



KOCAELİ
ÜNİVERSİTESİ

HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Aralık 2024 - Sayı: 30

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 (Baş Editör)
Dr. Öğr. Üyesi Mürvet Ece BÜYÜKÇALIK
BÜYÜKÇAĞLAR (Kamu Hukuku Editörü)
Dr. Öğr. Üyesi Cansu YENER KESKİN
(Özel Hukuk Editörü)
Dr. Öğr. Üyesi Zehra BADAK
(Yazım ve Dil Editörü)

Editör Yardımcıları

Arş. Gör. Diyar ÇAKMAK
(Kamu Hukuku Editör Yardımcısı)
Arş. Gör. Çağla Alara ÇELEBİ
(Özel Hukuk Editör Yardımcısı)

Dil Editörleri

Almanca Dil Editörü
Dr. Öğr. Üyesi Melike Belkıs AYDIN
(Gedik Üniversitesi)

İngilizce Dil Editörü
Dr. Öğr. Üyesi Akasya KANSU KARADAĞ
(Eskişehir Osmangazi Üniversitesi)
Ar. Gör. Selin OVALIOĞLU
(İstanbul Üniversitesi)

Fransızca Dil Editörü
Ar. Gör. Dr. Efe Can YILDIRIR
(İstanbul Üniversitesi)

İletişim Adresi

Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi,
Umuttepe Yerleşkesi
İzmit / KOCAELİ
Tel: 0262 303 26 02
Faks: 0262 303 26 03
İletişim: kouhfd@kocaeli.edu.tr
Elektronik Ağ: https://www.hfd.kocaeli.edu.tr

Kapak & Sayfa Tasarımı

Emre KIZMAZ

Mizanpaj

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 | Ocak 2025

ISSN

1301-8043

E-ISSN

2980-2598

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

YAYIN KURULU

Prof. Dr. Nihal SABAN (Okan Üniversitesi / İstanbul - Türkiye)

Prof. Dr. Murat TOPUZ (Marmara Üniversitesi / İstanbul - Türkiye)

Prof. Dr. Mustafa ERKAN (Marmara Üniversitesi / İstanbul - Türkiye)

Doç. Dr. Muzaffer EROĞLU (Boğaziçi Üniversitesi / İstanbul - Türkiye)

DANIŞMA KURULU

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

Prof. Dr. Zehreddin ASLAN (İstanbul Üniversitesi / İstanbul-Türkiye)

Prof. Dr. Ender Ethem ATAY (Özyeğin Üniversitesi / İstanbul-Türkiye)

Prof. Dr. Mehmet BAHTİYAR (Yeditepe Üniversitesi / İstanbul-Türkiye)

Prof. Dr. Zehra Gönül BALKIR (İstanbul Aydın Üniversitesi / İstanbul-Türkiye)

Prof. Dr. Ali Cem BUDAK (İstanbul Ticaret Üniversitesi / İstanbul-Türkiye)

Prof. Dr. Fikret EREN (Bşkent Üniversitesi / Ankara-Türkiye)

Prof. Dr. Vesile Sonay EVİK (Galatasaray Üniversitesi / İstanbul-Türkiye)

Prof. Dr. Metin GÜNDAY (Atılım Üniversitesi / Ankara-Türkiye)

Prof. Dr. Varol KARAASLAN (Kocaeli Üniversitesi / Kocaeli-Türkiye)

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

Prof. Dr. Zehra ODYAKMAZ (Ufuk Üniversitesi / Ankara-Türkiye)

Prof. Dr. E. Saba ÖZMEN (Maltepe Üniversitesi / İstanbul-Türkiye)

Prof. Dr. Ali Hakan EVİK (Kocaeli Üniversitesi / Kocaeli-Türkiye)

KOCAELİ ÜNİVERSİTESİ

HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ YAYIN İLKELERİ

YAZIM KURALLARI

1. Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ulusal ve hakemli bir dergidir; yılda iki sayı olarak Haziran ve Aralık aylarında yayımlanmaktadır.
2. Dergiye gönderilen yazılar daha önce başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.
3. Derginin yayın dili Türkçe ve İngilizce'dir. Bununla birlikte editör tarafından uygun görülen diğer yabancı dillerde hazırlanan yazıların da yayımlanması mümkündür. Bütün yazılarda Latin alfabesi kullanılmalıdır.
4. Dergimiz, hukuk alanında yazılmış araştırma makalesi, karar incelemesi ve çeviri gibi bilimsel çalışmalara açıktır. Yazar, yazının niteliğine göre hangi kategoride bulunduğunu başlığın hemen üzerinde belirtmelidir. Dergide yayımlanan bütün yazılar hakem incelemesinden geçmektedir. Hakem, nitelenmenin içerikle uyumlu olup olmadığını saptar. Bununla beraber nihai nitelendirme editörlere aittir.
5. Yazıların kouhfd@kocaeli.edu.tr adresine gönderilmesi gerekmektedir.
6. Her çalışmada özet, giriş, ana metin, sonuç ve kaynakça başlıklarına yer verilmelidir.
7. Kısaltma ile gösterilecek kelime veya kelime grupları metin içerisinde ilk kullanımda açık bir şekilde yazılmalı, kısaltmasına parantez içinde yer verilmelidir. Ayrıca kısaltma tablosu hazırlanmamalıdır.
8. Dergiye gönderilen yazının başlığı, en az 150 ve en çok 250 kelimeden oluşan özet ve beş anahtar kelime Türkçe ve İngilizce olarak yazılmalıdır.
9. Yazılar, Microsoft Word (Microsoft Office 98 ve üzeri versiyonlar) formatında .doc veya .docx uzantılı olarak gönderilmelidir.
10. Dipnotlar da dâhil olmak üzere bütün çalışmada yer alan kelime sayısı 5.000 ile 25.000 arasında olmalıdır. Kelime sayısı bu aralık dışında yer alan yazılar, hakem incelemesine alınmaksızın reddedilmektedir.
11. Çalışma, aşağıdaki şekil şartlarına uygun olarak hazırlanmalıdır:
Kâğıt boyutu: A4, dikey
Üst: 2,5 cm; Alt: 2,5 cm; Sol: 2,5 cm; Sağ: 2,5 cm
Metin: Times New Roman, 12 punto, 1,5 satır aralığı, iki yana yaslı
Dipnot: Times New Roman, 10 punto, tek satır aralığı, iki yana yaslı

Dipnottaki paragraflarda girintiye yer verilmemeli ve paragraftan önce ve sonra 0 nk paragraf aralığı kullanılmalıdır.

Çalışmanın Türkçe başlığının altında, İngilizce başlık bulunmalı; başlıklar metinde ortalımalıdır. Başlıktan sonra sağa hizalı şekilde yazarın ad-soyad bilgilerine yer verilmeli; yazarın ad-soyad bilgilerine (*) şeklinde dipnot açılarak, dipnotta yazarın unvanı, çalıştığı kurum (üniversitesi ise fakülte ve anabilim dalı bilgileri), e-posta adresi ve ORCID ID bilgileri belirtilmelidir.

Özet, giriş, sonuç ve kaynakça başlıklarına numara verilmez. Bu başlıklar, iki yana yaslı biçimde kalın, 12 punto, 1,5 satır aralığı, iki yana yaslı, 1,25 cm içeriye girintili şekilde yazılmalıdır.

Metin içerisindeki başlıklar aşağıdaki şekilde numaralandırılmalı ve gösterilmelidir:

I. KALIN VE TÜMÜ BÜYÜK HARF

A. Kalın ve Sadece İlk Harfler Büyük

1. Kalın ve Sadece İlk Harfler Büyük

a. Kalın ve sadece ilk harf büyük

aa. Kalın ve sadece ilk harf büyük

aaa. Kalın ve sadece ilk harf büyük

Tüm başlıklar bold (koyu) karakterler ile yazılmalı ve Times New Roman yazı karakteriyle, 12 punto harf büyüklüğünde, 1,5 satır aralığında yazılmalıdır.

Metin içinde yapılan göndermeler her bir sayfanın altında "dipnot yöntemi" kullanılarak gösterilmelidir. Bkz. **Atıf Kuralları**

12. Çevirilerde, orijinal metnin de ek olarak tarafımıza gönderilmesi zorunludur. Yazarın, asıl metnin hak sahibinden ilgili mevzuata göre izin alması ve bunu ispatlaması gerekmektedir. Orijinal metne ve izne ilişkin bilgilere başlığın üzerine konulan yıldızlı dipnotta yer verilmelidir.
13. Etik kurul izni gerektiren çalışmalarda izne ilişkin bilgilere (kurul adı, tarih ve yayın numarası) yöntem bölümünde ve makalenin ilk/son sayfasında yer verilmesi gerekmektedir. İnsan ve hayvanlar üzerinde etik kurul kararı gerektiren klinik ve deneysel çalışmalar söz konusu ise etik kurul tarafından alınan onay belgelenmeli ve makalede beyan edilmelidir. Benzer şekilde veri toplamada kullanılan ölçekler için ölçek sahibinden alınan izin de belgelenmeli ve makalede belirtilmelidir.
14. Yazarlar, etik beyan formu ve telif formunu doldurup ıslak imza ile imzalayıp göndermekle yükümlüdür.

15. Yazarın gönderdiği metin, baskıya hazır metin olarak kabul edilmektedir. Bu nedenle editör incelemesi ve hakem değerlendirilmesi sonrasında gereken şartları taşıyan metin yazara haber verilmeksizin doğrudan yayımlanabilmektedir.
16. Yazılar hakemlere gönderilmeden önce editör tarafından şekil açısından incelenmektedir. Bu kapsamda yazım yanlışlarının ve anlatım bozukluğunun fazla olması, yayın/etik ilkeleri ile derginin yayın kalitesi ve standartlarına aykırılığın bulunması ve telif haklarının ihlal edilmesi gibi hukuki ve cezai sorumluluğu gerektiren durumların mevcut olması durumunda yazardan gereken düzeltmelerin yapılması istenmektedir.
17. Editör tarafından yapılan şekil incelemesinde uygun bulunan yazılar editör tarafından intihal programına sokulmaktadır. İntihal ve etik dışı davranışlarının tespit edildiği yazılar kesin şekilde reddedilmektedir. Benzerlik oranının %20'den fazla olduğu durumlarda ise yazının içeriği editör tarafından titizlikle incelenmekte ve uygun görülmesi durumunda gereken düzeltmelerin yapılması amacıyla yazara gönderilmektedir.
18. Dergimizde çift kör hakemlik sistemi uygulanmaktadır. Yazılar hakemlere gönderilmeden önce yazarların bilgileri içerisinden çıkartılmaktadır. Hakemler ve yazarların kimlikleri birbirlerinden gizli tutulmakta ve bu bilgiler paylaşılmamaktadır. Editör, yazının içeriğine göre ilgili alanda çalışmaları bulunan iki hakem belirlemektedir. Metnin basılabilmesi için iki hakemden onay almak zorunludur. Hakemler kendilerine gelen yazıyı inceledikten sonra gerekçesini açıklamak kaydıyla kabul, düzeltme ve ret kararı verebilmektedir. Kabul kararı verilmesi durumunda yazı mevcut hâliyle yayımlanabilmektedir. Düzeltme kararı verilmesi durumunda ise hakemden gelen talepler doğrultusunda yazardan ilgili değişikliklerin yapılması beklenmektedir. Hakem raporu doğrultusunda yazar düzeltmeleri en kısa sürede tamamlamalıdır. Düzeltilen yazı yine aynı hakeme gönderilmektedir. Hakemlerden birinin kabul, diğerinin ret kararı vermesi durumunda editör çalışmanın üçüncü bir hakeme gönderilmesine karar verebilmektedir. Üçüncü hakemin de ret kararı vermesi durumunda yazı, yayımlanmamak üzere yazara iade edilmektedir.
19. Editör veya yayın kurulu üyeleri dergiye yazı gönderebilmektedir. Bu durumda yazının sahibi, yayım sürecine katılmamakta ve süreç, tarafsızlık ve derginin yayım ilkelerine uygun şekilde ilerlemektedir.
20. Yazar, en geç hakem süreci bitene kadar yazının yayımlanmasından vazgeçebilmektedir.
21. Yazarlara ve hakemlere herhangi bir ücret ödenmemektedir.

ATIF KURALLARI

Metin içinde yapılan göndermeler her bir sayfanın altında "dipnot yöntemi" kullanılarak gösterilmelidir.

a) Tek yazarlı kitap:

Bayram Keskin, Kamu Hizmetinin Görülmesine İlişkin Sözleşmelerde Uluslararası Tahkim, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 44.

b) Çeviri kitap:

Anthony Giddens, Modernliğin Sonuçları, (çev. E. Kuşdil), 2. Basım, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 1998, s. 25.

c) İki yazarlı kitap:

Herdem Belen / Mehmet Köksal, (Medeni) Hukukun Temel Kavramları Şema Kitap, 1. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 41.

d) Üç veya daha fazla yazarlı kitap:

Herdem Belen / Funda Çelebi / Hafize Kır / Mehmet Şengül / Sezer Çabri / Duygu Koçak Diker / Eylem Apaydın / Hilal Daver, Medeni Hukuk Pratik Çalışmaları ve Sınav Soruları Cilt 1: Miras Hukuku, 3. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 6.

e) Yüksek Lisans ve Doktora Tezi:

Övgü Sıla Kayam, Finansal Hizmetlere İlişkin Mesafeli Sözleşmeler, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2018, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>, (erişim tarihi: 8.4.2023), s. 33.

f) Kurum Yayını:

Türk Sanayicileri ve İşadamları Derneği (TÜSİAD), Yargılama Düzeninde Kalite, İstanbul, 1998, s. 58.

g) Makaleler:

• *Dergide yer alan makale:*

Varol Karaaslan, ‘Anayasa Mahkemesinin Harçlar Kanunu 28 ve 32 Maddeleri Hakkındaki Kararı ve Harçlar Kanununda Yapılan Değişiklik Sonucu Ortaya Çıkan Yeni Hukuki Durum’, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 10, Sayı: 2, Yıl: 2011, ss. 141-152, s. 150.

• *Armağanda yer alan makale:*

Hakan Çebi, ‘Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt’, Prof. Dr. Tahir Çağa’nın Anısına Armağan, İstanbul, 2000, ss. 111-138, s. 121.

h) Derleme:

Yusuf Çalışkan, “Dispute Settlement in International Investment Law”, Yusuf Aksar (der.), Implementing International Economic Law Through Dispute Settlement Mechanisms, Martinus Nijhoff, Lieden, 2011, s. 123.

ı) Aynı kaynağa tekrar atıf vermek için:

Yazarın Soyadı / Kurum Adı, aynı yazara ait birden fazla esere atıf varsa eserin kısaltılmış adı, sayfa numarası belirtilmelidir.

Örnek:

Belen / Köksal, s. 41.

Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir, Eşya, s. 141.

Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir, Kişiler, s. 200.

TÜSİAD, s. 56.

KAYNAKÇA**a) Tek yazarlı kitap:**

KESKİN, Bayram, Kamu Hizmetinin Görülmesine İlişkin Sözleşmelerde Uluslararası Tahkim, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.

b) Çeviri kitap:

GIDDENS, Anthony, Modernliğin Sonuçları, (çev. E. Kuşdil), 2. Basım, Ayrintı Yayınları, İstanbul, 1998.

c) İki yazarlı kitap:

DURAL, Mustafa / SARI, Suat, Türk Özel Hukuku Cilt I, Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri, İstanbul, 2022.

d) Üç veya daha fazla yazarlı kitap:

BELEN, Herdem / ÇELEBİ, Funda / KIR, Hafize / ŞENGÜL, Mehmet / ÇABRİ, Sezer / KOÇAK DİKER, Duygu / APAYDIN, Eylem / DAVER, Hilal, Medeni Hukuk Pratik Çalışmaları ve Sınav Soruları Cilt 1: Miras Hukuku, 3. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2017.

e) Yüksek Lisans ve Doktora Tezi:

KAYAM, Övgü Sıla, Finansal Hizmetlere İlişkin Mesafeli Sözleşmeler, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2018, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>, (erişim tarihi: 8.4.2023).

f) Makaleler:

• *Dergide yer alan makale:*

KARAASLAN, Varol, ‘Anayasa Mahkemesinin Harçlar Kanunu 28 ve 32 Maddeleri Hakkındaki Kararı ve Harçlar Kanununda Yapılan Değişiklik Sonucu Ortaya Çıkan Yeni Hukuki Durum’, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 10, Sayı: 2, Yıl: 2011, ss. 141-152.

• *Armağanda yer alan makale:*

ÖZEN, Burak, ‘Yirmi Yıl Önce Ölmüş Bir Kişi Adına Tapuda Kayıtlı Olan Taşınmazın Olağanüstü Kazandırıcı Zamanaşımı Yoluyla Kazanılamaması’, Mustafa Dural’a Armağan, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2013, ss. 932-954.

g) Derleme:

ÇALIŞKAN, Yusuf, “Dispute Settlement in International Investment Law”, Yusuf Aksar (der.), Implementing International Economic Law Through Dispute Settlement Mechanisms, Martinus Nijhoff, Lieden, 2011.

İÇİNDEKİLER

KAMU HUKUKU

Anayasa Mahkemesi Kararları ve 7499 Sayılı Kanun Değişiklikleri Çerçevesinde Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması

Deferral of the Announcement of the Judgement within the Framework of the Decisions of the Constitutional Court and Amendments of the Law 7499

Ahmet Kemal AKGÜL 235

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Takdiri İndirim Nedenleri

Matters of Discretionary Extenuation in the Turkish Penal Code No. 5237

Nazlı ÖZDEMİR..... 253

ÖZEL HUKUK

6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 203/1-A Maddesi Kapsamında İnançlı İşlemin Tanık Delili ile İspatı ve İlgili Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi

Proof of Failed Action by Witness Evidence within the Scope of Article 203/1-A of the Code of Civil Procedure No. 6100 and Evaluation of Relevant Court of Court Decisions

Prof. Dr. Muzaffer ŞEKER - Süleyman Semih DEMİR 285

Roma Hukuku'nda Ölü Kültüne İlişkin Düzenlemeler

Regulations on the Cult of the Dead in Roman Law

Arş. Gör. Dr. Ayşe Gül EKER..... 301

İş İlişkisinin Devamı Sırasında İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması

Protection of the Employee's Personal Data During the Continuation of the Employment Relation

Sena YAŞAR..... 345

Fonların Sermayeye Dönüştürülmesi ile Aynı Zamanda ve Aynı Oranda Sermaye Taahhüdü Yoluyla Sermaye Artırımı Yapılması

Increasing Capital Through Capital Commitment at the Same Time and at the Same Rate with the Conversion of Funds Into Capital

Nergis Mevlübe ÇUBAN..... 375

KAMU HUKUKU

Anayasa Mahkemesi Kararları ve 7499 Sayılı Kanun Değişiklikleri Çerçevesinde Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması^(*)

Deferral of the Announcement of the Judgement within the Framework of the Decisions of the Constitutional Court and Amendments of the Law 7499

Ahmet Kemal AĞGÜL^(**)

Öz:

Mağdurun zararını gidermeyi ve suç failinin cezalandırması yerine ıslahını amaçlayan hükümün açıklanmasının geri bırakılması onarıcı adalet anlayışının ürünüdür. Hükümün açıklanmasının geri bırakılması, müsadereye ilişkin hükümler hariç olmak üzere hükümün sanık hakkında hukuki sonuç doğurmasını ifade eder. Kurum, ilk olarak yalnızca çocuk failler hakkında uygulanmıştır. Sonraki aşamada yetişkinlerin de sürece dahil edilmesi ve şikayete tabi olmayan suçlarda da uygulanması sağlanarak kapsamı oldukça genişlemiştir. Ancak kurumun geniş kitlelere hitap etmesi ve yoğun şekilde uygulanması sorunları da beraberinde getirmiştir. Önceki dönemlerde kanun yolunun ne olması gerektiği, itiraz mercinin dosyanın esasına dair inceleme yapıp yapamayacağı, müsadere edilen eşyanın akıbeti gibi konular tartışmalara neden olmuştu. Ancak en çok tartışılan konu, hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararına karşı gidilecek kanun yolunun yetersizliği idi. Esasen bu sorunlar uygulamadan veya itiraz mercileri ile Yargıtay'ın farklı kararlar almalarından kaynaklanmaktaydı. Kurumun kanun yolu, müsadere ve kabul şartına ilişkin sorunlu alanları nedeniyle Anayasa Mahkemesi bazı fıkralar yönünden iptal kararları vermiş, bu kararların ardından en son 7499 sayılı Kanun değişikliği ile düzenlemeler yapılarak, kurum daha makul bir zemine oturtulmuştur.

Anahtar Kelimeler:

Anayasa Mahkemesinin İptal Kararları, Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Onarıcı Adalet, Kanun Yolu, 7499 Sayılı Kanun Değişikliği.

^(*) Hakem denetiminden geçmiştir.
Makalenin geliş tarihi: 01.05.2024 - Makalenin kabul tarihi: 04.06.2024.

^(**) Cumhuriyet Savcısı, Ankara Adliyesi, Ankara-Türkiye,
E-posta: sav.ahmetkemalakgul@gmail.com,
Orcid ID: <https://orcid.org/0009-0008-6228-5255>.

Abstract:

Deferral of the Announcement of the Judgement, which aims to compensate the victim and rehabilitate the perpetrator of the crime instead of punishing him, is the product of the concept of restorative justice. Deferral of the Announcement of the Judgement means that the verdict does not have legal consequences for the defendant, except for the provisions regarding confiscation. The institution was first applied only to child perpetrators. In the next stage, its scope was expanded considerably by including adults in the process and applying it to crimes that were not subject to complaint. However, the fact that the institution appeals to large masses and is implemented intensively has brought along problems. In previous periods, issues such as what the legal remedy should be, whether the objection authority could examine the merits of the file, and the fate of the confiscated goods had caused discussions. However, the most discussed issue was the inadequacy of the legal remedy against the decision to postpone the announcement of the verdict. Essentially, these problems resulted from the implementation or the different decisions taken by the appeal authorities and the Supreme Court. Due to the problematic areas of the institution regarding legal remedy, confiscation and acceptance condition, the Constitutional Court gave annulment decisions, and in line with these decisions, regulations were made with the latest amendment to Law No. 7499, and the institution was placed on a more reasonable basis.

Keywords:

Annulment Decisions of the Constitutional Court, Deferment of the Announcement of the Verdict, Restorative Justice, Legal Remedy, Amendment to Law No. 7499.

GİRİŞ

Hukuk sistemlerinde oldukça uzun süre cezalandırıcı adalet anlayışı etkili olmuştur. Bu anlayışta işlenen suçun asıl mağduru devletin kendisidir. Gerçek kişiler ise ikinci planda kalmaktadır. Mağdur olan gerçek kişilerin zararlarının karşılanıp karşılanmadığı veya failin topluma kazandırılması gibi hususlar herhangi bir önem arz etmez. Yalnızca suç failinin cezalandırılması ile adaletin sağlanabileceği ve toplum düzeninin korunabileceği düşüncesi hâkimdir¹. Ancak zaman içerisinde failerin ıslah edilememesi ve topluma kazandırılmaması, artan suç oranları, özellikle basit suçlarda verilen hapis cezalarının iyileşmeden ziyade suçun normalleşmesine sebep olması, mağdurların zararlarının giderilmesi yönündeki beklentileri, suça ulaşım vasıtalarının kolaylaşması gibi hususlar onarıcı adalet kavramını gündeme getirmiştir. Onarıcı adalet bir yandan mağdurun zararının giderilmesini ve yargılama nedeniyle ikinci kez mağdur edilmesini önlemeyi hedeflerken, diğer taraftan da failin cezalandırma haricinde yöntemlerle ıslahını ve topluma kazandırılmasını amaçlar². Anglo-sakson menşeli bir kavram olan onarıcı adalet son 40

¹ Ekrem Çetintürk, Onarıcı Adalet ve Ceza Adalet Sisteminde Uzlaştırma, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2017, s. 55.

² Çetintürk, s. 58; Abdullah Batuhan Baytaç, 'Onarıcı Adalet Genel Bir Bakış', İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 71, Sayı: 1, Yıl: 2013, ss. 117-129, s. 126.

yılda Kıta Avrupası sistemlerinde de etkinliğini artırmaya başlamıştır³. Çok sayıda uygulama biçimi bulunan onarıcı adaletin Türk ceza adaleti sisteminde kovuşturma aşamasındaki örneği hükmün açıklanmasının geri bırakılmasıdır (HAGB).

Mağdurun zararını gidermeyi ve suç failine deyim yerindeyse bir şans daha vermeyi esas alan hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu hukuk sistemimize girdiğinden beri doktrinde ve uygulamada eleştirilerin hedefi olmuştur. Yargıtay'ın da bazı konularda zaman içerisinde birbirine taban tabana zıt kararlar vermesi, zaten olmayan uygulama birliğinin daha da zayıflamasına neden olmuştur. Kurum kimi zaman, düzenleniş şekli itibariyle, kimi zaman ise uygulanma şekli itibariyle eleştirilmiştir. Bu sorunlar zamanla Anayasa Mahkemesinin önüne bireysel başvurular, iptal ve itiraz davaları yoluyla gelmiş, hak ihlalleri ve iptal kararları verilmiştir. Anayasa Mahkemesi ve doktrinde en çok hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına yönelik kanun yolu mekanizmasının işlevsiz olması, kurumun uygulanmasının sanığın kabulü şartına bağlanmış olması ve müsadere konularına dikkat çekilmiştir. Kurumun bahse konu sorunlu alanları çok defa kanun değişikliği ile giderilmeye çalışılmıştır. Ancak yapılan düzenlemeler bir sorunu çözerken başka bir sorunun oluşmasına neden olmuştur. Bu nedenle kurumun sorunlu alanlarının değerlendirilebilmesi için ilk olarak hukuk sistemimizdeki gelişim sürecini incelemek gerekir.

Hükümün açıklanmasının geri bırakılması kurumu Türk hukuk sisteminde ilk defa 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanununda⁴ yapılan düzenlemeyle suça sürüklenen çocuklar (SSÇ) hakkında uygulanmak üzere yürürlüğe girmiştir. Ardından 2006 yılında yürürlüğe giren 5560 sayılı Kanun'un⁵ 23. maddesindeki düzenleme ile Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) m. 231'de yapılan değişiklik neticesinde yetişkinler hakkında da kurumun uygulanması sağlanmıştır. SSÇ'ler ile yetişkinler arasında SSÇ'lere uygulanan denetimin süresinin kısıllığı dışında bir farklılık kalmamıştır. 2008 yılında yürürlüğe giren 5728 sayılı Kanun'un⁶ 562. maddesindeki düzenleme ile hapis cezasına ilişkin bir yıl olan sınır, iki yıl olarak değiştirilmiş, inkılap kanunlarında yer alan suçlar hariç olmak üzere şikâyet tabi suç ayrımı yapılmaksızın kurumun tüm suçlarda uygulanması sağlanmıştır. 2010 yılında yürürlüğe giren 6008 sayılı Kanun'un⁷ 7. maddesindeki düzenleme ile CMK m. 231'de yapılan değişik-

³ Baytaç, s. 126.

⁴ 15.07.2005 Tarih ve 25876 Sayılı Resmi Gazete'de (R.G.) Yayımlanarak Yürürlüğe Girmiştir.

⁵ 19.12.2006 Tarih ve 26381 Sayılı R. G.' de Yayımlanarak Yürürlüğe Girmiştir.

⁶ 08.02.2008 Tarih ve 26781 Sayılı R. G.' de Yayımlanarak Yürürlüğe Girmiştir.

⁷ 25.07.2010 Tarih ve 27652 Sayılı R. G.' de Yayımlanarak Yürürlüğe Girmiştir.

lik sonucu HAGB kararının uygulanabilmesi, sanığın kabulüne bağlanmıştır⁸. 2023 yılında yürürlüğe giren 7445 sayılı Kanun'un⁹ 21. maddesi ile CMK'nın 231/12 maddesinde yapılan değişiklik neticesinde, itiraz kanun yolunda, itiraz mercinin usul incelemesinin yanı sıra esas incelemesini de yapabileceği düzenlenmiştir.

En son Anayasa Mahkemesi'nin (AYM), kurum ve kurumun uygulanma şekli nedeniyle vermiş olduğu iptal kararlarının ardından kanun koyucu tarafından 7499 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun¹⁰ kabul edilmiş, bu şekilde kurum köklü değişikliklere uğramıştır. Söz konusu değişikliklerle birlikte, HAGB'nin sanık hakkında bir hukuki sonuç doğurmaması yönündeki düzenlemeye, müsadereye ilişkin hükümler yönünden istisna getirilmiş, HAGB kararı verilebilmesi için sanığın kabulü şartı kaldırılmış ve karar istinaf kanun yoluna tabi kılınmıştır.

Bu çalışmada hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumuna ilişkin genel bilgiler verilmekten ziyade, özellikle Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru ve iptal kararları ile 7499 sayılı Kanun değişikliği kapsamında gelişen kurumun olumlu yönleri ve sorunlu alanları incelenecektir.

I. HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASINI KABUL ŞARTI

6008 sayılı Kanun değişikliğine kadar hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmesi için sanığın kabulü şartı aranmıyordu. Ancak bu dönemde beraat kararı verilmesi gereken durumlarda, HAGB kararları verildiği yönünde gelen şikâyetlerde ve kanun yararına bozma taleplerinde artış yaşandı¹¹. Bunun üzerine kanun değişikliği ile HAGB'nin uygulanabilmesi için sanığın bunu kabul etmesi şartı getirildi. Bu sayede sanık HAGB'yi kabul etmeyerek kendisine isnat edilen suçun kanun yolu aşamasında esaslı incelenmesini isteyebilecekti¹².

HAGB'yi kabul şartı ile sanığın kanun yolu incelemesi bakımından kaygılarının giderilmesi amaçlanmıştır. Ancak bu sefer de kabul iradesinin hangi aşamada sorulacağı hususu tartışılmıştır. Doktrinde, henüz yargılamanın başında, deliller toplanmamışken sanığın cezasının ertelenmesini isteyip iste-

⁸ Caner Gürühan, 'Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılmasına İlişkin Güncel Sorunların Yargıtay Kararları Işığında Değerlendirilmesi', TBB Dergisi, Sayı: 111, Yıl: 2014, ss. 133-162, s. 134-135.

⁹ 05.04.2023 Tarih ve 32154 Sayılı R. G.' de Yayımlanarak Yürürlüğe Girmiştir.

¹⁰ 12.03.2024 Tarih ve 32487 Sayılı R. G.' de Yayımlanarak Yürürlüğe Girmiştir.

¹¹ Akif Yıldırım, 'Mayınlı Bir Alan: Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararının Denetimi', Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Sayı: 11, Yıl: 2018, ss. 435-480, s. 450.

¹² Ali Tanju Sarıgül, 'Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararlarının Denetiminde Kanun Yolu Sorunu', TBB dergisi, Sayı: 125, Yıl: 2016, ss. 59-84, s. 77. (Kısaltma: Sarıgül, Kanun Yolu).

mediğini sormanın sanığı baskı altına alacağı ifade edilmiştir. Sanığın daha ilk sorguda o anki psikoloji içinde baskı altında karar vermesinin güç olduğu belirtilmiştir¹³. Önerilen çözümler ise hükümden evvel, son söz öncesinde HAGB'yi kabul edip etmediğinin sorulması¹⁴ ya da hüküm sanığa açıklanıp, HAGB'nin sonuçları da anlatıldıktan sonra kabul edip etmediğinin sorulması şeklindedir¹⁵.

Anayasa Mahkemesi de önüne gelen dosyalarda HAGB'yi kabul hususunu değerlendirmiştir. Anayasa mahkemesinin 2011/41 E. sayılı dosyasında yapılan itiraz başvurusunda¹⁶, kabule bağlı olarak HAGB'nin uygulanması nedeniyle, sanığın ya HAGB'yi kabul etmek zorunda kalacağı, ya da hapis veya adli para cezası ile karşı karşıya kalacağı, sanığa temyiz hakkı tanınırken, aynı zamanda mahkûmiyet hükmü ile karşı karşıya bırakıldığı, ancak hiç kimsenin kendi aleyhinde beyanda bulunmaya zorlanamayacağı hususları belirtilerek sanığın kabulü şartına ilişkin hükmün iptali talep edilmiştir.

Anayasa Mahkemesi ise, kabule ilişkin kural sayesinde HAGB'nin sanığın talebine göre verilebileceğini, sanığın kendi aleyhinde beyanda bulunmaya zorlanmasının söz konusu olmadığını, kabul şartı ile sanığın iradesine önem verildiğini, sanığa kararı temyiz aşamasına götürme imkânı tanıyan kuralın, Anayasa ve ceza hukukunun temel ilkelerine aykırı olmayıp, kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamında olduğunu belirterek oy birliği ile itirazın reddine karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesinin belirtilen kararının ardından geçen sürede, HAGB kurumuna ilişkin yasal düzenlemeler ve kurumun uygulamasına dair sorunlar artmaya başlamıştır. Çok sayıda dosya kanun yararına bozma yoluyla Yargıtay'ın önüne gelmiş, Yargıtay'ın da farklı zamanlarda farklı kararlar verdiği görülmüştür. Benzer şekilde Anayasa Mahkemesine de çok sayıda bireysel başvuruda bulunulmuştur. Bu başvurulardan bazıları birleştirilerek Atilla Yazar ve diğerleri başvurusu adı altında karara bağlanmıştır¹⁷.

¹³ Yener Ünver/ Hakan Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, 21. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023, s. 691; Ersan Şen/ Mert Maviş, Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması, 1. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 40; Devrim Güngör/ Güneş Okuyucu- Ergün, 'Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması', Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 65, Sayı: 4, Yıl: 2016, ss. 1951-1965, s. 1958; Can Canpolat, 'Anayasa Mahkemesinin İptal Kararı Çerçevesinde Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması Müessesesine İlişkin Bir İnceleme', Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 11, Sayı: 2, Yıl: 2023, ss. 1271-1295, s. 1284; Sarıgül, Kanun Yolu, s. 77.

¹⁴ Nur Centel/ Hamide Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, 21. Baskı, Beta Basım, İstanbul, 2022, s. 875; Şen/Maviş, s. 40; Güngör/ Okuyucu- Ergün, s. 1959.

¹⁵ Sarıgül, Kanun Yolu, s. 78.

¹⁶ AYM, E. 2011/41, K. 2012/25, 16/02/2012.

¹⁷ AYM, Atilla Yazar ve diğerleri [GK], B. No: 2016/1635, 5/7/2022.

Söz konusu kararda HAGB'nin kabulü meselesi, kabulün sorulma zamanı bakımından ele alınmıştır. Kararda özetle, iddianamenin kabulü ile birlikte sanığın ceza alma ihtimali nedeniyle belli seviyede bir baskının oluşacağı, sanığa henüz duruşmanın başında ve çoğu kez savunması alınırken HAGB'yi kabul edip etmediğinin sorulmasının bu baskıyı artıracığı, HAGB'yi kabul ederek mahkeme üzerinde suçu kabul ettiği yönünde kanaat oluşturacağını düşündüğü için teklifi reddedebileceği, henüz deliller ortaya konmadan sanığın ihtimal hesaplarına girişmesine ve bilinmezlik içinde irade açıklamasına neden olunabileceği, bu şekilde kendi hayatıyla kumar oynamaya mahkûm edildiği belirtilmiştir. Yine kararda, bariz hukuka aykırılıklara dair örnekler verilerek sanıkların irade beyanlarının istismar edildiği belirtilmiştir¹⁸. Ayrıca kararda bir çözüm önerisi olarak, sanığın HAGB'yi kabul edip etmediğinin mahkûmiyet hükmü okunduktan sonra tefhim ya da tebliğ yoluyla sorulması gerektiği, böylece sanığın durumunu değerlendirerek lehine olduğunu düşündüğü kararı almasına imkân tanınacağı ifade edilmiştir¹⁹.

Anayasa Mahkemesi sonraki tarihli iptal kararında²⁰ ise, yukarıda belirtilen bireysel başvuru kararında açıklanan hususlara atıfta bulunarak, sanığın HAGB'yi kabul edip etmediğine yönelik sorunun ne zaman sorulacağı konusunda, mahkûmiyet hükmünün ardından sorulmasına dair bir güvencenin olmaması nedeniyle kanunilik şartının bulunmadığını, ayrıca sanığa aşırı bir külfet yüklediği ve ölçülü olmadığı sonucuna ulaşarak kuralın iptaline karar vermiştir²¹.

Kanımızca, HAGB'nin yargılamanın ilk aşamasında sorulmasının sanıklar üzerinde baskı oluşturduğu özellikle Anayasa Mahkemesinin kararında geçen “ifade alınmadan HAGB kararı verilmesi, kabul etmeyen sanık hakkında HAGB kararı verilmesi” gibi örnekler düşünüldüğünde bir an için doğru kabul edilebilir. Ancak uygulamada genellikle, bu tarz örneklerin azınlık olduğu, büyük çoğunlukla HAGB'nin cezalandırma ihtimaline binaen sorulduğu ve beraat etme ihtimalinin de olduğu hakimler tarafından sanıklara anlatılmaktadır. Farklı bir pencereden bakılırsa, hakkında düzenlenen iddianame nedeniyle cezalandırılacağı kaygısıyla ilk duruşmaya gelen sanığa, beraat etme ihtimali hatırlatılarak, olur da ceza alırsa cezasının ertelenmesini isteyip istemeyeceğinin sorulması, sanığın cezaevine girme kaygısını hafifletecektir. Nitekim uygulamada, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumundan en memnun olanlar da sanıklardır. Bu bakımdan sanığın kabulünün erken sorulması, sanık üzerinde baskı oluşturmayacağı gibi, bariz hukuka aykırı kararların verilmesinin de nedeni değildir.

¹⁸ AYM, Atilla Yazar ve diğerleri, § 160-164.

¹⁹ AYM, Atilla Yazar ve diğerleri, § 177.

²⁰ AYM, E. 2022/120, K. 2023/107, 01/06/2023.

²¹ AYM, E. 2022/120, K. 2023/107, § 44.

Ayrıca gerek doktrinde gerekse de Anayasa Mahkemesi kararında öngörülen çözüm önerisinin uygulamada karşılığı bulunmamaktadır. Çünkü HAGB kararı verilen suçlar tabiatı gereği basit suçlardır. Suçların cezasının azlığı nedeniyle sanıklar genellikle ilk celsede ya duruşmadan başışık tutulmak istemekte ya da mazeretsiz olarak sonraki duruşmalara katılmamaktadırlar. Oysa önerilen çözümün yerine getirilmesi için hüküm açıklanırken HAGB'yi kabul edip etmediği sorulacağından son duruşmaya sanığın katılması gerekir. Ancak sanığın son duruşmaya katılmaması durumunda ne yapılacağı sorunludur. Sanık lehine olan bir uygulamayı sormak için zorla getirme veya yakalama kararı çıkartılması elbette mümkün değildir. Anayasa Mahkemesi kararında belirtildiği şekilde tebligat çıkartılarak kabule ilişkin görüş bildirmesi beklenen sanığın, bildirmediği takdirde iradesini ne şekilde yorumlamak gerektiği de belli değildir. Dolayısıyla, sanığın kabule dair iradesini erken beyan etmek zorunda olmasını bir baskı unsuru olarak kabul edip, tebligata cevap vermemesinden anlam çıkarmak çelişkilidir.

Neticeten, Anayasa Mahkemesinin kabul şartına ve kanun yoluna ilişkin fıkralar ile diğer fıkraları iptal etmesi üzerine yürürlüğe giren 7499 sayılı Kanun değişikliği kapsamında, HAGB'de kanun yolu istinaf olarak değiştirilmiş ve isabetli olarak sanıkların etkili kanun yoluna gidebilmeleri için getirilen kabul şartı ortadan kaldırılmıştır. Bu bakımdan kanımızca, itiraz yolundan vazgeçilmesinde, sadece itiraz kanun yolunun yetersizliği değil, aynı zamanda kabul şartının işin içinden çıkılmaz hal alması da etkili olmuştur.

II. HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASINDA KANUN YOLU

Anayasa mahkemesinin iptal kararının ardından 7499 sayılı Kanun değişikliği ile HAGB kararına karşı gidilebilecek kanun yolu olarak istinaf kanun yolu belirlenmiştir. (CMK 231/12) Ancak maddede “272. maddenin 3. fıkrası hükümleri saklı kalmak kaydıyla” denilerek, bazı hususlar yönünden HAGB kararına karşı istinaf yolu kapatılmıştır. Buna göre “on beş bin Türk Lirası dâhil adli para cezasına mahkûmiyet hükümlerine ve kanunlarda kesin olduğu yazılı bulunan hükümlere” karşı hem genel hükümlere göre hem de HAGB kararı verilmesi nedeniyle istinaf kanun yolu kapatılmıştır. (CMK m. 272/3-a-c) (CMK m. 231/12-3)

7499 sayılı Kanun değişikliği ile birçok kanunda süreler bakımından düzenlemeler yapılmıştır. Genel olarak yedi gün, on gün, on beş gün olarak belirtilen süreler, iki hafta, otuz gün olarak belirtilen süreler ise bir ay olarak belirlenerek yeknesaklık sağlanmıştır. Bu kapsamda daha önce yedi gün olan istinaf süresi 7499 sayılı Kanun'un 18. maddesi gereğince iki haftaya çıkarılmıştır. Yine değişiklikten önce sürenin başlangıcı olarak hükmün açıklanması öngörülürken, değişiklikte birlikte istinaf süresi hükmün gerekçesi ile birlikte tebliğ tarihinden itibaren başlayacaktır.

HAGB kararının açıklanması halinde öngörülen kanun yolu itiraz kanun yoludur. Ancak itiraz merci açıklanan hükmü yalnızca usulen inceleyebilecek, esasa ilişkin inceleme yapılamayacaktır. (CMK m. 231/11) Zaten öncesinde istinaf incelemesinde esas yönünden inceleme yapılmış olacaktır. 7499 sayılı Kanun değişikliği öncesi, HAGB kararına itiraz edilip, HAGB'nin açıklama kararına karşı istinaf yoluna gidilebilirken, kanun değişikliği ile tam tersi bir durum oluşmuştur. Bu durumda ilk önce istinaf merci esas ve usul yönünden inceleyecek, açıklama durumunda ise itiraz merci yalnızca usul yönünden inceleyecektir.

7499 sayılı Kanun değişikliğine kadar HAGB kararına karşı kanun yolu olarak itiraz kanun yolu öngörülmekteydi. Ancak itiraz incelemesinin maddi olarak mı, yoksa şekil yönünden mi yapılacağı, incelemenin kapsamının ne olduğu, hangi işlemlerin itiraz incelemesinde yapılabileceği gibi konulardaki belirsizlik eleştirilere neden olmuştu. Bu duruma bir de ilk derece mahkemelerince verilen bariz hukuka aykırı HAGB'lerin itiraz makamlarınca reddedilmesi eklenince kurum iyice sorunlu hale gelmeye başlamıştı.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu (CGK) eski tarihli (2009) kararında²² HAGB kararlarına karşı yapılan itirazları inceleyen mercinin yalnızca şekil yönünden inceleyebileceğini, yani HAGB'nin uygulanması bakımından yalnızca objektif şartların bulunup bulunmadığını denetleme yetkisinin olduğunu belirtmiştir. Akabinde 2010 yılında yürürlüğe giren 6008 sayılı Kanun değişikliği ile gelen “HAGB'nin sanığın kabulüne bağlı olması” kuralı bir nebze kanun yolu anlamında fayda sağlamış ise de, uygulamada yaşanan sorunları çözememiş, itiraz incelemesi şekil bakımından yapılmaya devam etmiştir. Yargıtay sonraki (2013) kararında²³ ise, uygulamadaki sorunları görmüş ve içtihat değiştirerek, itiraz mercinin hem şekli hem de maddi yönden inceleme yapabileceğini belirtmiştir.

Değişiklik ve Yargıtay'ın yeni kararıyla birlikte artık sanık hakkında HAGB kararı verilmesi halinde itiraz merci işin esasına girebileceğinden, HAGB kararı verilmemesi halinde ise istinaf- temyiz kanun yolunda işin esasına girilebileceğinden sistemin makul bir zemine oturduğu söylenebilirdi. Ancak yıllar içerisinde uygulamada bariz hukuka aykırı kararların verildiği, bu kararları inceleyen itiraz mercilerinin ise, şablon cümleler ile itirazları reddettikleri görüldü. Yine bazı itiraz mercilerinin ve Yargıtay Ceza Dairelerinin yukarıda belirtilen 2013 tarihli CGK kararına rağmen itiraz incelemesinin yalnızca şekli olarak yapılabileceği hususunda ısrar ettikleri, işin esasına girmedikleri görüldü²⁴.

²² Yargıtay CGK., 07.04.2009 tarih, 2009/3-64 E. ve 2009/83 K. (UYAP PORTAL); Yargıtay CGK., 03.02.2009 tarih, 2009/4-13 E. ve 2009/12 K. (UYAP PORTAL).

²³ Yargıtay CGK., 22.01.2013 tarih, 2012/10-534 E. ve 2013/15 K. (UYAP PORTAL).

²⁴ AYM, E.2021/121, K.2022/88, 20/07/2022, § 10.

Bu şekildeki uygulama farklılıkları ve bariz hukuka aykırılıklar telafisi mümkün olmayan sonuçlar doğurmuştur²⁵. Bu nedenle konu AYM tarafından da ele alınmıştır. Yukarıda belirtilen bireysel başvuru kararında AYM, Yargıtay kararlarına atıfta bulunarak, sanığın sorgusu yapılmadan²⁶, sanığın HAGB'yi kabule dair bir beyanı olmadan²⁷, mülga kanun hükmüne dayanılarak²⁸, aynı fiil hakkında ikinci kez yürütülen yargılama nedeniyle²⁹ veya şikâyetten vazgeçmeye rağmen³⁰ HAGB kararlarının verildiğini belirtmiştir³¹. AYM kararında bu hususlara ek olarak, HAGB uygulamalarının artmasıyla beraat kararlarının düştüğünü, itirazların çoğunlukla reddedildiğini³², HAGB'ye konu kararların yetersiz gerekçeyle verildiğini ve böylece usul istismarı yapıldığını³³ belirterek ihlal kararı vermiştir. Ayrıca AYM bahse konu kararda, itiraz kanun yolunun iyileştirilmesi veya HAGB kararının istinafa tabi olması yönünde tavsiyede bulunmuştur³⁴.

Anayasa Mahkemesinin Atilla Yazar ve diğerleri kararından sonra kanun koyucu 7445 sayılı Kanun değişikliği ile daha önce Yargıtay CGK kararlarıyla şekillenen ancak uygulama birliği bulunmayan, “itiraz mercinin esastan inceleme yapması” yetkisini kanunlaştırmak farklı uygulamalardan kaynaklanan sorunları gidermeye çalışmıştır. Ancak konuyu bu kanun değişikliğinden sonra tekrar ele alan AYM, sonraki tarihli iptal kararında³⁵, yukarıdaki bireysel başvuru kararında belirtilen hususlara yeniden değinmiş, bunlara ek olarak “*HAGB kararını denetlemesi zorunluluğu getirilmiş ise de bu durum hükümün denetlenmesini talep etme hakkı ile mahkemeye erişim hakkının sınırlandığı gerçeğini değiştirmemektedir. Zira dava konusu kuralın kapsamında kalan hükümler yönünden olağan denetim merci istinaf kanun yolu olarak düzenlenmişken sanığın HAGB uygulanmasını kabul etmesi ve mahkemenin HAGB kararı vermesiyle artık bu yola başvuru imkânı ortadan kalkmakta-*

²⁵ Yargıtay CGK., 10.04.2018 tarih, 2014/487 E. ve 2018/151 K. sayılı kararında, mala zarar verme suçunda şikâyet olmamasına rağmen verilen HAGB kararına itiraz edilmeden sürenin geçirilmesi nedeniyle olağan kanun yolunun tüketilmediğinden bahisle kanunu yararına bozma talebini reddetmiştir.

²⁶ Yargıtay 11. C.D., 01.10.2020 tarih, 2019/1941 E. ve 2020/5031 K.

²⁷ Yargıtay 16. C.D., 13.11.2020 tarih, 2020/7347 E. ve 2020/5734 K.

²⁸ Yargıtay 5. C.D., 27.02.2014 tarih, 2014/2095 E. ve 2014/2139 K.

²⁹ Yargıtay 8. C.D., 05.10.2015 tarih, 2015/12275 E. ve 2015/22071 K.

³⁰ Yargıtay 18. C.D., 18.04.2016 tarih, 2016/216 E. ve 2016/7893 K.

³¹ AYM, Atilla Yazar ve diğerleri, § 77.

³² AYM, Atilla Yazar ve diğerleri, § 110-111.

³³ AYM, Atilla Yazar ve diğerleri, § 124-132.

³⁴ AYM, Atilla Yazar ve diğerleri, § 177.

³⁵ AYM, E.2022/120, K.2023/107, § 56.

dır. Sanığın geçerli bir feragat iradesi olmaksızın kanunen tâbi olduğu istinaf yoluna başvurusunun bu aşamada imkânsız kılınması -alternatif bir denetim mekanizması getirilmiş olsa bile- hükmün denetlenmesini talep etme hakkı ile mahkemeye erişim hakkını sınırlamaktadır.” şeklinde tespitlerde bulunmuş ve Anayasanın 13, 17, 35. ve 36. maddelerine aykırılık olduğuna karar verip kuralın iptaline hükmetmiştir³⁶.

HAGB’ye ilişkin yaşanan hukuki sürecin akabinde yürürlüğe giren 7499 sayılı Kanun değişikliği ile birlikte kurum istinafa tabi hale getirilmiştir. Esasen doktrinde uzun zamandan beri kurumun istinaf kanun yoluna tabi olması gerektiği savunulmuştur³⁷.

HAGB’nin itiraz kanun yoluna tabi olması birçok yönüyle sorunludur. İlk olarak itiraz mercilerinden kendi işlerine ek olarak bir de HAGB kararlarını incelemelerini beklemek mümkün değildir. İş yoğunluğu içinde HAGB kararlarının ikinci planda kalması doğal neticedir. Ayrıca itiraz yolu çoğunlukla aynı dosyanın iki farklı merci tarafından incelenmesine neden olur. Yani dosyada bulunan bir kısım sanıklar hakkında HAGB kararı uygulanıp, diğerleri hakkında mahkûmiyet veya beraat hükmü kurulabilir. Ya da bir sanığın işlediği suçlardan bazılarında HAGB kararı verilir, diğer suçlarda bu karar verilmeyebilir. Bu durumda dosyaların yarısı itiraza, kalan yarısı istinafa tabi olacaktır. Ancak her iki merci de sadece kendilerine tabi olan kişi veya suçları değil, olayı anlayabilmek için dosyayı kül halinde inceleme gereği duyacaktır. Bu da aynı dosyanın iki farklı mercide incelenmesine neden olacaktır. Yine, HAGB kararı kapsamındaki suçlarla istinaf kapsamındaki suçlar arasında hukuki ve fiili bağlantı bulunması veya sanıklar arasında iştirak iradesi bulunması gibi durumlarda itiraz ve istinaf mercilerinin birbirlerinden farklı kararlar alması da adaletsizliğe sebep olacaktır.

³⁶ Anayasa Mahkemesinin HAGB kararına karşı kanun yolu bakımından 2009 yılında yaptığı değerlendirme bugünkü kararının tam aksi yöndedir. Karara göre; “Öte yandan, (12) numaralı fıkra hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına itiraz edilebileceği belirtilmekte ise de, bu kurala temyiz incelemesi yolu kapatılmış değildir. İtiraz yolu da verilen kararın bir üst merci tarafından yeniden gözden geçirilmesini sağlayan ve kararın sağlığı bakımından güvence oluşturan kanun yollarından biridir. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararları sanık hakkında hukuki sonuç doğuran kesin hüküm niteliğinde olmadığından, deneme süresi sonunda verilecek düşme kararı veya geri bırakma koşullarına uyulmaması halinde verilecek karar hakkında esas hükümle birlikte temyiz denetimi olanaklı bulunmaktadır.” AYM, E.2007/14, K.2009/48, 12/03/2009.

³⁷ Yıldırım, s. 455; Sarıgül, Kanun Yolu, s. 83; Gürühan, s. 161; Anıl Akyıldız, ‘Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılmasına İlişkin Sorunlar’, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 17, Sayı: Özel Sayı, Yıl: 2020, ss. 65-88, s. 82.

III. HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASININ UYGULANMASINDA LEHE KANUNUN GERİYE YÜRÜMESİ

Hükümün açıklanmasının geri bırakılması hakkında belirtilen kanun değişiklikleri Türk Ceza Kanunu (TCK) m. 7’de düzenlenen lehe kanunun geriye yürümesi ile ilgili hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağını gündeme getirir. Bu bakımdan kurumun hukuki niteliği önem arz eder. Eğer maddi hukuka ait olduğu kabul edilirse, sanıklar lehine herhangi bir kanun değişikliğinin olması halinde, lehe düzenlemeden faydalanmaları sağlanacaktır. Usul hukukuna ilişkin olduğunun kabul edilmesi halinde ise, derhal uygulama ilkesi geçerli olacaktır. Bu bakımdan bir normun maddi ceza hukukuna mı, yoksa ceza muhakemesi hukukuna mı ait olduğunu belirlemek sadece teorik olarak değil, pratik olarak da sonuç doğuracağından önemlidir. Bu hususun tespiti bakımından elbette normun hangi kanunda düzenlendiğine bakmak bir yol olabilir. Ancak tek başına yeterli değildir. Çünkü bir normun ceza kanununda düzenlenmesi tek başına ceza normu haline gelmesine neden olmayacağı gibi, ceza muhakemesi kanununda düzenlenmesi de tek başına usul normu haline getirmeyecektir. Ceza kanununda muhakeme normu bulunabileceği gibi, ceza muhakemesi kanununda da ceza normu bulunabilir. Bu bakımdan düzenlenen normun amacına bakmak gerekecektir³⁸.

HAGB’nin hukuki niteliği hususunda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Güngör/Okuyucu-Ergün’e göre, HAGB devletin cezalandırma yetkisinin kullanılmasına ilişkin olduğundan maddi ceza hukukuna ilişkindir³⁹. Sarıgül’e göre, HAGB yoluyla devletin cezalandırma yetkisini belli bir süre kullanmaması, sürenin sonunda ise mahkûmiyet hükmünün ortadan kalkması, cezanın ertelenmesine benzer özelliklerinin olması dikkate alındığında tıpkı erteleme ve seçenek yaptırımlara çevirme gibi cezaların kişiselleştirilmesi kurumlarından biridir ve maddi ceza hukuku normu niteliğindedir⁴⁰. Tulay’a göre, HAGB failin işlediği fiil üzerinde herhangi bir etkisi olmayan, suçun unsurlarını değiştirmeyen, ancak failin cezalandırılmasına engel olan bir kurumdur. Düşme nedeniyle ortaya çıkan cezasızlık hali muhakeme işleminden ibarettir. Bu hususun tek başına fail lehine olması, kurumun maddi ceza normu olduğu anlamına gelmez. Bu nedenle HAGB bir muhakeme normudur⁴¹.

³⁸ Nevzat Toroslu/ Haluk Toroslu, Ceza Hukuku Genel Kısım, 24. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2018, s. 34.

³⁹ Güngör/ Okuyucu- Ergün, s. 1954.

⁴⁰ Ali Tanju Sarıgül, ‘Türk ve Alman Hukukunda Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması’, Türkiye Barolar Birliği (TBB) Dergisi, Sayı: 118, Yıl: 2015, ss. 125-162, s. 132. (Kısaltma; Sarıgül, Türk ve Alman Hukukunda).

⁴¹ M. Emre Tulay, ‘Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması: Yasal Şartların Yerindeliği ve Kararın Hukuki Etkileri Üzerine Bir Değerlendirme’, Hacı Bayram Veli Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 25, Sayı: 4, Yıl: 2021, ss. 477-525, s. 498.

Ünver/Hakeri'ye göre, HAGB koşullu bir düşme nedenidir⁴². Centel/Zafer'e göre, geri bırakma süresince HAGB durma kararı niteliğindedir⁴³. Bizim de katıldığımız doktrindeki diğer görüşlere göre ise, HAGB ceza muhakemesine ilişkin özellikler barındırsa da kanuni şartların gerçekleşmesi ile davanın düşmesi, mahkûmiyet hükmünün ortadan kaldırılması ve failin isnat edilen suçu işlememiş sayılması, bu kapsamda fail ile devlet arasındaki ilişkinin sona ermesi nedenleriyle karma niteliğe sahiptir⁴⁴. Yargıtay'da hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunu, usul hukukuna ve maddi hukuka ilişkin özellikler barındırması nedeniyle karma nitelikte kabul etmektedir⁴⁵.

Kurumun karma niteliği nedeniyle maddi hukuka ilişkin özellikleri bakımından TCK m. 7 hükmünün uygulanması gerekir. Ancak daha önceki HAGB düzenlemeleri veya HAGB gibi karma nitelikte olduğu kabul edilen uzlaştırma ile ilgili düzenlemelerde olduğu gibi uyarlama yargılamalarının yapılmasının önüne geçebilmek adına kanun koyucu bu hususta önlem almıştır. 7499 sayılı Kanun'un 22. maddesi ile eklenen CMK geçici madde 6/2'de izlenecek usul belirlenmiştir. Buna göre;

- HAGB kararının istinafa tabi olduğunu belirten (CMK 231/12) hükmü ile HAGB açıklama kararının itiraza tabi olduğunu belirten (CMK 231/11) hükmü, ancak 01.06.2024 tarihinden sonra verilen HAGB kararları için uygulanacaktır. (CMK geçici madde 6/2-a)
- 01.06.2024 tarihinden önce verilen HAGB kararları hakkında itiraz kanun yolu uygulanmaya devam edecektir. İtiraz merci değişiklikten önceki usule göre, yani maddi ve şekli yönden inceleyerek itirazı sonuçlandıracaktır. (CMK geçici madde 6/2-b)
- 01.06.2024 tarihinden önce verilen HAGB kararının açıklanması halinde açıklanan hüküm değişiklikten önceki kanun yoluna, yani istinaf yoluna tabi olacaktır. (CMK geçici madde 6/2-c)
- 01.06.2024 tarihinden önce verilen HAGB kararı bakımından sanığın kabul etmesi şartı aranmaya devam edecektir. (CMK 6/2-d)

⁴² Ünver/ Hakeri, s. 690.

⁴³ Centel/ Zafer, s. 872.

⁴⁴ Can Canpolat, s. 1273; İbrahim Keskin, 'Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararları ve Disiplin Soruşturmalara Etkisine Dair Bir İnceleme', Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Sayı: 54, Yıl: 2023, ss. 1-38, s. 5; Yasin Sezer/ Ali İhsan İpek, 'Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılmasının Kamu Personel Hukukuna Etkisi', Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Cilt: 1, Sayı: 3, Yıl: 2020, ss. 43-74, s. 50; Akyıldız, s. 68.

⁴⁵ Yargıtay CGK., 05.04.2023 Tarih, 2023/2-37 E. ve 2023/202 K. (UYAP PORTAL).

Bu düzenlemelerden, kanun koyucunun Anayasa Mahkemesinin belirttiği hususları kısmen yerine getireceği anlaşılmaktadır. Zira 01.06.2024 tarihinden önce HAGB kararı alan kişiler yönünden kabul, kanun yolu gibi iptal sebeplerine uygun davranılmamıştır. Hâlbuki bu kişiler, 01.06.2024 tarihinden sonra da denetim yükümlülüğü altında kalacaktır. Denetim süresi içinde suç işlemleri halinde tekrar kurumdan faydalanmaları mümkün olmayacaktır. Ayrıca doktrin ve Anayasa Mahkemesinin ittifakla işlevsizliğini belirttikleri itiraz kanun yoluna razı olmaları beklenmektedir. Kanun koyucunun bu düzenlemeler ile yargının iş yüküne öncelik verdiği anlaşılmaktadır. Ancak, söz konusu düzenlemelerin eşitlik ve hak arama hürriyetinin ihlali bakımından tekrar Anayasa Mahkemesinin önüne gelebileceği değerlendirilmiştir. Zira 01.06.2024 tarihinden önce verilen HAGB kararları bakımından, en azından denetim süreleri dolana kadar kabul, müsadere ve itiraz mercilerinin yetersizliği hususlarında oluşan sorunlar ortaya çıkmaya devam edecektir.

IV. HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASININ UYGULANMASINDA MÜSADEREYE İLİŞKİN UYGULAMADA ORTAYA ÇIKAN PROBLEMLER

Hükümün açıklanmasının geri bırakılmasında sorunlu alanlarından biri de müsadere'dir. 7499 sayılı Kanun değişikliğinden önce CMK m. 231/5'te bulunan "*hükümün açıklanmasının geri bırakılması, kurulan hükümün sanık hakkında bir hukuki sonuç doğurmamasını ifade eder*" şeklindeki düzenleme müsadere hususunda açıklık içermemekteydi. Doktrinde ve Yargıtay kararlarında, müsadere'nin bir güvenlik tedbiri olduğu ve asıl hükümün parçası niteliğinde olduğu belirtiliyordu. Bu nedenle asıl hüküm askıda bekletildiğine göre, asıl hükme bağlı olan müsadere kararının da askıda bekleyeceği ifade ediliyordu. Müsadere kararı verilen eşyanın denetim süresi dolana kadar bekletilmesi, denetim süresinin iyi halli geçirilmesi halinde hüküm tüm sonuçlarıyla ortadan kalkacağından sanığa iadesinin sağlanması gerektiği belirtiliyordu⁴⁶.

Anayasa Mahkemesi ise, müsadereye hangi aşamada karar verileceği hususunda bir kanuni düzenlemenin olmadığını, askıya alınan hüküm nedeniyle, sanığın keyfi veya hukuka aykırı müsadere iddialarını dile getireceği bir istinaf makamının olmadığını, bu durumun da aşırı bir külfet yarattığını belirterek iptal karar vermiştir⁴⁷.

⁴⁶ Devrim Güngör/ Haluk Toroslu, 'Müsadere ve Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması İlişkisi Üzerine Kısa Bir Değerlendirme', Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 65, Sayı: 4, Yıl: 2016, ss. 1967-1980, s. 1976; Centel/Zafer, s. 878; Şen/Maviş, s. 84; Yargıtay 8 C.D., 05.03.2024 Tarih, 2023/4562 E. ve 2024/2068 K. (UYAP PORTAL); Yargıtay 8 C.D., 21.02.2024 Tarih, 2023/2730 E. ve 2024/1628 K. (UYAP PORTAL).

⁴⁷ AYM, E.2022/120, K.2023/107, § 47.

Bu doğrultuda 7499 sayılı Kanunla değişik CMK'nın 231/5 maddesi "*Hükmün açıklanmasının geri bırakılması, müsadereye ilişkin hükümler hariç, kurulan hükmün sanık hakkında bir hukukî sonuç doğurmamasını ifade eder.*" şeklinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemeyle, HAGB'nin istinaf kanun yoluna tabi olması neticesinde müsadereye de kanun yolundan geçmesi sağlanmış, ayrıca müsadereye HAGB'nin sonuç doğurmamasına istisna olduğu belirtilerek belirsizlik ortadan kaldırılmıştır. Artık kararın kesinleşmesi ile müsadere gerçekleşecektir.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasında müsadereye ilişkin düzenlemenin etkilerinden biri de adli emanet büroları üzerinde olacaktır. Elkonulan eşyalar istisnaları bulunmakla birlikte adli emanet bürolarında tutulmaktadır. Bu bakımdan kanun değişikliği öncesi HAGB kararı itiraz kanun yoluna tabi olduğundan, hızlıca suç eşyasının müsadereye karar verilip, adli emanetten tasfiyesi sağlanabiliyordu. Ancak yeni düzenleme ile birlikte suç eşyalarının kararın kesinleşmesine kadar, yani istinaf incelemesi tamamlanana kadar muhafazası gerekecektir. Bu durum zaten çok dolu olan adli emanet bürolarının kapasitesinin yetersiz kalmasına neden olabilir. Neticesi, yeni düzenleme kanun koyucunun suç ve ceza politikasının bir ürünü olduğundan yerindeliği tartışılabilir ise de, Anayasa Mahkemesi kararında geçen eleştirilerin giderildiğinin de kabulü gerekir.

V. İŞ YÜKÜNÜN ARTMASI

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına karşı kanun yolu olarak istinaf yolunun öngörülmesi ile Bölge Adliye Mahkemelerinin iş yükünde muazzam bir artış olacaktır. İstatistiklere göre, 2023 yılı içerisinde ülke genelinde 2.002.521 karar verilmiştir. Bu kararların 881.669 tanesi mahkûmiyet, 360.049 tanesi beraat, 461.680 tanesi hükmün açıklanmasının geri bırakılması, 299.123 tanesi ise diğer kararlar şeklindedir⁴⁸.

Bölge Adliye Mahkemeleri Ceza Daireleri ise, 2023 yılı içerisinde ülke genelinde 612.308 yeni dosya almıştır. Bir dosyanın görülme süresi ise ortalama 228 gün olarak belirlenmiştir. 2023 yılında HAGB kararları istinaf kanun yoluna tabi olmadığından, belirtilen dosya ve gün sayısı HAGB dışında kalan kararlara ilişkindir. Bu hesaba göre istinaf mahkemeleri ilerleyen süreçte mevcut dosyalarının yüzde 75 daha fazlasını alacak, yıllık esas sayıları 1 milyonu geçecektir. Aynı şekilde dosya görülme süreleri de uzayacaktır. Bu bakımdan istinaf mahkemelerinin fiziki şartlarında ve personel sayısında acilen iyileştirme yapılması gerekmektedir⁴⁹.

⁴⁸ https://adlisicil.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/22042024115644ADalet_ist-2023CALISMALARI59.pdf, s. 21.

⁴⁹ https://adlisicil.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/22042024115644ADalet_ist-2023CALISMALARI59.pdf, s. 47-48.

Belirtilen istatistikler göz önüne alındığında, istinaf mahkemelerinin iş yükünün artışı nedeniyle önlem alınmaması halinde zaten hantal olan yargı daha da ağırlaşacaktır. Günümüzde infaz yasaları, HAGB, erteleme gibi kurumlarla toplumda bir cezasızlık algısının oluştuğu ortadadır. Kanun yolu nedeniyle sürecin fazla uzaması da cezasızlık algısının pekişmesine neden olacaktır. Suç failine “seni bu seferlik cezalandırmıyorum” demek için 3-5 yıl uğraşılacak sistem çökmeye mahkûmdur. Bu durum faili ıslah etmekten çok yeni suçlar işleme hususunda özgüven verir. Bu nedenle yargının en temel sorunlarından birinin iş yükü ve iş yükünün sebep olduğu sorunlar olduğunu kabul etmek gerekir. Ancak yalnızca istinaf mahkemelerinin şartlarının iyileştirilmesi değil, aynı zamanda ilk derece mahkemelerinin iş yükünün de azaltılması gerekir. Bu sayede istinaf mahkemelerinin de iş yükü azalmış olacaktır.

SONUÇ

Onarıcı adalet ürünü olan HAGB bir taraftan mağdurun zararının giderilmesini, diğer taraftan ise failin ıslahını amaçlar. Bu sayede toplumsal barış temin edilecek ve yargının iş yükünün de azaltılması sağlanacaktır. Günümüzde, özellikle basit suçlar yönünden adliyelerin meşgul edilmesi, zaman ve emek kaybına neden olmaktadır. Kanun koyucu da, dosya sayılarını göz önüne alarak çeşitli onarıcı adalet yöntemlerine müracaat etmektedir. Ancak bu kurumların hukuk sistemimizde fazlaca geçmişinin olmaması nedeniyle oluşan bir sorun düzeltilindiğinde başkaca bir sorun ortaya çıkmaktadır.

Son düzenlemeyle kanun koyucunun, oluşan sorunlardan bazılarını çözmeye yönelik adım attığı görülmüştür. Ancak özellikle istinaf kanun yoluna tabi olma hususunda 01.06.2024 tarihinden önce HAGB kararı alanların kapsam dışında tutulması doğru değildir. Kurumun karma niteliği yönündeki Yargıtay kararları ile Anayasa Mahkemesinin ihlal ve iptal kararlarındaki gerekçeler dikkate alındığında, 01.06.2024 tarihinden önce verilen HAGB kararları yönünden de kanun değişikliğinin geçerli olması gerekirdi.

HAGB'nin bu noktaya gelmesindeki başlıca nedenlerden biri de mevcut iş yoğunluğudur. Kanun koyucunun bu sorunu görüp, öncelikli olarak iş yoğunluğunu azaltacak düzenlemeler yapması gerekir. Ancak genellikle ağır hareket edilmekte veya iş işten geçtikten sonra önleyici bir düzenleme yapılmaktadır. Dolayısıyla kanun koyucunun bu ve benzer sorunların üzerine gitmemesi halinde, bugün itiraz mercilerinin işlevsizliğinden bahsedilirken, ilerleyen dönemlerde istinaf incelemesinin de işlevsizliğinden bahsedilecektir.

KAYNAKÇA

- AKYILDIZ, Anıl, ‘Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılmasına İlişkin Sorunlar’, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 17, Sayı: Özel Sayı, Yıl: 2020, ss. 65-88.
- BAYTAZ, Abdullah Batuhan, ‘Onarıcı Adalet Genel Bir Bakış’, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 71, Sayı: 1, Yıl: 2013, ss. 117-129.
- CANPOLAT, Can, ‘Anayasa Mahkemesinin İptal Kararı Çerçevesinde Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Müessesesine İlişkin Bir İnceleme’, Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 11, Sayı: 2, Yıl: 2023, ss. 1271-1295.
- CENTEL, Nur / ZAFER, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 21. Baskı, Beta Basım, İstanbul, 2022.
- ÇETİNTÜRK, Ekrem, Onarıcı Adalet ve Ceza Adalet Sisteminde Uzlaştırma, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2017.
- GÜNGÖR, Devrim/OKUYUCU-ERGÜN, Güneş, ‘Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması’, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 65, Sayı: 4, Yıl: 2016, ss. 1951-1965.
- GÜNGÖR, Devrim/ TOROSLU, Haluk, ‘Müsadere ve Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması İlişkisi Üzerine Kısa Bir Değerlendirme’, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 65, Sayı: 4, Yıl: 2016, ss. 1967-1980.
- GÜRÜHAN, Caner, ‘Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılmasına İlişkin Güncel Sorunların Yargıtay Kararları Işığında Değerlendirilmesi’, TBB Dergisi, Sayı: 111, Yıl: 2014, ss. 133-162.
- KESKİN, İbrahim, ‘Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararları ve Disiplin Soruşturmalarına Etkisine Dair Bir İnceleme’, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Sayı: 54, Yıl: 2023, ss. 1-38.
- SARIGÜL, Ali Tanju, ‘Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararlarının Denetiminde Kanun Yolu Sorunu’, TBB dergisi, Sayı: 125, Yıl: 2016, ss. 59-84. (Kısaltma: Sarıgül, Kanun Yolu)
- SARIGÜL, Ali Tanju, ‘Türk ve Alman Hukukunda Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması’, Türkiye Barolar Birliği (TBB) Dergisi, Sayı: 118, Yıl: 2015, ss. 125-162. (Kısaltma; Sarıgül, Türk ve Alman Hukukunda)
- SEZER, Yasin/ İPEK, Ali İhsan, ‘Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılmasının Kamu Personel Hukukuna Etkisi’, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Cilt: 1, Sayı: 3, Yıl: 2020, ss. 43-74.
- ŞEN, Ersan/ MAVİŞ, Mert, Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, 1. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2014.
- TOROSLU, Nevzat/ TOROSLU, Haluk, Ceza Hukuku Genel Kısım, 24. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2018.

TULAY, M. Emre, ‘Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması: Yasal Şartların Yerindeliği ve Kararın Hukuki Etkileri Üzerine Bir Değerlendirme’, Hacı Bayram Veli Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 25, Sayı: 4, Yıl: 2021, ss. 477-525.

ÜNVER, Yener / HAKERİ, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 21. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023.

YILDIRIM, Akif, ‘Mayınlı Bir Alan: Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararının Denetimi’, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Sayı: 11, Yıl: 2018, ss. 435-480.

Çevrimiçi Kaynaklar

<https://adlisicil.adalet.gov.tr> (erişim tarihi: 30.04.2024)

<https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi> (erişim tarihi: 30.04.2024)

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Takdiri İndirim Nedenleri^(*)

Matters of Discretionary Extenuation in the Turkish Penal Code No. 5237

Nazlı ÖZDEMİR^(**)

Öz:

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK)'nın 62. maddesinde düzenlenen takdiri indirim nedenleri kurumu, cezanın bireyselleştirilmesinin en önemli araçlarından biridir. Bu kurum, hâkim tarafından failin kişisel özellikleri dikkate alınarak soyut cezanın somut hale getirilmesinde önemli bir rol oynamaktadır. Nitekim somut olay adaleti de bunu gerektirir. Soyut ceza her fail için aynı iken somut cezanın her fail için aynı olması beklenemez. Her failin kişisel özellikleri farklıdır. Bu doğrultuda soyut cezanın failin şahsına özgü hale getirilmesi, hakkaniyete uygun sonuçların elde edilmesi bakımından önem arz etmektedir. Böylelikle ceza, adil ve modern ceza hukuku anlayışı çerçevesinde cezanın ıslah etme amacına uygun olarak son halini almış olur.

Bir suç için kanunda öngörülen indirimin uygulanması, TCK'nın 61. maddesindeki sıra gözetilerek temel cezanın belirlenmesinin ardından 62. maddede belirtilen nedenler çerçevesinde ve gerekçesi belirtilmek suretiyle hâkimin takdirine bırakılmıştır. Hâkimin somut olayda takdiri indirim nedenlerinden bir veya birkaçının bulunduğu kanaatine varması halinde, uygulayacağı indirim oranları da aynı maddede belirtilmiştir.

Çalışmada öncelikle takdiri indirim nedenleri hakkında genel bilgiler verilerek kurumun amacı ve mevzuatımızdaki tarihsel süreci açıklanmıştır. Devamında karşılaştırmalı hukukta takdiri indirim nedenlerine değinilmiştir. Ardından tahdidi olarak sayılan takdiri indirim nedenleri ve bunların özellikleri incelenmiştir. Son olarak takdiri indirim nedenlerinin uygulanma esasları ele alınmıştır. Çalışmada ayrıca 12.05.2022 tarihli ve 7406 sayılı Kanun'un birinci maddesiyle takdiri indirim nedenleri kurumuna getirilen değişikliklere dikkat çekilmiş ve bu değişiklikler çerçevesinde konuya ilişkin değerlendirmeler yapılmıştır.

Anahtar Kelimeler:

Cezanın Bireyselleştirilmesi Aracı, Somut Ceza, 5237 Sayılı TCK Madde 62, Takdiri İndirim Nedenleri, Hâkimin Takdir Yetkisi.

^(*) Hakem denetiminden geçmiştir.

Makalenin geliş tarihi: 14.03.2024 - Makalenin kabul tarihi: 31.04.2024.

^(**) Avukat, Ankara Barosu, Ankara-Türkiye,

E-posta: nazliozdmrrr@hotmail.com,

Orcid ID: <https://orcid.org/0009-0009-4598-4895>.

Abstract:

The matters of discretionary extenuation regulated in article 62 of the Turkish Penal Code No. 5237 is one of the most important tools for individualizing the punishment. This institution plays an important role in making abstract punishment concrete by the judge, taking into account personal characteristics of the perpetrator. As a matter of fact, substantial justice also requires this. While abstract punishment is same for every perpetrator, concrete punishment cannot be expected to be same for every perpetrator. Personal characteristics of each perpetrator are different. In this regard, it is important to make the abstract punishment specific to the perpetrator in order to obtain equitable results. Thus, the punishment takes its final form in accordance with the reformatory purpose of the punishment within the framework of a fair and modern understanding of criminal law.

Applying the reduction prescribed by law for a crime is left to the discretion of the judge, within the framework of the reasons specified in article 62 and by stating justification after determining basic penalty in accordance with the order in article 61 of Turkish Penal Code. If judge concludes that there is one or more matters of discretionary extenuation for reduction, discount rates to be applied are stated in the same article.

In this study, first of all general information is given about this institution, the purpose of the institution and its historical process in our legislation are explained. The matters of discretionary extenuation in comparative law are mentioned. Then, matters of discretionary extenuation and their qualities were examined. Finally, principles of application of the institution are discussed. These issues are explained drawing attention to the recent changes brought to the institution by article 1 of Law No. 7406 dated 12.05.2022 and making evaluations.

Keywords:

Tool for Individualization of Punishment, Concrete Punishment, Turkish Penal Code No. 5237 Article 62, The Matters of Discretionary Extenuation, Discretion of Judge.

GİRİŞ

Takdiri indirim nedenleri; TCK'nın "Yaptırımlar" başlıklı üçüncü kısmının, "Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi" başlıklı üçüncü bölümünde düzenlenmiştir TCK'nın 62. maddesi gereği hâkime cezaya son halini vermek üzere takdiri indirim yapma yetkisi tanınmıştır. Mezkûr maddeye göre hâkimin işlenen suçun kanuni tanımında öngörülen cezanın alt ve üst sınırı arasında temel cezayı TCK'nın 61. maddesi uyarınca belirli ölçütleri göz önünde bulundurarak belirlemesinin ardından bu yetkiyi kullanması söz konusu olacaktır. Her ne kadar TCK'nın 61. maddesine göre soyut ceza fiil bakımından şahsileştiriliyor olsa da temel cezanın belirlenmesinde yer alan bu ölçütler somut olay adaleti açısından tek başına yetersiz kalabilmektedir. Kaldı ki, kanunda yalnızca basamaklı ceza sistemi diğer bir deyişle alt ve üst sınırları belirtilen cezalar öngörülmemiş, bazı suçlar için sabit ceza sistemi kabul edilmiştir. Dolayısıyla farklı failler tarafından işlenen aynı suçun sonuç cezasının aynı olması hakkaniyete aykırı bir durum oluşturacaktır. Faillerin kişisel özellikleri dikkate alınarak soyut cezanın somut hale getirilmesi, diğer bir ifadeyle cezanın failin şahsına uydurularak bireyselleştirilmesi gerekmektedir.

Çalışmada; cezanın bireyselleştirilmesinde araç olan, soyut cezayı failin şahsına uygun hale getiren ve neticede cezaya son şeklini veren takdiri indirim nedenleri kurumunun gerek konuya ilişkin bilimsel çalışmalar gerekse yargı kararları ışığında mevzuattaki tarihsel gelişimi de dikkate alınarak açıklanması ve bu suretle bu hususta araştırma yapan kişilere, uygulayıcılara ve hukuk literatürüne katkı sağlanması amaçlanmıştır. Bu amaç doğrultusunda çalışmanın ilk kısmında takdiri indirim nedenleri hakkında genel bilgiler verilerek kurumun mevzuatımızda düzenlenmesinin amacı ve önemi, mevzuatımızdaki tarihsel süreci açıklanacaktır. Devamında karşılaştırmalı hukukta takdiri indirim nedenlerine değinilecektir. Çalışmanın ikinci kısmında TCK'da tahdidi olarak sayılan takdiri indirim nedenleri ve bu nedenlerin özellikleri incelenecek olup son kısmında ise takdiri indirim nedenlerinin uygulanma esasları ele alınacaktır.

I. MEVZUATIMIZDA VE KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA TAKDİRİ İNDİRİM NEDENLERİNE GENEL BAKIŞ

A. Takdiri İndirim Nedenlerinin Mevzuatımızda Düzenlenmesinin Amacı ve Önemi

Kanun koyucu tarafından düzenlenen genel ve soyut nitelikteki yaptırımların, fiilin nitelikleri ve failin kişisel özellikleri göz önünde bulundurularak somut ve faile özel hale getirilmesi cezanın bireyselleştirilmesini ifade etmektedir¹. O halde cezanın bireyselleştirilmesi kurumu, somut olaya ve faile özgü özelliklerin kişiselleştirilmesini gerekli kılar. Cezanın bireyselleştirilmesi hususunda TCK'da iki temel araç bulunmaktadır. Temel cezanın belirlenmesinde (madde 61) fiil yönünden bireyselleştirme söz konusu iken takdiri indirim nedenlerinde (madde 62) fail yönünden bireyselleştirme söz konusu olmaktadır. Suçların meydana gelme şekilleri birbirinden farklı olduğu gibi suç işleyen faillerin özel durumları, sosyal ve psikolojik halleri de birbirinden farklılık arz etmektedir². Hiçbir suçlu diğerine, hiçbir suç başka bir suçla benzer, denilemez³. Bu farklılıklar failin suç oluşturan fiili ile bu suç nedeniyle fail hakkında hükmedilecek ceza arasında bir denge kurulmasını icap eder⁴. Bunu gerçekleştirmek için cezanın fiil ve faile uydurulması suretiyle hakkaniyete uygun ve adil bir cezanın belirlenmesi amaçlanmaktadır. Dolayısıyla cezanın bireyselleştirilmesi ile somut olay adaletine yönelik bir fayda

¹ Osman Yaşar, Hasan Tahsin Gökcan, Mustafa Artuç, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu 2. Cilt, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s.2051.

² Gökhan Taneri, "Temel Cezanın Belirlenmesi", Ankara Barosu Dergisi, Sayı 3, 2016, s.132.

³ Faruk Erem, "Cezayı Azaltıcı Takdiri Sebepler", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 3, Sayı 2-4, 1946, s.357.

⁴ Aynı yönde bkz. Levent Ünsal, "Takdiri İndirim Nedenleri ve TCY md.59", Yargıtay Dergisi, Cilt 28, Sayı 4, 2002, s.625.

da sağlanmaktadır⁵. Zira Roma hukukundan günümüze kadar gelen anlayışa göre hukuk kurallarının önceden bilinmeyen tüm somut olaylara aynı biçimde tatbik edilmesi, adaletten çok adaletsizlik yaratır⁶.

Her suçun işlenme şeklinin ve her failin kişiliğinin farklı olduğu göz önünde bulundurulduğunda, bu farklılıkların önceden kanun koyucu tarafından belirlenmesinin mümkün olmamasından bahisle TCK’da takdiri indirim nedenleri adı altında müstakil bir düzenlemeye ihtiyaç duyulmuştur. Böylece olayın özelliklerine göre hâkime somut cezayı belirleme yetkisi verilmiştir. Elbette bu yetki, sınırsız değildir. Hâkim bu yetkiyi kanunda belirlenen çerçevede kullanacaktır.

B. Takdiri İndirim Nedenlerinin Mevzuatımızdaki Tarihsel Süreci

Türkiye Cumhuriyeti’nin ilk ceza kanunu olan, İtalyan Zanardelli Yasası esas alınarak hazırlanan 765 sayılı ve 01.03.1926 tarihli Türk Ceza Kanunu’nda (eski TCK); “Takdiri İndirim Nedenleri” başlıklı müstakil bir madde yer almamakla birlikte 59. maddesinde şöyle denmekteydi: “*Kanunî esbabı muhaffifeden ayrı olarak mahkemece her ne zaman fail lehine cezayı hafifletecek esbabı takdiriye kabul edilirse idam ve müebbet ağır hapse bedel 24 sene ağır hapis hükmolunur. Müebbet sürgün cezası beş sene muvakkat sürgüne tebdil edilir. Diğer cezaların altıda birinden üçte birine kadarı indirilir*”⁷. Bu düzenlemeden, her ne zaman fail lehine cezayı hafifletecek bir neden kabul edilirse bu hususta belirtilen oranlarda indirim uygulanması gerektiği anlaşılmaktadır. Takdiri indirim nedenlerinin mevzuatımızdaki ilk görünümü, bahsi geçen maddedir. Ancak bu düzenlemedeki “fail lehine cezayı hafifletecek neden” kavramının çerçevesi belirtilmemiş olup ucu açık bir düzenleme olarak mevzuatımızda yerini almıştı. Bu nedenle eski kanun döneminde mahkemeler arasında takdiri indirim nedenleri noktasında uygulama farklılıklarının doğduğu söylenebilir. Zira her hâkimin önüne gelen somut olayda kabul ettiği söz konusu nedenler çeşitlilik arz etmekteydi.

11.06.1936 kabul tarihli, 3038 sayılı TCK’nın Bazı Maddelerini Değiştiren Kanun⁸ ile eski TCK’nın 59. maddesi “*Kanunî tahfif sebeplerinden ayrı olarak mahkemece her ne zaman fail lehine cezayı hafifletecek takdiri sebepler kabul edilirse ölüm cezası yerine otuz ve müebbet ağır hapis yerine yirmi*

⁵ Yusuf Kaçar, “7406 Sayılı Kanun’la Değişik Türk Ceza Kanunu’nda Takdiri İndirim Nedenleri”, Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 10, Sayı 2, 2022, s.927.

⁶ William Warwick Buckland, A Text Book of Roman Law: From Augustus to Justinians, Cambridge University Press, Cambridge, 1950, s. 55.

⁷ 765 sayılı TCK madde 59.

⁸ Resmi Gazete Tarihi ve No: 23.06.1936, 3337.

dört sene ağır hapis cezası hükmolunur. Diğer cezaların altıda birinden üçte birine kadar indirilir.” şeklinde değiştirilmiştir. Yeni düzenleme ile maddede kullanılan dilin sadeleştiği ve indirim oranlarında fail lehine değişikliğe gidildiği görülmektedir. Ayrıca dikkat çekilmesi gereken diğer bir husus “kanuni tahfif sebeplerinden ayrı” ibaresidir. Eski TCK’da takdiri indirim nedenleri kanunda yer alan bazı suç tiplerinde öngörülmüş yasal indirim nedenlerinden ayrı olarak kabul edilmişti. Yasal indirim nedenleri bazı suç tiplerine özel olarak kanunda düzenlenmiş cezayı azaltan nitelikli haller iken takdiri indirim nedenleri genel nitelikte olup her suç tipi için uygulanabilmektedir. Söz konusu ibare ile de takdiri indirim nedenlerinin yasal indirim nedenlerinden farklı nedenler olması gerektiği belirtilmişti. Aksi halde failin işlediği suç için kanunda öngörülen cezayı azaltan nitelikli hal cezanın belirlenmesi sırasında dikkate alındığı halde aynı nedeninin bu kez takdiri indirim nedeni olarak dikkate alınması, bir neden dolayısıyla iki kez indirim yapılması anlamına gelirdi⁹.

Daha sonra 09.07.1953 kabul tarihli, 6123 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun ile 59. madde “*Kanuni tahfif sebeplerinden ayrı olarak mahkemece her ne zamanı fail lehine cezayı hafifletecek takdiri sebepler kabul edilirse idam cezası yerine müebbet ağır hapis ve müebbet ağır hapis yerine 30 sene ağır hapis cezası hükmolunur. Diğer cezalar altıda birden fazla olmamak üzere indirilir*¹⁰.” şeklini alarak takdiri indirim oranı fail aleyhine yeniden düzenlenmiştir.

Türkiye’de, 2004 yılında 5170 sayılı Kanun ile ölüm cezası 1982 Anayasası’ndan tümüyle çıkartılmıştır¹¹. Türk hukukunda ölüm cezasının artık kaldırılmış olması sebebiyle, 14.07.2004 kabul tarihli, 5218 sayılı Ölüm Cezasının Kaldırılması ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun ile 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda da ölüm cezasına ilişkin hükümler kaldırılmıştır¹². Böylece 59. madde “*Kanuni tahfif sebeplerinden ayrı olarak mahkemece her ne zaman fail lehine cezayı hafifletecek takdiri sebepler kabul edilirse ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezası yerine müebbet ağır hapis ve müebbet ağır hapis yerine 30 sene ağır hapis cezası hükmolunur.*

⁹ Bu durum çalışmada sonraki kısımda açıklanacak olan mükerrer/ çifte değerlendirme yasağı kapsamında kalmaktadır. Kanun koyucunun suçun unsuru veya ağırlaştırıcı ya da hafifletici nedenleri olarak öngördüğü bir hususun, hâkim tarafından ayrıca takdiri indirim nedeni olarak kabul edilmesi ve indirim uygulanması mümkün değildir.

¹⁰ 6123 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun madde 1.

¹¹ Özge Apiş, Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s.36.

¹² 5218 sayılı Ölüm Cezasının Kaldırılması ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun madde 1/12.

Diğer cezalar altıda birden fazla olmamak üzere indirilir.” şeklini almıştır. Sonraki süreçte, 19. yüzyıl döneminin kanunu olan eski TCK 21. yüzyılın gereksinimlerini karşılayacak bir durumda olmaması nedeniyle¹³ ilga edilerek Türk Ceza Hukuku Reformu bağlamında 26.09.2004 kabul tarihli, 5237 sayılı Kanun ile yeni bir Türk Ceza Kanunu yürürlüğe girmiştir. 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren ve günümüzde halen yürürlükte olan 5237 sayılı Kanun’da takdiri indirim nedenleri, artık müstakil olarak “Takdiri İndirim Nedenleri” başlıklı 62. maddede “Fail yararına cezayı hafifletecek takdiri nedenlerin varlığı hâlinde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine, müebbet hapis; müebbet hapis cezası yerine, yirmibeş yıl hapis cezası verilir. Diğer cezaların beşte birine kadarı indirilir. Takdiri indirim nedeni olarak, failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları, cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri gibi hususlar göz önünde bulundurulabilir. Takdiri indirim nedenleri kararda gösterilir.” şeklinde yer almıştır.

Görüldüğü üzere TCK’nın 62. maddesinde takdiri indirim nedenleri örnek-seme yolu ile sayılmış olup indirim oranında fail lehine bir değişiklik öngörülmüştür. Örnek mukabilinden sayılan bu nedenlerle eski TCK’da ucu açık bırakılan takdiri indirim nedenleri, 5237 sayılı Kanun ile artık mahkemeler bakımından yol gösterici bir hal almıştır. Zira sayılan nedenler örnek oluşturmuş ve benzeri nedenler çerçevesinde indirim uygulanması söz konusu olmuştur.

31.03.2005 kabul tarihli 5328 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile TCK’nın “Takdiri İndirim Nedenleri” başlıklı 62. maddesinde süreli hapis cezaları için öngörülen indirim oranına ilişkin 1/5 ibaresi, 1/6 olarak düzenlenerek¹⁴ takdiri indirim oranında fail aleyhine değişikliğe gidilmiştir. Bu değişiklik TCK’nın yürürlüğe girmesinden önce yapılmıştır. Değişiklik önergesindeki gerekçeye bakıldığında, hem kanunda öngörülen hapis sürelerinin beşe bölünebilmesinin her zaman kolay olmadığı hem de uygulamada karara bağlanmış pek çok dosyanın lehe hüküm uygulanması nedeniyle yeniden ele alınmasına dolayısıyla mahkemelerde büyük oranda iş artışına neden olacağı belirtilmiştir¹⁵.

Son olarak, 12.05.2022 kabul tarihli ve 7406 sayılı Türk Ceza Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile TCK’nın 62. maddesinin 2. fıkrası yeniden düzenlenmiştir¹⁶. Şöyle ki, maddenin ikinci fıkrasında yer alan “sürecindeki davranışları” ibaresi “sürecindeki pişmanlığını gösteren davran-

¹³ Adem Sözüer, “Türk Ceza Hukuku Reformu: Dünü, Bugünü ve Yarını”, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 21, Özel Sayı, 2019, s. 3040.

¹⁴ 5328 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’un 2. maddesi.

¹⁵ 5328 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’un 2. maddesinin gerekçesi.

¹⁶ 7406 sayılı Türk Ceza Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 1. maddesi.

nışları” şeklinde değiştirilerek indirim uygulanabilmesi için failin pişmanlığını samimi bir şekilde gösteren davranışlar aranmıştır. Yine aynı fıkradaki “gibi hususlar” ibaresi madde metninden çıkarılarak örnek mukabilinden sayılan takdiri indirim nedenlerinde tahdidi sayma yöntemine gidilmiştir. Dolayısıyla maddede sayılan nedenler haricinde takdiri indirim yapılamayacaktır. Maddeye ek cümle ilave edilerek failin duruşmada mahkemeyi etkilemeye yönelik şekli tutum ve davranışların takdiri indirim nedeni olarak dikkate alınmayacağı belirtilmiştir. Hal böyle iken, artık failin samimi olarak pişmanlığını gösteren davranışları olmadığı halde sadece mahkemeyi etkilemek amacıyla gösterdiği davranışlar göz önünde bulundurulmayacaktır. Bunun yanı sıra “kararda” ibaresinden sonra gelmek üzere “gerekçeleriyle” ibaresi eklenerek mahkemenin uyguladığı indirimin nedeninin gerekçesinin kararda belirtilmesi gerektiği vurgulanmıştır.

Böylelikle TCK’nın 62. maddesinin son hali şu şekli almıştır:

“Fail yararına cezayı hafifletecek takdiri nedenlerin varlığı halinde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine, müebbet hapis; müebbet hapis cezası yerine, yirmi beş yıl hapis cezası verilir. Diğer cezaların altıda birine kadarı indirilir.

(2) Takdiri indirim nedeni olarak, failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki pişmanlığını gösteren davranışları veya cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri göz önünde bulundurulabilir. Ancak failin duruşmadaki mahkemeyi etkilemeye yönelik şekli tutum ve davranışları, takdiri indirim nedeni olarak dikkate alınmaz. Takdiri indirim nedenleri kararda gerekçeleriyle gösterilir.”

C. Karşılaştırmalı Hukukta Takdiri İndirim Nedenleri

Takdiri indirim nedenlerinin gerek kanunda düzenlenip düzenlenmemesi gerekse içeriği ülkelere göre farklılıklar göstermektedir. Takdiri indirim nedenlerinin kapsamı hakkında hâkime tanınan serbestliğe Fransız Ceza Kanunu’nun 463. maddesinde, 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunu’nun 59. maddesinde, 1932 tarihli Polonya Ceza Kanunu’nun 54. maddesinde ve eski TCK’nın 59. maddesinde rastlanmaktadır¹⁷. Bunların aksine takdiri indirim nedenlerini kanunda tahdidi olarak düzenleyen ülkeler de bulunmaktadır. Örneğin 1930 tarihli İtalyan Ceza Kanunu’nda, 1938 tarihli İsviçre Federal Kanunu’nda ve 7406 sayılı Kanun’la yapılan değişiklik sonucu TCK’da takdiri indirim nedenleri bu şekilde düzenlenmiştir¹⁸.

¹⁷ Abdullah Pulat Gözübüyük, Türk Ceza Kanunu Açıklaması Cilt 1 (Madde 1-124), 4. Baskı, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1980, s.252.

¹⁸ Muhsin Genç, Türk Ceza Hukuku’nda Takdiri İndirim Nedenleri (Kayseri: Erciyes Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2019), s.23.

İçerik bakımından takdiri indirim nedenlerinin karşılaştırmalı hukuktaki durumuna değinmek gerekir. Takdiri indirim nedenleri kurumunu kabul etmekle birlikte kanunda açıkça düzenlemeyip hâkime bu konuda oldukça geniş yetkiler veren hukuk sistemlerini görmek mümkündür¹⁹. İngiltere, Amerika ve Hollanda’da durum bu şekildedir. Örneğin Amerika’da hâkimlerin ölüm cezaları hariç diğer cezalarda aşağı ve yukarı ceza miktarları arasında dilediği bir cezayı tayin edebileceği kabul edilmiştir²⁰. Mağdurun affı, kamuoyu tepkisi, failin eşsiz yetenekleri veya topluma katkılarının özel değeri gibi hallerin kimi zaman takdiri indirim nedeni olarak kabul edildiğini belirtmek gerekir²¹. Örneğin mağdurun affının cezada indirim için bir neden olarak kabul edilmesi Amerikan hukukunda mağdur etki raporları ile mağdurun talepleri hakkında bilgi sahibi olunarak sağlanabilmektedir. Cezaya hükmedilmeden önce mağdurun faili affetmesi ve düşük bir ceza verilmesi yönündeki talebinin cezanın belirlenmesinde dikkate alındığına dair örnekler vardır²². Mağdurun faili affetmesi onarıcı adalet sistemi bağlamında önemli bir kurum olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira mağdurun faili affı ve aralarındaki sulhun sağlanmasının onarıcı adalet mekanizmasının bel kemiği olduğu söylenebilir²³. Nitekim onarıcı adalet süreci suçun sebep olduğu yaraların iyileştirilmesi, sulh ve barışın sağlanması ile gerçekleşir.

Takdiri indirim nedeni olarak dikkate alınan hallerden başka bir örnek ise failin eşsiz yetenekleri veya topluma katkısının özel değeri bakımından verilebilir. Örneğin küçük bir kasabadaki doktorun hırsızlık suçundan yargılanması sonucunda verilecek cezada kasaba halkının sağlık hizmetinden mahrum bırakılmaması için indirim yapılabilir²⁴. Benzer şekilde TCK bakımından failin geçmişinde kamuya yararlı faaliyetlerde bulunmuş olması, failin

¹⁹ Ünsal, a.g.m, s. 632-633.

²⁰ Gençler, Türk Ceza Hukuku’nda Takdiri İndirim Nedenleri, s.23-24.

²¹ Apış, a.g.e, s.205.

²² Örneğin 2009 yılında Michigan Temyiz Mahkemesi, yerel mahkemenin mağdurun hoşgörü talebini değerlendirerek daha az bir ceza vermesini onaylamıştır. Paul H. Robinson, Sean Jackowitz, Daniel M. Bartels, “Extralegal Punishment Factors: A Study of Forgiveness, Hardship, Good Deeds, Apology, Remorse, and Other Such Discretionary Factors in Assessing Criminal Punishment”, University of Pennsylvania Carania Carey Law School, All Faculty Scholarship 353, 2012, s.749. https://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/353 (E.T. 14.04.2024). Ayrıca mağdurun isteklerine dayanan bir sistem varsa cezanın mağdurun isteği doğrultusunda şekilleneceğine dair bkz. Carissa Byrne Hessick, “Why are Only Bad Acts Good Sentencing Factors?”, Boston University Law Review, Vol. 88, University of Utah College of Law Research Paper No. 38, 2008, s.61 vd. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1141522 (E.T. 23.04.2024).

²³ Sercan Tokdemir, “Ceza Adaleti Sistemine Yeni Bir Yaklaşım: Tamamlayıcı Bir Sistem Olarak “Onarıcı Adalet” Mekanizması”, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 21, Sayı 1-2, 2017, s.85.

²⁴ Robinson/Jackowitz/Bartels, a.g.m, s.750.

geçmiş i kapsamında takdiri indirim nedeni olarak dikkate alınabilir. Ancak 7406 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikle birlikte TCK'da takdiri indirim nedenlerinin tahdidi olarak düzenlenmesi mağdurun affı, kamuoyu tepkisi gibi nedenlerin cezada indirim yapılmasına imkân vermemektedir.

İtalyan hukukunda TCK'dan farklı olarak failin geçmiş i, kişiliği gibi hususlar takdiri indirim nedeni olarak öngörülmemiş, temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınmaktadır²⁵. Aynı şekilde Alman hukukunda da failin geçmiş i, fiilden sonraki davranışları gibi hususlar temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınmaktadır²⁶. Bunun dışında genel olarak TCK'daki takdiri indirim nedenlerine en yakın sistem olarak Alman hukuku görülmektedir²⁷.

II. 5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU'NDA TAKDİRİ İNDİRİM NEDENLERİ

A. Tahdidi Olarak Sayılan Takdiri İndirim Nedenleri

Kanun koyucu takdiri indirim nedenlerini eski TCK'dan farklı olarak TCK'da tahdidi bir şekilde saymıştır. 62. maddenin 2. fıkrasında, değişiklikle birlikte “gibi hususlar” ibaresinin madde metninden çıkarılmasıyla eskiden ucu açık bırakılan takdiri indirim nedenleri “failin geçmiş i”, “failin sosyal ilişkileri”, “failin fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki pişmanlığını gösteren davranışları” ve “cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri” olmak üzere dört nedenden ibaret hale getirilmiştir. Değişiklikten önce, bu maddedeki nedenlere benzer nedenlerle de takdiri indirimin uygulanmasına veya uygulanmamasına karar verilebilmesi mümkündü. Örneğin tecrübesizlik, cahillik, failin her nasılsa suç işlemiş olsa bile iyi insan olduğu izlenimi takdiri indirim nedeni olarak kabul edilebiliyordu²⁸. Yapılan söz konusu değişiklikten sonra artık hâkim takdiri indirim nedeni noktasında sayılan nedenlerle sınırlıdır. Kanunda belirtilen bu nedenler dışında sanık hakkında takdiri indirim uygulanması imkânsız hale gelmiştir.

1. Failin Geçmiş i

Failin suç işlemeyen önceki yaşantısı TCK'da takdiri indirim nedeni olarak kabul edilmiştir²⁹. Kovuşturma evresinde failin geçmiş ine ilişkin yapılan

²⁵ Pınar Bacaksız, “Federal Cezalandırma Yönergesi Işığında Amerikan Hukuku'nda Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi”, Ceza Hukuku Dergisi, Cilt 6, Sayı 16, 2011, s. 89.

²⁶ Mustafa Atalan, “Ceza Hukukunda Takdiri İndirim Nedenlerinin Uygulanması Sorunu ve Toplumsal Beklenti”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2022(163), 2022, s.121; Erdal Yerdelen, Cezanın Belirlenmesi (Türk-Alman Uygulaması), Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 129. Alman Ceza Kanunu'nun 49. maddesi takdiri indirim nedenlerini düzenlemiştir. Bkz. Feridun Yenisey, Gottfried Plagemann, Alman Ceza Kanunu Strafgesetzbuch (StGB), 2. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 41- 42.

²⁷ Pınar Bacaksız, Tuğba Bayzıt, “Türk ve Alman Ceza Hukukunda Takdiri İndirim Nedenleri”, Ceza Hukuku Dergisi, Cilt 16, Sayı 47, 2021, s. 427-428; Atalan, a.g.m, s.121.

²⁸ Apiş, a.g.e, s.185.

²⁹ Mehmet Tan, TCK Genel Hükümler Kırmızı Kitap II. Cilt, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2011, s.2312.

değerlendirmede, sadece adli sicile daha önce yansımış olan suçlar dikkate alınarak hareket edilmemelidir. Failin geçmişi noktasında geniş kapsamda araştırma yapılmalıdır. Bu minvalde elbette adli sicil kaydında yer alan bilgiler değerlendirilecektir. Ancak bunun yanı sıra failin geçmişinde dikkate alınacak diğer etkenler de vardır. Örneğin failin geçmişinde kamuya yararlı faaliyetlerde bulunmuş olması, geçmişteki başarıları, toplumsal olaylarda önemli katkılarda bulunmuş olması³⁰, uzun yıllar sürücülük yapmasına rağmen hiç kaza yapmamış olması³¹ failin geçmişi hakkında olumlu izlenimler oluşturabilecek tespitlerdendir. Failin geçmişi takdiri indirim için sayılan nedenlerden biri olduğu için sadece sanığın lehine olacak şekilde dikkate alınabilir³². Karşılaştırmalı hukukta ise örneğin Amerika Birleşik Devletleri'nde bazı eyaletler failin önceden gerçekleştirdiği askerlik hizmeti, hayır işleri gibi iyi işleri ceza-yı hafifletici bir etken olarak dikkate almaktadır³³.

Ayrıca adli kaydından silinen veya adli sicilde görünmemekle birlikte adli sicil dışında tutulan diğer sicillere kaydedilen³⁴ hususlara bakıldığında failin geçmişte suç işlediği bilgisine rastlanması mümkündür. Bu noktada işlenen suçun niteliği, suçun manevi unsuru diğer ifadeyle kast-taksir durumu, hükmedilen cezanın ağırlığı, suç işleme potansiyeli gibi hususlar dikkate alınarak bir değerlendirme yapılması gerekmektedir. Örneğin failin önceki mahkûmiyeti taksirli bir suçtan kaynaklanmakta ise bu mahkûmiyet failin yeni işlediği kasıtlı suçta duruma göre takdiri indirim uygulanmasına engel teşkil etmeyebilir³⁵. Ancak unutulmamalıdır ki, failin yalnızca sabıkalı bir geçmişinin olması indirim yapılmaması için yeterli bir gerekçe oluşturmaz. Nitekim Yargıtay bir kararında³⁶ takdiri indirim için kanunda öngörülen diğer hususlar değerlendirilmeden sadece sanığın sabıkalı kişiliğinden bahisle sa-

³⁰ İlhan Üzülmaz, "Yeni Ceza Kanunu'nun Sisteminde Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi", *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 10, Sayı 3-4, 2006, s.229.

³¹ Mustafa Özen, "Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 15, Sayı 1-2, 2009, s.107.

³² Yaşar/Gökcan/Artuç, a.g.e, s.2053.

³³ Robinson/Jackowitz/Bartels, a.g.m, s.751-752. Ancak bu durumun evrensel olmadığına ilişkin bkz. Hessick, a.g.m, s.10.

³⁴ Örneğin hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı adli sicil kaydına değil, kendine mahsus bir sisteme kaydedilmektedir. Bkz. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231. maddesinin 13. fıkrası "Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı, bunlara mahsus bir sisteme kaydedilir. Bu kayıtlar, ancak bir soruşturma veya kovuşturma ile bağlantılı olarak Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından istenmesi halinde, bu maddede belirtilen amaç için kullanılabilir." şeklindedir.

³⁵ Üzülmaz, a.g.m, s.229. Ayrıca bkz. Mahmut Koca, İlhan Üzülmaz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükmeler*, 16. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s.736.

³⁶ Yargıtay 3. CD. 2017/8981 E. 2018/3156 K. 26.02.2018 KT. <https://karararama.yargitay.gov.tr> (E.T. 29.02.2024).

nık hakkında TCK'nın 62. maddesinin uygulanmasına yer olmadığına karar verilmesini bozma nedeni saymıştır.

Öte yandan eski TCK'da failin geçmişi temel cezanın belirlenmesi bakımından dikkate alınacak ölçütler arasında bulunurken TCK'nın 62. maddesi failin geçmişini takdiri indirim nedeni olarak düzenlemiştir³⁷. TCK'nın 61. maddesinde düzenlenen temel cezanın belirlenmesi sırasında dikkate alınan ölçütler incelendiğinde failin kişiliğinden ziyade kural olarak suça ve fiile ilişkin ölçütlerin yer aldığı görülmektedir.

Neticede takdiri indirim uygulama veya uygulamama hususunda failin geçmişi hakkında değerlendirme yapılırken suç işleme potansiyeli analiz edilmelidir. Zira ilk defa suç işlemiş bir fail ile suç işlemeyi adeta alışkanlık haline getiren, suçu meslek edinen bir failin aynı çerçevede değerlendirilmesi hakkaniyete uygun düşmez. Bununla birlikte, daha önce belirtildiği üzere failin geçmişinin takdiri indirim nedeni olarak dikkate alınması sadece Kıta Avrupası hukuk sistemine dâhil olan Türk hukukuna özgü değildir. Anglo-Amerikan hukuk sisteminde de karakterle ilgili bilgiler cezanın belirlenmesi aşamasında dikkate alınmaktadır³⁸. Özellikle tekrarlayan suçluluk söz konusu olduğunda kişinin önceki mahkûmiyetinde ıslah olmadığı sonucuna varılarak gelecekte suç işleme potansiyelleri daha yüksek bulunmaktadır³⁹.

2. Failin Sosyal İlişkileri

Failin sosyal ilişkileri, takdiri indirim nedeni olarak uygulanıp uygulanmayacağı mahkemece değerlendirilmesi gereken diğer bir husustur. Ancak failin özel hayatın gizliliğinin ihlal edilmemesi bu noktada önem taşır⁴⁰. Failin sosyal ilişkileri bağlamında takdiri indirim nedeni olarak failin çevresinde insanlardan gördüğü saygı diğer bir deyişle itibarı, statüsü, topluma uyum sağlaması konusundaki becerisi, eğitimi, mesleği, sağlık durumu, kişiliğini etkileyen yaşam koşulları, aile bireyleri ile ilişkileri vb. hususlar dikkate alınabilir⁴¹. Aksi halde örneğin kavgacı, saldırgan bir yapıda olup birçok dosyası olan fail ile toplumda itibarlı ancak ani gelişen olay neticesinde tesadüfen suç işlemiş failin aynı çerçevede değerlendirilmesi hakkaniyete uygun düşmez⁴².

³⁷ Üzülmüş, a.g.m, s.228; Apiş, a.g.e, s.191-192.

³⁸ Asena Kamer Usluadam, Ceza Muhakemesi Hukukunda Karakter Delili (Ankara: Hacettepe Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2022), s.296-297.

³⁹ Usluadam, Ceza Muhakemesi Hukukunda Karakter Delili, s.298.

⁴⁰ Kaçar, a.g.m, s.932.

⁴¹ Apiş, a.g.e, s.194.

⁴² Atalan, a.g.m, s.127.

Failin sosyal ilişkilerinin bu kapsamda nazara alınması hususu, ceza hukukunun temel prensiplerinden olan eşitlik ilkesinin ihlali şeklinde yorumlanmamalıdır. Nitekim bu konu Anayasa Mahkemesi kararına da konu olmuştur. AYM, önüne gelen olayda somut norm denetimi yaparak cezanın bireyselleştirilmesinde failin sosyal ilişkilerinin bir ölçüt olarak alınmasına dair düzenlemenin, eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmadığı sonucuna varmıştır⁴³. Gerçekten de durum ve konumlardaki farklılıkların dikkate alınması, kişinin şahsi ve sosyal durumu gözetilerek ceza verilmesi eşitlik ilkesine aykırı davranıldığı anlamına gelmez. Zira AYM'nin de kabul ettiği nispi eşitlik anlayışında olduğu gibi, eşitlik ilkesinden anlaşılması gereken eşitler arası eşitliktir. Hal böyle iken, farklı durumda olanlara farklı kuralların uygulanması eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmez. Dolayısıyla benzer suçları işleyen failer için verilen cezaların farklılığı, bir eşitsizliğe yol açmaz. Diğer bir ifadeyle, kanunda öngörülen cezaların hukuki anlamda eşit olmalarına karşın kişilere uygulanması neticesinde çıkan sonucun eşitliğe aykırı olduğu söylenemez. Eşitlik ilkesi gereğince kişiler için soyut cezalar aynı iken cezaların somutlaştırılması neticesinde ortaya çıkan sonuç cezanın her fail için farklı olması gerekir. Gerçekten de soyut ceza, cezanın kanunda yer alan hali iken somut ceza, cezanın fail yönünden uygulanmasıdır⁴⁴. Böylece cezanın failin şahsına uydurulmasıyla daha adil bir cezanın verilmesi sağlanarak cezadan beklenen topluma kazan-dırma amacına da uygun hareket edilmiş olunacaktır.

Ayrıca Eski TCK'da “failin kişisel ve sosyal durumu” şeklinde bahsedilirken TCK'da “failin sosyal ilişkileri” denilmiştir. AYM, yukarıda bahsi geçen kararında kişisel durumu “suçlunun psikolojik ve sosyo-psikolojik durumu ile ilgili olan kişisel yapısı ve buna etkili olan ailevi ve toplumsal konumu” şeklinde tanımlanırken sosyal durumu “suçlunun toplum içinde bulunduğu mevki” olarak tanımlamıştır. Dolayısıyla sosyal ilişki kavramı, kişisel ve sosyal durum kavramından farklı anlaşılmalı, her iki kanun da failin suç eğilimi ve bu eğilimin oluşmasındaki faktörlerin değerlendirilmesini gerektirmektedir⁴⁵.

Öte yandan, sırf failin düşünce ve inancından dolayı çevresindeki insanlarla uyumsuz olduğundan veya alışılmışın dışında bir yaşam şekli belirlemesinden bahisle takdiri indirim nedeninin uygulanmaması, kişinin anayasa ile güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerden olan düşünce, inanç ve kanaat özgürlü-

⁴³ AYM, E. 1994/92, K. 1995/14, 20/06/1995 KT.

<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/1995/14?EsasNo=1994%2F92&KararNo=1995%2F14&KararTarihlik=20%2F06%2F1995> (E.T 29.02.2024).

⁴⁴ Taneri, a.g.m, s.130.

⁴⁵ Apiş, a.g.e, s.193.

ğünün ihlali anlamına gelecektir⁴⁶. Bu nedenle failin sosyal ilişkilerinde objektif değerlendirmelerin yapılması gerekmektedir. Bu kapsamda failin çevresine kattığı yarar veya çevreye verdiği zarar açısından değerlendirme yapılmalıdır.

3. Failin Fiilden Sonraki ve Yargılama Sürecindeki Pişmanlığını Gösteren Davranışları

Hâkimin takdiri indirimi uygulayabilmek için failin gerek fiilden sonraki davranışlarından gerekse yargılama sürecindeki davranışlarından yola çıkarak pişmanlık duyduğunu gözlemlemesi gerekir. Failin fiilden sonraki davranışlarından kastedilen, suç tipinde gösterilen neticenin gerçekleşmesinden sonraki davranışlardır⁴⁷. Bu davranışların takdiri indirim nedeni olarak değerlendirilmesi failin işlediği suça olan yaklaşımını ortaya koyması bakımından önemli ipuçları vermektedir⁴⁸. Örneğin kasten yaraladığı bir kişiyi arabasıyla hastane yakınına kadar bırakarak uzaklaşan fail ile yaraladığı kişiyi olay yerinde bırakan fail arasında bu anlamda ayırım yapılması gerekir⁴⁹. Failin yargılama sürecindeki davranışlarından kastedilen ise, failin pişmanlığını dile getirmekten öte samimi bir şekilde pişmanlığını göstererek adaletin tecellisine veyahut fiilin mağdur ve toplum üzerindeki etkisini gidermeye çalıştığını gösteren davranışlarıdır⁵⁰.

7406 sayılı Kanun ile TCK'nın 62. maddesinin ikinci fıkrasında yapılan değişiklikle “sürecindeki davranışları” ibaresi, “sürecindeki pişmanlığını gösteren davranışları” şeklinde değiştirilmekle, uygulama alanı daraltılarak failin pişmanlığını samimi bir şekilde gösteren davranışlar aranmıştır. Söz konusu kanunla yapılan değişiklik gerekçesinde fiilden sonra ortaya çıkan zararı gidermesi, zararın büyümesini engellemek için ciddi çaba göstermesi, olayın aydınlatılmasına aktif bir biçimde katkıda bulunması gibi pişmanlığı samimi şekilde ortaya koyan davranışlar örnek olarak sayılmıştır⁵¹. Dolayısıyla hâkim önüne gelen somut olayda samimi bir şekilde failin pişmanlığını gözlemleyemediği takdirde bu nedene dayanarak takdiri indirim uygulayamayacaktır. Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulu (YCGK) bir kararında “failin fiilden sonra kaçtığı, yargılama sürecindeki atılı suçu inkâr ederek pişmanlık göstermedi-

⁴⁶ İbrahim Şahbaz, Açıklamalı ve İçtihatlı Türk Ceza Kanunu 1. Cilt, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s.776.

⁴⁷ Apiş, a.g.e, s.195.

⁴⁸ Kaçar, a.g.m, s.933.

⁴⁹ Erdal Yerdelen, Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi (Konya: Selçuk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2012), s.290.
<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezDetay.jsp?id=XDBRPq4JMqka11OFFYfhDg&no=Mh5iE5CbGI-yW8gqxoZnZA> (E.T. 19.04.2024).

⁵⁰ Apiş, a.g.e, s.195-196.

⁵¹ 7406 sayılı Türk Ceza Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 1. maddesinin gerekçesi.

ğî” gerekçesiyle takdiri indirim hükmünün tatbik edilmemesinde herhangi bir isabetsizlik bulmamıştır⁵².

Uygulamada failin suçu itiraf etmesi halinde bu davranış failin yargılama sürecindeki olumlu davranışı sayılarak cezada takdiri indirim yapılması kabul edilse de⁵³ bunu her durumda geçerli saymak susma hakkı ve savunma hakkı ile bağdaşmaz. Zira failin susması veya suçu inkâr etmesi faile tanınmış yasal haklardandır. Suçun ikrarı halinde sırf bu nedenle takdiri indirim yapmak bu hakların etkisiz hale gelmesine, kullanılmamasına yol açabilir⁵⁴. Suçun ikrar edilmesi, tekrar suç işlenmeyeceği anlamına da gelmez⁵⁵. Dolayısıyla failin ikrarının olumlu davranış sayılarak cezada indirim uygulanabilmesini genellikle olayın aydınlatılabilmesi için başkaca delil bulunmayan hallerle sınırlı tutmak gerekir⁵⁶.

Ayrıca fail etkin pişmanlık öngörülen bir suç için zararı giderdiyse⁵⁷ artık bu durum takdiri indirim için dikkate alınmayacaktır. Zira mükerrer değerlendirme yasağı (“çifte değerlendirme yasağı”) gereği indirim teşkil eden nedenler, sadece bir kez değerlendirmeye esas alınır. Bu temel kural ile ceza artırımı veya indirimi için öngörülen bir ölçütün, birden fazla kez kullanılması önlenmektedir⁵⁸.

Burada değinilmesi gereken diğer bir husus, yine aynı değişikliklerle TCK’nın 62. maddesinin ikinci fıkrasına eklenen cümle ile failin pişmanlığını gösteren samimi davranışları olmadığı halde sırf indirimden yararlanmak için mahkemeyi etkilemeye yönelik, yargılama mercilerine karşı saygılı tutumunu ifade eden kılık kıyafet gibi şekli davranışların dikkate alınmaması belirtilmiştir. Bu doğrultuda yapılan değişikliğin, bahsi geçen davranışların takdiri indirime neden olduğuna dair toplumda olan “algı”nın ortadan kaldırılmasına dolayısıyla kamuoyunda oluşan tepkiyi önlemeye yönelik bir adım olduğu söylenebilir. Kamuoyunda bilinenin aksine yargılama esnasında failin takım

⁵² YCGK 2013/3-328 E. 2014/520 K. 25.11.2014 KT. Akt. Hasan Tahsin Gökcan, Mustafa Artuç, Pratik Türk Ceza Kanunu, 7. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023, s.371.

⁵³ Yargıtay 1. CD. 2021/42 E. 2021/14193 K. 17.11.2011 KT. <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (E.T. 18.04.2024). Ayrıca YCGK 1/81-103, 2.4.1991 KT.’den akt. Yerdelen, Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi, s.293. “... olayın görgü tanığı yoktur. Sanık kendisi lehine olacak şartları oluşturmak ve bunları kabul ettirmek olanağına sahip iken böyle yapmamış, suç delillerini ve cesedi gizlememiş, ikrarı ile suç vasfının belirlenmesini sağlamıştır. TCK’nın 59. (62) maddesinin uygulanması hak ve adalete uygun olacaktır.”

⁵⁴ Çağrı Kan, “Takdiri İndirim Nedenlerinin Uygulanması Açısından Hâkimin Takdir Hakkında Ölçüt Sorunu”, Suç ve Ceza, Cilt 14, Sayı 4, 2021, s.822.

⁵⁵ Üzülmüş, a.g.m, s.109.

⁵⁶ Bkz. Gençler, Türk Ceza Hukuku’nda Takdiri İndirim Nedenleri, s.106 vd; Yerdelen, Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi, s.293.

⁵⁷ Özen, a.g.m, s.109; Yaşar/Gökcan/Artuç, a.g.e, s.2053. Farklı görüşler için bkz. Şahbaz, a.g.e, s.779.

⁵⁸ Atalan, a.g.m, s.117.

elbise giymesi veya kravat takması takdiri indirim nedeni değildir. Yargılama sırasında şekli kriterlerden ziyade olayın esasına ilişkin sanığın gayreti dikkate alınmaktadır⁵⁹. Söz konusu değişikliklerle toplum vicdanının tatmin olmasının sağlanmaya çalışılmıştır. Zira adil bir hukuk sistemi için kanun yapma sürecinde mümkün olduğunca toplumun vicdanı ve toplumsal değerler de dikkate alınmalı, toplumun beklentilerine cevap verilmelidir. Bahsi geçen değişikliğe ilişkin kanun teklifiyle ilgili TBMM Genel Kurulundaki görüşmede de toplumda failler hakkında verilecek cezada kravat takmak, takım elbise giymek, boyun bükme vb. hususlar nedeniyle indirim yapıldığı algısını ortadan kaldırmak amaçlanarak kamuoyunda çok tartışılan, vicdanları yaralayan durumun önüne geçilmek istendiği; teklifi hazırlarken milletin hassasiyetlerinin üst düzeyde dikkate alındığı belirtilmiştir⁶⁰.

4. Cezanın Failin Geleceği Üzerindeki Olası Etkileri

Modern ceza hukuku anlayışı olarak onarıcı adalet sistemine göre, cezalandırıcı adalet sisteminin aksine cezanın faili ıslah etme, topluma kazandırma amacı daha ağır basmaktadır⁶¹. Bu bağlamda, cezanın belirlenmesinde failin geleceği üzerindeki olası etkilerinin göz önünde bulundurulması önem kazanmaktadır.

Yargılama neticesinde aldığı ceza ile birlikte cezanın az ya da çok olmasına bağlı olmaksızın suç işleyen failin hayatında değişikliklerin meydana gelmesi kaçınılmazdır. Ancak failin alacağı cezanın takdiri indirim yapılarak belirlenmesi, failin geleceğinde karşılaşacağı olumsuz etkileri azaltacak ise bu durumun göz önünde bulundurulması gerekir⁶². Bu çerçevede tespit yapılırken failin fiili gerçekleştirene kadar sürdürmüş olduğu hayat ile fiil nede-

⁵⁹ Apiş, a.g.e, s.200. Ayrıca Yargıtayın bunu failin yargılama boyunca duruşma düzenini bozmaması gibi tutanaklara yansıyan olumsuz davranışın olmaması olarak da kabul ettiğine ilişkin bkz. Yargıtay 3. CD. 2021/4547 E. 2021/10212 K. 29.11.2021 KT. <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (E.T. 19.04.2024).

⁶⁰ TBMM 27. Dönem 5. Yasama Yılı 88. Birleşim Tutanağı s.29. <https://cdn.tbmm.gov.tr/TbmmWeb/Tutanak20230120/27/5/88/f2d7ab3b-133a-46d1-8af4-2488641143d4.html> (E.T. 26.02.2024).

⁶¹ Herkes tarafından kabul gören bir tanıımı olmamakla birlikte, onarıcı adalet "mümkün olduğu ölçüde zararın tazmin ve telafisi veya suçun neden olduğu zararın ve yaralanmanın giderilmesi" olarak tanımlanabilir. Detaylı bilgi için bkz. Mustafa Serdar Özbek, "Çağdaş Ceza Adaleti Sistemlerinde Alternatif Çözüm Arayışları ve Arabuluculuk Uygulaması", Kazancı Hukuk Dergisi, Sayı 1, 2010, s.141 vd. Ayrıca failin tekrar suç işlememesini ve ıslahının sağlanmasını amaçlayan, faili cezalandırmak yerine meydana gelen zararları telafi etmeye odaklanan ve en son çare olarak özgürlüğü kısıtlayıcı yaptırımları öngören bir sistem olduğuna ilişkin bkz. Tokdemir, a.g.m, s.75-114. Söz konusu sistemin günümüzde birçok ülkenin ceza sisteminde kendisine yer bulduğu ve her geçen gün daha popüler bir hal aldığına ilişkin bkz. Abdullah Baytaş, "Onarıcı Adalet'e Genel Bir Bakış", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 71, Sayı 1, 2013, s. 118-119.

⁶² Veli Özer Özbek, Mehmet Nihat Kanbur, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, İlker Tepe, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015, s.723.

niyle yargılama neticesinde aldığı cezanın infazından sonra yaşayabileceği hayat arasındaki olası farklar dikkate alınmalıdır.

Cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri bakımından failin mesleğinin, eğitim hayatının, sağlık durumunun, ailevi durumunun⁶³ vb. değerlendirilmesi söz konusu olabilir. Örneğin devlet memuru olan failin cezasının belirlenmesi sırasında, takdiri indirimin uygulanması halinde aldığı sonuç ceza devlet memurluğundan çıkarma cezası⁶⁴ için öngörülen sınırın altında kalırsa ceza miktarı tayin edilirken failin memuriyetinden mahrum kalmaması için indirim yapılması gerekir⁶⁵. Gebe sanığın doğum yapacak olması, genç sanığın üniversite giriş sınavına hazırlanıyor olması gibi nedenler de failin geleceği üzerindeki olası etkileri bakımından takdiri indirim uygulanmasını sağlayabilir⁶⁶. Bunun yanı sıra sanığın yaşlılık nedeniyle hayat beklentilerinin azlığı, kanser, hapisane psikoza gibi durumların değerlendirmeye tabi tutulması gerektiği belirtilmektedir⁶⁷.

Karşılaştırmalı hukukta da cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkilerinin cezada indirim nedeni olarak uygulandığı örneklerle rastlanabilmektedir. Örneğin ABD eyaletlerinden biri olan Indiana'da, failin hapsedilmesi kendisinin veya bakmakla yükümlü olduğu kişiler için aşırı zorluğa neden olacaksa cezanın indirilmesine izin verilmektedir⁶⁸.

B. Türk Ceza Kanunu Çerçevesinde Takdiri İndirim Nedenlerinin Özellikleri

Takdiri indirim nedenleri, her suç tipi bakımından uygulanabilir olup genel niteliktedir⁶⁹. Bu nedenler hem TCK'da hem de özel ceza kanunları ile ceza içeren kanunlardaki suç tipleri için geçerlidir. Nitekim takdiri indirim nedenleri

⁶³ Örneğin Yargıtay bir kararında failin işlediği suç nedeniyle aile düzeninin de bozulacağını gözeterek cezada takdiri indirim yapılabileceğini vurgulamıştır. YCGK'nin 28.01.1980 tarihli ve 1/459-33. Akt. Cengiz Otacı, "5237 sayılı Türk Ceza Kanununda Takdire Bağlı İndirim ve Uygulaması", Adalet Dergisi, Yıl 98, Sayı 26, 2006, s.117. "... işlediği bu suç nedeniyle, aile düzeninin de bozulacağı anlaşılan sanık hakkında, ayrıca TCK'nın 59. maddesinin uygulanması suretiyle, cezada şahsileştirme amacının da gerçekleştirilmesinin mümkün olacağı düşünülmeyen bu madde ile cezasından indirim yapılmamış olması, yerinde görülmemiş olduğundan... direnme hükmünün bozulmasına karar verilmiştir."

⁶⁴ 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 48. maddesinin 5. fıkrası uyarınca kasten işlenen bir suçtan dolayı 1 yıl veya daha fazla süreyle hapis cezasına mahkûm olan kişi memuriyete kabul edilemez. Yine aynı Kanun'un 98. maddesi gereğince memurun tüm memurluk süresi boyunca 48. maddede belirtilen şartları taşıması gerektiğinden bahisle bu mahkumiyetin memuriyet görevi sırasında gerçekleşmesi halinde kişinin memuriyeti sona erecektir.

⁶⁵ Atalan, a.g.m, s. 130-131.

⁶⁶ Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 15. Baskı, Adalet yayınevi, Ankara, 2021, s.983.

⁶⁷ Kan, a.g.m, s.824.

⁶⁸ Apış, a.g.e, s.203.

⁶⁹ Özbek vd., a.g.e, s.721.

kurumu, TCK'nın genel hükümler kitabında (1. kitap) düzenlenmiştir. TCK'nın 5. maddesinde kanunun genel hükümlerinin özel kanunlarla ilişkisi düzenlenerek diğer kanunlardaki suç tipleri için de uygulanması sağlanmıştır⁷⁰.

Takdiri indirim nedenleri şahsi niteliktedir. İştirak halinde işlenen suç söz konusu ise her şerik için ayrı ayrı değerlendirme yapılmalıdır. Nitekim takdiri indirim nedenlerinin kanunda düzenlenmesinin amacı cezanın suç işleyen failin şahsına ve özelliklerine göre bireyselleştirilmesidir. Dolayısıyla her failin kişiliğinin farklı olması nedeniyle bir fail için yapılan değerlendirme diğerlerine sirayet etmeyecektir⁷¹.

Fail hakkında takdiri indirim nedenlerinin uygulanıp uygulanmaması hâkimin takdirindedir. Dolayısıyla bu nedenlerin en önemli özelliği takdiri nitelikte olmalarıdır. Somut olayda indirim nedenlerinin bulunup bulunmadığının tespiti, bulunması halinde ise kanunda düzenlenen azami oranı geçmemek kaydıyla uygulanacak indirimin miktarı konusunda hâkimin takdir yetkisi vardır. Bununla birlikte hâkimin takdiri indirimi uygulama ve uygulamama hususundaki kararını gerekçelendirmesi gerekir. Bu husus TCK'nın 62. maddesinin ikinci fıkrasında "*Takdiri indirim nedenleri kararda gerekçeleriyle gösterilir.*" denilmek suretiyle vurgulanmıştır. Aynı şekilde, gerek AY'nın 141. maddesi gerekse CMK'nın 34. maddesi buna paralel düzenlemelerdir. Bu zorunluluk, takdiri indirimin keyfilik anlamına gelmediğini, bu hususta bir güvence olduğunu da göstermektedir. Zira hâkime tanınan bu takdir, denetlenebilir nitelikte bir yetkidir. Hâkimin takdiri indirimi uygulama veya uygulamama yönündeki kanaatinin nedenlerini denetime elverecek şekilde açıkça göstermesi gerekir⁷². Takdir yetkisi denetime tabi bir yetki olmakla birlikte hukuka uygun bir şekilde dosya içeriğiyle uyumlu, faile ve onun kişiliğine ilişkin olarak hak, adalet ve nesafet kurallarına uygun bir değerlendirme⁷³ yapılarak kullanılmalıdır. Kanun

⁷⁰ Ceza hukuku kuralları her ne kadar ana metin olarak TCK'da toplanmış olsa da suç sayılan fiillerin hepsinin bu kanunda yer alması beklenemez. Ceza hükmü içeren başka kanunlar da bulunmaktadır. Örneğin İcra İflas Kanunu, Bankacılık Kanunu, Vergi Usul Kanunu ceza hukuku kurallarının yer aldığı kanunlardır. Dolayısıyla özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlar ile TCK arasındaki ilişkiye açıklık getirmek için TCK'nın 5. maddesi düzenlenmiştir. Bkz. Serkan Meraklı, Veli Özer Özbek, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, İsa Başbüyük, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 114-115.

⁷¹ Doğan Soyaslan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s.486; Yaşar/Gökcan/Artuç, a.g.e, s.2055.

⁷² YCGK E. 2009/9-62, K.2009/191, 07.07.2009 KT. Akt. İzzet Özgenc, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 19. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s.1064-1065; Atalan, a.g.m, s.133-134; Kaçar, a.g.m, s.940; Murat Volkan Dülger, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s.1014.

⁷³ YCGK E.1/311- K.325, 28.12.1999 KT. Akt. Timur Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 18. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s.706; Ali Parlar, Muzaffer Hatipoğlu, Açıklamalı-Yeni İçtihatlarla 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2010, s.1049.

koyucunun takdiri indirim ile cezayı faile özgü hale getirerek hâkime daha adil bir ceza verme hususunda özgürlük tanıdığını göz ardı etmemek gerekir⁷⁴.

Takdiri indirim nedenleri kurumunun uygulanabilmesi için talebe gerek yoktur. Hâkim takdiri indirim nedenlerini uygulama hususunda talebe bağlı olmayıp gerekçesini göstermek suretiyle takdiri indirimi re ‘sen uygulayabilir’⁷⁵. Hâkimin takdiri indirimi uygulamaması da mümkündür⁷⁶.

Takdiri indirim nedenleri sınırlı sayıdadır. TCK’nın 62. maddesinin ikinci fıkrasında takdiri indirim nedeni olarak failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki pişmanlığını gösteren davranışları veya cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri sayılmıştır. 7406 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle TCK’nın 62. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan “gibi hususlar” ibaresinin kaldırılarak tahdidi bir biçimde indirim nedenleri belirtilmiştir. Bu şekilde, gerekçede de belirtildiği gibi mahkemeler arasındaki farklı uygulamaların önüne geçilmesi amaçlanmıştır⁷⁷. Uygulamada hâkim önüne gelen somut olayın özelliklerine göre tespit ettiği duruma göre takdiri indirim uyguladığından, bu kurumun doğası gereği mahkemeler arasında uygulama farklılıklarının olması kaçınılmazdır. Nitekim aynı suç olsa bile suçların işlenme biçimleri ve failerin şahsi özellikleri birbirinden farklıdır. Diğer bir ifadeyle, her somut olayın özelliği başkadır, her failin kişiliği birbirinden farklıdır ve kanun koyucunun bunları önceden öngörmesi mümkün görünmemektedir⁷⁸. Hâkim de kanunda belirtilen nedenleri kullanarak tatbik edeceği cezayı önüne gelen somut olayın özelliğine ve failin kişiliğine uydurur. Kanaatimizce her ne kadar “gibi hususlar” ibaresi çıkarılmış olsa da sayılan nedenler, geniş yorumlama yapılabilir nitelikte genel ifadeler barındıran nedenlerdir. Kanunda takdiri indirim nedenlerinin sınırlı sayıda düzenlenmesi, mahkemelerin bu nedenleri uygulama açısından bir nebze de olsa yeknesaklık sağlanması noktasında isabetlidir. Bununla birlikte sayılan nedenler genel ifadeler barındırdığından bu sayma yönteminin kurumun doğasına aykırılık oluşturduğu söylenemez. Zira hâkim önüne gelen somut olayda failin şahsi özelliklerini kanunda sayılan nedenler kapsamında değerlendirirken yine takdir yetkisine sahiptir. Dolayısıyla kanunda bu nedenlerin belirleyici bir şekilde sayılması ile hâkime bir çerçeve oluşturulmuştur ve bu çerçevenin dışına çıkılamayacak olması bakımından söz konusu değişiklikle bir sınır getirilmiştir. Böylelikle

⁷⁴ Haydar Metiner, E. Ahsen Koç, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Genel Hükümleri II. Cilt, Ankara, 2008, s.1995; Hakan Hakeri, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012, s.610.

⁷⁵ Koruculu, a.g.e, s.331.

⁷⁶ Özbek vd., a.g.e, s.721.

⁷⁷ 7406 sayılı Türk Ceza Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 1. maddesinin gerekçesi.

⁷⁸ Parlar/ Hatipoğlu, a.g.e, s.1048.

yargılama sırasında hâkim tarafından fail lehine tespit edilen pek çok şeyin takdiri indirim nedeni olarak kabul edilebilmesinin önüne geçilmiştir. Özetle, cezanın etkinliği ve adilliği açısından takdiri indirim nedenlerinin kanunda tahdidi olarak belirlenmesi isabetlidir⁷⁹.

III. TAKDİRİ İNDİRİM NEDENLERİNİN UYGULANMASI ESASLARI

Hâkim öncelikle işlenen suçun kanuni tanımında öngörülen cezanın alt ve üst sınırı arasında bazı ölçütleri göz önünde bulundurarak temel cezayı belirler. Temel cezayı belirlerken hâkimin izleyeceği yol TCK'nın 61. maddesinde ayrıntılarıyla düzenlenmiştir. Bu ölçütler suçun işleniş biçimi, suçun işlenmesinde kullanılan araçlar, suçun işlendiği zaman ve yer, suç konusunun önem ve değeri, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığı, failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığı ile failin güttüğü amaç ve saiktir. Hâkim bu şekilde temel cezayı belirledikten sonra, suçun olası kastla ya da bilinçli taksirle işlenmesi nedeniyle indirim veya artırımını da temel ceza üzerinden gerçekleştirir. Akabinde suça etki eden nedenleri diğer bir ifadeyle nitelikli halleri dikkate alarak önce artırmaları daha sonra indirmeleri yapar. Daha sonra sırasıyla teşebbüs, iştirak, zincirleme suç, haksız tahrik, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebeplere ilişkin hükümler uygular. Nihayetinde bu noktada takdiri indirim nedenlerini uygulama hususu gündeme gelir. Zira takdiri indirim nedenleri, TCK'nın 61. maddesinin 5. fıkrası gereği en son uygulanır. Haliyle, takdiri indirim nedenlerinin sonuç cezanın belirlenmesine hizmet ettiğini söylemek yanlış olmaz. Kanunda belirtilen söz konusu sıraya uyulup uyulmadığını denetlenmekle birlikte sonuca etkili olmayan hatalı uygulamalar bozma nedeni sayılmamaktadır⁸⁰.

Hâkim kovuşturma evresinde mümkün olduğunca sanığın kişiliğine nüfuz etmelidir⁸¹. Bu nedenle hâkimin sanık hakkında bu minvalde bir değerlendirmeye yapmaya elverişli ve yeterli araştırmada bulunması ve bunlarla ilgili edindiği bilgileri dosyaya yansıtması gerekir. Zira yüzyüzelik ilkesi⁸² gere-

⁷⁹ Zeki Hafızoğulları, Muharrem Özen, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. Baskı, US-A Yayıncılık, Ankara, 2016, s.368-369.

⁸⁰ YCGK'nın 04.02.1997 tarih ve 21-13 sayılı kararında, 20.05.1957 tarihli ve 1953/5 sayılı içtihadı birleştirme kararında belirtilen "bir unsurun bozmaya neden olması için esasa ve sonuca etki eder nitelikte olması gerektiği" kuralına atıfta bulunduğu dair bkz. Gamze Kıriloğlu, Yargıtay Kararları Işığında Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi (Ankara: Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2019), s.100.
<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezDetay.jsp?id=Ae6rN200Ocy5JeJlM6piWw&no=v9jhga6fimvhPqjgel-zPQ> (E.T. 28.02.2024).

⁸¹ Dülger, a.g.e, s.1015.

⁸² Yüzyüzelik ilkesi ("doğrudanlık ilkesi", "vasıtasızlık ilkesi"), ceza muhakemesinde duruşmaya hâkim olan ilkelerden biri olup tarafların, özellikle de sanığın yargılama esnasında duruşmada

ğince yargılama ile sanığa temas edebilecek, onun kişiliği hakkında analiz yapacak kişi hâkimdir. Yaptığı bu değerlendirme neticesinde TCK'nın 62. maddesinde sayılan nedenlerden birinin veya birkaçının bulunduğunu tespit etmesi halinde ise indirim uygulanmalıdır.

Hâkim hiçbir talep olmasa dahi takdiri indirim nedenlerini re'sen uygulayabilir veya tartışabilir⁸³. Talep olması halinde ise bu talebi değerlendirmek zorundadır. Takdiri indirim uygulanması yönündeki talebe rağmen bunun uygulanmaması ve gerekçesinin gösterilmemesi bozma nedeni olarak kabul edilmektedir⁸⁴. Sanık tarafından yöneltilen lehe hükümlerin uygulanması yönündeki talep de TCK'nın 62. maddesinin değerlendirilmesini zorunlu kılmaktadır. Sanık hakkında lehe hükümlerin uygulanmasına dair talep TCK'nın 62. maddesi uyarınca takdiri indirim hükümlerinin uygulanması talebini de içerdiğinden, söz konusu talep bu hususta bir değerlendirme yapmayı gerekli kılmaktadır⁸⁵. Nitekim Yargıtay bir kararında⁸⁶ sanığın savunmasında lehe hükümlerin uygulanması talebine rağmen takdiri indirim nedenlerinin uygulanıp uygulanmayacağının tartışılmamasını bozma nedeni saymıştır. Bununla birlikte sanığın “affınıza sığınıyorum”, “pişmanım” gibi beyanları da takdiri indirim nedenlerinin tatbikinin talebi niteliğindedir⁸⁷.

Hâkimin takdiri indirim uygulama veya uygulamama yönündeki takdir yetkisi sınırsız değildir. Kanaatinin gerekçelerini kararına yansıtmak zorundadır. Kaldı ki, AY'nin 141. maddesi ve CMK'nın 34. maddesi uyarınca mahkeme kararlarının karşı oy da dahil olmak üzere gerekçeli olarak yazılması zorunludur. Ayrıca CMK'nın 289. maddesinin 1. fıkrasının g bendi uyarın-

hazır bulunmasını gerektirmektedir. Böylelikle mahkeme temasa geçtiği sanık, tanık ve bilirkişilerin sadece açıklamaları ile yetinmeyip onların jest ve mimikleri, tepkileri, konuşma ve davranış biçimlerinden de bir sonuç çıkarmaya çalışır. Detaylı bilgi için bkz. Mesut Bedri Eryılmaz, Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012, s. 100-102; Bahri Öztürk, Ceza Muhakemesi Hukuku (Nazari ve Uygulamalı), 17. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s.147 vd. Sanığın savunma hakkını tam olarak kullanabilmesi ve cezanın bireyselleştirilmesi açısından sanığın duruşmada hazır bulundurulması sorgusunun yapılması yüzyüzelik ilkesinin sanık açısından önemli sonuçlarındandır. Bkz. Ahmet Karatut, Ceza Muhakemesi Hukukunda Duruşma (Gaziantep: Hasan Kalyoncu Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2022), s.81.

⁸³ Yaşar/Gökcan/Artuç, a.g.e, s.2055.

⁸⁴ Demirbaş, a.g.e, s.706. Ayrıca YCGK bir kararında, ileri sürülen istemler doğrultusunda TCK'nın 62. maddesinin, cezanın belirlenmesi sırasında mutlaka tartışılması gereken bir unsur olduğunu belirtmiştir. Bkz. YCGK 2010/205 E. 2010/258 K. 14.12.2010 KT. <https://karararama.yargitay.gov.tr> (E.T. 16.04.2024).

⁸⁵ Yargıtay 2. CD. 2020/26204 E. 2022/7303 K. 12.04.2022 KT. <https://karararama.yargitay.gov.tr> (E.T. 01.03.2024).

⁸⁶ Yargıtay 4. CD. 2015/17095 E. 2015/32991 K. 19.11.2015 KT. <https://karararama.yargitay.gov.tr> (E.T. 01.03.2024).

⁸⁷ Gökcan/ Artuç, a.g.e, s.367.

ca hükmün gerekçeyi içermemesi hali, kanun yolunda mutlak bozma nedeni olarak düzenlenmiştir. Aynı zamanda uluslararası mevzuata bakıldığında, mahkeme kararlarının gerekçeli olması Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)'nin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının önemli alt unsurlarından da biridir. Sözleşmede doğrudan gerekçeli karar hakkından bahsedilmemiş olsa bile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) gerekçenin adil yargılanma hakkının bir unsuru olduğunu kabul etmektedir⁸⁸. Bu itibarla, gerekçeli karar hakkının doğrudan sözleşmede yer almayıp mahkemelerin kararlarında gerekçe göstermekle yükümlü olduğunun AİHM'in yorumu ile belirtilmesi nedeniyle içtihadı bir hak olduğu da ileri sürülmüştür⁸⁹. Halihazırda bulunan bu düzenlemelerin yanı sıra 7406 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle TCK'nın 62. maddesinin ikinci fıkrasının sonuna “*Takdiri indirim nedenleri kararda gerekçeleriyle gösterilir.*” cümlesi eklenerek bu hususa vurgu yapılmıştır. Böylelikle karardan takdiri indirimin uygulanma veyahut uygulanmama gerekçesi görülecek olup hukuka ve hakkaniyete uygun karar verilir verilmediği anlaşılabacaktır. Zira kullanılan takdir yetkisinin denetlenebilmesi, ancak kararların gerekçeli olması halinde gerçekleştirilebilir⁹⁰. Gösterilen gerekçelerin hak, adalet ve nesafet kuralları ile dosya içeriğine uygunluğu denetime tabi olup kanunda sayılan nedenler değerlendirilmeden, sadece “başkaca artırıma ve indirim kanunen ve takdiren yer olmadığına” şeklindeki bir açıklama, kanun koyucunun aradığı anlamda yasal ve yeterli bir gerekçe niteliğinde değildir⁹¹. Dolayısıyla hâkime verilen bu takdir yetkisi; keyfi olarak kullanılamayan, dosya içeriğiyle uyumlu olarak gerekçe göstermek suretiyle sanığa verilen cezada indirim yapılması veya yapılmaması yönünde kullanılan bir yetkidir.

Hâkim somut olayda takdiri indirim yapmaya karar veriyse, cezanın bireyselleştirilmesinde dikkate alınan hususların sadece bir kez değerlendirmeye esas alınması anlamına gelen mükerrer/ çifte değerlendirme yasağına uymalıdır. Söz konusu yasağın faile verilecek cezanın kusuru ile orantılı olmasını sağlamak amaçlanmaktadır⁹². Dolayısıyla TCK'nın 61. maddesinde temel cezanın alt ve üst sınırlar arasında belirlenmesine yarayan ölçütler aynı

⁸⁸ Apiş, a.g.e, s.106.

⁸⁹ M. Nedim Bekri, “Gerekçeli Karar Hakkı”, Ankara Barosu Dergisi, 2014/3, s.209.

⁹⁰ Tuğba Gül Ateş Öncü, Türk Ceza Hukukunda Temel Cezanın Belirlenmesi (Ankara: Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2020), s.143.
<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezDetay.jsp?id=5h5ylvaMb2xrlaKjJlyeHA&no=v3zj1vVxTT9Mhp8jfaf5oQ> (E.T. 01.03.2024).

⁹¹ YCGK 2014/508 E. 2017/22 K. 24.01.2017 KT. <https://karararama.yargitay.gov.tr> (E.T. 02.03.2024).

⁹² Apiş, a.g.e, s.83.

zamanda indirim nedeni teşkil edemeyecektir. Kaldı ki, takdiri indirim nedenleri artık 62. maddede sayılanlarla sınırlıdır.

Ayrıca seri muhakeme usulünün uygulandığı durumlarda⁹³ CMK'nın 250. maddesinin dördüncü fıkrasında Cumhuriyet savcısının TCK'nın 61. maddesinin birinci fıkrasını dikkate alarak temel cezaı belirlemesi ve şartları varsa zincirleme suç hükümlerini uyguladıktan sonra belirlediği cezadan yarı oranında indirim yapmasını öngörülmüştür. Kanun koyucu yalnızca CMK'nın 61. maddesinin birinci fıkrasında yer alan hususların dikkate alınacağını belirttiği için takdiri indirim nedenleri seri muhakeme usulünde temel cezanın belirlenmesinde incelenmeyecektir⁹⁴. Dolayısıyla CMK'nın 250. maddesi kapsamında belirlenen cezada, takdiri indirim nedenleri dolayısıyla tekrar indirim yapılması mümkün değildir⁹⁵.

Değnilmesi gereken diğer bir husus, kısa süreli hapis cezasının seçenek yaptırımlara çevrilmesi veya hapis cezasının ertelenmesi gibi cezanın bireyselleştirilmesine yarayan diğer kurumların⁹⁶ uygulanıp uygulanmaması yönünde gösterilen gerekçeler ile takdiri indirim nedenleri hakkında gösterilen gerekçelerin birbirleriyle çelişmemesidir⁹⁷. Nitekim sanık lehine uygulama yapılırken gösterilen gerekçe, aleyhine olan bir başka uygulama sırasında gerekçe yapılarak çelişkiye düşülürse bu durum, sanığın kişilik ve özellikleri ile ilgili bilgi ve belgelerin iyi değerlendirilmediğini gösterir⁹⁸. TCK'nın 50. maddesinde hapis cezasının seçenek yaptırıma çevrilmesi düzenlenmiş olup kısa süreli hapis cezasının suçlunun kişiliğine, sosyal ve ekonomik durumuna, yargılama sürecinde duyduğu pişmanlığa ve suçun işlenmesindeki özelliklere göre seçenek yaptırımlara çevrilebilmesinin mümkün olduğu belirtilmiştir. TCK'nın 51. maddesinde ise hapis cezasının ertelenmesi düzenlenmiş olup erteleme uygulanabilmesi için hapis cezasının azami sınırı gibi sağlanması

⁹³ CMK'nın 250. maddesinde düzenlenen seri muhakeme usulü, klasik yargılama usulünden farklı özellikleri olan alternatif uyuşmazlık çözüm yollarındandır. Cumhuriyet savcısı ve şüpheli arasında bilgilendirme ile başlayıp hükümle sonuçlanan bir süreci ifade eder. Bu usul ile kovuşturma evresi atlanarak şüpheli hakkında hüküm kurulması sağlanır. Seri muhakeme usulünün uygulanabileceği suçlar kanunda özel olarak belirtilmiştir. Detaylı bilgi için bkz. Elif İldırar, *Seri Muhakeme Usulü-Ceza Hukuku Monografileri*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s.159 vd.; Gökhan Taneri, *Seri Muhakeme Usul-Şartlar-Suçlar ve Hüküm ve Basit Yargılama Usulü*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s.35 vd.

⁹⁴ İldırar, a.g.e, s.175.

⁹⁵ Apış, a.g.e, s.220.

⁹⁶ TCK'da düzenlenen hapis cezasının ertelenmesi, kısa süreli hapis cezasının seçenek yaptırımlara çevrilmesi ve takdiri indirim nedenlerinin bireyselleştirme araçları olarak sayılabileceğine ilişkin bkz. İrmak Koruculu, *Türk Ceza Hukukunda Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s.328.

⁹⁷ Tan, a.g.e, s.2320; Koruculu, a.g.e, s.346-347.

⁹⁸ Yerdelen, *Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi*, s.75.

gereken objektif koşulların yanı sıra failin suçu işledikten sonra yargılama sürecinde gösterdiği pişmanlık dolayısıyla tekrar suç işlemeyeceği konusunda mahkemede bir kanaat oluşması yönünde sübjektif koşulun arandığı belirtilmiştir. Görüldüğü üzere kanunda takdiri indirim nedeni olarak öngörülen nedenler, erteleme nedenleri ve seçenek yaptırımlara çevirme nedenleri ile benzerdir. Takdiri indirim nedeni olan failin yargılama sürecinde pişmanlığını gösteren davranışlar ile TCK'nın 51. maddesinin birinci fıkrasının b bendinde erteleme nedeni olarak gösterilen yargılama sürecinde gösterilen pişmanlık kavramları aynı niteliktedir. Yine aynı şekilde, seçenek yaptırımlara çevirme için TCK'nın 50. maddesinin birinci fıkrasında öngörülen kıstaslar da takdiri indirim için sayılan nedenlerle yakından ilgilidir. Dolayısıyla seçenek yaptırımlara çevirme veya erteleme gerekçeleri ifade edilirken kanunda sayılan takdiri indirim nedenlerini oluşturan açıklamalara yer verilmişse takdiri indirim uygulamak gerekir. Keza, takdiri indirim uygulama gerekçeleri aynı zamanda seçenek yaptırımlara çevirme veya erteleme için öngörülen nedenleri oluşturuyorsa cezanın ertelenmesi veya tedbire çevrilmesi gerekir. Nitekim Yargıtay bir kararında⁹⁹ sanığın geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları olumlu değerlendirilerek hakkında TCK'nın 62. maddesinin uygulanmasına karar verildiği halde, aynı ölçüt aleyhe değerlendirilerek 51. madde uyarınca ertelemeye yer olmadığına karar verilmesi suretiyle gerekçede çelişki yaratılmasını bozma nedeni saymıştır.

Öte yandan, hâkim kendisine tanınan takdir yetkisi çerçevesinde sadece indirim yapabilir. Kanunda takdiri indirim için sayılan nedenler değerlendirilerek cezanın artırılması söz konusu değildir. Zira suç ve cezada kanunilik ilkesi gereğince takdire bağlı cezanın ağırlaştırılması mümkün değildir. Kaldı ki, TCK'nın 61. maddesinin 10. fıkrasında bu durum “*Kanunda açıkça yazılmış olmadıkça cezalar ne artırılabilir, ne eksiltilebilir, ne de değiştirilebilir.*” şeklinde ifade edilmiştir. Bununla birlikte, hâkim takdiri indirim çerçevesinde TCK'nın 62. maddesinin birinci fıkrasında belirtilen oranlarda indirim yapabilir. Buna göre ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine, müebbet hapis; müebbet hapis cezası yerine yirmi beş yıl hapis cezası verilecektir. İndirim oranları belirlenirken cezanın niteliği göz önünde bulundurulduğu görülmektedir. Zira süreli olmayan hapis cezalarında sabit bir indirim öngörülmüşken süreli hapis cezaları için kanun koyucu oransal bir indirim belirlemiştir. Şöyle ki, süreli hapis cezalarında en fazla altıda biri kadar indirim yapılabilir. Dolayısıyla süreli hapis cezalarında hâkim takdiri indirim oranını altıda biri aşmamak kaydıyla somut olaya göre belirleyebilir. Örneğin somut olayda uygulanabilecek birden fazla takdiri indirim nedeni varsa oranı belirlemek ba-

⁹⁹ Yargıtay 18. CD. 2017/6199 E. 2019/11928 K. 10.09.2019 KT. <https://karararama.yargitay.gov.tr> (E.T. 02.03.2024).

kımından bu husus göz önünde bulundurulabilir. Her neden için ayrı indirim yapılmaz ve tüm nedenler sadece bir kez takdiri indirim yapılmasına konu edilebilir¹⁰⁰. Nitekim cezanın fiil ve failin kusuru ile orantılı olması gerektiği düşünüldüğünde; bu durum sadece failin hak ettiğinden daha fazla cezalandırılması için değil, aynı zamanda hak ettiğinden daha az ceza almaması için de geçerlidir¹⁰¹.

Son olarak; takdirim indirim nedenleri, işlenen suç göz önünde bulundurulmaksızın her suç tipi için uygulama alanı bulabilen ve cezanın failin şahsına uygun hale getirilmesine yarayan bireyselleştirme araçlarındandır. Ancak kamuoyunda oluşan tepkilerin temelinde; kanunların ne şekilde, hangi sınırlar çerçevesinde uygulandığından ziyade işlenen suçun vahimliğinin yarattığı infial yer almaktadır. Bu tepkiler özellikle insan öldürme, cinsel saldırı ve cinsel istismar suçları söz konusu olduğunda yaşanmaktadır. Unutulmamalıdır ki, hâkim bağımsızlık ilkesi gereği karar verirken toplumun tamamından, sosyal medyadan ve diğer bütün dış etkenlerden bağımsız şekilde kararını vermek zorundadır. Kararlarda basmakalıp ifadeler yerine daha detaylı, somut olaya özgü yapılan değerlendirmeler ışığında, gerekçelendirmek suretiyle cezanın failin şahsına nasıl uygun hale getirildiğinin ilişkilendirilmesi ve dosya kapsamıyla uyumlu bir şekilde açıklanmasıyla kurumdaki beklenen fayda sağlanmış olur. Nitekim YCGK bir kararında; “... sanığın tereddüt etmeden eylemini sonuçlandırması, suç işlenmesinin önlenmesi ve ceza adaletinin tam ve eksiksiz olarak sağlanması, sanığın pişman olduğu yönünde dosyaya yansıyan bir durumunun olmadığının gözlenmesi, hak ve nesafet kuralları ve sanığın duruşmadaki hali de dikkate alınarak’ şeklinde dosya kapsamı ile örtüşmeyen, çelişki içeren ve yeterli olmayan gerekçeyle TCK’nın 62. maddesinin uygulanmaması isabetli değildir.” şeklinde belirtmiştir¹⁰².

SONUÇ

Cezanın bireyselleştirilmesi araçlarından biri olan takdiri indirim nedenleri, sanık hakkında hükmedilen ve onun hayatının neredeyse her alanını büyük ölçüde etkileyebilecek cezanın daha adil ve hakkaniyete uygun sonuçlar doğurması bakımından mevzuatımızda oldukça önemli bir yere sahip bir ceza hukuku kurumudur. Zira kanunda öngörülen cezaların olduğu gibi failin uygulanması neticesinde somut olay adaletinin sağlanacağı düşünülemez.

¹⁰⁰ Yargıtay 3. CD. 2021/2102 E. 2021/10275 K. 01.12.2021 KT. <https://karararama.yargitay.gov.tr> (E.T. 02.03.2024). Ayrıca bkz. Yargıtay 1.CD. 1962/425 E. 1962/60 K. Akt. Tan, a.g.e, s.2322; Metiner/ Koç, a.g.e, s.1997; Soyaslan, a.g.e, s.485; Özbek vd., a.g.e, s.723; Kırloğlu, Yargıtay Kararları Işığında Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi, s.74; Üzülmüş, a.g.m, s.231.

¹⁰¹ Apiş, a.g.e, s.212.

¹⁰² YCGK 2015/1-606 E. 2016/324 K. 27.09.2016 KT. Akt. Gökcan/ Artuç, a.g.e, s.371.

Örneğin, aynı suçu işlemiş iki farklı failin olduğu iki farklı somut olayda; bunlardan biri suç işlemeyi adeta bir yaşam biçimi haline getiren uslanmaz yapıda saldırgan biri olsun, diğeri ise aslında toplumla uyum içerisinde yaşayan topluma birçok yararlı faaliyetleri de olmuş itibar sahibi ve ilk defa suç işlemiş biri olsun. Her ne kadar işlenen suç aynı olsa da bu iki failin aynı sonuç cezayı alması hakkaniyete aykırı olur. Dolayısıyla kanunlarda öngörülmuş soyut cezanın failin kişiliği ve özellikleri göz önünde bulundurularak somutlaştırılması, bu şekilde cezanın faile özgü bir hale getirilerek cezaya son halinin verilmesi bir gerekliliktir.

Takdiri indirim nedenleri kurumunun mevzuata ilk girdiği şekliyle kalmadığı, üzerinde çeşitli değişikliklerin yapıldığı, hatta bu değişikliklerin bir gereksinim sonucu meydana geldiği görülmektedir. Değişiklik sürecine bakıldığında, takdiri indirim nedenleri önce hiçbir neden belirtilmeksizin düzenlenmişken daha sonra örnek kabilinde nedenler sayılmış, son değişikle ise bu nedenler tahdidi hale getirilmiştir. Maddeye ilişkin değişiklik sürecinden zamanla düzenlemenin daha detaylandırılmak suretiyle bir uygulama çerçevesi çizilmek istendiği anlaşılmaktadır. Nitekim mahkemelerin bu hususta farklı yaklaşımlarının söz konusu olabildiği ve bunun uygulama farklılıklarını doğurması gündeme gelmektedir. Bu nedenle takdiri indirim nedenlerinin uygulanmasında içtihadi olarak yeknesaklığının sağlanabilmesi amaçlanmıştır. A mahkemesinin sanık hakkında vereceği cezayı belirlerken x nedeninin sanık lehine takdiri indirim nedeni oluşturmadığı yönünde kanaati varken aynı sanık farklı yetki çevresindeki B mahkemesinde yargılanıyor olsaydı x nedeninin takdiri indirim nedeni kabul edilerek verilecek cezaya indirim uygulanabilirdi algısının önüne bu şekilde geçilebilir. Bunun yanı sıra cezada yapılabilecek takdiri indirim için dikkate alınacak nedenlerin kanunda belirlenmiş olması suç ve cezada kanunilik prensibi bağlamında öngörülebilecek bir şekilde uygulama sınırlarının belirli olmasını da sağlamaktadır. Nitekim suç ve cezada kanunilik prensibinin bir alt unsuru olan belirlilik ilkesi “mümkün olduğunca bir ceza kanununun olabileceği en belirli hali alması gerekliliğini” ifade etmektedir¹⁰³. Her ne kadar değişiklikle birlikte takdiri indirim nedenleri tahdidi hale getirilmiş olsa da sayılan nedenler, genel ifadeler barındıran nedenlerdir ve hâkim somut olayı kanunda sayılan nedenler kapsamında değerlendirirken yine takdir yetkisine sahiptir. Dolayısıyla kanunda bu nedenlerin belirleyici bir şekilde sayılması ile hâkime bir çerçeve oluşturulmuştur, bu çerçevenin dışına çıkılamayacak olması bakımından ise bir sınır söz konusudur. Açıklanan nedenlerle kanaatimizce bahsi geçen değişiklik isabetlidir.

¹⁰³ Faruk Yasin Turinay, Suçta ve Cezada Kanunilik Prensibinin Anayasal Temelleri (Bursa: Uludağ Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2013), s.108. <https://acikerisim.uludag.edu.tr/items/09865539-9d4c-41b3-b44f-84324adcb7bd> (E.T. 14.03.2024).

Öte yandan, hâkimin takdiri indirim hususunda kanaatinin gerekçelerini kararına yansıtma zorunda olduğu kanun koyucu tarafından son değişiklikle birlikte önemle vurgulanmıştır. Getirilen bu düzenleme yeni bir uygulama içermeyip hâlihazırda zaten CMK'nın çeşitli maddelerinde bulunan düzenleme tekrarlanmıştır. Gerekçenin hukuka uygun olması, denetime imkân tanıyacak şekilde ve soru işareti bırakmayacak açıklıkta olması gerekliliği hatırlatılmıştır. Zira kararın basmakalıp ifadeler kullanılarak yazılması ve gerekçenin somut olaydaki failin özellikleriyle ilişkilendirilmemesi halinde cezanın bireyselleştirilmesi adına bir amaca da hizmet edilmemiş olacaktır. Takdiri indirim nedenlerinin uygulanması hususunda verilen kararların gerekçeli olması zorunluluğunun bir kez daha altının çizilmesi ve dosya içeriğiyle uyumlu bir şekilde cezanın faile özgülenmesi sağlanarak kurumdan beklenen faydanın gerçekleştirilebilmesinin amaçlandığını söylemek mümkündür.

Son olarak şu hususu tekrar belirtmek gerekir ki, cezanın fail yönünden bireyselleştirilmesinde failin pişmanlığını gösteren samimi davranışların aranması ve şekli tutum ve davranışların indirim nedeni olarak dikkate alınmamasına yönelik son değişiklikle kanun yapma sürecinde toplum vicdanının gözetildiği görülmektedir. Toplumda, faillerin sırf indirimden yararlanmak için mahkemeyi etkilemek amacıyla yargılama mercilerine karşı saygılı tutumunu ifade eden takım elbise giymek, boyun bükme vb. hususların indirim yapılmasında etkili olduğu “algısı” vardır. Ancak medyada yansıtıldığı gibi yargılama esnasında failin takım elbise giymesi veya kravat takması takdiri indirim nedeni değildir. Bu algı nedeniyle özellikle önemli ve ağır suçlarda verilen cezaya tepki oluşmaktadır. Dolayısıyla söz konusu değişiklik, kanun koyucunun toplumun beklentilerine cevap vermesine yöneliktir. Neticede cezanın daha adil ve hakkaniyete uygun sonuçlar doğurmasını sağlayan, failin şahsi ve kişilik özelliklerine uydurulan ve cezaya son halini veren takdiri indirim kurumunda zamanla yapılan tüm bu değişikliklerin bir gereksinim sonucu meydana geldiği söylenebilir.

KAYNAKÇA

- APIŞ, Özge, Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.
- ARTUK, Mehmet Emin / GÖKCEN, Ahmet, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 15. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.
- ATALAN, Mustafa, 'Ceza Hukukunda Takdiri İndirim Nedenlerinin Uygulanması Sorunu ve Toplumsal Beklenti', Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 163, Yıl: 2022, ss. 109-154.
- BACAKSIZ, Pınar, 'Federal Cezalandırma Yönergesi Işığında Amerikan Hukuku'nda Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi', Ceza Hukuku Dergisi, Cilt: 6, Sayı: 16, Yıl: 2011, ss. 82-99.
- BAYTAZ, Abdullah, 'Onarıcı Adalet'e Genel Bir Bakış', İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 71, Sayı: 1, Yıl: 2013, ss. 117-129.
- BEKRİ, M. Nedim, 'Gerekçeli Karar Hakkı', Ankara Barosu Dergisi, Sayı: 3, Yıl: 2014, ss. 204-228.
- BUCKLAND, William Warwick, A Text Book of Roman Law: From Augustus to Justinians, Cambridge University Press, Cambridge, 1950.
- DEMİRBAŞ, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 18. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.
- DÜLGER, Murat Volkan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.
- EREM, Faruk, 'Cezayı Azaltıcı Takdiri Sebepler', Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 2-4, Yıl: 1946, ss. 357-364.
- ERYILMAZ, Mesut Bedri, Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012.
- GENÇER, Muhsin, Türk Ceza Hukuku'nda Takdiri İndirim Nedenleri, Yüksek Lisans Tezi, Erciyes Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2019, https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezDetay.jsp?id=ybTOjbKWlyQ0kzWVR9aHw&no=37e1Bi4a3CFWieLe_FTXLw (erişim tarihi: 23.04.2024).
- GÖKCAN, Hasan Tahsin / ARTUÇ, Mustafa, Pratik Türk Ceza Kanunu, 7. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023.
- GÖZÜBÜYÜK, Abdullah Pulat, Türk Ceza Kanunu Açıklaması Cilt 1 (Madde 1-124), 4. Baskı, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1980.
- HAFIZOĞULLARI, Zeki / ÖZEN, Muharrem, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. Baskı, US-A Yayıncılık, Ankara, 2016.
- HAKERİ, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012.

- HESSICK, Carissa Byrne, ‘Why are Only Bad Acts Good Sentencing Factors?’, Boston University Law Review, Vol. 88, University of Utah College of Law Research Paper No 38. (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1141522 erişim tarihi: 23.04.2024).
- ILDIRAR, Elif, Seri Muhakeme Usulü-Ceza Hukuku Monografileri, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- KAÇAR, Yusuf, ‘7406 Sayılı Kanun’la Değişik Türk Ceza Kanunu’nda Takdiri İndirim Nedenleri’, Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 10, Sayı: 2, Yıl: 2022, ss. 925-948.
- KAN, Çağrı, ‘Takdiri İndirim Nedenlerinin Uygulanması Açısından Hâkimin Takdir Hakkında Ölçüt Sorunu’, Suç ve Ceza, Cilt: 14 Sayı: 4, Yıl: 2021, ss. 807-835.
- KARATUT, Ahmet, Ceza Muhakemesi Hukukunda Duruşma, Yüksek Lisans Tezi, Hasan Kalyoncu Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Gaziantep, 2020, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/TezGoster?key=wFfPgY5qjHEzEoOgvMs54iinXrJ90SkyIHvX4F57jXxncxB1xan5yMQmC1pVps> (erişim tarihi 23.04.2024)
- KIRLIOĞLU, Gamze, Yargıtay Kararları Işığında Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Ankara, 2019, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezDetay.jsp?id=Ae6rN200Ocy5JeJlM6piWw&no=v9jhga6fimvhPqjgeI-zPQ> (erişim tarihi 23.04.2024)
- KOCA, Mahmut/ ÜZÜLMEZ, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 16. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.
- KORUCULU, Irmak, Türk Ceza Hukukunda Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi. Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- MERAKLI, Serkan/ ÖZBEK, Veli Özer/ DOĞAN, Koray/ BACAŞIZ, Pınar/ BAŞ-BÜYÜK, İsa, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.
- METİNER, Haydar / KOÇ, E. Ahsen, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Genel Hükümleri II. Cilt, Ankara, 2008.
- OTACI, Cengiz, ‘5237 sayılı Türk Ceza Kanununda Takdire Bağlı İndirim ve Uygulaması’, Adalet Dergisi, Cilt: 98, Sayı: 26, Yıl: 2006, ss. 116-125.
- ÖNCÜ ATEŞ, Tuğba Gül, Türk Ceza Hukukunda Temel Cezanın Belirlenmesi, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2020, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezDetay.jsp?id=5h5ylvaMb2xrLaKjJIyeHA&no=v3zjlvVxTT9Mhp8jfaf5oQ> (erişim tarihi 23.04.2024)
- ÖZBEK, Mustafa Serdar, ‘Çağdaş Ceza Adaleti Sistemlerinde Alternatif Çözüm Arayışları ve Arabuluculuk Uygulaması’, Kazancı Hukuk Dergisi, Sayı: 1 Yıl: 2010, ss. 116-183.
- ÖZBEK, Veli Özer / KANBUR, Mehmet Nihat / DOĞAN, Koray / BACAŞIZ, Pınar / TEPE, İlker, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015.

- ÖZEN, Mustafa, 'Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi', Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt: 15, Sayı: 1-2, Yıl: 2009, ss. 75-120.
- ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 19. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.
- ÖZTÜRK, Bahri, Ceza Muhakemesi Hukuku (Nazari ve Uygulamalı), 17. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.
- PARLAR, Ali / HATİPOĞLU, Muzaffer, Açıklamalı-Yeni İçtihatlarla 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2010.
- ROBINSON, Paul H./ JACKOWITZ, Sean/ BARTELS, Daniel M., 'Extralegal Punishment Factors: A Study of Forgiveness, Hardship, Good-Deeds, Apology, Remorse, and Other Such Discretionary Factors in Assessing Criminal Punishment', University of Pennsylvania Carania Carey Law School, All Faculty Scholarship 353, 2012, (https://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/353 erişim tarihi: 17.04.2024)
- SOYASLAN, Doğan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.
- SÖZÜER, Adem, 'Türk Ceza Hukuku Reformu: Dünyü, Bugünü ve Yarını', Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 21, Yıl: 2019, ss. 3031-3050.
- ŞAHBAZ, İbrahim, Açıklamalı ve İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, 1. Cilt, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.
- TAN, Mehmet, TCK Genel Hükümler Kırmızı Kitap II. Cilt, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2011.
- TANERİ, Gökhan, Seri Muhakeme Usul-Şartlar-Suçlar ve Hüküm ve Basit Yargılama Usulü, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- TANERİ, Gökhan, 'Temel Cezanın Belirlenmesi', Ankara Barosu Dergisi, Sayı: 3, Yıl: 2016, ss. 127-161.
- TOKDEMİR, Sercan, 'Ceza Adaleti Sistemine Yeni Bir Yaklaşım: Tamamlayıcı Bir Sistem Olarak "Onarıcı Adalet" Mekanizması', Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 21, Sayı: 1-2, Yıl: 2017, ss. 75-114.
- TURİNAY, Faruk Yasin, Yüksek Lisans Tezi, Suçta ve Cezada Kanunilik Prensibinin Anayasal Temelleri. Bursa: Uludağ Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Bursa, 2013, <https://acikerisim.uludag.edu.tr/items/09865539-9d4c-41b3-b44f-84324adcb7bd> (erişim tarihi: 23.04.2024).
- USLUADAM, Asena Kamer, Ceza Muhakemesi Hukukunda Karakter Delili, Doktora Tezi, Ankara: Hacettepe Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2022, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/TezGoster?key=kScA8XnrRb0WogXqPGFkuuHGO2xwwIgv2qCjmGmu7XosW-lCm9sxxRu9IgE1Up> (erişim tarihi: 17.04.2024).

- ÜNSAL, Levent, ‘Takdiri İndirim Nedenleri ve TCY md. 59’ Yargıtay Dergisi, Cilt: 28, Sayı: 4, Yıl: 2002, ss. 624-655.
- ÜZÜLMEZ, İlhan, ‘Yeni Ceza Kanunu’nun Sisteminde Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi’, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 10 Sayı: 3-4, Yıl: 2006, ss. 203-235.
- YAŞAR, Osman / GÖKCAN, Hasan Tahsin / ARTUÇ, Mustafa, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu 2.Cilt, 2. Baskı Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.
- YENİSEY, Feridun / PLAGEMANN, Gottfried, Alman Ceza Kanunu Strafgesetzbuch (StGB). 2. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2015.
- YERDELEN, Erdal, Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi, Doktora Tezi, Selçuk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 2012, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezDetay.jsp?id=XDBRPq4JMqka11OFfYfhDg&no=Mh5iE5CbGl-yW8gqxoZnzA> (erişim tarihi 17.04.2024)
- YERDELEN, Erdal, Cezanın Belirlenmesi (Türk-Alman Uygulaması), Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.

Çevrimiçi Kaynaklar

- <https://karararama.yargitay.gov.tr> (erişim tarihi 18.04.2024)
- <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/> (erişim tarihi 17.04.2024)
- TBMM 27. Dönem 5. Yasama Yılı 88. Birleşim Tutanağı <https://cdn.tbmm.gov.tr/TbmmWeb/Tutanak20230120/27/5/88/f2d7ab3b-133a-46d1-8af4-2488641143d4.html> (erişim tarihi 17.04.2024)

ÖZEL HUKUK

6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 203/1-A Maddesi Kapsamında İnançlı İşlemin Tanık Delili ile İspatı ve İlgili Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi^(*)

Proof of Failed Action by Witness Evidence within the Scope of Article 203/1-A of the Code of Civil Procedure No. 6100 and Evaluation of Relevant Court of Court Decisions

Prof. Dr. **Muzaffer ŞEKER**^(**)

Süleyman Semih DEMİR^(***)

Öz:

İnanan kişi, inanılan bir kimseye hakkını belli bir amaç için devreder. Belirli bir zaman geçtikten sonra inanan, inanılana devrettiği hakkının geri verilmesini talep eder. İnanılan tarafından hakkın, inanana geri verilmesini taahhüt eden sözleşmeye, inançlı işlem adı verilir. İnançlı işlemler, kanunda düzenlenen sözleşmeler arasında yer almadığından hiçbir şekil şartına bağlı değildir. İnanç sözleşmesi, yazılı şekilde yapılabileceği gibi açık veya örtülü irade beyanıyla da kurulabilir. İnanılan, inanana malvarlığını devretmeyip inançlı işlemde kaynaklı geri verme borcuna aykırı davranabilir. Bu durumda inanan malvarlığının iadesini, borca aykırı davranış nedeniyle tazminat talep edebilir veya sözleşmeyi sona erdirebilir. İnananın bu taleplerde bulunabilmesi için Türk Medeni Kanunu madde 6'ya göre, iddiasını ispat etmesi gerekir. İnançlı işlem yazılı delil ile ispatlanabilir. Yazılı bir belgenin bulunmaması halinde inanan, inanılan ile arasındaki inançlı işlemi, yazışmalar, banka dekontu, mektup gibi delil başlangıcı ve bunu destekleyen tanık delili dahil diğer deliller ile ispatlayabilir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 203/1-a da belirtilenler arasındaki inançlı işlemlerin ise tanıkla ispatının mümkün olması gerekir.

Anahtar Kelimeler:

İnançlı İşlem, Yazılı Delil, Delil Başlangıcı, Senetle İspat Zorunluluğunun İstisnası, Tanık Delili.

^(*) Hakem denetiminden geçmiştir.

Makalenin geliş tarihi: 24.10.2024 - Makalenin kabul tarihi: 23.12.2024.

^(**) İstanbul Ticaret Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul-Türkiye, E-posta: mseker@ticaret.edu.tr, Orcid ID: <https://orcid.org/0000-0002-6852-3030>.

^(***) Avukat, İstanbul 1. No.lu Barosu, İstanbul-Türkiye; İstanbul Ticaret Üniversitesi, Özel Hukuk, Tezli Yüksek Lisans Programı öğrencisi, İstanbul-Türkiye, E-posta: av.semihdemir1996@gmail.com, Orcid ID: <https://orcid.org/0009-0006-2404-3971>.

Abstract:

A believer transfers his rights to a believed person for a certain purpose. After a certain period of time, the believer demands the return of the rights he has transferred to the believer. The contract that undertakes to return the right to the believer by the believer is called a fiduciary transaction. Since fiduciary transactions are not among the contracts regulated by law, they are not subject to any formal conditions. A belief agreement can be made in writing or by an explicit or implicit declaration of will. The believer may not transfer his assets to the believer and act contrary to his obligation to return them arising from the fiduciary transaction. In this case, the believer may demand the return of his assets, compensation for breach of duty, or terminate the contract. In order for the believer to make these demands, he must prove his claim according to Article 6 of the Turkish Civil Code. A fiduciary transaction can be proven by written evidence. In the absence of a written document, the believer can prove the fiduciary transaction between him and the believer with other evidence, including correspondence, bank receipts, letters, and supporting witness evidence. It must be possible to prove fiduciary transactions between those specified in Article 203/1-a of the Code of Civil Procedure with a witness.

Keywords:

Faithful Action, Written Evidence, Beginning of Evidence, Exception from the Obligation to Prove with Promissory Note, Witness Evidence.

GİRİŞ

İnanç sözleşmesinde, inanan ile inanılan inanç sözleşmesinin konusunu belirler. İnanılanın inanandan devralmış olduğu malı ne şekilde kullanacağı, hangi şartlarda ve ne zaman inanç sözleşmesini sona erdirecekleri belirlenir ve malın hangi şartlar altında inanana geri verileceği üzerinde anlaşılır. İnananın inanılana hakkını devretmesiyle malvarlığında azalma meydana geleceğinden bu bir tasarruf işlemidir. İnanılanın inanandan malvarlığını devir almasıyla malvarlığında artış gerçekleşir. Bu nedenle inanılan bakımından ise kazandırıcı bir işlem söz konusu olur. İnançlı işlem, devri gerçekleştirilebilen tüm malvarlıklarına konu edilebilir. İnançlı işlemler kanunda düzenlenen sözleşmeler arasında yer almadığından hiçbir şekil şartına bağlı değildir. İnançlı işlemde kaynaklanan davalar bakımından özel bir zamanaşımı süresi öngörülmemiştir. Bu nedenle inançlı işlemde kaynaklı davalar bakımından zamanaşımının genel zamanaşımı süresine tabi olduğu ve on yıl olarak uygulanması gerektiği kabul edilmektedir. İnançlı işlemin süresi sona erdiğinde veya amacı gerçekleştiğinde inanılan elde ettiği malvarlığını inanana devretmekle yükümlüdür. İnanılan, inanana malvarlığını devretmez ise inançlı işlemde kaynaklı geri verme borcuna aykırı davranmış olur. Uygulamada inanılanın, inanç anlaşması gereği inanana taşınmazı devretmediği durumlarda, inançlı işlemde kaynaklı yükümlülüğünün tapu iptal ve tescil davası ile yerine getirmesi talep edilmektedir. İnanılan, inanç anlaşmasına aykırı olarak, mülkiyeti inanana devretmesi gerekirken üçüncü bir kişiye devretmiş ise inanan,

Türk Borçlar Kanunu m. 112 ve devamı hükümleri uyarınca inanılana inançlı işlemden kaynaklı geri verme borcuna aykırı davrandığından tazminat davası açabilir. Yargıtay, HMK m. 203/1-a da belirtilen kişiler arasında görülen inançlı işleme ilişkin davalarda 5.2.1947 tarih ve 1945/20 Esas 1947/6 Karar Sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararını uygulayarak çözüme gitmektedir. Buna göre, inançlı işlem yazılı delil ile ispatlanabilir. Yazılı bir belgenin bulunmaması halinde inanan, inanılan ile arasındaki inançlı işlemi, delil başlangıcı ve bunu destekleyen tanık delili dahil diğer deliller ile ispatlayabilir. İnanan ile inanılan arasında yazılı delil başlangıcı niteliğinde bir ispat vasıtası yoksa bu durumda inanan, ikrar veya yemin delili ile inanç sözleşmesini ispatlayabilir. Fakat Yargıtay'ın bazı kararlarında, her ne kadar inançlı işlemlere ilişkin uyuşmazlıklara 5.2.1947 tarih ve 1945/20 E. 1947/6 K. sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararının uygulanacağı ifade edilse de HMK m. 203/1-a gereği senetle ispat kuralının istisnası kapsamında, "*Altsoy ve üstsoy, kardeşler, eşler, kayınbaba, kaynana ile gelin ve damat arasındaki*" inançlı işlemlerin tanık dahil her türlü delil ile ispatlanabileceği ifade edilmektedir.

I. İNANÇLI İŞLEM

A. İnançlı İşlem Kavramı

İnanan kişi, inanılan bir kimseye hakkını belli bir amaç için devreder. Belirli bir zaman geçtikten sonra inanan, inanılana devrettiği hakkının geri verilmesini talep eder. İnlanan tarafından hakkın, inana geri verilmesini taahhüt eden sözleşmeye, inançlı işlem¹ adı verilir².

¹ İnançlı işlem, nam-ı müstear ve dolaylı vekâlet ile ilgili kısa bilgi: Kişi yapmak istediği sözleşmede bazı nedenlerden dolayı taraf olarak gözükmek istemez ve kendisi yerine sözleşmede vekili yer alır. Bu sayede sözleşmenin gerçek tarafı olan kişi gizlenmiş olur. Nam-ı müstear, sözleşmenin gerçek tarafı olan gizlenen kişinin hesabına ve kendi adına işlem yapan vekildir (Güray Erdönmez, 'Nam-ı Müstear ve Tasarrufun İptali Davaları', Bankacılar Dergisi, Sayı: 59, Yıl: 2006, ss. 84-105, s. 84). Örneğin, nam-ı müstear (B), (A) için (C)'den malvarlığı iktisap edip inanılan sıfatıyla belirli süre malvarlığını (A) için muhafaza edip sonrasında inanan (A)'ya devredecekse, (A) ve (B) arasındaki nam-ı müstear ilişkisine, inançlı işleme ilişkin hükümler uygulanır (Erdönmez, Nam-ı Müstear, s. 87). Uygulama sıklıkla başvurulmuş bir diğer müessese ise dolaylı vekâlet / temsile dayalı inançlı temliktir. Burada da nam-ı müsteara olduğu gibi dolaylı temsilci malvarlığını kendi adına fakat vekâlet verenin hesabına iktisap eder ve satıcı vekâlet veren bilmez. Vekâlet verenin talebi üzerine dolaylı temsil, malvarlığını vekâlet verene devreder (Şahin Akıncı, Borçlar Hukuku Bilgisi Genel Hükümler, 14. Baskı, Sayram Yayınları, Konya, 2024, s. 110). Görüleceği üzere tüm bu kavramlar iç içe geçmiştir. Bu nedenle inançlı işlemin bulunduğu hallerde nam-ı müstear ve dolaylı temsil kavramlarının kullanılmasına gerek yoktur. Nitekim Akıncı, nam-ı müstear, dolaylı temsil ve inançlı işlem kavramları iç içe geçtiğini ve aralarında herhangi bir farkın bulunmadığını ifade ederek bu duruma dikkat çekmiştir (Akıncı, s. 110).

² Akıncı, s.110.; Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 27. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2022, s. 424.; M. Kemal Oğuzman / M. Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I, 18. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020, s. 140.; Necip Kocayusufoğlu, Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017, s. 365.; Ahmet M. Kılıçoğlu-

B. İnançlı İşlemin Unsurları

1. İnanç Sözleşmesi

İnanç sözleşmesinde inanan kişi, devredilebilen eşya üzerindeki hak sahipliğinin tamamını, inanılan kişiye devretme taahhüdünde bulunur. İnanılan kişi ise inanan kişiden devraldığı eşya veya eşya üzerindeki hakkı, inanan ile arasındaki inanç anlaşmasına uygun olarak, muhafaza eder. İnanç anlaşması sonlandığında, inanılan kişi, inanandan devralmış olduğu hakkı geri verir³. İnanç sözleşmesinde, inanan ile inanılan inanç sözleşmesinin konusunu belirler. İnanılanın inanandan devralmış olduğu malı ne şekilde kullanacağı, hangi şartlarda ve ne zaman inanç sözleşmesini sona erdirecekleri belirlenir. Son olarak malın hangi şartlar altında inana geri verileceği üzerinde anlaşılır⁴.

2. Devir İşlemi

İnançlı işlemin diğer bir unsuru devir işlemi başka bir değişle tasarruf işlemidir. Devir işlemi ile inananın hakkı, inanılana geçer. İnananın inanılana hakkını devretmesiyle malvarlığında azalma meydana geleceğinden bu bir tasarruf işlemidir. İnanılanın inandan malvarlığını devir almasıyla malvarlığında artış gerçekleşir. Bu nedenle inanılan bakımından ise kazandırıcı bir

lu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2020, s.243.; Fikret Eren, Mülkiyet Hukuku, 5. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2020, s. 229.; M. Kemal Oğuzman / Özer Seliçi / Saibe Oktay - Özdemir, Eşya Hukuku Kısaltmış Ders Kitabı, 3. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020, s. 217.; YHGK, E 2022/1-202 K 2023/1138, 22.11.2023 "... İnançlı işlemlerde inanan ve inanılan taraf, inanç sözleşmesinin konusunun mülkiyetinin önce inanılana geçmesi; ardından inanana geri dönmesi hususunda anlaşılır. Hukuk Genel Kurulunun 17.05.2000 tarihli ve 2000/2-888 Esas, 2000/885 Karar sayılı kararında belirtildiği gibi inançlı işlemler, bir kimsenin menfaatinin başkası tarafından korunması veya teminat sağlamak amacıyla ona bazı hakları ciddi olarak devrettiği, ancak hakları iktisap edenin bunlardan doğan bazı yetkileri hiç kullanmaması, bazılarını da ancak önceden hak ve hâlen menfaat sahibi olanın gösterdiği biçimde kullanmak zorunda olması hususunda tarafların anlaştığı işlemlerdir. Görüleceği üzere inançlı işlem güven esasına dayanan bir hukuki işlemidir. Taraflar birbirlerine duydukları güven sonucu bir malın mülkiyetini sözleşmenin karşı tarafına geçirir ve daha sonrasında bu malın kendisine geri döneceğine güvenir. Hatta inanan, malın kendisine döneceğine güvenen kişi olarak tanımlanır..."

³ Murat Topuz, Türk Özel Hukukunda Taşınmaz Mülkiyeti, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2020, s. 177.; Süleyman Yılmaz / Hamdi Pinar, 'İnançlı İşlemlerin Muvazaalı İşlemlerle Karşılaştırılması Üzerine Bir Değerlendirme' Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 68, Sayı: 4, Yıl: 2019, ss. 959-998, s.962.

⁴ Akıncı, s. 108.; Kocayusufoğlu, s. 367.; Safa Reisoğlu, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 23. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2012, s. 114.; Yılmaz / Pinar, s. 967.; Yargıtay 1 HD, E 2023/2159 K 2024/3463, 15.05.2024 "... inanç sözleşmeleri, tarafların karşılıklı iradelerine uygun bulunduğu için onlara karşılıklı borç yükleyen ve alacak hakkı veren geçerli sözleşmelerdir. Anılan sözleşmelerde taraflar, sözleşmenin kendilerine yüklediği hak ve borçları belirlerken, inançlı işlemin sona erme sebeplerini, devredilen hakkın inanılan tarafından inanana iade şartlarını, bu arada tabii ki süresini de belirleyebilirler. Bunun dışında, akde aykırı davranışın yaptırımına da sözleşmelerinde yer verebilirler. Buna dair hükümleri de TBK'nın 26. ve 27. maddelerine aykırılık teşkil etmediği sürece geçerli sayılır..."

işlem söz konusu olur⁵. İnanç sözleşmesinde genellikle taşınmaz veya taşınır malvarlıkları devir işlemine konu edilir. İnanan, inanılana taşınır bir malvarlığının mülkiyetini devretmeyi taahhüt ederse, mülkiyetin nakli / tasarruf işlemi inananca taşınırın zilyetliğinin inanılana teslim edilmesiyle veya aynı bir sözleşmeyle gerçekleşir⁶. Taşınmazlarda ise devir, inanana ait taşınmaz mülkiyetinin inanılan adına tapu sicilinde tescil edilmesi ile gerçekleşir⁷.

C. İnançlı İşlemin Konusu

İnançlı işlem, devri gerçekleştirilebilen tüm malvarlıklarına konu edilebilir. Devredilen hakkın, aynı hak, alacak hakkı veya fikri hak olmasında bir engel yoktur. Örneğin, taşınmaz, taşınır, şirket payı, ticari işletme, inançlı işleme konu edilebilir⁸. Fakat şahsa sıkı sıkıya bağlı olan haklar inançlı işleme konu edilemez⁹.

D. İnançlı İşlemin Yapılış Amacı

Yargıtay 1 Hukuk Dairesi, E 2010/1003 K 2010/2310, 3.3.2010 sayılı kararında; “... *İnançlı sözleşmelerdeki amaç gizlenmek, teminat, alacaklıdan mal kaçırmak, kanunların elverişsiz hükümlerinden kaçınmak, bir alacağın tahsili, malın idaresi gibi nedenler olabilmektedir...*” şeklinde inançlı işlemin uygulamada hangi amaçlarla yapılabileceği açıkça ifade edilmiştir.

E. İnançlı İşlemin Şekil Şartı

TBK m. 12/1'e göre, “*Sözleşmelerin geçerliliği, kanunda aksi öngörülmedikçe, hiçbir şekle bağlı değildir*”. Geçerlilik şekli, kanunun veya tarafların şekle tabi kıldığı sözleşmelerde söz konusudur. İnançlı işlemler ise kanunda düzenlenen sözleşmeler arasında yer almadığından hiçbir şekil şartına bağlı değildir¹⁰. İnanç sözleşmesi, yazılı şekilde yapılabileceği gibi açık veya örtülü irade beyanıyla da kurulabilir¹¹.

⁵ Kocayusufoğlu, s. 367.; Akıncı, s. 109.; Yılmaz / Pınar, s. 966.; A. Lâle Sirmen, Eşya Hukuku, 10. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2022, s. 370.

⁶ Hüseyin Altaş / Leyla Müjde KURT, 'İnançlı işlemler' İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 2, Sayı: 2, Yıl: 2011, ss. 1-29, s.5.; Yılmaz / Pınar, s. 966.

⁷ Altaş / Kurt, s. 6.

⁸ Altaş / Kurt, s. 4.

⁹ Yılmaz / Pınar, s. 968.

¹⁰ Yargıtay 7 HD, E 2022/2241 K 2022/1107, 16.02.2022 “... inançlı işlemin geçerliliği için şekil şartı aranmamıştır...”.; Yılmaz / Pınar, s. 965.; Akıncı, s. 108.

¹¹ Akıncı, s. 108.

F. Zamanaşımı

TBK' da inançlı işlemler bakımından özel bir zamanaşımı süresi öngörülmemiştir. Bu nedenle inançlı işlemlerin TBK m. 125 gereğince on yıllık genel zamanaşımı süresine tabi olduğu kabul edilmektedir¹². İnançlı işlemde kaynaklı zamanaşımının başlangıcı, inançlı işlem iddiasında bulunanın ferağ umudunu yitirdiği tarihten itibaren işlemeye başlar. Ferağ umudunun yitirilme tarihi, davanın açılma tarihidir¹³. Fakat inanan, inanılana devretmiş olduğu hakkının, ihtarname aracılığıyla geri verilmesini talep ederse, ferağ umudunun yitirildiği tarih, ihtarnamenin çekildiği tarih olarak kabul edilir¹⁴.

II. İNANÇLI İŞLEMİN HÜKÜM VE SONUÇLARI

İnanç sözleşmesi gereğince inanılan, inananın aleyhine davranışta bulunamaz. Elde ettiği malvarlığını başkasına devredemeyeceği gibi rehin de veremez. İnançlı işlemin süresi sona erdiğinde veya amacı gerçekleştiğinde inanılan elde ettiği malvarlığını inanana devretmekle yükümlüdür¹⁵. İnanılan, inana malvarlığını devretmez ise inançlı işlemde kaynaklı geri verme borcuna aykırı davranmış olur. Bu durumda inanan TBK m. 112'ye göre, inanılandan tazminat talep edebilir¹⁶. Uygulamada ise inanılanın, inanç anlaşması

¹² Yargıtay 7 HD, E 2023/2637 K 2024/3209, 5.06.2024 "... İnanç sözleşmesinden doğan davalar için özel bir zamanaşımı süresi öngörülmediğinden 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun (6098 sayılı) 125. maddesi hükmü gereğince inanç sözleşmesinden kaynaklanan davalarda zamanaşımı süresi on yıl olarak kabul edilmektedir..."; Eraslan Özkaya, İnançlı İşlem ve Muvazaa Davaları, 8. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2020, s. 51.

¹³ Yargıtay 3 HD, E 2023/2745 K 2024/659, 19.02.2024 "... Uyuşmazlık, inanç sözleşmesinden kaynaklanan alacak istemine ilişkindir. Olayda; davacının, davalı ile beraber yaptıkları evden 2012 yılında taşındığını ve davalı ile beraber yaptıkları evi davalıya bırakması karşılığında davalının kendisine başka bir ev almayı taahhüt ettiğini iddia ederek yeni bir ev alınmasına karşılık şimdilik 10.000,00 TL alacağın ödenmesini talep etmiştir. HMK'nun 33. maddesi gereğince bir davada olayları anlatmak taraflara hukuki nitelendirmeyi yapmak ise hakime ait bir görevdir. Açıklanan bu hali ile davanın hukuki niteliği inançlı işleme dayalı alacak davasıdır. Mahkemece davanın zamanaşımı nedeniyle reddine karar verilmiştir. Burada önemli olan zamanaşımı süresinin ne zaman başlayacağını tespitidir. Türk Borçlar Kanununun 149. maddesi gereğince de zamanaşımı alacağın istenebilir hale geldiği, başka bir deyişle iddiada bulunanın ferağ umudunu yitirdiği tarihten itibaren işlemeye başlar. Davacı, ferağ umudunu davanın açıldığı tarihte yitirmiş sayılacağından bu davalar için öngörülen on yıllık zamanaşımı süresi henüz dolmamıştır. Bu durumda mahkemece işin esasına girilerek bir hüküm kurulması gerekirken zamanaşımı nedeniyle davanın reddine karar verilmesi doğru değildir...".

¹⁴ Yargıtay 14 HD, E 2017/4168 K 2017/8145, 6.11.2017 "... Dairemizin 14.3.2015 tarih ve 2014/11778 Esas ve 2014/2347 Esas sayılı ilamı ile, zamanaşımının davacının ferağ umudunu yitirdiği tarihten itibaren başlayacağı, davacıların 30.6.2011 tarihinde davalıya ihtarname gönderdikleri anda ferağ umutlarını yitirdikleri...".

¹⁵ Osman Gökhan Antalya, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019, s. 366.; Mehmet Akçaal, Eşya Hukuku, 2. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2022, s. 409.

¹⁶ Eren, Mülkiyet, s. 229.; Antalya, s. 366.; Topuz, s. 182.; Akçaal, s. 411.; Yargıtay 3 HD, E 2016/10096 K 2018/4370, 24.4.2018, "... Taraflarca imzalanan 27.05.1993 tarihli sözleşmede;

gereği inanana taşınmazı devretmediği durumlarda, inançlı işlemde kaynaklı yükümlülüğünün tapu iptal ve tescil davası ile yerine getirilmesi talep edilmektedir¹⁷. İnanılan, inanç anlaşmasına aykırı olarak, mülkiyeti inanana devretmesi gerekirken üçüncü bir kişiye devretmişse, mülkiyet kendisinde olduğu için geçerli bir şekilde devredebilir. İnanan ise TBK m. 112 vd. hükümleri uyarınca, inanılana inançlı işlemde kaynaklı geri verme borcuna aykırı davrandığından tazminat talep edebilir. Fakat taşınmazı devralan üçüncü kişi iyiniyetli olmayıp, inanana zarar verme amacıyla hareket etmiş ise bu durumda inanan TBK m. 49/2'ye göre, üçüncü kişiden tazminat talep edebilir¹⁸.

III. İNANÇLI İŞLEMİN İSPATI

A. Genel Olarak

İnanılan, inanana malvarlığını devretmeyip inançlı işlemde kaynaklı geri verme borcuna aykırı davranabilir. Bu durumda inanan malvarlığının iadesini veya borca aykırı davranış nedeniyle tazminat talep edebilir. Fakat inananın bu taleplerde bulunabilmesi için TMK m. 6'ya göre, iddiasını ispat etmesi gerekir¹⁹.

davacı ile davalının 236 parsel sayılı taşınmazın 200 m²'lik bölümünü birlikte satın aldıkları, hisseli devir yasağı nedeniyle satın alınan payın aynı taşınmazda 300 m² yeri olan davalıya ait payla tevhit edildiği, davacıya ait olup adına tescil edilemeyen payın 200 m²'lik arsanın 1/2 si olduğu, bu nedenle satış bedeli ile birlikte tapu harç ve masraflarının da eşit olarak ödendiği, tarafların en kısa sürede notere müracaat ederek satış vaadi sözleşmesi imzalayacakları, taşınmazın değerlendirilmesi, imar çalışması veya toptan pazarlanması durumunda davacının payı oranında tüm kazandırıcı haklardan yararlanacağı, sözleşmenin tarafların arzusu üzerine ve aralarındaki gerçek anlaşmayı kaydetmek üzere imzalandığı, hüküm altına alınmıştır. Buna göre, 27.05.1993 tarihli sözleşme; taraflarca dava dışı paydaştan birlikte satın alınan ve davalı adına tescil edilen 200 m² arsanın, 100 m²'lik bölümünün davacıya ait olduğunu gösteren inançlı işlem sözleşmesi niteliğindedir. Hal böyle olunca, mahkemece; davalı ile aralarında inançlı işlem bulunduğunu 27.05.1993 tarihli sözleşmeyle kanıtlayan davacının, TBK'nun 112. maddesi gereğince payı için ödenilen kamulaştırma bedelini davalıdan talep edebileceği gözetilerek, davacıya ait pay nedeniyle davalıya ödenen kamulaştırma bedelinin gerekirse bilirkişi incelemesi yaptırılmak suretiyle belirlenmesi ve ulaşılabilecek sonuca göre uyumsuzluğun esası hakkında bir karar verilmesi gerekirken, yanılıklı değerlendirme ve eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmiş olması doğru görülmemiştir...".

¹⁷ Eren, Mülkiyet, s. 233.; Topuz, s. 182.; Mustafa Kırmızı, Muris Muvazaası İnançlı İşlem, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 404.; Yargıtay HGK, E 2006/14-560 K 2006/616, 4.10.2006, "... Dava, inanç sözleşmesine dayalı tapu iptali, tescil isteğine ilişkindir. İnanç sözleşmesi, inanç gösterilene bir hakkın kullanılmasında davranışlarını inanç gösterenin tespit ettiği amaca uydurmak borcunu yükler. Diğer bir anlatımla, inanç gösterilen kişi inanç gösteren namına yapılacak bir işlemde sonra taşınmaz mülkiyetini ona yani inanç gösteren e geçirme yükümlülüğü altına girer. Bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi halinde bunun dava yoluyla hükmen yerine getirilmesi talep edilebilir. İnanç sözleşmelerinde yazılı delil aranmaktadır. Bu yazılı delil tarafların getirecekleri ve onların imzalarını taşıyan ve inanç gösterilen kişi adına taşınmazın tapuda tescil edildiği tarihten önce düzenlenmiş bir belge olmalıdır...".

¹⁸ Eren, Mülkiyet, s. 233-234.; Oğuzman / Seliçi / Oktay - Özdemir, s.221.; Akçaal, s. 411.

¹⁹ Özkaya, s. 47.; Kırmızı, s. 389.; Yargıtay HGK, E 2013/11-376 K 2014/49, 29.1.2014, "... İnançlı işlemi doğrudan düzenleyen bir kanun hükmü bulunmadığından, ispatı hakkında da kanunlarımızda bir hüküm yer almış değildir. İnançlı işlemin ana unsurları, inanç sözleşmesi ve kazandırıcı

B. İnançlı İşlemin Yazılı Delil ile İspatı

Yazılı delil, inanan ile inanılanın imzasını içeren yazılı inanç sözleşmesidir²⁰. HMK m. 200/1'e göre, “Bir hakkın doğumu, düşürülmesi, devri, değiştirilmesi, yenilenmesi, ertelenmesi, ikrarı ve ifası amacıyla yapılan hukuki işlemlerin, yapıldıkları zamanki miktar veya değerleri ikibinbeşyüz²¹ Türk Lirasını geçtiği takdirde senetle ispat olunması gerekir. Bu hukuki işlemlerin miktar veya değeri ödeme veya borçtan kurtarma gibi bir nedenle ikibinbeşyüz Türk Lirasından aşağı düşse bile senetsiz ispat olunamaz”. İnançlı işleme konu malvarlığı taşınır ise HMK m. 200/1 hükmünde belirtilen miktarın üzerinde olup olmadığı incelenir. Eğer taşınır malvarlığı HMK m. 200/1’de belirtilen miktarın altında ise inanan, inanılan ile arasındaki inançlı işlemi tanık dahil her türlü delil ile ispatlayabilir²². Taşınır malvarlığının değeri HMK m. 200/1 hükmünde belirtilen miktarın üzerinde ise inançlı işlem yazılı delil ile ispatlanabilir²³. İnançlı işleme konu taşınmazlar, HMK m. 200/1 hükmün-

işlem (hakkın devri işlemi) nasıl özel bir şekle bağlı değilse, inançlı işlemin ispatında da, kural olarak özel bir biçim koşulunun aranmaması, inançlı işlemin ispatında genel hükümlerin uygulanması gerekir. Buna göre, inançlı işlem nedeniyle iade, tazminat veya sözleşmenin feshini isteyen taraf 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK)’nın 6. maddesi uyarınca iddiasını ispat etmek zorundadır...”.

²⁰ Yargıtay HGK, E 2022/1-544 K 2023/1117, 22.11.2023, “... İnanç sözleşmesi olarak adlandırılan bu belgenin sözleşmeye taraf olanların imzasını içermesi gereklidir. Bunun dışındaki bir kabul, hem İçtihadı Birleştirme kararının kapsamının genişletilmesi, hemde taşınmazların tapu dışı satışlarına olanak sağlamak anlamını taşıyacağından kendine özgü bu sözleşmelerle bağdaştırılmaz...”.

²¹ HMK Ek m.1: “200 üncü, 201 inci, 341 inci, 362 nci ve 369 uncu maddelerdeki parasal sınırlar her takvim yılı başından geçerli olmak üzere, önceki yılda uygulanan parasal sınırların; o yıl için 4/1/1961 tarihli ve 213 sayılı Vergi Usul Kanununun mükerrer 298 inci maddesi hükümleri uyarınca Maliye Bakanlığınca her yıl tespit ve ilan edilen yeniden değerlendirme oranında artırılması suretiyle uygulanır”. Parasal sınır her yıl güncellenmekte olup, 2024 yılı için 23.450 Türk lirasıdır.

²² Kırmızı, s. 389.; Altaş / Kurt, s. 14-15.; Yargıtay HGK, E 2010/1434 K 2010/395, 14.07.2010, “... Konusu menkul ve tapusuz olan inançlı devirler, Medeni Kanunun 763/1 (687/1), 977/1 (890/1), 979/2 (892/2) maddelerine göre hiçbir şekle bağlı olmaksızın zilyetliğin devri suretiyle gerçekleştirildiğinden, dava değeri (inançlı işlemin konusu) Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 288. maddesinde öngörülen miktarı geçmediği sürece, inançlı işlem, tanık dahil her türlü delil ile ispat edilebilir...”.

²³ Altaş / Kurt, s. 15.; Kırmızı, s. 389.; Yargıtay 3 HD, E 2023/2411 K 2024/129, 10.1.2024, “... Dava; inançlı işleme dayalı araç mülkiyetinin tescili, olmadığı takdirde bedel iadesi istemine ilişkindir. Davacının iddiasının inançlı işleme dayalı olduğu, bu iddianın 05.02.1947 tarih, 20/6 Sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı uyarınca yazılı belge ya da yazılı delil başlangıcı niteliğinde bir belge ile kanıtlanması gerektiği, banka dekontları, makbuzların tek başına ispata yeterli olmadığı, dosya kapsamında taraflar arasındaki inançlı işlem sözleşmesine ilişkin yazılı delil niteliğinde davacı ve davalının imzasına havi belge mevcut olup, davalının imzasını kabul ettiği işbu belgede; “... plakalı taksinin ruhsatı ...’nın üstünde olup mülk sahibinin ...’ya ait olduğu için istediği zaman ruhsatını üstüne alabilir.” denildiği, davacı vekili tarafından dosyaya sunulan işbu tarihsiz yazılı belgenin dava konusu aracın davacıya ait olduğunu ispatlamaya yeterli olduğu, davacının tescil istemi idari nitelikte bir işlem olmasına rağmen çoğun içinde azın da bulunduğu ilkesi gereğince, davaya konu talebin tespit istemini de içerdiği anlaşıldığından, davacının terditli açtığı davasındaki ilk istemi

de belirtilen miktarın üzerinde olacağı için yine yazılı delil ile ispatlanması gerekir²⁴.

C. İnançlı İşlemin Delil Başlangıcı ile İspatı

HMK m. 202'ye göre, *“Senetle ispat zorunluluğu bulunan hâllerde delil başlangıcı bulunursa tanık dinlenebilir. Delil başlangıcı, iddia konusu hukuki işlemin tamamen ispatına yeterli olmamakla birlikte, söz konusu hukuki işlemi muhtemel gösteren ve kendisine karşı ileri sürülen kimse veya temsilcisi tarafından verilmiş veya gönderilmiş belgedir”*. Yazılı bir belgenin bulunmaması halinde inanan, inanılan ile arasındaki inançlı işlemi, yazışmalar, banka dekontu, mektup gibi delil başlangıcı ve bunu destekleyen tanık delili dahil diğer deliller ile ispatlayabilir²⁵. Eski HUMK m. 292 hükmünde “yazılı delil başlangıcı” kavramı yer almaktaydı. Yeni HMK m. 202'de ise “yazılı” ifadesi çıkartılarak “delil başlangıcı” ifadesine yer verilmiştir. Bu sayede yeni HMK öncesi kullanılamayacak olan birçok yazılı olmayan ispat vasıtası, delil başlangıcı fonksiyonu kazanmıştır²⁶. Ayrıca eski HUMK' tan farklı olarak yeni HMK'da “evrak ve vesaik” ifade yerine “belge” ifadesi kullanılmıştır. Bu yeni ifade HMK m. 199²⁷ ile de uyum içerisinde²⁸. HMK m. 202'deki şartları sağlamak kaydıyla, HMK

araç mülkiyetinin tespiti olarak değerlendirilip, bu anlamda hukuki yararı bulunduğu kabul edilerek değerlendirme yapılması gerekirken, davanın reddine karar verilmiş olması hatalı olup, bozmayı gerektirir...”.

²⁴ Akıncı, s. 112.; Altaş / Kurt, s. 16.; Yargıtay 7 HD, E 2023/3786 K 2024/3247, 5.6.2024, “... İnanç sözleşmesi, 05.02.1947 tarihli ve 20/6 Sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı uyarınca ancak yazılı delille kanıtlanabilir. Bu yazılı delil, tarafların getirecekleri ve onların imzalarını taşıyan bir belge olmalıdır...”.; Yargıtay 7 HD, E 2022/3245 K 2023/5761, 28.11.2023, “... 05.02.1947 tarihli ve 20/6 Sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında, “mülkiyet hakkına dayanan” tapu iptali ve tescil davalarında inançlı işlemin ispatı için yazılı delil aranmış olup, inançlı işlemin geçerliliği için şekil şartı aranmamıştır...”.

²⁵ Akıncı, s. 112.; Kılıçoğlu, s. 246.; Güray Erdönmez, Pekcanitez Medeni Usul Hukuku, 15. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2017, s.1849.; Yargıtay 1 HD, E 2022/6610 K 2023/4057, 6.7.2023, “... Anılan 05.02.1947 tarihli, 20/6 Sayılı İnançlı Birleştirme Kararı uyarınca, inançlı işleme dayalı iddianın, şekle bağlı olmayan yazılı delille kanıtlanması gerekeceği kuşkusuzdur. Şayet, ispat külfeti kendisinde olan tarafın yazılı bir belgesi yok ise ancak taraflar arasında gerçekleştirilen mektup, banka dekontu, yazışmalar gibi birtakım belgeler var ise bunların delil başlangıcı sayılacağı ve iddianın her türlü delille kanıtlanmasının olanaklı hale geleceği sabittir...”.

²⁶ Murat Yavaş, Senetle İspat ve Senede Karşı Senetle İspat Kuralları ile Bu Kuralların İstisnaları, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2020, s.328.; Erdönmez, Pekcanitez Medeni Usul Hukuku, s.1845.

²⁷ “Uyuşmazlık konusu vakıaları ispata elverişli yazılı veya basılı metin, senet, çizim, plan, kroki, fotoğraf, film, görüntü veya ses kaydı gibi veriler ile elektronik ortamdaki veriler ve bunlara benzer bilgi taşıyıcıları bu Kanuna göre belgedir”.

²⁸ Yavaş, s. 333-334.

m. 199'daki tanıma uygun her türlü belge²⁹, WhatsApp mesajları³⁰, mailler, Facebook yazışmaları, telefon mesajları³¹, faks, sosyal medya paylaşımlarına ilişkin yazışmalar, Yargıtay'a göre, delil başlangıcı olarak kullanılabilir³². Dolayısıyla bu ispat vasıtalarının da inançlı işlem davalarında delil başlangıcı olarak ileri sürülebileceğini kabul etmek gerekir. Fakat örnekle-yici olarak sayılan bu ispat vasıtalarının delil başlangıcı olarak kabul edilebilmesi için teknik açıdan uygun ve hukuka aykırı olmaması şarttır. Örneğin WhatsApp yazışmasının delil başlangıcı olarak kullanılabilmesi için aleyhine kullanılacak kişi tarafından gönderildiğinin bilirkişi marifetiyle teknik açıdan belirlenmesi gerekir³³. Doktrinde asıl vakıa hakkında delil başlangıcı ikame edilmesi halinde delil başlangıcının tanık delili ile desteklenmesine gerek olup olmadığı tartışmalıdır. Bir görüşe göre, delil başlangıcı bulunması halinde hâkim kanaatini güçlendirmek için tanık dinleyebilir. Ancak delil başlangıcı, asıl vakıayı ispatlama bakımından yeterli ise hâkim tanık dinlemek zorunda değildir³⁴. Başka bir görüşe göre ise delil başlangıcı, asıl vakıanın ispatı bakımından yeterli değildir. Asıl vakıanın ispatı için ayrı-

²⁹ Erdönmez, Pekcanitez Medeni Usul Hukuku, s.1841.; Ozan Tok, Medeni Usul Hukukunda Delil Başlangıcı, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016, s.25.

³⁰ Yargıtay 13 HD, E 2016/18591 K 2019/7222, 13.6.2019 "... HMK'nun 199. maddesinde "Uyşmazlık konusu vakıaları ispata elverişli yazılı veya basılı metin, senet, çizim, plan, kroki, fotoğraf, film, görüntü veya ses kaydı gibi veriler ile elektronik ortamdaki veriler ve bunlara benzer bilgi taşıyıcıları bu Kanuna göre belgedir." şeklinde düzenlemenin mevcut olmasına rağmen, davacı tarafından sunulan whats app yazışmaları ile davacıdan borç alındığı iddiasının mahkemece değerlendirilmediği görülmüştür. O halde, mahkemece, davacı tarafından dosyaya sunulmuş bulunan yazışmalar üstünde değerlendirme yapılmak ve gerekirse uyşmazlık konusunda uzman bir bilirkişi marifeti ile yapılacak inceleme sonucu denetime elverişli rapor alınıp, kayıtların belge niteliğinde olup olmadığı araştırılıp HMK'nun 202. maddesi gözetilerek, bu tür belgelerin yazılı delil başlangıcı olarak kabul edileceği hususu da değerlendirelerek varılacak sonuca uygun bir karar verilmesi gerekirken, bu yön göz ardı edilerek, eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm tesis edilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir...".

³¹ Yargıtay 3 HD, E 2023/595 K 2023/2579, 5.10.2023 "... Dava, harici satış sözleşmesi ile satış yapıp, bilahare tapu devri yapılan taşınmazın ödenmeyen bakiye bedelinin tahsili için başlatılan takibe vaki itirazın iptali isteğine ilişkindir. Davacı, davalıya ait mesajların bulunduğunu belirterek, mesajlardaki yazışmalara delil olarak dayanmıştır. Mahkemece, davanın reddine karar verilmişse de; davacı yanca delil olarak dayanan mesajlar 6100 Sayılı HMK'nın 199. maddesi anlamında belge niteliğinde olup yazılı delil başlangıcı olduğundan ve HMK'nın 202. maddesi gereği tanık dinlenebileceğinden, bu hususların değerlendirilmesi gerekçesiyle karar bozulmuştur...".

³² Erdönmez, Pekcanitez Medeni Usul Hukuku, s.1841.; Ali Cem Budak / Varol Karaaslan, Medeni Usul Hukuku, 6. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2022, s.323.; Bilge Umar, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2014, s. 646.; Yavaş, s.337-339.; Tok, s. 24.

³³ Erdönmez, Pekcanitez Medeni Usul Hukuku, s. 1850.; Yavaş, s.350.

³⁴ Yavaş, s. 393.; Halûk Konuralp, Medeni Usul Hukukunda Yazılı Delil Başlangıcı, 1. Baskı, Olgaç Yayınevi, Ankara, 1998, s. 145.; İlhan Postacıoğlu, Şehadetle İspat Memnuiyeti ve Hudutları, 2. Baskı, Baha Matbaası, İstanbul, 1964, s. 311.

ca tanık dinlenmesi gerekir³⁵. Kanaatimizce, sadece delil başlangıcı dikkate alınarak hüküm tesis edilemez. HMK m. 202'nin lafzı dikkate alındığında hâkimin kanaatini güçlendirmek için tanık deliline başvurması gereklidir. Dolayısıyla inançlı işlemlerin ispatı bakımından delil başlangıcı tek başına yeterli değildir. Hâkim delil başlangıcının yanında tanıkları dinlemeli ve kanaatini ona göre oluşturulmalıdır.

D. İnançlı İşlemin İkrar ve Yemin Delili ile İspatı

İnanan ile inanılan arasında herhangi bir yazılı belge ve delil başlangıcı niteliğinde bir ispat vasıtası yoksa bu durumda inanan, ikrar³⁶ veya yemin deliyle inanç sözleşmesini ispatlayabilir³⁷.

E. HMK m. 203/1-a Kapsamında İnançlı İşlemin Tanık Delili ile İspatı ve Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi

1. Genel Olarak

HMK m. 203/1-a'ya göre, "*Altsoy ve üstsoy, kardeşler, eşler, kayınbaba, kaynana ile gelin ve damat arasındaki işlemler*", tanık dahil her türlü delil ile ispatlanabilir. Yargıtay, HMK m. 203/1-a da belirtilen kişiler arasında görülen inançlı işlemlere ilişkin davalarda 5.2.1947 tarih ve 1945/20 E. 1947/6 K. Sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararını uygulayarak çözüme gitmektedir. Buna göre, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararının, inançlı işlem hukuksal nedenine dayalı davalarda HMK m. 203'de yer alan istisnalara dayanılmasını öngörmediği gerekçesiyle, delil başlangıcı bulunmadığı takdirde inançlı işlemin tanıkla ispatlanmasının mümkün olmadığı ifade edilmektedir³⁸. Fakat

³⁵ Budak / Karaaslan, s. 323-324.; Süha Tanrıver, *Medenî Usul Hukuku* Cilt I, 4. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2021, s. 943.; Baki Kuru / Burak Aydın, *Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı*, 7. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2022, s. 280.

³⁶ Yargıtay 3 HD, E 2016/4760 K 2019/2590, 11.4.2019 "... Somut olayda, ilk el konumundaki ... maddi vakayı kabul etmiş bir başka deyişle kendisine temlikin bedelsiz olarak kredi kullanılması amacıyla yapıldığını ifade etmiştir. İlk el bakımından bu beyan HMK'nin 188. maddesi uyarınca ikrardır. Dolayısıyla, yazılı delile ve yemin deliline gerek olmaksızın davacı ile ilk el ... arasındaki inançlı işlem kanıtlanmıştır..."

³⁷ Hayrettin Fırat Mehmetoğlu, 'Türk Hukukunda İnançlı İşlemler', *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt: 29, Sayı: 2, Yıl: 2023, ss.1604-1643, s.1635.; Yargıtay 7 HD, E 2023/2637 K 2024/3209, 5.6.2024 "... Yazılı delil veya "delil başlangıcı" yoksa inanç sözleşmesinin ikrar (6100 Sayılı Kanun'un 188. maddesiyle 225. maddesi vd.) yemin gibi kesin delillerle de ispat edilmesi olanaklıdır. Davacının yemin deliline dayanması halinde hakim davacıya bu hakkını hatırlatması gerekir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 09.12.2015 tarihli, 2014/14-516 E. 2015/2838 K. sayılı kararı da bu doğrultudadır..."

³⁸ Yargıtay 7 HD, E 2023/2703 K 2024/2325, 2.5.2024 "... delil başlangıcı olmadan genel kurallar ile senede karşı ispat kuralının istisnalarından yararlanarak inançlı işlem vakiasının kanıtlama olanağının 05.02.1947 tarihli ve 20/6 Sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı doğrultusunda kalmadığı, davacının dayandığı CD çözümlerinde konuşmaların hangi telefonda yapıldığı, da-

Yargıtayın bazı kararlarında, her ne kadar inançlı işlemlere ilişkin uyuşmazlıklara 5.2.1947 tarih ve 1945/20 E. 1947/6 K. Sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararının uygulanacağı ifade edilse de HMK m. 203/1-a gereği senetle ispat kuralının istisnası kapsamında, “*Altsoy ve üstsoy, kardeşler, eşler, kayınbaba, kaynana ile gelin ve damat arasındaki*” inançlı işlemlerin tanık dahil her türlü delil ile ispatlanabileceği ifade edilmektedir³⁹.

valiya ait bir telefon kullanılıp kullanılmadığı belirli olmadığı gibi içeriğinde dava konusu taşınmaz yönünden davacıya ait olduğuna yönelik bir ikrar da yer almadığı, dava dışı başka bir taşınmazın konu edildiği, bu arada yazılıkla ilgili konuşmaların yapıldığı; ancak davacıya ait olduğunun söylenmediği, kavga konuşması içerikli CD’de de ikrara yönelik bir ifade olmadığı, davacının yemin deliline de dayanmadığı, Yargıtay İBBK uyarınca inançlı işlem hukuksal nedenine dayalı davalarda HMK’nın 203. maddesindeki istisnalara dayanılması da öngörülmediğinden iddianın tanıkla ispatının mümkün görülmediği...”.

³⁹ Yargıtay 23 HD, E 2017/1669 K 2019/2493, 30.05.2019 “... HMK’nın 203. maddesiyle aynı yasanın 200, ve 201. maddelerinde getirilen senetle ispat zorunluluğu ve senede karşı tanıkla ispat yasağına istisnalar getirilmiş olup, altsoy ve üstsoy arasındaki işlemler de bu kapsama alınmış ve bu işlemlerin hukuki dayanağının tespiti bakımından tanık dinlenebileceği hüküm altına alınmıştır. Somut olayda, davacı kızı tarafından, dava konusu hisse devrinin inançlı işlem olduğu iddiası ile, davalı annesi aleyhine açılan davada, tanık deliline de dayanılmış olup, HMK’nın 203/1-a bendi uyarınca, yazılı delil başlangıcı bulunmasına gerek olmaksızın, tanık dinletilebilir...”; Yargıtay 6 HD, E 2021/2491 K 2021/2130, 8.12.2021 “... inanç sözleşmesi, 05.02.1947 tarihli ve 20/6 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı uyarınca ancak, yazılı delil ile kanıtlanabilir. Bu yazılı delil, tarafların getirecekleri ve onların imzalarını taşıyan bir belge olmalıdır. Ancak HMK’nun 203/a bendinde, senetle ispatın istisnası olarak ‘... ve ..., kardeşler, kayınbaba, kaynana ile gelin ve damat arasındaki işlemler’ olarak belirtilmiş ve bu halde tanık dahil her türlü delille inançlı işlemin ispatı mümkün kılınmıştır...”; Yargıtay 3 HD, E 2022/29 K 2022/2847, 29.3.2022 “... Bölge adliye mahkemesince, tarafların yakın akraba olmalarının inançlı işlemin ispatı hususunda tanık dinlenilmesine imkan vermeyeceği, murisin veya davalıların herhangi bir ikrar veya kabul beyanlarının da bulunmaması sebebiyle, yazılı delil, yazılı delil başlangıcı gibi herhangi bir delilin de bulunmaması nedeniyle, mevcut delillere göre davacının davasının ispat edemediğine yönelik yerel mahkemenin değerlendirmesinin yerinde olduğu, davacının takipte kötü niyetli olduğu kesin olarak ispat edilemediğinden davalı ... vekilinin kötü niyet tazminat talebinin kabulüne karar verilmesinin de mümkün olmadığı gerekçesiyle, tarafların istinaf başvurularının esastan reddine karar verilmiş; karar, davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir. 1- Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuni gerektirici sebeplere ve özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik görülmemesine göre, davacı tarafın diğer temyiz itirazlarının reddi gerekir. 2- HMK’nın 190. maddesine göre; ispat yükü, kanunda özel bir düzenleme bulunmadıkça, iddia edilen vakıya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkaran tarafa aittir. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun 6. maddesi gereğince de; kural olarak, herkes iddiasını ispat etmekle yükümlüdür. 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun “Senetle ispat zorunluluğu” başlıklı 200. maddesi; “(1) Bir hakkın doğumu, düşürülmesi, devri, değiştirilmesi, yenilenmesi, ertelenmesi, ikrarı ve itfası amacıyla yapılan hukuki işlemlerin, yapıldıkları zamanki miktar veya değerleri ikibinbeşyüz Türk Lirasını geçtiği takdirde senetle ispat olunması gerekir. Bu hukuki işlemlerin miktar veya değeri ödeme veya borçtan kurtarma gibi bir nedenle ikibinbeşyüz Türk lirasından aşağı düşse bile senetsiz ispat olunamaz. (2) Bu madde uyarınca senetle ispatı gereken hususlarda birinci fıkradaki düzenleme hatırlatılarak karşı tarafın açık muvafakati halinde tanık dinlenebilir.” hükmünü içermektedir. Aynı Kanun’un 203. maddesinde ise, senetle ispat zorunluluğunun istisnaları sayma yöntemiyle belirlenmiştir. Bunlardan biri de altsoy ve üstsoy, kardeşler, eşler, kayınbaba, kaynana ile gelin ve damat arasındaki işlemler olup, bu kişiler arasındaki işlemler miktar ve değerine bakılmaksızın tanıkla ispat edilebilir...”.

2. Görüşümüz

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararına göre, inançlı işlemlerin yazılı delil ile ispatlanabileceği kabul edilmektedir. Fakat Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı, normlar hiyerarşisinde kanunların altında yer alır ve kanunlara aykırı olamaz. Bu sebeple HMK m. 203/1-a maddesinde belirtilen kişiler arasındaki inançlı işlemlerde Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararının değil HMK m. 203/1-a hükmünün uygulanması gerekir⁴⁰.

İnançlı işleme ilişkin kanunda düzenleme bulunmadığı gibi ispatının belirli bir delil ile sağlanacağı yönünde de düzenleme bulunmamaktadır. HMK m. 189/3'e göre, *"Kanunun belirli delillerle ispatını emrettiği hususlar, başka delillerle ispat olunamaz"*. Bu hüküm dikkate alındığında Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararına göre, inançlı işlemin belirli deliller ile ispatı şart koşulamaz. İspat hususu kanun hükümleri ışığında ele alınmalıdır. Ayrıca 1945/20 E. 1947/6 K. Sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararına konu edilen inanç işlemi, HMK m. 203/1-a da yer alan, *"Altsoy ve üstsoy, kardeşler, eşler, kayınbaba, kaynana ile gelin ve damat arasındaki"* bir inançlı işlemde değildir. Bu sebeple HMK m. 203/1-a bendinde sayılanlar bakımından 1945/20 E. 1947/6 K. Sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararının bir bağlayıcılığı yoktur. Dolayısıyla, HMK m. 203/1-a da belirtilenler arasındaki inançlı işlemlere, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararının değil HMK m. 203/1-a hükmünün uygulanması gerekir⁴¹.

⁴⁰ Yargıtay HGK, E 2019/1-791 K 2020/555, 9.7.2020 "... inançlı temlik niteliğinde olduğu, bu nedenle 05.02.1947 tarih 20/6 Sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararına göre yazılı belge ile ispatı gerekmekte ise de içtihadı birleştirme kararlarının normlar hiyerarşisinde kanunlardan daha aşağıda olduğu ve kanunlara aykırı olamayacağı, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 203. maddesine göre de kardeşler arasındaki hukuki ilişkinin tanıkla ispatının mümkün olduğu, davacı tarafın da tanık delili ile davasını ispat ettiği gerekçesiyle direnme adı altındaki karar verilmiştir..."

⁴¹ Yargıtay 14 HD, E 2016/5535 K 2016/6594, 13.6.2016 "...6100 Sayılı Kanun'un 189. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca, bir hususun belirli delillerle ispatını ancak kanun emredebilir. İnançlı işlemi doğrudan düzenleyen bir kanun hükmü bulunmamaktadır. İspatı hakkında ise yine kanunlarımızda belirli delillerle ispatını emreden bir hüküm de yer almış değildir. Bu hüküm uyarınca, içtihadı birleştirme kararı ile dahi bir hususun belirli bir delille ispatı şart koşulamaz, yargılama ispat konusundaki kanun hükümlerine göre yapılmalıdır. Öte yandan, uyumsuzluğun çözümünde dayanak yapılan İçtihadı Birleştirme Kararı, konusuyla sınırlı, gerekçesiyle açıklayıcı ve sonuçlarıyla görülmekte olan benzer davalar için bağlayıcıdır. 5.2.1947 tarihli ve 20/6 Sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararına konu inançlı işlem, 6100 Sayılı Kanun'un 203. maddesinin birinci fıkrasının "a" bendinde sayılan altsoy, üstsoy, kardeşler, eşler, kayınbaba, kaynana ile gelin ve damat arasındaki işlemlerden olmadığına göre, ispat şekli için aranan yazılı delil bu dava için bağlayıcı olamayacaktır. Davaya konu inançlı işlemin, altsoy - üstsoy olan baba kız arasında yapıldığı iddia olduğuna göre, davanın ispat hukukuna dair genel hükümler çerçevesinde ve özellikle 6100 Sayılı Kanun'un senetle ispatın istisnasını düzenleyen 203. maddesi nazara alınarak çözülmesi gerekir. Açıklanan gerekçelerle, davacı tarafın karar düzeltme talebinin kabulü, Dairemizin onama kararının kaldırılması ve yerel mahkeme hükmünün bozulması gerekirken, karar düzeltme talebinin reddine yönelik Sayın çoğunluğa katılmıyorum..."

SONUÇ

Yargıtay güncel içtihatlarında, HMK m. 203/1-a da belirtilen kişiler arasında görülen inançlı işleme ilişkin davalarda 5.2.1947 tarih ve 1945/20 E. 1947/6 K. Sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararını uygulayarak çözüme gitmektedir. Buna göre, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararının, inançlı işlem hukuksal nedenine dayalı davalarda HMK m. 203/1-a da yer alan istisnalara dayanılmasını öngörmediği gerekçesiyle, delil başlangıcı bulunmadığı taktirde inançlı işlemin tanıkla ispatlanmasının mümkün olmadığı ifade edilmektedir. Kanaatimizce, HMK m. 203/1-a kapsamındaki “*Altsoy ve üstsoy, kardeşler, eşler, kayınbaba, kaynana ile gelin ve damat arasındaki*” inançlı işlemlerin tanık delili dahil her türlü delil ile ispatlanabileceği kabul edilmelidir. Nitekim Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı, normlar hiyerarşisinde kanunların altında yer alır ve kanunlara aykırı olamaz. Bu sebeple HMK m. 203/1-a maddesinde belirtilen kişiler arasındaki inançlı işlemlerde Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararının değil HMK m. 203/1-a hükmünün uygulanması gerekir. Ayrıca Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararına konu edilen inançlı işlem, HMK m. 203/1-a da yer alan, “*Altsoy ve üstsoy, kardeşler, eşler, kayınbaba, kaynana ile gelin ve damat arasındaki*” bir inançlı işlem de değildir. Dolayısıyla HMK m. 203/1-a bendinde sayılanlar bakımından Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararının bir bağlayıcılığı da yoktur. Bu nedenler ile HMK m. 203/1-a da belirtilenler arasındaki inançlı işlemler, tanık delili ile ispat edilebilmelidir.

KAYNAKÇA

- AKINCI, Şahin, Borçlar Hukuku Bilgisi Genel Hükümler, 14. Baskı, Sayram Yayınları, Konya, 2024.
- ANTALYA, Osman Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019.
- AKÇAAL, Mehmet, Eşya Hukuku, 2. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2022.
- ALTAŞ, Hüseyin / KURT, Leyla Müjde, 'İnançlı işlemler' İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 2, Sayı: 2, Yıl: 2011, ss. 1-29.
- BUDAK, Ali Cem / KARAASLAN, Varol, Medeni Usul Hukuku, 6. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2022.
- ÇETİN HALMAN, Emine, 2. Baskı, Tasarrufun İptali Muvazaa İnançlı İşlem ve Nam-ı Müstear, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.
- EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 27. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2022.
- EREN, Fikret, Mülkiyet Hukuku, 5. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2020.
- ERDÖNMEZ, Güray, 'Nam-ı Müstear ve Tasarrufun İptali Davaları', Bankacılar Dergisi, Sayı: 59, Yıl: 2006, ss. 84-105.
- ERDÖNMEZ, Güray, Pekcanitez Medeni Usul Hukuku, 15. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2017.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017.
- KONURALP, Halûk, Medeni Usul Hukukunda Yazılı Delil Başlangıcı, 1. Baskı, Olgay Yayınevi, Ankara, 1998.
- KIRMIZI, Mustafa, Muvazaa Muris Muvazaası İnançlı İşlem, 1. Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara, 2021.
- KILIÇOĞLU, Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2020.
- KURU, Baki / AYDIN, Burak, Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı, 7. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2022.
- OĞUZMAN, M. Kemal / ÖZ, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I, 18. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020.
- OĞUZMAN, M. Kemal / SELİÇİ, Özer / OKTAY ÖZDEMİR, Saibe, Eşya Hukuku Kısaltmış Ders Kitabı, 3. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020.
- ÖZKAYA, Eraslan, İnançlı İşlem ve Muvazaa Davaları, 8. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2020.
- POSTACIOĞLU, İlhan, Şehadetle İspat Memnuiyeti ve Hudutları, 2. Baskı, Baha Matbaası, İstanbul, 1964.
- REİSOĞLU, Safa, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 23. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2012.

- SİRMEN, A. Lâle, Eşya Hukuku, 10. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2022.
- TANRIVER, Süha, Medenî Usul Hukuku Cilt I, 4. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2021.
- TOPUZ, Murat, Türk Özel Hukukunda Taşınmaz Mülkiyeti, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2020.
- TOK, Ozan, Medeni Usul Hukukunda Delil Başlangıcı, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016.
- UMAR, Bilge, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2014.
- YAVAŞ, Murat, Senetle İspat ve Senede Karşı Senetle İspat Kuralları ile Bu Kuralların İstisnaları, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2020.
- YILMAZ, Süleyman / PINAR, Hamdi, ‘İnançlı İşlemlerin Muvazaalı İşlemlerle Karşılaştırılması Üzerine Bir Değerlendirme’ Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 68, Sayı: 4, Yıl: 2019, ss. 959-998.

Roma Hukuku'nda Ölü Kültüne İlişkin Düzenlemeler^(*)

Regulations on the Cult of the Dead in Roman Law

Arş. Gör. Dr. **Ayşe Gül EKER^(**)**

Öz:

Romalılar, dünyevî yaşantıları gibi ölümden sonraki hayatlarını da örf ve adetler ve hukuk kuralları aracılığıyla düzenleme eğilimindeydiler. Romalıların düşüncesine göre ölüm, bir kimsenin yaşayanların dünyasından ölülerin dünyasına geçişini sağlayan önemli bir olaydı. Ölenin, yaşayanların dünyasından ölülerin dünyasına geçişinin usulüne uygun bir şekilde sağlanmaması halinde hem ölenin hem de ardında kalan yakınlarının kötü sonuçlarla karşılaşmasının kaçınılmaz olduğu inancı mevcuttu. Bu nedenle Roma'da çok eski zamanlardan itibaren ölenin bedenine uygulanacak işlemler, cenaze töreninin yapılma şekli, mezarın yeri, mezarın yapısı, mezarlıklar, geride kalanların yapması gerekenler gibi ölü kültürünün kapsamındaki konulara ilişkin uygulamalar hiçbir zaman doğaçlama veya rastgele yürütülmemiştir. Nitekim konuya ilişkin kaynaklar incelendiğinde Roma'da ölü kültüne ilişkin hususların, ilahî hukuk, kamu hukuku ve özel hukukun iç içe geçtiği, kendine has bir rejim ile düzenlenmiş olduğu anlaşılmaktadır.

Roma'da cenaze işlemleri, cenaze törenleri, mezarlar gibi ölü kültüne ilişkin konularda yapılan düzenlemeler, bir yandan yaşam, ölüm ve hukuk arasındaki ilişkinin önemli bir yönünü teşkil ederken; diğer yandan Roma ailesinin doğası, ilahî ve beşerî hukuk gibi birçok kavramın buluşma yerini oluşturmaktadır. Çalışmanın konusunu Roma Hukuku'nda ölü kültüne ilişkin düzenlemeler oluşturmaktadır.

Anahtar Kelimeler:

Locus Religiosus, Res Religiosae, Ius Sepulchri, Lex Ursonensis, Actio De Sepulchro Violato, Actio Popularis.

Abstract:

The Romans tended to regulate their afterlife as well as their earthly life through customs and legal rules. According to Roman thought, death was an important event that enabled a person to pass from the world of the living to the world of the dead. There was a belief that if the transition of the deceased from the world of the living to the world of the dead was not duly ensured, it was inevitable that both the deceased and the relatives left behind would face bad consequences. For this reason, since ancient times in Rome, practices regarding the issues within the scope of the cult of the dead, such as the

^(*) Hakem denetiminden geçmiştir.

Makalenin geliş tarihi: 06.05.2024 - Makalenin kabul tarihi: 13.10.2024.

^(**) Kocaeli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Roma Hukuku Anabilim Dalı, Araştırma Görevlisi, Kocaeli-Türkiye,

E-posta: ayseker@kocaeli.edu.tr,

Orcid ID: <https://orcid.org/0000-0001-5204-3318>.

procedures to be applied to the body of the deceased, the way the funeral ceremony was performed, the location of the grave, the structure of the grave, cemeteries, and the things to be done by those left behind, were never improvised or random. As a matter of fact, when the sources on the subject are examined, it is understood that the issues related to the cult of the dead in Rome were regulated by a unique regime in which divine law, public law and private law were intertwined.

The regulations on funeral procedures, funeral ceremonies, tombs and other issues related to the cult of the dead in Rome constitute an important aspect of the relationship between life, death and law; on the other hand, they constitute the meeting place of many concepts such as the nature of the Roman family, divine and human law. The subject of this study is the regulations regarding the cult of the dead in Roman Law.

Keywords:

Locus Religiosus, Ius Religiosae, Ius Sepulchri, Lex Ursonensis, Actio De Sepulchro Violato, Actio Popularis.

GİRİŞ

Ölü kültü kavramı, ölüme ilişkin inanç ve ritüellerin belirlenmesinin yanı sıra öüm anından itibaren ölenin durumu ve ölüm sonrasında geride kalanların yapmaları gerekenlerin düzenlenmesi süreçlerinin bütününe kapsar¹. Dolayısıyla ölü kültü; cenaze işlemleri, cenaze töreni, ölü gömme adetleri, cenaze ateşi, ölü yemeği, mezar mimarisi, ölümden sonraki anma ritüelleri gibi pek çok konuyu içinde barındıran bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır.

Romalıların düşüncesine göre ölüm, bir kimsenin yaşayanların dünyasından ölümlerin dünyasına geçişini sağlayan oldukça önemli bir olaydı. Bu geçiş, örf ve adetler ile hukuk tarafından düzenlenen bir dizi ritüelin gerçekleştirilmesini gerektiren bir süreçte meydana gelirdi². Bu ritüellerin usulüne uygun olarak gerçekleştirilmemesi durumunda, ölümlerin ruhlarının mutsuz olması ve böylece yaşayanlar için de bir huzursuzluk kaynağı haline gelmeleri gibi sonuçlara yol açabileceğine inanılıyordu. Bu nedenle, Roma'da cenaze işlemleri, cenaze törenleri ve mezarlar ile ilgili uygulamalar, hiçbir zaman doğaçlama veya rastgele bir biçimde yürütülmemiştir³. Nitekim ölünün bedenine uygulanacak işlemler, cenaze töreninin nasıl gerçekleştirileceği, mezarın yeri, mezarın içyapısı ve düzeni, adakların sunulması gibi ölü kültüne dair hususlarda her zaman atalardan gelen adetlere ve hukuka bağlı olarak hareket edilmiştir⁴.

¹ Tuna Akçay, Yunan ve Roma'da Ölü Kültü, Bilgin Kültür Sanat Yayınları, Ankara, 2017, s. 4 vd.

² Olivia Robinson, 'The Roman Law on Burials and Burial Grounds', Irish Jurist, Cilt: 10, Sayı: 1, Yaz 1975, ss. 175-186, s. 175; Lucian-Mircea Mureşan / Ioana Mureşan, 'Roman Law Concerning Funerary Monuments. Case Study Based on Some Funerary Epigraphs Belonging to Military Personnel on Both Sides of the Middle and Lower Danube', BANATICA, Cilt: 26, 2016, ss. 119-133, s. 119; Aynur Civelek, 'Roma Cenaze Törenleri ve Gömme Gelenekleri', Journal of Archaeology and Art, Arkeoloji ve Sanat Dergisi, Sayı: 124, İnkılap Yayınevi, İstanbul, 2007, ss. 71-80, s. 71.

³ Robinson, s. 175.

⁴ Civelek, s. 71.

Roma hukukuna ilişkin kaynaklar incelendiğinde Roma'da cenaze işlemleri, cenaze törenleri, mezarların ve mezarlıkların durumu gibi ölü kültüne ilişkin hususların, ilahî hukuk (*ius sacrum*⁵), kamu hukuku ve özel hukukun iç içe geçtiği, kendine has bir rejimle düzenlenmiş olduğu görülür⁶.

I. GENEL OLARAK ROMADA ÖLÜM ALGISI, CENAZE TÖRENLERİ VE ÖLÜ GÖMME GELENEĞİ

A. Genel Olarak

Roma'da cenaze işlemleri, cenaze törenleri, ölü gömme adetleri, mezarlar, mezarlıklar gibi ölü kültüne ilişkin konulara dair yapılan düzenlemelerin önemli bir kısmının kaynağının ve sebeplerinin daha iyi anlaşılabilmesi, Hristiyanlık öncesi Roma toplumunun ölüm ve sonrasına ilişkin dini inançlarına ve geleneklerine ilişkin detayların, en azından temel düzeyde, bilinmesini gerekli kılmaktadır. Bu nedenle Roma toplumundaki ölüm algısı, cenaze törenleri ve ölü gömme geleneği hakkında genel hatlarıyla bilgi verilmesi önem taşımaktadır.

B. Ölüm Algısı

Romalıların en eski inançlarına göre ölüm gerçekleştikten sonra ölenin ruhu, bağlı bulunduğu bedenden ayrılmaz, mezarda toprak altında yaşamaya devam ederdi⁷. Ruhun mezarında kalması ve yaşayanları rahatsız etmemesi için bağlı olduğu bedenin toprakla örtülmesi, geleneksel bazı törenlerin yapılması, belirli bazı sözlerin söylenmesi ve cenaze yemeğinin verilmesi gerekirdi⁸. Ayrıca her yılın belirli günlerinde mezarın ot ve çiçeklerle yapılan çelenklerle süslediği, üzerine çeşitli yiyecekler ve tuzun bırakıldığı, süt, şarap, bazen kurban kanının döküldüğü törenler de yapılmalıydı⁹.

⁵ Tanrıların kutsal hukukunu ifade eden *ius sacrum*, insanların tanrılarla olan ilişkileriyle, kült, kurbanlar, tapınaklar, kutsama, mezarlar ve kutsal görevlerle ilgili hukuki ilkeleri ve kurumları kapsar. *Ius sacrum*'u ihlal edenler, tanrıların intikamına çarılacak şekilde günahkâr kabul edilirdi. En eski zamanlarda, *ius sacrum* özel hukuk üzerinde önemli bir etkiye sahipti; hukuk kurallarına dair bilgi, hukuk kuralların yorumlanması ve uygulanması rahiplerin tekelindeydi. Açıklamalar ve daha fazla bilgi için bkz. Adolf Berger, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, American Philosophical Society, Philadelphia, 1953, s. 532; Ziya Umut, *Roma Hukuku Lügati*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1975, s. 103.

⁶ Robinson, s. 175.

⁷ Civelek, s. 71; Haluk Çetinkaya, 'Roma ve Bizans İmparatorluklarında Ölüm algısı ve Mezar Türleri', *MSGSÜ Sosyal Bilimler*, Sayı: 3, 2011, ss. 18-38, s. 19; John L. Heller, 'Burial Customs of the Romans', *The Classical Weekly*, Cilt: 25, Sayı: 24, 2 Mayıs 1932, ss. 193-197, s. 194; Fustel De Coulanges, *Antik Site: Yunan'dan Roma'ya Kadar Tapınma, Hukuk ve Kurumlar*, (çev. İsmail Kılınç), Epos Yayınları, Ankara, 2011, s. 25.

⁸ De Coulanges, s. 25; Civelek, s. 71.

⁹ De Coulanges, s. 28-33; Civelek, s. 71, 76.

Ölen atalarının ruhlarını kutsal varlıklar olarak gören Romalılar, ölümünün ardından uygun biçimde tapınılan ölünün, koruyucu bir tanrı olduğuna inanıyorlardı¹⁰. Buna karşılık ölen kişilere ilişkin dinî görevlerin yerine getirilmemesi halinde, ölülerin mezarlarından çıktıklarına, yaşayanların dine aykırı ve ihmalkâr bu davranışlarından dolayı geceleri inleyerek, onlara sitem ettikleri inancı hâkimdi. Ayrıca, ölenin, bu ihmalkârlıkları dolayısıyla yaşayanları cezalandırmak için, her yıl tekrarlanması gereken mezar başı ritüelleri yeniden düzenlenene kadar, onların başına çeşitli felaketler gelmesine neden olacağına da inanılırdı¹¹.

Her Romalının evindeki sunakta yanan ve sürekli canlı tutulması kutsal bir zorunluluk olan ateş bulunurdu¹². Ailenin, kutsal olduğu kabul edilen ölen atalarının her birinin, evdeki sunağa bağlı olduğuna inanılırdı. Bu bakımdan evdeki sunak ve içindeki ateşin ölen atalara tapınmanın bir simgesini teşkil ettiği anlaşılmaktadır¹³. Aile evinde kuşaklar boyu canlı tutulan sunaktaki bu ateş, tüm aile üyelerinin ölüp gitmesi halinde sönerek aile ile birlikte yok olup giderdi.

Ölen atalarını bu şekilde tanrılaştırıp, onlara tapınmaya ilişkin bu eski inanç ile Roma ailesi arasında sıkı bir ilişki bulunmaktadır. Bu inanca göre, her Roma ailesinin, sadece o aileye ait bir dini bulunmaktaydı¹⁴. Bu inancın bir gereği olarak her aile sadece kendisine agnatik bağ ile bağlı olan ölümlere, diğer bir ifadeyle atalarına tapınırdı¹⁵. Cenaze törenleri sadece en yakın akrabalar tarafından yerine getirilirdi. Belirli dönemlerde tekrarlanması dini bir görev olarak kabul edilen, ölenin mezarının başında gerçekleştirilen törenlere sadece aile üyeleri katılabilirdi. Ölümleri huzursuz edebileceği düşünüldüğünden mezar başında gerçekleştirilen bu törenlere aile üyesi olmayan yabancı kişiler katılamazdı, hatta yabancıların ataların mezarlarına yaklaşması bile yasaktı.

Roma ailesinde atalara tapınma ve aile inançlarını düzenleme yetkisinin, evin dininin baş din adamı sayılan aile babasına (*pater familias*) ait olduğu

¹⁰ Çiğdem Dürüşken, Roma'nın Gizem Dinleri, Arkeoloji ve Sanat Yayınları, İstanbul, 2000, s. 48; De Coulanges, s. 25.

¹¹ Dürüşken, s. 48.

¹² Fulya İlçin Gönenç, Roma Hukukunda Kadın, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 175.

¹³ Ölen atalara tapınma ile sunak arasında mazisi oldukça eskiye dayanan bir ilişkinin var olduğu düşünülmektedir. Muhtemelen en eski dönemlerde ailenin ölen atası evdeki sunak taşının altına gömülmekteydi. Ölenin ruhunu temsil eden sunaktaki ateş ise ölen ataya saygı göstermek ve tapınmak için yakılmaktaydı. Konuya ilişkin daha detaylı bilgi için bkz. De Coulanges, s. 34, 35.

¹⁴ Elvan Sütken, "Roma Aile Hukukunda Patria Potestas", Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 5, Sayı: 1, Ocak 2019, ss. 67-100, s. 77; De Coulanges, s. 25; Buse Aksaray, Roma Hukukunda Kadının Hak ve Fırl Ehliyeti, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012, s. 60.

¹⁵ Reginald H. Barrow, Romalılar, (çev. Ender Gürol), İz Yayıncılık, İstanbul, 2002, s. 16.

kabul edilirdi¹⁶. Aile babasının evin dini konusundaki yetkisi öyle mutlak ki başrahip (*pontifex maximus*), bir aile babasının dinsel törenleri yerine getirip getirmediğini denetleyebilmekle beraber evin dininin ritüellerine ilişkin herhangi bir konuda *pater familias*'a müdahalede bulunması mümkün değildi¹⁷. *Pater familias*'ın yanı sıra erkek aile evladının da aile mülkünde yer alan aile mezarlığındaki mezarlara kutsal içecekler serpmeye ve kurban sunma gibi bazı dini görevleri bulunmaktaydı¹⁸.

Roma ailesinin dini, aile üyesi olmayanları dışladığından, bu dinin yayılabilmesi ancak yeni soyların aileye katılımı ile mümkün olurdu. Her aile babası oğluna, ailenin atalarına tapınmayı; sunaktaki ateşi besleme hakkını; cenaze yemeğini sunma görevini; evin dininin dua formüllerine, ilahilerine, tören ve bayramlarına ilişkin bilgileri aktararak aile dininin nesilden nesile değişmeden devamını sağlardı¹⁹.

C. Cenaze Törenleri ve Ölü Gömme Geleneği

Roma toplumunda ölünün defnedilmesi, en yakın akraba tarafından yerine getirilmesi gereken dini bir görev olarak görülürdü²⁰. Bu görevin usulüne uygun bir şekilde yerine getirilmemesi halinde ölenin ruhunun, onun yeraltı dünyasına kabul edilmesini engelleyen insanların yaşamlarında kötü etkiler

¹⁶ Gönenç, s. 170, 171; Sütken, s. 77; Dürüşken, s. 21; Barrow, s. 16. *Pater familias*'ın üzerlerindeki hâkimiyeti dolayısıyla aile evlatları ve *manus*'u altında bulunan karısı da aile dininin diğer üyelerini oluşturmaktaydı. Aksaray, 2012, s. 60.

¹⁷ De Coulanges, s. 25.

¹⁸ Civelek, s. 71; De Coulanges, s. 27; Aksaray, 2012, s. 61. Hristiyanlık inancı ortaya çıkıncaya kadar Roma'nın dinsel kültüründe tanrılarla olan ilişkilerin erkeklerin hâkimiyetinde ve sorumluluğunda olduğu kabul edilmekteydi. Romalı kadınlar, aile dinindeki törenlerde yer almakla birlikte erkeklerin dini rollerinin zorunlu tamamlayıcısı olarak ikincil bir yere sahiptiler. Tapınaklarda yaşatılan devlet dinlerinin törenlerine ise kadınların katılması yasaktı. Bu durum kadınların, dini tören yapılmasını gerektiren hukuki işlemleri yapmasına engel oluyordu. Sadece kadınların katılabildiği, bir kısmı politik veya sosyal nedenlerle oluşan dini törenler ve kültürler ise kadınların dini yapı içinde kendilerine sınırlı da olsa yer bulabilmelerini sağlamıştır. Asıl olarak Romalı kadınların dinsel alandan etkin bir rol üstlenmelerini sağlayan ise aile ocağının tanrıçası kabul edilen *Vesta* inancı olmuştur. Bu inancın zamanla devlet inancı haline gelmesi sonucunda devleti koruduğuna inanılan *Vesta* Tapınağı'nda yanan ateşi koruma ve devamlılığını sağlama görevi *Vesta* Rahibeleri'ne verilmiştir. Dinsel alanda kadının rolü Hristiyanlık inancının ortaya çıkışıyla köklü bir değişime uğramıştır. Tanrı huzurunda sınıfsal veya cinsiyete dayalı bir ayrımın olmadığı söylemine dayanan Hristiyanlık inancı, dinsel alanda kadınların erkekler ile eşit olarak var olabil-diği bir ortam yaratmıştır. Roma'da kadınların dinsel alandaki rolleri hakkında daha geniş bilgi için bkz. Gönenç, s. 170 vd.; Aksaray, 2012, s. 61, 62.

¹⁹ Barrow, s. 16; Gönenç, s. 171; Aksaray, 2012, s. 61.

²⁰ Bir cesetle karşılaşan bir yabancı bile ölünün üzerine üç avuç toprak atarak onun için en azından sembolik bir defin gerçekleştirmek zorundaydı. Bu ritüel, cesedi yabancı bir ülkede ya da denizde kaybolan bir kişi için de sembolik olarak yapıldıktan sonra ölenin onuruna bir kenotaf dikilir veya boş mezar hazırlanırdı. John L. Heller, 'Burial Customs of the Romans', *The Classical Weekly*, Cilt: 25, Sayı: 24, 2 Mayıs 1932, ss. 193-197, s. 193.

oluşturacak şekilde gezindiğine inanılırdı²¹. Ölünün üzerine toprak koyulması gerektiğine ilişkin inanış nedeniyle cesedin yakılacağı durumlarda bile, eski dini gelenekler, ölenin en azından bir parmağının kesilerek ceset yakılmadan önce sembolik olarak gömülmesini gerektiriyordu²².

Ölüm anı ile gömme işleminin yapılması arasındaki süreçte, ölenin üyesi olduğu ailenin içinde bulunduğu koşullara ve tarihsel dönemlere göre değişiklik gösteren, dini unsurlar taşıyan geleneksel uygulamalar gerçekleştirilirdi²³. Ölüm anında, ölmek üzere olan kimsenin bedeni yataktan kaldırılarak yere yatırılır ve en yakın akrabası tarafından ölene son bir öpücük verilir. Son nefesini veren kişinin yakınları, ölümün gerçekleştiğinden emin olmak amacıyla ölene ismiyle seslenirlerdi²⁴. Ölüm gerçekleştikten sonra ölü yıkanır, giydirilir ve üzerine bir örtü örtülerek evin avlusunda hazırlanan bir bölüme yerleştirilirdi. Ölenin etrafına mumlar ve kandiller yerleştirilir, örtünün üzeri çelenkler ve çiçeklerle donatılır, evin ocağındaki ateş söndürülür ve *Styx*'i²⁵ geçmesi için ölünün ağzına bir sikke konulurdu.

Cenaze törenin ne zaman yapılacağı, ailenin ekonomik imkânlarına veya ölümün gerçekleştiği mevsime göre farklılık gösterirdi. Yoksul kimselerin cenaze törenleri, ölümden çok kısa bir süre sonra gerçekleştirilirdi; buna karşılık cesedin bozulmasını önlemek için gerekli tedbirleri alabilecek ölçüde varlıklı ailesi olan kişilerin cenaze törenleri çoğu zaman daha geç bir tarihte yapılırdı²⁶.

Romalılar, ölenin varlığının toprak altında da devam ettiğine inandıklarından, bu kişinin yaşarken alışık olduğu düzene ölümünden sonra da sahip olması gerektiği düşüncesindeydiler²⁷. Bu nedenle köleler, azatlılar ve yoksullar için dahi üye oldukları *columbaria*²⁸ sahibi *tenuiores* adı verilen

²¹ Ölenin gömülmesine ilişkin törenlerin usulüne uygun olarak tamamlanamaması durumunda, her yıl bir domuz (*porca praecidanea*) kurban edilerek yapılan bu hatanın düzeltilmesi gerekirdi. Bu kurban merasimi yapıldıktan sonra ölenin ailesi *funesta*, yani 'ölümle lekelenmiş' sayılırdı. Heller, s. 193.

²² Çetinkaya, s. 19; Civelek, s. 71.

²³ Heller, s. 193.

²⁴ Çetinkaya, s. 19; Civelek, s. 72.

²⁵ Eski Yunan dünyasından gelen bir inanışa göre ölenin ruhunu *Styx* nehrinden, tanrı *Hades*'in yeraltı dünyasına geçirecek olan kayıkçı *Kharon*'a verilmek için çoğu zaman mezarlara para konulmaktaydı. Çetinkaya, s. 19; Civelek, s. 72.

²⁶ Heller, s. 193; Civelek, s. 73.

²⁷ Çetinkaya, s. 19; Heller, s. 194.

²⁸ Adını, güvercin oyuğuna benzetilmesi nedeniyle, Latince güvercin anlamına gelen *columba*'dan alan bu tip mezarlar, varlıklı ve soylu ailelerin, köleleri ve azatlıları için yeraltında inşa edilirdi. İmparatorluk Dönemi'nin ilk yıllarında yaygın olarak kullanılan bu tip mezarlarda üst üste birkaç sıra halinde yer alan kaplar içinde ölenlerin külleri muhafaza edilirdi. John Anthony Crook, *Law and Life of Rome, 90 B.C. - A.D. 212*, Cornell University Press, New York, 1984, s. 133; Çetinkaya, s. 20.

collegia'lar²⁹'lar aracılığıyla, düzgün bir cenaze töreni sağlamak için her türlü çaba gösterilirdi³⁰.

Ölenin erkek olması durumunda ailesi yeterince varlıklı ise cenaze alayı düzenlenirdi³¹. Çeşitli müzik aletleri çalınan, meşaleler taşınan kortejde *nenia*³² veya ağıt söyleyen, yüzlerini ve göğüslerini kan çıkarana kadar parçalayan kadınlar yer alırdı³³. Özellikle ihtişamlı cenaze törenlerinde yer alan dansçılar ve oyuncularından biri, ölen kimseyi canlandırma rolünü üstlenerek ölenin suretindeki maskeyi takıp onun davranışlarını taklit ederdi. Törendeki en önemli rolü, cenazenin yattığı süre boyunca ailenin atalarının maskelerini taşıyanlar üstlenirdi³⁴. Maske taşıyıcılarından sonra, ölenin hayatı boyunca yaptıklarını temsil eden nesneleri taşıyanlar gelirdi. Alayda daha sonra ölenin oğulları, diğer yakın akrabaları, arkadaşları ve azat ettiği köleleri tarafından taşınan cenaze arabası yer alırdı.

Ölen kişinin seçkin veya yaşarken yaptıkları nedeniyle takdiri hak eden birisi olması durumunda, cenaze alayı doğrudan mezara doğru ilerlemez, önce *Forum*'a giderdi³⁵. Burada ölenin oğullarından biri veya yakın bir akrabası orada bulunan platforma çıkarak cenaze konuşmasını yapardı.

Daha sonra açıklanacağı üzere On İki Levha Kanunu (*Lex Duodecim Tabularum*³⁶) gereği cesetlerin kutsal kabul edilen şehir surlarının dışında yakılması veya gömülmesi zorunluydu³⁷. Bu nedenle cenaze alayı daha sonra şehrin

²⁹ *Collegia*'lar, dinî, siyasî veya meslekî bir amaçla kurulmuş ve İmparatorluk Dönemi'nde tüzel kişilik kazanmış olan insan topluluklarıdır. Bu kişi topluluklarından *tenuiores*'ler toplumun alt sınıfını oluşturan köleler, azatlılar ve yoksul insanların cenaze törenlerini hazırlamak; *collegia funeraticia*'lar ise, resmî cenazelerde yapılacak dinî törenler için kurulmuştur. Umur, 1975, s. 39; Civelek, s. 77.

³⁰ Crook, s. 133; Heller, s. 194; Civelek, s. 77.

³¹ Çetinkaya, s. 19.

³² *Nenia, praeficae* adı verilen profesyonel kadın yas tutucular veya ölenin kadın akrabaları tarafından çeşitli müzik aletleri eşliğinde bir cenaze töreninde icra edilen, çoğunlukla ölene dair övgüler içeren ilahî formunda bir sözlü kompozisyon türüdür. ([Http://www.oxfordre.com](http://www.oxfordre.com)), (erişim tarihi: 10.10.2024).

³³ Çetinkaya, s. 19.

³⁴ Normal zamanda maskeler evin avlusundaki dolaplarda, soyağacına göre düzenlenmiş olarak muhafaza edilirdi. Bunlar, temsil ettikleri erkeklerin soyundan gelenlerden birinin ölümü halinde cenazeye eşlik etmek üzere bulundukları yerden çıkarılırlardı. Heller, s. 195; Civelek, s. 73.

³⁵ Civelek, s. 73.

³⁶ Roma'nın ilk kodifikasyonu olarak kabul edilen On İki Levha Kanunu hakkında bilgi için bkz. Berger, s. 551; Umur, 1975, s. 116, 117; Bülent Tahiroğlu / Belgin Erdoğmuş, Roma Hukuku Dersleri, Tarihi Giriş-Hukuk Tarihi- Genel Kavramlar-Usul Hukuku, Der Yayınları, İstanbul, 2021, s. 51.

³⁷ Her ne kadar hem *Cicero* hem de Yaşlı *Plinius*, ölenin yakılmasından ziyade gömülmesinin daha eski bir yöntem olduğunu ileri sürmüş olsalar da arkeolojik bulgular Roma'nın en eski dönemlerinden itibaren ölümlerin gömülmesinin yanısıra yakılmasının da söz konusu olduğunu göstermek-

dışına, ölünün gömülmesinin planlandığı mezara doğru hareket ederdi. Cesedin yakılmasının kararlaştırıldığı durumlarda cesedin yakılacağı yer de mezar alanının yakınında hazır edilirdi. Ölenin bedeninin yanısıra tütsü, yiyecekler, ölene ait eşyalar, giysiler, silahlar ve hatta evcil hayvanlar gibi başka şeyler de önceden hazırlanmış odun yığınının üzerine yerleştirilerek yakılırdı³⁸. Bunların ölenle birlikte yakılması, yaşarken olduğu gibi ölümünden sonra da bunlara ihtiyaç duyacağı düşüncesinden kaynaklanmaktaydı³⁹. Cesetle birlikte yakılan bu nesnelerin miktar ve değerinde çoğu zaman aşırı savurganlığa meyilli bir tavır sergilendiğinden, bu eğilim, daha sonra açıklanacağı üzere, On İki Levha Kanunu'nda konulan yasaklarla kontrol edilmeye çalışılmıştır.

Her şey hazır olduktan sonra ölenin yakın akrabalarından veya arkadaşlarından biri meşale ile odunları tutuştururdu. Ateş yandıktan sonra küller su veya şarapla söndürülür, toplanan kemikler şarap ve sütle yıkandıktan sonra kurutularak kilden bir vazo içine merhem ve parfümle birlikte konulurdu⁴⁰. Ölenin yakın akrabaları dışında herkes için törenler bu şekilde sona ererdi.

Daha sonra kalıntıların bulunduğu vazo mezara taşınır ve önceden belirlenmiş yerine bırakılırdı. Son dini tören gerçekleştirilirken mezarın yasal olarak kabul edilmesi ve mezarı kutsamak için kurbanlar kesildikten sonra bir kurban yemeği düzenlenirdi⁴¹. Defin işleminden sonraki sekizinci günde ölen kişinin *Manes*⁴²'ine bir kurban sunulur ve ardından mezarının başında bir anma yemeği düzenlenirdi⁴³. Bu ritüellerden sonra her sene ölenlerin doğum günlerinde veya özel bayramlarda düzenli olarak kurbanlar sunulmaya devam edilirdi⁴⁴.

II. RES RELIGIOSAE, LOCUS RELIGIOSUS VE IUS SEPULCHRI KAVRAMLARI

A. Res Religiosae

Roma Hukuku'nda bazı malların aynî hakların konusunu oluşturmamacakları kabul edilmiştir. Bu bakımdan mallar, ticarî muamelelere elverişli olup olmamalarına göre bir ayrıma tabi tutulmuştur. Buna göre mallar, ticarî

tedir. Cumhuriyet Dönemi'nin ilerleyen zamanlarında ise, ölenin gömülmesi ve yakılmasının yanı sıra mumyalanması da üçüncü bir defin şekli olarak uygulanmaktaydı. Bilgi için bkz. Civelek, s. 77; Heller, s. 196.

³⁸ Heller, s. 196; Çetinkaya, s. 19.

³⁹ Civelek, s. 77; Heller, s. 196.

⁴⁰ Heller, s. 197.

⁴¹ Civelek, s. 76; Heller, s. 197.

⁴² *Manes*, toprak altında uyuyan ve içinde bulundukları mezarın sahipleri olarak düşünülen, ölümlere ait ilâhlaştırılmış iyi ruhlardır. Umur, 1975, s. 131. Ayrıca bkz. Dürüşken, s. 20, 48 vd.

⁴³ Çetinkaya, s. 20.

⁴⁴ Civelek, s. 76; Heller, s. 197.

muamelelere elverişli mallar (*res in commercio*) ve ticarî muamelelerin dışında kalan mallar (*res extra commercium*) olarak ikiye ayrılmıştır⁴⁵.

Ticarî muamelelere elverişli olmayan malların bazılarının ilahî hukuk, bazılarının ise beşerî hukuk tarafından muamelelerin dışında bırakıldığı kabul edilmekteydi⁴⁶. Mallara ilişkin bu ayrım *Gaius* tarafından *Digesta*'da şu şekilde açıklanmaktadır:

*D.1,8,1 pr. (Gaius libro secundo institutionum): "Summa rerum divisio in duos articulos deducitur: nam aliae sunt divini iuris, aliae humani. Divini iuris sunt veluti res sacrae et religiosae. Sanctae quoque res, veluti muri et portae, quodammodo divini iuris sunt. Quod autem divini iuris est, id nullius in bonis est: id vero, quod humani iuris est, plerumque alicuius in bonis est, potest autem et nullius in bonis esse: nam res hereditariae, antequam aliquis heres existat, nullius in bonis sunt. Hae autem res, quae humani iuris sunt, aut publicae aut privatae. Quae publicae sunt, nullius in bonis esse creduntur; ipsius enim universitatis esse creduntur: privatae autem sunt, quae singulorum sunt"*⁴⁷.

D.1,8,1 pr. (*Gaius*'un *Institutiones*'inin 2. Kitabından): "Malların temel ayrımı iki başlık altındadır: Çünkü bunların bir kısmı ilahî hukuka, bir kısmı da beşerî hukuka aittir. İlahî hukuka ait olanlar örneğin kutsal ve dinî şeylerdir. Kutsal şeyler, örneğin, bir dereceye kadar ilahî hukuka tabi olan surlar ve kapılardır. Ayrıca ilahî hukuka tabi olan şeyler kimse-nin mülkiyetinde değildir ve beşerî hukuka ait olan şeyler de çoğunlukla birinin mülkiyetindedir, ancak yine de kimseye ait olmayabilir, çünkü bir mirasçı ortaya çıkana kadar bir malvarlığına ait olan şeyler kimsenin mülkiyetinde değildir. Yine, beşerî hukuka tabi olan şeyler ya kamusal ya da özeldir. Kamusal olanlar hiç kimsenin mülkü olarak görülmez ve tüm topluma ait olduğu kabul edilir; özel olanlar ise kişilere aittir"⁴⁸.

⁴⁵ Salvatore Di Marzo, Roma Hukuku, (çev. Ziya Umur), İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1959, s. 204-206; Ziya Umur, Roma Hukuku Eşya Hukuku (Ayni Haklar), Filiz Kitabevi, İstanbul, 1983, s. 7; Özcan Karadeniz Çelebicin, Roma Eşya Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2008, s. 34; Şahin Akıncı, Roma Hukuku Dersleri, Sayram Yayınları, Konya, 2019, s. 235.

⁴⁶ Umur, 1983, s. 7; Karadeniz Çelebicin, s. 34; Özlem Söğütü, Roma Özel Hukuku, Ders Kitabı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2022, s. 685; Şahin, s. 235; Jonathan Brown, "Res Religiosae and the Roman Roots of the Crime of Violation of Sepulchres", *Edinburgh Law Review*, Cilt: 22, Sayı: 3, ss. 347-367, s. 6.

⁴⁷ Latince metin Iustiniani Digesta, Corpus Iuris Civilis, Cilt: I, (ed. Theodor Mommsen / ed. Paul Krueger), Weidmann, Berolini, 1908 (<http://www.droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Corpus/digest.htm>), (erişim tarihi: 10.10.2024)'den alınmıştır.

⁴⁸ Metnin Türkçe çevirisi için the Digest or Pandects of Justinian, The Civil Law, I, (çev. Samuel P. Scott), Cincinnati, 1932 (http://www.droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Anglica/digest_Scott.htm), (erişim tarihi: 10.10.2024)'den yararlanılmıştır.

Roma’da *res extra commercium divini iuris* olarak adlandırılan ilahî hukuk tarafından ticarî muamelelere elverişli olmadığı kabul edilen mallar; kutsal mallar (*res sacrae*⁴⁹), dini mallar (*res religiosae*) ve kutsanmış mallardan (*res sanctae*⁵⁰) oluşur⁵¹. Beşerî hukuk tarafından ticarî muameleler dışında bırakılan *res extra commercium humani iuris* ise herkese müşterek olan mallar (*res communes omnium*⁵²), kamu malları (*res publicae*⁵³) ve topluluğa ait mallardan (*res universitates*⁵⁴) meydana gelir⁵⁵.

Ticarî muamelelerin dışında bırakılmış olan mallar kategorisinde yer alan dini mallar (*res religiosae*), aşağı dünyanın tanrılarına adanmış olan mezarlar veya mezarlıklardır⁵⁶. Nitekim *Gaius, Institutiones*’inde bu durumu şu cümleyle ifade etmektedir⁵⁷:

Gaius Institutiones 2,4: “Sacrae sunt, quae diis superis consecratae sunt; religiosae, quae diis Manibus relictæ sunt”⁵⁸.”

Gaius Institutiones 2,4: “Kutsal şeyler, yukarıdaki tanrılara adanmış şeylerdir; dini şeyler, aşağıdaki tanrılara adanmış şeylerdir”⁵⁹.”

⁴⁹ Halkın iradesiyle ve özel bir tören yapılarak ilâhlara tahsis olunan mabetler ve mallardır. Umur, 1975, s. 183.

⁵⁰ Tecavüzlere karşı dini bir yaptırım (*sanctio*) ile korunan, şehrin kapısı, surları gibi eşyalardır. Umur, 1975, s. 183.

⁵¹ Umur, 1983, 7-9; Karadeniz Çelebican, s. 34, 35; Belgin Erdoğan, Roma Eşya Hukuku, Der Yayınları, İstanbul, 2020, s. 5, dipnot 4; Söğütü, s. 685-687.

⁵² Hava, akarsu, deniz ve denize ekli olan sahil gibi tabiat tarafından herkesin yararlanmasına sunulan mallardır. Umur, 1975, s. 180.

⁵³ Kelime anlamı olarak devletin mülkiyetindeki mallar denmesi gerekmeyle birlikte gerçekte kamu malları anlamında kullanılmaktadır. *Iustinianus* Hukuku’nda ise kamunun istifadesine tahsis edilmiş mallar (*res in usu publico*) anlamına gelmekteydi. Umur, 1975, s. 183.

⁵⁴ Kamunun istifadesine tahsis edilmiş olduğu için topluluğun mülkiyetinde olan tiyatro, sirk vb. mallardır. Umur, 1975, s. 183.

⁵⁵ Umur, 1983, 9, 10; Karadeniz Çelebican, s. 36-38; Erdoğan, 2020, s. 5, dipnot 4; Söğütü, s. 687-689.

⁵⁶ Di Marzo, s. 207; Berger, s. 679; Karadeniz Çelebican, s. 35; Belgin Erdoğan, ‘12 Levha Kanunu’nda Roma’da Ölüler ve Mezarlar’, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 8, Sayı: 2, Aralık 2009, ss. 197-203, s. 198; Max Kaser, Roman Private Law, Çeviren by Rolf Dannenbring, London, Butterworths, 1968, s. 80; Umur, 1983, s. 8. İmparatorluk Dönemi’ne gelindiğinde, Hristiyanlığın etkisiyle, ölümlerin aynı yere gömülmeye başlanması sonucunda oluşan toplu mezarlıklar da *res religiosae* kabul ediliyordu. Karadeniz Çelebican, s. 35; Söğütü, s. 686.

⁵⁷ Berger, s. 679; Umur, 1975, s. 183.

⁵⁸ Latince metin Emil Seckel / Bernhard Kübler, Gai Institutionum Commentarii Quattuor, Commentarius II, Leipzig, 1938 (<http://www.droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Responsa/Gaius.html>), (erişim tarihi: 10.10.2024)’den alınmıştır.

⁵⁹ Metnin Türkçe çevirisi için the Institutes of Gaius, The Civil Law, I, (çev. Samuel P. Scott), Cincinnati, 1932 (http://www.droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Anglica/gai1_Scott.htm), (erişim tarihi: 10.10.2024)’den yararlanılmıştır.

D.1,8,1 pr.'de *Gaius*, ilahî hukuka tabi olan şeylerin kimsenin mülkiyetinde olmadığını ifade etmektedir. Dolayısıyla ilahî hukuka tabi olan *res religiosae* üzerinde de özel mülkiyet kurulması mümkün değildi⁶⁰. Çünkü bu mallar üzerinde, ölen ataların ruhlarının bir tür mülkiyet hakkı bulunduğu düşünülmekteydi⁶¹.

Bir toprak parçasının, *res religiosa* olarak kabul edilmesi için özel bir törenin yapılması gerekmezdi⁶². Nitekim *Gaius Institutiones*'inde *res religiosae*'nin, ölen kişinin, gömenin kendi toprağına veya malikinin izniyle başkasının mülkiyetinde olan bir toprağı gömme eylemiyle yaratıldığını vurgulamaktadır⁶³. Buna göre kendisi *res religiosa* niteliğinde olmayan ceset, *locus religiosus*'u teşkil edecek toprak ile birleştiğinde burası bir *res religiosa* haline gelmektedir⁶⁴. Bu nedenle bir ölüyü gömme hakkına (*ius inferendi*) sahip bir kişinin kendi toprağına veya malikinin izniyle başkasına ait bir toprağı özgür veya köle bir ölüyü gömmesinin, o toprağın dini mal sayılması için yeterli olduğu anlaşılmaktadır⁶⁵. Cesedin *locus religiosus*'tan çıkarılması halinde ise o yerin *res religiosa* olma durumu ortadan kalkacak ve o şeyi oluşturan parçalar olarak toprak ve beden daha önceki din dışı niteliklerine geri döneceklerdir⁶⁶.

⁶⁰ Di Marzo, s. 207; Karadeniz Çelebican, s. 35.

⁶¹ Paul Koschaker / Kudret Ayiter, Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İzmir, 1993, s. 104; Karadeniz Çelebican, s. 35; Söğütü, s. 686; Şahin, s. 236.

⁶² Karadeniz Çelebican, s. 35; Umur, 1983, s. 8; Koschaker / Ayiter, s. 104; Şahin, s. 237. Varlıkları rahiplerin veya devlet otoritesinin kutsamasına bağlı olan *res sacrae*'den veya önemleri nedeniyle ilahî yaptırımlarla korunan *res sanctae*'den farklı olarak, *res religiosae*'in yaratılması bir rahibin veya devlet otoritesinin varlığını ya da bir yaptırıma tabi kılınmayı gerektirmezdi. Brown, s. 7, 8.

⁶³ Gai. 2, 6; Brown, s. 7.

⁶⁴ Definden önce dini niteliği bulunmayan toprak ve bedenin ayrı nesneler olarak var olmaktan çıkarak ilahî hukuka tabi tek bir *res religiosa* haline geldiği süreç açık değildir. Roma hukuku iki veya daha fazla nesnenin birleşerek yeni bir şey oluşturabileceğini kabul ettiğinden, *res religiosae*'in oluşumunu açıklamak için eşya hukukunun genel kurallarından yararlanılabileceği ileri sürülmektedir. Her ne kadar ilahî hukuka tabi mallar genel mülkiyet hukuku alanının dışında olsa da bu malların oluşturan parçalar beşerî hukukun düzenlenmelerine tabi olduğundan *res religiosae*'in oluşumunu açıklamak için uygun bir rehberlik sağlayabilir. Buna göre bir *res religiosa*'nın yaratılması, zorunlu olarak bir taşınırın, bir taşınmaz mala yerleştirilmesini içerdiğinden ve *locus religiosus* gömülen cesetle birleştiğinde *res religiosa*'nın kendisini meydana getirdiğinden, bir cesedin gömülmesinin *inaedificatio* yoluyla *accessio*'ya bir örnek teşkil ettiği sonucuna varılabilir, zira ceset gömülmekle gömüldüğü toprağı katılmaktadır. Asıl ile bütünleyici parçanın bu şekilde birleştirilmesiyle *res religiosa* yaratılmış olur. Ancak toprağın malikinin, toprağı katılan bütünleyici parçanın da maliki olduğuna ilişkin prensibe rağmen mezar yeri özel mülkiyetin kapsamı dışına çıkar. Geçerli bir *res religiosa* yaratmak için arazinin gömene ait olması veya defin işleminin yalnızca arazi sahibinin rızasıyla gerçekleşmesi gerekliliği böylece açıklanmaktadır. Bu görüşe ilişkin daha fazla bilgi için bkz. Brown, s. 9.

⁶⁵ Koschaker / Ayiter, s. 104; Di Marzo, s. 207; Umur, 1983, s. 8; Karadeniz Çelebican, s. 35; Söğütü, s. 686; Şahin, s. 237. Roma'da bir köle, ilahî hukuka ilişkin pek çok konu bakımından özgür bir insan ile aynı konumda kabul edilirdi. *Aristo*'nun bir kölenin gömüldüğü yerin de *locus religiosus* olduğuna ilişkin ifadesi için bkz. D.11,7,2.

⁶⁶ Brown, s. 9.

B. Locus Religiosus

Locus religiosus, öleninin, maliki tarafından ya da malikinin rızasıyla gömüldüğü yerdir⁶⁷. *Locus religiosus*’a ilişkin bu tanımı, *Codex*’te yer alan imparator Antoninus’a ait bir emirnameden çıkartmak mümkündür⁶⁸:

C.3,44,2 [Imperator Antoninus (216)]: “Invito vel ignorante te ab alio illatum corpus in puram possessionem tuam vel lapidem locum religiosum facere non potest. Si autem voluntate tua mortuum aliquis in locum tuum intulerit, religiosus iste efficitur: quo facto monumentum neque venire neque obligari a quoquam prohibente iuris religione posse in dubium non venit⁶⁹.”

C.3,44,2 [Imperator Antoninus (216)]: “Size ait bir araziye rızanız dışında ya da haberiniz olmadan bir ceset getirilirse ya da oraya bir taş konulursa, bu durum o yeri dini bir yer haline getirmez. Ancak bir kimse sizin arazinize sizin rızanızla bir ceset getirirse, o zaman o yer dini bir yer haline gelir; çünkü malın malikinin yasaklaması durumunda bir anıt dikilemeyeceği gibi, herhangi bir yerin de dini bir yer haline getirilemeyeceğinde şüphe yoktur⁷⁰.”

Emirnamede açıkça ifade edildiği gibi, insan kalıntılarını gömme hakkı bulunan yer *locus religiosus*’tur. İlahî hukuka tabi olmaları nedeniyle bu yerler üzerinde mülkiyet hakkı veya zilyetlik söz konusu olmadığı gibi bu yerlerin satış, bağış, miras ya da herhangi başka bir sebeple birisine devredilmeleri de mümkün değildir⁷¹. Bu yerler *res nullius divini iuris*⁷² niteliğindedirler⁷³. Buna karşılık insan kalıntılarını gömme hakkı olmayan birinin bir cesedi bir yere gömmesi durumunda, o yer dini hale gelmesi söz konusu olmazdı.

⁶⁷ Berger, s. 568; Umur, 1975, s. 183; Alan Watson, *The Law of Property in the Later Roman Republic*, Clarendon Press, Oxford, 1971, s. 8; Erdoğan, 2009, s. 199.

⁶⁸ Umur, 1975, s. 183.

⁶⁹ Latince metin *Codex Iustinianus*, *Corpus Iuris Civilis*, Cilt: II, (ed. Paul Krueger), (<http://www.droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Corpus/CJ3.htm#44>), (erişim tarihi: 10.10.2024)’den alınmıştır.

⁷⁰ Metnin Türkçe çevirisi için, *The Code of Justinian, The Civil Law*, XII, (çev. Samuel P. Scott), Cincinnati, 1932 (http://www.droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Anglica/CJ3_Scott.htm#44), (erişim tarihi: 10.10.2024)’den yararlanılmıştır.

⁷¹ Umur, 1983, s. 8; Di Marzo, s. 207; Crook, s. 133; Karadeniz Çelebican, s. 35; Söğütü, s.686.

⁷² *Res nullius*, sahihsiz malları ifade eder. Şahsî malvarlığına dâhil olması mümkün olduğu halde, şu sırada herhangi birinin hâkimiyeti altında bulunmayan eşyadır. Bundan başka ilâhlara veya kamu hizmetine tahsis edilmiş oldukları için şahsî malvarlığına dâhil olmayan eşya da *res nullius*’tur. Umur, 1975, s. 182. *Res nullius divini iuris* kategorisindeki mallar, aynı haklara veya herhangi bir hukukî işleme konu olmayan, ilâhî hukuk kapsamındaki mallardır. Tanrıların bu türdeki malların maliki ve koruyucusu olduğu kabul edilirdi. Söğütü, s. 685; Erdoğan, 2020, s. 5.

⁷³ Crook, s. 133.

Ulpianus, *edictum*'a dair 25. kitabından *Iustinianus*'un *Digesta*'sına alıntılanan bir metninde ise mezar yerinin ne olduğunu tanımladıktan sonra, *Celsus*'un bir mezarın neresinin dini yer olarak kabul edilmesi gerektiğine ilişkin görüşünden bahsetmektedir⁷⁴:

*D.11,7,2,5 (Ulpianus libro 25 ad edictum): "Sepulchrum est, ubi corpus ossave hominis condita sunt. Celsus autem ait: non totus qui sepulturae destinatus est, locus religiosus fit, sed quatenus corpus humatum est"*⁷⁵.

*D.11,7,2,5 (Ulpianus'un edictum'a dair 25. Kitabından): "Mezar yeri, insan bedenlerinin ya da kemiklerinin bırakıldığı yerdir. Ancak Celsus, gömülmek için ayrılan bir yerin tümünün değil, yalnızca cesedin konulduğu kısmının dini olduğunu söyler"*⁷⁶.

Celsus'a göre, insan kalıntılarını gömmek için ayrılan mezar yerinin tamamı değil, sadece cesedin yerleştirildiği kısmı dinsel yer teşkil etmektedir.

Digesta'da yer verilen bir başka metinde ise başka bir yere gömülmüş olan biri için dikilen anıtın (kenotaf⁷⁷), bulunduğu yeri dini hale getirip getirmeyeceğine ilişkin bilgi edinmemizi sağlayan ifadeler bulunmaktadır⁷⁸:

*D.11,7,6,1 (Ulpianus libro 25 ad edictum): "Si adhuc monumentum purum est, poterit quis hoc et vendere et donare. Si cenotaphium fit, posse hoc venire dicendum est: nec enim esse hoc religiosum divi fratres rescripserunt"*⁷⁹.

D.11,7,6,1 (Ulpianus'un Edictum'a dair 25. Kitabından): "Sadece bir anıt olduğu sürece, herkes onu satabilir veya başkasına verebilir;

⁷⁴ Lucian-Mircea Mureşan / Ioana Mureşan, *Violatio Sepulchri - Between the Legal Concept and Roman Funerary Practice in the Balkans*, Universitatea De Vest Timişoara Arheovest Iv2 -In Honorem Adrian Bejan - Interdisciplinaritate în Arheologie şi Istorie Timişoara, 2016, ss. 843-860, s. 845.

⁷⁵ Latince metin Iustiniani Digesta, Corpus Iuris Civilis, Cilt: I, (ed. Theodor Mommsen / ed. Paul Krueger), Weidmann, Berolini, 1908 ([Http://www.droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Corpus/digest.htm](http://www.droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Corpus/digest.htm)), (erişim tarihi: 10.10.2024)'den alınmıştır.

⁷⁶ Metnin Türkçe çevirisi için the Digest or Pandects of Justinian, (çev. Samuel P. Scott), Cincinnati, 1932 ([Http://www.droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Anglica/digest_Scott.htm](http://www.droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Anglica/digest_Scott.htm)), (erişim tarihi: 10.10.2024)'den yararlanılmıştır.

⁷⁷ Roma'da özellikle Cumhuriyet Dönemi'nin sonlarında ölen önemli komutan ve yöneticiler için asıl mezarlarının olduğu yerden farklı yerlerde kenotaf adıyla anılan sembolik mezarlar inşaa edilirdi. Bilgi için bkz. Çetinkaya, s. 27.

⁷⁸ Robinson, s. 178; Mureşan / Mureşan, 2016, ss. 843-860, s. 845, 846.

⁷⁹ Latince metin Iustiniani Digesta, Corpus Iuris Civilis, Cilt: I, (ed. Theodor Mommsen / ed. Paul Krueger), Weidmann, Berolini, 1908 ([Http://www.droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Corpus/digest.htm](http://www.droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Corpus/digest.htm)), (erişim tarihi: 10.10.2024)'den alınmıştır.

ancak bir kenotaf haline gelirse, satılabileceği belirtilmelidir; çünkü İlahî Kardeşler⁸⁰ bir *rescriptum*'da bu tür bir yapının dini olmadığını belirtmişlerdir⁸¹.”

D.11,7,6 aslında aile mezarlığı ve miras kalan mezarlık kavramlarının tanımlandığı *Gaius*'a ait bir önceki metnin devamı niteliğindedir. D.11,7,5'te *Gaius*, aile mezarlığını, bir kişinin kendisinin ve ev halkının gömülmesi; miras kalan mezarlığın ise bir kişinin kendisinin ve mirasçılarının gömülmesi için sağladığı yer olarak tanımlamaktadır. D.11,7,6'nın giriş paragrafında ise *Ulpianus*, aile babasının miras yoluyla edindiği yeri de miras kalan mezarlık olarak tanımlamaktadır. *Ulpianus*, giriş paragrafının devamında miras kalan mezarlığa, vasiyete uygun olarak veya vasiyet hilafına kimlerin gömülebileceği hakkında bilgi vermektedir. Metnin yukarıda belirtilen birinci paragrafında ise *Ulpianus*, ortada sadece bir anıtın (*monumentum*) bulunduğu ancak anıtın altında gömülü birinin olmadığı durumlarda, buranın gömülme hakkı olan herhangi biri tarafından satılabileceği veya verilebileceğinden; söz konusu olan bir kenotaf ise buranın ancak vasiyetnamede belirtilmesi halinde satılabileceğinden bahsetmektedir. Hukukçu bu durumun imparator *Marcus Aurelius* ve imparator *Lucius Verus*'un, öleni anmak amacıyla inşa edilen bu tür bir yapının dini bir niteliğe sahip olmadığını belirttikleri bir *rescriptum*'dan kaynaklandığını da sözlerine eklemiştir.

Bu bakımdan anıtta insan kalıntıları bulunması durumunda *locus religiosus* statüsü anıtı da kapsayacak şekilde genişletilir ve böylece ilahî hukuk tarafından korunurdu⁸². Buna karşılık insan kalıntıları kaldırılırsa veya hiç koyulmamışsa, diğer bir ifade ile ilahî hukuk tarafından korunması gereken bir konu mevcut değilse anıt, ticarî muamelelere konu teşkil eden, din dışı bir nesneye dönüştürdü⁸³.

C. *Ius Sepulchri*

Ius sepulchri, *res religiosae* olan mezarlar üzerinde, mezarı gözetim altında tutma, ziyaret etme ve gerekli dini törenleri yapmayı kapsayan hakkı ifade etmektedir⁸⁴. Klasik Hukuk Dönemi'nde bu hak, ölen kimsenin ailesine veya vasiyet yoluyla mirasçılara geçerdi⁸⁵.

⁸⁰ M.S. 161-169 yılları arasında birlikte hüküm süren imparator *Marcus Aurelius Antoninus* ve imparator *Lucius Aurelius Verus*, *Divi Fratres* (İlahî Kardeşler) olarak anılmaktadırlar.

⁸¹ Metnin Türkçe çevirisi için the Digest or Pandects of Justinian, (çev. Samuel P. Scott), Cincinnati, 1932 (http://www.droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Anglica/digest_Scott.htm), (erişim tarihi: 10.10.2024)'den yararlanılmıştır.

⁸² Mureşan / Mureşan, 2016, ss. 119-133, s. 122.

⁸³ Mureşan / Mureşan, 2016, ss. 119-133, s. 122.

⁸⁴ Erdoğan, 2009, s. 199; Söğüt, s. 686. Bkz. *Ius sepulchri*, Umur, 1975, s. 103.

⁸⁵ Erdoğan, 2009, s. 199; Erdoğan, 2020, s. 5, dipnot 4. Bkz. *Ius sepulchri*, Umur, 1975, s. 103.

Bundan başka *ius sepulchri*, bir kimsenin belirli bir yere gömülmesi ve o yere başkalarını da gömmesi hakkını da içermekteydi⁸⁶.

Ius sepulchri'nin korunması için *praetor* tarafından iki adet *interdictum*⁸⁷ imkânı tanınmıştı. Bunlardan ilki, ölüyü gömmeye engel olan kişiye karşı ileri sürülen ölüyü gömmeye ilişkin *interdictum* (*interdictum de mortuo inferendo*); diğeri ise mezarın korunması başlığı altında açıklanacak olan, yetkisi olmadan bir mezarın inşa edilmesine veya tamirine engel olan kimseye karşı ileri sürülen mezar yapımına ilişkin *interdictum* (*interdictum de sepulchro aedificando*) idi⁸⁸.

Ulpianus, bir ölünün, *ius sepulchri*'ye sahip biri tarafından nakledilmesi ve gömülmesini engellemenin *praetor* tarafından yasaklandığını ortaya koymuştur. Hukukçu, ölüyü gömmeye ilişkin *interdictum* (*interdictum de mortuo inferendo*)'dan şu şekilde bahsetmektedir⁸⁹:

*D.11,8,1 pr. (Ulpianus libro 68 ad edictum): "Praetor ait: "Quo quave illi mortuum inferre invito te ius est, quo minus illi eo eave mortuum inferre et ibi sepelire liceat, vim fieri veto"*⁹⁰.

*D.11,8,1 pr. (Ulpianus'un Edictum'a dair 68. Kitabından): "Praetor şöyle der: "Sizin izniniz olmadan bir cesedi nereye veya ne şekilde nakletme hakkına sahip olursa olsun, söz konusu cesedi oraya götürmesini ve oraya gömmesini engellemek için güç kullanılmasını yasaklıyorum"*⁹¹.

Defin için yapılan masraflar, öleni gömmekle görevli olan kimselere aitti. Bu kişiler, asıl olarak mirasçılardır⁹². Ancak miras bırakanın iradesi bu yönde, miras bırakanın masrafları yapmakla görevlendirdiği kişiler masrafları üstlenirdi⁹³.

⁸⁶ Umur, 1983, s. 8; Di Marzo, s. 208; Söğütü, s. 686; Erdoğan, 2020, s. 5, dipnot 4.

⁸⁷ *Interdictum*, *Formula* usulünün uygulandığı zamanda *praetor*'un ve eyaletlerde valilerin bazı durumlarda, *imperium*'larına dayanarak, hâkimin kararına gerek olmaksızın, ihtilaflı bir işin yapılmasını yasak veya emretmek suretiyle halletmeleridir. Umur, 1975, s. 89.

⁸⁸ Di Marzo, s. 208; Umur, 1983, s. 8; Şahin, s. 237.

⁸⁹ Robinson, s. 181; Di Marzo, s. 208.

⁹⁰ Latince metin Iustiniani Digesta, Corpus Iuris Civilis, Cilt: I, (ed. Theodor Mommsen / ed. Paul Krueger), Weidmann, Berolini, 1908 (<http://www.droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Corpus/digest.htm>), (erişim tarihi: 10.10.2024)'den alınmıştır.

⁹¹ Metnin Türkçe çevirisi için the Digest or Pandects of Justinian, (çev. Samuel P. Scott), Cincinnati, 1932 (http://www.droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Anglica/digest_Scott.htm), (erişim tarihi: 10.10.2024)'den yararlanılmıştır.

⁹² Watson, Property, s. 7.

⁹³ Erdoğan, 2009, s. 202.

Bir kimse görevi olmadığı halde defin masraflarını üstlenmişse vekâletsiz iş görmeye benzeyen *actio funeraria*'yı açma imkânına sahipti⁹⁴. *Praetor* tarafından tanınan bu dava, gömme masraflarını yapan kişi tarafından ölenin mirasçılara karşı ve tereke üzerinde imtiyazlı olarak açılırdı⁹⁵.

III. ANTİK ROMADA ÖLÜ KÜLTÜNE İLİŞKİN HUKUKİ DÜZENLEMELER

A. On İki Levha Kanunu Öncesindeki Düzenlemeler

On İki Levha Kanunu'ndan önceki döneme ait Roma ölü kültüne ilişkin düzenlemelere ait günümüze ulaşan en eski bilgiler, *Leges Regiae*⁹⁶'dan gelmektedir⁹⁷. Her ne kadar geleneksel öyküsüne, modern bilim insanları bazı açılardan şüpheyile yaklaşıp da, *Leges Regiae*'ın Roma'nın en eski dönemlerine ait birçok kural ve geleneği, gelecek kuşaklara aktarmak üzere muhafaza ettiği genel olarak kabul edilmektedir⁹⁸. Diğer bir ifade ile geleneksel öyküsü bilimsel verilerle her zaman tam olarak örtüşmese de *Leges Regiae*, çoğu zaman antik Roma'nın kural ve geleneklerine ilişkin bir takım bilgilere ulaşılabilen bir referans olarak dikkate alınmaktadır⁹⁹. Bu nedenle milattan sonraki ilk bir kaç yüzyıl içinde yaşamış olan *Plutarkhos*, Yaşlı *Plinius*, *Marcellinus* ve *Festus* aracılığıyla elimize ulaşan ve kral *Numa Pompilius*'a atfedilen Roma'nın en eski dönemlerindeki ölü kültüyle ilgili *Legis Regiae*'daki hükümlerin incelenmesi önem taşımaktadır.

Bilindiği üzere *Numa Pompilius*'un, geleneksel olarak, dinî teşkilatı oluşturan ve dinsel uygulamaları belirleyen kral olduğu kabul edilmektedir¹⁰⁰.

⁹⁴ Umur, 1975, s. 7.

⁹⁵ Umur, 1975, s. 7. Bir kimsenin, kendini mirasçı sanarak bir aile babasını gömmesi durumunda ise bu davanın açılabilmesi söz konusu olmazdı. Erdoğmuş, 2009, s. 202.

⁹⁶ Klasik Hukuk Dönemi'nde Romalılar, sahip oldukları gelenek ve kurumları bir yaptırıma bağlamak için onları, var oldukları geleneksel olarak kabul edilen, Roma krallarına atfetmişlerdir. Romalılar, kral *Tarquinius* zamanında yaşayan *Sextus* (veya *Publius*) *Papirius* adlı bir kişinin, *Leges Regiae* olarak anılan krallara ait bu kanunları yazıya döktüğüne inanıyorlardı. *Leges Regiae* hakkında daha fazla bilgi için bkz. http://www.droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Anglica/leges_regia_johnson.htm (erişim tarihi: 10.10.2024).

⁹⁷ Robinson, s. 175.

⁹⁸ Bilgi için bkz. (http://www.droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Anglica/leges_regia_johnson.htm), (erişim tarihi: 10.10.2024). *Leges Reginae*'ın geleneksel öyküsüne ilişkin şüphelerle ilgili olarak bilgi için bkz. Alan Watson, 'Roman Private Law and the Leges Regiae', *The Journal of Roman Studies*, Cilt: 62, 1972, ss. 100-105, s. 100 vd.; Carlos Felipe Amunategui Perello, 'The Twelve Tables and the leges regiae: A Problem of Validity', *Roman Law before the Twelve Tables, An Interdisciplinary Approach*, Edited by Sinclair w. Bell and Paul J. Du Plessis, Edinburg University Press, Edinburg, 2003, ss. 57-76; Christopher Smith, 'Leges Regiae and the Nomothetic World of Early Rome', *Cahiers des études anciennes*, Cilt: 57, Sayı: 1, 2020, ss. 91-103, s. 91 vd.

⁹⁹ Watson, Property, s. 100.

¹⁰⁰ Smith, s. 99; Robinson, s. 175. Kral *Numa*'nın, dinî teşkilatın yapılandırılmasında ve çeşitli dinî uygulamaların oluşumunda önemli bir role sahip olduğu kabul edilmektedir. *Numa*, ilk kral

Numa'ya atfedilen *Legis Regiae*'deki kanunların bir kısmı ölü kültüne ilişkin hususları içermektedir. Bunlardan ilki, Yaşlı *Plinius*'un aktardığı (Plin., Nat. His., 14, 12, 88) cenaze ateşine şarap serpilmesini yasaklayan düzenlemedir (Numa 7¹⁰¹):

Numa 7: "VINO ROGUM NE RESPARGITO"¹⁰².

Numa 7: "Cenaze ateşine şarap serpilmemelidir"¹⁰³.

Şarabın ucuz olması, cenaze ateşine serpmek için tercih edilen bir sunu malzemesi olmasını yaygınlaştırmakla birlikte, Yaşlı *Plinius*, *Naturalis Historia* (Doğa Tarihi) adlı eserinde, o günlerde bu malda ciddi bir kıtlık yaşanıyor olması nedeniyle kral *Numa*'nın bu hükmü getirdiğini ifade etmektedir¹⁰⁴.

Cenaze ateşine şarap serpilmesini yasaklayan bu hüküm dışında yine *Numa*'ya atfedilen *Plutarkhos* tarafından aktarılan (Plut., Numa, 12, 3) bir başka yasada ise daha önceleri herkes için aynı olan yas tutma sürelerinin, farklı yaş ve zamanlar için sınırlandırılarak yeniden belirlendiği görülmektedir (Numa 10¹⁰⁵):

Numa 10: "(Numa) officium lugendi secundum aetates et tempora constituit, ut puerum trimo minorem ne quis lugeat, maiorem ne plu-

Romulus'un düzenlediği, kuşların uçuşuna ve gökteki birtakım işaretlere bakarak tanrıların isteklerini anlamaya çalışan rahip grubu olan *augur* (kuşbilingi)'ların makamını geliştirerek çeşitli dinî görevlerin oluşturulmasına ve dinî kanunların çıkarılmasına öncülük etmiştir. Bundan başka, günlerin, dinî tatiller (*fasti*) ve çalışma günleri (*nefasti*) olarak ayırdığı bir takvim de hazırlatmıştır. Ayrıca önceden belirlenmiş kurallar çerçevesinde katı bir şekilcilikle gerçekleştirilen dinsel törenlerin katılığını giderme töreni (*paiculum*) düzenleyerek törenlere ilişkin hataların telafi edilmesini sağlamıştır. Bunların yanı sıra, dinî törenlere ilişkin aşırı harcamaları önlemek ve tören giderlerini azaltmak amacıyla önlemler almıştır. Dürüşken, s. 26, 27.

¹⁰¹ Robinson, s. 175. Romada yapılan sıvı sunumu (libasyon), sunağın üzerindeki ateşin üstüne genellikle şarap dökülerek gerçekleştirilirdi. Ancak şarap dışında su, kan, çeşitli içkiler, süt, bal, yağ gibi sıvılar da libasyon için kullanılırdı. Libasyon ritüeli, insanların ürünlerini tanrılarla paylaşması ve kan sunumunda olduğu gibi en değerli olanın tanrılara feda ve armağan edilmesi amaçlarıyla gerçekleştirilirdi. Yunan ve Romada libasyon ritüellerinin niteliği, ritüelde kullanılan eşyalar, ritüele katılan din adamları vb. konularda detaylı bilgi için bkz. Akçay, s. 83 vd.

¹⁰² Latince metin Salvatore Riccobono, *Fontes Iuris Romani Antejustiniani*, I, Firenze, 1941, s. 1-20 (http://www.droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Leges/leges_regia_Riccobono.htm), (erişim tarihi: 10.10.2024)'den alınmıştır.

¹⁰³ Metnin Türkçe çevirisi için Allan Chester Johnson / Paul Robinson Coleman-Norton / Frank Card Bourne, *Ancient Roman Statutes*, University of Texas Press, Austin, 1961, s. 3-6, n. 1 (http://www.droitromain.univ-gre-noble-alpes.fr/Anglica/leges_regia_johnson.htm), (erişim tarihi: 10.10.2024)'den yararlanılmıştır.

¹⁰⁴ Yaşlı *Plinius* akabinde (Plin., Nat. His., 14, 88) *Numa*'nın, ağaçlara tırmanmanın tehlikeli olması nedeniyle bağları budamakta isteksiz olan çiftçileri bu işi yapmaya zorlamak amacıyla, budanmamış bir asmadan elde edilen şarabın tanrılara sunulmasını da yasakladığından bahsetmektedir. Bkz. <http://www.perseus.tufts.edu> (erişim tarihi: 10.10.2024).

¹⁰⁵ Robinson, s. 175, dipnot 3. Ayrıca bkz. Civelek, s. 76.

res menses, quam annos uixerit, usque ad decem: nec quemquam cuiusuis aetatis ultra; sed longissimi luctus tempus esse decem mensium. Per quod spatium uxoribus quoque defunctorum a secundis nuptiis abstinendum est; et si qua prius nupserit, bouem fetam immolare debebat ex illius lege¹⁰⁶.”

Numa 10: “(Numa) yas için ayrılan sürenin belirli yaş ve zamanlara göre olması gerektiğini belirledi; örneğin üç yaşından küçük bir çocuk için yas tutmak yasaktı; daha büyük bir çocuk için, on yaşına kadar, yaşının her yılı için bir ay sabah izni vardı, ancak daha fazla değil, çünkü on ay herkes için en uzun yas süresinin sınırıydı. ve bu süre boyunca ölenin dul eşi evlenmeden kalırdı. Eğer dul kadın daha önce yeniden evlenmişse, yasaya uygun olarak buzağı halinde bir inek kurban ederdi¹⁰⁷.”

D. 11, 8, 2’de bahsedilen ve kral Numa’ya atfedilen on ikinci kanun ise ölen hamile kadınların definlerinden bahsetmektedir (Numa 12¹⁰⁸):

Numa 12: “Negat lex regia, mulierem, quae praegnas mortua sit, humari, antequam partus ei excidatur; qui contra fecerit, spem animantis cum grauida peremisse uidetur¹⁰⁹.”

Numa 12: “Bir Kral kanunu, hamile bir kadının, çocuk rahminden çıkarılmadan önce gömülmesini yasaklamaktadır. Bu yasayı ihlal eden her kim olursa olsun, anneyle birlikte çocuğun da yaşam beklentisini yok etmiş sayılır¹¹⁰.”

Ölen hamile bir kadının gömülebilmesi için çocuğun, ölen kadının rahminden çıkarılmasını zorunlu tutan bu kanun, kadının cenazesine ilişkin dini bir ritüeli düzenlemekten ziyade, ölenin rahimden çıkarıldıktan sonra yaşama ihtimalini göz önünde tutarak, çocuğun olası yaşamını korumayı amaçlıyor gözükmektedir¹¹¹.

¹⁰⁶ Latince metin Salvatore Riccobono, Fontes Iuris Romani Antejustiniani, I, Firenze, 1941, s. 1-20 (http://www.droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Leges/leges_regia_Riccobono.htm), (erişim tarihi: 10.10.2024)’den alınmıştır.

¹⁰⁷ Metnin Türkçe çevirisi için Allan Chester Johnson / Paul Robinson Coleman-Norton / Frank Card Bourne, Ancient Roman Statutes, Austin, 1961, s. 3-6, n. 1 (<http://www.droitromain.univ-grenoble-alpes.fr>), (erişim tarihi: 10.10.2024)’den yararlanılmıştır.

¹⁰⁸ Robinson, s. 175, dipnot 4.

¹⁰⁹ Latince metin Salvatore Riccobono, Fontes Iuris Romani Antejustiniani, I, Firenze, 1941, s. 1-20 (http://www.droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Leges/leges_regia_Riccobono.htm), (erişim tarihi: 10.10.2024)’den alınmıştır.

¹¹⁰ Metnin Türkçe çevirisi için Allan Chester Johnson / Paul Robinson Coleman-Norton / Frank Card Bourne, Ancient Roman Statutes, Austin, 1961, s. 3-6, n. 1 (<http://www.droitromain.univ-grenoble-alpes.fr>), (erişim tarihi: 10.10.2024)’den yararlanılmıştır.

¹¹¹ Robinson, s. 175.

Bundan başka *Festus*'tan (Fest., F. 178, *Occisum*) öğrendiğimize göre *Numa*, başka bir kanun ile yıldırım çarparak ölen bir kimsenin normal usulle-re göre gömülmesini yasaklamıştır (Numa 14¹¹²):

*Numa 14: "SI HOMINEM FULMEN OCCISIT, NE SUPRA GENUA TOLLITO. HOMO SI FULMINE OCCISUS EST, EI IUSTA NULLA FIERI OPORTET"*¹¹³.

Numa 14: "Eğer bir yıldırım bir adamı öldürürse, ceset dizlerden yukarı kaldırılmamalıdır. Eğer bir adam yıldırım çarpması sonucu ölürse, uygun cenaze töreni yapılmayacaktır"¹¹⁴.

Kral *Numa*'ya atfedilen ölü kültüne ilişkin konulardaki tüm bu düzenlemelerin, sadece kutsal hukuka ilişkin kurallardan meydana geldiği görülmektedir¹¹⁵.

B. On İki Levha Kanunu'ndaki Düzenlemeler

On İki Levha Kanunu'nun 10. Levha'sında ölü kültüne ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. 10. Levhada yer alan kurallarla ilgili bilgilerin neredeyse tamamı *Cicero*'nun Yasalar Üzerine (*De Legibus*) adlı eseri aracılığıyla elimize ulaşmıştır¹¹⁶.

Cicero bu eserinde, ölü gömme ve cenaze törenleri ile ilgili her şeyin, hem *ius pontificium*¹¹⁷ ile hem de *ius civile*¹¹⁸ ile ilişkili olduğunu açıkça dile getirmiştir (Cic. De leg., 2, 43-46¹¹⁹). Bu açıklamalarıyla *Cicero*, Roma'da ölü kültüne ilişkin hususlarda ilahî hukuk ile beşerî hukuk arasına net bir çizgi çekmenin mümkün olmadığına vurgu yapmış olmaktadır¹²⁰.

Kanunun 10. Levhası'nın ilk hükmü, bir ölünün şehrin sınırları içinde gömülmesini veya yakılmasını yasaklamaktadır¹²¹:

¹¹² Robinson, s. 175, dipnot 5.

¹¹³ Latince metin Salvatore Riccobono, *Fontes Iuris Romani Antejustiniani*, I, Firenze, 1941, s. 1-20 (http://www.droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Leges/leges_regia_Riccobono.htm), (erişim tarihi: 10.10.2024)'den alınmıştır.

¹¹⁴ Metnin Türkçe çevirisi için Allan Chester Johnson / Paul Robinson Coleman-Norton / Frank Card Bourne, *Ancient Roman Statutes*, Austin, 1961, s. 3-6, n. 1 (<http://www.droitromain.univ-grenoble-alpes.fr>), (erişim tarihi: 10.10.2024)'den yararlanılmıştır.

¹¹⁵ Robinson, s. 175.

¹¹⁶ Mureşan / Mureşan, 2016, ss. 119-133, s. 120; Robinson, s. 176.

¹¹⁷ *Ius pontificium*, rahiplerin (*pontifex*) yaşayış ve faaliyetlerini düzenleyen hukuktur. Umur, 1975, s. 102.

¹¹⁸ *Ius civile*, Roma vatandaşlarına ait özel hukuka verilen isimdir. Umur, 1975, s. 99.

¹¹⁹ Mureşan / Mureşan, 2016, ss. 119-133, s. 120.

¹²⁰ Mureşan / Mureşan, 2016, ss. 119-133, s. 120.

¹²¹ Robinson, s. 176, dipnot 6.

On İki Levha Kanunu, 10. Levha, 1: “HOMINEM MORTUUM IN URBE NE SEPELITO NEVE URITO¹²².”

On İki Levha Kanunu, 10. Levha, 1: “Ölü bir insan ne şehir içine gömülsün ne de yakılsın¹²³.”

Bu dönemde *Vesta* rahibelerinin ve diğer bazı imtiyazlı kişilerin şehrin sınırları içinde gömüldüğü veya gömülme hakkına sahip olduğu bilinmektedir¹²⁴. Ayrıca şehrin içinde, Etrüsklerden sonra *Forum* haline gelen alanda eski mezarlar da bulunmaktaydı¹²⁵. Bundan dolayı bu yasağın herhangi bir tabudan kaynaklanmadığını ifade etmek mümkündür¹²⁶. Nitekim *Cicero, De Legibus* adlı eserinde (Cic. De leg. 2,23,58¹²⁷) rahip okulunun, bir mezarın kamuya açık bir yerde olmasını hukuka aykırı ilan ettiğini, bunun da *locus religiosus*’da bina inşa etmenin hukuka aykırı olarak kabul edilmesini tamamlayıcı nitelikte olduğunu ifade ettiğinden, söz konusu yasağın dini bir sebepten kaynaklanmadığı fikri güçlenmektedir¹²⁸.

Bununla birlikte o dönemde veba gibi salgın hastalıkların sıkça görülmesinin bir sonucu olarak, evlerin birbirine çok yakın olduğu şehir içinde ölü gömmenin veya ölü yakmanın, kamu sağlığının korunması ve hijyen koşullarının sağlanabilmesi amacıyla, yasaklanmış olması muhtemeldir¹²⁹.

Diğer yandan bu yasa, gelişmekte olan şehrin sınırları içindeki arazileri, yeni yapılacak binalar veya halka açık alanlar için boş tutma ihtiyacından da kaynaklanmış olabilir¹³⁰. Ayrıca *Cicero*, yaşayanlar için önem teşkil eden verimli topraklara ölülerin gömülmesinin bu şekilde yasaklanması ile faydalı toprağın kullanılamaz hale gelmesinin engelleneceğinden bahsetmektedir (Cic. De leg. 2,27,67¹³¹).

¹²² Latince metin Sema Sandalcı, On İki Levha Yasaları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 1993, s. 37 (<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>), (erişim tarihi: 10.10.2024)’den alınmıştır.

¹²³ Metnin Türkçe çevirisi için Sandalcı, s. 58 (<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>), (erişim tarihi: 10.10.2024)’den yararlanılmıştır.

¹²⁴ Erdoğan, 2009, s. 197, dipnot 3; Heller, s. 196; Robinson, s. 176.

¹²⁵ Heller, s. 196.

¹²⁶ Robinson, s. 176; İpek Sevdâ Söğüt, Roma Hukukunda Çevrenin Korunmasına İlişkin Hukuki Vasıtalar, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012, s. 231. Aksi görüş için bkz. Erdoğan, 2009, s. 198.

¹²⁷ Robinson, s. 176, dipnot 7.

¹²⁸ Aksi görüş için bkz. Söğüt, s. 231, dipnot 388.

¹²⁹ Erdoğan, 2009, s. 197; Söğüt, s. 229; Heller, s. 196; Civelek, s. 77. Aksi görüş için bkz. Robinson, s. 176.

¹³⁰ Erdoğan, 2009, s. 198.

¹³¹ Erdoğan, 2009, s. 197, 198; Söğüt, s. 213; Mureşan / Mureşan, 2016, ss. 119-133, s. 121; Robinson, s. 176.

Bu gibi ekonomik sebeplerden başka, *Cicero*'nun düşündüğü gibi, oldukça yaygın olan ölü yakma ritüellerindeki cenaze ateşlerinin yarattığı yangın tehlikesinden kaçınmak da yasağın nedenini teşkil ediyor olabilir¹³². Bu yasağın konulmasında bahsedilen tüm bu nedenlerin birlikte ve farklı oranlarda etki etmiş olması da mümkündür¹³³.

On İki Levha'da başkasına ait bir binanın 60 feet yakınında, bina malikinin izni olmadan yeni bir ölü yakılan yer veya yakma yığını inşa edilmesinin yasaklanarak, farklı bir yangın tehlikesini kontrol altında tutma girişiminde daha bulunduğu anlaşılmaktadır. Söz konusu yasağı düzenleyen kanun şu şekildedir:

On İki Levha Kanunu, 10. Levha, 9: “*rogum bustumve novum vetat propius LX pedes adigi aedes alienas invito domino*¹³⁴.”

On İki Levha Kanunu, 10. Levha, 9: “(Yasa), sahibi istemedikçe, başkalarının evlerine altmış ayaktan daha yakınında ölü yakılan yer ya da yeni yakma yığını yasaklar¹³⁵.”

On İki Levha Kanunu'nun 10. Levha'sındaki bazı kanunların ise ilahî huktan kaynaklandıkları görülmektedir. Bunların ilki ölen bir adamın kemiklerinin, yabancı bir ülkede veya savaşta öldürüldüğü durumlar dışında, sonradan yapılacak ikinci bir cenaze töreni için toplanmasını yasaklamaktadır:

On İki Levha Kanunu, 10. Levha, 5: “*a. HOMINE MORTUO NE OSSA LEGITO, QUO POST FUNUS FACIAT. b. Excipit bellicam peregrinamque mortem*¹³⁶.”

On İki Levha Kanunu, 10. Levha, 5: “a. Adam öldükten sonra, cenaze töreninde kullanılacağından, (bir kimse) kemikleri toplanmasın. b. Savaşta ya da yabancı bir ülkede olan ölüm (durumunda yasaca) istisna vardır¹³⁷.”

¹³² Heller, s. 196; Erdoğan, 2009, s. 198; Robinson, s. 176; Söğüt, s. 231. İlk kez rahipler tarafından ortaya konulduğu zamanda bu yasağın arka planında yer alan tüm bu etkenler arasındaki denge, daha sonraki dönemlerde laik hukukçular tarafından gözlemlenmiş ve uygulanmıştır. Robinson, s. 176.

¹³³ Robinson, s. 176.

¹³⁴ Latince metin Sandalcı, s. 37 (<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>), (erişim tarihi: 10.10.2024)'den alınmıştır.

¹³⁵ Metnin Türkçe çevirisi için Sandalcı, s. 58 (<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>), (erişim tarihi: 10.10.2024)'den yararlanılmıştır.

¹³⁶ Latince metin Sandalcı, s. 37 (<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>), (erişim tarihi: 10.10.2024)'den alınmıştır.

¹³⁷ Metnin Türkçe çevirisi için Sandalcı, s. 58 (<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>), (erişim tarihi: 10.10.2024)'den yararlanılmıştır.

İlahî hukuktan kaynaklanan diğer bir kanun ise bir adamın yiğitliği nede- niyle kazandığı bir taçla gömülmesine izin verilmesine ilişkindir¹³⁸:

On İki Levha Kanunu, 10. Levha, 7: “*QUI CORONAM PARIT IPSE PE- CUNIAVE EIUS (HONORIS) VIRTUTISVE ERGO ARDUITUR EI ...*”¹³⁹”

On İki Levha Kanunu, 10. Levha, 7: “Kim kendi parasıyla, onur ya da yiğitliği dolayısıyla çelenk sahibi olmuşsa, bu (çelenk) onunla bir- likte yakılır¹⁴⁰.”

10. Levha’da, bundan başka, dini bir nitelik taşımalarının yanısıra cena- ze masraflarını düzenlemeyi, cenaze masrafları yapılırken veya yas tutarken yapılan aşırılıkları sınırlandırmayı amaçlayan hükümler de bulunmaktadır¹⁴¹. Kanun’un bu amaçla getirilmiş hükümleri sırasıyla şu şekildedir¹⁴²:

On İki Levha Kanunu, 10. Levha, 2: “... *HOC PLUS NE FACITO. ROGUM ASCEA NE POLITO*”¹⁴³.”

On İki Levha Kanunu, 10. Levha, 2: “Bir kimse bundan daha fazla yapmamalıdır. Bir kimse baltayla (üstünde ölünün yakıldığı) odun yığınını düzleştirmesin¹⁴⁴.”

10. Levha’nın ikinci kanunundaki hükmün cenaze törenleri için yapılan masrafları sınırlandırmayı amaçladığı açıktır. Kanun ayrıca yas tutanların abartılı davranışlarını da yasaklamaktadır:

On İki Levha Kanunu, 10. Levha, 3: “*Extenuato igitur sumptu tribus reci- niis et tunicula purpureae et decem tibicinibus tollit etiam lamentationem*”¹⁴⁵.”

On İki Levha Kanunu, 10. Levha, 3: “Masrafi, üç başörtüsü, bir küçük pembe tunik ve on flütçüyü indirdikten sonra ağlamayı da kaldırdı¹⁴⁶.”

¹³⁸ Robinson, s. 176, dipnot 13.

¹³⁹ Latince metin Sandalcı, s. 37 (<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>), (erişim tarihi: 10.10.2024)’den alınmıştır.

¹⁴⁰ Metnin Türkçe çevirisi için Sandalcı, s. 59 (<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>), (erişim tarihi: 10.10.2024)’den yararlanılmıştır.

¹⁴¹ Erdoğan, 2009, s. 200; Civelek, s. 76, 77.

¹⁴² Robinson, s. 176.

¹⁴³ Latince metin Sandalcı, s. 37 (<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>), (erişim tarihi: 10.10.2024)’den alınmıştır.

¹⁴⁴ Metnin Türkçe çevirisi için Sandalcı, s. 58 (<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>), (erişim tarihi: 10.10.2024)’den yararlanılmıştır.

¹⁴⁵ Latince metin Sandalcı, s. 37 (<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>), (erişim tarihi: 10.10.2024)’den alınmıştır.

¹⁴⁶ Metnin Türkçe çevirisi için Sandalcı, s. 58 (<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>), (erişim tarihi: 10.10.2024)’den yararlanılmıştır.

10. Levha'daki dördüncü kanun da üçüncü kanundakine benzer bir şekilde yas tutarken yapılan bazı aşırılıkları engellemeyi amaçlamaktadır:

On İki Levha Kanunu, 10. Levha, 4: “*MULIERIS GENAS NE RADUNTO, NEVE LESSUM FUNERIS ERGO HABENTO*”¹⁴⁷.

On İki Levha Kanunu, 10. Levha, 4: “Kadınlar ne yanaklarını tırmasınlar ne de cenaze feryadı çıkarsınlar”¹⁴⁸.”

10. Levha'da yer alan bir başka kanun ise ölüye şarap veya diğer maddelerin serpilmesini, ölünün köleler tarafından yağlanmasını, ölünün defnedilmesinden sonra verilen yemekte içki içilmesini yasaklamaktadır¹⁴⁹:

On İki Levha Kanunu, 10. Levha, 6: “*a. Haec praeterea sunt in legibus de unctura: “servilis unctura tollitur omnisque circumpotatio”... “Ne sumptuosa respersio, ne longae coronae, ne acerrae”. b. ne murrata potio...*”¹⁵⁰

On İki Levha Kanunu, 10. Levha, 6: “a. Yasalarda ayrıca (ölünün) yağlanması hakkında şunlar vardır: “Köleler tarafından (yapılan) yağlanma ve her türlü içki âlemi kaldırılmıştır”...”ne pahalı su serpme ne uzun çelenkler ne tütsü kutuları”. b. ne kokulu sarı sakız içkisi (olsun)...”¹⁵¹

Ölenin yanına altın koyularak gömülemeyeceği, ancak altın dişleri varsa bunların çıkarılmasına da gerek olmadığı 10. Levha'da düzenlemiştir. Konuya ilişkin hüküm şu şekildedir¹⁵²:

On İki Levha Kanunu, 10. Levha, 8: “*... NEVE AURUM ADDITO. AT CUI AURO DENTES IUNCTI ESCUNT. AST IM CUM ILLO SEPELIET URETVE, SE FRAUDE ESTO*”¹⁵³.

¹⁴⁷ Latince metin Sandalcı, s. 37 (<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>), (erişim tarihi: 10.10.2024)'den alınmıştır.

¹⁴⁸ Metnin Türkçe çevirisi için Sandalcı, s. 58 (<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>), (erişim tarihi: 10.10.2024)'den yararlanılmıştır.

¹⁴⁹ Robinson, s. 176.

¹⁵⁰ Latince metin Sandalcı, s. 37 (<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>), (erişim tarihi: 10.10.2024)'den alınmıştır.

¹⁵¹ Metnin Türkçe çevirisi için Sandalcı, s. 58, 59 (<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>), (erişim tarihi: 10.10.2024)'dan yararlanılmıştır.

¹⁵² Robinson, s. 176.

¹⁵³ Latince metin Sandalcı, s. 38 (<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>), (erişim tarihi: 10.10.2024)'den alınmıştır.

On İki Levha Kanunu, 10. Levha, 8: “Ne altın eklensin; ama dişleri altınla birleşik olan o kişi, eğer o (altınla) gömülecek ya da yakılacaksa, (bunun) cezası olmasın¹⁵⁴.”

10. Levha’da yer alan bu kanunların hangi amaçlarla yapıldıkları kesin olarak anlaşılamamakla birlikte, bir takım dini nedenlerden kaynaklandıklarına şüphe yoktur. Ayrıca özellikle cenaze işlemleri, cenaze töreni ve defin işlemleri ile ilgili masrafları düzenlemeye ve sınırlandırmaya ilişkin olanların, Roma’nın kaynaklarını korumak amacıyla çıkarılmış olmaları da muhtemeldir¹⁵⁵.

Geleneksel olarak düzenlendiği şekliyle On İki Levha Kanunu’nun 10. Levha’sında yer alan son kanun ise özel hukuka ilişkilidir. Söz konusu kanunda, bir mezar girişinin veya ölü yakma yerinin üzerindeki mülkiyetin zamanaşımıyla kazanılmasının mümkün olmadığından bahsedilmektedir¹⁵⁶:

On İki Levha Kanunu, 10. Levha, 10: “*forum id est vestibulum sepulcri bustumve usucapi vetat*¹⁵⁷.”

On İki Levha Kanunu, 10. Levha, 10: “*Forum*, yani mezarın girişi ve ölü yakma yeri zamanaşımıyla mülk edinilemez¹⁵⁸.”

On İki Levha Kanun’unda yer alan ölü kültüne dair konularla ilgili kanunlar incelenirken son olarak içeriğini *Cicero* aracılığıyla öğrendiğimiz bir Atina Kanunu’nun da üzerinde durulması gerekir. Genel anlamıyla ilahî hukuk hakkında bilgi edinilmesi bakımından eldeki önemli bir kaynak olan *Cicero, De Legibus* adlı eserinde, hakkı olmayan birinin mevcut bir mezara gömülmesini yasaklayan ve bir mezarın tahrip edilmesini ya da yıkılmasını cezalandıran bir Atina Kanunu’ndan alıntı yapılmaktadır¹⁵⁹:

Cic. De Leg. 2,26,64: “*De sepulcris autem nihil est apud Solonem amplius quam ‘ne quis ea deleat neue alienum inferat’, ‘Poenaque est ‘si quis bustum (nam id puto appellari τῦμβον) aut monumentum aut columnam violarit, laeserit, fregerit*¹⁶⁰.”

¹⁵⁴ Metnin Türkçe çevirisi için Sandalcı, s. 59 (<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>), (erişim tarihi: 10.10.2024)’dan yararlanılmıştır.

¹⁵⁵ Erdoğan, 2009, s. 198; Robinson, s. 176.

¹⁵⁶ Robinson, s. 177.

¹⁵⁷ Latince metin Sandalcı, s. 38 (<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>), (erişim tarihi: 10.10.2024)’den alınmıştır.

¹⁵⁸ Metnin Türkçe çevirisi için Sandalcı, s. 59 (<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>), (erişim tarihi: 10.10.2024)’dan yararlanılmıştır.

¹⁵⁹ Robinson, s. 177; Mureşan / Mureşan, 2016, ss. 843-860, s. 846, 847.

¹⁶⁰ Latince metin, <http://www.perseus.tufts.edu> (erişim tarihi: 10.10.2024)’dan alınmıştır.

Cic. De Leg. 2,26,64: “Mezarlarla ilgili olarak ise Solon’un şundan başka yasası yoktur: “Kimse onları yıkmasın ve başkasının mezarını yakmasın.” Her kim (*tymbos* adının verilmesini düşündüğüm) bir mezar höyüğüne, anıta ya da sütuna zarar verir, onu kazar ya da parçalarsa” ceza görür¹⁶¹.”

Cicero’nun eserinde değindiği mezara zarar verme suçunu işleyenlerin cezalandırılacağından bahseden bu Solon Kanunu’nun, On İki Levha Kanunu’nun içeriğine dâhil edildiği genellikle kabul edildiğinden¹⁶², Roma hukukunun erken dönemlerinde mezara zarar vermenin muhtemelen bir kamu suçu teşkil ettiği söylemek mümkündür¹⁶³.

IV. ON İKİ LEVHA KANUNU’NDAN SONRAKİ GELİŞMELER

Cicero’dan sonraki dönemde Roma’da ölü kültürüne ilişkin düzenlemelerle ilgili bilgi veren yazılı kaynakların sayısı ve çeşitliliği artmaktadır. Bunun en önemli nedeni, konunun niteliği gereği ilahî hukuk ile *ius civile* arasında net bir çizgi çizilememesi ve bunun sonucunda hem kamu yetkililerinin hem de Romalı hukukçuların cevap bulmasını gerektiren çok sayıda sorun ortaya çıkmış olmasıdır¹⁶⁴. Bu durum, birçok *senatus* kararı, imparator emirnamesi ile dönemin hukukçuları tarafından yazılan hukukî eserlerde ortaya konan hukukî yorumların oluşmasına sebep teşkil etmiştir¹⁶⁵. Çünkü mezarın hem ilahî hukuka hem de *ius civile*’ye bu şekilde tabi olması, muhtemelen pek çok sorunun kaynağını oluşturmuştur¹⁶⁶.

A. Defin Yerinden Kaynaklanan Sorunlar ve Çözüm Yolları

On İki Levha Kanunu’ndan sonraki dönemde ortaya çıkan önemli karışıklıklardan biri, özellikle kırsal bölgelerde, bir kişiyi herhangi bir yere veya en azından kendi toprağına gömmenin hem ilahî hukuk hem de *ius civile* açısından tamamen yasal olmasıdır¹⁶⁷. Nitekim *Digesta*’da *Callistratus*’a ait bir metinde, malikinin rızasıyla başkasına ait bir toprağına gömülmenin mümkün olduğu, hatta malikinin rızası dışında başkasının arazisine gömülmenin dahi o yeri dini bir yer haline getirebileceğinden söz edilmektedir. Söz konusu metin şu şekildedir¹⁶⁸:

¹⁶¹ Latince metnin Türkçe çevirisi, *Cicero, Yasalar Üzerine*, Hasan Âli Yücel Klasikler Dizisi CCXCVII, (Latince aslından çev. C. Cengiz Çevik), Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2022, s. 64, 65’den alınmıştır.

¹⁶² Erdoğan, s. 200.

¹⁶³ Robinson, s. 177; Erdoğan, 2009, s. 200; Mureşan / Mureşan, 2016, ss. 119-133, s. 120.

¹⁶⁴ Mureşan / Mureşan, 2016, ss. 119-133, s. 120.

¹⁶⁵ Mureşan / Mureşan, 2016, ss. 119-133, s. 120.

¹⁶⁶ Robinson, s. 177; Mureşan / Mureşan, 2016, ss. 119-133, s. 120.

¹⁶⁷ Robinson, s. 178; Brown, s. 8.

¹⁶⁸ Robinson, s. 178.

D.11,7,41 (Callistratus libro 2 institutionum): “Si plures sint domini eius loci, ubi mortuus infertur, omnes consentire debent, cum extranei inferantur: nam ex ipsis dominis quemlibet recte ibi sepeliri constat etiam sine ceterorum consensu, maxime cum alius non sit locus in quo sepeliretur”¹⁶⁹.”

D.11,7,41 (*Callistratus*’un *Institutiones*’inin 2. Kitabından): “Bir cesedin gömülmek üzere getirildiği yere birden fazla kişi sahipse, ceset bir yabancıya aitse, hepsinin rızası gerekir; fakat müşterek maliklerden herhangi birinin, diğerlerinin rızası olmasa bile, özellikle de gömülebileceği başka bir yer yoksa oraya uygun bir şekilde gömülebileceği belirlenmiştir¹⁷⁰.”

Metinde *Callistratus*, üzerinde müşterek mülkiyet bulunan yere, müşterek malikler dışında birinin, bir ölüyü gömmesiyle ilgili bir meseleden bahsetmektedir. Hukukçu, böyle bir durumda ölen kişinin o yere gömülebilmesi için müşterek maliklerin tümünün rızasının gerekli olduğunu ifade etmekte, daha sonra da ölenin gömüleceği başka bir yer olmaması durumunda diğer paydaşlar karşı çıksa bile, müşterek maliklerden herhangi birinin rızasının gömme için yeterli olduğunu söylemektedir.

Digesta’da yer verilen bir başka metinde ise *Papinianus*, üzerinde intifa hakkı tesis edilmiş arazi malikinin, arazisine ölü gömmesi veya gömmek istemesi durumunda bu yerin dini yer haline gelmeyeceği, fakat bunu yapması engellenirse *interdictum* imkânına başvurabileceğinden bahsetmektedir. Hukukçu metnin devamında, aynı durumun diğer müşterek maliklerin rızası hıfına ortak kullanılan bir yere bir ölüyü gömmek isteyen müşterek malik için de geçerli olduğunu ifade etmektedir. *Papinianus*’a ait metin şu şekildedir¹⁷¹:

D.11,7,43 (Papinianus libro 8 quaestionum): “Sunt personae, quae, quamquam religiosum locum facere non possunt, interdicto tamen de mortuo inferendo utiliter agunt, ut puta dominus proprietatis, si in fundum, cuius fructus alienus est, mortuum inferat aut inferre velit: nam si intulerit, non faciet iustum sepulchrum, sed si prohibeatur, utiliter interdicto, qui de iure dominii quaeritur, aget. Eademque sunt in socio, qui in fundum communem invito socio mortuum inferre vult. Nam propter pub-

¹⁶⁹ Latince metin Iustiniani *Digesta*, *Corpus Iuris Civilis*, Cilt: I, (ed. Theodor Mommsen / ed. Paul Krueger), Weidmann, Berolini, 1908 (<http://www.droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Corpus/digest.htm>), (erişim tarihi: 10.10.2024)’den alınmıştır.

¹⁷⁰ Metnin Türkçe çevirisi için the *Digest or Pandects of Justinian*, (çev. Samuel P. Scott), Cincinnati, 1932 (http://www.droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Anglica/digest_Scott.htm), (erişim tarihi: 10.10.2024)’den yararlanılmıştır.

¹⁷¹ Ayrıca bkz. I.2,1,9; Brown, s. 8.

*licam utilitatem, ne insepulta cadavera iacerent, strictam rationem insuper habemus, quae nonnumquam in ambiguis religionum quaestionibus omitti solent: nam summam esse rationem, quae pro religione facit*¹⁷². ”

D.11,7,43 (Papinianus'un Sorular'ının 8. Kitabından): “Bir yeri dinî bir yer haline getiremeseler de ölü bir bedenın gömülmesiyle ilgili olarak tamamen uygun bir şekilde *interdictum* başvurusunda bulunabilecek kişiler vardır; örneğin, sadece mal sahibi olan bir kişi, intifa hakkı başkasına ait olan bir araziye bir ceset gömdüğünde ya da gömmek istediğinde olduğu gibi, çünkü oraya gömerse o yeri yasal bir mezar haline getirmeyecektir, ancak bunu yapması engellenirse, mülkiyet hakkı konusunda bir inceleme başlatılabilmesi için çok uygun bir şekilde *interdictum* başvurusunda bulunabilir. Aynı kurallar, müşterek maliklerin rızası hilafına bir cesedi ortak kullanılan bir yere gömmek isteyen müşterek malikin durumu için de geçerlidir; çünkü kamu yararı nedeniyle ve cesetlerin gömülmeden kalmaması için, dinî konularla ilgili şüpheli sorunlarda bazen vazgeçilen katı kuralı göz ardı ettik; çünkü en yüksek kural dine uygun olandır¹⁷³. ”

Bunun yanı sıra malikinın rızası dışında başkasının arazisine bir ölünün defnedilmesi durumunda rahipler aksini beyan ederse orası dini yer haline gelmezdi¹⁷⁴. Arazinin *locus religiosus* haline geldiği ve dolayısıyla artık ticarî muamelelere uygun olmadığına kabul edildiği bir durumda ise zarar gören malik, arazisinin bedelinin ödenmesini bir *actio in factum*¹⁷⁵ yoluyla talep etme hakkına sahipti:

*D.11,7,7 pr. (Gaius libro 19 ad edictum provinciale): “Is qui intulit mortuum in alienum locum aut tollere id quod intulit aut loci pretium praestare cogitur per in factum actionem, quae tam heredi quam in heredem competit et perpetua est*¹⁷⁶. ”

¹⁷² Latince metin Iustiniani Digesta, Corpus Iuris Civilis, Cilt: I, (ed. Theodor Mommsen / ed. Paul Krueger), Weidmann, Berolini, 1908 ([Http://www.droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Corpus/digest.htm](http://www.droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Corpus/digest.htm)), (erişim tarihi: 10.10.2024)'den alınmıştır.

¹⁷³ Metnin Türkçe çevirisi için the Digest or Pandects of Justinian, (çev. Samuel P. Scott), Cincinnati, 1932 ([Http://www.droitromain.univ-grenoble-alpes.fr /Anglica/digest_Scott.htm](http://www.droitromain.univ-grenoble-alpes.fr /Anglica/digest_Scott.htm)), (erişim tarihi: 10.10.2024)'den yararlanılmıştır.

¹⁷⁴ Robinson, s. 178.

¹⁷⁵ *Actiones in factum conceptae* (=formulae in factum conceptae=actio in factum), *ius civile* tarafından tanınmış bir hakka dayanmadığı için *ius civile*'ye göre bir davası bulunmayan, fakat *praetor*'un korunmasını hakkaniyete uygun bulması nedeniyle bir *formula*'nın *intentio*'suna ekleyerek dile getirdiği bir olguya dayanan *praetor* davalarıdır. Umur, 1975, s. 15; Berger, s. 475.

¹⁷⁶ Latince metin Iustiniani Digesta, Corpus Iuris Civilis, Cilt: I, (ed. Theodor Mommsen / ed. Paul Krueger), Weidmann, Berolini, 1908 ([Http://www.droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Corpus/digest.htm](http://www.droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Corpus/digest.htm)), (erişim tarihi: 10.10.2024)'den alınmıştır.

D.11,7,7 pr. (*Gaius*'un Eyalet *Edictum*'una dair 19. Kitabından): “Başkasına ait bir araziye ceset gömen kişi, *in factum* dava yoluyla ya gömdüğü cesedi çıkarmaya ya da arazinin bedelini ödemeye zorlanabilir. Bu dava bir mirasçı tarafından açılabilceği gibi bir mirasçıya karşı da açılabilir ve sürekli dir¹⁷⁷.”

Bundan başka özel hukukla ilişkili olarak, ölen kişinin, koşulun askıda olma durumu devam ederken, koşullu olarak vasiyet edilen araziye, mirasçı tarafından defnedilmesinin bu yeri dini hale getirmed iği de kaynaklardan anlaşılmaktadır¹⁷⁸:

D.11,7,34 (Paulus libro 64 ad edictum): “Si locus sub condicione legatus sit, interim heres inferendo mortuum non facit locum religiosum¹⁷⁹.”

D.11, 7, 34 (*Paulus*'un *Edictum*'a dair 64. Kitabından): “Bir yerin bir koşula bağı lı olarak vasiyet edilmesi ve bu arada mirasçının ölüyü defnetmesi, o yeri dini bir yer haline getirme z¹⁸⁰.”

Cic. De Leg., 2,23,58'de ise *Cicero*, rahip okulunun, ölen kişinin kamu malı (*res publica*) niteliğindeki bir yere gömülmesi durumunda bu yerin dini yer haline gelmeyeceğine karar verdiklerinden bahsedilmektedir¹⁸¹.

B. Mezarın Taşınmasından Kaynaklanan Sorunlar ve Çözüm Yolları

Ulpianus'a ait bir metinde, rahiplerin veya imparatorun izni olmadan, arazi malikinin, ölünün kemiklerini veya cesedi gömüldüğü yerden çıkarılmasıyla ilgili bir meseleden bahsetmektedir. Hukukçu daha sonra, böyle bir durumda arazi malikinin *iniuria*¹⁸²'dan dolayı sorumlu tutulması gerektiğine ilişkin *Labeo*'ya ait görüşü aktarmaktadır¹⁸³:

¹⁷⁷ Metnin Türkçe çevirisi için the Digest or Pandects of Justinian, (çev. Samuel P. Scott), Cincinnati, 1932 (http://www.droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Anglica/digest_Scott.htm), (erişim tarihi: 10.10.2024)'den yararlanılmıştır.

¹⁷⁸ Robinson, s. 178, dipnot 32.

¹⁷⁹ Latince metin Iustiniani Digesta, Corpus Iuris Civilis, Cilt: I, (ed. Theodor Mommsen / ed. Paul Krueger), Weidmann, Berolini, 1908 (<http://www.droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Corpus/digest.htm>), (erişim tarihi: 10.10.2024)'den alınmıştır.

¹⁸⁰ Metnin Türkçe çevirisi için the Digest or Pandects of Justinian, (çev. Samuel P. Scott), Cincinnati, 1932 (http://www.droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Anglica/digest_Scott.htm), (erişim tarihi: 10.10.2024)'den yararlanılmıştır.

¹⁸¹ Cicero, s. 61, 62; Erdoğan, 2009, s. 199.

¹⁸² *Iniuria*, *ius civile*'nin tanıdığı dört haksız fiilden biridir. On İki Levha Kanunu döneminde *iniuria*, bir kişinin fiziksel varlığına karşı gerçekleştirilen maddi tecavüz iken Cumhuriyet Dönemi'nin sonlarından itibaren hem maddi hem de manevi tecavüzleri (*contumelia*) kapsayan bir haksız fiil haline gelmişti. Umur, 1975, s. 87; Berger, s. 502.

¹⁸³ Robinson, s. 178, dipnot 31.

D. 11, 7, 8 pr. (Ulpianus libro 25 ad edictum): “Ossa quae ab alio illata sunt vel corpus an liceat domino loci effodere vel erueri sine decreto pontificum seu iussu principis, quaestionis est: et ait Labeo exspectandum vel permissum pontificale seu iussionem principis, alioquin iniuriarum fore actionem adversus eum qui eiecit¹⁸⁴.”

D.11,7,8pr. (*Ulpianus*'un *Edictum*'a dair 25. Kitabından): “Kemiklerin ya da bir cesedin akrabası olmayan başka bir kişi tarafından gömüldüğü durumlarda, arazi malikinin rahiplerin kararı ya da imparatorun emri olmadan bunları kazıp çıkarıp çıkaramayacağı ya da kaldırıp kaldıramayacağı bir sorundur ve Labeo, rahiplerin izninin ya da imparatorun emrinin alınması gerektiğini, aksi takdirde kalıntıları kaldıran kişiye karşı bir *iniuria* davası açılacağını söyler¹⁸⁵.”

Rahiplerin özel işlevlerinden biri de sel tehdidi veya bir mezarın tehlikeli hale gelmesi ya da uygun başka bir sebebin varlığı halinde bir cesedin nakline izin vermektir¹⁸⁶. Ancak *Ulpianus*'un, bu tür bir karar yetkisinin rahiplere ait olduğunu belirtirken, araya “veya imparatorun emri (*seu iussu principis*)” ifadesini de eklediği görülmektedir.

Hukukçu metinde, kemiklerin ya da bir cesedin, ölenin akrabası olmayan başka bir kişi tarafından gömüldüğü durumlarda, arazi malikinin rahip okulunun kararı veya imparatorun emri olmadan bunları çıkarılamayacağını ifade eden *Labeo*'nun görüşünü aktarmaktadır.

Paulus, bedenın farklı parçalardan oluştuğu durumlarda da tek bir *locus religiosus* olduğunu ve bunun da başın bulunduğu yer olduğunu söyledikten sonra, ölüye ait parçaların taşınması için izin alındığında, ölünün çıkarıldığı mezar yerinin artık dini yer niteliğine sahip olmadığını da sözlerine ekler:

D.11,7,44 (Paulus libro 3 quaestionum): “Cum in diversis locis sepultum est, uterque quidem locus religiosus non fit, quia una sepultura plura sepulchra efficere non potest: mihi autem videtur illum religiosum esse, ubi quod est principale conditum est, id est caput,

¹⁸⁴ Latince metin Iustiniani Digesta, Corpus Iuris Civilis, Cilt: I, (ed. Theodor Mommsen / ed. Paul Krueger), Weidmann, Berolini, 1908 (<http://www.droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Corpus/digest.htm>), (erişim tarihi: 10.10.2024)'den alınmıştır.

¹⁸⁵ Metnin Türkçe çevirisi için the Digest or Pandects of Justinian, (çev. Samuel P. Scott), Cincinnati, 1932 (http://www.droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Anglica/digest_Scott.htm), (erişim tarihi: 10.10.2024)'den yararlanılmıştır.

¹⁸⁶ Rahip okulunun bir cesedin nakline izin verdiğine ilişkin kayıtları içeren mezar kitabesi örnekleri için bkz. Robinson, s. 182.

*cuius imago fit, inde cognoscimur. Cum autem impetratur, ut reliquiae transferantur, desinit locus religiosus esse*¹⁸⁷.”

D.11,7,44 (Paulus'un Sorular'ının 3. Kitabından): “Farklı yerlere defnedildiklerinde, bir kişinin gömülmesiyle iki mezar oluşmadığı için her ikisi de dini olmaz; ancak bana öyle geliyor ki, bedenın ana kısmının, yani başın, benzerliği sayesinde tanındığımız yerin dini olması gerekir. Bununla birlikte, kalıntıların taşınması için izin alındığında, yer dini olmaktan çıkar¹⁸⁸.”

Marcianus, *Divi Fratres*'in bir cesedin başka yere nakledilmek suretiyle rahatsız edilmesini yasaklayan, ancak koşullar gerektirdiğinde tabutun içındekilerle birlikte daha uygun bir yere nakledilmesine izin veren bir *decretum*¹⁸⁹’unu aktarır¹⁹⁰:

D.11,7,39 (Marcianus libro 3 institutionum): “*Divi fratres edicto admonuerunt, ne iustae sepulturae traditum, id est terra conditum corpus inquietetur: videtur autem terra conditum et si in arcula conditum hoc animo sit, ut non alibi transferatur. Sed arculam ipsam, si res exigat, in locum commodiorem licere transferre non est denegandum*¹⁹¹.”

D.11,7,39 (Marcianus'un Institutiones'inin 3. Kitabından): “İlahî Kardeşler, bir cesedin kanuna uygun olarak gömüldükten, yani toprağa gömüldükten sonra rahatsız edilmemesi gerektiğini *decretum* ile emretmişler; çünkü bir ceset, başka bir yere götürülmemesi niyetiyle bir tabuta konulduğu yerde toprağa verilmiş sayılır. Koşullar gerektiriyorsa tabutun daha uygun bir yere taşınmasının yasal olduğu inkâr edilmemelidir¹⁹².”

¹⁸⁷ Latince metin Iustiniani Digesta, Corpus Iuris Civilis, Cilt: I, (ed. Theodor Mommsen / ed. Paul Krueger), Weidmann, Berolini, 1908 (<http://www.droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Corpus/digest.htm>), (erişim tarihi: 10.10.2024)'den alınmıştır.

¹⁸⁸ Metnin Türkçe çevirisi için the Digest or Pandects of Justinian, (çev. Samuel P. Scott), Cincinnati, 1932 (http://www.droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Anglica/digest_Scott.htm), (erişim tarihi: 10.10.2024)'den yararlanılmıştır.

¹⁸⁹ Bir ihtilaf hakkında, *magistra*'nın veya davanın taraflarının talebi üzerine veya resen, imparatorun verdiği kararlara *decretum* denir. *Magistra*'ların hukuki veya idari alanlarda aldıkları kararlar da *decretum* idi. Umur, 1975, s. 54.

¹⁹⁰ Robinson, s. 183, dipnot 77.

¹⁹¹ Latince metin Iustiniani Digesta, Corpus Iuris Civilis, Cilt: I, (ed. Theodor Mommsen / ed. Paul Krueger), Weidmann, Berolini, 1908 (<http://www.droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Corpus/digest.htm>), (erişim tarihi: 10.10.2024)'den alınmıştır.

¹⁹² Metnin Türkçe çevirisi için the Digest or Pandects of Justinian, (çev. Samuel P. Scott), Cincinnati, 1932 (http://www.droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Anglica/digest_Scott.htm), (erişim tarihi: 10.10.2024)'den yararlanılmıştır.

İmparator *Augustus*'un naaşının Nola'dan Roma'ya taşınmasında olduğu gibi, bir tabutun geçici olarak bırakıldığı bir yer, dini bir nitelik taşımamaktaydı¹⁹³. Nitekim *Paulus*, bir cesedin daha sonra başka bir yere götürmek niyetiyle veya geçici olarak gömüldüğü yerin dini yer olmadığından bahsetmektedir:

*D.11,7,40 (Paulus libro 3 quaestionum): "Si quis enim eo animo corpus intulerit, quod cogitaret inde alio postea transferre magisque temporis gratia deponere, quam quod ibi sepeliret mortuum et quasi aeterna sede dare destinaverit, manebit locus profanus"*¹⁹⁴.

D.11,7,40 (*Paulus*'un Sorular'ının 3. Kitabından): "Bir kimse daha sonra başka bir yere götürmek niyetiyle bir cesedi gömmüşse ve cesedi kalıcı olarak gömmek ya da ona son bir dinlenme yeri sağlamak yerine süreliğine orada bırakmayı tercih etmişse, bu yer dindışı kalacaktır"¹⁹⁵.

C. Mezarı Ziyaret Etme Hakkının Engellenmesinde Tanınan Hukukî Çareler

Ailenin ölen kişiye karşı kutsal görevlerini yerine getirmeye devam etmesine engel olan mezara erişim sorununun irtifak hakları hukukunda özel bir gelişmeye yol açtığını ifade etmek gerekir. Bu alandaki gelişme sonucunda bu tür kutsal görevleri yerine getirmeyi kolaylaştırmak için tasarlanmış, *iter*¹⁹⁶'e dayalı yeni bir hak grubu oluşmuştur¹⁹⁷.

Roma'nın en eski inancının bir gereği olarak ölen aile üyeleri, aileye ait topraklara gömülmekteydi. Bu durum, mezarın bulunduğu toprak üzerindeki mülkiyet hakkının devredilmesi durumunda, mezara ulaşmak ve kutsal görevleri yerine getirebilmek için artık başkasına ait bu topraktan geçme hakkının tanınması mecburiyetini doğurmuştur¹⁹⁸.

¹⁹³ Robinson, s. 183; Brown, s. 9.

¹⁹⁴ Latince metin Iustiniani Digesta, Corpus Iuris Civilis, Cilt: I, (ed. Theodor Mommsen / ed. Paul Krueger), Weidmann, Berlin, 1908 (<http://www.droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Corpus/digest.htm>), (erişim tarihi: 10.10.2024)'den alınmıştır.

¹⁹⁵ Metnin Türkçe çevirisi için the Digest or Pandects of Justinian, (çev. Samuel P. Scott), Cincinnati, 1932 (http://www.droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Anglica/digest_Scott.htm), (erişim tarihi: 10.10.2024)'den yararlanılmıştır.

¹⁹⁶ Yararlanan kişiye, başkasına ait bir taşınmazdan yaya veya atla geçmeye ilişkin bir geçiş hakkı (*ius eundendi*) tanıyan köy gayrimenkul irtifak hakkıdır. En eski dört köy gayrimenkul irtifakından biri olan "*iter*", *res mancipi*'lere dahil kabul edilirdi. Bkz. I.2.3.pr.; D.8.3.1.pr.; Umur, 1975, s. 95; Berger, s. 517; Kaser, s. 118; Di Marzo, s. 274. Klasik Hukuk Dönemi'nde Roma şehirlerinin kuruluş planı dolayısıyla etrafı kapalı araziler bulunmadığından, zorunlu geçit hakkı, ancak *iter ad sepulchrum* (mezara gitme hakkı) gibi, istisnaî hallerde ortaya çıkmıştır. Bülent Tahiroğlu, Roma Hukukunda Mülkiyet Hakkının Sınırları, Der Yayınları, İstanbul, 2001, s. 76. Ayrıca bkz. Buse Aksaray, 'Roma Hukukunda Mülkiyet Hakkının Komşuluk İlişkileri Bakımından Sınırları', Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 1, 2019, ss. 61-100, s. 70.

¹⁹⁷ Mezar yazıtlarında ifade edilen bu tarz haklarla ilgili diğer örnekler için bkz. Robinson, s. 179.

¹⁹⁸ Tahiroğlu, s. 76; Aksaray, 2019, s. 71.

Bu zorunlu irtifak hakkından, D.47,12,5'te bahsedilmektedir¹⁹⁹:

*D.47,12,5 (Pomponius libro sexto ex Plautio): "Utimur eo iure, ut dominis fundorum, in quibus sepulchra fecerint, etiam post venditos fundos adeundorum sepulchrorum sit ius. Legibus namque praediorum vendundorum cavetur, ut ad sepulchra, quae in fundis sunt, item eius aditus ambitus funeri faciendi sit"*²⁰⁰.

D.47,12,5 (Pomponius'un Plautius'tan 6. Kitabı): "Uygulamamıza göre, mezar yeri olarak ayrılmış arazilerin malikleri, araziye sattıktan sonra bile mezarlara erişim hakkına sahiptir. Çünkü taşınmaz malların satışına ilişkin yasalar, üzerinde bulunan mezarlara geçiş hakkının yanı sıra cenaze törenleri düzenlemek amacıyla mezarlara erişme ve etrafını çevirme hakkının da saklı olduğunu öngörmektedir"²⁰¹.

Bu tür düzenlemelerin özel hukuk niteliği, Paulus'un *iter ad sepulchrum* hakkının yükümlü arazinin sahibine devredilebileceğini ve bu hakkın kullanımdan sonra da elde edilebileceğini belirten bir metni tarafından açıkça ortaya konulmaktadır:

*D.8,1,14,1 (Paulus libro 15 ad Sabinum): "Servitus itineris ad sepulchrum privati iuris manet et ideo remitti domino fundi servientis potest: et adquiri etiam post religionem sepulchri haec servitus potest"*²⁰².

D.8,1,14,1 (Paulus'un Sabinus'a dair 15. Kitabından): "Bir mezara giden yolun irtifak hakkı özel mülkiyet olarak kalır ve bu nedenle irtifak hakkına konu arazinin sahibine bırakılabilir; ayrıca, mezara dinî bir nitelik kazandırıldıktan sonra bile edinilebilir"²⁰³.

¹⁹⁹ De Coulanges, s. 67; Tahiroğlu, s. 76-77; Mureşan / Mureşan, 2016, ss. 843-860, s. 845.

²⁰⁰ Latince metin Iustiniani Digesta, Corpus Iuris Civilis, Cilt: I, (ed. Theodor Mommsen / ed. Paul Krueger), Weidmann, Berolini, 1908 ([Http://www.droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Corpus/digest.htm](http://www.droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Corpus/digest.htm)), (erişim tarihi: 10.10.2024)'den alınmıştır.

²⁰¹ Metnin Türkçe çevirisi için the Digest or Pandects of Justinian, (çev. Samuel P. Scott), Cincinnati, 1932 ([Http://www.droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Anglica/digest_Scott.htm](http://www.droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Anglica/digest_Scott.htm)), (erişim tarihi: 10.10.2024)'den yararlanılmıştır.

²⁰² Latince metin Iustiniani Digesta, Corpus Iuris Civilis, Cilt: I, (ed. Theodor Mommsen / ed. Paul Krueger), Weidmann, Berolini, 1908 ([Http://www.droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Corpus/digest.htm](http://www.droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Corpus/digest.htm)), (erişim tarihi: 10.10.2024)'den alınmıştır.

²⁰³ Metnin Türkçe çevirisi için the Digest or Pandects of Justinian, (çev. Samuel P. Scott), Cincinnati, 1932 ([Http://www.droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Anglica/digest_Scott.htm](http://www.droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Anglica/digest_Scott.htm)), (erişim tarihi: 10.10.2024)'den yararlanılmıştır.

Ulpianus, bir arazi satıcısının kendisinin veya aile üyelerinin gömülmesi için arazide bir alan ayırması durumunda, mezara erişim hakkının zımnî olarak kurulduğuna işaret etmektedir²⁰⁴:

D.11,7,10 (Ulpianus libro 25 ad edictum): “Si venditor fundi excepterit locum sepulchri ad hoc, ut ipse posterique eius illo inferrentur, si via uti prohibeatur, ut mortuum suum inferret, agere potest: videtur enim etiam hoc exceptum inter ementem et vendentem, ut ei per fundum sepulturae causa ire liceret”²⁰⁵.

D.11,7,10 (*Ulpianus*'un *Edictum*'a dair 25. Kitabından): “Arazi satıcısının kendisinin ve soyundan gelenlerin gömülmesi için bir mezar yeri ayırması ve ev halkından birinin gömülmesi amacıyla bir yolu kullanmasının engellenmesi durumunda, dava açabilir; çünkü alıcı ile satıcı arasındaki anlaşmada gömme sebebiyle araziden geçiş hakkının saklı tutulduğuna karar verilmiştir²⁰⁶.”

Diğer bir metinde ise *Ulpianus*, başkasının arazisinde mezarı bulunan bir kimsenin irtifak hakkı bulunmuyorsa ve komşu arazi sahibi tarafından da mezara erişimi engellenmişse, *precarium*²⁰⁷ verilmesini istemesinin uygun olacağından bahsetmektedir:

D.11,7,12 pr. (Ulpianus libro 25 ad edictum): “Si quis sepulchrum habeat, viam autem ad sepulchrum non habeat et a vicino ire prohibeatur, imperator Antoninus cum patre rescripsit iter ad sepulchrum peti precario et concedi solere, ut quotiens non debetur, impetretur ab eo, qui fundum adiunctum habeat. Non tamen hoc rescriptum, quod impetrandi dat facultatem, etiam actionem civilem inducit, sed extra ordinem interpelletur praeses et iam compellere debet iusto pretio iter ei praestari, ita tamen, ut iudex etiam de opportunitate loci prospiciat, ne vicinus magnum patiatur detrimentum”²⁰⁸.

²⁰⁴ Mureşan / Mureşan, 2016, ss. 843-860, s. 845.

²⁰⁵ Latince metin Iustiniani Digesta, Corpus Iuris Civilis, Cilt: I, (ed. Theodor Mommsen / ed. Paul Krueger), Weidmann, Berolini, 1908 ([Http://www.droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Corpus/digest.htm](http://www.droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Corpus/digest.htm)), (erişim tarihi: 10.10.2024)'den alınmıştır.

²⁰⁶ Metnin Türkçe çevirisi için the Digest or Pandects of Justinian, (çev. Samuel P. Scott), Cincinnati, 1932 ([Http://www.droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Anglica/digest_Scott.htm](http://www.droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Anglica/digest_Scott.htm)), (erişim tarihi: 10.10.2024)'den yararlanılmıştır.

²⁰⁷ Bir kimsenin (*precarium dans=precarium veren*), kendisinden bir ricâda bulunan (*precarium petens= precarium alan*) bir başkasına, kullanması için çoğu zaman taşınmaz bir malın zilyetliğini veya bir hakkını vermesi ve kendi arzusuna göre istediği zaman ve istediği gibi geri alması imkânını sağlayan, Postklasik Hukuk Dönemi'nde isimli sözleşmelerden (*contractus innominati*) biri olarak kabul edilen aynı sözleşmedir. Umur, 1975, s. 166; Berger, s. 648.

²⁰⁸ Latince metin Iustiniani Digesta, Corpus Iuris Civilis, Cilt: I, (ed. Theodor Mommsen / ed. Paul Krueger), Weidmann, Berolini, 1908 ([Http://www.droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Corpus/digest.htm](http://www.droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Corpus/digest.htm)), (erişim tarihi: 10.10.2024)'den alınmıştır.

D.11,7,12 pr. (*Ulpianus*'un *Edictum*'a dair 25. Kitabından): “İmparator *Antoninus* ve babası, bir mezar yeri olup da oraya giden bir yol hakkı bulunmayan ve komşusu tarafından oraya ulaşması engellenen bir kimsenin, bir *precarium* ile mezar yerine giden bir yol talep etmesinin adet olduğunu ve bu yolun genellikle verildiğini; irtifak hakkı bulunmadığı durumlarda ise, bu ayrıcalığın bitişikteki arazinin sahibi olan kişiden alınabileceğini bir emirnamede belirtmişlerdir. Bununla birlikte, *precarium* ile geçiş hakkı elde etmenin yollarını veren bu emirname, bir *ius civile* davasına izin vermez, ancak olağanüstü yargılamalarda başvurulabilir; çünkü vali, makul bir bedel ödendiğinde tarafa bir yol verilmesini zorunlu kılmalıdır ve hâkim ayrıca komşunun ciddi zarar görmemesi için yerin uygun olup olmadığını araştırmalıdır²⁰⁹.”

Ulpianus, *edictum*'a dair 25. kitabından *Digesta*'ya alıntılanan bu parçada, bir eyalet valisinin olağanüstü usulde (*cognitio extra ordinem*²¹⁰) müdahale ederek, âdil bir bedel karşılığında mezara bitişik arazinin malikini, mezar sahibinin araziden geçmesine rıza göstermeye zorlayabileceğini ifade etmektedir. Görüldüğü üzere eyalet valisinin müdahalesine imkân veren bu usulün uygulanması, kamunun, özel ilişkilere müdahale etmesi anlamını taşımaktadır²¹¹.

D. *Campus Esquilinus* ile İlgili Düzenlemeler

On İki Levha Kanunu'nda şehrin içinde ölü gömme ve yakma faaliyetlerinin yasaklanmasından sonra ölüler, *pomerium* olarak adlandırılan şehrin etrafındaki dini sınırın dışında bulunan mezarlıklarda gömülmekteydi. Dini sınırı teşkil eden Roma şehrinin surları ve kapılarının dışında bulunan bu mezarlıklardan biri *Campus Esquilinus*²¹² tur²¹³.

²⁰⁹ Metnin Türkçe çevirisi için the Digest or Pandects of Justinian, (çev. Samuel P. Scott), Cincinnati, 1932 (http://www.droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Anglica/digest_Scott.htm), (erişim tarihi: 10.10.2024)'den yararlanılmıştır.

²¹⁰ Roma usul hukuku tarihi incelendiğinde hakların himayesinde *ordo iudiciorum privatorum* (husus mahkemeler nizamı=özel mahkemeler düzenlemesi) ve *cognitio extra ordinem* (nizam harici usul=olağanüstü usul=sistem dışı yargılama) şeklinde iki farklı usul sisteminin uygulandığı görülmür. Hususi mahkemeler nizamı, davanın önce *magistra* önünde tespit edildikten sonra özel bir hâkim önünde karara bağlandığı iki aşamalı bir usul iken; nizam harici usul davanın tek aşamada, devlet memuru olan hâkim tarafından karara bağlandığı bir usuldür. Nizam harici usul, İlk İmparatorluk Dönemi'nde istisnâ durumlarda başvuru olan bir usul iken, Postklâsik Hukuk Dönemi'nden itibaren normal usul haline gelmiştir. Umur, 1975, s. 38.

²¹¹ Robinson, s. 180.

²¹² Roma'da özellikle İmparatorluk Dönemi'nde çok yoksul olan kişilere ait cesetler çöp çukurları içine atılırdı. Buralara atılan cesetlerin çürüyerek ortadan kalkmaları beklenirdi. Genellikle şehir surları dışında yer alan ve küçük çukur anlamına gelen “*puticuli*” olarak adlandırılan bu alanlar içerisinde en bilineni *Esquiline* bölgesinde olanlardı. Konuya ilişkin daha geniş bilgi için bkz. Çetinkaya, s. 20; Erdoğan, s. 200.

²¹³ Robinson, s. 179; Erdoğan, 2009, s. 200.

M.Ö. 80 yılı civarlarında *senatus*'un tavsiyesi üzerine harekete geçen *praetor Lucius Sentius*, cesetlerin usulüne uygun gömülmeyip çürümesi için sokaklara atıldığı, pisliklerin döküldüğü bu alanın, kötü olan bu durumunu düzeltmek için bir beyanname (*edictum*) yayınlamıştır²¹⁴. Bu *edictum*'a göre, sınırları taşlar döşenerek belirlenen bu alan içinde cesetlerin yakılması, pisliklerin dökülmesi ve cesetlerin atılması yasaklanmıştır²¹⁵.

Daha sonraki dönemlerde ise *senatus*'un, cesetlerin sokaklara atılmasını ve ölülerin yakılmasını önlenmek üzere *aediles plebis*²¹⁶'lere yargılama yetkisi tanıdığı da *Campus Esquiline*'de bulunan bir mezar kitabesindeki kayıtlardan bilinmektedir²¹⁷.

Bu düzenlemelere rağmen durumu tamamen düzeltilemeyen bu alan, ancak imparator *Augustus* zamanında üzerine toprak dökülerek tamamen temizlenmiş ve gezi bahçelerine dönüştürülmüştür²¹⁸.

E. Mezar Kitabelerindeki Mezar Haklarına Karşı İşlenen Suçlara İlişkin Kayıtlar

Arkeolojik ve epigrafik çalışmalardan elde edilen çok sayıdaki bulgularla da teyit edildiği üzere Roma mezarlarında çoğu zaman kötülükleri savuşturacağına inanılan bazı ifadelerin yer verildiği mezar kitabeleri kullanılmıştır²¹⁹. Bu mezar kitabelerinin neredeyse tümünde tehdit veya umut ifadeleri yer almaktadır. Bununla birlikte mezar haklarına karşı bir suç işlenmesi durumunda, ölen kişinin mirasçılarının açacağı davalardan veya suçu işleyenin, yerel *municipium* meclisine veya daha da yaygın olarak Roma hazinesi gibi bir kuruma ödemesi gereken para cezalarından bahseden ifadelerin eklendiği kitabeler de bulunmaktadır²²⁰. Kitabelere bu türden ifadeler eklenerek, dolaylı yoldan mezar yerlerinin kamu otoritesinin denetimi altına alınmasının sağlanmaya çalışıldığı anlaşılmaktadır²²¹.

²¹⁴ Erdoğan, 2009, s. 200; Robinson, s. 180; Söğüt, s. 233.

²¹⁵ Erdoğan, 2009, s. 200; Robinson, s. 108; Söğüt, s. 233.

²¹⁶ *Aediles plebis*, *plebs* sınıfının çıkarlarını korumak için *tribunus plebis*'in yardımcısı olarak bazı mali konularla ilgilenen memurlardır. Cumhuriyet Dönemi'nin sonlarında *magistra* olmuşlardır. Umur, 1975, s. 20.

²¹⁷ Erdoğan, 2009, s. 200; Robinson, s. 108; Söğüt, s. 233. Ayrıca bkz. D.43,10,1; D.1,12,1,12.

²¹⁸ Çetinkaya, s. 20; Erdoğan, 2009, s. 200; Söğüt, s. 235.

²¹⁹ Civelek, s. 71. Roma mezarlarındaki bu tarz yazıt örnekleri için bkz. Robinson, s. 180; Crook, s. 135 vd.

²²⁰ Bu konuya ilişkin mezar kitabesi örnekleri için bkz. Robinson, s. 180; Mureşan / Mureşan, 2016, ss. 119-133, s. 127.

²²¹ Konuya dair örnek kitabeler için bkz. Robinson, s. 181.

F. Mezarların Korunması

Ulpianus, eyaletlerde cesetlerin veya ceset yakıldıktan sonra kalan kemiklerin alıkonulmamasını ya da kötü muamele görmemesini, gömülmeye götürülürken kamuya açık bir yolun kullanılmasının engellenmemesini sağlamanın eyalet valisinin görevi olduğunu ifade etmektedir²²²:

D.11,7,38 (Ulpianus libro 9 digestorum): “Ne corpora aut ossa mortuorum detinerentur aut vexarentur neve prohiberentur quo minus via publica transferrentur aut quominus sepelirentur, praesidis provinciae officium est”²²³.”

D.11,7,38 (Ulpianus’un Digesta’sının 9. Kitabından): “Bir eyalet valisinin görevi, ölen kişilerin cesetlerinin ya da kemiklerinin alıkonulmamasını, kötü muamele görmemesini, kamuya açık karayolunda taşınmasının ya da gömülmesinin engellenmemesini sağlamaktır”²²⁴.”

Böyle bir durumda, *D.11,8,1 pr.*’deki *Ulpianus*’a ait parçada ifade edilen, *ius sepulchri*’nin kullanılmasını engelleyenlere karşı kullanılmak üzere *praetor*’un tanıdığı ölüyü gömmeye ilişkin *interdictum* imkânı da mevcuttu²²⁵.

Bundan başka Cumhuriyet Dönemi’nin sonlarından itibaren *praetor*’un, mezara zarar verilmesi halinde bu suç için, *actio popularis*²²⁶ niteliği taşıyan *actio de sepulchro violato*’yu tanıdığı bilinmektedir²²⁷.

Actio de sepulchro violato, küçük ihlâl (*violati minor*) ve büyük ihlâl (*violati maior*) olarak nitelendirilen birbirinden farklı iki müdahale şekliyle gerçekleşen mezara zarar verme suçuna (*crimen violati sepulchri*) karşı koruma sağlamıştır²²⁸.

²²² Robinson, s. 181.

²²³ Latince metin Iustiniani Digesta, Corpus Iuris Civilis, Cilt: I, (ed. Theodor Mommsen / ed. Paul Krueger), Weidmann, Berolini, 1908 (<http://www.droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Corpus/digest.htm>), (erişim tarihi: 10.10.2024)’den alınmıştır.

²²⁴ Metnin Türkçe çevirisi için the Digest or Pandects of Justinian, (çev. Samuel P. Scott), Cincinnati, 1932 (http://www.droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Anglica/digest_Scott.htm), (erişim tarihi: 10.10.2024)’den yararlanılmıştır.

²²⁵ Robinson, s. 181.

²²⁶ *Actiones populares*, Roma *populus*’u adına herhangi bir vatandaş tarafından açılabilen ve mahkûmiyeti bir miktar paranın ödenmesini gerektiren davalardır. Mahkûmiyet sonucunda para ya devlete ödenirdi ya da bir kısmı devlete bir kısmı davacıya ödenirdi (*D.47,23,1; D.47,23,2*). Umur, 1975, s. 16; Berger, s. 347.

²²⁷ Crook, s. 134; Robinson, s. 182; Brown, s. 11; Şahin, s. 237. Bu davanın *actio popularis* niteliğinin olması mezar sahibi bulunmadığı takdirde herhangi bir vatandaş tarafından da açılabilmesinden kaynaklanmaktadır. Umur, 1975, s. 12; Berger, s. 345; Şahin, s. 237.

²²⁸ Brown, s. 11.

Küçük ihlâl (*violati minor*), *locus religiosus*'un tahrif edilmesini içeren ihlallerdi²²⁹. Bu durumda açılan bu *praetor* davası sonucunda mezara zarar veren kişi, hâkim tarafından takdir edilen bir miktar parayı (100.000 *sestertius*'a kadar) ödemeye mahkûm edilir²³⁰ ve şerefsiz (*infamis*²³¹) olurdu²³². Cesedin parçalanması ve taşınması ise büyük ihlâl (*violati maior*) olarak kabul edilir ve ölümlle cezalandırılırdı²³³.

Sonuç olarak anlaşıldığı üzere, *magistra*'ların özel hukuka ilişkin bu tür meselelerde belirli bir oranda kamusal otorite uyguladığı açıktır²³⁴.

İmparatorluk Dönemi'nin ilerleyen zamanlarına kadar, kamu hukukundan veya özel hukuktan ziyade ilahî hukukun kapsamına giren bir görev ise mezarların ve anıtların onarımıdır²³⁵. *Ulpianus*'a ait bir metinde hukukçu, bir anıtın onarımının rahiplerin kararına bağlı olduğuna ilişkin görüşünü ifade etmektedir²³⁶:

D.11,8,5,1 (Ulpianus libro 1 opinionum): “Sed si religiosus locus iam factus sit, pontifices explorare debebunt quatenus salva dine desiderio reficiendi operis medendum sit”²³⁷.”

D.11,8,5,1 (Ulpianus'un Görüşler'inin 1. Kitabından): “Eğer bir dini yer bir yapı ise, rahipler yapının dine uygun hale getirilmesi ihtiyacının ne ölçüde karşılanabileceğine karar vermelidir”²³⁸.”

²²⁹ Brown, s. 12; Berger, s. 767.

²³⁰ *Ulpianus, violatio sepulchri* suçu işleyenlere karşı dava açılmasına izin verme yetkisine sahip olanların, ödenecek paranın miktarını verilen zarara, failin elde ettiği avantaja, sonuçta ortaya çıkan tahribata ve suçlunun cüretine göre belirlemekle yükümlü olduklarını belirtmektedir (D.47,12,3,8). Mureşan / Mureşan, 2016, ss. 843-860, s. 850.

²³¹ Kelime olarak kötü şöhret, şerefsizlik anlamına gelen *infamia*, bir kimsenin toplum içinde itibarını kaybetmesiydi. Şerefsizliğe (*infamia*) çarptırılmış kimselere *infamis* denirdi. Bu kimseler *magistra* seçilemezlerdi; davalarda başkalarını temsil edemezlerdi; *magistra* başkalarından istemediği teminatı *infamis*'ten isteyebilirdi gibi şâhit olmaları durumunda onları dinlemeyebilirdi. *Iustinianus* zamanında faizin faizini alan tefeci; tiksinti veren meslek erbabı; başıboş esnaf; vasisi olduğu kızla evlenen veya oğlunu evlendirenler; kadın ticareti yapanlar; haksız fiil davasında mahkûm olanlar; mahkûm olan vedia alan, vasi, vekil, *fiducia* alan *infamis* olurdu. Umur, 1975, s. 55.

²³² Umur, 1975, s. 12; Berger, s. 767;; Brown, s. 12; Şahin 237.

²³³ Brown, s. 12; Berger, s. 767.

²³⁴ Robinson, s. 181.

²³⁵ Crook, s. 134; Robinson, s. 183.

²³⁶ Crook, s. 134.

²³⁷ Latince metin Iustiniani Digesta, Corpus Iuris Civilis, Cilt: I, (ed. Theodor Mommsen / ed. Paul Krueger), Weidmann, Berolini, 1908 (<http://www.droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Corpus/digest.htm>), (erişim tarihi: 10.10.2024)'den alınmıştır.

²³⁸ Metnin Türkçe çevirisi için the Digest or Pandects of Justinian, (çev. Samuel P. Scott), Cincinnati, 1932 (http://www.droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Anglica/digest_Scott.htm), (erişim tarihi: 10.10.2024)'den yararlanılmıştır.

Marcianus ise *Institutiones*'inin 3. kitabından alınan bir parçada, bir mezarın durumunu kötüleştirmenin yasak olduğunu ancak yıkılan bir anıtın herhangi bir cesede dokunmamak koşuluyla onarılabilceğini söylemektedir²³⁹:

*D.47,12,7 (Marcianus libro 3 institutionum): "Sepulchri deteriore condicionem fieri prohibitum est: sed corruptum et lapsum monumentum corporibus non contactis licet reficere"*²⁴⁰.

*D.47,12,7 (Marcianus'un Institutiones'inin 3. Kitabından): "Bir mezarın durumunu daha da kötüleştirmek yasaktır, ancak çürümüş ve harap olmuş bir anıtı, içindeki cesetlere dokunmadan onarmak yasal"dır*²⁴¹.

Yetkisi olmadığı halde bir mezarın inşa edilmesini veya onarımını engelleyen kimseye karşı ise *ius sepulchri*'nin korunması için *praetor*'un tanıdığı *interdictum*'lardan biri olan mezar yapımına ilişkin *interdictum (interdictum de sepulchro aedificando)* imkânı mevcuttu²⁴². *Ulpianus*, *Digesta*'ya alıntılanan metninde *praetor*'un bu konuya ilişkin koyduğu yasaktan bahsetmektedir²⁴³:

*D.11,8,1,5 (Ulpianus libro 68 ad edictum): "Praetor ait: "Quo illi ius est invito te mortuum inferre, quominus illi in eo loco sepulchrum sine dolo malo aedificare liceat, vim fieri veto"*²⁴⁴.

*D.11,8,1,5 (Ulpianus'un Edictum'a dair 68. Kitabından): "Praetor şöyle der: "Bir kimsenin sizin rızanız olmadan bir cesedi almaya hakkı olduğu her yerde, bunu kötü niyetle yapmıyorsa, arazide bir mezar inşa etmesini önlemek için güç kullanılmasını yasaklıyorum"*²⁴⁵.

²³⁹ Mureşan / Mureşan, 2016, ss. 843-860, s. 847.

²⁴⁰ Latince metin Iustiniani Digesta, Corpus Iuris Civilis, Cilt: I, (ed. Theodor Mommsen / ed. Paul Krueger), Weidmann, Berolini, 1908 ([Http://www.droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Corpus/digest.htm](http://www.droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Corpus/digest.htm)), (erişim tarihi: 10.10.2024)'den alınmıştır.

²⁴¹ Metnin Türkçe çevirisi için the Digest or Pandects of Justinian, (çev. Samuel P. Scott), Cincinnati, 1932 ([Http://www.droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Anglica/digest_Scott.htm](http://www.droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Anglica/digest_Scott.htm)), (erişim tarihi: 10.10.2024)'den yararlanılmıştır.

²⁴² Di Marzo, s. 208; Şahin, s. 237.

²⁴³ Di Marzo, s. 208.

²⁴⁴ Latince metin Iustiniani Digesta, Corpus Iuris Civilis, Cilt: I, (ed. Theodor Mommsen / ed. Paul Krueger), Weidmann, Berolini, 1908 ([Http://www.droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Corpus/digest.htm](http://www.droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Corpus/digest.htm)), (erişim tarihi: 10.10.2024)'den alınmıştır.

²⁴⁵ Metnin Türkçe çevirisi için the Digest or Pandects of Justinian, (çev. Samuel P. Scott), Cincinnati, 1932 ([Http://www.droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Anglica/digest_Scott.htm](http://www.droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Anglica/digest_Scott.htm)), (erişim tarihi: 10.10.2024)'den yararlanılmıştır.

G. *Lex Ursonensis*'deki Ölü Kültüne İlişkin Özel Düzenlemeler

Marcus Antonius, İspanya'daki *Ursus colonia*'sını kurmak için M.Ö. 44 yılında *Lex Coloniae Genetivae Iuliae seu Ursonensis*²⁴⁶'i çıkarmıştır²⁴⁷. *Lex Ursonensis*'in 73. ve 74. maddeleri ölü kültüne ilişkin bazı düzenlemeleri içermektedir.

Kanun'un 73. maddesinde, şehrin resmî sınırları içine ceset sokulması, gömülmesi ve yakılması ve ayrıca ölenin anısına anıt dikilmesi yasaklanmıştır. Kanun'un 73. maddesi şöyledir²⁴⁸:

Lex Coloniae Genetivae Iuliae seu Ursonensis, 73: “*Ne quis intra fines oppidi colon(iae)ue, qua aratro/ circumductum erit, hominem mortuom/4/ inferto neue ibi humato neue urito neue homi-/nis mortui monumentum aedificato. si quis/ aduersus ea fecerit, is c(colonis) c(coloniae) G(enetiuae) Iul(iae) (sestertium) (quinque milia) d(are) d(amnas) esto,/ eiusque pecuniae cui uolet petitio persecu-/8/ tio exactioq(ue) esto. it-que quot inaedificatum/ erit Iiur aedil(is)ue dimoliendum curanto. si/ aduersus ea mortuus inlatus positusue erit,/ expianto uti oportebit*²⁴⁹.”

Lex Coloniae Genetivae Iuliae seu Ursonensis, 73: “Şehir veya koloni sınırları içinde ya da pullukla işaretlenmiş alan içinde hiç kimse bir ölüyü buraya sokmayacak, gömmeyecek veya yakmayacak ya da burada bir ölünün anıtını dikmeyecektir. Herhangi bir kişi bu yönetmeliğe aykırı davranırsa, *Genetiva Julia* kolonisi kolonicilerine 5.000 *sestertius* ödemeye mahkûm edilecek ve bu miktar için herhangi bir kişi tarafından dava edilebilecek ve yargılanabilecektir. *Duumvir* veya *aedile* bu şekilde inşa edilmiş herhangi bir anıtın yıkılmasına neden olacak ve eğer bu kanuna aykırı olarak bir ölü getirilmiş ve oraya yerleştirilmişse, uygun kefareti ödeyeceklerdir²⁵⁰.”

²⁴⁶ *Caesar*'ın çıkarttığı *colonia* kurulmasına ilişkin genel nitelikteki kanundan sonra çıkarılan bu kanun, *Lex Ursonensis* olarak da anılmaktadır. Umur, 1975, s. 115; Berger, s. 549.

²⁴⁷ Anlaşıldığı kadarıyla bu kuruluş kanunu, *Caesar* tarafından taslak olarak hazırlandıktan sonra üzerinde zaman zaman kenar notlarında düzeltmeler veya eklemeler yapılmıştır. *Caesar*'ın ölümünden sonra *Marcus Antonius* bu belgeyi, kenar notları ve diğer belgelerle birlikte kanun haline getirmiştir. *Urso*'daki İspanyol yerleşimi için hazırlanan bu kuruluş kanunu, *Caesar*'ın öldüğü zamanki siyasi düşüncesi hakkında bazı ipuçları vermektedir. Konuya ilişkin daha fazla bilgi için bkz. Allan Chester Johnson / Paul Robinson Coleman-Norton / Frank Card Bourne, *Ancient Roman Statutes*, Austin, 1961, s. 97-104, n. 114 (<http://www.droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Anglica>), (erişim tarihi: 10.10.2024).

²⁴⁸ Erdoğmuş, 2009, s. 201; Robinson, s. 181; Söğüt, s. 234.

²⁴⁹ Latince metin Allan Chester Johnson / Paul Robinson Coleman-Norton / Frank Card Bourne, *Roman Statutes*, I, London, 1996, s. 393-454, n. 25 (http://www.droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Leges/urso_Coleman.htm), (erişim tarihi: 10.10.2024)'den alınmıştır.

²⁵⁰ Metnin Türkçe çevirisi için Allan Chester Johnson / Paul Robinson Coleman-Norton / Frank Card Bourne, *Ancient Roman Statutes*, University of Texas Press, Austin, 1961, s. 97-104, n. 114 (http://www.droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Anglica/urso_johnson.html), (erişim tarihi: 10.10.2024)'den yararlanılmıştır.

Kanun'un bu maddesinde yasağa rağmen inşaa edilen yapıların *municipium magistra*'ları²⁵¹ tarafından yıkılacağı da belirtilmektedir²⁵². Ayrıca 73. maddedeki hükme karşı işlenen herhangi bir suç için 5,000 *sestertius*'luk bir *actio popularis* açma imkânı da sağlanmıştır²⁵³.

Lex Ursonensis'in 74. maddesinde ise yeni bir ölü yakma yerinin şehirden en az yarım mil uzakta kurulmasını zorunlu kılındıktan sonra bu hükme uymayanların şehre 5.000 *sestertius*'luk bir para cezası ödeyecekleri düzenlenmiştir²⁵⁴:

Lex Coloniae Genetivae Iuliae seu Ursonensis, 74: “ne quis ustrinam nouam, ubi homo mortuus/ combustus non erit, prop{r}ius oppidum pas-/sus (quingentos) facito. qui aduersus ea fecerit, (sestertium) (quinque milia) c(olonis)/ c(oloniae) G(enetiuae) Iul(iae) d(are) d(amnas) esto, eiusque pecuniae cui uolet peti-/ tio persecutioq(ue) ex h(ac) l(ege) esto²⁵⁵.”

Lex Coloniae Genetivae Iuliae seu Ursonensis, 74: “Hiç kimse, ölü yakılmamış olan bir şehre yarım milden daha yakın bir yerde yeni bir ölü yakma yeri inşa edemez. Bu düzenlemeye aykırı hareket eden herhangi bir kişi *Genetiva Julia* kolonisi kolonicilerine 5,000 *sestertius* ödemeye mahkûm edilecek ve bu kanun uyarınca bu miktar için herhangi bir kişi tarafından dava edilecek ve kovuşturulacaktır²⁵⁶.”

Lex Ursonensis'de yer alan her iki maddede de kamu otoritelerinin, mezarlıkları ve ölü yakma yerlerini şehre belirli bir mesafede tutmayı amaçladıkları görülmektedir²⁵⁷.

²⁵¹ *Municipium magistra*'ları *duumviri* (=duoviri) veya *aediles duumviri*, Roma'da, İtalya'da ve eyaletlerde çeşitli işlevleri bulunan yerel *magistra*'lardır. Berger, s. 446; Umur, 1975, s. 62.

²⁵² Erdoğan, 2009, s. 201; Robinson, s. 182; Söğüt, s. 234.

²⁵³ Robinson, s. 182.

²⁵⁴ Erdoğan, 2009, s. 201; Robinson, s. 182.

²⁵⁵ Latince metin Allan Chester Johnson / Paul Robinson Coleman-Norton / Frank Card Bourne, *Roman Statutes*, I, London, 1996, s. 393-454, n. 25 (http://www.droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Leges/urso_Coleman.htm), (erişim tarihi: 10.10.2024)'den alınmıştır.

²⁵⁶ Metnin Türkçe çevirisi için Allan Chester Johnson / Paul Robinson Coleman-Norton / Frank Card Bourne, *Ancient Roman Statutes*, Austin, 1961, s. 97-104, n. 114 (http://www.droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Anglica/urso_johnson.html), (erişim tarihi: 10.10.2024)'den yararlanılmıştır.

²⁵⁷ Robinson, s. 182.

SONUÇ

Kaynaklar antik Roma'da ölü kültüne ilişkin hususların, ilahî hukuk, kamu hukuku ve özel hukukun iç içe geçtiği, kendine has bir rejim ile düzenlenmiş olduğunu göstermektedir. Dinsel bir niteliği de bulunan ölü kültü ile ilgili yapılan düzenlemelerde özel hukuk ve kamu hukukunun yanısıra ilahî hukuk da doğal olarak her zaman önemli bir rol oynamıştır²⁵⁸.

Krallık Dönemi'nin başından itibaren hukukun tümü üzerinde büyük etkisi olan ilahî hukukun ve dolayısıyla rahiplerin, Roma ölü kültüne ilişkin düzenlemelerde de etkisi bulunmaktadır. Konuyla ilişkili olarak rahipler daha ziyade kurban edilecek hayvanın türü veya kimin mirasçı olduğu ve dolayısıyla aile mezarlığına gömülme hakkına sahip olduğu gibi konularla ilgileniyor görünmektedirler. Kaynaklar rahiplerin ölü kültüne ilişkin düzenlemelerle ilgili ilahî hukuktan kaynaklanan etkisinin, Cumhuriyet Dönemi'nin ilerleyen zamanlarında ve hatta İlk İmparatorluk Dönemi'nin başlarında dâhi sınırlı da olsa devam ettiğini göstermektedir.

Roma'da ölü kültüne ilişkin düzenlemeler hakkında bilgi veren kaynaklar, kamu otoritelerinin de konuya ilgisiz kalmadığına işaret etmektedir. Nitekim *magistra*'lar, *senatus* ve imparatorların, cenaze işlemleri, cenaze törenleri, mezarlar ve mezarlıklara ilişkin uygulamalarla, daha çok, kamu güvenliğinin sağlanması, kamu ahlakının korunması, hijyen şartlarının oluşturularak kamu sağlığının güvence altına alınması, çevrenin korunması gibi hususlar çerçevesinde ilgilendikleri anlaşılmaktadır. Cumhuriyet Dönemi'nin sonlarına kadar kamu otoritelerinin bu konuda sert bir tutum sergiledikleri anlaşılmakla birlikte, İmparatorluk Dönemi ile birlikte daha ılımlı bir tutum benimsemeye başladıkları dikkat çekmektedir.

Cumhuriyet Dönemi'nin son yüzyılına doğru ise Roma vatandaşlarının, özel hukuk çerçevesinde, kendi aralarında anlaşma yapmak yoluyla mezarlarla ilgili bazı hususları düzenleyebilmesi imkânının tanınması da konuya ilişkin önemli bir gelişme olarak karşımıza çıkmaktadır.

²⁵⁸ Robinson, s. 181; Crook, s. 134.

KAYNAKÇA

- AKÇAY, Tuna, Yunan ve Roma'da Ölü Kültü, Bilgin Kültür Sanat Yayınları, Ankara, 2017.
- AKINCI, Şahin, Roma Hukuku Dersleri, Sayram Yayınları, Konya, 2019.
- AKSARAY, Buse, Roma Hukukunda Kadının Hak ve Fiil Ehliyeti, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012.
- AKSARAY, Buse, 'Roma Hukukunda Mülkiyet Hakkının Komşuluk İlişkileri Bakımından Sınırları', Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 1, 2019, ss. 61-100.
- BARROW, Reginald H., Romalılar, (çev. Ender Gürol), İz Yayıncılık, İstanbul, 2002.
- BERGER, Adolf, Encyclopedic Dictionary of Roman Law, American Philosophical Society, Philadelphia, 1953.
- BROWN, Jonathan, "Res Religiosae and the Roman Roots of the Crime of Violation of Sepulchres", Edinburgh Law Review, Cilt: 22, Sayı: 3, ss. 347-367.
- CICERO, Yasalar Üzerine, Hasan Âli Yücel Klasikler Dizisi CCXCVII, (Latince aslından çev. C. Cengiz Çevik), Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2022.
- CİVELEK, Aynur, 'Roma Cenaze Törenleri ve Gömme Gelenekleri', Journal of Archaeology and Art, Arkeoloji ve Sanat Dergisi, Sayı: 124, İnkılap Yayınevi, İstanbul, 2007, ss. 71-80.
- CROOK, John Anthony, Law and Life of Rome, 90 B.C. - A.D. 212, Cornell University Press, New York, 1984.
- ÇETİNKAYA, Haluk, 'Roma ve Bizans İmparatorluklarında Ölüm algısı ve Mezar Türleri', MSGSÜ Sosyal Bilimler, Sayı: 3, 2011, ss. 18-38.
- DE COULANGES, Fustel, Antik Site: Yunan'dan Roma'ya Kadar Tapınma, Hukuk ve Kurumlar, (çev. İsmail Kılınç), Epos Yayınları, Ankara, 2011.
- Dİ MARZO, Salvatore, Roma Hukuku, (çev. Ziya Umur), İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1959.
- DÜRÜŞKEN, Çiğdem, Roma'nın Gizem Dinleri, Arkeoloji ve Sanat Yayınları, İstanbul, 2000.
- ERDOĞMUŞ, Belgin, '12 Levha Kanunu'nda Roma'da Ölüler ve Mezarlar', Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 8, Sayı: 2, Aralık 2009, ss. 197-203.
- ERDOĞMUŞ, Belgin, Roma Eşya Hukuku, Der Yayınları, İstanbul, 2020.
- GÖNENÇ, Fulya İlçin, Roma Hukukunda Kadın, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010.
- HELLER, John L., 'Burial Customs of the Romans', The Classical Weekly, Cilt: 25, Sayı: 24, 2 Mayıs 1932, ss. 193-197.
- KARADENİZ ÇELEBİCAN, Özcan, Roma Eşya Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2008.

- KASER, Max, Roman Private Law, (Almanca aslından İngilizceye çev. Rolf Dannenbring), Butterworths, London, 1968.
- KOSCHAKER, Paul / AYİTER, Kudret, Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İzmir, 1993.
- MUREŞAN, Lucian-Mircea / MUREŞAN, Ioana, 'Roman Law Concerning Funerary Monuments. Case Study Based on Some Funerary Epigraphs Belonging to Military Personel on Both Sides of the Middle and Lower Danube', BANATICA, Cilt: 26, 2016, ss. 119-133.
- MUREŞAN, Lucian-Mircea / MUREŞAN, Ioana, Violatio Sepulchri - Between the Legal Concept and Roman Funerary Practice in the Balkans, Universitatea De Vest Timişoara Arheovest Iv2 -In Honorem Adrian Bejan - Interdisciplinaritate în Arheologie şi Istorie Timişoara, 2016, ss. 843-860.
- PERELLO, Carlos Felipe Amunategui, 'The Twelve Tables and the leges regiae: A Problem of Validity', Roman Law before the Twelve Tables, An Interdisciplinary Approach, Edited by Sinclair w. Bell and Paul J. Du Plessis, Edinburg University Press, Edinburg, 2003, ss. 57-76.
- ROBINSON, Olivia, 'The Roman Law on Burials and Burial Grounds', Irish Jurist, Cilt: 10, Sayı: 1, Yaz 1975, ss. 175-186.
- SANDALCI, Sema, On İki Levha Yasaları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 1993, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>, (erişim tarihi: 7.5.2024).
- SMITH, Christopher, 'Leges Regiae and the Nomothetic World of Early Rome', Cahiers des études anciennes, Cilt: 57, Sayı: 1, 2020, ss. 91-103.
- SÖĞÜT, İpek Sevda, Roma Hukukunda Çevrenin Korunmasına İlişkin Hukuki Vasıtaları, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012.
- SÖĞÜTLÜ, Özlem, Roma Özel Hukuku, Ders Kitabı, Seçkin Hukuk, Ankara, 2022.
- SÜTKEN, Elvan, "Roma Aile Hukukunda Patria Potestas", Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 5, Sayı: 1, Ocak 2019, ss. 67-100.
- TAHİROĞLU, Bülent, Roma Hukukunda Mülkiyet Hakkının Sınırları, Der Yayınları, İstanbul, 2001.
- TAHİROĞLU, Bülent / ERDOĞMUŞ, Belgin, Roma Hukuku Dersleri, Tarihi Giriş-Hukuk Tarihi- Genel Kavramlar-Usul Hukuku, Der Yayınları, İstanbul, 2021.
- UMUR, Ziya, Roma Hukuku Eşya Hukuku (Ayni Haklar), Filiz Kitabevi, İstanbul, 1983.
- UMUR, Ziya, Roma Hukuku Lügatı, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1975.
- WATSON, Alan, The Law of Property in the Later Roman Republic, Clarendon Press, Oxford, 1971.
- WATSON, Alan, 'Roman Private Law and the Leges Regiae', The Journal of Roman Studies, Cilt: 62, 1972, ss. 100-105.

Çevrimiçi Kaynaklar

- Charter of Urso, Allan Chester Johnson / Paul Robinson Coleman-Norton / Frank Card Bourne, *Ancient Roman Statutes*, Austin, 1961, s. 97-104, n. 114 ([Http://www.droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Anglica/urso_johnson.html](http://www.droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Anglica/urso_johnson.html)), (erişim tarihi: 10.10.2024).
- Codex Iustinianus, *Corpus Iuris Civilis*, Cilt: II, (ed. Paul Krueger), ([Http://www.droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Corpus/CJ3.htm#44](http://www.droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Corpus/CJ3.htm#44)), (erişim tarihi: 10.10.2024).
- Iustiniani Digesta, *Corpus Iuris Civilis*, Cilt: I, (ed. Theodor Mommsen / ed. Paul Krueger), Weidmann, Berolini, 1908 ([Http://www.droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Corpus/digest.htm](http://www.droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Corpus/digest.htm)), (erişim tarihi: 10.10.2024).
- JOHNSON, Allan Chester / COLEMAN-NORTON, Paul Robinson / BOURNE, Frank Card, *Ancient Roman Statutes*, Austin, 1961, s. 3-6, n. 1 ([Http://www.droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Anglica/leges_regia_johnson.htm](http://www.droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Anglica/leges_regia_johnson.htm)), (erişim tarihi: 10.10.2024).
- Lex Coloniae Genetivae Iuliae Seu Ursonensis, Allan Chester Johnson / Paul Robinson Coleman-Norton / Frank Card Bourne, *Roman Statutes*, I, London, 1996, s. 393-454, n. 25 ([Http://www.droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Leges/urso_Coleman.htm](http://www.droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Leges/urso_Coleman.htm)), (erişim tarihi: 10.10.2024).
- RICCOBONO, Salvatore, *Fontes Iuris Romani Antejustiniani*, I, Firenze, 1941, s. 1-20 ([Http://www.droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Leges/leges_regia_Riccobono.htm](http://www.droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Leges/leges_regia_Riccobono.htm)), (erişim tarihi: 10.10.2024).
- SECKEL, Emil / KÜBLER, Bernhard, *Gai Institutionum Commentarii Quattuor...*, *Commentarius II*, Leipzig, 1938 ([Http://www.droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Responsa/Gaius.html](http://www.droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Responsa/Gaius.html)), (erişim tarihi: 10.10.2024).
- The Digest or Pandects of Justinian, (çev. Samuel P. Scott), Cincinnati, 1932 ([Http://www.droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Anglica/digest_Scott.htm](http://www.droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Anglica/digest_Scott.htm)), (erişim tarihi: 10.10.2024).
- The Code of Justinian, The Civil Law, XII, (çev. Samuel P. Scott), Cincinnati, 1932 ([Http://www.droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Anglica/CJ3_Scott.htm#44](http://www.droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Anglica/CJ3_Scott.htm#44)), (erişim tarihi: 10.10.2024).
- The Institutes of Gaius, The Civil Law, I, (çev. Samuel P. Scott), Cincinnati, 1932 ([Http://www.droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Anglica/gai1_Scott.htm](http://www.droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Anglica/gai1_Scott.htm)), (erişim tarihi: 10.10.2024).
- <http://www.perseus.tufts.edu>, (erişim tarihi: 10.10.2024).
- <http://www.oxfordre.com>, (erişim tarihi: 10.10.2024).

İş İlişkisinin Devamı Sırasında İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması^(*)

Protection of the Employee's Personal Data During the Continuation of the Employment Relation

Sena YAŞAR^(**)

Öz:

Kişisel veri, 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu (KVKK) madde 3/1-d fıkrası uyarınca “kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi” olarak tanımlanmaktadır. İşveren; iş ilişkisinin her safhasında işçiye ait kişisel verilere erişebilmekte ve çeşitli nedenlerle işçiye ait kişisel verileri işleyebilmektedir. Bu faaliyetler esnasında işveren veri sorumlusu sıfatını haiz olup işçi ilgili kişi konumunda yer almaktadır. İşveren; iş sözleşmesinin kurulmasından önce, iş ilişkisinin devamında ve sonlanmasının ardından işçinin kişisel verilerini; gerek işçiyi gözetme borcu kapsamında gerekse işçinin kişilik haklarının korunması bakımından korumakla yükümlüdür. İşverenin, işçinin kişisel verilerini koruma borcuna hem uluslararası hem de ulusal düzenlemelerde çeşitli şekillerde yer verilmiştir. Uluslararası metinlerde başta Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü (GVKT) olmak üzere iç hukukta da 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) kişilik hakkını koruyan hükümleri, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) hizmet sözleşmesi altında yer alan hükümleri göz önüne alınmalıdır. Ayrıca işverenin işçinin kişisel verilerinin hukuka aykırı işlenmesi sebebiyle ortaya çıkan zararları giderme yükümlülüğü bulunmaktadır.

Anahtar Kelimeler:

Kişisel Veri, İşçinin Kişisel Verisi, Kişisel Verilerin Korunması, Veri Sorumlusu, İş Sözleşmesi.

Abstract:

Personal data is defined as “all kinds of information regarding an identified or identifiable natural person” in accordance with the provision of Article 3 of the Personal Data Protection Law No. 6698. Employer; It can access the personal data of the worker at every stage of the employment relationship and process the personal data of the worker for various reasons. During these activities, the employer is the data controller and the employee is the relevant person. Employer; The personal data of the

^(*) Hakem denetiminden geçmiştir.
Makalenin geliş tarihi: 15.04.2024 - Makalenin kabul tarihi: 27.08.2024.

Bu makale, yazarın Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Yüksek Lisans Programı kapsamında yazmakta olduğu tez çalışmasından üretilmiştir.

^(**) Avukat, İstanbul 1. No.lu Barosu, İstanbul-Türkiye,
E-posta: senamoradan@hotmail.com,
Orcid ID: <https://orcid.org/0009-0001-1694-2903>.

worker before the establishment of the employment contract, during the continuation of the employment relationship and after its termination; It is obliged to protect the worker both within the scope of the duty of care and in terms of protecting the worker's personal rights. The employer's obligation to protect the employee's personal data is covered in various ways in both international and national regulations. In international texts, especially the European Union General Data Protection Regulation, and in domestic law, the Personal Data Protection Law No. 6698, the provisions of the Turkish Civil Code No. 4721 protecting personal rights, and the provisions of the Turkish Code of Obligations No. 6098 under the service contract should be taken into consideration. In addition, the employer has the obligation to compensate for the damages arising from the unlawful processing of the employee's personal data.

Keywords:

Personal Data, Personal Data of Workers, Protection of Personal Data, Data Controller, Employment Agreement.

GİRİŞ

Günümüzde teknolojinin gelişmesi ile başkalarına ait verilere erişim imkanı oldukça kolaylaşmıştır. Kişilerin başta adı, soyadı olmak üzere, etnik kökeni, parmak izi, ekonomik, sağlık gibi pek çok kişisel verisinin işlenmesinin artması ile kişisel verilerin korunmasına duyulan ihtiyaç ortaya çıkmıştır¹. Bu doğrultuda kişisel verilerin korunması için ulusal ve uluslararası hukukta çeşitli düzenlemelere yer verilmiştir.

İç hukukumuzda öncelikle 2010 yılında yapılan halk oylaması ile kabul edilen Anayasa (AY) değişikliği sonucunda herkesin kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahip olduğu düzenlenmiştir². Ardından 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu 7 Nisan 2016 tarih ve 29677 sayılı Resmi Gazete' de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

İş hukuku temelinde bağımlılık unsuru barındıran bir ilişki olması nedeniyle diğer hukuki ilişkilerden ayrılmaktadır³. İş ilişkisinin kurulmasıyla beraber işçi hukuki ve ekonomik olarak işverene bağımlı hale gelmektedir⁴. Çalışma hayatında, işin yürütülmesinden veya işverenin çeşitli hukuki yükümlülüklerinden ötürü işçilerin kişisel verileri işveren tarafından iş sözleşmesinin başından sonuna kadar çeşitli nedenlerle işlenmekte ve saklanmakta-

¹ Murat Volkan Dülger, Kişisel Verilerin Korunması Hukuku, 2. Baskı, Hukuk Akademisi Yayınları, İstanbul, 2019, s. 6; Elif Küzeci, Kişisel Verilerin Korunması, 4. Baskıdan Tıpkı Basım, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 20; Nurşen Caniklioğlu, 'Kişisel Verilerin Korunması Açısından İşçilerin Hakları' Prof. Dr. Turhan Esener III. İş Hukuku Uluslararası Kongresi, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, ss. 243-316, s. 243.

² Ebru Gündüz / İsmail Yazıcıoğlu, 'Bilgi Edinme Hakkı Çerçevesinde Kişisel Verilerin Korunması', Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt: 38, Sayı: 1, Yıl: 2021, ss. 171-204, s. 187.

³ Nazlı Elbir, Kişiliğin Korunması Bağlamında İşçiye Ait Kişisel Verilerin Korunması, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 147.

⁴ Sevil Doğan, İş Sözleşmesinde Bağımlılık Unsuru, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 98.

dır. İş sözleşmesinin, işçinin kişiliğinin ön planda olduğu bir ilişki olması ve temelinde bağımlılık unsuru barındırması nedeniyle işçinin korunması ihtiyacı ortaya çıkmaktadır⁵. İşçilerin kimlik bilgileri, adresleri, hastalık durumları, e-posta yazışmaları, siyasi faaliyetleri gibi bilgiler işçinin kişisel verisi olup söz konusu verilerin işveren tarafından korunması gerekmektedir.

Çalışmamızda öncelikle kişisel veri kavramı tanımlanmış, ardından uluslararası alanda ve iç hukukumuzda kişisel verilerin korunması kapsamında getirilen düzenlemeler açıklanarak işçilerin kişisel verilerinin işlenmesi ve korunması ifade edilmiştir. Son olarak işveren tarafından kişisel verilerin hukuka aykırı olarak işlenmesinin hukuki sonuçlarına yer verilerek çalışma sonlandırılmıştır.

I. KİŞİSEL VERİ KAVRAMI VE İŞÇİNİN KİŞİSEL VERİLERİNİN KORUNMASINA İLİŞKİN DÜZENLEMELER

A. Kişisel Veri

Belirli ya da belirlenebilir nitelikte kişiye ilişkin olan her türlü bilgi kişisel veri olarak adlandırılmaktadır⁶. Bu tanımdan hareketle kişisel verinin bir kişiye dair olması ve bu kişinin belirli ya da belirlenebilir nitelikte olması aranmaktadır. 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’nun “Tanımlar” başlığı altında yer alan m. 3/1-d fıkrasında düzenlenen kişisel veri kavramı “*Kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgiyi*” ifade etmektedir.

Bir kişiye dair onu tanımlanabilir kılan, isim, sağlık, ekonomik, mesleki, fiziki, dini, etnik, ailevi, siyasal, telefon numarası, ses, resim, parmak izi, genetik bilgisi, yaşı, medeni durumu, adresi gibi verileri kişisel veri olarak kabul edilmektedir⁷. Anayasa Mahkemesi de çeşitli kararlarında kişisel verileri örneklemiştir. Bunlardan biri 25/12/2014 tarihli, 2014/74 E., 2014/201 K. sayılı ilam olup ilgili karar “*Kişisel veri kavramı, belirli veya kimliği belirlenebilir olmak şartıyla, bir kişiye ilişkin bütün bilgileri ifade etmektedir. Bu bağlamda adı, soyadı, doğum tarihi ve doğum yeri gibi bireyin sadece kimliğini ortaya koyan bilgiler değil; telefon numarası, motorlu taşıt plakası, sosyal güvenlik numarası, pasaport numarası, özgeçmiş, resim, görüntü ve ses kayıtları, parmak izleri, IP adresi, e-posta adresi, hobiler, tercihler, etkileşimde bulunulan kişiler, grup üyelikleri, aile bilgileri, sağlık bilgileri gibi*

⁵ Elbir, s. 156.

⁶ Küzeci, s. 10.

⁷ Dülger, s. 3; Esra Yiğit, İş İlişkisinde Kişisel Verilerin Korunması, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2023, s. 7.

kişiyi doğrudan veya dolaylı olarak belirlenebilir kılan tüm veriler kişisel veri kapsamındadır.” şeklindedir⁸.

Kişisel veriler uluslararası hukukta da benzer şekilde tanımlanmıştır. Buna örnek olarak Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü’nde yer alan m. 4 hükmü gösterilebilir. Söz konusu düzenlemeye göre kişisel verinin tanımı *“Kişisel veri, kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiyle ilgili her türlü bilgidir. Bu gerçek kişi, özellikle bir isim, kimlik numarası, konum verileri ya da bu gerçek kişinin fiziksel, fizyolojik, genetik, ruhsal, ekonomik, kültürel veya toplumsal kimliğine özgü bir ya da daha fazla sayıda faktöre atıfta bulunularak doğrudan veya dolaylı olarak kimliği belirlenebilen kişidir.”* şeklinde yapılmıştır.

Kişisel Verilerin Korunması Kanunu m. 3/1-ç hükmünde ilgili kişi *“Kişisel verisi işlenen gerçek kişiyi”* olarak ifade edilmiştir. Buna göre çalışmamız bakımından ilgili kişi, işçi olarak kabul edilmektedir. Buna göre işçilerin adı, yaşı, adresi, sağlık durumu, medeni hali, banka bilgileri kimlik numarası, elektronik posta adresi, özlük bilgileri, sendikal faaliyetleri, e-posta iletileri gibi bilgileri kişisel veri olarak sayılabilmektedir⁹.

Özel nitelikli kişisel verilere ise KVKK m. 6 hükmünde yer verilmiş olup özel nitelikli kişisel veriler tahdidi olarak sayılmıştır. Anılan maddeye göre *“Kişilerin ırkı, etnik kökeni, siyasi düşüncesi, felsefi inancı, dini, mezhebi veya diğer inançları, kılık ve kıyafeti, dernek, vakıf ya da sendika üyeliği, sağlığı, cinsel hayatı, ceza mahkûmiyeti ve güvenlik tedbirleriyle ilgili verileri ile biyometrik ve genetik verileri”* özel nitelikli kişisel veri olarak düzenlenmiştir.

Kişisel verilerin korunması ve aşağıda açıklanacağı üzere bu verilerin işlenmesinden veri sorumlusu yükümlü kılınmıştır. Söz konusu nedenle veri sorumlusu kavramının da bu noktada açıklanmasında yarar bulunmaktadır. Buna göre veri sorumlusu *“Kişisel verilerin işleme amaçlarını ve vasıtalarını belirleyen, veri kayıt sisteminin kurulmasından ve yönetilmesinden sorumlu olan gerçek veya tüzel kişi”* şeklinde tanımlanmış olup bundan sonraki açıklamalarda veri sorumlusu kavramı ile işveren kastedilmektedir.

⁸ Anayasa Mahkemesi, 5/12/2014 tarihli, 2014/74 E., 2014/201 K. sayılı karar <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/2014-201-nrm.pdf>, (erişim tarihi: 24.05.2024).

⁹ Dülger, s. 1; Ahmet Sezgin, İş İlişkinde İşçinin Kişisel Verilerine Yönelik Müdahaleler, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024, s. 45.

B. İşçinin Kişisel Verilerinin Korunmasına Yönelik Ulusal ve Uluslararası Düzenlemeler

Kişisel veriler, başta merak duygusunun etkisiyle tarih boyunca farklı nedenlerle ilgi kaynağı olmuştur¹⁰. Günümüzde teknolojinin gelişmesi çerçevesinde veri işleme ve aktarım faaliyetleri artarak kişisel verilerin korunması hakkını gündeme getirmiştir. Bu hak kapsamında verilerin korunması için ulusal ve uluslararası alanda çeşitli düzenlemelerin yapılması ihtiyacı ortaya çıkmıştır.

Kişisel verilerin korunmasına dair ilk düzenleme uluslararası hukukta Ekonomik Kalkınma ve İş Birliği Örgütü (Organisation for Economic Co-operation and Development/OECD) tarafından 23 Eylül 1980 tarihinde kabul edilen “*Özel Yaşamın Korunması ve Kişisel Verilerin Sınır Ötesi Akışına İlişkin Rehber İlkeleri*”dir¹¹. Bir diğer uluslararası düzenleme 4 Kasım 1950 tarihinde Avrupa Konseyi tarafından kabul edilen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’dir (AİHS). Sözleşmenin “Özel ve aile hayatına saygı hakkı” başlıklı 8. maddesi ile kişisel verilerin korunması hakkına yer verildiği görülmektedir¹². Bunun yanında Avrupa Konseyi tarafından R(89) 2 sayılı İstihdam Amacıyla Kullanılan Kişisel Verilerin Korunmasına ilişkin tavsiye niteliğindeki karar da işçilerin kişisel verilerinin korunması bakımından önem taşımaktadır¹³.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile kişisel verilerin korunması hakkının bağımsız bir hak olarak düzenlenmemesi nedeniyle kişisel verilerin korunmasına yönelik asgari ilkelerin belirlenmesi amacıyla hakkına 28 Ocak 1981 tarihinde Avrupa Konseyi tarafından “*Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunması Sözleşmesi*” (108 No.lu Sözleşme) imzaya açılmıştır. Sözleşme ile sadece otomatik yollarla işlenen kişisel veriler güvence altına alınmış, elle işlenen kişisel veriler kapsam dışında bırakılmıştır. 108 No.lu Sözleşme, gerek kamu gerek özel sektördeki veri işleme faaliyetlerine uygulanabilir niteliktedir. Sözleşmenin en önemli özelliklerinden biri uluslararası alanda kişisel verilerin korunması alanında bağlayıcılığı bulunan tek uluslararası metin olmasıdır¹⁴.

¹⁰ Dülger, s. 6.

¹¹ OECD, OECD Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data, 23 Eylül 1980, https://www.oecd-ilibrary.org/science-and-technology/oecd-guidelines-on-the-protection-of-privacy-andtransborder-flows-of-personal-data_9789264196391-en, (erişim tarihi: 21.05.2024).

¹² Küzeci, s. 152.

¹³ Kamil Ahmet Sevimli, ‘Veri Koruma Hukuku İlkeleri Işığında Türk Borçlar Kanunu Madde 419’, Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı: 24, Yıl: 2011, ss. 120-139, s. 121.

¹⁴ Küzeci, s. 145.

Birleşmiş Milletler'in çalışma hayatına dair uzman kuruluşu Uluslararası Çalışma Örgütü (*International Labour Organization/ILO*) tarafından iş hukukunda kişisel verilerin korunması amacıyla 1996 yılında “*Çalışanların Kişisel Verilerinin Korunması Hakkında Uygulama Kodu*” kabul edilmiştir. Bu kod ile çalışanların kişisel verilerinin korunması, bu verilerin işlenmesi gibi hususlar düzenlenmiştir¹⁵.

Avrupa Birliği düzenlenmeleri incelendiğinde Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın (ABTHŞ) 8. maddesinde kişisel verilerin hakkı düzenleme alanı bulmuştur. Ayrıca Avrupa Sosyal Haklar Sütunu 10. maddesinde ayrıca işçilerin iş ilişkisi içerisinde kişisel verilerinin korunması hakkına sahip olduğu düzenlenmiştir.

Uluslararası mevzuatta Avrupa Topluluğu üyesi ülkeler arasında kişisel verilerin serbest dolaşımı amacıyla Bakanlar Konseyi tarafından “*Kişisel Verilerin İşlenmesi ile İlgili Bireylerin Korunması ve Bu Tür Verilerin Serbest Dolaşımına İlişkin 95/46/AB Sayılı Direktifi*” (Direktif) 20.02.1995 tarihinde kabul edilmiştir. Direktif, üye ülkelerin düzenlemelere iç hukuklarında ayrıca yer vermeleri ile ancak uygulama alanı bulması ve bu doğrultuda üye devletlerin zaman içinde iç hukuklarındaki farklılıklar ortaya çıkması sebebiyle amacını yitirmiştir. Buna karşın 25 Mayıs 2018 yılında yürürlüğe giren Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü her üye ülke tarafından iç hukuklarında ayrıca bir düzenleme yapılmasına gerek olmaksızın doğrudan uygulanabilir niteliktedir. Bu sebeple günümüzde Direktif'in yerini GVKT almıştır¹⁶. Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü'nün 88. maddesi ile işçilerin kişisel verilerin iş ilişkisi bağlamında işlenmesine yer verilmesi konumuz bakımından önem taşımaktadır.

Kişisel verilerin kişilik hakkının bir parçası olması sebebiyle kişilik hakkını koruyucu TMK m. 23-25 hükümlerinin de kişisel verilerin korunması amacına hizmet edeceğini söylemek mümkündür¹⁷. Ulusal düzeyde kişisel verilerin korunması bakımından 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK) m. 135 ile m. 140 hükümleri arasında “Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar” başlıklı dokuzuncu bölüm altında düzenlemeler yapılarak kişisel verilerin korunmasının önemi vurgulanmıştır¹⁸.

¹⁵ Yonca Dursun, 6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Kapsamında İşçinin Korunması, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 36.

¹⁶ Hazar Can Kıpçak, Çalışanların Kişisel Verilerinin İş İlişkisi Kapsamında Korunması, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 36.

¹⁷ Dülger, s. 16.

¹⁸ 12.10.2004 tarihli, 25611 sayılı Resmi Gazete.

Ülkemizde 12 Eylül 2010 tarihinde yapılan halk oylaması sonucunda kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı Anayasa m. 20 hükmüne eklenen “Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir.” şeklindeki fıkra ile anayasal temele oturtulmuştur¹⁹. Kişisel verilerin korunmasına yönelik özel yasal düzenleme ise 7 Haziran 2016 tarihinde yürürlüğe giren “6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu” ile getirilmiştir. 6698 sayılı Kanun’da GVKT’ten farklı olarak işlenmesi öngörülen bilgiler koruma kapsamına alınmamış, yalnızca işlenen veriler koruma kapsamına dahil edilmiştir²⁰.

Ayrıca 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun m. 419 hükmünde yer alan “İşveren, işçiye ait kişisel verileri, ancak işçinin işe yatkınlığıyla ilgili veya hizmet sözleşmesinin ifası için zorunlu olduğu ölçüde kullanabilir.” ifadesi ile işçilerin kişisel verilerinin ancak belirli amaçlara yönelik kullanılması gerektiği belirtilmiştir. İşçilerin kişisel verilerinin korunmasında öncelikli olarak özel nitelikli 6698 sayılı KVKK hükümlerinin uygulama alanı bulacağını söylemek mümkündür. Yine TBK m. 417 hükmü kapsamında da işçinin kişilik hakkının işveren tarafından korunacağı güvence altına alınmıştır. Son olarak 4857 sayılı İş Kanunu m. 75 “İşçi özlük dosyası” başlıklı hüküm ile işverenin, işçilerin kişisel verilerini içerir belge ve kayıtları saklama yükümlülüğü düzenlenmiştir²¹.

II. İŞÇİLERİN KİŞİSEL VERİLERİNİN İŞLENMESİ, İŞLENME NEDENLERİ, TEMEL İLKELER VE HUKUKA UYGUNLUK NEDENLERİ

A. İşçilerin Kişisel Verilerinin İşlenmesi

Kişisel verilerin işlenmesine KVKK m. 3/1-e hükmünde yer verilmiştir. Bu düzenlemeye göre kişisel verilerin işlenmesi “Kişisel verilerin tamamen veya kısmen otomatik olan ya da herhangi bir veri kayıt sisteminin parçası olmak kaydıyla otomatik olmayan yollarla elde edilmesi, kaydedilmesi, depolanması, muhafaza edilmesi, değiştirilmesi, yeniden düzenlenmesi, açıklanması, aktarılması, devralınması, elde edilebilir hâle getirilmesi, sınıflandırıl-

¹⁹ Kıpçak, s. 28.

²⁰ Kıpçak, s. 49.

²¹ 10.03.2003 tarihli, 25134 sayılı Resmi Gazete.

ması ya da kullanılmasının engellenmesi gibi veriler üzerinde gerçekleştirilen her türlü işlemi” olarak tanımlanmıştır. Bu tanımdan hareketle verilerin gerek kağıt üzerinde tutulması gerek bir veri kayıt sistemine aktarılması halleri de veri işleme faaliyeti olarak sayılmaktadır²². Bu doğrultuda işverenin; işçinin adı, görevi, yıllık izin kayıtları, iş kazasına ilişkin kaydı, sağlık raporu, adli sicil kaydı, medeni hali, banka hesabı gibi bilgileri elde etmesi, bunları dosyalaması, kullanması gibi her türlü eylemi, işçinin kişisel verilerini işlemesi anlamını taşımaktadır²³.

Kişisel verilerin işlenmesinin şartları ise KVKK m. 5/1 hükmünde düzenlenmiştir. Hükme göre, “*Kişisel veriler ilgili kişinin açık rızası olmaksızın işlenemez.*”. Bu doğrultuda işçinin kişisel verilerinin işlenebilmesi için açık rızasının alınması şarttır. Geçerli bir açık rızadan söz edilebilmesi için rıza verilmenden önce işçinin veri işleme faaliyetleri hakkında bilgilendirilmiş olması gerekmektedir. Buna göre veri sorumlusu tarafından, 10.03.2018 tarihli, 30356 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren “*Aydınlatma Yükümlülüğünün Yerine Getirilmesinde Uyulacak Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ*” ile belirlenen usullere uygun hareket edilmelidir. Söz konusu tebliğde yer alan m. 4 hükmü uyarınca ilgili kişinin; veri sorumlusu ya da temsilcisinin kimliği, kişisel verilerin hangi amaçla işleneceği, kişisel verilerin kimlere ve hangi amaçla aktarılabilceği, kişisel veri toplamanın yöntemi ve hukuki sebebi ve ilgili kişinin KVKK m. 11 hükmünde sayılan diğer hakları konusunda aydınlatılmış olması gerekmektedir. Burada dikkat edilmesi gereken aydınlatma yükümlülüğü ile açık rıza alınması işleminin ayrı ayrı gerçekleştirilmesi gerektiğidir²⁴.

KVKK m. 6/3’te ise açık rıza olmaksızın özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesine yer verilmiştir. Buna göre işçiye ait “*sağlık ve cinsel hayat dışında-ki kişisel veriler, kanunlarda öngörülen hâllerde ilgili kişinin açık rızası aran-*

²² Elif Küzeci / Şebnem Kılıç, ‘6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’nun İş Sözleşmesi Çerçevesinde Değerlendirilmesi: Veri Sorumlusu, Veri İşleyen ve Diğer Aktörler’, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Dergisi, Cilt: 16, Sayı: 63, Yıl: 2019, ss. 947-992, s. 957.

²³ Miray Özer Deniz, ‘İşçilerin Özel Nitelikli Kişisel Verilerinin Korunması ve Bundan Doğan Sorumluluk’, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Cilt: 12, Sayı: 45, Yıl: 2021, ss. 355-377, s. 359.

²⁴ Şehriban İpek Aşıkoğlu, ‘Veri Sorumlularının Aydınlatma Yükümlülüğü-Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda-’, Kişisel Verileri Koruma Dergisi, Cilt: 1, Sayı: 2, Yıl: 2019, ss. 41-65, s. 46; Kişisel Verileri Koruma Kurulunun 26/07/2018 tarihli ve 2018/90 sayılı Kararı “... Online platformda iş başvurusunda bulunurken üyelik kaydı yapılmasının zorunlu olduğu, üyelik kaydı yapılması sırasında ise, aynı kutucuğun işaretlenmesi yoluyla hem aydınlatma metninin okunduğuna, hem de kişisel verilerin işlenmesi hususunda açık rıza verildiğine ilişkin onay alınması yoluna gidildiği tespit edilmiştir. Bu kapsamda; Aydınlatma Yükümlülüğünün Yerine Getirilmesinde Uyulacak Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğin 5 inci maddesinin (1) numaralı fıkrasının (f) bendinde kişisel veri işleme faaliyetinin açık rıza şartına dayalı olarak gerçekleştirilmesi halinde, aydınlatma yükümlülüğü ve açık rızanın alınması işlemlerinin ayrı ayrı yerine getirilmesi gerektiği hükmüne bağlanmıştır...” şeklindedir, <https://www.kvkk.gov.tr/icerik/5420/2018-90>, (erişim tarihi: 27.06.2024).

maksızın işlenebilir. Sağlık ve cinsel hayata ilişkin kişisel veriler ise ancak kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbî teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi, sağlık hizmetleri ile finansmanın planlanması ve yönetimi amacıyla, sır saklama yükümlülüğü altında bulunan kişiler veya yetkili kurum ve kuruluşlar tarafından ilgilinin açık rızası aranmaksızın” işlenebilecektir. Ayrıca KVKK m. 6/4 hükmünde özel nitelikli kişisel verilerin işleme faaliyetlerinde Kurul tarafından ayrıca belirlenen yeterli önlemlerin alınması gerektiği düzenlenmiştir.

B. İşçilerin Kişisel Verilerinin İşlenme Nedenleri

İş hukuku kapsamında işveren; iş sözleşmesinin kurulma aşamasından önce, iş sözleşmesi kurulduğunda ve iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra çeşitli sebeplerle işçilerin kişisel verilerinin işlenmesine ihtiyaç duymaktadır.

Bu sebeplerden ilki işverenin yasal yükümlülükleridir. İş Kanunu m. 75 “İşveren çalıştırdığı her işçi için bir özlük dosyası düzenler. İşveren bu dosyada, işçinin kimlik bilgilerinin yanında, bu Kanun ve diğer kanunlar uyarınca düzenlemek zorunda olduğu her türlü belge ve kayıtları saklamak ve bunları istendiği zaman yetkili memur ve mercilere göstermek zorundadır. İşveren, işçi hakkında edindiği bilgileri dürüstlük kuralları ve hukuka uygun olarak kullanmak ve gizli kalmasında işçinin haklı çıkarı bulunan bilgileri açıklamakla yükümlüdür.” hükmü uyarınca işveren, işçinin kişisel verilerini içerir bir özlük dosyası oluşturmakla zorunlu tutulmuştur.

İkinci olarak İş Kanunu m. 28 hükmünde “İşten ayrılan işçiye, işveren tarafından işinin çeşidinin ne olduğunu ve süresini gösteren bir belge verilir.” denilerek işverene, işçinin çalışma belgesi düzenlenmesi yükümlülüğü getirilmiştir. Benzer düzenlemeye Türk Borçlar Kanunu m. 426 uyarınca “İşveren, işçinin isteği üzerine her zaman, işin türünü ve süresini içeren bir hizmet belgesi vermekle yükümlüdür.” ibaresine yer verilerek ile işverene hizmet belgesi verme yükümlülüğüne değinilmiştir. Yine 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m. 14 ve m. 15 hükümleri ile işverene, işçinin iş kazası ile meslek hastalığı kayıtlarının tutulmasına, bu sağlık problemleri sonucunda işçinin işe dönüşlerinde ve belirli aralıklarla yapılan sağlık muayenelerinin kayıt ile bildirim yükümlülüğü yüklenmiştir²⁵.

İşverenin, işçinin kişisel verilerini işlemedeki bir diğer sebep işçiyi gözetme borcunun gereğini yerine getirmesidir. Buna örnek olarak işçinin sağlık, engellilik gibi durumları göz önüne alınarak işçiye uygun çalışma ortamının sağlanabilmesi için çeşitli bilgi ve belgelerinin işlenmesi gösterilebilir.

²⁵ 30.06.2012 tarihli, 28339 sayılı Resmi Gazete.

İşçinin kişisel verilerinin işlenmesinde diğer sebepler, taraflar arasındaki sözleşmeden kaynaklanan edimlerin yerine getirilmesi için işçinin banka veya kimlik bilgilerinin işlenmesi, işçinin işe uygunluğunun tespit edilebilmesi için işçiye çeşitli sorular sorulması olarak sayılabilmektedir. Bir diğer yandan bazı durumlarda işçinin kişisel verilerini işlemeye işverenin üstün yararı olabilmektedir. Bu kapsamda işçinin performansının değerlendirilmesi veya işin beklenen niteliklere uygunluğunun kontrolü için işverenin işçiye kıyasla daha üstün hukuki yararının bulunduğu durumlarda işçinin kişisel verileri işveren tarafından işlenebilmektedir²⁶.

C. İşçilerin Kişisel Verilerinin İşlenmesine Dair Temel İlkeler

Kişisel verilerin işlenmesine dair ilkeler KVKK m. 4 hükmünde düzenlenmiştir. İlgili hükümde yer alan ilkelere göre, “*Kişisel veriler; hukuka ve dürüstlük kurallarına uygun, doğru ve gerektiğinde güncel, belirli, açık ve meşru amaçlar için, işlendikleri amaçla bağlantılı, sınırlı ve ölçülü şekilde, ilgili mevzuatta öngörülen veya işlendikleri amaç için gerekli olan süre boyunca muhafaza*” edilebilmektedirler. İşçilerin kişisel verileri işlenirken KVKK m. 4 hükmünde yer alan ilkeler gözetilmelidir.

Öncelikle işçilerin kişisel verileri dürüstlük kuralına aykırı olmayacak şekilde elde edilmelidir. Ayrıca işçinin kişisel verilerinin işlendiğinin işçiye bildirilmesi gerekmektedir²⁷. İşçinin veri işleme faaliyetinden haberdar olması şeffaflık ilkesiyle yakından ilgilidir²⁸. Bilgilendirme yapılmaksızın işçinin kişisel verilerinin işlendiği durumlarda işçinin kişilik hakkı ihlale uğrayacaktır. Aynı zamanda işlenen kişisel verilerin doğru ve güncel olması gerekmektedir. İşçinin işlenen kişisel verilerinin doğru ve güncel olması işçinin maddi ve manevi haklarına yönelik koruma sağlayacaktır²⁹.

İkinci olarak veri işleme faaliyetleri açık ve meşru amaçlar için olmalıdır. Diğer bir deyişle işverenin belirli ve yasal dayanağı olmayan bir amaç için işçinin kişisel verilerini işlemesi hukuka aykırılık oluşturacaktır. İşverenin, işçinin kişisel verilerini işleyebilmesinin sınırına TBK m. 419 hükmünde yer verilmiştir³⁰. Bu hükme göre işçinin kişisel verilerinin ancak işçinin işe yat-

²⁶ Selen Uncular, İş İlişkisinde İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 149; Özer Deniz, s. 369.

²⁷ Özer Deniz, s. 361.

²⁸ Nafiye Yücedağ, ‘Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Kapsamında Genel İlkeler’, Kişisel Verileri Koruma Dergisi, Cilt: 1, Sayı: 1, Yıl: 2019, ss. 47-63, s. 49.

²⁹ Yücedağ, s. 50; Emel Badur / Nesibe Kurt Konca, ‘Kişisel Verilerin Hukuka Aykırı İşlenmesinden Doğan Zararların Tazmini ve Görevli Mahkeme’, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 13, Sayı: 2, Yıl: 2022, ss. 476-490, s. 481.

³⁰ Sevimli, Türk Borçlar Kanunu Madde 419, s. 133.

kınlığı ile ilgili veya hizmet sözleşmesinin devamı için zorunlu olduğu ölçüde kullanılabileceği düzenlenmiştir. Salt merak giderme veya psikolojik baskı kurma amacıyla işçinin kişisel verileri elde edilmemelidir.

İşveren veri işleme amacını gerçekleştirecek kadar veri elde etmelidir. Bir diğer deyişle kişisel veriler, işlendikleri amaçla bağlantılı, sınırlı ve ölçülü olmalıdır³¹. Ölçülülük değerlendirilmesi yapılırken amacı gerçekleştirmek için başvuru aracı gerekli, elverişli ve orantılı olmasına dikkat edilmelidir³². Son olarak elde edilen kişisel veriler yasal sürelerle uygun ve işlendikleri amacın gerektirdiği süre kadar muhafaza edilmelidir. Bu kapsamda İş Sağlığı ve Güvenliği Hizmetleri Yönetmeliği m. 7 hükmü ile işverene, işçilerin kişisel sağlık dosyalarını işten ayrılmalardan itibaren en az 15 yıl süre ile saklama yükümlülüğü yüklenmiştir.

D. İşçilerin Kişisel Verilerinin İşlenmesinde Hukuka Uygunluk Nedenleri

İşçilerin kişisel verilerinin işlenmesine ilişkin hukuka uygunluk nedenlerinden ilki rızadır. GVKT m. 4/11 hükmünde rıza kavramı *“ilgili kişinin beyan yoluyla veya açıkça anlaşılabilir bir onay eylemiyle kendisine ait kişisel verilerin işlenmesine onay verdiğini gösteren, özgür bir şekilde verilmiş, spesifik, bilinçli ve açık gösterge”* olarak tanımlanmaktadır. İşçinin özgür iradesi ile geçerli bir rıza beyanında bulunması gerekmektedir. Ancak iş ilişkisi içerisinde işverenin daha güçlü konumda bulunması sebebi ile işçinin işini kaybedebileceği endişesi gözetilerek işçinin verdiği rızaya kuşku ile yaklaşılması gerekmektedir. Burada dikkat edilmesi gereken, işçinin bu rızayı iş sözleşmesinin sonlanacağı tehdidi altında vermemesidir³³.

KVKK m. 5/2-d ve KVKK m. 28/2-b uyarınca işçinin kendisi tarafından alenileştirilen verilerinin, açık rızaya gerek olmaksızın işveren tarafından işlenebileceği düzenlenmiştir. İşçi tarafından alenileştirilen bir verinin, işverence meşru menfaat çerçevesinde, iş ilişkisinin gerektirdiği hallerde işlenebilmesi mümkündür. Bunun yanı sıra KVKK m. 5/2-a hükmü uyarınca kanunlarda açıkça öngörüldüğü hallerde de işçinin açık rızası olmaksızın kişisel verileri işlenebilmektedir.

³¹ Yüksel Metin, Ölçülülük İlkesi, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002, s. 77; Deniz Ugan Çatalkaya, İş Hukukunda Ölçülülük İlkesi, 1. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2019, s. 323; Yücedağ, s. 60.

³² Ugan Çatalkaya, s. 63.

³³ Ahmet Sevimli, 'İşçinin Özel Yaşam Hakkı Bağlamında İşçi-İşveren İlişkisi', MESS Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı: 10, Yıl: 2008, ss. 53-79, s.70; Atike Eda Manav, 'İş İlişkisinde İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması' Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 19, Sayı: 2, Yıl: 2015, ss. 95-136, s. 111.

Fiili imkansızlık nedeniyle rızasını açıklayamayacak durumda olan veya rızasına hukuki geçerlilik tanınmayan işçinin, kendisinin ya da üçüncü kişilerin hayatının veya beden bütünlüğünün korunması için zorunlu olduğu hallerde kişisel verilerinin işlenmesinde bir sakınca bulunmamaktadır. Bu durumlara örnek olarak işçinin bilincinin kapalı olması ya da işçinin yaşamsal bir tehlikede olması gösterilebilir³⁴.

Bir başka hukuka uygunluk nedeni taraflar arasındaki sözleşmeden kaynaklanmaktadır³⁵. İşçi ve işveren arasında düzenlenen iş sözleşmesinin ifasından dolayı işçinin kişisel verilerinin işlenmesi zorunlu hale gelebilmektedir. Ayrıca işverenin çeşitli kanunlarla yerine getirmek zorunda olduğu yükümlükler nedeniyle işçinin kişisel verilerini işlemesi de hukuka uygun olmaktadır.

İşçilerin kişisel verilerinin işlenmesinde bir diğer uygunluk nedeni üstün yarar ilkesidir. Buna göre işçinin temel hak ve özgürlüklerine zarar vermemek şartıyla işverenin meşru menfaatleri için veri işlenmesinin zorunlu olması hallerinde işçinin kişisel verileri işlenebilmektedir. Her somut olaya göre işverenin meşru menfaatleri ile işçinin temel hak ve özgürlükleri arasındaki dengenin incelenmesi gerekmektedir³⁶.

İşçinin kişisel verilerinin işlenmesinde son hukuka uygunluk nedeni ise işçinin çeşitli haklar elde edebilmesi veya mevcut haklarının korunması için kişisel verilerinin işlenmesidir. Buna örnek olarak işçinin çocuk yardımıdan yararlanabilmesi için çocuk sayısı ve yaşının sorulması gösterilebilir³⁷.

III. İŞ SÖZLEŞMESİNİN DEVAMI SIRASINDA İŞÇİLERİN KİŞİSEL VERİLERİNİN KORUNMASI

A. Genel Olarak

Temelinde iş görme, bağımlılık ve ücret unsurlarını barındıran bir tarafın işçi, diğer tarafın işveren olduğu sözleşmeye iş sözleşmesi denilmektedir³⁸. İş

³⁴ Uncular, s. 149; Caniklioğlu, s. 276.

³⁵ Miray Özer Deniz, 'Kişisel Verilerin İşlenmesi Sözleşmesinin Türleri ve Hukuki Nitelikleri', Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 6, Sayı: 1, Yıl: 2023, ss. 97-114, s. 97.

³⁶ Uncular, s. 153; Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu 'İş İlişkisinde İşçinin Kişisel Verilerinin Korunmasına İlişkin Sorunlar ve Kişisel Verilerin Korunması Kanunu', İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar, 1. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2017, ss. 19-101, s. 32; Yasin Üstün / Ayşe Nida Günel, 'İş İlişkilerinde Kişisel Verilerin İşlenmesinde Hukuka Uygunluk Sebebi Olarak Meşru Menfaat', Kişisel Verileri Koruma Dergisi, Cilt: 4, Sayı: 2, Yıl: 2022, ss. 1-18, s. 9.

³⁷ Bozkurt Gümrükçüoğlu, s. 31; Özer Deniz, s. 365.

³⁸ Haluk Hadi Sümer, İş Hukuku, 26. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 37; Murat Demircioğlu / Tankut Centel / Hasan Ali Kaplan, İş Hukuku, 21. Baskı, Beta Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 67; Ercan Akyiğit, İş Hukuku, 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 99.

sözleşmesinin tanımına İş Kanunu m. 8/1 hükmünde yer verilmiş olup anılan hüküm “İş sözleşmesi, bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir.” şeklindedir. Tanımlardan yola çıkıldığında iş sözleşmesinin üç unsurunun bulunduğu görülmektedir.

İş sözleşmesinin söz konusu olabilmesi için öncelikle bir başkasının işini üstlenilmesi ya da yerine getirilmesi gerekmektedir³⁹. İkinci olarak bağımlılık unsuru karşımıza çıkmaktadır. Bağımlılık unsuru; işçinin, işverenin denetim ve gözetimi altında, işverenin talimatlarına uyarak iş görme edimini yerine getirmesi olarak tanımlanabilir⁴⁰. Burada yer alan bağımlılık; ekonomik ya da teknik değil, hukuki niteliktedir⁴¹. Bu bağımlılık unsuru işverenin; yönetim, denetim ve gözetim yetkilerini beraberinde getirmektedir⁴². İş sözleşmesinin son unsuru ise ücrettir. Anılan unsura göre yapılan işin mutlaka bir ücret karşılığı olmalıdır⁴³.

İş sözleşmesi ile işveren; işçinin, işe alım sürecinden itibaren gerek performans ölçümü gerek kanundan doğan yükümlülüklerinin yerine getirilmesi amacıyla işçinin birçok kişisel verisini işlemektedir. İşçi ve işveren arasında bir hiyerarşi bulunmakta olup işçinin işverene kıyasla ekonomik anlamda zayıf konumda yer alması işverenin, işçiye ait kişisel verileri keyfi amaçlarla kullanmasını meşru kılacağı anlamını taşımamaktadır. Bu doğrultuda işverene kıyasla ekonomik anlamda zayıf konumda bulunan işçinin kişisel verilerinin korunmasıyla işveren, iş ilişkisinin her aşamasında hem işçiyi gözetme hem de koruma borcu uyarınca yükümlüdür⁴⁴.

Aşağıda iş ilişkisinin kurulması ve sona ermesi arasındaki süreçte bir diğer deyişle iş ilişkisinin devamı sırasında işçinin kişisel verilerinin işveren tarafından korunması açıklanacaktır.

³⁹ Demircioğlu / Centel / Kaplan, s. 68; Akyiğit, s. 100.

⁴⁰ Doğan, s. 134; Haluk Hadi Sümer, ‘İş Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru’, MESS Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı: 19, Yıl: 2010, ss. 63-73, s. 64.

⁴¹ Uncular, s. 119.

⁴² Emine Tuncay Kaplan, ‘İş Hukukunda Kişilik Haklarının Özellikle Bilgisayarda Toplanan Bilgiler Karşı Korunması’, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Cilt: 52, Sayı: 1, Yıl: 1997, ss. 367-386, s. 372.

⁴³ Demircioğlu / Centel / Kaplan, s. 68; Akyiğit, s. 104.

⁴⁴ Seracettin Göktaş, ‘Türk İş Hukukunda İşverenin İşçinin Özel Yaşamına Saygı Borcu’, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt: 38, Sayı: 2, Yıl: 2021, ss. 1-55, s.19; Özer Deniz, s. 367.

B. İşçilerin Kişisel Verilerinin İşlendiği Uygulamalar

1. İşçiye Ait Edinilen Bilgiler

İşverenin, iş sözleşmesinin devamında yükümlülüklerin ifası için işçiye ait kişisel bilgileri kullanması veya ilgili kurumlara vermesi gerekebilmektedir. Bu duruma örnek olarak İş Kanunu m. 75 uyarınca işverenin, işçinin özlük dosyasını ve kanunen düzenlemek zorunda olduğu belge ve kayıtları tutma yükümlülüğü gösterilebilir.

İş sözleşmesinin devamında işverenin işçi ile ilgili belge düzenlemesi halinde bu belgede işçinin yalnızca işi ile ilgili bilgilere yer verilmeli, özel hayata yönelik bilgilere yer verilmemelidir⁴⁵. Bir diğer yandan işveren işçinin özel hayatına müdahale etmemeli, işçinin özel hayatına ilişkin edindiği bilgileri üçüncü kişilerle paylaşmaktan kaçınmalıdır⁴⁶.

Bazı durumlarda işveren tesadüfen işçinin kişisel bilgilerine vakıf olabilmektedir. Bu duruma örnek olarak işverenin iş sözleşmesinin devamı sırasında işçilerden birinin hastalığa ilişkin test sonucunu işçinin masasının üstünde görmesi ve işçinin bulaşıcı bir hastalığa yakalandığını öğrenmesi gösterilebilir⁴⁷. Böyle bir durumda işveren, diğer işçilerin sağlığını tehlikeye atmamak için onları konu ile ilgili bilgilendirmelidir. Bu bilgilendirme yapılırken hasta işçinin adı ve gereğinden fazla bilgi verilmemelidir⁴⁸. Ancak işçinin adının belirtilmesinin zorunlu olduğu durumlarda hasta işçiye de bilgilendirme yapılmalıdır⁴⁹.

2. İşçinin İşe Giriş Çıkış Denetimi

İşçilerin mesai saatlerinin takibi amacıyla ve işyerine giriş çıkışlarının kontrol edilebilmesi için, parmak izi, akıllı kart, imza defteri, retina tanınması, manyetik kimlik kart okutulması gibi yöntemlerin uygulamada sıklıkla kullanıldığı görülmektedir. Bu denetimler bazen işçinin kişisel verilerinin ihlaline yol açabilmektedir. İşveren tarafından, yönetim hakkı kapsamında kalan bu

⁴⁵ Manav, s. 120; Yeliz Polat, '4857 Sayılı İş Kanunu'na Göre İşçi Özlük Dosyası, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2011, <http://nek.istanbul.edu.tr:4444/ekos/TEZ/47625.pdf>, s. 25. (erişim tarihi: 23.05.2024); Şükran Ertürk, İş İlişkisinde Temel Haklar, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002, s. 127.

⁴⁶ Yiğitcan Çankaya, İş İlişkisinde İşçinin Özel Yaşamının Gizliliği, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 238.

⁴⁷ Manav, s. 120.

⁴⁸ Mustafa Alp / İlke Gürsel, 'Covid-19 Pandemisinde İşçilere Ait Sağlık Verilerinin İşlenmesi', MESS Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı: 44, Yıl: 2020, ss. 11-32, s. 20.

⁴⁹ Covid-19 ile Mücadelede Konum Verisinin İşlenmesi ve Kişilerin Hareketliliklerinin İzlenmesi Hakkında Bilinmesi Gerekenler, <https://kvkk.gov.tr/icerik/6726/COVID-19-ILE-MUCADELEDE-KONUM-VERISININ-ISLENMESI-VE-KISILERIN-HAREKETLILIKLERININ-IZLENMESI-HAKKINDA-BILINMESI-GEREKENLER-2->, (erişim tarihi: 04.03.2024).

yöntemlerin kullanılması ile işçinin kişisel verilerinin korunması hakkı arasındaki dengenin gözetilmesi gerekmektedir⁵⁰.

Burada dikkat edilmesi gereken Kişisel Verileri Koruma Kurulu'nun yayınladığı “*Biyometrik Verilerin İşlenmesinde Dikkat Edilmesi Gereken Hususlara İlişkin Rehber*” uyarınca parmak izi, retina, avuç içi, yüz taramasına ilişkin bilgilerin biyometrik veriler olup özel nitelikli kişisel veriler arasında olduklarıdır. Dolayısıyla işveren tarafından bu yöntemlerin kullanılabilmesi için işçinin açık rızasının alınması gerekmektedir. İşyerinde giriş çıkış denetimi için kullanılan yöntemlerin kişisel verilere ilişkin mahremiyeti diğer yöntemlere kıyasla daha fazla ihlal ettiği görülmektedir. Buna göre KVKK m. 4 hükmü gereğince ölçülülük ilkesi dikkate alınarak hareket edilmelidir⁵¹. Örneğin kontrolün kartla sağlanabileceği durumlarda işçinin özel nitelikli kişisel verilerine başvurulması ölçüsüz olacaktır⁵².

Danıştay 11. Hukuk Dairesi tarafından verilen 13.06.2017 tarihli, 2017/816 E., ve 2017/4906 K. sayılı “... personelden kişisel veri alınması kapsamında yüz tanıma sistemi ile mesai takibi uygulamasının kamusal alanda da olsa özel hayatın gizliliği ilkesi kapsamında bulunduğu açık olup... temel hak ve Anayasal ilkelerle bağdaşmamaktadır” şeklindeki karar ile bu husus vurgulanmıştır⁵³. Kişisel Verileri Koruma Kurulu'nun 25.03.2019 tarihli 2019/81 sayılı bir başka kararı incelendiğinde görüleceği üzere ilgili kişinin izni ile kişisel verilerin işlenmesi gerçekleştirilse bile bu iznin aşırı miktarda veri toplanmasını hukuka uygun hale getiremeyeceği belirtilerek gereğinden fazla kişisel veri elde edilmesinin önüne geçilmeye çalışılmıştır⁵⁴.

⁵⁰ Uncular, s.95.

⁵¹ Çankaya, s. 220.

⁵² Yasin Üstün / Ayşe Nida Günel, ‘İş İlişkilerinde Bazı Yaygın Uygulamaların Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Kapsamında Değerlendirilmesi’, Kişisel Verileri Koruma Dergisi, Cilt: 2, Sayı: 2, Yıl: 2020, ss. 62-73, s. 66. Benzer yönde Kişisel Verileri Koruma Kurulu' nun 01/12/2020 tarihli ve 2020/915 sayılı “Veri sorumlusu bünyesinde mesai kontrolü amacıyla biyometrik veri olan parmak izinin işlenmesinin Kanunun “Genel İlkeler” başlıklı 4 üncü maddesinin (ç) bendindeki amaçla bağlantılı, sınırlı ve ölçülü olma ilkesine aykırı olduğu, öte yandan söz konusu veri işleme faaliyetinin hukuka uygun bir veri işleme şartına dayanmadığı dikkate alındığında veri sorumlusunun söz konusu uygulamasının Kanunun 12 nci maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendine aykırılık teşkil ettiği değerlendirildiğinden Kanunun 18 inci maddesinin 3 üncü fıkrası hükmüne göre söz konusu veri sorumlusu bünyesinde görev yapan kişiler hakkında disiplin hükümlerinin işletilmesine ve sonucunun Kurula bildirilmesine,... karar verilmiştir.” şeklindeki kararı örnek gösterilebilir, <https://kvkk.gov.tr/icerik/6872/2020-915>, (erişim tarihi: 26.05.2024).

⁵³ Danıştay 11. Hukuk Dairesi tarafından verilen 13.06.2017 tarihli, 2017/816 E., ve 2017/4906 K. sayılı karar, Lexpera, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/danistay/11-d-e-2017-816-k-2017-4906-t-13-6-2017>, (erişim tarihi: 24.05.2024).

⁵⁴ Kişisel Verileri Koruma Kurulu'nun 25.03.2019 tarihli 2019/81 sayılı kararı “... Bu ilkelerden, işlendikleri amaçla bağlantılı, sınırlı ve ölçülü olma ilkesinin, işlenen verilerin belirlenen amaçların gerçekleştirilebilmesine elverişli olması, amacın gerçekleştirilmesiyle ilgili olmayan veya ihtiyaç

3. İşçinin İzlenmesi ve Gözetlenmesi

Teknolojinin gelişmesi ile çok çeşitli yöntemlerle işveren tarafından işçilerin performans ölçümü yapılabilmektedir. Buna örnek olarak işverenin, işçinin konuşmalarını ses veya görüntü yoluyla izlemesi, kaydetmesi, işçinin e-postalarını denetlemesi, işçilerin GPS konumlarının takip edilmesi gösterilebilir⁵⁵. Ancak bu yöntemlerin kullanılması esnasında hukuka uygunluk sebebinin bulunmaması işçinin özel yaşam hakkına haksız bir müdahale olarak değerlendirilebilmekte ve kişisel veri ihlaline sebebiyet verebilmektedir⁵⁶.

Öncelikle belirtmek gerekir ki kural olarak işveren tarafından işçinin gizli şekilde izlenmesi yasaktır⁵⁷. Uluslararası Çalışma Örgütü tarafından çıkarılan Uygulama Kodu ile yalnızca ulusal hukukun gizli izlemeye izin vermesi ve suç veya haksız fiil benzeri eylemlerin varlığına dair makul gerekçelere dayanan şüphe halinde gizli izlemenin mümkün olduğu kabul edilmiştir⁵⁸. Bu hususa ilişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 09.01.2018 tarihli Lopez Ribalda ve Diğerleri ile İspanya kararında suç şüphesi nedeniyle gizli izlemenin somut olay karşısında ölçülü olduğuna ve AİHS m. 8 hükmünün ihlal edilmediğine kanaat getirmiştir⁵⁹.

İşveren tarafından işçinin performansı ve işyeri kurallarına uygun davranılıp davranılmadığının değerlendirilmesi bakımından bir izleme yapılacaksa işçiye bilgilendirme yapılarak işçinin bu izleme için rızası alınmalıdır⁶⁰. İşverenin işçiyi gözetlemesinde objektif ve haklı bir yararının bulunması gerekmektedir⁶¹. Burada dikkat edilmesi gereken işçinin görüntüsünün sürekli olarak kaydedilmesinin özel hayata müdahale kapsamında olacağı ancak belirli aralıklarla görüntüleme yapılmasının hukuka uygun olduğudur⁶². İşçilerin

duyulmayan kişisel verilerin işlenmesinden kaçınılmasını gerektirdiği, sonradan ortaya çıkması muhtemel ihtiyaçların karşılanmasına yönelik olarak veri işlenmesi yoluna gidilmemesi gerektiği,...” şeklindedir, <https://kvkk.gov.tr/Icerik/5496/2019-81-165>, (erişim tarihi: 03.03.2024).

⁵⁵ Çankaya, s. 250.

⁵⁶ Yiğit, s. 110; Bozkurt Gümrükçüoğlu, s. 83.

⁵⁷ Canan Erdoğan, Kişilik Hakkı Kapsamında İşçilerin İzlenmesi ve Gözetlenmesi, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 113.

⁵⁸ Protection of Workers' Personal Data: An ILO Code of Practice, s. 4, <https://www.ilo.org/resource/protection-workers-personal-data>, (erişim tarihi: 26.05.2024).

⁵⁹ AİHM, Lopez Ribalda ve Diğerleri ile İspanya, Başvuru No: 1874/13 ve 8567/13, 09.01.2018 tarihli kararı, Gülsevil Alpagut, 'İşyerinde Kameri Görüntülemesi ve AİHM Kararları ile Tespit Edilen Esaslar' Prof. Dr. Savaş Taşkent'e Armağan, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, ss. 275-313, s. 295 vd.

⁶⁰ Yiğit, s. 111.

⁶¹ Manav, s. 123.

⁶² Gürsel, İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması Hakkı, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 372; Çankaya, s. 258; Manav, s. 129.

gözetlenme süresi ise ulaşılmak istenen amaca uygun olmalıdır⁶³. Ayrıca işçinin gözetlenme amacı ile gözetlenme yönteminin birbiri ile orantılı olması ve uygun illiyet bağının bulunması gerekmektedir⁶⁴.

Bir diğer yandan işveren, işin yürütülmesi esnasında işçinin kullanımına tahsis edilen bilgisayar ile işle ilgisi bulunmayan yazışmalarla ilgilenmesi veya iş dışında vakit geçirmesinin önüne geçmek için çeşitli gözetleme denetim mekanizmaları uygulamaktadır. Bu gözetim ve denetim mekanizması ile işverenin işçilerin davranışlarını düzenlemesi yönetim hakkı kapsamında kalmaktadır⁶⁵. İşverenin açıkça veya örtülü izni olmaksızın işyerinde işçi tarafından internetin özel amaçlı kullanımı yasak olup Yargıtay kararlarında da rastlanılacağı üzere işçinin iş saatleri içinde işveren tarafından tahsis edilen bilgisayar aracılığı ile özel amaçları için internet sitelerinde vakit geçirmesi iş sözleşmesinin işveren tarafından feshi için haklı sebep oluşturabilmektedir⁶⁶. Öte yandan işçiye özel amaçlı internet kullanımının izin verildiği hallerde, işçinin söz konusu izni sınırsız kullanma hakkı bulunduğu şeklinde yorum yapılmamalıdır⁶⁷. Bu kapsamda işveren, işçinin özel amaçlı internet kullanımını kontrol edebilmek adına izin verilen internet siteleri havuzu oluşturarak diğer siteler açısından kısıtlama yoluna gidebilmektedir⁶⁸.

⁶³ Zeki Okur, İş Hukukunda Elektronik Gözetleme, 1. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2011, s. 121.

⁶⁴ Simru Tektürk, 6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun İşçi ve İşveren İlişkisi Üzerine Etkisi, Yüksek Lisans Tezi, Yeditepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2022, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>, s. 109, (erişim tarihi: 05.03.2024); Ugan Çatalkaya, s. 357.

⁶⁵ Kıpçak, s. 90.

⁶⁶ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 04.05.2009 tarihli, 2008/36305 E., 2009/12393 K. sayılı kararı "Davacının iş sözleşmesinin feshinde en önemli nedenlerden biri olarak mesai saatleri içerisinde internette oyun oynayarak ve çeşitli haber sitelerinde zaman geçirmesi gösterilmiştir. Gerçekten de işveren bu konuda kayıtlar sunmuş olup, bilirkişi heyet raporunda da davacının her gün kısa süreli de olsa iş amaçlı bilgisayarında internet alış-veriş ve oyun sitelerine girdiği, bir yıl içerisinde altı kez yarım saat, altı kez de bir saatin üzerinde internette zaman geçirdiği tespit edilmiştir. ... Davacının iş amaçlı bilgisayarı mesai saatleri içinde internet alış-veriş ve oyun sitelerine birden fazla girmek sureti ile amacı dışında kullandığı ve bu süre zarfında zamanını iş görme edimine harcamadığı anlaşılmaktadır. Üstlenilen işin yetiştirilmesi veya işverenin zararının oluşmaması, bu olumsuz davranışı ortadan kaldırmaz. Davacı yan yükümlülüğünü ihlal etmiştir. Bu davranışının diğer işçi gibi işyerinde olumsuzluklara yol açtığı ve iş ilişkisinin işveren açısından devam ettirilmesinin beklenmez bir hal aldığı anlaşılmaktadır. İşverenin iş sözleşmesini feshetmesi, davacının davranışlarından kaynaklanan nedene dayanmaktadır." şeklindedir, www.legalbank.net, (erişim tarihi: 03.03.2024).

⁶⁷ Sezgi Öktem Söngü, 'İşçilerin İşyerinde Özel Amaçlı İnternet ve E- Posta Kullanımına İşverenin Müdahalesi Üzerine Bir Değerlendirme', Prof. Dr. Sarper Sözek' e Armağan Cilt: I, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2011, ss. 1057-1098, s. 1061; Manav, s. 125.

⁶⁸ Osman Uyaroğlu, 'İşyerinde Özel Amaçlı İnternet Kullanımının İş Sözleşmesine Etkisi', Türk Adalet Akademisi Dergisi, Cilt: 12, Sayı: 46, Yıl: 2021, ss. 301-326, s. 310.

Kimi zaman işçi tarafından bilişim suçlarına sebebiyet verilerek şirketin imajının zedelenmesinin önüne geçmek adına işveren çeşitli önlemler alma yoluna gidebilmektedir⁶⁹. Bu önlemlere örnek olarak sözleşme özgürlüğü çerçevesinde iş sözleşmesine işçinin özel amaçlı internet kullanımının yasaklanmasına ilişkin hükümlere yer verilmesi ya da işveren tarafından işçinin veri ağının takip edilebileceği programların bilgisayarına yüklenmesi gösterilebilir⁷⁰.

İşveren, yönetim hakkı kapsamında işçiye tahsis etmiş olduğu bilgisayarla işçinin e-posta adresini nasıl ve hangi şartlarla kullanması gerektiğini işçiye önceden bildirmek şartıyla denetleyebilmektedir⁷¹. Bir diğer deyişle işçiye haber verilmeksizin işçinin e-postasının denetlenmesi hukuka aykırıdır⁷². Buna karşın işveren tarafından işçinin işi ile ilgili olan yazışmaların okunmasında herhangi bir hukuka aykırılık bulunmamaktadır. Bunun yanında işveren; gelen e-postanın tarihini, alıcı bilgilerini, e-postanın gönderilme zamanı gibi bilgileri de denetleyebilir⁷³.

İşçinin, işveren tarafından izlenmesi ve gözetlenmesi kapsamında özellikle son yıllarda Covid-19 Pandemisi ile artan uzaktan çalışma modelindeki durumun değerlendirilmesinin de çalışmamızın kapsamı itibari ile yararlı olacağı kanaatindeyiz. 4857 sayılı İş Kanunu m. 14 hükmü ile uzaktan çalışma *“işçinin, işveren tarafından oluşturulan iş organizasyonu kapsamında iş görme edimini evinde ya da teknolojik iletişim araçları ile işyeri dışında yerine getirmesi esasına dayalı ve yazılı olarak kurulan iş ilişkisi”* olarak tanımlanmıştır. Uzaktan çalışma modelinde de işverenin veri sorumlusu sıfatında bir değişiklik olmamakla beraber yükümlülükleri devam etmektedir.

Uzaktan çalışma yönteminin git gide yaygınlaşması ile işveren tarafından işçinin performansının değerlendirilmesine olanak tanıyan programların da

⁶⁹ Gürsel, s. 383. Hayrunnisa Özdemir, ‘İşyerinde İşçilerin İzlenmesi ve İşçinin Kişilik Haklarının Korunması’, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 14, Sayı: 1-2, Yıl: 2010, ss. 231-270, s. 237.

⁷⁰ Özdemir, s. 238.

⁷¹ Öktem Songu, s. 1074.

⁷² Anayasa Mahkemesi, 2018/31036 başvuru numaralı, 12.01.2021 tarihli kararı, *“Öte yandan e-posta hesabı üzerinden yapılan iletişimin denetlenebileceğine ve iletişim araçlarının kullanım koşullarına ilişkin olarak önceden tam ve açık bir bilgilendirme yapılmadığı hâllerde temel hak ve özgürlüklerinin işyerinde de korunacağı yönündeki haklı beklentiyle çalışan kişinin kurumsal e-posta üzerinden kişisel yazışmalar yapabileceğinin işveren tarafından da öngörülebilecek bir durum olduğu vurgulanmalıdır. Buradan hareketle çalışana açık bir bilgilendirmenin yapılmadığı hâllerde hak ve özgürlüklerine bir müdahalede bulunulmayacağı hususunda çalışanların makul bir beklenti içinde olacaklarının kabul edilmesi, temel hak ve özgürlüklerin sağladığı güvencelerden yararlandırılması gerektiği söylenebilir.”* şeklindedir, kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr, (erişim tarihi: 03.03.2024).

⁷³ Özdemir, s. 236.

çeşitliliği son derece artmıştır. Buna örnek olarak işveren tarafından işçinin bilgisayarına fare hareketlerinin izlenmesine yönelik programların yüklenmesi, çalışma sırasında işçinin kamera ile izlenmesi durumları gösterilebilir⁷⁴.

Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nin 07.05.2019 tarihli 2017/21857 E., 2019/9884 K. sayılı kararı "*davacı işçinin, bilgisayarında bulunan klavye yakalayıcısı adı verilen programdan haberinin olmadığı, işverence bu konuda bilgilendirilmediği, davacının rızası hılaflına tüm kayıtların özel yahut işe ilişkin bilgi ayrımı olmadan işverence günlük olarak elde edildiğinin anlaşılması karşısında, elde edilen bu bilgilerin fesih sebebi olarak ileri sürülemeyeceği değerlendirilmelidir. İşverenin yönetim hakkının bir sonucu olarak işçiyi elektronik ortamda izlemesi ve takip etmesi her zaman mümkündür. Ancak bunun için işçinin bu izleme hakkında bilgilendirilmiş olması şarttır. İşçinin izlendiğine dair bilgilendirilmemesi veya gizlice izlenmesi, bu izleme neticesinde elde edilen veriler; iş sözleşmesinin işçi tarafından ihlal edildiğini açıkça ortaya koysa dahi, hukuka aykırı olarak kabul edilmelidir.*" şeklinde olup Yargıtay, işverenin işçiden habersiz bilgisayarına klavye yakalayıcı yüklemesinin hukuka aykırı olduğuna hükmetmiştir⁷⁵. Aynı zamanda gözetleme hakkının bu şekilde kullanılmasının veri işleme faaliyetleri esnasında göz önüne alınması gereken ölçülülük ilkesi ile bağdaşmayacağı da açıktır⁷⁶.

4. İşçinin İletişiminin Denetlenmesi

İşyerindeki sabit telefondan ya da işçinin cep telefonu üzerinden işveren tarafından işçinin iletişimin denetlenmesi söz konusu olabilir. Burada ilk dikkat edilmesi gereken işçi tarafından kullanılan telefonun kullanım amacıdır. İşçi tarafından kişisel amaçla kullanılan telefonun işveren tarafından denetlenmesi kural olarak mümkün değildir⁷⁷. Buna karşın işçinin telefonuyla bağımlılık derecesinde vakit geçirmesi, işi aksatması gibi hallerde işveren tarafından telefon kullanımına sınırlama getirilebilir⁷⁸.

Yukarıdaki açıklamalarımızın yanında Yargıtay tarafından verilen bir başka kararda ise "*kişinin, bir daha kanıt elde etme olanağının bulunmadığı ve yetkili makamlara başvurma imkanının olmadığı ani gelişen durumlarda, örneğin; kendisine karşı işlenmekte olan (cinsel saldırı, hakaret, tehdit, iftira*

⁷⁴ Kıpçak, s. 127.

⁷⁵ Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nin 07.05.2019 tarihli 2017/21857 E., 2019/9884 K. sayılı kararı, <https://karararama.yargitay.gov.tr>, (erişim tarihi: 23.05.2024).

⁷⁶ Kıpçak, s. 93.

⁷⁷ Aslı Çalışkan Yıldırım / Ömer Uğur, 'İşveren Bakımından Fesih Sebebi Olarak İşçinin Sosyal Medya Kullanımları', İstanbul Hukuk Mecmuası, Cilt: 80, Sayı: 40, Yıl: 2022, ss. 1169-1222, s. 1177.

⁷⁸ Sezgin, s. 130.

veya şantaj gibi) bir suç söz konusu olduğunda ya da kendisine veya aile birliğine yönelen, onurunu zedeleyen, haksız bir saldırıyı önlemek için, kaybolma olasılığı bulunan kanıtların kaybolmasını engelleyip, yetkili makamlara sunarak güvence altına almak amacıyla, saldırıyı gerçekleştiren tarafın bilgisi ve rızası dışında, özel hayata ait bilgileri okuma, konuşma ve haberleşme içeriklerini veya özel hayata ilişkin ses ve görüntüleri dinleme, izleme ya da kaydetme, kişisel verileri kaydetme, ele geçirme ve yayma eylemlerinin hukuka aykırı olduğunu kabul etmek mümkün olmadığı gibi, yargı mercilerindeki iddialarını ispat etmek için başka türlü delil ibraz etme olanağının bulunmadığı hallerdeki bir takım eylemlerinin de haksızlık unsurunu içermeyeceği, esasen bu gibi hallerde, kişinin hukuka aykırı hareket ettiği bilinciyle hareket ettiğinden de söz edilemeyeceği” şeklinde bir değerlendirmeye yer verilmiş olup ilgili kararda yer alan unsurlar ile işyerinde gerçekleşen bir suç fiili nedeniyle işçinin şahsi kullanımında olan telefon içeriğine işveren tarafından müdahale edilmesi hukuka uygun olarak kabul edilmiştir⁷⁹.

İşçinin şahsi telefon kullanımının yanı sıra işveren tarafından işçiye, iş için kullanılmak üzere tahsis edilen telefonların üzerinde ölçülü olmak kaydıyla içerik denetimi yapılabilmektedir⁸⁰. Öte yandan işçiye tahsis edilen iş telefonunun şahsi amaçla kullanıma açık olması halinde işveren tarafından telefon üzerinde sınırlı inceleme yapılabilecektir⁸¹. Bu konuyla ilgili Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 25.06.1997 tarihli Halford ile Birleşik Krallık kararında, işçinin iş telefonu kullanmasına karşın özel görüşme yapma hakkının bulunduğu gerekçesiyle işveren tarafından telefon görüşmesinin dinlenmesinin kişisel veri ihlaline sebebiyet verdiğini ve AİHS m. 8/1 kapsamında olduğuna hükmetmiştir⁸².

5. İşçinin Eşya ve Üst Aramasına Tabi Tutulması

İşçinin üstünün aranması AY m. 20/2 “*Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak, usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili*

⁷⁹ Yargıtay 12. Ceza Dairesi, 2013/13614 E., 2014/5809 K., 10.03.2014 tarihli kararı, Lexpera, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/12-ceza-dairesi-e-2013-13614-k-2014-5809-t-10-3-2014>, (erişim tarihi: 24.05.2024).

⁸⁰ Gizem Meral Kılınç, ‘İşverenin İşçinin Kişisel Verilerini Koruma Yükümlülüğü’, Konya Barosu Dergisi, Cilt: 1, Sayı: 1, Yıl: 2023, ss. 87-127, s. 117.

⁸¹ Sezgin, s. 132.

⁸² AİHM, Halford ile Birleşik Krallık, Başvuru No: 20605/92, 25.06.1997 tarihli kararı, Üstün / Günel, s. 70.

kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin üstü, özel kâğıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz.” hükmü ile sınırlandırılmıştır. İşveren tarafından işçinin eşya ve üst aramasına tabi tutulabilmesi için yasal bir düzenlemeye dayanılması, işçinin rızasının bulunması, kimyasal araç gereçler nedeniyle bazı maddelerin işyerine sokulmasının tehlike arz etmesi ya da işçilerin üstün özel yararının bulunması gibi hallerin mevcut olması gerekmektedir⁸³. Buna göre işveren, işyeri ile diğer işçilerin güvenliği için tehlike oluşturabilecek maddelerin işyerine girişini ve işyerine ait değerli eşyaların işyeri dışına izinsiz çıkarılmasını engellemek amacıyla işçinin eşyasını ya da üst aramasını güvenlik görevlileri veya x-ray cihazı gibi aletlerle gerçekleştirebilmektedir.

İşyerinin güvenliğinin yeterli bir hukuka uygunluk sebebi oluşturup oluşturmadığına ilişkin doktrinde iki görüş öne sürülmüştür. İlk görüşe göre işyerinin güvenliğinin sağlanması ve korunması için işçinin işyerine giriş ve çıkışta üstünün aranması salt hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmekte⁸⁴ iken ikinci görüşe göre bu tarz uygulamalarda esas olanın amaca bakılmaksızın işçinin rızasının alınması gerektiğidir⁸⁵. İkinci görüşe göre işyerinde örf ve adetin bulunması ya da dürüstlük kurallarının gerektirmesi halinde üst araması için işçinin rızasının aranmasına gerek olmadığı kabul edilmektedir. Kanaatimizce vücut bütünlüğünün düzenlendiği AY m. 17 hükmü uyarınca her halükarda işçinin üstünün aranması için işçinin usulüne uygun şekilde aydınlatılması ve bunun sonucunda işçiden açık rıza alınması gerekmektedir⁸⁶.

Son olarak arama faaliyetlerine konu eşyanın salt işverene ait olmasının aramayı hukuka uygun hale getirmediğine, işçinin kişisel verilerinin korunmasının mülkiyet hakkından daha üstün tutulduğuna dikkat çekmek gerekmektedir⁸⁷. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 24.01.2018 tarihli ve 2017/3017 E. ve 2018/99 K. sayılı karar ile işverene ait oda, çekmece gibi yerlerde arama yapılması neticesinde işçiye ait kişisel verilerin elde edilmesinin hukuka aykırı olduğuna kanaat getirilmiştir⁸⁸.

⁸³ Elbir, s. 301.

⁸⁴ Kamil Ahmet Sevimli, *İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları*, 1. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2006, s. 211.

⁸⁵ Ertürk, s. 87; Uncular, s. 231.

⁸⁶ Kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı başlıklı Anayasa m. 17 hükmü *“Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz.”* şeklindedir.

⁸⁷ Tektürk, s. 103; Uncular, s. 230.

⁸⁸ *“Davacının istirahatli olduğu bir dönemde masasındaki çekmecelerinin aranması üzerinde de durulmalıdır. Genel olarak işçinin işyerinde kullanımına özgülenen ofis, masa, dolap gibi alanların*

6. İşçiye Sağlık Testlerinin Uygulanması

İşveren, iş ilişkisinin gerek kurulması gerekse devamı safhasında iş verimliliğinin artırılması ya da işçilerin sağlığının korunması gibi nedenlerle işçilerin sağlığına yönelik verilere ihtiyaç duyabilmektedir⁸⁹. Bu kapsamda işçiye bazı sağlık testleri uygulanabilmektedir. İşçinin sağlık verileri özel nitelikli kişisel veriler arasında yer aldığından işçiye sağlık testlerinin uygulanmasından önce işçinin açık rızasının alınacağı şüphesizdir⁹⁰. İşçiye yapılacak sağlık testlerinin; işin devamı için zorunlu olması, işçiye yönelik bir ayrımcılığa sebebiyet vermemesi ve ölçülü olması aranmaktadır⁹¹.

İşçiye ait sağlık verileri hassas nitelik taşıması nedeniyle kişisel verilerin korunması oldukça önem taşımaktadır. Nitekim işçinin sağlık verilerinin ifşa olması halinde ilgili işçi, işini kaybetme, toplumdaki dışlanma gibi çeşitli sorunlarla karşı karşıya gelebilmektedir⁹².

İşçiye uygulanacak sağlık testlerinden ilki alkol ve uyuşturucu testi olarak sayılabilir. İşveren tarafından yapılan işin niteliği, denetimi, iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerinin yerine getirilebilmesi bakımından işçilere belirli aralıklarla alkol ve uyuşturucu testi yapılabilmektedir⁹³. Burada dikkat edilmesi gereken, alkol ve uyuşturucu testinin yalnızca işin niteliğinin gerektirdiği pozisyonlarda çalışan işçilere yapılması olup tüm işçilere alkol ve uyuşturucu testi yapılmasının ölçülülük ilkesiyle bağdaşmayacağıdır⁹⁴.

İşçiye uygulanacak bir diğer sağlık testi AIDS/HIV olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu hastalık sadece belirli durumlarda bulaşıcılığa sahip bulunduğu ancak yapılan işin niteliği itibarıyla bulaşma riski bulunan pozisyonlardaki işçilere AIDS/HIV testi yapılabilecektir⁹⁵.

Yine benzer şekilde işveren tarafından işçiye düzenli aralıklarla Covid-19 Testi yapılmasına karar verilmesi halinde bu testin yapılması için öncelikle

İşveren tarafından aranması, işçinin özel yaşamına yönelik bir müdahale oluşturmaktadır. Söz konusu alanların aranması bir hukuka uygunluk sebebine dayanmalıdır.”, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/hukuk-genel-kurulu-e-2017-3017-k-2018-99-t-24-1-2018>, (erişim tarihi: 26.05.2024).

⁸⁹ Sezgin, s. 137.

⁹⁰ Gürsel, s. 325.

⁹¹ Alp / Gürsel, s. 18; Sezgin, s. 140.

⁹² Alp / Gürsel, s. 14.

⁹³ Derya Yurteri Çetin, '6698 Sayılı Kişisel Verileri Koruma Kanunu Kapsamında Çalışanlara ve Çalışan Adaylarına Yapılabilecek Testler', Kişisel Verileri Koruma Dergisi, Cilt: 4, Sayı: 1, Yıl: 2022, ss. 14-24, s. 18.

⁹⁴ Yurteri Çetin, s. 18.

⁹⁵ Uncular, s. 220; Sezgin, s. 140; Yurteri Çetin, s. 18.

işçinin açık rızasının alınması gerekmektedir. Rıza göstermeyen işçinin teste zorlanması mümkün olmayıp işveren ancak işçiyi sağlık kuruluşuna yönlendirebilmektedir⁹⁶. Burada önemli olan test sonucunun pozitif çıkması halinde işçinin sağlık verilerinin korunmasına dikkat edilerek gerekli önlemlerin alınmasıdır⁹⁷.

Sağlık testleri açısından son olarak işçiye genetik testlerin yapılması incelenmelidir. İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi doğrultusunda genetik ayrımcılık kesin olarak yasaklanmıştır. Ayrıca işçiye genetik testler yapılmasında herhangi bir hukuka uygunluk sebebi de bulunmamaktadır⁹⁸. Açıklanan nedenlerle işçiye genetik testler yapılması halinde işçinin genetik ayrımcılık ile karşı karşıya kalacağı açıktır.

C. İşçilerin Kişisel Verilerinin Korunmasına İlişkin Hukuki Yollar

İşçiler, KVKK kapsamındaki tüm talepleri için KVKK m. 13 hükmü uyarınca veri sorumlusu sıfatıyla işverene başvurabilmektedirler⁹⁹. Bu başvuru sonucunun reddedilmesi, verilen cevabın yetersiz olması ya da başvurunun sonuçsuz kalması halinde işçi Kişisel Verileri Koruma Kurulu'na şikayette bulunabilir. Yapılan inceleme sonucunda aykırılığın tespit edilmesi halinde bu aykırılığın giderilmesi için işverene otuz günlük süre verilir. Aykırılığın giderilmediği durumlarda ise KVKK m. 18 hükmünde işveren aleyhine idari para cezası yaptırımında bulunulacağı düzenlenmiştir¹⁰⁰. Bir diğer yandan kişisel

⁹⁶ Alp / Gürsel, s. 26.

⁹⁷ Yurteri Çetin, s. 20.

⁹⁸ Yasemin Taşdemir, 'İş Hukukunda Genetik Ayrımcılık Yasağı', Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 22, Sayı: 2, Yıl: 2020, ss. 947-990, s. 964.

⁹⁹ Veri sorumlusuna başvuru başlıklı KVKK madde 13 hükmü "(1) İlgili kişi, bu Kanunun uygulanmasıyla ilgili taleplerini yazılı olarak veya Kurulun belirleyeceği diğer yöntemlerle veri sorumlusuna iletir.

(2) Veri sorumlusu başvuruda yer alan talepleri, talebin niteliğine göre en kısa sürede ve en geç otuz gün içinde ücretsiz olarak sonuçlandırır. Ancak, işlemin ayrıca bir maliyeti gerektirmesi hâlinde, Kurulca belirlenen tarifedeki ücret alınabilir.

(3) Veri sorumlusu talebi kabul eder veya gerekçesini açıklayarak reddeder ve cevabını ilgili kişiye yazılı olarak veya elektronik ortamda bildirir. Başvuruda yer alan talebin kabul edilmesi hâlinde veri sorumlusunca gereği yerine getirilir. Başvurunun veri sorumlusunun hatasından kaynaklanması hâlinde alınan ücret ilgiliye iade edilir." şeklindedir.

¹⁰⁰ Kabahatler başlıklı KVKK madde 18 hükmü "(1) Bu Kanunun;

a) 10 uncu maddesinde öngörülen aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmeyenler hakkında 5.000 Türk lirasından 100.000 Türk lirasına kadar,

b) 12 nci maddesinde öngörülen veri güvenliğine ilişkin yükümlülükleri yerine getirmeyenler hakkında 15.000 Türk lirasından 1.000.000 Türk lirasına kadar,

c) 15 inci maddesi uyarınca Kurul tarafından verilen kararları yerine getirmeyenler hakkında 25.000 Türk lirasından 1.000.000 Türk lirasına kadar, ç) 16 ncı maddesinde öngörülen Veri Sorumluları Siciline kayıt ve bildirim yükümlülüğüne aykırı hareket edenler hakkında 20.000 Türk lirasından 1.000.000 Türk lirasına kadar, idari para cezası verilir." şeklindedir.

verileri eksik ya da hatalı işlenen işçiler; KVKK m. 11 hükmü uyarınca bunların düzeltilmesini ayrıca silinmesini ya da yok edilmesini talep edebilirler¹⁰¹.

Kişisel verileri ihlal edilen işçilerin genel hükümlere göre tazminat hakkının saklı olduğu KVKK m. 14 hükmünde belirtilmiştir. Hukuka aykırı olarak kişisel verileri işlenen işçi TMK m. 24 hükmü uyarınca kişilik hakkına saldırıda bulunan işverene karşı korunmayı talep edebilecektir¹⁰². Yine TMK m. 25 hükmünde bu korunmanın hangi davalar ile talep edilebileceği sayılmıştır. Söz konusu hükümde yer alan davalara göre işçi, saldırı tehlikesinin önlenmesi, saldırının sonlanması ya da saldırı sonlandıktan sonra hukuka aykırılığın tespiti talep edilebileceği gibi maddi ve manevi tazminat davası açma hakkını da elinde bulundurmaktadır¹⁰³. Bunun yanı sıra hukuka aykırı saldırı nedeniyle işveren tarafında dolayısıyla elde edilen kazancın kendisine verilmesi için vekaletsiz sözleşme hükümlerine göre talepte bulunma hakkı saklıdır. Hükümde yer alan davaların açılabilmesi için işveren tarafından veri işleme faaliyetinin hukuka aykırı olması yeterli olup zarar veya kusur şartı aranmamıştır¹⁰⁴. Kişilik hakkı zarara uğrayan işçinin, TMK m. 25/3 hükmü uyarınca maddi, manevi tazminat talebi ile hukuka aykırı hareketten elde edilen kazancın kendisine iadesi için vekaletsiz iş görme hükümlerine başvuru hakkı da bulunmaktadır.

Türk Borçlar Kanunu m. 417/3 hükmü uyarınca işçilerin kişilik haklarının ihlali nedeniyle oluşacak zararları sözleşmeden doğan sorumluluk hükümlerine tabidir¹⁰⁵. İşçinin sözleşmesel sorumluluğun yanında haksız fiil

¹⁰¹ İlgili kişinin hakları başlıklı KVKK madde 11 hükmü "(1) Herkes, veri sorumlusuna başvurarak kendisiyle ilgili;

- a) Kişisel veri işlenip işlenmediğini öğrenme,
- b) Kişisel verileri işlenmişse buna ilişkin bilgi talep etme,
- c) Kişisel verilerin işlenme amacını ve bunların amacına uygun kullanılıp kullanılmadığını öğrenme,
- ç) Yurt içinde veya yurt dışında kişisel verilerin aktarıldığı üçüncü kişileri bilme,
- d) Kişisel verilerin eksik veya yanlış işlenmiş olması hâlinde bunların düzeltilmesini isteme,
- e) 7 nci maddede öngörülen şartlar çerçevesinde kişisel verilerin silinmesini veya yok edilmesini isteme,
- f) (d) ve (e) bentleri uyarınca yapılan işlemlerin, kişisel verilerin aktarıldığı üçüncü kişilere bildirilmesini isteme,
- g) İşlenen verilerin münhasıran otomatik sistemler vasıtasıyla analiz edilmesi suretiyle kişinin kendisi aleyhine bir sonucun ortaya çıkmasına itiraz etme,
- ğ) Kişisel verilerin kanuna aykırı olarak işlenmesi sebebiyle zarara uğraması hâlinde zararın giderilmesini talep etme, haklarına sahiptir." şeklindedir.

¹⁰² Uncular, s. 306.

¹⁰³ Gürsel, s. 410-419.

¹⁰⁴ Tektürk, s. 163.

¹⁰⁵ Osman Uyaroğlu, 'Türk Borçlar Kanunu Madde 417 Bağlamında İşçinin Kişiliğinin Korunması', Türk Adalet Akademisi Dergisi, Sayı: 54, Yıl: 2023, ss. 315-338, s. 332.

hükümlerine de başvurması mümkündür. Ayrıca işçinin TBK m. 49 ve m. 58 hükümleri uyarınca maddi ve manevi tazminat talep hakkı da bulunmaktadır.

İş Kanunu hükümleri çerçevesinde işverenin işçiye ait kişisel verileri hukuka aykırı olarak işlemesinin ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırılık teşkil etmesi sebebiyle işçi, İş Kanunu m. 24/2 hükmü uyarınca haklı nedenle iş ilişkisini feshedebilmekte ayrıca işçi İş Kanunu m. 26 hükmü kapsamında işverenden tazminat talebinde de bulunabilmektedir¹⁰⁶. İş Kanunu m. 104 hükmünde, İş Kanunu m. 75 hükmünde yer alan işçinin özlük dosyasının düzenlenmemesi sebebiyle işveren idari para cezasına maruz bırakılmışken aynı hükmün ikinci fıkrasında düzenlenen “işverenin, işçi hakkında edindiği bilgileri dürüstlük kuralları ve hukuka uygun olarak kullanma ve gizli kalmasında işçinin haklı çıkarı bulunan bilgileri açıklamama yükümlülüğüne” aykırılığa ilişkin bir idari para cezasının belirtilmemesi hususu da öğretide eleştirilmektedir¹⁰⁷.

İşverenin, işçinin kişisel verilerini hukuka aykırı şekilde işlemesi Türk Ceza Kanunu’nun m. 132 ve devamı hükümlerinde de karşılık bulmuştur. Bu doğrultuda haberleşmenin gizliliğini ihlal, kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması, özel hayatın gizliliğini ihlal, kişisel verilerin kaydedilmesi, verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme, verileri yok etmeme suçları düzenlenmiş ve cezai yaptırımlara bağlanmıştır.

SONUÇ

Genel olarak kişisel veri, bir gerçek kişiyi belirli veya belirlenebilir kılan her türlü veri olarak tanımlanabilmektedir. Teknolojinin hızla ilerlemesi ve haberleşme araçlarına erişimin artması ile kişisel verilerin işlenmesi kolaylaşmıştır. Kişilerin verilerine erişim ve işleme faaliyetlerinin kolaylaşmasıyla kişisel verilerin korunması ihtiyacı ortaya çıkmıştır.

Ulusal hukukta 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ile kişisel verilerin korunmasına ilişkin düzenleme getirilmiştir. Anılan kanunda kişisel verilerin öznesi olarak yalnızca gerçek kişiler kabul edilmiştir. Bu gerçek kişilerin kişisel verilerinin işlenmesinden sorumlu gerçek ve tüzel kişiler veri sorumlusu olarak düzenlenmiştir. Kişisel verileri işleme faaliyetleri esnasında veri sorumlularının 6698 sayılı Kanun’da belirtilen genel ilke ve şartlara uymaları gerekmektedir. Konumuz bakımından işveren veri sorumlusu sıfatını haiz olup işçi ise kişisel verisi işlenen ilgili kişi konumundadır. İşveren ile işçi arasındaki iş sözleşmesinin temelinde yatan bağımlılık unsuru uyarınca

¹⁰⁶ Dursun, s. 123.

¹⁰⁷ Manav, s. 131.

işçinin kişisel verilerinin işveren tarafından işçiyi gözetme borcu kapsamında korunması gerekmektedir. Bu doğrultuda işlenen işçinin kimlik bilgisi, adresi, medeni durumu, mahkumiyet durumu, siyasi faaliyetleri gibi bilgileri kişisel verilerin korunması şemsiyesi altında kalmaktadır.

İş sözleşmesinin devamı sırasında işveren kimi zaman kanuni yükümlülüklerini yerine getirmek kimi zaman işçinin iş sağlığı ve güvenliğini sağlamak gibi farklı amaçlarla işçilerin kişisel verilerini işlemektedir. Kişisel verilerin işlenmesi işçinin özel yaşamı, ifade özgürlüğü ve eşit muamele görme hakkı gibi çeşitli haklarına müdahale sonuçlarını doğurmaya elverişlidir. Açıklanan nedenle işçinin kişisel verileri veri işleme amacıyla bağlantılı, sınırlı ve ölçülü şekilde işlenmelidir. İşçiye ait kişisel verilerin işlenmesi sırasında hukuka uygunluk nedenlerinden en az birinin bulunması gerekmektedir. İşveren tarafından çeşitli yöntemlere başvurularak elde edinilen kişisel verilerin işlenmesi bakımından işçiye öncelikle usulüne uygun aydınlatmanın yapılmış olması ve işçinin söz konusu veri işleme yöntemlerine yönelik açık rızasının varlığı aranmaktadır. Özetle; iş ilişkisinin her aşamasında işçinin kişisel verilerinin, veri sorumlusu konumunda bulunan işveren tarafından korunması gerekmektedir. Veri işleme faaliyetleri esnasında işverenin yükümlülüklerine uymaması ile işçinin kişisel verilerinin ihlal edilmesi halinde işverenin çeşitli yaptırımlarla karşı karşıya kalacağı hukukumuzda düzenlenmiştir.

KAYNAKÇA

- AKYİĞİT, Ercan, İş Hukuku, 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- ALP, Mustafa / GÜRSEL, İlke, 'Covid-19 Pandemisinde İşçilere Ait Sağlık Verilerinin İşlenmesi', MESS Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı: 44, Yıl: 2020, ss. 11-32.
- ALPAGUT, Gülsevil, 'İşyerinde Kameri Görüntülemesi ve AİHM Kararları ile Tespit Edilen Esaslar' Prof. Dr. Savaş Taşkent'e Armağan, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, ss. 275-313.
- AŞIKOĞLU, Şehriban İpek, 'Veri Sorumlularının Aydınlatma Yükümlülüğü- Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda-' Kişisel Verileri Koruma Dergisi, Cilt: 1, Sayı: 2, Yıl: 2019, ss. 41-65.
- BADUR, Emel / KURT KONCA, Nesibe, 'Kişisel Verilerin Hukuka Aykırı İşlenmesinden Doğan Zararların Tazmini ve Görevli Mahkeme', İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 13, Sayı: 2, Yıl: 2022, ss. 476-490.
- BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, Yeliz, 'İş İlişkisinde İşçinin Kişisel Verilerinin Korunmasına İlişkin Sorunlar ve Kişisel Verilerin Korunması Kanunu', İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar, 1. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2017, ss. 19-101.
- CANİKLİOĞLU, Nürşen, 'Kişisel Verilerin Korunması Açısından İşçilerin Hakları' Prof. Dr. Turhan Esener III. İş Hukuku Uluslararası Kongresi, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, ss. 243-316.
- ÇALIŞKAN YILDIRIM, Aslı / UĞUR, Ömer, 'İşveren Bakımından Fesih Sebebi Olarak İşçinin Sosyal Medya Kullanımları', İstanbul Hukuk Mecmuası, Cilt: 80, Sayı: 40, Yıl: 2022, ss. 1169-1222.
- ÇANKAYA, Yiğitcan, İş İlişkisinde İşçinin Özel Yaşamının Gizliliği, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- DEMİRCİOĞLU, Murat / CENTEL, Tankut / KAPLAN, Hasan Ali, İş Hukuku, 21. Baskı, Beta Yayıncılık, Ankara, 2021.
- DOĞAN, Sevil, İş Sözleşmesinde Bağımlılık Unsuru, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.
- DURSUN, Yonca, 6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Kapsamında İşçinin Korunması, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.
- DÜLGER, Murat Volkan, Kişisel Verilerin Korunması Hukuku, 2. Baskı, Hukuk Akademisi Yayınları, İstanbul, 2019.
- ELBİR, Nazlı, Kişiliğin Korunması Bağlamında İşçiye Ait Kişisel Verilerin Korunması, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.
- ERDOĞAN, Canan, Kişilik Hakkı Kapsamında İşçilerin İzlenmesi ve Gözetlenmesi, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017.
- ERTÜRK, Şükran, İş İlişkisinde Temel Haklar, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002.

- GÖKTAŞ, Seracettin, ‘Türk İş Hukukunda İşverenin İşçinin Özel Yaşamına Saygı Borcu’, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt: 38, Sayı: 2, Yıl: 2021, ss. 1-55.
- GÜNDÜZ, Ebru / YAZICIOĞLU, İsmail, ‘Bilgi Edinme Hakkı Çerçevesinde Kişisel Verilerin Korunması’, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt: 38, Sayı: 1, Yıl: 2021, ss. 171-204.
- GÜRSEL, İlke, İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması Hakkı, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.
- KAPLAN, Emine Tuncay, ‘İş Hukukunda Kişilik Haklarının Özellikle Bilgisayarda Toplanan Bilgilere Karşı Korunması’, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Cilt: 52, Sayı: 1, Yıl: 1997, ss. 367-386.
- KILINÇ, Gizem Meral, ‘İşverenin İşçinin Kişisel Verilerini Koruma Yükümlülüğü’, Konya Barosu Dergisi, Cilt: 1, Sayı: 1, Yıl: 2023, ss. 87-127.
- KIPÇAK, Hazar Can, Çalışanların Kişisel Verilerinin İş İlişkisi Kapsamında Korunması, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.
- KÜZECİ, Elif, Kişisel Verilerin Korunması, 4. Baskıdan Tıpkı Basım, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- KÜZECİ, Elif / KILIÇ, Şebnem, ‘6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’nun İş Sözleşmesi Çerçevesinde Değerlendirilmesi: Veri Sorumlusu, Veri İşleyen ve Diğer Aktörler’, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Dergisi, Cilt: 16, Sayı: 63, Yıl: 2019, ss. 947-992.
- MANAV, Atike Eda, ‘İş İlişkisinde İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması’, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 19, Sayı: 2, Yıl: 2015, ss. 95-136.
- METİN, Yüksel, Ölçülülük İlkesi, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002.
- OKUR, Zeki, İş Hukukunda Elektronik Gözetleme, 1. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2011.
- ÖKTEM SONGU, Sezgi, ‘İşçilerin İşyerinde Özel Amaçlı İnternet ve E- Posta Kullanımına İşverenin Müdahalesi Üzerine Bir Değerlendirme’, Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan Cilt: I, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2011, ss. 1057-1098.
- ÖZDEMİR, Hayrunnisa, ‘İşyerinde İşçilerin İzlenmesi ve İşçinin Kişilik Haklarının Korunması’, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 14, Sayı: 1-2, Yıl: 2010, ss. 231-270.
- ÖZER DENİZ, Miray, ‘İşçilerin Özel Nitelikli Kişisel Verilerinin Korunması ve Bundan Doğan Sorumluluk’, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Cilt: 12, Sayı: 45, Yıl: 2021, ss. 355-377.
- ÖZER DENİZ, Miray, ‘Kişisel Verilerin İşlenmesi Sözleşmesinin Türleri ve Hukuki Nitelikleri’, Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 6, Sayı: 1, Yıl: 2023, ss. 97-114.
- POLAT, Yeliz, ‘4857 Sayılı İş Kanunu’na Göre İşçi Özlük Dosyası, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2011, <http://nek.istanbul.edu.tr:4444/ekos/TEZ/47625.pdf>, s. 25. (erişim tarihi: 23.05.2024).

- SEVİMLİ, Kamil Ahmet, 'İşçinin Özel Yaşam Hakkı Bağlamında İşçi-İşveren İlişkisi', MESS Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı: 10, Yıl: 2008, ss. 53-79.
- SEVİMLİ, Kamil Ahmet, İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları, 1. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2006.
- SEVİMLİ, Kamil Ahmet, 'Veri Koruma Hukuku İlkeleri Işığında Türk Borçlar Kanunu Madde 419', Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı: 24, Yıl: 2011, ss. 120-139.
- SEZGİN, Ahmet, İş İlişkisinde İşçinin kişisel Verilerine Yönelik Müdahaleler, 1. Baskı Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024.
- SÜMER, Haluk Hadi, İş Hukuku, 26. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- TAŞDEMİR, Yasemin, 'İş Hukukunda Genetik Ayrımcılık Yasağı', Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 22, Sayı: 2, Yıl: 2020, ss. 947-990.
- TEKTÜRK, Simru, 6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun İşçi ve İşveren İlişkisi Üzerine Etkisi, Yüksek Lisans Tezi, Yeditepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2022, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tez-SorguSonucYeni.jsp>, s. 109, (erişim tarihi: 05.03.2024).
- UGAN ÇATALKAYA, Deniz, İş Hukukunda Ölçülülük İlkesi, 1. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2019.
- UNCULAR, Selen, İş İlişkisinde İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.
- UYAROĞLU, Osman, 'İşyerinde Özel Amaçlı İnternet Kullanımının İş Sözleşmesine Etkisi', Türk Adalet Akademisi Dergisi, Cilt: 12, Sayı: 46, Yıl: 2021, ss. 301-326.
- UYAROĞLU, Osman, 'Türk Borçlar Kanunu Madde 417 Bağlamında İşçinin Kişiliğinin Korunması', Türk Adalet Akademisi Dergisi, Sayı: 54, Yıl: 2023, ss. 315-338.
- ÜSTÜN, Yasin / GÜNAL, Ayşe Nida, 'İş İlişkilerinde Bazı Yaygın Uygulamaların Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Kapsamında Değerlendirilmesi', Kişisel Verileri Koruma Dergisi, Cilt: 2, Sayı: 2, Yıl: 2020, ss. 62-73.
- ÜSTÜN, Yasin / GÜNAL, Ayşe Nida, 'İş İlişkilerinde Kişisel Verilerin İşlenmesinde Hukuka Uygunluk Sebebi Olarak Meşru Menfaat', Kişisel Verileri Koruma Dergisi, Cilt: 4, Sayı: 2, Yıl: 2022, ss. 1-18.
- YİĞİT, Esra, İş İlişkisinde Kişisel Verilerin Korunması, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2023.
- YURTERİ ÇETİN, Derya, '6698 Sayılı Kişisel Verileri Koruma Kanunu Kapsamında Çalışanlara ve Çalışan Adaylarına Yapılabilecek Testler', Kişisel Verileri Koruma Dergisi, Cilt: 4 Sayı: 1, Yıl: 2022, ss. 14-24.
- YÜCEDAĞ, Nafiye, 'Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Kapsamında Genel İlkeler', Kişisel Verileri Koruma Dergisi, Cilt: 1 Sayı: 1, Yıl: 2019, ss. 47-63.

Çevrimiçi Kaynaklar

Covid-19 ile Mücadelede Konum Verisinin İşlenmesi ve Kişilerin Hareketliliklerinin İzlenmesi Hakkında Bilinmesi Gerekenler <https://kvkk.gov.tr/Icerik/6726/COVID-19-ILE-MUCADELEDE-KONUM-VERISININ-ISLENMESI-VE-KISILERIN-HAREKETLILIKLERININ-IZLENMESI-HAKKINDA-BILINMESI-GEREKENLER-2->, (erişim tarihi: 04.03.2024).

<https://karararama.yargitay.gov.tr>, (erişim tarihi: 23.05.2024).

kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr, (erişim tarihi: 03.03.2024).

<https://kvkk.gov.tr/> (erişim tarihi: 26.05.2024).

www.legalbank.net, (erişim tarihi: 03.03.2024).

<https://www.lexpera.com.tr/> (erişim tarihi: 26.05.2024).

OECD Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data, https://www.oecd-ilibrary.org/science-and-technology/oecd-guidelines-on-the-protection-of-privacy-and-transborder-flows-of-personal-data_9789264196391-en, (erişim tarihi: 21.05.2024).

Protection of Workers' Personal Data: An ILO Code of Practice <https://www.ilo.org/resource/protection-workers-personal-data>, (erişim tarihi: 26.05.2024).

<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/> (erişim tarihi: 24.05.2024).

Fonların Sermayeye Dönüştürülmesi ile Aynı Zamanda ve Aynı Oranda Sermaye Taahhüdü Yoluyla Sermaye Artırımı Yapılması^(*)

Increasing Capital Through Capital Commitment at the Same Time and at the Same Rate with the Conversion of Funds Into Capital

Nergis Mevlübe ÇUBAN^(**)

Öz:

Ortaklığın, bilançosunda mevcut olan ve sermayeye eklenmesine mevzuatın izin verdiği fonları sermayeye dönüştürmeksizin sermaye taahhüdü yoluyla sermaye artırımı yapması 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) m. 462/3 hükmü ile yasaklanmıştır. İlgili kanun maddesi, 6762 Sayılı eski Ticaret Kanunu'nda (eTK) bulunmayan yeni bir düzenlemedir. Ancak 6762 S. eTK döneminde uygulamada ortaya çıkmış ve özellikle Yargıtay içtihatlarına konu olmuş bu husus kanuni bir düzenleme ile somutlaştırılmıştır. Hükmün düzenlenme amacı özellikle bedelsiz pay edinme hakkının ihlalinin önlenmesidir. Zira bilançoda sermayeye dönüştürülebilir fonlar mevcutken öncelikle dış kaynaklardan sermaye taahhüdü ile sermaye artırımı yapılması, azınlık durumunda olan ve mali açıdan zayıf pay sahiplerinin rüçhan hakkını kullanamamaları pay oranlarının küçülmesine sebep olmaktadır. Bunun sonucunda hâkim durumda ve mali yönden güçlü pay sahiplerinin sermayeye katılım oranları daha da artmaktadır. Bu sebeple, ilgili hüküm dürüstlük kuralının özel bir görünümü olarak da anılır. Çalışmada, ilgili hükmün niteliği ve düzenlenme amacı ile hükümdeki “fon” kelimesinin sermayeye dönüştürülebilir diğer iç kaynakları kapsayıp kapsamadığına dair öğretideki farklı görüşlere ve Yargıtay içtihatlarına yer verilmiştir. Aynı anda iç ve dış kaynaklardan sermaye artırımı yapılmasının, ortaklıklara sağladığı imkân ve kolaylıklar çalışmamızda örnekler üzerinden incelenmiştir. Hükümdeki “oran” kelimesi üzerine yapılan tartışmalar ve bu kelimenin uygulamadaki karşılığına da çalışmada yer verilmiştir. Ayrıca bilançoda mevcut sermayeye dönüştürülebilir fonların bir kısmı sermayeye dönüştürüldükten sonra ayrı bir kararla sermaye taahhüdü yoluyla sermaye artırımı yapılmasının ilgili düzenleme karşısındaki sonuçlarına da çalışmada değinilmiştir. Son olarak hükümdeki düzenlemeye aykırı bir sermaye artırımı kararının akıbeti yönünden öğretide yer verilen butlan ve iptal edilebilirlik tartışmaları açıklanmış ve kanaatimiz bildirilerek çalışma sonlandırılmıştır.

Anahtar Kelimeler:

Sermaye, Sermaye Artırımı, İç Kaynaklar, Dış Kaynaklar, Fon.

^(*) Hakem denetiminden geçmiştir.

Makalenin geliş tarihi: 17.04.2024 - Makalenin kabul tarihi: 24.05.2024.

^(**) Avukat, İstanbul Barosu, İstanbul-Türkiye,

E-posta: nergiscuban@gmail.com,

Orcid ID: https://orcid.org/0009-0007-4630-4519.

Abstract:

The company is prohibited by Article 462/3 of the Turkish Commercial Code No. 6102 from increasing its capital through capital commitment without converting the funds existing in its balance sheet and allowed by the legislation to be added to the capital into capital. The mentioned article of law is a new regulation that did not exist in the old Commercial Code No. 6762. However, this issue emerged in practice during the old Commercial Code No. 6762 and was legalized especially because it was the subject of the Supreme Court. The purpose of regulating the mentioned article of law is to prevent the violation of the right to acquire free shares. Increasing capital primarily from external sources while there are funds convertible into capital on the balance sheet causes minority and financially weak shareholders to not exercise their preemptive rights, causing their share ratios to shrink. As a result, the capital participation rates of dominant and financially strong shareholders increase further. For this reason, the mentioned law article is also referred to as a special aspect of the rule of honesty. In our study, the different opinions in the doctrine and the Supreme Court regarding the nature of the relevant article of law and the purpose of its regulation, and whether the word “fund” in the provision covers other internal resources are included. The opportunities and conveniences provided to companies by simultaneously increasing capital from internal and external sources are examined through examples in the study. Discussions on the word “rate” in the article of the law and the equivalent of this word in practice are also included in the study. In addition, the study also touched upon what would be the outcome of the capital increase made by a separate decision after converting some of the funds on the balance sheet into capital. Finally, the discussions in the doctrine regarding the outcome of an illegal capital increase decision mentioned above were examined and our opinion was expressed and the study was concluded.

Keywords:

Capital, Capital Increase, Internal Resources, Foreign Sources, Fund.

GİRİŞ

6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun (TTK) m. 462/3 hükmünde, 6762 Sayılı eski Ticaret Kanunu’nda (eTK) bulunmayan yeni bir düzenlemeye yer verilmiştir. Hükme göre bilançoda sermayeye eklenmesine mevzuatın izin verdiği fonların bulunması halinde, bu fonlar sermayeye dönüştürülmeden sermaye taahhüdü yoluyla sermaye artırımı yapılması mümkün değildir. Hüküm esasında dürüstlük kuralının özel bir görünümüdür. 6762 S. eTK döneminde öğreti ve Yargıtay içtihatlarına konu olmuş bu husus kanun koyucu tarafından 6102 S. kanun ile somutlaştırılmıştır. Hükümün düzenlenme amacı özellikle azınlık durumda olan ve mali açıdan zayıf pay sahiplerinin bedelsiz pay edinme haklarının dolaylı ihlalinin önlenmesidir. Uygulamada ortaklıkların, bilançoda sermayeye dönüştürülebilir fonlar mevcutken öncelikle iç kaynaklardan sermaye artırımı yapmak yerine dış kaynaklardan sermaye artırımı yaptıkları ve rüçhan hakkını kullanamayan/kullanmayan pay sahiplerinin pay oranlarının küçülmesine, hâkim durumda ve mali yönden güçlü pay sahiplerinin ise sermayeye katılım oranlarının daha da artmasına sebep oldukları görülmektedir.

TTK m. 462/3 hükmünde belirtilen fon kelimesinin TTK m. 462/1 hükmünde sayılan diğer iç kaynakları kapsayıp kapsamadığına dair ayrık görüşler mevcut olup çalışmamızda bu tartışmaya öğretilerdeki görüşler ile Yargıtay içtihatları çerçevesinde yer verilmiştir. Fonların sermayeye dönüştürülmesi ile aynı anda ve aynı oranda sermaye taahhüdü yoluyla sermaye artırımı yapılmasının ortaklıklara getirdiği kolaylıklar örnekler üzerinden incelenmiştir. İç ve dış kaynaklardan aynı anda yapılan bu artırımın herhangi bir üst sınırının olup olmadığı, ayrıca bir sermaye artırımı kararı alınmasının gerekliliği üzerine yapılan tartışmalara da çalışmada yer verilmiştir. Son olarak TTK m. 462/3 hükmüne aykırı bir sermaye artırımı kararının akıbetine dair öğretilerdeki farklı görüşlere yer verilmiş ve çalışma sonlandırılmıştır.

I. HÜKMÜN NİTELİĞİ VE DÜZENLENME AMACI

İç kaynaklardan sermaye artırımı başlığı altında düzenlenen TTK m. 462 hükmü ilk fıkrasında, iç kaynaklardan yapılacak sermaye artırımında esas sözleşme veya genel kurul kararıyla ayrılmış ve belirli bir amaca özgülenmemiş yedek akçeler ile kanuni yedek akçelerin serbestçe kullanılabilen kısımlarının ve mevzuatın bilançoya konulmasına ve sermayeye eklenmesine izin verdiği fonların kaynak olarak kullanılabileceğini belirtmektedir. İnceleme konumuz olan hükmün üçüncü fıkrasında ise dış kaynaklardan yapılan sermaye taahhüdü yoluyla sermaye artırımına bir ön şart getirilmiştir. Buna göre bilançoda mevcut olan ve sermayeye eklenmesine mevzuatın izin verdiği fonlar sermayeye dönüştürülmeden sermaye taahhüt edilmesi yoluyla sermaye artırımı kararı alınması yasaklanmıştır.

Sermaye taahhüdü yoluyla sermaye artırımının ön şartı niteliğinde olan TTK m. 462/3 hükmü 6102 S. TTK ile getirilen yeni bir düzenleme olup eTK'da bulunmayan ancak öğretilerde ve Yargıtay'ın içtihatlarında yer verilen bir husustur¹. İlgili hükmün mehzazı TTK'ya büyük ölçüde kaynaklık eden İş-

¹ "Taraflar arasındaki asıl uyuşmazlık, sermayenin artırıldığı dönem itibarıyla bu sermaye artırımını kendi iç kaynaklarından yeniden değerlendirme yaparak mı, ya da primli pay senedi çıkarmak suretiyle mi yapılacağı, yoksa dış kaynaklardan karşılamak zorunda olup olmadığı ve dış kaynaklardan artırım kararı almasının sırf davacı ortağın kâr, tasfiye payını ve oy oranlarını küçültme amacına ve dolayısıyla objektif iyi niyet kurallarına aykırı olup olmadığı noktasında toplanmıştır. ...özellikle davalı şirketin ... sermaye artırımını iç kaynaklardan mı, yoksa dış kaynaklardan mı karşılaması gerektiği ve dış kaynaklardan karşılamaya yönelmesinin salt davacı ortağı ızzar kastına yönelik olup olmadığı hususları üzerinde durulması ve oluşacak sonuç çerçevesinde bir karar verilmek gerekirken, yazılı gerekçelerle yetersiz bilirkişi raporuna göre karar verilmesi doğru görülmemiştir..." Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 2003/5318 Esas 2003/8638 Karar sayılı 02.10.2003 Tarihli kararı <https://www.lexpera.com.tr/> (erişim tarihi: 20.3.2024).; "Kural hakim öğretinin ve Yargıtay'ın görüşlerini kanunlaştırmaktadır." Bakınız (bkz) 6102 sayılı TTK Genel Gereğçesi, Madde 462, Üçüncü Fıkra, s. 192, <https://mevzuat.tbmm.gov.tr/Kanun/KanunDetay?YasamaKanunId=f72877be-1e9f-037b-e050-007f01005610&kanunNumarasi=6102#step-2> (erişim tarihi: 20.3.2024).

viçre ve Alman kanunlarında mevcut değildir². Ayrıca “6102 sayılı Kanunun 346 ncı maddesi ile 462 nci maddesinin üçüncü fıkrası halka açık ve halka açılmak üzere Kurula başvuran ortaklıklara uygulanmaz.” şeklindeki Sermaye Piyasası Kanunu (SPKn) m. 12/6 hükmü uyarınca dış kaynaklardan sermaye artırımını yapılmadan önce fonların sermayeye dönüştürülmesi şartı halka açık ve halka açılmak üzere kurula başvuran ortaklıklara uygulanmayacaktır.

SPKn m. 12 hükmünün gerekçesinde, TTK m. 462/3 hükmündeki ön şartın uygulanmasının ekonomik bir mantığı olmadığından bahisle bu istisnanın getirildiği belirtilmektedir³. Ancak TTK m. 462/3 hükmünün gerekçesi “Üçüncü fıkranın birinci cümlesi pay sahiplerinin korunması amacıyla konulmuş, istisnası bulunmayan, başka bir deyişle hiçbir sebeple bertaraf edilemeyecek olan emredici bir kuraldır.” şeklindedir. Yani m. 462/3 hükmü temelinde ekonomik gerekçelerle değil pay sahiplerinin korunması amacıyla düzenlenmiştir. Kanaatimizce SPKn’da halka açık ortaklıklardaki küçük yatırımcı pay sahiplerini korumaya yönelik ihdas edilen başkaca hükümler mevcutken, özellikle pay sahiplerinin menfaatinin korunması amacıyla getirilen TTK m. 462/3 hükmünün salt ekonomik gerekçelerle uygulanmayacağını belirtilmesi yerinde bir düzenleme değildir. Hatta, pay senetlerinin geniş halk yığınlarına yayıldığı halka açık anonim ortaklıklarda çok sayıda küçük yatırımcının bulunduğu düşünüldüğünde TTK m. 462/3 hükmünün halka açık anonim ortaklıklara özellikle uygulanması gerektiği kabul edilmelidir⁴. Ancak mevcut kanuni düzenleme noktasında bu kuralın uygulanması mümkün değildir.

Kanun gerekçesinde de belirtildiği gibi TTK m. 462/3 hükmü pay sahiplerinin korunması amacıyla getirilmiş olup istisnası bulunmayan, başka bir deyişle bertaraf edilemeyecek olan emredici nitelikte bir kuraldır. İlgili hüküm düzenlenmeden önce bilançolarında sermayeye eklenebilecek değerler

² İsmail Cem Soykan, Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Ortaklıklarda Sermaye Taahhüdü Yoluyla Sermaye Artırımı, 1. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 166..

³ Halka açık ve halka açılmak üzere kurula başvuran ortaklıklara TTK m. 462/3 hükmünün uygulanmama sebebi SPKn m. 12 hükmünün gerekçesinde şu şekilde açıklanmaktadır: “Yine bu kapsamda şirketlerin iç kaynaklarını sermayeye eklemelerinin şirkete herhangi bir fon girişi sağlamadığı ve şirket özkaynaklarında herhangi bir artışa sebep olmadığı göz önünde bulundurularak, bu fonların sermayeye eklenmesinin nakit artırıma ön koşul oluşturmasının herhangi bir ekonomik mantığı bulunmaması sebebiyle 6102 sayılı Kanun’un 462. maddesinin üçüncü fıkrasının halka açık ve halka açılmak üzere Kurula başvuran ortaklıklara uygulanmayacağı düzenlenmiştir”. Bkz. 6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu Gerekçeleri, <https://mevzuat.spk.gov.tr/> (erişim tarihi: 19.03.2024).

⁴ Sermaye Piyasası Kanunu’nun varlık sebebinin küçük yatırımcıları korumak olduğunun gözden kaçırıldığı, SPKn m.12/6 hükmü ile getirilen uygulamanın küçük pay sahiplerine zarar vereceği ve yerinde bir düzenleme olmadığı yönünde eleştiriler için bkz. Ünal Tekinalp, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku (Yeni Hukuk), 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020, s. 134, N. 9-63.; ayrıca bkz. Reha Poroy/Ünal Tekinalp/Ersin Çamoğlu, Ortaklıklar Hukuku II, Güncelleştirilmiş 15. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2023, s. 248, N. 1380e.

mevcut olduğu halde şirketlerin, öncelikle dış kaynaklardan sermaye artırımını yaptığı ve bu artırım miktarının yüksek tutulması sonucu mali yönden zayıf ve rüçhan hakkını kullanamayacak veya kullanmak istemeyen pay sahiplerinin sermayeye katılma oranlarının dolaylı olarak azaltıldığı görülmüştür. Dış kaynaklardan yapılan sermaye artırımından sonra iç kaynaklardan sermaye artırımını yapılması neticesinde ise pay oranları ve sermayeye katılımları eriyen pay sahiplerinin bedelsiz payları edinme hakları dolaylı yoldan ihlal edilmiş olmaktadır. Rüçhan hakkını kullanmamış olan pay sahipleri eriyen pay oranları sebebiyle bedelsiz payları edinirken dezavantajlı konumda olmaktadır. Şirketlerin bu uygulama ile dış kaynaklardan sermaye artırımını sırasında rüçhan hakkını kullanan ve şirketteki sermayeye katılım oranı halihazırda yüksek olan diğer pay sahiplerine yarar sağlaması söz konusudur⁵. Böylece özellikle anonim ortaklıklardaki küçük yatırımcıların tasfiye edilmesi ve büyük yatırımcıların şirketteki hakimiyetinin güçlendirilmesi sağlanır⁶. Bu durum açıkça 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK) m. 2’de öngörülen dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmekle birlikte hakların sakınılarak ve başkalarına en az zarar verecek şekilde kullanılması ilkesinin de ihlali niteliğindedir⁷. Kanun koyucunun bu hükmü düzenlemekteki asıl amacı, bilançoda mevzuatın sermayeye eklenmesine izin verdiği fonların mevcudiyeti halinde öncelikle iç kaynaklardan sermaye artırımını yapılarak pay sahiplerinin sermayeye katılım oranlarının korunması ve bedelsiz payları edinme hakkının dolaylı şekilde ihlalinin önlenmesidir.

TTK m. 462/3 hükmünün ikinci cümlesinde yer alan “*Hem bu fonların sermayeye dönüştürülmesi hem de aynı zamanda ve aynı oranda sermayenin taahhüt edilmesi yoluyla sermaye artırılabilir.*” şeklindeki düzenleme ile fonların sermayeye dönüştürülmesi ön şartının yumuşatılması söz konusu olup iç kaynaklardan yapılan sermaye artırımını ile dış kaynaklardan sermaye taahhüdü yoluyla yapılan sermaye artırımının aynı anda yapılabilmesine imkân tanımıştır. Böylelikle hem pay sahiplerinin bedelsiz payları edinme hakkı olduğu şekliyle korunmuş hem de şirkete, iç ve dış kaynaklardan aynı anda sermaye artırımını yapabilme imkânı tanınmıştır. Şirket bu düzenleme sayesinde farklı zamanlarda iki ayrı sermaye artırımını kararına ihtiyaç duymaksızın emek ve zaman yönünden tasarruf elde etme imkânı bulur.

⁵ Hasan Pulaşlı, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, 9. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2024, s. 503-504.

⁶ Tekinalp, Yeni Hukuk, s. 134, N. 9-62a.

⁷ Mehmet Bahtiyar, Ortaklıklar Hukuku, 17. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2024, s. 295; Erdoğan Moroğlu, Anonim Ortaklıklarda Sermaye Artırımı, 4. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 55-56.; Erdoğan Moroğlu, Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, 9. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 236 vd.

II. TÜRK TİCARET KANUNU M. 462/3 HÜKMÜNDEKİ FON KELİMESİNİN M. 462/1 HÜKMÜNDEKİ İÇ KAYNAKLARI KAPSAYIP KAPSAMADIĞI

A. Yargıtay ve Öğretideki Görüşler

TTK m. 462/3 hükmünün ilk cümlesinde “*bilançoda sermayeye eklenmesine mevzuatın izin verdiği fonlar*”dan bahsedilmekte ve sermaye taahhüdü yoluyla sermaye artırımı yapılmasının ön şartı olarak bu fonların tamamının sermayeye dönüştürülmesi aranmaktadır. Türk Dil Kurumu’nun sözlükte yer verdiği tanıma göre fon “*Belirli bir iş için gerektiğinde harcanmak üzere ayrılıp işletilen para, kaynaktır*”⁸. Öğretide madde metninde kullanılan fon kelimesinin kapsamının içeriğine ilişkin farklı görüşler mevcuttur. Birinci görüş TTK m. 462/3 hükmünde yer verilen fon kelimesinin kapsamının yalnızca vergi hukuku mevzuatında yer alan fonlardan ibaret olmadığı yönündeyken, ikinci görüş kanunun lafzi yorumuna bağlı kalarak hükümde anılan fon kelimesinin vergi hukuku mevzuatında yer alan fonları işaret ettiğini belirtmektedir.

Öğretide yer verilen ilk görüşteki yazarlara göre TTK m. 462/3’de belirtilen fonların kapsamına mevzuatın bilançoya konulmasına ve sermayeye eklenmesine izin verdiği fonların haricinde TTK m. 462/1’de belirtilen esas sözleşme veya genel kurul kararıyla ayrılmış ve belirli bir amaca özgülenmemiş yedek akçeler ile kanuni yedek akçelerin serbestçe kullanılabilen kısımları ve diğer iç kaynak kalemleri de dahildir. Bu görüşteki yazarlardan *Moroğlu*, hükmün üçüncü fıkrasında sermayeye dönüştürülmesi gereken iç kaynak olarak sadece fonlardan söz edilmesinin yeterli olmadığını, sermaye artırımında kullanılabilecek iç kaynakların sadece yeniden değerlendirme değer artış fonu, maliyet artış fonu gibi fonlardan ibaret olmadığını, belli bir amaca özgülenmemiş serbest yedek akçeler ile kanuni yedek akçelerin serbestçe kullanılabilen kısmı, önceki yıldan aktarılan kâr, dağıtılmasına karar verilmemiş son yıl kârı ve açık yedek akçelerin de hükümde kullanılan fon kelimesinin kapsamına dahil edilmesi gerektiğini, aksi halde TTK m. 462/3 hükmünün büyük ölçüde etkisiz kalacağını belirtmektedir⁹.

İlk görüşü savunan yazarlardan *Tekinalp*, hüküm yorumlanırken hukuk metodolojisinin genel ilkelerinin esas alınması gerektiğini, fon kelimesinin yalnızca vergi kanunlarındaki fonları içerecek şekilde dar yorumlanmasının hükmün düzenlenme amacı ile bağdaşmadığını, vergi kanunlarının sermayeye eklenmesine izin verdiği ve özkaynağa dahil bazı pasif kalemlerin adında “fon” kelimesinin bile olmadığını, özellikle yedek akçelerin şirketin özvarlığının bir parçası olduğunu, dağıtılmamış kârların da doğal olarak TTK m.

⁸ <https://sozluk.gov.tr/> (erişim tarihi: 19.3.2024).

⁹ *Moroğlu, Sermaye Artırımı*, s. 56.

462/3 kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir. Tekinalp, fon kelimesinin kapsamına esas sözleşme veya genel kurul kararıyla ayrılmış ve belirli bir amaca özgülmemiş yedek akçeler ile kanuni yedek akçelerin serbestçe kullanılabilen kısımları, yeniden değerlendirme fonu, anonim ortaklığın taşınmazlarının veya iştiraklerinin satışından elde edilen gelirler ve enflasyon farkları gibi fonların da dahil olduğunu belirtmiş ve herhangi bir açıklama yapmamakla birlikte TTK m. 520/2 hükmünün de bu görüşünü desteklediğini belirtmiştir¹⁰.

Bahtiyar'a göre hükmün lafzına bakıldığında fon kelimesinin, yalnızca bilançoda mevcut olan ve sermayeye eklenmesine mevzuatın izin verdiği fonları içerdiği kanaati doğabilecektir. Ancak *Bahtiyar*, teknik anlamda fon sayılmayan herhangi bir türde iç kaynağın varlığına rağmen dış kaynaklardan sermaye artırımı yapılmasının bazı pay sahiplerini zarara uğratabileceğini belirtmektedir. *Bahtiyar*'a göre TMK m. 2 gereğince önce iç kaynaklardan sonra dış kaynaklardan sermaye artırımı yapılması yahut iç ve dış kaynaklı sermaye artırımının aynı anda ve aynı oranda yapılması hakkaniyetin ve hakların başkasına en az zarar verecek şekilde kullanılması ilkesinin gereğidir¹¹.

İlk görüşü savunan diğer yazarlara göre de kanun hükmü amaçsal yorumlanarak fon kelimesinin kapsamına TTK m. 462/1'de sayılan diğer iç kaynak kalemleri de dahil edilmelidir¹².

İkinci görüşteki yazarlara göre ise, madde metninde anılan fon kelimesinin kapsamına lafzi yorum yapılarak yalnızca mevzuatın bilançoaya konulmasına ve sermayeye eklenmesine izin verdiği fonlar dahil edilmelidir. Bu görüşü destekleyen *Kendigelen*, düzenlemenin sadece “fonlar” ile sınırlandırılması gerektiğini ve diğer bazı iç kaynakların (örneğin belirli bir süre önce

¹⁰ Tekinalp, Yeni Hukuk, s. 136, N. 9-64a.; ‘Kanuni Yedek Akçeler’ üst başlığı altında düzenlenen ‘Şirketin İktisap Ettiği Kendi Pay Senetleri İçin Ayrılan Yedek Akçe ve Yeniden Değerleme Fonları’ madde başlıklı TTK m. 520/2 hükmünde “yeniden değerlendirme fonu” ile “ilgili mevzuat uyarınca pasifte yer alan diğer fonlar” sayılmış ve bu fonların sermayeye dönüştürüldükleri ve yeniden değerlendirilen aktifler amorti edildikleri veya devredildikleri takdirde çözülebileceği belirtilmiştir. Dolayısıyla yazarın TTK m. 520/2 hükmünün görüşünü desteklediği yönündeki ifadesinin, TTK m. 520/2 hükmünde anılan fonların kanuni yedek akçelerin arasında sayılması neticesinde ortaya çıktığı düşünülebilir. Ancak öğretide, yazarın bu görüşü eleştirilmiş ve madde başlığında “Yedek Akçe” ve “Yeniden Değerleme Fonları” fonlarının ayrı ayrı zikredilmesinin bu iki kavramın birbirinden farklı olduğuna işaret ettiği belirtilmiştir Detaylı açıklamalar için bkz. Soykan, s. 186 vd.

¹¹ Bahtiyar, s. 295.

¹² Aslı E. Gürbüz Usluel, ‘Anonim Şirketlerde İç Kaynaklardan Sermaye Artırımında Gündeme Gelebilecek Sorunlar’, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt: 36, Sayı: 4, Yıl: 2020, ss. 59-84, s. 76; Esra Cenkci, Anonim Ortaklıklarda Kayıtlı Sermaye Sistemi, 1. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 326. Ayşe Begüm Keleş Güven, Anonim Ortaklıklarda İç Kaynaklardan Sermaye Artırımı, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 136.

ayrılan ve henüz dağıtılmayan kârların) hükmün uygulama alanına dâhil edilmemesinin ise yerinde olmadığını belirtmektedir¹³.

Yine ikinci görüşte olan yazarlardan *Aydın*, TTK m. 462 hükmünün birinci ve üçüncü fıkrasında birbirinden lafız itibarıyla farklı düzenlemeler getirilmesine rağmen, üçüncü fıkradaki fon kelimesinin aynı zamanda birinci fıkra da sayılan diğer iç kaynakları da kapsadığı yönündeki düşüncenin tatmin edici olmadığını belirtmektedir. Yazara göre şirketin kanun gereği veya ihtiyari olarak ayırdığı yedek akçeler, şirketin zarara uğraması durumunda zararın telafisi bakımından kullanılabilecek ilk kaynaktır ve bu kaynağın tamamının sermaye artırımında tüketilmek zorunda bırakılması şirketi olası bir sermaye kaybına sürükleyebilir. *Aydın*'a göre, TTK m. 462/3'te kullanılan fon kelimesinin kapsamı yalnızca mevzuatın bilanço ya konulmasına ve sermayeye eklenmesine izin verdiği fonlardan ibaret olup ilk fıkra da sayılan diğer iç kaynakların da TTK m. 462/3 hükmüne dahil edilmesi şirketin mali yapısına haksız ve gereksiz bir müdahale oluşturur¹⁴.

Soykan da ikinci görüşü savunarak hükmün lafız uyarınca yorum yapılması gerektiğini, fon sözcüğünün Ticaret Kanunu'nun hiçbir yerinde yedek akçe anlamında kullanılmadığını, fon kelimesinin yedek akçeden oldukça net bir şekilde ayrılan bir anlama sahip olduğunu, kanun koyucunun isteseydi TTK m. 462/3'te fonlar dışında diğer iç kaynak kalemlerini de sayabileceğini belirtmektedir. *Soykan*'a göre hükmün birinci fıkrasında fonlar ve diğer iç kaynaklar ayrı ayrı ifade edilmişken üçüncü fıkrasında yalnızca fonlardan bahsedilmesi, üçüncü fıkradaki fon kelimesinin tüm iç kaynakları kapsadığına değil olsa olsa kapsamadığına açık bir delil teşkil etmektedir. Ayrıca *Soykan*, TK m. 462 hükmünün gerekçesinin de bu görüşe dayanak teşkil ettiğini belirterek fon sözcüğünün kapsamına diğer iç kaynak kalemlerinin dahil edilmemesinin pay sahipliği haklarını ihlal etmeyeceğini belirtmektedir. Zira TTK m. 462/3 hükmü hiç olmasaydı dahi ortaklığın, iç kaynak kalemlerini sermayeye dönüştürmeden sermaye taahhüdü yoluyla sermaye artırımı yapması dürüstlük kuralına aykırı düşüyorsa, artırım kararının rüçhan hakkını kullanmayan/kullanamayan pay sahipleri tarafından TTK m. 445 uyarınca iptali mümkündür¹⁵.

Öğretide yer verilen bu ayrık görüşlerin Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin kararlarına da yansdığı ve bu konuda uygulamada da birlik sağlanmadığı gö-

¹³ Abuzer Kendigelen, *Yeni Türk Ticaret Kanunu: Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler*, 3. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 370.

¹⁴ Alihan Aydın, 'SerPK'ya Tâbi Olmayan Anonim Ortaklıklarda Sermayeye Eklenebilecek Fonlar Sermayeye Eklenmeksizin Dış Kaynaklardan Sermaye Artırımı Yapılamaması Üzerine Düşünceler', *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Cilt: 29, Sayı: 4, Yıl: 2013, ss. 143-159, s. 151.

¹⁵ *Soykan*, s. 183-197.

rülmektedir. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 17.03.2021 tarihli bir kararında, iç kaynaklardan sermaye artırımı yapılmasının mümkün olduğu hallerde herhangi bir gerekçe belirtilmeksizin sermaye taahhüdü yolu ile artırıma gidilmesinin TTK'nın 462/3. maddesine aykırılık teşkil ettiği ve ilgili sermaye artırımı kararının alındığı genel kurul kararının iptali yönündeki ilk derece mahkemesi kararını yerinde bulmuştur¹⁶. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 11.11.2019 tarihli başka bir kararında da ilk derece mahkemesince, TTK m. 462/3 hükmü karşısında iç kaynakların tamamı sermayeye eklenmeden dış kaynaklardan artırım yapılmasının hukuka aykırı olduğu gerekçesiyle verilen davanın kabulü kararını onamıştır¹⁷. 11. Hukuk Dairesinin bu iki kararının, öğretide yer verilen TTK m. 462/3 hükmündeki fon sözcüğünün vergi hukuku mevzuatı ile sınırlandırılmayacağı yönündeki birinci görüş ile uyumlu olduğu söylenebilir.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin yerinde bularak onadığı 23.10.2018 tarihli başka bir kararında ise yerel mahkemece, davacının şirketin iç kaynaktan sermaye artışı yapılabileceği iddiasına dayanak gösterdiği kaynakların TTK m. 462/3 anlamında sermayeye eklenmesine izin verilen kaynaklardan ol-

¹⁶ "İlk Derece Mahkemesince, ... davacının hisse oranı nazara alındığında kararlara herhangi bir etkisinin bulunamayacağı, ancak sermayesinin iç kaynaklarla artırılması mümkün olduğu halde herhangi bir gerekçe belirtilmeksizin sermaye taahhüdü yolu ile artırıma gidilmesinin TTK'nın 462/3. maddesine aykırılık teşkil ettiği, bu nedenle 6. numaralı kararın iptal koşullarının oluştuğu ... gerekçeleri ile davanın kısmen kabulüne davalı şirketin 19.03.2016 tarihli Genel Kurulunun 6 numaralı kararının davacı yönünden iptaline karar verilmiştir. Bölge Adliye Mahkemesince ... sonuç itibarıyla İlk Derece Mahkemesi kararının yerinde olduğu ... gerekçesi ile .6 numaralı genel kurul kararının iptaline karar verilmiştir. ... Kararı, davalı vekili temyiz etmiştir. Yukarıda ...açıklanan nedenlerle, davalı vekilinin tüm temyiz itirazlarının reddine, ... açıklanan nedenlerle kanuna uygun olmayan husus yeniden yargılamayı gerektirmediğinden Bölge Adliye Mahkemesi kararının ... HMK'nın 370/2. Maddesi uyarınca düzeltilmiş bu haliyle onanmasına, karar verildi." Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 2020/1559 Esas, 2021/2513 Karar Sayılı, 17.03.2021 Tarihli kararı, <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (erişim tarihi: 25.03.2024).

¹⁷ "Davacı vekili ... sermaye artırılmasına ilişkin kararın şirketin sermaye ihtiyacından ziyade davacıyı zarara uğratmak, ortaklıktaki kâr, tasfiye payı ve oy oranlarını azaltmak, rüçhan haklarını ihlal etmek amacı ile alındığını, %1000 oranında yapılan sermaye artırımının objektif olarak gerekli olmadığını, şirketin kasasında dağıtılmayan sadece 2015 yılı kârının 377.869.- TL olduğunu, şirketin bu bedeli dağıtmayarak sermaye artırımına gidebilecek iken davacıya zarar vermek kastı ile sermaye artırımına gitmesinin hukuka aykırı olduğunu ileri sürerek anılan kararın iptaline karar verilmesini istemiştir. ... ilk Derece Mahkemesince davaya konu 07/12/2016 tarihli genel kurul toplantısında şirketin nakit sermaye artışı ihtiyacının izah edilemediği, miktar ve ödeme süresi yönünden azınlık pay sahiplerine zarar verme kastının açık olduğu, emredici nitelikteki TTK madde 462/3 hükmü karşısında iç kaynakların tamamı sermayeye eklenmeden dış kaynaklardan artırım yapılmasının hukuka aykırı olduğu ... gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiştir. Bu karara karşı davalı vekili istinaf başvurusunda bulunmuştur. İstanbul BAM. 13. Hukuk Dairesi'nce, sermaye artırımı kararının 6102 sayılı TTK'nın 462/3. maddesine aykırı olduğu,... mahkeme kararının usul ve yasaya uygun olduğu gerekçesiyle davalı vekilinin istinaf başvurusunun esaslan reddine karar verilmiştir. Kararı davalı vekili temyiz etmiştir. ... davalı vekilinin temyiz isteminin reddi ile Bölge Adliye Mahkemesince verilen kararın HMK'nın 370/1. maddesi uyarınca onanmasına, ... oybirliğiyle karar verildi." Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 2019/88 Esas, 2019/7008 Karar Sayılı, 11.11.2019 Tarihli kararı, <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (erişim tarihi: 25.03.2024).

madığı, şirketin sermaye artırımında kullanılabilecek iç kaynak niteliğinde fonunun bulunmadığı belirtilerek davanın reddine karar verilmiştir¹⁸. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 01.12.2014 tarihli başka bir kararında da iç kaynaklar tüketilmeden dış kaynaklardan sermaye artırımına gidilebileceğini ve şirkette sermayeye eklenebilecek dağıtılmamış kar bulunduğundan bahisle öncelikle iç kaynaklardan sermaye artırımı yapılmasının zorunlu olmadığı yönünde hüküm kurmuştur¹⁹. Belirtmemiz gerekir ki ilgili kararda belirtilen iç kaynak kalemlerinin Yargıtay tarafından fon niteliğinde olup olmadığı incelenmemiş ve TTK m. 462/3 hükmüne herhangi bir atıf yapılmamıştır. Ancak 11. Hukuk Dairesi'nin bu iki kararının öğretide yer verilen ikinci görüşle benzerlik gösterdiği ve her iç kaynak kaleminin doğrudan TTK m. 462/3 hükmündeki fon sözcüğünün kapsamına alınmasının mümkün olmadığı görülmektedir.

¹⁸ “Davacılar vekili, davalı şirketin genel kurul toplantısında alınan kararların kanuna, ana sözleşmeye, objektif iyiniyet kurallarına aykırı olduğunu, ...’nın 462. m. uyarınca bilançoda sermayeye eklenmesine mevzuatın izin verdiği fonların bulunması bu fonlar sermayeye dönüştürülmeden sermaye taahhüdü yoluyla sermaye artırımına gidilemeyeceğini, genel kurulda sunulan bilançoda belirtilen alacakların şirketin sermayesine eklenecek fonlardan olduğunu, ... belirterek genel kurul sonrası alınan tüm yönetim kurulu kararlarının batıl olduğunu ileri sürerek, yönetim kurulu kararının iptalini talep ve dava etmiştir. Mahkemece, ... şirketin iç kaynaktan sermaye artışı yapılabileceği iddiasına dayanak teşkil eden kaynakların ... 462 m. Anlamında sermayeye eklenmesine izin verilen kaynaklardan olmadığı, şirketin geçmiş yıllara zarar ettiği, sermayesinde azalma olduğu, sermaye artırımında kullanılabilecek iç kaynak niteliğinde fon bulunmadığı, ... şirketin sermaye artırımına gitmesinin diğer şirket pay sahiplerinin şirketteki hisselerini azaltma amacına yönelik olmadığı, kötü niyetin bulunmadığı ve sermaye artırımının dürüstlük kurallarına aykırı olmadığı, gerekçesiyle, davanın reddine karar verilmiştir. Kararı, davacılar vekili temyiz etmiştir. Yukarıda açıklanan nedenlerden dolayı, davacılar vekilinin bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün onanmasına, ... oybirliğiyle karar verildi.” Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin 2016/13402 Esas, 2018/6595 Karar Sayılı 23.10.2018 Tarihli kararı, <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (erişim tarihi: 25.03.2024).

¹⁹ “Mahkemece iptali istenen genel kurul kararında şirketin safi karını sermayeye eklemek yerine olağan üstü yedek akçe olarak ayırması, öte yandan da sermaye artırımına gidilmesinin kendi içinde çelişki oluşturduğu, zira şirketin paraya ihtiyacı olduğu ve artırımda kullanılabilecek iç kaynaklar da bulunduğuna göre doğrudan bu kaynağın kullanılması, ihtiyaç hala giderilemiyorsa geri kalan kısım için dış kaynaklardan artırım yapılması gerektiği, aksi takdirde mevcut ortaklar bedelsiz pay alma hakkında mahrum kalacakları gibi daha sonra yapılacak dış kaynaklı artırımda da hisselerine tekabül edecek rüçhan hakkı karşılığı yeni payların azalması nedeniyle de mağdur edilmiş olacakları, ... gerekçesiyle, genel kurul toplantısında kabul edilen ... kararların iptaline,... karar verilmiştir. Kararı, davalı vekili temyiz etmiştir. Genel kurul bilançoya göre ortaya çıkan kazancı dağıtmaktan keyfi bir şekilde sarfınazar edemez ise de, şirketin mali yapısının güçlendirilmesi, ortaklığın gelişmesi ve şirketin finansmanının sağlanması gibi haklı sebeplerle kârın dağıtılmayarak, olağanüstü yedek akçeye ayrılması mümkündür. Bilirkişi raporu ile şirketin sermaye ihtiyacı saptandığına göre, mahkemece sermaye ihtiyacının şirket iç kaynaklarından karşılanması gerektiğinden bahisle, kar payı dağıtılmaması ve sermaye artırımının afaki iyi niyet kurallarına ve kanuna aykırı olduğu kabul edilerek iptaline karar verilmesi doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir.” Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin 2014/16317 Esas, 2014/18707 Karar Sayılı 01.12.2014 Tarihli kararı, <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (erişim tarihi: 25.03.2024).

B. Vergi Hukuku Mevzuatının İşaret Edildiği Fonlar

TTK m. 462 gerekçesinde²⁰ iç kaynakların sınırlı sayıda olmadığı, fonların diğer mevzuatta belirlendiği ve örnek olarak yeniden değerlendirme, iştirak ve taşınmaz satış hasılatı ve enflasyon fonunun sayılabileceği belirtilmiştir. Hükümün gerekçesinde fon kavramına ilişkin vergi hukuku mevzuatı açıkça işaret edilmiştir²¹. Vergi hukuku mevzuatı kapsamında yer alan fonların bunlarla sınırlı olmadığını belirtmekle birlikte gerekçede fonlara örnek mahiyetinde sayılan yeniden değerlendirme, iştirak ve taşınmaz satış hasılatı ve enflasyon fonunun çalışma kapsamında açıklanmasında yarar vardır.

1. Yeniden Değerleme Fonu

Şirketin faaliyetlerini yürüttüğü ülkede enflasyon ve benzeri ekonomik sebeplerle malvarlıklarının gerçek değerinin, maliyet bedelini aştığı haller ortaya çıkabilir. Yeniden değerlendirme yöntemi ile ortaklığın malvarlığında halihazırda yer alan bilanço kalemlerinde, ekonomik sebeplerden dolayı zaman içerisinde meydana gelen değer artışları tespit edilir. 213 S. VUK Mükerrer Madde 298/Ç-4 hükmünde değer artışı, *“iktisadi kıymetlerin yeniden değerlendirme sonrası ve yeniden değerlendirme öncesi net bilanço aktif değerleri arasındaki fark”* şeklinde tanımlanmıştır. Kendiliğinden ortaya çıkan bu değer farkı yeniden değerlendirme ile çözülür²².

VUK mük. m. 298/Ç-4 uyarınca yeniden değerlendirme neticesinde ortaya çıkan bu değer artışı, yeniden değerlemeye tabi tutulan iktisadi kıymetlerin her birine isabet eden değer artışı ayrıntılı olarak görünecek şekilde, bilançonun pasifinde özel bir fon hesabında gösterilir. İşte bu fon yeniden değerlendirme fonu ile isimlendirilir²³. Yeniden değerlendirme fonu fiilen gerçekleşmiş bir değer artışı olmayıp ortaklık malvarlıklarının değerlerini etkileyen enflasyon ve benzeri

²⁰ “Ancak, iç kaynaklardan sermaye artırımının bedelsiz pay ihracına ilişkin fonlarla ilgili, fonların vergi hukuku ile sıkı bağlantı içinde bulunduğu, vergiye tâbi fonların işlemezlğe mahkum olduğu unutulmamalıdır. İç kaynaklardan sermaye artırımını VUK m. 298, 298 mükerrer ve enflasyon muhasebesi sebebiyle de geçici 25 inci maddede ayrıntılı hükümlere bağlanmıştır. Anılan maddelerin bazı maddî hukuk kurulları içerdikleri, bazı vergi hukuku hükümlerinin maddî hukuk normu niteliğini de haiz oldukları gerçektir. Bu hükümlerin Tasarıya alınmaları karmaşa yaratabilir. Bu sebeple 462 nci madde bu konudaki esasları öngörmüş ve vergi hukuku bünyesinde yer alan ilgili hükümlerin maddî hukuk niteliklerini tanımlamıştır. Maddede mevzuata ve fonlara bu amaçla gönderme yapılmıştır.” Bkz. 6102 S. TTK Gerekçesi Madde 462.

²¹ Cenkcı, fon kelimesinin vergi kanunlarında düzenlendiği anlamda kullanılmasının yerinde olmadığını zira bu halde TTK m. 462/f.1 hükmünde sayılan diğer iç kaynak kalemlerinin dışlanacağını, bu halde söz konusu düzenlemenin amacının elde edilmesinin güçleşeceğini belirtmektedir. Bkz. Cenkcı, s. 326.

²² H. Güzin Üçışık/Aydın Çelik. Anonim Ortaklıkta Finansal Tablolar Yedek Akçeler ve Kar Dağıtımı. 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 248.

²³ Keleş Güven, s. 137 vd.

sebeplerden doğmaktadır²⁴. Yeniden değerlendirme işlemi esasında sermayenin korunması ilkesine hizmet etmekte ve şirketlerin usulüne uygun düzenlenen matrahtan vergi ödemelerini sağlamaktadır²⁵.

VUK mük. M. 298/Ç-6 uyarınca yeniden değerlendirme fonunda tutulan bu değer artışı tutarı, sermayeye ilave edilebilir. Bu kapsamda yeniden değerlendirme fonu TTK m. 462 hükmünde anılan *mevzuatın bilançoya konulmasına ve sermayeye eklenmesine izin verdiği fonların* kapsamındadır ve iç kaynak niteliğindedir²⁶.

2. İştirak ve Taşınmaz Satış Hasılatı Fonu

5520 S. Kurumlar Vergisi Kanunu m. 5'te düzenlenen kazançlara, kurumlar vergisinden muafiyet imkânı getirilmiştir. KVK m. 5/1-e uyarınca kurumların, en az iki tam yıl süreyle aktiflerinde yer alan iştirak hisseleri ile aynı süreyle sahip oldukları kurucu senetleri, intifa senetleri, rüşhan hakları ve m. 5/1-a hükmü kapsamında istisna kazançlarına kaynak oluşturan yatırım fonlarının katılma paylarının satışından doğan kazançların %75'lik kısmı kurumlar vergisinden muafıdır²⁷. Bu muafiyet ise ancak satışın yapıldığı dönemde sağlanır. Söz konusu muafiyetin sağlanması için hükümde çeşitli şartlar öngörülmüştür. Satış kazancının kurumlar vergisinden istisna tutulan kısmı, satışın yapıldığı yılı izleyen beşinci yılın sonuna kadar pasifte özel bir fon hesabında tutulmalıdır. İşte bu fon iştirak ve taşınmaz satış hasılatı fonu olarak isimlendirilmektedir²⁸. Bu fonun uygulamada “sermayeye eklenecek satış karı” şeklinde tanımlandığı da belirtilmektedir²⁹. Bu itibarla KVK m. 5/1-e uyarınca satışın yapıldığı tarihten itibaren beş yıl süre boyunca sermayeye ilave edilebilen iştirak ve taşınmaz satış hasılatı fonu da TTK m. 462 hükmünde anılan *mevzuatın bilançoya konulmasına ve sermayeye eklenmesine izin verdiği fonların* kapsamında olup iç kaynak niteliğindedir³⁰.

²⁴ Üçışık/Çelik, s. 197.

²⁵ Gürbüz Usluel, s. 69.

²⁶ Moroğlu, Sermaye Artırımı, s. 224-225.; Keleş Güven, s. 142.; Cenkcı, s. 290.

²⁷ 14/7/2023 tarihli ve 7456 sayılı Kanunun 19'uncu maddesiyle KVK'nın 5'inci maddesinin birinci fıkrasının (e) bendinin birinci paragrafında yer alan “kısmı ile aynı süreyle aktiflerinde yer alan taşınmazların satışından doğan kazançların %50'lik” ibaresi, yürürlükten kaldırılmıştır. Hüküm değişikliği öncesindeki halinde kurumların en az iki tam yıl süreyle aktiflerinde yer alan taşınmazların satışından doğan kazançlarının %50'lik kısmının kurumlar vergisinden muaf olduğu belirtilmekteydi. Ancak KVK'ya eklenen Geçici 16'ncı madde ile bu değişikliğin yürürlüğe girdiği tarihten önce kurumların aktifinde yer alan taşınmazlar için 5'inci maddenin birinci fıkrasının (e) bendinin değiştirilmeden önceki hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir. Bununla birlikte ilgili Geçici 16'ncı Madde ile KVK'nın 5'inci maddesinin birinci fıkrasının (e) bendinde yer alan %50 oranının, maddenin yürürlük tarihinden sonra yapılacak taşınmaz satış kazançları için %25 olarak uygulanması öngörülmüştür.

²⁸ Gürbüz Usluel, s. 71-72.

²⁹ Keleş Güven, s. 144.

³⁰ Cenkcı, s. 290.; Moroğlu, Sermaye Artırımı, s. 226.; Keleş Güven, s. 144-145.

3. Enflasyon Fonu (Enflasyon Düzeltme Farkları)

Enflasyon düzeltmesi VUK mük. m. 298/A-2-c hükmü uyarınca *parasal olmayan kıymetlerin enflasyon düzeltmesinde dikkate alınacak tutarlarının düzeltme katsayısı ile çarpılması suretiyle, malî tablonun ait olduğu tarihteki satın alma gücü cinsinden hesaplanmasını* ifade eder. Enflasyon düzeltmeleri, ilgili kıymetlere ait fark hesaplarına ve enflasyon düzeltme hesabına kaydedilir ve VUK mük. m. 298/A-5 uyarınca sermayeye ilave edilebilir. Bu itibarla enflasyon düzeltme farkları da TTK m. 462 hükmünde anılan *mevzuatın bilanço*ya konulmasına ve sermayeye eklenmesine izin verdiği fonlardan olup iç kaynaktır³¹.

C. Değerlendirmemiz

Tüm bu değerlendirmeler ışığında kanaatimizce, TTK m. 462/3 hükmünde yalnızca bilançoda mevcut ve sermayeye eklenmesine mevzuatın izin verdiği fonlardan bahsedilmesi sebebiyle ikinci görüşe üstünlük tanımak gerekir. Zira kanun koyucunun sermaye artırımında kullanılabilecek iç kaynaklardan bahsettiği TTK m. 462/1 hükmünde mevzuatın bilanço

³¹ Keleş Güven, s. 137.

³² Soykan, s. 183 vd.

³³ "Ancak, iç kaynaklardan sermaye artırımının bedelsiz pay ihracına ilişkin fonlarla ilgili, fonların vergi hukuku ile sıkı bağlantı içinde bulunduğu, vergiye tâbi fonların işlemeziğe mahkum olduğu unutulmamalıdır. İç kaynaklardan sermaye artırımını VUK m. 298, 298 mükerrer ve enflasyon muhasebesi sebebiyle de geçici 25 inci maddede ayrıntılı hükümlere bağlanmıştır. Anılan maddelerin bazı maddî hukuk kurulları içerdikleri, bazı vergi hukuku hükümlerinin maddî hukuk normu niteliğini de haiz oldukları gerçektir. Bu hükümlerin Tasarıya alınmaları karmaşa yaratabilir. Bu sebeple 462 nci madde bu konudaki esasları öngörmüş ve vergi hukuku bünyesinde yer alan ilgili hükümlerin maddî hukuk niteliklerini tanımlıştır. Maddede mevzuata ve fonlara bu amaçla gönder-

dahi, fon kelimesinin bütün iç kaynakları ihtiva ettiğine dair herhangi bir yorum yahut gönderme yapılmamıştır.

İlgili hükmün, şirketin iç kaynaklar mevcutken öncelikle dış kaynaklardan sermaye artırımı yaparak azınlık pay sahiplerinin pay oranlarını eritmeye ve bedelsiz payları edinme hakkını ihlal etmeye yönelik davranışlarını engellemek maksadıyla getirildiği ve bu sebeple kanuni amacın sağlanması için bu ön şartın tüm iç kaynakları da içermesi gerektiği yönünde yorum yapılması mümkündür. Ancak mevcut hukuki düzenleme bağlamında bunun tatbiki oldukça güçtür. Bu sebeple de kanun hükmünün kapsamının yorum yoluyla genişletilmesi yerinde değildir³⁴.

Şirketin mevzuatın bilançoya konulmasına ve sermayeye eklenmesine izin verdiği fonlar haricinde sermayeye dönüştürülebilir başkaca iç kaynakları da mevcut olabilir. Hükmün düzenlenme amacı göz önüne alındığında bu iç kaynaklar sermayeye dönüştürülmeden sermaye taahhüdü yoluyla sermaye artırımı yapılmasının dürüstlük kuralına ve hakların sakınarak kullanılması ilkesine aykırı düşeceği somut olayın özelliklerine göre elbette söylenebilir. Bu noktada da pay sahiplerinin TTK m. 445 uyarınca ilgili sermaye artırım kararının iptali yönünde dava haklarını kullanmaları mümkündür. Ancak kanun koyucunun TTK m. 462/3 hükmünü, dürüstlük kuralının özel bir görünümü olarak emredici bir düzenlemeye bağladığı unutulmamalıdır. Dolayısıyla TTK m. 462/3 hükmünde anılan, mevzuatın bilançoya konulmasına ve sermayeye eklenmesine izin verdiği fonlar sermayeye dönüştürülmeden sermaye taahhüdü yoluyla sermaye artırımı yapılırsa bu noktada ilgili genel kurul kararının iptali öncelikle kanun hükmüne aykırılık sebebiyle olacaktır. Ancak TTK m. 462/3 hükmünün lafzında yer alan fon kelimesinin kapsamının tam olarak açıklanmaması sebebiyle, eTK zamanında ortaya çıkan sorunları gidermek ve pay sahiplerini koruma amacını sağlamak noktasında hükmün zayıf kaldığı belirtilmelidir.

Tüm bu açıklamalar ışığında TTK m. 462/3'te belirtilen bilançoda sermayeye eklenmesine mevzuatın izin verdiği fonların kapsamına TTK m. 462/1'de anılan esas sözleşme veya genel kurul kararıyla ayrılmış ve belirli bir amaca özgülenmemiş yedek akçeler ile kanuni yedek akçelerin serbestçe kullanılabilen kısımlarının ve diğer iç kaynakların dahil edilmeyeceği kanaatindeyiz. Kanuni düzenlemede yer verildiği üzere ortaklık, bilançoda sermayeye eklenmesine mevzuatın izin verdiği fonların bulunması hâlinde, bu fon-

me yapılmıştır." Bkz. 6102 sayılı TTK Genel Gereğesi, Madde 462, Üçüncü Fıkra, s. 192, <https://mevzuat.tbmm.gov.tr/Kanun/KanunDetay?YasamaKanunId=f72877be-1e9f-037b-e050-007f01005610&kanunNumarasi=6102#step-2> (erişim tarihi: 28.3.2024).

³⁴ Aydın, s. 151.

ları sermayeye dönüştürmeden, sermaye taahhüdü yoluyla sermaye artırımını yapamaz. Bununla birlikte hem bu fonları sermayeye dönüştürüp hem de aynı zamanda ve aynı oranda sermaye taahhüdü yoluyla sermaye artırımını yapabilir. Kanun koyucu tarafından bilançoda sermayeye eklenmesine mevzuatın izin verdiğini fon kavramı ile şirketin bütün iç kaynakları kastediliyorsa, bu durumda TTK m. 462/3 hükmünde tüm iç kaynakların sermayeye dönüştürülmesi şartı ile sermaye taahhüdü yoluyla sermaye artırımına izin verileceği yönünde bir kanun değişikliği yapılması gereklidir.

III. İÇ VE DIŞ KAYNAKLARDAN AYNI ZAMANDA VE AYNI ORANDA YAPILAN SERMAYE ARTIRIMI İMKANININ GETİRDİKLERİ

Türk Ticaret Kanunu m. 462/f. 3 hükmünün ikinci cümlesinde bilançoda sermayeye eklenmesine mevzuatın izin verdiği fonların tamamının, sermaye taahhüdü yoluyla sermaye artırımını yapmadan önce sermayeye dönüştürülmüş olması şartına esneklik getirilmiştir. Hükmün kendi ifadesine göre *hem bu fonların sermayeye dönüştürülmesi hem de aynı zamanda ve aynı oranda sermayenin taahhüt edilmesi yoluyla sermaye artırılabilir*.

Hükmün sağladığı en önemli kolaylık, bilançodaki fonlarının tamamı henüz tüketilmeden, sermaye taahhüdü yoluyla sermaye artırımını da yapabilemesidir. Bu imkân sayesinde anonim ortaklık, bilançoda mevcut ve sermayeye eklenmesine mevzuatın izin verdiği fonların bir kısmını sermayeye dönüştürürken bu kısım ile aynı oranda ve aynı zamanda dış kaynaklardan da sermaye taahhüdü yoluyla sermaye artırımını yapabilecektir.

Hükmün düzenlenme amacı kanun gerekçesinde, şirketin ivedi olarak nakdi sermaye artırımlarına ihtiyaç duyması hali bakımından öngörülmüş olmakla birlikte, bu imkân yalnızca nakdi artırımları değil aynı sermaye artırımlarını da kapsamaktadır³⁵. Zira hükümde nakdi sermaye artırımını ile sınırlandırılan daraltıcı bir ifade mevcut değildir³⁶.

Gerekçede her ne kadar şirketin nakdi sermaye artırımını ihtiyacının aciliyet arz etmesi ve nakdi sermaye artırımının derhal yapılmasında haklı sebeplerin bulunmasından bahsedilmişse de aciliyet ve haklı sebep unsuru bulun-

³⁵ Kanun gerekçesinde bu husus şu şekilde belirtilmiştir: "İkinci cümle, şirketin nakdi sermayeye duyduğu gereksinimin acil olduğu ve şirketin nakdi sermaye artırımını derhâl yapmasında haklı sebeplerin bulunduğu hâller düşünülerek Tasarıya konulmuştur. Hükmün, bu öngörüme amacı gözden kaçırılarak, [hüküm] bazı pay sahiplerine zarar vermenin bir aracı olarak kullanılamaz. Şirketin acil nakdi ihtiyacını dikkate alan bu hükmün uygulanması da mahkemenin denetimi altındadır.". Bkz. 6102 sayılı TTK Genel Gerekçesi, Madde 462, Üçüncü Fıkra, s. 192, <https://mevzuat.tbmm.gov.tr/Kanun/KanunDetay?YasamaKanunId=f72877be-1e9f-037b-e050-007f01005610&kanunNumarasi=6102#step-2> (erişim tarihi: 29.3.2024).

³⁶ Tekinalp, Yeni Hukuk, s. 135, N. 9-64; Soykan, s. 207; Gürbüz Usluel, s. 77.

maksızın da TTK m. 462/f. 3-c. 2 uyarınca aynı zamanda ve aynı oranda iç ve dış kaynaklardan sermaye artırımı yapılabilir³⁷. Zira hükmün açık ifadesinde bu yönde bir şart zikredilmemiştir. Ticaret Kanunu’nun başkaca hükümlerinin lafzında açıkça haklı sebep unsurunun arandığına ilişkin düzenlemeler yapıldığı göz önüne alındığında, TTK m. 462/f. 3-c. 2 hükmünde bu hususun zikredilmeyişinin bilinçli bir tercih olduğu, gerekçede yer verilen “haklı sebep” ve “acil sermaye artırımı ihtiyacının” ise hükmün düzenlenme amacının açıklanmasına yönelik olduğu kabul edilmelidir. Ancak elbette bu sermaye artırımı kararının butlana yahut kanun, esas sözleşme ve dürüstlük kuralına aykırılık sebebiyle iptal yaptırımına tabi olması Ticaret Kanunu’nun diğer hükümleri uyarınca her zaman söz konusu olabilir³⁸.

TTK m. 462/3-c. 2 hükmü olmasaydı ortaklığın, öncelikle fonların tamamının sermayeye dönüştürüldüğü sermaye artırımı kararını ticaret sicil müdürlüğüne tescil ettirmesi ve tescilden sonra sermayenin taahhüdü yoluyla sermaye artırımı yapmak için ayrıca bir karar alması gerekecekti. Zira TTK m. 456/4’ün atfıyla sermaye artırımı kararlarına uygulanan TTK m. 355 uyarınca iç kaynaklardan yapılan sermaye artırımı kararının ticaret siciline tescili kurucu nitelikte olup artırım kararı ancak tescilden sonra hüküm ve sonuçlarını doğurabilecektir³⁹. Oysa mevcut düzenleme yönetim kurulu veya genel kurulun sermaye artırımı kararı için iki kez toplanıp karar alma gerekliliğini ortadan kaldırmaktadır. Genel kurul veya yönetim kurulunun sermaye artırımı kararı TTK m. 462/3-c. 3 hükmünde de belirtildiği üzere ticaret siciline tescil ile kesinleşecektir⁴⁰.

IV. TÜRK TİCARET KANUNU M. 462/3 HÜKMÜNDEKİ AYNI ZAMANDA VE AYNI ORANDA SERMAYE ARTIRIMI ŞARTININ UYGULANMASINA DAİR HUSUSLAR

Türk Ticaret Kanunu m. 462/3-c. 2 hükmünde “oran” kelimesi öğretide, ifade ettiği anlam itibarıyla hükmün amacına hizmet etmemesinden dolayı eleştirilmiştir. *Soykan*’a göre hükümde kullanılan oran kelimesi yanlış seçilmiştir ve esasında miktar ve tutar anlamlarında kullanılmıştır. Örneğin esas sermaye tutarının 200.000,00-TL olduğu, bilançoda sermayeye eklenmesine mevzuatın izin verdiği fon tutarının ise 20.000,00-TL olduğu bir anonim ortaklıkta, 20.000,00-TL’lik fonun 10.000,00-TL’sinin yani ½’sinin sermayeye

³⁷ Soykan, s. 207 vd.; Keleş Güven, s. 210.

³⁸ Soykan, s. 208.

³⁹ Soykan, s. 215-216.

⁴⁰ Hükmün üçüncü cümlesinin, aynı kurala işaret eden genel nitelikteki TTK m. 455 karşısında gereksiz olduğu yönünde bkz. Kendigelen, s. 371.

dönüştürülmesi halinde sermaye taahhüdü yoluyla yapılan sermaye artırımının da mevcut esas sermayeye oranının $\frac{1}{2}$ yani 100.000,00-TL olması aranmaz. TTK m. 462/3-c. 2 gereği buradaki üst sınırı fonların sermayeye dönüştürülmüş oranı değil miktarı belirler ve aynı anda yapılacak sermaye artırımına konu sermaye taahhüdünün üst sınırı da 10.000,00-TL olarak belirlenir⁴¹.

İlgili hüküm nedeniyle öğretilerde tartışma konusu olan diğer bir husus şirketlerin fonların tamamını sermaye dönüştürdükleri sermaye artırım kararında sermaye taahhüdü yoluyla aldıkları sermaye artırım kararının üst sınırının ne olacağıdır. Öğretilerde bir görüş, aynı anda yapılan, fonların sermayeye dönüştürülmesi yoluyla sermaye artırım ile sermaye taahhüdü yoluyla sermaye artırımının üst sınırının aynı olması gerektiğini belirtmektedir. Bu görüşü savunan *Yusufoğlu*'na göre, şirket aynı anda en fazla bilançoda mevzuatın sermayeye eklenmesine izin verdiği fonların toplam miktarı kadar sermaye taahhüdü yoluyla sermaye artırımını yapabilir. Şirketin fonların miktarını aşan sermaye taahhüdü yoluyla sermaye artırımını yapabilmesi için ikinci bir sermaye artırım kararı alması gereklidir⁴².

Ancak bizim de katıldığımız öğretilerdeki baskın görüş, TTK m. 462/3-c. 2 hükmünde bu yönde bir sınırlandırma olmadığını belirtmektedir. Dolayısıyla şirket fonların tamamını sermayeye dönüştürmek şartıyla aynı anda fonların miktarını aşan miktarda sermaye taahhüdü yoluyla sermaye artırımını da yapabilir ve bunun için ayrıca bir sermaye artırım kararı almasına gerek yoktur⁴³. Zira bu halde TTK m. 462/f. 3-c. 1 hükmüne herhangi bir aykırılık olmadığı gibi, ilgili hüküm uyarınca sermayeye eklenmesine mevzuatın izin verdiği bilançoda mevcut tüm fonlar sermayeye dönüştürülmüş olacaktır. TTK m. 462/f. 3-c. 2 hükmünün gerekçesinde de bu düzenlemenin şirketin nakdî sermayeye acil gereksinim duyduğu ve nakdî sermaye artırımını derhal yapmasında haklı sebeplerin bulunduğu haller düşünülmektedir getirildiği belirtilmiştir. Yine gerekçede hükmün bu öngörülme amacı gözden kaçırılarak, bazı pay sahiplerine zarar verme aracı olarak kullanılamayacağı belirtilmiştir. Bu doğrultuda hükmün amacı noktasında yorum yapılarak, şirketin bilançodaki fonlarının tamamını sermayeye dönüştürmek şartıyla aynı anda fonların miktarını aşan miktarda sermaye taahhüdü yoluyla sermaye artırım kararı alması diğer pay sahiplerine zarar verecek yahut onların hak ve menfaatlerini ihlal edecek bir karar olmadığı gibi hükmün amacına da hizmet etmektedir.

⁴¹ Soykan, s. 218-219.

⁴² Fülürya Yusufoğlu, Anonim Şirketlerde Gayri Maddi Hakların Sermaye Olarak Konulması, 1. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016, s. 254-255.

⁴³ Tekinalp, Yeni Hukuk, s. 136, N. 9-64.; Soykan, s. 211-213.

Örneğin anonim ortaklığın bilançosunda sermayeye eklenmesine mevzuatın izin verdiği 500.000,00-TL tutarında fon mevcuttur. Ortaklık 300.000,00-TL tutarındaki fonu sermayeye dönüştürdüğü artırım kararı ile aynı anda ancak 300.000,00-TL tutarında taahhüt yoluyla sermaye artırımını yapabilir. Ortaklık tek bir sermaye artırımını kararında bilançoda sermayeye eklenmesine mevzuatın izin verdiği fonlarının tamamını yani 500.000,00-TL'sini sermayeye dönüştürüyorsa, aynı anda fon miktarının altında 100.000,00-TL veya fon miktarı ile aynı tutarda 500.000,00-TL yahut fonların tamamını aşan surette 700.000,00-TL tutarında sermaye taahhüdü alarak da sermaye artırımını yapabilir⁴⁴.

Ortaklık bununla birlikte, TTK m. 462/1 hükmünden faydalananarak öncelikle 500.000,00-TL tutarındaki fonun tamamını iç kaynaklardan sermaye artırımını yapmak suretiyle de sermayeye dönüştürebilir. Ortaklık, bilançosunda sermayeye eklenmesine mevzuatın izin verdiği fon miktarının tamamını öncesinde ayrı bir kararla sermayeye dönüştürmüş olduğundan TTK'nın diğer ilgili hükümleri saklı kalmak üzere TTK m. 462/3-c. 1 hükmü uyarınca herhangi bir üst sınıra tabi olmaksızın 500.000,00-TL'nin altında yahut üstünde sermaye taahhüdü yoluyla sermaye artırımını yapabilir. Ayrıca ortaklık pay sahiplerinin ödeme güçlerini de dikkate almak suretiyle sermaye ihtiyacı doğrultusunda bu dönüşümü parça parça farklı zamanlarda da gerçekleştirebilir. Örneğin 500.000,00-TL tutarındaki fonun önce 300.000,00-TL'sini sonrasında da 200.000,00-TL'sini sermayeye dönüştürebilir.

Önemli olan husus ortaklığın TTK m. 462/3-c. 2 hükmünden faydalanabilmesi için iç ve dış kaynaklardan yapılan sermaye artırımını kararını aynı zamanda almış olmasıdır. Ortaklığın tek bir sermaye artırımını kararı ile bilançosundaki sermayeye eklenebilir fonunun tamamını değil de bir kısmını sermayeye dönüştürmüş olması halinde bu artırım kararından sonra farklı bir kararla tek başına sermaye taahhüdü yoluyla sermaye artırımını yapması mümkün değildir. Diğer bir deyişle fonların bir kısmının önceden ayrı bir sermaye artırımını kararı ile sermayeye dönüştürülmüş olması ortaklığa sonrasında bilançoda mevcut fonları sermayeye dönüştürmeksizin tek başına sermaye taahhüdü yoluyla sermaye artırımını yapma hakkı vermez. Ortaklık fonların tamamını sermayeye dönüştürmeden farklı bir sermaye artırımını kararı ile TTK m. 462/3-c. 2 hükmünden yararlanamaz. Ortaklık fonların tamamını sermayeye dönüştürmeden sermaye artırımını kararı almak istiyorsa bunu ancak aynı oranda ve aynı zamanda alınmış bir sermaye artırımını kararı ile yapabilir. Dolayısıyla yukarıdaki örnek bağlamında açıklamak gerekirse ortaklık tek bir sermaye artırımını kararı ile bilançoda mevcut 500.000,00-TL tutarındaki fo-

⁴⁴ Tekinalp, Yeni Hukuk, s. 135, N. 9-64.

nun 300.000,00-TL'sini sermayeye dönüştürdükten daha sonra ayrı bir karar ile tek başına 200.000,00-TL yahut 300.000,00-TL tutarında sermaye taahhüdü olarak sermaye artırımı yapamaz. Zira ortaklığın bilançosunda halen 200.000,00-TL tutarında sermayeye dönüştürülebilir fon mevcuttur⁴⁵.

Ticaret Bakanlığı İç Ticaret Genel Müdürlüğü'nün ticaret sicil müdürlüklerine gönderdiği 25.1.2013 tarihli, 548 sayılı ve Sermaye Artırımı konulu genelgesi⁴⁶ de öğretide oldukça eleştirilmiştir. Genelgenin ikinci maddesine göre: *“Fonlar sermayeye dönüştürülmeden veya fonlar sermayeye dönüştürülürken eş zamanlı olarak fonların tutarından daha yüksek miktarda sermaye taahhüdü yoluyla sermayenin artırılabilmesi ise bu amaçla yapılacak genel kurul toplantısında bütün pay sahiplerinin temsil edilmeleri ve sermaye artırımına ilişkin kararın oybirliğiyle alınmış olması şartına bağlıdır.”*. Genelgede kayıtlı sermaye sistemindeki ortaklıklar hariç tutularak tüm pay sahiplerinin temsil edildiği ve oybirliğiyle alınan genel kurul kararı ile bilançoda mevcut olan mevzuatın sermayeye eklenmesine izin verdiği fonlar tüketilmeden sermaye taahhüdü yoluyla sermaye artırımı yapılabileceğinin belirtilmesi öğretide eleştirilmiştir. Zira kanun hükmü ile açıkça aksi düzenlenen bir şarta genelge ile istisna getirilmesi kabul edilemez. TTK m. 462/3-c.son'da belirtildiği üzere, *“Bedelsiz paylar üzerindeki hak kaldırılamaz ve sınırlandırılmaz; bu haktan vazgeçilemez.”*. Bedelsiz pay almak hakkı, pay sahiplerinin vazgeçilemez nitelikteki haklarından ve pay sahipleri kendi rızaları ile dahi bu haklarından vazgeçemezler. Oysa genelgenin ilgili hükmü pay sahiplerinin kendi rızaları ile bu haklarından feragat etmesine imkân sağlamaktadır. Bu sebeple öğretide, TTK m. 462/3 hükmüne aykırı olan ilgili genelge hükmünün tatbikinin mümkün olmadığı belirtilmektedir⁴⁷.

Son olarak TTK m. 462/3 hükmünün son iki cümlesinin önem arz eden hususlarına değinmemiz gereklidir. Hükümde belirtildiği üzere genel kurul veya yönetim kurulunun sermaye artırım kararı ile esas sözleşmenin ilgili maddelerinin değişik şeklinin ticaret siciline tescili ile artırım kararı kesinleşmiş olur. Tescil ile o anda mevcut pay sahipleri mevcut paylarının sermayeye oranına göre bedelsiz payları kendiliğinden (ipsu iure) iktisap ederler. Bu bedelsiz paylar üzerindeki hakkın kaldırılması yahut sınırlandırılması kanunun amir hükmü gereği mümkün değildir. Ayrıca pay sahipleri bedelsiz payları edinme hakkından vazgeçemezler. Dolayısıyla pay sahipleri, taahhüt yoluyla

⁴⁵ Soykan, s. 216-218.

⁴⁶ 25 Ocak 2013 Tarihli, 67300147.431.04/548 Sayılı, “Sermaye Artırımı” Konulu Genelge, Gümrük ve Ticaret Bakanlığı İç Ticaret Genel Müdürlüğü, https://www.ito.org.tr/documents/Ticaret-Sicil/mevzuat/genelgeler-gorusler/ser_art1.pdf (erişim tarihi: 23.04.2024).

⁴⁷ Tekinalp, Yeni Hukuk, s. 135, N.9-64; Gürbüz Usluel, s. 77-79; Cenkci, s. 327, dpn. 120.

sermaye artırımına katılmamış olsa dahi aynı anda fonların sermayeye dönüştürülmesi yoluyla yapılan ilgili sermaye artırımını sebebiyle, sermayeye katılım oranlarına göre bedelsiz payları iktisap edeceklerdir. Pay sahiplerinin bedelsiz payları edinme hakkını kazanması, taahhüt yoluyla sermaye artırımına katılma şartına bağlanamaz. Böyle bir şart, TTK m. 462/3 hükmüne aykırı olup geçersizdir⁴⁸.

V. TÜRK TİCARET KANUNU M. 462/3 HÜKMÜNE AYKIRI SERMAYE ARTIRIMI KARARININ AKİBETİ

TTK m. 462/3 hükmünde düzenlenen ön şarta aykırı sermaye artırım kararının butlanla sakat olacağı veya iptal edilebilir nitelikte olduğuna dair farklı görüşler mevcuttur. TTK m. 462/3 hükmünün gerekçesinde ise hükmün emredici niteliğine vurgu yapılarak kanuna aykırı sermaye artırım kararının butlana tabi olduğu belirtilmiştir⁴⁹.

Gerekçedeki görüş doğrultusunda *Tekinalp*, TTK m. 462/3 hükmünün emredici nitelikte olduğunu ve bilançoda mevzuatın sermayeye eklenmesine izin verdiği fonlar sermayeye dönüştürülmeden alınan sermaye taahhüdü yoluyla sermaye artırım kararının kanuna aykırı olmasından bahisle butlana tabi olduğunu belirtmektedir⁵⁰. *Pulaşlı* da TTK m. 462/3 hükmünün gerekçesini dayanak göstererek iç kaynaklardan sermayeye dönüştürülebilir fon olmasına rağmen şirketin sermaye taahhüdü yoluyla sermaye artırım kararı almasının butlana tabi olduğu belirtmektedir. Ancak *Pulaşlı*'ya göre, sermayeye dönüştürülebilir fon miktarının 300.000,00-TL olduğu bir şirkette, aynı anda 100.000,00-TL'lik fon sermayeye dönüştürülerek ve 500.000,00-TL'lik de taahhüt yoluyla sermaye artırım yapılarak alınan genel kurul kararı “aynı oran” şartını sağlamadığından bahisle iptal edilebilir niteliktedir⁵¹. *Cenkçi*'ye göre, hüküm mevcut pay sahiplerinin kaldırılamaz, sınırlandırılmaz ve vazgeçilemez nitelikteki bedelsiz pay edinme haklarının dolaylı olarak sınırlandırılmasını önleme amacıyla getirildiğinden, kanuna aykırı olarak alınan sermaye artırım kararının butlana tabi olması gerekir⁵².

⁴⁸ Kendigelen, s. 371; Tekinalp, Yeni Hukuk, s. 136-137. N.9-64b.

⁴⁹ “Üçüncü fıkranın birinci cümlesi pay sahiplerinin korunması amacıyla konulmuş, istisnası bulunmayan, başka bir deyişle hiçbir sebeple bertaraf edilemeyecek olan emredici bir kuraldır... Bu emredici kurala aykırılığın hukuki sonucu butlandır.”. Bkz. 6102 sayılı TTK Genel Gerekçesi, Madde 462, Üçüncü Fıkra, s. 192, <https://mevzuat.tbmm.gov.tr/Kanun/KanunDetay?YasamaKanunId=f72877be-1e9f-037b-e050-007f01005610&kanunNumarasi=6102#step-2> (erişim tarihi: 30.3.2024).

⁵⁰ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s. 247, N. 1380d.

⁵¹ Pulaşlı, s. 504.

⁵² Cenkci, s. 328-329.

Gerekçede yer verilen görüşün aksine kanuna aykırı sermaye artırımı kararının iptal edilebilir nitelikte olduğunu savunan yazarlar da mevcuttur. *Kendigelen*, kanun hükmünün mevcut pay sahiplerini koruma amacıyla getirildiğini ve bu düzenlemeye aykırılığın iptal edilebilirlik yaptırımına tabi olduğunu belirtmektedir. *Kendigelen*'e göre TTK m. 462/3'e aykırı sermaye artırımı kararının butlana tabi olduğu kabul edilirse bu geçersizliğin TTK m. 456/4 ve m. 353 uyarınca artırım kararının tescil ve ilanından itibaren üç ay içerisinde ileri sürülmesi gerekir⁵³. *Moroğlu*, TTK m. 462/3'e aykırı bir sermaye artırımı kararının dürüstlük kuralı ve hakların sakınılarak kullanılması ilkesinden önce kanuna aykırılık oluşturacağını belirtmektedir. *Moroğlu*, kararın akıbeti ile ilgili dürüstlük kuralına aykırı olduğunu belirtmekte ve bu görüşüne "genel kurulun sermaye artırımı kararının iptal edilebilirliği" başlığı altında yer vermektedir⁵⁴. *Aydın*, TTK m. 462/3 hükmünün, TTK m. 445'teki dürüstlük kuralına aykırılığın somutlaşmış bir görünümü olduğunu ve dürüstlük kuralına aykırı bir genel kurul kararının TTK m. 445 uyarınca iptal yaptırıma tabi olacağını belirtmektedir. Yazar, TTK m. 462/3'e aykırılık oluşturan hallerin, TTK m. 447'de örnek olarak sayılan butlan hallerinden birinin kapsamına hiçbir şekilde girmediğini belirtmektedir. Ayrıca yazara göre TTK m. 462/3 hükmündeki fon kelimesinin kapsamına hangi iç kaynakların dahil olduğuna dair öğretide ve yargı kararlarında henüz birlik olmadığından, kanuna aykırılığın butlana tabi olması görüşü hukuk güvenliği ilkesini zedeleyecektir⁵⁵. *Soykan* ise, TTK m. 462/3 hükmünün dürüstlük kuralına aykırılığın somutlaştırıldığı özel bir kanun hükmü olarak düzenlendiğini ve münhasıran mevcut pay sahiplerinin menfaatini koruması sebebiyle mutlak emredici nitelikte değil nisbi emredici nitelikte olduğunu, nisbi emredici nitelikteki hükümlere aykırılığın butlana değil iptal yaptırımına tabi olduğunu belirtmektedir⁵⁶. Ancak nisbi emredici nitelikteki hüküm ile korunan pay sahibinin özel çıkarının bir kerelik değil de ileriye dönük potansiyel pay sahiplerinin de çıkarlarını zedeleyecek şekilde ihlali halinde butlan yaptırımı söz konusu olacaktır⁵⁷.

TTK m. 462/3 hükmüne aykırılığın tespiti bakımından butlanın ikincilliği yani sakınma ilkesinin de göz önünde bulundurulması gerekir. TTK m. 447 hükmünün gerekçesinde de belirtildiği üzere sakınma ilkesi, iptal edilebilirliğin yeterli ve tatmin edici bir yaptırım oluşturmadığı hallerde hukukun genel hüküm ve ilkelerine göre ikincil olarak butlan yaptırımının tercih edilmesidir.

⁵³ Kendigelen, s. 370.

⁵⁴ Moroğlu, Sermaye Artırımı, s. 304-305, dpn. 387.

⁵⁵ Aydın, s. 155-158.

⁵⁶ Soykan, s. 225-226.

⁵⁷ Moroğlu, Hükümsüzlük, s. 70-72.

Kanun koyucunun da butlan sebeplerini sınırlı sayıda belirtmezken hükümde ‘özellikle’ sözcüğünü kullanması, kanunda sayılan butlan sebeplerine ihtiyatla yaklaşılması gerektiğini gösterir⁵⁸. Bu kapsamda hukuk güvenliği ilkesinin de korunması bakımından kanunun bütün emredici hükümlerine aykırılığın doğrudan butlan yaptırımına tabi tutulması uygun değildir⁵⁹. Ayrıca öğretide iptal ve butlan yaptırımının tercihi noktasında tereddüt doğması halinde iptal yaptırımının tercih edilmesi gerektiği; iptal yaptırımının kural, butlan yaptırımının ise istisna olduğu savunulmaktadır⁶⁰. TTK m. 462/3 hükmüne aykırı sermaye artırımı kararlarının hükümsüzlüğüne ilişkin Yargıtay kararları incelendiğinde Yargıtay’ın da kanuna aykırı sermaye artırımı kararının iptal edilebilir olduğu görüşünü benimsediği görülmektedir⁶¹.

Tüm bu açıklamalar ışığında kanımızca nispi emredici nitelikte olan hükme aykırı bir sermaye artırımı kararının butlanla sakat olduğunun kabulünün hükmün düzenlenme amacıyla bağdaşmayacağı ve hukuk güvenliğinin sağlanması adına butlan yaptırımının istisnai nitelikte olduğu göz önüne alınarak ikinci görüş doğrultusunda, TTK m. 462/3 hükmüne aykırı bir sermaye artırımı kararının kanuna aykırılıktan iptali gerekir. Esas sermaye sistemini kabul etmiş bir anonim ortaklıkta, TTK m. 445 uyarınca TTK m. 446’da sayılan kişiler TTK m. 462/3 hükmüne aykırı genel kurul kararının, karar tarihinden itibaren 3 ay içerisinde iptalini dava edebilir. TTK m. 460/5 uyarınca da kayıtlı sermaye sistemini benimsemiş bir anonim ortaklıkta pay sahipleri ve yönetim kurulu üyeleri, yönetim kurulu kararının ilan tarihinden itibaren 1 ay içerisinde kararın iptalini dava edebilir. Nitekim çalışma içerisinde yer verdiğimiz Yargıtay içtihatlarında da görüldüğü üzere uygulamada TTK m. 462/3 hükmüne aykırı sermaye artırımı kararlarının iptaline yönelik karar verilmektedir.

SONUÇ

Sermaye taahhüdü yoluyla sermaye artırımının ön şartı niteliğinde olan TTK m. 462/3 hükmü hakların sakınılarak kullanılması ilkesinin özel bir görünümüdür. Hükmün düzenlenmesinin asıl amacı, bilançoda mevzuatın sermayeye eklenmesine izin verdiği fonların mevcudiyeti halinde öncelikle iç

⁵⁸ Bkz. 6102 sayılı TTK Genel Gerekçesi, Madde 447, s. 188, <https://mevzuat.tbmm.gov.tr/Kanun/KanunDetay?YasamaKanunId=f72877be-1e9f-037b-e050-007f01005610&kanunNumarasi=6102#step-2> (erişim tarihi: 2.4.2024).

Bkz. TTK m. 447 Gerekçesi.

⁵⁹ Pulaşlı, s. 360.

⁶⁰ Moroğlu, Hükümsüzlük, s. 68.

⁶¹ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin 2020/1559 Esas, 2021/2513 Karar Sayılı 17.03.2021 Tarihli kararı; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin 2019/88 Esas, 2019/7008 Karar Sayılı, 11.11.2019 Tarihli kararı, <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (erişim tarihi: 3.4.2024).

kaynaklardan sermaye artırımı yapılarak pay sahiplerinin sermayeye katılım oranlarının korunması ve bedelsiz payları edinme hakkının dolaylı şekilde ihlalinin önlenmesidir.

Kanun hükmünde anılan fon kelimesi, TTK m. 462/1 hükmündeki bütün iç kaynakları değil yalnızca bilançoda sermayeye eklenmesine mevzuatın izin verdiği fonları kapsamaktadır. Bu fonlara örnek olarak bunlarla sınırlı olmamakla birlikte vergi hukuku mevzuatında yer alan ve mevzuatta sermayeye dönüştürülmesine izin verilen yeniden değerlendirme fonu, iştirak ve taşınmaz satış kazancı fonu ve enflasyon fonu sayılabilir. Kanun koyucunun sermaye artırımında kullanılabilecek iç kaynaklardan bahsettiği TTK m. 462/1 hükmünde diğer iç kaynak kalemlerini açıkça zikretmiş olmasına rağmen üçüncü fıkrada yalnızca fonlardan bahsetmesi bilinçli bir tercih yaptığını göstermektedir. Ayrıca hükmün gerekçesinde de fon kelimesinin bütün iç kaynakları ihtiva ettiğine dair herhangi bir yorum yapılmamıştır. Kanunun pay sahiplerinin korunması amacıyla düzenlendiği göz önüne alınarak bu amacının sağlanması için fon kelimesinin kapsamına tüm iç kaynakları da dahil etmek gerektiği yönünde yapılan yorumun kabulü mevcut hukuk bağlamında mümkün değildir. Üstelik kanun maddesinin, dış kaynaklardan sermaye artırımı yapmadan önce tüm iç kaynakların sermayeye dönüştürülmesi gerektiği yönünde yorumlanması şirketin karar alma organına ve özellikle mali ve iktisadi yapısına açık ve sınırsız bir şekilde müdahale edilmesi anlamına gelecektir. Kanun koyucu tarafından ‘bilançoda sermayeye eklenmesine mevzuatın izin verdiğini fonlardan’ şirketin bütün iç kaynakları kastediliyorsa, bu durumda TTK m. 462/3 hükmünde tüm iç kaynakların sermayeye dönüştürülmesi şartı ile dış kaynaklardan sermaye artırımına izin verileceği yönünde bir kanun değişikliği yapılması gerekir.

TTK m. 462/3 hükmündeki ‘oran’ kelimesi hükümde esasen miktar ve tutar anlamında kullanılmıştır. Zira hükümdeki oran kelimesinin asıl anlamı ile sermaye artırımına uygulanması, hükmün amacının gerçekleştirilmesine hizmet etmeyecek ve kanunun dolaylı olarak ihlaline sebebiyet verecektir. Şirket, bilançoda sermayeye eklenmesine mevzuatın izin verdiği fonların tamamını sermayeye dönüştürmek şartıyla, aynı anda fonların miktarını aşan miktarda sermaye taahhüdü yoluyla sermaye artırımı da yapabilir ve bunun için ayrıca bir sermaye artırımı kararı almasına gerek yoktur. Zira bu halde TTK m. 462/3 hükmündeki ön şart sağlanmış ve bilançoda mevcut olan sermayeye eklenmesine mevzuatın izin verdiği fonların tamamı sermayeye dönüştürülmüş olacaktır. Ancak fonların bir kısmının önceden ayrı bir sermaye artırımı kararı ile sermayeye dönüştürülmüş olması ortaklığa sonrasında ayrı bir karar ile tek başına sermaye taahhüdü yoluyla sermaye artırımı

yapma hakkı vermez. Ortaklık fonların tamamını sermayeye dönüştürmeden sermaye artırımını kararı almak istiyorsa bunu ancak aynı miktarda ve aynı zamanda alınmış bir sermaye artırımını kararı ile yapabilir. Ayrıca şirketler TTK m. 462/3-c. 2 uyarınca acil sermaye ihtiyacı ve sermaye artırımının derhal yapılmasında haklı sebep unsurunun bulunması aranmaksızın aynı zamanda ve aynı miktarda hem fonların sermayeye dönüştürülmesi yoluyla ve hem de sermaye taahhüdü yoluyla sermaye artırımını yapabilir.

Mevcut pay sahiplerinin bedelsiz pay edinme haklarının dolaylı olarak ihlal edilmesinin önlenmesi maksadıyla getirilen TTK m. 462/3 hükmü münhasıran pay sahiplerinin özel çıkarlarını gözettiğinden nispi emredici niteliktedir. Bu sebeple TTK m. 462/3 hükmüne aykırı bir sermaye artırım kararının hem butlanın ikincilliği ilkesi uyarınca hem de hükmün pay sahiplerinin özel çıkarlarını koruması ve nispi emredici nitelikte olması sebebiyle kanuna aykırılıktan iptali gerekir. Ayrıca şirketin mevzuatın bilançoya konulmasına ve sermayeye eklenmesine izin verdiği fonlar haricinde sermayeye dönüştürülebilir başkaca iç kaynaklarını sermayeye dönüştürmeden dış kaynaklardan sermaye artırımını yapması, dürüstlük kuralına ve hakların sakınılarak kullanılması ilkesine aykırı düşüyorsa somut olayın özelliklerine göre pay sahipleri, TTK m. 445 uyarınca ilgili sermaye artırım kararının iptali yönünde dava haklarını kullanabilir.

KAYNAKÇA

- AYDIN, Alihan, ‘SerPK’ya Tâbi Olmayan Anonim Ortaklıklarda Sermayeye Eklenebilecek Fonlar Sermayeye Eklenmeksizin Dış Kaynaklardan Sermaye Artırımı Yapılamaması Üzerine Düşünceler’ Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt: 29, Sayı: 4, Yıl: 2013, ss. 143-159.
- BAHTİYAR, Mehmet, Ortaklıklar Hukuku, 17. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2024.
- CENKÇİ, Esra, Anonim Ortaklıklarda Kayıtlı Sermaye Sistemi, 1. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015.
- GÜRBÜZ USLUEL, Aslı E., ‘Anonim Şirketlerde İç Kaynaklardan Sermaye Artırımında Gündeme Gelebilecek Sorunlar’, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt: 36, Sayı: 4, Yıl: 2020, ss. 59-84.
- KELEŞ GÜVEN, Ayşe Begüm, Anonim Ortaklıklarda İç Kaynaklardan Sermaye Artırımı, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.
- KENDİGELEN, Abuzer, Yeni Türk Ticaret Kanunu: Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, 3. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.
- MOROĞLU, Erdoğan, Anonim Ortaklıklarda Sermaye Artırımı (Sermaye Artırımı), 4. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.
- MOROĞLU, Erdoğan, Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü (Hükümsüzlük), 9. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- POROY, Reha/TEKİNALP, Ünal/ÇAMOĞLU, Ersin, Ortaklıklar Hukuku II, 15. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2023.
- PULAŞLI, Hasan, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, 9. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2024.
- SOYKAN, İsmail Cem, Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Ortaklıklarda Sermaye Taahhüdü Yoluyla Sermaye Artırımı, 1. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.
- TEKİNALP, Ünal, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku (Yeni Hukuk), 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020.
- ÜÇİŞİK, H. Güzin/ÇELİK, Aydın, Anonim Ortaklıkta Finansal Tablolar Yedek Akçeler ve Kar Dağıtımı. 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, Ankara, 2018.
- YUSUFOĞLU, Fülürya, Anonim Şirketlerde Gayri Maddi Hakların Sermaye Olarak Konulması, 1. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016.

Çevrimiçi Kaynaklar

- <https://www.ito.org.tr> (erişim tarihi: 23.04.2024).
- <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (erişim tarihi: 3.4.2024).
- <https://www.lexpera.com.tr> (erişim tarihi: 20.3.2024).
- <https://mevzuat.spk.gov.tr/> (erişim tarihi: 19.03.2024).
- <https://mevzuat.tbmm.gov.tr/> (erişim tarihi: 2.4.2024).
- <https://sozluk.gov.tr/> (erişim tarihi: 19.3.2024)