



KOCAELİ
ÜNİVERSİTESİ

HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Ocak / Temmuz 2021 - Sayı: 23 / 24

Derginin Sahibi

Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi adına
Prof. Dr. Bayram KESKİN

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü

Dr. Öğr. Üyesi Duygu KOÇAK DİKER

Editörler

Dr. Öğr. Üyesi Cemile TURGUT

Dr. Öğr. Üyesi Zehra BADAK

Dr. Öğr. Üyesi Gündüz Alp ASLAN

Dr. Öğr. Üyesi Oğuzhan Bekir KESKİN

Dr. Öğr. Üyesi Veysel Candan CANOĞLU

Editör Yardımcıları

Arş. Gör. Dr. Buket KARAMAN

Arş. Gör. Dr. Cansu YENER KESKİN

Arş. Gör. Dr. Mürvet Ece BÜYÜKÇALIK

Arş. Gör. Övgü Sıla KAYAM

Arş. Gör. Yaprak YEŞİL

Arş. Gör. Diyar ÇAKMAK

Almanca Dil Editörü

Prof. Dr. Herdem BELEN

İngilizce Dil Editörü

Arş. Gör. Dr. Murat ESMER

İletişim Adresi

Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi,

Umuttepe Yerleşkesi

İzmit / KOCAELİ

Tel: +90 (262) 303 26 02

Faks: +90 (262) 303 26 03

İletişim: kouhfd@kocaeli.edu.tr

Elektronik Ağ: <https://www.hfd.kocaeli.edu.tr>

Kapak & Sayfa Tasarımı

Emre KIZMAZ

Yayın

Seçkin Yayıncılık A.Ş. (Sertifika No: 45644)

Mustafa Kemal Mah. 2158. Sok. No: 13

Çankaya / ANKARA

Tel: 0312 435 30 30

Faks: 0312 435 24 72

Yayın Yeri | Yılı

Ankara | Aralık 2022

ISSN

1301-8043

*Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,
altı ayda bir yayımlanan ulusal, süreli ve hakemli bir dergidir.
Dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yazarlara aittir.*

DANIŐMA KURULU

Prof. Dr. Ömer ANAYURT (Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi)

Prof. Dr. Zehreddin ASLAN (İstanbul Üniversitesi)

Prof. Dr. Ender Ethem ATAY (Özyeęin Üniversitesi)

Prof. Dr. Mehmet BAHTİYAR (Yeditepe Üniversitesi)

Prof. Dr. Zehra Gönül BALKIR (Kocaeli Üniversitesi)

Prof. Dr. Ali Cem BUDAK (İstanbul Ticaret Üniversitesi)

Prof. Dr. Fikret EREN (Başkent Üniversitesi)

Prof. Dr. Vesile Sonay EVİK (Galatasaray Üniversitesi)

Prof. Dr. Metin GÜNDAY (Atılım Üniversitesi)

Prof. Dr. Varol KARAASLAN (Kocaeli Üniversitesi)

Prof. Dr. Ömer KESKİNSOY (Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi)

Prof. Dr. Zehra ODYAKMAZ (Ufuk Üniversitesi)

Prof. Dr. E. Saba ÖZMEN (Maltepe Üniversitesi)

Doę. Dr. Ali Hakan EVİK (Kocaeli Üniversitesi)

KOCAELİ ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ YAYIN İLKELERİ

1. Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (KOÜHFD) “Hakemli Dergi” statüsünde ve yılda iki sayı (Ocak ve Temmuz) olarak yayımlanmaktadır.
2. Dergiye gönderilen yazılar başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.
3. Yazılar “Microsoft Word” programında, metin yazı tipi Times New Roman -12 punto-, dipnotlar 10 punto tek satır aralıklı olarak hazırlanmalıdır. Dipnotlar sayfa altında gösterilmelidir. Makalenin sonunda, makalede yararlanılan kaynakların yazar soyadına göre alfabetik sıraya dizildiği kaynakçaya yer verilmelidir. Yazılar aşağıda belirtilen e-posta adresine Word formatında ve yayım ilkelerine uygun olarak gönderilmelidir.
4. Derginin yazı dili esas olarak Türkçe olmakla birlikte, dergide yabancı dilde yazılara da yer verilmektedir. Yazı hangi dilde yazılmış olursa olsun **başlığının, özetinin ve anahtar kelimelerinin** Türkçe ve İngilizce olarak eklenmesi gerekmektedir.
5. Yazarlar, **unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, iletişim adresleri ile telefonlarını ve mutlaka e-mail adreslerini** çalışmalarının başına ekleyecekleri üst kapak sayfası ile birlikte bildirmelidir.
6. Yazarların dergiye gönderdikleri yazılarının denetimini yapmış oldukları ve bu halıyla “basıya” verdikleri kabul edilir. Bilimsellik ölçütlerine uyulmadığı ve olağın üzerinde yazım yanlışlarının tespit edildiği yazılar, yayım komisyonu tarafından geri çevrilir.
7. Yayım Komisyonunca ilk değerlendirmesi yapılan ve yayım ilkelerine uygun bulunan yazılar, kör hakemlik sistemi uyarınca yazar adları metinden çıkarılarak hakeme gönderilir. Yazarlara yazının hangi hakeme gönderildiği ile ilgili bilgi verilmez. Hakem raporunda düzeltme istenmesi durumunda yazar, sadece belirtilen düzeltmeler çerçevesinde değişiklikler yapabilir. Yazar, hakem tarafından önerilen düzeltmeleri yaptıktan sonra tekrar hakem denetimine başvurur. Hakem raporunun olumsuz olması durumunda, ikinci bir hakem incelemesi yapılmaz. Yayımlanmayan yazılar, yazarına geri gönderilmez.
8. Dergide, hakem denetiminden geçen çalışmalar dışında, *kitap incelemesi, mevzuat değerlendirmesi, çeviri ve bilgilendirici notlara* da yer verilir. Bu nitelikteki yazıların kabulü veya geri çevrilmesi, Yayım Komisyonu tarafından yapılır.
9. Yazılar yayımlanmak üzere kabul edildiği takdirde, elektronik ortamda tam metin olarak yayımlamak da dâhil olmak üzere tüm yayım hakları Kocaeli Üniversitesi’ne aittir. Yazarlar telif haklarını Üniversiteye devretmiş sayılır, ayrıca telif ücreti ödenmez.

10. Hakem incelemesi sonucunda yayımlanması uygun görülmeyen çalışmalar yazarına iade edilir.
11. Süresi içerisinde hakem incelemesinden geri gelmeyen çalışmalar, yazarı tarafından aksi yönde bir talepte bulunulmadıkça derginin bir sonraki sayısında değerlendirilir.
12. Dergide yayımlanan yazıda ileri sürülen görüşler yazara ait olup, yazarlar Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin herhangi bir sorumluluğunun bulunmadığını kabul eder.
13. Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nde yayımlanması istenen yazılar şu e-posta adreslerine gönderilmelidir.
kouhfd@kocaeli.edu.tr

İÇİNDEKİLER

HAKEMLİ MAKALELER

Vergide Uzlaşma ile Cezada Uzlaştırma Müesseselerinin Mukayesesi

Comparison of Tax Conciliation and Penalty Reconciliation Procedures

Doç. Dr. Memduh ASLAN

Arş. Gör. Diyar ÇAKMAK 11

Ceza Muhakemesinde Kaçakların Yargılanması

The Judgement of the Fugitive in Criminal Procedure Law

Doç. Dr. Ali Hakan EVİK

..... 29

Milletlerarası Satım Sözleşmelerinde Incoterms Teslim Şekilleri

Incoterms Delivery Methods in International Sales Contracts

Arş. Gör. Çağla Alara ÇELEBİ

..... 51

ÇEVİRİ

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Mamelka / Polonya Davası

European Court of Human Rights Case of Mamelka v. Polonya

Dr. Öğr. Üyesi Veysel Candan CANOĞLU

..... 73

KARAR İNCELEMESİ

İnternet Bankacılığı Sisteminde GSM Şirketlerinin Bankalara ve Mevduat Sahiplerine Karşı

Konumu Hakkında 02.04.2018 Tarih, 2016/6770 Esas, 2018/2284 Karar Sayılı

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi Kararının İncelenmesi

Berna ŞAHİNTÜRK ÇINAR

..... 85

HAKEMLİ
MAKALELER

Vergide Uzlaşma ile Cezada Uzlaştırma Müesseselerinin Mukayesesi

Comparison of Tax Conciliation and Penalty Reconciliation Procedures

Doç. Dr. Memduh ASLAN^(*)
Arş. Gör. Diyar ÇAKMAK^(**)

Öz:

Adaletin maliyetsiz bir şekilde tecelli edebilmesi için kişilerinin kurallara uyması önem taşımaktadır. Kişilerin kurallara uymaması veya ihlal etmeleri halinde eylemleri suç veya kabahat olarak tanımlanmakta ve yaptırıma tabi tutulmaktadır. Cezalandırma fikrinin temeli kişilerin korkuyla da olsa kurallara uğramasını sağlamaktır. Ancak, kişileri cezalandırmak eylemin mağdurlarını her zaman tatmin etmeyebilmektedir. Etkisi toplumdaki ziyade belirli kişiler üzerinde doğan bazı suçlar bakımından kişinin cezalandırılıp cezalandırılmaması yönündeki seçenek hakkı mağdura tanınabilmektedir. Kanun koyucu suçluya mağduru maddi veya manevi zararını gidererek mağdur olanın affına sığınma olanağı tanımıştır. Bazı suçlardan zarar görenin ister belli bir tutar karşılığı, isterse belirli bir eylemin yerine getirilmesi üzerinde isterse herhangi bir şey talep etmeden suçluyu affetme ve onu bu cezadan kurtarma olanağı vardır. Ceza hukukunda uzlaştırıcı gözetiminde yapılan bu uygulamaya uzlaştırma denilmektedir. Benzer düzenleme vergi hukukunda da bulunmaktadır, vergi kaçakçılığına girmeyen vergi ziyayı gerektiren eylemlerde de vergi idaresi ve mükellef aracısız uzlaşma yapma olanağı bulunmaktadır. Bu çalışmada her iki uygulama karşılaştırılmaktadır.

Anahtar Kelimeler:

Vergi Hukuku, Ceza Hukuku, Tarhiyat Öncesi Uzlaşma, Tarhiyat Sonrası Uzlaşma, Cezada Uzlaştırma.

Abstract:

It is important that people follow the rules so that justice can be served cost-free. If people do not comply with or violate the rules, their actions are defined as crimes or misdemeanors and are subject to sanctions. The basis of the idea of punishment is to make people subject to the rules, albeit in fear. However, punishing individuals may not always satisfy the victims of the act. In terms of

^(*) Kocaeli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuku Bölümü, Mali Hukuk Anabilim Dalı,
E-posta: memduh.aslan@kocaeli.edu.tr,
Orcid ID: <https://orcid.org/0000-0002-9512-3876>.

^(**) Kocaeli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuku Bölümü, Mali Hukuk Anabilim Dalı,
E-posta: diyar.cakmak@kocaeli.edu.tr,
Orcid ID: <https://orcid.org/0000-0003-3754-3028>.

Makalenin geliş tarihi: 24.11.2022 - Makalenin kabul tarihi: 07.12.2022.

certain crimes whose effect is on certain people rather than on society, the victim may be given the right to choose whether or not to punish the person. The legislator allowed the offender to seek refuge in the victim's pardon by remedying the victim's pecuniary or non-pecuniary damage. The victim of some crimes has the opportunity to forgive the offender and save him from punishment, whether for a certain amount or on the performance of a certain act or without demanding anything. In criminal law, this practice that supervised by mediator is called reconciliation. A similar regulation exists in tax law, and in actions that require tax loss that do not fall into tax evasion, there is an opportunity to make an unmediated settlement between the tax administration and the taxpayer. In this study, both applications are compared.

Keywords:

Tax Law, Criminal Law, Conciliation Before Tax Assignment Conciliation, Conciliation After Tax Assignment, Penalty Reconciliation.

Giriş

Vergi bir ceza olmamakla birlikte, kamu harcamalarının karşılanması için zora dayalı olarak alınan mali bir yükümlülüktür. Verginin her ne surette olursa olsun ziyaa (kayba) uğratılması Vergi Usul Kanunu'nun 344. maddesinde mali bir ceza olan vergi ziyayı cezasına tabi tutulmuştur. Ceza kesilebilmesi için verginin zamanında veya usulüne uygun olarak beyan edilmiş olması gerekmektedir. Vergi mükellefleri, kendi beyanlarını her zaman düzeltebileceklerdir. Vergi mükelleflerinin herhangi bir ihbar veya inceleme olmaksızın dilerlerse Vergi Usul Kanunu'nun 371. maddesi kapsamında pişmanlıkla beyannamedeki beyanlarını ıslah etme olanağı tanınmıştır. Vergi mükelleflerinin beyan ettikleri bu tutarları 15 gün içerisinde ödemeleri halinde ise ceza kesilmeyecektir. Diğer taraftan vergi mükelleflerinin defter ve belgelerinin incelenmesi sonucunda ikmalen veya re'sen vergi tarhi da yapılabilecektir. Bu durumda vergi mükelleflerine aynı zamanda vergi ziyayı cezası da kesilecektir.

Vergi hukuku ile ceza hukuku arasında gerek Anayasamızın 73. maddesi gerekse 38. maddesi kapsamında temel benzerlik her ikisinin de kanunilik ilkesini ön plana çıkarmasıdır. Öte yandan ceza yargılamasında hakim, sanık bir talepte bulunmasa bile gerçek durumu ortaya çıkarmak için gerekli her türlü araştırmayı yapmak zorundadır. Vergi Usul Kanunu'nun 3. maddesi ve incelemeye ilişkin 134. maddesinde de vergilemede esas olanın gerçek durumun ortaya konulması önemsenmiştir. Bu yönüyle her iki hukuk alanında da maddi gerçeğe ulaşmak önemli bir ilke olarak ön plana çıkmaktadır.

Bu çalışmada her iki hukuk alanında benzer düzenlemeler içeren uzlaşma/uzlaştırma müesseseleri karşılaştırılacaktır.

1. Vergide Uzlaşma

Vergi Usul Kanunu'na göre uzlaşma, süregelen bir uyuşmazlığı basit bir şekilde çözüp, vergi alacağının hızlı bir şekilde tahsilini amaçlamaktadır.¹ Başka bir tanımla “uzlaşma vergi idaresinin vergi asıl ve cezalarının bir kısmından veya tamamından vazgeçmesi olarak tanımlanabilmektedir.”² Kanunda bir tanım yapılmamakla birlikte Danıştay uzlaşmayı “vergilemeden dolayı mükellef ile vergi idaresi arasında ortaya çıkan uyuşmazlıkların barışçı yollarla taraflar arasında uzlaşarak kesin olarak çözümlendirilmesi”³ olarak tanımlamaktadır.

Uzlaşma Türk vergi hukukuna ilk olarak 1963 yılında girmiştir. Yapılan ilk düzenleme tarhiyat sonrası uzlaşmaya ilişkin 4.12.1985 tarihinde Vergi Usul Kanunu'na ek madde 11 ile tarhiyat öncesi uzlaşma kurumu da Türk vergi hukukuna dahil olmuştur. Danıştay uzlaşmanın niteliğini uzlaşma tutanağında tespit edilen hususlar ile sınırlı olarak iki taraf için de bağlayıcı bir sözleşme olarak belirtmektedir.⁴

Tarafların yargı yoluna gitmeden vergi ve vergi cezalarına ilişkin anlaşma sağlaması mahkemelerin yükünü azaltsa da aynı durumdaki vergi mükellefleri arasında bir eşitsizlik yaratmaktadır. Uzlaşma kurumunun uygulanmasının bu kadar kolay ve sınırsız olması vergi ödevini yerine getirmeyen mükellefleri ödüllendirmektedir. Bu da mükelleflerin vergiden kaçınma yönünde davranışlarını arttırmaktadır.⁵ Nitekim bu çalışmada da görüleceği üzere uzlaşılan toplam vergi ve vergi cezası tutarının ödenmesi gereken vergiden çok daha düşük olduğu örnekler ortaya çıkabilmektedir.

1.1. Tarhiyat Öncesi Uzlaşma

1.1.1. Genel Olarak Tarhiyat Öncesi Uzlaşma

Tarhiyat öncesi uzlaşma, daha tarh edilmemiş vergi kesilmemiş vergi cezası için öngörülmüş bir kurumdur. Henüz uyuşmazlık doğmadan ve vergi mükellefi tarh edilen bir vergi ve vergi cezası ile muhatap olmadan öngörülmüş bir anlaşmazlık çözüm yoludur. Amaç uzlaşma sürecini öne alarak anlaşmazlığı hızlıca ortadan kaldırmaktır.⁶

¹ Mualla Öncel ve diğerleri, Vergi Hukuku, 29. Bası, Ankara: Turhan Kitabevi, 2020, s. 178.

² Ahmet Tekin, Gülnihal Can Avşar, Türk Vergi Hukukunda Uzlaşma Müessesesi, Avrasya Sosyal ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi, Cilt 6, Sayı 5, Yıl 2019, s. 517.

³ Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu, 2002/592 E., 2003/333 K. numaralı, 13.6.2003 tarihli kararı.

⁴ Danıştay 3. Dairesi, 2004/852 E., 2005/2230 K., numaralı, 20.10.2005 tarihli kararı.

⁵ Elif Yılmaz, Uzlaşma Müessesesinin Hukuki Niteliği ve Temel Vergilendirme İlkeleri Açısından Değerlendirilmesi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt XIII, Sayı 1-2, Yıl 2009, s. 347-348.

⁶ Mustafa Gültekin, Vergi Uyuşmazlıklarının Çözüm Yollarından Uzlaşma, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Yıl 2016, s. 594.

Vergi Usul Kanunu ek madde 11 yapılacak inceleme sonucu bir vergi tarh edilecek ve buna ilişkin vergi ziyai cezası ve 5000 Türk lirasını aşan (2022 için 6800 Türk lirası) usulsüzlük ve özel usulsüzlük cezası kesilecekse Maliye Bakanlığı'na uzlaşmaya izin verme yetkisi tanımıştır. Kaçakçılık suçunu oluşturan fiiller yetkinin kapsamı dışında tutulmuştur. Maliye Bakanlığı da bu yetki uyarınca Tarhiyat Öncesi Uzlaşma Yönetmeliği'ni çıkarmış ve uzlaşma yapılmasının önünü açmıştır. Ancak uzlaşma, vergi ve/veya cezayı kısmen veya tamamen ortadan kaldırmaktadır. Bu sebeple de uzlaşmaya konu olabilecek vergi ve cezalar konusunda vergi idaresine bu kadar geniş yetki verilmesi hem kanunilik ilkesiyle hem de yasama yetkisinin devri yasağıyla bağdaşmamaktadır. Kanun koyucu tarafından uzlaşmanın sınırlarının belirlenmesi gerekmektedir.⁷ Ayrıca belirtmek gerekir ki vergi cezalarından vazgeçilmesi vergiye uyumu da olumsuz etkileyecektir.⁸ Tarhiyat Öncesi Uzlaşma Yönetmeliği madde 2'de vergi incelemesi yapmaya yetkili olanlarca yapılan vergi incelemelerine dayanılarak tarh edilecek ve Bakanlık Vergi Dairelerinin tarha yetkili olduğu bütün vergi, resim ve harçlar ile bunlara ilişkin olarak kesilecek kaçakçılık suçu için kesilenler hariç olmak üzere vergi ziyai cezası tarhiyat öncesi uzlaşmanın kapsamı olarak belirlenmiştir. Uzlaşmaya başvurulmasında vergi türleri açısından bir sınırlama öngörülmediğinden dolayı vergiler için uzlaşmaya başvurulması uzlaşma açısından diğer bir sorundur.⁹

Hakkında inceleme yapılan kişi incelemenin son tutanağı düzenlenene kadar uzlaşma talebinde bulunabileceği gibi inceleme yapmaya yetkili olanlarca da uzlaşmaya davet edilebilir. Uzlaşmaya davet durumunda Tarhiyat Öncesi Uzlaşma Yönetmeliği madde 9/2 uyarınca on beş gün içerisinde uzlaşma talebinde bulunulmalıdır.

1.1.2. Uzlaşmanın Tarafları

1.1.2.1. Uzlaşma Komisyonu

Tarhiyat öncesi uzlaşmada komisyonlar vergi incelemesi yapmaya yetkili kişilerden oluşmaktadır. Komisyonlar, vergi incelemesinin vergi müfettişleri ya da vergi incelemesi yapmaya yetkili diğer yetkililer tarafından yapılmasına göre değişmektedir.

⁷ Funda Başaran Yavaşlar, Türk Vergi Hukuku'nda Uzlaşma, Marmara Üniversitesi İ.İ.B.F. Dergisi, 2008, Cilt XXV, Sayı 2, s. 317.

⁸ Taha Emre Çiftçi, Türk Vergi Hukukunda Uzlaşma Müessesesinin Vergi Cezalarının Caydırıcılığı Üzerine Etkisi Hakkında Bir Değerlendirme, Osmaniye Korkut Ata Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi Cilt 4, Sayı 2, Yıl 2020, s. 104.

⁹ Hakan Arslaner, Vergi Uyuşmazlıklarının İdari Aşamada Çözümünde Uzlaşma Müessesesi ve Etkinliği Sorunu, Uluslararası İktisadi ve İdari İncelemeler Dergisi, Sayı 17, Yıl 2016, s. 285.

Tarhiyat öncesi uzlaşma komisyonlarında incelemeyi yapanlar komisyona katılamazlar.

Komisyon vergi idaresi adına hareket eder. Uzlaşma görüşmeleri sırasında komisyon vergi idaresini temsil eder ve onun adına irade beyanında bulunmaktadır.¹⁰

1.1.2.2. Vergi Mükellefi ve Ceza Muhatabı

Hem tarhiyat öncesi uzlaşmada hem de tarhiyat sonrası uzlaşmada komisyonun karşı tarafında vergi mükellefi bulunmaktadır. Vergi mükellefi; vergiyi doğuran olay üzerinde gerçekleşen gerçek kişi, tüzel kişi ya da tüzel kişiliğe sahip olmayan teşekkül olabilirken ceza muhatabı ise Kabahatler Kanunu'na göre on beş yaşından büyük ve akıl hastalığı olmayan gerçek kişi ya da tüzel kişidir. Ayrıca belirtmek gerekir ki cezaların şahsiliği ilkesi uyarınca mirasçının sorumluluğu olan bir durumda ceza sorumluluğundan bahsedilemeyecektir.

1.1.3. Uzlaşma Süreci

Tarhiyat öncesi uzlaşma talebinin yapılacağı merci vergi incelemesini kimin yaptığına ve komisyonun kimler tarafından teşekkül edeceğine göre değişmektedir. Uzlaşma talebini mükellef doğrudan yapabileceği gibi vekil de kullanabilir. Talep yazılı olarak inceleme elemanına yazılı olarak ya da inceleme tutanağına geçirilerek veya inceleme elemanının bağlı bulunduğu başkanlığa yapılabilir.

Bir vergi için tarhiyat öncesi uzlaşma talep edilirken, başka bir vergi için dava açılması mümkündür. Tarhiyat öncesi uzlaşma ile ilgili talepler gerekli hukuki şartları karşıladığı takdirde süreç başlamaktadır.¹¹

Tarafların anlaşması durumunda düzenlenen uzlaşma tutanağı Tarhiyat Öncesi Uzlaşma Yönetmeliği'nin 17. maddesi uyarınca kesindir. Bu sebeple uzlaşmaya varılması durumunda dava açılmasına imkan yoktur.

1.1.4. Uzlaşma Temin Edilememesi - Vaki Olmaması

Tarhiyat öncesi uzlaşmanın temin edilememesi veya vaki olmaması durumlarında vergi mükellefi tarhiyat sonrası uzlaşma talep edemez.

Tarhiyat öncesi uzlaşma temin edilmezse veya vaki olmazsa vergi dairesi, inceleme raporuna dayanarak vergi ve vergi cezası tarh eder ve mükellefe tebliğ eder. Mükellef ihbarnamenin tebliğinden itibaren 30 gün içerisinde dava açabilir.

¹⁰ Yusuf Karakoç, Vergi Yargılaması Hukuku, 4. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2017, s. 75-76.

¹¹ Ramazan Armağan, Vergi Uyuşmazlıklarının Çözümünde Uzlaşma Müessesesi ve Isparta İline İlişkin Bir Değerlendirme, Maliye Dergisi, Sayı 153, s. 167.

İnceleme raporu tek başına kesin ve yürütülebilir bir işlem olmadığından sadece inceleme raporuna dayanarak dava açılmaz ancak davaya konu ihbarnamenin de inceleme raporuna uygun olarak düzenlenmesi gerektiği Danıştay kararlarında ortaya konmaktadır. *“Bir vergi incelemesi sonucu düzenlenen raporda inceleme elemanı tarafından, tarhi gereken verginin matrahı ve miktarı ile kesilecek cezanın türü ve miktarının gösterildiği durumlarda vergi idarelerinin, bu vergi ve cezaların yükümlülere duyurulmasını sağlayan vergi ve ceza ihbarnamelerini düzenlerken inceleme raporu doğrultusunda işlem yapmaları gerektiğinde kuşku bulunmadığından...”*¹²

1.1.5. Tarhiyat Öncesi Uzlaşma Uygulamalarının İncelenmesi

Hazine ve Maliye Bakanlığının son 5 yıldaki faaliyet raporlarında tarhiyat öncesi uzlaşmaya ilişkin kısımlar şu şekildedir:

2017 yılı için:

*“TÖU Komisyonlarına yapılan başvurular sonucunda; toplamda tarhiyat öncesi uzlaşmaya konu olan 799.234.626 TL tutarındaki vergiden 312.837.221 TL’lik kısmı uzlaşmaya girmiş ve bu tutarın 303.551.158 TL’lik kısmında uzlaşma sağlanmıştır. Diğer taraftan, TÖU’ya konu olan 1.208.386.889 TL ceza tutarının 581.889.106 TL’lik kısmı uzlaşmaya girmiş ve bu tutarın 115.400.488 TL’lik kısmında uzlaşma sağlanmıştır.”*¹³

2018 yılı için:

*“TÖU Komisyonlarına yapılan başvurular sonucunda; toplamda tarhiyat öncesi uzlaşmaya konu olan 717.071.698 TL tutarındaki vergiden 232.857.773 TL’lik kısmı uzlaşmaya girmiş ve bu tutarın 225.035.135 TL’lik kısmında uzlaşma sağlanmıştır. Diğer taraftan, TÖU’ya konu olan 1.057.680.762 TL ceza tutarının 419.055.049 TL’lik kısmı uzlaşmaya girmiş ve bu tutarın 78.272.795 TL’lik kısmında uzlaşma sağlanmıştır.”*¹⁴

2019 yılı için:

“TÖU Komisyonlarına yapılan başvurular sonucunda; toplamda tarhiyat öncesi uzlaşmaya konu olan 1.349.504.881 TL tutarındaki vergiden 329.423.682 TL’lik kısmı uzlaşmaya girmiş ve bu tutarın 323.977.783 TL’lik kısmında uzlaşma sağlanmıştır. Diğer taraftan, TÖU’ya konu olan

¹² Danıştay 9. Dairesi, 2009/4846 E., 2012/788 K. numaralı, 16.2.2012 tarihli kararı.

¹³ T.C. Maliye Bakanlığı Vergi Denetim Kurulu Başkanlığı Faaliyet Raporu, 2017, s. 53.

¹⁴ T.C. Hazine ve Maliye Bakanlığı Vergi Denetim Kurulu Başkanlığı Faaliyet Raporu, 2018, s. 50.

1.489.204.749 TL ceza tutarının 367.910.179 TL'lik kısmı uzlaşmaya girmiş ve bu tutarın 68.261.998 TL'lik kısmında uzlaşma sağlanmıştır.”¹⁵

2020 yılı için:

“TÖU Komisyonlarına yapılan başvurular sonucunda; toplamda tarhiyat öncesi uzlaşmaya konu olan 3.544.738.716 TL tutarındaki vergiden 641.170.234 TL'lik kısmı uzlaşmaya girmiş ve bu tutarın 627.529.679 TL'lik kısmında uzlaşma sağlanmıştır. Diğer taraftan, TÖU'ya konu olan 3.884.705.188 TL ceza tutarının 728.620.992 TL'lik kısmı uzlaşmaya girmiş ve bu tutarın 131.535.661 TL'lik kısmında uzlaşma sağlanmıştır.”¹⁶

2021 yılı için:

“Komisyonlarına yapılan başvurular sonucunda; toplamda tarhiyat öncesi uzlaşmaya konu 372.364.145 TL'lik kısmı uzlaşmaya girmiş ve bu tutarın 368.342.793 TL'lik kısmında uzlaşma sağlanmıştır. Diğer taraftan, TÖU'ya konu olan 457.363.491 TL'lik kısmı uzlaşmaya girmiş ve bu tutarın 83.320.775 TL'lik kısmında uzlaşma sağlanmıştır.”¹⁷

2021 yılında uzlaşmaya konu vergi miktarının düşüş sebebi mükelleflerin ödevlerini kanuna uygun bir şekilde yerine getirmeleri değil, Bazı Alacaklarının Yeniden Yapılandırılması Hakkında Kanun'un yapılandırılmaya başvurulması haline uzlaşma yolunu kapatmasıdır. 669.866.953 TL'lik vergi borcu ve 790.944.765 TL'lik vergi cezası hakkında uzlaşma temin edilememiştir.

Görüldüğü üzere 5 yıl boyunca istikrarlı bir şekilde uzlaşma yoluyla vergi cezalarının büyük bir kısmı silinmiştir. Bu durum kanuna uygun davranan mükellefler ile uzlaşma yoluna giden mükellefler arasından eşitsizlik yaratmaktadır. Ayrıca, birtakım mükellefler ile de uzlaşma sağlanamamıştır. Uzlaşma konusunda komisyonların yetkisi göz önüne alındığında objektif kriterlere göre hareket edilmemesi uzlaşma sağlananlar ve sağlanmayanlar arasında da kanun önünde eşitlik ilkesine aykırılık olduğu söylenebilir.¹⁸ Vergi ve cezaların kaldırılmasına ilişkin geniş yetkiler takdir yetkisini aşarak keyfiliğe yaklaşmaktadır. Bu sebeple de takdir yetkisinin sınırlarının belirlenmesi kanunilik ilkesi açısından son derece gerekli ve önemlidir.¹⁹

¹⁵ T.C. Hazine ve Maliye Bakanlığı Vergi Denetim Kurulu Başkanlığı Faaliyet Raporu, 2019, s. 45.

¹⁶ T.C. Hazine ve Maliye Bakanlığı Vergi Denetim Kurulu Başkanlığı Faaliyet Raporu, 2020, s. 44-45.

¹⁷ T.C. Hazine ve Maliye Bakanlığı Vergi Denetim Kurulu Başkanlığı Faaliyet Raporu, 2021, s. 47.

¹⁸ Onur Eroğlu, Ömer Özgün Eftekin, Vergi Planlaması Çerçevesinde Uzlaşma Kurumu, Ekonomik ve Sosyal Araştırmalar Dergisi, Cilt 11, Yıl 11, Sayı 2, Yıl 2015, s. 248.

¹⁹ Engin Hepaksaz, Gazi Sonkur, Vergi Usul Kanunu ve Gümrük Kanunu Kapsamında Uzlaşma Müessesesi Sayısal Veriler Işığında Değerlendirmeler, Gümrük ve Ticaret Dergisi Sayı 10, Yıl 2017 s. 65.

1.2. Tarhiyat Sonrası Uzlaşma

1.2.1. Genel Olarak Tarhiyat Sonrası Uzlaşma

Tarhiyat sonrası uzlaşma; re'sen, idarece veya ikmalen yapılan tarhiyat-larda kesilen cezaya ilişkin mükellef ile vergi idaresi arasında meydana gelen anlaşmazlıkların dava açılmadan pazarlıkla çözümlenmesidir.²⁰ Başka bir ifadeyle uzlaşma, vergi idaresinin yapmış olduğu tek taraflı ve icrai nitelikteki kesin ve yürütülebilir bir işleme karşı, idare ve mükellef arasında anlaşmazlık konularının yapılan müzakere sonucu değerlendirilip bir anlaşmaya varılmasıdır.²¹ Tarhiyat öncesi uzlaşmadan farklı olarak tarh eden vergi ve vergi ziyai cezaları için başvurulması mümkün bir yoldur. Usulsüzlük halinde tarhiyat sonrası uzlaşmaya başvurulamaz. Ayrıca vergi ziyasına yol açan hareketin dört sebeple gerçekleşmesi şartı aranmaktadır. Bunlar; vergi kanunlarına yeterince nüfuz etmemek, yanılma hali, bir vergi hatası ya da maddi hatanın varlığı, uyuşmazlık konusunda yargı organları ile vergi idaresi arasında görüş farklılığıdır. Vergi düzenlemelerinin karmaşık olması mükelleflerin vergiden kaçınmasına ve vergisi sisteminin adil olmadığı algısına yol açmaktadır.²² Bu sebeple de vergi kanunlarına yeterince nüfuz etmeme problemini uzlaşmanın sebeplerinden biri yapılması yerine vergi kanunlarını daha anlaşılır hale getirmek daha etkili bir yol olacaktır.

Tarhiyat öncesi uzlaşmadan farklı olarak uzlaşma talebinin vergi ve ceza ihbarnamesinin mükellefe tebliğ tarihini takip eden günden itibaren 30 gün içinde yapılması şarttır. Tarhiyat sonrası uzlaşmada ayrıca uzlaşmaya davet kurumu söz konusu değildir.

1.2.2. Uzlaşma Komisyonu

Tarhiyat sonrası uzlaşma komisyonları; ikmalen, resen veya idarece tarh edilen vergi ve vergi cezaları hakkında uzlaşma yetkisine sahiptirler. Komisyonların yetkileri parasal sınırlara göre belirlenmektedir. Komisyonların uzlaşmaya yetkili oldukları parasal sınırlar Vergi Usul Kanunu'nun 352, 356, 360 ve 372 no.lu Genel Tebliğlerinde düzenlenmiştir. Söz konusu tebliğler uyarınca vergi dairesi uzlaşma komisyonu 3.000 TL'ye kadar, il merkezi dışındaki vergi dairesi uzlaşma komisyonları 15.000 TL'ye kadar, defterdarlık uzlaşma komisyonu 50.000 TL'ye kadar, vergi dairesi başkanlığı uzlaşma komisyonu gruplara bağlı olarak 3.000 TL (mal müdürlükleri bünyesinde bulu-

²⁰ Celal Hocaoğlu, Vergi Hukukunda Uzlaşma, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Yıl 2015, s. 510.

²¹ Mehmet Küçükkaya, Tarhiyat Sonrası Uzlaşmanın Sonuçları, Fırat Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Cilt 30, Sayı 1, Yıl 2020 s. 255.

²² M. Erkan Üyümez, Vergi Mevzuatının Karmaşıklığı ve Uzlaşma Yöntemi Bağlamında Vergi Uyumunun Değerlendirilmesi, Ekonomi Bilimleri Dergisi, Cilt 8, No 1, Yıl 2016, s. 90.

nan 4. sınıf vergi daireleri için) üst sınırdan 2.000.000 TL (büyük mükellefler vergi dairesi için) üst sınıra kadar, vergi daireleri koordinasyon uzlaşma komisyonu 3.000.000 TL'ye kadar ve merkezi uzlaşma komisyonundan oluşur. Uzlaşmaya yetkili uzlaşma komisyonu, tarh edilen vergi ve cezanın parasal miktarına göre ayrıştırılmıştır. Merkezi uzlaşma komisyonunun bir üst sınırı söz konusu değildir.

1.2.3. Uzlaşma Süreci

Uzlaşma talebi dava açma süresi içerisinde yapılmalıdır. Dava açılması durumunda dava uzlaşma sürecinin neticelenmesini beklemektedir.

1.2.4. Uzlaşmama Durumu

Uzlaşmanın vaki olmaması halinde, vergi mahkemesinde dava açılabilceğine yönelik açık hükümler bulunmaktadır. Uzlaşmanın temin edilmemesi halinde, dava açılıp açılmayacağına ilişkin bir düzenleme yoktur. Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu uzlaşmanın temin edilememesi durumunda da dava açılabilceğini şu şekilde belirtmiştir: *“Ayrıca, Ek 7’nci maddede, yükümlü ya da ceza muhatabının uzlaşmanın vaki olmadığına dair tutanağın kendisine tebliğinden itibaren, genel hükümler dairesinde dava açılabilceği belirtilmiştir. Ek 5’inci maddede ise uzlaşmanın vaki olduğu hal dışında, tutanak düzenlenip ilgiliye tebliğ edilmesi, sadece uzlaşmanın temin edilmemesi durumu için öngörülmüştür. Uzlaşmanın vaki olmaması halinde tutanak düzenleneceği hususunda, başka bir hüküm de bulunmamaktadır. Bu da göstermektedir ki, “temin edilememe” ve “vaki olmama” deyimleri, ilgilinin dava hakkının tesbiti yönünden eş anlamda kullanılmıştır.”*²³

1.2.5. Tarhiyat Öncesi Uzlaşma Uygulamalarının İncelenmesi

Gelir İdaresi Başkanlığı'nın 2021 yılı faaliyet raporu incelendiğinde uzlaşma sonucunda vergi aslı ve vergi cezalarında olması gerekenden çok büyük bir fark olduğu görülmektedir ve bu durumun yukarıda da belirttiğimiz eşitsizliğe yol açtığı aşikardır. Raporda en dikkat çeken verilere değinmek gerekirse merkezi uzlaşma komisyonu 2016 yılında 288.860.333 TL'lik vergi ve bu vergiye bağlı 376.720.584 TL ceza için uzlaşma sürecini yürütmüş, 268.766.445 TL vergi ve 341.575.433 TL cezayı uzlaşmaya konu etmiş ve sonuçta 58.960.357 TL vergi ve 0 TL ceza üzerinde uzlaşmıştır.²⁴ Bu durumun verginin kanuniliği ile de kanun önünde eşitlik ile de bir ilişkisi olmadığını izaha gerek yoktur.

²³ Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu'nun 1986/2 E., 1986/2 karar numaralı 23.10.1986 tarihli kararı. (06.01.1987 tarihli Resmi Gazete).

²⁴ Gelir İdaresi Başkanlığı 2021 yılı Faaliyet Raporu, s. 135.

2. Cezada Uzlaştırma

Ceza hukukunda, mağdur ile failin, kendi özgür iradeleriyle, tarafsız bir aracının vasıtasıyla, suça konu eylemden doğan sorunların çözümüne aktif olarak katıldıkları sürece uzlaştırma denilmektedir. Uzlaştırma ile amaçlanan, mağdurun ile failin birbirlerini anlamaya çalışmalarına imkan sağlanması ile mağdurun zararının giderilmesi ve haklarının ihya olması, failin topluma kazandırılması ve yargı yükünün azaltılmasıdır.²⁵ “*Uzlaşma müessesesi, suçun işlenmesiyle bozulan kamu düzeninin barış yoluyla yeniden tesisini amaçlamaktadır.*”²⁶ Bir diğer tanımla uzlaştırma, uzlaştırmacı önünde yapılacak müzakere yoluyla failin verdiği zararın ortadan kaldırılmasını amaçlayan bir kurumdur.²⁷

Uzlaştırma sürecine katılım gönüllülük esasına dayanmaktadır, taraflar mağdurun zararında ve giderilmesinde mutabakata varmaya çalışırlar. Mağdur, zararının maddi veya edimsel olarak giderilmesini isteyebilir. Zararın maddi olarak karşılanmasını istediğinde bir miktar tazminat ödenmesi gerekir. Mağdur, failden kendisi veya toplum için belirlediği bir kamu hizmetinde bulunmasını, bağış yapmasını veya hukuka ve ahlaka uygun başkaca bir edimin ifa edilmesini de isteyebilmektedir. Mağdurun uzlaşmak için mutlaka bir talepte bulunmasına gerek yoktur. Uzlaşmada amaç onarıcı bir adalet sağlamaktır. Uzlaşmanın diğer onarıcı adalet uygulamaları ile ortak noktası odaklarının failin cezalandırılış biçimi değil, tarafların birbirlerini ihtiyaçları ve sorumlulukları ölçüsünde tatmin etmesidir.²⁸ Uzlaşma kurumu cezalandırıcı adalet anlayışı için bir alternatif oluşturmaktadır. Çünkü uzlaşmayı uygulamakla ceza sisteminden vazgeçilmemekte yalnızca cezalandırıcı adalet anlayışının olumsuz yanlarının mümkün olduğunca azaltılması amaçlanmaktadır.²⁹

2.1. Uzlaştırmaya Tabi Suçlar

Uzlaştırmaya tabi suçlar ve istisnaları Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma Yönetmeliği'nin 8. maddesinde belirtilmiştir. Buna göre:

²⁵ Hüseyin Ertuğrul, 7188 Sayılı Kanun Sonrası Uzlaştırma Kurumu Üzerine Değerlendirmeler, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, Sayı 2, Yıl 2020, s. 135.

²⁶ Mustafa İsmail Kaya, Burçak Tatlı, Yaralamalı Trafik Kazalarında Ceza Muhakemesi Kanununa Göre Sağlanan Uzlaşmanın Sigorta Tazminatı Üzerindeki Etkisi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 26, Sayı 2, Yıl 2022, s. 69.

²⁷ Mümin Güngör, Mağduriyetin Giderilmesi Açısından Uzlaştırma Kurumu ile Mağdur Hakları Tasarısının İncelenmesi, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, Sayı 2019/2, s. 224.

²⁸ Esra Alan Akcan, Ceza Hukukunda Mağdurun Korunmasına Yönelik Düzenlemeler, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 16, Özel Sayı 2014, Yıl 2015, s. 3973.

²⁹ Özge Tuçe Gökçalp, Ceza Usul Hukukunda Uzlaşma, Hukuk ve İktisat Araştırmaları Dergisi Cilt 5, No 1, Yıl 2013, s. 28.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 253'üncü maddesinin birinci fıkrasında sayılan

- Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı suçlar,
- Şikâyete bağlı olup olmadığına bakılmaksızın, Türk Ceza Kanunu'nda yer alan;
 - Kasten yaralama (üçüncü fıkra hariç, madde 86; madde 88),
 - Taksirle yaralama (madde 89),
 - Tehdit (madde 106, birinci fıkra),
 - Konut dokunulmazlığının ihlali (madde 116),
 - İş ve çalışma hürriyetinin ihlali (madde 117, birinci fıkra; madde 119, birinci fıkra (c) bendi),
 - Hırsızlık (madde 141),
 - Güveni kötüye kullanma (madde 155),
 - Dolandırıcılık (madde 157),
 - Suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi (madde 165),
 - Çocuğun kaçırılması ve alıkonulması (madde 234),
 - Ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin açıklanması (dördüncü fıkra hariç, madde 239),

suçlarında şüpheli, sanık, suça sürüklenen çocuk ile mağdur veya suçtan zarar gören gerçek kişi veya özel hukuk tüzel kişininin uzlaştırılması girişiminde bulunulur. Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olmayan diğer kanunlarda yer alan suçlarla ilgili olarak uzlaştırma yoluna gidilebilmesi için, kanunda açık hüküm bulunması gerekmektedir.

Cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda, hiçbir durumda uzlaştırma yoluna gidilemez.

Şüpheli ya da sanık tarafından uzlaştırma kapsamına giren bir suçun, bu kapsama girmeyen bir başka suçla birlikte işlenmesi hâlinde, uzlaştırma yoluna gidilemez.

Mağdurun veya suçtan zarar görenin gerçek veya özel hukuk tüzel kişisi olması koşuluyla ayrıca üst sınırı 3 yılı geçmeyen hapis veya adlî para cezasını gerektiren suçlarda suça sürüklenen çocuklar bakımından da uzlaştırma girişiminde bulunulur.

2.2. Uzlaştırma Konusu Olabilecek Şikayete Tabi Suçlar

Şikâyete bağlı suç, soruşturma yapılması ve dava açılması suçtan zarar görenin şikayetine bağlı olan suçlardır. Bir suçun şikayete tabi olup olmadığı suçu düzenleyen madde metninde açıkça belirtilmesi gerekir. Şikayete tabi olduğu belirtilmeyen suçlar için resen soruşturma yapılabilir. Türk Ceza Kanunu'nda şikayete tabi suçlar şu maddelerde yer almaktadır.: TCK 117/1 mad. - İş ve Çalışma Özgürlüğünün İhlali, TCK 123/1 mad. -Kişilerin Huzur ve Sükûnunu Bozma, TCK 125 mad. - Hakaret (Kamu görevlisine hakaret dışında), TCK 130 mad. - Kişinin Hatırasına Hakaret, TCK 132 mad. - Haberleşmenin Gizliliğini İhlal, TCK 133 mad. - Kişiler Arasında Konuşmaların Dinlenmesi ve Kayda Alınması, TCK 134 mad - Özel Yaşamın Gizliliğini İhlal, TCK 146 mad. - Kullanma Hırsızlığı, TCK 151 mad. - Mala Zarar Verme, TCK 154 mad. - Hakkı Olmayan Yere Tecavüz, TCK 155 mad. - Güveni Kötüye Kullanma, TCK 156 mad. - Bedelsiz Senedi Kullanma, TCK 160 mad. - Kaybolmuş veya hata sonucu ele geçmiş eşya üzerinde tasarruf, TCK 209 mad. - Açığa atılan imzanın kötüye kullanılması, TCK 233 mad. - Aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüğün ihlali.

Ceza düzenlemesi bulunan diğer kanunlarda yer alan özel ceza düzenlemeleri içerisinde suçun soruşturması şikayete bağlı tutulmuş ise bunlar da uzlaştırmaya tabi olacaktır.

2.3. Uzlaştırmanın Koşulları

Uzlaştırmanın koşulları CMK 253. madde metninden çıkartılabilmektedir. Buna göre öncelikle suçun uzlaştırmaya tabi olması gerekir. Suçtan zarar görenin gerçek veya özel tüzel kişi olması gerekir, mağduru kamu olan suçlarda uzlaştırma olanağı yoktur. Soruşturmada suçun işlendiğinde dair yeterli şüpheyi oluşturacak delile ulaşılması ve tarafların uzlaştırma teklifini kabul etmesi gerekir. Diğer taraftan, failin ceza verilmesini engelleyen küçüklük, sağır ve dilsizlik, akıl hastalığı gibi nedenlerle kusur yeteneğinin bulunmaması gerekir. Ancak bu durum mağdurun zararının giderilmesi için özel hükümlere göre tazminat davası açılmasına engel teşkil etmez.

2.4. Uzlaştırma Süreci

Soruşturmasına başlanılan ve uzlaştırma kapsamında kalan suçlara ilişkin gerekli araştırma ve soruşturma işlemleri, soruşturmayı yürüten Cumhuriyet savcısı tarafından yapılır.

Uzlaştırmaya tâbi soruşturmaya konu suç nedeniyle yapılan soruşturma neticesinde kamu davasının açılması için yeterli şüphe oluşturacak delil elde edilememesi veya kovuşturma imkânının bulunmaması hâlinde soruşturma-

yı yürüten Cumhuriyet savcısı dosyayı büroya göndermeksizin sonuçlandırır, yeterli şüphenin bulunması hâlinde, gönderme kararı ile büroya gönderir.

Uzlaştırmadan sorumlu Cumhuriyet savcısı; filin uzlaştırma kapsamında olmadığına anlaşılması, şüpheli hakkında kamu davası açılması için yeterli şüphenin tespiti, suçun sübutuna etki edeceği mutlak sayılan deliller toplanmadan dosyanın büroya gönderildiğinin anlaşılması hâllerinde dosyayı soruşturma bürosuna geri gönderilir. Suçun uzlaştırma kapsamında kaldığının anlaşılması hâlinde uzlaştırmacı görevlendirmesi yapılır. Uzlaşma teklifi suçun işlendiği tarihten itibaren en az bir aylık süre geçtikten sonra yapılabilir.

Uzlaştırmacı, uzlaştırma evrakını teslim aldıktan sonra otuz gün içinde uzlaştırma işlemlerini sonuçlandırır. Uzlaşma teklifinin reddedilmesine rağmen, şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar gören uzlaştıklarını gösteren belge ile en geç iddianamenin düzenlendiği tarihe kadar Cumhuriyet savcısına başvurarak uzlaştıklarını beyan edebilirler.

3. Mukayese ve Tartışma

Vergide uzlaşma ile cezada uzlaştırmanın başarılı olması halinde temel olarak dava süreci tamamlanmadan ihtilaf ortadan kaldırılmaktadır. Bu yönüyle uzlaşma ve uzlaştırma müesseseleri davalara alternatif sorun çözme yöntemleri arasında da gösterilmektedir.

Vergi hukukunda uzlaşmada taraflar vergi mükellefi (kişi) ile vergi idaresi³⁰ (kamu) iken ceza uzlaştırmada taraflar gerçek kişi fail ile gerçek kişi veya özel hukuk tüzel kişisi olanlardır, ceza uzlaştırmada kamu taraf değildir. Vergi uzlaşmasında taraflar tahakkuk edecek vergi ve ceza konusunda mali bir bedel üzerinde uzlaşırken, ceza uzlaştırmada taraflar mağdurun zararını maddi olarak gidermeye yönelik mali koşullarda uzlaşabilecekleri gibi, edimsel bir konuda veya herhangi bir karşılık olmaksızın da uzlaşabileceklerdir.

Vergi uzlaşmasında aracı yoktur. Vergi mükellefi ile vergi idaresi adına uzlaşmaya yetkilendirilmiş uzlaşma komisyonu arasında uzlaşma görüşmeleri geçer, vergi mükellefi dilerse kendisini özel olarak yetkilendirmiş olduğu mali müşaviri veya avukatı aracılığı ile de uzlaşma görüşmelerini yapıp uzlaşmaya varabilecektir. Ceza uzlaştırmada ise aracı (uzlaştırmacı) bulunmaktadır, taraflar uzlaştırmaya kendileri katılmalı ve uzlaşmayı kendileri kabul etmelidirler.

³⁰ Vergiyi tarha ve ceza kesmeye vergi dairesi yetkili kılınmışsa da tarhiyata konu tutarın büyüklüğüne, uzlaşmanın tarhiyat öncesi veya sonrası olmasına göre vergi dairesi dışında vergi idaresinin başka birimleri de uzlaşma yapmaya yetkili kılındıklarından tamamını kapsayacak şekilde vergi idaresi tanımı kullanılmıştır.

Cezada uzlaştırmamanın hüküm ifade edebilmesi için failin üzerinde uzlaşılan koşulları yerine getirmesi gerekmektedir. Uzlaştırma kurumunun özellikle yaygın olan hırsızlık ve dolandırıcılık suçlarında uygulanması bu suçların mağdurları ile maddi edim konusunda uzlaşmak isteyen faillerin bu edimleri ifaları için başka mağdurlara karşı aynı suçları işleyebileceği ihtimalini ortaya çıkarmaktadır. Bu durumda da uzlaştırmamanın varlığı suç oranını arttıracaktır.³¹ Vergi uzlaşmasında ise taraflar tahakkuk edecek vergi ve kesinleşecek cezalar üzerinde uzlaşırlar, uzlaşmanın gerçekleşmesi için üzerinde uzlaşılan tutarların vergi dairesine ödenmesi şartı yoktur. Uzlaşmada amaçlanan şey kamu alacağının bir an önce tahsil edilmesi iken ödeme şartı olmaması amaçla bağdaşmamaktadır.³²

Vergi uzlaşmasında uzlaşmanın konusu uğratılan vergi zıyatı ile vergi aslına bağlı olarak kesilen vergi cezalarıdır. Vergi Usul Kanunu'nun 359. maddesindeki kaçakçılık filleri ile vergi ziyasına sebebiyet verilmesi halinde uzlaşma yapılamaz, ceza uzlaştırmada ise şikayete tabi suçlar ile CMK'nın 253. maddesinde belirtilen suçlardan görülen zararların giderimi uzlaşmanın konusudur.

Vergi uzlaşma sürecinin başlatılabilmesi vergi mükellefinin talebine bağlıdır, inceleme tutanağında vergi mükellefi tarhiyat öncesi uzlaşma talep edebileceği gibi, yapılan tarhiyattan sonra dava açma süresi için de de uzlaşma talep edebilir. Ceza uzlaştırmada ise soruşturmayı yapan cumhuriyet savcısı uzlaştırma bürosuna resen dosyayı göndererek süreci başlatır.

Vergi uzlaşmasında temel gereklilik mükellef nezdinde vergi incelemesinin vergi kaybına sebebiyet vermesi ve tarhiyat önerebilecek delillere ulaşılması iken, ceza uzlaştırmada ise cumhuriyet savcısının yürüttüğü soruşturma sırasında uzlaştırmaya konu suçun işlendiğinde ilişkin yeterli şüpheye ulaştıracak delillere ulaşması gerekir.

Ceza uzlaştırmada uzlaşma görüşmeleri gizlidir, tarafların uzlaşma görüşmelerindeki beyanları soruşturmaya esas alınmaz. Vergi uzlaştırmada gizliliğe yönelik özel bir düzenleme olmamakla birlikte genel olarak vergi mahremiyeti kapsamındadır. Uzlaşma tutanaklarında ise sadece uzlaşmaya varılıp varılmadığı, varılmış ise hangi tutarda varıldığı, varılmamış ise idarenin son teklifi yer almakta olup, uzlaşma görüşmeleri içeriğine yönelik özel bir tutanak tutulmamaktadır.

³¹ Şeniz Anbarlı Bozatay, Avni Akın Ürünal, Ceza Muhakemesi Kanunu Kapsamında Uzlaştırma Kapsamına Giren Suçlar: Kuramsal ve Hukuksal Bir Değerlendirme, Yönetim Bilgileri Dergisi, Cilt 16, Sayı 32, Yıl 2018, s. 342.

³² Mehmet Küçükkaya, a.g.e. s. 264.

Uzlaşmanın vaki olmaması halinde vergi mükellefi dava açma süresi içerisinde idarenin son teklifini kabul ederek uzlaşmayı tamamlayabilir, ceza uzlaştırmasında ise taraflar iddianame düzenleninceye kadar kendi aralarında uzlaştıklarını belirtir bir belge ile uzlaşmayı sonradan tamamlayabilirler.

VUK 359. madde kapsamında vergi kaçakçılığı suçu işlenmek suretiyle vergi ziyana sebebiyet verilmesi Vergi Usul Kanunu'nun hükümlerine göre uzlaşma talep hakkını ortadan kaldırmaktadır. Bir suçu soruşturma yetkisi ve suçun işlendiğinde dair yeterli delil bulunması halinde iddianame düzenleyip ceza davası açma yetkisi münhasıran cumhuriyet savcılarına aittir. Ancak, VUK 367/2 maddesi gereğince 359'uncu maddede yazılı suçların işlendiğine sair suretlerle ittila hasıl eden Cumhuriyet başsavcılığı hemen ilgili vergi dairesini haberdar ederek inceleme yapılmasını talep etmek zorundadır. Diğer taraftan yaptıkları inceleme sırasında 359'uncu maddede yazılı suçların işlendiğini tespit eden vergi müfettişleri ve vergi müfettiş yardımcıları tarafından ilgili rapor değerlendirme komisyonunun mütalaasıyla doğrudan doğruya ve vergi incelemesine yetkili olan diğer memurlar tarafından ilgili rapor değerlendirme komisyonunun mütalaasıyla vergi dairesi başkanlığı veya defterdarlık tarafından keyfiyetin Cumhuriyet başsavcılığına bildirilmesi mecburi tutulmuştur. Vergi Usul Kanunu 306 seri numaralı genel tebliğinde yapılan incelemelerde sahte veya muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belgelerin bilerek, isteyerek kullanılıp kullanılmadığının vergi incelemesine yetkili olanlarca değerlendirilmesi ve bu belgeleri bilerek kullandığı sonucuna varılan mükellefler için vergi suçu raporları düzenlenmesi, haklarında Cumhuriyet savcılıklarına suç duyurularında bulunulması yönünde düzenleme yapılmıştır. Her ne kadar vergi kaçakçılığı suçları şikayete tabi tutulmasa da VUK 367. maddesi gereğince (VUK 359/ç hariç) soruşturulması mütalaa şartına bağlanmıştır. Uzlaşmaya tabi olmayan vergi kaçakçılık fiillerinin CMK 253. maddesi kapsamında VUK 367. maddesindeki mütalaa şartının şikayete bağlı suç olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğinin tartışılması gerekmektedir. Ancak uzlaştırmada ayrıca mağdurun veya suçtan zarar görenin gerçek kişi veya özel hukuk tüzel kişisi olması da gerektiğinden, uzlaşmaya tabi olmayan vergi kaçakçılık suçu uzlaştırmaya da konu edilemeyecektir.

Sonuç

Adaletin temel hedefi gerçek, özel veya kamu tüzel kişilerinin kendilerine konulan kurallara uymasını sağlamaktır. Bu kurallara uyulmaması ise cezai yaptırıma bağlanarak suç olarak tanımlanabilmektedir. Eylemin ve sonuçlarının ağırlığı dikkate alınarak bunlar kabahat olarak idari yaptırımlara da konu edilebilmektedir. Diğer taraftan eylemler suç olmakla birlikte aynı zamanda bu eylemden zarar görenler de olabilmektedir. Zarar gerçek

bir kişide, özel hukuk tüzel kişisinde gerçekleşebileceği gibi kamu aleyhine de gerçekleşebilir. Kanun koyucu bazı suçlar bakımından zararın giderilmesini, suçlunun cezalandırılmasına tercih etmiştir. Mağdur, failin eyleminden dolayı cezalandırılmasından manevi olarak tatmin olsa da zararın giderilmesi ile mağdurun suçtan kaynaklanan hissiyatının tatmin edilmesi, failin topluma kazandırılması ve uzlaşan tarafların adalete olan güvenlerinin güçlü tutulması daha anlamlı olabilmektedir. Alternatif sorun çözme yöntemleri olarak yargı üzerindeki yükü azaltması yönünden de anlamlıdır. Vergi uzlaşmasında uzlaşmanın uzlaşılabilir tutarların ödenmesine bağlı tutulmaması, vergi kaybına sebebiyet veren eylemeden ortaya çıkan zararın fiilen giderilmesinin önünde engel teşkil etmektedir. Bütçe istatistikleri incelendiğinde uzlaşma sonucu tahakkuk edenler dahil cezalı tarhiyatların önemli kısmının tahsil edilememiş olması bu müesseseden beklenen zarar giderim fonksiyonunun tam olarak karşılanamadığı sonucunu ortaya çıkarmaktadır. Vergi Uzlaşmalarında, vergi suçlarının da dahil edilmesi ve uzlaşmanın vaki olabilmesi için ortaya çıkan kamu zararının giderilmesinin sağlanmasının daha etkin sonuç vereceği değerlendirilmiştir.

Kaynakça

Kitaplar:

ÖNCEL, Mualla, KUMRULU, Ahmet, ÇAĞAN, Nami, GÖKER, Cenker, Vergi Hukuku, 29. Bası, Ankara: Turhan Kitabevi, 2020.

KARAKOÇ, Yusuf, Vergi Yargılaması Hukuku, 4. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2017.

Makaleler:

ALAN AKCAN, Esra, Ceza Hukukunda Mağdurun Korunmasına Yönelik Düzenlemeler, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 16, Özel Sayı 2014, Yıl 2015, 3949-3997.

ANBARLI BOZATAY, Şeniz, ÜRÜNAL, Avni Akın, Ceza Muhakemesi Kanunu Kapsamında Uzlaştırma Kapsamına Giren Suçlar: Kuramsal ve Hukuksal Bir Değerlendirme, Yönetim Bilgileri Dergisi, Cilt 16, Sayı 32, Yıl 2018, 329-344.

ARMAĞAN, Ramazan, Vergi Uyuşmazlıklarının Çözümünde Uzlaşma Müessesesi ve Isparta İline İlişkin Bir Değerlendirme, Maliye Dergisi, Sayı 153, 160-178.

ARSLANER, Hakan, Vergi Uyuşmazlıklarının İdari Aşamada Çözümünde Uzlaşma Müessesesi ve Etkinliği Sorunu, Uluslararası İktisadi ve İdari İncelemeler Dergisi, Sayı 17, Yıl 2016, 273-300.

BAŞARAN YAVAŞLAR, Funda, Türk Vergi Hukuku'nda Uzlaşma, Marmara Üniversitesi İ.İ.B.F. Dergisi, 2008, Cilt XXV, Sayı 2, 309-337.

ÇİFTÇİ, Taha Emre, Türk Vergi Hukukunda Uzlaşma Müessesesinin Vergi Cezalarının Caydırıcılığı Üzerine Etkisi Hakkında Bir Değerlendirme, Osmaniye Korkut Ata Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi Cilt 4, Sayı 2, Yıl 2020, 94-106.

EROĞLU, Onur, EFTEKİN, Ömer Özgün, Vergi Planlaması Çerçevesinde Uzlaşma Kurumu, Ekonomik ve Sosyal Araştırmalar Dergisi, Cilt 11, Yıl 11, Sayı 2, Yıl 2015, 233-250.

ERTUĞRUL, Hüseyin, 7188 Sayılı Kanun Sonrası Uzlaştırma Kurumu Üzerine Değerlendirmeler, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, Sayı 2, Yıl 2020, 119-138.

GÖKALP, Özge Tuçe, Ceza Usul Hukukunda Uzlaşma, Hukuk ve İktisat Araştırmaları Dergisi Cilt 5, No 1, Yıl 2013, 21-30.

GÜLTEKİN, Mustafa, Vergi Uyuşmazlıklarının Çözüm Yollarından Uzlaşma, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Yıl 2016, 575-607.

GÜNGÖR, Mümin, Mağduriyetin Giderilmesi Açısından Uzlaştırma Kurumu ile Mağdur Hakları Tasarısının İncelenmesi, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, Sayı 2019/2, 189-230.

HEPAKSAZ, Engin, SONKUR, Gazi, Vergi Usul Kanunu ve Gümrük Kanunu Kapsamında Uzlaşma Müessesesi Sayısal Veriler Işığında Değerlendirmeler, Gümrük ve Ticaret Dergisi Sayı 10, Yıl 2017, 49-66.

- HOC AOĞLU, Celal**, Vergi Hukukunda Uzlaşma, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Yıl 2015, 491-515.
- KAYA, Mustafa İsmail, TATLI, Burçak**, Yaralamalı Trafik Kazalarında Ceza Muhakemesi Kanununa Göre Sağlanan Uzlaşmanın Sigorta Tazminatı Üzerindeki Etkisi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 26, Sayı 2, Yıl 2022, 33-72.
- KÜÇÜKKAYA, Mehmet**, Tarhiyat Sonrası Uzlaşmanın Sonuçları, Fırat Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Cilt 30, Sayı 1, Yıl 2020, 253-272.
- TEKİN, Ahmet, AVŞAR, Gülnihal Can**, Türk Vergi Hukukunda Uzlaşma Müessesesi, Avrasya Sosyal ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi, Cilt 6, Sayı 5, Yıl 2019, 506-518.
- ÜYÜMEZ, M. Erkan**, Vergi Mevzuatının Karmaşıklığı ve Uzlaşma Yöntemi Bağlamında Vergi Uyumunun Değerlendirilmesi, Ekonomi Bilimleri Dergisi, Cilt 8, No 1, Yıl 2016, 75-92.
- YILMAZ, Elif**, Uzlaşma Müessesesinin Hukuki Niteliği ve Temel Vergilendirme İlkeleri Açısından Değerlendirilmesi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt XIII, Sayı 1-2, Yıl 2009, 321-351.

Kararlar:

- Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu, 2002/592 E., 2003/333 K. numaralı, 13.6.2003 tarihli kararı.
- Danıştay 9. Dairesi, 2009/4846 E., 2012/788 K. numaralı, 16.2.2012 tarihli kararı.
- Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu'nun 1986/2 E., 1986/2 K. numaralı 23.10.1986 tarihli kararı.
- Danıştay 3. Dairesi, 2004/852 E., 2005/2230 K. numaralı, 20.10.2005 tarihli kararı.

Raporlar:

- Gelir İdaresi Başkanlığı 2021 yılı Faaliyet Raporu.
- T.C. Hazine ve Maliye Bakanlığı Vergi Denetim Kurulu Başkanlığı Faaliyet Raporu, 2021.
- T.C. Hazine ve Maliye Bakanlığı Vergi Denetim Kurulu Başkanlığı Faaliyet Raporu, 2020.
- T.C. Hazine ve Maliye Bakanlığı Vergi Denetim Kurulu Başkanlığı Faaliyet Raporu, 2019.
- T.C. Hazine ve Maliye Bakanlığı Vergi Denetim Kurulu Başkanlığı Faaliyet Raporu, 2018.
- T.C. Maliye Bakanlığı Vergi Denetim Kurulu Başkanlığı Faaliyet Raporu, 2017.

Ceza Muhakemesinde Kaçakların Yargılanması^(*)

The Judgement of the Fugitive in Criminal Procedure Law

Doç. Dr. Ali Hakan EVİK^(**)

Öz:

Bu çalışmada, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMK) Beşinci Kitabı'nın "Özel Yargılama Usulleri" başlıklı Birinci Kısımında yer alan "Kaçakların Yargılanması" müessesesi ele alınmaktadır. CMK'nın 247-248'inci maddelerinde düzenlenen bu müessese sırasıyla, 6763 sayılı Kanun, 680 sayılı KHK ve 7072 sayılı Kanun ile değiştirilerek bugünkü halini almıştır. Bu yeni düzenlemelere göre; artık şüpheli hakkında da tıpkı sanık da olduğu gibi kaçaklık kararı verilebilecek ve sonrasında gerek duyulursa "gıyabi tutuklama, güvence belgesi verme, elkoyma, el konulan malların idaresi için kayyım atama" gibi kaçaklara özgü tedbirlerle başvurulabilecektir. Ayrıca yine bu değişiklikler uyarınca kaçaklık kararının verilebileceği suçların kapsamı genişletilmiştir. Çalışma, hazır bulunmayan sanık hakkında yargılamanın yapılamayacağı kuralının istisnasını teşkil eden bu kurumun uygulamasına ilişkin genel bir değerlendirme yapılarak tamamlanmıştır.

Anahtar Kelimeler:

Ceza Muhakemesi Hukuku, Kaçak, Kaçakların Yargılanması, Elkoyma ve Kayyım Atama, Vatandaşlıktan Çıkarma.

Abstract:

In this study, the institution of "Trial of Fugitives", which is regulated in the Fifth Book of the Criminal Procedure Law No. 5271 (here in CMK), it is included in the First Part titled "Special Judgment Procedures", is discussed. This institution, which is regulated in Articles 247-248 of the CMK, has taken its current form respectively, by changing the Law No. 6763, the Statutory Decree No. 680 and the Law No. 7072. According to these regulations the decision of fugitiveness may be awarded on the suspect, just like in the defendant, and subsequently measures specific to fugitives may also be imposed on them such as "sentence in absentia, issuing a warrant, confiscation, appointment of administrator for the confiscated commodities". In addition, according to these amendments, the scope of the offenses where the decision of fugitiveness has been expanded. The study was concluded by making a general evaluation about the implementation of this institution, which is the exception of the rule that the judgement cannot be held against the accused.

Keywords:

Criminal Procedure Law, Fugitive, Trial of Fugitives, Confiscation and Appointment of Administrator, Deprivation of Citizenship.

^(*) Bu müessesenin 7072 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önceki hali, "Trial of Fugitives" başlığı altında incelenmiş ve 2017 yılında Law&Justice Review'da yayımlanmıştır. Bkz: **EVİK Ali Hakan**, "Trial of Fugitives" Law&Justice Review, Yıl: 9, Sayı: 15, Aralık 2017, Ankara, s. 1-22.

^(**) Kocaeli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, Öğretim Üyesi, [E-posta: alihakan.evik@kocaeli.edu.tr](mailto:alihakan.evik@kocaeli.edu.tr), [Orcid ID: https://orcid.org/0000-0002-0032-7754](https://orcid.org/0000-0002-0032-7754).

Makalenin geliş tarihi: 18.11.2022 - Makalenin kabul tarihi: 06.12.2022.

Giriş

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMK) 247 ve 248. maddelerinde düzenlenen Özel Yargılama Usullerinden “Kaçakların Muhakemesi”; sırasıyla Temmuz 2016’da 668 sayılı KHK,¹ Kasım 2016’da 6763 sayılı Kanun,² Ocak 2017’de 680 sayılı KHK³ ve son olarak da 7072 sayılı Kanun⁴ ile değiştirilerek bugünkü halini almıştır.

Bugünkü halini almadan önce mülga CMK döneminde bu müessesenin baş aktörü konumundaki kaçak, “*hakkındaki kovuşturmanın sonuçsuz kalmasını sağlamak amacıyla yurt içinde saklanan veya yabancı ülkede bulunan ve bu nedenle mahkeme tarafından kendisine ulaşılamayan kişi*”⁵ olarak ifade edilmekteydi. Zira müesseseye yönelik kanundaki hükümler o zamanki düzenleme uyarınca sadece sanıklar hakkında kovuşturma aşamasında uygulanabilmekteydi. Değişikliklerden sonra kaçığın tanımının yer aldığı CMK md. 247’ye eklenen “*soruşturmanın veya kovuşturmanın*” ile “*Cumhuriyet savcısı veya mahkeme*” ibareleri sayesinde, bu hükümler artık yerinde bir şekilde soruşturma aşamasında şüpheliler hakkında da uygulanabilir hale getirildi.⁶

Çalışmamızda CMK md. 247 ve 248’de yapılan değişiklik sonrasında kaçakların yargılanmasının nasıl yapılacağı, bu değişikliklerin yerinde olup olmadığı hususlarına, bu kapsamda CMK’deki düzenlemeyle dolaylı da olsa bir ilgisi/etkisi söz konusu olduğundan, Türk Vatandaşlığı Kanunu’nda (TVK) 680 sayılı KHK md. 75 ile yapılan düzenleme gereği kaçak şüpheli ve sanık hakkında da uygulanma ihtimali bulunan “vatandaşlıktan çıkarılmaya” yönelik düzenlemeye de kısaca değinilecektir.

I. Genel Olarak

“Kaçak”, soruşturma veya kovuşturmadan özellikle kaçan, yurt içinde veya dışında saklanan, yurt dışında olduğundan kendisine hiçbir şekilde ulaşılamayan kimse olarak “gaip”ten farklıdır. Zira “*gıyaba kalan kişi; yitik; yok olan kişi; kaybolan ve kendisinden uzun zaman haber alınamayan kişi*”⁷ ola-

¹ 27.07.2016 tarih ve 29783 sayılı RG.

² 02.12.2016 tarih ve 29906 sayılı RG.

³ 06.01.2017 tarih ve 29940 sayılı RG (Mükerrer).

⁴ 08.03.2018 tarih ve 30354 sayılı RG (Mükerrer).

⁵ **ÖZTÜRK Bahri**, Suç Muhakemesi Hukukunda Gaiplik ve Gaiplerin Muhakemesi, Üçdal Neşriyat, İstanbul, 1984, s. 223.

⁶ “*Kaçıklığın sadece sanık hakkında kovuşturma aşamasına özgü olarak düzenlenmesinin hatalı olduğu*” yönündeki görüş için bkz: **YURTCAN Erdener**, Ceza Yargılaması Hukuku, 15. Baskı, Adalet, Ankara, 2018, s. 686.

⁷ **CENTEL Nur-ZAFER Hamide**, Ceza Muhakemesi Hukuku, 19. Baskı, Beta, İstanbul, 2022, s. 1029; **YILMAZ Ejder**, Hukuk Sözlüğü, 5. Baskı, Yetkin, Ankara, 1996, s. 274.

rak tanımlanan gaibe yetkili makamlarca ulaşılabilmekte, ancak ulaşılsa bile mahkemeye getirilememekte ya da getirilmesi uygun görülmemekte,⁸ kaçağa ise ulaşmak dahi mümkün olmamaktadır.⁹ Gaiplikte, kaçaklığın aksine gaip bilinçli olarak soruşturma veya kovuşturmadan kaçmak amacıyla ortadan kaybolmamakta, hatta hakkında yürütülen bir soruşturma veya kovuşturma olduğunu dahi bilmemektedir.¹⁰ Kaçak ise bilgisi dâhilindeki hakkında açılan ceza soruşturması veya kovuşturmasının sonuca ulaşmasını engellemek amacıyla gizlenmektedir. Gaiplikte, verilen gaiplik kararı, şüpheli veya sanığın gaip olduğu varsayımından hareketle, buna karşılık kaçaklık kararı, bir varsayımdan değil, somut bir gerçekten (kaçağın gizlendiği, saklandığı yönündeki) hareketle şüpheli veya sanığın ortaya çıkarılarak soruşturmanın tamamlanması veya yargılamanın devamı ve bitirilmesi amacıyla verilmektedir.¹¹

Kaçaklığın unsurlarını;¹² “**a**) Şüpheli veya sanık hakkında TCK 248/2’de sayılan katalog suçlardan birini işlediği iddiası ile soruşturma başlatılmış veya dava açılmış olması, **b**) Hakkındaki soruşturma veya kovuşturmadan haberdar olan şüpheli veya sanığın bilerek hakkındaki ceza muhakemesi faaliyetinin sonuçsuz kalmasını sağlamak amacıyla hareket ediyor olması, **c**) Bu amaçla hareket eden şüpheli veya sanığın yurt içinde saklanması ya da yurt dışına kaçmış

⁸ **CENTEL-ZAFER**, s. 1029; **ÖMEROĞLU Ömer**, “*Ceza Muhakemesinde Gaip ve Kaçak Sanığa Güvence Belgesi Verilmesi*”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, c. XVII, sayı: 3, Ankara, 2013, s. 206-207; **ŞAHİN Cumhuri-GÖKTÜRK Neslihan**, Ceza Muhakemesi Hukuku, 13. Baskı, Seçkin, Ankara, 2022, s. 577; **YURTCAN**, s. 686.

⁹ **ÜNVER Yener-HAKERİ Hakan**, Ceza Muhakemesi Hukuku, 18. Baskı, Adalet, Ankara, 2021, s. 719.

¹⁰ **BALCI Murat**, “*Ceza Muhakemesi Hukukunda Gaip ve Kaçak Sanığa Güvence Belgesi Verilmesi (CMK m. 246, CMK m. 248/7)*”, TBBD, sayı: 92, Ankara, 2011, s. 103; **ÖMEROĞLU**, s. 208; **ŞAHİN-GÖKTÜRK**, s. 577; **YENİDÜNYA Caner-İÇER Zafer**, Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet, Ankara, 2016, s. 203.

¹¹ **BALCI**, s. 109; **CENTEL-ZAFER**, s. 1034; **ÖZBEK Veli Özer-DOĞAN Koray-BACAKSIZ Pınar**, Ceza Muhakemesi Hukuku, 15. Baskı, Seçkin, Ankara, 2022, s. 806; **ÖZTÜRK**, s. 222; **ÖZTÜRK Bahri-KAZANCI Behiye Eker-GÜLEÇ Sesim Soyer**, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri, 2. Baskı, Seçkin, Ankara, 2017, s. 197; **ŞEN Ersan**, (Çevrimiçi), <http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/2348647-vatandasliktan-cikarma>, 19.11.2022; **YENİSEY Feridun-NUHOĞLU Ayşe**, Ceza Muhakemesi Hukuku, 10. Baskı, Seçkin, Ankara, 2022, s. 855. Tedbirin diğer amaçları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: **ÖMEROĞLU**, s. 195-225.

¹² **ÖZBEK-DOĞAN-BACAKSIZ**, s. 838; **ÖZTÜRK Bahri-TEZCAN Durmuş-ERDEM M. Ruhan-GEZER Sırma-SAYGILAR KIRIT Yasemin F.-ALAN AKCAN Esra-ÖZAYDIN Özdem-ERDEN TÜTÜNCÜ Efser-ALTINOK WILLEMIN Derya-TOK M. Can**, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 15. Baskı, Seçkin, Ankara, 2022, s. 78-79; **TURHAN Faruk**, Ceza Muhakemesi Hukuku, Asil Yayın Dağıtım, 2006, s. 264; **YENİDÜNYA-İÇER**, s. 209 **YENİSEY-NUHOĞLU**, s. 855-856. Koşullarına yönelik yeni tarihli içtihatlar için bkz: Yargıtay 16. CD'nin 13.06.2018 tarih ve 2017/2183 Esas, 2018/2027 Karar; Yargıtay 16. CD'nin 25.03.2019 tarih ve 2018/5332 Esas, 2019/2169 Karar; Yargıtay 16. CD'nin 30.06.2020 tarih ve 2019/4118 Esas, 2020/3166 Karar sayılı kararları için bkz: (Çevrimiçi), <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, 20.11.2022.

olması, **c)** Yurt içinde saklanması veya yurt dışına kaçmış olmasından dolayı şüpheli veya sanığa ulaşılamıyor olması” şeklinde ifade edebiliriz.

Esasında soruşturma aşamasında şüpheli bulunmasa, ona ulaşmak, ifadesini almak mümkün olmasa da soruşturmayı iddianame tanzim ederek tamamlamak mümkündür. Ancak, kanun koyucunun buradaki esas gayesi bizce soruşturmayı tamamlamaktan ziyade, kaçaklığa konu suçların ağırlığı dikkate alındığında, zorlama amaçlı elkoyma tedbiri ile sadece sanığın değil, şüphelinin de öyle ya da böyle ortaya çıkmasını sağlamaktır. Dolayısıyla, kaçaklık kararının soruşturma aşamasında da uygulanması yönünde bu şekilde açık bir düzenleme yapılması yerinde olmuştur.

Kaçaklık müessesesinde, şüpheli veya sanık hakkında yetkili mahkemeye kaçaklık kararı verilmesi, bunun için de öncelikle soruşturma aşamasında şüpheli, kovuşturma aşamasında sanık hakkında CMK'nın 248/2. maddesinde belirtilen katalog suçlardan en az biri hakkında soruşturma başlatılmış veya dava açılmış olması gerekmektedir. Yargıtay'ın da vurguladığı üzere,¹³ somut olayda katalog suçlardan birinin söz konusu olmaması durumunda kaçaklık kararı vermek mümkün değildir.

CMK md. 248/2'de sayılan suçlar; **a)** Soykırım ve insanlığa karşı suçlar, **b)** Göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti, **c)** Hırsızlık, **d)** Yağma, **e)** Güveni kötüye kullanma, **f)** Dolandırıcılık, **g)** Hileli iflas, **h)** Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti, **ı)** Parada sahtecilik, **i)** Suç işlemek amacıyla örgüt kurma, **j)** Zimmet, **k)** İrtikâp, **l)** Rüşvet, **m)** İhaleye fesat karıştırma, **n)** Edimin ifasına fesat karıştırma, **o)** Devletin Güvenliğine Karşı Suçlar (TCK md 302, 303, 304, 305, 306, 307, 308), **ö)** Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar (TCK md 309, 310, 311, 312, 313), **p)** Silahlı örgüt veya bu örgütlere silah sağlama (TCK md 314, madde 315), **r)** Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk (TCK md 328, 329, 330, 331, 333, 334, 335, 336, 337), **s)** Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanun'da tanımlanan silah kaçakçılığı suçları, **ş)** Bankalar Kanunu'nun 22. maddesinin (3) ve (4) numaralı fıkralarında tanımlanan zimmet suçu, **t)** Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nda tanımlanan ve hapis cezasını gerektiren suçlar, **u)** Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nun 68 ve 74. maddelerinde tanımlanan suçlardan oluşmaktadır.

Değişikliklerden sonra katalog suçlara baktığımızda, TCK'nın Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçların (md. 309, 310, 311, 312, 313) da eklendiği görülmektedir. Hırsızlık, yağma gibi mala karşı suçların

¹³ Yargıtay 11. CD'nin 12.05.2008 tarih ve 2008/4388 Esas, 2008/4736 Karar; Yargıtay 4. CD'nin 16.01.2008 tarih ve 2007/6573 Esas, 2008/286 Karar sayılı kararı için bkz: (Çevrimiçi), <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, 01.11.2022.

dahi katalogda yer aldığı, geçmişten bugüne özellikle devlete karşı suçları işleyenlerin kaçak olarak yurt dışına firar ettikleri ve halen firarda oldukları hususları dikkate alındığında, bu eklemeyi gayet yerinde bulduğumuzu ifade etmek isteriz.

Kaçaklık kararı artık soruşturma aşamasında da alınabileceğinden burada dikkat edilmesi gereken, soruşturma aşamasında henüz atılı suçun hukuki nitelendirmesi net bir şekilde yapılmadığından, delil toplama işi tamamlanmadığından, somut olayda “*sırf bu maddenin tatbik edilmesi için katalogda yer alan suçlardan birisinin soyut şekilde gerekçe olarak gösterilmesinin*”¹⁴ önüne geçilmesi için azami özenin gösterilmesinin teminidir. Zira aksi yaklaşım, kaçaklık kararı alınması kapsamının hukuka aykırı şekilde alabildiğince genişletilmesine neden olabilecektir.¹⁵

Kaçaklık kararı verilebilmesi için ikinci şart; hakkında soruşturma başlatılan şüphelinin ifade vermek üzere savcılık veya dava açılan sanığın sorgusunu yapmak amacıyla mahkemece usulüne uygun şekilde çağrılmış olması, buna rağmen gelmeyen şüpheli veya sanık hakkında zorla getirme kararının da yerine getirilememiş olmasıdır.¹⁶ Aynı zamanda hem bir yükümlülük hem de hak olan¹⁷ ifade ve sorgunun yapılabilmesi ve şüpheli veya sanığın usule uygun çağrısı için CMK md. 145 uyarınca çağrı nedeninin ne olduğunun açıkça belirtilerek davet edilmiş ve yine gelmediği takdirde zorla getirileceği hususunun belirtilmiş olması gerekmektedir.

Çağrıya uymayan şüpheli veya sanık hakkında zorla getirme kararı verildiğinde, zorla getirme işlemi CMK md. 146 gereği kolluk tarafından yerine getirilecektir. Kararın yerine getirilememiş olması (ikametgâhında, adresinde veya bilinen konutunda bulunulamaması, kendisine ulaşılamaması) durumunda, yerine getirememenin nedenleri, köy veya mahalle muhtarı ile kolluk görevlisinin birlikte imzalayacakları bir tutanakla saptanacak ve tutanak, kolluk görevlisi tarafından yetkili makama ulaştırılacaktır.

Bundan sonra, soruşturmayı yürüten savcılık makamı veya davaya bakan mahkeme, çağrının bir gazete ile şüpheli veya sanığın bilinen konutunun kapısına asılmak suretiyle ilanına karar vermelidir. Yapılacak ilanda, on beş gün

¹⁴ ÖZTÜRK-KAZANCI-GÜLEÇ, s. 198; ŞEN, (Çevrimiçi), <http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersansen/2348647-vatandasliktan-cikarma>, 11.11.2022.

¹⁵ Benzer dikkat ve özenin aynı şekilde kovuşturma aşamasında da gösterilmesi gerektiği yönündeki görüş için bkz: ÖZTÜRK-KAZANCI-GÜLEÇ, s. 199.

¹⁶ Yargıtay'ın zorla getirme kararının yerine getirilmiş olması için şüpheli veya sanığın makul bir süre aranmasının şart olduğu yönündeki Yargıtay 16. CD'nin 25.03.2019 tarih ve 2018/5332 Esas, 2019/2169 Karar sayılı kararı için bkz: (Çevrimiçi), <http://www.kazanci.com/kho2/ibbgiris.htm>, 20.11.2022.

¹⁷ ÜNVER-HAKERİ, s. 242.

içinde gelmediği takdirde CMK md. 248’de gösterilen tedbirlere hükmedilebileceği de açıklanmalıdır.

Son olarak tüm bu işlemlerin yerine getirildiğinin bir tutanak ile saptanmasının ardından, on beş gün içinde yetkili makamlara ifade vermek veya savunma yapmak için yine de gelmeyen şüpheli veya sanık hakkında, kaçak olduğuna dair karar verilir.¹⁸ Bu karardan sonra yargı kararı ile kaçak sıfatını/statusünü alan¹⁹ şüpheli veya sanığa artık “kaçak şüpheli” veya “kaçak sanık” denilir.

Yargıtay’ın, “(...) *İnceleme konusu somut olayda, Yerel Mahkemece sanık adına bir kez davetiye tebliği yeterli olmasına karşın, gereksiz olarak birden fazla davetiye çıkarılıp ve sanık tarafından bu davete uyulmamasına rağmen, sanığın hazır bulunmak zorunda olduğu bu ahvalde, 5271 sayılı CYY’nın 199. maddesinde zikredilen zorla getirme veya yakalama emri çıkartılması önlemine başvurulmaksızın, bundan da sonuç alınamaması halinde isnat edilen suçun niteliği de dikkate alınarak, 5271 sayılı CYY’nın 247 ve 248. maddelerinde düzenlenmiş bulunan kaçaklık ile ilgili hükümler uygulanmak suretiyle, sanık hakkında kaçaklık kararı verilmesi ve bu şekilde sanık hakkında hüküm verilmesi gerektiği halde, bu yasal yöntemlerden hiç birine başvurulmaksızın, aleyhe bozma kararına karşı sanığın diyecekleri saptanmadan, yokluğunda ilk hükümde direnilmesi yasaya aykırıdır (...)*”²⁰ şeklindeki kararından, koşulları oluşmasına rağmen şüpheli veya sanık hakkında kaçaklığa yönelik prosedürün uygulanmamasını, usulden bozma nedeni saydığı görülmektedir.

CMK md. 248/4’te, yakalanan veya kendiliğinden gelerek teslim olan kaçak hakkında verilen elkoyma tedbirinin kaldırılacağı düzenlenmiş, buna karşılık ortaya çıkmasını sağlamak amacıyla hakkında kaçaklık kararı verilen şüpheli veya sanığın sonradan teslim olması veya yakalanması durumunda ne olacağı hükme bağlanmamıştır. Acaba, böyle bir durumda hâkim tarafından verilen kaçaklık kararının akıbeti ne olacaktır? Burada bir yasal boşluk söz konusu olduğunu, ceza muhakemesinde “kıyasın yasak olmaması” ilkesinden hareketle bu boşluğun CMK’daki diğer hükümlerden yola çıkılarak doldurulabileceğini düşünmekteyiz. Şöyle ki: CMK’ya göre tutuklama koruma tedbiri, ancak hâkimin bu yöndeki kararı ile uygulanabilir olup, bu karar, soruşturma aşamasında savcının re’sen verebileceği serbest bırakma kararı ile hükümsüz hale gelebilmektedir. Bu hükümden yola çıkarak; soruşturma aşamasında hakkında kaçaklık ka-

¹⁸ Burada kanun koyucunun; koşulları gerçekleştiğinde kaçaklık kararı vermek veya vermemek yönünde hâkime bir takdir hakkı tanımak istemediği görülmektedir. **ÖZBEK-DOĞAN-BACAĞIZ**, s. 841.

¹⁹ **TOROSLU Nevzat-FEYZİOĞLU Metin**, Ceza Muhakemesi Hukuku, Savaş, Ankara, 2011, s. 229.

²⁰ Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun (CGK) 19.02.2008 tarih ve 2008/9-1 Esas, 2008/26 Karar sayılı kararı için bkz: (Çevrimiçi), <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, 05.10.2022.

rarı verilen kaçak şüphelinin kendiliğinden gelerek savcıya teslim olması veya yakalanması, ifadesi alındıktan sonra savcı tarafından gerek görülmediği için serbest bırakılması durumunda kaçaklık kararının da hükümsüz kalacağı söylenebilir. Hâkim kararının, savcı kararı ile geri alınması çok doğru görünmemekle birlikte, daha ağır bir tedbir olan tutuklamada bunun olabileceğini hüküm altına alan CMK sisteminde, kaçaklıkta bunun evleviyetle uygulanabileceğini söylemek bizce yanlış olmaz.²¹ Kaldı ki her iki durumda da şüpheli lehine bir netice ortaya çıkacak ve bizce bu açıdan da ortada bir sorun bulunmayacaktır.²²

Buna karşılık, kovuşturma aşamasında kaçaklık kararının, (elkoyma tedbirinde olduğu gibi) ancak yetkili mahkemece kaldırılabilceğini, bunun re'sen veya yakalanan ya da kendiliğinden savunma yapmak üzere gelen sanığın kendisinin veya müdafininin talebi ile olabileceğini değerlendirmekteyiz.

Bu açıklamalardan hareketle kaçaklık ile gaiplik arasındaki farkları kısaca şöyle ifade edebiliriz:²³ **a)** Gaiplikte kişinin yokluğu bir varsayıma dayanmakta, buna karşılık kaçaklıkta gerçek bir durumdan hareket edilmekte, **b)** Gaiplikte kişinin yokluğu açısından ortada bilinçli bir durum söz konusu değildir, buna karşılık kaçaklıkta, yurt içinde veya dışında saklanan, adeta yok olan kişi, bunu bilerek ve isteyerek yapmakta, **c)** Gaiplikte yok olan kişi ile herhangi bir şekilde temas mümkün değildir, buna karşılık kaçaklıkta bu temas zaman zaman (yurt dışında olduğu bilinen ama Türkiye'ye getirtilemeyen kaçakla iletişim kurulması gibi) mümkün olabilmekte, **d)** Son değişiklikte, artık gaiplik durumunda şüpheli veya sanığın yokluğunda yargılama yapılması mümkün değildir, diğer deyişle artık hukukumuzda yoklukta kovuşturma yapılmasının tek istisnası kaçaklık halidir.

II. Kaçak Şüpheli veya Sanık Hakkında Yapılabilecekler

Son değişikliklerden sonra bugünkü mevzuatımız kapsamında kaçak şüpheli veya sanık hakkında soruşturma ve bazı kovuşturma işlemleri yapılabilir. Bu başlıkta bunlara ve kaçak şüpheli veya sanık hakkında alınabilecek koruma tedbirlerine değinilecek, niteliği diğerlerinden farklı olan “vatandaşlıktan çıkarılma” yönündeki idari tedbir ise farklı bir başlıkta ele alınacaktır.

A. Yapılabilecek Soruşturma ve Kovuşturma İşlemleri

CMK md. 247/3'te de ifade edildiği üzere, kaçak sanık hakkında kovuşturma yapılabilecek olup, değişiklik sonrasında, şüpheli hakkında da kaçaklık

²¹ CENTEL-ZAFER, s. 418.

²² ÖZBEK-DOĞAN-BACAĞSIZ, s. 269.

²³ ÖZBEK-DOĞAN-BACAĞSIZ, s. 836-837; ÖZTÜRK-TEZCAN-ERDEM-GEZER-SAYGILAR KIRIT-ALAN-ÖZAYDIN-ERDEN TÛTÛNCÛ-ALTINOK-TOK, 78.

kararı verilebileceğinin açıkça düzenlendiği görülmektedir. Bu yönde açık bir düzenleme olmasa dahi kaçak sanık hakkında kovuşturma yapılması imkân dâhilinde olduğundan,²⁴ Yargıtay'ın da katıldığımız bir kararında belirttiği üzere;²⁵ “*soruşturma illaki yapılabilecek yani, başlayan soruşturma şüphelinin yokluğunda, ifadesi alınmasa dahi tamamlanabilecektir*”;²⁶ “*şüphelinin ifadesi alınmasa bile soruşturma tamamlanıp kamu davası açılabilir ve bu şekilde tanzim edilen iddianame de sırf bu nedenle iade edilemeyecektir.*”²⁷

Hakkında kovuşturma başlasa (duruşma açılrsa, duruşmaya başlansa, mahkemeye tanık dinlense, bilirkişi raporu alınsa, keşif vs. yapılsa) bile, CMK md. 247/3'ün yasaklayıcı hükmü gereği daha önceden sorgusu yapılmamış ise kaçak sanık hakkında mahkûmiyet kararı verilemez.²⁸ Çünkü bilindiği gibi CMK sistemimiz, savunma hakkı etkin bir şekilde kullanılmaksızın bir sanığın mahkûmiyetine hiçbir şekilde cevaz vermemektedir.²⁹ Hatta artık, önceden sorgusu yapılmamış ise sanık ve kaçak sanık hakkında mahkûmiyet dahil hiçbir karar verilemez. Zira Anayasa Mahkemesi (AYM) 08.09.2022 tarihinde verdiği katılmadığımız bir karar ile CMK'nın “*Sanığın duruşmada hazır bulunmaması*” başlıklı 193'üncü maddesinin, “*sanık hakkında, toplanan delillere göre mahkûmiyet dışında bir karar verilmesi gerektiği kanısına varılırsa, sorgusu yapılmamış olsa da dava yokluğunda bitirilebilir*” şeklindeki hükmünü Anayasaya aykırı bularak iptal etmiştir.³⁰ Bu itibarla artık mahkemenin kaçak sanık hakkında düşme, beraat vs., açılan dava hakkında ret kararı vermesi de mümkün değildir. CMK'daki değişikliklerden sonra dahi sorgusu yapılmamış kaçak sanık hakkında mahkûmiyet kararı verilemeyeceğine yönelik bu hükmün CMK'da

²⁴ YENİSEY-NUHOĞLU, s. 854.

²⁵ Yargıtay 12. CD'nin 27.04.2015 tarih ve 215/3151, 2015/6782 sayılı kararı için bkz: (Çevrimiçi), <http://emsal.yargitay.gov.tr/BilgiBankasistemciWeb/GelismisDokumanAraServletYargitay>. Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nin (CD) 19.03.2007 tarih ve 771/2513; 4. CD'nin 06.11.2007 tarih ve 2007/4495 Esas, 2007/8944 Karar sayılı kararı ve bu yöndeki diğer kararları için bkz: (Çevrimiçi), <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, 11.10.2022.

²⁶ ÖZBEK-DOĞAN-BACAĞSIZ, s. 840; YENİDÜNYA-İÇER, s. 568.

²⁷ Yargıtay 12. CD'nin 27.04.2015 tarih ve 215/3151 Esas, 2015/6782 Karar; 1. CD'nin 14.04.2010 tarih ve 2010/1899 Esas, 2010/2382 Karar sayılı kararları için bkz: (Çevrimiçi), <http://emsal.yargitay.gov.tr/BilgiBankasistemciWeb/GelismisDokumanAraServletYargitay>, 05.10.2017; 4. CD'nin aynı yöndeki 16.01.2008 tarih ve 2007/6573 Esas, 2008/286 Karar sayılı kararı için bkz: (Çevrimiçi), <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, 11.10.2022.

²⁸ ŞAHİN-GÖKTÜRK, s. 578; YENİDÜNYA-İÇER, s. 210; YURTCAN, s. 687. Yargıtay 4. CD'nin aynı yöndeki 16.01.2008 tarih ve 2007/6573 Esas, 2008/286 Karar; 2. CD'nin 23.05.2007 tarih ve 2007/6622, 2007/7394 Karar sayılı kararı ve bu yöndeki diğer kararları için bkz: (Çevrimiçi), <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, 11.10.2022.

²⁹ ŞEN, (Çevrimiçi), <http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/2348647-vatandasliktan-cikarma>, 19.11.2022.

³⁰ AYM'nin 08.09.2022 tarih ve 2021/118 Esas, 2022/98 Karar sayılı kararı için bkz: 04.10.2022 tarih ve 31973 sayılı RG.

korunuyor olması yerinde olup,³¹ bu bizce, devletin olağan üstü dönem, durum ve muhakemelerde bile savunma hakkına verdiği önemi göstermektedir.

Acaba soruşturma aşamasında şüpheli sıfatıyla hâkim tarafından örneğin tutuklama duruşmasında sorgusu yapılan, ancak kovuşturma aşamasında tahliye olduktan sonra bilerek, isteyerek ortadan kaybolan, bu nedenle hakkında kaçaklık kararı verilen kaçak sanığın sorgusu yapılmış kabul edilip, kovuşturma aşaması mahkûmiyetle sonuçlandırılabilir mi? CMK sistemimiz (özellikle de savunma hakkına verdiği önem) bütünü itibariyle dikkate alındığında bu soruya vermemiz gereken cevabın, “*hayır sonuçlandırılmaz*” şeklinde olması gerektiğini değerlendirmekteyiz. Bu somut örnekte, şüpheli sıfatıyla henüz hakkında kaçaklık kararı verilmemiş şüphelinin sorgusuna başvurulmasına rağmen kovuşturma aşamasında kendisini yargılayacak yetkili mahkemece gerçek manada bir sorgu yapılmış değildir. Bu nedenle henüz kaçak sıfatını almamış şüphelinin soruşturma aşamasında sulh ceza hâkimince yapılan sorgusuna dayanarak hakkında kaçaklık kararı verildikten sonra kovuşturma aşamasında sorgusunun önceden yapılmış olduğundan hareketle mahkûmiyet kararı verilmesi CMK md. 247/3’e açık bir aykırılık teşkil edecektir.³²

CMK’da, sorgunun sulh ceza hâkimi veya yetkili mahkemece yapılıp yapılmaması hususunda bir ayırım yapılmamıştır. Ancak kanaatimize göre, sulh ceza hâkimince yapılan sorgunun işlevi ile mahkemece yapılan sorgunun işlevi birebir aynı değildir. Soruşturma aşamasında başlangıçta şüpheliye isnat edilen suçun nitelendirmesinde savcı iddianame tanzim ederken değişikliğe gidebilir, aynı şekilde iddianamede isnat edilen suç da kovuşturma aşamasında değişikliğe uğrayabilir. Örneğin, soruşturma aşamasında rüşvet alma suçunu işlediği iddiasıyla şüphelinin, sulh ceza hâkimince sorgusu yapılmış olmasına karşın sonradan savcı, isnat edilen suçun irtikâp olduğuna kanaat getirip, iddianameyi irtikâp suçundan tanzim edebilir ya da mahkemece yapılan muhakemede suçun rüşvet alma değil de irtikâp suçunu oluşturduğu yönünde kanaat oluşabilir. Bu örneklerde rüşvet alma suçundan dolayı soruşturma aşamasında sorgusu yapılmış kaçak şüpheli hakkında muhakeme aşamasında irtikâp suçunu işlediğinden dolayı mahkûmiyet kararı verilebilir mi? Bizce, bu soruya da verilecek cevap hayır olmalıdır. Böyle bir durumda CMK, hazır bulunan sanığa bile ek savunma hakkı verilmesi gerektiğini düzenlemiş olduğuna göre, sırf soruşturma aşamasında zaten sorgusu yapılmış diye kaçak olan

³¹ Yargıtay 16. CD’nin 13.06.2018 tarih ve 2017/2183 Esas, 2018/2027 Karar; Yargıtay 16. CD’nin 25.03.2019 tarih ve 2018/5332 Esas, 2019/2169 Karar; Yargıtay 16. CD’nin 30.06.2020 tarih ve 2019/4118 Esas, 2020/3166 Karar sayılı kararları için bkz: (Çevrimiçi), <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, 20.11.2022.

³² Aksi görüş için bkz: **ÖZBEK-DOĞAN-BACAKSIZ**, s. 840-841.

biri hakkında yetkili mahkemece sorgusu yapılmaksızın mahkûmiyet kararı verilebileceğini söylemek mümkün ve adil görünmemektedir.

Duruşmanın ve yukarıda örnek niteliğinde sayılan işlemlerin yapılabilmesi için eğer kaçak sanık bir müdafii ile temsil edilmemekteyse, mahkeme, CMK md. 247/4 uyarınca barodan bir müdafii atanmasını ister. Dikkat edileceği üzere, burada kanun koyucu zorunlu müdafilik esasını benimsemiş bulunmaktadır.³³ Bu kadar ağır bir neticeye (yoklukta duruşma yapmak, duruşma işlemleri yapmak, hakkında aşağıda açıklanacak koruma tedbirlerine başvurulmak vs.) neden olabilecek durumda Yargıtay'ın da kararında³⁴ vurguladığı gibi, “zorunlu müdafiliğin” benimsenmiş olması ve bu benimsemenin yine son değişiklikle korunuyor olması yerinde bir uygulama olup, aynı şekilde savunma hakkı açısından da son derece önem arz etmektedir.³⁵

Buna karşılık, kaçaklık yargılaması çerçevesinde yapılabilecekler/alınabilecek tedbirler epey ağır olup, soruşturma aşamasında da şüphelinin müdafii ile temsil edilmemesi durumunda, savcılık tarafından barodan talepte bulunulabileceğinin düzenlenmemesi kanaatimizce önemli bir eksiklik. Soruşturma aşamasında kendisini temsil ettirmeyen şüpheliye bir müdafii atanması durumunda, yurt içinde saklanan ya da yurt dışında bulunan şüpheli, olabilecekler ve uygulanabilecek koruma tedbirleri hakkında müdafiiince aydınlatılabilir, böylelikle ifade veya savunma yapmaya gelmesi için daha kolay ikna edilebilir.

B. Kaçak Şüpheli veya Sanık Hakkında Uygulanabilecek Koruma Tedbirleri

Mevzuatımız kapsamında kaçak şüpheli veya sanık hakkında çeşitli koruma tedbirleri uygulanabilir. Bunlar:

1. Elkoyma ve Kayyım Atama

6763 sayılı Kanun ve 680 sayılı KHK ile yapılan değişiklik sonrasında daha önceden de var olan ve sadece kaçak sanık hakkında uygulanabilen “elkoyma ve kayyım atama” koruma tedbirinin kapsama alanı genişletilerek kaçak şüpheli hakkında da uygulanabilmesinin önü açılmıştır. CMK md. 248/1'e göre, Cumhuriyet savcısına başvurmasını veya duruşmaya gelmesini

³³ YENİSEY-NUHOĞLU, s. 856. Bu durumdaki sanığa zorunlu müdafii atanmadığı için bozma kararı veren Yargıtay 16. CD'nin 30.06.2020 tarih ve 2019/4118 Esas, 2020/3166 Karar sayılı kararı için bkz: (Çevrimiçi), <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, 20.11.2022.

³⁴ Yargıtay 2. CD'nin 16.06.2011 tarih ve 2009/48524 Esas, 2011/13291; 1. CD'nin 14.04.2010 tarih ve 2010/1899, 2010/2382 sayılı kararları için bkz: (Çevrimiçi), <http://emsal.yargitay.gov.tr/Bilgi-BankasiIstemciWeb/GelisimsisDokumanAraServletYargitay>, 09.10.2022.

³⁵ CENTEL-ZAFER, s. 943; ÖZBEK-DOĞAN-BACAĞIZ, s. 842 ÖZTÜRK-KAZANCI-GÜLEÇ, s. 197.

sağlamak amacıyla kaçığın Türkiye’de bulunan mallarına, hak ve alacaklarına sadece bu amaçla orantılı olarak el konulabilir.³⁶

Maddede el konulabilir denilmektedir, dolayısıyla diğer koruma tedbirlerinde olduğu gibi elkoymak zorunlu değildir. Bu doğrultudaki özel elkoyma kararı, genelde diğer koruma tedbirlerinde olduğu gibi soruşturma aşamasında savcılık makamının talebi üzerine sulh ceza hâkimince, kovuşturma aşamasında ise yargılamayı yapan mahkemece alınır. Bu tedbir de sadece CMK md. 248/2’de sayılan suçların işlendiği iddiası kapsamında söz konusu olabilir.³⁷

Elkoyma kararı ile söz konusu malların, hak ve alacakların idaresi amacıyla bir kayyım da atanabilir,³⁸ çünkü kanunda “*idaresi için gerektiğinde atanabilir*” ifadesi yer almaktadır. Elkoyma ve kayyım atama kararı, sanık müdafine bildirilir. Elkoymak ve kayyım atamak zorunlu olmamakla birlikte, el konulduğu ve yönetim için kayyım atandığı takdirde bunun müdafiyeye bildirilmesi zorunludur.³⁹ Kanaatimizce, burada yine soruşturma aşamasında müdafii ile temsil edilmeyen şüpheli açısından zorunlu müdafilik esasının benimsenmesi hem şüphelinin ifadeye gelmesinin sağlanması hem elkoyma tedbirinin amaçla orantılı bir şekilde olup olmadığının denetlenmesi hem de atanan kayyımaya yönelik varsa bir itirazın ortaya konması, tartışılması açısından önem arz etmektedir. Elkoymada “*ölçülülüğe/orantılılığa*” özellikle yer verildiği, bunun bir koşul olduğu⁴⁰ da göz ardı edilmemelidir.

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi’nin (AİHM) “*bir organize suç davasında suçun ağırlığı nedeniyle şüphelilerin 16 adet taşınmazına el konulmasını orantılı bulduğu*”⁴¹ yönündeki kararını, maddedeki düzenlemede suçun ağırlığından değil, “*amaçla orantılı şekilde el koyulmasından*” bahsedildiği için doğru bulmadığımızı ifade etmek isteriz. Suçun niteliği esas alınarak yapılacak bir elkoymada, kaçığın tüm mallarına elkoymak, adeta mevzuatımız gereği yasak olan genel müsadereye başvurulması gibi istenmeyen bir sakıncaya neden olabilecektir.⁴²

³⁶ ÖZTÜRK-TEZCAN-ERDEM-GEZER-SAYGILAR KIRIT-ALAN-ÖZAYDIN-ERDEN TÜTÜNCÜ-ALTINOK-TOK, 81-82; ÖZTÜRK-KAZANCI-GÜLEÇ, s. 197.

³⁷ ÖZBEK-DOĞAN-BACAĞSIZ, s. 843; ŞEN, (Çevrimiçi), <http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/2348647-vatandasliktan-cikarma>, 19.11.2022; ÜNVER-HAKERİ, s. 720; YENİSEY-NUHOĞLU, s. 857; YURTCAN, s. 689.

³⁸ “*Atanmalıdır*” görüşü için bkz: TURHAN, s. 264.

³⁹ ÖZTÜRK-KAZANCI-GÜLEÇ, s. 198.

⁴⁰ TURHAN, s. 264.

⁴¹ AİHM’nin 22.02.1994 tarih ve 12954/87 sayılı Raimonda v İtalya kararı için bkz: Serkan CENGİZ-Fahrettin DEMİRAĞ, Teoman ERGÜL, Jeremy McBRIDE-Durmuş TEZCAN, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları, Şen Matbaa, Ankara, 2008, s. 78, aktaran ÜNVER-HAKERİ, s. 429.

⁴² CENTEL-ZAFER, s. 474.

Yine AİHM, salıvermeye ilişkin teminatlardan özellikle kefalet miktarının belirlenmesi ile ilgili ölçütlere yer verdiği bir başka kararında, “*kefalet miktarının aslen ilgili kişinin mal varlığında bu kişiyi mahkemeye gelmesi halinde kayba uğrayacağı miktarın kaçmaya ilişkin bir istek duymaktan caydırmaya yetecek ölçüde bir teminat çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğini*”⁴³ vurgulamakta, ayrıca Avrupa İnsan Hakları Komisyonu’nun 11 Aralık 1980 tarihli raporuna⁴⁴ atıf yaparak, “*Sözleşme’nin 5. maddesinde güvence altına alınmış olan bireyin temel özgürlük hakkı söz konusu olduğunda yetkili mercilerin, uygun kefalet miktarını belirlemede, sanığın tutukluluk halinin sürdürülmesinin gerekli olup olmadığını kararlaştırdıklarında olduğu kadar titizlik göstermeleri gerektiğini*” ifade etmiştir. Bu içtihadı doğru bularak, kaçaklar hakkında verilecek elkoyma tedbiri açısından da dikkate alınabileceğini, amacı (kaçığı ortaya çıkarmak suretiyle etkin bir şekilde soruşturmasını yapmak veya sanığın kovuşturmasını bitirmek) karşılayacak ölçüde olması gerektiğini, bu amaca hizmet etmeyecek nitelikte bir elkoymanın hukuka aykırı olacağını⁴⁵ düşünmekteyiz.

CMK md. 248/3 gereği, el konulan mal, hak ve alacakların korunmasında, elkoymaya ilişkin hükümler (CM md. 123 vd.), özellikle gerektiğinde “*el konulan eşyanın muhafazası veya elden çıkarılması*” başlıklı CMK md. 132 uygulanacaktır. Tüm bunlara ek olarak, elkoymanın uygulanması pek tabii ki “*Suç Eşyası Yönetmeliği*”⁴⁶ ne de uygun şekilde yapılacaktır.⁴⁷ Ayrıca, tedbir kararı veren sulh ceza hâkimi veya yetkili mahkemece gerek duyulursa, alınan tedbirlere ilişkin kararların birer özetinin bir gazetede ilanına da karar verilebilecektir. Böylelikle, verilmiş olan tedbir kararından öncelikle bunu uygulayacak makam ve merciler, hem 3. kişiler hem de belki kaçak haberdar olacak, 3. kişiler ticari faaliyetlerini ona göre yürütecek, kaçığa da açığa çıkıp ifade vererek veya savunma yaparak, malları üzerindeki tedbire son vermesi için bir şans daha tanınmış olacaktır. Gerçekleşmesi umulan bu yararların işlerlik kazanması açısından ilan kararının mahkemenin inisiyatifine bırakılması yerine, zorunlu olması bizce daha doğru olacaktır.

CMK md. 248/4’ün amir hükmü uyarınca, kaçığın yurt içinde yakalanması veya yurt dışında yakalandıktan sonra iade edilmesi ya da kendiliğinden gelerek teslim olması durumunda, kararı veren makamca elkoyma kararının da kaldırıl-

⁴³ Iwanczuk v. Poland, T. 15.11.2001, Başvuru No. 25196/94, S. 66 - 70, aktaran **ÜNVER-HAKERİ**, s. 429.

⁴⁴ Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, T. 11 Aralık 1980, No. 8339/78, Decisions and Reports 23, s. 137, aktaran **ÜNVER-HAKERİ**, s. 430.

⁴⁵ **CENTEL-ZAFER**, s. 1036; **ÖZTÜRK-KAZANCI-GÜLEÇ**, s. 197.

⁴⁶ 01.06.2005 tarih ve 25382 sayılı RG.

⁴⁷ **ÖZBEK-DOĞAN-BACAĞSIZ**, s. 843-844.

masına karar verilecektir. Tüm koruma tedbirlerinde araç ve geçicilik özelliği söz konusu olup,⁴⁸ amaç kaçağın ortaya çıkmasını sağlamak olduğundan,⁴⁹ kaçağın kollukça yakalanması veya kendiliğinden teslimi halinde, amaç gerçekleşmiş olduğuna, beklenen başkaca bir yarar kalmadığına göre elkoyma tedbirine son verilebilecek değil, verilecek olması gayet yerindedir.⁵⁰

Elkoyma ile ilgili olarak unutulmaması gereken bir diğer husus: “**a)** Elkoyma şartları gerçekleşmeden bu kararın alınması, **b)** Elkonulan eşyanın korunması için gereken tedbirlerin alınmaması, **c)** Elkonulan eşyanın amacı dışında kullanılması veya **d)** Zamanında iade edilmemesi” durumlarında pek tabii ki eşyasına bu şekilde elkonulan kaçak şüpheli veya sanığın CMK md.132 ve 141 uyarınca tazminat isteme hakkının söz konusu olacağıdır.⁵¹

Son olarak madde CMK md. 248/6 gereği, soruşturma aşamasında sulh ceza hâkimi veya kovuşturma aşamasında yetkili mahkemece elkoyma kararı verildiğinde, kaçağın yasal olarak bakmakla yükümlü bulunduğu yakınlarının (eşinin, çocuklarının, anne-babasının vs.) alınan tedbirler nedeniyle yoksulluğa düşebileceklerinin saptanması veya bu yönde bir başvuruda bulunulması durumunda, bu kişilerin asgari geçimlerini sağlamak⁵² (ama sadece bu amaçla)⁵³ üzere, el konulan mal varlığından sosyal durumları ile orantılı miktarda yardımda bulunulması konusunda kayyımaya izin verilecektir.

Kaçak şüpheli hakkında da uygulanmaya yönelik bu değişiklik bizce de yerinde olmuştur, zira tıpkı sanık gibi şüpheli de savcılık ve mahkemeye başvurudan (bir anlamda devletten) kaçsa bile, ceza muhakemesi süjesi olarak onun da birtakım hakları vardır. Ailesinin geçimini temin de bunun başında gelmektedir. Belirli bir amaçla (ki bu amaç arasında ailesini madden zor duruma bırakmak, başkalarına muhtaç etmek vs. yoktur) malvarlığına Devlet tarafından el konulan kaçağın ailesine, bu şekilde âdete bir maaş bağlanması, hukuk devleti olmak ve cezaların şahsiliği açısından son derece yerindedir.

2. Tutuklama (Gıyaben)

Yeni CMK sisteminde prensip itibariyle eskisinin aksine gıyaben (şüpheli veya sanığın yokluğunda) tutuklama kararı verilmesi mümkün değildir.⁵⁴

⁴⁸ CENTEL-ZAFER, s. 380-381; ÜNVER-HAKERİ, s. 329.

⁴⁹ ÖZTÜRK-KAZANCI-GÜLEÇ, s. 197.

⁵⁰ ÖZBEK-DOĞAN-BACAĞSIZ, s. 844; ÖZTÜRK-KAZANCI-GÜLEÇ, Koruma Tedbirleri, s. 199.

⁵¹ ÖZTÜRK-KAZANCI-GÜLEÇ, s. 348-349.

⁵² CENTEL-ZAFER, s. 1036; ÖZTÜRK-KAZANCI-GÜLEÇ, s. 198.

⁵³ ÖZBEK-DOĞAN-BACAĞSIZ, s. 843.

⁵⁴ ÖZTÜRK-TEZCAN-ERDEM-GEZER-SAYGILAR KIRIT-ALAN-ÖZAYDIN-ERDEN TÛTÛNCÛ-ALTINOK-TOK, 79; YENİSEY-NUHOĞLU, s. 395. Ancak, uygulamada ne yazık ki; zaman zaman Savcılar CMK 274/1 uyarınca düzenledikleri yakalama taleplerine sorgu ve tutuklamayı da ekle-

CMK md. 248/5'teki düzenleme ise gıyapta tutuklama yasağının istisnasını oluşturmaktadır. Buna göre, kaçak hakkında CMK 100. ve sonraki maddeler gereğince, sulh ceza hâkimi veya yetkili mahkeme tarafından yokluğunda tutuklama kararı verilebilecektir.⁵⁵

Yalnız burada bir özellik söz konusudur: CMK Yürürlük Kanunu md. 5/2'ye göre, CMK md. 248/5 uyarınca sadece “*yabancı ülkede bulunan kaçaklar*” hakkında gıyabi tutuklama kararı verilebilir.⁵⁶ Bu istisnai hükmün doğrudan CMK'nın ilgili maddeleri yerine bu şekilde başka bir kanunda yer alması bize göre yerinde olmamıştır.⁵⁷

Bununla birlikte kanaatimizce, hakkında bu hüküm gereği gıyabi tutuklama kararı verilebilmesi için kaçığın yurt dışında olduğunun bir şekilde tespit edilmiş (sınır kapılarından legal veya illegal bir şekilde çıkış yaptığının belirlenmiş, yurt dışında görülmüş, tanınmış, yurt dışında olduğunun bulunduğu ülke yetkilileri tarafından bildirilmiş vs.) olması gerekmektedir. Kaçağın, her daim yurt dışında mı yoksa içinde mi olup olmadığının tespiti kolay olmayacağından, söz konusu hükmün uygulanabilirliği bizce tanınmış/bilinen kaçaklar dışında pek de mümkün görünmemektedir.

3. Güvence Belgesi Verme

CMK md. 246/1, “gaip sanık” hakkında yetkili mahkemece duruşmaya gelmesi durumunda tutuklanmayacağı hususunda belirli koşulları ihtiva eden⁵⁸ veya koşulsuz⁵⁹ bir güvence belgesinin verilebileceğini, CMK md. 248/7 ise kaçak hakkında da CMK md. 246'nın uygulanacağını düzenlemektedir.

Bu itibarla somut olayda kaçak şüpheli veya sanığa soruşturma aşamasında savcılık, kovuşturma aşamasında da yetkili mahkemece bu yönde bir güvence belgesi verilmesi mümkündür.⁶⁰ Kanaatimize göre, kanundaki bu düzenleme kaçak şüpheli veya sanığa yani ilgili yargılama stüjesine (kişiyeye) değil, atılı suçta yöneliktir.⁶¹ Aksi kabul,

mekte, bu yöndeki talep üzerine verilen tutuklamalı yakalama kararı esasında gıyabi tutuklama kararı özelliği göstermektedir. Aynı yönde bkz: **YENİSEY-NUHOĞLU**, s. 395-396, 854.

⁵⁵ Yalnız bunun için tutuklamanın tüm şartlarının somut olayda gerçekleşmiş olması, bunlara ek olarak güvence belgesi de verilmemiş olması da gerekmektedir. **YENİSEY-NUHOĞLU**, s. 854, 857-858.

⁵⁶ **CENEL-ZAFER**, s. 418; **TOROSLU-FEYZİOĞLU**, s. 228. Gerekece olarak; “*kaçığın iadesi sürecinde sorun yaşamamak*” gösterilmektedir. **ÖZTÜRK-TEZCAN-ERDEM-GEZER-SAYGILAR KIRIT-ALAN-ÖZAYDIN-ERDEN TÜTÜNCÜ-ALTINOK-TOK**, 79; **ŞAHİN-GÖKTÜRK**, 579.

⁵⁷ **ÖZBEK-DOĞAN-BACAKSIZ-TEPE**, s. 847-848; **TOROSLU-FEYZİOĞLU**, s. 229.

⁵⁸ Koşullar açısından CMK 109/3 dikkate alınabilir. Aynı yönde Bkz: **BALCI**, s. 112; **ÖMEROĞLU**, s. 210-211.

⁵⁹ **ÖZTÜRK-TEZCAN-ERDEM-GEZER-SAYGILAR KIRIT-ALAN-ÖZAYDIN-ERDEN TÜTÜNCÜ-ALTINOK-TOK**, 80.

⁶⁰ **BALCI**, s. 101-117.

⁶¹ **ÖZBEK-DOĞAN-BACAKSIZ**, s. 851; **YENİSEY-NUHOĞLU**, s. 391, 748. Suça değil sanığa

sadece atılı suçta değil, tüm suçlara yönelik bir güvencenin verildiği anlamına gelir ki bu da hüküm ile beklenen pratik amaca uygun değildir. Yine CMK md. 246/2 ve bu maddeye yapılan atıf gereği, duruşmaya gelerek savunmasını yapan kaçak sanık hakkında duruşmanın sonunda mahkûmiyet kararı verilmesi ve güvence belgesinin belirli koşullara bağlanmış olmasına rağmen kaçığın bu koşullara uymaması durumlarında, güvence belgesinin hükmü kalmayacak ve kaçak tutuklanabilecektir.

Güvence belgesinin konusu koruma tedbirlerinden tutuklama olduğundan, ortaya çıkan kaçığın tutuklama benzeri olduğundan yakalanması veya gözaltına alınması da söz konusu olamayacaktır. Buna karşılık, niteliği farklı olan diğer tedbirlere (arama, elkoyma veya iletişimin denetlenmesi vs.) başvurulabilecektir.⁶²

Buradaki amaç, kaçak şüpheli veya sanığı ortaya çıkarmak, soruşturma ve özellikle de kovuşturmanın tamamlanabilmesini sağlamak olduğundan, kaçaklar hakkında da tutuklanmama güvencesi verilebilmesinin düzenlenmiş olması ve bunun KHK ile değişiklikten sonra da devam ediyor olması yerinde bir uygulamadır.

Bu yönde açık bir düzenleme söz konusu olmamakla birlikte, güvence belgesinin bağlandığı koşullara uygun davranmayan kaçak şüphelinin de talep üzerine sulh ceza hâkimince tutuklanabileceğini; ancak ifade verdikten sonra kaçak hakkında iddianame tanzim edilmesi (mahkûmiyet benzeri kabul edilerek) gibi bunun dışında bir işlemin gerçekleşmesi durumunda, yukarıdaki hükmün kıyasen kaçak şüpheli hakkında da uygulanmasının, “sınırlayıcı ve istisnai hükümlerin söz konusu olduğu hallerde kıyasın yasak olması ilkesinden”⁶³ hareketle mümkün olamayacağını değerlendirmekteyiz.⁶⁴

4. Yakalama Emri Düzenleme

Bilindiği üzere CMK md. 98/1’de, soruşturma evresinde çağrı üzerine gelmeyen veya çağrı yapılamayan şüpheli hakkında Cumhuriyet savcısının istemi üzerine sulh ceza hâkimi tarafından yakalama emri düzenlenebilmektedir. Bu hüküm elbette kaçak şüpheli hakkında da uygulanabilecektir. Yine CMK md. 98/2 gereği, yakalanmışken kolluk görevlisinin elinden bir şekilde kaçan kaçak şüpheli veya sanık hakkında Cumhuriyet savcısı ve kolluk kuvvetleri de yakalama emri düzenleyebilecektir. Son olarak CMK madde 98/3

yönelik olduğu, bir kez verildiğinde hiçbir suçtan dolayı tutuklamanın söz konusu olamayacağı yönündeki aksi görüş için bkz: ÖZTÜRK-TEZCAN-ERDEM-GEZER-SAYGILAR KIRIT-ALAN-ÖZAYDIN-ERDEN TÛTÛNCÛ-ALTINOK-TOK, 81.

⁶² ÖZBEK-DOĞAN-BACAŞIZ, s. 850.

⁶³ CENTEL-ZAFER, s. 55; ÜNVER-HAKERİ, s. 75.

⁶⁴ BALCI, s. 113; ÖMEROĞLU, s. 214; ÜNVER-HAKERİ, s. 720.

uyarınca, kovuşturma evresinde kaçak sanık hakkında yakalama emri re'sen veya Cumhuriyet savcısının istemi üzerine yargılamayı yapan mahkeme tarafından düzenlenebilecektir.⁶⁵

5. Kolluk Tarafından Doğrudan Yakalama Yapılabilmesi

Yine CMK md. 90/2 kapsamında, kolluk görevlileri CMK 98. maddede belirtilen (tutuklama kararı veya yakalama emri düzenlenmesini gerektiren durumlarda) ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, Cumhuriyet savcısına veya amirlerine derhal başvurma olanağı bulunmadığı takdirde, yakalama yetkisine sahiptirler. İşte bu hüküm de pek tabii ki yine kaçak şüpheli veya sanık hakkında da uygulanabilecektir.

III. İtiraz

CMK'nın benimsediği sistem uyarınca, hâkim kararı ile kanunun açıkça düzenlediği mahkeme kararlarına karşı itiraz kanun yoluna gidilebilmektedir. Kaçakların yargılanmasının düzenlendiği CMK md. 248/8'de de *"bu kararlara karşı itiraz edilebilir"* denilmektedir. Acaba burada bahsi geçen itiraz, sadece 248. maddede sayılan koruma tedbirlerine mi yoksa 247. maddede düzenlenen kaçaklık kararına da mı yöneliktir?

Kanaatimize göre, itirazdan burada sadece md. 248/8'de bahsedilmiş olmasına karşın, md. 248/2'de kaçaklık kararı alınabilecek katalog suçlar sayılmış, md. 247/2'de de ancak 248. maddenin 2. fıkrasında sayılan suçlardan dolayı kaçaklık kararı verilebileceği düzenlenmiş olduğundan, sadece 248. maddede sayılan koruma tedbirlerine değil, sulh ceza hâkimi veya yetkili mahkemece alınan kaçaklık kararına da itiraz etmek mümkündür.⁶⁶

Kaçaklık kararı, savcının talebi üzerine sulh ceza hâkimince verilirse, zaten kanun gereği bu karara itiraz her zaman mümkündür. Buna karşılık yetkili mahkemece verilmiş olması durumunda da bizce itirazı kabil bir karardır. Kişi kaçak olsa da müdafî, müvekkili hakkında mahkemece verilmiş kaçaklık kararına (örneğin; somut olayda kaçaklık kararı verilmesini gerektiren katalog bir suç bulunmadığından hareketle) itiraz edebilmelidir. Bu nedenle bize göre, maddede açıklık bulunmasa da kaçak şüpheli veya sanık hakkında verilecek tüm mahkeme veya hâkimlik kararlarına itiraz mümkündür.⁶⁷

⁶⁵ YENİSEY-NUHOĞLU, s. 344.

⁶⁶ CENTEL-ZAFER, s. 1036; YENİSEY-NUHOĞLU, s. 857.

⁶⁷ BALCI, s. 116; CENTEL-ZAFER, s. 1036; ÖZBEK-DOĞAN-BACAĞIZ, s. 851-852; ÖZTÜRK-TEZCAN-ERDEM-GEZER-SAYGILAR KIRIT-ALAN-ÖZAYDIN-ERDEN TÛTÛNCÛ-ALTINOK-TOK, 82; YENİDÛNYA-İÇER, s. 2010; YENİSEY-NUHOĞLU, s. 857; YURTCAN, s. 690.

IV. Vatandaşlıktan Çıkarılma

29.05.2009 tarih ve 5901 sayılı Türk Vatandaşlık Kanunu'nda⁶⁸ (TVK), Türk vatandaşlığının kazanılması ve kaybına dair iş ve işlemler ile vatandaşlık hizmetlerinin yürütülmesine ilişkin usul ve esaslar yer almaktadır. Kanununun 29. maddesine göre, resmi makamlarca maddede sayılan eylemlerde buldukları tespit edilen kişilerin Türk vatandaşlığı, Bakanlığın teklifi, Cumhurbaşkanının bu yöndeki kabule yönelik kararı ile kaybettirilebilir.

Kaçaklık müessesesinde önemli değişiklikler yapan 680 sayılı KHK'nın⁶⁹ 75. maddesi ile TVK'nın 29. maddesine; "26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 302'nci, 309'uncu, 310'uncu, 311'inci, 312'nci, 313'üncü, 314'üncü ve 315'inci maddelerinde yazılı suçlar nedeniyle hakkında soruşturma veya kovuşturma yürütülen ve yabancı ülkede bulunması nedeniyle kendisine ulaşılamayan vatandaşlar; bu durumun soruşturma aşamasında Cumhuriyet savcısı veya kovuşturma aşamasında mahkeme tarafından öğrenilmesinden itibaren bir ay içinde vatandaşlıklarının kaybettirilmesi amacıyla Bakanlığa bildirilir. Bakanlıkça Resmî Gazetede yapılan yurda dönme ilanına rağmen üç ay içinde yurda dönmemeleri halinde, bu kişilerin Türk vatandaşlıkları Cumhurbaşkanı kararıyla kaybettirilebilir"⁷⁰ şeklinde bir fıkra eklendiği görülmektedir.⁷¹

Söz konusu fıkra yer alan, "suçlar nedeniyle hakkında soruşturma veya kovuşturma yürütülen ve yabancı ülkede bulunması nedeniyle kendisine ulaşılamayan vatandaşlar" şeklinde tarif edilen vatandaşların, kaçak şüpheli veya sanık benzeri olduklarını değerlendirmekteyiz. Benzeri dememizin nedeni, maddede adeta bir anlamda kaçığın tanımının yapılmış (hakkında ceza soruşturması veya kovuşturması bulunmak, yurt dışında bulunmak, bu nedenle ulaşılamamak vs.) olmasına karşın, kaçak hakkında yapılabilecek işlem-

⁶⁸ Kanun hükümleri için Bkz: 12.06.2009 tarih ve 27256 sayılı RG.

⁶⁹ 680 sayılı "Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname" hükümleri için Bkz: 06.01.2017 tarih ve 29940 sayılı RG (Mükerrer).

⁷⁰ Söz konusu fıkranın son cümlesindeki, "Bakanlığın teklifi ve Bakanlar Kurulu kararıyla kaybettirilebilir" ibaresi 02.07.2018 tarih ve 700 sayılı KHK ile "Cumhurbaşkanı kararıyla kaybettirilebilir" şeklinde değiştirilmiştir.

⁷¹ Buna benzer bir fıkranın mülga 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun (TVK) 25'inci maddesinin g bendi olarak 1982 tarih ve 2383 sayılı kanunla eklendiği, bu bendin 1992 tarih ve 3808 sayılı kanunla yürürlükten kaldırıldığı görülmektedir. Mülga 403 sayılı TVK'nın 25'inci maddesinin g bendi, "yurt dışında bulunup da Türkiye Cumhuriyeti'nin iç ve dış güvenliği ile kanunun suç saydığı şekilde iktisadî veya malî güvenliği aleyhinde faaliyette bulunan veya yurt içinde bu tür faaliyetlerde bulunup da her ne suretle olursa olsun yurt dışına çıkan ve hakkında Türkiye'de bu nedenle kamu davası açılmasına veya ceza kovuşturmasına veya hükmün infazına olanak bulunmayan ve gelmesi için yapılan duyuruya rağmen üç ay içinde yurda dönmeyenler" şeklindedir. Konu hakkında bkz: **NOMER Ergin**, Vatandaşlık Hukuku, 15. Baskı, Filiz, İstanbul, 2005, s. 130 vd.; **ULUOCAK Nihal**, Türk Vatandaşlık Hukuku, Filiz, İstanbul, 1989, s. 101 vd.

ler, alınabilecek tedbirlerin aksine “vatandaşlıktan çıkarılma” için soruşturma veya kovuşturmayaya tabi kişi hakkında yetkili mahkemece kaçaklık veya benzeri bir karar verilmesinin şart olmadığı düzenlenmiş olmasıdır. Bir de bunlara ek olarak kaçaklığa ilişkin koşulların (örneğin; kaçaklık için sayılan katalog suçlar yerine daha az sayıdaki suçun sayılması gibi) bire bir aranmıyor olmasındandır.⁷²

Dikkat edileceği üzere, vatandaşlığın bu şekilde kaybettirilmesi, İç İşleri Bakanlığı’nın teklifi, Cumhurbaşkanının da kararı üzerine olabilmekte, yani herhangi bir mahkeme kararına gerek duyulmamaktadır.⁷³ Bu karar, kaçak hakkında alınabilecek kaçaklık kararı ve diğer tedbirlerin aksine idari bir yaptırım niteliğinde olduğundan Danıştay’ın denetimine tabidir.

Bu tedbirin uygulanabilmesi için her şeyden evvel Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olan biri hakkında TCK 302, 309, 310, 311, 312, 313, 314 veya 315. maddelerinde yazılı suçlardan dolayı soruşturma veya kovuşturma başlatılmış olması gerekmektedir. Bu suçlar; “Devletin birliğini ve ülke bütünlüğünü bozmak, Anayasayı ihlal, Cumhurbaşkanına suikast ve fiili saldırı, Türkiye Büyük Millet Meclisi’ne karşı suç, Hükümete karşı suç, Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti’ne karşı silahlı isyan, silahlı örgüt kurma, yönetme, bu örgüte üye olma, üyesi olmadığı örgüt adına suç işleme, üyesi olmadığı örgüt adına bilerek ve isteyerek yardım etme, örgüt propagandası yapma ve örgüte silah sağlamadır”.

Şüpheli veya sanığın yurt dışından dönmesini, bu surette soruşturma ve kovuşturmanın etkin bir biçimde tamamlanmasını sağlamak amacıyla geçici;⁷⁴ ama ağır bir idari tedbir niteliğinde olsa da kaçaklığın düzenlendiği CMK md. 248/2’de sayılan tüm suçları değil, sadece bazı suçları kapsadığından, en azından bu açıdan bizce yerinde bir uygulama olmuştur. Buna karşılık, bu kişiler hakkında sayılan suçlardan dolayı sadece bir isnatta bulunulmasının (ceza soruşturması veya kovuşturmasının yapıyor olması şeklinde) yeterli ve suçlu olduklarının mahkeme kararı ile tespit edilmesinin aranmıyor olması (masumiyet karinesinin ihlali) açısından yerinde bir düzenleme olmamıştır.⁷⁵

Bu kimseye yurt dışında olduğundan dolayı ulaşamıyor (tebligat yapılamıyor), bu nedenle de soruşturma veya kovuşturma akamete uğruyor ise öncelikle şüpheli veya sanığın yurt dışında olduğunun öğrenilmesinden

⁷² DOĞAN Vahit, Türk Vatandaşlık Hukuku, 14. Baskı, Savaş, Ankara, 2017, s. 164-169. TVK kapsamında vatandaşlığın kaybı için aranan koşullar için bk.: DOĞAN, s. 165.

⁷³ DOĞAN, s. 167.

⁷⁴ TVK 14 gereği ülkeye dönüp 3 yıl süreyle Türkiye’de ikamet etmek şartıyla tekrar vatandaşlığın kazanabilmesi söz konusu olmaktadır.

⁷⁵ DOĞAN, s. 167-168.

itibaren bir ay içinde yetkili savcılık makamınca veya mahkemece, İçişleri Bakanlığı'na bildirimde bulunulması şarttır. İçişleri Bakanlığı'nın, Resmi Gazete'de söz konusu kişiye yönelik olarak "yurda dön" çağrısını ilan eden bildirmesine rağmen, üç ay içinde yurda dönememesi durumunda yine Bakanlığın teklifi ile Cumhurbaşkanı kararı ile vatandaşlığın kaybettirilmesi söz konusu olabilmektedir.

Savcılık makamının veya mahkemenin durumu (yabancı ülkede olan kişiye ulaşılamadığını) bildirmesinin, İçişleri Bakanlığı'nın da bildirim üzerine yurda dön çağrısını ilan eden yapmasının ve dönmemesi halinde vatandaşlığın kaybı yönünde teklifte bulunmasının zorunlu olmasına karşın, Cumhurbaşkanının bu teklifi her daim olumlu karşıması gerekli değildir. Cumhurbaşkanı söz konusu teklifi değerlendirecek ve kabul ya da reddedebilecektir.

TVK'nın 30. maddesine göre, vatandaşlığın kaybettirilmesi kararının verilmesi durumunda, bu idari yaptırım Resmî Gazete'de yayımlanmakla hüküm ifade etmeye başlayacak, kaybettirme kararı şahsi (eş ve çocuklara sirayet etmeyecek) olacaktır.⁷⁶ Kanaatimize göre, tedbirin şahsi olması, karar idari nitelik arz etse de "*cezaların şahsiliği ilkesi*" doğrultusunda olumlu bir düzenlemedir. Buna karşılık, olağanüstü hâl veya sıkıyönetim dönemlerinde KHK'larla kişi hak ve hürriyetlerine Anayasa md. 15/2 ve md. 13'ü esas almak suretiyle olağan hukuk düzenine nazaran kısıtlamalar getirilebilmesine karşın,⁷⁷ böylesine önemli bir düzenlemenin KHK ile yapılmasının hukuk devleti ilkesi ile pek bağdaşmadığını düşünmekteyiz. Bu nedenle, tıpkı diğer tedbirlerde olduğu gibi belirtilen suçlarla sınırlı olarak, sadece hakkındaki kaçaklık kararının bir mahkeme kararına dayalı şekilde "kaçak sanık veya şüpheli" hakkında alınabileceğine ilişkin CMK md. 247-248'de, KHK yerine kanun değişikliği ile açık bir düzenlemenin yapılmasının daha uygun olacağını değerlendirmekteyiz.

Bu düzenlemenin de TVK md. 29'da olduğu şekilde değil, "sayılan suçlardan dolayı hakkında başlatılan soruşturmanın dava açılarak sonlanması sonrasında yapılan yargılama neticesinde mahkûm olup da yurt dışına kaçan mahkûm açısından belirtilen prosedürün uygulanmasının ardından yurda dönmemesi durumunda vatandaşlığın kaybı" şeklinde olmasının daha yerinde olacağını⁷⁸ değerlendirmekteyiz. Böylelikle, kaçak şüpheli ve sanık dışında hukukumuza "kaçak mahkûm" terimi de girmiş olacak, mahkemece alınan

⁷⁶ **NOMER**, 135; **ULUOCAK**, s. 104.

⁷⁷ **ŞEN**, (Çevrimiçi), <http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/2348647-vatandasliktan-cikarma>, 19.11.2022.

⁷⁸ **DOĞAN**, s. 167.

kaçaklık kararı sonrasında çağrıya rağmen yurda dönmeyen “kaçak mahkûm” hakkında vatandaşlığın kaybı şeklinde idari tedbir uygulanmış olacaktır.

Söz konusu kaybettirme kararı, idari bir karar olduğundan elbette ilgili kişilerce (şüpheli, sanık, müdafii, yasal temsilcisi vs.) kararın iptali amacıyla Danıştay’da dava açmak mümkündür. Vatandaşlığı kaybettirilen şüpheli veya sanığın ülkeye dönmesi durumunda, Türkiye’de üç yıl ikamet etmesi şartına dayalı olarak tekrar vatandaşlığa alınabileceği yönündeki düzenlemenin de kaçaklık sonrasında kendiliğinden teslim olan veya yakalanan kaçak hakkında alınan elkoyma tedbirinin kaldırılması gerektiği yönündeki düzenlemeye benzetilerek kanunlaşmasının daha uygun olacağını düşünmekteyiz. Diğer bir deyişle, yakalanan veya kendiliğinden teslim olan şüpheli veya sanığın vatandaşlığının herhangi bir işlem yapmaksızın tekrar kazandırılması yönünde bir düzenlemenin, yurt dışında bulunan kişinin yurda dönmelerini sağlamak açısından daha etkili bir tedbir olacağını değerlendirmekteyiz.

Sonuç

CMK 247. ve 248. maddelerde düzenlenen özel yargılama usullerinden kaçakların yargılanması, 6763 ve 7072 sayılı Kanunlar ile 680 sayılı KHK’nın ilgili maddeleri ile değiştirilerek bugünkü halini almıştır. Son değişiklik ile artık soruşturma aşamasında şüpheli hakkında da kaçaklık kararı verilebilecektir. Bu değişiklik ile muhtemelen, tıpkı sanık gibi, yurt içinde saklanan veya yabancı ülkeye kaçan, bu nedenle kendisine ulaşılamayan şüphelinin soruşturmasının yapılabilmesi için savcılığa getirilmesi, bunu sağlamak için de “zorlama amaçlı elkoymanın” soruşturma aşamasında da uygulanması amaçlanmaktadır.

Kaçaklık kararı kapsamındaki katalog suçlar, ülkemizde son yıllarda yaşanan terör olayları dikkate alındığında, yerinde bir şekilde, buna uygun olarak arttırılmıştır. Kaçak hakkında elkoyma tedbirinin uygulanacak olması durumunda, kendisini temsil ettirmeyen kaçağa zorunlu müdafii atanması sistemi benimsenerek adil yargılanma hakkının, olağanüstü dönemlerde dahi ne kadar önemli olduğu bir kez daha vurgulanmıştır.

Kanunda kaçaklık kararı kaldırılincaya kadar, işlendiği iddia edilen suçun dava zaman aşımının duracak olmasının düzenlenmiş olması da yerinde olmuştur.

Kaçakların yargılanmasına benzer bir şekilde, TVK’ya bir hüküm eklenecek, TCK’da yer alan bazı ağır suçlardan dolayı hakkında ceza soruşturması veya kovuşturması olan şüpheli veya sanığın, yabancı ülkede bulunduğu tespitini üzerine yerine getirilecek bir dizi usuli işlem (özellikle geri dön çağrı-

sına uymamasından) sonrasında Cumhurbaşkanı kararıyla Türk vatandaşlığının kaybettirilebileceği hüküm altına alınmıştır. Geri alınabilir ve Danıştay'da iptal konusu yapılabilen idari bir tedbir olmasına karşın, bu kadar ağır bir neticenin, kişinin yokluğunda herhangi bir mahkeme kararı olmaksızın alınabilmesinin yerinde bir düzenleme olmadığını düşünmekteyiz.

Bu kadar ağır bir tedbirin uygulamasının da KHK ile değil de Kanun ile yapılmasının daha iyi olabileceğini, bu tedbirin kaçakların yargılamasına benzetilerek CMK'da sistemleştirilerek yeniden ele alınmasının daha iyi olacağını değerlendirmekteyiz.

Kaynakça

- BALCI Murat:** “*Ceza Muhakemesi Hukukunda Gaip ve Kaçak Sanığa Güvence Belgesi Verilmesi (CMK m. 246, CMK m. 248/7)*”, TBBĐ, sayı: 92, Ankara, 2011.
- CENTEL Nur-ZAFER Hamide:** Ceza Muhakemesi Hukuku, 19. Baskı, Beta, İstanbul, 2022.
- DOĞAN Vahit:** Türk Vatandaşlık Hukuku, 14. Baskı, Savaş, Ankara, 2017.
- EVİK Ali Hakan:** “*Trial of Fugitives*” Law&Justice Review, Yıl: 9, Sayı: 15, Aralık 2017, Ankara, s. 1-22.
- NOMER Ergin:** Vatandaşlık Hukuku, 15. Baskı, Filiz, İstanbul.
- ÖMEROĞLU Ömer:** “*Ceza Muhakemesinde Gaip ve Kaçak Sanığa Güvence Belgesi Verilmesi*”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, c. XVII, sayı. 3, Ankara, 2013, s. 206-207.
- ÖZBEK Veli Özer-DOĞAN Koray-BACAKSIZ Pınar:** Ceza Muhakemesi Hukuku, 15. Baskı, Seçkin, Ankara, 2022.
- ÖZTÜRK Bahri:** Suç Muhakemesi Hukukunda Gaiplik ve Gaiplerin Muhakemesi, Üçdal Neşriyat, İstanbul, 1984.
- ÖZTÜRK Bahri-TEZCAN Durmuş-ERDEM M. Ruhan-GEZER Sırma-SAYGILAR KIRIT Yasemin F.-ALAN AKCAN Esra-ÖZAYDIN Özdem-ERDEN TÜTÜNCÜ Efser-ALTINOK WILLEMIN Derya-TOK M. Can:** Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 15. Baskı, Seçkin, Ankara, 2022.
- ÖZTÜRK Bahri-KAZANCI Behiye Eker-GÜLEÇ Sesim Soyer:** Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri, 2. Baskı, Seçkin, Ankara, 2017.
- ŞAHİN Cumhur-GÖKTÜRK Neslihan:** Ceza Muhakemesi Hukuku, 13. Baskı, Seçkin, Ankara, 2022.
- ŞEN Ersan:** (Çevrimiçi), <http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/2348647-vatandasliktan-cikarma>, 19.11.2022.
- TOROSLU Nevzat-FEYZİOĞLU Metin:** Ceza Muhakemesi Hukuku, Savaş, Ankara, 2011.
- TURHAN Faruk:** Ceza Muhakemesi Hukuku, Asil Yayın Dağıtım, 2006.
- ULUOCAK Nihal:** Türk Vatandaşlık Hukuku, Filiz, İstanbul, 1989.
- ÜNVER Yener-HAKERİ Hakan:** Ceza Muhakemesi Hukuku, 18. Baskı, Adalet, Ankara, 2021.
- YENİDÜNYA Caner-İÇER Zafer:** Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet, Ankara, 2016.
- YENİSEY Feridun-NUHOĞLU Ayşe:** Ceza Muhakemesi Hukuku, 10. Baskı, Seçkin, Ankara, 2022.
- YILMAZ Ejder:** Hukuk Sözlüğü, 5. Baskı, Yetkin, Ankara, 1996.
- YURTCAN Erdener:** Ceza Yargılaması Hukuku, 15. Baskı, Adalet, Ankara, 2018.

Milletlerarası Satım Sözleşmelerinde Incoterms Teslim Şekilleri

Incoterms Delivery Methods in International Sales Contracts

Arş. Gör. Çağla Alara ÇELEBİ^(*)

Öz:

Milletlerarası ticaret büyük ölçüde milletlerarası mal satımı yolu ile gerçekleşmektedir. Ticaretin gün geçtikçe daha da küreselleşmesi milletlerarası ticaretin hacmini arttırmakta, bu nedenle de satım sözleşmelerinin gereği gibi hazırlanmaması uyumsuzluklara sebebiyet vermektedir. Milletlerarası Ticaret Odası tarafından hazırlanan Incoterms kuralları milletlerarası satım sözleşmelerinde teslimin gerçekleşmesi, hasarın geçişi, masrafların paylaşımı gibi alanına giren konularda tarafların yaşayabilecekleri belirsizlikleri ortadan kaldıran, taraflara hukuki güvenlik sağlayan milletlerarası maddi kurallardır. Bununla beraber Incoterms, ödeme yöntemleri, uyumsuzluk çözüm yöntemleri, sözleşmenin esasına uygulanacak hukuk, mülkiyetin geçişi gibi konuları düzenlememektedir. Mülkiyetin geçişi Incoterms'de düzenlenmemiş olmakla birlikte bu kurallarda hasarın geçişine özel önem verilmiştir. Hasarın geçişi mülkiyetin geçişinden bağımsız olarak düzenlenmiş olup, sözleşmede kararlaştırılan Incoterms kuralının belirlediği ölçütlere uygun olarak teslim gerçekleştiğinde hasar satıcıdan alıcıya intikal etmektedir. Incoterms kurallarının son versiyonu Incoterms 2020'dir. Çalışmamızda öncelikle Incoterms genel olarak ele alınmış, kuralların tarihinden bahsedilmiş, Incoterms 2020 teslim şekillerinde düzenlenen satıcı ve alıcının yükümlülükleri teslim şeklinin grubuna göre incelenmiş ve son olarak ise hasarın geçişi ve bu kuralların hukuki niteliği üzerinde durulmuştur.

Anahtar Kelimeler:

INCOTERMS 2020, Milletlerarası Ticaret Odası, Lex Mercatoria, Teslim Şekilleri, Hasarın Geçişi.

Abstract:

International trade is materialized largely through the international sale of goods. The globalization of trade day by day increases the volume of international trade and therefore if the contract is not well prepared it may cause disputes. INCOTERMS rules published by International Chamber of Commerce are substantive rules of law who annihilate uncertainties that the parties may experience in matters such as delivery of goods, transfer of risk, sharing cost and provide legal certainty to the parties. However, INCOTERMS do not regulate issues such as payment methods, dispute resolution, applicable law, transfer of property. Although the transfer of property is not regulated in INCOTERMS, transfer of risk

^(*) Kocaeli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı,
E-posta: cagla.celebi@kocaeli.edu.tr,
Orcid ID: <https://orcid.org/0000-0002-5782-3548>.

Makalenin geliş tarihi: 28.10.2022 - Makalenin kabul tarihi: 24.11.2022.

is considered as a very important issue in these rules. The transfer of risk is regulated independently of the transfer of property. As a result of proper delivery according to the rule chosen in the contract, the risk of damage passes from seller to buyer. INCOTERMS 2020 is the latest version of the INCOTERMS. In this study, first Incoterms are examined in general and then historical development of Incoterms and obligations of the seller and the buyer according to Incoterms 2020 delivery methods are explained. Last, the transfer of risk and legal nature of these rules are examined.

Keywords:

INCOTERMS 2020, International Chamber of Commerce, Lex Mercatoria, Delivery Methods, Transfer of Risk.

Giriş

Milletlerarası ticaret gün geçtikçe gelişmekte ve buna bağlı olarak ticari ilişkilerin tarafları artmaktadır. Bu nedenle bu ilişkilere uygulanacak hukuk sistemlerinin sayısı da aynı oranda artış göstermektedir. Bir ticari ilişkiye etki eden hukuk sistemlerinin fazlalığı hem uygulanacak normların tespiti açısından karışıklığa sebebiyet verebilmekte hem de taraflar arasında normların tespiti açısından yorum yapıldığında uyuşmazlıklar çıkmasına neden olmaktadır. Bu durumdan kaynaklanabilecek hukuki belirsizliklerden dolayı, milletlerarası nitelikli sözleşmelerin tarafları belirli tip sözleşmelere veya çeşitli tür satımlar için düzenlenmiş teamüllere atıf yapma ihtiyacı duymaktadır.

Uluslararası nitelikli ticari sözleşmelerde yorum farklılıklarını gidermek için Milletlerarası Ticaret Odası (MTO) uluslararası ticarete kullanılan terimlerin ne anlam ifade ettiğine ve nasıl yorumlanması gerektiğine dair bağlayıcı olmayan, tamamen kılavuz niteliğinde birtakım kurallar oluşturmuştur. Bu kurallar “uluslararası ticari terimler”in İngilizcesi “*International Commercial Terms*” kelimelerinin kısaltılmış hali olan Incoterms kuralları ilk defa 1936 yılında yayınlanmıştır. MTO üç harften oluşan teslim şekilleri öngörerek uzun ve karmaşık, yorum farklılıklarına sebebiyet verebilecek sözleşmeler yazmak yerine bu kısaltmalar ile daha hızlı ve etkili bir teslimi hedeflemiştir.

Incoterms, tacirler arasında uzun süredir süregelen satım sözleşmelerine ilişkin uygulamaların yansıması olarak ortaya çıkmıştır. Bu kurullarla, sözleşmenin taraflarının hak ve borçları açıkça tanımlanarak, terimlerin aynı şekilde yorumlanmasıyla, milli hukuk sistemlerince bu terimlere verilebilecek farklı anlamların ve bundan doğacak sorunlardan kaynaklı uyuşmazlıkların önüne geçilmesi amaçlanmıştır. Ticari hayattaki ihtiyaçları karşılayan yeknesak nitelikli bu kurullar ayrıntılı düzenlemeler içerdiğinden kanunlar ihtilafı kurallarına başvurmaya gerek kalmamaktadır. Incoterms’in temel olarak düzenlediği konular, malların teslimi ve belgelerin teslimi sırasında alıcı ve satıcının yükümlülükleri, hasarın geçişi ve masrafların paylaşımıdır.

Bu kapsamda çalışmamızda, öncelikle Incoterms kurallarının tarihi ve içeriği incelendikten sonra Incoterms gruplarına göre teslim şekilleri ve hasarın geçişi hususu üzerinde durulacaktır. Son olarak ise Incoterms kurallarının hukuki niteliğinden bahsedilecek, standart sözleşme terimi olmalarının yanı sıra ticari teamül kapsamında değerlendirilmeleri üzerinde durulacaktır.

I. Uluslararası Satım Sözleşmesi ve Incoterms

A. Genel Olarak Incoterms

Ticari terimler uzun süreler boyunca belli bir sektörde oluşan ticari uygulama ve teamülleri yansıtır. Bununla birlikte, ticari terimlere dair anlayış ve uygulama ülkeler arasında farklılık arz etmektedir. MTO'nun Incoterms düzenlemesi ticari terimlerin yorumlanmasını standardize ederek yorum farklılıklarını ortadan kaldırmayı amaçlamaktadır.¹ Söz konusu yorum farklılıkları uluslararası ticaret aktörleri arasında belirsizlik ve uyuşmazlıklara sebebiyet vermektedir. Yetkili mahkeme ve uygulanacak kanunlar ihtilafı kurallarının önceden öngörülememesi de belirsizliği arttırmaktadır.² Bu nedenle, ticari terimlerin yorumlanması ile ilgili standart kurallara ihtiyaç duyulmuştur. Bu yönüyle MTO'nun düzenlemesi dünya çapındaki bilinirliği ile uluslararası ticaret aktörlerine belirlilik ve işlem güvenliği sağlamaktadır.³

Incoterms tanım itibarıyla, taraf iradeleri ile sözleşmenin bir parçası haline getirilerek, malların teslimi, hasarın geçişi taşıma ve sigorta sözleşmeleri ile ithalat ve ihracat işlemlerine ilişkin masrafları kimin karşılayacağı konularını içeren yeknesak kurallar bütünüdür.⁴ Diğer bir deyişle, Incoterms genel olarak mallarla ilgili masraf ve risklerin hangi tarafa ait olacağını, bunların hangi andan itibaren bir taraftan diğer tarafa intikal edeceğini düzenlemektedir.⁵

Kitapçıkta her bir teslim şekli açıklama bölümünde satıcının yükümlülükleri (a) ve alıcının yükümlülükleri (b) başlıkları altında 10 bölümde detaylı olarak belirtilmiştir. Bunlar 1'den 10'a kadar sırasıyla genel borçları, teslim tesellümü, hasarın geçişini, taşımayı kimin üstleneceğini, sigortayı kimin ya-

¹ AĞAOĞLU, Cahit, "Incoterms 2020", Public and Private International Law Bulletin, İstanbul Üniversitesi Yayınevi, Prof. Dr. Cemal Şanlı'ya Armağan, C. 40, S. 2, 2020, s. 1117; DOĞAN, Vahit, Milletlerarası Ticaret Hukuku, Ankara, 2020, s. 245; ERDEM, H. Ercüment, "Incoterms 2010", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Köksal Bayraktar'a Armağan, 2010, s. 219; KARACA, Hüseyin Akif, Milletlerarası Özel Hukukta Incoterms, İstanbul, 2020, s. 7.

² KARACA, s. 7.

³ AYOĞLU, Tolga, Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari Adet-Teamüller Olarak Lex Mercatoria, 2. Bası, İstanbul, 2011, s. 322.

⁴ AYOĞLU, s. 319; KARACA, s. 6.

⁵ EKŞİ, Nuray, Milletlerarası Ticaret Hukuku, 4. Bası, İstanbul, 2020, s. 198.

pacağını, teslim taşıma belgesini kimin düzenleyeceğini, ihracat ve ithalat için gerekli gümrük işlemlerini kimin yapacağını, ambalajlamayı kimin yapacağını, masraf paylaşımını ve tarafların ihbar yükümlülüklerini düzenlemektedir.⁶

Incoterms 2020 Incoterms'in son versiyonudur. 2020'de yapılan değişikliklerin amacı Incoterms'in daha basit, yalın ve anlaşılır olmasıdır.⁷ Genel olarak, kullanıcının doğru terimi seçmesi amacıyla bazı geliştirmelere gidilmiş, "Giriş" bölümü daha ayrıntılı ele alınarak her bir terim için açıklayıcı notlar yazılmıştır. Terimler, taşıma yöntemine göre deniz taşımacılığına özgü ve her türlü taşımacılıkta kullanılacak terimler olarak sınıflandırılabilir gibi satıcının sorumluluğunun derecesine göre EXW, F, C ve D grubu terimler şeklinde de sınıflandırılabilir. Aynı harfle başlayan terimler, ufak farklılıklar haricinde, tarafların hak ve borçları bakımından birbirlerine oldukça yakın olduklarından kanaatimizce harflere göre yapılan sınıflandırma terimlerin anlaşılması açısından daha çok kolaylık sağlamaktadır.

Milletlerarası ticari ilişkilerin ülke içi ticari ilişkilerden farklı olması nedeniyle, problemlerin çözümü bakımından milletlerarası ticaretin kendine özgü kurallarından hareket edilmesi gerektiği savunulmaktadır. Incoterms de MTO tarafından kodifiye edilen milletlerarası ticari kuralların en somut örneklerinden birini oluşturmaktadır.⁸

Taraflar bir takım pratik gerekçeler doğrultusunda ticari ilişkilerinde milli hukuk düzenlerinden kaçınma ihtiyacı duymaktadırlar. Milli hukuk düzenlerine tabi olunmaktan kaçınılmasının bir diğer sebebi ise kanun koyucuların maddi hukuk alanında düzenlemeler yaparken iç hukukta doğabilecek uyumsuzlukları dikkate almaları olarak kabul edilebilir.⁹ Bu durumda taraflar, milli karakteri haiz olmayan ancak uluslararası ticari ilişkilerde etkinliği kabul edilen bir takım ilke ve kuralları aralarındaki sözleşmeye uygulanmak üzere seçebilirler mi? "*Lex mercatoria*" veya "milletlerarası ticaretin otonom kuralları" şeklinde ifade edilen bu tür kurallara; genel hukuk prensipleri, milletlerarası alanda yeknesak kurallar oluşturmayı amaçlayan sözleşmeler, tip sözleşmeler, MTO gibi milletlerarası organizasyonların kuralları örnek verilebilir.

Doktrinde milli karakteri haiz olmayan ilke veya kuralların sözleşme statüsü olarak seçimi hususunda değişik görüşler bulunmaktadır. Görüş farklılıklarının nedeni bu tür kuralların niteliğinden kaynaklanmaktadır.¹⁰ Baskın

⁶ Konuyla ilgili şema için bkz. <https://www.utikad.org.tr/Images/Duyuru/08012020incoterms2020414196.pdf>.

⁷ AĞAOĞLU, s. 1127.

⁸ ŞANLI, Cemal / ESEN, Emre / ATAMAN-FİGANMEŞE, İnci, Milletlerarası Özel Hukuk, 9. Bası, İstanbul, 2021, s. 15.

⁹ DOĞAN, Vahit, Milletlerarası Özel Hukuk, 8. Bası, Ankara, 2020, s. 404-405, dn. 399.

¹⁰ DOĞAN, Milletlerarası Özel, s. 405.

görüşe göre bu tür ilkeler bir hukuk düzeni olmadığı için milletlerarası özel hukuk anlamında bir hukuk seçiminden bahsedilemeyecektir.¹¹ Tarafların sözleşmelerinde *Lex mercatoria*'yı sözleşme statüsü olarak seçmelerine açık bir sınırlama getirilmemiştir fakat sözleşmenin taraflarına uygulanacak hukuku seçebilme imkanı tanıyan düzenlemelerde “hukuk”tan bahsedilmiştir. Bu nedenle, bir ülkede pozitif geçerliliği olmayan kuralların sözleşme statüsü olarak seçilmesi zor gözükmemektedir.¹²

Incoterms kuralları nitelik itibariyle daha çok *soft law* kavramı içerisinde değerlendirilmektedirler.¹³ Zira milletlerarası kuruluşlarca hazırlanan ve çeşitli isimlerle adlandırılan kuralları ifade etmek için devletin yarattığı hukuk kavramından farklı olarak kendiliğinden bağlayıcılığı ve yaptırım gücü olmayan kurallar olan *soft law* kavramı kullanılmaktadır.¹⁴ Milletlerarası kuruluşların yasama gücü olmadığından bunlar tarafından hazırlanan kuralların bağlayıcılık kazanması tarafların iradesine bağlıdır.¹⁵ Diğer bir deyişle, bu kuralların nazara alınıp uygulanabilmesi için tarafların bu kuralları sözleşme hükmü haline getirmiş olmaları gerekmektedir. Taraflar arasında bu yönde bir mutabakat bulunmaması halinde hâkim re'sen Incoterms kurallarını uygulayarak uyuşmazlığı maddi çözüme kavuşturamayacaktır.¹⁶

Türk hukukunda bütün teslim şekillerini düzenleyen bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte, mülga Türk Ticaret Kanunu'nda deniz yoluyla taşınacak malların satımına ilişkin olarak sözleşmelerde en çok kullanılan teslim şekilleri olan CIF (*Cost, Insurance Freight*) ve FOB (*Free On Board*) m.1138-1149 arasında düzenlenmişti.¹⁷ 2012 tarihinde yürürlüğe giren 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda¹⁸ (TTK) teslim şekillerine ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Tarafların MTO kurallarına atıfta bulun-

¹¹ GÜNGÖR, Gülin, Türk Milletlerarası Özel Hukuku, 2. Bası, Ankara, 2021, s. 181; TEKİNALP, Gülbören, Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama ve Usul Hukuku Kuralları, 13. Bası, İstanbul, 2020, 282; TIRYAKIOĞLU, Bilgin, Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Aktilerine Uygulanacak Hukuk, Ankara, 1996, s. 24.

¹² DOĞAN, Milletlerarası Özel, s. 405. Klasik kanunlar ihtilafı sistemini kabul etmiş olan hukuk sistemleri, *lex mercatoria*'nın “bir hukuk olmadığı ancak hukuk kuralı olarak nitelendirilebileceği” sebebiyle taraflarca uyuşmazlığın esasına uygulanmak üzere seçilemeyeceğini kabul etmektedirler. Bkz. YENER KESKİN, Cansu, Milletlerarası Ticari Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıklara *Lex Mercatoria*'nın Uygulanması, Ankara, 2022, s. 140.

¹³ AĞAOĞLU, s. 1116.

¹⁴ AĞAOĞLU, s. 1116.

¹⁵ AĞAOĞLU, s. 1116; EKŞİ, s. 2; ERCAN, Tayfun, “Incoterms 2020 Kılavuzundaki Teslim Şekillerinin Analizi”, Gaziantep University Journal of Social Sciences, C. 20, S. 3, 2021, s. 1189.

¹⁶ DOĞAN, s. 243.

¹⁷ EKŞİ, s. 197.

¹⁸ RG, 14.01.2011, S. 27846.

ması ile bunlar sözleşmenin bir parçası haline gelmektedirler.¹⁹ Bu durumda TTK'daki hükümlere başvurulmasına gerek kalmayacaktır. Bu noktada belirtmek gerekir ki, sözleşmede tercih edilen Incoterms kuralının sözleşmenin esasına uygulanacak hukukun emredici kurallarına aykırı olmaması gerekmektedir.²⁰ Milletlerarası satım sözleşmelerinden doğan bir uyuşmazlık Türk mahkemelerinin önüne geldiğinde Türk mahkemesi kendi kanunlar ihtilafı kurallarına göre sözleşmeye uygulanacak hukuku belirleyecek, şayet bu hukuk Türk hukuku ise sözleşmede seçilen Incoterms'in uygulanabilirliği açısından Türk Borçlar Kanunu²¹ (TBK) ve TTK'daki emredici hükümleri dikkate alacaktır.

B. Tarihsel Gelişimi

Ticari satışlarda hasarın intikaliyle ilgili ilk çalışmalar Milletlerarası Hukuk Derneği tarafından (*International Law Association*) başlatılmıştır. MTO tarafından ise uluslararası ticarete kullanılacak olan terimlere ilişkin Milletlerarası Ticaret Derneği ile 1919 yılında Fransa, İngiltere, Belçika, İtalya gibi ülkelerle birlikte Amerika Birleşik Devletleri'nde düzenlenen konferansta ticari terimlerin hazırlanmasına ilişkin prensipler belirlenmiştir. 1921 yılında gerçekleşen kongrede ise "*Trade Terms*" kitapçığının hazırlanmasına karar verilmiştir.²² Bu broşürde toplam 6 çeşit teslim şekli belirlenmiştir.

MTO tarafından Incoterms adıyla ilk yeknesak kurallar 1936 yılında düzenlenmiştir.²³ Bu kurallar 1953, 1967, 1976, 1980, 1990, 2000, 2010 ve son olarak da 2020 yılında bazı değişikliklere uğramışlardır.²⁴ Her yapılan değişiklikle, uluslararası ticaretin taraflarının ihtiyaçları karşılanmaya ve bir önceki versiyondaki eksiklikler giderilmeye çalışılmıştır.²⁵ Incoterms kuralları ticari uygulamaları yansıttıklarından ötürü ticari uygulamalarda önemli değişiklikler olduğu ölçüde yenilenmektedirler.²⁶

Incoterms 2020 Incoterms kurallarının en yeni versiyonudur. Bu tarihten sonra yapılan sözleşmelere taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça 2020 kuralları uygulanacaktır. Eğer taraflar daha eski versiyonunun uygulanmasını istiyorlarsa bunu açıkça belirtmeleri gerekir. Herhangi bir versiyonun belirtilmemesi

¹⁹ Bkz. III, A.

²⁰ EKŞİ, s. 198.

²¹ RG, 4.02.2011, S. 27836.

²² AĞAOĞLU, s. 1118; DOĞAN, s. 245.

²³ ÇALIŞKAN, Yusuf, "Uluslararası Satımda 2020 INCOTERMS Kuralları ve Hasarın Geçişi", *Public and Private International Law Bulletin*, İstanbul Üniversitesi Yayınevi, C. 41, S. 1, 2021, s. 234.

²⁴ DOĞAN, s. 246.

²⁵ ERCAN, s. 1189.

²⁶ KARACA, s. 7.

halinde sözleşme yapıldığı tarihte yürürlükte olan en son Incoterms versiyonunun uygulanacağı varsayılır.²⁷

Incoterms alıcı ile satıcı arasındaki hukuki ilişkiyi düzenleyen kurallardan oluşmakta olduğundan, satım sözleşmesi dışındaki diğer sözleşmeler bakımından -hizmet sözleşmesi, eser sözleşmesi gibi- uygulama alanı bulamayacaktır.²⁸ Bununla beraber, Incoterms'in MTO tarafından oluşturulması iç ticarete kullanılmasına engel değildir.²⁹ Incoterms 2010 değişikliklerinde, MTO tarafından yayımlanan Incoterms 2010 kitapçığının önsözünde, terimlerin hem iç hem de dış ticarete kullanılmaya elverişli olduğu belirtilmiştir.³⁰ Bunun en önemli nedenlerinden biri Avrupa Birliği gibi dünyanın çeşitli bölgelerinde kurulan ticaret birliklerinin, ülkeler arasındaki gümrük formalitelerini önemsiz hale getirmesi ve Amerika Birleşik Devletleri'nde eski Ticaret Kanunu'nda yer alan teslim kurallarının yerine Incoterms'in kullanılmasına ilişkin beliren iradedir.³¹

C. İçeriği

Satım sözleşmesinde satıcının temel borcu, sözleşme konusu mallar ile mallara ilişkin belgeleri teslim etmek ve malların mülkiyetini geçirmek iken, alıcının temel borcu ise malları teslim almak ve malın bedelini ödemektir.³² Taşınırlarda şeyin zilyetliğinin devri ile mülkiyetin geçirilmesi kural olarak aynı zamanda olur.³³ Teslim, malların zilyetliğinin alıcıya devredilmesi amacıyla satıcının yerine getirmekle yükümlü olduğu harekettir.³⁴

Incoterms uluslararası satım sözleşmelerinin konusu olan bütün meseleleri düzenlememektedir.³⁵ Incoterms uluslararası satım sözleşmelerine konu olan şu hususları düzenlememektedir: Satım sözleşmesinin olup olmadığı, satılan malın özellikleri, ödeme yeri, zamanı, yöntemi, mülkiyetin geçişi, sözleşmeye aykırılık durumunda başvurulacak çözüm yöntemleri veya uygu-

²⁷ EKŞİ, s. 198.

²⁸ DOĞAN, s. 243; ERCAN, s. 1189.

²⁹ AĞAOĞLU, s. 1117; ERCAN, s. 1189.

³⁰ ERDEM, s. 224.

³¹ AĞAOĞLU, s. 1118; ERDEM, s. 224.

³² YAVUZ, Cevdet / ACAR, Faruk / ÖZEN, Burak, Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, 16. Bası, İstanbul, 2019, s. 33-34. ZEVKLİLER, Aydın / GÖKYAYLA, K. Emre, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 20. Bası, İstanbul 2020, s. 102.

³³ YAVUZ / ACAR / ÖZEN, s. 34; ZEVKLİLER / GÖKYAYLA, s. 118. Türk hukukunda kabul edilen sistem bu şekildedir. Hukuk sistemlerinde bu konuda farklı düzenlemeler bulunmaktadır. Daha detaylı bilgi için bkz. II, C.

³⁴ ZEVKLİLER / GÖKYAYLA, s. 119.

³⁵ ERDEM, s. 221.

lanacak hukuk, sözleşme yükümlülüklerinin yerine getirilmesinde gecikme, mücbir sebepler ve aşırı ifa güçlüğü, ithalat ve ihracat kısıtlamaları.³⁶

Incoterms kuralları temel olarak, alanına giren konularda tarafların yükümlülüklerini belirlemektedir. Esas olarak satıcının ana edimi olan teslim ile hasarın geçişi konularının üzerinde durmaktadır.³⁷ Satıcının malları alıcıya nerde ve ne zaman teslim edeceğini düzenlemektedir. Bu teslimle beraber hasar satıcıdan alıcıya intikal etmektedir. Dolayısıyla hasarın nerde ve ne zaman bir taraftan diğerine geçeceğini bu kurallar belirler.³⁸ Ayrıca, satıcı ve alıcının hangi masraflardan sorumlu olacağını da belirlemektedir. Teslim hükümleri sözleşmenin ifası için vazgeçilmez hükümlerdir. Teslim hükümleri olmadan taraflar yükümlülüklerini bilemezler. Bu yükümlülüklerin yerine getirilmesinin sonuçları ise diğer sözleşme hükümleri ve uygulanacak hukuk tarafından düzenlenir.³⁹

Incoterms kuralları her ne kadar satım sözleşmesinin bir parçası olsa da aynı zamanda uluslararası mal satımı kapsamında yapılan diğer hukuki işlemler veya sözleşmelerle de bağlantısı vardır. Bu sebeple, Incoterms kurallarının parçası olduğu satım sözleşmesi ile taşıma sözleşmesinin, sigorta sözleşmesinin ve ödeme yöntemi olarak kullanılan akreditif sözleşmesinin birbirleriyle uyumlu olmaları gerekir. Mesela satım sözleşmesi uyarınca satıcının akreditif gereğince ödeme alması için gereken ve taşıma sözleşmesi uyarınca satıcı lehine düzenlenmesi gereken bir taşıma belgesine ihtiyaç duyulabilir. Bu durumda taşıma ve akreditif sözleşmelerini, Incoterms kurallarının parçası olduğu satım sözleşmesi ile uyumlu hale getirmek satım sözleşmesinin taraflarının görevidir.⁴⁰

II. Incoterms Kurallarında Teslim ve Hasarın Geçişine Dair Genel Esaslar

A. Incoterms Grupları

Yukarıda da bahsettiğimiz üzere Incoterms kuralları 2010 versiyonundan itibaren deniz taşımacılığında kullanılan kurallar ve tüm taşıma şekillerinde kullanılabilen kurallar olmak üzere ikili şekilde sınıflandırılabilir gibi terimlerin baş harflerine göre satıcının sorumluluğunun asgariden azamiye doğru gittiği şekilde de gruplandırılabilir. EXW, F, C ve D gruplarında satıcının sorumluluğu E'den D'ye doğru gittikçe artmaktadır. Incoterms kurallarının birbirine en uzak noktada bulunan iki kuralı EXW ile DDP'dir. Birbirine iki

³⁶ ÇALIŞKAN, s. 238; EKŞİ, s. 204.

³⁷ AĞAOĞLU, s. 1119; DOĞAN, s. 252; ERDEM, s. 220.

³⁸ EKŞİ, s. 198; ERDEM, s. 220.

³⁹ KARACA, s. 14.

⁴⁰ KARACA, s. 14.

zıt noktada bulunan E Grubu teslim şekli ile D Grubu teslim şekilleri arasında üç adet -FCA, FAS ve FOB olmak üzere- F Grubu teslim şekli ve 4 adet -CPT, CIP, CFR ve CIF olmak üzere- C Grubu teslim şekli bulunmaktadır.⁴¹

B. Gruplara Göre Teslim

EXW, F ve C Grubu teslim şekillerindeki teslim yeri işlemin satıcı tarafından yapılır. Bu Incoterms kurallarına göre yapılan satışlar yükleme yerinde satış olarak da adlandırılır. F ve C Grubu teslim şekillerinde hasar alıcıya ana taşımanın satıcı tarafında geçer. Öyle ki satıcı, malların varma noktasına ulaşmış ulaşmadığından bağımsız olarak teslim yükümlülüğünü yerine getirmiş olur.⁴²

F’li ve C’li terimler aralarında malların alıcı tarafa taşınması için sözleşme yapan, bu taşımayı ayarlayan tarafın satıcı mı yoksa alıcı mı olduğu konusunda farklılık gösterir. F’li terimlerde taraflar aksini kararlaştırmadıkça bu tür ayarlamaları yapan alıcıdır. Bu durumda, taşıma sözleşmesini yapan, ücretini ödeyen, nakil aracını belirleyen taraf alıcıdır. C’li terimlerde ise bu taşımayı ayarlama yükümlülüğü satıcıya aittir.⁴³ Bu noktada tekrar belirtmek gerekir ki taşımanın satıcı tarafından organize edilmiş olması bu esnada ortaya çıkabilecek hasarlardan satıcının sorumlu olduğu anlamına gelmez.

EXW teslim şeklinde satıcı, malı kendisinin belirlediği bir teslim noktasında alıcı için hazır etmekle yükümlüdür. Alıcı malı satıcı nezdinde teslim alır, bu nedenle malı teslim borcu aranacak borçtur.⁴⁴ Belirlenen yer satıcının kendi işyeri de olabilir. Satıcı gümrük işlemlerini yapmak veya ihracat izinlerini almakla yükümlü değildir. Aynı zamanda yükleme risk ve maliyetlerini de üstlenmez. Bu yönleriyle bu EXW satıcı için en az yükümlülük getiren terimdir.⁴⁵

F Grubu teslim şekillerinde ise (Ana Taşıma ödenmemiş olarak) satıcı malları alıcı tarafından belirlenen bir taşıyıcıya teslim eder. Satıcı, ihracat için gerekli gümrük işlemlerini yerine getirmekle mükelleftir. Satıcı nakliye ve sigorta masraflarını ödemez. FCA, FAS ve FOB teslim şekilleri bu gruba aittir. Terimdeki F harfi İngilizcedeki “free” kelimesinin baş harfi olup “masrafsız” anlamındadır.⁴⁶ Bu gruptaki terimlerde taşımaya ilişkin masraflar alıcı tarafından karşılanır.⁴⁷ Satıcı malları taşıma rizikolarına karşı sigorta ettirmekle

⁴¹ AĞAOĞLU, s. 1124.

⁴² AĞAOĞLU, s. 1124; KARACA, s. 16.

⁴³ ÇALIŞKAN, s. 244.

⁴⁴ ZEYTİN, Zafer, Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hukuku CISG- INCOTERMS, 4. Bası, Ankara, 2022, s. 380.

⁴⁵ ÇALIŞKAN, s. 242; EKŞİ, s. 205.

⁴⁶ AĞAOĞLU, s. 1125.

⁴⁷ ZEYTİN, s. 380.

yükümlü değildir fakat alıcı dilerse bu tür bir sigortayı kendi adına ve hesabına masrafları da kendine ait olmak üzere yaptırabilir. F Grubu terimler, satıcı malları teslim borcunu, yükleme limanında ifa ettiğinden yüklemede satışlar grubundadır.⁴⁸

C grubu teslim şekillerinde (Ana Taşıma ödenmiş olarak) satıcı, nakliyeyle bir taşıma sözleşmesi yapar ve masrafları üstlenir. Satıcı ihracat izinlerinin alınmasından sorumludur. C Grubu, CFR, CIF, CPT ve CIP Incoterms kurallarını içermektedir. Bu gruptaki terimlerin diğer terimlerden ayrıldığı iki kritik nokta vardır. Bunlardan biri satıcının hangi noktaya kadar taşıma sözleşmesini yapmak ve taşımanın masraflarını karşılamakla yükümlü olduğu diğeri ise hasarın geçişiyle ilgilidir.⁴⁹ Masrafların varma yerine kadar ödenmesi, satıcının teslim borcunu varma yerinde yerine getirdiğini göstermez.⁵⁰ Teslim, malları yükleme yerinde gerçekleşir. Satıcı malları kendisinin belirlediği ve taşıma sözleşmesi yaptığı taşıyıcıya teslim etmekle teslim yükümlülüğünü yerine getirdiğinden, malların taşıyıcıya teslim edildiği andan itibaren hasar satıcıdan alıcıya geçer. Satıcı, sözleşmede belirlenen teslim yerinden terimde belirtilen varma yeri ve kararlaştırılmışsa buradaki ilgili noktaya kadar malların taşınması için kendi belirlediği taşımacı ile taşıma sözleşmesi yapmakla yükümlüdür. Taşıma sözleşmesi mutada uygun, olağan koşullar ve rota içerecek şekilde yapılmalıdır.⁵¹

C grubunda, CIP ve CIF terimlerinde diğer terimlerden farklı olarak satıcı taşıma sözleşmesine ilave olarak alıcı hesabına sigorta sözleşmesi de yapmak zorundadır. Risk teslim anında alıcıya geçtiğinden yapılan sigorta sözleşmesi alıcı yararına olmalıdır. Sigorta sözleşmesi alıcı veya mallar üzerinde sigortalanabilir menfaati olan diğer kişilerin sigortacıya doğrudan başvurusunu mümkün kılacak nitelikte olmalıdır.⁵² Sigorta, malların belirtilen teslim noktasından varma yerine kadarki taşımayı kapsamalıdır. Geleneksel sigorta klozlarının hiçbiri, malların doğasından kaynaklı risk ve masraflar ile uygun olmayan paketleme ve gecikmeden kaynaklı kayıp ve zararlar için koruma içermez. Gemi sahiplerinin iflası veya ödeme güçlüğüne düşmesi de genel olarak sigortanın kapsamı dışındadır. Standart sigorta savaş, ayaklanma, grev vb. durumlardan kaynaklanabilecek riskleri de kapsamaz. Bu risklere karşı satıcı masrafları alıcıya ait olmak üzere alıcı yararına ek sigorta yaptırabilir.⁵³

⁴⁸ AĞAOĞLU, s. 1125.

⁴⁹ AĞAOĞLU, s. 1126; ÇALIŞKAN, s. 244.

⁵⁰ EKŞİ, s. 221; ZEYTİN, s. 382.

⁵¹ AĞAOĞLU, s. 1142-1143; EKŞİ, s. 221.

⁵² KARACA, s. 30; AĞAOĞLU, s. 1125.

⁵³ KARACA, s. 43.

D Grubu teslimlerde ise satıcı malları alıcı tarafında belirli bir yere veya varış limanına teslim etmekle yükümlüdür. Bu grupta DAP, DPU ve DDP teslim şekilleri bulunmaktadır. “D” grubu terimlerde satıcı malların varma yerine veya noktasına ulaşmasından sorumlu olup bu aşamaya kadarki bütün masrafları karşılar. Aynı zamanda bu aşamaya kadar hasar da satıcı üstündedir. Bu sebeple boşaltmada satışlar grubu içinde yer alırlar.⁵⁴ Burada götürülecek borç söz konusudur, malın teslim borcunun ifası alıcı nezdinde gerçekleşir.⁵⁵ D grubu teslim şekillerinden olan satıcının azami düzeyde yükümlülük altına girdiği DDP, tüm teslim şekilleri içinde ithalat için gerekli gümrük vergilerini de ihracatçının ödediği tek teslim şeklidir.⁵⁶ Malların ithalatçı ülkede belirlenen yerde hazır bulundurulmasıyla satıcının teslim yükümlülüğü sona erer.⁵⁷

İlgili Incoterms teriminin yanında belirtilmesi gereken yer veya liman kurallarının işlevi açısından çok önemlidir. Bu yer veya liman hangi terimin seçildiğine bağlı olarak EXW ve F terimlerinde teslim yerini, C terimlerinde sadece varma yerini, D terimlerinde ise hem teslim hem varma yerini belirler. E, F ve D gruplarında terimin yanında belirtilen yer teslim yerini ifade ettiğinden hasarın ve masrafların geçişi açısından çok önemlidir. C terimlerinde teslim, deniz taşımacılığında kullanılan CFR ve CIF terimlerinde mallar gemiye yüklendiğinde, her türlü taşımacılık şeklinde kullanılabilen CPT ve CIP terimlerinde mallar taşıyıcıya tevdi edildiğinde gerçekleşmektedir. Hasarın geçişi de teslim anında olacağından C terimlerinde teslim yeri sözleşmede mutlaka belirtilmelidir.⁵⁸

C. Hasarın Geçişi

Hasarın geçişi konusundaki düzenlemeler hukuk sistemlerine göre farklılıklar göstermektedir. Bazı ülke hukukları sözleşmenin yapılmasıyla birlikte, malın alıcıya tesliminden önce ilke olarak hasarın alıcıya intikal edeceğini öngörürken, bazı hukuk sistemleri ise alıcıya teslim ile hasarın intikal edeceğini kabul etmişlerdir.⁵⁹ Üçüncü bir sisteme göre ise, hasar malike aittir. Dolayısıyla yarar ve hasar mülkiyetin devredildiği ana kadar satıcıya ait olacaktır.⁶⁰

Örneğin Fransız hukukunda, Medeni Kanun madde 1583 uyarınca malın mülkiyeti alıcıya sözleşme kurulduğu anda geçmektedir. Mülkiyet geçişi

⁵⁴ AĞAOĞLU, s. 1126.

⁵⁵ ZEYTİN, s. 380.

⁵⁶ ÇALIŞKAN, s. 248.

⁵⁷ EKŞİ, s. 215.

⁵⁸ KARACA, s. 16.

⁵⁹ DOĞAN, Milletlerarası Özel, s. 415.

⁶⁰ EREN, Fikret, Borçlar Hukuku-Özel Hükümler, 7. Bası, Ankara, 2019, s. 47.

için ne malın teslimine ne de bedelin ödenmesine gerek vardır. Sözleşmenin kurulma anında malın mülkiyetinin alıcıya geçmesi, malda meydana gelebilecek hasarlara da sözleşmenin kurulmasından itibaren alıcının katlanması anlamına gelmektedir.⁶¹ Fransız hukukunda benimsenen “*Res perit domino*” bir başka deyişle “hasara malik katlanır” prensibi uyarınca, malın teslimden önce hasara uğraması halinde alıcı yine de bedeli ödemekle yükümlü olacaktır.⁶² Fransız hukukunda böyle bir sistem benimsenmesinin hem pratik hem de teorik sebepleri bulunmaktadır. Malın mülkiyetinin sözleşmenin kurulması ile alıcıya geçmesi alıcının direkt olarak malik olmasını, özellikle tekrar satımlar için yapılan alımlarda malın bedelinin ödenmesinin beklenmemesini sağladığından ticari hayatta malların dolaşımını kolaylaştırmaktadır. Bu prensibin benimsenmesinin teorik sebebi ise alıcıya malların mülkiyetini geçirme gibi bir borç yüklenmesinin tercih edilmemesidir.⁶³ Mülkiyetin geçişi satım sözleşmesinin yasal sonucu olarak benimsenmiştir. Kanaatimizce de Fransız sisteminde benimsenen mülkiyetin satım sözleşmesinin kurulması ile geçişi ve bu doğrultuda hasarın alıcı tarafa intikalinin de sözleşmenin kurulduğu anda gerçekleşmesi pratik açıdan taraflara kolaylık sağlamaktadır.

Alman hukuku ve Türk hukukunda ise emtianın zilyetliğinin alıcıya devredilmesi ile hasar alıcıya intikal etmektedir (TBK m.298/1; art.446 BGB).⁶⁴ Türk hukukunda satıcı, sözleşmenin kurulduğu anda satılan şeyin mülkiyetini ve zilyetliğini alıcıya devir borcu altına girebileceği gibi, sözleşmede kararlaştırılmasına bağlı olarak belirli bir süre sonra da bu borcunu ifa ile yükümlü olabilir.⁶⁵ Uygulamada, milletlerarası ticari ilişkilerde, satım sözleşmesinin yapılmasından sonra zilyetliğin devredilmesi ve buna bağlı olarak da mülkiyetin devri belli bir zaman sonra gerçekleşmektedir. Sözleşmenin yapılması ile teslim ve mülkiyetin nakli arasında geçen süre, satım konusu malda meydana gelebilecek olan hasar ve ziyana kimin katlanacağı meselesi konusunda önem arz etmektedir.⁶⁶

Hasarın geçişinin sözleşmeye dayalı bir sorun mu olduğu yoksa aynı hakka ilişkin mi olduğu farklı ülke hukuklarına göre değişiklik gösterebilmektedir. Bu hususun tespiti hasarın intikalinin tabi olacağı hukuk bakımından önem arz etmektedir. Türk hukukunda genel kabul gören anlayışa göre, hasarın geçişi sözleşmeye dayalı bir sorundur. Bu nedenle, taraflar aksine bir

⁶¹ BENABENT, Alain, Droit Des Obligations, 14ème édition, 2014, s. 273.

⁶² BENABENT, s. 273.

⁶³ Cours de Droit, “Transfert de Propriété et le Transfert des Risques”, 2019, bkz. <https://cours-de-droit.net/la-delivrance-de-la-chose-dans-le-contrat-de-vente-a121603900-4/>.

⁶⁴ ZEVKLİLER / GÖKYAYLA, s. 48; EREN, s. 47; DOĞAN, s. 223.

⁶⁵ EREN, s. 46.

⁶⁶ DOĞAN, s. 221.

sözleşme yapmadıkları takdirde sözleşme statüsü hasarın geçişi bakımından da uygulama alanı bulacaktır.⁶⁷

Hasarın geçişi konusunda yukarıda bahsedilen hukuk sistemleri arasındaki farklılıklar nedeniyle MTO tarafından Incoterms düzenlenirken hasarın geçişine özel önem verilmiştir.⁶⁸ Tarafların sözleşmelerinde yetki tanımları halinde hasarın geçişi konusu da Incoterms kapsamında değerlendirilecektir.⁶⁹ Kanaatimizce hasarın geçişi konusunda belirsizlik ve uyuşmazlık yaşanmaması adına milletlerarası satım sözleşmesi taraflarının sözleşmelerinde Incoterms teslim şekillerine yetki tanımları önemlidir. Incoterms teslim şekillerine sözleşmede yer verilmesi halinde taraflar aynı zamanda sözleşmenin ifa yerini de belirlemiş olacaklardır.⁷⁰

Satıcı teslimde dair kurallara göre teslim yükümlülüğünü yerine getirdiği anda hasar alıcıya geçmektedir. Teslimin düzenlendiği kurallarda, satıcının teslim yükümlülüğünü yerine getirmesi için malların alıcı tarafından teslim alınması veya zilyetliğin devredilmesi şartı aranmamıştır.⁷¹ Kanaatimizce Fransız sistemiyle amaçlanan pratik faydanın benzeri de Incoterms'in sözleşmeye dahil edilmesi ile sağlanmaktadır. Satıcının teslim yükümlülüğünü yerine getirmesi için, Türk hukukundan farklı olarak zilyetliğin devri şartının aranmaması satıcıya yüklenen borç anlamında kolaylık sağlamaktadır. Ayrıca sözleşmeye uygulanacak hukuk ne olursa olsun teslim ve hasarın geçişi bakımından sözleşmede belirlenen Incoterms teslim şeklinin uygulama alanı bulması taraflara hukuki belirlilik sağlamaktadır.

Hasarın geçişi bütün Incoterms türlerinde A3/B3 hükümlerinde düzenlenmiştir. Hasar kavramı eşya hasarı ve borca ilişkin hasar olarak ikiye ayrılmaktadır. Geniş anlamda hasar olarak da adlandırılan eşya hasarı eşyanın yok olması veya maddi anlamda zarar görmesini, değerinin azalmasını ifade eder. Hasarın geçişi kapsamında incelediğimiz dar anlamda hasar olarak da nitelendirilen borca ilişkin hasar ise sözleşmenin kurulması ile edimin ifa anına kadar meydana gelen ifaya engel bir durumun olumsuz ekonomik sonuçlarına kimin katlanacağını ifade etmektedir.⁷² Satıcı, hasar gerçekleşmesine rağmen yeni mal sağlanması yoluyla borcunu ifa etmekle yükümlüyse olumsuz sonuçlara satıcı katlanırken, mal hasara uğramasına rağmen alıcının bedel ödeme yükümlülüğü devam ediyorsa olumsuz sonuçlara alıcı katlanıyor demektir.

⁶⁷ DOĞAN, Milletlerarası Özel, s. 415.

⁶⁸ DOĞAN, Milletlerarası Özel, s. 415; DOĞAN, s. 253.

⁶⁹ ÇALIŞKAN, s. 242.

⁷⁰ ŞANLI / ESEN / ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 473.

⁷¹ KARACA, s. 19.

⁷² KARACA, s. 17.

Incoterms'de hasarın geçişi altında düzenlenen hasar, ithalat ihracat yasakları gibi hukuki veya fiyat dalgalanmaları gibi ekonomik riskleri değil, kazara gerçekleşen fiziki zarar ve ziyanı kapsar. TBK'da hasar kavramı tanımlanmış değildir. Keza, 01.08.2011 tarihinde Türkiye tarafından onaylanan, menkul satımına ilişkin sözleşmelerde uygulama alanı bulan Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması, bir diğer adıyla Viyana Satım Anlaşması'nda da hasar kavramının tanımına dair hüküm bulunmamaktadır. Bununla beraber, Viyana Satım Anlaşması ve TBK anlamında hasar, taraflardan birine veya yardımcılarına yükletilemeyen, tesadüfi olarak ortaya çıkan bir olay sebebiyle sözleşme konusu emtianın kısmen veya tamamen yok olması şeklinde tanımlanabilmektedir.⁷³ Meydana gelen hasarın satıcının veya alıcının kusurundan kaynaklanmaması gerekir. Hasar, üçüncü kişilerin davranışlarından, mücbir sebepten veya taşıma sırasındaki kazalardan dolayı meydana gelen zararı ifade eder. Incoterms ile düzenlenen hasar da satıcının veya alıcının eylemlerinden kaynaklı, uygun olmayan ambalajlama sonucu meydana gelen zarar gibi zararları içermez. Bu durumda zarar, hasarın geçiş anından sonra oluşsa dahi, malların satıcı tarafından sözleşmeye uygun olmayan şekilde teslim edilmesinden kaynaklı olduğundan teknik anlamda hasar yoktur. Bu durumda satıcı borca aykırılıktan meydana gelen zarardan sorumlu olacaktır.⁷⁴

Hasarın alıcıya geçme anından sonra eğer Incoterms kurallarında belirtilen risk gerçekleşirse alıcı, malları sözleşmeye uygun olarak teslim almamış veya hiç teslim almamış olsa dahi bedeli ödemekle yükümlü olacaktır. Şayet malların uğradığı zarar satıcıya atfedilebilen sebeplerle gerçekleşmişse, bu durumda zarar taşıma riskinden gerçekleşmemiş demektir. Bu durumda alıcı uygulanacak hukuka göre bedeli ödemekten kaçınabilecek veya satıcı uygulanan hukuka göre sözleşme ihlalinden sorumlu tutulabilecektir.⁷⁵

Zararın meydana gelmesini veya gelmişse zararın artmasını önleyebilecek olan taraf mallar üzerinde fiili hakimiyete sahip taraf olduğundan teslim prensibinin benimsenmesinin sözleşme veya mülkiyetin geçişi prensiplerine göre daha adil olduğu savunulmaktadır.⁷⁶

III. Incoterms Kurallarının Hukuki Niteliği

Incoterms prensip olarak taraflarca sözleşmeye eklenmesi konusunda irade ortaya konulmadığı sürece bağlayıcılık kazanmaz. Bu durumda

⁷³ ZEYTİN, s. 268.

⁷⁴ KARACA, s. 18.

⁷⁵ KARACA, s. 20.

⁷⁶ KARACA, s. 20.

Incoterms'in hukuki niteliğinin belirlenmemesinde yarar bulunmaktadır. Doktrinde bu konuda farklı görüşler yer almaktadır.⁷⁷ Incoterms, nakliye ve teslim konularında uzun zamandır süregelen yerleşik uygulamaların bir yansıması olarak hazırlanmıştır. Bu bakımdan yazılı olmayan uluslararası hukuk kuralları niteliğindeki uluslararası örf ve adet kuralları ile de benzerlik göstermektedir.⁷⁸ Önemli olan nokta şudur ki uluslararası örf ve adet kuralları uyuşmazlığa uygulanacak bir hüküm bulunmaması halinde kendiliğinden uygulanacak olan kurallardır.

A. Standart Sözleşme Terimleri Görüşü ve Incorporation

Standart sözleşme terimleri, belli sözleşme türlerinde kullanılmak üzere önceden hazırlanmış sözleşme hükümleridir.⁷⁹ Bu özellikleri nedeniyle sözleşmenin parçası haline getirildiklerinde kapsamına giren meselelerin her birinin sözleşmede ayrı ayrı müzakere edilmesi gerekliliğini ortadan kaldırır.⁸⁰ Çoğunlukla MTO gibi kuruluşlar tarafından hazırlanan bu terimler sözleşmenin ifasını kolaylaştırır. Standart sözleşme terimleri taraflara hukuki belirlilik ve kesinlik sağlar.

Standart sözleşme terimleri *incorporation* yoluyla sözleşmenin bir parçası haline getirilebilirler. *Incorporation* bir belgenin atıf yolu ile bir başka belgenin parçası haline getirilmesidir.⁸¹ Bir başka deyişle taraflar, belirli bir devlete ait hukuk sistemi dışında, uygulama alanı bir ülke ile sınırlanmamış, birden çok ülkeyi kapsayan hukuk kurallarının, bir takım genel işlem şartları veya standart sözleşmelerin, bir takım kod, kural veya milletlerarası antlaşma hükümlerinin sözleşmelerine uygulanmasını öngörmeleri mümkündür.⁸² Bu seçim kanunlar ihtilafı anlamında bir hukuk seçimi değildir.⁸³ Tarafların seçmiş oldukları kurallar sözleşme hükmü haline gelirler ve bu sıfatla sözleşmeye uygulanırlar. Milletlerarası özel hukukta buna "*incorporation*" işlemi denmektedir.⁸⁴ Tarafların sözleşme hükmü haline getirmiş oldukları bu düzenlemeler, sözleşmenin esasına uygulanacak hukukun emredici hükümlerine aykırı olmamalıdır.⁸⁵

⁷⁷ DOĞAN, s. 243.

⁷⁸ AĞAOĞLU, s. 1120.

⁷⁹ DOĞAN, s. 59.

⁸⁰ KARACA, s. 44.

⁸¹ EKŞİ, s. 66; DOĞAN, s. 58.

⁸² ÇELİKEL, Aysel / ERDEM, Bahadır, Milletlerarası Özel Hukuk, 16. Bası, İstanbul, 2020, 412.

⁸³ ŞANLI, Cemal, Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, 7. Bası, İstanbul, 2019, s. 63.

⁸⁴ ÇELİKEL / ERDEM, s. 412; ŞANLI, Ticari Akitler, s. 63.

⁸⁵ EKŞİ, s. 198; ÇELİKEL / ERDEM, s. 412.

Incoterms içeriği itibariyle yeknesak kurallardan oluşsa da hukuki niteliği itibariyle standart sözleşme terimidir. Incoterms'in standart sözleşme terimi niteliğinde olduğu ve *incorporation* yoluyla sözleşme parçası haline getirilebileceği MTO'nun Incoterms 2010'a dair yayımladığı raporlarda belirtilmiş ve tavsiye edilmiştir. Incoterms, düzenlediği konularda, alıcı ve satıcının yükümlülüklerini düzenleyen maddi hukuk normları olarak *incorporation* yoluyla tarafların sözleşmeye koyduğu sözleşme hükmü haline gelirler.⁸⁶

Incoterms'in standart sözleşme terimi olmasının yanı sıra, bir ticari ilişkinin taraflarınca kendi aralarında ticari alışkanlık haline getirilmesi de tamamen iradelerine bağlı olması nedeniyle mümkündür. Ticari alışkanlık, tarafların ticari ilişkileri boyunca belli bir konuda aynı şekilde hareket etmesi ile oluşur. Standart sözleşme terimlerinin *incorporation* yoluyla sözleşme hükmü haline getirilmediği durumlarda taraflar arasında terimlerin ticari alışkanlık olarak uygulanması önem arz etmektedir.⁸⁷ Ancak Incoterms düzenlemelerinin ticari teamül vasfını haiz olup olmadığı ayrıca incelenmesi gereken bir konudur.

B. Ticari Teamül Görüşü

Genel olarak bakıldığında, milletlerarası özel hukuk açısından örf ve âdet bugün önemli bir hukuk kaynağı teşkil etmemektedir. Yazılı kanunlar ihtilafı kurallarının esas alındığı hukuk sistemlerinde uygulanacak hukuk kuralları kanunlarla tespit edilmiştir.⁸⁸ Milletlerarası ticaret hukukunda ise milletlerarası ticaret ve ekonomi camiasının geliştirdiği pek çok kod, genel şartlar ve teamül kuralları bulunmaktadır. Bunlar maddi hukuk kurallarıdır ve uluslararası karakterli ticari sözleşmelerde yaygın şekilde uygulama alanı bulmaktadır. Ticari adet ve teamüller milletlerarası ticaret hukukunda milli hukuk sistemlerine oranla daha önemli bir role sahiptir.⁸⁹ Bu kurallar milletlerarası ticaret hayatının ihtiyaçlarından doğmuşlardır.⁹⁰ Milletlerarası ticari teamüller "hukuk olarak kabul edilmiş genel bir uygulamanın delili" oldukları noktada milletlerarası teamül olarak kabul edilmektedirler.⁹¹

Milletlerarası teamülün nasıl uygulanacağı hususu ise sözleşmeye uygulanacak hukuk tarafından açıklığa kavuşturulacak bir husustur. Hâkim kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca sözleşmenin esasına uygulanacak hukuku tespit

⁸⁶ KARACA, s. 46; GÜNGÖR, s. 30; ŞANLI / ESEN / ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 279.

⁸⁷ KARACA, s. 45.

⁸⁸ ÇELİKEL / ERDEM, s. 45.

⁸⁹ AYOĞLU, s. 164; YENER KESKİN, s. 207.

⁹⁰ ŞANLI / ESEN / ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 13.

⁹¹ GÜNGÖR, s. 29.

ettikten sonra, söz konusu hukuk sistemi ticari adet ve teamüllere nasıl bir uygulama atfediyorsa, ticari teamüller o statüde uygulama alanı bulacaktır.⁹²

Ticari teamüller Kıta Avrupası ülkelerinde çoğunlukla ikincil hukuk kaynağı olarak kabul edilmekte ve sözleşmenin yorumlanmasında bir araç olarak kullanılmaktadır.⁹³ Alman Medeni Kanun'unda sözleşmelerin yorumlanmasında ve ifasında iyi niyet ve dürüstlük kuralı ilkeleriyle beraber ticari teamüllerin de esas alınacağı belirtilmiştir.⁹⁴ Bu maddede belirtilen ticari teamüller faaliyet gösterilen sektörün bütünü tarafından bilinen ve yeknesak şekilde uygulanan kurallardır. İngiliz hukukunda ise örf ve adetler bir hukuk kuralı olarak kabul edilirken, ticari teamüller bir hukuk kaynağı olmadığından kendiliğinden bağlayıcı güce sahip değildirler. Tarafların açık iradeleriyle sözleşme hükmü yapılmaları halinde veya tarafların varsayılan iradeleriyle sözleşmeye dahil oldukları kabul edilerek uygulanırlar. Anglosakson hukukunda ise ticari teamüller yorum aracı olmanın yanı sıra tacir hukukunun bir parçası olarak uygulanabileceklerdir.⁹⁵

Türk hukukunda ise kıta Avrupası sistemlerinde olduğu gibi ticari teamül, sözleşme hükmü niteliğinde kabul edilmemektedir. Zira, TTK m.2'de, aksine hüküm yoksa, ticari örf ve âdet niteliğinde olduğu belirlenmediği sürece teamüllerin hükme esas alınmayacağı belirtilmiştir. TTK m.2/f.1 uyarınca bunlar ancak irade açıklamalarının yorumunda dikkate alınacaktır.

Bütün hukuk sistemlerinde ticari teamüller ile taraflar arasındaki alışkanlıkların etkisi ve fonksiyonu farklı olmakla beraber, bağlayıcı oldukları kabul edilmektedir. Hukuk sistemleri bakımından farklılık arz eden husus, ticari teamüllerin taraflar arasındaki ilişkide varsayımsal iradeye dayalı olarak sözleşme içeriğini mi oluşturduğu yoksa sadece sözleşmenin yorumunda mı kullanılabilirliği. Incoterms kurallarının sözleşmenin içeriğine dahil oldukları kabul edildiği takdirde bu kurallar tarafların hak ve yükümlülüklerinin tespitinde kullanılabilirken, diğer halde Incoterms kuralları tarafların iradelerini tespit amacıyla yorum aracı olarak kullanılabilirlerdir.⁹⁶

Incoterms her hâlükârda standart sözleşme terimi olarak *incorporation* yoluyla sözleşme hükmü olarak uygulanabileceği gibi, taraflar Incoterms kurallarının uygulanmasını aralarında ticari alışkanlık haline de getirmiş olabilirler. Standart sözleşme terimi niteliğinde olan Incoterms'in ayrıca bir ticari teamül niteliğinde olup olmadığı ve bağlayıcılığı hususunda ise uluslararası

⁹² YENER KESKİN, s. 138.

⁹³ YENER KESKİN, s. 207.

⁹⁴ AĞAOĞLU, s. 1120; KARACA, s. 48.

⁹⁵ KARACA, s. 48-49; YENER KESKİN, 207.

⁹⁶ KARACA, s. 56.

iş dünyası tarafından kabul edilmesi, düzenli ve yaygın uygulama neticesinde o sektörde uygulanmasının diğer aktörlerce beklenebilir olması kriterlerine bakılacaktır.⁹⁷ Bu kriterlerin sağlanması halinde Incoterms, sözleşmeye uygulanacak olan hukukun ticari teamüle atfettiği fonksiyona göre ya sözleşmenin bir parçası ya da yorum aracı olarak kullanılabilir.⁹⁸

Sonuç

Incoterms uluslararası ticari sözleşmelerde ülkeden ülkeye değişebilecek ve taraflar arasında belirsizlik yaratması nedeniyle uyumsuzluğa sebebiyet verebilecek yorum farklılıklarının giderilmesi amacıyla MTO tarafından oluşturulan, tek başına bağlayıcılığı olmayan kılavuz niteliğinde kurallardır. Bu kurallar genel olarak uluslararası satım sözleşmelerinde malların tesliminin ne şekilde gerçekleşeceğini ve hasarın hangi anda satıcıdan alıcıya intikal edeceğini ve taşıma sözleşmenin kim tarafından yapılacağını düzenlemektedirler.

Incoterms teslim şekillerinin en uç noktasında yer alan EXW teslim şekli satıcının ihracat izinlerini dahi almasına ve bunların masraflarını ödemesine gerek olmayan satıcının iş yerinde malları alıcının belirlediği taşımacının alması için hazır etmesinin yeterli olduğu teslim şeklidir. Satıcı bu şekilde teslim yükümlülüğünü ifa etmiş olacak ve kendisine atfedilebilecek bir neden olmadığı müddetçe bu andan itibaren mallarda meydana gelebilecek hasarlardan sorumlu olmayacaktır. Bu kapsamda taşıma sırasında mallarda bir hasar meydana gelmiş olsa bile alıcı satıcıya sözleşmede kararlaştırılan tam bedeli ödemekle yükümlü olacaktır.

Incoterms teslim şekillerinin diğer ucunda yer alan D’li terimlerde ise satıcı malların alıcının ülkesine varmasından dahi sorumludur. Taşıma sözleşmesini yapıp masraflarını karşılamakla birlikte, teslim ve dolayısıyla hasarın geçişi de sözleşmenin alıcı tarafında meydana gelecektir. Malların alıcının ülkesinde belirlenen noktada teslimi gerçekleşene kadar mallarda bir hasar meydana gelmesi halinde satıcı sözleşmenin diğer hükümlerine veya esasa uygulanacak hukuka göre borca aykırılıktan sorumlu olacak, alıcı da söz konusu hukuka göre kendisine tanınmış hakları kullanabilecektir.

F grubu teslim şekillerinde ise satıcı kendi ülkesinde belirlenen noktada alıcı tarafından belirlenmiş ve yine alıcı tarafından sözleşme yapılmış taşıyıcıya malları teslim ederek edimini ifa etmiş olacak ve o anda mallar üzerinde meydana gelebilecek hasarların riski alıcıya geçecektir. Yine satıcıya atfedilebilecek bir neden olmadığı sürece o andan itibaren mallarda meydana gelebi-

⁹⁷ Incoterms’ün, bugün gördüğü geniş kabul nedeniyle milletlerarası teamül düzeyine ulaştığı belirtilebilir. Bkz. GÜNGÖR, s. 30, dn. 23; ŞANLI / ESEN / ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 15.

⁹⁸ KARACA, s. 58.

lecek hasarlardan kaynaklı zararların ekonomik sonuçlarına alıcı katlanacak, malların bedelini satıcıya ödemekle yükümlü olmaya devam edecektir.

Teslim şekillerinde özellik arz eden grup ise C grubu teslim şekilleridir. Bu kapsamda taşımacıyı seçen, taşıma sözleşmesini yapan ve seçilen terime göre, malları varış yerine gidene kadar taşıma esnasında meydana gelebilecek hasarlardan dolayı sigorta ettirmek zorunda kalabilecek olan taraf satıcıdır. Sözleşmede seçilen terimin yanına varış limanı yazılmaktadır. Fakat malların teslim yeri varış limanı olmadığından, sözleşmede satıcının ülkesindeki teslim yeri kararlaştırılmak zorundadır. Kararlaştırılan yerde teslim gerçekleştiğinde hasar satıcıdan alıcıya intikal edecektir. Satıcı kendisine atfedilebilecek bir sebep bulunmadığı sürece malların taşıyıcıya teslimi anından sonra mallarda meydana gelebilecek hasarlardan sorumlu olmayacaktır.

Incoterms, tarafların sözleşmeye dahil etmesiyle hasarın geçişi konusunda bir sözleşme hükmü niteliğinde olacak ve hukuk sistemlerinde farklılık arz eden bu hususta sözleşmeye uygulanacak hukuktan bağımsız olarak mallarda meydana gelebilecek hasarın ne zaman satıcıdan alıcıya geçeceği konusunda açıklık sağlayacaktır. Bu sayede taraflar hasarın geçişi konusunda yaşanabilecek hukuki belirsizlikten kurtulacaklardır. Örneğin Fransız hukukunda malın mülkiyetinin alıcıya geçişi sözleşmenin kurulduğu anda gerçekleştiğinden “hasar malike aittir” prensibi uyarınca hasar da sözleşme kurulduğu anda alıcıya intikal etmektedir. Oysaki Türk hukukunda hasar zilyetliğin devriyle gerçekleşen teslim ile alıcıya geçmektedir. Incoterms teslim için zilyetliğin devrini aramamış, kuralda belirlenen teslim gerçekleştiğinde, mülkiyetin geçişinden bağımsız olarak -mülkiyetin geçişi Incoterms ile düzenlenmeyen konular arasında olduğundan- hasarın alıcıya intikal edeceğini öngörmüştür.

Son olarak Incoterms kurallarının hukuki niteliğine gelecek olursak, bu kuralların standart sözleşme terimi olarak taraf iradeleriyle *incorporation* yolu ile sözleşmenin bir parçası haline getirilebilecek kurallar oldukları konusunda bir soru işareti bulunmamaktadır. Bu durumda bu terimler tarafların hak ve yükümlülüklerini belirleyen, sözleşmeye uygulanacak hukukun emredici kurallarına aykırı olmadıkları sürece uygulanabilecek olan sözleşme hükümleri haline geleceklerdir. Tarafların açık iradeleriyle bu terimleri sözleşmenin parçası haline getirmedikleri hallerde ise doktrindeki baskın görüşe göre, bu kurallar sektörde uluslararası aktörlerce uygulanması alışkanlık haline gelmiş ve bu nedenle diğer aktörlerce de uygulanması beklenebilecek bir ticari teamül olarak değerlendirilerek yine de uygulanabilecek fakat sözleşmeye uygulanacak hukukun ticari teamüllere yüklediği etki ve fonksiyona göre tarafların varsayılan iradesi uyarınca sözleşme hükmü gibi mi uygulanacakları yoksa sadece sözleşmenin yorumlanmasında bir araç olarak mı kullanılacakları farklılık arz edecektir.

Kaynakça

- AĞAOĞLU, Cahit, “Incoterms 2020”, Public and Private International Law Bulletin, İstanbul Üniversitesi Yayınevi, Prof. Dr. Cemal Şanlı’ya Armağan, C. 40, S. 2, 2020.
- AYOĞLU, Tolga, Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari Adet-Teamüller Olarak Lex Mercatoria, 2. Bası, İstanbul, 2011.
- BENABENT, Alain, Droit Des Obligations, 14ème édition, 2014.
- ÇALIŞKAN, Yusuf, “Uluslararası Satımda 2020 INCOTERMS Kuralları ve Hasarın Geçişi”, Public and Private International Law Bulletin, İstanbul Üniversitesi Yayınevi, C. 41, S. 1, 2021.
- ÇELİKEL, Aysel / ERDEM, Bahadır, Milletlerarası Özel Hukuk, 16. Bası, İstanbul, 2020.
- DOĞAN, Vahit, Milletlerarası Ticaret Hukuku, Ankara, 2020.
- DOĞAN, Vahit, Milletlerarası Özel Hukuk, 8. Bası, Ankara, 2020 (Milletlerarası Özel).
- EKŞİ, Nuray, Milletlerarası Ticaret Hukuku, 4. Bası, İstanbul, 2020.
- ERCAN, Tayfun, “Incoterms 2020 Kılavuzundaki Teslim Şekillerinin Analizi”, Gaziantep University Journal of Social Sciences, C. 20, S. 3, 2021.
- ERDEM, H. Ercüment, “Incoterms 2010”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Köksal Bayraktar’a Armağan, 2010.
- EREN, Fikret, Borçlar Hukuku-Özel Hükümler, 7. Bası, Ankara, 2019.
- GÜNGÖR, Gülin, Türk Milletlerarası Özel Hukuku, 2. Bası, Ankara, 2021.
- KARACA, Hüseyin Akif, Milletlerarası Özel Hukukta Incoterms, İstanbul, 2020.
- ŞANLI, Cemal / ESEN, Emre / ATAMAN-FİGANMEŞE, İnci, Milletlerarası Özel Hukuk, 9. Bası, İstanbul, 2021.
- ŞANLI, Cemal, Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, 7. Bası, İstanbul, 2019 (Ticari Akitler).
- TEKİNALP, Gülören, Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama ve Usul Hukuku Kuralları, 13. Bası, İstanbul, 2020.
- TİRYAKİOĞLU, Bilgin, Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk, Ankara, 1996.
- YAVUZ, Cevdet / ACAR, Faruk / ÖZEN, Burak, Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, 16. Bası, İstanbul, 2019.
- YENER KESKİN, Cansu, Milletlerarası Ticari Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıklara Lex Mercatoria’nın Uygulanması, Ankara, 2022.
- ZEVKLİLER, Aydın / GÖKYAYLA, K. Emre, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 20. Bası, İstanbul, 2020.
- ZEYTİN, Zafer, Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hukuku CISG-INCOTERMS, 4. Bası, Ankara, 2022.

ÇEVİRİ

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Mamełka / Polonya Davası^(*)

European Court of Human Rights Case of Mamełka v. Polonya

Dr. Öğr. Üyesi Veysel Candan CANOĞLU^(**)

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ
DÖRDÜNCÜ BÖLÜM
MAMEŁKA / POLONYA DAVASI

(Başvuru No: 16761/07)
Strazburg
17 Nisan 2012
KESİNLEŞME
17/07/2012

Bu karar, Sözleşme'nin 44'üncü maddesinin 2'nci fıkrası uyarınca kesinleşmiş olup şekli değişikliklere tabi tutulabilir.

Mamełka / Polonya davasında,

Başkan

David Thór Björgvinsson,

Yargıçlar

Lech Garlicki,

Päivi Hirvelä,

Ledi Bianku,

Zdravka Kalaydjieva,

Nebojša Vučinić,

Vincent A. De Gaetano

ve Bölüm Yazı İşleri Müdürü Lawrence Early'nin katılımıyla Daire olarak toplanan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (Dördüncü Bölüm), 27 Mart 2012 tarihinde yaptığı gizli müzakereler sonucunda, yine aynı tarihte aşağıdaki kararı vermiştir:

^(*) Çeviriye konu karar için bkz. [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22tabview%22:\[%22document%22\],%22itemid%22:\[%22001-110465%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22tabview%22:[%22document%22],%22itemid%22:[%22001-110465%22]), (ET: 21.11.2022).

^(**) Kocaeli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı,
E-posta: canoglu.veysel@gmail.com,
Orcid ID: <https://orcid.org/0000-0003-1244-8737>.

Çevirinin geliş tarihi: 21.11.2022 - Çevirinin kabul tarihi: 11.12.2022.

USUL

1. Bu davanın konusunu Polonya vatandaşı Bay Wieńczysław Mamelka'nın (Başvurucu) Polonya Cumhuriyeti'ne karşı İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme'nin (Sözleşme) 34'üncü maddesi uyarınca 10 Nisan 2007 tarihinde yaptığı (no: 16761/07) başvuru oluşturmaktadır.

2. Polonya Hükûmeti (Hükûmet) kendi Dışişleri Bakanlığında görev alan Bay J. Wołasiwicz tarafından temsil edilmiştir.

3. Başvurucu yerel mahkemenin hakkında verdiği koşullu salıverilme kararının ardından cezaevinden yedi günlük gecikmeyle tahliye edilmesini şikâyet etmiştir.

4. Başvuru 15 Haziran 2009 tarihinde Hükûmete iletilmiştir. Ayrıca başvurunun kabul edilebilirliğinin ve esasının aynı anda incelenmesine karar verilmiştir (m. 29/1).

OLAYLAR

I. Davanın Koşulları

5. Başvurucu 1962 doğumludur ve Łódź'ta yaşamaktadır.

6. Başvurucu, Potulice Cezaevinde hapis cezasını çekmekteydi. Hapis cezasının infaz süreci 26 Mayıs 2007 tarihinde sona erecekti.

7. Organize suç örgütünün üyesi olarak hareket ederken işlenen suçlardan dolayı suçlu bulunan kişiler hakkında uygulanan Ceza Kanunu'nun hükümlerine göre, başvurucu hakkında verilen hapis cezasının dörtte üçünün infaz edildiği 12 Temmuz 2006 tarihinde erken koşullu salıverilme (warunkowe przedterminowe zwolnienie) hükümleri uygulanabilir hâle gelmiştir. Anılan tarihten sonra başvurucu, birkaç kere koşullu salıverilmesi için mahkemeden talepte bulunmuştur. Ancak bu talepler reddedilmiştir.

8. 11 Ocak 2007 tarihinde Bydgoszcz İlk Derece Mahkemesi (Sąd Okręgowy), iki yıllık deneme süresiyle başvurunun erken koşullu salıverilmesine karar vermiştir. Bu kapsamda Mahkeme, başvurucuyu kendi görevlilerinden birisi aracılığıyla gözetim altına almış ve ona birtakım yükümlülükler yüklemiştir.

9. 19 Şubat 2007 tarihinde Gdańsk Temyiz Mahkemesi (Sąd Apelacyjny), Bydgoszcz İlk Derece Mahkemesinin verdiği kararı onamıştır.

10. Gdańsk Temyiz Mahkemesi tarafından verilen kararın bir örneği, 20 Şubat 2007 tarihinde başvurucuya tebliğ edilmiştir.

11. Resmî salıverilme tutanağına göre başvurucu, 26 Şubat 2007 tarihinde serbest bırakılmıştır.

II. İlgili İç Hukuk

A. İlgili Anayasa Hükümleri

12. Polonya Anayasası m. 41/1 şu şekildedir:

“Herkes kişi dokunulmazlığı ve özgürlüğüne sahiptir. Özgürlüğün sınırlandırılması ve bundan yoksun bırakılması ancak kanunda öngörölmüş usul ve ilkelere göre uygun şekilde yapılabilir.”

B. Hapis Cezası İnfaz Olunanlar Açısından Koşullu Salıverilme

13. 1997 tarihli Ceza Kanunu m. 77/1 şu şekildedir:

“Mahkeme, hakkında hapis cezası verilmiş olan hükümlünün suçun işlenmesinden önceki davranışları, karakteri, şahsi durumu ve yaşam tarzı, suçun işleniş biçimi ve suçun işlenmesinden sonraki ve cezanın infazındaki davranışlarına bakarak hükümlünün koşullu salıverildikten sonra kanunlara uyacağı ve bilhassa yeniden suç işlemeyeceği kanaatine varırsa cezasının bir kısmının cezaevinde infaz edilmesi yerine koşullu salıverilmesine karar vererek hükümlüyü serbest bırakabilir.”

14. Ceza Kanunu m. 78/1-3, hükümlünün koşullu salıverilme talebinde bulunabilmesi için hükümlü ve cezanın türüne bağlı olarak cezaevinde geçirmesi gereken sürenin alt sınırını düzenlemektedir. Ancak koşullu salıverilme kararı verilebilmesi için sağlanması gereken Ceza Kanunu m. 77/1’de yer alan şartların mevcut olup olmadığı mahkemenin takdirindedir.

C. Koşulu Salıverilme Kararının İnfazı

15. Koşullu salıverilme kararı verildiğinde hükümlü, Adalet Bakanlığının 27 Ağustos 1998 tarihli Özgürlüğü Bağlayan Zorlayıcı Tedbirler ile Tutuklama ve Cezaların İnfazına İlişkin İdari İşlemler Yönetmeliği’nde (Zarządzenie) yer alan idari formaliteler tamamlandıktan sonra serbest bırakılmalıdır.

Anılan Yönetmelik’in 3’üncü paragrafının ilgili yerleri şu şekildedir:

“Bütün idari formaliteler gecikmeksizin (niezwłocznie) yerine getirilmelidir.. Bu özellikle (...) bilgi ve resmî bildirimlerin iletilmesi (...) ve serbest bırakılmayla ilgilidir.”

Yönetmelik’in 104.2’nci paragrafı, hükümlünün koşullu salıverilmesine dair kararın bir nüshasının alınması üzerine serbest bırakılmasını öngörmektedir. Serbest bırakma, ilgili evrakın cezaevi tarafından alındığı gün içerisinde yapılmalıdır (Yönetmelik m. 104/3).

Yönetmelik'te koşullu salıverilme kararının infaz edilmesiyle ilgili olarak özel bir zaman aralığı bulunmamaktadır.

16. Anayasa Mahkemesi 13 Ocak 2004 tarihli Özgürlüğü Bağlayan Zorlayıcı Tedbirler ile Tutuklama ve Cezaların İnfazına İlişkin İdari İşlemler Yönetmeliği'nde yer alan boşluklara ilişkin gözlemlerini ortaya koyduğu 4 Ekim 2011 tarihli kararında, tutukluların serbest bırakılmalarında yaşanan gecikmelerden dolayı bu sorunun ortadan kaldırılması amacıyla uygun kanuni tedbirlerin alınması gerektiğini belirtmiştir.

Anayasa Mahkemesi mevcut düzenlemelerin mahkemece verilen karar üzerine tutuklunun derhâl serbest bırakılmasına yönelik güvence sağlamadığını ifade etmiştir. Özellikle bilgi ve iletişim teknolojilerinin gelişimi ışığında tutuklunun serbest bırakılmasını öngören mahkeme kararının aslının ceza infaz kurumuna teslim etmesine ilişkin yükümlülüğün artık haklı olarak kabul edilemeyeceğini ifade etmiştir.

Ayrıca Anayasa Mahkemesi mevcut durumun Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde yer alan hükümlerle uyumlu olmadığını gözlemlemiştir. Özellikle Anayasa Mahkemesi özellikle özgürlük hakkının, kişinin haksız yere özgürlüğünden alıkonulmasına neden olabilecek Devlete atfedilebilen sistemsel eksikliklerin giderilmesinin yetkililerin görev alanında olduğunu vurgulayan Mahkemenin 6 Mart 2007 tarihli Gębura / Polonya (no: 63131/00) ve 18 Mart 2008 tarihli Ladent / Polonya (no: 11036/03) kararlarına atıfta bulunmuştur.

HUKUKİ DEĞERLENDİRME

I. Sözleşme'nin 5'inci Maddesinin 1'inci Fıkrasının İhlal Edildiği İddiası

17. Başvurucu, koşullu salıverilmesine ilişkin Gdańsk Temyiz Mahkemesi tarafından 19 Şubat 2007 tarihinde verilen kararın üzerinden yedi günlük bir gecikme yaşandıktan sonra serbest bırakılması nedeniyle şikâyetçi olmuştur. Başvurucu, Sözleşme'nin 5'inci maddesinin 1'inci fıkrasında şu şekilde yer alan hükmü gerekeç göstermiştir:

“1. Herkes özgürlük ve güvenlik hakkına sahiptir. Aşağıda belirtilen hâller dışında ve yasanın öngördüğü usule uygun olmadan hiç kimse özgürlüğünden yoksun bırakılamaz:

(a) kişinin, yetkili bir mahkeme tarafından verilmiş mahkûmiyet kararı sonrasında yasaya uygun olarak tutulması; ...”

18. Hükümet bu iddiaya itiraz etmiştir.

A. Kabul Edilebilirlik Yönünden

19. Hükûmet, başvuruçunun Polonya hukukunda kendisi için öngörölmüş olan iç hukuk yollarını tüketmediğı gereçesiyle ön itirazda bulunmuştur.

20. Bu kapsamda Hükûmet başvuruçunun kamu görevlilerinin görevlerini yerine getirirken gerçekleştirdikleri hukuka aykırı eylemlerden dolayı ortaya çıkan zararlar için Devlet Hazinesinden tazminat talep edebileceğini ileri sürmüştür. Bu istemin dayanağı olarak ise Medeni Kanun m. 444 ve m. 445/2 ile bağlantılı olarak m. 417’de yer alan hüküm dayanak olarak gösterilmiştir (bkz. aşağıdaki 23. paragraf). Ayrıca Hükûmet başvuruçunun kişilik haklarının ihlal edilmesi nedeniyle tazminat talep edebilmesine ilişkin Medeni Kanun’un 448’inci maddesiyle bağlantılı olan 24’üncü maddesi kapsamında da dava açmasının mümkün olduğunu ileri sürmüştür.

21. Başvurucu bunlara katılmamaktadır.

22. Mahkeme, yerleşik içtihadına göre, Sözleşme’nin 35’inci maddesinin 1’inci fıkrasında yer alan iç hukuk yollarının tüketilmesine ilişkin kuralın amacının bu iddiaların Mahkemeye sunulmadan önce Sözleşmeci Devletlere, iddia edilen ihlalleri önleme ve telafi etme olanağının verilmesi olduğunu yinelemektedir (bkz. *Dankevich / Ukrayna*, no: 40679/98, § 107, 29 Nisan 2003). Davalı Devlet, iç hukuk yollarının tüketilmediğini iddia ettiğinde başvuruçunun hem etkili hem de ulaşılabilir bir yolu kullanmadığını kanıtlaya yükümlülüğüne sahip olmaktadır (*McFarlane / İrlanda*, 31333/06, § 107).

23. Mahkeme Hükûmetin ulusal mahkemelerin uygulamalarında haksız fiilden dolayı Devletin Hazinesine karşı kazanılan davalardan birkaç örnek sunduğunu belirtmektedir. Ancak bu örneklerden hiçbirini tutuklunun gecikmeli bir şekilde serbest bırakılmasıyla doğrudan ilgili değildir. Nitekim toplamı hatalı şekilde hesaplanmış bir hapis cezasının infaz edildiğı (kararlar no. III Ca 1646/06, Gdańsk İlk Derece Mahkemesi, 31 Ocak 2007; J.Z. tarafından ve no. II Ca 1355/2008, Poznań İlk Derece Mahkemesi, 7 Ekim 2008, T.C. tarafından), bir disiplin hapsinin hukuka aykırı şekilde infaz edildiğı (*kara porzqdkowa aresztu*) (kararlar no. IC 127/08, Wrocław-Śródmieście Bölge Mahkemesi, 20 Ekim 2008; T.A. tarafından) ve hapis cezasının ertelenmesine ilişkin bir kararın hukuka aykırı şekilde kaldırılarak bu cezanın infaz edildiğine ilişkin kararlara atıfta bulunmuşlardır (karar no. III. Ca 39/05, Nowy Sącz Regional İlk Derece Mahkemesi, 15 Şubat 2005; W.O. tarafından). Mahkeme Hükûmetin dayanmış olduğu ulusal içtihatların Medeni Kanun m. 444 ve m. 445/2 ile bağlantılı olarak m. 417’ye dayanan tazminat talebinin söz konusu zamanda mevcut davanın özel koşulları açısından etkili bir yol olduğunu göstermek için yargı mercilerinin kararlarında yeterli düzeyde yerleşmiş bir uygulamanın bulunduğunu kanıtlamayacağını belirtmektedir.

24. Ayrıca Mahkeme Hükûmetin Medeni Kanun'un 448'inci maddesiyle bağlantılı olarak 24'üncü maddesi kapsamında açılan davaların ilgili zamandaki etkinliğinin kanıtlanması amacıyla örnek olarak herhangi bir ulusal mahkeme kararını sunmamış olduğunu gözlemlemektedir.

25. Bundan dolayı Mahkeme davanın özel koşullarında Hükûmetin, iç hukuk yollarının tüketilmediği gerekçesiyle ileri sürmüş olduğu kabul edilemezlik iddiasının reddedilmesi gerektiği sonucuna varmıştır.

26. Bununla beraber Mahkeme işbu başvurunun Sözleşme'nin 35'inci maddesinin 3'üncü fıkrasının a bendi kapsamında açıkça dayanaktan yoksun olmadığını kabul etmektedir. Ayrıca başvurunun kabul edilemez olduğuna ilişkin başka bir sebebin bulunmadığını belirtmektedir. O hâlde kabul edilebilir olduğu beyan edilmelidir.

B. Esas Yönünden

1. Tarafların Argümanları

27. Başvurucu 19 Şubat 2007 ile 26 Şubat 2007 tarihleri arasında cezaevinde hukuka aykırı şekilde tutulduğunu ileri sürmüştür.

28. Mahkeme işbu başvurunun esas yönünden Hükûmetin görüş bildirmediğini belirtmektedir.

2. Mahkemenin Değerlendirmesi

29. Mahkeme tutulmanın herhangi bir şeklinin yasalara uygun yapılması gerektiğini tekrar eder. “*Yasanın öngördüğü usule uygun*” şeklindeki ibare esasen ulusal hukuka ilişkin olup usule ve esasa ilişkin hükümlere uyma yükümlülüğünü ortaya koymaktadır. Bu ibare aynı zamanda bireyin özgürlüğünü bağlayan herhangi bir uygulamanın Sözleşme'nin 5'inci maddesinin amacına uygun olmasını, diğer bir ifadeyle bireyin keyfi uygulamalardan korunmasını gerektirmektedir (bkz. Winterwerp / Hollanda, 24 Ekim 1979, § 39, A Serisi no. 33; ve Lukanov / Bulgaristan, 20 Mart 1997, § 41, Karar ve Yargılama Raporu, 1997-II).

30. Mahkeme ayrıca özgürlük hakkına yönelik istisnaların Sözleşme'nin 5 § 1 maddesinde bir liste hâlinde sıralandığını ve bu istisnalara dair yalnızca daraltıcı bir yorumun anılan hükmün amacına uygun olduğunu tekrar etmektedir. Bundan dolayı Mahkeme tutulanların serbest bırakılmalarında yaşanan gecikmelere ilişkin şikâyetleri dikkatli bir şekilde incelemektedir (bkz. Quinn / Fransa, 22 Mart 1995, § 42, A Serisi no. 311; Giulia Manzoni / İtalya, 1 Temmuz 1997, § 25, Karar ve Yargılama Raporu 1997-IV; K.-F. / Almanya, 27 Kasım 1997, §§ 70, Karar ve Yargılama Raporu 1997-VII; Labita / İtalya

[GC], no. 26772/95, § 170, ECHR 2000-IV; ve Nikolov / Bulgaristan, no. 38884/97, § 80, 30 Ocak 2003).

31. Sözü edilen tarihteki Polonya hukukundaki koşullu salıverilme kurumunun özelliklerine göre, Mahkeme hapis cezasına ilişkin asgari süreyi tamamladıktan sonra başvurunun koşullu salıverilme hükümlerinden yararlanmak için başvuruda bulunma hakkına sahip olduğunu belirtmektedir. Adalet Bakanlığının 27 Ağustos 1998 tarihli Yönetmeliği'nde öngörüldüğü üzere, gerekli formalitelerin tamamlanmasıyla beraber koşullu salıverilme kararı verildikten sonra başvuru gecikmeksizin serbest bırakılma hakkına sahiptir.

32. Mevcut davanın koşullarına dönüldüğünde Mahkeme, başvurunun hapis cezasının infazının devam ettiğini ve 12 Temmuz 2006 tarihinde koşullu salıverilmeye hak kazandığını belirtmektedir. 11 Ocak 2007 tarihinde Bydgoszcz İlk Derece Mahkemesi, iki yıllık deneme süresiyle başvurunun koşullu salıverilmesine karar vermiştir. Bu karar 19 Şubat 2007 tarihinde Gdańsk Temyiz Mahkemesi tarafından onanmıştır. Temyiz Mahkemesi tarafından verilen sözü edilen karar 20 Şubat 2007 tarihinde başvurucuya tebliğ edilmiştir. Başvuru 26 Şubat 2007 tarihinde cezaevinden serbest bırakılmıştır.

33. Mahkeme, Temyiz Mahkemesinin koşullu salıverilmeye ilişkin verdiği nihai kararın ardından başvurunun hâlen tutulmaya devam edilmesinin haklı görülmediğini, buna rağmen başvurunun derhâl serbest bırakılmasının da beklenilemeyeceğini gözlemlemektedir. Mahkeme belirli koşulların varlığı hâlinde tutulan kişilerin serbest bırakılmasında sınırlı bir gecikmenin yaşanabileceğini geçmişte de kabul etmiştir. İdari formalitelerin tamamlanması ve mahkemelerin işleyişiyle ilgili pratik hususlar, mahkeme tarafından verilen bu tür bir kararın yerine getirilmesinin zaman alabileceği anlamına gelebilmektedir. Yine de bu sürenin asgari seviyede tutulması gerekmektedir ve bu süre her hâlükârda birkaç saati geçmemelidir (bkz. Quinn, yukarıda bahsedilen, § 42; Giulia Manzoni, yukarıda bahsedilen, § 25; Labita, yukarıda bahsedilen, § 171; Nikolov, yukarıda bahsedilen, § 82; ve Gębura / Polonya, yukarıda bahsedilen, § 34).

34. Mahkeme Adalet Bakanlığının 27 Ağustos 1998 tarihli Yönetmeliği'nin 3'üncü paragrafında özellikle tutulanların serbest bırakılması ve resmî bildirim ve bilgilerin iletilmesiyle ilgili olan bütün idari formalitelerin gecikmeksizin yerine getirilmesine ilişkin genel bir ilkenin yer aldığını belirtmektedir (bkz. ilgili iç hukuk). Mahkeme ayrıca ilgili olaylara dair detaylı açıklamada bulunma yükümlülüğünün Hükûmete ait olduğunu yinelemektedir. Bu çerçevede Mahkeme Hükûmetin başvurunun serbest

bırakılması için tamamlanan idari formaliteleri esas alan bir zaman çizelgesi sunmadığını belirtmektedir. Mahkeme ayrıca Temyiz Mahkemesi tarafından verilen kararın tebliğ edilmesi ile başvuru için serbest bırakılması arasında yedi günlük bir gecikmenin bulunduğunu gözlemlemektedir. Sonuç olarak Mahkemeye göre, mevcut başvuruda idari formalitenin daha seri bir şekilde yerine getirilmiş olması gerekirdi. Bu kapsamda Mahkeme özgürlük hakkının en önemli özelliğinin yetkililere, Devlete atfedilebilen ve haksız yere özgürlükten yoksun bırakmaya neden olabilecek sistemsel eksiklikleri ortadan kaldırma görevi yüklemesi olduğunu gözlemlemektedir (bkz. Geçura, yukarıda bahsedilen, § 35).

35. Sonuç olarak Mahkeme sözü edilen içtihadın gerektirdiği şekilde yetkililerin, başvuru için serbest bırakılmasını emreden kararın uygulanmasında yaşanan gecikmenin asgari seviyede tutulması için çalıştıklarının söylenemeyeceği kanaatindedir. Bundan dolayı Sözleşme'nin 5'inci maddesinin 1'inci fıkrası ihlal edilmiştir.

II. SÖZLEŞME'NİN 41. MADDESİNİN UYGULANMASI

36. Sözleşme'nin 41'inci maddesi şu şekildedir:

“Eğer Mahkeme bu Sözleşme ve Protokollerinin ihlal edildiğine karar verirse ve ilgili Yüksek Sözleşmeciler Taraf'ın iç hukuku bu ihlalin sonuçlarını ancak kısmen ortadan kaldırılabiliyorsa, Mahkeme, gerektiği takdirde, zarar gören taraf lehine adil bir tazmin verilmesine hükmeder.”

A. Zarar

37. Başvurucu, manevi zararın karşılığında tazminat olarak 10.000 avro (EUR) talep etmiştir.

38. Hükûmet, bu talebin fahiş olduğunu ileri sürmüştür.

39. Davanın koşullarını göz önünde bulunduran Mahkeme, hakkaniyete uygun bir değerlendirmede bulunarak bu başlık kapsamında başvurucuya 2.000 avro ödenmesine karar vermektedir.

B. Masraf ve Giderler

40. Başvurucu masraf ve giderler için herhangi bir talepte bulunmamıştır.

C. Gecikme Faizi

41. Mahkeme gecikme faizinin Avrupa Merkez Bankasının marjinal kredi faiz oranı esas alınarak buna üç puan eklenmek suretiyle belirlenmesi gerektiğinin uygun olduğunu değerlendirmektedir.

BU NEDENLERLE MAHKEME OYBİRLİĞİYLE

1. Başvurunun kabul edilebilir olduğunu *beyan eder*;

2. Sözleşme'nin 5'inci maddesinin 1'inci fıkrasının ihlal edildiğine *karar verir*;

3. (a) Davalı Hükûmetin başvurucuya Sözleşme'nin 44'üncü maddesinin 2'nci fıkrası uyarınca, işbu kararın kesinleştiği tarihten itibaren üç ay içerisinde manevi tazminat olarak ödeme tarihinde geçerli olan kur üzerinden Polonya zlotisine çevrilmek üzere 2.000 avro (iki bin avro) ve tahsil edilebilen her türlü vergiyi ödemesine *karar verir*;

(b) Yukarıda belirtilen üç aylık sürenin sona ermesinden ödemenin yapıldığı tarihe kadar geçen süre için yine yukarıda yazılan tutara Avrupa Merkez Bankasının marjinal kredi faiz oranı esas alınarak buna üç puan eklenmek suretiyle belirlenen oranın gecikme faizi olarak uygulanmasına *karar verir*;

4. Başvurucunun adil tazmine ilişkin diğer taleplerini *reddeder*.

İşbu karar İngilizce dilince yazılmış olup Mahkeme İç Tüzüğü'nün 77'nci maddesinin 2 ve 3'üncü fıkraları uyarınca 17 Nisan 2012 tarihinde yazılı olarak bildirilmiştir.

Lawrence Early (Yazı İşleri Müdürü)

David Thór Björgvinsson (Başkan)

KARAR
İNCELEMESİ

İnternet Bankacılığı Sisteminde GSM Şirketlerinin Bankalara ve Mevduat Sahiplerine Karşı Konumu Hakkında 02.04.2018 Tarih, 2016/6770 Esas, 2018/2284 Karar Sayılı Yargıtay 11. Hukuk Dairesi Kararının İncelenmesi

Berna ŞAHİNTÜRK ÇINAR^(*)

Yargıtay 11. HD, 02.04.2018, E. 2016/6770, K. 2018/22841^(**)

I. Olayın Özeti

Davacı banka ve davalı aleyhine, dava dışı banka müşterisinin hesabından üçüncü kişilerce, bilgisi ve rızası dışında, internet şubesi vasıtasıyla para çekildiği ve çekilen miktarın tazmin edilmesi gerektiği iddiası ile dava açılmıştır. Söz konusu dava banka aleyhine sonuçlanmış ve dava dışı müşteriye icra yoluyla ödeme yapılmıştır. Bunun üzerine davacı banka, müşteriye ait sim kartın kendilerinin bilgisi dışında değiştirildiği, internet bankacılığında kullanılan şifrenin GSM şirketi¹ tarafından gönderildiği, onay kodunun dolandırıcıların eline geçmesinde GSM şirketinin kusurlu olduğu, bayisi tarafından gerçekleştirilen işlemlerden şirketin sorumlu olacağı gerekçesiyle ve zararının karşılanması amacıyla GSM şirketi aleyhine dava açmıştır. Davalı GSM şirketi ise dava dışı banka müşterisi tarafından açılan davada kendisinin kusurlu bulunmadığını, sim kart değişikliğinin bayisi tarafından yapıldığını, bayi ile arasındaki sözleşme gereği bağımlılık ilişkilerinin bulunmadığını ve bu nedenle bayinin haksız fiillerinden sorumlu olmadığını belirterek davanın reddini talep etmiştir.

^(*) Kocaeli Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Öğrencisi, E-posta: bernasahinturk@hotmail.com, Orcid ID: <https://orcid.org/0000-0001-5130-0896>. Karar incelemesinin geliş tarihi: 03.11.2022 - Karar incelemesinin kabul tarihi: 10.12.2022.

^(**) <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (E.T. 03.11.2022)

¹ GSM şirketi ifadesi, karara konu edilen olayda mobil haberleşmeyi sağlayan şirketi belirtmek amacıyla kullanılmıştır. Metinde GSM şirketi ya da operatör olarak ifade edilmiştir.

II. Mercilerin Görüşleri

A. Yerel Mahkeme Kararı

Yerel mahkeme; bankanın müşteriye ait parayı muhafaza ve iade yükümlülüğü bulunduğunu, bu amaçla teknolojinin gereği olan güvenlik önlemlerinin banka tarafından eksiksiz olarak yerine getirilmediğini ve haksız fiilin internet bankacılığı vasıtasıyla gerçekleştirilmiş olması sebepleriyle bankanın %70 asli kusurlu olduğunu; buna karşın sim kart ve şifre onayı işlemleri GSM şirketi tarafından gereği gibi kontrol edilemediğinden bankayı zarara uğrattığı için şirketin %30 tali kusurlu olduğunu belirleyerek davanın kısmen kabulüne karar vermiştir.

B. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi Kararı

1. Oy Çokluğu Kararı

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, davacının temyiz itirazlarını dikkate alarak eksik inceleme sebebiyle oy çokluğu ile yerel mahkeme kararının bozulmasına karar vermiştir. Daire bozma kararında; yargılama sürecinde elde edilen bilirkişi raporunda bayinin GSM şirketinin ifa yardımcısı olarak değerlendirildiğini, bayi ile şirket arasındaki sözleşmenin dosya kapsamında incelenmesi ve bu sayede aralarındaki hukuki ilişkinin tespit edilmesi gerektiğini belirtmiştir. Bununla birlikte banka ile GSM şirketi arasında bankacılık işlemlerini kapsayan bir sözleşmenin bulunup bulunmadığının tespit edilmesi ve GSM şirketinin adam çalıştırmanın sorumluluğu yahut yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk kapsamında bir sorumluluğunun bulunup bulunmadığının tartışılması gerektiğine karar vermiştir.

2. Karşı Oy Yazıları

a. Birinci Karşı Oy

Karşı oy yazısında öncelikle davaya konu olan olaydaki sorun tespit edilmiş ve bunun bayi ile davalı GSM şirketi arasındaki hukuki ilişki olduğu belirtilmiştir. Davalı ile bayi arasındaki ilişkinin niteliğine göre davalının bayinin eylemlerinden sorumlu olup olmayacağını değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Somut olay açısından; sim kartları satan yahut değiştiren dava dışı bayi olduğundan, bayinin operatörden bağımsız faaliyet göstermesinden, aralarında bağımlılık ilişkisi bulunmadığından ve bu sebeple bayinin özensiz işlemlerinden davalının sorumlu tutulamayacağına kanaat getirildiğinden çoğunluğun bozma görüşünden farklı bir gerekçe ile davanın reddine karar verilmesi gerektiği belirtilmiştir.

b. İkinci Karşı Oy

Karşı oy yazısında, davalının kusur oranının belirlendiği, dosya kapsamındaki delil, bilgi ve belgelerle sorumluluğunun sabit olduğu gerekçesi ile kararın onanması gerektiği kanaatine varılmıştır.

III. Çözümü Gereken Hukuki Mesele

Karara konu edilen olay ve merci kararları incelendiğinde tartışılması gereken hukukî sorunun GSM şirketinin iddia edilen zarardan sorumlu olup olmadığı ve sorumluluğun dayandığı hukuki sebebin belirlenmesi olduğu anlaşılabacaktır. İncelenen kararda davalı olarak gösterilen GSM şirketinin, davacı banka ve dava dışı bayi ile ilişkisi ve bu bağlamda hangi sorumluluk sebeplerinin değerlendirilmesi gerektiği ve sorumluluğun kurucu unsurlarından nedensellik bağı da incelenecek, kararda tüm bu hususlara ilişkin yapılan veya yapılması gereken değerlendirmeler tartışılacaktır.

IV. Görüşümüz

A. Genel Olarak

İnceleme konusu kararda hukuki sorunun tarafları GSM şirketi ve bankadır. Somut olaya ilişkin doğru bir değerlendirme yapabilmek açısından öncelikle internet bankacılığı, banka ile müşteri arasındaki ilişki, internet bankacılığının yetkisiz kişiler tarafından kullanılması sonucu ortaya çıkan zararın kimin ya da kimlerin malvarlığında gerçekleştiğinin tespiti ve açıklanması gerekmektedir. Bunun ardından zarardan kimlerin, hangi sorumluluk sebeplerine dayanılarak sorumlu tutulabileceği belirlenebilecektir. Bu bağlamda öncelikle internet bankacılığının yetkisiz kişiler tarafından kullanılması ve sonucu, GSM şirketleri ve bayilerinin meydana gelen zarardan sorumlu tutulup tutulamayacağı ve bu kapsamda öncelikle Türk Borçlar Kanunu (TBK)² m. 49 haksız fiil hükümleriyle, TBK m. 66 ve m. 116 hükümlerinin açıklanması gerekmektedir.

İnternet bankacılığı, müşterilerin fiziki olarak bankalara gitmelerini gerektirmeksizin bankacılık işlemlerini internet vasıtasıyla gerçekleştirebildikleri sistemin genel ifadesidir.³ Kişilerin kullanımına açılan internet bankacılığı

² 6098 sayılı TBK, RG: 4.2.2011/27836.

³ **Savaş**, Abdurrahman; "İnternet Bankacılığı ve Tarafların Yükümlülükleri", SÜHFD, C. 19, S. 2, Y. 2011, s. 144; **Açıkgöz**, Osman; "Banka Hesabının İnternet Bankacılığı Yoluyla Boşaltılması Sonucu Meydana Gelen Zarardan Dolayı Bankanın Mevduat Sahibine Karşı Hukuki Sorumluluğu", KO-UHFD, C. 6, S. 12, Y. 2015, s. 75. (Anılış: Bankanın Sorumluluğu) Bankalarda Bilgi Sistemleri Yönetiminde Esas Alınacak İlkelerle İlişkin Tebliğ m. 2'de internet bankacılığı "Müşterilerin banka tarafından sunulan hizmetlere internet yoluyla ulaşmalarını ve yapmak istedikleri işlemleri gerçekleştirmelerini sağlayan bankacılık hizmeti dağıtım kanalı" şeklinde tanımlanmaktadır. (RG: 14.09.2007).

hizmeti bankanın kontrolündedir ve gerekli altyapı da banka tarafından uygun hale getirilecektir. Birçok açıdan -özellikle zaman kazanma ve hız- hem kişilere hem bankalara büyük kolaylıklar sağlayan internet bankacılığı, internet kullanımının herkese açık olmasından ötürü birtakım tehlikeli durumların gerçekleşmesine de elverişli bir alandır.⁴ Günümüzce yaygın olarak kullanılan internet bankacılığına ilişkin gerçekleştirilen ve sonucunda zarar ortaya çıkan bir durum da sahte kimlik ile hat değiştirme işlemi yapılarak yetkisiz kişilerce yeni hattın kullanılması sonucu hat sahibine ait banka hesabından para çekilmesidir. Bu şekilde gerçekleşen olaylarda GSM şirketinin müşterisi/abonesi olan kişi aynı zamanda bankada mevduat sahibi olan kişidir. Kendi hat bilgileri kullanılarak banka hesabından para çekilen bu kişiler zararlarının giderilmesi için hem GSM şirketlerine hem de bankalara dava açmaktadırlar. Açılan bu davalarda GSM şirketinin sorumlu olmadığı kabul edilerek davalar reddedilmektedir. Aşağıda açıklanacak olmakla birlikte, kısaca değinmek gerekirse, yenilenmiş hat kullanılarak banka hesabından para çekilmiş olsa da mevduat sahibinin zararı banka ile olan hukuki ilişkisinden kaynaklandığından, GSM şirketlerinin söz konusu davalar bakımından taraf olmadığı kabul edilmektedir.

İnternet bankacılığı sistemine usulünce erişim sağlayabilecek ve bu sayede işlem yapabilecek kişi, bankanın müşterisi veyahut yetki verdiği kişi olacaktır.⁵ İşlem yapmaya ehil olan müşteri, mevduat sahibi; geri alınmak üzere gerçek veya tüzel kişilerce bankaya yatırılan para ise mevduat olarak adlandırılmaktadır.⁶ Mevduat sahibi yatırdığı parayı bir vade bitiminde yahut istediği zaman geri alabilecektir.⁷ Bu halde mevduat sahibi ile parayı yatırdığı banka arasında, konusu mevduat olan bir sözleşmenin gerçekleştiği kabul edilmektedir.⁸ Banka ile mevduat sahibi arasında gerçekleşen bu sözleşmede mevduat sahibi hesapta bulunan para tutarınca bankadan alacaklı haline gelmekte ve buna karşın söz konusu para ise bankanın malvarlığında bulunmaktadır.⁹ Yet-

⁴ Savaş, s. 145 vd.

⁵ Akkanat, Halil; İnternet Bankacılığı Sistemi Üzerinden Bankalara Verilen Zararlardan GSM Operatörleri Sorumlu Tutulabilir Mi?; Akkanat, Halil (Ed.), Telekomünikasyon Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2017, s. 56.

⁶ Altaş, Hüseyin; "Mevduat Hesabından Yetkisiz Para Çekilmesinde Bankanın Hukuki Sorumluluğu", ABD, S. 3, Y. 2001, s. 37; Önder, Fahrettin; "Banka Hukukunda Tasarruf Mevduatı Sözleşmesi", SDÜİBFD, C. 8, S. 1, Y. 2003, s. 91-102; Açıköz, Bankanın Sorumluluğu, s. 79.

⁷ 5411 sayılı Bankacılık Kanunu m. 61 uyarınca "(...) mevduat ve katılım fonu sahiplerine ödenmesi gereken tutarları geri alma hakları hiçbir suretle sınırlandırılmaz."

⁸ Önder, s. 97 vd. Mevduat sözleşmesinin türü hakkındaki görüşler için ayrıca bkz. Önder, s. 95 vd.; Zevkliler, Aydın/Gökyayla, K. Emre; Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 20. B., Vedat Kitapçılık, İstanbul 2020, s. 417.

⁹ Akkanat, s. 59, dn, 7 ve 8. Mevduat sözleşmesi yazar tarafından karma veya kendine özgü bir sözleşme olarak değerlendirilmekte; karz, usulsüz tevdi ve vekâlet sözleşmesine ilişkin hüküm-

kisiz kişiler tarafından gerçekleştirilen herhangi bir işlem bankanın mevduat sahibine karşı borcunu sona erdirmeyecek, mevduat sahibi halen alacaklı konumda olacaktır. Bu halde izni ve bilgisi dışında, yetkisiz kişilerce gerçekleştirilen internet bankacılığı işlemleri sonucunda bu durumu ispatlayan mevduat sahibi müşteri, hesaptaki miktarı alacak hakkına dayanarak bankadan talep edecektir.¹⁰ Yetkisiz kişilere geçersiz bir ifade bulunmuş olan banka, gerçek alacaklı olan mevduat sahibine tekrar ifade bulunmak durumundadır.¹¹ Banka hem yetkili mevduat sahibine hem de yetkisiz kişilere ödeme yapmış olacağından zarara uğramış olacaktır. Burada ortaya çıkan zararın bankanın malvarlığında ortaya çıktığı sabittir. Bankalar bu zarar bakımından internet bankacılığı işlemlerinde aracı kabul ettikleri GSM şirketlerinin de sorumlu olduğunu öne sürerek şirketlere rücu etmektedirler. Birçok yüksek yargı kararına konu edilen tazminatın rücu istemine ilişkin kararlarda ise henüz bir içtihat oluşmadığı söylenebilir.

B. GSM Şirketinin Bankaya Karşı Zarardan Sorumlu Tutulabilmesinin Koşulları

Bankalar tarafından GSM şirketlerine karşı açılan zarar tazminine ilişkin davalarda GSM şirketinin sorumlu olabilmesi için bir sorumluluk sebebinin varlığı aranacaktır. Sorumluluk hukuku; sözleşme sorumluluğu, sözleşme dışı kusur sorumluluğu ve kusursuz sorumluluğu içermektedir. Tüm bu sorumluluk kaynaklarında meydana gelen zarardan ötürü zarar görene karşı tazminat yükümlülüğü bulunmaktadır.¹² Ele alınan konu bakımından GSM şirketi ile banka arasında internet bankacılığının güvenliğine ilişkin bir borç ilişkisinin varlığı halinde sözleşmeden doğan borç ilişkisi söz konusu olacaktır. İnternet bankacılığının güvenliğine ilişkin bir borç ilişkisinin bulunmadığı hallerde ise sözleşme dışı sorumluluk kapsamında hukuki sorun çözümlenecektir.

Bankaların yetkisiz kişilerce zarara uğratılması durumunda GSM şirketine karşı açılan davalarda, banka ile GSM şirketinin arasında bir sözleşmenin var olup olmadığı incelendiğinde, bir görüşe göre internet bankacılığı işlemlerinde kullanılan akıllı mesajların (SMS) iletilmesi bakımından bankalar ile

lerin bu sözleşmeye de uygulanabileceği ifade edilmektedir. **Zevkiler/Gökyayla**, s. 416; karz ve usulsüz tevdi sözleşmelerinde sözleşme konusunun mülkiyetinin saklayana yahut karz alana geçtiğinden, bu hükümlerin mevduat sözleşmesine uygulanmasında da benzer sonuca varılması gerekecektir.

¹⁰ **Akkanat**, s. 59 vd. Banka TBK m. 187 uyarınca gerçek olmayan alacaklıya ifade bulunduğu için mevduat sahibinin alacak hakkı devam edecektir. Yrg. 11. HD. E. 2010/15730, K. 2012/5666, K.T. 09.04.2012 (www.hukukturk.com - E.T. 03.11.2022) "(...) *Bu açıdan değerlendirildiğinde, usulsüz işlemlerle çekilen paralar aslında doğrudan doğruya bankanın zararı niteliğinde olup, mevduat sahibinin bankaya karşı alacağı aynen devam etmektedir.*" Benzer yönde bkz. Yrg. 11. HD. E. 2008/9239, K. 2010/504, K.T. 19.01.2010 (www.hukukturk.com - E.T. 03.11.2022).

¹¹ **Altaş**, s. 40 vd.

¹² **Eren**, Fikret; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 23. B., Yetkin Yayınları, Ankara 2018, s. 84.

GSM şirketleri arasında bir sözleşme bulunmakta ve aralarındaki hukuki ilişkinin bu sebebe dayandırılması gerekmektedir.¹³ Başka bir görüşe göre ise internet bankacılığı faaliyetinde kullanılan akıllı mesajların GSM şirketi tarafından iletiliyor olması, banka ile GSM şirketi arasındaki sözleşmenin değil bankanın müşterisi olan kişi ile GSM şirketi arasındaki abonelik sözleşmesinin kapsamındadır.¹⁴ Bu bağlamda banka ile şirket arasında bir sözleşme ilişkisi bulunmayacaktır. Nitekim internet bankacılığı sistemi ve altyapısı banka tarafından kurulup yönetilmektedir. Bankalar bir güven kurumu olarak değerlendirildiklerinden, bu tür tehlikeli durumlara karşı önlem almakla, çağa ve son teknolojilere uygun olarak güvenlik ve kalite standartlarını yükseltmekle yükümlü hale gelmişlerdir.¹⁵ Bankanın yetkisinde ve sorumluluğunda gerçekleşen bu tür faaliyetlerde güvenliğin sağlanması, önlemlerin alınması, müşteri bilgilerinin korunması gibi borçlardan da banka sorumlu olacaktır.¹⁶ Bankanın güvenlik altyapısı tarafından gönderilen akıllı mesajın yalnızca iletilicisi konumunda olan GSM şirketlerinin bu anlamda banka ile bir sözleşme ilişkisi içerisinde olmadığı¹⁷ kabul edilmelidir.¹⁸

¹³ **Açıkgöz**, Osman; “*İnternet Bankacılık Hizmetlerinin Sağlanmasına Yönelik Borcun İfasında Mobil Haberleşme (GSM) Şirketinin Hukuki Konumu ve Banka ile Mevduat Sahibine Karşı Sorumluluğu*”, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 3, S. 2, Y. 2015, s. 62 vd. (Anılış: GSM Şirketinin Sorumluluğu) Yazar; bankalar ile GSM şirketleri arasında “Hızlı SMS Sözleşmesi” bulunduğunu ifade etmektedir. Bununla birlikte bankaların internet bankacılığı işlemlerinde güvenliği sağlamak adına GSM şirketlerinden hizmet aldığını, bu durumda şirketlerin ifa yardımcısı olarak konumlandırılacağını kabul etmektedir.

¹⁴ **Akkanat**, s. 66.

¹⁵ Konu hakkında detaylı bilgi için bkz. **Savaş**, s. 150 vd. Bankalar tarafından güvenliği sağlamak adına özellikle tek kullanımlık şifre, akıllı sms, mobil imza, işlem parolası, QR kodu, yüz tanıma gibi çeşitli yöntemler kullanılmaktadır.

¹⁶ **Savaş**, s. 149 vd. Bankalar aynı zamanda tüzel kişi tacir olduklarından basiretli hareket etmeli, müşterilerini bilgilendirmeli, yetkisiz girişleri önleme adına sistemler geliştirmelidir. Bankalarda Bilgi Sistemleri Yönetiminde Esas Alınacak İlkelerle İlişkin Tebliğ m. 27 uyarınca internet bankacılığı sisteminin kurulması ve yönetilmesi hususlarında banka yetkili ve sorumlu kılınmıştır.

¹⁷ **Akkanat**, s. 68. Bankaların güvenlik sözleşmesi yaptıkları taraf genel olarak müşterileridir. Bu sözleşmelerin içeriğinde GSM şirketleri aracılığıyla kimlik doğrulama amacıyla akıllı mesajlar alacakları müşterinin bilgisine sunulmaktadır. Yine bu sözleşmelerde müşterilerin bankaya bildirmiş oldukları GSM hatlarına şifre gönderilerek sistemin çalışacağı ifade edilmektedir. (https://assets.yapikredi.com.tr/WebSite/_assets/pdf/arsiv/Tek-Kullanimlik-Sifre-Sozlesme.pdf?v2 - E.T. 03.11.2022).

¹⁸ Bankalar ile GSM şirketleri arasında güvenlik protokolü yapılan haller ayrıca değerlendirilmelidir. Nitekim yetkisiz kişilerce sim kartın elde edilerek internet bankacılığının kullanılmasından kaynaklanan sorunların giderilmesi amacıyla bankalar ile GSM şirketleri mutabakata varmışlardır. Buna göre internet bankacılığına giriş sırasında akıllı mesajın gönderileceği hatlarda son 90 gün içerisinde taşıma/yenileme yapıp yapılmadığı sorgulanmaktadır. (<https://www.tbb.org.tr/gec/KTPV14.pdf> - E.T. 03.11.2022) Kanımca, burada yine akıllı mesajın gönderilmesi hususunda müşteri ile yapılan abonelik sözleşmesi hükümleri geçerli olacak; yalnızca hat taşıma/yenilemenin sorgulanması fiili açısından GSM şirketi yahut bayinin sorumluluğu söz konusu olabilecektir.

Banka ile GSM şirketleri arasında sözleşme ilişkisinin bulunmadığı anlaşıldığından, sözleşme dışı sorumluluk ile hukuki sorun çözümlenecektir. Sözleşme dışı, kanundan doğan borç kaynaklarının en önemlisi haksız fiilden doğan borç ilişkileridir. Haksız fiil sorumluluğunun kusura dayalı sorumluluk hallerini ifade ettiği kabul edilse de genel anlamda haksız fiil sorumluluğu dendiğinde hem kusura dayalı hem de kusursuz sorumluluk halleri anlaşılabilir. ¹⁹ Haksız fiil, TBK m. 49'da düzenlenmiş olup haksız fiilin gerçekleşmesi hukuka aykırı fiil, kusur, zarar ve nedensellik bağı şartlarının her birinin var olmasına bağlanmıştır. ²⁰ Bankaların malvarlığında meydana gelen zarar, yetkisiz kişilerin hileli işlemleri sonucunda mevduat sahibi dışındaki kişilere ödeme yapmasından kaynaklanmaktadır. Burada öncelikle hileli işlemleri yani hukuka aykırı fiili gerçekleştiren fail ya da failerin haksız fiil sorumluluğu bulunmaktadır. Bununla birlikte GSM şirketlerinin de doğan zarardan haksız fiil sebebiyle sorumlu olduklarının kabul edilebilmesi için ya kusurlu olarak hukuka aykırı fiili gerçekleştirmiş olmaları veya davranışlarından sorumlu oldukları kişilerin hukuka aykırı fiillerinin bulunması gerekir. ²¹

Sorumluluk hukukunda esas olan herkesin kendi fiilinin sebep olduğu zarardan sorumlu olmasıdır. GSM şirketi bir özel hukuk tüzel kişisi olan ticari şirkettir. Tüzel kişiler gerçek kişilerden farklı, hukuki işlemler ile kurulan ve varlığını sürdüren hukuk süjeleridir. ²² Bu sebeple hak ve fiil ehliyetleri ile hak-

¹⁹ **Eren**, s. 509, dn. 1 vd.; **Antalya**, O. Gökhan; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. V/1, 2, Genişletilmiş 2. B., Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s. 54 vd.; **Ayan**, Mehmet; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş 11. B., Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016; s. 249 vd.; **Akar**, Alpaslan; "Türk Borçlar Kanunu'nun Haksız Fiilden Doğan Borç İlişkileri Alanında Getirdiği Yenilikler ve Değişiklikler", EÜHF, C. XVI, S. 1-2, Y. 2012, s. 160; **Reisoğlu**, Safa; Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. B., Beta Yayıncılık, İstanbul 2013, s. 162. Yazar haksız fiilleri hukuka aykırı fiiller olarak adlandırmakta, sözleşmeye aykırılık şeklinde gerçekleşen borca aykırılık durumunun da geniş anlamda bir haksız fiil olduğunu belirtmektedir. TBK m. 49 ve devamında düzenlenen haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümleri de dar anlamda haksız fiil başlığı altında incelemektedir.

²⁰ TBK m. 49'da "Hukuka aykırı bir fiille ve kusuruyla başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür." şeklindeki haksız fiil hükmü düzenlenmiştir. **Kılıçoğlu**, Ahmet M.; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Genişletilmiş 23. B., Turhan Kitabevi, Ankara 2019, s. 363 vd.; **Doğan**, Murat/Şahan, Gökhan/Atamutlu, İsmail; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 2. B., Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021; s. 178 vd.; **Kayhan**, Şaban/Ünlütepe, Mustafa; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 6. B., Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, s. 226; **Nomer**, Halük N.; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden geçirilmiş Genişletilmiş 15. B., Beta Yayıncılık, İstanbul 2017, s. 151; **Eren**, s. 540 vd.; **Reisoğlu**, s. 165 vd.

²¹ **Akkanat**, s. 70 vd. *Yazara göre*; Sim kartların haksız şekilde ele geçirilmesindeki fiil bakımında GSM operatörlerinin haksız fiil sorumluluğu bulunması için; sim kart değişikliği işlemlerine ilişkin özen yükümlülüğü bulunması, bunun ihlal edilmesi ve ortaya çıkan zarar ile davranış arasında nedensellik bağının bulunması gerekmektedir.

²² *Tüzel kişi*; bir gerçek kişi gibi hak ediniyor borç altına girebilmektedir. Gerçek kişilerden farklı olarak fiziksel bir varlığı olmayan tüzel kişilerin kurulması ve kişilik kazanması hukuki işlemler neticesinde gerçekleşmektedir. **Öğuzman**, M. Kemal/Seliçi, Özer/Oktay-Özdemir, Saibe; Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel

sız fiil sorumlulukları gerçek kişilerden farklılık göstermektedir. Tüzel kişilerin alacaklı veya borçlu olmalarının organlarının işlemlerine bağlandığı gibi, haksız fiilden sorumlulukları da MK m. 50 uyarınca tüzel kişiler organlarının (organını oluşturan kişilerin) söz konusu fiilleri gerçekleştirmesine bağlanmıştır.²³ Yani GSM şirketinin haksız fiilinden söz edebilmek, ancak organının bu fiili işlemesi ile mümkün olacaktır. Hat değiştirme işlemleri GSM şirketlerinin bayileri tarafından gerçekleştirilmektedir. Bu anlamda önem arz eden husus bayilerin GSM şirketinin organı olarak kabul edilip edilemeyeceğidir. Ancak bu belirlemenin yapılması sonucunda GSM şirketine sorumluluk yüklenebilecektir.

Tüzel kişilerin yönetimini ve temsilini gerçekleştiren, iradesini açıklamasını sağlayan, tüm bu işlevleri yerine getirmekle görevlendirilen kişi, kurul veya örgüt organ olarak adlandırılmaktadır. Organlar tüzel kişi için zorunlu bir öge olup, organların tüzel kişiden bağımsız bir varlıkları bulunmamaktadır.²⁴ Bayilerin GSM şirketleri ile aralarında bayilik sözleşmesi olduğu açıktır. Her ne kadar ticari temsilci ve ticari vekillerin tüzel kişilerin organları olarak kabul edilebilirliği mümkünse de bayilerin²⁵ bu iki sıfatı da taşımadığı, bağımsız hukuk süjeleri olarak kendi ad ve hesaplarına işlem yaptıkları göz önüne alındığında şirketin bir organı olmadıkları anlaşılacaktır. Bu sebeple GSM şirketlerinin organı olmayan bayilerin fiillerinden, TBK m. 49 uyarınca haksız fiil sorumluluğu olmayacağı da kabul edilecektir.²⁶

Kişiler), 19. B., Filiz Kitabevi, İstanbul 2020, s. 281-282; **Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan**; Türk Özel Hukuku, C. II, Kişiler Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2021, s. 215; **Ayan, Mehmet/Ayan, Nurşen**; Kişiler Hukuku, Gözden Geçirilmiş 8. B., Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016, s. 201; **Erdoğan, İhsan/Keskin, Dilşad**; Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, Genişletilmiş 2. B., Gazi Kitabevi, Ankara 2019, s. 337; **Gülen**, Ahmet Burak; Tüzel Kişilerin Haksız Fiil Sorumluluğu, Gediz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir 2014, s. 4 vd.

²³ **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, 318 vd.; **Dural/Öğüz**, s. 264 vd.; **Erdoğan/Keskin**, s. 352; **Ayan/Ayan**, s. 207. Tüzel kişilerin fiil ehliyeti MK m. 49 uyarınca kanuna ve kuruluş belgelerine göre gerekli organlara sahip olmaya bağlanmıştır.

²⁴ **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, 310; **Dural/Öğüz**, s. 256-257; **Ayan/Ayan**, s. 208, **Gülen**, s. 62 vd. Yazar, genel olarak kabul edilen organları müdür, müdür yardımcısı, ticari temsilci, ticari vekil, kısım şefi, şube müdürü, genel sekreter ve tasfiye memurları olarak belirtmiştir.

²⁵ Uygulamada bayilik sözleşmesi, tek satıcılık sözleşmesi, distribütörlük sözleşmesi gibi isimlendirmelerle düzenlenen sözleşmelerde bayilerin bağımsız, kendi ad ve hesaplarına hareket eden kişiler olduğu bilinmektedir. **Tandoğan, Haluk**; "Tek Satıcılık Sözleşmesi", BATİDER, C. XI, S. 4, Y. 1982, s. 1 vd. (Anılış: Tek Satıcılık); **Yeşiltepe**, Salih Önder; "Tek Satıcılık Sözleşmesinin Öğretide Benzer Olarak Belirtilen Diğer Sözleşmelerden Ayırt Edilmesi", MÜHFHAD, C. 13, S. 1-2, Y. 2007, s. 171. **Arkan**, Sabih; Ticarî İşletme Hukuku, 26. B., Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara 2020, s. 185 vd.: *Ticari temsilci; ticari işletmeyi yönetmek ve işletmenin ticari unvanı altında işletmeyi temsil etmekle yetkilendirilmiş kişidir. Ticari vekil; ticari işletmeye ilişkin temsil yetkisi dışında işletmeyi yönetmek veya işletmeyle ilgili işlemleri yürütmekle yetkilendirilmiş kişidir.* Bu tanımlamalardan da anlaşılacağı üzere bayiler tacir yardımcılıkları kapsamına ve özellikle organ kabul edilebilecek tacir yardımcılıkları kapsamında yer almamaktadır.

²⁶ Tüzel kişinin organının haksız fiilinden sorumlu olabilmesi için haksız fiilin şartlarının oluşması gerekmekte; fakat organın her hukuka aykırı fiilinden tüzel kişinin sorumlu olmayacağı hakkında

Bir tüzel kişi olan GSM şirketlerinin, organları dışında kendisi için faaliyette bulunan ifa yardımcısı ya da çalışan gibi kişiler ile de hukuki ilişki içinde olması söz konusudur. GSM şirketlerinin sorumluluğu değerlendirilirken de bu hususun dikkate alındığı; bayi tarafından gerçekleştirilen işlemler karşısında GSM şirketinin adam çalıştıran ya da yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk esasına göre sorumlu olduğuna dair tespitler yapıldığı görülmektedir. Konunun değerlendirilmesi açısından öncelikle adam çalıştıranın sorumluluğunu açıklamak gerekecektir. Bir başkasına karşı gerçekleştirilen hukuka aykırı bir fiille meydana gelen zararlarda her zaman failin kusurlu olması aranmamaktadır. Kusursuz sorumluluk olarak adlandırılan bu hallerde kusur gerçekleşmesi gereken bir şart olmaktan çıkacak, sorumluluk bir hukuki sebebe dayandırılacaktır.²⁷ Kusursuz sorumluluk hükümleri içerisinde özen sorumluluğu başlığı altında ele alınan adam çalıştıranın sorumluluğu, esasında bir haksız fiilden kaynaklandığı için haksız fiilin kusur haricindeki tüm şartlarının gerçekleşmiş olmasını gerektirmektedir. Bu halde hukuka aykırı fiil, zarar ve zarar ile fiil arasında bir nedensellik bağı bulunmalıdır.²⁸ Genel haksız fiil şartlarının dışında adam çalıştıranın sorumluluğunun doğması için ayrıca adam çalıştıran ile çalışan arasında bir çalışma ilişkisinin bulunması, çalışanın bu çalışma ilişkisi içerisinde bir iş görmesi ve meydana gelen zararın bu iş görme sırasında gerçekleşmiş olması gerekecektir.²⁹ Bu şartlara kurtuluş kanıtı getirememiş olmayı dâhil eden görüşler de bulunmaktadır.³⁰ Bu halde

bkz. **Gülen**, s. 92.

- ²⁷ TBK m.65 ve devamındaki hükümlerde düzenlenen kusursuz sorumluluk halleri 818 sayılı BK hükümlerinden farklı olarak tek tek sayılmış olup, öğretide sebep sorumluluğu ya da objektif sorumluluk olarak da adlandırılmaktadır. Bu sorumlulukların belirlenmesinde tehlike, özen, hakkaniyet gibi gerekçe ve ilkeler benimsenmiştir. **Kılıç**, Şebnem; “*Adam Çalıştıranın Hukuki Sorumluluğu*”, BAUHFD, C. 11, S. 145-146, Y. 2016, s. 1024; **Eren**, s. 639; **Oğuzman/Öz**; s. 137; **Reisoğlu**, s. 179; **Kılıçoğlu**, s. 414. Kusursuz sorumluluk halleri kusur sorumluluğu karşısında istisnai bir niteliğe haiz olup açık bir kanuni dayanağının bulunması gerekmektedir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Okyar Karaoşmanoğlu**, Dila; *Adam Çalıştıranın Sorumluluğu* (TBK m.166), Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara 2019, s. 11.
- ²⁸ **Ateş**, Zehra Gizem; “*6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Adam Çalıştıranın Sorumluluğu*”, İKÜHFD, C. 15, S. 2, Y. 2016, s. 209; **Aras**, Talip; “*Adam Çalıştıranın Sorumluluğu*”, Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, S. 1, Y. 2015, s. 67; **Erbilen**, İnci; “*Kusursuz Sorumluluk Hallerinden Adam Çalıştıranın Sorumluluğu*”, İstanbul Barosu Dergisi, C. 92, S. 4, Y. 2018, s. 172 vd.; **Erdoğan**, Kübra; *Adam Çalıştıranın Sorumluluğunun Şartları*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi İstanbul 2019, s. 30 vd.; **Yılmaz**, Necla; *Adam Çalıştıranın Sorumluluğu*, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2014, s. 38 vd.
- ²⁹ Çalışanın söz konusu iş görme sırasında haksız bir fiili ile üçüncü bir kişiye zarar vermesi gerekmektedir. Buradaki üçüncü kişiye zarar verilmesi durumu adam çalıştıranın sorumluluğunu TBK m. 116’da düzenlenen yardımcı kişinin fiillerinden sorumluluktan ayıran özelliklerinden biridir. **Oğuzman/Öz**, s. 143 vd.; **Yılmaz**, s. 49 vd.; **Kılıç**, s. 1040.
- ³⁰ **Eren**, s. 652; **Kılıçoğlu**, s. 430; **Aras**, s. 68, **Ateş**, s. 215; **Erbilen**, s. 176; **Erdoğan**, s. 81. **Reisoğlu**

GSM şirketlerinin adam çalıştırmanın sorumluluğu ile sorumlu tutulabilmeleri için her somut olay açısından gerekli şartların sağlanması zorunludur. Yargı kararlarına konu olan olaylarda şirketlerin bayilerin fiilleri sebebiyle adam çalıştırarak sorumlu tutulduğu görülmekte ise de bu konuda bir görüş birliği yoktur.³¹

GSM şirketlerinin aleyhlerine açılan davalarda sorumluluğuna kaynak olarak gösterilen diğer bir sebep de TBK m. 116'da düzenlenen yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk halidir. Borcun şahsen ifası TBK m. 83 uyarınca zorunlu olmadığından, borçlunun borcunu ifa etmesi için ya da hakkını kullanmak için başka bir kişinin yardımına ihtiyaç duyabilmektedir.³² Borçlunun bu şekilde yardım alması borçluyu, belli şartlar gerçekleştiğinde yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu hale getirmektedir. Borçlu ile zarar gören arasında bir hukuki ilişki bulunması, borcun ifasının ya da hakkın kullanılmasının yardımcı kişiye bırakılabilir olması, borcun ifasının ya da hakkın kullanılmasının yardımcı kişi tarafından gerçekleştiriliyor olması, yardımcı kişinin borca aykırı bir davranış ile borç ilişkisinin karşı tarafına (alacaklıya) zarar vermiş olması, borçlunun bizzat ifa etmesi ya da hakkı bizzat kullanması halinde de meydana gelecek zarardan sorumlu tutulabilir olması³³ ve tabii bir zararın meydana gelmesiyle zarar ile borca aykırı davranış arasında nedensellik bağı bulunması halinde yardımcı kişinin fiillerinden sorumluluk mümkün olacaktır.³⁴ İnternet bankacılığının yetkisiz kişiler tarafından kullanılması sonucunda bankaların zarara uğraması hallerinde, yüksek yargı kararlarında GSM şirket-

(s. 184) ve **Okyar Karaosmanoğlu** (s. 190) ise kurtuluş kanıtı getirmeyi sorumluluktan kurtulma başlığı altında ele almıştır.

³¹ Yrg. 11. HD. E. 2016/12000, K. 2018/4150, K.T. 30.05.2018. (www.hukukturk.com.tr - E.T. 03.11.2022) **Akkanat (s. 73)**; GSM şirketlerinin sim kartların sahte işlemlerle değiştirilmesi işleminin bayi tarafından gerçekleştirilmesi durumunda bayinin bu fiilinden adam çalıştırarak sorumlu olacağını kabul edilemeyeceğini, bayi ile GSM şirketi arasında istihdam ilişkisi bulunmadığını ifade etmektedir.

³² **Kılıçoğlu**, s. 821; **Karaca**, Mehmet; *"İfa Yardımcısının Fiilinden Borçlunun Sorumluluğu"*, THD, S. 49, Y. 2010, s. 47-62; **Yünlü**, Semih; *Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluk*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 37. *Yazar*, hş bölümü, uzmanlaşma vb. sebeplerle borcun bizzat borçlu tarafından ifa edilmesinin istisna haline geldiğini ifade etmektedir.

³³ Bu husus farazi kusur ya da yardımcı kişinin davranışının borçluya farazi kusur olarak yüklenebilmesi da olarak adlandırılmaktadır. **Eren**, s. 1107; **Yönet**, Yağmur Öykü; *Türk Hukukunda Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluk*, İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Ekonomi ve Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2019, s. 206; **Gültekin**, Fatih; *"Yardımcı Kişinin Fiillerinden Borçlunun Sorumluluğu"*, TAAD, S. 35, Y. 2018, s. 377.

³⁴ **Yünlü**, s. 63 vd.; **Gültekin**, s. 377 vd.; **Eren**, s. 1098 vd.; **Kılıçoğlu**, s. 821 vd.; **Reisoğlu**, s. 361 vd. Yardımcı kişilerin çoğu zaman ifa yardımcısı olarak düşünüldüğü; fakat bu durumun yardımcı kişi kavramının eksik nitelendirilmesine yol açtığı hem ifa yardımcısı hem de kullanma ve yararlanma yardımcısı olarak iki alt başlıkta ele alınması gerektiği hakkında bkz. **Yönet**, s. 7 vd. Borç ilişkisinin tarafları arasında sorumsuzluk anlaşması bulunmaması da yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun şartlarından kabul edilebilmektedir. Bu konuda bilgi için bkz. **Yönet**, s. 222 vd.

lerinin bayilerin fiillerinden yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk esasına göre sorumlu tutulabildiği bilinmektedir.³⁵ Fakat bu kararlar genel itibariyle abonelik sözleşmesi ilişkisine dayandırılrsa da abonelik sözleşmesinin tarafları müşteri ile GSM şirkettir. Bu halde banka ile GSM şirketi arasında abonelik ilişkisi kapsamında bir hukuki ilişkinin bulunmadığının gözden kaçırıldığı anlaşılmaktadır.

C. Kararın Değerlendirilmesi

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, davalı GSM şirketinin bayisinin işlemlerinden sorumlu olabilmesi için aralarındaki bayilik sözleşmesinin incelenmesi gerektiği, ayrıca GSM şirketi ile banka arasında bankacılık işlemlerine ilişkin bir sözleşmenin de bulunup bulunmadığının incelenmesi gerektiğine kanaat getirmiştir. Daire tarafından bozma kararına gerekçe yapılan sebeplerin doğru olduğunu kabul etmekle birlikte, değerlendirme yapılan hususlarda eksiklikler olduğu düşünülmektedir.

Karara konu edilen olay yetkisiz kişilerce internet bankacılığı sistemine girilerek bankanın zarara uğratılmasıdır. Davacı, zarara uğramasına sebep olarak davalı GSM şirketinin bayisinde gerçekleştirilen sim kart değiştirme işlemini ve bu işlemde şirketin sorumlu olacağını iddia etmiştir. Dairenin bozma kararında ifade ettiği bayinin “tacir yardımcısı olarak hareket edip etmediği” hususu da bu konuya ilişkin doğru bir değerlendirme olarak kabul edilebilir. Fakat bu değerlendirmeyi yalnızca bayilik sözleşmesinin incelenmesine bağlı kılmaktan öte, GSM şirketinin tüzel kişi olarak TBK m. 49 uyarınca haksız fiil sorumluluğunun değerlendirilmesi konusunda eksik gerekçelendirme yapıldığı söylenebilir. Nitekim GSM şirketi bir tüzel kişidir ve Türk Medeni Kanunu (TMK)³⁶ m. 50/II uyarınca ancak organlarının fiillerinden sorumlu olabilecektir. Somut olay açısından sim kart satma, değiştirme yetkisi olduğu anlaşılan bayinin bu işlemi kendi adı ve hesabına yaptığı düşünüldüğünde, GSM şirketinin bir organı olmadığı anlaşılacak ve şirketin TBK m. 49 kapsamında haksız fiil sorumluluğu da bulunmayacaktır.

Dairenin bozma kararına gerekçe yaptığı diğer bir husus da GSM şirketi ile banka arasında bankacılık işlemlerini kapsayan bir sözleşme bulunup bulunmadığı ve buna bağlı olarak şirketin TBK m. 116 hükümleri uyarınca sorumlu tutulmasıdır. Dairenin bu gerekçelendirmeyi yapmaktaki amacı,

³⁵ İstanbul BAM 13. HD. E. 2018/1973, K. 2020/551, K.T. 14.05.2020. (<https://emsal.uyap.gov.tr/> - E.T. 03.11.2022) “(...) Davalı GSM firmasının ifa yardımcısı sayılan abone merkezinin kimlik kontrolünde daha dikkatli davranmasının gerektiği, davalının ifa yardımcısının usulsüz eylemi ile ortaya çıkan zarar arasında illiyet bağının bulunduğu, ayrıca sim kart değişikliğini onaylayıp hemen aktif hale getirenin de davalı olduğu anlaşılmaktadır.”

³⁶ 4721 sayılı TMK, RG: 8.12.2001/24607.

yargılama sürecinde alınan bilirkişi raporunda bayinin ifa yardımcısı olarak değerlendirilmiş olmasıdır. Rapordaki gerekçeler belirtilmemekle beraber, bayinin ifa yardımcısı olarak kabul edilmesi için kararda da ifade edildiği üzere bankacılık işlemlerine ilişkin banka ile GSM şirketi arasında sözleşme bulunmalıdır. Nitekim yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlulukta, yardımcının fiillerinden sorumlu olan ile bu fiilden zarar gören kişi arasında bir borç ilişkisi bulunmalıdır. Bu borç ilişkisinin en temel kaynağı da sözleşmelerdir.³⁷ Banka ile GSM şirketinin arasındaki sözleşmenin varlığı dahi meçhul iken raporda bu sonuca varılması düşündürücüdür. Bankanın bir güven kurumu olarak tüm güvenlik altyapısından sorumlu olduğu internet bankacılığı sisteminde GSM şirketinin tek işlevi banka tarafından gönderilen mesajın iletilmesidir. Bu iletim hakkında banka ile değil, abonelik sözleşmesi kapsamında müşterisi ile arasında sözleşme bulunmaktadır. Dolayısıyla bayi veya bayi çalışanının, GSM şirketinin bankaya karşı borcunun ifası konusunda görevlendirilmesi mümkün değildir.³⁸

GSM şirketinin sorumluluğuna sebep olarak incelenmesine karar verilen diğer bir kurum da adam çalıştırmanın sorumluluğudur. Kararda her ne kadar bu inceleme GSM şirket ile banka arasında bir sözleşmenin bulunup bulunmadığı şartına bağlanmışsa da adam çalıştırmanın sorumluluğu açısından sözleşme ilişkisinin varlığı zorunlu değildir. Nitekim kusursuz sorumluluk kapsamında TBK m. 66'da düzenlenen adam çalıştırmanın sorumluluğu, esasında haksız fiil sorumluluğudur.³⁹ Somut olay açısından GSM şirketi ile banka arasında sözleşme olsun ya da olmasın, şirketin bayisinin fiillerinden adam çalıştırarak sorumlu olabilmesi için öncelikle aralarında bir istihdam, bağımlılık ilişkisi olması gerekmektedir.⁴⁰ Bayiler kendi adına ve hesabına çalışan, bağımsız tacirler olarak ifade edilmektedir.⁴¹ Bayiler bağımlı ya da bağımsız tacir yardımcılarında dâhil olmadıklarından, bayilerin şirket temsilcisi olması

³⁷ **Yünlü**, s. 83 vd. *Yazar*, uygulamada çok az rastlanmakla birlikte, haksız fiil ve sebepsiz zenginleşmenin de yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlulukta aradaki borç ilişkisinin kaynağı olduğunu belirtmiştir.

³⁸ **Akkanat**, s. 66. *Yazar*, bankalar ile operatörler arasında zarar tazminine sebebiyet verecek bir sözleşme ilişkisi bulunmadığını, operatörün sözleşme ilişkisinin müşterisi ile olduğunu, operatörün mesajı iletmek şeklinde sınırlı bir hukuki ilişkisinin bulunduğunu ifade etmektedir. Aynı zamanda, bayi veya bayi çalışanlarının da ancak operatörün müşteri ile ilişkisinde borcun ifası amacıyla görevlendirilebileceğini ifade etmektedir.

³⁹ **Ateş**, s. 207, **Kılıç**, s. 1033.

⁴⁰ Çalışan-çalıştırın ilişkisi ya da istihdam ilişkisi, işveren kavramından daha geniş olarak ele alınmaktadır. Bu kişiler arasında bir hizmet sözleşmesinin varlığı aranmamaktadır. Aralarındaki bağımlılık ilişkisi ise ast-üst ilişkisi, emir talimat ilişkisini ifade etmektedir. **Aras**, s. 69; **Ateş**, s. 210; **Kılıç**, s. 1033; **Erbilen**, s. 174.

⁴¹ **Tandoğan**, Tek Satıcılık, s. 1 vd.; **Yeşiltepe**, s. 171.

ya da şirket adına iş veya işlem yapması da söz konusu olmayacaktır.⁴² Bu bağımsız ilişkinin varlığından ötürü GSM şirketi ile bayi arasında adam çalıştıran-çalışan ilişkisinin de bulunmadığı anlaşılacaktır. Somut olay açısından istihdam ilişkisi yalnızca bayide gerçekleştirilen sim kart değiştirme fiilinde bayi ile kendi çalışanı arasındadır. TBK m. 66 uyarınca sorumluluğun temel şartı olan istihdam ilişkisi GSM şirketi ve bayi arasında sağlanmadığından, GSM şirketinin bayinin haksız fiillerinden sorumlu olmayacağı da tespit edilmiş olacaktır.

Bayinin sim kart satış işlemi sırasında haksız fiil faillerinin sahte belge ile hareket ettiklerini belirleyememesi özen eksikliği olarak kabul edilebilirse de bunun için söz konusu sahteliğin bayinin çalışanı tarafından fark edilebilir olması önemlidir.⁴³ Ayrıca burada işlemi yapan çalışanın istihdam ilişkisi GSM şirketi ile değil, bayi iledir. GSM şirketlerinin yalnızca akıllı mesaj ileticisi konumunda olduğu, bu yükümlülüğün müşteri ile arasındaki abonelik sözleşmesinden ileri geldiği, bankanın zarar uğraması karşısında hem adam çalıştıranın sorumluluğu hem de yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk sebepleriyle sorumlu tutulamayacağı tespit edilmiştir. Dairenin kararı, bu tespitinin yapılmasının önünü açacak nitelikte olduğundan yerindedir. Fakat arada sözleşme bulunup bulunmadığına bakılmaksızın tespit edilebilecek hususlar açısından bir değerlendirme yapılmaması karar açısından bir eksikliklerdir.

Banka somut olayda zarara uğradığı için GSM şirketine karşı rücu istemli bir dava açmıştır. Oysa rücu ilişkisinin söz konusu olabilmesi için ortak bir zarardan aynı ya da farklı bir hukuki sebeple sorumlu olmak gerekmektedir. Sorumlu kişilerden biri alacaklının zararını karşıladığında diğer sorumluya karşı iç ilişki gereği sorumluluktaki payı oranınca rücu etmektedir.⁴⁴ Somut olayda internet bankacılığı sistemine yetkisiz kişiler tarafından hileli işlemler sonucu erişilmiş ve bankanın malvarlığında bir zarar meydana gelmiştir. Bankanın zarara uğramasının sebebi ise mevduat sahibine yapmış olduğu ödeme değil, yetkisiz kişilere yapmış olduğu ödemedir. Bankanın bu ödemesi bir haksız fiil işleminin unsuru olmaktadır ve GSM şirketinin sorumluluğu da ancak bir haksız fiil sorumluluğu varsa gerçekleşecektir. Somut olay değerlendirildiğinde GSM şirketinin haksız fiil sorumluluğu olmadığı anlaşıldığından rücu ilişkisinin kurulamayacağı da kabul edilmelidir.⁴⁵

⁴² Arkan, s. 185 vd.

⁴³ Akkanat, s. 74, dn. 36. Yazara göre yapılan sahteciliğin çalışanın fark edemeyeceği şekilde olması halinde özen eksikliğinden bahsedilemeyecektir. Bu durumun her somut olayda tespit edilmesi gerekmektedir.

⁴⁴ Eren, s. 850; Nomer, s. 220.

⁴⁵ Kurt, Leyla Müjde; "Haksız Fiil Sonucu Oluşan Zarardan Birden Çok Kişinin Sorumlu Olduğu Hallerde Rücu Talebinin Tâbi Olduğu Zamanaşımı", TBB Dergisi, S. 95, Y. 2011, s. 136. Banka

Daire tarafından değerlendirilmesi gereken, fakat ele alınmayan bir konu da GSM şirketlerinin hangi sebeple sorumlu tutulursa tutulsun gerçekleşmesi gereken şart olan nedensellik bağı hususudur. Nedensellik bağı, hukuka aykırı olarak gerçekleştirilen fiilin genel hayat deneyimleri ve olayların akışı bakımından en uygun sonucu vermesidir.⁴⁶ Bazı yerel mahkeme kararlarında benzer davalarda nedensellik bağının bulunmaması sebebiyle GSM şirketlerinin sorumluluğu reddedilse de gerekçelendirme yeterli değildir. Uygun nedensellik bağının sorumluluğun sınırlandırılmasında yetersiz kalması gerekçesiyle, normun koruma amacı teorisi yahut hukuka aykırılık bağı olarak adlandırılan yeni bir teori ortaya atılmıştır. Bu teorinin korunması gereken kişiler, değerler ve koruma dışında kalan ihlal ve tehlikeler açısından daha doğru sonuçlara ulaştırdığı kabul edilerek sorumluluğun belirlenmesinde daha elverişli sonuçlara ulaştırdığı kabul edilmektedir.⁴⁷ Teoriye göre haksız fiilden doğan tazminat sorumluluğu hangi norm ihlal edildi ise ya da sözleşme ile belirlenen kişileri koruyacaktır. Somut olay açısından değerlendirildiğinde, GSM şirketinin herhangi bir sorumluluk sebebinin tüm şartları kabul edilse dahi, hukuka aykırılık bağı açısından yine sorumluluğu kabul edilebilir olmayacaktır. Çünkü sim kart yenileme/değiştirme işlemindeki sahtecilik halinde, bir özen eksikliği dahi olsa, GSM şirketi tarafından gerçekleştirilen bu davranış yükümlülüğünün ihlalinin korumak istediği kişi hattın gerçek sahibi olacaktır. Nitekim aradaki abonelik sözleşmesi gereğince bu yükümlülük gerçek hat sahibine karşı geçerli olacak, bankanın uğradığı maddi zarar bu anlamda normun/sözleşmenin koruma amacı dışında kalacaktır.⁴⁸

tarafından mevduat sahibine yapılan ödemenin bir zarar tazmininden ziyade mevduat sözleşmesi kapsamındaki borcun yerine getirilmesi olarak nitelendirilmesi gerektiği ve bankaların GSM şirketlerine karşı açılan davalarda rücu ilişkisinin söz konusu olamayacağına ilişkin açıklamalar için bkz. **Akkanat**, s. 62 vd. İnternet bankacılığı vasıtasıyla banka hesaplarının boşaltılmasında banka ile mevduat sahibi arasındaki sözleşme gereği bankanın sorumluluğuna ilişkin bkz. **Açıkgöz**, Bankanın Sorumluluğu, s. 79 vd.

⁴⁶ **Kılıçoğlu**, s. 400 vd.; **Oğuzman/Öz**, s. 44; **Reisoğlu**, s. 175 vd.; **Toker**, Aylin; Haksız Fiilin ve Haksız Fiilden Doğan Maddi Tazminatın Unsurları, Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2017, s. 33.

⁴⁷ Bu teorinin sorumluluğun sınırlandırılması için ortaya çıkarıldığı, zira herhangi bir davranışın tüm bireyleri ya da tüm hukuki değerleri tehlikeye sokamayacağı ifade edilmektedir. Bu teoriye göre sorumluluğun sebebi olarak gösterilen normun veya sözleşmenin amacının da incelenmesi ve buna göre sorumluluğun tayin edilmesi gerekmektedir. Teori hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Tandoğan**, Haluk; "Hukuka Aykırılık Bağı", *BATİDER*, C. 10, S. 1, Y. 1979, s. 1-21 (Anılış: Hukuka Aykırılık); **Abik**, Yıldız; "Normun Koruma Amacı Teorisi", *AÜHF*, C. 59, S. 3, Y. 2010, s. 347; **Başalp Yıldırım**, Nilgün; "Haksız Fiil Sorumluluğunun Hukuka Aykırılık Unsuruna İlişkin İleri Sürülen Yeni Teoriler Hakkında Bazı Düşünce ve Eleştiriler", *BAUHFD*, C. 14, S. 177-178, Y. 2019, s. 305 vd.; **Eren**, s. 620; **Kılıçoğlu**, s. 402; **Kurtulan**, Gökçe; "Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru", *MÜHFHAD*, C. 23, S. 1, Y. 2017, s. 481.

⁴⁸ **Akkanat**, s. 75 vd. *Yazara göre*, GSM şirketinin sorumluluğu açısından, sim kart yenilemesi ile yetkisiz kişilerin bankaya yönelik fiili arasında uygun nedensellik bağı bulunmamaktadır. GSM şirketi bankanın zararından sorumlu olur ise sahtecilikle sim kartı elde eden kişilerin bu sim kart yoluyla

V. Sonuç

Dairenin kararı gerekçelendirme bakımından doğru ve fakat eksiktir. Buna karşın çoğunluk görüşüne katılmayan birinci karşı oy yazısının gerekçesi değindiğimiz noktalar bakımından, özellikle belirlenen hukuki sorun noktasında yerindedir. Adam çalıştırmanın sorumluluğu bakımından GSM şirketinin sorumlu tutulamayacağı sonucuna varılması ve bunun hukuki dayanakları doğru olsa da diğer sorumluluk sebepleri açısından değerlendirme yapılması bir eksiklik oluşturmaktadır. Çoğunluk görüşüne katılmayan ikinci oy yazısında ise mevcut hali ile belirlenen kusur oranlarının sabit olduğu gerekçesine katılmamaktayım. Nitekim yerel mahkeme tarafından tespit edilen kusur oranlarının doğruluğu ya da yanlışlığı bir yana, GSM şirketinin sorumlu olmaması söz konusudur.

İnternet bankacılığının yetkisiz kişiler tarafından hileli yollara başvuru olarak kullanılması sonucunda bankaların zarara uğraması halinde yargıya intikal eden olaylar bakımından, yargı mercilerinin bir görüş birliği olduğunu söylemek güçtür. Bankaların zararı yetkisiz kişilere yaptıkları ödemeden kaynaklanmakta iken, açılan davalarda adeta mevduat sahibinin bir zararı karşılanmış ve bu zararda müteselsil sorumluluk hali varmış gibi GSM şirketlerinin sorumluluğu tartışılmaktadır. Bankalar tarafından açılan bu davaların rücu davası olarak nitelendirilmesi doğru olmayıp bankaların mevduat sahibine yaptıkları ödemenin sebebinin aralarındaki sözleşme olduğu unutulmamalıdır. Bankalar bir güven kurumu olarak nitelendirildiğinden, internet bankacılığı sistemleri kendi yetkileri ve kontrollerindedir. Karara konu olan olaya benzer birçok sorun yaşanmakta olduğundan, güvenliği sağlamak açısından bankaların yeni yol ve yöntemler geliştirdiği de bilinmektedir. Bu halde internet bankacılığı sisteminde yetkili tarafın banka olduğu, GSM şirketlerinin bankalar tarafından gönderilen mesajların ileticisi konumunda olduğu ve bunun da müşteri ile arasındaki abonelik sözleşmesinden kaynaklandığı kabul edilmelidir.

Çeşitli gerekçeler gösterilerek GSM şirketlerinin sorumlu olduğuna dair kararlar verilse de kararların gerekçelerinde birçok hukuki durumun gözden kaçtığı anlaşılmaktadır. Özellikle bir tüzel kişi olan GSM şirketlerinin haksız fiil sorumluluğunun ne şekilde olacağı neredeyse hiç değerlendirilmemiştir. Buna karşın bir gerekçelendirme yapılmaksızın bayiler GSM şirketlerinin ifa yardımcısı olduğu kabul edilmekte; fakat bayilerin hukuki niteliği bu hallerde göz ardı edilmektedir. Banka, GSM şirketi ve bayi arasındaki hukuki ilişkiler

yapacakları tüm haksız fiillerden sorumlu olacağı gibi bir sonuç ortaya çıkacaktır. Sorumluluk hukuku açısından bu sonuç kabul edilemez niteliktedir.

incelendiğinde ve doğru nitelendirilmeler yapıldığında bankanın zararı karşısında GSM şirketinin sorumlu olamayacağı anlaşılacaktır.

GSM şirketinin sorumluluğuna ilişkin verilen karara ve birinci karşı oy yazısına varılan sonuç açısından katılmakla birlikte, şirketlerin bir tüzel kişi olarak sorumluluklarının bu yönde değerlendirilmemiş olması, banka ile GSM şirketi arasında bir sözleşmenin varlığına ihtiyaç duymaksızın tespit edilebilecek hususlarda bu tespitlerin yapılmamış olması ve uygun nedensellik bağının ele alınmamış olması sebepleriyle eksik gerekçelendirme yapıldığı kanaatindeyim.

Kısaltmalar

ABD	Ankara Barosu Dergisi
AÜHFD	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
B.	Baskı/Bası/Basım
BAUHF	Bahçeşehir üniversitesi hukuk fakültesi dergisi
BATİDER	Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
bkz.	bakınız
C.	Cilt
dn.	Dipnot
E.	Esas numarası
Ed.	Editör/Editörler
EÜHFD	Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
E.T.	Erişim Tarihi
HD.	Hukuk Dairesi
İKÜHFD	İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
K.	Karar numarası
m.	madde
MK	Medeni Kanun
MÜHFHAD	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
RG	Resmî Gazete
s.	sayfa
S.	Sayı
SDÜİBFD	Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi
SÜHFD	Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
T.	Tarih
TAAD	Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
TBB	Türkiye Barolar Birliği
TBK	Türk Borçlar Kanunu
THD	Terazi Hukuk Dergisi
TMK	Türk Medeni Kanunu
vb.	ve benzeri
vd.	ve devamı
Y.	Yıl
Yrg.	Yargıtay

Kaynakça

- ABİK, Yıldız;** “Normun Koruma Amacı Teorisi” AÜHFD, C. 59, S. 3, Y. 2010, s. 345-448.
- AÇIKGÖZ, Osman;** “Banka Hesabının İnternet Bankacılığı Yoluyla Boşaltılması Sonucu Meydana Gelen Zarardan Dolayı Bankanın Mevduat Sahibine Karşı Hukuki Sorumluluğu”, KOUHFD, C. 6, S. 12, Y. 2015, s. 69-113 (Bankanın Sorumluluğu).
- AÇIKGÖZ, Osman;** “İnternet Bankacılık Hizmetlerinin Sağlanmasına Yönelik Borcun İfasında Mobil Haberleşme (GSM) Şirketinin Hukuki Konumu ve Banka ile Mevduat Sahibine Karşı Sorumluluğu”, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 3, S. 2, Y. 2015, s. 59-76 (GSM Şirketinin Sorumluluğu).
- AKARTEPE, Alpaslan;** “Türk Borçlar Kanunu’nun Haksız Fiilden Doğan Borç İlişkileri Alanında Getirdiği Yenilikler ve Değişiklikler”, EÜHFD, C. XVI, S. 1-2, Y. 2012, s. 159-190.
- AKKANAT, Halil;** İnternet Bankacılığı Sistemi Üzerinden Bankalara Verilen Zararlardan GSM Operatörleri Sorumlu Tutulabilir Mi?; Akkanat, Halil (Ed.), Telekomünikasyon Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2017.
- ALTAŞ, Hüseyin;** “Mevduat Hesabından Yetkisiz Para Çekilmesinde Bankanın Hukuki Sorumluluğu”, ABD, S. 3, Y. 2001, s. 37-45.
- ANTALYA, O. Gökhan;** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. V/1, 2, Genişletilmiş 2. B., Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.
- ARAS, Talip;** “Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu”, Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, S. 1, Y. 2015, s. 63-88.
- ARKAN, Sabih;** Ticarî İşletme Hukuku, 26. B., Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara 2020.
- ATEŞ, Zehra Gizem;** “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu”, İKÜHFD, C. 15, S. 2, Y. 2016, s. 205-232.
- AYAN, Mehmet;** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş 11. B., Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016.
- AYAN, Mehmet/AYAN, Nursen;** Kişiler Hukuku, Gözden Geçirilmiş 8. B., Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016.
- BAŞALP YILDIRIM, Nilgün;** “Haksız Fiil Sorumluluğunun Hukuka Aykırılık Unsuruna İlişkin İleri Sürülen Yeni Teoriler Hakkında Bazı Düşünce ve Eleştiriler”, BAUHFD, C. 14, S. 177-178, Y. 2019, s. 293-332.
- DOĞAN, Murat/ŞAHAN, Gökhan/ATAMUTLU, İsmail;** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 2. B., Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.
- DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan;** Türk Özel Hukuku, C. II, Kişiler Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2021.
- ERBİLEN, İnci;** “Kusursuz Sorumluluk Hallerinden Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu”, İstanbul Barosu Dergisi, C. 92, S. 4, Y. 2018, s. 167-188.

- ERDOĞAN, İhsan/KESKİN, Dilşad;** Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, Genişletilmiş 2. B., Gazi Kitabevi, Ankara 2019.
- ERDOĞAN, Kübra;** Adam Çalıştırmanın Sorumluluğunun Şartları, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi İstanbul 2019.
- EREN, Fikret;** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 23. B., Yetkin Yayınları, Ankara 2018.
- GÜLEN, Ahmet Burak;** Tüzel Kişilerin Haksız Fiil Sorumluluğu, Gediz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir 2014.
- GÜLTEKİN, Fatih;** “Yardımcı Kişinin Fiillerinden Borçlunun Sorumluluğu”, TAAD, S. 35, Y. 2018, s. 375-403.
- KARACA, Mehmet;** “İfa Yardımcısının Fiilinden Borçlunun Sorumluluğu”, THD, S. 49, Y. 2010, s. 47-62.
- KAYIHAN, Şaban/ÜNLÜTEPE, Mustafa;** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 6. B., Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018.
- KILIÇ, Şebnem;** “Adam Çalıştırmanın Hukuki Sorumluluğu”, BAUHFD, C. 11, S. 145-146, Y. 2016, s. 1021-1068.
- KILIÇOĞLU, Ahmet M.;** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Genişletilmiş 23. B., Turhan Kitabevi, Ankara 2019.
- KURT, Leyla Müjde;** “Haksız Fiil Sonucu Oluşan Zarardan Birden Çok Kişinin Sorumlu Olduğu Hallerde Rücû Talebinin Tâbi Olduğu Zamanaşımı”, TBB Dergisi, S. 95, Y. 2011, s. 135-162.
- KURTULAN, Gökçe;** “Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru”, MÜHFHAD, C. 23, S. 1, Y. 2017, s. 465-504.
- NOMER, Halûk N.;** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş Genişletilmiş 15. B., Beta Yayıncılık, İstanbul 2017.
- OĞUZMAN, M. Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe;** Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), 19. B., Filiz Kitabevi, İstanbul 2020.
- OKYAR KARAOSMANOĞLU, Dila;** Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu (TBK m.166), Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara 2019.
- ÖNDER, Fahrettin;** “Banka Hukukunda Tasarruf Mevduatı Sözleşmesi”, SDÜİ-İBFD, C. 8, S. 1, Y. 2003, s. 91-102.
- REİSOĞLU, Safa;** Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. B., Beta Yayıncılık, İstanbul 2013.
- SAVAŞ, Abdurrahman;** “İnternet Bankacılığı ve Tarafların Yükümlülükleri”, SÜHFD, C. 19, S. 2, Y. 2011, s. 137-166.
- TANDOĞAN, Haluk;** “Hukuka Aykırılık Bağı”, BATİDER, C. 10, S. 1, Y. 1979, s. 1-21 (Hukuka Aykırılık).

- TANDOĞAN, Haluk;** “*Tek Satıcılık Sözleşmesi*”, BATİDER, C. XI, S. 4, Y. 1982, s. 1-36 (Tek Satıcılık).
- TOKER, Aylin;** Haksız Fiilin ve Haksız Fiilden Doğan Maddi Tazminatın Unsurları, Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2017.
- YILMAZ, Necla;** Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2014.
- YEŞİLTEPE, Salih Önder;** “*Tek Satıcılık Sözleşmesinin Öğretide Benzer Olarak Belirtilen Diğer Sözleşmelerden Ayırt Edilmesi*”, MÜHFHAD, C. 13, S. 1-2, Y. 2007, s. 169-191.
- YÖNET, Yağmur Öykü;** Türk Hukukunda Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluk, İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Ekonomi ve Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2019.
- YÜNLÜ, Semih;** Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluk, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019.
- ZEVKLİLER, Aydın/GÖKYAYLA, K. Emre;** Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 20. B., Vedat Kitapçılık, İstanbul 2020.
- karararama.yargitay.gov.tr/
- www.hukukturk.com.tr
- <https://emsal.uyap.gov.tr/>
- www.tbb.org.tr/gec/KTPV14.pdf