ile işkence suçu zanlılarının yargılanabilmesi için iç yargılama mercilerinin evrensel yetkiyle donatılması yoluna gidilmiştir. Söz konusu Hissene Habre davası da işte tam bu noktada Sözleşmeye taraf devletlere bir an önce tüm işkence eylemlerinin kendi ceza kanununa göre suç olmasını sağlamak, aynı şekilde, işkence yapmaya teşebbüs ve işkenceye iştirak veya suç ortaklığı yapan şahsın fiilini suç saymak ve fiilleri ağırlıklarını dikkate alarak uygun müeyyidelerle cezalandırmak yükümlülüğünü hatırlatmıştır.

Uyuşmazlık konusuna ilişkin başvuru metninde Belçika, Çad eski cumhurbaşkanı Hissene Habre'nin insanlığa karşı suçlar, savaş suçu, soykırım suçu ve işkence suçundan gerek fail, gerek azmettirici ve gerekse de suç orta-

⁵⁵ <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&case=144&code=bs&p3=0>, (E.T.: 18 Nisan 2016)

ğı olarak cezaî takibatının Senegal tarafından yapılması gerektiğini, böyle bir takibatta bulunmaması halinde ise yerel mahkemeler önünde karıştığı iddia olunan suçlara ilişkin yargılama yapılabilmesi için Belçika'ya iade etme zorunluluğunun olduğunun tespitini istemiştir⁵⁶. Bu çerçevede Belçika, Birleşmiş Milletler'in 1984 tarihli İşkencenin Önlenmesi Sözleşmesi'nin Senegal tarafınca ihlâl edildiğini savunmuş ve ivedilikle cezai takibatın başlatılması ya da iadenin gerçekleşmesi gerektiğini savunmuştur⁵⁷. Karşı yazısında Senegal, taraf olduğu İşkencenin Önlenmesine İlişkin Birleşmiş Milletler'in 1984 tarihli Sözleşmesi'ni ihlâl edecek hiçbir davranışta bulunmadığını ve Hissene Habre'nin yargılanması çalışmalarının devam ettiğini bildirmiştir⁵⁸.

Söz konusu davaya konu teşkil eden Hissene Habre, 1982 ile 1990 yılları arasında darbeyle iktidara gelmiş ve 8 yıl Çad'ı yönetmiş, yine darbeyle iktidardan uzaklaştırılmış eski bir cumhurbaşkanıdır. 1 Aralık 1990 tarihinde alaşağı edilmiş devrik lider, Kamerun'daki kısa ikametinin ardından Senegal'den siyasi sığınma hakkı elde etmiş ve o günden bu yana Dakar'da ikamet etmektedir. 8 yıl süren iktidarı boyunca Çad'da özellikle muhaliflere karşı insan hakları ihlalleri, yargısız infazlar, ortadan kaybolmalar ve işkence, sıklıkla rastlanan bir yönetim şekli oluşturmuştur. Bu politikanın mağdurlarından bir kısmının 2000 yılında Dakar'da Hissene Habre'ye karşı açtığı davalar, gerek ülke sınırları dışında ve gerekse yabancı ülke vatandaşlarına karşı işlendiği iddia edilen suçlara ilişkin olduğundan yetkisizlik kararı ile sonlandırılmıştır⁵⁹. Aynı yıl, çifte vatandaşlık sahibi bir Belçika vatandaşının Belçika mahkemeleri önünde insanlığa karşı suçlar, işkence suçu ve soykırım suçu iddiası ile açtığı dava, 2005 tarihinde uluslararası yakalama kararı ve Interpol aracılığı ile "kırmızı bülten" çıkarılması ile sonuçlanmış, iade talebinin ulaştığı Senegal, söz konusu kişinin eski bir cumhurbaşkanı olması sebebiyle "yargı dokunulmazlığının" olduğu fikrinden hareketle iadesinin mümkün olmayacağını bildirmiştir. Fakat bu kararın alınmasının ertesi günü Senegal Afrika Birliği'ne başvurmuş ve eski cumhurbaşkanlarının yargılanmasına ilişkin prosedürün ne olduğunun tespitini talep etmiş, bu başvuru üzerine ise Afrika Birliği devlet ve hükümet başkanlarının Temmuz 2006 yılında düzenlediği konferansta alınan karar ile Hissene Habre dosyasının Birliği ilgilendiren bir dosya olduğu ve bu çerçevede Senegal'in Afrika adına cezaî takip ve yargılama yapma yetkisi ile donatılmasına karar verilmiştir⁶⁰.

⁵⁶ UAD, Kovuşturma Yapma ya da İade Etmeye İlişkin Sorular Davası, (Belçika v. Senegal), 20 Temmuz 2012, par. 1. s.6.

⁵⁷ İbid. par. 44.

⁵⁸ İbid. par. 51.

⁵⁹ İbid. par. 20.

⁶⁰ İbid. par. 23.

Çad eski cumhurbaşkanını yargılama yetkisinin Afrika Birliğinde olduğunun tespiti ve Senegal'in söz konusu Sözleşme'de belirtilen yargıya ya da iade yükümlülüğünü ortadan kaldırdığına ilişkin iddiası ne Belçika'yı ne de daha önce bireysel başvuruyla soruşturma açmış Birleşmiş Milletler İşkenceyi Önleme Komitesini ikna edebilmiştir⁶¹. Yine 2006 yılı içinde Belçika'nın tahkim talebi Senegal tarafında karşılık bulmamıştır. Tüm bu gelişmeler üzerine 2007 yılında Senegal bir dizi yasa değişikliğine giderek soykırım suçunun, insanlığa karşı suçların, savaş suçlarının, işkence suçlarının ve diğer uluslararası insancıl hukuk ihlallerinin iç hukukta soruşturmasının yapılabilmesinin ve Sözleşme'yle uyum sağlanabilmesinin önünü açmıştır. Bu değişiklikler üzerine Eylül 2008 tarihinde 14 mağdur Hissene Habre aleyhine Dakar yetkili mahkemesinde dava açmıştır. Fakat gerek Batı Afrika Devletleri Ekonomik Topluluğu Adalet Divanı'nın 18 Kasım 2010 tarihinde vermiş olduğu ve gerekse Afrika Birliği devlet ve hükümet başkanlarının Ocak 2011'de almış olduğu karar ile uluslararası karakteri haiz ad hoc bir mahkemenin tertip edilmesi ve yargılamanın onun tarafından yapılması Senegal'e tebliğ edilmiştir. Gerek ekonomik gerekçelerle, gerekse bir türlü çerçevenin tespit edilememesiyle yargılamanın başlayamamış olmasından ötürü 2011 yılı içinde Belçika iki defa daha iade talebinde bulunmuş, ancak olumlu yanıt alamamıştır. 2012 yılında dördüncü iade talebi üzerine Afrika Birliği devlet ve hükümet başkanları Senegal'e eğer yargılama yapamayacak ise Ruanda'nın yargılama için hazır olduğunu bildirmişlerdir⁶².

Sonuç olarak, ilk yargılama talebinden Uluslararası Adalet Divanı'nın nihai kararına kadar geçen 12 yıllık süre içinde gerek politik, gerek yetkisel ve gerekse de ekonomik sebepler ileri sürülerek herhangi bir yargılamaya başlanmıştır ve ne de iade taleplerine olumlu yanıt verilmiştir.

Belçika, İşkencenin Önlenmesine Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin 30. maddesinin 1. paragrafındaki ikili anlaşmazlıklarda Birleşmiş Milletler Uluslararası Adalet Divanı'nın yetkili olduğuna ilişkin hükmü kullanarak sorunu Uluslararası Adalet Divanı'nın önüne getirmiştir.

Mahkeme, Senegal'in Hissene Habre'nin işlediği iddia edilen suçlara ilişkin gerçeklerin ortaya çıkarılması amacıyla derhâl bir ön soruşturma başlatmamasından ötürü İşkencenin Önlenmesine Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin 6. maddesinin 2. paragrafında öngörülen taraf devletlere düşen soruşturma yükümlülüğünü ihlâl ettiğine ve yine aynı Sözleşme'nin 7. maddesinin 1. paragrafından kaynaklanan dava dosyasını kovuşturma yapılmak üzere yetkili ulusal mercilere teslim etmemesinden dolayı söz konusu maddenin ihlâl edildiği sonucuna varmıştır⁶³. Yine Mahkeme, eğer Belçika'ya iade etme niyeti yok ise, Senegal'in

⁶¹ İbid. par. 73.

⁶² İbid. par. 41.

⁶³ İbid. par. 122/3, 4, 5.

hiç zaman kaybetmeksizin yetkili organlarınca kovuşturma başlatmasına karar vermiştir. Fakat Mahkeme, Belçika'nın soykırım suçu, insanlığa karşı suçlar ve diğer insancıl hukukun ihlâli sonucu ortaya çıkan Hissene Habre 'ye ilişkin uluslararası örf-adet kurallarından doğan kovuşturma ya da iade zorunluluğuna dair Senegal'in sorumluluğu konusunda yetkili olmadığına karar vermiştir⁶⁴.

Hissene Habre, 1990 yılına kadar Çad devlet başkanlığı yapmış; bu süreçte muhaliflere karşı insan hakkı ihlâllerinin, işkencenin mevcut olduğu yönetim biçimi izlemiştir. 8 yıllık iktidarın sonunda alışıya edilen Hissene Habre Senegal'den sığınma talep ederek orada ikamet etmeye başlamıştır. Hissene Habre'ye karşı açılan davaların sonuçsuz kalmasının ardından, Belçika, Senegal'in İşkencenin Önlenmesine Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'ni ihlâl ettiğini savunarak, Birleşmiş Milletler Adalet Divanı'ndan Çad devlet başkanı Hissene Habre'nin ülkesinde bulunduğu Senegal tarafından yargılanmasını veya cezaî takip amacıyla Belçika'ya iade edilmesini talep etmiştir⁶⁵. Böylelikle gerek Sözleşme gerekse Divan kararında evrensel yargı yetkisi ile uluslararası sözleşmelerde düzenlenen suç faillerinin yargılamadan kaçınamayacakları ortaya konulmuştur.

SONUÇ YERİNE

İşkencenin Önlenmesine Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi, işkence zanlısını elinde bulunduran devlete “ya iade et ya yargıla” prensibinin uygulanması yükümlülüğü yüklenmiştir. Failin iadesini yapmayan devlet evrensellik ilkesi gereğince faili yargılama mecburiyetindedir. İade yükümlülüğü ise ancak aralarında iade sözleşmesi mevcut ise mümkündür, iade sözleşmesi olmadığı koşullarda devletin bir yükümlülüğünden bahsedilemeyip iade ancak iade talep edilen devletin mevzuat kuralları uyarınca olabilir.

Genel olarak uluslararası sözleşmelerde belli başlı suçlar için evrensellik ilkesine yer verilerek, bu suçların cezasız kalmasının önüne geçilmekte ve bütün uluslararası toplumu etkileyen fiilleri gerçekleştiren failerin adaletten kaçabilmesi engellenmektedir. Bu itibarla, Arap Baharı dolayısıyla devrik liderlerin uluslararası hukuk noktasında evrensel yargılamadan kaçabilmeleri, işkence yasağının sıklıkla ihlâl edildiği söylenebilecek diktatoryal yönetimler açısından mümkün görünmemektedir. Her türlü iltica ve koruma altına alınan bu liderlerin ve üst yönetim kadrolarının, zaman üstü bir şekilde yargılanmaları ve gereken cezalara çarptırılmaları, hem ülkesel bazda ve hem de evrensel çerçevede dâhilinde bir uluslararası emredici norm olarak kaçınılmaz bir son olduğu, yerleşik hukuk ve içtihatlar bakımından net bir gerçektir.

⁶⁴ Ibid. par. 122/2.

⁶⁵ Ibid. par. 122/6.

KAYNAKÇA

Kitaplar

- Abdullah Pulat GÖZÜBÜYÜK, *Devletlerarası Ceza Hukuku*, Ayyıldız Matbaası, Ankara, 1959.
- Aisling REIDY, İşkencenin Yasaklanması, İnsan Hakları El Kitapları No: 6, AB ve Avrupa Konseyi Yayınları, Ankara, 2012.
- Alia YILMAZ, *Uluslararası Ceza Hukuku El Kitabı*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2001.
- Bahri ÖZTÜRK/Mustafa Ruhan ERDEM, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, Seçkin Yayınları, 11. Baskı, Ankara, 2011.
- Cesare BECCARIA, *Suçlar ve Cezalar*, Çev: Zuhul Özbayrak, Çağdaş Hukukçular Derneği Yayınları, Birinci Baskı, Ankara, 2003.
- Charles Louis de Secondat Baron de MONTESQUIEU, *Kanunların Ruhu Üzerine*, Çev: Fehmi Baldaş, Seç Yayın Dağıtım, İstanbul, 2004.
- Durmuş TEZCAN, "*Ulusal Mahkemelerin Evrensel Yargı Yetkisi ve Belçika Örneği*", Ankara Barosu Hukuk Kurultayı, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2004.
- Durmuş TEZCAN/Mustafa Ruhan ERDEM/R. Murat ÖNOK, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013.
- Hüseyin PAZARCI, *Uluslararası Hukuk Dersleri II. Kitap*, 5. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 1998.
- İzzet ÖZGENÇ, *Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi*, Adalet Bakanlığı Yayınları, Ankara, 2006.
- M. Refik KORKUSUZ, *Uluslararası Belgelerde ve Türk Anayasası'nda Temel Hak ve Özgürlükler*, Özrenk Matbaacılık, İstanbul, 1998.
- Mehmet Emin ARTUK/Ahmet GÖKCEN/Ahmet Caner YENIDÜNYA, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Turhan Kitabevi, 10. Baskı, Ankara, 2010.
- Peter MALANCZUK, *Modern Introduction to International Law*, Routledge, Canada, 1997.
- Susan BREAU, *The Responsibility to Protect in International Law*, Routledge, Abingdon, 2016.
- Tahir TANER, *Ceza Hukuku*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1956.
- Turgut TARHANLI, *Birleşmiş Milletler Örgütü ve İnsan Haklarının Korunmasına İlişkin Başlıca Usuller*, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2000.
- Veli Özer ÖZBEK/Mehmet Nihat KANBUR/Koray DOĞAN/Pınar BACAKSIZ/İlker TEPE, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık, 6. Baskı, Ankara, 2012.
- Yüksel ERSOY, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, İmaj Yayınevi, Ankara, 2002.

Makaleler

- Andrea BIANCHI, “Immunity versus Human Rights: The Pinochet Case”, *European Journal of Human Rights*, Vol. 10, Issue: 2, 1999, s. 243-270.
- Cüneyd ER, “İşkenceye Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 60, Ankara, 2005, s. 169-188.
- Devrim Aydın, “Ceza Kanunlarının Yer Yönünden Uygulanması”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 94, Ankara, 2011, s. 131-148.
- Faruk TURHAN, “Ceza Kanununun Yer Bakımından Uygulanmasında Evrensellik İlkesi ve Yeni TCK”, *Hukuki Perspektifler Dergisi*, Sayı: 4, İstanbul, 2005, s. 197-211.
- Köksal BAYRAKTAR, “İşkence Suçu”, *Zabunoğlu Armağanı*, Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara, 2011, s. 145-177.
- Malcolm D. EVANS, “Getting to Grips with Torture”, *International Comparative Law Quarterly*, Vol. 51, Issue: 2, 2002, s.365-383.
- Mehmet Emin ARTUK, *İşkence Suçu*, *Ceza Hukuku Dergisi*, Sayı: 7, Ankara, 2008, s. 5-41.

Online Kaynaklar

- <http://www.cpt.coe.int/lang/tur/tur-convention.pdf>, (E.T.: 03 Haziran 2016), R.G.: 26 Şubat 1988, Sayı: 19737.
- <http://www.dunyabulteni.net/?aType=haber&ArticleID=240308> (E.T.: 14 Nisan 2016).
- http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf, (E.T.: 03 Haziran 2016), R.G.: 19 Mart 1954, Sayı: 8662.
- <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&case=144&code=bs&p3=0>, (E.T.: 18 Nisan 2016)
- <http://www.icty.org/x/cases/furundzija/tjug/en/fur-tj981210e.pdf>
- [https://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/situations%20and%20cases/situations/icc0111/related%20cases/icc01110111/Pages/icc01110111.aspx_\(E.T.:14Nisan.2016\)](https://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/situations%20and%20cases/situations/icc0111/related%20cases/icc01110111/Pages/icc01110111.aspx_(E.T.:14Nisan.2016))
- <https://www.icc-cpi.int/resource-library/Documents/RS-Eng.pdf>, (E.T.: 03 Haziran 2016)
- <https://www.icrc.org/eng/home/languages/turkish/files/sozlesmeleri-protokolleri-conventions-protocols.pdf>, (E.T.: 03 Haziran 2016), R.G.: 30 Ocak 1953, Sayı: 8322.
- <http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf?library=ECHR&id=001-120374&filename=CASE%20OF%20TAYLAN%20v.%20TURKEY%20-%20%20%5BTurkish%20Translation%5D%20by%20the%20Turkish%20Ministry%20of%20Justice.pdf>, (E.T.: 04 Haziran 2016).

- http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/eng.pdf, (E.T.: 03 Haziran 2016)
- <http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/37-51.pdf> (E.T.: 20 Nisan 2016).
- <http://www.tchd.org.tr/MenuContent.aspx?id=63> (E.T: 21 Nisan 2016).
- http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5123497dda91b4.07497471, (E. T: 19 Nisan 2016).
- <http://www.tihv.org.tr/wp-content/uploads/2015/04/85-%C4%B0%C5%9Fkence-ve-Di%C4%9Fer-A%C4%9F%C4%B1r-%C4%B0nsan-Haklar%C4%B1-%C4%B0hlallerinde-Zamana%C5%9F%C4%B1m%C4%B1.pdf> (E.T.: 04 Haziran 2016)
- http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/sozlesmeler/coktaraflioz/ak/turkce/024_tur.pdf, (E.T.: 04 Haziran 2016)
- https://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/situations%20and%20cases/situations/icc0111/related%20cases/icc01110111/Pages/icc01110111.aspx_ (E.T: 14 Nisan.2016)
- <https://www.icc-cpi.int/resource-library/Documents/RS-Eng.pdf>, (E.T.: 03 Haziran 2016)
- <https://www.icrc.org/eng/home/languages/turkish/files/sozlesmeleri-protokolleri-conventions-protocols.pdf>, (E.T.: 03 Haziran 2016).

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin Kovarova - Slovakya Kararı

Kovárová V. Slovakia Case of European
Court of Human Rights

Çeviren: Arş. Gör. Pınar DİKMEN*

İNSAN HAKLARI AVRUPA MAHKEMESİ

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

KOVAROVA - SLOVAKYA DAVASI

(Başvuru no. 46564/10)

KARAR

STRAZBURG

23 Haziran 2015

FİNAL

23/09/2015

Bu karar, Sözleşme'nin 44. maddesinin 2. paragrafında öngörülen koşullar uyarınca kesinleşmiştir. Şekli değişikliklere tabi tutulabilir.

* Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilimdalı Araştırma Görevlisi,
dikmenpnar@gmail.com

Kovarova - Slovakya davasında,

Başkan,

Josep Casadevall

Yargıçlar,

Luis López Guerra,

Ján Šikuta,

Johannes Silvis,

Valeriu Grițco,

Iulia Antoanella Motoc,

Branko Lubarda,

ve Bölüm Yazı İşleri Müdürü Stephen Phillips'in katılımıyla Daire halinde toplanan İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (Üçüncü Bölüm),

2 Haziran 2015'te ki kapalı müzakerelerin ardından, bahsi geçen tarihte aşağıdaki kararı vermiştir:

USUL

1. Slovak Cumhuriyeti'nin aleyhine açılan dava, Slovak uyruklu Bayan Eva Kovárová'nın (başvurucu), 3 Ağustos 2010 tarihinde, İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına Dair Sözleşme'nin ("Sözleşme") 34. maddesinde Mahkeme'ye yaptığı başvurudan (no. 46564/10) kaynaklanmaktadır.

2. Başvurucu, Bratislava'da mesleğini icra eden bir avukat, Bay P. Arendacký tarafından temsil edilmiştir.

Slovak Cumhuriyeti Hükümeti ("Hükümet") kendi vekili Bayan M. Pirošíková tarafından temsil edilmiştir.

3. Başvurucu hukuk davasına ilişkin yargılamanın sonlandırılması kararının ve bu karara ilişkin anayasa şikâyetinin kabul edilemez ilan edilmesinin, Sözleşme'nin 6/1. maddesindeki mahkemeye ulaşma ve hakkaniyete uygun yargılanma haklarına aykırı olduğunu iddia etmiştir.

4. 2 Nisan 2014'te başvuru Hükümet'e ulaştırılmıştır.

OLAYLAR**I. DAVANIN KENDİNE ÖZGÜ KOŞULLARI**

5. Başvurucu 1947 yılında doğmuştur ve Bratislava'da yaşamaktadır.

A. Olayların Gelişimi

6. 9 Mayıs 2007'de başvurucu, 24 Nisan 2007 tarihinde bir apartman bloğunda kat maliklerince düzenlenmiş olan bir toplantının hukuka aykırı oldu-

ğuna ve bu toplantıda alınan kararların hükümsüz olduğuna dair açıklayıcı bir karar almak için Bratislava V. Yerel Mahkemesi'ne (*Okresný súd*) dava açmıştır.

Davalı taraf bahsi geçen binada, ("*davalı*") meskûn ya da meskûn olmayan mülklerin sahiplerinin bir ortaklığı olarak atfedilen, tüzel kişiliğe sahip bir oluşumdur. Bu tür işletmeler yerel Bölge Mercî'ne (*obvodný úrad*) resmi olarak kaydedilmektedir. Davalı taraf da Bratislava'daki Bölge Mercî'ne kaydedilmiştir.

7. 2 Ocak 2008'de bir avukat tarafından Yerel Mahkeme'ye, kendisinin davalı adına hareket ettiğini belirten ve 14 Aralık 2007'de davalının hukuki olarak varlığına son verdiğine dair mahkemeyi bilgilendiren bir bildiri yapılmıştır. Bu kapsamda Yerel Mercî'den gelen ve davalının anılan tarihte ilgili kayıttan silindiğini, bununla bağlantılı olarak binanın yönetiminin bundan böyle davalının sorumluluğunda olmadığını ve bu sorumluluğun başka bir uzmanlaşmış kuruma devredildiğini bildiren bir belge sunmuştur.

8. 24 Ocak 2008'de başvuru, Yerel Mahkeme'de 28 Ocak 2008'de yapılması planlanan duruşmanın süresiz olarak ertelenmesi için talepte bulunmuştur. İlgili kayda bakarak davalının silindiğini yeni öğrendiğini ve durumu bir kez analiz ettikten sonra süre gerektiren başka bir beyanda bulunacağını bildirmiştir. 28 Ocak 2008'de yapılması planlanan duruşma bu sebeple ertelenmiştir.

9. 3 Mart 2008'de Yerel Mahkeme, davalının kendi varlığına son verdiği ve hiçbir yasal halefe sahip olmadığı gerekçesiyle yargılamayı sonlandırmıştır. Yerel Mahkeme özellikle, ne binadaki dairelerin şahsi maliklerinin ne de yeni sözleşme yapılmış olan yönetici kurumun, yargılamada davalının statüsünün halefi olmuş olarak nitelendirilebileceğine karar vermiştir.

10. 20 Mart 2008'de başvuru, iki temel iddiada bulunarak üst mahkemeye başvurmuştur (*odvolanie*).

İlk olarak, yönetici kurumun asıl davalının halefi olduğunu ve sonuç olarak yargılamanın ona karşı devam etmesi gerektiğini öne sürmüştür.

İkinci olarak, ilk iddianın doğru olmadığı varsayılsa bile mahkeme yargılamaya son vermemeli bilakis yargılamayı, kat malikleri tarafından 11 Eylül 2007 tarihindeki başka bir kurul toplantısında davalının tasfiyesine (*zrušenie*) yönelik olarak alınan bir karara itiraz edilmesi neticesinde aynı Yerel Mahkeme nezdinde görülen farklı bir yargılamanın sonucunu bekler halde bırakmalıydı. Eğer yargılamanın diğer kısmı esas davalının tasfiye edilmesinin hükümsüzlüğünü açıklayan bir kararla sonuçlansaydı, davalının sözü edilen kayıttan silinmesi temelini kaybedecekti ve yargılama bu davalıya karşı devam edebilecekti. Diğer yargılamaya ilişkin daha fazla detay aşağıda yer almaktadır (18. paragraf ve devamına bakınız).

11. 30 Mayıs 2008’de Bratislava Bölge Mahkemesi (*Krajský súd*), davalının ilgili kayıttan silindiğini ve bu sebeple davalının yargılamaya taraf olma sıfatını kaybettiğini belirten ilk derece kararını uygun bulmuştur ki bu durumda yargılamaya son verilmemesinin bir alternatifi yoktur. İlgili yasa maddelerine atıf yapılmış, fakat son sonuçla ilgili hiçbir neden sunulmamıştır.

12. 7 Temmuz 2008’de başvuru, Medeni Yargılama Kanununun (Kanun no. 99/1963 Kol., değiştirildiği şekliyle) (“MYK”), 237 (f). maddesine dayanarak, mahkemelerin bir tarafı, huzurlarında görülen bir davayı takip etmekten alıkoyması halinde böyle bir başvuruyu kabul edilebilir kılan hüküm uyarınca usule ilişkin temyize (*dovolanie*) başvurmuştur. Başvuru özellikle, Bölge Mahkemesi’nin kararının değerlendirmeye tabi olmamasının sonucu olarak, mahkemenin kararında ne olgusal ne de hukuki bir gerekçe sunduğunu iddia etmiştir. Ek olarak, daha önceki temyiz başvurusuyla aynı çizgide olan iddiasını devam ettirmiş ve daha da geliştirmiştir.

13. 7 Mayıs 2009’da Yüksek Mahkeme (*Najvyšší súd*), başvuruçunun iddia ettiği eksikliklerin, MYK’nın 237 (f). maddesinin hüküm alanına girmediğine karar vererek başvuruçunun usule ilişkin yaptığı temyiz kabul edilemez olduğunu ilan etmiştir. Bu husus özellikle Bölge Mahkemesi’nin muhakemesindeki kusur iddialarına ve alt mahkemelerin kararlarındaki maddi ve hukuki hata iddialarına hasredilmiştir.

Ayrıca mahkemelerin yargılamayı ertelemeyerek, onu sonlandırmaları nedeni ile başvuruçunun itiraz ettiği usuli hatadan ötürü Yüksek Mahkeme, yargılamanın ertelenmesinin bir seçenek olduğunu ve ilgili mahkemenin buna dair bir yükümlülüğü olmadığını ve mevcut yargılamanın ertelenmemiş olmasının başvuruçunun tarafından öne sürülen kabul edilebilirlik sebebinin karşılamadığı sonucuna ulaşmıştır.

Temyiz başvurusu kabul edilebilir olmadığı için Yüksek Mahkeme davanın esasını incelememiştir.

B. Anayasa Şikâyeti

14. 17 Ağustos 2009’da başvuruçunun, Anayasanın (Anayasa no. 460/1992 Kol. değiştirilmiş şekliyle) 127. maddesi uyarınca Anayasa Mahkemesi’ne (*Ústavný súd*) şikâyetinde bulunmuştur. Şikâyeti üç kademedeki tüm olağan mahkemelere yönelmiş ve takip etmiş ve yukarıda bahsedilen iddiaları temel olarak daha da geliştirmiştir.

Yargılamaya son verilmesinin hukuka aykırı olduğunu düşünmüş, olağan mahkemelerin iddiasının esasını incelenmemesinin bir hata olduğunu ileri sürmüş ve bu durumun Sözleşmenin 6/1. maddesindeki mahkemeye ulaşma ve hakkaniyete uygun yargılama haklarının ihlali anlamına geldiğini iddia etmiştir.

15. 16 Aralık 2009'da Anayasa Mahkemesi şikâyetin kabul edilemez olduğunu ilan etmiştir. Münferit kademelerdeki ilgili olağan yargı mercilerine istinaden şikâyeti ayrı ayrı değerlendirmiştir.

Bölge Mahkemesi'nin 30 Mayıs 2008 tarihli kararına yol açan yargılama işlemlerindeki hata iddiaları hususunda, başvurusunun iki aylık yasal zaman sınırı içinde şikâyetini yapmakta başarısız olduğuna karar vermiştir.

Yüksek Mahkeme hususunda, başvurusunun usule ilişkin temyiz başvurusundaki esas iddianın hukuki hata iddiası olduğunu gözlemlemiştir. Bununla ilgili olarak diğerlerine ilaveten aşağıdakileri söylemeye devam etmiştir:

Yüksek Mahkeme başvurusunun usule ilişkin temyiz başvurusunun kabul edilebilir olabileceğine dair hiç bir sebep olmadığını, Bölge Mahkemesi'nin kararının doğruluğunu gözden geçirmesinin mümkün olmadığını... haklı bir şekilde vurgulamıştır. Yüksek Mahkeme bağlayıcı bir tavır takınmayarak Bölge Mahkemesi'nin kararının, meselenin yanlış hukuki bir değerlendirilmesi sonucu verilebileceğini göz ardı etmemiştir; esasa dair yanlış bir karardan kaynaklanmış olan başka bir hatanın varlığının olasılığını da göz ardı etmemiştir.

16. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi Yüksek Mahkemenin, başvurusunun temyiz başvurusunun kabul edilebilirliğine ilişkin kararında, konuyla ilgili gerekçeler sunduğu ve bu kararın keyfi olmadığı sonucuna ulaşmıştır.

Özellikle, yargılamanın diğer bölümü, davalının tasfiye edilmesinin hükümsüz olduğunu açıklayan bir kararla bitmiş olsaydı, bu durumun başvuruya, davasındaki yargılama işlemlerini yeniden açması için çözüm arama fırsatı yaratacağını da not etmiştir. Davanın esasa dair gelecekteki tetkiki bu cihetle tamamen engellenmiş olamaz. Fakat Anayasa Mahkemesi aynı zamanda, davalının tasfiye edilmesinin hükümsüz ilan edilmesi hususun kendiliğinden davalının bir kez daha hukuken varlık kazanması anlamını taşımayacağını da not etmiştir. Davalı gibi yasal bir işletme haline gelmek, sonrasında Yerel Mercii kararını zorunlu kılan bir şekilde, tüzel kişiliğin kazanımını gerektirmektedir ve doğrudan bir yargı kararından doğamaz.

17. Anayasa Mahkemesi'nin kararı başvurucuya 5 Şubat 2010'da tebliğ edilmiştir.

C. Davalıyı tasfiye eden karara itiraz

18. 26 Eylül 2007'de bir kişi, 11 Eylül 2007'de kat malikleri tarafından binada düzenlenen bir toplantıda alınan davalıyı tasfiye etme kararının (bakınız yukarıdaki 10. paragraf) hükümsüzlüğüne dair açıklayıcı bir karar almak için bahsi geçen davalının yanı sıra bahsi geçen yeni atanmış yönetim kurumu aleyhine dava açmıştır.

19. Davacının temyiz başvurusunu takiben, davanın ilk ret kararının bozulmasının ardından dava 4 Nisan 2012 tarihinde Yerel Mahkeme tarafından yeniden ve davalının temyiz başvurusunu takiben Bölge Mahkemesi tarafından 19 Mart 2014 tarihinde reddedilmiştir.

20. 14 Temmuz 2014'te davacı son bahsedilen kararlara, Anayasa Mahkemesi'ne şikâyet vasıtasıyla itiraz etmiştir.

Şikâyet hala derdest gözükmektedir.

II. İLGİLİ İÇ HUKUK VE UYGULAMA

21. İlgili iç hukuk ve uygulama *Franek - Slovakia* (no. 14090/10, §§ 22-23 ve 25-31, 11 Şubat 2014) davasındaki Mahkeme kararında detaylı şekilde anlatılmıştır.

HUKUK

I. SÖZLEŞMENİN 6. MADDESİNİN İHLALI İDDİASI

22. Başvurucu, (i) hukuk davasına ilişkin olağan mahkemelerin kararlarının keyfi olduğundan ve (ii) Anayasa Mahkemesi'nin, Bölge Mahkemesi'nin kararına yönelttiği şikâyeti süresinde yapılmadığı gerekçesi ile reddetmesi nedeniyle, mahkemeye ulaşma hakkını ihlal ettiğinden yakınmıştır. Sözleşme'nin 6/1. maddesine dayanmıştır, Söz konusu madde aşağıdaki gibidir:

“Medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyumsuzluklar konusunda... herkes ... bir mahkeme tarafından ... hakkaniyete uygun ... yargılanma hakkına sahiptir.

A. Kabul Edilebilirlik

23. Mahkeme başvurusunun şikâyetinin, olağan mahkemelerde katıldığı duruşmaların hakkaniyetliliği ve Anayasa Mahkemesi'ne ulaşma ile ilgili olarak iki ögesi olduğunu gözlemlemektedir.

Durum değerlendirildiğinde, mevcut davadaki özgül unsurlarda bu iki öge öyle bir şekilde iç içe geçmiştir ki, kabul edilebilirlik aşamasında birlikte değerlendirilmelidir.

Mahkeme başvurusunun Sözleşme'nin 35/3 - a. maddesi uyarınca açıkça dayanaktan yoksun olmadığını not eder. Mahkeme ayrıca başvurusunun başka diğer nedenlerle de kabul edilemez olmadığını not eder. Bu sebeple kabul edilebilir olarak ilan edilmelidir.

B. Esas

24. Hükümet, başvurusunun anayasal şikâyetinin reddedilmiş olmasına rağmen bu şikâyetten kaynaklanan önemli bir bölümünün gerçekte Anayasa Mahkemesi tarafından incelendiğine işaret etmiştir. Özellikle, resmi anlam-

da, başvuru anayasa şikâyetinin Bölge Mahkemesi'nin kararı ile ilgili olan kısmının geç başvuru sebebi ile kabul edilemez ilan edildiği doğru olsa da, Anayasa Mahkemesi başvuru davasındaki yargılamayı sonlandırarak yargılamayı ertelemeyen olağan mahkeme kararlarını gerçekte gözden geçirmiş ve böyle bir yaklaşımın başvuru temel hakları ile uyumlu olduğuna karar vermiştir. Hükümetin görüşüne göre, bu yüzden mevcut dava *Franek* (yukarıda alıntılanan) davasından ayrılmalıdır ki o davanın aksine mevcut davada başvuru iddialarının önemli bir bölümü gerçekten de Anayasa Mahkemesi'nin değerlendirmesinden hariç tutulmamıştır.

25. Ek olarak Hükümet mevcut davada, davalının ne olursa olsun külli yasal bir halefe sahip olmadan tasfiye edildiğine ve ilgili ulusal uygulama uyarınca, örnekte olduğu gibi, davalının olası münferit haleflerini araştırmanın mahkemelerin görevi olmadığına, aksine eğer bulunabilirse bunun gibi münferit halefleri tespit etmenin ilgililerin görevi olduğuna işaret etmiştir. Her ne kadar başvuru 24 Ocak 2008 tarihli beyanında başka bir beyanda bulunma maksadını açıklasa da, yargılamanın 3 Mart 2008 tarihinde Yerel Mahkeme'ce sonlandırılmasından önce, başvuru yargılamanın devam etmesini haklı gösterecek hiç bir şey sunmamıştır (bakınız 8. ve 9. paragraf).

26. Başvuru cevap olarak, Yüksek Mahkeme'nin alt mahkemelerin kararlarının doğruluğunu hiç bir zaman gözden geçirmediğini, bilfiil bahsedilen şekilde incelemeyen, sadece o mahkemelerce yapıldığı iddia edilen hataların, usule ilişkin temyiz başvurusunun kabul edilebilirliği için bir sebep teşkil edip etmediğini incelediğini iddia etmiştir. Anayasa Mahkemesi'ne gelince o sırası geldiğinde, alt mahkemelerinin kararlarını ya da başvuru o kararların aleyhinde olan iddialarını bağımsız olarak analiz etmeden, sadece Yüksek Mahkeme'nin kararını gözden geçirmiştir.

27. Mahkeme Anayasa Mahkemesinin, usule ilişkin temyize tabi kılınmış bir vakadaki anayasa şikâyetini, vaktinden önce yapıldığı gerekçesiyle ve aynı vakada usule ilişkin temyiz başvurusunun kabul edilemez ilan edilmesinin ardından yapılan müteakip anayasa şikâyetini ise süresinde yapılmadığı gerekçesi ile reddettiği Slovakya'ya karşı bir davada, daha önceden Sözleşme'nin 6/1. maddesi uyarınca başvuru mahkemeye ulaşma hakkına dair bir ihlal bulunduğunu tekrarlar. (bakınız *Stavebná spoločnosť TATRY Poprad, s.r.o.* - Slovakya, no. 7261/06, §§ 13-14, 19-18 ve 46, 3 Mayıs 2011). Birbirinden ayrı yapılan usule ilişkin temyiz başvurularının kabul edilemezliğine dair bir karardan sonra, anayasal şikâyetlerin ilgili yargılamanın tüm olağan kademelerinde tek bir şikâyette arz edildiği davalarda, her ne kadar bu şikâyetlerin istinaf mahkemesiyle ilgili kısmı süresinde yapılmadığı için reddedilmiş ve Anayasa Mahkemesi'nin değerlendirmesi Yüksek Mahkeme'nin kararı ile sınırlandırılmış olsa da, benzer biçimde aynı hakkın ihlal edildiği sonucuna ulaşılmış-

tır. (bakınız Zborovský - Slovakya (no. 14325/08, §§ 24-26 ve 56, 23 Ekim 2012 ve Franek, yukarıda alıntılanmıştır, §§ 17-19 ve 56).

28. Mahkeme o kararlarda (*bakınız, çok yakın zamanda, Franek, yukarıda alıntılanmış, §§ 42-46*) Sözleşme'nin 6/1. maddesi ışığında yaptığı analiziyle ilgili olan ilkelerin özüne işaret eder.

29. Mahkeme Hükümetin, başvuruçunun anayasa şikâyetindeki iddialarının önemli bir bölümünün bilfiil Anayasa Mahkemesi'nin incelemesinden hariç tutulmadığını iddia ederek mevcut davayı son bahsedilenden ayırmak istediğini gözlemlemektedir.

30. Mahkeme bu nedenle ilk olarak, yukarıda bahsedilen davalarda varılardan farklı bir sonucu haklı gösterip gösteremeyeceğini saptama maksadı ile bu iddiayı incelemeye devam edecektir.

31. Mahkeme Hükümetin bahsettiği ayırımın olgusal bir tabiatı olduğunu not eder. Karşılaştırmalı göreceliğini analiz etmeye bağlanmadan ve onun olgusal doğruluğunu gözden geçirme niyetiyle Mahkeme, başvuruçunun asıl yargılamadaki iddiasının esasa ilişkin olarak hiçbir zaman değerlendirilmediğini, davalı kayıttan silindiği için bu yargılamaların sonlandırıldığını ve başvuruçunun esasa dair ve usuli yönden yaptığı temyiz başvurusunda temel olarak böylesi bir karara dair iki itiraz öne sürdüğünü gözlemler.

Başvuruçucu ilk olarak, yargılamanın sonlandırılması kararının maddi anlamda yanlış olduğunu çünkü gerçekte, davalının, yargılamaların birlikte devam edeceği yasal bir halefinin olduğunu iddia etmiştir.

İkinci olarak, yargılamanın sonlandırılması kararının usuli olarak yanlış olduğunu çünkü mahkemelerin yargılamayı, başvuruçunun kendi yargılaması ile bağlantılı olan başlangıç niteliğindeki bir sorunun çözüldüğü diğer yargılama dizisinin sonucunu bekler halde bırakması gerektiğini iddia etmiştir.

32. Hükümetin spesifik iddiasına cevap olarak (bakınız yukarıdaki 25. paragraf) Mahkeme, başvuruçuya herhangi bir ön uyarı verilmeden ilk derece mahkemesindeki yargılamaların sonlandırılmış olduğunu not eder. Başvuruçunun bu yöndeki amacını önceden belirtmiş olmasına rağmen ilk derece mahkemesine başka bir beyanda bulunmamasının, ilk derece mahkemesinin önünde belirtilen tartışmaları yapmayı başarısız kılıp kılmadığına dair bir soru ortaya çıkabilir. Her ne olursa olsun iddialar şüpheye yer bırakmayacak bir şekilde; istinaf mahkemesi, temyiz mahkemesi ve son olarak Anayasa Mahkemesi önünde ileri sürülmüştür.

33. Şu kadar ki, bu iddialar başvuruçunun temyiz başvurusunda öne sürüldüğü için Mahkeme bunların herhangi spesifik bir neden gösterilmeden kısa bir biçimde reddedildiğini gözlemlemektedir (bakınız yukarıdaki 11. paragraf).

34. Başvurucunun usule ilişkin yaptığı temyiz başvurusu ile ilgili olarak Anayasa Mahkemesi'nin 16 Aralık 2009 tarihli kararından sabit olduğu üzere, başvurucunun temel iddialarının ilki hiç bir şekilde Anayasa Mahkemesi'nin denetimine konu olmamıştır (bakınız yukarıdaki 15. ve 16. paragraf).

İkinci iddia ile ilgili olarak Mahkeme, iddianın Yüksek Mahkeme tarafından bahsedilen şekilde gözden geçirilmediğini yalnızca başvurucunun usule ilişkin yaptığı temyiz başvurusunun kabul edilebilirliği için öne sürdüğü sebebin gerçekleşip gerçekleşmediği bakış açısından incelediğini gözlemler.

35. Başvurucunun usule ilişkin yaptığı temyiz başvurusundaki iddialar anayasa şikâyetinde sonradan yinelenmiş ve daha da geliştirilmiştir (bakınız yukarıdaki 14. paragraf). Bununla birlikte bunlar Bölge Mahkemesi'yle ilgili olduğundan yeniden incelenmemiştir çünkü başvurucunun anayasa şikâyetinin ilgili kısmı, süresinde yapılmadığı gerekçesi ile kabul edilemez bulunmuştur.

36. Anayasa Mahkemesi başvurucunun anayasa şikâyetinin geri kalanında yer alan, başvurucunun usule ilişkin yaptığı temyiz başvurusunun kabul edilebilirliğinin Yüksek Mahkeme tarafından değerlendirilmesine ait kısımda, kararın keyfi olmadığı ve yeterli nedenlerle desteklendiği sonucuna ulaşmıştır.

Bu safhada Mahkeme, Anayasa Mahkemesi'nin Yüksek Mahkeme'nin kararına ilişkin değerlendirmesinin, Yüksek Mahkeme'nin kendi değerlendirmesinin kapsamı ile sınırlandırılmış olduğunu gözlemlerse de, bu değerlendirme usule ilişkin temyiz başvurusunun kabul edilebilirliğine dair başvuru tarafından gösterilen sebebin gerçekleşip gerçekleşmediği ile ilgili olan yönetsel bir soruya ilişkindir.

37. Hükümetin, başvurucunun iki temel iddiasından ikincisi olan, olağan mahkemelerin başvurucunun davasındaki yargılama işlemlerini ertelemekte hatalı olarak başarısız olmaları iddiasının Anayasa Mahkemesi'nin bizahtı incelediğini savunmasına yönelik olarak Mahkeme, başvurucunun, diğer yargılama dizisinde görülen, davalının tasfiye edilmesinin geçerliliğiyle ilgili ilk meselenin çözümünü takip ederek ve ona dayanarak, yargılamayı yeniden başlatma yoluyla esasa ilişkin iddiasının gelecekte ekarte edilmeyeceğine dair Anayasa Mahkemesi'nin vardığı sonucu not eder.

38. Yine de bu bağlamda Mahkeme, davalının tasfiyesinin hukuken geçersiz olduğuna ilişkin bir tespitin dahi davalıya yöneltilmiş yargılamanın yeniden görülmesi için muhtemel bir önkoşul olacak olan, davalının hukuki varlığının devam etmesi hususunu kendiliğinden hayata geçirmeyeceği yönündeki Anayasa Mahkemesi'nin, yaklaşımını ayrıca not eder.

39. Bu koşullarda Mahkeme, başvurucunun temel sorunlarından ikincisine ilişkin Anayasa Mahkemesi'nce yapılan herhangi bir incelemenin ikna edici olmadığını ve başvurucunun usule ilişkin yaptığı temyiz başvurusundaki

bahsi geçen kabul edilebilirlik koşulunun gerçekleşip gerçekleşmediğine dair Yüksek Mahkeme kararının değerlendirilmesine sadece yardımcı olduğunu göz önüne alır.

40. Yine de her halde, başvurucaunun temel iddialarından birincisinin, istinaf mahkemesi tarafından kısaca reddedildikten sonra, ne Yüksek Mahkeme ne de Anayasa Mahkemesi tarafından incelendiği bir olgu olarak geriye kalmaktadır.

41. Mahkeme bu cihetle Hükümetin, başvurucaunun mevcut davadaki iddialarının önemli bir kısmının gerçekten de Anayasa Mahkemesi tarafından incelendiğine ya da tam tersine başvurucaunun iddialarının önemli kısımlarının Anayasa Mahkemesi'nin değerlendirmesinin dışında bırakılmadığına ilişkin iddiasına bir destek bulamamıştır. Bu sebeple Hükümet tarafından dayanılan ayırımın, olgulara destek olsa bile, mevcut davayı *Franek'ten* ayırt etme hususu ile ilgili olup olmadığını değerlendirmeyi gereksiz bulur.

42. Son bahsi geçen davada (bakınız *Franek*, yukarıda alıntılanmış, §§ 17-19 ve 56) Bay Franek anayasa şikâyetine, usuli açıdan yaptığı temyiz başvurusunun kabul edilemez ilan edilmesinden sonra başvurmuş ve şikâyetini davasının sonucuna dâhil olan olağan yargı mercilerinin bütün kademelerine karşı yöneltmiştir.

Anayasa Mahkemesi onun başvurusunu, ilk derece mahkemesi ve temyiz mahkemesi kararları açısından süresinde yapılmadığı gerekçesi ile reddetmiş; usule ilişkin yaptığı başvurusunu reddeden temyiz mahkemesi kararı açısından ise açıkça dayanaktan yoksun olduğu gerekçesi ile reddetmiştir. Sözleşme'nin 6/1. maddesi uyarınca Anayasa Mahkemesi'nin şunu yapması sebebiyle Bay *Franek*'in mahkemeye ulaşma hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır:

“[Bay *Franekçe*] sunulan argümanları yani davanın esasının ilk ve ikinci derece mahkemelerce karara bağlanması kapsamındaki hakkaniyetsizlik iddialarını değerlendirmesinin dışında tutmuştur.”

43. Mahkeme *Franek*'le aynı şekilde mevcut davada, başvurucaunun temyiz mahkemesinin kararına ilişkin anayasa şikâyetinin Anayasa Mahkemesince reddedilmesinin bir sonucu olarak, Anayasa Mahkemesinin başvurucaunun asıl yargılamalardaki talebinden kaynaklanan mahkemeye ulaşma hakkına dair iddialarının esaslı kısmını bilfiil denetimi dışında bıraktığını gözlemlemektedir. Mahkeme bu sebeple Anayasa Mahkemesi'nin, şikâyetinin ilgili bölümünü reddederek başvurucauyu haklarını savunmaktan ve konu olan yargılamanın ilgili yönlerine dair Anayasanın 127. maddesi uyarınca ona tanıyan kanun yolunu etkili bir şekilde kullanmaktan başvurucauyu engellediği

sonucuna ulaşmaktadır. Başvurucunun “mahkemeye başvurma hakkı”na bu sebeple hürmet edilmemiştir.

Dolayısıyla bu sebepten Sözleşme'nin 6/1. maddesi ihlal edilmiştir.

44. Aynı zamanda yukarıdaki bulgu hesaba katıldığında Mahkeme, başvurunun olağan mahkemelerin başvurunun hukuk davasına dair yargılamalara son verilmesi yönündeki kararlarının keyfi olduğuna dair şikâyetinin doğruluğunu, ayrı bir şekilde değerlendirilmesinin kendisinden talep edilmediği düşüncesindedir.

II. SÖZLEŞMENİN 41. MADDESİNİN UYGULANMASI

45. Sözleşmenin 41. maddesi şunu öngörür:

“Eğer Mahkeme Sözleşme'nin ya da ilave Protokollerin bir ihlali olduğu neticesine ulaşırsa ve ilgili Yüksek Sözleşmeci Tarafın iç hukuku sadece kısmi telafiye izin vermemekteyse Mahkeme, eğer gerekliyse zarara uğramış tarafa manevi tazminat verilmesini sağlar”.

A. Zarar

46. Başvurucu manevi zarar için bir avro (AV) talep etmiştir

47. Hükümet talebe bir itirazlarının olmadığını bildirmiştir.

48. Başvurucunun talebinin miktarı ve Mahkeme'nin bu tür taleplere dair uygulaması ile ilgili olarak (örneğin bakınız, Marckx - Belçika 13 Haziran 1979, § 68, A Serisi no. 31; Lehideux ve Isorni - Fransa, 23 Eylül 1998, § 63, Yargılama ve Karar Raporları 1998 VIII; ve Agga - Yunanistan (no. 2), no 50776/99 ve 52912/99, § 66, 17 Ekim 2002, Mahkeme başvurunun Sözleşme'nin 6/1. maddesindeki haklarının ihlali bulgusunun kendi içinde başvurunun maruz kalabileceği herhangi bir manevi zarar için yeterli bir manevi tazminat oluşturduğuna karar verir.

B. Masraflar ve Giderler

49. Başvurucu ayrıca Mahkeme nezdinde oluşan yasal ücretler için 500 AVRO talep etmiştir. Bu talebi desteklemek amacıyla, Mahkeme önündeki yasal temsili için ödemeyi vaat ettiği miktarın toplamına istinaden avukatı ile yaptığı sözleşmenin bir kopyasını sunmuştur.

50. Hükümet meselenin Mahkeme'nin içtihadıyla çözülmesini talep etmiştir.

51. Mahkeme'nin içtihadına göre başvuru bunların gerçek anlamda ve zorunlu olarak doğduğunu ve kabul edilebilir bir meblağda olduğunu gösterdiği müddetçe, masraf ve giderleri telafi etme hakkına sahiptir (örneğin bakınız, Iatridis - Yunanistan (manevi tazminat) [BD], no. 31107/96, § 54, İHAM 2000-XI).

52. Mevcut davada Mahkeme elinde bulunan belgeleri ve yukarıdaki kriteri göz önüne alarak talep edilen miktarın toplu olarak verilmesini mantıklı bulmaktadır.

Bu sebeple Mahkeme, önündeki yargılama için başvuruçuyu, ona ödetilebilecek herhangi bir vergi dâhil olmak üzere 500 AVRO tutarıyla mükâfatlandırır.

C. Gecikme Faizi

53. Mahkeme gecikme faizi oranının, Avrupa Merkez Bankasının marjinal kredi faizine yüzde üç puan eklenmesi gereken nispette olması gerektiğinin uygun olduğunu hesaba katar.

BU GEREKÇELERLE, MAHKEME, OYBİRLİĞİYLE,

1. Başvurunun kabul edilebilir olduğunu *ilan eder*;

2. Sözleşme'nin 6/1. maddesinin ihlal edildiğine *karar verir*;

3. Bir ihlal bulgusunun kendi içinde başvuruçunun maruz kalabileceği herhangi bir manevi zarar için yeterli bir manevi tazminat oluşturduğuna *karar verir*.

4.

(a) Davalı Devletin başvuruçuya, Sözleşme'nin 44/2. maddesine uygun olarak, kararın kesinleşmesinden itibaren üç ay içerisinde, başvuruçuya yüklenilebilir herhangi bir vergi dâhil olmak üzere masraf ve giderlere ilişkin 500 Avro (beş yüz avro) ödemesine;

(b) Yukarıda bahsedilen meblağa, yukarıda sözü edilen üç aylık sürenin bitiminden ödeme gününe kadar, yüzde üç puanlık faiz dahil olmak üzere, ödeme süresi boyunca Avrupa Merkez Bankasının marjinal kredi faizine eşit basit faizin ödenmesine

Karar verir.

5. Başvuruçunun manevi tazminat talebinin geri kalanını *reddeder*.

Karar İngilizceden düzenlenmiş olup, Mahkeme İçtüzüğü'nün 77/2 ve 3. maddeleri uyarınca, 23 Haziran 2015 tarihinde yazılı şekilde tebliğ edilmiştir.

Stephen Phillips
Yazı İşleri Müdürü

Josep Casadevall
Başkan