

DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Cilt: 19

Sayı: 1

2017



ISSN 1303-6963

İZMİR - 2017



DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Cilt / Volume : 19

Sayı/Number: 1

Yıl / Year : 2017



ISSN : 1303 - 6963

İzmir - 2017

DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ YAYINLARI

HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Cilt: 19 Sayı:1 Yıl: 2017

Yayın No: 09.1300.0000.000/BY.017.071.923

ISSN: 1303-6963

Derginin Sahibi : Prof. Dr. Mustafa ALP (Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Dekanı)

Sorumlu Müdür : Prof. Dr. Demet ÖZDAMAR (Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi)

Yönetim Yeri : T.C. Dokuz Eylül Üniversitesi - Hukuk Fakültesi - Buca 35390 İZMİR

Yayının Türü : Ulusal Süreli - 6 ayda bir yayınlanır.
DEÜHFD (ISSN 1303-6963) yılda iki sayı olarak yayınlanan ULAKBİM (Ulusal Akademik Ağ ve Bilgi Merkezi) ulusal hukuk veri tabanına kabul edilmiş hakemli bir dergidir.

Editör : Prof. Dr. Demet ÖZDAMAR (Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi)

Editör Yardımcısı : Yrd. Doç. Dr. Tijen DÜNDAR SEZER (Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi)

Yayın Kurulu : Prof. Dr. Melda SUR (İzmir) Prof. Dr. Veli Özer ÖZBEK (İzmir)
Prof. Dr. Şükran ERTÜRK (İzmir) Prof. Dr. Oğuz SANCAKDAR (İzmir)
Prof. Dr. Murat AYDOĞDU (İzmir) Doç. Dr. Oğuz ŞİMŞEK (İzmir)
Yrd. Doç. Dr. Lale Burcu ÖNÜT (İzmir)

Danışmanlar Kurulu : Prof. Dr. Uğur ALACAKAPTAN (Bilgi Üniversitesi)
Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU (İstanbul Üniversitesi)
Prof. Dr. Erdal ONAR (Bilkent Üniversitesi)
Prof. Dr. Sarper SÜZEK (Atılım Üniversitesi)
Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ (Dokuz Eylül Üniversitesi)
Prof. Dr. Turan YILDIRIM (Marmara Üniversitesi)
Prof. Dr. Huriye KUBİLAY (İzmir Ekonomi Üniversitesi)

Yazışma Adresi : Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Dekanlığı, Buca 35390 İZMİR
Tel: 0 (232) 420 18 24 - 25 Fax: 0 (232) 301 60 09
www.deu.edu.tr/hukuk

Tasarım ve Mizanpaj : Uzm. Serab ŞEN

Dergide yayınlanan makalelerin bilim, içerik ve dil bakımından sorumluluğu yazarlarına aittir.
Dergide yayınlanan makaleler kaynak gösterilmeden kullanılamaz.

Basım Yeri : Dokuz Eylül Üniversitesi Matbaası

Basım Tarihi : 29.11.2017

Basım Adedi : 300

Basım Yeri Adresi : Dokuz Eylül Üniversitesi Matbaası
DEÜ Tınaztepe Kampüsü 35390 Buca - İzmir
Tel : 0(232) 301 93 00 - Fax : 0(232) 301 93 13

© Tüm Hakları Saklıdır.

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin

Öz Değerleri

- ▶ **Akıl ve bilim**
- ▶ **Dürüstlük, adalet ve etik**
- ▶ **Sevgi ve hoşgörü**
- ▶ **Hukukun üstünlüğü ve egemenliği**
- ▶ **Demokrasi kültürü**
- ▶ **İnsan haklarına saygı**

Temel Amacımız

**Akıl ve bilimin önderliğinde,
çağdaş ve mutlu bir toplum için
hukuku öğretmek ve geliştirmek**

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Yayın İlkeleri

1. Dergiye gönderilen yazılar başka bir yerde **yayımlanmamış** ya da yayımlanmak üzere **gönderilmemiş** olmalıdır. Çevirilerin orijinal dildeki nüshasının gönderilmesi şarttır. Ayrıca; çevirilerde, çeviri yapan yazar, asıl eser üzerindeki hak sahiplerinden Fikir ve Sanat Eserleri Kanununa uygun olarak yazılı izin almış olmalıdır.
2. Dergimizde ULAKBİM'in kriterlerine göre bilimsel yazılar türlerine göre (makale, çeviri, karar incelemesi, ... vb.) sınıflandırılmaktadır. Gelen yazıların niteliğinin ne olduğu hakem tarafından değerlendirilecektir.
3. Yazılar **A-4** boyutunda tek nüsha olarak teslim edilmelidir.
4. Dergiye gönderilen makalelerde, hem İngilizce hem de **Türkçe olmak üzere makale başlığı (title), öz (abstract) ve anahtar kelimeler (keywords)** belirtilmiş olmalıdır.
5. Gönderilecek yazıların **Times New Roman** karakterinde, ana metnin **1,5 satır aralığında** ve **12 punto**, dipnotların **10 punto** olarak hazırlanması ve **50 sayfayı** (Bu sayfa sayısı belirtilen format için geçerlidir; mizanpajdan sonra artabilir.) geçmemesi gerekmektedir. Dipnotlar sayfa altında gösterilmelidir.
6. Dipnotların sayfa altında gösterilmesi gerekmektedir. Dipnotların ve Kaynakçanın şu şekilde olması zorunludur:
Kitaplar için: Yazarın **Soyadı (Bold)**, Adı: Eserin Adı, Eserin Basıldığı Yer ve Yılı, Sayfa Numarası (Yazarın iki kitabı kullanılması halinde kısaltma şeklinde dipnotlarda ve kaynakçada belirtilmelidir.)
Makaleler için: Yazarın **Soyadı (Bold)**, Adı: Makalenin Adı (tırnak içinde), Derginin Adı, Cilt, Sayı, Yıl, Sayfa Numaraları
7. Yazarlar, **unvanlarını**, görev yaptıkları **kurumları**, haberleşme adresleri ile **telefon** numaralarını ve varsa **e-mail** adreslerini bildirmelidir.

8. Yazıların ilk değerlendirilmesi **editör** tarafından yapılacak ve daha sonra **Yayın Kuruluna** sunulacak olup, yazım yanlışlarının olağanın dışında bulunması, bilimsellik ölçütlerine uyulmaması, yazının Yayın Kurulu tarafından geri çevrilmesi için yeterli görülecektir. Yayın Kurulu gönderilen yazıların yayımlanıp yayımlanmaması konusundaki takdir hakkını saklı tutar.
9. Editör tarafından yapılacak ilk değerlendirmeden sonra Yayın Kuruluna sunulan ve geri çekilmeyen yazılar ULAKBİM kriterlerine göre ismi saklı tutulan iki hakeme gönderilecek, hakemlerden gelen rapor doğrultusunda yazının yayımlanmasına, yazardan rapor çerçevesinde düzeltme istenmesine ya da yazının geri çevrilmesine karar verilecek ve yazar, durumdan en kısa sürede haberdar edilecektir.
10. Hakemlerden gelen raporlardan birinin olumsuz, diğerinin olumlu olması durumunda, üçüncü bir hakem incelemesi yapılacaktır. Hakem raporlarının olumsuz olması durumunda yazı yayımlanmayacaktır. Hakem raporunda düzeltme istenmesi durumunda yazar tarafından sadece belirtilen düzeltmeler çerçevesinde değişiklikler yapılabilecektir. Yayımlanmayan yazılar yazarına geri gönderilmeyecektir.
11. Hakemlerin incelemesinden geçen ve yayımlanmasına ve/ya da düzeltilerek yayımlanmasına karar verilen yazıların son şeklinin “Office’98 Word” programı altında kaydedilmiş dosyanın e-posta yoluyla gönderilmesi gerekir.
12. Gönderilen yazıların yazım bakımından son denetimlerinin yapılmış olduğu, yazarın yazılı veya elektronik ortamda gönderdiği biçimiyle “**basıla**” verdiği kabul edilir.
13. Yazılar yayımlanmak üzere kabul edildiği takdirde, Dokuz Eylül Üniversitesi, elektronik ortamda tam metin (her türlü formatta) olarak yayımlamak da dahil olmak üzere tüm yayım haklarına sahiptir. Yazarlar telif haklarını Üniversiteye devretmiş sayılırlar.

DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ

Hukuk Fakültesi Dergisi

Cilt: 19 Sayı: 1 Yıl: 2017

İÇİNDEKİLER

Prof. Dr. Veli Özer ÖZBEK/Dr. Serkan MERAKLI

Hırsızlık Suçunda Malın Değerinin Azlığının Tespiti ve
Buna Bağlı Olarak Ortaya Çıkan Hukukî Sorunlar 1-42

Yrd. Doç. Dr. Özge ERBEK ODABAŞI

Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay Kararları Çerçevesinde
Evli Kadının Soyadı..... 43-109

Yrd. Doç. Dr. Damla GÜRPINAR

Ticari İşlemlerde Taşınır Rehninin Teslime Bağlı Taşınır Rehni
Kurallarından Ayrılan Yönleri..... 111-159

Arş. Gör. İsa BAŞBÜYÜK

İletişim Sırasında Elde Edilen Gizli Ses Kayıtlarının Ceza
Muhakemesinde Delil Olarak Kabul Edilebilirliği Sorunu..... 161-204

Arş. Gör. Ulvi Nail GÜN

Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi ve KKTC Yurttaşlık Hukukunda
Yurttaşlığın Kaybı 205-235

DOKUZ EYLUL UNIVERSITY**Faculty of Law Review****Volume: 19 Number: 1 Year: 2017****CONTENTS****Prof. Dr. Veli Özer ÖZBEK/Dr. Serkan MERAkli**

Determination of the Low Value of Goods in the Crime of
Larceny and Legal Problems Arising from It 1-42

Assistant Prof. Dr. Özge ERBEK ODABAŞI

The Surname of Married Women within the Framework of the
Constitutional Court and Supreme Court Decisions 43-109

Assistant Prof. Dr. Damla GÜRPINAR

The Different Sides of Pledge on Movable Goods in
Trade Transactions from the Pledge on Movable Goods by the
Condition of Delivery 111-159

Research Assistant İsa BAŞBÜYÜK

The Evidence Value of the Voice Records Obtained During
Communication in Criminal Procedural Law 161-204

Research Assistant Ulvi Nail GÜN

The European Convention on Nationality and the Loss of
Citizenship in the Citizenship Law of TRNC 205-235

HIRSIZLIK SUÇUNDA MALIN DEĞERİNİN AZLIĞININ TESPİTİ VE BUNA BAĞLI OLARAK ORTAYA ÇIKAN HUKUKİ SORUNLAR

*Prof. Dr. Veli Özer ÖZBEK**

*Dr. Serkan MERAKLI***

Öz

Hırsızlık suçunda daha az ceza verilmesini gerektiren hal niteliği taşıyan malın değerinin azlığının uygulanabilmesi bakımından hangi kriterin kabul edileceği hususu tartışmalı niteliktedir. Bu konuda özellikle Yargıtay'ın yaklaşımı kanunilik ilkesini de ihlal eden çeşitli sorunları beraberinde getirmektedir. Bu sorunların ortadan kaldırılması bakımından kanunilik ilkesine uygun düşecek şekilde objektif bir yaklaşımı esas alan çözüm yolu geliştirilmelidir.

Anahtar Kelimeler

Hırsızlık suçu, kanunilik ilkesi, ceza hukuku, malvarlığına karşı suçlar, Türk Ceza Kanunu

* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Başkanı (e-posta: veli.ozbek@deu.edu.tr) (Makale Gönderim Tarihleri: 11.10.2017-11.10.2017/Makale Kabul Tarihleri: 12.10.2017-23.10.2017)

** Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi (e-posta: serkan.merakli@deu.edu.tr) (Makale Gönderim Tarihleri: 11.10.2017-11.10.2017/Makale Kabul Tarihleri: 12.10.2017-23.10.2017)

**DETERMINATION OF THE LOW VALUE OF
GOODS IN THE CRIME OF LARCENY AND LEGAL
PROBLEMS ARISING FROM IT**

Abstract

It is quite contradictive that which criteria should be adopted with regard to implementation of scantiness of the low value of goods in the crime of larceny. In this respect, notably the approach of the Court of Cassation brings forth several problems including the one which violates the principle of legality. To resolve these problems, a solution which is based on an objective approach and compatible with the principle of legality should be formulated.

Keywords

larceny, legality, criminal law, crimes against property, The Turkish Criminal Code

GİRİŞ

765 sayılı TCK m. 522’de bir indirim sebebi olarak düzenlenmiş olan malın değerinin azlığı hususu 5237 sayılı TCK’nın yürürlüğe girmesiyle birlikte tartışmalı bir hal almıştır. 765 sayılı TCK’nın aksine malın değerinin azlığına malvarlığına karşı işlenen tüm suçlar bakımından yer vermeyen 5237 sayılı TCK, hırsızlık ve yağma suçlarıyla sınırlı bir düzenleme yapmıştır. Ancak, bu konuda kanunkoyucu sadece malın değerinin azlığı hükümlerinin uygulanabileceği suç tiplerinin kapsamını daraltmakla kalmamıştır. Gerçekten 5237 sayılı TCK m. 145’te getirilen düzenlemenin içerik bakımından kapsamı da 765 sayılı TCK’ya oranla daralmıştır. Çalışmada işte bu değişikliklerin uygulamada ortaya çıkardığı çeşitli sorunlar irdelenmeye ve bu sorunlara yönelik çeşitli çözüm önerileri getirilmeye çalışılacaktır.

Bu noktada öncelikle malın değerinin azlığı bakımından doktrinde öne sürülen görüşler ele alınacak olup bunun ardından Yargıtay’ın uygulaması değerlendirilecektir. Ardından ise malın değerinin azlığı bakımından özellik gösteren hallere değinilecek ve daha sonra malın değerinin azlığına bağlanabilecek sonuçlar tartışılacaktır. Son olarak ise çalışmada ortaya konulan sorunlar hakkındaki görüşlerimize yer vererek çalışma tamamlanacaktır.

I. CEZA HUKUKUNDA MALIN DEĞERİNİN AZLIĞI KAVRAMININ MEŞRUIYETİ VE DAYANAKLARI

A. Suç Genel Teorisi Bakımından Malın Değerinin Azlığı Kavramının Değerlendirilmesi

1. Genel Olarak

Malın değerinin azlığı kavramının anlamı ve tespitine geçmeden önce bu kavramın ceza hukuku dogmatığı ile ne ölçüde örtüştüğü ya da ceza hukuku dogmatığının neresinde yer aldığı incelenmelidir. Bu bakımdan malın değerinin azlığı kavramının filin toplumsal uygunluğu, normun koruma alanı, ceza hukukunun son çare olma ilkesi ve suç politikası gibi kavramlarla karşılaştırılması mümkündür. Aşağıda malın değerinin azlığının dogmatik dayanağı incelenmeye çalışılacaktır.

2. Fiilin Toplumsal Uygunluğu Kavramı İle İlişkisi

a. Fiilin Toplumsal Uygunluğu Kavramı

Fiilin toplumsal uygunluğu kavramı, toplumsal (sosyal) etik bir niteliğe sahip olup toplumsal yaşam kurallarının gelişim süreci içerisinde bazı hareketlerin toplum nazarında haksız olarak nitelenmeyeceği düşüncesidir¹. Bu düşünce esasen bir yorum aracı niteliği de taşımaktadır². Buna göre, suç tipleri genel ve soyut bir forma sahip olduğu için kimi zaman toplum düzeyiyle tamamen uyum içinde olan ve bu yönüyle de “değersiz” ya da “kötü” olarak nitelenemeyecek türden davranışları da kendi formülasyonu içerisinde barındırabilir³.

Fiilin toplumsal uygunluğu kavramını öne süren düşünceye göre, tipik haksızlık ile bununla nedensel nitelik taşıyan hukuki değer ihlali her zaman özdeş bir anlama sahip değildir. Diğer bir deyişle suç tipini ihlal eden her hareket hukuki değeri de her zaman ihlal etmiş olmaz⁴. Örneğin, haksızlık içeriği çok az olan bir netice ortaya çıktığı takdirde tarihî toplumsal etik kuralları uyarınca katlanılabilir olan bu haksızlık fiilin toplumsal uygunluğu niteliği taşıyacaktır. Fiilin toplumsal uygunluğu kavramına göre, bir davranış sosyal uygunluk sınırını aştıktan sonra tipe uygun davranış niteliği kazanabilir⁵. Bu bakımdan bu kavramı savunanlar özellikle savaş hali sırasında

¹ **Jescheck**, Hans-Heinrich/**Weigend**, Thomas: *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4. Auflage, Berlin 1996, s. 251; **Kindhäuser**, Urs/**Neumann**, Ulfried/**Paeffgen**, Hans-Ullrich-**Benno** Zabel: *Strafgesetzbuch*, Band I, 5. Auflage, Baden Baden 2017, Vor §§32 kn. 30; **Ünver**, Yener: *Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk*, İstanbul 1998, s. 67; **Hakeri**, Hakan: “*Ceza Hukukunda Önemsiz Hareketler*”, TBBB, S. 69, 2007, s. 73.

² **Jescheck/Weigend**, s. 253; **Stratenwerth**, Günter/**Kuhlen**, Lothar: *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 6. Auflage, München 2011, § 8 kn. 30; **Hakeri**, Hareketler, s. 76.

³ **Welzel**, Hans: “*Studien zum System des Strafrechts*”, in: *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, Berlin New York 1975, s. 152-153; **Stratenwerth/Kuhlen**, § 8 kn. 30; **Ünver**, s. 68. Ayrıca bkz. **Kindhäuser/Neumann/Paeffgen-Benno**, Vor §§32 kn. 30.

⁴ **Welzel**, s. 152; ayrıca bkz. **Jescheck/Weigend**, s. 252; **Ünver**, s. 67.

⁵ **Welzel**, s. 151; **Kindhäuser/Neumann/Paeffgen-Benno**, Vor §§32 kn. 30. Bu hususta yaralamaya elverişli spor türlerinde meydana gelen eylemlerin fiilin toplumsal uygunluğu kapsamında kaldığı örnek olarak verilmektedir. Bkz. **Jescheck/Weigend**, s. 252.

işlenen bazı eylemlerle barış döneminde işlenen eylemlerin farklı bir değerlendirilmeye tâbi tutulacağını örnek olarak göstermektedirler⁶.

Öte yandan bu görüşü öne süren *Welzel*'e göre, öldürmek, yaralamak, zarar vermek gibi tanımlayıcı nitelik taşıyan unsurlarda olduğu gibi ceza hukukundaki tipikliğe ait unsurlar nedensel bir hukukî değer ihlaline dair salt nedensel kavramlar olmayıp toplumsal bir bağ ve anlam taşıyan kavramlardır. Dolayısıyla bu kavramların asıl anlamları toplumsal bütünlük içerisindeki kendi işlevlerinden çıkartılabilir⁷.

Özellikle sosyal hareket teorisi ile de bağlantılı olarak toplumsal açıdan önem arz eden hareketin ceza hukuku anlamında bir anlam taşıyan hareket olacağı düşüncesi de fiilin toplumsal uygunluğu kavramını beraberinde getirmektedir⁸.

b. Malın Değerinin Azlığı Kavramının Fiilin Toplumsal Uygunluğu Bakımından Değerlendirilmesi

Fiilin toplumsal uygunluğu kavramı malın değerinin azlığı hükümleri bakımından da tartışılmaya değerdir. Öncelikle fiilin toplumsal uygunluğu kavramının muğlak ve sınırları belirsiz bir nitelik taşıdığı söylenmelidir. Bunun yanında, öne sürüldüğü günden bu yana hem somut kriterlerle açıklanma sorunu ortaya çıkmış; hem de konumlandırılmasında çeşitli sorunlarla karşılaşmıştır⁹.

⁶ **Welzel**, s. 151.

⁷ **Welzel**, s. 151. Ayrıca karşı. **Jescheck/Weigend**, s. 253.

⁸ **Kindhäuser/Neumann/Paeffgen-Benno**, Vor §§32 kn. 22; **Artuk**, Mehmet Emin/**Gökçen**, Ahmet/**Alşahin**, M. Emin/**Çakır**, Kerim; Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, Ankara 2017, s. 249; **Hakeri**, Hareketler, s. 73. Bu hususta ayrıca bkz. ve karşı. **Jescheck/Weigend**, s. 223 vd.; Akbulut, Berrin; Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı, Ankara 2017, s. 223.

⁹ Örneğin fiilin toplumsal uygunluğu kavramını ilk öne süren *Welzel* dahi bu kavramı suç teorisinde önceleri tipiklik sahasında etki doğuran bir kavram olarak değerlendirirken; daha sonraları hukuka uygunluk alanında konuyu ele almıştır. Bunu izleyen süreçte tekrar tipiklikle bağlantılı bir şekilde değerlendirmiştir. (Kavramın konumlandırılmasıdaki bu sorunlar ve değişim hakkında bkz. **Kindhäuser/Neumann/Paeffgen-Benno**, Vor §§32 kn. 30; **Ünver**, s. 69-70)

Bu nedenlerle bu kavrama suç genel teorisinde bir işlev yüklenmesi sakıncalıdır. Bir hukuk devletinde suçun unsurları kanunda belirtilen unsurlar üzerinden tespit edilmeli; bu unsurların dışına çıkılmamalıdır. Zira, kanunkoyucu bir suç tipindeki eylemin haksızlık sergilemesi bakımından toplumsal açıdan katlanılabilirlik unsuru getirmemiştir. Kanunkoyucunun öngörmediği ve cevaz vermediği bir uygulamaya bir yorum metodu aracılığıyla ulaşılması mümkün olmamalıdır.

Öte yandan, fiilin toplumsal uygunluğu ile ilgili bu eleştirinin haklı yönü, TCK m. 145'te düzenlenen hırsızlık suçunda malın değerinin azlığı hükmü ile de ortaya çıkmaktadır. Çünkü, kanunkoyucu hangi hallerde eylemin tipe uygun olmasına rağmen toplum nazarında düşük bir haksızlık sergileyeceğini ya da hiç haksızlık sergilemeyeceğini kendisi tespit etmektedir. Dolayısıyla kanunkoyucunun bu tespite yer vermediği suç tipleri bakımından fiilin toplumsal uygunluğu kriteri üzerinden faile bir ayrıcalık yaratılması hukuk devleti ilkesine aykırılık taşıyacaktır¹⁰. Özellikle keyfilik yasağı bakımından önemli sorunların oluşması söz konusu olabilecektir.

Bu açıklamalar neticesinde her ne kadar TCK m. 145'te olduğu gibi malın değerinin azlığı hükümlerine yer veren düzenlemeler fiilin toplumsal anlamda göz ardı edilebilir olduğu düşüncesinden kaynaklanıyor olsa da fiilin toplumsal uygunluğu kavramı ceza hukukunda genel bir ilke olarak vücut bulmamıştır. Bu yönüyle de suç genel teorisi bakımından genel bir etki doğuracak bir işleve sahip değildir.

3. Normun Koruma Alanı İle İlişkisi

a. Normun Koruma Alanı Kavramı

Neticenin normun koruma alanı dışında gerçekleşmiş olması, neticenin faile objektif açıdan isnat edilmesinde başvurulan kriterlerden bir tanesidir. Buna göre, failin gerçekleştirdiği eylem, bu eylemle ihlal ettiği normun koruma alanı dışında kalan bir neticenin oluşmasına yol açmışsa bu durumda objektif isnadiyet söz konusu olamaz¹¹. Diğer bir deyişle, objektif isnadi-

¹⁰ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 250.

¹¹ Jescheck/Weigend, s. 288; Stratenwerth/Kuhlen, § 8 kn. 38; Ünver, s. 290; Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe, İlker: Türk Ceza Hukuku Genel

yetin gerçekleşebilmesi için, meydana gelen netice ile failin işlemeyi kast ettiği suç tipinin korumak istediği amaç arasında doğrudan bir bağlantının ya da diğer bir ifadeyle risk bağlantısının bulunması gerekir¹². Çoğu zaman normun koruma amacı dışında kalan neticeler atipik nedensel süreç sonunda ortaya çıkan neticeler olmaktadır. Örneğin, failin yaraladığı mağdurun ambulansla hastaneye götürülürken ambulansın kaza yaparak mağdurun ölmesinde durum böyledir.

Ceza hukukunun emir ve yasakları atipik tehlikelere veya gerçekleşmesi olası kaza ve tesadüfler gibi genel yaşam risklerine karşı koyma anlamı taşıyamaz¹³. Aksi takdirde failin iradesi değil iradesinin dışında kalan bir netice cezalandırılmış olacağından cezanın meşruiyeti sağlanamayacaktır.

Öte yandan objektif isnadiyet kapsamında ele alınan normun koruma amacı kavramı fiilin toplumsal uygunluğu kavramından daha farklı bir anlama sahiptir. Fiilin toplumsal açıdan uygunluğunun söz konusu olduğu durumlarda eylem, alışılmış toplumsal davranış normları kapsamında tehlikesiz de olsa bazı somut olaylarda olayın özelliğinden ötürü, ortaya çıkan netice karşısında riskli ya da yasak olarak nitelenebilir¹⁴. Dolayısıyla fiilin toplumsal uygunluğu kavramı muğlak bir yapıya sahiptir. Örneğin, A, B'yi bir dağ gezisi esnasında bir göle girme konusunda yönlendirse ve B de bu gölde yüzerken bir girdaba girip kalp krizi geçirerek ölse, normal şartlar altında toplumsal uygunluk kapsamında kalacak yüzmeye teşvik eylemi somut olayda A'nın bu girdaptan haberdar olması ve bunu bilerek B'yi yüzmeye yönlendirmesi durumunda toplumsal uygunluk özelliğini yitirecektir¹⁵.

Hükümler, 8. Baskı, Ankara 2017, s. 233; **Hakeri**, Hakan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 21. Baskı, Ankara 2017, s. 212; **Koca**, Mahmut/**Üzülmez**, İlhan: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10. Baskı, Ankara 2017, s. 138, 218; **Akbulut**, s. 310; **Doğan**, Koray: Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar, 2. Baskı, Ankara 2015, s. 140.

¹² **Stratenwerth/Kuhlen**, § 8 kn. 38; **Ünver**, s. 290; **Koca/Üzülmez**, Genel Hükümler, s. 218.

¹³ **Stratenwerth/Kuhlen**, § 8 kn. 40; ayrıca bkz. **Jescheck/Weigend**, s. 288.

¹⁴ **Kindhäuser**, Urs: Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Auflage, Baden Baden 2013, § 11 kn. 20.

¹⁵ **Kindhäuser**, AT, § 11 kn. 11.

Oysaki, normun koruma amacı dışında kalan bir eylem en başından itibaren normatif açıdan neticenin gerçekleşmesine yönelik herhangi bir tehlike arz etmez. Normun koruma alanı dışında kalan eylemler, doğaları gereği suç tipi ile korunan hukuki değere zarar vermeye müsait değildir. Bu yönüyle fiilin toplumsal uygunluğu ile normun koruma alanı kavramları birbirlerinden küçük bir farkla ayrılmaktadır¹⁶.

b. Malın Değerinin Azlığı Kavramının “Normun Koruma Alanı” Kavramı Bakımından Değerlendirilmesi

Yukarıda ifade edilmeye çalışıldığı üzere normun koruma alanı kavramı neticenin faile objektif açıdan isnadiyeti aşamasında etki doğurmaktadır. Malın değerinin azlığı kavramı ise daha ziyade suç ve ceza politikasına dayalı olarak failin lehine etki doğurur. Çünkü, malın değerinin azlığının söz konusu hallerde tipik netice ortaya çıkmakta ve bu netice bir haksızlık yaratmaktadır. Malın değerinin azlığı bu haksız neticenin faile isnat edilmesini engellememekte; sadece bu haksızlığın niceliğinin düşük olmasına yol açmaktadır. Çalınan malın değerinin az olması ortaya daha düşük oranda bir haksızlık çıkardığından kanunkoyucu bu suç tipi bakımından bu haksızlığı daha düşük cezalandırma ya da hiç cezalandırmama yoluna cevaz vermektedir. Bu durumda dahi eylem faile isnat edilmiş olacaktır. Bu bakımdan malın değerinin azlığı kavramı sadece yaptırım kısmında etki doğuran ve isnadiyet hükümlerinden bağımsız bir yönü bulunan bir kavramdır. Öyleki, kanunkoyucunun malın değerinin azlığına sadece belirli bazı suçlar ile sınırlı sonuç bağlamış olması bu tespiti haklı çıkarmaktadır. Çünkü, malın değerinin azlığı isnadiyet hükümleriyle bağlantılı olsaydı bu bağlantının özel hükümlerde herhangi bir düzenlemeye ihtiyaç duyulmaksızın her suç tipi bakımından etki doğurması gerekirdi.

Öte yandan, hırsızlık suçunda malın değerinin azlığının söz konusu olduğu hallerde fail hırsızlık suç tipinde yasaklanan neticeyi gerçekleştirmektedir. Dolayısıyla değeri az olan bir malı bulunduğu yerden alan fail de hırsızlık suçuna ait yasak normunun koruma alanı içerisinde bulunan bir neticeyi gerçekleştirmektedir. Çünkü, malın değerinin az olduğu durumlarda indirimli ceza verilmesi ya da cezadan tamamen vazgeçilmesi arasında bir

¹⁶ Kindhäuser, AT, § 11 kn. 20.

tercih yetkisinin hakime sunulmuş olması, neticenin normun koruma alanında kaldığını göstermektedir. Aksi takdirde malın değerinin azlığı halinde hakimin ceza vermeyeceğine ilişkin bir zorunluluk içeren hükme yer verilmesi gerekirdi. Ancak, bu durumda dahi yapılmış düzenleme suç politikası kaynaklı bir düzenleme olurdu. Çünkü, neticenin normun koruma alanı dışında kaldığı haller kanunda açıkça düzenlenmesi gerekmeyen; objektif isnadiyetin kendi genel kuralları çerçevesinde etki doğuran bir husustur. Bu bakımdan malın değerinin azlığı kavramının normun koruma alanı kavramının dışında bir anlama sahip olduğu söylenmelidir.

B. Ceza Hukukunun Son Çare Olma Özelliği ve Suç Politikası Bakımından Malın Değerinin Azlığı Kavramının Değerlendirilmesi

Haksızlık kavramı ceza hukuku ile sınırlı bir anlam taşımamaktadır. Buna göre, her haksızlığın bir suç olarak nitelenmesi mümkün değildir. İşlenen bir haksızlık pekâla borçlar hukukunun kapsamını aşamayabilir. Burada ceza hukukunun ikincil niteliği devreye girmektedir. Buna göre borçlar hukuku, kabahatler hukuku gibi hukuk dallarının yaptırımları bir haksızlıkla mücadele anlamında yeterli olacak ise artık ceza hukuku anlamında bir haksızlıktan söz edilemez. Ceza hukuku anlamında bir haksızlığın söz konusu olabilmesi için cezalandırılmaya değer bir haksızlığın bulunuyor olması gerekmektedir¹⁷. Bir haksızlığın cezalandırılmaya değer bir nitelik taşıması ise bir yandan onun ihlâl ettiği hukukî değer niteliği ile ilgiliyken; diğer yandan da haksızlığın işlenme şekli ve haksızlığın içerdiği yoğunluk ile ilgilidir. Bu işlenme şekli ve yoğunluk ise hukukî değer ihlali üzerinden tespit edilebileceği gibi ihlal edilen normun toplum nazarındaki geçerliliğinin düştüğü tehlike üzerinden de tespit edilebilir. Kısacası, korunan hukukî değer ihlalinin şekli ve yoğunluğu haksızlığın yoğunluğunu belirleyecek; onun cezalandırılmaya değer bir niteliğinin bulunup bulunmadığını gösterecektir¹⁸.

¹⁷ **Kühl**, Kristian: “*Das Unrecht als Kern der Straftat*”, in: FS für Hans-Heiner Kühne zum 70. Geburtstag am 21. August 2013, C. F. Müller Verlag, Heidelberg 2013, s. 18; **Meraklı**, Serkan: Ceza Hukukunda Kusur, Ankara 2017, s. 40.

¹⁸ **Kühl**, s. 18; **Meraklı**, s. 41; ayrıca bkz. ve krşl. **Kindhäuser**, AT, § 2 kn. 6.

Cezalandırmaya değer bir haksızlığa yönelik verilecek cezada suç politikası mülahazalarına dayalı olarak indirim yapılabilir ya da tamamen ceza verilmesinden vazgeçilebilir. Zira, bu tür durumlarda her ne kadar ortada haksızlık ve kusurluluk bulunuyor olsa da kanunkoyucu bu eyleme ilişkin daha hafif ceza verme ya da cezadan tamamen vazgeçme yolunun seçilmesi ile de ceza hukukunun amaçlarının gerçekleştirilebileceğini kabul etmektedir.

Malın değerinin azlığına dayalı olarak failin cezasında indirim yapılması ya da faile ceza vermektan tamamen vazgeçilmesine dair bir düzenleme de işte bu düşünceye dayanmaktadır. Bu yönüyle malın değerinin azlığına dayalı hükümler suç teorisinden ziyade suç politikasının bir ürünü olarak ortaya çıkmaktadır.

II. MALIN DEĞERİNİN AZLIĞI KAVRAMININ ANLAMI

A. Genel Olarak

Türk Ceza Kanunu m. 145'te "*Hırsızlık suçunun konusunu oluşturan malın değerinin azlığı nedeniyle, verilecek cezada indirim yapılabileceği gibi, suçun işleniş şekli ve özellikleri de göz önünde bulundurularak, ceza vermektan de vazgeçilebilir*" düzenlemesine yer vermiştir. 29.6.2005 gün ve 5377 sayılı Kanun'un 16'ncı maddesi ile "*suçun işleniş şekli ve özellikleri de göz önünde bulundurularak*" ibaresi madde metnine eklenmiştir.

Böylelikle madde metnine eklenen bu ibare dolayısıyla malın değerinin azlığı belirlenirken malın objektif değerinin yanı sıra suçun işleniş şekli ve özelliklerinin de göz önünde tutulması gerektiği izlenimi oluşmaktadır. Aşağıda bu sorunun çözümüne yönelik öne çıkan objektif ve sübjektif görüşler ele alınacaktır.

B. Malın Değerinin Azlığının Objektif Olarak Belirlenmesi Yönündeki Görüşler

Malın değerinin azlığının objektif olarak belirlenmesi bakımından öncelikle 5237 sayılı TCK'nın yürürlüğe girmesinden sonraki dönemde ve ayrıca Alman Hukuku'nda ileri sürülen görüşlere yer verilecek ve ardından da bu görüşlerle mukayese yapılabilmesine imkan sağlamaya yönelik olarak

765 sayılı TCK dönemindeki görüşlere ve uygulamaya ilişkin açıklamalar yapılacaktır.

Malın değerinin azlığının objektif olarak belirlenmesi yönündeki görüşlere göre, bir malın değerinin azlığı onun piyasa değerine göre tespit edilmelidir¹⁹. Diğer bir ifadeyle bir malın değerinin az olup olmadığı onun ekonomik yönden sahip olduğu değer esas alınarak belirlenir²⁰. Nitekim Alman Federal Mahkemesi de bu yönde kararlar vermektedir²¹. Bu bakımdan yapılacak değerlendirme ise malın suçun işlendiği anda sahip olduğu değer üzerinden olmalıdır²². Dolayısıyla failin suçu işlediği sırada ya da suçu işleminin ardından malın değerinin azalmasına yol açan davranışları göz önünde tutulmamalıdır²³. Bunun yanında suça konu olan malın değeri az

¹⁹ **Schönke**, Adolf/**Schröder**, Horst-**Eser**, Albin/**Bosch**, Nikolaus: Strafgesetzbuch Kommentar, 28. Auflage, München 2010, § 248a kn. 7; **Lackner**, Karl/**Kühl**, Kristian: StGB Kommentar, 27. Auflage, München 2011, § 248a kn. 3; **Miebach**, Klaus/**Sander Günther M.-Schmitz**, Roland: StGB Münchener Kommentar, Band 3 §§ 185-262, 1. Auflage, München 2003, § 243 kn. 64; **von Heintschel-Heinegg**, Bernd/**Wittig**, Petra: Beck'scher Online Kommentar zum StGB, 21. Edition, 2012, § 243 kn. 28; **Schmidt**, Rolf/**Priebe**, Klaus: Strafrecht Besonderer Teil II, 9. Auflage, Grasberg bei Bremen, kn. 167; **Rudolphi**, Hans-Joachim/**Horn**, Eckhard/**Samson**, Erich: Systematischer Kommentar zum StGB, Band II, Besonderer Teil §§ 80-358, 4. Auflage, Neuwied/Kriftel 1991, § 248a kn. 13.

²⁰ **Hafizoğulları**, Zeki/**Özen**, Muharrem: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Kişilere Karşı Suçlar, Ankara 2010, s. 322; **Hafizoğulları**, Zeki/**Özen**, Muharrem: "Hırsızlık", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XII, Y. 2008, S: 1-2, s. 785; **Yazıcıoğlu**, R. Yılmaz: "TCK m. 145. "Malın Değerinin Az Olması" - "Hırsızlık Suçunda Malın Değerinin Az Olması veya Suçun İşleniş Şekli ve Özelliklerinin" Ceza Tayininde Göz Önüne Alınması", Ceza Hukuku Dergisi, Y. 6, S. 15, Nisan 2011, s. 33.

²¹ **BGH**, Beschluss vom 29.10.1980-4 StR 534/80 (NStZ 1981, s. 62).

²² **Schönke/Schröder-Eser/Bosch**, § 248a kn. 7; **Lackner/Kühl**, § 248a kn. 3; **Münchener Kommentar-Schmitz**, § 243 kn. 64; **Schmidt/Priebe**, kn. 167; **BeckOK-von Heintschel-Heinegg/Wittig**, § 243 kn. 28; **Özbek**, Veli Özer/**Doğan**, Koray/**Bacaksız**, Pınar/**Tepe**, İlker: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 12. Baskı, Ankara 2017, s. 625; **Koca**, Mahmut/**Üzülmez**, İlhan: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 4. Baskı, Ankara 2017, s. 570; **Eker**, Hüseyin: "Yargıtay Kararları Işığında Hırsızlık Suçunda Değer Azlığı Kavramı (5237 Sayılı TCK'nun 145/1.Maddesi)", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, C. I, Y. 2, S. 5, Nisan 2011, s. 542.

²³ **Lackner/Kühl**, § 248a kn. 3; **Münchener Kommentar-Schmitz**, § 243 kn. 64; **Kindhäuser** Urs, Strafrecht Besonderer Teil II, Straftaten gegen Vermögensrechte, 6.

olmasına karşın suçun işlenmesinin ardından değerinin artmış olmasının ya da bu mal aracılığıyla yüksek kazançlar elde edilmesinin de bir önemi bulunmaz. Örneğin sadece 5 Türk Lirası değerindeki bir şirket mührünün çalınmasının ardından belgede sahtecilik suretiyle bankadan kredi çekerek milyonlarca liralık bir kazanç elde edilmesi mührün çalınması eylemi bakımından malın değerinin azlığı hükümlerinin uygulanmasına engel olmamalıdır²⁴.

Öte yandan malın değerinin azlığı kavramı kapsamında olan malın kazanılması ya da kaybedilmesi ekonomik açıdan önemsiz olan mal²⁵ şeklinde tanımlanması da mümkündür.

Para ile ölçülebilen bir ekonomik değere sahip olmayan malın çalınması durumunda bu malın piyasada dolaşım kabiliyeti bulunmadığından ekonomik kullanım amacından başka amaçlarla çalınmış olacağından malın değerinin azlığı kapsamına alınamazlar ve buna örnek olarak adli makamlar karşısında suçlayıcı nitelik taşıyan belgelerin çalınması verilebilir²⁶.

Bu açıklamaların ardından malın değerinin azlığının objektif olarak belirlenmesi gerektiğini kabul eden görüşlere göre,

- *Suçta konu olan mal, piyasadaki genel dolaşım değeri esas alınarak kazanılması ya da kaybedilmesi önemsiz bir mal olarak görülmekte ise ve*

Auflage, Baden Baden 2011, § 3 kn. 43; **BeckOK-von Heintschel-Heinegg/Wittig**, § 243 kn. 28; **Kudlich**, Hans/**Noltensmeier**, Silke/**Schuhr**, Jan: “Die Behandlung geringwertiger Tatobjekte im Strafrecht”, JA 2010, s. 343.

²⁴ Bkz. **BGH**, Beschluss vom 29.10.1980-4 StR 534/80 (NStZ 1981, s. 62); **Maurach**, Reinhart/**Schröder**, Friedrich Christian/**Maiwald**, Manfred: Strafrecht Besonderer Teil, Teilband 1, Straftaten gegen Persönlichkeits- und Vermögenswerte, 10. Auflage, Heidelberg 2009, § 33 kn. 101; **Schmidt/Priebe**, kn. 167; **BeckOK-von Heintschel-Heinegg/Wittig**, § 243 kn. 28.

²⁵ **Maurach/Schröder/Maiwald**, § 33 kn. 101; **Küper**, Wilfried: Strafrecht Besonderer Teil Definitionen mit Erläuterungen, 7. Auflage, Heidelberg 2008, s. 164; **Schmidt/Priebe**, kn. 167.

²⁶ **Arzt**, Gunther/**Weber**, Ulrich/**Heinrich**, Bernd/**Hilgendorf**, Eric: Strafrecht Besonderer Teil Lehrbuch, Bielefeld 2009, § 14 kn. 30; **Lackner/Kühl**, § 248a kn. 3; **Maurach/Schröder/Maiwald**, § 33 kn. 101; **Münchener Kommentar-Schmitz**, § 243 kn. 66; **Schmidt/Priebe**, kn. 167; **Küper**, s. 164; **BeckOK-von Heintschel-Heinegg/Wittig**, § 243 kn. 28.

- *Mağdurun suça konu mal ile arasındaki kişisel ve iktisadî bağlantısı göz önünde tutulmaksızın fiilin işlendiği esnada malın sahip olduğu objektif piyasa dolaşım değeri önemli ölçüde düşük ise malın değerinin azlığı hükümlerinin uygulama alanı bulabileceği söylenmelidir²⁷.*

Öte yandan malın değerinin azlığının objektif olarak belirlenmesi gerektiği görüşünün iki farklı uygulama yönteminin bulunduğu söylenmelidir. Buna göre:

- Somut olayın özelliğine göre hakim malın değerinin az olduğuna karar verir veya
- Belirli bir maddî tutar kanunkoyucu tarafından malın değerinin azlığı bakımından sınır olarak belirlenir. Bu durumda her somut olayda hırsızlık suçuna konu malın kanunda belirtilen bu sınırın altında kalıyor olması malın değerinin azlığı hükümlerinin uygulanmasını mümkün kılar. Ayrıca kanunkoyucu tarafından belirli bir maddî tutar malın değerinin azlığı bakımından sınır olarak belirtilmemiş olsa da karşılaştırmalı hukukta kimi Yüksek mahkemeler tarafından belirli bir sınırın malın değerinin azlığının tespiti bakımından esas alındığı da görülmektedir²⁸. Fakat, kanunkoyucu tarafından malın değerinin azlığı bakımından esas alınacak bir sınıra açıkça yer verilmemişken Yargıtay'ın bu hususta çeşitli maddî tutarları malın değerinin azlığının tespitinde zorunlu sınır olarak kabul

²⁷ Bkz. **Maurach/Schröder/Maiwald**, § 33 kn. 101; **Küper**, s. 164; **Schmidt/Priebe**, kn. 167.

²⁸ Bu yöntem Alman Federal Yüksek Mahkemesi ve Alman Yüksek Eyalet Mahkemeleri tarafından benimsenmektedir. Alman Federal Yüksek Mahkemesi, 25 Euro'nun altında bir değere sahip olan malların değerini az olarak kabul etmektedir. Bkz. **BGH BeckRS** 2004, s. 7428; **BGH**, 2 StR 176/04 (in: **Fischer**, Thomas: Strafgesetzbuch und Nebengesetze 58. Auflage, München 2011, § 243 kn. 25). Alman Yüksek Eyalet Mahkemeleri tarafından ise çeşitli tutarlar bu hususta sınır olarak benimsenmektedir. Örneğin Zweibrücken Yüksek Eyalet Mahkemesi 50 Euro'luk bir tutarı bu hususta sınır olarak benimsemektedir. Bkz. **OLG Zweibrücken**, Beschluß vom 18.1.2000-1 Ss 266/99 (NSTZ 2000, s. 536). Euro para birimine geçilmeden önceki dönemde 50 Alman Markı'nın altında kalan malların değeri az olarak kabul edilmekteydi. Bkz. **OLG Duesseldorf**, Beschluß vom 16.3.1987-5 Ss 44/87-48/87-I (NJW 1987, s. 1958); **LG Kempten**, Beschluß vom 31.10.1980, 2 Qs 403/80 (NJW 1981, s. 933).

etmesi kanunilik ilkesine ve yasama yetkisinin yetkisiz şekilde kullanılması anlamını taşıyacağı söylenmelidir²⁹.

765 sayılı TCK'nın yürürlükte bulunduğu dönem göz önüne alındığında TCK m. 522 hükmüne ilişkin uygulama malın değerinin azlığı hükümlerinin uygulanması bakımından malın değerinin objektif olarak az olduğunun mahkeme tarafından tespit edilmesi şeklindeydi³⁰. Öyle ki, önceki yıllarda Yargıtay çeşitli meblağları o yıl içerisinde geçerli olmak üzere malın değerinin azlığı bakımından bir sınır olarak belirlemekte ve bu sınırın altındaki değere sahip malların değerinin az olduğuna karar vermektedir³¹. Nitekim

²⁹ Bkz. ve krşl. **Önder**, Ayhan: Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, İstanbul 1994, s. 491; **Gürühan**, Caner/**Topaç**, Tahir Hami/**Kanat**, Ahmet Serhat Ergin: “Yargıtay’ın Türk Ceza Kanunu’nda Yer Alan Değer Azlığı Kavramına Yönelik Yaklaşımı”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, S. 8, Aralık 2016, s. 227.

³⁰ Örneğin bkz. “Sanıkların jandarmadaki ifadelerinde her seferinde yaklaşık 2-3 ton kadar olmak üzere 3-5 kez şeker pancarını fabrikaya götürmeden yolda sanık Bülent’e ait petrol ofisi idare binası yanına boşalttıklarını beyan etmeleri karşısında, nakliye işinde kullanılan kamyonların tonajları, boşaltma sayısı, bir seferinde jandarma tarafından tespit edilen miktarın fazlalığı ve dosya kapsamı nazara alındığında suçta konu pancar değerinin pek fahiş kabul ve takdirinde bir isabetsizlik görülmediğinden ve TCK.nun 522. maddesinin uygulanmasında 5 yıl 6 ay yerine hesap hatası sonucu 5 yıl 10 ay hapis cezasına hükmolunması TCK.nun 59. maddesinin uygulanması sonunda hükmolunan cezanın doğru olması nedeniyle tebliğnamedeki bozma düşüncelerine iştirak olunmamıştır...aynı yasanın 522. madde uygulamasının yerinde olmadığına yönelen ve yerinde görülmeyen sair temyiz itirazlarının reddine...” Yarg. 11. CD, T.29.01.2004, E. 2002/10345, K. 2004/302 (www.kazanci.com, erişim tarihi: 16.03.2013).

³¹ “TCK.nun ikinci Kitabının 10. bab, 6 ve 7. fasıllarında yer alan maddelere aykırı davranış suçlarından cürmün konusu olan suçun ve cürümden hasil olan zararın suç işlendiği sırada ve zamandaki objektif değerinin CMUK.nun 66. maddesi uyarınca gerektiğinde bilirkişi düşüncesi alınıp ve yurttaki genel ekonomik koşullar paranın satın alma gücü, suçun işleniş özelliği de gözönünde tutularak TCK.nun 522. maddesinin uygulanması gerekli ise de; denetim ve uygulamada birliğin sağlanması bakımından Dairemizce 1991 yılı için; 1.000.000 liraya kadar değerler pek hafif, 1.000.000 liradan 3.000.000 liraya kadar hafif, 3.000.000 liradan 5.000.000 liraya kadar normal, 5.000.000 liradan yukarısı için pek fahiş, 1992 yılı için de; 2.000.000 liraya kadar değerler pek hafif, 2.000.000 liradan 4.000.000 liraya kadar hafif, 4.000.000 liradan 7.000.000 liraya kadar normal ve 7.000.000 liradan yukarı değerler de pek fahiş olarak benimsendiği, bu nedenle suçta konu yerin değerinin 1991 yılının ekonomik koşulları ve paranın satın alma gücüne göre pek hafif kabulü gerektiği gözetilmeden hafif olarak

doktrinde de malın objektif olarak değerinin tespit edilmesi suretiyle değerinin az olup olmadığının belirlenmesi görüşü ağırlıklı şekilde savunulmaktaydı³².

Gerçekten 765 sayılı TCK m. 522'ye göre, “Onuncu babda beyan olunan cürümlerin işlenmesinde cürmün mevzuu olan şeyin veya ika edilen zararın kıymeti pek fahiş ise mahkeme cürme mahsus olan cezayı yarısına kadar artırır ve eğer hafif ise yarısına ve eğer pek hafif ise üçte birine kadar eksiltir.

Kıymet tayini için cürmün mevzuu olan şeyin yahut vaki zararın cürüm işlendiği zamandaki kıymeti nazarı dikkate alınır. Yoksa failin istihsal eylediği menfaat hesap edilmez”. Bu hüküm karşısında söylenmelidir ki; 765 sayılı TCK m. 522/2'de yer alan “*Kıymet tayini için cürmün mevzuu olan şeyin yahut vaki zararın cürüm işlendiği zamandaki kıymeti nazarı dikkate alınır*” ifadesi ile esasen malın değerinin objektif olarak belirlenmesi gerektiği kanunkoyucu tarafından açıkça belirtilmiş olmaktadır.

C. Malın Objektif Değerinin Yanında Mağdurun Özellikleri veya Suçun İşleniş Özelliklerinin de Esas Alınması Yönündeki Görüşler

Malın değerinin az olup olmadığının belirlenmesinde objektif ölçütü kabul etmeyen görüşler malın değerinin azlığının belirlenmesinde çeşitli subjektif ölçütlere başvurmaktadır. Bunlar arasında suçun işleniş özellikleri, mağdurun konumu ve maddî durumu, failin maddî durumu, failin kişilik özellikleri, mağdurun mala verdiği değerden ötürü suçun mağdur üzerinde bıraktığı etki gibi ölçütler sayılabilir³³.

kabul edilerek sanığa fazla ceza tayini bozmayı gerektirmiş o yer C. Savcısının temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülüş bulunduğundan hükmün bu nedenle istem gibi (BOZULMASINA), 14.4.1992 gününde oybirliğiyle karar verildi”. Yarg. 8. CD, T. 14.4.1992, E. 1992/3495, K. 1992/4878 (www.kazanci.com, erişim tarihi: 16.03.2013).

³² **Dönmezer**, Sulhi: Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, 15. Bası, İstanbul 1998, s. 500; **Önder**, s. 490; **Erem**, Faruk/**Toroslu**, Nevzat: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 4. Bası, Ankara 1983, s. 649.

³³ Krşl. **Schönke/Schröder-Eser/Bosch**, § 248a kn. 7; **Lackner/Kühl**, § 248a kn. 3; **Maurach/Schröder/Maiwald**, § 33 kn. 101; **Kindhäuser**, BT, § 3 kn. 44; **Schmidt/Priebe**, kn. 167; **Önder**, s. 491; **Centel**, Nur/**Zafer**, Hamide/**Çakmut**, Özlem: Kişilere

Ancak, Türk doktrininde sübjektif ölçütü kabul eden görüşler azınlıkta olup³⁴ ağırlıklı şekilde objektif ölçüt kabul edilmektedir³⁵. Nitekim Alman doktrininde de baskın bir şekilde objektif ölçüt kabul edilmekte olup³⁶ malın ele geçirme usulünün önemli olmadığı savunulmaktadır³⁷. Yargıtay'ın ise kimi kararlarında sübjektif ölçütü kabul ettiği görülmektedir³⁸. Özellikle son dönemde Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun vermiş olduğu kararlar sübjektif ölçütün uygulamamızda ön plana çıktığını göstermektedir³⁹.

Karşı İşlenen Suçlar, C. I, 4. Baskı, İstanbul 2017, s. 370; **Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Özel Hükümler, s. 624; **Yazıcıoğlu**, Değer, s. 39.

³⁴ Sübjektif ölçütü kabul eden görüş için bkz. **Şen**, Ersan: "Hırsızlık Suçları", Ankara Barosu Dergisi, 2012/3, s. 349.

³⁵ **Önder**, s. 491; **Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Özel Hükümler, s. 624-625; **Tezcan**, Durmuş/**Erdem**, Mustafa Ruhan/**Önok**, Rifat Murat: Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 15. Baskı, Ankara 2017, s. 690; **Yazıcıoğlu**, Değer, s. 33; **Köprülü**, Timuçin: "Malvarlığına Karşı İşlenen Suçlarda Değer Azlığı", TBBD, S. 71, 2011, s. 260; **Eker**, s. 542.

³⁶ **Schönke/Schröder-Eser/Bosch**, § 248a kn. 7; **Fischer**, § 243 kn. 25; **Kindhäuser**, BT, § 3 kn. 44; **Lackner/Kühl**, § 248a kn. 3; **Maurach/Schröder/Maiwald**, § 33 kn. 101; **Schmidt/Priebe**, kn. 167; **BeckOK-von Heintschel-Heinegg/Wittig**, § 243 kn. 28, 29. Malın değerinin objektif bir şekilde tespitinin ardından eğer değeri az ise bu durumda ikinci aşama olarak malın mağdur bakımından önem taşıyıp taşımadığı hususunun da araştırılması gerektiği ve ancak bu yöndeki bir değerlendirmenin sonucunda malın değerinin azlığı hükümlerinin uygulanmasının gerektiği yönündeki sübjektif görüş için bkz. **Otto Harro**, Grundkurs Strafrecht, Die einzelnen Delikte, Berlin 1991, s. 155.

³⁷ **Jungwirth**, Anton: "Bagatelldiebstahl und Sachen ohne Verkehrswert", NJW 1984, s. 956.

³⁸ Bkz. "5237 Sayılı T.C.K. 'nun 150. maddesinin 2. fıkrasındaki "malın değerinin azlığı" kavramının, 765 Sayılı T.C.K. 'nun 522. maddesindeki "hafif" veya "pek hafif" ölçütleriyle her iki maddenin de cezadan indirim olanağı sağlaması dışında benzerliği bulunmadığı, "değerin azlığının" 5237 Sayılı Yasaya özgü ayrı ve yeni bir kavram olduğu, Yasa koyucunun amacı ile suçun işleniş biçimi, sanığın özgülünen kastı, yakınının etkilenimi ve olayın vahameti de gözetilmek suretiyle, değer olarak da gerçekten az olan şeylerin alınması durumunda, yasal ve yeterli gerekçeleri de açıklanarak uygulanabileceği gözetilmeden, somut olayda koşulları bulunmadığı halde, 150. maddenin 2. fıkrasına sevk amacının dışında yorumlar getirilerek cezadan indirim yapılması... bozmayı gerektirmiş" Yarg. 6.CD, T. 20.7.2011, E. 2007/9988, K. 2011/35692 (www.kazanci.com.tr, erişim tarihi: 16.02.2013).

³⁹ Bkz. "Sanık ve yargılaması ayrı yürütülen iki arkadaşının olay günü semt pazarından sebze aldıktan sonra gittikleri süpermarkette, kasada ödeme yapmadan gizleyerek alabi-

Öte yandan belirtmek gerekir ki, TCK m. 145'in metnine, 29.6.2005 gün ve 5377 sayılı Kanun'un 16'ncı maddesi ile "suçun işleniş şekli ve özellikleri de göz önünde bulundurularak" ibaresi eklenmiştir. Dolayısıyla artık Türk Ceza Hukuku uygulamasında en azından faile ceza verilmemesi durumu bakımından sübjektif ölçütün esas alınması gerekip gerekmediği tartışmalı hale gelmiştir⁴⁰.

D. Yargıtay'ın Kabul Ettiği Görüş

Burada 5237 sayılı Kanun yürürlüğe girdikten sonraki dönem ele alınacaktır. Yukarıda da ifade edildiği üzere 765 sayılı TCK zamanında 765 s. TCK m.522'den hareketle Yargıtay'ın objektif görüş yönünde bir uygulaması söz konusuydu⁴¹.

5237 sayılı TCK'nın yürürlüğe girdiği 1 Haziran 2005 ve sonrası bakımından ise Yargıtay 2'nci⁴² ve 6'ncı Ceza Dairesi'nin kabul ettiği görüş⁴³ ve halen Yargıtay 13'üncü Ceza Dairesi'nin kabul etmekte olduğu görüşe göre hırsızlık suçu bakımından TCK m. 145'te düzenlenen malın

lecekleri başka mallar da olmasına karşın, evde pişirip yeme amacıyla sadece toplam değeri 27,28 Lira olan et ve kıyma almaları şeklinde gerçekleşen olayda, anne ve babası ayrı olup üvey babası ile yaşayan, herhangi bir geliri olmayan, eğitim hayatı yarım kalmış ve sabıkasız olan sanığın büyük bir süpermarket işleticisi olan şikayetçi aleyhine birer kilogram kıyma ve et almak suretiyle gerçekleştirdiği hırsızlık eyleminde, kişiliği, suçun işleniş şekli, mağdurun konumu ve suça konu eşyanın değeri göz önüne alındığında, hakkında 5237 sayılı TCK'nun 145. maddesinin uygulanıp uygulanmayacağı hususunun tartışılması gerektiğinden bahisle hükmün bozulması isabetlidir" YCGK, T. 16.09.2014, E. 1014/13-73, K. 2014/384 (www.kazanci.com.tr, erişim tarihi:28.07.2015)

⁴⁰ Bu konuda bkz. **Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Özel Hükümler, s. 624.

⁴¹ Bkz. Yarg. 11. CD, T.29.01.2004, E. 2002/10345, K. 2004/302 (www.kazanci.com.tr, erişim tarihi: 16.03.2013).

⁴² Bkz. Yarg. 2. CD, T. 08.06.2017, E. 2017/2105, K. 2017/6722 (www.emsal.yargitay.com.tr, erişim tarihi: 10.09.2017).

⁴³ Bkz. Yarg. 6. CD, T. 14.03.2017, E. 2017/1102, K. 2017/594 (www.emsal.yargitay.com.tr, erişim tarihi: 10.09.2017); Yarg. 6.CD, T. 12.7.2011, E. 2007/23764, K. 2011/22607 (www.kazanci.com.tr, erişim tarihi: 16.02.2013); Yarg. 6. CD, T. 19.7.2011, E. 2007/12538, K. 2011/35533 (www.kazanci.com.tr, erişim tarihi: 16.02.2013); Yarg. 6. CD, T. 28.9.2011, E. 2007/13818, K. 2011/40209 (www.kazanci.com.tr, erişim tarihi: 16.02.2013).

değerinin azlığı hükümlerinin uygulanabilmesi için failin “*daha çoğunu alabilme olanağı varken yalnızca gereksinmesi kadar ve değer olarak da az olan şeyi alması*” halinin gerçekleşmesi gerekmektedir. Yargıtay 13’üncü Ceza Dairesi’nin istikrar kazanmış bu görüşüne göre bu halin gerçekleşmediği hiçbir olayda malın değerinin azlığı hükümlerinin uygulanması ve buna dayalı olarak da cezada indirim yapılması veya cezadan tamamen vazgeçilmesi mümkün olamayacaktır⁴⁴.

Ancak, Yargıtay’ın kararlarının ne yönde olduğu incelenirken tüm kararların aynı istikamette olmadığı göze çarpmaktadır. Örneğin yukarıda ifade edildiği üzere Yargıtay 6’ncı ve 13’üncü Ceza Daireleri’nin kabul ettiği görüşün yanı sıra Yargıtay 13’üncü Ceza Dairesi’nin salt objektif olarak malın değerini esas aldığı yeni tarihli kararlarına rastlamak da mümkündür⁴⁵.

Öte yandan yukarıda sübjektif görüş ile ilgili açıklamaların altında ele alındığı üzere Yargıtay’ın bazı kararlarında failin kişiliği, suçun işleniş şekli, mağdurun konumu ve suça konu eşyanın değeri gibi hususların göz önüne alınarak malın değerinin az olup olmadığını karara bağlamak gerektiğine hükmettiği de hatırlanmalıdır⁴⁶.

⁴⁴ Bkz. “TCK’nın 145. maddesinin, *daha çoğunu alabilme olanağı varken yalnızca gereksinmesi kadar ve değer olarak da az olan şeyin alınması halinde uygulanabileceği gözetilmeden, koşulları oluşmamasına ve uygulama olanağı bulunmamasına rağmen sanık hakkında TCK’nın 145. maddesinin uygulanması suretiyle yazılı şekilde ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi... Bozmayı gerektirmiş, Üst Cumhuriyet Savcısının temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmiş olduğundan, hükmün açıklanan nedenle tebliğnameye uygun olarak BOZULMASINA...*” Yarg. 13.CD, T. 19.03.2012, E. 2011/5697, K. 2012/6302 (www.kazanci.com.tr, erişim tarihi: 16.02.2013).

⁴⁵ Bkz. “*Toplam değeri 8.00 TL olan eşyayı çalmaya teşebbüs eden suça sürüklenen çocuk hakkında, hırsızlık suçunun konusunu oluşturan malın değerinin az olması gözetilmezdir. Suça sürüklenen çocuğun neticeye götürülen kastının da fiili gibi 4 adet izole bant ile 1 adet ekmek bıçağına yönelik bulunması nedeniyle malın değerinin az olmasına ilişkin hükümler uygulanmalıdır*” Yarg. 13. CD, T. 13.10.2014, E. 2014/8432, K. 2014/27865 (www.kazanci.com.tr, erişim tarihi: 26.07.2015).

⁴⁶ YCGK, T. 16.09.2014, E. 1014/13-73, K. 2014/384 (www.kazanci.com.tr, erişim tarihi: 28.07.2015).

III. MALIN DEĞERİNİN AZLIĞI BAKIMINDAN ÖZELLİK GÖSTEREN HALLER

A. Hata Halleri

Hırsızlık suçunda fail suça konu olan malın değeri konusunda hataya düşebilir. Bu iki değişik şekilde oluşabilir. Fail çalmak istediği malın değeri az olmamasına karşın kendi tasavvuruna göre bu malın değerinin az olduğunu düşünebilir. Bu durumda failin TCK m. 30/2’de yer alan *bir suçun daha az cezayı gerektiren nitelikli halinin gerçekleştiği hususunda hataya düşmesi* söz konusu olur. TCK m. 30/2 uyarınca bu durumda fail kaçınılabılır olup olmadığı araştırılmaksızın bu hatasından yararlanacak⁴⁷ ve çaldığı malın değerinin azlığı hükümleri hakimın takdiri doğrultusunda uygulanabilecektir⁴⁸.

Diğer bir ihtimale göre ise fail çalmak istediği malın değeri az olmasına karşın kendi tasavvuruna göre bu malın değerinin az olmadığı kanaatini taşımaktadır. Bu ihtimalde de failin TCK m. 30/2’de yer alan *bir suçun daha az cezayı gerektiren nitelikli halinin gerçekleştiği hususunda hataya düştüğünün* söz konusu olduğu söylenmelidir. Çünkü, bu durumda failin işlemeyi kastettiği suçta bir indirim sebebi olmamasına karşın fiiliyatta lehine

⁴⁷ **Maurach/Schröder/Maiwald**, § 33 kn. 102; **Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf**, § 14 kn. 31; **Münchener Kommentar-Schmitz**, § 243 kn. 74; **İçel**, Kayıhan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Bası, İstanbul 2014, s. 429; **Öztürk**, Bahri/**Erdem**, Mustafa Ruhan: Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 15. Baskı, Ankara 2015, s. 293; **Demirbaş**, Timur: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Ankara 2011, s. 399; **Tezcan/Erdem/Önok**, s. 691; **Centel**, Nur/**Zafer**, Hamide/**Çakmut**, Özlem: Türk Ceza Hukukuna Giriş, 10. Baskı, İstanbul 2017, s. 438; **Özgenç**, İzzet: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Baskı, Ankara 2017, s. 460; **Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Genel Hükümler, s. 409; **Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Özel Hükümler, s. 570; **Hakeri**, Genel, 472; **Koca/Üzülmez**, Genel Hükümler, s. 260-261; **Zafer**, Hamide: Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75, 6. Baskı İstanbul 2016, s. 275; **Şen**, s. 348; **Yazıcıoğlu**, Değer, s. 45; **Köprülü**, s. 262; **Değirmenci**, Olgun: “*Ceza Hukukunda Yanılma Kavramı ve Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Yanılma*”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2014 (110), s. 160.

⁴⁸ **Koca/Üzülmez**, Özel Hükümler, s. 570.

gerçekleşmiş neticeden faydalanması gerekir⁴⁹. Diğer bir deyişle failin işlediği hırsızlık fiilinin konusu malın değeri az olmasına karşın onun değerinin az olmadığı kanısını taşıması halinde her ne kadar hareketin ifade ettiği haksızlık içeriği yüksek olsa da neticenin haksızlık içeriğinin düşük olması failin cezasında indirim yapılması veya ceza verilmesinden vazgeçilmesini haklı kılar⁵⁰.

B. Failin Kastının Malın Değerinin Azlığını Kapsamasının Gerekip Gerekmediği Sorunu

Öte yandan Alman Ceza Hukuku Doktrini'nde malın değerinin azlığı hükümlerinin uygulanabilmesi bakımından malın objektif olarak değerinin az olmasının yanında sübjektif şart olarak da failin kastının, malın değerinin azlığını da kapsamı aranmaktadır⁵¹. Bunun gerekçesi olarak ise cezanın belirlenmesine yönelik düzenlemelerin uygulanması bakımından tek başına neticenin haksızlık içeriğinin azalmasının yeterli olamayacağı; bilakis, bu hususta failin kusuru ve dolayısıyla hareketin haksızlık içeriğinin de göz önünde tutulması gerektiği gösterilmekte olup bu nedenle malın değerinin azlığına ilişkin hükümlerin uygulanabilmesi bakımından hem malın objektif olarak değerinin az olması gerektiği (neticenin haksızlığının az olması) hem de failin sübjektif planlamasının da malın değerinin azlığına yönelmesi gerektiği (hareketin haksızlığının az olması) savunulmaktadır⁵². Fakat,

⁴⁹ Münchener Kommentar-Schmitz, § 243 kn. 76; İçel, s. 430; Öztürk/Erdem, s. 293; Demirbaş, s. 399; Tezcan/Erdem/Önok, s. 691; Centel/Zafer/Çakmut, Genel Hükümler, s. 438; Özgenç, s. 460-461; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Genel Hükümler, s. 409; Hakeri, Genel, s. 473; Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s. 261; Akbulut, s. 379-380; Şen, s. 348; Yazıcıoğlu, Değer, s. 45; Köprülü, s. 262; Değirmenci, s. 160.

⁵⁰ Schönke/Schröder-Eser/Bosch, § 243 kn. 53; ayrıca karşı. Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, § 14 kn. 31.

⁵¹ Schönke/Schröder-Eser/Bosch, § 243 kn. 52; Systematischer Kommentar-Rudolphi/Horn/Samson, § 248a kn. 21; Maurach/Schröder/Maiwald, § 33 kn. 103; Fischer, § 243 kn. 27; Lackner/Kühl, § 243 kn. 4; Kindhäuser, BT, § 3 kn. 45, 47; Kudlich/Noltensmeier/Schuh, s. 344; Münchener Kommentar-Schmitz, § 243 kn. 71; Küper s. 162; BeckOK-von Heintschel-Heinegg/Wittig, § 243 kn. 29; Schmidt/Priebe, kn. 166.

⁵² Schönke/Schröder-Eser/Bosch, § 243 kn. 52; Systematischer Kommentar-Rudolphi/Horn/Samson, § 248a kn. 23.

kanımızca malın değerinin azlığına cezada indirim yapılması ya da ceza verilmesinden tamamen vazgeçilmesi sonucunu bağlayan bir düzenleme her ne kadar fiilin haksızlık içeriğinin azalmasından ötürü faile tanınmış bir imkan olsa da burada bu düzenlemenin hukukî niteliği gözden kaçırılmamalıdır. Malın değerinin azlığına cezada indirim yapılması veya ceza verilmesinden vazgeçilmesi sonucu bağlayan TCK m. 145 düzenlemesi suçun maddî unsuru ile ilişkili değildir. Bu sebeple de malın değerinin azlığının fail tarafından biliniyor ve isteniyor olması önem taşımaz. Zira, TCK m. 21/1'e göre "*Kast, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi*" olduğundan, failin kastının sadece tipikliğin objektif nitelikteki unsurlarını kapsayıp kapsamadığı araştırılmakta olup bunun dışında kalan ve cezada indirim yapılması veya ceza verilmesinden vazgeçilmesini sağlayan sebeplerin uygulanması bakımından failin kastının araştırılması gerekmemektedir. Bu açıklamalara dayalı olarak TCK m. 145'te yer verilen malın değerinin azlığı hükümlerinin uygulanabilmesi bakımından Alman Doktrini'ndeki görüşün aksine failin kastının malın değerinin azlığına yönelmiş olup olmadığının ayrıca araştırılmaması gerektiği kanısını taşımaktayız.

C. Suçların İçtimaı Halleri

Hırsızlık suçunda malın değerinin azlığı hükümleri zincirleme suç hükümlerinin uygulanacağı haller bakımından özellik gösterir. Bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı birden fazla hırsızlık suçu işlenmesi halinde bu suçlara konu malların değerlerinin az olup olmadığı malların toplam değeri göz önünde tutularak değil; her bir suç açısından ayrı ayrı belirlenmelidir⁵³. Zira, zincirleme suçun söz konusu olduğu hallerde her bir suçun birbirinden bağımsız olduğu kabul edilir⁵⁴.

Öte yandan tek bir fiille birden fazla kişiye karşı hırsızlık suçunun işlenmesi şeklinde gerçekleşen zincirleme suç durumunda da suç konu

⁵³ Önder, s. 490; Centel/Zafer/Çakmut, Özel Hükümler, s. 370; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 625; Tezcan/Erdem/Önok, s. 691; Yazıcıoğlu, Değer, s. 44; Eker, s. 542.

⁵⁴ Önder, s. 490; Tezcan/Erdem/Önok, s. 691; Yazıcıoğlu, Değer, s. 44.

malların toplam değeri esas alınmak suretiyle bu toplam değer az olup olmadığı belirlenmelidir⁵⁵.

D. İştirak Halleri

Hırsızlık suçunun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmiş olduğu hallerde malın değerinin az olup olmadığı belirlenirken suça konu malın toplam değerinin şerik sayısına bölünmesi sonucu ortaya çıkan değer ya da her bir şerikin çaldığı malın değeri teker teker esas alınmamalı; aksine ele geçirilen bütün malların toplam değerinin az olup olmadığı hesaplanmalıdır⁵⁶. Zira, birden fazla kişi tarafından birlikte işlenen hırsızlık suçunun söz konusu olduğu hallerde ortaya çıkan zarar bir bütün olarak mağduru olumsuz etkilemiş olacağından fiilin haksızlık içeriği de bu toplam zarar üzerinden ve dolayısıyla da hırsızlık suçuna konu malın toplam değerinin tutarı üzerinden değerlendirilmelidir⁵⁷.

IV. MALIN DEĞERİNİN AZLIĞINA BAĞLANABİLECEK SONUÇLAR

A. Suçun Takibini Şikayete Tâbi Kılmak

Hırsızlık suçunda çalınan malın değerinin azlığına bağlanabilecek sonuçlardan bir tanesi suçun takibini şikayete tâbi kılmaktır⁵⁸. Böylece re'sen takip edilen bir suç olan hırsızlık suçunun değeri az olan mal üzerinde işlenmesi halinde takibi bakımından şikayet şartı getirilerek fiil hakkında takibat yapmak zorlaştırılmaktadır. Bu yol aracılığı ile suçtan zarar gören

⁵⁵ **OLG Düsseldorf**, Urteil vom 16.03.1987-5Ss 44/87-48/87 I (NJW 1987, s.1958); **Kindhäuser**, BT, § 3 kn. 44; **Fischer**, § 243 kn. 25; **Lackner/Kühl**, § 243 kn. 7; **Otto**, s. 156; **Münchener Kommentar-Schmitz**, § 243 kn. 68; **BeckOK-von Heintschel-Heinegg/Wittig**, § 243 kn. 28.

⁵⁶ **BGH**, Urteil vom 18.10.1963-4StR 243/63 (NJW 1964, s. 117); **Schönke/Schröder-Eser/Bosch**, § 248a kn. 15; **Fischer**, § 243 kn. 25, 29; **Lackner/Kühl**, § 243 kn. 7; **Otto**, s. 156; **Kindhäuser**, BT, § 3 kn. 44; **Münchener Kommentar-Schmitz**, § 243 kn. 68; **Önder**, s. 487; **Tezcan/Erdem/Önok**, s. 691; **Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Özel Hükümler, s. 626.

⁵⁷ Bkz. ve krşl. **Otto**, s. 156.

⁵⁸ **Tezcan/Erdem/Önok**, s. 688; **Yazıcıoğlu**, Değer, s. 32; **Köprülü**, s. 258.

kişinin fiil hakkında takibat yapılmasını istediği haller ile sınırlı olarak soruşturmaya başlanması söz konusu olacak ve bu yolla da fiilin haksızlık içeriğinin az olduğu hallerde failin ceza alması da kimi zaman engellenmiş olacaktır.

Bu uygulama kimi hukuk sistemlerinde tercih edilmektedir. Örneğin Alman Ceza Kanunu § 248a'ya göre, Alman Ceza Kanunu § 242'de düzenlenen hırsızlık ve § 246'da düzenlenen güveni kötüye kullanma suçları bakımından malın değerinin azlığının söz konusu olduğu hallerde bu suçların soruşturulması ve kovuşturulması savcılık makamının suçların soruşturulmasında özel kamusal yarar görmesi hali dışında şikayete bağlıdır. Yine İsviçre Ceza Kanunu m. 172'ye göre, malvarlığına karşı işlenen suçlarda eğer fiil sadece küçük bir malvarlığı değerine veya küçük bir zarara yönelik ise fail şikayet üzerine cezalandırılır. Ancak, bu düzenleme m. 172/2 uyarınca, hırsızlık suçunun ağırlaştırıcı hallerinin gerçekleştiği veya yağma ya da şantaj suçlarının işlendiği hallerde uygulanmaz.

B. Fiilin Ağırlaştırıcı Sebeplerin Uygulanmasından Muaf Tutulması

Hırsızlık suçunda çalınan malın değerinin azlığına bağlanabilecek sonuçlardan bir tanesi de fiilin, ağırlaştırıcı sebeplerin uygulanmasından muaf tutulmasıdır. Bu yolla hırsızlık suçunun, değeri az olan bir mal üzerinde işlenmesi halinde cezada indirim doğrudan yapılmamış olmaktadır. Fakat, fiil ağırlaştırıcı sebeplerin uygulanmasından muaf tutulduğu için ceza ağırlaştırılmamış olacağından esasen dolaylı şekilde yine verilecek cezadan indirim yapılması sonucu ortaya çıkmaktadır.

Hırsızlık suçunda malın değerinin azlığına bu türden bir sonuç Alman Ceza Kanunu § 243/II'de bağlanmıştır. Buna göre aynı maddenin birinci fıkrasının ilk altı sırasında yer alan ağırlaştırıcı hallere dair ağırlaştırılmış cezalar malın değerinin az olması halinde uygulanmayacaktır⁵⁹.

⁵⁹ Alman hukukunda malın değerinin azlığına böyle bir sonucun bağlanması, malın değerinin azlığının ağırlaştırıcı halin uygulanmamasını her durumda gerektirmeyeceği düşüncesiyle eleştirilmektedir (Bkz. **Münchener Kommentar-Schmitz**, § 243 kn. 60; ayrıca

TCK m. 61/4'te ise “*Bir suçun temel şekline nazaran daha ağır veya daha az cezayı gerektiren birden fazla nitelikli hallerin gerçekleşmesi durumunda; temel cezada önce artırma sonra indirme yapılır.*” düzenlemesi yer aldığından Türk Hukuku’nda malın değerinin azlığına “ağırlaştırıcı sebeplerin uygulanmaması” sonucu bağlanmamıştır. Dolayısıyla örneğin değeri az olan bir malı çalan hırsız bu eylemini gece vakti gerçekleştirmiş ise⁶⁰ bu durumda cezası önce TCK m. 143 gereği yarı oranında artırılacak; daha sonra ise TCK m. 145 gereği indirilebilecek ya da suçun işleniş şekli ve özellikleri de göz önünde bulundurularak ceza verilmekten tamamen vazgeçilecektir.

C. Cezada İndirim ya da Ceza Verilmesinden Vazgeçme

Hırsızlık suçunda çalınan malın değerinin azlığına bağlanabilecek sonuçlardan bir diğeri de faile verilecek cezada indirim yapılması ya da faile ceza verilmesinden vazgeçilmesidir. Bu yolla Türk Ceza Kanunu komisyon tutanaklarında⁶¹ da belirtildiği üzere hükmün getiriliş amacı olan fiilin haksızlık içeriğinin azlığını aşacak nitelikte bir cezanın faile verilmesinin önüne geçilecektir⁶².

Malın değerinin azlığına Alman Ceza Kanunu’nun § 248’de fiilin kovuşturulmasının şikayet şartına tabi tutulması sonucunu bağlaması ve § 243’te ise fiilin ağırlaştırıcı sebeplerin uygulanmasından muaf tutulması sonucunu bağlaması karşısında Türk Ceza Kanunu m. 145’te malın değerinin azlığına cezada indirim yapılması ya da cezadan tamamen vazgeçilmesi sonucunu bağlamıştır.

krşl. Schönke/Schröder-Eser/Bosch, § 243 kn. 48; Kindhäuser, BT, § 3 kn. 43; Schmidt/Priebe, kn. 165).

⁶⁰ Hırsızlık suçunun gece vakti işlenmesi ile ilgili olarak bkz. Başbüyük, İsa/Özbek, Veli Özer: “*Ceza Hukukunda Bir Amaçsal Yorum Yöntemi: Hırsızlık Suçunun Gece Vakti İşlenmesi*”, TBB, 2014 (111), s. 108 vd.

⁶¹ Bkz. Tutanaklarla Türk Ceza Kanunu, Ankara 2005, s. 571.

⁶² Krşl. Önder, s. 491.

V. GÖRÜŞÜMÜZ

A. Yargıtay'ın Malın Değerinin Azlığının Tespitinde Kullandığı Kriter Bakımından

Yargıtay'ın konuyla ilgili vermiş olduğu kararlar incelendiğinde bu konuda müstekâr bir uygulamasının bulunmadığı göze çarpmaktadır. Bu durum Yargıtay'ın yukarıda anılan kararlarından da açıkça anlaşılmaktadır. Bu noktada uygulamada sorun yaratan hususun 29.6.2005 gün ve 5377 sayılı Kanun'un 16'ncı maddesi ile "suçun işleniş şekli ve özellikleri de göz önünde bulundurularak" ibaresinin madde metnine eklenmesi olduğu söylenebilir. Çünkü, bu ibarenin madde metnine sadece faile ceza verilmemesini gerektiren haller ile sınırlı olarak eklenmiş olduğu Yargıtay tarafından kimi kararlarında gözden kaçırılmıştır. Buna bağlı olarak failin cezasında indirim yapılması bakımından her ne kadar TCK m. 145'te suçun işleniş şekli ve özelliklerinin değerlendirilmeye katılmasına yönelik bir düzenleme bulunmuyorsa da Yargıtay kimi karar ve değerlendirmelerinde bu hususu göz ardı ederek failin cezasında indirim yapılmasını gerektiren haller ile failin tamamen cezasız bırakılmasını gerektiren haller arasında herhangi bir ayırım yapmayarak suçun işleniş şekli ve özelliklerinden hareket etmiştir. Aşağıda malın değerinin azlığı konusuyla ilgili olarak bu sorunu ortaya çıkartan Yargıtay içtihatlarından bir tanesi irdelenecektir.

Yargıtay'ın malın değerinin azlığının tespitinde kullandığı "daha çoğunu alabilme olanağı varken yalnızca gereksinmesi kadar ve değer olarak da az olan şeyin alınması..." kriterinin TCK m. 145'in getirdiği düzenleme göz önüne alındığında yerinde olmadığı söylenmelidir. Zira, madde metninde çalınan malın miktar olarak azlığından ya da miktarından söz edilmemiştir. Bu sebeple miktarın failin iradesine bağlı olarak az olduğu her hal bu indirim sebebinin uygulanmasını mümkün kılmamalıdır. Burada önemli olan husus malın miktarının değil malın değerinin az olmasıdır. Öte yandan eğer failin hırsızlık amacıyla girdiği bir evdeki para kasasını açtığı anda kasada sadece 5 TL bulunduğunu görmesi ve daha fazlasını amaçlamış olmasına karşın kasada sadece bu miktarı bulduğu için 5 TL'yi kasadan alarak olay yerinden uzaklaşması halinde Yargıtay'ın benimsediği kriter kabul edilecek olursa faile ceza verilmemesine imkan tanıyan malın değerinin azlığı hükümleri uygulanamayacaktır. Zira, olayda kasada sadece 5 TL

bulunduğu için failin daha çoğunu alabilme imkanı bulunmamaktadır. Dolayısıyla failin daha çoğunu alabilme olanağı bulunmadığı için Yargıtay'ın aramış olduğu *daha çoğunu alabilme olanağı varken yalnızca gereksinmesi kadar ve değer olarak da az olan şeyin alınması* iradesini fail olayda göstermemiştir. Bu nedenle Yargıtay'ın benimsediği kriterin kabul edilmesi halinde sadece 5 TL çalmış olan failin işlediği hırsızlık suçunun konusu olan malın değerinin az olmadığı kabulü gerekecektir ki; bu isabetli bir sonuç değildir. Gerçekten, verilen örnek üzerinden gidilirse bu kriterin benimsenmesi halinde fail, malın değerinin azlığı hükümlerinden faydalanabilmek için fiili işlemeye başlarken açtığı kasanın içinin dolu olmasını dileyecektir. Bu da Yargıtay'ın benimsediği *“daha çoğunu alabilme olanağı varken yalnızca gereksinmesi kadar ve değer olarak da az olan şeyin alınması”* kriterinin isabetli olmadığını göstermektedir.

Öte yandan Yargıtay'ın benimsemiş olduğu bu kritere kanunkoyucu tarafından TCK m. 145 metninde yer verilmemiştir. Dolayısıyla Yargıtay'ın madde metninde bulunmayan bir koşulu malın değerinin azlığı hükümlerinin uygulanması bakımından gerçekleşmesi zorunlu bir koşul olarak araması kanunkoyucunun yerine geçme anlamını taşımakta olup kanunilik ilkesine aykırı düşmektedir. Yargıtay'ın benimsemiş olduğu bu kriter TCK m. 145'te yer alan düzenleme ile örtüşmemektedir. Gerçekten, madde metnindeki düzenleme *“daha çoğunu alabilme olanağı varken yalnızca gereksinmesi kadar ve değer olarak da az olan şeyin alınması”* kriterinden daha geniş bir kapsama ve anlama sahiptir. Yargıtay ise benimsediği bu kriter ile hükmün kapsamını kanunkoyucunun iradesi hilafına daraltmış olmaktadır. Bu bakımdan Yargıtay'ın madde metninde bulunmayan bir kriteri TCK m. 145'in uygulanabilmesi bakımından zorunlu bir koşul olarak kabul etmesi tüm bu sebeplerle yerinde değildir.⁶³

B. Malın Değerinin Azlığında Benimsenecek Kriter Bakımından

Malın değerinin azlığı belirlenirken objektif kriterin mi yoksa sübjektif kriterin mi benimseneceği her ne kadar kanunkoyucunun takdirinde de olsa malın değerinin azlığı hususuna failin lehine sonuçlar doğuran bir düzenle-

⁶³ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 624; ayrıca bkz. Şen, s. 349-350; Köprülü, s. 263.

menin getiriliş amacı burada önem taşımaktadır. Bu tür bir düzenlemenin getiriliş amacı, malın bir obje olarak piyasa değerinin önem arz etmeyecek değerde olduğu durumlarda fiilin haksızlık içeriğini göz önünde tutmak suretiyle bir karar verilmesi sağlanarak somut olay adaletini sağlamaktır. Aksi takdirde malın bir obje olarak piyasa değerinin önem arz etmediği durumlar dışında da bu hükümler uygulanarak failin cezasında indirim yapılır ise malın değerinin azlığı ile TCK m. 61'deki cezanın bireyselleştirilmesi hususlarının birbirine karıştırılma tehlikesi ortaya çıkabilir.

Her ne kadar TCK m. 145'te suçun işleniş şekli ve özelliklerinin sadece faile ceza verilmemesi bakımından göz önünde tutulacağı belirtilmiş olsa da Yargıtay bu ayrımı göz ardı etmek suretiyle herhangi bir ayırım yapmaksızın malın değerinin azlığı hükümlerinin uygulanması ile ilgili genel bir değerlendirme yapmaktadır⁶⁴.

TCK m. 145'in metnine, 29.6.2005 gün ve 5377 sayılı Kanun'un 16'ncı maddesi ile "suçun işleniş şekli ve özellikleri de göz önünde bulundurularak" ibaresi eklenmesi ile de artık Türk Ceza Hukuku uygulamasında subjektif ölçütün esas alınıp alınmayacağı tartışmalı hale gelmiştir. Madde metnine eklenen bu ibareler malın değerinin azlığı belirlenirken malın değerinin objektif olarak az olmasının tek başına yeterli olup olmayacağı sorunu beraberinde getirmektedir. Şayet suçun işlenme şekli ve özelliklerinin cezada indirim yapılması bakımından da göz önüne alınması söz konusu olursa, malın değerinin azlığı hükümlerinin uygulanabilmesi için malın değerinin objektif olarak az olmasının yanında ayrıca suçun işleniş şekli ve özelliklerle-

⁶⁴ Örneğin bkz. "Sanık ve yargılaması ayrı yürütülen iki arkadaşının olay günü semt pazarından sebze aldıktan sonra gittikleri süpermarkette, kasada ödeme yapmadan gizleyerek alabilecekleri başka mallar da olmasına karşın, evde pişirip yeme amacıyla sadece toplam değeri 27,28 Lira olan et ve kıyma almaları şeklinde gerçekleşen olayda, anne ve babası ayrı olup üvey babası ile yaşayan, herhangi bir geliri olmayan, eğitim hayatı yarım kalmış ve sabıkasız olan sanığın büyük bir süpermarket işleticisi olan şikayetçi aleyhine birer kilogram kıyma ve et almak suretiyle gerçekleştirdiği hırsızlık eyleminde, kişiliği, suçun işleniş şekli, mağdurun konumu ve suça konu eşyanın değeri göz önüne alındığında, hakkında 5237 sayılı TCK'nun 145. maddesinin uygulanıp uygulanmıyacağı hususunun tartışılması gerektiğinden bahisle hükmün bozulması isabetlidir" YCGK, T. 16.09.2014, E. 1014/13-73, K. 2014/384 (www.kazanci.com.tr, erişim tarihi: 28.07.2015)

rinin de araştırılacak olması TCK m. 61’de yer verilen cezanın belirlenmesi kuralları ile çelişecektir. Zira, suçun işleniş şekli ve özellikleri TCK m. 61 uyarınca temel cezanın belirlenmesi aşamasında göz önünde tutulması gereken koşullardır. Eğer TCK m. 145 metnine eklenen bu koşullar malın değerinin azlığına dayanarak cezadan indirim yapma bakımından da göz önünde tutulacak olursa bu durumda suçun işleniş şekli ve özellikleri ilk olarak TCK m. 61 bakımından temel cezanın belirlenmesi aşamasında hesaba katılacaktır. Böylece temel ceza belirlendikten sonra hakim hırsızlık suçunda malın değerinin azlığına dayanarak cezada indirim yapılmasına karar verdiğinde suçun işleniş şekli ve özelliklerini bir kez daha göz önünde tutarak faile vereceği cezada indirim yapacaktır. Görüldüğü üzere TCK m. 145 metninde yer alan *suçun işleniş şekli ve özellikleri* bir fiil hakkında verilecek cezada iki kez etki doğuracaktır. Bu sonuç ise açıkça çifte değerlendirme yasağına aykırılık teşkil eder. Çünkü, bu durumda fail aynı sebebe bağlı olarak iki defa indirimden faydalanma imkanına sahip olacaktır. Bu yönüyle malın değerinin azlığı bakımından failin cezasından indirim yapılmasının tutarlılığı bu yönüyle bulunmamaktadır. Zira, suçun işleniş şekli ve özellikleri zaten cezanın belirlenmesi aşamasında hesaba katılan ve değerlendirilen hususlardır. Bu bakımdan suçun işleniş şekli ve özelliklerine muhakkak TCK m. 145 metninin lafzına uygun olarak yalnızca faile ceza vermekten vazgeçilmesi bakımından başvurulmalıdır.

Tüm bunların yanı sıra fail hakkında çifte değerlendirme yasağına aykırı olarak suçun işleniş şekli ve özelliklerinin ayrıca bir indirim hali olarak öngörülmesi failin aleyhine sonuçlar da doğurabilir. Örneğin her ne kadar hırsızlık suçuna konu malın değeri objektif olarak az olsa da suçun işleniş şekli ve özelliklerine dayanarak hakim temel cezayı belirlerken failin cezasını üst sınıra daha yakın belirleyebilir ve ardından malın değerinin azlığı hükümlerini uygulamayarak failin cezasında indirim yapmayabilir. Bu durumda çifte değerlendirme yasağı da ihlal edilmiş olur. Bu sebeplerden ötürü *“suçun işleniş şekli ve özellikleri de göz önünde bulundurulurak”* ibaresin failin cezasında indirim yapılmasını gerektiren haller bakımından da göz önünde tutulması yerinde olmaz. Bu durumda TCK m. 61’de yer alan

cezanın belirlenmesi hükümleri ile indirim sebepleri birbirine karıştırılmış olacaktır⁶⁵.

Öte yandan malın değerinin azlığı konusunda yeknesak bir uygulama sağlamak bakımından Alman uygulamasında olduğu gibi belirli bir tutarın sınır olarak kabul edilerek bu sınırın altındaki bir değere sahip olan mallar bakımından TCK m. 145 hükmünün uygulanması yöntemi de TCK'da böyle bir sınır belirlenmemiş olduğu için hukuka aykırı olacaktır. Zira, bu durumda belirli bir tutarı hükmün uygulanması bakımından sınır olarak belirleyecek olan Yargıtay, kanunkoyucunun yetkisine giren bir hususu bir nevî kanunlaştırmış olacaktır. Öte yandan böyle bir uygulama belirlenen tutarın altındaki değere sahip mallar açısından hırsızlık fiillerinin cezalandırılmaz niteliğe sahip olduğu algısını toplumda yaratabilecek ve bu da cezanın önleme amaçlarını sekteye uğratabilecektir.

Diğer taraftan malın değerinin azlığının tespiti bakımından 5237 sayılı TCK m. 145 ile 765 sayılı TCK m. 522 karşılaştırıldığında 765 sayılı TCK getirilen düzenlemeden kanunkoyucunun niçin vazgeçtiği belirsizdir. Zira, 765 sayılı TCK m. 522/2'de "*Kıymet tayini için cürmün mevzuu olan şeyin yahut vaki zararın cürüm işlendiği zamandaki kıymeti nazarı dikkate alınır*" ifadesi ile esasen malın değerinin objektif olarak belirlenmesi gerektiği kanunkoyucu tarafından açıkça belirtilmekteydi. Fakat, kanunkoyucu 5237 sayılı TCK ile artık bu düzenlemeden vazgeçmiş olup malın değerinin azlığı belirlenirken nasıl bir yol izleneceği konusunda muğlak bir hüküm getirerek Yargıtay'ın da bu konuda mevcut hukuka aykırı içtihadını geliştirmesine bir nevî yol açmıştır. Öte yandan geçmiş dönemde ve halen günümüzde doktrin tarafından savunulmakta olan bir husus niteliğindeki failin hırsızlık konusu mal üzerinden sağladığı kârın göz önünde tutulmayacağı hususu dahi 765 sayılı TCK m. 522/2'de "*Yoksa failin istihsal eylediği menfaat hesap edilmez*" denilerek açıkça düzenlenmekteydi. Bu açıklamalardan hareketle kanunkoyucunun 765 sayılı TCK'da oldukça kapsamlı ve somut bir yöntemle yer verdiği hırsızlık suçunda malın değerinin azlığı düzenlemesinin 5237 sayılı TCK ile birlikte daha soyut ve muğlak bir içeriğe sahip olduğu görülmektedir. Bu konudaki değişikliğin gerekçesi ile ilgili olarak ne 5237

⁶⁵ Aksi görüş için bkz. **Hafizoğulları/Özen**, Hırsızlık, s. 786.

sayılı TCK'nın Komisyon Tutanakları'nda⁶⁶ ne de madde gerekçesinde bir açıklamaya rastlanılmaktadır. Kanunkoyucunun yaptığı kanunlar soyut veya birden fazla anlam içerecek türden olmamalıdır. Zira, kanunkoyucunun koyduğu kuralların ve hele ki ceza kanunu gibi sosyal yaşama derinden müdahale eden bir kanunun içeriğinin anlaşılır ve somut olması bu kanunların muhatabı olan vatandaşların bu normları algılayıp davranışlarını da bu doğrultuda yönlendirmeleri bakımından elzemdir. Dolayısıyla kanunkoyucu herhangi bir kanun yaparken kendi içinden geçen bir uygulamayı dileyerek soyut bir kural koymamalı ve koyduğu kuralların nasıl olsa hukuku bilen hakimler tarafından uygulanacak olması düşüncesine kapılmamalıdır. Aksi takdirde 765 sayılı TCK'daki düzenlemeden ayrılan ve sorunsuz bir alanı sorunlu hale getiren 5237 sayılı TCK m. 145 düzenlemesi hem hukuka aykırı içtihatların gelişmesine yol açabilecektir hem de kanunların muhatabı konumundaki vatandaşların soyut nitelikteki normları anlamaları ve içselleştirmelerinin önü tıkanarak kanunlar işlevsiz hale bürünecektir.

Kanımızca malın değerinin azlığı belirlenirken sadece malın objektif olarak sahip olduğu değer esas alınmalıdır. Bunun dışında herhangi bir kriterin varlığını aramak malın değerinin azlığı hükümlerinin anlamını yitirmesine ve adil olmayan çeşitli uygulamalara yol açacaktır. Bu sebeple malın değerinin somut olayda az olup olmadığına her mahkeme kendisi her somut olayın özelliğine göre, ekonomik koşullar- paranın satın alma gücü⁶⁷ gibi hususları göz önünde tutarak kendi yargısına göre karar vermelidir. Burada her bir mahkeme nezdinde farklı uygulamaların oluşacağı endişesi ise kanımızca Yargıtay'ın mevcut uygulamasının ortaya çıkardığı adil olmayan uygulamaların yarattığı olumsuzlukların gerisinde kalacaktır.

Öte yandan TCK m. 145'in lafzı uyarınca "suçun işleniş şekli ve özelliklerinin göz önüne alınması" malın değerinin azlığına dayalı olarak faile ceza vermekten vazgeçilmesi ile sınırlı olarak uygulansa dahi malın değerinin azlığının tespitinde bu türden sübjektif kriterlere yer verilmesi eleştirilmelidir. Çünkü, malın değerinin azlığı kavramı olarak da doğrudan malın temsil ettiği değerle ilgili bir husustur. Bunun dayanağını, malın değerinin

⁶⁶ Bkz. Tutanaklarla Türk Ceza Kanunu, Ankara 2005, s. 568 vd.

⁶⁷ Bu kriter için bkz. Yarg. 8. CD, T. 7.3.2005, E.2003/10585, K. 2005/1015 (www.kazanci.com.tr, erişim tarihi: 16.03.2013).

azlığı durumunda faile hiç ceza verilmemesinin sebebinde aramak gerekmektedir. Bir faile işlediği hırsızlık suçunun konusunun değeri az olduğu için hiç ceza verilmiyor ise bunun sebebi hırsızlık suçu bakımından verilmesi gereken cezanın çalınan malın piyasa değeri karşısında oldukça orantısız şekilde ağır basmasıdır. Ancak, bu orantısızlık failin eylemini ne şekilde icra ettiğinden bağımsız şekilde dış dünyaya yansıyan bir gerçekliktir. Bu gerçekliğe ilave sübjektif unsurlar öngörmek meseleyi malın değerinin azlığı ekseninden çıkartıp genel olarak cezanın amacının bulunup bulunmadığının araştırılacağı bir eksene oturtacaktır. Bu durumda ise mesele artık münhasıran malın değerinin azlığı olmayıp onu da içine alan; fakat, daha geniş bir kavram olan “cezalandırma ihtiyacının bulunmaması” olarak nitelendirilmelidir. Bu kurum malın değerinin azlığı olarak nitelendirilmek isteniyor ise suçun işleniş şekli ve özellikleri göz önüne alınmamalıdır.

C. Hırsızlık Suçuna Konu Olan Malın Herhangi Bir Ekonomik Değere Sahip Olmadığı Haller Bakımından

Para ile ölçülebilen bir ekonomik değere sahip olmayan malın çalınması durumunda TCK m. 145 hükmünün uygulanıp uygulanmayacağı bakımından ise CMK m. 223/4-d hükmünden hareket edilmelidir. CMK m. 223/4-d’ye göre “işlenen fiilin haksızlık içeriğinin azlığı” dolayısıyla, faile ceza verilmemesi hallerinde, ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilir. İşte TCK m. 145’te malın değerinin azlığından dolayı hakim faile ceza verilmemesine hükmederse ceza verilmesine yer olmadığı hükmünü verecektir⁶⁸. Buradan hareketle hırsızlığa konu malın değerinin azlığından dolayı faile ceza verilmeyecek olan hallerde veya cezasında indirim yapılacak olan hallerde işlenen fiilin haksızlık içeriğinin az olması gerekmektedir. Bu bakımdan her ne kadar bir mal para ile ölçülebilen bir ekonomik değere sahip olmasa dahi bu malın çalınması her zaman fiilin haksızlık içeriğinin de az olduğunu göstermez. Örneğin kendisine suç isnad eden delil niteliğindeki bir belgenin çalınması olayında her ne kadar bu belge para ile ölçülebilen bir değere sahip olmasa dahi bu belgenin çalınması fiilin haksızlık içeriğini azaltmayacağından fail hakkında çaldığı malın değerinin azlığından dolayı

⁶⁸ **Koca/Üzülmez**, Özel Hükümler, s. 570-571.

cezada indirim ya da cezadan vazgeçme hükümlerinin uygulanmaması gerekir.

Bu bakımdan her ne kadar malın değerinin azlığının objektif olarak belirlenmesi gerektiği görüşünü kabul ediyorsak da bu aşamada CMK m. 223/4-b düzenlemesi dolayısıyla fiilin haksızlık içeriğinin azalmış olup olmadığının göz önünde tutularak malın değerinin azlığının objektif olarak belirlenmesi gerektiği kanaatini taşımaktayız.

D. Malın Değerinin Azlığına Bağlanabilecek Sonuçlar Bakımından

Malın değerinin az olması haline suçun takibinin şikayete tâbi kılınması sonucu bağlandığı takdirde artık malın değerinin az olup olmadığı konusunda savcılık makamı karar verecektir. Her ne kadar savcılık makamı malın değerinin az olmadığını düşündüğünden iddianame düzenlemiş ise de mahkeme kovuşturma aşamasında malın değerinin az olduğunu düşünebilir. Bu noktada mahkemenin dava şartı niteliğinde olan şikayetin gerçekleşmediği gerekçesiyle durma ya da düşme kararı vermesi söz konusu olabilir. Böyle bir olasılıkta ise suçtan zarar görenin mağduriyeti ortaya çıkacaktır. Bu türden olumsuz sonuçlara yol açma tehlikesinin varlığından ötürü malın değerinin azlığına suçun takibinin şikayete tâbi kılınması sonucunun bağlanmasının yerinde olmadığı kanaatini taşımaktayız.

Malın değerinin az olması durumunda sadece ağırlaştırıcı hallere ilişkin ağır cezalardan fiilin muaf tutulması kanımızca yerinde değildir. Zira, malın değerinin azlığına çeşitli sonuçlar bağlanmasının sebebi bu tür hallerde işlenen fiilin haksızlık içeriğinin azalmış olmasına dayanmaktadır. Bu bakımdan hırsızlık suçunda malın değerinin az olduğu hallerde faile verilecek cezada suçun basit haline ilişkin temel ceza bakımından herhangi bir indirim yapmaksızın yalnızca ağırlaştırıcı nitelikteki nitelikli hallerin uygulanmaması yolunun seçilmesi fiilin haksızlık içeriğinin azlığı ile örtüşmeyecektir. Dolayısıyla hırsızlık suçunda malın değerinin azlığına bir hukukî sonuç bağlanacak ise bu suçun temel şekline ilişkin cezada etkisini gösteriyor olmalıdır. Öte yandan ağırlaştırıcı bir sebebin gerçekleştiği bir fiil bakımından sadece malın değerinin azlığından ötürü ağırlaştırıcı sebebe ilişkin cezadan failin muaf tutuluyor olması böyle bir durumda kanunkoyucunun böyle bir fiili hafif suçluluk kapsamında kabul ettiği düşüncesini de beraberinde getirebilir.

Bu yönüyle de malın değerinin az olduğu hallerde buna ağırlaştırıcı sebeplerin uygulanmasından muaf tutulma sonucu bağlanması yerinde olmayacaktır⁶⁹.

Kanımızca malın değerinin az olması haline kanunkoyucu fail lehine bir sonuç bağlamak istiyor ise bu hususta en elverişli araç cezadan indirim yapma veya cezadan tamamen vazgeçme şeklinde hakime takdir yetkisi tanınmasıdır. Gerçekten yukarıda değinilen her iki yöntemden farklı olarak bu konuda hakime cezadan indirim yapma veya cezadan tamamen vazgeçme yetkisi tanınması halinde hakim, fiilin haksızlık içeriğinin hangi ölçüde azaldığını göz önünde tutmak suretiyle fiilin haksızlık içeriğinin azalması ile orantılı olacak şekilde her somut olaya göre faile vereceği cezayı belirleyebilecektir. Alman Ceza Kanunu'nun benimsediği iki yöntemin yukarıda değinilen olumsuz yönleri göz önüne alındığında, malın değerinin azlığına kanunkoyucunun fail lehine kimi sonuçlar bağlama isteği ile en örtüşür yöntemin kanunkoyucunun halihazırda Türk Ceza Kanunu'nun 145'inci maddesinde benimsediği cezada indirim yapılması veya cezadan vazgeçilmesi yöntemi olduğu söylenmelidir.

E. Kanun Metninde İndirim Oranının Belirtilmemiş Olması Sorunu Bakımından

TCK m. 145'te değer azlığının cezayı indiren bir hal olarak uygulanması durumuna ilişkin olarak cezanın ne kadar indirilebileceğine dair herhangi bir oran belirtilmiş değildir. Bunun sebebi ise Türk Ceza Kanunu'nun komisyon tutanaklarında, hakime cezadan tümüyle vazgeçebilme yetkisi veren bir hükümde cezada yapılacak indirim oranını belirlemenin yerinde olmayacağı biçiminde açıklanmaktadır⁷⁰. Böyle bir durumda hakim cezayı tayin edecek ise hapis cezası bakımından alt sınır olan 1 aydan aşağıya inememlidir⁷¹. Fakat, her ne kadar TCK m. 49/1 uyarınca verilebilecek en hafif süreli hapis cezası 1 ay olduğu için madde metninde ayrıca indirim

⁶⁹ Bkz. ve karşı. Schmidt/Priebe, kn. 165.

⁷⁰ Bkz. Tutanaklarla Türk Ceza Kanunu, Ankara 2005, s. 572.

⁷¹ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 626; Yazıcıoğlu, R. Yılmaz: "Yeni Türk Ceza Kanununda Hırsızlık Suçu", Ceza Hukuku Dergisi, Y. 2, S. 5, Aralık 2007, s. 358; Yazıcıoğlu, Değer, s. 43-44.

oranına yer verilmesine gerek olmadığı düşüncesi ileri sürülebilirse de TCK m. 145'te indirim oranına ilişkin herhangi bir düzenleme yer almaması kanunilik ilkesine aykırı nitelik taşımaktadır⁷². Zira, hüküm bu haliyle açık ve belirgin değildir ve keyfiliğe yol açabilecek niteliktedir⁷³. TCK'da yer alan çeşitli indirim sebeplerinde ve özellikle de yağma suçunda malın değerinin azlığını düzenleyen TCK m. 150/2'de ve zimmet suçunda malın değerinin azlığını düzenleyen TCK m. 249'da cezanın üçte birden yarıya kadar indirilebileceği şeklinde indirim oranlarına yer verilmişken TCK m. 145'te yer alan indirim sebebine ilişkin herhangi bir orana madde metninde yer verilmeyip TCK'nın yaptırım sistemine dayanarak hapis cezasının 1 aya kadar indirilebileceğini savunmak yerinde olmayacaktır. Öte yandan TCK m. 61/10'a göre "*Kanunda **açıkça yazılmış olmadıkça** cezalar ne artırılabilir, ne eksiltilebilir, ne de değiştirilebilir*". Bu bakımdan TCK m. 61/10'daki "*açıkça yazılmış olmadıkça*" ibaresi sadece cezada indirim yapılabilmesinin değil aynı zamanda bu indirimin hangi oranda yapılabilmesinin de kanun metninde açıkça yazılması gerekliliğini kapsar.

F. Malın Değerinin Azlığı Hükümlerinin Kapsamı Alanına Giren Suç Tipleri Bakımından

Kanunkoyucu suça konu malın değerinin az olduğu hallere sadece TCK m. 145'te hırsızlık suçu bakımından, TCK m. 150/2'de yağma suçu bakımından ve TCK m. 249'da zimmet suçu bakımından bir sonuç bağlamıştır. Malvarlığına karşı işlenen suçlar göz önüne alındığında haksızlık içeriği yağma suçuna oranla daha az olan güveni kötüye kullanma, kaybolmuş veya hata sonucu ele geçmiş eşya üzerinde tasarruf, karşılıksız yararlanma, suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi gibi suç tipleri bakımından kanunkoyucunun herhangi bir düzenleme getirmemesi tutarlı olmamıştır. Eğer yağma gibi haksızlık içeriği oldukça fazla olan bir suç tipinin gerçekleştiği hallerde malın değerinin az olması faile daha az ceza verilebilmesine yönelik indirim sebebi olarak düzenleniyor ise malvarlığına karşı işlenen ve haksızlık içeriği daha az olan suç tipleri bakımından da faile verilecek

⁷² Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 626; Centel/Zafer/Çakmut, Özel Hükümler, s. 369.

⁷³ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 626; Köprülü, s. 263.

cezanın fiilin sahip olduğu haksızlık içeriği ile orantılı olmasını sağlamaya yarayacak bir indirim sebebine yer verilmelidir. Bu sebeple TCK m. 167 ve 168’de olduğu gibi malvarlığına karşı işlenen suçlar bakımından ortak hüküm oluşturacak nitelikte malın değerinin az olduğu hallere yönelik bir düzenlemenin TCK’ya eklenmesi yerinde olacaktır. Nitekim son olarak 765 sayılı TCK m. 522’de düzenlenmiş olan malın değerinin azlığı hükmünün malvarlığı aleyhine işlenen suçlar babının tamamı bakımından geçerliydi. Bunun daha yerinde bir düzenleme olduğu söylenmelidir.

SONUÇ

1. Malın değerinin azlığı hükmünün uygulanması bakımından belirtilmesi gereken ilk husus halihazırda Yargıtay’ın malın değerinin azlığının tespitinde kullandığı “*daha çoğunu alabilme olanağı varken yalnızca gereksinmesi kadar ve değer olarak da az olan şeyin alınması...*” kriterinin TCK m. 145’in getirdiği düzenleme de göz önüne alındığında yerinde olmadığıdır. Gerçekten, Yargıtay’ın benimsemiş olduğu bu kriter kanunkoyucu tarafından TCK m. 145 metninde yer verilmemiştir. Dolayısıyla Yargıtay’ın madde metninde bulunmayan bir koşulu malın değerinin azlığı hükümlerinin uygulanması bakımından gerçekleşmesi zorunlu bir koşul olarak araması kanunkoyucunun yerine geçme anlamını taşımakta olup kanunilik ilkesine aykırı düşmektedir. Yargıtay benimsediği bu kriter ile TCK m. 145 hükmünün kapsamını daraltmış olmaktadır. Bu noktada Yargıtay’ın yeknesak bir uygulamayı sağlamak bakımından ve hükmü somutlaştırmak bakımından böyle bir yola gittiği bir an için düşünülebilirse de Yargıtay’ın benimsediği “*daha çoğunu alabilme olanağı varken yalnızca gereksinmesi kadar ve değer olarak da az olan şeyin alınması*” kriterinin TCK m. 61’de yer alan cezanın belirlenmesi aşamasında göz önünde tutulması gereken bir husus olduğu söylenmelidir.

2. Malın değerinin azlığı konusunda Yargıtay’ın uygulamasının yerinde olmadığını belirttikten sonra ortaya çıkan diğer bir sorun malın değerinin azlığının ne şekilde belirleneceğidir. TCK m. 145’in metnine, 29.6.2005 gün ve 5377 sayılı Kanun’un 16’ncı maddesi ile “*suçun işleniş şekli ve özellikleri de göz önünde bulundurularak*” ibaresi eklenmesi ile de artık Türk Ceza Hukuku uygulamasında sübjektif ölçütün mü esas alınacağı tartışmalı hale gelmiştir. Madde metnine eklenen bu ibareler malın değerinin azlığı belirle-

nirken malın değerinin objektif olarak az olmasının tek başına yeterli olup olmayacağı sorununu beraberinde getirmektedir. Bu noktada malın değerinin azlığı hükümlerinin uygulanabilmesi için malın değerinin objektif olarak az olmasının yanında ayrıca suçun işleniş şekli ve özelliklerinin de araştırılacak olması TCK m. 61’de yer verilen cezanın belirlenmesi kurallarını anlamsız kılacak niteliktedir. Zira, suçun işleniş şekli ve özellikleri TCK m. 61 uyarınca temel cezanın belirlenmesi aşamasında göz önünde tutulması gereken koşullardır. Eğer TCK m. 145 metnine eklenen bu koşullar malın değerinin azlığına dayanarak cezadan indirim yapma veya ceza vermektен vazgeçme bakımından da göz önünde tutulacak olursa bu durumda suçun işleniş şekli ve özellikleri ilk olarak TCK m. 61 bakımından temel cezanın belirlenmesi aşamasında hesaba katılacaktır. Böylece temel ceza belirlendikten sonra hakim hırsızlık suçunda malın değerinin azlığına dayanarak cezada indirim yapılmasına karar verdiğinde suçun işleniş şekli ve özelliklerini bir kez daha göz önünde tutarak faile vereceği cezada indirim yapacaktır. Görüldüğü üzere TCK m. 145 metninde yer alan *suçun işleniş şekli ve özellikleri* bir fiil hakkında verilecek cezada iki kez etki doğuracaktır. Bu sonuç ise failin aleyhine sonuçlar doğurabilir. Örneğin her ne kadar hırsızlık suçuna konu malın değeri objektif olarak az olsa da suçun işleniş şekli ve özelliklerine dayanarak hakim temel cezayı belirlerken failin cezasını üst sınıra daha yakın belirleyebilir ve ardından malın değerinin azlığı hükümlerini uygulamayarak failin cezasında indirim yapmayabilir. Bu durumda çifte değerlendirme yasağı da ihlal edilmiş olur. Bu sebeplerden ötürü madde metnine “*suçun işleniş şekli ve özellikleri de göz önünde bulundurulurak*” ibaresinin eklenmesi yerinde olmamıştır. TCK m. 61’de yer alan cezanın belirlenmesi hükümleri ile indirim sebepleri birbirine karıştırılmıştır.

3. Kanımızca malın değerinin azlığı belirlenirken sadece malın objektif olarak sahip olduğu değer esas alınmalıdır. Bunun dışında herhangi bir kriterin varlığını aramak malın değerinin azlığı hükümlerinin anlamını yitirmesine ve adil olmayan çeşitli uygulamalara yol açacaktır. Bu sebeple malın değerinin somut olayda az olup olmadığına her mahkeme kendisi her somut olayın özelliğine göre kendi yargısına göre karar vermelidir. Burada her bir mahkeme nezdinde farklı uygulamaların oluşacağı endişesi ise kanımızca Yargıtay’ın mevcut uygulamasının ortaya çıkardığı adil olmayan uygulamaların yarattığı olumsuzlukların gerisinde kalacaktır.

4. Para ile ölçülebilen bir ekonomik değere sahip olmayan malın çalınması durumunda ise malın değerinin azlığı hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı bakımından ise CMK m. 223/4-d hükmünden hareket edilmesi gerekir. Buna bağlı olarak her ne kadar bir mal para ile ölçülebilen bir ekonomik değere sahip olmasa dahi bu malın çalınması her zaman fiilin haksızlık içeriğinin de az olduğunu göstermez. Hırsızlığa konu malın değerinin azlığından dolayı faile ceza verilmeyecek olan hallerde veya cezasında indirim yapılacak olan hallerde işlenen fiilin haksızlık içeriğinin az olması gerekmektedir. Bu bakımdan her ne kadar malın değerinin azlığının objektif olarak belirlenmesi gerekiyor olsa da bu aşamada CMK m. 223/4-b düzenlemesi dolayısıyla fiilin haksızlık içeriğinin azalmış olup olmadığı göz önünde tutularak malın değerinin azlığının objektif olarak belirlenmesi gerektiği kanaatini taşımaktayız.

5. Öte yandan TCK m. 145'te değer azlığının cezayı indiren bir hal olarak uygulanması durumuna ilişkin olarak cezanın ne kadar indirilebileceğine dair herhangi bir oran belirtilmiş değildir. TCK m. 61/10'a göre "Kanunda **açıkça yazılmış olmadıkça** cezalar ne artırılabilir, ne eksiltilebilir, ne de değiştirilebilir". Bu bakımdan TCK m. 61/10'daki "açıkça yazılmış olmadıkça" ibaresi sadece cezada indirim yapılabileceğinin değil aynı zamanda bu indirimin hangi oranda yapılabileceğinin de kanun metninde açıkça yazılması gerekliliğini kapsar.

6. Malın değerinin azlığı konusunda ortaya çıkan diğer bir tartışmalı husus ise failin kastının malın değerinin az olmasını kapsamasının gerekip gerekmediğidir. Alman Ceza Hukuku Doktrini'nde malın değerinin azlığı hükümlerinin uygulanabilmesi bakımından malın objektif olarak değerinin az olmasının yanında sübjektif şart olarak da failin kastının, malın değerinin azlığını da kapsamaması aranmaktadır⁷⁴. Fakat, malın değerinin azlığına cezada indirim yapılması veya ceza verilmesinden vazgeçilmesi sonucu bağlayan

⁷⁴ Schönke/Schröder-Eser/Bosch, § 243 kn. 52; Systematischer Kommentar-Rudolphi/Horn/Samson, § 248a kn. 21; Maurach/Schröder/Maiwald, § 33 kn. 103; Fischer, § 243 kn. 27; Lackner/Kühl, § 243 kn. 4; Kindhäuser, BT, § 3 kn. 45, 47; Kudlich/Noltensmeier/Schuh, s. 344; Münchener Kommentar-Schmitz, § 243 kn. 71; Küper, s. 162; BeckOK-von Heintschel-Heinegg/Wittig, § 243 kn. 29; Schmidt/Priebe, kn. 166.

TCK m. 145 düzenlemesi suçun maddî unsuru ile ilişkili değildir. Bu sebeple de malın değerinin azlığının fail tarafından biliniyor ve isteniyor olması önem taşımaz. Zira, TCK m. 21/1'e göre "*Kast, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi*" olduğundan, failin kastının sadece tipikliğin objektif nitelikteki unsurlarını kapsayıp kapsamadığı araştırılmakta olup bunun dışında kalan ve cezada indirim yapılması veya ceza verilmesinden vazgeçilmesini sağlayan sebeplerin uygulanması bakımından failin kastının araştırılması gerekmemektedir.

7. TCK'da yağma gibi haksızlık içeriği oldukça fazla olan bir suç tipinin gerçekleştiği hallerde malın değerinin az olmasının faile daha az ceza verilebilmesine yönelik indirim sebebi olarak düzenlenmiş olması karşısında malvarlığına karşı işlenen ve haksızlık içeriği daha az olan suç tipleri bakımından da faile verilecek cezanın fiilin sahip olduğu haksızlık içeriği ile orantılı olmasını sağlamaya yarayacak bir indirim sebebine TCK'da yer verilmesi gerektiği söylenmelidir. Bu sebeple TCK m. 167 ve 168'de olduğu gibi malvarlığına karşı işlenen suçlar bakımından ortak hüküm oluşturacak nitelikte malın değerinin az olduğu hallere yönelik bir düzenlemenin TCK'ya eklenmesi yerinde olacaktır. Bu noktada malvarlığına karşı işlenen suçların tamamına yönelik bu yönde bir düzenleme getirilmesinin yerinde olmayacağı düşüncesi ise kanunkoyucunun malvarlığına karşı suçlar içerisinde haksızlık içeriği en ağır olan suç tipi bakımından böyle bir olanak tanımış olması karşısında dayanaksız kalacaktır.

KAYNAKÇA

- Akbulut**, Berrin: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı, Ankara 2017.
- Artuk**, Mehmet Emin/**Gökçen**, Ahmet/**Alşahin**, M. Emin/**Çakır**, Kerim: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, Ankara 2017.
- Arzt**, Gunther/**Weber**, Ulrich/**Heinrich**, Bernd/**Hilgendorf**, Eric: Strafrecht Besonderer Teil Lehrbuch, Bielefeld 2009.
- Başbüyük**, İsa/**Özbek**, Veli Özer: “*Ceza Hukukunda Bir Amaçsal Yorum Yöntemi: Hırsızlık Suçunun Gece Vakti İşlenmesi*”, TBBD, 2014 (111), s. 107-116.
- Centel**, Nur/**Zafer**, Hamide/**Çakmut**, Özlem: Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, C. I, 4. Baskı, İstanbul 2017. (**Centel/Zafer/Çakmut**, Özel Hükümler)
- Centel**, Nur/**Zafer**, Hamide/**Çakmut**, Özlem: Türk Ceza Hukukuna Giriş, 10. Baskı, İstanbul 2017. (**Centel/Zafer/Çakmut**, Genel Hükümler)
- Değirmenci**, Olgun: “*Ceza Hukukunda Yanılma Kavramı ve Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Yanılma*”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2014 (110), s. 129-188.
- Demirbaş**, Timur: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Ankara 2011.
- Doğan**, Koray: Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar, 2. Baskı, Ankara 2015.
- Dönmezer**, Sulhi: Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, 15. Bası, İstanbul 1998.
- Eker**, Hüseyin: “*Yargıtay Kararları Işığında Hırsızlık Suçunda Değer Azlığı Kavramı (5237 Sayılı TCK’nın 145/1.Maddesi)*”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, C. I, Y. 2, S. 5, Nisan 2011, s. 539-566.
- Erem**, Faruk/**Toroslu**, Nevzat: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 4. Bası, Ankara 1983.
- Fischer**, Thomas: Strafrechtsgesetzbuch und Nebengesetze 58. Auflage, München 2011.
- Gürühan** Caner/**Topaç** Tahir Hami/Kanat, Ahmet Serhat Ergin: “*Yargıtay’ın Türk Ceza Kanunu’nda Yer Alan Değer Azlığı Kavramına*

Yönelik Yaklaşımı”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, S. 8, Aralık 2016, s. 219-237.

Hafizoğulları, Zeki/Özen, Muharrem: “*Hırsızlık*”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XII, Y. 2008, S: 1-2, s. 773-796.

Hafizoğulları, Zeki/Özen, Muharrem: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Kişilere Karşı Suçlar, Ankara 2010.

Hakeri, Hakan: “*Ceza Hukukunda Önemsiz Hareketler*”, TBBD, S. 69, 2007, s. 55-96. (**Hakeri**, Hareketler)

Hakeri, Hakan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 21. Baskı, Ankara 2017. (**Hakeri**, Genel)

İçel, Kayıhan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Bası, İstanbul 2014.

Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas: Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Berlin 1996.

Jungwirth, Anton: “*Bagatelldiebstahl und Sachen ohne Verkehrswert*”, NJW 1984, s. 954-957.

Kindhäuser, Urs/Neumann, Ulfrid/Paeffgen, Hans-Ullrich: Strafgesetzbuch, Band I, 5. Auflage, Baden Baden 2017.

Kindhäuser, Urs: Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Auflage, Baden Baden 2013. (**Kindhäuser**, AT)

Kindhäuser, Urs: Strafrecht Besonderer Teil II, Straftaten gegen Vermögensrechte, 6. Auflage, Baden Baden 2011. (**Kindhäuser**, BT)

Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10. Baskı, Ankara 2017. (**Koca/Üzülmez**, Genel Hükümler)

Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 4. Baskı, Ankara 2017. (**Koca/Üzülmez**, Özel Hükümler)

Köprülü, Timuçin: “*Malvarlığına Karşı İşlenen Suçlarda Değer Azlığı*”, TBBD, S. 71, 2011, s. 254-263.

Kudlich, Hans/Noltensmeier, Silke/Schuhr, Jan: “*Die Behandlung geringwertiger Tatobjekte im Strafrecht*”, JA 2010, s. 342-346.

- Kühl**, Kristian: “Das Unrecht als Kern der Straftat”, in: FS für Hans- Heiner Kühne zum 70. Geburtstag am 21. August 2013, C. F. Müller Verlag, Heidelberg 2013, s. 15-29.
- Küper**, Wilfried: Strafrecht Besonderer Teil Definitionen mir Erläuterungen, 7. Auflage, Heidelberg 2008.
- Lackner**, Karl/**Kühl**, Kristian: StGB Kommentar, 27. Auflage, München 2011.
- Maurach**, Reinhart/**Schröder**, Friedrich Christian/**Maiwald**, Manfred: Strafrecht Besonderer Teil, Teilband 1, Straftaten gegen Persönlichkeits- und Vermögenswerte, 10. Auflage, Heidelberg 2009.
- Meraklı**, Serkan: Ceza Hukukunda Kusur, Ankara 2017.
- Miebach**, Klaus/Sander **Günther**, M.-**Schmitz**, Roland: StGB Münchener Kommentar, Band 3 §§ 185-262, 1. Auflage, München 2003.
- Otto**, Harro: Grundkurs Strafrecht, Die einzelnen Delikte, Berlin 1991.
- Önder**, Ayhan: Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, İstanbul 1994.
- Özbek**, Veli Özer/**Doğan**, Koray/**Bacaksız**, Pınar/**Tepe**, İlker: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, Ankara 2017. (Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Genel Hükümler)
- Özbek**, Veli Özer/**Doğan**, Koray/**Bacaksız**, Pınar/**Tepe**, İlker: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 12. Baskı, Ankara 2017. (Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler)
- Özgenç**, İzzet: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Baskı, Ankara 2017.
- Öztürk**, Bahri/**Erdem**, Mustafa Ruhan: Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 15. Baskı, Ankara 2015.
- Rudolphi**, Hans-Joachim/**Horn**, Eckhard/**Samson**, Erich: Systematischer Kommentar zum StGB, Band II, Besonderer Teil §§ 80-358, 4. Auflage, Neuwied/Kriftel 1991.
- Schmidt**, Rolf/**Priebe**, Klaus: Strafrecht Besonderer Teil II, 9. Auflage, Grasberg bei Bremen.

- Schönke, Adolf/Schröder, Horst:** Strafgesetzbuch Kommentar, 28. Auflage, München 2010.
- Stratenwerth, Günter/Kuhlen, Lothar:** Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Auflage, München 2011.
- Şen, Ersan:** “*Hırsızlık Suçları*”, Ankara Barosu Dergisi, 2012/3, s. 319-357.
- Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Önok, Rıfat Murat:** Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 15. Baskı, Ankara 2017.
- Tutanaklarla Türk Ceza Kanunu,** Ankara 2005.
- Ünver, Yener:** Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk, İstanbul 1998.
- von Heintschel-Heinegg, Bernd/Wittig, Petra:** Beck’scher Online Kommentar zum StGB, 21. Edition, 2012.
- Welzel, Hans:** “Studien zum System des Strafrechts”, in: Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie, Berlin New York 1975, s. 120-184.
- Yazıcıoğlu, R. Yılmaz:** “*TCK m. 145. “Malın Değerinin Az Olması”- “Hırsızlık Suçunda Malın Değerinin Az Olması veya Suçun İşleniş Şekli ve Özelliklerinin” Ceza Tayininde Göz Önüne Alınması*”, Ceza Hukuku Dergisi, Y. 6, S. 15, Nisan 2011, s. 29-45. (Yazıcıoğlu, Değer)
- Yazıcıoğlu, R. Yılmaz:** “*Yeni Türk Ceza Kanununda Hırsızlık Suçu*”, Ceza Hukuku Dergisi, Y. 2, S. 5, Aralık 2007. (Yazıcıoğlu, Hırsızlık)
- Zafer, Hamide:** Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75, 6. Baskı İstanbul 2016.

ANAYASA MAHKEMESİ VE YARGITAY KARARLARI ÇERÇEVESİNDE EVLİ KADININ SOYADI

*Yrd. Doç. Dr. Özge ERBEK ODABAŞI**

Öz

Evli kadının soyadı meselesi, gerek Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde, gerekse Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay kararlarında yoğun hukuki tartışmaların olduğu konulardan biridir. Evli kadının soyadını düzenleyen TMK m. 187 uyarınca, kadın evlendikten sonra eşinin soyadını taşımak zorundadır, bu hüküm kadına sadece bekârlık soyadını kullanma/taşımaya imkânı vermemektedir. Hükmün Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülerek iptali istenmiş, ancak Anayasa Mahkemesi iptal istemlerini reddetmiştir. Bununla birlikte, evli kadınların sadece bekârlık soyadlarını kullanmayı talep ederek yaptıkları bireysel başvuruları kabul etmiş, bu uygulamanın Anayasa'nın 17. maddesinde düzenlenen manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkını ihlal ettiği sonucuna varmıştır. Yargıtay'ın bu konudaki kararları da zaman içinde değişiklik göstermiştir, önceden bu talepleri kesin biçimde reddederken, bir süredir kabul etmektedir. Çalışmamızın amacı, Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay kararları çerçevesinde evli kadının soyadı konusunu değerlendirmektir.

Anahtar Kelimeler

Evli kadının soyadı, Kadın-Erkek Eşitliği, Türk Medeni Kanunu, Anayasa, Anayasa Mahkemesi, Yargıtay, Yargı Kararları

* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi (e-posta: erbek.ozge@gmail.com) (Makale Gönderim Tarihleri: 18.09.2017-18.09.2017/Makale Kabul Tarihleri: 04.10.2017-19.09.2017)

THE SURNAME OF MARRIED WOMEN WITHIN THE FRAMEWORK OF THE CONSTITUTIONAL COURT AND SUPREME COURT DECISIONS

Abstract

The problem of married womens' surname has been one of the issues of intensive discussions in both The European Court of Human Rights Jurisprudence and Constitutional Court, Supreme Court decisions. According to the Turkish Civil Code, article 187, which regulates the surname of the married woman, indicates that woman should use her husband's last name after being married. This article does not give her any right to use her bachelor's surname only. This regulation was requested to cancel, claiming that it was contradicted to the constitution, but the Constitutional Court refused to cancel this request. On the other hand, The Constitutional Court accepted individual applications made by married women in order to use exclusively their bachelor's surname and also, It concluded that the mentioned practice violated the right to protect and improve the moral existence which is arranged in Article 17 of the Constitution. The decisions of the Supreme Court has changed during time, previously It was refusing these kind of requests absolutely, however It is accepting them in recent years. The aim of our article is to evaluate the issue of the surname of married woman within the framework of the constitutional court and supreme court decisions.

Keywords

The surname of married woman, The equality of woman and man, Turkish Civil Code, Constitution, Turkish Constitutional Court, Turkish Supreme Court, Turkish Jurisprudence

GİRİŞ

Evli kadının soyadı hukuk öğretisinde yoğun tartışmaların olduğu bir konudur. Bu konuda tezler¹ yazılmış olduğu gibi, evli kadının soyadı pek çok makalede de² incelenmiştir. Ne var ki, hâlâ tam anlamıyla çözülebilmemiş değildir³. Biz çalışmamızda, evli kadının soyadı meselesini Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay kararları ışığında değerlendireceğiz.

Anayasa Mahkemesi somut norm denetimi yoluyla önüne gelen mülga 743 sayılı 4248 sayılı Kanunla değişik TMK m. 153 ve aynı hükmü içeren TMK m. 187'yi, eşitlik ilkesine aykırı bulmamıştır. İlk karar 29.09.1998'de verilmiş, 15.11.2002 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. İkinci karar ise, 10.03.2011'de verilmiş, 21.10.2011 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Bu iki karar arasında geçen zaman içinde, 16.11.2004'de Türkiye bu hükümden dolayı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM)'nde mahkûm olmuştur⁴. Anayasa Mahkemesi Ünal-Tekeli kararına rağmen ilgili hükmün eşitlik ilkesini ihlal etmediğine karar vermiştir. Ancak, iptal taleplerini kabul etmediği halde, kendisine bireysel başvuru yoluyla gelen, evli kadınların sadece bekârlık soyadlarını kullanmalarına ilişkin taleplerini kabul etmiştir (Sevim Akat Eşki, Gülsim Genç, Neşe Aslanbay Akbıyık kararları). Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru üzerine verdiği ilk kararı **19.12.2013** tarihlidir⁵.

¹ Bkz. **Moroğlu**, N.: Kadının Soyadı, İstanbul, 1999, s. 1 vd.; **Abik**, Y.: Kadının Soyadı ve Buna Bağlı Olarak Çocuğun Soyadı, Ankara, 2005, s. 23 vd.

² Makalelere yeri geldikçe yollama yapılacaktır.

³ Kılıçoğlu'nun 2000 yılında Cumhuriyet gazetesinde yayımlanmış olduğu makalenin başlığı "Kadının Soyadı Çilesi"dir. O zamandan, bu zamana da sorun hâlâ kesin bir çözüme kavuşmamıştır. Bkz. **Kılıçoğlu**, A.: Kadının Soyadı Çilesi, Cumhuriyet Gazetesi, 25.10.2000, s. 2.

⁴ ÜNAL-TEKELİ kararı için bkz. [http://hudoc.echr.coe.int/tur#{"fulltext":\["CASE OF ÜNAL TEKELİ v. TURKEY - \[Turkish Translation\] by the Turkish Ministry of Justice\""},\"documentcollectionid2\":\[\"GRANDCHAMBER\", \"CHAMBER\"\], \"itemid\":\[\"001-158595\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/tur#{).

⁵ Sevim Akat Eşki (Başvuru numarası: 2013/2187). <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/68aa4186-521f-4bf9-9c03-f0e0bbf55a88?highlightText=kad%C4%B1n%C4%B1n%20soyad%C4%B1&wordsOnly=False> Erişim tarihi: 16.11.2016.

Öte yandan, kendisine gelen bu yöndeki talepleri sürekli biçimde reddeden Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin **21.02.2013** tarihli bozma kararını⁶, yerel mahkemenin direnme kararı üzerine inceleyen Yargıtay Hukuk Genel Kurulu (YHGK), 2014/2-889 E., 2015/2011 K. ve **30.09.2015** tarihli kararında, Anayasa m. 90/5 hükmünü uygulamak suretiyle direnme kararını onamıştır. Bu karar, deyim yerindeyse bir milat niteliğindedir. Bu olay bakımından, davacının Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yoluna gitmesine de gerek kalmamıştır. Bununla birlikte, YHGK kararı, bir içtihadı birleştirme kararı değildir; dolayısıyla Hukuk Genel Kurulu'nun kendisi için dahi bağlayıcılığı yoktur, nitekim Hukuk Genel Kurulu'nun zaman içerisinde içtihatlarını değiştirdiği de vakidir⁷. Öte yandan, bu karardan sonra, Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin talepleri kabul eden yerel mahkeme kararlarının bozulması yönünde verdiği kararları mevcuttur⁸.

I. SOYADI KAVRAMI

1. Tanımı ve Hukuki Niteliği

Kişinin adı, kişiyi toplum içindeki öteki kişilerden ayırt etmeye yarayan hukuki bir araç, bir belirtidir. Bir kişinin kimliğini tayinde ilk başvurulacak unsur onun adıdır. Ad ayırt edici niteliği olan kelime veya kelime grubundan oluşur. Ad üzerindeki hak, kişilik hakkıdır, ad kişiliğin ayrılmaz bir parçasıdır. Bir başka ifadeyle, kişilik hakkı bağlamında korunan değerlerden biri de addır. Önemine binaen, TMK m. 24 vd. hükümlerinden ayrı olarak, TMK

⁶ 2. HD, 2012/2319 E., 2013/4523 K., 21.02.2013 T. <http://www.yargitay.gov.tr/> Erişim tarihi: 06.09.2017.

⁷ Örneğin, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, aile konutuna ilişkin 2006/2-591 E., 2006/624 K. ve 04.10.2006 tarihli kararında, tasarruf yetkisi kısıtlamasına ilişkin şerhi kurucu kabul edip şerh söz konusu olmaksızın diğer eşin rızasını almadan işlem yapan malik eşin muhatabını korumuştur. Buna karşılık, 2013/2-2306 E., 2015/1356 K. ve 15.05.2015 tarihli kararında ise, bu görüşünden dönmüş, aile konutu üzerinde malik olmayan eşin rızası alınmaksızın ipotek tesisinde, rıza yokluğundan mütevellit işlemin geçersiz olduğu, dolayısıyla ipoteğin kaldırılması gerektiği sonucuna varmıştır. <http://kazanci.com.tr/> Erişim tarihi: 05.09.2017.

⁸ 2. HD, 2015/20698 E., 2016/3466 K., 25.02.2016 T.; 2. HD, 2016/795 E., 2016/8755 K., 28.04.2016 T. <http://www.yargitay.gov.tr/>. Bu kararlarda, yerel mahkemenin kararları usulden bozulmuştur. Bkz. Aşa. III. 3.

m. 26'da ayrıca düzenlenmiştir. Ancak böyle olmasaydı da, kişilik hakkına dâhil olduğundan, kişiliği koruyan hükümler çerçevesinde yine de korunurdu⁹.

Taşınması zorunlu olan adlar öz ad ve soyadıdır. Öz ad, aynı soyadını taşıyan kişileri birbirinden ayırt etmeye yarayan addır. Bir ya da birden çok kelimededen oluşabilir. Soyadı ise, ayrı ayrı ailelerden gelen kişileri birbirinden ayırmaya yarayan nesilden nesile intikal eden addır. Bir kişinin bir aileye/soya bağlılığını ifade eden adıdır. 1934 tarihli 2525 sayılı Soyadı Kanunu'na kadar Türkiye'de soyadı taşımak ve kullanmak zorunluluğu yoktu; fakat birçok ailede birer "aile adı" vardı ve bu teamül çok eski tarihlere uzanıyordu. Soyadı Kanununun 1. maddesiyle, her Türkün öz adından başka bir soyadı taşınması da zorunlu kılınmıştır. 2. maddeye göre de, söyleyişte, yazışta ve imzada öz ad önde, soyadı sonda kullanılır¹⁰.

Mülga 743 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda "aile ismi" kavramı da yer alırken¹¹, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda "soyadı" ifadesi kullanılmaktadır, ancak "ailenin soyadı" kavramına da, soyadının kazanılmasında değineceğimiz üzere, yer verilmektedir.

2. Genel Olarak Soyadının Kazanılması

a. Doğumla Soyadının Kazanılması

Soyadının kazanılması esas itibariyle *doğumla* gerçekleşir. TMK m. 321'e göre, *çocuk ana ve baba evli ise ailenin soyadını taşır*. TMK m.

⁹ Zevkliler, A./Acabey, M. B./Gökyayla, K. E.: Zevkliler Medeni Hukuk, Ankara, 1999, s. 414-415; Oğuzman, K./Seliçi, Ö./Oktay-Özdemir, S.: Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), İstanbul, 2015, s. 106; Dural, M./Öğüz, T.: Türk Özel Hukuku, C. II, Kişiler Hukuku, İstanbul, 2012, s. 165; Akipek, J./Akıntürk, T./Ateş Karaman, D.: Türk Medeni Hukuku, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, İstanbul, 2012, s. 432-433; Kılıçoğlu, A.: Medeni Hukuk (Medeni), Ankara, 2016, s. 451-453; Moroğlu, s. 15 vd.; Abik, s. 32 vd.

¹⁰ Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 416 vd.; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 107-108; Dural/Öğüz, s. 165-166; Kılıçoğlu, Medeni, s. 453-454; Helvacı, S./Erlüle, F.: Medeni Hukuk, İstanbul, 2016, s. 93; Moroğlu, s. 15 vd.; Abik, s. 32 vd.

¹¹ Örneğin evli kadının soyadını düzenleyen m. 153, 4248 sayılı Kanun'la değişmeden önce, "Karı, kocasının aile ismini taşır" hükmünü içermekteydi. Bundan başka, örnek olarak m. 126'da, m. 311'de aile ismi kavramı kullanılmaktaydı.

187'ye göre de evlenmeyle kadın kocasının soyadını aldığı için, aile soyadı kocanın soyadıdır. Dolayısıyla evlilik içinde doğan çocuk babanın soyadını alır. Bununla birlikte, ilgili hükmün TMK m. 285 ile birlikte yorumlanması gereklidir. **Babalık Karinesi** kenar başlıklı TMK m. 285 “Evlilik devam ederken veya evliliğin sona ermesinden başlayarak üçyüz gün içinde doğan çocuğun babası kocadır. (2) Bu süre geçtikten sonra doğan çocuğun kocaya bağlanması, ananın evlilik sırasında gebe kaldığının ispatıyla mümkündür. (3) Kocanın gaipliğine karar verilmesi hâlinde üçyüz günlük süre, ölüm tehlikesi veya son haber tarihinden işlemeye başlar” hükmünü içermektedir. Dolayısıyla sadece evlilik içinde doğan çocuk değil, evlilik sona erdikten sonra 300 gün içinde doğan çocuk, gaiplik halinde ölüm tehlikesi veya son haber alma tarihinden itibaren 300 gün içinde doğan çocuk da babanın soyadını taşır. Ayrıca evlilik sona erdikten itibaren 300 günden de sonra doğan çocuk, ananın evlilik sırasında gebe kaldığı ispatlanırsa yine babanın soyadını taşır¹².

Bundan başka, ana ve babası sonradan evlenen çocuklar da, TMK m. 292'ye göre, aile soyadını yani babanın soyadını taşırlar. TMK m. 292 “Evlilik dışında doğan çocuk, ana ve babasının birbiriyle evlenmesi hâlinde kendiliğinden evlilik içinde doğan çocuklara ilişkin hükümlere tâbi olur” hükmünü içermektedir¹³.

Anne ve babası evli olmayan çocukların durumuna gelince, burada baba ile çocuk arasında soybağının kurulmuş olup olmamasına göre değerlendirme yapmak gerekmektedir. TMK m. 321'in Anayasa Mahkemesinin iptal kararı¹⁴ndan önceki düzenlemesi şu şekildeydi: “Çocuk, ana ve baba evli ise ailenin; evli değilse ananın soyadını taşır. Ancak, ana önceki evlili-

¹² Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 109-110; Dural/Öğüz, s. 169; Öztan, B.: Aile Hukuku, Ankara, 2015, s. 1010; Dural, M./Öğüz, T./Gümüş, M. A.: Türk Özel Hukuku, C. III, Aile Hukuku, İstanbul, 2016, s. 332-333.

¹³ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 109; Öztan, s. 1011; Dural/Öğüz, s. 169; Dural/Öğüz /Gümüş, s. 333.

¹⁴ 2005/114 E., 2009/105 K., 02.07.2006 T.'li Anayasa Mahkemesi (AYM) Kararı için bkz. R.G. T. 07.10.2009, S. 27369. Bu kararın değerlendirilmesine ilişkin bkz. Akkayan-Yıldırım, A.: Evlilik Dışı Çocuğun Soyadı ve 02.07.2009 Tarih 2005/114 E. 2009/105 K. Sayılı Anayasa Mahkemesi Kararının Bu Bağlamda Değerlendirilmesi, Prof. Dr. Rona SEROZAN'a Armağan, C. I, İstanbul, 2010, s. 69-89.

ğinden dolayı çifte soyadı taşıyorsa çocuk onun bekârlık soyadını taşır”. Bu maddenin gerekçesinde de “...Maddeye göre çocuk, ana ve baba birbirleriyle evli ise ailenin, birbirleriyle evli değilse yani çocuk yasal olmayan bir birleşme sonucunda dünyaya gelmişse ananın soyadını taşır. Baba ile çocuk arasında tanıma ve babalık hükmü ile soybağı kurulduğu hâlde dahi çocuk ananın soyadını alacaktır...” ifadesi yer almaktadır. Anılan madde de, gerekçeye uygun bir biçimde geniş yorumlanmıştır¹⁵. İptal kararından önce, bu madde ile birlikte öncelikle 1587 sayılı Nüfus Kanunu, 2006 yılından itibaren de 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu aynı zamanda yürürlükte kalmıştır (5490 sayılı Kanun halen yürürlükte). Mülga Kanununun 20/4 ve 20/5 hükmü şu şekildeydi: “...Evlilik dışında doğmuş çocuk, anasının aile kütüğüne ananın soyadı ve onun bildireceği baba adı ile yazılır. (5)Ancak; bunların nesebi düzeltilmiş veya tanındıklarında babaları hanesine baba adı ve soyadı ve analarına izafetle naklen kaydolunurlar”. Bu kanun 29.04.2006 tarihinde yürürlükten kalkmış, yerini alan 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanununda da konu tanıma işlemi kenar başlıklı 28. maddede düzenlenmiştir. Buna göre, “(1) Tanıma; babanın yazılı başvurusu üzerine mahkemede yapılmışsa mahkeme tarafından, notere başvurusu üzerine düzenlenen senetle yapılmışsa noter tarafından tanımanın yapıldığı tarihten itibaren on gün içinde nüfus müdürlüğüne bildirilir. (2) Tanımanın babanın vasiyetnamesindeki beyanla yapılması durumunda nüfus müdürlüğüne bildiririm, vasiyetnameyi açan hâkim tarafından yapılır. (3) Nüfus memuruna yapılan tanıma beyanı ise doğrudan aile kütüklerine tescil edilir. (4) **Tanınan çocuklar babalarının hanesine baba adı ve soyadı ile analarının kimlik ve kayıtlı olduğu yer bilgileri belirtilmek suretiyle tescil edilir.** (5) Yurt dışında yapılan tanıma işlemlerine ait bildirimler dış temsilciliklere veya Türkçeye tercüme edilip, onaylanmış olmak kaydıyla yurt içinde nüfus müdürlüklerine yapılabilir”. Görüldüğü gibi, Kanun koyucu, olanağı olmasına rağmen, Nüfus Hizmetleri Kanununda TMK m. 321 hükmünün gerekçesine uygun biçimde bir düzenleme yapma yoluna gitmemiştir. Aksine, bu maddeye ilişkin gerekçede “...4721 sayılı TMK’nın 321. maddesine göre tanınan çocuk ana hanesine ananın soyadı ile tescil edilmektedir. Bu madde ile mülga 743

¹⁵ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 109; Dural/Öğüz, s. 170; Dural/Öğüz /Gümüş, s. 333.

sayılı Türk Kanunu Medenisi uygulamasında olduğu gibi, tanınan çocuğun baba hanesine babanın soyadı ile tescil edilmesi öngörülmektedir” denilmektedir¹⁶. Öte yandan, TMK m. 321 hükmünün kaldırıldığını da, yine olanağı olmasına rağmen, açıkça ifade etmemiştir. Hal böyle olunca, konu Öğretide tartışmalı hale gelmiştir. Bir görüş, 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu m. 28 hükmünün, TMK m. 321 hükmünü ilga ettiğini kabul ederken¹⁷, bir başka görüş nüfus kayıtlarının ne şekilde tutulacağı hususundaki prosedürü düzenleyen Nüfus Hizmetleri Kanunu’nun, maddi hukuk kurallarını düzenleyen Medeni Kanun’u değiştirme gücünün olmadığını, yani TMK m. 321’in yürürlükte olduğunu ifade etmiştir¹⁸.

02.07.2009 tarihinde, Anayasa Mahkemesi, TMK m. 321’in ilk cümlesinde yer alan “*evli değilse ananın*” ifadesini iptal etmiştir. Esasen bu durumda maddenin ikinci cümlesi de anlamsız hale gelmiştir. Medeni Kanun’da bu hususta yeni bir düzenleme de yapılmadığı için, anne ve babası evli olmayan çocukların hangi soyadını taşıyacağı meselesi Nüfus Hizmetleri Kanunu ve bu Kanunun uygulanmasına ilişkin yönetmelik çerçevesinde çözümlenmek durumundadır¹⁹. Nüfus Hizmetleri Kanunu m. 28/4 her ne kadar sadece tanımadan bahsediyorsa da, hükmün babalığa hükmü de kapsayacak şekilde geniş yorumlanması gerekmektedir. Aynı amaca yönelik, sonuçları aynı olan iki yolun farklı sonuçlar doğurması uygun değildir²⁰.

Babayla çocuk arasında hiçbir biçimde soybağı kurulmamışsa, bu durumda ne olacaktır? İfade ettiğimiz üzere, TMK m. 321 hükmünün iptal-

¹⁶ 743 sayılı Türk Kanunu Medenisininin 312. maddesi, babaya nispeti babalık hükmü ile veya tanınmak suretiyle taayyün eden çocuk, babasının aile ismini taşır ve onun vatandaşlık hakkını iktisap eder, şeklindeydi. Ayrıca, Soyadı Nizamnamesininin 15. maddesinde 2009 yılında yapılan düzenleme de bu yöndedir.

¹⁷ **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 334 ve dipnot 309’da yollama yapılan yazarlar; **Ayan**, S.: Anayasa Mahkemesi Kararları ve Çocuklar ile Kadının Soyadına İlişkin Değişiklik Tasarısı Taslağı Işığında Soyadının İlk Kez Edinilmesi, Kendiliğinden Değişmesi ve Değiştirilmesi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVI, Y. 2012, S. 4, s. 27. Yargıtay’ın bu yöndeki kararları için bkz. **Akkayan-Yıldırım**, s. 80, dipnot 23.

¹⁸ **Oktay-Özdemir**, S.: Aile Hukukunda Eşitliğe Aykırı Hükümler (Eşitliğe Aykırı Hükümler), Prof. Dr. Zahit İMRE’ye Armağan, İstanbul, 2009, s. 298.

¹⁹ **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 109-110; **Öztañ**, s. 1012-1013; **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 333-334; **Dural/Öğüz**, s. 170-171.

²⁰ **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 334; **Dural/Öğüz**, s. 171; **Öztañ**, s. 1013.

linden sonra Kanun koyucu bu hususta yeni bir düzenleme yapmamıştır. Bu konuya ilişkin düzenlemeler Nüfus Hizmetleri Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik **m. 23 b.1**, 103 ve 109 ile Soyadı Nizamnamesi m. 15'dir. Ancak konunun yönetmelik ve tüzükte değil, mutlak surette Kanun'da düzenlenmesi zorunludur²¹. Nüfus Hizmetleri Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik "Evlilik dışında doğan çocuklar" kenar başlıklı m. 23/1e göre, "(1) Evlilik dışında veya evliliğin sona ermesinden itibaren üçyüz gündün sonra doğan veya baba tarafından mahkeme kararı ile soybağı reddedilen çocuk; anasının bekârlık hanesine, anasının soyadı ve onun bildireceği baba adı ile tescil edilir. (2) Anası boşanarak bekârlık hanesine dönmüş ise çocuk, anasının kayıtlı bulunduğu haneye, anasının soyadıyla, ancak anası önceki evliliğinden çift soyadı taşıyorsa anasının bekârlık soyadıyla tescil edilir. (3) Anası halen bir başkası ile evli ise çocuk, anasının bekârlık hanesine, bekârlık soyadı ve anasının bildireceği baba adı ile tescil edilir". Bundan başka, Soyadı Nizamnamesi m. 15'e göre de "...Evlilik dışında doğan çocuklar, analarının soyadını alırlar. Ancak, ana önceki evliliğinden dolayı çift soyadı taşıyorsa çocuk onun bekârlık soyadını taşır".

b. Seçme ile Soyadının Kazanılması

02.07.1934 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan ve yayımından altı ay sonra yürürlüğe giren 2525 sayılı Soyadı Kanunu m. 1'e göre, "Her Türk öz adından başka soy adını da taşımağa mecburdur". Öte yandan m.7 de, "Bu kanunun neşri tarihinden itibaren iki yıl içinde gerek soy adı olmıyanlar ve gerekse soy adlarını değiştirmek isteyenler taşıyacakları adı Hükümetin tayin edeceği şekilde nüfus kütüklerine geçirilmek üzere bildirirler" şeklindedir. Buna göre, soyadı seçmenin 02.07.1936 tarihi itibarıyla tamamlanmış olması öngörülmüştür. Bu Kanun, ilk kez soyadı edinilmesine ilişkindir, bu tarihten sonrası için soyadı Medeni Kanun ve mevzuatımızda bu hususu düzenleyen hükümlere göre belirlenecektir^{22 23}. Bir başka ifadeyle, bugün için uygulanma kabiliyeti olan bir hüküm söz konusu değildir.

²¹ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 109-110.

²² Moroğlu, s. 35-37; Abik, s. 54-55; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 113; Ayan, s. 21-22.

Kanun koyucu, ilk kez soyadının edinilmesinde, soy adı seçme vazifesinin ve hakkının evlilik birliğinin reisi olan kocaya ait olduğunu da m. 4’de düzenlemiştir. Esasen, bu görev ve hak da 02.07.1936 tarihi itibarıyla tamamlanmıştır. Yani bu hükmün de uygulanma kabiliyeti yoktur. Ne var ki, Anayasa Mahkemesi, 08.12.2011 tarih, 2010/119 E. ve 2011/165 K. sayılı kararında bu hükmün ikinci fıkrasını iptal etmiştir²⁴. Soyadı Kanunu m. 4, iptal edilmeden önce şu hükmü içermekteydi: “(1) Soy adı seçme vazifesi ve hakkı evlilik birliğinin reisi olan kocaya aittir. (2) **Evliliğin feshi veya boşanma hallerinde çocuk anasına tevdi edilmiş olsa bile babasının seçtiği veya seçeceği adı alır.** Koca ölmüş ve karısı evlenmemiş olursa veyahut koca akıl hastalığı ve akıl zaifliği sebebiyle vesayet altında bulunuyor ve evlilik devam ediyorsa bu hak ve vazife karınındır. (3) Kocanın vefatıyla karı evlenmiş veya koca evvelki fıkra da zikredilen sebeplerle vesayet altına alınmış ve evlilik de zeval bulmuş ise bu hak ve vazife çocuğun baba cihetinden olan kan hısımlarından en yakın erkeğe ve bunların en yaşlısına yok ise vasiye aittir”. Mahkeme bu hükmün ikinci fıkrasının ilk cümlesini iptal etmiştir, ancak Soyadı Kanunu ifade ettiğimiz üzere ilk kez soyadı edinilmesine ilişkindir. Mahkeme kadük bir kanun hükmünü iptal etme yoluna gitmiştir²⁵.

c. İdari yoldan Soyadının Kazanılması

Soyadının idari yoldan kazanılması, anne ve babası belli olmayan bulunmuş çocuklar ile zihinsel engelli olup on sekiz yaşını doldurmuş kişiler için Nüfus Hizmetleri Kanunu m. 19’da düzenlenmiştir. *Bulunmuş çocuklar ve zihinsel engelli kişiler* kenar başlıklı m. 19’daki düzenleme şu şekildedir:

²³ İki yıllık süre içinde soyadı seçmemiş olanlar için de m. 8’de düzenleme yapılmıştır. Bu görev, kütüğün bulunduğu yerin en büyük mülkiye memuruna bırakılmıştır.

²⁴ R.G. T. 14.02.2012, S. 28204.

²⁵ **Oktay-Özdemir**, S.: Anayasa Mahkemesinin Soyadı Kanunu m. 4’ü İptal Eden 8.12.2011 Tarih ve 119/165 Sayılı Kararının Değerlendirilmesi (Sempozyum), Anayasa Mahkemesinin Medeni Hukuka İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumu (21 Mayıs 2012), İstanbul, 2013, s. 192, s. 183 vd. Nitekim gerek TMK m. 321, gerekse Soyadı Kanunu m. 4/2 c. 2 hükmünün iptalinin -Kanun koyucu yeni bir düzenleme yapıncaya kadar- hali hazırdaki durumu değiştirmedigi, İçişleri Bakanlığı Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğü’nün 19.03.2012 tarihli genelgesiyle Nüfus Müdürlüklerine bildirilmiştir.

“(1) Yaşının küçüklüğü nedeniyle kendisini ifade edemeyen bulunmuş çocukların nüfus kütüklerine kaydedilmesi, kolluk görevlileri veya ilgili kurumların bu durumu belirten tutanaklarına veya ilgililerin beyanlarına dayanılarak buldukları yerin nüfus müdürlüğünce yapılır. (2) Zihinsel engelli olup da bulunmuş onsekiz yaşından büyük kişileri, mahkemece tayin edilecek olan kayyımları bildirmekle yükümlüdür. Bildirimin tam teşekküllü devlet hastahanesinden alınacak sağlık kurulu raporu ile nüfus müdürlüğüne yapılması zorunludur. (3) Bu kişiler hakkında düzenlenen tutanaklarda doğum tarihi, adı ve soyadı ile ana ve baba adı belirtilmemiş ise; nüfus müdürlüğüne ad ve soyad ile ana ve baba adı verilir. Doğum tarihi belirlenmemişse resmî sağlık kuruluşunca tespit edilmesi sağlanır”. Buna göre, bu kişilerin soyadını nüfus müdürü koyacaktır²⁶.

d. Evlat Edinilmeyle Soyadının Kazanılması

TMK m. 314/3 gereği, evlâtlık küçük ise evlât edinenin soyadını alır. Buna karşılık, evlatlık ergin ise, evlât edinenin soyadını alıp almamakta serbesttir. Çocuk karı-koca tarafından birlikten evlat edinilmişse -kural bu şekildedir- ailenin soyadını, evli olmayan bir kişi tarafından evlat edinilmişse onun soyadını alır (TMK m. 306 ve m. 307). Evlatlık evli bir erkek ise ve evlat edinenin soyadını almışsa, eşinin ve ergin olmayan çocuklarının soyadı da değişir. Ölüm ile evlatlık ilişkisi son bulmadığı için, evlatlık evlat edinenin soyadını taşımaya devam eder²⁷.

3. Evli Kadının Soyadı

Evli kadının soyadına ilişkin düzenlemeleri incelemeden önce, bir hususu vurgulamak isteriz. Bir erkeğin soyadı -kural olarak- ölünceye kadar değişmezken, kadının soyadı evlenmesi, keza boşanması halinde -kural olarak- değişmektedir. Türk Medeni Kanunu'nun 187. maddesi, evli kadına doğumla kazandığı soyadını tek başına ölünceye kadar taşıma imkânını vermemektedir. Oysaki daha önce de belirttiğimiz üzere, soyadı kişilik hakkı çerçevesinde korunan değerlerden birini oluşturmaktadır.

²⁶ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 113; Dural/Öğüz, s. 174.

²⁷ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 113; Dural/Öğüz, s. 172.

a. Türk Hukukunda

Kadının soyadı kenar başlıklı, TMK m. 187’de, “*Kadın, evlenmekle kocasının soyadını alır; ancak evlendirme memuruna veya daha sonra nüfus idaresine yapacağı yazılı başvuruyla kocasının soyadı önünde önceki soyadını da kullanabilir. Daha önce iki soyadı kullanan kadın, bu haktan sadece bir soyadı için yararlanabilir*” hükmü yer almaktadır. Mülga 743 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun 4248 sayılı Kanun’la²⁸ değişmiş hali de şu şekildeydi: “*Kadın, evlenmekle kocasının soyadını alır; ancak evlendirme memuruna veya daha sonra nüfus idaresine yapacağı yazılı başvuru ile kocasının soyadı önünde önceki soyadını da kullanabilir. Daha önce iki soyadı kullanan kadın, bu haktan sadece bir soyadı için yararlanabilir*”. Değişiklikten önceki hali ise, kadına önceki soyadını hiçbir surette taşıma imkânı vermemekte, “*Karı, kocasının aile ismini taşır*” hükmünü içermekteydi.

Bu hükmün uygulanması çerçevesinde bazı hususların açıklanması gereklidir. İlk olarak, “önceki soyadı” ifadesi ne anlama gelir? Bu soyadı, babanın veya evlat edinenin soyadı olabileceği gibi, kadın evlenirken dul idiyse önceki eşinin soyadı da olabilir²⁹. Bundan başka boşanmış, ancak TMK m. 173/2³⁰ hükmünden yararlanarak eski eşinin soyadını taşıyan kadın için de, eski eşinin soyadı, önceki soyadı olabilir. Kadın eşinin soyadını bunlarla birlikte kullanma hakkına sahiptir³¹. Önceden iki soyadı kullanma

²⁸ R.G. T. 22.05.1997, S. 22996.

²⁹ **Öztan**, s. 209-210; **Dural/Öğüz**, s. 173.

³⁰ *Boşanan kadının kişisel durumu* kenar başlıklı m. 173’e göre, “Boşanma hâlinde kadın, evlenme ile kazandığı kişisel durumunu korur; ancak, evlenmeden önceki soyadını yeniden alır. Eğer kadın evlenmeden önce dul idiyse hâkimden bekârlık soyadını taşımasına izin verilmesini isteyebilir. (2) Kadının, boşandığı kocasının soyadını kullanmakta menfaati bulunduğu ve bunun kocaya bir zarar vermeyeceği ispatlanırsa, istemi üzerine hâkim, kocasının soyadını taşımasına izin verir. (3) Koca, koşulların değişmesi hâlinde bu iznin kaldırılmasını isteyebilir”.

³¹ Belirtmek gerekir ki, böyle bir halde eski eşin TMK m. 173/3 hükmüne istinaden kadının kendisinin soyadını taşımasına engel olabileceği ifade edilmektedir. Bkz. **Dural/Öğüz**, s. 173. **Öztan**, bu halde hâkimin takdir yetkisini kullanırken, kadının kocasının soyadını taşımaya devam etmesinde bir menfaatinin olup olmadığını, keza kadının bu soyadı taşımaya devam etmesinin kocaya bir zarar verip vermediğini değerlendirmesi gerektiğini, ikinci evliliğin tek başına soyadının kullanılmasını için verilen iznin kaldırılması bakımından yeterli bir neden olarak görülmemesi gerektiğini belirtmektedir. Bkz.

haline gelince, bu durum da, kadının ilk evliliğinde iki soyadı kullanmakta iken (önceki soyadı + eşinin soyadı) dul kalması halinde ortaya çıkabilecektir³². İki soyadı kullanan kadın, tekrar evlenmesi halinde, iki soyadının üzerine üçüncü bir soyadı alamaz, ilk iki soyadından birini tercih eder³³. Keza, iki soyadı kullanan kadının boşanması ve fakat TMK m.173/2 hükmüyle iki soyadı taşımaya devam etmesi halinde de aynı durum söz konusu olur³⁴.

b. İsviçre Hukukunda

İsviçre hukukunda 01.01.2013 tarihinden beri eşlerin bekârlık soyadını koruyacağı düzenlenmiştir. İsviçre Medeni Kanunu'nun 160. maddesine göre, (1) Her eş kendi soyadını korur. (2) Ancak nişanlılar nüfus memuruna, kadının veya erkeğin bekârlık soyadını, aile soyadı olarak taşımak/kullanmak istediklerini bildirebilirler. Dolayısıyla İsviçre hukuku bakımından kadının soyadını değiştirmesi zorunluluğu ortadan kalkmıştır. Bununla birlikte bekârlık soyadıyla birlikte eşin soyadını (aile soyadını) birlikte kullanma imkânı da ortadan kalkmıştır³⁵.

Öztan, s. 210, aynı yönde **Abik**, s. 91, **Özdamar**, D.: Türk Hukukunda Özellikle Türk Medeni Kanunu Hükümleri Karşısında Kadının Hukuki Durumu, Ankara, 2002, s. 262.

³² Kadının dul kalması, yani evliliğin ölümle sona ermesi halinde, dul kalan kadının soyadına ilişkin esasen Medeni Kanun'da da, Nüfus Hizmetleri Kanunu'nda bir hüküm yoktur. Nüfus Hizmetleri Kanunu m. 23/2 "Evlenen kadının kaydı kocasının hanesine taşınır. Kocasını ölen kadın yeniden evlenmedikçe ölen kocasının aile kütüğünde kalır. Ancak dilerse babasının kütüğüne dönebilir" hükmünü içermektedir. Bu soyadına ilişkin bir hüküm değildir. Nüfus Hizmetleri Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğin *Kocasını ölen kadın* kenar başlıklı 67. maddesine göre ise, "Kocasını ölen kadın yeniden evlenmedikçe ölen kocasının aile kütüğünde kalır ve kocasının soyadını taşımaya devam eder. Yazılı talebi halinde bekârlık hanesine dönerek bekârlık soyadını alıp kapanmış olan nüfus kaydı açılabilir. Bu durumda nüfus kaydının taşınmasına ilişkin form kullanılır". Ancak böyle bir düzenlemenin yönetmelikle değil Kanun'la yapılması gereklidir. Bkz. **Ayan**, s. 58, dipnot 170.

³³ **Öztan**, s. 210; **Abik**, s. 92-93.

³⁴ **Abik**, s. 93.

³⁵ Bkz. **Bühler**, R., **Honsell**, H./**Vogt**, N. P./**Geiser**, T.: Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456, ZGB Art. 160, N. 1-4, 5. Aufl., Basel, 2014; **Hausheer**, H./**Geiser**, T./**Aebi-Müller**, R., E.: Das Familienrecht des Schweizerischen

İsviçre hukukunda 1988 yılındaki değişiklikten önce, evli kadının kocasının soyadını alacağı düzenlenmişti (ZGB Art. 161/1)³⁶. 01.01.1988'de yürürlüğe giren "*Aile adı*" kenar başlıklı m. 160 hükmünün düzenlenmesi şu şekildeydi: (1) Kocanın adı eşlerin aile adıdır. (2) Ancak kadın nüfus memuruna önceki soyadını aile adının önünde taşımak istediğini bildirebilir. (3) Halen çift soyadı taşımaktaysa, sadece bu iki soyadından ilkinin aile adının önüne koyabilir. Bu hüküm, Medeni Kanunumuzun 187. maddesine benzer nitelikteydi, ancak İsviçre hukukunda, kadının bekârlık soyadının aile adı olarak seçilmesine de imkân verilmekteydi. Adın değiştirilmesine ilişkin 30. maddenin ikinci fıkrasına göre, nişanlılar, nikâhtan önce, kadının soyadının aile adı olmasını, haklı nedenleri³⁷ ortaya koymak kaydıyla talep edebilirler. Esasen, bu hükmün de eşitliği sağladığını söylemek mümkün değildir, zira aslolan hâlâ erkeğin soyadıdır³⁸.

Zivilgesetzbuches, Bern, 2014, s. 76-77; **Ayan**, s. 45-46; **Öcal Apaydın**, B.: Son Yargı Kararları Işığında Kadının Soyadı Meselesi Çözümüne Kavuşturulmuş Mudur?, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 6, S. 2, Y. 2015, s. 433; **Helvacı, S./Kocabaş, G.**: Fransız, Alman ve İsviçre ve Türk Hukuklarında Kadının Soyadı, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Sayı, Y. 2015, C. 21, S. 2, Prof. Dr. Mehmet Âkif AYDIN'a Armağan, s. 627 vd.; **Oktay-Özdemir, S.**: Soyadı İle İlgili İsviçre Medeni Kanunu'nda 2013 Yılında Yürürlüğe Giren Değişiklikler İle Türk Hukukundaki Durumun Karşılaştırılması (Değişiklikler), Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Sayı, Y. 2016, C. 22, S. 3, Prof. Dr. Cevdet YAVUZ'a Armağan, II. Cilt, s. 2021-2022.

³⁶ Bu dönem için bkz. **Abik**, s. 144.

³⁷ Hükümde, kadının soyadının aile adı olması için haklı sebeplerin varlığı aransa da, uygulamada bunun serbest bir seçim hakkı olarak işlediği ifade edilmekteydi. Bkz. **Bühler, R., Honsell, H./Vogt, N. P./Geiser, T.**: Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456, ZGB Art. 30, N. 18, 4. Aufl., Basel, 2010.

³⁸ **Bühler, Honsell/Vogt/Geiser, T.**, Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456, ZGB Art. 160, N. 1-4, 2010; **Moroğlu**, s. 69 vd.; **Sturm, F.**: Künftiges Schweizer Namensrecht, Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul Cilt 32, Sayı 49 (2000), s. 25 vd. ; **Moroğlu, N.**: Kadının Soyadı (Armağan), Prof. Dr. Necla ARAT'a Armağan, İstanbul, 2004, s. 298 vd.; **Abik**, s. 144 vd.; **Özdamar, D.**: CEDAW Sözleşmesi Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Dair Sözleşme ve Ek İhtiyari Protokol'ün İç Hukukumuzda, Özellikle Yeni Aile Hukukumuzda Etkisi (CEDAW), Ankara, 2009, s. 64; **Ayan**, s. 43-45; **Çakırca, S., İ.**: Kadın Erkek Eşitliği Açısından M.K. m. 187'nin Değerlendirilmesi (MK m. 187), Prof. Dr. Rona SEROZAN'a Armağan, C.I, İstanbul,

Bu değişiklikten bir süre sonra, m. 30/2 hükmünün erkek için uygulanmasını, yani kocanın bekârlık soyadını evlilik soyadının önüne alması talebini reddeden Federal Mahkeme kararı³⁹ nedeniyle, AİHM 22.02.1994'te, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8. ve 14. maddelerini ihlal etmesine istinaden İsviçre'yi mahkûm etmiştir^{40 41}. Bu kararın ardından, İsviçre, 01.07.1994'de yürürlüğe girmek üzere Medeni Hal Yönetmeliğine bir madde ekleyip erkek nişanlıyı da, kendi soyadını, kadın nişanlıının soyadının aile adı olarak seçilmiş olması halinde, onun önüne ekleme imkânına kavuşturmuştur⁴². Öte yandan, Burghartz kararından sonra, kadın erkek eşitliğini sağla-

2010, s. 731 vd.; **Yılmaz**, M.: Evli Kadının Soyadı, TAAD (Türkiye Adalet Akademisi Dergisi), Y.3, S. 10, Temmuz 2012, s. 141-142; **Atasayan**, M. G.: Kadının Soyadı Da Yok, Prof. Dr. Mustafa DURAL'a Armağan, İstanbul, 2013, s. 209 vd.; **Öcal Apaydın**, s. 429 vd.; **Helvacı/Kocabaş**, s. 627 vd.; **Oktay-Özdemir**, Değişiklikler, s. 2020 vd.

³⁹ Karara konu olay şu şekilde gerçekleşmiştir: İsviçre vatandaşı Albert Johann Schnyder, Alman vatandaşı Susanna Maria Simone Burghartz ile 1984 yılında Almanya'da evlenir. Alman hukukuna göre, kadının soyadı aile soyadı olarak seçilebilmektedir. Schnyder ve Burghartz, İsviçre'deki kanun değişikliğinden önce, kadının soyadının aile soyadı olması için talepte bulunmuşlar, bundan başka Schnyder kendi soyadını Burghartz'ın önünde kullanmayı talep etmiştir. İsviçre makamları ve sonrasında da Federal Mahkeme, bu talepleri reddetmiş, ancak Federal Mahkeme m. 30/1 hükmüne göre önemli nedenle soyadı değişikliğini kabul etmiştir. Böylece kadının soyadı aile soyadı olabilmektedir. Fakat Schnyder'in iki soyadını birlikte kullanma talebi kabul görmemiştir. Bkz. BGE 115 II, 193 vd.

⁴⁰ Kararın Almanca özet metni için bkz. http://www.menschenrechte.ac.at/docs/93_2/93_2_03.htm; İngilizce tam metin için bkz. [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-57865"\]](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{); Fransızca tam metin için bkz. http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?highlight_docid=cedh%3A%2F%2F19940222_16213_90%3Ade&lang=de&type=show_document.

⁴¹ Söz konusu karar hakkında ayrıntılı değerlendirilmeler için bkz. **Sturm**, s. 27 vd.; **Nomer**, H., N.: Avrupa Birliği'ne Üye Devletlerde ve Türkiye'de Evlenen Kadının ve Ortak Çocuğun Soyadı, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni (MHB), Cilt 22, Sayı 2 (2002), Prof. Dr. Ergin NOMER'e Armağan, s. 442 vd.; **Abik**, s. 150 vd.; **Ergene**, D.: İnsan Hakları Hukukundaki Gelişmeler Işığında Türk Hukukunda Kadının ve Çocuğun Soyadı Meselesi ve Medeni Kanun'da Değişiklik Önerisi, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni (MHB), Cilt 31, Sayı 2 (2011), s. 150 vd.; **Atasayan**, s. 212 vd.; **Öcal Apaydın**, s. 430-431.

⁴² **Abik**, s. 152; **Ayan**, s. 45; **Öcal Apaydın**, s. 431; **Oktay-Özdemir**, Değişiklikler, s. 2021. Böyle bir değişikliğin Kanun'la yapılması gerektiği yönünde bkz. **Sandoz**, S.: Le

mak için çeşitli kanun tasarıları hazırlanmışsa da, bunlar kadük kalmıştır. AİHM'in Türkiye aleyhindeki Ünal-Tekeli kararından sonra bu husustaki tartışmalar yoğunlaşmış ve nihayet 30.09.2011'de, 01.01.2013 tarihinde yürürlüğe girmek üzere, bölümün başında açıkladığımız değişiklik gerçekleşmiştir⁴³.

c. Alman Hukukunda

Alman Medeni Kanunu'nun "*Aile adı*" kenar başlıklı 1355. maddesine (BGB § 1355) göre, (1) Eşler ortak bir aile adı belirlemelidirler. Eşler belirlemiş oldukları bu soyadını taşırlar; ancak ortak bir aile adı belirlememişlerse, evlenme anındaki soyadlarını, evlendikten sonra da taşımaya devam ederler. (2) Eşler, nüfus memuruna yapacakları bildirimle, erkeğin ya da kadının doğum soyadını veya bildirim tarihindeki soyadını aile adı olarak seçebilirler. (3) Aile adının belirlenmesine ilişkin bildirim evlenmeden sonra da yapılabilir, ancak bu halde bildirim tescil edilmesi gerekir. (4) Soyadı aile adı olarak belirlenmemiş olan eş, nüfus memuruna yapacağı bildirimle, doğum soyadını veya evleninceye kadar taşımış olduğu soyadını, aile adının önüne veya ardına ekletebilir. Ancak aile soyadı birden çok isimden oluşuyorsa bu söz konusu olmaz. Eşlerden birinin soyadı birden çok isimden oluşuyorsa, bu isimlerden sadece biri eklenebilir. Bu bildirimden vazgeçilmesi mümkündür, ancak bu halde Nüfus Müdürlüğü'ne birinci cümle çerçevesinde bildirimde bulunulamaz. Evlenme anında nüfus müdürlüğüne yapılmayan bildirim ve caymanın tescil edilmesi gerekir.

Alman hukukunda evli kadının soyadı tam anlamıyla eşitlikçi bir yaklaşımla düzenlenmiştir. Ne var ki, bu duruma bir anda gelinmemiştir. Başlangıçta soyadına ilişkin düzenlemelerde ataerkil anlayışın etkisiyle, erkeğin soyadı aile soyadı olarak kabul edilmişken, çeşitli aşamalardan geçildikten sonra bu sonuca ulaşılmıştır. Bu aşamaları kısaca özetlersek, eşitliğin sağlanması yolunda atılan ilk adım 1949 yılında "Eşit Haklara Sahip

point sur le droit de la famille/Entwicklungen im Familienrecht, SJZ 91 (1995), s. 112 vd. (STURM'dan naklen, **Sturm**, s. 28).

⁴³ Hazırlanan tasarılar hakkında bkz. **Bühler, Honsell/Vogt/Geiser**, T.: Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456, ZGB Art. 160, N. 3-4, 2010; **Abik**, s. 158 vd.

Olma İlkesi”nin kabulüdür. Bunu 01.07.1958 tarihinde yürürlüğe giren “Kadın ve Erkeğin Medeni Hukuk Alanında Eşit Haklara Sahip Olmaları Hakkında Kanun” izlemiştir. Üçüncü aşama 14.06.1976 tarihinde yürürlüğe giren “Evlilik ve Aile Hukuku Reform Kanunu”dur. Bu Kanun’la birlikte kadının soyadının da, aile adı olarak seçilebilmesi sağlanmıştır. Ancak eşler herhangi bir seçim yapmazlarsa, erkeğin soyadı aile adı olacaktır. Bu hüküm, Alman Anayasa Mahkemesi’nin önüne gelmiş, ancak mahkeme 1988 yılında bu hükmün Alman Anayasasıyla bağdaşıp bağdaşmadığına açık ve kesin bir cevap vermemiştir. Nihayet bu hükmü 1991 yılında eşit haklara sahip olma ilkesine aykırılık oluşturduğu için iptal etmiştir. 01.04.1994 yılında yürürlüğe giren “Aile Adı Hakkında Kanun”la ortak aile adı taşıma zorunluluğu ortadan kaldırılmıştır⁴⁴.

BGB § 1355/2 hükmü, Alman Anayasa Mahkemesinin 2004 yılında vermiş olduğu karar⁴⁵dan önce, şu hükmü içermekteydi: “Eşler, nüfus memuruna yapacakları bildirimle, erkeğin ya da kadının doğum soyadını aile adı olarak seçebilirler”. Mahkeme aile adı seçiminde sadece doğumla kazanılan soyadın seçilebilmesini, eşlerin önceki evliliklerinden kazandıkları soyadlarını aile adı olarak seçememelerini Anayasa’ya aykırı bulmuştur. 06.02.2005 tarihli Kanun’la, 12.02.2005’den itibaren BGB § 1355/2 bölümün başında ifade ettiğimiz halini almıştır⁴⁶.

⁴⁴ Alman hukukundaki bu aşamalar hakkında geniş bilgi için bkz. **Moroğlu**, s. 53-68; **Moroğlu**, Armağan, s. 288-298; **Özdamar**, CEDAW, s. 65 vd.; **Abik**, s. 166-192; **Göztepe**, E.: Anayasal Eşitlik İlkesi Açısından Evlilikte Kadınların Soyadı, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, 54-2, 1999, s. 125 vd. Alman hukukunda aile adı ve kadının soyadına ilişkin olarak ayrıca bkz. **Nomer**, s. 424 vd.; **Çakırca**, MK m. 187, s. 733 vd.; **Ayan**, s. 46; **Yılmaz**, s. 142; **Atasayan**, s. 206 vd.; **Helvacı/Kocabaş**, s. 619 vd.; **Von Sachsen Gessaphe**, K., A., P.: Münchener Kommentar zum BGB, Band 8, Familienrecht I, § § 1297-1588, 7. Auflage 2017, § 1355, N. 1-3. <https://beck-online.beck.de>

⁴⁵ BVerfGE 109, 256.

⁴⁶ **Çakırca**, MK m. 187, s. 737. Maddenin önceki metinleri ve değişiklikler için bkz. <https://beck-online.beck.de/Dokument?vpath=bibdata%2Fges%2Fbgb%2Fcont%2Fbgb.p1355.htm&versionDate=20020101#lawversion>.

d. Uluslararası Hukukta

aa. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi

Türkiye'nin kabul etmiş olduğu ve eşitlik ilkesinin yer aldığı temel belgelerden biri 1948 tarihli Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesidir⁴⁷. Bu bildirgenin 1. ve 7. maddelerinde genel eşitlik ilkesi yer almakta, 16. maddesinde ise, evlilik çağına varan her erkek ve kadının, ırk, vatandaşlık veya din bakımlarından hiç bir takyidata tabi olmaksızın evlenmek ve aile kurmak hakkını haiz olduğu, evlenme akdinin ancak müstakbel eşlerin serbest ve tam rızasıyla yapılacağı, her erkek ve kadının evlenme konusunda, evlilik süresince ve evliliğin sona ermesinde eşit hakları haiz olduğu⁴⁸ düzenlenmiştir⁴⁹.

bb. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve 7 No'lu Protokol

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetlerini Korumaya Dair Sözleşme⁵⁰), 8. maddesinde, herkesin özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahip olduğu, bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesinin, ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabileceğini düzenlemiştir. Sözleşmenin 14. maddesinde ise, bu Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanmanın, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal veya diğer kanaatler, ulusal veya toplumsal köken, ulusal bir azınlığa aidiyet, servet, doğum başta olmak üzere herhangi başka bir duruma dayalı

⁴⁷ R.G. T. 27.05.1949, S. 7217.

⁴⁸ Son cümle resmi metinde yer almamaktadır, yanlışlıkla atlanmıştır. Bkz. **Akılhoğlu**, T.: İnsan Haklarının Korunması Alanında Uluslararası Temel Belgeler, Ankara, 1995, s. 18.

⁴⁹ **Özdamar**, s. 147 vd.; **Genç Arıdemir**, A.: Aile Hukuku Bakımından Önem Taşıyan "Kadın Haklarına İlişkin Uluslararası Belgeler" ve Bunların Türk Hukukuna Etkisi, Prof. Dr. Necla ARAT'a Armağan, İstanbul, 2004, s. 161-162; **Çakırca**, MK m. 187, s. 717 vd.

⁵⁰ R.G. T. 19.03.1954, S. 8662.

hiçbir ayrımcılık gözetilmeksizin sağlanması gerektiğini öngörmektedir⁵¹. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin en önemli özelliği, düzenlemiş olduğu temel hak ve özgürlüklerin korunması için uluslararası koruma ve güvence sistemleri getirmiş olmasıdır. Sözleşme, hakkı ihlal edilen kişilere, ihlal eden Devlete karşı İnsan Hakları Komisyonu'na başvurabilme yani bireysel başvuru hakkı tanımıştır⁵².

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi spesifik olarak ad üzerindeki hakka ilişkin bir hüküm içermemektedir. Fakat içtihatlarla özel hayatın ve aile hayatının korunması ve ayrımcılık yasağı çerçevesinde, ada ilişkin hakkı da koruma altına almıştır⁵³. Buna karşılık, Ek 7 No'lu Protokol⁵⁴, her ne kadar ada ilişkin bir düzenleme içermese de, *Eşler arasında eşitlik* kenar başlıklı 5. maddesiyle, "Eşler evlilik bakımından, evlilik süresince ve evliliğin bitmesi halinde, kendi aralarındaki ve çocukları ile olan ilişkilerinde özel hukuk niteliği taşıyan hak ve sorumluluklar açısından eşittir. Bu madde, devletlerin çocuklar yararına gereken tedbirleri almalarına engel değildir" hükmünü getirmiştir.

cc. Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi

Kadın-erkek eşitliğinin sağlanması konusundaki en geniş kapsamlı sözleşme hiç şüphesiz Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi (CEDAW)'dir. Bu sözleşme, Türkiye'de, 14.10.1985 tarih ve 18858 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmış ve 19.01.1986'da yürürlüğe girmiştir. Onaylandığı tarih itibariyle, iç hukukumuzdaki hükümlerle çelişmesi

⁵¹ Geniş bilgi için bkz. **Özdamar**, s. 157 vd.

⁵² Geniş bilgi için bkz. **Özdamar**, s. 159 vd.

⁵³ Bu hususta verdiği kararlar için bkz. **Çakırca**, MK m. 187, s. 721 vd.

⁵⁴ Bu protokolün uygun bulma kanunu 25.03.2016 tarih ve 29664 no'lu Resmi Gazete'de, protokolün onaylanması hakkındaki karar ve protokol metni ise, 08.04.2016 tarih ve 29668 no'lu Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Uygun bulma belgesi Avrupa Konseyi'ne 02.05.2016'da iletildiği için, protokolün 9. maddesindeki iki aylık süre uyarınca Türkiye yönünden 01.08.2016 itibariyle yürürlüğe girmiştir. Bu hususta bkz. **Şirin**, T.: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ne Ek 7. no.lu Protokol Hakkında Genel Bir Bilgilendirme, http://www.academia.edu/28122179/Avrupa_%C4%B0nsan_Haklar%C4%B1_S%C3%B6zle%C5%9Fmesi_7_nolu_Protokol

sebebiyle Türkiye bazı maddelere çekince koymuştur⁵⁵. Çekince koyduğu maddelerden biri de, inceleme konumuz olan soyadı'na ilişkindir. Sözleşmenin soyadını da düzenleyen 16/1 g bendi şu hükmü içermektedir: Taraf devletler, kadınlara karşı evlilik ve aile ilişkileri konusunda ayırımı önlemek için gerekli bütün önlemleri alacaklar ve özellikle kadın erkek eşitliği ilkesine dayanarak kadınlara aşağıdaki hakları sağlayacaklardır: g) Aile adı, meslek ve iş seçimi dâhil karı ve koca için eşit kişisel haklar. Hemen belirtelim ki, Türkiye m. 15/2 ve 4 ile m. 16/1 c, d, f ve g hükümlerine ilişkin çekincelerini, Birleşmiş Milletler Genel Sekreterliği'ne tevdi ettiği Dışişleri Bakanlığı'nın 29.06.1999 tarihli yazısıyla kaldırmıştır⁵⁶.

Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi'ne taraf olan devletler, ülkelerinde kadınlara karşı yapılan her türlü ayırımı ortadan kaldırmayı taahhüt etmişlerse de, bu taahhütlerini yerine getirip getirmediyelerini denetleyecek bir mekanizma Sözleşme'de yer almamıştır. Bu denetimin gerçekleştirilebilmesi için Ek İhtiyari Protokol hazırlanmış, Birleşmiş Milletler 54. Genel Kurulu'nun 06.10.1999 tarihli oturumunda onaylanıp imzaya açılmıştır. Türkiye, Ek İhtiyari Protokolü 30.07.2002'de onaylamış, 29.03.2003 tarihinden itibaren de Protokol yürürlüğe girmiştir⁵⁷.

Sözleşmenin denetim mekanizması⁵⁸, Ek Protokolün hukuki yaptırım ve bağlayıcılığı, AİHM'in getirdiği gerçek bir hukuki yaptırım ve himayeden yoksundur, Sözleşmenin uygulanmaması sebebiyle, hukuki yaptırım sağlayacak, doğrudan bir başvuru yeri yoktur, ancak Sözleşme'de tanınmış olan hakların -kadının insan haklarının- ihlali halinde, AİHM'e başvurma imkânı mevcuttur⁵⁹.

⁵⁵ Bu maddeler için bkz. **Moroğlu**, N.: Kadınların İnsan Hakları Bildirisi ve Ek İhtiyari Protokol (İnsan Hakları), İstanbul, 2003, s. 29 vd. Çekinceler hakkında geniş bilgi için bkz. **Özdamar**, CEDAW, s. 40 vd.

⁵⁶ **Moroğlu**, İnsan Hakları, s. 34-35; **Özdamar**, CEDAW, s. 48.

⁵⁷ R.G. T. 18.09.2002, S. 24480. Bkz. **Moroğlu**, İnsan Hakları, s. 43-44; **Özdamar**, CEDAW, s. 458-460.

⁵⁸ Denetim mekanizması hakkında geniş bilgi için bkz. **Özdamar**, CEDAW, s. 461 vd.

⁵⁹ **Özdamar**, CEDAW, s. 467-468.

dd. Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi

Türkiye Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'ni 15.08.2000'de imzalamış, Sözleşme 04.06.2003 tarih ve 4868 sayılı Kanun⁶⁰ ile onaylanmıştır. Bu sözleşmenin m. 23/4⁶¹ hükmüne göre, “Bu Sözleşme’ye Taraf Devletler, eşlerin evlenirken, evlilik süresince ve evliliğin sona ermesinde eşit hak ve sorumluluklara sahip olmalarını sağlamak için gerekli tedbirleri alacaklardır. Evlilik sona erdiğinde, çocuklar için gerekli olan koruyucu hükümler öngörülmesi sağlanacaktır”⁶².

e. Türk, İsviçre, Alman Hukukundaki ve Uluslararası Hukuktaki Düzenlemelerin Değerlendirilmesi

Türk hukukunda evli kadının soyadına ilişkin TMK m. 187 hükmünün, kadın-erkek eşitliğiyle, soyadı üzerindeki hakkın kişilik hakkına ait bir değer olması ve vazgeçilmezliğiyle hiçbir şekilde bağdaşmadığı kanaatindeyiz⁶³. Bu husustaki içtihatları müteakip bölümde değerlendireceğiz.

⁶⁰ R.G. T. 18.06.2003, S. 25142.

⁶¹ Sözleşme metni için bkz. R.G. T. 23.07.2003, S. 25175.

⁶² Sözleşme 49. maddesi uyarınca, Türkiye bakımından 23.12.2003 tarihinden itibaren hüküm doğurmaya başlamıştır. Bkz. <http://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/tr/content/117-medeni-ve-siyasi-haklara-iliskin-uluslararası-sozlesme/>

⁶³ **Moroğlu**, s. 137 vd.; **Göztepe**, s. 128-129; **Nomer**, s. 447; **Özdamar**, s. 271-272; **Abik**, s. 265; **Özdamar**, CEDAW, s. 339-340; **Çakırca**, MK m. 187, s. 746 vd.; **Ergene**, s. 164 vd.; **Ayan**, s. 81; **Çakırca**, S., İ.: Evli Kadının Soyadına İlişkin Güncel Gelişmelerin Değerlendirilmesi (Soyadı), İÜHFM, C. LXX, S. 2, 2012, s. 163-164; **Atasayan**, s. 217; **Aydın**, G., S.: Türk Medeni Kanunu m. 187 (Anayasa Mahkemesinin 187. Maddenin İptal İstemini Red Kararı ve Gerekli Görülen Yeni Düzenleme Hakkında Bir Değerlendirme), Prof. Dr. Mustafa DURAL’a Armağan, İstanbul, 2013, s. 267 vd.; **Kılıçoğlu Yılmaz**, K.: Kadının Bitmeyen Soyadı Sorunu, ABD, 2014/4, s. 585 vd.; **Yüksel**, S., R.: Türk Medeni Kanunu Bakımından Kadın - Erkek Eşitliği, GÜHFD, C. XVIII, Y. 2014, S. 2, s. 183 vd.; **Kılıçoğlu**, A.: Aile Hukuku (Aile), Ankara, 2015, s. 173-174; **Öcal Apaydın**, s. 456-457; **Atasoy**, H.: Evli Kadının Soyadı Sorunu Anayasal mı? Bireysel mi?, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, S. 5, 2015, s. 165-166; **Mortaş**, S.: Evlenen Kadın İle Velayeti Kadına Bırakılan Çocuğun Soyadının Belirlenmesinde “Kocanın Soyadı” Parametresi, GÜHFD, C. XX, Y. 2016, S. 2, s. 358; **Oruç**, M.: Evli Kadının Münhasıran Bekârlık Soyadını Kullanabilmesi, TAAD (Türkiye Adalet Akademisi Dergisi), Y. 7, S. 27, Temmuz 2016, s. 454 ; **Oktay-Özdemir**, Değişiklikler, s. 2019;

İsviçre ve Alman hukukuna gelince, kanaatimizce her iki hukuk sistemi de evli kadının soyadı hususunda kadın-erkek eşitliğini gerçekleştirmiştir. Ancak bizce Alman hukukundaki düzenleme, soyadı aile adı olarak seçilmemiş eşe, önceki soyadını da birlikte taşıma imkânı verdiği için daha yerindedir. İsviçre hukuku bakımından bu imkân ortadan kalkmıştır.

Uluslararası hukuktaki düzenlemelere baktığımız zaman, doğrudan doğruya kadının soyadına veya aile adına ilişkin tek düzenleme, yukarıda da yer verdiğimiz Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi'nin 16/1 b. g hükmüdür. Bu sözleşmeyle, sözleşmenin tarafı olan ülkeler, aile adı konusunda karı ve koca için eşit kişisel haklar getirmeyi taahhüt etmişlerdir. Ne var ki, Türkiye hâlâ bu taahhüdünü yerine getirmiş değildir.

Esasen soyadı hususunda hazırlanmış tasarı ve teklifler mevcuttur⁶⁴. Ancak hiçbiri kanunlaşmamıştır. Bunlardan Adalet Bakanlığı'nın hazırladığı tasarıda⁶⁵ 187. madde şöyle düzenlenmiştir: “Kadın, evlenmekle kocasının soyadını alır; ancak evlendirme memuruna veya daha sonra nüfus idaresine yapacağı yazılı başvuruyla kocasının soyadı önünde önceki soyadını kullanabileceği gibi, sadece önceki soyadını kullanmaya da devam edebilir. Daha önce iki soyadı kullanan kadın, bu haktan sadece bir soyadı için yararlanabilir”. Kanaatimizce bu düzenleme, mevcut hükümden daha isabetli olmakla birlikte, eşlere ortak aile soyadı seçme imkânı vermemektedir⁶⁶. Aile, Anayasa'nın ifade ettiği gibi (m. 41), eşler arasında eşitliğe dayanacaksa yapılacak düzenlemenin de, örneğin Alman Medeni Kanunu'ndaki gibi olması uygundur.

Helvacı/Kocabaş, s. 640-641. Karş. **Hatemi**, H./**Kalkan Oğuztürk**, B.: *Kişiler Hukuku*, İstanbul, 2014, s. 55; **Yılmaz**, s. 149.

⁶⁴ TBMM Kadın Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu'nda bulunan tasarı ve teklifler için bkz. https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tasari_teklif_sd.onerge_bilgileri?kanunlar_sira_no=98447; https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tasari_teklif_sd.onerge_bilgileri?kanunlar_sira_no=112216; https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tasari_teklif_sd.onerge_bilgileri?kanunlar_sira_no=113063. Ayrıca bkz. **Tumay**, M./**Altınel**, G.: *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Gunes V. Turkey Kararının Türk Anayasa Hukuku Açısından Tahlili*, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, S. 33, 2015, s. 177.

⁶⁵ **Ayan**, s. 70-74.

⁶⁶ **Ayan**, s. 72; **Ergene**, s. 165.

II. EVLİ KADININ SOYADINA İLİŞKİN ANAYASA MAHKEMESİNİN KARARLARI

1. Somut Norm Denetimi Yoluyla Verdiği Kararlar

a. 1997/61 E., 1998/59 K., 29.09.1998 Tarihli Kararı

Anayasa Mahkemesi somut norm denetimi yoluyla önüne gelen mülga 743 sayılı 4248 sayılı Kanunla değişik TMK m. 153 hükmüne ilişkin yaptığı değerlendirmede, bu hükmü eşitlik ilkesine aykırı bulmamıştır. Karar 29.09.1998'de verilmiş, ancak 15.11.2002'de Resmi Gazete'de yayımlanmıştır⁶⁷. Karara konu olan olayda, evlenmek suretiyle eşinin soyadını alan kadın, kendisinin evlenmeden önceki soyadını aile soyadı olarak kullanmak amacıyla dava açmış, yerel mahkeme, 743 sayılı TMK m. 153/1 hükmünün, Anayasa'nın 12. ve 17. maddelerine aykırılığı iddiasını ciddi bulup hükmün iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuştur. Anayasanın *Temel hak ve hürriyetlerin niteliği* kenar başlıklı 12. maddesi, "Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir. (2) Temel hak ve hürriyetler, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva eder" şeklindedir. *Kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı* kenar başlıklı 17. maddesi ise, davanın görüldüğü tarihte "Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. (2) Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz. (3) Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz. (4) Mahkemelerce verilen ölüm cezalarının yerine getirilmesi hali⁶⁸ ile meşru müdafaa hali, yakalama ve tutuklama kararlarının yerine getirilmesi, bir tutuklu veya hükümlünün kaçmasının önlenmesi, bir ayaklanma veya isyanın bastırılması, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde yetkili merciin verdiği emirlerin uygulanması sırasında silah kullanılmasına kanunun cevaz verdiği zorunlu durumlarda meydana gelen öldürme fiilleri, birinci fıkra hükmü dışındadır" hükmünü içermektedir. Ancak Anayasa

⁶⁷ R.G. T. 15.11.2002, S. 24937. Bu karar 8'e 3 oyçokluğuyla verilmiştir.

⁶⁸ "Mahkemelerce verilen ölüm cezalarının yerine getirilmesi hali ile" ibaresi 07.05.2004 tarihli ve 5170 sayılı Kanunun 3. maddesiyle metinden çıkarılmıştır.

Mahkemesi iptali istenen TMK m. 153 hükmünü, Anayasanın 10. maddesiyle ilgili görmüştür. Davanın görüldüğü tarihte, *Kanun önünde eşitlik* kenar başlıklı 10. madde şu hükmü içermekteydi: “ Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. (2) Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz. (3) Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar⁶⁹”. Bundan başka, Anayasa Mahkemesi ilk incelemesinde, bakılmakta olan davada, davacı kadın kendi soyadının aile soyadı olmasını istediği için, esas incelemenin fıkra da yer alan, “Kadın evlenmekle kocasının soyadını alır” sözcükleriyle sınırlı olarak yapılmasına ve işin esasının incelenmesine oybirliğiyle karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesi yaptığı değerlendirmede, itiraz konusu hükmün, sosyal gerçeklerin doğurduğu zorunluluklardan ve yasa koyucunun yıllar boyu kökleşmiş bir geleneği kurumsallaştırmasından kaynaklandığını, “Aile hukuku” öğretisinde de kadının erkeğe göre farklı yaratıldığı, zorunluluklar ve toplumsal gerçekler karşısında kadının korunması, aile bağlarının güçlendirilmesi, evlilik birliğinde düzen ve uyum sağlanması, aile içinde iki başlılığın önlenmesi gerektiği gibi hususlarda görüşler bulunduğunu ifade etmiştir. Mahkeme’ye göre, kullanılan aile isminin kuşaktan kuşağa doğumla geçmesiyle aile birliği ve bütünlüğü devam etmiş olacaktır. Aile birliğinin sağlanması için yasa koyucu eşlerden birisine öncelik tanımıştır. Kamu yararı, kamu düzeni ve kimi zorunluluklar soyadının kocadan geçmesinin tercih nedeni olduğunu göstermektedir. Kaldı ki, itiraz konusu kuralda aile isminin sadece erkeğin soyadına bağlanacağı öngörülmemekte, kadının başvurusu durumunda kocanın soyadıyla birlikte kızlık soyadını da kullanma olanağı bulunmaktadır.

Öte yandan, kadının evlenmekle kocasının soyadını almasının cinsiyet ayırımına dayanan bir farklılaşma yarattığı savının da yerinde olmadığını,

⁶⁹ 10. maddeye, 07.05.2004 tarihli ve 5170 sayılı Kanununun 1. maddesiyle eklenen ek fıkra ile “Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür” hükmü, keza bu fıkraya 07.05.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanununun 1. maddesiyle eklenen cümle ile de “Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz” hükmü getirilmiştir.

Anayasa'nın 10. maddesinde öngörülen eşitliğin, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı olacağı anlamına gelmeyeceğini belirterek kişilerin haklı bir nedene dayanarak değişik kurallara bağlı tutulmalarının eşitlik ilkelerine aykırılık oluşturmadığını, durum ve konumlarındaki özelliklerin kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerekli kılabileceğini, yasa koyucunun aile soyadı olarak kocanın soyadına öncelik vermesinin belirtilen haklı nedenler karşısında eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmadığından bahisle itiraz konusu kuralın Anayasanın 10., 12. ve 17. maddelerine aykırı olmadığını belirtip iptal istemini üç karşı oyla reddetmiştir.

Karşı oy yazısı, kanaatimizce haklı bulmadığımız bu gerekçeye cevap niteliğindedir. Bu yazıda, öncelikle, genel eşitlik ilkesinin somut bir uygulaması olarak farklı cinslerin eşit haklara sahip olması ilkesinin⁷⁰, kadın ve erkeğin cinsiyetine bakılmaksızın aynı hukuksal statüye bağlı tutulmasını ve bunun sonucu olarak da hak ve özgürlüklerle sorumluluklar bakımından tam bir eşitlik sağlanmasını zorunlu kıldığı ifade edilmiştir. Keza, davanın görüldüğü sırada çoktan imzalayıp onayladığımız “Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi”ne yer verilmiş, bu sözleşmede genel eşitlik ilkesinin somut bir göstergesi olan “farklı cinslerin eşit haklara sahip olması ilkesi”nin esas alındığının görüldüğü ifade edilmiş, bu doğrultuda Sözleşmenin başlangıcında, “Kadınlara karşı ayrımcılığın, hak eşitliği ve insan şeref ve haysiyetine saygı ilkelerini ihlâl ettiği” belirtildikten sonra 1. maddede, kadınların medeni durumlarına bakılmaksızın hak ve özgürlükler konusunda cinsiyete bağlı olarak yapılan herhangi bir ayırım, yoksunluk ve

⁷⁰ Bu noktada karşı oy yazısında, Anayasa'da, Alman Anayasası'nın 3. maddesinde olduğu gibi “kadın ve erkek eşit haklara sahiptir” biçiminde somut bir kural yer almamakta ise de, 10. maddedeki genel eşitlik tanımının bu ilkeyi de kapsadığı hususunda bir duraksama olamayacağı da ifade edilmiştir. 10. maddeye, “Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür” hükmü 07.05.2004 tarihli ve 5170 sayılı Kanununun 1. maddesiyle ek fıkra ile eklenmiştir. Moroğlu, bu kararın verildiği tarihte henüz 41., 10. ve 90. maddelerde değişiklik yapılmamış olduğunu, bu davanın söz konusu değişikliklerden sonra açılmış olsaydı, Anayasa Mahkemesi'nin eşitliğe aykırılık sebebiyle bu hükmü iptal etmesinin kaçınılmaz olacağını ifade etmiştir, ancak 2011 yılında da sonuç değişmemiştir. Bkz. **Moroğlu**, N.: Medeni Yasa'ya Göre Kadının Soyadı ve Bir Öneri (Öneri), İBD, c. 79, S. 2005/5, s. 1506.

kısıtlamanın “kadınlara karşı ayırım” olarak değerlendirileceği; 2. maddenin (g) bendinde taraf devletlerin, kadınlara karşı ayrımcılık oluşturan yasa, yönetmelik, adet ve uygulamaları, değiştirmek ve kaldırmak için yasal düzenlemelerle birlikte gerekli uygun önlemleri almayı üstlendikleri; 5. maddenin (a) bendinde, her iki cinsten birinin aşağılığı veya üstünlüğü fikrine veya kadın ile erkeğin kalıplaşmış rollerine dayalı ön yargıların, geleneksel ve diğer bütün uygulamaların ortadan kaldırılmasını sağlamak amacıyla kadın ve erkeklerin sosyal ve kültürel davranış kalıplarını değiştirmek için taraf devletlerin tüm uygun önlemleri alacaklarının ve 16. maddenin (c) bendinde de evlilik süresince ve evliliğin son bulmasında aynı hak ve sorumluluklar sağlayacaklarının belirtildiği hususuna yer verilmiştir. Karşı oy yazısında belirtilen 16/1 c bendine ve başka bazı maddelere Türkiye sözleşmeyi onayladığı tarih itibariyle mevzuatının sözleşme hükümleriyle çelişmesi sebebiyle çekince koymuş, bu çekinceleri Birleşmiş Milletler Genel Sekreterliği’ne tevdi ettiği Dışişleri Bakanlığı’nın 29.06.1999 tarihli yazısıyla kaldırmıştır⁷¹. Davanın görüldüğü tarih itibariyle henüz bu çekince kalkmış değilse de, bu hükmün eşitlik ilkesine aykırılığını bertaraf etmemektedir. Kaldı ki, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nda da -çekinceler kalkmış olmasına rağmen- eşitliğe uygun bir düzenleme yapılmamıştır.

Karşı oy yazısında Anayasa’nın 13. maddesine de değinilmiş, nihayetinde söz konusu hükmün Anayasa’nın 10, 13 ve 17. maddelerine aykırı olduğu kanaati açıklanmıştır. Davanın görüldüğü tarihte, Anayasa m. 13 hükmü şu şekildedir: “Temel hak ve hürriyetler, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün, milli egemenliğin, Cumhuriyetin, milli güvenliğin, kamu düzeninin, genel asayişin, kamu yararının, genel ahlakın ve genel sağlığın korunması amacı ile ve ayrıca Anayasanın ilgili maddelerinde öngörülen özel sebeplerle, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak kanunla sınırlanabilir. (2) Temel hak ve hürriyetlerle ilgili genel ve özel sınırlamalar demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamaz ve öngörüldükleri amaç dışında kullanılamaz. (3) Bu maddede yer alan genel sınırlama sebepleri temel hak ve hürriyetlerin tümü için geçerlidir”. Karşı oy yazısındaki değerlendirme de şu şekildedir: “...Bu anlayış içinde bakıldığında, yalnız kadın yönünden zorlama getirdiği anlaşılan “Kadın evlenmekle kocasının

⁷¹ Moroğlu, İnsan Hakları, s. 34-35; Özdamar, CEDAW, s. 48. Bkz. Yuk. I, 3, d, cc.

soyadını alır.” biçimindeki itiraz konusu kural, evlilik birliği içinde hak ve yükümlülükler bakımından aynı hukuksal konumda bulunan taraflardan kocayı kadın karşısında üstün duruma getirmektedir. **Bu eşitsizliği kamu düzeni kamu yararı gibi soyut kavramlarla açıklamak da olanaklı değildir. Çünkü bu tür gerekçelerin, ancak kamu düzenini bozan ya da kamusal yararı zedeleyen somut olayların varlığı halinde geçerli olabileceği açıktır. Evlenen kadının soyadı üzerindeki kişilik hakkının kimi olasılıklara veya varsayımlara dayanılarak sınırlandırılmasının demokratik toplum düzeninin gerekleriyle bağdaştığı ileri sürülemez.** Bu nedenle itiraz konusu kural Anayasa'nın 13. maddesi ile de uyum içinde değildir...”.

Karşı oy yazısında, Alman Anayasa Mahkemesinin 1991 yılındaki kararı da örnek olarak gösterilmiştir. Buna göre, “...1976 tarihli Alman Evlilik ve Aile Hukuku Yasası'ndaki eşlerin ortak bir soyadı kullanacağı, aile soyadı olarak karının ya da kocanın soyadının seçilebileceği, eğer eşler bir karara varamazlarsa, kocanın soyadının ailenin soyadı olarak kabul edileceğine ilişkin kuralı inceleyen Alman Anayasa Mahkemesi 5.3.1991 günlü kararıyla kocanın soyadının ikincil aile adı olarak seçilmesini Anayasa'ya aykırı bulmuştur. İptal kararının gerekçesinde şu görüşlere yer verilmiştir: “... bir ilişkinin geleneksel yapısı, eşitsizliği haklı kılamaz. Eğer mevcut toplumsal gerçeklik veri olarak ele alınırsa, anayasal bir emir olan farklı cinslerin eşit haklara sahip olmaları ilkesinin gerçekleştirilmesi işlevini kaybedecektir. Bu ilkeye sıkı sıkıya bağlı kalınmalıdır. Esas olarak bu kadınların ayrımcılığa uğradığı yerlerde geçerlik kazanmaktadır. Çünkü Anayasa'nın 3. maddesinin ikinci fıkrası böylesi ayrımcılığı önleme amacına hizmet etmektedir. Doğumla kazanılan ad, kişinin bireyselliğinin ve kimliğinin ifadesidir. Bu nedenle birey hukuk düzeninin adına saygı göstermesini ve bunun korunmasını talep edebilir. Bir isim değişikliği, çok önemli nedenler olmadıkça talep edilemez. (Ece Göztepe, Anayasal Eşitlik İlkesi Açısından Evlilikte Kadının Soyadı, AÜHFD. C. 45, S.17)⁷² Avrupa İnsan Hakları Divanı da, 1994 yılında verdiği İsviçre hakkında mahkûmiyetle sonuçlanan

⁷² **Göztepe**'ye yapılan atıfta makalenin başlığı doğru olmakla birlikte derginin adı, sayısı doğru değildir. Doğru atıf şu şekilde olmalıdır: **Göztepe**, E.: Anayasal Eşitlik İlkesi Açısından Evlilikte Kadınların Soyadı, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, 54-2, 1999, s. 127.

bir kararında⁷³, ismin kişinin kimliği anlamına geldiğini, buna yapılan müdahalenin, ailenin özel yaşamına müdahale sayıldığını bu nedenle eşitlik ilkesine aykırı olduğunu belirtmiştir...”.

Sonuç olarak, iptali istenen hükmün öncelikle 10. maddeye (eşitlik ilkesini), keza 13. ve 17. maddelere neden aykırı olduğu, karşı oy yazısında açık bir şekilde ortaya konmuştur. Nitekim Anayasa Mahkemesinin bu kararı Öğreti’de⁷⁴ de eleştirilmiştir. Ne var ki, şimdi değerlendireceğimiz üzere, bu karardan on üç yıl sonra aynı hükmü içeren TMK m. 187 de Anayasaya aykırı bulunmamıştır.

b. 2009/85 E., 2011/49 K., 10.03.2011 Tarihli Kararı

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu 01.01.2002 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Kadın-erkek eşitliği ilkesine aykırı olan hükümlerin pek çoğu yeni Medeni Kanun’la yürürlükten kaldırılmıştır⁷⁵. Ancak kanun koyucu evli kadının soyadını düzenleyen 187. maddede hüküm değişikliği yapmamıştır.

TMK m. 187’nin Anayasa’ya aykırılığı hususunda üç ayrı mahkemenin iptal talebi söz konusu olmuş, bu talepler birleştirilip inceleme yapılmıştır. Mahkemelerin talepleri hükmün, Anayasa’nın 2., 10., 12., 17., 41. ve 90. maddelerine aykırı olduğu ve iptali gerektiği yönündedir. Anayasa Mahkemesi, itiraz konusu kuralın 90. maddeyle ilgisinin olmadığı, 2., 10., 12., 17. ve 41. maddelere de aykırı olmadığı gerekçesiyle iptal istemini reddetmiştir⁷⁶.

Yerel mahkemeler itiraz başvurusunda bulunurken, aynı hükmü içeren mülga 743 sayılı TMK m. 153’e ilişkin iptal isteminin reddinden bu yana ortaya çıkan gelişmelere yer vermişler, Anayasa’nın değişen hükümlerine yollama yapmışlardır. Gerçekten de, Anayasa’nın, *Kanun önünde eşitlik*

⁷³ Bahsedilen karar Burghartz kararıdır. Bkz. Yuk. I, 3, b.

⁷⁴ **Nomer**, s. 447 vd.; **Abik**, s. 115 vd.; **Moroğlu**, Öneri, s. 1505-1506; **Çakırca**, MK m. 187, s. 712 vd.; **Ergene**, s. 131; **Eksi**, N.: Medeni Kanunun Kadının Soyadına İlişkin Hükmünün AIHS, Anayasa, CEDAW ve MÖHUK Kapsamında Değerlendirilmesi, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Erhan ADAL’a Armağan, Özel Sayı, C. VIII, S. 2, Y. 2012, s. 314 vd.; **Atasayan**, s. 202-204.

⁷⁵ Bu hususta geniş bilgi için bkz. **Özdamar**, s. 209 vd.

⁷⁶ R.G. T. 21.10.2011, S. 28091. Bu karar 9’a 8 oyçokluğuyla verilmiştir.

kenar başlıklı 10. maddesi, “Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. (2) Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz”; Anayasa’nın *Ailenin korunması ve çocuk hakları* kenar başlıklı 41. maddesi, “Aile, Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır” şeklindedir. Bundan başka, her üç mahkemenin de başvuru gerekçelerinde yer alan Anayasa’nın *Milletlerarası andlaşmaları uygun bulma* kenar başlıklı 90/5 fıkrasına “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır” cümlesi eklenmiştir. Karardan anlaşıldığı kadarıyla, Kadıköy 1. Aile Mahkemesi, m. 90/5 gereği Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 8 ve 14 ile Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi m. 1’i uygulamak suretiyle, davacının talebini kabul etmiş, ancak Yargıtay 2. Hukuk Dairesi yerel mahkemenin kararını bozmuş, yerel mahkeme direnme kararı vermiştir. Öte yandan, her üç mahkeme de AİHM’in Ünal-Tekeli kararına yer vermişlerdir. Ne var ki, Anayasa Mahkemesi sanki hiç böyle bir karar verilmemiş gibi, iptal isteminin reddine ilişkin gerekçesinde bu hususa bir cümle ile bile değinmemiş, buna karşılık Burghartz kararından önce, 1977 yılında verilmiş olan Hagmann-Hüsler kararına isim vermeden yollama yapmıştır⁷⁷.

Anayasa’nın 2. maddesi, Cumhuriyetin niteliklerine, bu bağlamda sosyal hukuk devleti olmasına ilişkindir. *Temel hak ve hürriyetlerin niteliği*

⁷⁷ AİHM bu kararında davacının evlendikten sonra kullanmaya başladığı Hagmann soyadının önünde önceki soyadı olan Hüsler’i de kullanabilmesi sebebiyle, kendisinin toplumda yeterince tanınabileceği sonucuna varmıştır. Lucie Hagmann-Hüsler Parlamento seçimlerinde adaydır ve sadece bekârlık soyadını kullanmak istemiştir. Bu talebi kabul görmemiş, cinsiyete dayalı ayrımcılık iddiası ise farklılığın objektif ve makul olduğu iddiasıyla reddedilmiştir. Nihayetinde AİHM’nin daha sonra verdiği kararlara baktığımız zaman konuya bakış açısının değiştiği açıktır. Bkz. **Ergene**, s. 149-150; **Çakırca**, Soyadı, s. 149-150, s. 156. Karar için bkz. [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-74397"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{). file:///C:/Users/ASUS/Downloads/HAGMANN-HUSLER%20v.%20SWITZERLAND.pdf.

kenar başlıklı 12. maddeye göre, “Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir. (2) Temel hak ve hürriyetler, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva eder”. Esasen, soyadının bu nitelikte bir hak olduğunu Anayasa Mahkemesi de kabul etmiştir. Şöyle ki, “... Soyadı, belli bir ailenin bireylerini diğer ailenin bireylerinden ayırmaya yarayan ve kuşaktan kuşağa geçen addır. Bir kimsenin kimliğinin belirlenmesinde en önemli unsur olan soyadı, **vazgeçilemez, devredilemez, kişiye sıkı surette bağlı bir kişilik hakkıdır...**”. Ancak evlenen kadının bundan vazgeçmek zorunda bırakılmasını Anayasa’ya aykırı görmemiştir. *Kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı* kenar başlıklı 17. maddeye göre, “Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir”. İtiraz yoluna başvuran mahkemelerden Ankara 8. Aile Mahkemesi, itiraz konusu hükmün, bu maddeye aykırılığını şu şekilde ifade etmiştir: “...Anayasanın 17. maddesi uyarınca, “Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.” ***Kişinin var olan soyadını, evlense dahi sürdürülebilirlik hakkının manevi varlığı içerisinde olduğunda kuşku yoktur.*** Öyle ise, evlenmekle kocanın soyadının alınacağına ilişkin TMK 187. maddedeki düzenleme, Anayasanın 17. maddesindeki kişinin manevi varlığını koruma ilkesine aykırıdır...”.

Anayasa Mahkemesi’nin kararını değerlendirme noktasında, Ünal-Tekeli kararına bakmak gereklidir. Zira Anayasa Mahkemesi ikinci kararında, ilk kararındaki gerekçelere yer vermiş, AİHM de yaptığı değerlendirmede, bu ilk karardaki argümanları irdelenmiştir. “Başvuran, Ayten⁷⁸ Ünal Tekeli, 1965 doğumlu bir Türk vatandaşıdır ve İzmir’de yaşamaktadır. 25 Aralık 1990 tarihinde yaptığı evliliğin ardından, o dönemde halen stajyer avukat olan başvuran Türk Medeni Kanunu’nun 153. maddesi uyarınca eşinin soyadını almıştır. Meslek hayatında kızlık adıyla bilindiğinden, bu ismi yasalara göre aldığı soyadın önüne eklemeyi sürdürmüştür. Ancak resmi dosyalarda her iki ismi de kullanamamaktadır. Başvuran, 22 Şubat 1995’te Karşıyaka Asliye Mahkemesi’nde (“Asliye Mahkemesi”) yalnızca kızlık soyadı “Ünal”ı kullanmasına izin verilmesi için dava açmıştır. Asliye Mahkemesi, 4 Nisan 1995 tarihinde, Türk Medeni Kanunu’nun 153. maddesi-

⁷⁸ Kararda yanlış biçimde Ayten yerine Ayşe yazılmıştır.

sine göre evli kadınların evlilikleri süresince kocalarının ismini taşımalarının gerektiğini gerekçe göstererek başvuranın talebini reddetmiştir. Başvuranın hukuki hususlara ilişkin yaptığı itiraz 6 Haziran 1995'te Yargıtay tarafından reddedilmiştir. 23 Haziran 1995'te karar başvurana tebliğ edilmiştir. 14 Mayıs 1997'de Medeni Kanun'un 153. Maddesi'nde yapılan değişikliklerden biri ile evli kadınlar kızlık soyadlarını eşlerinin soyadlarının önüne ekleyebilme hakkını kazanmıştır. Başvuran, söz konusu değişikliğin kendisinin soyadı olarak yalnızca kızlık adını kullanabilme yönündeki talebini karşılamadığını düşündüğü için bu olasılıktan yararlanmamayı tercih etmiştir. 22 Kasım 2001'de yeni Medeni Kanun yürürlüğe girmiştir⁷⁹. 187. madde, eski 153. maddeyle aynı hükümleri taşımaktadır.

AİHM kararında, Anayasa Mahkemesinin 153. maddeye ilişkin iptal kararındaki gerekçelere de yer vermiştir. Bundan başka, uluslararası hukuk başlığı altında Avrupa Konseyi'nin konuyla ilgili çalışmalarına, karar tarihi itibarıyla de Türkiye'nin onayladığı ve çekincelerini de kaldırdığı Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi m. 16/1 b. g hükmüne de yollama yapmıştır.

“Başvuran ulusal mercilerin evliliğinden sonra yalnızca kızlık soyadını kullanmasına izin vermemelerinin, hem tek başına hem de 14. maddeyle beraber düşünüldüğünde 8. maddeye aykırı olduğunu iddia etmektedir. Sözleşme'nin 8. maddesi şu şekildedir: 1. Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir. 2. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu otoritesinin müdahalesi, ancak ulusal güvenlik, kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için, demokratik bir toplumda, zorunlu olan ölçüde ve yasayla öngörülmüş olmak koşuluyla söz konusu olabilir. 14. madde ise şöyledir: Bu Sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal veya diğer kanaatler, ulusal veya sosyal köken, ulusal bir azınlığa mensupluk, servet, doğum veya herhangi başka bir durum bakımından hiçbir ayrımcılık yapılmadan sağlanır.” AİHM davayı incelerken 8. madde ile 14. maddeyi birlikte ele almıştır. Hükümet, söz konusu davaya Sözleşme'nin 8. maddesinin uygulanamayacağını öne sürmüş, isim seçimi-

⁷⁹ 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu 01.01.2002'de yürürlüğe girmiştir.

nin tam olarak bir bireysel tercih meselesi olmadığını ve Devletlerin bu alanda geniş bir tasarruf hakkına sahip bulduklarını belirtmiştir. İsim verme konusundaki mevzuatın Devlet tasarrufunda kalması gerektiğini ve Sözleşme'nin kapsamı içerisinde yer almadığını iddia etmiştir. Buna karşılık, AİHM, Sözleşme'nin 8. maddesinin isimlere dair net bir hüküm getirmediğini, ancak yine de bir kimlik belirleme ve aile bağı aracı olarak insanın isminin özel ve aile yaşamını etkilediğini yinelemiştir. AİHM'e göre, isimlerin kullanımını düzenlemede kamu çıkarının bulunması, kişinin ismini bir dereceye kadar başkalarıyla ilişki kurma hakkını da kapsadığı kabul edilen özel ve aile hayatı alanının dışında bırakmak için yeterli değildir. Dolayısıyla şikâyetin konusu Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamında yer almaktadır.

Sözleşme'nin 8. maddesiyle 14. maddeye uygunluğa gelince, başvuran, Türk yasaları tarafından erkeklerin kendi soyadlarını kullanmasına izin verilmesine karşın, yetkililerin evlendikten sonra kızlık soyadını kullanmasına izin vermemesinden şikâyet etmiştir. Bunun **cinsiyete dayalı ayrımcılık olduğunu ve Sözleşme'nin 14. maddesiyle beraber düşünüldüğünde 8. maddeyi ihlal ettiğini öne sürmüştür**. Buna karşılık, Hükümet, **durumun cinsiyetler arasında farklı muamele teşkil ettiğinin farkındadır ancak bunun nesnel ve makul temelleri olduğunu, dolayısıyla ayrımcılık oluşturmadığını** öne sürmektedir. Burghartz kararına ilişkin olarak da, Hükümet, aile birliği ile soyadı arasında bir ilişki olduğunu ve Türk mevzuatının ailelerin kocanın ismini almasını sağlayarak ortak bir isim kullanımı yoluyla aile birliğini vurgulayan bir düzenlemeyi benimsediğini öne sürmüştür. Hükümetin görüşlerine göre, aile birliği bir kamu düzeni meselesidir ve birey kamu düzeniyle temasa geçtiği an özel yaşam sona ermektedir. Öte yandan, Hükümet doğum, evlilik ve ölüm kütüğünde yapılacak bir sistem değişikliğinin büyük zorluklar yaratacağını da belirtmiştir.

AİHM değerlendirmesini üç başlık altında ortaya koymuştur. *Uygulanabilir ilkeler* başlığı altındaki değerlendirmesi ana hatlarıyla şu şekildedir: AİHM, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 14. maddesinin, diğer bağımsız maddeler tarafından güvence altına alınan hak ve özgürlüklerin kullanılmasında ayrımcılığa karşı koruma sağladığını ifade edip her farklı muamelelerin bu maddeye aykırı olmayabileceğini, eşdeğer ya da benzer bir konudaki başka insanlara imtiyazlı muamele yapıldığının ve bu farkın ayrımcılık teşkil ettiğinin kanıtlanması gerekli olduğunu belirtir. AİHM'nin içtihat-

larına göre, **bir farklı muamele 14. maddeye aykırı olması için nesnel ve makul bir nedeninin olmaması gereklidir.** Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin belirlediği bir hakkın kullanımındaki farklı bir muamele için bir amacı olması da yeterli değildir, bu bağlamda “kullanılan yöntem ile gerçekleştirilmesi istenilen amaç arasında makul bir oransal bağ olmadığı” kanıtlandığında da 14. maddenin ihlal edildiği kabul edilir. Taraf Devletler, benzer durumlar arasındaki küçük farklılıkların hangi durumlarda yasalarda farklı muameleyi gerekli kıldığını belirlemede bir dereceye kadar takdir hakkına sahiptir. Bu hakkın kapsamı durumlara, konuya ve konunun geçmişine göre değişebilir. **Ancak, yalnızca cinsiyete dayalı bir farklı muamele için Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne uygun olduğunun kabul edilebilmesi için çok geçerli nedenler sunulması gereklidir.**

Benzer durumdaki kişilere farklı muamelede bulunulup bulunulmadığı başlığı altındaki değerlendirmelere gelince, başvuranın yaptığı şikâyet, evli kadınların evlendikten sonra yalnızca kızlık soyadlarını yasal olarak kullanamamalarına karşın evli erkeklerin evlenmeden önceki soyadlarını kullanabilmeleri hakkındadır. Bu durumun benzer konumdaki kişiler arasında cinsiyete dayalı “farklı muamele” teşkil ettiği şüphesizdir.

Nesnel ve makul bir gerekçe olup olmadığı hususuna gelince, hükümetin savunmasına göre, söz konusu müdahale kocanın soyadı vasıtasıyla aile birliğini yansıtarak kamu düzenini sağlamaya yönelik meşru bir amaç gütmektedir. Başvuran bu sava itiraz etmiştir. Taraf Devletlerin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi uyarınca, aile birliğini yansıtmaya yönelik önlemlere ilişkin bir takdir hakkına sahip olmalarına rağmen AİHM, **farklı muameleyi haklı çıkartacak ikna edici gerekçeler gösterilmediği müddetçe**, 14. madde ile bu tür önlemlerin, ilkesel olarak, erkek ve kadına eşit şekilde uygulanmasının öngörüldüğünü yineler. Bu davada AİHM böyle bir neden olduğuna ikna olmamıştır.

AİHM, cinsiyetler arası eşitliğin geliştirilmesinin günümüzde Avrupa Konseyi'ne üye Devletler arasında önemli bir hedef olduğunu hatırlatmakta, bu noktada Bakanlar Komitesi'nin yayınladığı metinlere yollama yapmaktadır. Uluslararası düzeyde de, Birleşmiş Milletler nez'indeki kadın-erkek eşitliğine ilişkin gelişmeler, bu alanda, eşlerden her birinin kendi soyadını kullanma ya da yeni aile isminin seçiminde eşit fikir bildirme hakkının tanınmasına doğru ilerlemektedir.

Avrupa Konseyi'nin üye ülkeleri arasında Türkiye -çift başka bir düzenlemeyi tercih etse bile-**kocanın soyadının çiftin soyadı olarak kabul edilmesini ve bu nedenle kadının, evlendiğinde otomatik olarak kendi soyadını kaybetmesini yasalarla öngören tek ülke** konumundadır. Türkiye'de, karı kocanın böyle bir düzenlemeyi kabul etmesi halinde bile evli kadınlar yalnızca kızlık soyadlarını kullanamamaktadır. Türk mevzuatında 22 Kasım 2001 itibarıyla kızlık soyadını kocanın soyadının önüne ekleyebilme olanağı da bu durumu değiştirmemektedir. Evliliklerinin soyadlarını etkilemesini istemeyen kadınların çıkarları dikkate alınmamıştır. AİHM, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu ile kadın-erkek eşitliğine aykırı hükümlerin kaldırıldığını, evlilikten sonraki aile ismine yönelik, kadınları kocalarının ismini almaya zorlayan hükümlerin değişmeden kaldığını da belirtmiştir.

AİHM'nin önündeki ilk soru aile birliğinin erkeğin ismi ile yansıtılması geleneğinin söz konusu davada nihai bir etken sayılıp sayılamayacağıdır. Bu geleneğin, erkeğin aile içerisinde sahip olduğu birincil ve kadının sahip olduğu ikincil rollerden kaynaklandığı açıktır. Günümüzde, erkek-kadın eşitliğinin, Türkiye de dâhil, Avrupa Konseyi'ne üye ülkeler içerisinde gösterdiği gelişim ve özellikle de **ayrımcılık yapmama ilkesine verilen önem, Devletlerin bu geleneği uygulamasını engellemektedir.** Bu bağlamda, aile birliği, aile soyadı olarak erkeğin soyadının kabul edilmesiyle yansıtılabileceği gibi, kadının soyadının ya da çift tarafından seçilen ortak bir soyadın kabul edilmesiyle de yansıtılabilir. Bu noktada, bir hususa hemen işaret edelim. Anayasa Mahkemesi, red gerekçeleri içinde şu ifadelerle yer vermiştir: "...İtiraz konusu "*Kadın evlenmekle kocasının soyadını alır*" kuralının da aile birliğinin korunması ve aile bağlarının güçlendirilmesi başta olmak üzere, nüfus kayıtlarının düzenli tutulması, resmi belgelerde karışıklığın önlenmesi ve soyun belirlenmesi gibi kamu yararı ve kamu düzeni gerekleri nedeniyle kabul edildiği anlaşılmaktadır...". "...İtiraz konusu kural ile aile ismi olarak kullanılan soyadının kuşaktan kuşağa geçmesiyle, Türk toplumunun temeli olan aile birliği ve bütünlüğünün devamı sağlanmış olmaktadır...". Buna karşılık, Engin Yıldırım tarafından kaleme alınan karşı oy yazısında, bu ifadelerle isabetli bir şekilde şöyle cevap verilmiştir: "...Ülkemizde de Anayasa Mahkemesi bir kararında, kadının kocasının soyadını almasını, "Kimi sosyal gerçeklerin doğurduğu zorunluluklardan ve yasa

koyucunun yıllar boyu kökleşmiş bir geleneği kurumsallaştırmasından” kaynaklandığını savunmuştur. Mahkeme, aile birliğinin sağlanması, kamu yararı, kamu düzeni ve kimi zorunluluklardan dolayı soyadının kocadan geçmesinin tercih nedeni olduğunu ifade etmiştir. Evlendikten sonra kadının kocasının soyadını almasının aile birliğini sağladığı ispat edilmesi gereken bir iddiadır... Ülkemizde soyadı kullanımını 1934’den beri zorunludur. Dolayısıyla, soyadı kullanımını Türk toplumunun yüzyıllardır sürdüğü bir gelenek olmadığından kadının evlendiğinde evlilik öncesi soyadını kullanmasının aile birliğine zarar verdiği iddiası kendi içinde çelişkili olmaktadır. Zira böyle bir iddiadan, Soyadı Kanunu’ndan önce Türk toplumunda aile birliğinin zayıf olduğu sonucu kaçınılmaz olarak çıkmaktadır. Kadının evlendikten sonra kocasının soyadını alması aile içinde tek soyadının olmasını sağladığından, bunun idari işlemlerde karışıklıkların önlenmesi için gerekli olduğu görüşü dile getirilebilir. Bununla birlikte, TC kimlik numarası ile ilgili düzenlemeler, soyadının nüfus kayıtlarının düzenli tutulması ve resmi belgelerde karışıklığın önlenmesi işlevini azaltmıştır...”.

AIHM’nin yanıtlanması gereken ikinci soru aile birliğinin ortak bir aile ismiyle yansıtılmasının gerekli olup olmadığı ve evli çiftler arasında bir fikir ayrılığı halinde çiftlerden birinin soyadının diğerine empoze edilmesinin mümkün olup olmadığıdır. Bu bağlamda AIHM, taraf Devletlerin uygulamalarının, evli bir çiftin ortak bir aile adı taşımamayı tercih ettiği durumlarda bile aile birliğinin korunup güçlendirilebileceğini gösterdiğine dikkat çekmektedir. Avrupa’da uygulanan sistemlerin gözlemlenmesi bu bulguyu desteklemektedir. Söz konusu davada Hükümet, **ortak bir aile ismi ile aile birliğinin yansıtılmaması halinde, evli çiftlerin ve/veya üçüncü tarafların karşılaşabileceği somut ya da önemli bir sorun gösterememiş ya da kamu çıkarının zarar gördüğünü kanıtlayamamıştır. Bu şartlar altında AIHM, evli kadınların aile birliği adına kocalarının soyadını taşımak zorunda bırakılmalarının -önüne kendi kızlık soyadlarını ekleyebilseler de- nesnel ve makul bir nedeni olmadığı** kanısındadır.

AIHM, geleneksel kocanın soyadına dayalı aile ismi sisteminden, evli çiftlerin kendi soyadlarını kullanabilmelerine ya da özgürce ortak bir aile ismi seçmelerine izin veren başka bir sisteme geçişin doğum, evlilik ve ölüm kayıtlarının tutulması konusunda yaratacağı sorunların önemini göz ardı etmemektedir. *Ancak bireylerin seçtikleri isme göre, saygınlık ve itibarla*

yaşamalarını sağlamak için toplumdaki bir miktar sıkıntı çekmesini beklemek makul olacaktır. Sonuç olarak, aile birliğini ortak bir aile ismi aracılığıyla yansıtmaya amacı, davada şikâyet konusu olan cinsiyete dayalı farklı muamele için yeterli bir gerekçe oluşturamamaktadır. Dolayısıyla, söz konusu farklı muamele 8. maddeyle beraber düşünüldüğünde 14. maddeye aykırıdır. Bu sonuca göre AİHM söz konusu farklı muamelenin tek başına 8. maddeyi ihlal edip etmediğini belirlemeye gerek görmemiştir.

Anayasa Mahkemesi ise, yasa koyucunun aile soyadı konusundaki takdir hakkını, aile birliği ve bütünlüğünün korunması ve aile bağlarının güçlendirilmesi başta olmak üzere, kamu yararı ve kamu düzeninin gerektirdiği kimi zorunluluklar nedeniyle, eşlerden birisine öncelik tanıyacak biçimde kullanmasının hukuk devletine aykırı bir yönü bulunmadığını, kaldı ki itiraz konusu kuralda kadının başvurusu durumunda önceki soyadını kocasının soyadının önüne ekleyerek kullanabileceği belirtilerek, kişilik hakkı ile kamu yararı arasında adil bir dengenin kurulmasının da sağlandığını ifade etmiştir. Bundan başka, Anayasa Mahkemesi “...Kadının evlenmekle kocasının soyadını almasının cinsiyet ayırımına dayanan bir farklılaşma yarattığı savı da yerinde değildir. Durum ve konumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları gerekli kılabilir. Belirtilen gerekçelerle yasa koyucunun takdir yetkisi kapsamında aile soyadı olarak kocanın soyadına öncelik vermesi eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmamaktadır...” ifadesine yer vermiştir.

Anayasa Mahkemesi, sonuç olarak sekiz karşı oyla da olsa, hükmün Anayasa’ya aykırı olmadığına karar vermiştir. Öğreti’de bu karar da çokça eleştiriye sebep olmuştur⁸⁰. İlginç olan bir husus, Anayasa Mahkemesi’nin

⁸⁰ **Ergene**, s. 131 vd.; **Ekşi**, s. 317 vd.; **Çakırca**, Soyadı, s. 147 vd.; **Ayan**, s. 41-43; **Aydın**, s. 248 vd.; **Öden**, M./**Esen**, S.: Anayasa Mahkemesi ve Evli Kadının Soyadı, Prof. Dr. Erdal ONAR’a Armağan, C. II, Ankara, 2013, s. 817 vd.; **Oder**, B., E.: Eşitlik İlkesi ve Temel Hakların Norm Alanlarının Somutlaşması Bakımından Evli Kadının Soyadı, Anayasa Mahkemesinin Medeni Hukuka İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumu (21 Mayıs 2012), İstanbul, 2013, s. 11 vd.; **Yüksel**, s. 185-186; **Öcal Apaydın**, s. 441 vd.; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 111-112; **Öztan**, s. 211; **Atasoy**, s. 160 vd.; **Oktay-Özdemir**, Değişiklikler, s. 2027. Karş. **Hatemi/Kalkan Oğuztürk**, s. 55.

bu kararı verdiği tarihten (10.03.2011) yaklaşık dokuz ay sonra (08.12.2011) Soyadı Kanunu m.4'ü, eşitlik ilkesine aykırı olduğu için iptal etmesidir⁸¹.

Bu başlık altında değerlendirmek istediğimiz son konu, Anayasa m. 90/5 hükmüdür. Hemen belirtelim, AIHM, Ünal-Tekeli kararında, karar tarihi 16.11.2004 olmasına rağmen, 90/5. maddenin **“Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır”** cümlesini de içeren son haline yer vermemiştir. Bu cümle, ilgili maddeye 07.05.2004 tarihli 5170 sayılı Kanun m. 7 ile eklenmiştir⁸².

Anayasa Mahkemesi, itiraz konusu kuralın 90. maddeyle ilgisi olmadığını ifade etmiştir. Ancak iptal isteminde bulunan yerel mahkemelerin gerekçelerinde konunun 90. maddeyle ilgisi açık biçimde ortaya konmuştur. Yeri gelmişken belirtmek isteriz ki, kanaatimizce uluslararası anlaşma hükümleri olmasaydı da, hüküm öncelikle eşitlik ilkesini ihlal eder mahiyettedir ve iptal edilmesi gerekmektedir.

Anayasa m. 90/5, 1. cümleye göre, **“Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz”**. Bu noktada anlaşmanın temel hak ve özgürlüklerle ilgili olup olmadığının önemi yoktur, bunlar kanun hükmündedir, kanundan farklı olarak bunlar için Anayasa'ya uygunluk denetimi de söz konusu değildir. 2. cümleye göre, **“Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır”**. Bu cümle, usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla, kanun hükümlerinin çatışması haline ilişkindir, bu halde uluslararası anlaşmanın esas alınacağını amirdir.

Gerek Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, gerekse Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi, bu madde anlamında usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası

⁸¹ Bkz. Yuk. I, 2, b.

⁸² R.G. T. 22.05.2004, S. 25469.

andlaşmalar kapsamındadır. Özellikle Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi m. 16/1 b. g hükmü, doğrudan doğruya soyadını düzenlemektedir. Buna göre, taraf devletler, kadınlara karşı evlilik ve aile ilişkileri konusunda ayırımı önlemek için gerekli bütün önlemleri alacaklar ve özellikle kadın erkek eşitliği ilkesine dayanarak kadınlara aşağıdaki hakları sağlayacaklardır: g) Aile adı, meslek ve iş seçimi dâhil karı ve koca için eşit kişisel haklar. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir milletlerarası andlaşmanın, TMK m. 187 ile farklı hükümler içerdiği, bir başka ifadeyle çatıştığı ve bu hallerde milletlerarası anlaşma hükümlerinin uygulanması gerektiği açıktır⁸³. Nitekim Anayasa Mahkemesi, müteakip başlık altında değerlendireceğimiz üzere, bireysel başvuru yoluyla kendisine gelen taleplerde Anayasa m. 90/5 hükmünün uygulanması gerektiğini ifade etmiştir.

2. Bireysel Başvuru Yoluyla Verdiği Kararlar

Bu başlık altında, somut norm denetiminden farklı olarak, yeni bir yol olması nedeniyle ana hatlarıyla bireysel başvuruya yer verdikten sonra, Anayasa Mahkemesi'nin evli kadının soyadına ilişkin vermiş olduğu kararları değerlendireceğiz.

a. Genel Olarak Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru

Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yolu, Türk hukukuna 07.05.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanun'la⁸⁴ yapılan Anayasa değişiklikleri ile girmiştir. Anayasa'nın *Görev ve yetkileri* kenar başlıklı 148. maddesine göre "... (3) Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir. Başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır. (4) Bireysel başvuruda, kanun yolunda gözetilmesi gere-

⁸³ **Çolak**, M.: Temel Hak ve Özgürlüklere İlişkin Uluslararası Antlaşmaların İç Hukukta Doğrudan Uygulanması, Ankara, 2010, s. 58 vd.; **Ergene**, s. 161; **Çakırca**, Soyadı, s. 157; **Aydın**, s. 266, dipnot 63; **Öcal Apaydın**, s. 447 vd.; **Atasoy**, s. 147.

⁸⁴ R.G. T. 13.05.2010, S. 27580.

ken hususlarda inceleme yapılamaz. (5) Bireysel başvuruya ilişkin usul ve esaslar kanunla düzenlenir.

Bu yolu düzenleyen Kanun 6216 sayılı⁸⁵ “Anayasa Mahkemesinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun”dur. Bu Kanun’un 4. Bölümü (45-51. Maddeler) bireysel başvuruya ayrılmıştır.

Bireysel başvuru hakkı kenar başlıklı m. 45/1’e göre, Herkes, Anayasa güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna ek Türkiye’nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir. Ancak bireysel başvuru yoluna gidilebilmesi için, ihlale neden olduğu ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmal için kanunda öngörülmüş idari ve yargısal başvuru yollarının tamamının bireysel başvuru yapılmadan önce tüketilmiş olması gerekir (m. 45/2). Öte yandan, yasama işlemleri ile düzenleyici idari işlemler aleyhine doğrudan bireysel başvuru yapılamayacağı gibi, Anayasa Mahkemesi kararları ile Anayasanın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemler de bireysel başvurunun konusu olamaz (m. 45/3).

Bireysel başvuru yoluna gidilebilmesi için, başvuranın, ihlale yol açtığı ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmal nedeniyle güncel ve kişisel bir hakkının doğrudan etkilenmiş olması gerekir (m. 46/1). Bu çerçevede, kamu tüzel kişileri bireysel başvuru yapamazlar. Özel hukuk tüzel kişileri sadece tüzel kişiliğe ait haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle bireysel başvuruda bulunabilirler (m. 46/2).

Bireysel başvurunun, başvuru yollarının tüketildiği tarihten; başvuru yolu öngörülmemişse ihlalin öğrenildiği tarihten itibaren otuz gün içinde yapılması gerekir. Ancak haklı bir mazereti nedeniyle süresi içinde başvuramayanlar, mazeretin kalktığı tarihten itibaren onbeş gün içinde ve mazeretlerini belgeleyen delillerle birlikte başvurabilirler. Mahkeme, öncelikle başvuruçunun mazeretinin geçerli görülüp görülmediğini inceleyerek talebi kabul veya reddeder (m. 47/5).

Bireysel başvuru yapıldığı zaman, Mahkeme, ilk olarak başvurunun kabul edilebilirlik şartlarını taşıyıp taşımadığını değerlendirir, bunun için

⁸⁵ R.G. T. 03.04.2011, S. 27894.

başvurunun 45-47. maddelerde öngörülen şartları taşıması gerekir. Kabul edilebilirlik kararı verildikten sonra esasa ilişkin inceleme yapılır. Ayrıca bireysel başvurunun kabul edilebilirliğine karar verilmesi hâlinde, başvurunun bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına gönderilir. Adalet Bakanlığı gerekli gördüğü hâllerde görüşünü yazılı olarak Mahkemeye bildirir (m. 48).

Esasa ilişkin incelemeyi 49. madde düzenlemektedir. Bu maddenin doğrudan çalışma konumuzla ilgili olan 6. fıkrasına göre, bölümlerin, bir mahkeme kararına karşı yapılan bireysel başvurulara ilişkin incelemeleri, bir temel hakkın ihlal edilip edilmediği ve bu ihlalin nasıl ortadan kaldırılacağına belirlenmesi ile sınırlıdır. Bölümlerce kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz⁸⁶.

b. Bireysel Başvuru Sonucunda Verilen Kararların Etkisi

Esas inceleme sonunda, başvuru hakkının ihlal edildiğine ya da edilmediğine karar verilir. İhlal kararı verilmesi hâlinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir. Ancak yerindelik denetimi yapılamaz, idari eylem ve işlem niteliğinde karar verilemez (m. 50/1). İnceleme konumuzda olduğu üzere, ***tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir.*** Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hâllerde başvuru lehine tazminata hükmedilebilir veya genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilebilir. ***Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir*** (50/2).

Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru sonucunda verdiği kararlar, iptal davası ve somut norm denetimi sonucunda verdiği kararların sonucu birbirinden farklıdır. İptal davası yoluyla, Anayasa Mahkemesi, bir Kanun

⁸⁶ Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru hakkında geniş bilgi için bkz. **Aydın, Ö., D.:** Türk Anayasa Yargısında Yeni Bir Mekanizma: Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru (Bireysel Başvuru), Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XV, Y. 2011, Sa. 4, s. 121 vd.; **Korkmaz, R.:** Medeni Usul Hukuku Açısından Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru, İstanbul, 2017, s. 52 vd.

veya Kanun Hükmünde Kararname'nin veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün esas veya şekil bakımından Anayasa'ya uygun olup olmadığını denetler. Anayasa'ya aykırı bulması halinde de normu iptal eder. Somut norm denetimi ya da itiraz yoluyla ise, bir davaya bakmakta olan mahkemenin, bu davada uygulayacağı bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümlerini Anayasa'ya aykırı görmesi veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi bulması halinde, ilgili hükmün Anayasa'ya uygun olup olmadığını denetler. Her halde, verdiği karar herkes için bağlayıcıdır. Buna karşılık, bireysel başvuru yoluyla verdiği kararların etkisi de bireyseldir, öncelikle bir kanun hükmünün iptali için zaten bireysel başvuru yoluna gidilmesi mümkün değildir. Bireysel başvuru sonucunda verilen kararlar, başvurusunun hakkının ihlal edilip edilmediğine yöneliktir. İhlal kararı vermesi halinde, ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için gerekenlere hükmedilir. İhlale sebep olan bir mahkeme kararıysa, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilecektir. Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hâllerdeyse, başvuru lehine tazminata hükmedilecek veya genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilecektir⁸⁷.

Bu bağlamda, Anayasa Mahkemesi'ne, TMK m. 187'ye ilişkin mahkeme kararının ihlale neden olduğu iddiasıyla yapılan ilk başvuru Sevim Akat Eşki'nin başvurusudur. Anayasa Mahkemesi bu başvuruya ilişkin ihlal kararını 19.12.2013'de vermiştir. Ancak bu kararla, kanun hükmünün iptal edilmesi söz konusu olmadığı için, tabiatıyla bu diğer evli kadınlara bireysel başvuru yoluna gitmeden bekârlık soyadlarını kullanma imkânı getirmemiştir.

c. Evli Kadının Soyadına İlişkin Bireysel Başvuru Sonucunda Verdiği Kararlar

Anayasa Mahkemesi'nin bu hususta verdiği ilk karar Sevim Akat Eşki'nin (Başvuru numarası: 2013/2187) başvurusudur⁸⁸. Bu başvurunun bir

⁸⁷ **Korkmaz**, s. 60 vd.

⁸⁸ <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/68aa4186-521f-4bf9-9c03-f0e0bbf55a88?highlightText=kad%C4%B1n%C4%B1n%20soyad%C4%B1&wordsOnly=False> Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru sonucu verdiği kararlar hakkındaki

özelliği de, başvurunun yerel mahkemeye açtığı davada TMK m. 187 için Anayasa'ya aykırılık iddiasında bulunmuş olmasıdır. Fatih 2. Aile Mahkemesi bu iddiayı ciddi bulup itiraz yoluna başvurmuştur. Anayasa Mahkemesi'nin 10.03.1011 tarihli kararıyla sonuçlanan süreçte itiraz yoluna başvuran üç yerel mahkemeden biri Fatih 2. Aile Mahkemesi'dir. Ancak bilindiği üzere bu itiraz kabul edilmemiştir. Bunun üzerine yerel mahkeme davayı reddetmiş, temyiz talebi de 2. Hukuk Dairesi tarafından reddedilmiş, ilam başvuruca 22.02.2013 tarihinde tebliğ edilmiştir, 21.03.2013 tarihinde de bireysel başvuru yoluna gitmiştir.

Başvurucu evlilik öncesi soyadının kullanılmasına izin verilmesi talebiyle açtığı davanın reddedildiği için, cinsel olarak ayrımcılığa tabi tutularak özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmediğini belirtip Anayasa'nın 2., 10., 12., 17., 20., 41. ve 90. maddelerinde tanımlanan haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Ancak Mahkeme kabul edilebilirlik incelemesinden geçen başvuruda, esasa ilişkin incelemesini sadece Anayasa'nın 17. maddesi açısından yapmayı uygun görmüştür.

Bireysel başvurunun esasının incelenebilmesi için, kamu gücü tarafından müdahale edildiği iddia edilen hakkın Anayasa'da güvence altına alınmış olması, bundan başka Sözleşme (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi) ve Türkiye'nin taraf olduğu ek protokollerinin kapsamına girmesi gerekir. Bir başka ifadeyle, Anayasa ve Sözleşme'nin ortak koruma alanı dışında kalan bir hak ihlali iddiasını içeren başvurunun kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi mümkün değildir. Mahkemenin de ilk değerlendirdiği nokta bu olmuştur. Anayasa'nın, *Kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı* kenar başlıklı 17/1 hükmü şu şekildedir: "Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir". Sözleşme'nin *Özel ve aile hayatına saygı hakkı* kenar başlıklı 8. maddesi ise şöyledir: "(1) Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir. (2) Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlük-

değerlendirmeler için bkz. **Oruç**, s. 456; **Mortaş**, s. 350; **Kılıçoğlu**, Aile, s. 173; **Öcal Apaydın**, s. 446 vd.; **Helvacı/Kocabaş**, s. 635; **Atasoy**, s. 153-154.

lerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir”.

Mahkeme, öncelikle özel yaşama saygı hakkını değerlendirmiştir. Buna göre, özel yaşama saygı hakkı alt kategorisinde geçen “özel yaşam” kavramı AİHM tarafından oldukça geniş yorumlanmakta ve bu kavrama ilişkin tüketici bir tanım yapmaktan özellikle kaçınılmaktadır. Kişinin bireyselliğinin, yani bir kişiyi diğerlerinden ayıran ve onu bireyselleştiren niteliklerin hukuken tanınması ve bu unsurların güvence altına alınması son derece önemlidir. Birçok uluslararası insan hakları belgesinde “kişiliğin serbestçe geliştirilmesi” kavramına yer verilmekle beraber, Sözleşme kapsamında bu kavrama açıkça işaret edilmediği görülmektedir. Ancak Sözleşme’nin denetim organlarının içtihatlarında, “bireyin kişiliğini geliştirmesi ve gerçekleştirilmesi” kavramının, özel yaşama saygı hakkının kapsamının belirlenmesinde temel alınmaktadır. Özel yaşamın korunması hakkının sadece mahremiyet hakkına indirgenemeyeceği gerçeği karşısında, kişiliğin serbestçe geliştirilmesiyle uyumlu birçok hukuksal çıkar da bu hakkın kapsamına dâhil edilmiştir. Bu kapsamda dış dünya ile ilişki kurma noktasında son derece önemli olan isim hakkı da, Sözleşme denetim organları tarafından ön ad ve soyadı kapsayacak şekilde maddenin güvence alanı içinde yorumlanmıştır. Sözleşme’nin 8. maddesi ad ve soyadı konusunda açık bir hüküm içermemekle birlikte, kişinin kimliğinin ve aile bağlarının belirlenmesinde kullanılan bir araç olması nedeniyle, belirli bir dereceye kadar diğer kişilerle ilişki kurmayı da içeren özel yaşama ve aile yaşamına saygı hakkıyla ilgili görülmektedir. Bu hususta, bir kamu hukuku konusu olarak toplumun ve Devletin adların düzenlenmesi konusuyla ilgilenmesi, bu unsuru özel hayat ve aile hayatı kavramlarının dışına çıkarmamaktadır. Bir başka ifadeyle, Devletin bu hususta düzenleme yapması, ad ve soyadın özel hayata dâhil olduğu gerçeğini değiştirmemektedir. AİHM’e göre soyadı, mesleki bağlamın yanı sıra, bireylerin özel ve aile yaşamında diğer insanlarla sosyal, kültürel ya da diğer türden ilişkiler kurabilmesi için önemlidir, onları dış dünyaya tanıtmaya fonksiyonunu üstlenmektedir.

Anayasa’ya gelince, m. 17/1’de, herkesin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu belirtilmekte olup bu düzenlemede yer verilen maddi ve manevi varlığı koruma ve geliştirme hakkı, Sözleşme’nin 8. maddesi çerçevesinde özel yaşama saygı hakkı kapsamında

güvence altına alınan fiziksel ve zihinsel bütünlük hakkı ile bireyin kendisini gerçekleştirme ve kendisine ilişkin kararlar alabilme hakkına karşılık gelmektedir. Bireyin yaşamıyla özdeşleşen ve kişiliğinin ayrılmaz bir unsuru haline gelen, **birey olarak kimliğin belirlenmesinde en önemli unsurlardan biri** ve **vazgeçilmez, devredilmez, kişiye sıkı surette bağlı bir kişilik hakkı** olan **soyadının da kişinin manevi varlığı kapsamında** olduğu açıktır. Bu gerekçenin devamında, cinsiyet, doğum kaydı gibi kimlik bilgileri ve aile bağlarıyla ilgili bilgiler ile bunlarda değişiklik ve düzeltme yapılmasını isteme hakkının yanı sıra, isim hakkının da Anayasa Mahkemesi tarafından, Anayasa'nın 17. maddesi kapsamında değerlendirildiği ifade edilmiştir⁸⁹.

Mahkeme, devamında yargılama kapsamında başvurusunun sadece evlenmeden önceki soyadını kullanmasına yetkili idari ve yargısal merciler tarafından izin verilmemesi şeklindeki uygulamanın, soyadının belirtilen niteliklerinin geçerliliğini kadının soyadı bakımından etkilediğini ve bu uygulamanın Anayasa'nın 17. maddesinde tanımlanan manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkına yönelik bir müdahale oluşturduğu açıktır. Bu tespitten sonra, manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkı açısından herhangi bir sınırlama nedeni olup olmadığı hususunu değerlendirmiştir. Buna göre, manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkı açısından herhangi bir sınırlama nedeni öngörülmemiş olmakla birlikte, bunun hiçbir şekilde sınırlandırılması mümkün olmayan mutlak bir hak olduğu söylenebilir. Özel sınırlama nedeni öngörülmemiş olan hakların da hakkın doğasından kaynaklanan bazı sınırları bulunduğu kabul edilmektedir. Ayrıca hakkı düzenleyen maddede herhangi bir sınırlama nedenine yer verilmemiş olsa da, Anayasa'nın diğer maddelerinde yer alan kurallara dayanarak bu hakların sınırlandırılması da mümkün olabilir. Bu noktada Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan güvence ölçütleri işlevsel niteliği haizdir. Anayasa'nın *Temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması* kenar başlıklı 13. maddesi şöyledir: "Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırla-

⁸⁹ Mahkeme'nin bu noktada, yollama yaptığı kararlardan biri TMK m. 187'yi Anayasa'ya aykırı bulmayan 2009/85 E., 2011/49 K., 10.03.2011 tarihli kararıdır. Gerçekten de, bu kararda soyadının bu nitelikte bir hak olduğunu kabul etmiştir, ancak evlenen kadının bekârlık soyadından vazgeçmek zorunda bırakılmasını Anayasa'ya aykırı bulmamıştır.

nabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olmaz”. Bu bağlamda, Mahkeme, öncelikle yasa ile sınırlama kaydını değerlendirmiştir. “...*Hak ve özgürlüklerin yasayla sınırlanması ölçütü anayasa hukukunda önemli bir yere sahiptir. Hak ya da özgürlüğe bir müdahale söz olduğunda öncelikle tespiti gereken husus, müdahaleye yetki veren bir kanun hükmünün, yani müdahalenin hukuki bir temelini mevcut olup olmadığıdır...*”. Anayasa Mahkemesi, bu noktada Sözleşme’nin lafzı ve AİHM içtihatlarının da, Sözleşme’nin 8. maddesi kapsamında yapılacak bir müdahalenin meşruluğunun, öncelikle söz konusu müdahalenin yasa uyarınca gerçekleştirilmesine bağlı tutulmuş olduğunu, müdahalenin hukukilik unsurunu taşımadığının tespiti halinde, Sözleşme’nin 8. maddesinin (2) numaralı fıkrasında yer alan diğer güvence ölçütleri tetkik edilmeksizin, müdahalenin ilgili maddeye aykırı olduğu sonucuna ulaşıldığını ifade etmektedir.

Anayasa’nın 17. maddesi kapsamında yapılan bir müdahalenin yasallık şartını sağladığının kabulü için, müdahalenin kanuni bir dayanağının bulunması zorunludur. Bizim hukukumuzda, başvuru konusu olay bakımından yasal bir dayanak mevcuttur. Nitekim başvurunun evlilik öncesi soyadını kullanması yönündeki talebi, ilk derece mahkemesince, 4721 sayılı Kanun’da evli kadının kocasının soyadı olmaksızın yalnızca evlenmeden önceki soyadını kullanabileceğine dair bir hüküm bulunmadığı için reddedilmiştir. Bu noktada, Anayasa Mahkemesi’nin, TMK m. 187 hükmünü deyim yerindeyse bertaraf edebilmesini sağlayan, Anayasa’ya aykırılık itirazında ilgi kurmadığı Anayasa m. 90/5 hükmü olmuştur. Biz bu hükme ilişkin değerlendirmeyi, önceki bölümde 2009/85 E., 2011/49 K., 10.03.2011 Tarihli Karar başlığı⁹⁰ altında yapmıştık; ancak Anayasa Mahkemesi’nin gerekçesine de bu aşamada yer vereceğiz.

Milletlerarası andlaşmaları uygun bulma kenar başlıklı Anayasa m. 90/5’e göre, “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel

⁹⁰ Bkz. Yuk. II, 1, b.

hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır”. Bu düzenlemeyle, hukukumuzda kanunlar ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası andlaşmalar arasında bir çeşit hiyerarşi ihdas edilmiş ve aralarında uyuşmazlık bulunması halinde andlaşmalara öncelik tanınacağı hüküm altına alınmıştır. Buna göre, temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası bir andlaşma ile bir kanun hükmünün çatışması halinde, uluslararası andlaşma hükmünün öncelikle uygulanması gerekir. Bu durumda, başta yargı mercileri olmak üzere, birbiriyle çatışan temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir uluslararası andlaşma hükmü ile bir kanun hükmünü önlerindeki olaya uygulamak durumunda olan uygulayıcıların, ***kanunu göz ardı ederek uluslararası andlaşmayı uygulama yükümlülükleri vardır.***

Mahkeme bu bağlamda uygulanması gereken uluslararası anlaşmalara yer vermiştir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi iç hukukta doğrudan uygulanma kabiliyetini haizdir. Sözleşme'nin 8. maddesi özel hayata ve aile hayatına saygıyı ifade ederken, 14. maddesi cinsiyete dayalı ayrımcılığı yasaklamaktadır. AİHM'in, kişinin soyadını özel hayat kapsamında değerlendirerek evli kadının kocasının soyadını kullanma zorunluluğunu özel hayata müdahale olarak kabul ettiği birçok kararında, soyadı kullanımı ile ilgili başvurular, Sözleşme'nin 8. maddesinde yer alan “özel hayatın ve aile hayatının korunması” ilkesi kapsamında incelenmiş ve kadının evlendikten sonra yalnızca evlilik öncesi soyadını kullanmasına ulusal mercilerce izin verilmemesinin, Sözleşmenin özel hayatın gizliliğini öngören 8. maddesiyle bağlantılı olarak, ayrımcılığı yasaklayan 14. maddesine aykırı olduğu sonucuna varılmıştır (bkz. Ünal Tekeli/Türkiye, B. No: 29865/96, 16/11/2004; Leventoğlu Abdulkadiroğlu/Türkiye, B. No: 7971/07, 28/5/2013; Tuncer Güneş/Türkiye, B. No: 26268/08, 3/10/2013; Tanbay Tüten/Türkiye, B. No:38249/09, 10/12/2013). Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nden başka, cinsiyetler arası eşitlik ve cinsiyete dayalı ayrımcılıkla ilgili hususlar, insan hakları ile ilgili diğer bir takım uluslararası hukuk belgelerinde de yer almaktadır. Bu çerçevede, Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi m. 23/4 ve Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi m. 16/1 b. g hükmüne de yollama yapılmıştır.

Mahkemeye göre, "...Anayasa'nın 90. maddenin beşinci fıkrası uyarınca, sözleşmeler hukuk sistemimizin bir parçası olup, kanunlar gibi uygulanma özelliğine sahiptir. Yine aynı fıkra göre, uygulamada bir kanun hükmü ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin olan sözleşme hükümleri arasında bir uyumsuzluğun bulunması halinde, sözleşme hükümlerinin esas alınması zorunludur. **Bu kural bir zımni ilga kuralı olup, temel hak ve özgürlüklere ilişkin sözleşme hükümleriyle çatışan kanun hükümlerinin uygulanma kabiliyetini ortadan kaldırmaktadır.** Başvuruya konu yargılama kapsamında verilen kararın **4721 sayılı Kanun'un 187. maddesine dayanarak** verildiği anlaşılmaktadır. **Ancak**, yukarıda yer verilen tespitler ışığında, **ilgili Kanun hükmünün sözü edilen Sözleşme hükümleri ile çatıştığı görülmektedir.** Bu durumda, uyumsuzluğu karara bağlayan derece Mahkemelerinin, **AİHS ve diğer uluslararası insan hakları andlaşmaları ile çatışan 4721 sayılı Kanun'un 187. maddesini kararlarına esas almayarak**, başvuru konusu uyumsuzluk açısından Anayasa'nın 90. maddesi uyarınca uygulanması gereken uluslararası sözleşme hükümlerini dikkate alması gerektiği sonucuna varılmaktadır..."

Devamında Anayasa Mahkemesi, somut başvuru açısından, başvuru-
cunun temel hak ve özgürlüklere dair uluslararası andlaşmaların kanun
hükümlerine nazaran öncelikle uygulanacağı ve bu kapsamda Sözleşmenin
ve AİHM içtihadının uyumsuzluğun karara bağlanmasında nazara alınması
noktasındaki itirazlarının yargı mercilerince dikkate alınmadığı ve tartışılma-
dığının anlaşıldığını ifade etmiştir. İlgili sözleşmenin hükümlerinin somut
uyumsuzluk açısından esas alınması gereken hukuk kuralı olduğu sonucuna
varmış, bu nedenle de başvurucunun manevi varlığı kapsamında güvence
altına alınan **isim hakkına yönelik müdahalenin kanunilik şartını sağlamadığının**
anlaşıldığını belirtmiştir. Bu bağlamda, söz konusu müdahale açısından
diğer güvence ölçütlerine riayet edilip edilmediğinin ayrıca değerlendiril-
meye gerek görmemiş, nihayetinde başvurucunun Anayasa'nın 17. mad-
desinde güvence altına alınan manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi
hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir. Başvurucu manevi tazminata hük-
medilmesini de talep etmiştir; ancak Mahkeme, yeniden yargılama yapmak
üzere dosyanın ilgili Mahkemesine gönderilmesine karar verilmesinin başvu-

rucunun ihlal iddiası açısından yeterli bir tazmin oluşturduğu kanaatine vardığından bu talebi reddetmiştir.

Anayasa Mahkemesi, sonuç olarak, Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlal edildiğine, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosyanın ilgili mahkemesine gönderilmesine oy birliğiyle karar vermiştir. Karardan anlaşıldığı üzere, Sevim Akat Eşki'nin yerel mahkemeye ilk başvurusu 2007 yılındadır, bu karar ise 2013 yılının sonunda verilmiştir, İstanbul 10. Aile Mahkemesinin soyadının düzeltilmesine ilişkin kararı ise, 15.04.2014 tarihlidir⁹¹. Dolayısıyla, kendisinin bekârlık soyadına dönebilmesi yedi yıl sürmüştür.

Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru yoluyla incelediği TMK m. 187'ye ilişkin ikinci başvuru Gülsim Genç⁹² (Başvuru Numarası: 2013/4439; Karar tarihi: 06.03.2014), üçüncü başvuru ise Neşe Aslanbay Akbıyık⁹³ (Başvuru Numarası: 2014/ 5836; Karar tarihi: 16.04.2015) başvurusudur. Ayşe Sena Sezgin Arslan⁹⁴ (Başvuru Numarası: 2014/ 13367; Karar tarihi: 15.04.2015) başvurusu, başvuru yollarının tüketilmemesi nedeniyle kabul edilemez bulunmuştur. Mahkeme, Gülsim Genç ve Neşe Aslanbay Akbıyık başvurularını da Anayasa m. 17 çerçevesinde değerlendirmiş ve m. 90/5'e istinaden isim hakkına yönelik müdahalenin kanunilik şartı sağlanmadığı için, 17. maddenin ihlal edildiği kararını vermiştir. Neşe Aslanbay Akbıyık başvurusunda, Sevim Akat Eşki kararına da yollama yapmıştır.

⁹¹ Bu karara, Sevim Akat'ın sosyal medya hesabından erişilmiştir. <https://www.facebook.com/photo.php?fbid=860172380677333&set=a.213714235323154.62813.100000537370600&type=3&theater>.

⁹² <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/41b92621-751c-4618-9cab-d6c460e2ff6c?highlightText=kad%C4%B1n%C4%B1n%20soyad%C4%B1&wordsOnly=False> Erişim tarihi: 16.11.2016.

⁹³ <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/b663686e-1539-4189-8f13-50c318603509?highlightText=kad%C4%B1n%C4%B1n%20soyad%C4%B1&wordsOnly=False> Erişim tarihi: 16.11.2016.

⁹⁴ <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/e3173740-d094-4241-b33a-7253888c8225?highlightText=kad%C4%B1n%C4%B1n%20soyad%C4%B1&wordsOnly=False> Erişim tarihi: 16.11.2016.

III. EVLİ KADININ SOYADINA İLİŞKİN YARGITAY'IN KARARLARI

1. 2. Hukuk Dairesi'nin 30.09.2015 Tarihli Hukuk Genel Kurulu Kararından Önceki İçtihatları

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, evli kadınların bekârlık soyadını tek başına kullanma taleplerini kural olarak kabul etmemekteydi⁹⁵. Bu bağlamda, 2. Hukuk Dairesi, karardan anlaşıldığı üzere, Ankara 11. Aile Mahkemesi'nin 2009/1528 E., 2010/918 K., 06.07.2010 tarihli, evli kadının sadece bekârlık soyadını taşımasına ilişkin talebini kabul eden kararını, Nüfus İdaresi'nin temyiz etmesi üzerine bozmuştur⁹⁶. Bozma gerekçesinden anladığımız kadarıyla, yerel mahkeme, Anayasa m. 90/5 hükmünden hareketle talebi kabul etmiş, ancak 2. Hukuk Dairesi de Anayasa Mahkemesi'nin ilgili hükmün iptali talebini reddeden kararına istinaden hükmü bozmuştur. Buna göre, *"...Evli kadının soyadı, kocasına bağlı olarak değişebilir. Kocasının soyadında bir değişiklik olmadıkça evlenen kadın kocasının soyadını taşımak zorundadır.* Yasal düzenleme böyledir (TMK m. 187). Evlilik boşanma veya iptal kararıyla sona ermedikçe evli kadının yalnızca evlenmeden önceki soyadını kullanması yasal olarak mümkün bulunmamaktadır. Anayasa'nın 10. maddesinde 5170 sayılı yasayla ve 41. maddesinde 4709 sayılı yasayla yapılan değişikliklere rağmen Anayasa Mahkemesi, Türk Medeni Kanununun 187. maddesinde yer alan düzenlemeyi Anayasa'ya aykırı görmemiş, bu

⁹⁵ Tespit edebildiğimiz kadarıyla, bir kararda temyiz süresinin geçirilmiş olması sebebiyle evli kadının bekârlık soyadını taşımasına ilişkin talebinin kabul gördüğü vakidir. Şöyle ki, Ankara 3. Aile Mahkemesi, 2007/1204 E., 2007/1323 K. ve 05.12.2007 tarihli kararında evli kadının sadece bekarlık soyadını kullanma talebini Anayasa m. 90/5, Ünal-Tekeli kararı, uluslararası anlaşmalara istinaden kabul etmiştir. Karar Nüfus İdaresi tarafından temyiz süresi geçtikten sonra temyiz edildiği için 2. Hukuk Dairesi temyiz istemini reddetmiştir. Bkz. 2. HD, 2008/7463 E., 2009/11823 K., 18.06.2009 T. <https://kazanci.com.tr/> Erişim tarihi: 08.09.2017.

⁹⁶ 2. HD, 2011/7737 E., 2012/16695 K., 18.06.2012 T. Aynı yönde bkz. 2. HD, 2012/2319 E., 2013/4523 K., 21.02.2013 T. (Bu karar üzerine, Yerel Mahkeme direnme kararı vermiş, dosya Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'na gitmiş, müteakip bölümde inceleyeceğimiz üzere Kurul, evli kadının sadece bekarlık soyadını taşımasına ilişkin talebini 30.09.2015 tarihli kararıyla kabul etmiştir.); 2. HD, 2013/6920 E., 2013/26077 K., 12.11.2013 T. <http://www.yargitay.gov.tr/> Erişim tarihi: 06.09.2017.

hükümün iptali için yapılan itiraz başvurusunu 10.03.2011 tarihli 2009/85 esas, 2011/49 karar sayılı kararıyla reddetmiştir (21.10.2011 tarihli 28091 sayılı Resmi Gazete). Anayasa Mahkemesi kararları, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri bağlar (Anayasa m. 153/son). Yasa hükmü yürürlükte bulundukça mahkemenin yasal düzenlemeye aykırı düşecek şekilde karar tesis etmesi olanağı yoktur...”. Öte yandan, tek gerekçesi de bu değildir. Şöyle ki, “...Anayasanın 90. maddesine 5170 sayılı yasayla ilave edilen, milletlerarası anlaşma hükümlerinin esas alınacağına ilişkin düzenleme “temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası anlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hüküm içermesi” hali için geçerlidir. Türkiye’nin taraf olduğu temel hak ve özgürlüklere ilişkin başta İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ile temel hak ve özgürlükleri düzenleyen diğer sözleşmelerde, evli kadının “*evlenmeden önceki soyadını muhafaza edeceğine*” ilişkin açık bir hüküm ve düzenleme bulunmamaktadır. Başka bir ifade ile “*aynı konuda farklı hüküm*” söz konusu değildir⁹⁷. İnsan

⁹⁷ Uygulanması gereken uluslararası anlaşma hükmünün somut ve ayrıntılı düzenleme içermemesi hali, Anayasa Mahkemesi kararlarında tartışılmamıştır. Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi m. 16/1 b. g hükmü, taraf devletlerin, aile adı konusunda karı ve koca için eşit kişisel haklar getirmesi gerektiğini amirdir. Ancak taraf devletlerin bunu ne şekilde gerçekleştireceğini söylememekte, sadece ilkeyi ortaya koymaktadır. Nihayetinde incelemiş olduğumuz İsviçre ve Alman hukukuna ilişkin düzenlemeler bu ilkeyi farklı düzenlemelerle gerçekleştirmişlerdir. Uluslararası anlaşma hükümleri, nitelikleri gereği esaslı ortaya koymaktadır. Böyle bir metinde, Alman hukuku veya İsviçre hukukundaki gibi her ihtimali gözetken somut bir düzenlemenin getirilmesi de beklenebilir değildir. Uluslararası anlaşma metinlerinde kanun hükmü gibi düzenleme aramak, olmadığı zaman da uygulamadan vazgeçmek, kanaatimizce Anayasa m. 90/5 hükmünün bertaraf edilmesi sonucunu doğurur. Spesifik olarak, evli kadının soyadı hususunda, sadece bekârlık soyadını kullanmaya ilişkin talebi kabul etmek zaten bu meseleyi de halledecektir. Bu hususta ayrıca bkz. **Çolaker**, s. 58 vd.; bkz. ve karşı. **Ergene**, s. 161-163. Yargıtay’ın uluslararası anlaşma hükümlerini doğrudan uyguladığı kararları için bkz. **Çolaker**, s. 93 vd. Ancak, sorunu her zaman böyle aşmak mümkün olmayabilir. Nitekim bu husus Öğretide de tartışılmıştır. Biz, doğrudan inceleme konumuza dâhil olmadığı için, Anayasa m. 90/5 hükmü hakkında bu konudaki bazı makalelere yollama yapmakla yetiniyoruz. Özellikle somut hüküm hususunda bkz. **Başlar**, K.: Uluslararası Antlaşmaların Onaylanması, Üstünlüğü ve Anayasal Denetimi Üzerine, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni (MHB), Prof. Dr. Sevin TOLUNER’e Armağan, 24/1-2, Y. 2004, s. 315 vd. Bkz. **Karagülmez**, A.: 5170 Sayılı Yasa’yla Anayasa’nın 90. Maddesinde Yapılan Değişikliğe Bir Bakış, TBB Dergisi,

Hakları Avrupa Mahkemesi “Tekeli-Türkiye” kararında kişinin soyadını, özel hayatın kapsamında kabul etmiş, Türk Medeni Kanununun 187. maddesindeki düzenlemenin “evli kadına kocasının soyadını taşımaya dayattığını, bunun da soyadını seçme ve evlenmeden önceki soyadını muhafaza etme hakkını ortadan kaldırdığını” belirterek, yasal düzenlemenin Sözleşmenin 8. maddesinde düzenlenen “özel hayata” müdahale oluşturduğunu kabul ederek ihlal kararı vermiştir. ***Burada ihlale yol açan, ulusal mahkemelerin uygulaması veya yasa hükmünü yorum tarzı değil, yasal düzenlemenin bizzatı kendisidir.*** Bu düzenleme değiştirilmedikçe mahkemeler yasaya uygun karar vermekle yükümlüdür. Bu bakımdan, yerel mahkemenin olayda uygulanma olanağı bulunmayan Anayasa’nın 90/son maddesinden hareketle ulaştığı sonuç, doğru olmadığı gibi, Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılık etkisini de bertaraf edici niteliktedir. Böyle bir yaklaşım “yürürlükte olan yasa hükmüne aykırı kararlar verilmesi” sonucunu hâsıl eder. Bu ise Türk Medeni Kanununun benimsediği aile birliğinin ve bütünlüğünün kocanın soyadı üzerinden devamına ilişkin genel prensibi ve kamu düzenini bozar. Öyleyse davanın reddine karar verilmelidir...”. Bu karar 18.06.2012 tarihinde oybirliğiyle alınmıştır. Anayasa Mahkemesi’nin, Anayasa m. 90/5 hükmünden hareketle, bireysel başvuru neticesinde verdiği ilk kararın tarihi 19.12.2013’dür. Nitekim bireysel başvuru sonucu verilen ilk karardan sonra, 2. Hukuk Dairesinin kararı⁹⁸ yine bu yönde çıkmış olmakla birlikte, bir üyenin karşı oyu da söz konusu olmuştur.

Karşı oy yazısında, öncelikle, Anayasa Mahkemesi’nin bireysel başvuru sonucu verdiği karara yollama yapılmış, bu kararda “evli kadının evlilik

Sayı 54, Y. 2004, s. 165 vd.; **Gerek, Ş./Aydın, A. R.:** Anayasa’nın 90. Maddesi Değişikliği Karşısında Yasaların Geleceği ve Anayasal Denetim, TBB Dergisi, S. 55, 2004, s. 228 vd.; **Bilir, F.:** Anayasanın 90. Maddesinde Yapılan Değişiklik Çerçevesinde Milletlerarası Andlaşmaların İç Hukuktaki Yeri, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 13, S.1, Y. 2005, s. 81 vd.; **Aybay, R.:** Uluslararası Antlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri, TBB Dergisi, S. 70, 2007, s. 199 vd.; **Bilgin, A., B.:** Uluslararası Anlaşmaların İç Hukuktaki Yeri Bağlamında 2004 Değişikliğinin Beraberinde Getirdiği Sorunlar ve Bazı Çözüm Önerileri, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 22, S.1, 2016, s. 131 vd.

⁹⁸ 2. HD, 2013/23893 E., 2014/9497 K., 21.04.2014 T. Karşı oyla ve aynı yönde bkz. 2. HD, 2014/16089 E., 2014/23993 K., 27.11.2014 T. <http://www.yargitay.gov.tr/> Erişim tarihi: 06.09.2017.

öncesi soyadını tek başına kullanmasına engel olan Türk Medeni Kanununun 187'nci maddesine dayanan uygulamanın", Anayasa'nın 17'nci maddesinde güvence altına alınan "kişinin manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkını ihlal ettiğine" karar verildiği, aynı kararda ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapılmak üzere dosyanın ilgili mahkemesine gönderilmesinin de kararlaştırıldığı ifade edilmiştir. Bundan başka, Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru sonucunda verdiği ihlal kararlarının, soyut ve somut norm denetiminden farklı olarak, sadece başvuruda bulunan kişi ve başvuruya konu idari işlem ya da karar açısından geçerli ve bağlayıcı olduğu da ifade belirtilmiştir. Ancak "...Anayasa Mahkemesinin saptadığı hak ihlalinin, mahkeme kararından kaynaklandığını belirleyen ve Kuruluş Kanununun 50. maddesinin (2.) fıkrasında dayanarak aldığı "ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapılmasına" ilişkin kararı karşısında, derece mahkemelerinin başvuru konusu somut olay ve kişi bakımından artık başka türlü karar vermesine olanak yoktur. Ne var ki, Türk Medeni Kanununun 187'nci maddesine dayanan benzer uygulamalarda, bireysel başvuru konusu yapılması halinde Yüksek Mahkemece, bundan sonra da hak ihlalinin tespit edileceği ve ihlalin sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yolunun açılacağı da muhakkak gözükmektedir. Nitekim aynı konuda daha sonra yapılan 2013/4439 numaralı başvuru sonucunda da Yüksek Mahkeme, "hak ihlali" tespit etmiş ve ihlalin sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapılmasına karar vermiştir...". Muhalif üye, devamında "*Anayasanın ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Türkiye'nin "taraf" olduğu eki Protokollerin ortak koruma alanında bulunan temel hak ve özgürlüklerin ihlal edildiği iddialarının, öncelikle genel yargı mercilerinde olağan kanun yollarında çözüme kavuşturulması asıldır. Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru ikincil nitelikte bir yoldur. Bu husus, Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuruya ilişkin birçok kararında ifade edilmiştir. O halde, yargılamanın yenilenmesi sebebi olabilecek bu hususun, derece mahkemelerinde yargılması devam eden davalarda da göz önüne alınması gerekir.* Gerek Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin konuya ilişkin ihlal kararları, gerekse Anayasa Mahkemesi'nin bu husustaki bireysel başvuru sonucu aldığı ihlal kararları karşısında, Türk Medeni Kanununun 187'nci maddesinde yer alan düzenlemeyi artık, "evlenen kadın, sadece evlenmeden önceki soyadını kullanmak isteği bulunmadığı takdirde

kocasının soyadını alır” şeklinde yorumlamak ve hak ihlaline yol açmamak için bu husustaki istekleri kabul etmek gerekir...”. Karşı oy yazısında, Anayasa Mahkemesi’nin 10.03.2011 tarihli kararından sonra, on yıl geçmedikçe tekrar Anayasa Mahkemesi’ne gidilemeyeceği hususunun Anayasa’ya uygunluk denetimi açısından söz konusu olduğu, yasal normun Anayasa’ya aykırı bulunmasa bile, somut bir olayda hak ihlaline yol açabileceği ifade edilmiş, on yıl kuralının hak ihlalini tespiti engel olmadığı belirtilmiştir. Karşı oy yazısında, son olarak “...Dairemizin 19.3.2012 tarihli ve 2012/2926-7150 sayılı kararı da, bireysel başvuru sonucu verilen ihlal kararından öncedir. Daha sonra bireysel başvuru sonucu verilen ihlal kararı karşısında, artık bu kararın referans olma özelliği de kalmamıştır...” demek suretiyle çoğunluk görüşüne katılmadığını belirtmiştir.

30.09.2015 tarihli HGK kararından önce 2. Hukuk Dairesi’nin evli kadının talebini kabul ettiği kararları da mevcuttur. Ankara 11. Aile Mahkemesi’nin evli kadının sadece bekârlık soyadını kullanma talebini kabul eden kararını Nüfus İdaresi’nin temyiz etmesi üzerine 2. Hukuk Dairesi, 28.04.2015 tarihli kararında⁹⁹ temyiz isteğini oybirliğiyle reddetmiş, Yerel mahkemenin kararını onamıştır. Yerel mahkeme kararında Anayasa m. 90/5 hükmüne, uluslararası anlaşmalara ve Anayasa Mahkemesi’nin bireysel başvuru sonucu verdiği 19.12.2013 tarihli karara da yollama yapmıştır. Bu karardan kısa bir süre sonra, 05.05.2015 tarihli kararında¹⁰⁰ 2. Hukuk Dairesi yine evli kadının talebini kabul eden yerel mahkeme kararını onamıştır. Ancak bu kararda bir karşı oy söz konusudur. Muhalif üye, karşı oy yazısında, bu bölümün başında yollama yaptığımız 2. Hukuk Dairesi’nin kararlarındaki gerekçeye yer vermiş¹⁰¹, TMK m. 187 değişmedikçe, Anayasa m. 90/5 hükmünden hareketle karar vermenin yürürlükteki yasa hükmüne aykırı karar verme anlamına geleceğini ifade ederek çoğunluk görüşüne katılmamıştır.

⁹⁹ 2. HD, 2014/20471 E., 2015/8704 K., 28.04.2015 T. <https://kazanci.com.tr/> Erişim tarihi: 08.09.2017.

¹⁰⁰ 2. HD, 2014/26423 E., 2015/9270 K., 05.05.2015 T. <http://www.yargitay.gov.tr/> Erişim tarihi: 06.09.2017.

¹⁰¹ 2.HD, 2011/7737 E., 2012/16695 K., 18.06.2012 T. Aynı yönde bkz. 2. HD, 2012/2319 E., 2013/4523 K., 21.02.2013 T.; 2. HD, 2013/6920 E., 2013/26077 K.,12.11.2013 T. <http://www.yargitay.gov.tr/> Erişim tarihi: 06.09.2017.

2. 2014/2-889 E., 2015/2011 K. ve 30.09.2015 Tarihli Hukuk Genel Kurulu Kararı

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 30.09.2015 tarihli kararına¹⁰² giden süreç, Ankara 11. Aile Mahkemesi'nin 2011/59 E., 2011/656 K. ve 12.05.2011 tarihli kararıyla başlamıştır. 2. Hukuk Dairesi'nin 2012/2319 E., 2013/4523 K. ve 12.05.2011 tarihli bozma kararından anlaşıldığı üzere, yerel mahkeme Anayasa m. 90/5'e istinaden evli kadının sadece bekarlık soyadını kullanmasına ilişkin talebini kabul etmiş, ancak 2. Hukuk Dairesi söz konusu kararıyla bu hükmü bozmuştur. Yerel mahkemenin kararında direnmesi ve bu kararın temyizi üzerine dosya Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'na gelmiştir.

Hukuk Genel Kurulu, kararında, öncelikle, uyuşmazlığın, AİHS (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi) karşısında Anayasa Mahkemesi kararlarınının bağlayıcı olup olmadığı; varılacak sonuca göre TMK m.187 hükmüne rağmen kadının evlilik birliği içinde sadece kendi soyadını kullanıp kullanamayacağı noktasında toplandığını belirtmiştir. Anayasa'nın m. 90/5 hükmüne yer vermiş, bu durumda mahkemelerin önlerine gelen uyuşmazlıklarda, usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar ile iç hukukun birlikte yorumlanması ve uygulanması; uyuşmazlığa ilişkin yasa hükümleri ve Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna göre oluşan içtihatlar ile diğer uluslararası sözleşmelerin incelenmesi gerektiğini ifade etmiştir. Esasa ilişkin incelemeye geçmeden önce, kadının evlilik birliği içinde sadece kızlık soyismini kullanmasına dair Avrupa Birliği, Birleşmiş Milletler ve Türkiye Cumhuriyeti'ndeki süreci ayrıntılı biçimde anlatmıştır. Türkiye'nin onaylamış olduğu sözleşmelere yer vermiş, özellikle de "Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi"nin m. 16/1 g bendine vurgu yapmış, bütün bunlara rağmen Türkiye Cumhuriyeti'nin gerekli düzenlemeyi yapmadığını belirtmiştir. Buna karşılık, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, bilahare Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru sonucu verdiği kararlarla evli kadının sadece bekârlık soyadını kullanmasına izin verildiği ifade edilmiştir. Bu kararları da ayrıntılı olarak değerlendirmiştir.

¹⁰² YHGK 2014/2-889 E., 2015/2011 K., 30.09.2015 T. <http://www.yargitay.gov.tr/> Erişim tarihi: 06.09.2017. Bu karara ilişkin değerlendirmeler için bkz. **Öcal Apaydın**, s. 445-446; **Mortaş**, s. 351-352; **Oruç**, s. 457.

Kararda, Anayasa Mahkemesi önüne iptal istemi ile götürülen ancak iptal edilmeyen TMK m. 187 hükmünün yürürlükte olduğu dikkate alındığında, yürürlükte olan bir maddenin Anayasa'nın 17¹⁰³, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. ve 14. maddeleri karşısında uygulanmasının gerekip gerekmediğinin tartışma konusu olduğu belirtilmiş, şu sonuca varılmıştır: "...Anayasa'nın 90. maddesine göre usulüne uygun olarak yürürlüğe konulan temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmalarda yer alan düzenlemelerin kanun hükmünde olduğu belirtilerek, 7/5/2004 tarihinde yapılan değişiklikle fıkraya eklenen son cümleyle, hukukumuzda *kanunlar ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmalar arasında bir çeşit hiyerarşi ihdas edilmiş ve aralarında uyumsuzluk bulunması halinde antlaşmalara öncelik tanınacağı hüküm altına alınmıştır. Bu düzenleme uyarınca, temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası bir antlaşma ile bir kanun hükmünün çatışması halinde, uluslararası antlaşma hükmünün öncelikli uygulanması gerekir.* Bu durumda başta yargı mercileri olmak üzere, birbiriyle çatışan temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir uluslararası antlaşma hükmü ile bir kanun hükmünü önlerindeki olaya uygulamak durumunda olan uygulayıcıların, *kanunu göz ardı ederek uluslararası antlaşmayı uygulama yükümlülükleri vardır...*". "... Anayasa'nın 90. maddenin beşinci fıkrası uyarınca, sözleşmeler hukuk sistemimizin bir parçası olup, kanunlar gibi uygulanma özelliğine sahiptir. *Yine aynı fıkraya göre, uygulamada bir kanun hükmü ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin olan sözleşme hükümleri arasında bir uyumsuzluğun bulunması halinde, sözleşme hükümlerinin esas alınması zorunludur. Bu kural bir zımni ilga kuralı olup, temel hak ve özgürlüklere ilişkin sözleşme hükümleriyle çatışan kanun hükümlerinin uygulanma kabiliyetini ortadan kaldırmaktadır...*". Hukuk Genel Kurulu bu gerekçelerle, TMK m. 187 hükmünü kararlarına esas almayan, Anayasa m. 90 uyarınca uluslararası sözleşme hükümlerini dikkate alan ilk derece mahkemelerinin kararlarını yerinde bulmuş, somut olay bakımından da, yerel mahkemenin kararını usul ve yasaya uygun bulup oy çokluğuyla onamıştır. Öte yandan, kararda vurguladığı bir husus da, evli kadının bekârlık soyadını

¹⁰³ Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuru sonucu verdiği kararlarda Anayasa'nın 17. maddesinin, kişinin manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir. Bkz. Yuk. II, 2, c.

kullanmak istemesi için haklı bir gerekçe veya önemli bir nedene ihtiyaç olmadığını belirtmesidir.

Kanaatimizce, Hukuk Genel Kurulu'nun bu kararı vermesinde Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru sonucu verdiği kararlar etkili olmuştur. Ancak yine de belirtmek gerekir ki, bu karar bir içtihadı birleştirme kararı değildir, Kurul'un kendisi için bile bağlayıcılığı yoktur. Nitekim müteakip bölümde değerlendireceğimiz üzere, 2. Hukuk Dairesi'nin bu karardan sonra verdiği bazı kararlar, kanaatimizce bu kararlarla bağdaşmamaktadır.

3. 2. Hukuk Dairesi'nin 30.09.2015 Tarihli Hukuk Genel Kurulu Kararından Sonraki İçtihatları

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, HGK kararından sonra verdiği 12.02.2016 tarihli kararında¹⁰⁴ evli kadının bekârlık soyadını kullanma talebini kabul eden yerel mahkeme kararını onamıştır. Ancak bu karara karşı bir karşı oy mevcuttur. Karşı oy yazısında, esas itibarıyla, 2. Hukuk Dairesi'nin 18.06.2012 tarihli kararındaki¹⁰⁵ gerekçeye yer verilmiş, ancak bundan başka, Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru sonucu verdiği kararların bağlayıcı yanı olmadığını da ifade edilmiştir.

23.02.2016 tarihli kararında¹⁰⁶ 2. Hukuk Dairesi, yerel mahkemenin evli kadının bekârlık soyadını kullanmasına ilişkin istemini, TMK m. 187'ye aykırı olduğu gerekçesiyle reddeden kararını davacının temyiz etmesi üzerine inceleyip bozmuştur. Gerekçesinde, Hukuk Genel Kurulu'nun 2014/2-889 E., 2015/2011 K., 30.09.2015 tarihli kararıyla yeni bir uygulamaya geçtiğini, bu uygulamanın daireleri tarafından da benimsendiğini ifade etmiştir. Bununla birlikte, 25.02.2016 tarihli kararında¹⁰⁷, yerel mahkemenin

¹⁰⁴ 2. HD, 2015/21685 E., 2016/2321 K., 12.02.2016 T. <http://www.yargitay.gov.tr/> Erişim tarihi: 06.09.2017.

¹⁰⁵ 2. HD, 2011/7737 E., 2012/16695 K., 18.06.2012 T. <http://www.yargitay.gov.tr/> Bu karar, bireysel başvuru sonucu verilen ilk karardan daha önce verilmiştir. Erişim tarihi: 06.09.2017.

¹⁰⁶ 2. HD, 2015/20964 E., 2016/3188 K., 23.02.2016 T. <http://www.yargitay.gov.tr/> Erişim tarihi: 06.09.2017.

¹⁰⁷ 2. HD, 2015/20698 E., 2016/3466 K., 25.02.2016 T. <http://www.yargitay.gov.tr/> Erişim tarihi: 06.09.2017.

evli kadının bekârlık soyadını kullanması istemini kabul eden kararını Nüfus Müdürlüğü'nün temyiz etmesi üzerine incelemiş, dava sonucunda verilecek kararın, davacının eşinin hukuki durumunu da etkileyeceğinden, eşin de davaya dâhil edilmesini, gösterdiği takdirde delillerinin toplanması ve tüm deliller birlikte değerlendirilerek gerçekleşecek sonuç uyarınca bir hüküm kurulmasının gerektiğini, *eksik hasım* ve inceleme ile hüküm kurulmasının doğru görülmediği gerekçesiyle, yerel mahkemenin kararını bozmuştur. Karardan anlaşıldığı üzere, davacı, davalı olarak sadece Nüfus Müdürlüğü'nü göstermiştir. Aynı şekilde, 28.04.2016 tarihli kararında¹⁰⁸ da, davacının, davalı olarak sadece Nüfus Müdürlüğü'nü gösterdiği davada, yerel mahkemenin davacının talebini kabul eden kararını, Nüfus Müdürlüğü'nün temyiz etmesi üzerine, davacının eşinin de hukuki durumunu etkileyeceği gerekçesiyle bozmuştur. Öncelikle, dava sonucunda verilecek kararın, davacının eşinin hukuki durumunu nasıl etkileyeceği kanaatimizce açıklanması gereken bir husustur, soyadı doğrudan doğruya kişilik hakkına ilişkindir, bu hak çerçevesinde korunan değerlerden biridir. Evli kadının açtığı davanın kabulü halinde, elde edeceği sonuç bekârlık soyadını tek başına kullanabilmektir. Bu durumun eşe herhangi bir etkisi yoktur, davanın kabulü halinde onun soyadının değiştirilmesi veya ona birden fazla soyadı taşıması zorunluluğu getirilmesi de söz konusu değildir. Mesele, esasen buraya kadar da açıklandığı üzere, kadının kişilik hakkına yapılan müdahalenin ortadan kaldırılıp kaldırılmayacağına ilişkindir. Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru sonucunda verdiği kararlarla, Hukuk Genel Kurulu verdiği kararlar -bireysel başvuru yoluna gitmeye gerek kalmaksızın- TMK m. 187'ye rağmen, Anayasa m. 90/5 hükmüyle bu müdahaleyi ortadan kaldırmıştır¹⁰⁹. Bu kararlar, yukarıda ifade ettiğimiz üzere, bağlayıcı değildir, 2. Hukuk Dairesi, Hukuk Genel Kurulu'nun görüşüne de katılmayabilir, ancak bu halde de verilecek olan karar, kanaatimizce eksik hasım ve inceleme ile hüküm kurulmasından dolayı bozma değildir.

¹⁰⁸ 2. HD, 2016/795 E., 2016/8755 K., 28.04.2016 T. <http://www.yargitay.gov.tr/> Erişim tarihi: 06.09.2017. Aynı yönde bir başka karar için bkz. 2. HD, 2015/15481 E., 2015/20360 K., 04.11.2015 T. <http://www.yargitay.gov.tr/> Erişim tarihi: 06.09.2017.

¹⁰⁹ TMK m. 187 hükmünün içtihatlar aracılığıyla aşılmasının kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırı olduğu yönünde bkz. **Oruç**, s. 459. Ancak yazar Anayasa m. 90/5 hükmünü değerlendirmemiştir.

Yargıtay'ın eksik hasım ifadesinden, davanın birden fazla kişiye açılması gerektiğini, olay bakımından Nüfus Müdürlüğü ile eş arasında dava arkadaşlığı olduğu sonucuna vardığı anlaşılmaktadır. Dava arkadaşlığı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) 57-60. maddeleri arasında düzenlenmiştir. İhtiyari dava arkadaşlığının söz konusu olduğu hallerde, birden fazla kişinin birlikte dava açması veya birden fazla kişiye birlikte dava açılması zorunlu olmayıp isteğe bağlı olduğundan¹¹⁰, kanaatimizce, 2. Hukuk Dairesi Nüfus Müdürlüğü ile eş arasında bu tip bir dava arkadaşlığı olduğu düşüncesinde değildir¹¹¹. Mecburi dava arkadaşlığına gelince, HMK m. 59/1'e göre, maddi hukuka göre, bir hakkın birden fazla kimse tarafından birlikte kullanılması veya birden fazla kimseye karşı birlikte ileri sürülmesi ve tamamı hakkında tek hüküm verilmesi gereken hâllerde, mecburi dava arkadaşlığı vardır. Bu maddede düzenlenen maddi bakımdan mecburi dava arkadaşlığıdır¹¹². Kanaatimizce, Nüfus Müdürlüğü ile eş arasında böyle bir dava arkadaşlığı da yoktur. Nüfus Müdürlüğü'ne dava açılmak zorundadır. Zira Nüfus Hizmetleri Kanunu m. 35/1'e göre, kesinleşmiş mahkeme hükmü olmadıkça nüfus kütüklerinin hiçbir kaydı düzeltilemez ve kayıtların anlamını ve taşıdığı bilgileri değiştirecek şerhler konulamaz. TMK m. 187 hükmüne rağmen, Nüfus Müdürlüğü'nün sadece bekârlık soyadını kullanma talebini kabul etmesi mümkün değildir. Dolayısıyla bu dava Nüfus Müdürlüğü'ne açılmak zorundadır¹¹³. Buna karşılık, eşe dava açılmasının gerekli olmadığı kanaatindeyiz¹¹⁴. TMK m. 187 hükmü, kadının bekârlık soyadını kullanmasını, eşlerin anlaşmasına veya diğer eşin rızasına veya menfaatine

¹¹⁰ **Kuru**, B.: İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku, İstanbul, 2016, s. 489 vd.; **Pekcanitez**, H./**Taş Korkmaz**, H.: PEKCANITEZ USUL Medeni Usul Hukuku, C. I, İstanbul, 2017, s. 686 vd.

¹¹¹ HMK m. 57/1 b. c'ye göre, davaların temelini oluşturan vakıaların ve hukuki sebeplerin aynı veya birbirine benzer olması, ihtiyari dava arkadaşlığına sebep olabilir, ancak ifade ettiğimiz üzere burada davanın birlikte görülmesi zorunlu değildir, bu nedenle de 2. Hukuk Dairesi'nin eksik hasımla ifade etmek istediği bu türden bir dava arkadaşlığı olmamalıdır.

¹¹² **Kuru**, s. 481 vd.; **Pekcanitez/Taş Korkmaz**, s. 702 vd.

¹¹³ Nitekim Anayasa Mahkemesi, Ayşe Sena Sezgin Arslan başvurusunu (Başvuru Numarası: 2014/13367; Karar tarihi: 15.04.2015), Nüfus Müdürlüğü'nün talebini kabul etmesi sebebiyle dava açmayıp doğrudan kendisine başvuruda bulunduğu için, başvuru yollarının tüketilmemesi nedeniyle kabul edilemez bulmuştur. Bkz. Yuk. II, 2, c.

¹¹⁴ Karş. **Oruç**, s. 461-462.

uygunluğuna bağlamış değildir. Evli kadının hakkını ileri sürebileceği kişi, eşi değildir. Kişilik hakkının ihlaline sebep olan da eşi değil, TMK m. 187 hükmüdür. Bu hüküm, yürürlükte kaldığı müddetçe, yapılması gereken Anayasa m. 90/5'e istinaden hükmün bertaraf edilmesini sağlamaktır, bu da ancak dava yoluyla olmak zorundadır.

Şekli anlamda mecburi dava arkadaşlığı oluşturması gereken hallerde, bir hakkın birden fazla kişi tarafından veya birden fazla kişiye karşı ileri sürülmesi maddi hukuk hükümleriyle zorunlu tutulmamıştır. Şekli anlamda mecburi dava arkadaşlığına yol açan hukuki ilişkilerden doğan davalarda, birden fazla kişiye dava açılmasının zorunlu olup olmadığı bu konuda özel kanun hükmü olup olmamasına göre belirlenir. Örneğin, soybağının reddi davasının (TMK m. 286/1) ana ve çocuğa karşı açılması zorunludur. Evli kadının açtığı bekârlık soyadının kullanılmasına ilişkin dava, zaten Kanun'da düzenlenmiş değildir, dolayısıyla bu anlamıyla bir şekli anlamda mecburi dava arkadaşlığı da yoktur. Şekli anlamda mecburi dava arkadaşlığının söz konusu olduğu diğer hallerde ise, davalı tarafta mecburi dava arkadaşlığı oluşturacak şekilde dava açılması mümkünse de, zorunlu değildir¹¹⁵. Bundan başka, mahkeme bütün dava arkadaşları aynı şekilde karar vermek zorunda da değildir, dava arkadaşları arasında maddi bakımdan bir ilişki söz konusu olmadığından her dava arkadaşı hakkında başka şekilde karar verebilir¹¹⁶. Kanaatimizce, Nüfus Müdürlüğü ile eş arasında bu türden de bir dava arkadaşlığı söz konusu değildir. Sonuç olarak, 2. Hukuk Dairesi'nin eksik hasım ve incelemeye istinaden yerel mahkeme kararlarının bozulmasına ilişkin bu kararlarını yerinde bulmuyoruz.

2. Hukuk Dairesi, 02.03.2016 tarihli kararında¹¹⁷ ise, 12.02.2016 tarihli kararında¹¹⁸ olduğu gibi, evli kadının bekârlık soyadını kullanma talebini kabul eden yerel mahkeme kararını onamıştır. Bu kararda da, yollama yaptığımız kararda olduğu üzere, aynı gerekçelere istinat eden bir karşı oy mevcuttur.

¹¹⁵ **Pekcanitez/Taş Korkmaz**, s. 705-707.

¹¹⁶ **Kuru**, s. 489.

¹¹⁷ 2. HD, 2015/24244 E., 2016/3893 K., 02.02.2016 T. <http://www.yargitay.gov.tr/> Erişim tarihi: 06.09.2017.

¹¹⁸ 2. HD, 2015/21685 E., 2016/2321 K., 12.02.2016 T. <http://www.yargitay.gov.tr/> Erişim tarihi: 06.09.2017.

SONUÇ

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu, esasen, mülga 743 sayılı Kanun'un kadın-erkek eşitliğine aykırı hükümlerini büyük ölçüde yürürlükten kaldırıp eşitliğe dayalı bir aile modeli getirmiştir. Evli kadının soyadını düzenleyen 187. madde, bu esasın istisnası olmaktadır. Bu konu, gerek Öğreti'yi, gerekse Yargı organlarını en çok meşgul etmiş meselelerden biridir. Anayasa Mahkemesi, somut norm denetimi yoluyla iki defa önüne gelen, aynı hükmü içeren mülga TMK m. 153 ve TMK m. 187'yi eşitlik ilkesine aykırı bulmuş, iptal taleplerini reddetmiştir. İki karar arasındaki süreç içinde, Türkiye, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde mahkûm olduğu halde, sonuç değişmemiştir. Bununla birlikte, Anayasa Mahkemesi, iptal istemini reddetmesinden sonra, bireysel başvuru yoluyla kendisine gelen evli kadınların sadece bekârlık soyadını kullanmalarına ilişkin taleplerini, TMK m. 187 hükmü iptal edilmemiş olmasına rağmen, kabul etmiştir. Mahkeme burada Anayasa m. 90/5 hükmüne istinaden uluslararası sözleşme hükümlerinin uygulanması gerektiğine karar vermiştir.

Yargıtay içtihatları da, incelediğimiz üzere, zaman içerisinde değişiklik göstermiştir. Hukuk Genel Kurulu 30.09.2015 tarihli kararında, Anayasa m. 90/5 hükmüne istinaden uluslararası sözleşme hükümlerini uygulamak suretiyle, evli kadının sadece bekârlık soyadını kullanmasına ilişkin talebini kabul etmiştir. Esasen TMK m. 187 hükmü halen yürürlükte. Anayasa Mahkeme'nin bireysel başvuru sonucunda verdiği kararlar hükmün iptali sonucunu doğurmamaktadır. Öte yandan, Hukuk Genel Kurulu'nun vermiş olduğu karar da, içtihadı birleştirme kararı olmadığı için, kendisi için dahi bağlayıcı değildir. Bugün için, içtihatlarla evli kadın sadece bekârlık soyadını kullanma imkânına kavuşmuşsa da, bu uygulamanın kesin surette bu yönde devam edeceğini söylemek de, kanaatimizce mümkün değildir. Zira belirttiğimiz üzere Yargıtay kararlarının, içtihadı birleştirme kararı olmadığı müddetçe, bağlayıcılığı yoktur. Kaldı ki, içtihadı birleştirme kararı olsaydı dahi, TMK m. 187 yürürlükte kaldığı sürece, sadece bekârlık soyadını kullanmak isteyen evli kadın bunun için dava açmak zorundadır. Olması gereken bir kanun değişikliği ile TMK m. 187'yi eşitliğe uygun hale getirmek, evli kadınları dava açmaktan, Yargı'yı da bu konuyla meşgul etmekten kurtarmaktır.

BİBLİYOGRAFYA

- Abik, Y.:** Kadının Soyadı ve Buna Bağlı Olarak Çocuğun Soyadı, Ankara, 2005.
- Akılhoğlu, T.:** İnsan Haklarının Korunması Alanında Uluslararası Temel Belgeler, Ankara, 1995.
- Akipek, J./Akıntürk, T./Ateş Karaman, D.:** Türk Medeni Hukuku, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, İstanbul, 2012.
- Akkayan-Yıldırım, A.:** Evlilik Dışı Çocuğun Soyadı ve 02.07.2009 Tarih 2005/114 E. 2009/105 K. Sayılı Anayasa Mahkemesi Kararının Bu Bağlamda Değerlendirilmesi, Prof. Dr. Rona SEROZAN'a Armağan, C. I, İstanbul, 2010, s. 69-89.
- Atasayan, M. G.:** Kadının Soyadı Da Yok, Prof. Dr. Mustafa DURAL'a Armağan, İstanbul, 2013, s. 199-219.
- Atasoy, H.:** Evli Kadının Soyadı Sorunu Anayasal Mı? Bireysel Mi?, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, S. 5, 2015, s. 131-170.
- Ayan, S.:** Anayasa Mahkemesi Kararları ve Çocuklar ile Kadının Soyadına İlişkin Değişiklik Tasarısı Taslağı Işığında Soyadının İlk Kez Edinilmesi, Kendiliğinden Değişmesi ve Değiştirilmesi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVI, Y. 2012, S. 4, s. 19-90.
- Aybay, R.:** Uluslararası Antlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri, TBB Dergisi, S. 70, 2007, s. 77-107.
- Aydın, G., S.:** Türk Medeni Kanunu m. 187 (Anayasa Mahkemesinin 187. Maddenin İptal İstemini Red Kararı ve Gerekli Görülen Yeni Düzenleme Hakkında Bir Değerlendirme), Prof. Dr. Mustafa DURAL'a Armağan, İstanbul, 2013, s. 246-275.
- Aydın, Ö., D.:** Türk Anayasa Yargısında Yeni Bir Mekanizma: Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru (Bireysel Başvuru), Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XV, Y. 2011, Sa. 4, s. 121-170.
- Başlar, K.:** Uluslararası Antlaşmaların Onaylanması, Üstünlüğü ve Anayasal Denetimi Üzerine, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni (MHB), Prof. Dr. Sevin TOLUNER'e Armağan, 24/1-2, Y. 2004, s. 279-336.

- Bilgin, A., B.:** Uluslararası Anlaşmaların İç Hukuktaki Yeri Bağlamında 2004 Değişikliğinin Beraberinde Getirdiği Sorunlar ve Bazı Çözüm Önerileri, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 22, S.1, 2016, s. 131-155.
- Bilir, F.:** Anayasanın 90. Maddesinde Yapılan Değişiklik Çerçevesinde Milletlerarası Andlaşmaların İç Hukuktaki Yeri, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 13, S.1, Y. 2005, s. 77-107.
- Bühler, R., Honsell, H./Vogt, N. P./Geiser, T.:** Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456, ZGB Art. 160, N. 1-4, 5. Aufl., Basel, 2014.
- Bühler, R., Honsell, H./Vogt, N. P./Geiser, T.:** Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I, Art. 1- 456, ZGB Art. 30, N. 18, 4. Aufl., Basel, 2010.
- Çakırca, S., İ.:** Kadın Erkek Eşitliği Açısından M.K. m. 187'nin Değerlendirilmesi (MK m. 187), Prof. Dr. Rona SEROZAN'a Armağan, C. I, İstanbul, 2010, s. 703-748.
- Çakırca, S.:** İ., Evli Kadının Soyadına İlişkin Güncel Gelişmelerin Değerlendirilmesi (Soyadı), İÜHFİM, C. LXX, S. 2, 2012, s. 145-164.
- Çolaker, M.:** Temel Hak ve Özgürlüklere İlişkin Uluslararası Antlaşmaların İç Hukukta Doğrudan Uygulanması, Ankara, 2010.
- Dural, M./Öğüz, T./Gümüş, M. A.:** Türk Özel Hukuku, C. III, Aile Hukuku, İstanbul, 2016.
- Dural, M./Öğüz, T.:** Türk Özel Hukuku, C. II, Kişiler Hukuku, İstanbul, 2012.
- Eksi, N.:** Medeni Kanunun Kadının Soyadına İlişkin Hükmünün AİHS, Anayasa, CEDAW ve MÖHUK Kapsamında Değerlendirilmesi, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Erhan ADAL'a Armağan, Özel Sayı, C. VIII, S.2, Y. 2012, s. 311-331.
- Ergene, D.:** İnsan Hakları Hukukundaki Gelişmeler Işığında Türk Hukukunda Kadının ve Çocuğun Soyadı Meselesi ve Medeni Kanun'da Değişiklik Önerisi, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni (MHB), Cilt 31, Sayı 2 (2011), s. 123-176.

- Genç Arıdemir, A.:** Aile Hukuku Bakımından Önem Taşıyan “Kadın Haklarına İlişkin Uluslararası Belgeler” ve Bunların Türk Hukukuna Etkisi, Prof. Dr. Necla ARAT’a Armağan, İstanbul, 2004, s. 153-186.
- Gerek, Ş./Aydın, A. R.:** Anayasa’nın 90. Maddesi Değişikliği Karşısında Yasaların Geleceği ve Anayasal Denetim, TBB Dergisi, S. 55, 2004, s. 226-238.
- Göztepe, E.:** Anayasal Eşitlik İlkesi Açısından Evlilikte Kadınların Soyadı, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, 54-2, 1999, s. 101-131.
- Hatemi, H./Kalkan Oğuztürk, B.:** Kişiler Hukuku, İstanbul, 2014.
- Hausheer, H./Geiser, T./Aebi-Müller, R., E.:** Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Bern, 2014.
- Helvacı, S./Erlüle, F.:** Medeni Hukuk, İstanbul, 2016.
- Helvacı, S./Kocabaş, G.,** Fransız, Alman ve İsviçre ve Türk Hukuklarında Kadının Soyadı, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Sayı, Y. 2015, C. 21, S. 2, Prof. Dr. Mehmet Âkif AYDIN’a Armağan, s. 615-644.
- Karagülmez, A.:** 5170 Sayılı Yasa’yla Anayasa’nın 90. Maddesinde Yapılan Değişikliğe Bir Bakış, TBB Dergisi, Sayı 54, Y. 2004, s. 163-177.
- Kılıçoğlu Yılmaz, K.,** Kadının Bitmeyen Soyadı Sorunu, ABD, 2014/4, s. 579-594.
- Kılıçoğlu, A.:** Aile Hukuku (Aile), Ankara, 2015.
- Kılıçoğlu, A.:** Kadının Soyadı Çilesi, Cumhuriyet Gazetesi, 25.10.2000.
- Kılıçoğlu, A.:** Medeni Hukuk (Medeni), Ankara, 2016.
- Korkmaz, R.:** Medeni Usul Hukuku Açısından Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru, İstanbul, 2017.
- Kuru, B.:** İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku, İstanbul, 2016.
- Moroğlu, N.:** Kadının Soyadı (Armağan), Prof. Dr. Necla ARAT’a Armağan, İstanbul, 2004, s. 281-307.
- Moroğlu, N.:** Kadının Soyadı, İstanbul, 1999.
- Moroğlu, N.:** Kadınların İnsan Hakları Bildirisi ve Ek İhtiyari Protokol (İnsan Hakları), İstanbul, 2003.

- Moroğlu, N.:** Medeni Yasa'ya Göre Kadının Soyadı ve Bir Öneri (Öneri), İBD, c. 79, S. 2005/5, s. 1492-1510.
- Mortaş, S.:** Evlenen Kadın İle Velayeti Kadına Bırakılan Çocuğun Soyadının Belirlenmesinde "Kocanın Soyadı" Parametresi, GÜHFD, C. XX, Y. 2016, S. 2, s. 311-369.
- Nomer, H., N.:** Avrupa Birliği'ne Üye Devletlerde ve Türkiye'de Evlenen Kadının ve Ortak Çocuğun Soyadı, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni (MHB), Cilt 22, Sayı 2 (2002), Prof. Dr. Ergin NOMER'e Armağan, s. 421-450.
- Oder, B., E.:** Eşitlik İlkesi ve Temel Hakların Norm Alanlarının Somutlaşması Bakımından Evli Kadının Soyadı, Anayasa Mahkemesinin Medeni Hukuka İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumu (21 Mayıs 2012), İstanbul, 2013, s. 1-18.
- Oğuzman, K./Seliçi, Ö./Oktay-Özdemir, S.:** Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), İstanbul, 2015
- Oktay-Özdemir, S.:** Aile Hukukunda Eşitliğe Aykırı Hükümler (Eşitliğe Aykırı Hükümler), Prof. Dr. Zahit İMRE'ye Armağan, İstanbul, 2009, s. 289-305.
- Oktay-Özdemir, S.:** Anayasa Mahkemesinin Soyadı Kanunu m. 4'ü İptal Eden 8.12.2011 Tarih ve 119/165 Sayılı Kararının Değerlendirilmesi (Sempozyum), Anayasa Mahkemesinin Medeni Hukuka İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumu (21 Mayıs 2012), İstanbul, 2013, s. 183-199.
- Oktay-Özdemir, S.:** Soyadı İle İlgili İsviçre Medeni Kanunu'nda 2013 Yılında Yürürlüğe Giren Değişiklikler İle Türk Hukukundaki Durumun Karşılaştırılması (Değişiklikler), Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Sayı, Y. 2016, C. 22, S. 3, Prof. Dr. Cevdet YAVUZ'a Armağan, II. Cilt, s. 2017-2032.
- Oruç, M.:** Evli Kadının Münhasıran Bekârlık Soyadını Kullanabilmesi, TAAD (Türkiye Adalet Akademisi Dergisi), Y. 7, S. 27, Temmuz 2016, s. 451-465.

- Öcal Apaydın, B.**, Son Yargı Kararları Işığında Kadının Soyadı Meselesi Çözümüne Kavuşturulmuş Mudur?, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 6, S. 2, Y. 2015, s. 425-457.
- Öden, M./Esen, S.:** Anayasa Mahkemesi ve Evli Kadının Soyadı, Prof. Dr. Erdal ONAR'a Armağan, C. II, Ankara, 2013, s. 817-836.
- Özdamar, D.:** CEDAW Sözleşmesi Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Dair Sözleşme ve Ek İhtiyari Protokol'ün İç Hukukumuzda, Özellikle Yeni Aile Hukukumuzda Etkisi (CEDAW), Ankara, 2009.
- Özdamar, D.:** Türk Hukukunda Özellikle Türk Medeni Kanunu Hükümleri Karşısında Kadının Hukuki Durumu, Ankara, 2002.
- Öztaş, B.:** Aile Hukuku, Ankara, 2015.
- Pekcanitez, H./Taş Korkmaz, H.:** PEKCANITEZ USUL Medeni Usul Hukuku, C. I, İstanbul, 2017.
- Sandoz, S.:** Le point sur le droit de la famille/Entwicklungen im Familienrecht, SJZ 91 (1995), s. 112-114. (STURM'dan naklen).
- Sturm, F.:** Künftiges Schweizer Namensrecht, Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul Cilt 32, Sayı 49 (2000), s. 25-45.
- Şirin, T.:** İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ne Ek 7. no.lu Protokol Hakkında Genel Bir Bilgilendirme, http://www.academia.edu/28122179/Avrupa_%C4%B0nsan_Haklar%C4%B1_S%C3%B6zle%C5%9Fmesi_7_nolu_Protokol
- Tumay, M./Altınel, G.:** Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Gunes V.Turkey Kararının Türk Anayasa Hukuku Açısından Tahlili, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, S. 33, 2015, s. 167-180.
- Von Sachsen Gessaphe, K., A., P.:** Münchener Kommentar zum BGB, Band 8, Familienrecht I, § § 1297-1588, 7. Auflage 2017, § 1355, N. 1-3. <https://beck-online.beck.de>
- Yılmaz, M.:** Evli Kadının Soyadı, TAAD (Türkiye Adalet Akademisi Dergisi), Y.3, S. 10, Temmuz 2012, s. 129-151.
- Yüksel, S., R.:** Türk Medeni Kanunu Bakımından Kadın - Erkek Eşitliği, GÜHFD, C. XVIII, Y. 2014, S. 2, s. 175-200.
- Zevkliler, A./Acabey, M. B./Gökyayla, K. E.:** Zevkliler Medeni Hukuk, Ankara, 1999.

KISALTMALAR

ABD	: Ankara Barosu Dergisi
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
Art	: Artikel
Aşa.	: Aşağıda
Aufl.	: Auflage
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AYM	: Anayasa Mahkemesi
b.	: Bent
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch
Bkz.	: Bakınız
BVerfGE	: Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
C.	: Cilt
CEDAW	: Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi
E.	: Esas
GÜHFD	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD	: Hukuk Dairesi
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
K.	: Karar
Karş.	: Karşılaştırınız
m.	: Madde
MHB	: Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni
MÖHUK	: Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
N.	: Numara
R.G.	: Resmi Gazete
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
SBF	: Siyasal Bilgiler Fakültesi

T.	: Tarih
TAAD	: Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TMK	: Türk Medeni Kanunu
vd.	: Ve devamı
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
Yuk.	: Yukarıda
ZGB	: Zivilgesetzbuch

TİCARİ İŞLEMLERDE TAŞINIR REHNİNİN TESLİME BAĞLI TAŞINIR REHNİ KURALLARINDAN AYRILAN YÖNLERİ

*Yrd. Doç. Dr. Damla GÜRPİNAR**

Öz

Teslime bağlı taşınır rehni, rehne konu taşınırın malikin dolaysız zilyetliğinden çıkarılmasını gerektirdiği için kredi ihtiyacı içinde bulunan kişiler tarafından pek fazla tercih edilmez. Özellikle ticari yaşamda sıklıkla duyulan kredi ihtiyacı bakımından kişilerin mülkiyetleri altında bulunan taşınırlardan kredi sağlayamaması kabul edilebilir bir durum değildir. 1971 yılından bu yana bu sorunu çözmeye hizmet eden Ticari İşletme Rehni Kanunu, yerini 1 Ocak 2017'den itibaren Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'na bırakmıştır. Bu Kanun ile getirilen ticari işlemlerde taşınır rehni de, Türk Medeni Kanunu'nun teslime bağlı taşınır rehni kurallarından çeşitli yönleriyle ayrılmaktadır. Bu makalede, her iki rehin türü arasındaki farklılıklar ortaya konulmuştur.

Anahtar Kelimeler

Rehin hakkının açıklığı ilkesi, teslime bağlı taşınır rehni, ticari işlemlerde taşınır rehni, rehinli taşınır sicili, lex commisaria yasağı

* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi (e-posta: damlagurpinar@hotmail.com) (Makale Gönderim Tarihleri: 08.08.2017-08.08.2017/Makale Kabul Tarihleri: 09.08.2017-09.08.2017)

THE DIFFERENT SIDES OF PLEDGE ON MOVABLE GOODS IN TRADE TRANSACTIONS FROM THE PLEDGE ON MOVABLE GOODS BY THE CONDITION OF DELIVERY

Abstract

The pledge on movable goods by the condition of delivery requires that the owner has to lose his possession of those goods. Therefore many debtors don't prefer to make such kind of pledge contracts. Especially in the trade life, it is not acceptable, that merchants can't find credit easily, because assurance on their movable goods is so hard. The Act about Pledge of Commercial Enterprises, which was used to solve this problem since 1971, left its place to the Act about Pledge on Movable Goods in Trade Transactions since 1. January 2017. The pledge on movable goods in trade transactions, which has been regulated with the new act, is different in many ways from pledge on movable goods by the condition of delivery according to the Turkish Civil Code. In this article, the differences between two types of pledge on movable goods have been explained.

Keywords

The principal of clearness for pledge, pledge on movable goods by the condition of delivery, pledge on movable goods in trade transactions, registry for pledged movable goods, prohibition of lex commissaria

GİRİŞ

Aynî haklar, mutlak hak oldukları, yani herkese karşı ileri sürülebildikleri için, bu hakların varlığının ve kapsamının herkes tarafından bilinebilir olması gerekir. Bu ilke, aynî hakların açıklığı olarak ifade edilmektedir¹. Taşınır ya da taşınmaz eşya üzerindeki rehin hakları da bu ilke çerçevesinde açık olmalıdır. Böylelikle rehinli alacaklının alacağını bu eşyadan öncelikli olarak tahsil edebilme yetkisi konusunda herkes bilgi sahibi olacak ve malik ile borç ilişkisine girme konusunda temkinli olabilecektir.

Taşınmaz eşya üzerindeki rehin hakları bakımından bu açıklık, tapu siciline yapılan tescil ile sağlanırken taşınır eşya bakımından, kural olarak, malikin eşya üzerindeki dolaysız zilyetliğinin sonlandırılması yoluyla sağlanır². Yalnız rehin hakkı devam ettiği sürece, malikin taşınır dolaysız zilyet olamaması, çoğu zaman borçtan da kişisel olarak sorumlu olan malikin, taşınırı ile teminat altına aldığı borcu ödeme olanağının da azalmasına yol açar. Bu nedenle, çeşitli taşınırlar bakımından rehin hakkının kurulması için özel birer rejim kabul edilmiş ve bu taşınırların maliklerinin dolaysız zilyetliklerinden alınmaksızın bir sicile kaydedilmek yoluyla rehin konusu edilebilmeleri olanağı getirilmiştir. Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu da, bu amaca hizmet eden düzenlemelerden biridir (TİTRK m. 1/I).

¹ Bu ilkenin açıklaması için bkz. **Akipek**, Jale G./**Akıntürk**, Turgut: Eşya Hukuku, Beta Basım, İstanbul 2009, s. 12-13; **Aybay**, Aydın/**Hatemi**, Hüseyin: Eşya Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010, **Hatemi**, s. 30; **Erman**, Hasan: Eşya Hukuku Dersleri, DER Yayınları, İstanbul 2011, s. 7; **Esener**, Turhan/**Güven**, Kudret: Eşya Hukuku, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2015, s. 58-59; **Oğuzman**, M. Kemal/**Seliçi**, Özer/**Oktay Özdemir**, Saibe; Eşya Hukuku, 18. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2015, no:124-125; **Ertas**, Şeref: Eşya Hukuku, Barış Yayınları Fakülteler Kitabevi, 13. Baskı, İzmir 2016, no: 70-73; **Sirmen**, A. Lâle: Eşya Hukuku, 3. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2015, s. 33-34; **Ayan**, Mehmet: Eşya Hukuku I - Zilyetlik ve Tapu Sicili, Seçkin Yayıncılık, 13. Baskı, Ankara 2016, s. 58.

² **Cansel**, Erol: Türk Menkul Rehni Hukuku Cilt:I Teslim Şartlı Menkul Rehni, Sevinç Matbaası, Ankara 1967. (**Cansel**), s. 20; **Davran**, Bülent: Rehni Hukuku Dersleri, İstanbul 1972, s. 80; **Köprülü**, Bülent/**Kaneti**, Selim: Sınırlı Aynî Haklar, Fakülteler Matbaası, 2. Bası, İstanbul 1982-1983, s. 466; **Akipek/Akıntürk**, s. 845; **Serozan**, Rona: Taşınır Eşya Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2014, no: 1459; **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, no: 3615; **Ertas**, no: 2726, 2784; **Ayan**, Mehmet: Eşya Hukuku III - Sınırlı Aynî Haklar, Seçkin Yayıncılık, 8. Baskı, Ankara 2017, s. 271.

Makalemizde bu Kanun'un Türk Medeni Kanunu'ndaki teslim bağli taşınır rehni kurallarından ayrılan yönlerini ortaya koymaya çalışacağız. Bu karşılaştırmayı yapabilmek için makalemizin ilk kısmında teslim bağli taşınır rehni kurallarına kısaca değinecek, ikinci kısmında Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'nun teslim bağli taşınır rehni kurallarıyla kıyaslanmaya elverişli hükümleri üzerinde duracağız. Çalışmamızın son kısmında ilk iki kısımda tespit ettiğimiz hususları karşılaştırarak iki rehin türü arasındaki farklılıkları ortaya koymaya çalışacağız.

I. TÜRK MEDENİ KANUNU ÇERÇEVESİNDE TAŞINIR REHNİ

Türk Medeni Kanunu'nun Eşya Hukuku kitabının "Sınırlı Aynî Haklar" başlıklı ikinci kısmının ikinci bölümü taşınmaz rehnine, üçüncü bölümü ise taşınır rehnine ayrılmıştır. Taşınır rehnine ilişkin bu bölüm, dört ayrımdan oluşmaktadır. Bunlardan birincisi teslim bağli rehin ve hapis hakkına, ikincisi alacaklar ve diğer haklar üzerinde rehne, üçüncüsü rehin karşılığında ödünç verme işi ile uğraşanlara, dördüncüsü ise rehinli tahvile ilişkindir.

Bu bölümdeki rehin tiplerinin her biri taşınır eşyaya ilişkin sayılamaz. Bu bölümde hükme bağlanıp da gerçek anlamda taşınır eşyaya ilişkin olan rehin türleri, birinci ayrımdaki teslim bağli rehin ile hapis hakkıdır. İkinci ayrımda düzenlenen alacaklar ve diğer haklar üzerinde rehin ise, esasen taşınır eşya üzerinde rehin olarak nitelendirilemez. Yalnız alacaklar ve haklar üzerinde de rehin kurulabilmesine olanak tanımak istemiş olan kanun koyucu, bunlar için, aksine bir hüküm olmadıkça teslim bağli rehin hükümlerinin uygulanması yönünde hüküm sevk etmiştir (TMK m. 954/II). Bu yüzden taşınır ya da taşınmaz eşya olarak nitelendirilmeye elverişli olmayan malvarlıksal değerler olarak alacak ve haklar üzerindeki rehin için üçüncü bir bölüm açılmasına gerek duyulmamış ve bu rehin tipi taşınır rehnine ilişkin üçüncü bölümde, ama bağımsız bir ayrımda hükme bağlanmıştır³.

³ Üçüncü bölümün "rehin karşılığında ödünç verme ile uğraşanlar" başlıklı üçüncü ayrımı, taşınır rehni karşılığında ödünç vermeyi meslek edinenlere ilişkin özel düzenlemeler içerir. Dördüncü ayrımdaki rehinli tahvil ise, taşınmaz rehni karşılığında ödünç verme işini meslek olarak yürütenlere ilişkin olup bu kişilerin taşınmaz rehni ile güvence altına alınmış alacakları ile cari işlerinden doğan alacaklarını karşılık göster-

“Taşınır Rehni” başlıklı ikinci bölümün birinci ayrımında yer alan teslimine bağlı taşınır rehninin iradi rehin, hapis hakkının ise kanuni rehin olduğunu da belirtmek gerekir. Ayrıca teslimine bağlı taşınır rehninin, aksine bir hüküm bulunmadıkça, hak ve alacaklar üzerindeki rehne de uygulanıyor olması, bu rehin türünün taşınmaz dışında kalan malvarlıksal değerlerin rehni için temel tip olduğunun da bir ifadesidir⁴.

Çalışmamızın konusunu oluşturması itibarıyla taşınmaz eşya dışındaki tüm malvarlıksal değerlerin iradi olarak rehnedilebilmeleri için temel tip olan teslimine bağlı taşınır rehnini biraz yakından inceleyeceğiz.

A. Teslime Bağlı Taşınır Rehninin Konusu ve Kapsamı

1. Teslime Bağlı Taşınır Rehninin Konusu

Teslime bağlı taşınır rehni, Türk Medeni Kanunu’nun 939-949. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Türk Medeni Kanunu’nun 939. maddesinin birinci fıkrasına göre, Kanun’da öngörülen ayırık durumlar dışında, taşınırılar ancak zilyetliğin alacaklıya devri yoluyla rehnedilebilir.

Taşınır eşya, özüne zarar verilmeksizin bir yerden diğer bir yere taşınabilen eşya olarak tanımlanır. Bu tanıma uyan her tür eşya, teslimine bağlı rehin hükümleri çerçevesinde rehne konu olabilir. Yeter ki söz konusu eşyanın rehnedilmesine hukuken başkaca bir engel bulunmasın.

Taşınır eşyanın teslimi koşulu, sadece malikin rehin süresince taşınırından yoksun kalmasına yol açmayıp, bu süre boyunca alacaklıyı da taşınırını muhafaza etmek zorunda bırakmaktadır. Bu zorlukları göz önünde bulun-

rerek rehinli tahvil çıkarmalarına olanak tanır (TMK m. 970). O halde bu rehin tipinin de alacaklar üzerinde rehni bir türevi olduğu söylenebilir.

⁴ Bu yönde bkz. **Cansel**, s. 8; **Davran**, s. 77-78; **Köprülü/Kaneti**, s. 444; **Aybay**, s. 297; **Erman**, s. 171; **Esener/Güven**, s. 527; **Nomer**, Halûk Nami/**Ergüne**, Mehmet Serkan: Eşya Hukuku Cilt: II Rehin Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016, s. 66; **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, no: 3604; **Ertaş**, no: 2721; **Sirmen**, s. 619; **Akipek ve Akıntürk** ise, teslimine bağlı taşınır rehnine ilişkin kuralların diğer taşınır rehni türlerine kıyas yoluyla uygulanmalarını mümkün görmekle birlikte, taşınır rehni türlerinin tümüne uygulanmaya elverişli olmadıklarını ve bu yüzden ortaya çıkan boşlukları doldurmak üzere taşınmaz rehnine ilişkin hükümlerin de değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmişlerdir (**Akipek/Akıntürk**, s. 832).

duran kanun koyucu, niteliği itibariyle taşınır eşya olmasına rağmen bazı taşınırların tıpkı taşınmazlarda olduğu gibi bir sicile tescil yoluyla rehnedilmelerine de olanak tanımıştır (TMK m. 940). Motorlu taşıtlar, tescilli gemiler ya da sürü hayvanları bu taşınırlara örnek verilebilir. Bu taşınırların teslimsiz rehnedilebilmeleri, birer olanaktır. Taraflar teslimine bağlı taşınır rehni kurallarının uygulanmasını tercih etmekteyseler, bu taşınırlar için de teslimine bağlı taşınır rehni hükümleri pek tabii ki uygulanabilir. Gerçi tarafların bu yolu seçmeleri, teslim koşulunun yarattığı zorluklar nedeniyle pek beklenebilecek bir durum değildir; ama yine de tarafların bu tercihi yapmalarının haklı bir sebebi bulunabilir. Örneğin hayvan rehni siciline kaydedilmek yoluyla sürü hayvanları üzerinde rehin kurulabilmesi için rehinli alacaklının yetkili makamlar tarafından izin verilen bir kuruluş ya da kooperatif olması gerekmektedir (TMK m. 940/I). Böyle bir kuruluş veya kooperatif dışında bir kişinin alacaklı olduğu durumlarda, sürü hayvanları için bile teslimine bağlı taşınır rehni kurallarının uygulanması düşünülebilir.

2. Teslime Bağlı Taşınır Rehninin Kapsamı

Rehin, taşınırı eklentileriyle birlikte kapsar (TMK m. 947/I). Eklentilerin rehni kapsamında olması, eklenti olmanın hukuki sonucudur. Buna göre, bir şeye ilişkin tasarruflar, aksi belirtilmedikçe onun eklentisini de kapsar (TMK m. 686/I). O halde taşınır rehni bakımından da malik ile alacaklı anlaşarak taşınırın eklentilerini pekâlâ rehni kapsamında dışına çıkarabilirler.

Rehin bütünleyici parçaları da kapsayacaktır ve hatta bu kuralın aksi de öngörülemez. Doğal ürün niteliğindeki bütünleyici parçalar, asıldan ayrılmakla bu niteliklerini yitirirler (TMK m. 685/III). Bu ürünler asıl eşyadan ayrılmakla, ondan bağımsız bir mülkiyet hakkının konusu olurlar ve asıldan ayrıldıkları sırada rehinli alacaklının zilyetliğinde olsalar da malikin mülkiyetinde kalmaya devam ederler. Halen alacaklının zilyetliğinde bulunmaları ve asıllarının üzerindeki rehni devam ediyor olması, bunların da kendiliğinden aynı rehni kapsamına girmeleri sonucunu doğurmaz; ama malik ile alacaklı, rehin sırasında olgunlaşarak asıldan ayrılacak doğal ürünlerin de rehni kapsamına dâhil olacağını kararlaştırmakta özgürdür⁵. Böyle bir

⁵ Gerçekten de, malikin alacaklıya taşınırı kullanma ve ürünlerinden yararlanma yetkisi tanımış olması mümkündür. Bu durumda ürünlerin değeri ya asıl borca mahsup edilir ya

anlaşma yok ise, rehinli alacaklı bu ürünleri malike vermek zorundadır (TMK m. 947/II). Doğal ürünler paraya çevrilene kadar asıldan ayrılmamış ise, malik ile rehinli alacaklı arasında bir anlaşmaya gerek olmaksızın kendiliğinden rehnin kapsamında kalırlar (TMK m. 947); çünkü henüz asıldan ayrılmadıkları için rehin konusu taşınırın bütünleyici parçası olmaya devam etmektedirler.

B. Teslime Bağlı Taşınır Rehninin Kurulması

Türk Medeni Kanunu'nun 939. maddesinin birinci fıkrasına göre, Kanun'da öngörülen ayrık durumlar dışında, taşınırlar ancak zilyetliğin alacaklıya devri yoluyla rehnedilebilir.

Zilyetliğin devri, teslimle olabileceği gibi kısa elden teslim veya zilyetlik havalesi yoluyla da gerçekleşebilir (TMK m. 979/I); ancak hükmen teslim ile zilyetliğin devri taşınır rehni kurulmasına elverişli bir yöntem değildir⁶. Hükmen teslimde zilyetliği devreden, özel bir hukuki ilişkiye dayanarak taşınırın dolaysız zilyedi olmaya devam etmektedir, oysa taşınır fiilen yalnız rehnedenin hâkimiyetinde kaldığı sürece rehin hakkı doğmayacaktır (TMK m. 939/II). Bu durum, alacaklıya devredilecek zilyetliğin mutlaka dolaysız zilyetlik olduğu anlamına da gelmez. Temsilciye yapılan teslim, temsil edilene yapılmış gibi zilyetliği geçirir (TMK m. 978). Bu durumda temsilci dolaysız ve başkası için zilyet olurken temsil olunan alacaklı, dolaylı ve fer'i zilyet olur⁷. Zaten zilyetlik havalesi veya emtiayı temsil eden senetlerin teslimi yoluyla zilyetlik devredildiğinde de, alacaklı ancak dolaylı zilyetliği devralmış olur; ama bu iki durumda da dolaysız

da alacak için faizden kısmen veya tamamen vazgeçilir (Bkz. **Cansel**, s. 169; **Davran**, s. 79; **Köprülü/Kaneti**, s. 442, 495; **Tekinay**, Selâhattin Sulhi: Menkul Mülkiyeti ve Sınırlı Aynî Haklar (Eşya Hukuku II/3), Filiz Kitabevi, İstanbul 1994, s. 135; **Akıpek/Akıntürk**, s. 848; **Serozan**, no: 1472; **Nomer/Ergüne**, s. 101; **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, no: 3689; **Ertaş**, no: 2798; **Sirmen**, s. 632; **Ayan**, III, s. 284).

⁶ **Cansel**, s. 32, 111 vd.; **Tekinay**, s. 136; **Akıpek/Akıntürk**, s. 846; **Aybay**, s. 298; **Serozan**, no: 1459-1460; **Nomer/Ergüne**, s. 95; **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, no: 3669; **Ertaş**, no: 2786; **Sirmen**, s. 628; **Ayan**, III, s. 271.

⁷ Bu kavramlar için bkz. **Akıpek/Akıntürk**, s. 138 vd.; **Hatemi**, s. 43; **Erman**, s. 11; **Serozan**, no: 438 vd.; **Esener/Güven**, s. 67 vd.; **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, no: 312 vd.; **Ertaş**, no: 149 vd.; **Sirmen**, s. 49-50; **Ayan**, I, s. 83 vd.

zilyetliği alacaklının temsilcisinin edindiği durumda da, hükmen teslim bakımından sağlanamayan sonuç gerçekleşmiş olmakta ve malikin rehin konusu eşya üzerindeki dolaysız zilyetliği son bulmaktadır.

Taşınır eşya üzerinde malikin dolaysız zilyetliğine mutlaka son verilmesinin bir sebebi, malikin rehin konusu eşya üzerindeki fiili tasarruflarına engel olabilmektir⁸. Böylece rehinin paraya çevrilmesi gereği doğduğunda, rehin konusu taşınırın kendisi de değeri korunmuş olacaktır. Rehinli taşınırın rehin süresince malikin elinde kalmasına izin verilecek olsaydı, onun bu taşınır üzerindeki fiili tasarruflarına engel olmak çok zor olurdu. Malikin dolaysız zilyetliğine son verilmesinin diğer sebebi, Eşya Hukukumuzda aynî haklara egemen olan açıklık prensibidir⁹. Her aynî hak gibi, rehin hakkı da açık olmalıdır. Bir kişinin bir taşınır üzerindeki rehin hakkının varlığı üçüncü kişilerce anlaşılabilir olmadıkça, onlara karşı ileri sürülmesi isabetli olmaz. Rehinli mal, malikin doğrudan hâkimiyeti altında kalabilse, üçüncü kişilerin bu mal üzerinde bir başkasının rehin hakkı bulunabileceğinden şüphelenmesi için hiçbir sebep olmazdı. Böylece malike hiç veya yeterli güvence almaksızın kredi açmış olan üçüncü kişiler, malikin dolaysız zilyetliğinde bulunduğu için herhangi bir rehin konusu olduğundan şüphelenmedikleri mala haciz koydurmak istediklerinde, rehinli alacaklının aynî hakkı nedeniyle alacaklarını bu taşınırın değerinden karşılayamaz ve mağdur olurlardı. Bu nedendir ki; taşınır rehininde kural, zilyetliğin alacaklıya devri ve malikin dolaysız zilyetliğinin sonlandırılmasıdır. Böylece rehin hakkı sahibinin malikin diğer alacaklıları karşısında öncelikli olması, herhangi bir adaletsizlik doğurmaz.

⁸ **Davran**, s. 81; **Akyazan**, Sıtkı: “Menkul Rehininde Teslim Koşulu ve Ayrıcalıkları”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Ankara 1977, Cilt: 9, Sayı: 2, s. 325; **Köprülü/Kaneti**, s. 466; **Akipek/Akıntürk**, s. 838; **Erman**, 175; **Serozan**, no: 1463; **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, no: 3618; **Ertaş**, no: 2784; **Ayan**, III, s. 272; **Ergüne**, M. Serkan: Hukukumuzda Taşınır Rehininin, Özellikle Teslime Bağlı Taşınır Rehininin Kuruluşu, İstanbul 2002, s. 128; **Makaracı Başak**, Aslı: Taşınır Rehni Sözleşmesi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2014, s. 330.

⁹ **Davran**, s. 81; **Köprülü/Kaneti**, s. 466; **Akipek/Akıntürk**, s. 837; **Aybay**, s. 298; **Erman**, s. 175; **Serozan**, no: 1459-1460; **Nomer/Ergüne**, s. 76; **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, no: 3669; **Ertaş**, no: 2785; **Sirmen**, s. 625; **Ayan**, III, s. 271, 272; **Acar**, Faruk: Rehin Hukuku Dersleri, Vedat Kirapçılık, İstanbul 2015, no: 69; **Ergüne**, s. 127; **Makaracı Başak**, s. 329.

Bir taşınırın maliki, bu taşınırı bir alacaklısına teslim ederek rehin verdikten sonra, aynı taşınır üzerinde bir başkasına daha rehin hakkı taniyabilir. Yeter ki bu taşınırın değeri her iki alacağı da karşılamaya yeterli olsun. Art rehin¹⁰ denilen bu rehin türünün kurulması için dolaysız zilyetliğin ikinci rehinli alacaklıya devredilmesi gerekmez, çünkü zaten dolaysız zilyetlik malikte değildir. Yalnız ilk rehinli alacaklının art rehinden haberi olmazsa alacağını tahsil ettiğinde taşınırı malike geri vermesi beklenir ki, bu durum art rehinli alacaklı bakımından sakıncalıdır. Bu sakıncayı öngören kanun koyucu, art rehni geçerli bir şekilde kurulabilmesini, taşınırın ikinci alacaklıya tesliminden başka bir koşula bağlamıştır. Şöyle ki, art rehin, alacağı ödenince rehnedilen taşınırın sonraki alacaklıya teslim edilmesinin rehinli alacaklıya yazılı olarak bildirilmesiyle kurulabilir (TMK m. 941). Böylece sonraki alacaklıya da dolaylı zilyetliğin sağlanmış olduğu söylenebilir. Dolaysız zilyetlik halen ilk rehinli alacaklıdadır. Bir üçüncü kişinin özel bir hukuki ilişkiye dayanarak taşınıra dolaysız zilyet kalmaya devam etmesi ama dolaylı zilyetliğin kazanılması, zilyetlik havalesidir (TMK m. 979/I). O halde, art rehni de taşınırın zilyetliğinin devri yoluyla kurulduğu söylenebilir.

Teslime bağlı taşınır rehninde, alacaklının da, eğer malikin rızası varsa aynı taşınırı bir başkasına rehin vermesi olanağı bulunmaktadır. Bu rehin de zilyetliğin devri yoluyla kurulabilecektir. Malikin rızasıyla bu tür bir rehni kurulabilmesi, taşınır rehninde malik ile borçtan kişisel olarak sorumlu olan kişinin aynı olmasının zorunlu bulunmamasına dayanmaktadır. Üstelik rehinli alacaklı da dolaysız zilyetliğe sahiptir ve kendi alacaklısına bu taşınır üzerinde rehin kurarken dolaysız zilyetliği ona geçirebilme olanağına sahiptir. Öyle ki sırf bu yüzden, malikin rızası olmasa bile rehinli alacaklı iyiniyetli üçüncü kişiye alt rehin sağlayabilmektedir, çünkü kendisi aynı zamanda taşınırın emin sıfatıyla zilyededir (TMK m. 988, m. 939/II).

Zilyetliğin devri, taşınır üzerinde rehin hakkını kurmak amacıyla gerçekleştirilmelidir. Aksi halde rehin hakkının doğduğundan söz edilemez. Zilyetliğin bu amaçla devri, tasarruf işlemidir. Taşınır eşya üzerindeki

¹⁰ Cansel, s. 180 vd.; Köprülü/Kaneti, s. 491 vd.; Ergüne, s. 158 vd.; Serozan, no: 1490 vd.; Nomer/Ergüne, s. 95-96; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, no: 3679 vd.; Ertaş, no: 2789; Sirmen, s. 629.

tasarruf işlemlerinin hukuki sebebe bağlı olup olmadığı öğretide tartışmalı olmakla birlikte¹¹ eğer tasarruf işleminin temelinde rehin hakkı kurma borcunu doğuran bir sözleşme bulunuyorsa, bu sözleşmenin geçerliliği de herhangi bir şekilde bağlı değildir (TBK m. 12/I)¹².

C. Teslime Bağlı Taşınır Rehininin Sona Ermesi

Taşınır rehni, tüm diğer rehin türlerinde olduğu gibi rehinle güvence altına alınmış olan alacağın sona ermesiyle ortadan kalkar. Malik üçüncü kişinin borcu için taşınırını rehin göstermişse, onun rızası dışında borcun nakli halinde de taşınır rehni sona erer (TBK m. 198/II). Malik ile rehinli alacaklının anlaşması veya rehin hakkı sadece belli bir süre için tanınmışsa bu sürenin dolması ile de rehin hakkı sona erecektir. Bu durumların her birinde rehinli alacaklının taşınırını malike geri vermesi gereklidir (TMK m.

¹¹ Sebebe bağlılık görüşü kabul edilecek olursa, tasarruf işleminin temelinde geçerli bir borçlandırıcı işlem bulunmadıkça, zilyetliğin devrine rağmen, alacaklı rehin hakkını geçerli olarak kazanamaz. Soyutluk görüşü kabul edilecek olursa, temelde geçerli bir borçlandırıcı işlem olmasa da alacaklı rehin hakkını kazanır; ama bu kazanımı bir sebep-siz zenginleşme niteliği taşır. Yalnız bu görüş benimsense bile temeldeki borçlandırıcı işlemi sakatlayan sebep, çoğu zaman tasarruf işleminin kendisini de sakatlayacak nitelikte olacağından, rehin hakkının kazanılmasına engel teşkil eder (Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Cansel**, Erol: “Menkul Mülkiyetinin Geçişinin İlliliği Meselesi ve Aynî Sözleşme Kavramı”, İmran Öktem’e Armağan, Sevinç Matbaası, Ankara 1970, s. 333-358; **Serozan**, Rona: “Taşınır Eşya Mülkiyetinin Devrinde Aynı Tasarruf Sözleşmesinin Borçlanma Sözleşmesinden Ayrılığı ve Soyutluğu”, Prof. Dr. Tahir Çağa’nın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 397-412; **Erbek**, Özge: “Taşınır Mülkiyetinin Devrinde Sebebe Bağlılık (İllilik) - Soyutluk (Mücerretlik) Meselesi”, Prof. Dr. Aydın Zevkilere’e Armağan, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, Cilt: 8 (Özel Sayı), İzmir 2013, s. 937-986; **Cansel**, s. 29 vd.; **Köprülü/Kaneti**, s. 480-481; **Akipek/Akıntürk**, s. 844-845; **Hatemi**, s. 32; **Serozan**, no: 1115 vd.; **Esener/Güven**, s. 320 vd.; **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, no: 3676, 2592 vd.; **Ertay**, no: 2235; **Sirmen**, s. 628; **Ayan**, III, s. 279-280; **Ergüne**, s. 123 vd.).

¹² **Akyazan**, taşınırın zilyetliğinin satış sözleşmesi uyarınca mülkiyeti devretmek amacıyla değil de rehin sözleşmesi uyarınca devredilmiş olduğunun ispatlanmasındaki güçlüğü dikkat çekerek, burada bir kanun boşluğu olduğunu kabul eder ve özellikle de taşınırın değerinden az bir borç için rehnedildiği durumlarda, zilyetliğin devrinin rehin amacıyla olduğuna ilişkin yazılı bir belge hazırlanmasını önerir. Bkz. **Akyazan**, s. 326.

944/I), eğer bir art rehin söz konusuysa bu durumda da sonraki rehinli alacaklıya verecektir (TMK. 941).

Alacağın kısmen ifa edilmesi, rehin hakkını sona erdirmez. Bu yüzden kısmi ifa halinde malik, rehinli taşınırın tamamını geri isteyemeyeceği gibi onun bir kısmını da geri isteyemez (TMK m. 944/II). Yalnız eklentilerin rehin kapsamına alınmaması konusunda tarafların anlaşması mümkün olduğuna göre, tarafların kısmi ödeme halinde eklentilerin malike geri verilmesi konusunda anlaşması da mümkündür. Eğer böyle bir anlaşma varsa, o zaman kısmi ödemeyi karşılayacak değerdeki eklentilerin malike geri verilmesi gerekir.

Taşınır rehni, alacaklının zilyet olmaktan çıkması ve onu zilyet olan üçüncü kişiden geri alamaz hale gelmesiyle de son bulur (TMK m. 943/I); çünkü bu durumda aynî hakkın açıklığını sağlayan koşul ortadan kalkmış olur. Bu nedenle artık aynî hakkın varlığından da söz edilemez. Alacaklının rızasıyla malikin -alt rehinde de bu rehni kuran alacaklının veya malikin-, geçici bir süre için taşınırın dolaysız zilyetliğini tek başına elde etmesi halinde, rehin hakkı sona ermez; ama hükümleri askıda kalır (TMK m. 943/II). Bu demektir ki bu süre içinde rehnin paraya çevrilmesi istenemeyecektir¹³. Ayrıca bu dönemde, üçüncü kişiler bu taşınıra haciz koyduracak olurlar ise, rehinli alacaklının buna da katlanması gerekecektir¹⁴. Buna karşılık, askı dönemi ortadan kalktığında, rehin hakkı sırasını korumuş olacaktır¹⁵.

Alacaklı rehinli taşınırın kural olarak dolaysız ve emin sıfatıyla zilye-didir. Taşınır ve değerini korumak, bu taşınır üzerinde fiili tasarruflardan

¹³ **Akyazan**, s. 327; **Nomer/Ergüne**, s. 105; **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, no: 3713. **Davran** ise, "böyle bir durumda râhin merhunu başkasına ferağ ederse, bu tasarruf, müktesip iyiniyetli olmasa bile, muteberdir" demektedir (Bkz. **Davran**, s. 84). Malikin rehinli mal üzerinde yapacağı tasarrufun geçerli olması için üçüncü kişinin iyiniyeti zaten aranmaz ve taşınır rehinli alacaklının zilyetliğinde bulunurken de malikin taşınır üzerinde tasarrufta bulunma yetkisi tamdır. Bu nedenle, yazarın burada, askı dönemindeki tasarruf işlemi bakımından taşınır devralan kişinin iyiniyeti aranmaksızın mülkiyeti rehinden arındırılmış olarak kazanacağını ifade etmek niyetinde olduğunu düşünüyoruz. Aynı yönde bkz. **Cansel**, s. 210; **Nomer/Ergüne**, s. 105.

¹⁴ **Köprülü/Kaneti**, s. 502; **Serozan**, no: 1528; **Nomer/Ergüne**, s. 105.

¹⁵ **Cansel**, s. 211; **Köprülü/Kaneti**, s. 502; **Nomer/Ergüne**, s. 105; **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, no: 3713; **Ertas**, no: 2810; **Sirmen**, s. 634.

kaçınmak zorundadır. Taşınırı kullanma, ondan yararlanma ve üzerinde fiili ve hukuki tasarruflarda bulunma yetkisi, kural olarak, yoktur¹⁶; ama dolaysız zilyetliğinde bulunduğu sürece taşınırı kullanmasına veya ondan yararlanmasına ya da bir başkasına devretmesine engel olmak da mümkün değildir. Taşınıra zarar verme tehlikesi bile vardır; ama böyle bir davranış kendi alacağına güvencesini ortadan kaldıracığı için pek ihtimal dâhilinde değildir.

Yetkili olmadığı halde taşınırı kullanmaya veya ondan yararlanmaya çalışan alacaklı, bu yüzden taşınırın değeri azalır, taşınır kaybolur veya yok olursa, kusurlu olacağı için ortaya çıkan zarardan sorumlu olacaktır. Dolaysız zilyedin mala bu gibi zararların gelmesinde kusurlu olması ihtimali daha yüksek olduğu için, kanun koyucu bu konuda bir kusur karinesi öngörmüştür. Buna göre, rehinli alacaklı taşınırın kaybolması, yok olması veya değerinin azalmasından doğan zararların kendi kusuru olmaksızın doğduğunu kanıtlamadıkça, bu zararlardan sorumludur (TMK m. 945/I).

Rehinli alacaklının taşınır üzerinde hukuki tasarruflarda bulunma yetkisi de yoktur; ama emin sıfatıyla zilyet durumunda olduğu için, taşınır üzerinde iyiniyetle ondan aynı hak kazanan kişilerin kazanımları korunacaktır (TMK m. 988, m. 939/II). Bu durum malikin mülkiyet hakkını kaybetmesine ya da hiç olmazsa hakkının sınırlanmasına yol açar. Rehlinli alacaklı malikin bu zararından da sorumludur. Elbette, rehinli alacaklı, taşınır üzerinde malikin rızasıyla bir alt rehin kurmuş ise, bu durumda herhangi bir sorumluluğu olmayacaktır (TMK m. 945/II).

D. Teslime Bağlı Taşınır Rehninin Hükümleri

Teslime bağlı taşınır rehninin hükümleri, Türk Medeni Kanunu'nun 946-949. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Buna göre, borcun ödenmemesi halinde rehinli taşınırın mülkiyetinin alacaklıya geçmesini öngören sözleşme hükmü geçersizdir (TMK m. 949). Rehlinli alacaklı, ödenmeyen alacağının, rehnin paraya çevrilmesi yoluyla ödenmesini isteyebilir (TMK m. 946/I). Rehlin hakkı, alacaklıya asıl alacak ile birlikte sözleşme faizlerinin, takip giderlerinin ve gecikme faizinin güvencesini sağlar (TMK m. 946/II). Aynı taşınır üzerinde birden çok rehin hakkı bulunduğu takdirde, alacaklılara

¹⁶ Bu kurala aykırı anlaşma için bkz. yukarıda dn. 5.

rehin haklarının sırasına göre ödeme yapılır. Rehin hakkının sırası ise, hakların kuruluş tarihine göre belirlenir (TMK m. 948).

Türk Borçlar Kanunu'nun 159. maddesi de taşınır rehnine ilişkindir. Buna göre, alacak hakkının bir taşınır rehniyle güvenceye bağlanmış olması, bu alacak için zamanaşımının işlemesine engel olmaz. Yalnız bu durum, alacaklının rehnin paraya çevrilmesini isteme yetkisini de ortadan kaldırmaz. Zira aynı haklar zamanaşımına uğramazlar¹⁷.

II. TİCARİ İŞLEMLERDE TAŞINIR REHNİ KANUNU ÇERÇEVESİNDE TAŞINIR REHNİ

20 Ekim 2016 tarihli 6750 sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu, 28 Ekim 2016 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanmış ve 1 Ocak 2107 tarihinde yürürlüğe girmiştir. 1447 sayılı Ticari İşletme Rehni Kanunu'nu yürürlükten kaldıran bu Kanun'un "amaç ve kapsam" başlıklı birinci maddesinin ilk fıkrası şöyledir:

"Bu Kanunun amacı; teslimsiz taşınır rehin hakkının güvence olarak kullanımının yaygınlaştırılması, bu rehne konu taşınırların kapsamının genişletilmesi, taşınır rehninde aleniyetin sağlanması ile rehnin paraya çevrilmesinde alternatif yolların sunulması suretiyle finansmana erişimi kolaylaştırmaktır."

1447 sayılı Ticari İşletme Rehni Kanunu'nun yerini alan bu Kanun, Ticari İşletme Rehni Kanunu'na oranla gerek tarafları (bkz. ve krş. TİRK m. 2 ve 3, TİTRK m. 3 ve 5) gerek rehne konu değerler itibarıyla daha geniş kapsamlı bir kanundur. Bu itibarla Kanun'un teslimsiz taşınır rehninin uygulama alanını büyük ölçüde genişlettiği söylenebilir; ama bu genişleme, Türk Medeni Kanunu'nun teslime bağlı taşınır rehni kurallarından aynı ölçüde bir uzaklaşma anlamına gelmemektedir. Zira Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu, aslında taşınır eşya sayılmayacak pek çok değeri de "taşınır varlık" adı altında toplayarak teslimsiz rehne konu etmektedir. Zaten teslime elverişli olmayan bu değerler bakımından teslime bağlı rehin kurallarından ayrılmış olduğunu ileri sürmek herhalde isabetli olmayacaktır. Gerçi Türk

¹⁷ Akipek/Akıntürk, s. 17; Erman, s. 7; Esener/Güven, s. 58; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, no: 130; Ertaş, no: 80-82; Sirmen, s. 35; Ayan, I, s. 59.

Medeni Kanunu'nda da "hak ve alacaklar üzerinde rehin hakkı", taşınır rehnine ilişkin bölümün içinde özel bir ayırım altında düzenlenmiştir; ama bu rehin türü esasen taşınır eşyaya ilişkin bir rehin değildir. Sadece aksine hüküm bulunmadığı takdirde teslimine bağlı taşınır rehni kuralları bunlara da uygulanır. Öte yandan, Türk Medeni Kanunu'nun taşınır rehnine ilişkin hükümleri, Ticari İşletme Rehni Kanunu'nda hüküm bulunmayan hâllerde de uygulanacaktır (TİTRK m. 18).

Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'nun uygulama alanı üzerinde durmuşken kısaca değinilmesi gereken bir nokta daha vardır. Bu da, Kanun'un adında geçen "ticari işlemler" ibaresinin neyi ifade ettiğidir. Ticari işlem kavramı, **Antalya** ve **Acar**'a göre, "*işletme ve mesleki faaliyet kapsamında ya da ilgili olarak kazanç elde etmek üzere girilen her türlü iş*"i ifade etmektedir¹⁸. Aşağıda üzerinde duracağımız üzere, bu rehin sözleşmesinin tarafları arasındaki borç ilişkisinin zaten başkaca bir nitelik taşıması pek beklenemez. Bu nedenle Kanun'un adında geçen; ama tanımlara ilişkin ikinci maddede yer almayan bu ifadenin aslında Kanun'un isminde, rehin sözleşmesinin taraflarına bir gönderme yapmak üzere kullanıldığını kabul etmek gerekir¹⁹. Yürürlükten kaldırılan Kanun'da geçen "ticari işletme" ifadesi bu Kanun'un kapsamı için çok dar kalmaktadır; ama bu Kanun'un amacının teslimsiz taşınır rehninin uygulama alanını genel olarak değil de, ticari yaşamda finansmana erişimi kolaylaştırmak için genişletmek olduğu da unutulmamalıdır (TİTRK m. 1/I). O halde, başlıktaki bu ifadeyi Kanun'daki amaç maddesini tamamlayan bir ibare olarak görmek ve **Antalya** ve **Acar** gibi yorumlamak bize de isabetli gelmektedir²⁰. Yalnız bir

¹⁸ **Antalya**, O. Gökhan/**Acar**, Faruk: Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni, Aristo Yayınevi, İstanbul 2017, s. 10. "Ticari işlem" ifadesini teknik olarak yorumlayan **Arkan** ise, Kanun'un başlığının içeriğini tam olarak yansıtmadığına, çünkü "ticari işlem" olmayan hallere ilişkin rehin haklarının da bu Kanun kapsamında bulunduğu dikkat çekmektedir. Bkz. **Arkan**, Sabih: Ticari İşletme Hukuku, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 23. Bası, Ankara 2017, s. 50. Aynı yönde **Göle**, Celal/**Aydoğan**, Gökhan: "Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'nun Ticaret Hukuku Açısından Değerlendirilmesi", Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Ankara 2017, Cilt: 33, Sayı: 1, s. 11-12.

¹⁹ **Antalya/Acar**, s. 7.

²⁰ Hemen belirtelim ki, Kanun, birinci maddesinin üçüncü fıkrasında, ulaştığımız bu sonuçla kolaylıkla bağdaştırılamayacak bir hüküm içermektedir. Buna göre, Ticari

başkasının borcu için bu Kanun kapsamındaki taşınır varlıklarını rehin verecek kişilerin de söz konusu olabileceği gözden uzak tutulmamalıdır. Kanaatimizce bu noktada da rehinle güvence altına alınmak istenen alacağın, borçlunun ticari yaşamda finansmana erişimini sağlamaya yönelik bir hukuki işlemde doğmuş olması aranmalıdır²¹.

Bu makalenin amacı, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'nu incelemek veya Ticari İşletme Rehni Kanunu ile karşılaştırmak değildir²². Amacımız, Kanun'un teslime bağlı taşınır rehni kurallarından ayrılan yönlerini ortaya koymaktır. Bu nedenle aşağıda ticari işlemlerde taşınır rehninin teslime bağlı taşınır rehni ile kıyaslanmaya elverişli yönleri üzerinde kısaca duracağız.

İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu “bir borca güvence teşkil etmek üzere kurulan ve konusu bu Kanun’da sayılan taşınır varlıklar olan rehinli işlemlere uygulanır”. Görüldüğü gibi bu hükümde “bir borç” denilerek hiçbir sınırlama yapılmamıştır. Ayrıca 1. maddenin ikinci fıkrasında da “taşınır varlıkları konu edinen işlemlerde rehin hakkının tesisine” ibaresi geçmektedir ki, bu da Kanun sanki sadece taşınır varlıkları konu alan borçlarla ilgili olarak rehin hakkı kurulmasını kapsadığı izlenimini uyandırmaktadır. Ancak kanaatimizce, Kanun’un 1. maddesinin birinci fıkrasındaki amaç hükmüne uygun yorum, “ticari işlem” kavramını burada geçen “bir borç” ifadesi kadar geniş ya da “taşınır varlıkları konu edinen işlem” ifadesi kadar dar değerlendirmeye izin vermeyecektir.

²¹ Kanun’un böyle bir sınırlama öngörmediği yönünde **Şit İmamoğlu**, Başak: Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Üzerine Bir İnceleme, Ankara 2017, s. 8.

²² Ticari işletme rehni hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Reisoğlu**, Seza: Menkul İpoteği, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara 1965; **Kayhan**, Şaban: Ticari İşletme Rehni, Kazancı Yayınları, İstanbul 1996; **Antmen**, Alpay: Ticari İşletme Rehni, Yetkin Yayınları, Ankara 2001; **Erten**, M. Ali: Bankacılık Uygulamasında Ticari İşletme Rehni, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Enstitüsü, Ankara 2001; **Reisoğlu**, Seza: “Ticari İşletme Rehni ve Son Yasal Düzenleme”, Bankacılar Dergisi, İstanbul 2003, S. 47, s. 107-121; **Ertaş**, Şeref: “Ticari İşletme Rehni”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, İzmir 2005, Cilt: 7, Özel Sayı: İrfan Baştuğ Anısına Armağan, s. 39-50; **Helvacı**, İlhan: “Sanayi İşletmelerinde Ticari İşletme Rehni Üzerine”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, İstanbul 2007, Cilt: LXV, S. 1, s. 277-284; **Haznedar**, İbrahim Murat: Ticari İşletme Rehni ve Paraya Çevrilmesi, Legal Yayıncılık, İstanbul 2008; **Topçuoğlu**, Metin/Çon, Ömer: “Ticari İşletme Rehninde Rehin Alacaklısının Korunması”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Ankara 2011, S. 93, s. 174-214; **Yavuz**, Mustafa: “Ticari İşletmelerin Rehni”, Vergi Sorunları Dergisi, İstanbul 2015, Cilt: 38; Sayı: 326, s. 178-183.

A. Ticari İşlemlerde Taşınır Rehninin Tarafları, Konusu ve Kapsamı

1. Ticari İşlemlerde Taşınır Rehninin Tarafları

Ticari işlemlerde taşınır rehni sözleşmesinin tarafları, Kanun'un 3. maddesinde iki bent halinde sayılmıştır. Buna göre sözleşme; kredi kuruluşları ile tacir, esnaf, çiftçi, üretici örgütü, serbest meslek erbabı gerçek ve tüzel kişiler arasında; tacir ile tacir, tacir ile esnaf veya esnaf ile esnaf arasında kurulabilir. Bu kişiler arasındaki borç ilişkisi yukarıda da ifade ettiğimiz üzere ancak ticari işlem niteliğini taşıyorsa, bu Kanun kapsamında değerlendirilmeye elverişlidir. O halde, rehin veren borçtan kişisel olarak sorumlu olmasa da (TİTRK m. 5/IX), bu kişilerden biri olmalı²³ ve rehine güvence altına alınmak istenen borç da mutlaka ticari bir işlemde doğmuş bulunmalıdır²⁴.

2. Ticari İşlemlerde Taşınır Rehninin Konusu

Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'nun 5. maddesine göre, üzerinde rehin kurulabilecek taşınır varlıklar şunlardır: *Alacaklar, çok yıllık ürün veren ağaçlar, fikri ve sınai mülkiyete konu haklar, hammadde, hayvan, her türlü kazanç ve iratlar, başka bir sicile kaydı öngörülmemeyen ve idari izin belgesi niteliğinde olmayan her türlü lisans ve ruhsatlar, kira gelirleri, kiracılık hakkı, makine ve teçhizat, araç, ekipman, alet, iş makinaları, elektronik*

²³ Aynı yönde **Şit İmamoğlu**, s. 19; **Antalya/Acar**, s. 29. Yalnız, Ticari İşlemlerde Rehni Hakkının Kurulması ve Temerrüt Sonrası Hakların Kullanılması Hakkında Yönetmelik'in 10. maddesinin beşinci fıkrasına göre, **herhangi bir kimse**; tacir, esnaf, çiftçi, üretici örgütü veya serbest meslek erbabı lehine, 11. maddede sayılan taşınır varlıklarını rehin olarak gösterebilir. 11. maddede sayılan ve Kanun'un 5. maddesinin birinci fıkrasında sayılanlarla da özdeş olan bu varlıkların bir kısmının ticari işletme veya esnaf işletmesi ile ya da serbest meslek faaliyeti ile ilişkili olması şart değildir (Bkz. **Şit İmamoğlu**, s. 8-9, **Antalya/Acar**, s.11). Bundan çıkan sonuç, Yönetmelik hükmünün Kanun'dan daha geniş olacak şekilde, ticari yaşamla ilgisi olmayan kişilerin de bazı taşınır varlıklarını, bu Kanun kapsamında tacir, esnaf, çiftçi, üretici örgütü veya serbest meslek erbabı lehine rehne konu edebileceklerini düzenlemiş olduğudur (Bkz. **Şit İmamoğlu**, s. 19, dn. 29).

²⁴ Aksi yönde **Antalya/Acar**, s. 28-29.

haberleşme cihazları dâhil her türlü elektronik cihaz gibi menkul işletme tesisatı, sarf malzemesi, stoklar, tarımsal ürün, ticaret ünvanı ve/veya işletme adı, ticari işletme veya esnaf işletmesi, ticari plaka ve ticari hat, ticari proje, vagon, bu sayılanlardan üçüncü kişiler zilyetliğindeki taşınır varlık, hak ve paylı mülkiyet hakları (TİTRK m. 5/I).

Ticari işletme ve esnaf işletmesinin tamamı üzerinde rehin kurulması halinde, rehnin kuruluşu anında işletmenin faaliyetine tahsis edilmiş olan her türlü varlık rehnedilmiş sayılır. (TİTRK m. 5/II). Sayılan taşınır varlıkların rehne konu olabilmeleri için, rehnin kurulması sırasında mevcut olmaları veya rehin verenin mülkiyetinde bulunmaları da aranmamıştır. Böylece işletmelerin müstakbel taşınır varlıklarının (TİTRK m. 2.f) üzerinde de rehin kurulabilmesi sağlanmıştır (TİTRK m. 5/III). Rehin, işletmelerin mevcut ve müstakbel taşınır varlıklarının getirileri üzerinde de kurulabilir (TİTRK m. 5/IV)²⁵.

Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'nun 8. maddesinin üçüncü fıkrasına göre, diğer kanunlar uyarınca bir sicile tescilli zorunlu olan taşınır rehinlerine ilişkin hükümler saklı olup, bu taşınır varlıklar üzerinde bu Kanun kapsamında Rehinli Taşınır Siciline tescil suretiyle rehin tesis edilmez. Bu hüküm, üçüncü kişilerin söz konusu taşınırla ilgili olarak o taşınırın özel sicilini incelemek zorunda olmaları ve bu sicilleri incelemekle görülemeyen bir rehin hakkının onlara dayatılmasının âdil olmaması ile açıklanabilir. Yalnız Kanun'un 5. maddesinin ikinci fıkrasına göre, ticari işletme veya esnaf işletmesinin tümü üzerinde rehin kurulduğunda, işletmenin faaliyetine tahsis edilmiş olan her türlü varlık rehnedilmiş sayılmaktadır²⁶. Bu

²⁵ Bu rehin türü mevcut varlıkların teslimsiz ama bir sicile tescilleri suretiyle rehnini öngördüğünden henüz mevcut olmadığı için teslimi zaten söz konusu olamayacak müstakbel taşınır varlıkların tescile nasıl konu olabileceği hususu da, aydınlatılmaya muhtaçtır. Ticari İşlemlerde Rehin Hakkının Kurulması ve Temerrüt Sonrası Hakların Kullanılması Hakkında Yönetmelik'in 12. maddesi de müstakbel taşınır varlıkların rehnine ilişkin olmakla birlikte, bu soruya yanıt vermekten uzaktır.

²⁶ Yalnız işletmenin faaliyetine tahsis edilmiş olsa da, taşınmazlar bu kapsamda değerlendirilemez. Aksi yorum, Kanun'un amacıyla da bağdaşmaz ve zaten tapu siciline kaydedilerek rehne konu olabilecek taşınmazlar bakımından işlem güvenliğini zedeleyici sonuçlar doğurur. Kanun'da taşınmazların kapsam dışında olduğunu ifade eden açık bir hüküm bulunmaması bu sonucu değiştirmemelidir. Kaldı ki, herhangi bir sebeple tapuya

varlıklar arasında, diğer kanunlarca bir sicile tescili gerekli olanlar bulunabilir. Bu durum Kanun'un iki hükmü arasında bir çelişki gibi görünebilir; ama kanaatimizce burada bir çelişki yoktur. Zira kanun koyucu bu tür taşınırları, sadece işletmenin tümünün rehnedilmesi hali ile sınırlı olarak rehin kapsamına almıştır²⁷ ve bu durumda bile rehlin ilgili sicillere bildirileceğini hüküm altına almıştır. Kaldı ki; bu taşınırlar üzerinde kendi sicillerinde daha önce kayıtlı bir rehin varsa, bildirilen yeni rehin, sonraki sırada yer alacaktır (TİTRK m. 5/II). Kanun'un 8. maddesinin üçüncü fıkrası, Kanun'un 5. maddesinin birinci fıkrası ile de çelişki halinde değildir²⁸. Tek başına rehne konu edilebilecek taşınır varlıkların listelendiği bu hükümde öyle bazı taşınırlar vardır ki, bunların özel sicillere tescilinden söz etmek pekâlâ mümkündür. Fakat bu durum, söz konusu taşınırların bu Kanun kapsamında rehnedilebileceği anlamına gelmez. Bu Kanun kapsamında rehnedilebilecek olanlar, 5. maddede sayılıp da özel bir sicile tescili gerekmeyenlerdir²⁹.

Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'nun 7. maddesine göre, birleşen veya karışan taşınır varlıklar üzerinde rehin hakkı kurulabilir. Esasen bu şekilde ifade edildiğinde böyle bir hükme gerek yoktur; çünkü 5. maddede sayılıp da maddi bir varlığı da olan taşınır varlıkların rehne konu olabilmeleri açısından, bu varlıkların basit eşya mı birleşik eşya mı niteliğinde olmalarının herhangi bir önemi bulunmamaktadır. O halde bu hükümle ifade edilmek istenen husus başka olmalıdır. Bu da birleşmeye veya karışmaya elverişli varlıklar üzerinde de rehin hakkının kurulabilecek olmasıdır. Nitekim 5. maddede sayılan hammadde, sarf malzemesi, stoklar, tarımsal ürün gibi taşınır varlıklar, başka taşınır varlıklarla birleşme ve karışmaya elverişli

kaydedilen taşınırları bile kapsamayan bir Kanun'un (bkz. TİTRK m. 1/V), taşınmazları kapsadığını ileri sürmek tutarsızlık olur. Bu nedenle Ticari İşlemlerde Rehin Hakkının Kurulması ve Temerrüt Sonrası Hakların Kullanılması Hakkında Yönetmelik'in 17. maddesinin birinci fıkrası Kanun'a aykırıdır. Aynı yönde **Şit İmamoğlu**, s. 34; **Göle/Aydoğan**, s. 33.

²⁷ Bkz. **Göle/Aydoğan**, s. 33.

²⁸ Aksi yönde **Şit İmamoğlu**, s. 33, 48; **Köroğlu Ölmez**, Belin: "Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Uyarınca Ticari İşletme Rehni", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Yıl: 2017, s. 281.

²⁹ **Göle/Aydoğan**, s. 26.

olup, ticari faaliyet çerçevesinde bunların birleşme ve karışmaya tâbi tutulmaları kaçınılmazdır. Daha doğru bir ifadeyle bu şeyler başka şeylerle birleşip karışacaklar ki, işlenmiş sayılabilsinler ve böylece ticari işletmenin faaliyeti sürebilsin. Aksi takdirde alınan kredinin geri ödenmesi, teslimsiz rehin olanağına rağmen mümkün olmaz.

Birleşen veya karışan varlıklardan biri veya birkaçı ya da tümü üzerinde birleşme veya karışmadan önce rehin hakkı kurulmuş olabilir. Kanun'un 7. maddesinin ikinci fıkrasına göre, eğer rehin konusu bir taşınır varlık rehin konusu olmayan bir taşınır varlık ile birleşmiş veya karışmış olsa bile; rehin hakkı yeni taşınır varlığın tamamı üzerinde kurulmuş sayılacaktır. Yalnız birleşen veya karışan varlıkların her biri üzerinde belki de başka alacaklıların ayrı ayrı rehin hakları da mevcut olabilir. Bu durumda bileşim veya karışım niteliğindeki yeni taşınır varlık üzerindeki rehin hakkı, her bir birleşen veya karışan taşınır varlığın birleşme veya karışma anındaki değerinin yeni varlığın değerine oranı üzerinden devam edecektir. Böylece alacaklılar yeni varlık üzerinde, birleşme veya karışmadan önce üzerine rehin koydurmuş oldukları taşınırların birleşme veya karışma zamanındaki değerleri oranında paylı rehne sahip olacaktır (TİTRK m. 7/III-IV).

Ticari İşletme Rehni Kanunu'nun 1. maddesinin beşinci fıkrasına göre, tapu kütüğüne herhangi bir nedenle tescil edilen taşınırlar bu Kanun kapsamında değildir. Hemen belirtelim ki; Kanun'un bu hükmü hiç de isabetli değildir, çünkü tapu kütüğüne ancak taşınmazlar kaydedilir (TMK m. 997-998). Taşınmaz mülkiyetinin konusu da arazi, kat mülkiyetinde bağımsız bölümler ve bağımsız ve sürekli aynî haklardır (TMK m. 704 ve m. 998). Tescil işleminin konusunu ise, taşınmaza ilişkin aynî haklar oluşturur. Bunlar da; mülkiyet, irtifak hakları ve taşınmaz yükleri ile rehin haklarıdır. Taşınır eşyanın tapu siciline tescili ise, söz konusu olmaz. Yalnızca bazı taşınırlar, bir taşınmazın eklentisi niteliğini taşıdıklarına ilişkin karine yaratmak üzere, tapu sicilinde beyan edilebilirler.

Bu hükümde sözü geçen "tescil" ifadesinin teknik olarak kullanılmadığı kabul edilecek olursa, bu hüküm ile tapu sayfasının beyanlar hanesinde

gösterilen eklentilerden söz edildiği düşünülebilir³⁰. Bu düşüncede olan **Antalya ve Acar**'a göre, taşınmaz rehni kurulurken açıkça eklenti olarak gösterilen ve beyanlar sütununa yazılan taşınırlar, gerçekten eklenti niteliğini taşıyorlar ise, taşınmaz rehminin kapsamında kalacaklarından ticari işlemlerde taşınır rehni kapsamında değerlendirilemezler. Taşınmaz rehni kurulurken eklenti niteliği taşısalar da beyanlar sütununda gösterilmeyenler ya da orada gösterilseler de eklenti sayılmayanlar pekâlâ ticari işletme rehni kapsamında sayılabilirler³¹.

Bu noktada yazarların görüşüne tam olarak katılmadığımızı ifade etmeliyiz. Zira tapu sicilinde eklenti olarak beyan edilmesi, o taşınırın eklenti olduğuna ilişkin karine yaratır (TMK m. 862/II). Aksi ispat edilene kadar da bu karineye uygun hareket edilir. Yalnız, kanun koyucu Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'nun 1. maddesinin beşinci fıkrasında, "taşınmazın tapuda beyan edilen eklentilerin" in kapsam dışında olduğunu değil, "tapu kütüğüne herhangi bir nedenle tescil edilen taşınırlar" in kapsam dışında olduğunu hükme bağlamıştır. Kanun koyucunun bu tavrı, rehin ilişkisinin taraflarını, üçüncü kişileri ve sicil görevlilerini bir taşınırın eklenti sayılıp sayılmadığını araştırmaya itecek ve taşınırın rehin kapsamında olup olmadığı konusunda tereddüt yaratabilecek nitelikte olmayıp son derece nettir. Kişiler, bu taşınırın rehin kapsamında sayılıp sayılmayacağını ortaya koyabilmek için herhangi bir ispat yükü altında da bırakılmamışlardır. Tescilin bu rehin türüne kazandırması gereken açıklık da bu sonucu haklı gösterir. O halde, eğer bu hüküm tapuda beyan edilen eklentilerle ilişkilendirilerek açıklanabilecek ise, o zaman eklenti niteliğini gerçekten taşıyıp taşımamasından bağımsız olarak tapuda beyan edilmiş her taşınırın ticari işlemlerde taşınır rehminin kapsamı dışında kaldığı kabul edilmelidir.

Hemen belirtelim ki, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'nun 1. maddesinin beşinci fıkrasında geçen "tapu kütüğüne herhangi bir nedenle

³⁰ **Şit İmamoğlu**, s. 26; **Antalya/Acar**, s. 95-96; **Göle/Aydoğan**, s. 34, dn. 60. **Şit İmamoğlu**, eklentinin beyanlar hanesine yazılmasının teknik anlamda tescil sayılmayacağına da dikkat çekmiştir (Bkz. **Şit İmamoğlu**, s. 26, dn. 29).

³¹ **Antalya/Acar**, s. 95-96. **Şit İmamoğlu**, eklentilerin beyanlar sütununda gösterilmiş olup olmamasına bağlı olarak yapılan bu ayrımın isabetliliğinin tartışılabilir olduğu düşüncesindedir (Bkz. **Şit İmamoğlu**, s. 26).

tescil edilen taşınırlar” ibaresinden kasıt, çok yıllık ürün veren ağaçlarla ilgili de olabilir. Ağaçlar, arzun bütünleyici parçası olarak bağımsız bir eşya niteliğine sahip değildirler. Bu yüzden Eşya Hukuku anlamında taşınır eşya olduklarından söz edilemeyeceği gibi üzerlerinde arazi mülkiyetinden bağımsız bir mülkiyet hakkı da bulunmaz (TMK m. 718/II). Ağaçlar üst hakkına da konu olamaz (TMK m. 729/II). Yalnız bir arazideki ağaçlar üzerinde arazi malikinden başka kişilerin kişisel hakları (TMK m. 722-724 ve m. 729) ile Türk Medeni Kanunu’nun 838. maddesi çerçevesinde kurulmuş kişisel irtifak haklarının bulunması mümkündür. Ayrıca ağaçlar üzerinde arazi malikinden başka bir kişinin eski hukuktan gelen aynî hakları da mevcut olabilir. Bu tür haklara konu olan ağaçlar “muhtesat” niteliğinde olup, kişilerin muhtesat üzerindeki hakları kadastro çalışmaları sırasında tespit edilir ve tapu kütüğünde arazi için açılacak sayfanın beyanlar sütununda gösterilir³². Bu durumda, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu’nun 5. maddesinin birinci fıkrası çerçevesinde, “taşınır varlık” olarak nitelendirilen ve ticari işlemlerde taşınır rehnine konu olabileceği ifade edilen çok yıllık ürün veren ağaçlar, eğer tapu sicilinde muhtesat olarak beyan edilmişler ise, aynı Kanun’un birinci maddesi çerçevesinde değerlendirilecek ve rehne konu edilemeyecek demektir³³.

3. Ticari İşlemlerde Taşınır Rehninin Kapsamı

Ticari işlemlerde taşınır rehni, taşınır varlıkların bütünleyici parçalarını da kendiliğinden kapsar; ama taşınır varlıkların mevcut eklentileri veya onlara sonradan özgülünmüş olan eklentiler, rehni kapsamına kendiliğinden girmez. Taraflar bunların da rehni kapsamında olacağını ayrıca kararlaştırabilirler (TİTRK. m. 6).

Ticari işlemlerde taşınır rehni, mevcut veya müstakbel varlıkların getirileri üzerinde de kurulabilir (TİTRK m. 5/IV). Taşınır varlığın sadece getirisini veya kendisi ile birlikte getirisini rehne konu etmek de mümkündür; ama Ticari İşlemlerde Rehin Hakkının Kurulması ve Temerrüt Sonrası Hakların Kullanılması Hakkında Yönetmelik’in 13. maddesine göre, aksi kararlaştırılmadıkça sadece taşınır varlığın üzerindeki rehin hakkı, getirisini

³² Akipek/Akıntürk, s. 264 ve dn. 17a; Ertuş, no: 623 vd; Sirmen, no: 154.

³³ Aksi yönde Şit İmamoğlu, s. 32.

kapsamaz. Ne var ki Yönetmeliğin bu hükmünü Kanun'un 11. maddesindeki hükümle bağdaştırmak mümkün değildir. Aynı taşınır varlık üzerinde birden fazla rehin hakkının bulunması halinde rehinler arasında sıralamaya ilişkin olan "öncelik hakkı" başlıklı bu maddenin dördüncü fıkrasına göre, getirisi üzerinde ayrıca bir rehin tesis edilmemiş ise varlığın getirisi üzerindeki öncelik hakkı, asıl rehinli varlığın öncelik sırasıyla aynıdır. Bu hükme göre, Kanun koyucu, taşınır varlık üzerindeki rehin hakkının getiri üzerinde ayrıca rehin hakkı kurulmamış olsa bile, getiriye de kapsamasını arzu etmiş ve hatta getiriye, asıl varlık ile aynı öncelik sırasını tanımış görünmektedir. Oysa yönetmelik hükmü, bu hükme ters düşmekte ve aksi kararlaştırılmadığı takdirde taşınır varlığın üzerindeki rehin hakkının getirisini kapsamadığını ifade etmektedir. Böylece asıl varlık üzerinde rehin kurulup getirisi buna açıkça dâhil edilmemiş ise, getiri üzerinde rehin hakkı olmuyor; ama bu getiri üzerinde öncelik hakkı bulunabiliyor ki, bu açık bir çelişkidir.

B. Ticari İşlemlerde Taşınır Rehninin Kurulması

Ticari işlemlerde taşınır rehni, rehin sözleşmesinin Rehinli Taşınır Sicili'ne tescil edilmesiyle kurulur (TİTRK m. 4/I). Rehinli Taşınır Sicili, mevzuatı gereği kendi özel siciline tescili zorunlu olanlar dışındaki taşınır varlıklar üzerinde, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu kapsamında kurulacak rehinlere ilişkin tescil, terkin, değişiklik gibi işlemlerin gerçekleştirildiği ve elektronik ortamda tutulan bir sicildir. Merkezi olarak tutulan Rehinli Taşınır Sicili, alenidir (TİTRK m.2.k ve m.8). Böylece, taşınır varlıkların teslimsiz rehnedenilmesi ihtiyacına yanıt ararken ortaya çıkan aynı hakkın açıklığını sağlama problemi çözülmüş olmaktadır. Rehin hakkı, Sicile tescil edilmekle üçüncü kişilere karşı da hüküm ifade eder (TİTRK m. 9/I), yani bundan çıkan sonuç, üçüncü kişilerin bu taşınır varlık üzerindeki rehin hakkının varlığını bilmediklerini ileri süremeyecek olmalarıdır³⁴.

Bu noktada akla bir sorunun gelmesi kaçınılmazdır. Şöyle ki; ticari yaşam ağırlıklı olarak ticari emtianın imalatı, üretimi ve tedavülünü konu alır. Ticari işlemlerde taşınır rehnine konu olabilecek taşınır varlıklar içinde

³⁴ Bu sonucun genel olarak isabetli olmadığı yönünde bkz. **Şit İmamoğlu**, s. 31, 34, 37; **Göle/Aydoğan**, s. 39.

stoklar, hammadde, sarf malzemesi gibi değerler de yer almaktadır³⁵. Karışma veya birleşme sonucunda bu şeylerin başka bir şey haline gelince rehin hakkı yeni şey üzerinde devam edebildiği için, tek başına imalat ya da üretim süreci bir sakınca yaratmaz; ama bu sürecin sonunda ortaya çıkan taşınır varlığın doğrudan veya perakendeciler vasıtasıyla münferit tüketicilere devri halinde durum ne olacaktır? Sırf hammaddesi veya stoktan mal olarak doğrudan kendisi rehne konu olduğundan ve Taşınır Rehni Sicili de aleni olduğundan böyle bir taşınır varlığı edinmiş olan tüketici de iyiniyet iddiasında bulunamayacak ve borç ödenmeyecek olursa bu taşınırın satılıp paraya çevrilmesine katlanmak zorunda mı kalacaktır? Bu soru³⁶, şüphesiz ki olumsuz yanıtlanmalıdır. Aksi bir yaklaşım ne tüketicinin korunması gerekliliği ile bağdaşır ne de ticari işlemlerde teslimsiz taşınır rehninin işleyişi bakımından pratik sonuçlar sağlar. Burada kanun koyucunun tüketicinin korunması amacıyla mutlaka öngörülmesi gerekli olan bir istisnayı ihmal ederek hükmü çok geniş bir şekilde ele almış olduğunu ve böylece ortaya örtülü bir kanun boşluğunun çıkmış bulunduğunu söyleyebiliriz³⁷. O halde, bu boşluk tüketicinin korunması amacına uygun olarak doldurulmalı ve kendisi ya da bileşenleri rehin konusu olan taşınırların tüketici eline geçmesi halinde bu rehnin sona ereceği kabul edilmelidir. Ne var ki, böyle bir yakla-

³⁵ Kanun'da bu hususun bu kadar basit bir şekilde ele alınmasının uygulamada sorunlara yol açabileceği görüşünde olan **Arkan**'a katıldığımızı belirtmeliyiz (**Arkan**, s. 58; ayrıca **Şit İmamoğlu**, s. 29-31).

³⁶ **Şit İmamoğlu** da, tüketiciler bakımından özel bir ayırım yapmaksızın bu sakıncaya dikkat çekmiş ve rehne konu döner malvarlığını devralma olasılığı bulunan üçüncü kişilerin çıkarlarının kanun koyucu tarafından dikkate alınmadığını ifade etmiştir. Yazar, ayrıca, İngiliz Hukukunda geçerli olan değişken rehin sisteminin açıkça benimsenmesi ile bu sorunun aşılabileceğine dikkat çekmiştir. Bu sisteme göre, döner malvarlığı denilen bu gibi taşınır varlıklar rehne konu edilseler de "kristalleşme anı" denilen ve çoğu zaman borcun vadesi gibi belli bir an itibarıyla malikin elinde bulunanlar dışındaki şeyler, rehin kapsamında sayılmaz. Dolayısıyla bunları vaktiyle edinmiş olan üçüncü kişilerin de zarar görmesi söz konusu olmaz (Bkz. **Şit İmamoğlu**, s. 29-30 ve 34). Ne var ki, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'nun bu sistemi benimsediğine ilişkin hiçbir ipucu bulunmamaktadır.

³⁷ Bkz. **Göle/Aydoğan**, s. 38; Örtülü boşluklar ve doldurulması hakkında ayrıntılı açıklama için bkz. **Serozan**, Rona: Medeni Hukuk Genel Bölüm Kişiler Hukuku, Vedat Kitapçılık, 6. Bası, İstanbul 2015, s. 157 vd.

şında hammadde, stok mallar ve sarf malzemeleri üzerinde rehin hakkı kurulmasına olanak sağlanmış olmasının pek bir önemi kalmayacaktır³⁸. Esasen tüketiciler için bir istisna yapılmayacak olursa, borç ödenmediğinde alacaklının rehinin paraya çevrilmesi amacıyla her bir tüketiciyi ayrı ayrı takip etmesi de pek pratik olmayacaktır.

Rehin sözleşmesinin Rehinli Taşınır Siciline tescili, tasarruf işlemidir. Sözleşmenin yapılması ise borçlandırıcı işlemdir. Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu, bu borçlandırıcı işlemin geçerliliğini şekle de bağlamış bulunmaktadır³⁹. Yalnız bu noktada taraflara iki ayrı seçenek sunmuştur. Rehin sözleşmesi yazılı olarak yapılabileceği gibi elektronik ortamda da yapılabilir (TİTRK m. 4/II). Elektronik ortamda düzenlenen rehin sözleşmesi, güvenli elektronik imza ile onaylanmadıkça; yazılı olarak düzenlenen rehin sözleşmesi ise tarafların imzaları noterce onaylanmadıkça veya Sicil yetkilisinin önünde imzalanmadıkça Sicile tescil edilemez (TİTRK m. 4/III-IV). İster elektronik ortamda ister yazılı olarak düzenlenmiş olsun rehin sözleşmesinde yer alması zorunlu olan unsurlar da Ticari İşletme Rehni Kanunu'nda açıkça sayılmıştır. Bu unsurlar; rehin sözleşmesinin taraflarına, rehinle ödeneceği güvence altına alınan borca ve rehne konu olan taşınır varlığa ilişkin olmak üzere üç temel grup altında toplanabilir (bkz. m. TİTRK m. 4/VI). Bu unsurlardan birinin eksikliği hâlinde, tescil talebi reddedilecek ve rehin kurulamayacaktır (Rehinli Taşınır Sicili Yönetmeliği m. 27/I.b).

Ticari işlemlerde taşınır rehinine konu olmuş bir taşınır varlık üzerinde art rehin veya alt rehin kurulması da mümkündür. Hatta rehin sözleşmesinde art rehin veya alt rehin kurulmasını yasaklayıcı bir kayıt yer alsa bile bu kayıt geçerli sayılmayacaktır (TİTRK m. 4/VII)⁴⁰. Şüphesiz ki taşınır varlığı

³⁸ Bu sorunun da çözülmesi, sadece örtülü boşluğun doldurulması ile olmayıp **Şit İmamoğlu**'nun yukarıda dn. 36'da özetlediğimiz önerisinin Kanun'a alınmasından geçecektir.

³⁹ Bu konuda ayrıntılı bir inceleme için bkz. **Güleş, Bedia/Doğu, Hakkı Mert**: "6750 Sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Kapsamında Kurulan Taşınır Rehni Sözleşmesinin Şekli", Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, İstanbul 2016, Cilt: 11, Sayı: 147-148, s. 53-73.

⁴⁰ Kanun'un art rehni yasaklayan kayıtlamaları geçersiz sayması, malikin tasarruf yetkisini kısıtlayıcı anlaşmaları da geçersiz saymasına paralel bir düzenleme olmakla birlikte, alt

ğın art veya alt rehne konu edilmesi de ancak Rehinli Taşınır Siciline tescil yoluyla gerçekleşebilecektir.

Taraflar, rehin sözleşmesinde rehin verenin rehne konu olan varlık üzerindeki tasarruf yetkisini kısıtlayan başkaca kayıtlar da öngöremezler. Aksi halde bu kayıtlar da geçersiz sayılacaktır (TİTRK m. 4/VII). Yalnız müstakbel taşınır varlıklar üzerinde rehin kurulmuş ise, malik bu varlıklar üzerinde diğer tasarruflarda bulunabilmek için öncelikle varlığın mülkiyetini kazanmış olmalıdır (TİTRK m. 5/3)⁴¹.

rehni yasaklayan anlaşmaların geçersiz sayılmasının sebebini anlamak güçtür. Alt rehin için bu Kanun'da özel bir düzenleme olmadığına göre, rehinli alacaklının taşınır varlıklar üzerinde alt rehin kurabilmesi, Türk Medeni Kanunu çerçevesinde, yani malikin rızasıyla olmak zorundadır. Kanun alt rehin yasaklayan kayıtları geçersiz saymakla malikin rızasının aranmasının gerekmediği gibi bir izlenim yaratmaktadır. Böyle bir yorum ise, rehinli alacaklıya sadece borç ödenmediğinde taşınırın değerine başvurma yetkisinin değil, belki kendisinin başkalarına karşı üstleneceği borçlar için bile kendi alacağı vadesinden önce taşınırın değerinden yararlanma yetkisinin de verildiği anlamına gelir. Bu yönde düşünmeyen **Arkan**'a göre ise, bu hüküm tıpkı tasarruf hakkının korunmasına ilişkin yönüyle olduğu gibi, mal ve hizmet üretiminin kesintiye uğratılmamasına hizmet etmektedir (**Arkan**, s. 55).

⁴¹ Ticari İşlemlerde Rehin Hakkının Kurulması ve Temerrüt Sonrası Hakların Kullanılması Hakkında Yönetmelik'in 12. maddesi de bu konuya ilişkin olup esasen Kanun'un 5. maddesinin üçüncü fıkrasındaki düzenlemeden daha açıktır. Hemen belirtelim ki Kanun'un bu hükmünü yorumlayan **Antalya ve Acar**, buradaki "tasarruf yetkisi"nin rehin alanın paraya çevirme yetkisini ifade ettiğini kabul etmektedirler. Yazarlara göre, bu hüküm ile, rehin alanın rehin paraya çevrilmesini isteyebilmesi için müstakbel taşınır varlığın rehin verenin mülkiyetine girmesi gerektiği ifade edilmektedir (bkz. **Antalya/Acar**, s. 87). Oysa Yönetmelik, müstakbel taşınır varlıklar rehnedildiğinde, malikin diğer tasarruf işlemlerini ancak müstakbel taşınır varlığı mülkiyete konu ettikten sonra kullanabileceğini açıklayarak yazarların bu görüşünü temelsiz bırakmış olmaktadır. Esasen rehin paraya çevrilmesi için müstakbel taşınır varlığın rehin verenin mülkiyetine girmesi pek tabii ki gerekli olmalıdır; ama kanaatimizce bu sonuca ulaşmak için Kanun'un başka bir amaçla sevk edilmiş bulunan hükmünden yararlanmaya ihtiyaç yoktur. Bir tacir müstakbel taşınır varlığı rehin konusu edebilse de, paraya çevirme günü geldiğinde halen mülkiyetine girmemiş olan mal bakımından, alacaklı bu yetkiyi herhalde kullanamamalıdır. Aksi düşünce, o taşınır varlığın mevcut maliki olan ve rehin sözleşmesi ile hiç ilgisi bulunmayan kişinin aynî hakkını zedeleyecek olduğuna göre, zaten kabul edilemez.

C. Ticari İşlemlerde Taşınır Rehninin Sona Ermesi

Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'nda rehin hakkının sona ermesine ilişkin özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Buna karşılık, Ticari İşlemlerde Rehin Hakkının Kurulması ve Temerrüt Sonrası Hakların Kullanılması Hakkında Yönetmelik'in 22. maddesi, "rehin hakkının sona ermesi" başlığını taşımaktadır. Bu hükme göre, ticari işlemlerde taşınır rehni; belirlenen sürenin sona ermesi, alacağın sona ermesi, rehnin terkinini veya rehinli taşınır varlığın tamamen yok olmasıyla sona erer.

Teslime bağlı taşınır rehni ile güvence altına alınmış olan alacak sona erdiğinde, rehinli alacaklının rehin konusu taşınırı malike geri vermesi gerekir; ama ticari işlemlerde taşınır rehni teslimsiz gerçekleştiğinden böyle bir zorunluluk bulunmamaktadır. Buna karşın, alacak sona erdiğine göre rehne ilişkin sicil kaydının varlığını sürdürmesi için de bir sebep kalmamaktadır. Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu 15. maddesinde bu konuya özgü bir düzenleme içermektedir. Buna göre, rehin alacaklısı alacağın son bulunduğu tarihten itibaren üç işgünü içinde, rehin kaydının sicilden terkinini için başvuruda bulunmalıdır. Aksi halde borcunu ödeyen ve bunu belgeleyen borçlu da rehnin terkinini sicilden isteyebilir ve rehnin terkinini isteme yükümlülüğünü yerine getirmeyen rehinli alacaklıya idari para cezası uygulanır.

Rehinli taşınır siciline tescil yoluyla kurulmuş olan bu rehin hakkı, sırf rehne konu olan varlığın mülkiyetinin başkasına devri ile kural olarak sona ermeyecektir. Bu bir tescilli rehin türü olup malikin rehin konusu varlık üzerinde vasıtasız zilyetliğinin sona erdirilmesi gerekmediğinden rehnin kurulmasından sonra taşınır varlığın zilyedinin değişmesi de rehni sona erdirmeyecektir. Yalnız gerek mülkiyetin gerek zilyetliğin başkasına devri ile rehnin sona ereceğini taraflar kararlaştırabilirler (bkz. Yön. m. 28/I). Ayrıca yukarıda ifade ettiğimiz üzere, bu hususta Kanun'da hiçbir açıklık bulunmasa da, rehne konu olan taşınır varlığın bir tüketici işlemi ile devredildiği hallerde bu varlık üzerindeki rehin hakkının sona erdiğinin kabul edilmesi zorunludur.

D. Ticari İşlemlerde Taşınır Rehninin Hükümleri

Ticari işlemlerde taşınır rehninin hükümleri, ağırlıklı olarak Kanun'un 10-14. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Bu Kanun'da düzenlenmemiş

hususlarda ise Türk Medeni Kanunu'nun taşınır rehni kuralları uygulama alanı bulacaktır (TİTRK m. 18). Dolayısıyla ticari işlemlerde taşınır rehni de, alacaklıya asıl alacak ile birlikte sözleşme faizlerinin, takip giderlerinin ve gecikme faizinin güvencesini sağlar (TMK m. 946/I).

Her ne kadar, Kanun'da hüküm bulunmayan hallerde Türk Medeni Kanunu'nun taşınır rehni kurallarının uygulanacağı hükme bağlanmış olsa da⁴², Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'nunda ve Ticari İşlemlerde Rehin Hakkının Kurulması ve Temerrüt Sonrası Hakların Kullanılması Hakkında Yönetmelik'te yer alan hükümlerin çoğunlukla Türk Medeni Kanunu'ndaki taşınmaz rehninin hükümlerine paralel olduğu görülür. Zira bu rehin türü de, taşınmaz rehninde olduğu gibi bir sicile tescil yoluyla kurulabildiği için, rehin hakkının hükümleri bakımından benzer olanaklardan yararlanılması ve benzer ilkelerin benimsenmesi olağan karşılanmalıdır⁴³.

⁴² **Şit İmamoğlu**, Kanun'da bu hükümlere atf yapılmasını eleştirmekte ve Ticari İşlemlerde Rehin Hakkının Kurulması ve Temerrüt Sonrası Hakların Kullanılması Hakkında Yönetmelik'in 42. maddesi ile Kanun'un 18. maddesi arasında da bir çelişki olduğunu ifade etmektedir. (Bkz. **Şit İmamoğlu**, s. 45 ve 49; Aynı yönde **Göle/Aydoğan**, s.49; **Köroğlu Ölmez**, s. 276). Gerçekten de bu Yönetmeliğe göre, Kanun ve Yönetmelik'te hüküm bulunmayan hallerde Türk Medeni Kanunu'nun taşınır ve taşınmaz rehnine ilişkin kuralları kıyas yoluyla uygulanır. Hemen belirtelim ki, yazarın bu tespitine katılmıyoruz. Ticari işlemlerde taşınır rehni tescilli bir rehin türü olarak teslime bağlı taşınır rehinden ayrılmış olsa da, Kanun zaten gerekli olduğu ölçüde taşınmaz rehnine de atf yapmış ya da doğrudan doğruya taşınmaz rehnine ilişkin hükümlere paralel düzenlemeler getirmiştir. Bunun dışında teslime bağlı taşınır rehni, her tür taşınır eşya ile hak ve alacakların rehninde başvuru temel rehin tipidir ve bu rehin tipi bakımından hüküm bulunmayan hallerde de taşınmaz rehnine ilişkin hükümlerden zaten yararlanılmaktadır (**Davran**, s.77-78; **Köprülü/Kaneti**, s. 453-454; **Akıpek/Akıntürk**, s. 832; **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, no: 3605; **Ertaş**, no: 2721) Kaldı ki; kanun veya yönetmelikte hüküm bulunmayan hallerde kıyas yoluyla bir başka kurala başvurmak için kanunda veya yönetmelikte buna izin veren bir normun varlığına ihtiyaç duyulmaz. Türk Medeni Kanunu'nun birinci maddesi bu konuda hâkimi zaten yetkilendirmiş bulunmaktadır.

⁴³ Taşınmaz rehni ile ticari işlemlerde taşınır rehni arasında karşımıza çıkan bir benzerlik, Ticari İşlemlerde Rehin Hakkının Kurulması ve Temerrüt Sonrası Hakların Kullanılması Hakkında Yönetmelik'in 23. maddesine dayanmaktadır. Buna göre, ticari işlemlerde taşınır rehninin sicile tescilinden sonra alacak zamanaşımı işlemez. Ne var ki, Kanun'da yer almayan böyle bir hükmün Yönetmelikle getirilmesi, isabetli değildir. Bu durumda Yönetmelik hükmünün uygulanmayacağı hakkında bkz. **Şit İmamoğlu**, s. 44.

Ticari işlemlerde taşınır rehninin hükümlerini, aşağıda üç alt başlık altında ele alacağız.

1. Aynı Taşınır Varlığın Birden Fazla Rehin Hakkına Konu Olması

Tıpkı teslimle bağlı taşınır rehninde olduğu gibi ticari işlemlerde taşınır rehninde de art rehin kurma olanağı mevcuttur. Hatta rehin sözleşmesine taşınır varlığın art rehne konu edilmesinin yasaklanmasına ilişkin bir kayıt konulmuş olsa bile, bu kayıt geçersizdir (TİTRK m. 4/VII).

Ticari işlemlerde taşınır rehni bakımından aynı taşınır varlığın birden çok rehin hakkına konu olması sadece art rehin yoluyla gündeme gelmez. Taşınır varlığın sağladığı güvencenin derecelere ayrılması suretiyle aynı taşınır varlık üzerinde farklı derecelerde farklı rehin haklarının kurulması da mümkündür. Bu durumda birden fazla alacaklı arasındaki sıra, derecelerin sırasına göre belirlenir (TİTRK m. 10/I). Ancak aynı taşınır varlık üzerinde derece sırası belirtilmeksizin de birden fazla rehin hakkı kurulabilir ki, art rehinin ya da rehinlerin söz konusu olduğu bu durumda, alacaklılar arasındaki sıra, rehni kurulma anına göre belirlenir (TİTRK m. 11/I). Görülüyor ki Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'nda, taşınır varlık üzerinde birden fazla alacaklının rehin hakkı söz konusu olacağı haller için, hem teslimle bağlı taşınır rehninde geçerli olan kıdeme öncelik ilkesine (ilerleme sistemi)⁴⁴ hem de taşınmaz rehninde geçerli olan derecenin önceliği ilkesine (sabit derece sistemi)⁴⁵ yer verilmiş bulunmaktadır. Kanun koyucu, derece sisteminin geçerli olduğu durumlarda, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun taşınmaz rehnine ilişkin 871-876. maddelerine de açıkça yollama yapmış bulunmaktadır (TİTRK m. 10/I. c. 3).

Birleşen veya karışan varlıklar üzerindeki rehin hakları, varlığın birleşme veya karışmadan önceki durumuyla aynı önceliğe sahip olup eğer birleşen veya karışan varlıklar aynı dereceye kurulmuş ise, bu durumda,

⁴⁴ Ticari İşlemlerde Rehin Hakkının Kurulması ve Temerrüt Sonrası Hakların Kullanılması Hakkında Yönetmelik'te, bu ilkeyi ifade etmek üzere "ilerleme sistemi" deyimini kullanılmaktadır (bkz. Yön. m. 25.)

⁴⁵ Ticari İşlemlerde Rehin Hakkının Kurulması ve Temerrüt Sonrası Hakların Kullanılması Hakkında Yönetmelik'te, bu ilkeyi ifade etmek üzere "sabit derece sistemi" deyimini kullanılmaktadır (bkz. Yön. m. 26.)

önceliği belirlemek için her bir birleşen veya karışan varlığın üzerinde rehnin tescil edildiği an esas alınır (TİTRK m. 11/III). Ayrıca, taşınır varlığın sadece kendisi üzerinde rehin tesis edilmiş olsa bile, getirisi üzerindeki öncelik hakkı da rehinli varlığın öncelik sırasıyla aynıdır (TİTRK m. 11/IV)⁴⁶.

Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'nda, sonraki sırada yer alan rehinli alacaklılara boşalan dereceye geçme hakkı verilebileceği de hükme bağlanmıştır. Bu hak sonraki alacaklıya rehin sözleşmesi ile birlikte tanınmış olabileceği gibi, sonradan ayrı bir sözleşme ile de tanınabilir; ama geçerli olması için bu sözleşmenin de Sicile tescil edilmesi zorunludur (TİTRK m. 10/II). Bu rehin türünde, alacaklıya boşalan dereceye ilerleme hakkının tanınması, rehnin sadece derece sistemine göre kurulduğu hallerle de sınırlı değildir. İlerleme sisteminde de alacaklıya bu hak tanınabilir. Şöyle ki; ilerleme sisteminde zaten önceki rehin sona erince kuruluş tarihi itibarıyla onun ardından gelen rehin, kendiliğinden onun yerine geçecektir. Yalnız önceki rehin boşaldığında sıra itibarıyla hemen ardından gelen rehin veya rehinlerden sonraki bir rehin hakkının da boşalacak ilk dereceye geçmesi kararlaştırılabilir. Yalnız bunun için, ilerleyecek rehinden önce gelen alacaklı ya da alacaklıların tümünün muvafakati de sağlanmalıdır (Yön. 25/VI).

Aynı taşınır üzerindeki birden fazla rehin hakkından birinin geçerlilik süresi, sonradan uzatılmış olabilir. Bu durumda ilerleme sisteminde süresi uzatılan rehinden sonraki sırada başka bir alacaklı varsa, rehin hakkının süresi uzatılan alacaklının sırası en sona düşer. Derece sisteminde ise, sürenin uzatılması halinde, rehin hakkının süresi uzatılan alacaklının derece ve sırası korunur (Yön. m. 21/III). Kanaatimizce daha sonraki derecelerde bulunan bir alacaklıya boşalan dereceye ilerleme hakkı tanınmış ise, bu durumda önceki derecede yer alan rehnin süresinin uzatılabilmesi, kendisine bu hak tanınmış olan alacaklının da rızasına bağlanmış olmalıydı.

2. Tarafların Hakları ve Yükümlülükleri

Rehin hakkı, alacaklıya, borç ödenmediğinde alacağını tahsil edebilmek için rehin konusu varlığın değerine müracaat etme hakkı verir. Dolayısıyla

⁴⁶ Yukarıda “II. A. 3. Ticari İşlemlerde Taşınır Rehninin Kapsamı” başlığı altında, bu hükme ilişkin çekincemizi ifade etmiş bulunuyoruz.

borcun vadesi dolana kadar alacaklının rehin konusu üzerinde kural olarak hiçbir yetkisi bulunmaz. Ticari işlemlerde taşınır rehni için de bu durum farklı değildir. Rehin hakkı tescille kurulduğu için alacaklının rehin konusu taşınır varlık üzerinde zilyetlik kurma yetkisinden bile söz edilemez. Yalnız aynı sebepten ötürü, borcun vadesi dolana dek, malikin zilyetliğinde bulunan taşınır varlığın değerini azaltması tehlikesi bulunur. Bu tehlikeye karşı alacaklıların korunması gereklidir. Bu nedenle kanun koyucu taşınır varlığı zilyetliğinde bulunduran kişiye birtakım yükümlülükler yüklerken alacaklıya da birtakım haklar tanımıştır. Sözleşme taraflarının bu hak ve yükümlülükleri Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'nun 12. maddesinde hükme bağlanmıştır. Aynı maddenin birinci fıkrasına göre, taraflar bu Kanun'a aykırı olmamak koşuluyla, başka hak ve yükümlülükler de öngörebileceklerdir. Gerek Kanun'un 12. maddesi gerek Ticari İşlemlerde Rehin Hakkının Kurulması ve Temerrüt Sonrası Hakların Kullanılması Hakkında Yönetmelik'in "koruma tedbirleri" başlığını taşıyan 27. maddesi incelendiğinde, bu konunun Türk Medeni Kanunu'nun taşınmaz rehnine ilişkin hükümlerine paralel bir şekilde düzenlendiği görülür (bkz. TMK m. 865-867).

Kanun'un 12. maddesine göre, zilyet rehinli taşınırın değerini koruyacak önlemleri alma yükümlülüğü altındadır. Rehin alacaklısı da, rehin veren veya bir başkasının zilyetliğinde bulunan taşınır varlığın durumunu denetleme hakkına sahiptir. (TİTRK m. 12/II-IV). Zilyet, rehinli taşınırın değerini düşürecek davranışlarda bulunursa; alacaklı, hâkimden bu gibi davranışların yasaklanmasını isteyebilir. Bu durumda gerekli önlemlerin alınması için hâkim alacaklıya yetki verebileceği gibi, gecikmesinde tehlike bulunan hallerde alacaklı kendiliğinden bu önlemleri almaya da yetkilidir (TİTRK m. 12/II). Bu önlemler için yapılan giderler, zilyetten istenebilir (TİTRK m. 12/III). Bu giderler için taşınır varlık üzerinde, tescile gerek olmaksızın ve tescil edilmiş olan diğer yüklerden önce gelen bir rehin hakkı da doğar (Yön. m. 27/I).

Önlemler zamanında veya hiç alınmamışsa ve bu yüzden rehin konusu taşınır varlığın değeri azalmışsa, rehin veren rehin alacaklısının bu zararından da sorumludur (TİTRK m. 12/V).

Rehinli taşınır varlığın değerinde düşme meydana gelmişse, rehin alacaklısı, borçludan alacağı için başka güvence göstermesini veya rehinli taşınırın eski hâline getirilmesini isteyebilir. Hatta borçludan güvence istemesi

için rehinli taşınırın değerinin düşmesi şart olmayıp taşınırın değerinin düşme tehlikesinin bulunması da yeterlidir. Hâkimin belirleyeceği süre içinde yeterli güvence verilmezse, alacaklı, alacağının güvence eksikliğini karşılayacak kısmının vadesinden önce ödenmesini de isteyebilir (Yön. m. 27/II).

Taşınır varlığın değerinin düşmesi zilyedin bir kusuru olmaksızın da gündeme gelebilir. Böyle bir durumda eğer zilyede bir tazminat ödenmiş ise, alacaklı zilyetten, tazminat miktarını aşmayacak ölçüde güvence vermesini veya kısmi ödeme yapmasını isteyebilir. Rehin alacaklısı, bu durumda da değer düşmesinin önlenmesi veya giderilmesi için kendiliğinden önlem almaya yetkilidir ve bu amaçla yaptığı giderler için rehinli taşınır varlık üzerinde tescile gerek olmaksızın ve tescil edilmiş olan diğer yüklerden de önce gelmek üzere bir rehin hakkına sahip olur. Yalnız bu masraflara kendi kusuruyla yol açmış olmadığı için, malikin bu giderlerden ayrıca bir kişisel sorumluluğu bulunmaz (Yön. m. 27/III). Bu borçtan kişisel olarak sorumlu olan kişi, hem alacaklının rehin hakkını hem de malikin mülkiyet hakkını ve zilyetliğini ihlâl etmiş olan üçüncü kişidir (TİTRK m. 12/III). Bazen değer azalması üçüncü bir kişinin dahi kusuru olmaksızın gerçekleşir. Bu durumda giderlerden kişisel olarak sorumlu tutulabilecek hiç kimse olmaz; ama taşınır varlık üzerinde bunları karşılamak için tescilsiz ve öncelikli olarak doğan rehin hakkı saklı olur.

Taşınır varlığın tüketici işlemi ile elden çıkarılması hâline de, kanaatimizce, taşınır varlığın değerinin zilyedin kusuru olmadan azaldığı durumlara özgü kural, kıyas yoluyla uygulanmalıdır. Gerçi malik taşınır varlığı iradi olarak bir tüketici işlemine konu etmektedir; ama iş yaşamının olağan sonucu budur ve bu yüzden malik kusurlu addedilememelidir. Tüketicinin korunması gerekliliği nedeniyle taşınır varlık üzerindeki rehin hakkı sona ereceği için artık alacaklının başka bir güvenceye ihtiyacı olacaktır. Bu güvencenin tutarı da tüketici işlemine konu olan taşınır varlığın satış bedeli olmalıdır. Eğer güvence verilmeyecekse, o zaman da alacaklıya, üzerindeki rehin hakkının sona ermesi gerektiğini önerdiğimiz taşınır varlığın karşıladığı alacak kadar kısmi ödeme yapılmalıdır.

Taşınır varlık bir tüketici işlemine konu olmadığı sürece, sırf mülkiyeti veya zilyetliği başkasına devredildi diye rehin konusu olmaktan çıkmaz (Yön. m. 28/I); ama yeni malik ve/veya zilyedin bu varlığın değerini düşü-

recek davranışlarda bulunması tehlikesi söz konusu olabilir. Rehinli alacaklının bu ihtimale karşı önlem alabilmesi ve varlığın durumunu kontrol edebilmesi, bu mülkiyet ve/veya zilyet değişikliğinden haberdar olmasını gerektirir. Bu yüzden taşınır varlığın devrinin Rehinli Taşınır Siciline tescil edilmesi gerekir. Rehin veren söz konusu değişikliği Sicile tescil ettirmekle de yükümlü kılınmıştır (TİTRK m. 12/VI). Hatta bu yükümlülük, tüketici işlemi ile elden çıkmış taşınır varlıklar için de söz konusu olmalıdır. Gerçi bu varlıklar kanaatimizce bundan böyle rehne konu sayılamamalıdır; ama bu durumda alacağı devralırken sicildeki kayda güvenerek bu alacağın birtakım taşınırlarla güvence altında olduğuna inanan üçüncü kişilerin zarar görmeleri de engellenmiş olur.

Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'nda, rehin veren veya taşınırı rehin yüklü olarak devralan kişiye, bu Kanun'dan doğan bazı yükümlülüklerini ihlâl etmesi halinde, adli para cezası yaptırımını da öngörülmüştür. Ancak rehinli alacaklının şikâyeti üzerine uygulanabilecek olan bu cezanın üst sınırı, güvence altına alınan borç tutarının yarısıdır. Adli para cezasına tâbi olan ihlâller; rehinli varlığı Kanun'a aykırı olarak kullanmak, alacaklıya zarar vermek kastıyla tahrip veya imha etmek, rehinli taşınır varlığın devrini sicile tescil ettirmemek ve sicili yanılmaya yönelik faaliyetlerde bulunmaktır (TİTRK m. 16/I).

3. Borçlunun Temerrüdü Üzerine Alacağın Taşınır Varlıktan Karşılanması

Rehin hakkının alacaklıya sağladığı asıl yetki, borcun vadesi geldiğinde ödenmemesi üzerine, alacağını tahsil etmek için icra organları vasıtasıyla rehin konusu varlığa başvurmadır. Ticari işlemlerde taşınır rehni söz konusu olduğunda bu başvuru, Kanun'un 14. maddesi çerçevesinde gerçekleşir. Maddenin birinci fıkrasında alacaklıya birtakım seçenekler sunulmuştur. Bu seçeneklerden biri, rehin hakkının zilyetliğin devrine konu olmayan varlıklar üzerinde bulunması haline özgü olup makalemizin konusu dışında kalmaktadır⁴⁷. Kalan seçeneklerden ilki, sadece birinci derece alacaklıya sunul-

⁴⁷ Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'nun 14. maddesinin birinci fıkrasının c bendinde yer alan bu düzenlemeye göre, borçlu borcunu süresinde ifa edememiş ise, alacaklı, zilyetliğin devrine konu olmayan varlıklarda kiralama ve lisans hakkını kullan-

muştur (TİRK m. 14/I.a). Buna göre, birinci derece alacaklı icra dairesinden, rehinli taşınırın mülkiyetinin kendisine devrini isteyebilir. Yönetmeliğin 30. maddesine göre bu istem, borçlunun temerrüde düşmesinden itibaren en geç yedi gün içinde bir takip talebi ile yapılabilecektir. Öncelik hakkına sahip rehin alacaklısının bu süre içerisinde mülkiyetin devri talebinde bulunmaması halinde, sonraki sırada bulunan rehin alacaklıları, sırasıyla icra müdürlüğünden mülkiyetin devri talebinde bulunabilirler (Yön. m. 40). Aynı Yönetmeliğin “Rehin sözleşmesinde yer alacak unsurlar” başlıklı 9. maddesinin birinci fıkrasının (1) bendine göre de “varsa temerrüt durumunda mülkiyeti devralma hakkının kullanılacağı kaydı”, sözleşmeye yazılması zorunlu olan hususlardan biridir. Kanun’da alacaklıya zaten tanınmış olan bu hakkın kullanılacağına sözleşmede açıkça öngörülme zorunda tutulması, ilginçtir. Bu durumdan, eğer sözleşmeye bu kayıt yazılmadıysa, Kanun’dan doğan bu hakkın kullanılmayacağı sonucu ortaya çıkmaktadır. Ne var ki, Rehlinli Taşınır Sicili Yönetmeliği’nin 27. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendine göre de, rehin sözleşmesinde yer alması zorunlu olan hususlardan birine yer verilmemesi halinde, tescil talebi reddedilecektir, yani sözleşme ya tescil edilmez ya da mülkiyeti talep etme hakkı olan alacaklı için kuruluyorsa bu kaydı zaten içerir. O halde, ilgili Yönetmelik hükmünün, Kanun’da yazılı bir hususu teyit etmekten başka bir anlama gelmeyen bir kaydın sözleşmeye yazılmasını zorunlu kılmakla pek bir anlam ifade etmediği söylenebilir⁴⁸.

bilir. Hatta yönetmeliğe göre bu hakları bizzat kullanmak zorunda olmayıp üçüncü kişilere de kullanırabilir. Yine yönetmeliğe göre, lisanslama ve kira geliri borca yetecek düzeye ulaştığında, alacaklının kiralama ve lisanslama hakkı da sona erecektir (Yön. m. 41/II).

⁴⁸ Yönetmelik hükmü, bu kaydın yazılmasını zorunluluk değil de bir seçenek olarak öngörmüş olsaydı, Kanun’da zaten yer alan bir hakkı kullanma seçeneğinin verilmesi beklenebileceğinden başka bir yorum yapılabilirdi. Gerçekten de o durumda, bu kaydın sözleşmeye yazılması sayesinde, birinci derece alacaklının Kanun gereği sahip olduğu bu yetkiyi kullanıp kullanmama konusundaki özgürlüğünün kısıtlandığı söylenebilirdi. Böyle bir kaydın varlığında, alacaklı alacağını varlık yönetim şirketlerine devretme veya genel hükümler çerçevesinde rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takip etme seçeneklerinden vazgeçtiğini açıklamış sayılabilirdi. Bu durumda alacaklı temerrütten itibaren yedi gün içinde taşınırın mülkiyetinin kendisine devri için talepte bulunmuş olmasa da (Yön. m. 30/II) diğer hakları kullanması söz konusu olamazdı. Zira bu süre, onun seçimler haklarından hangisini kullanacağını yaratacağı belirsizliği telafi etmek için

Rehinli taşının mülkiyetini talep etmek zorunda olmayan ve talep de etmeyen ya da bunu talep yetkisi zaten bulunmayan alacaklı, alacağını, 5411 sayılı Kanun çerçevesinde faaliyet gösteren varlık yönetim şirketlerine de devredebilir (TİTRK m. 14/I.b).

Kanun'un 14. maddesinin ikinci bendine göre, alacağın bu yollarla tahsil edilememesi hâlinde tâkip, genel hükümler çerçevesinde yapılır. Bu hükmün sözü çok katı bir şekilde yorumlandığında, alacaklının birinci fıkradaki seçeneklerden birini mutlaka değerlendirmesi; ama bir sonuç elde edemezse genel hükümlere başvurması gerektiği gibi bir anlam çıkarmak mümkündür⁴⁹. Yalnız bu isabetli bir yorum olmaz. Maddenin tümü ve ilgili Yönetmelik incelendiğinde zaten bu seçeneklerin her birinin her alacak ve her alacaklı için açık olmadığı, ayrıca alacaklının bunlardan birini seçmek zorunda bulunmadığı anlaşılır. Gerçekten de mülkiyetin devrini ancak ilk sıradaki alacaklı isteyebilir. Eğer bu alacaklı temerrütten itibaren bir hafta içinde bu seçeneği kullanmazsa bir sonraki alacaklının bu seçeneği kullanma imkânı doğar. Bu durumda ilk alacaklı arzu ederse alacağını bir varlık yönetim şirketine devretme yoluna da gidebilir. İlk alacaklı mülkiyetin devrini istemişse, diğer alacaklıların alacak haklarını varlık yönetim şirketlerine devretme hakları baki olur. Yalnız hiçbir alacaklı alacağını bir varlık yönetim şirketine devretmeye zorlanamaz. Hiçbir varlık yönetim şirketi de her alacağı devralmaya zorlanamaz. O halde, her alacaklının doğrudan doğruya genel hükümler çerçevesinde alacağını tahsil edebilme yetkisi de bulunmalıdır⁵⁰. Kaldı ki, Kanun'un daha amaç maddesinde, "rehnin paraya çevrilme-

getirilmiş bir hak düşürücü süredir; ama sözleşmedeki kayıt sayesinde bu belirsizlik zaten ortadan kalkmış olacaktır. Bu durumda arkadan gelen alacaklıların da mülkiyetin kendilerine devrini isteme olanaklarının kalmadığı kabul edilebilirdi.

⁴⁹ **Şit İmamoglu**, s. 43; **Arkan**, s. 64; **Köroğlu Ölmez**, s. 278; Hükmün böyle bir yorumunun da yapılabileceği yönünde **Antalya/Acar**, s. 140.

⁵⁰ **Antalya/Acar**, s. 143. Yalnız yazarlar, "genel hükümler" ifadesini rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takibe ilişkin hükümler olarak değil de genel haciz yoluyla takibe ilişkin hükümler olarak kabul etmekte, aksi takdirde, önce bu Kanun'da öngörülen yöntemlere başvurmanın bir zorunluluk olduğu yönündeki yorumun güçleneceğini ifade etmektedirler. Onlara göre, ya bu yöntemlerden biri seçilmeli ya da rehnin paraya çevrilmesi yolu ile takip yapılmalıdır. Bu yöntemlerden biri seçilir; ama alacağa kavuşulamazsa genel haciz yoluna müracaat etmekten başka seçenek kalmaz. Kanaatimizce kanun koyucu, bu hükümde kullandığı ifadeyi, isabetli seçmemiştir. Önerilen seçeneklerle ala-

sinde alternatif yolların sunulması suretiyle finansmana erişimi kolaylaştırmak”tan söz edilmektedir. O halde, kanun koyucunun amacının bu yolları, rehnin paraya çevrilmesi bakımından geçerli olan genel kuralların ön koşulu olarak değil, genel kurala alternatif olarak getirmek olduğu kabul edilmelidir.

Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu’nda hüküm bulunmayan halde, Türk Medeni Kanunu’nun taşınır rehnine ilişkin hükümleri uygulanacağına göre (TİTRK m. 18), Türk Medeni Kanunu’nun lex commissaria yasağını⁵¹ ifade eden ve “mülkiyetin geçmemesi başlıklı 949. maddesi, ticari işlemlerde taşınır rehni bakımından da geçerli olacaktır. Bu da demektir ki, borcun ödenmemesi halinde rehnin taşınırın mülkiyetinin kendiliğinden alacaklıya geçmesini öngören ve dolayısıyla taşınırın değeri ile alacağın değeri arasındaki farkın alacaklıda kalmasına yol açan bir anlaşma, vadeden önce yapılırsa geçersiz olacaktır.

Gerek Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu çerçevesinde, borçlunun temerrüdü halinde alacaklının mülkiyetin devrini talep edebilmesi, gerek alacaklının bu hakkını kullanacağına ilişkin bir kaydın sözleşmeye konulması, lex commissaria yasağına bir aykırılık değildir⁵². Lex commissaria yasağı,

cak tahsil edilemediği takdirde genel hükümlere müracaat edileceğinin ifade edilmesi, **Antalya ve Acar**’ı haklı olarak ortaya çıkacak rehin açığı için genel haciz yoluyla takip kurallarını düşünmeye yöneltmiştir. Yalnız rehin açığı ihtimalinde borçlunun diğer mallarına haciz yoluyla müracaat etmek için Kanun’da özel hüküm bulunmasına gerek yoktur. Kanun koyucunun alacaklıyı 14. maddenin birinci fıkrasının ilk üç bendindeki seçeneklere zorlamak istemediği kabul edilecek olursa, o zaman “genel hükümler” ibaresinden anlaşılması gereken de rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takip olmalıdır. Bu durumda Kanun koyucunun hükmü kaleme alırken alacağın Kanun’da öngörülen yollarla “tahsil edilmediği” değil de “tahsil edilemediği” ifadesini kullanmasının isabetsiz olduğunu söyleyebiliriz.

⁵¹ Lex commissaria yasağı hakkında ayrıntılı açıklama için bkz. **Kuntalp**, Erden: “Lex Commissaria Yasağı Kavramı, Koşulları ve Uygulama Alanı”, İnan Kıraç’a Armağan, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1995, s. 151-162; **Helvacı**, İlhan: Türk Medeni Kanunu’na göre Lex Commissaria (Mürtehinin Merhunu Temellük) Yasağı, İstanbul 1997; **Cansel**, s. 188 vd.; **Tekinay**, s. 104; **Akipek/Akıntürk**, s. 753 vd., 847; **Serozan**, no: 1519 vd.; **Sirmen**, s. 586 vd., 630; **Acar**, s. 81 vd.; **Makaracı Başak**, s. 272 vd..

⁵² **Antalya/Acar**, s. 126; **Köroğlu Ölmez**’e göre, Kanun’un 14. maddesi değilse de Yönetmelik hükmü çerçevesinde sözleşmeye konulacak olan kayıtlar, lex commissaria

alacaklı ile malik arasında vadeden önce yapılan anlaşmalara ilişkindir. Zira bu dönemde çoğu zaman borçtan kişisel olarak da sorumlu bulunan malik, borcunu vadesinde ödeyebileceğine o kadar emindir ki, bir an evvel arzu ettiği koşullarda kredi bulabilmek için borcundan çok daha değerli varlıklarının mülkiyetini bile alacaklıya teklif etmekten çekinmez. Bu durum da onun alacaklı tarafından kolaylıkla sömürülebilmesi sonucunu doğurur. Bu sonuca engel olmak isteyen kanun koyucu, Türk Medeni Kanunu çerçevesinde gerek taşınır gerek taşınmaz rehinleri bakımından *lex commissaria* yasağını hükme bağlamıştır. Yalnız bu yasak, amacından da anlaşılacağı üzere ancak ve ancak vadeden önceki anlaşmalar bakımından geçerlidir. Vade geldiğinde borcunu ödeyemeyeceğini anlamış olan malikin borcu yerine rehinli malın mülkiyetini alacaklıya teklif etmesi pekâlâ mümkündür. Duruma göre ifa yerine edim ya da ifa uğruna edim anlaşması yapılarak hem borcun sona ermesi hem de rehin konusu varlığın mülkiyetinin alacaklıya intikal ettirilmesi pekâlâ mümkün olabilir. Burada artık, maliki korumayı gerektiren durum ortadan kalkmıştır. Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'ndaki hüküm de bu yüzden *lex commissaria* yasağına aykırılık sayılmaz. Onun bir istisnası olarak da nitelendirilemez. Zira birinci derece alacaklının mülkiyetin devrini isteyebileceğine ilişkin hüküm, ona bu yetkiyi ancak ve ancak borçlunun temerrüde düşmesinden sonra tanımaktadır. Kaldı ki, alacaklı ne Kanun ne de Yönetmelik hükmüne istinaden sözleşmeye

yasağına aykırılık teşkil etmektedir. Yazara göre, Kanun'daki hüküm; taraflar arasında borcun ödenmesinden önce yapılan bir anlaşma olmadığına göre, mülkiyetin devrini talep yetkisinin Kanun ile alacaklıya tanınmış olması, yasağına aykırılık olarak nitelendirilemez. Buna karşın Yönetmelik, taraflara bu hususta bir anlaşma olanağı vermiş olduğu için *lex commissaria* yasağına aykırıdır (bkz. **Köroğlu Ölmez**, s. 26, aynı yönde **Göle/Aydoğan**, s. 45). **Şit İmamoğlu** ise, gerek Kanun'un 14. maddesini gerek söz konusu Yönetmelik hükmünü göstererek, ticari işlemlerde taşınır rehni bakımından *lex commissaria* yasağının kaldırılmış bulunduğu sonucuna varmaktadır (**Şit İmamoğlu**, s. 22, 40 vd., aynı yönde **Arkan**, s. 63, dn. 1). Kanaatimizce yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, Yönetmelik hükmü alacaklıya Kanun ile zaten tanınmış olan hakkı teyit eden bir kaydı sözleşmede de aramaktan öteye gitmez. Bu yüzden **Köroğlu Ölmez**'in yorumuna katılmamız mümkün değildir. Ayrıca Kanun hükmü, mülkiyetin kendiliğinden alacaklıya geçmesi sonucunu doğurmayıp, alacaklıya sadece borçlunun temerrüdünden sonra ve değeri karşılığında taşınmazın kendisine devrini isteme yetkisini verdiği için, **Şit İmamoğlu**'nun yorumuna da katılmıyoruz.

konulan kayıt üzerine borç ödenmedi diye doğrudan rehinli taşınırın maliki haline gelmektedir. Onun yetkisi, taşınırın değeri karşılığında kendisine devrini isteyebilmekten ibarettir (YİTRK m.14/1.a, Yön. m. 9/I.1).

Yalnız bu hüküm, mülkiyetin devrini, alacaklı ile malik arasında sonradan yapılacak bir ifa yerine edim veya ifa uğruna edim anlaşmasına bağlamamış; mülkiyetin devri sonucunu sağlama konusunda girişimde bulunma yetkisini doğrudan doğruya ve tek başına alacaklıya vermiştir. Alacaklı bu yetkisini kullandığında, malikin mülkiyeti ona devretmeme gibi bir seçeneği olmayacaktır⁵³. Hatta rehinli varlığı, talebe rağmen devretmeyen malike, alacaklının şikâyeti üzerinde adli para cezası bile verilebilecektir (TİTRK m. 16/1.b). Mülkiyeti devretmek zorunda kalan malik, bu yüzden zarar da görmeyecektir⁵⁴, çünkü rehinli taşınırın değeri birinci derece alacaklının toplam alacağından fazla olduğunda, aradaki fark miktarından, birinci derece alacaklı diğer alacaklılara karşı rehin veren ile müteselsil olarak sorumlu hale gelir (TİTRK m. 14/I.a). Rehlinli alacaklı diğer alacaklılara karşı sorumlu olmak istemiyorsa, taşınır varlığın değeri ile alacak miktarı arasındaki farkı, icra müdürlüğü hesabına yatırmalıdır (Yön. m. 38/II).

III. TİCARİ İŞLEMLERDE TAŞINIR REHNİ İLE TESLİME BAĞLI TAŞINIR REHNİ ARASINDAKİ FARKLILIKLAR

Çalışmamızın amacı, ticari işlemlerde taşınır rehni ile teslim bağli taşınır rehni arasındaki farklılıkları, sadece zilyetliğin devrine elverişli taşınır varlıklar üzerindeki rehin hakkı bakımından kıyaslamak olduğu için, aşağıda her iki rehin türünün sadece bu açıdan farklılıklarına kısaca ve topluca dikkat çekmek istiyoruz. Bu farklılıkları rehlin tarafları, konusu ve kapsamı, rehlin kurulması, rehlin sona ermesi ve rehlin hükümleri olmak üzere dört başlık altında ele almak mümkündür.

⁵³ Burada rehinli alacaklıya icra dairesi aracılığıyla kullanabileceği bir alım hakkının tanındığı söylenebilir. Alacaklının bu hakkı kullanması ile malik ile arasında bir satış ilişkisi kurulmuş olur. Böylece, malik rehinli taşınırın mülkiyetini alacaklıya devretmek borcu altına girer.

⁵⁴ Aynı yönde **Antalya/Acar**, s. 127.

A. Rehnin Tarafları, Konusu ve Kapsamı Bakımından Farklılıklar

Teslime bağlı taşınır rehni, tarafları itibariyle herkese açık bir rehin özelliğini taşıırken, Ticari İşletme Rehni Kanunu'nun yerini alan Kanun'la getirilen ve ticari yaşamda finansmana erişimi kolaylaştırmak amacıyla düzenlenen ticari işlemlerde taşınır rehni, herkese açık değildir. Bu rehin türünde, rehin sözleşmesinin tarafları, ticari faaliyet gösteren kişilerdir. Böylece rehne konu olan borcun da ticari işlemde doğan bir borç olması gereklidir. Aksi bir yorum, Kanun'un finansmana erişimi kolaylaştırmak amacıyla bağdaştırılmaz.

Ticari işletme rehni, teslimde bağlı taşınır rehninde olduğu gibi sadece teslimde elverişli taşınır eşyayı konu almaz. Bunlar dışında bazı malvarlıksal değerler de taşınır varlık adı altında bu rehnin kapsamına girer. Bu Kanun kapsamında rehne konu edilebilen ve aslında teslimde de elverişli olan taşınırlardan bazıların ise, Türk Medeni Kanunu çerçevesinde rehne konu edilmeleri düşünülemez. Bunlar, alacaklıya teslim edilmesi malik açısından sakınca yaratacak olan taşınırlardır. Örneğin hammadde, stoklar, sarf malzemeleri, ticari işletmeye özgülenmiş diğer taşınırlar böyledir. O halde, ticari işlemlerde taşınır rehninin, sırf teslimde elverişli taşınır varlıklar bakımından bile, teslimde bağlı taşınır rehninden daha geniş kapsamlı olduğu söylenebilir. Öte yandan bir tescilli rehin türü olarak, bu rehin türü bir sicile tescilli zorunlu diğer taşınırlar için söz konusu olan tescilli rehin türlerinin önüne geçemez (TİTRK m. 8/III). Oysa teslimde bağlı taşınır rehninin kurallarına bağlı kalmayı göze alan tarafların, bu taşınırlar için bile, tescilli rehin türlerinden birini seçme zorunluluğu bulunmaz.

Ticari işlemlerde taşınır rehni sadece mevcut taşınır varlıklar üzerinde kurulmaz. Müstakbel taşınır varlıklar üzerinde de kurulabilir. Oysa teslimde bağlı taşınır rehni bakımından böyle bir durum, Eşya Hukuku'nda aynı haklara egemen olan belirlilik ilkesine⁵⁵ aykırılık teşkil eder. Teslimde bağlı taşınır rehni mevcut ve belirli bir taşınırın tümü üzerinde kurulabilir⁵⁶.

⁵⁵ Belirlilik ilkesi hakkında bkz. **Cansel**, s. 57; **Akıpek/Akıntürk**, s. 14; **Hatemi**, s. 27; **Erman**, s. 6; **Serozan**, no: 1479; **Esener/Güven**, s. 57; **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, no: 120-123a; **Ertaş**, no: 76-79; **Sirmen**, s. 31 vd.; **Ayan**, I, s. 57.

⁵⁶ Aksi görüşte, **Cansel**, s. 62. Yazar, müstakbel eşya üzerinde de taşınır rehninin kurulabileceğini; ama bu durumda rehin hakkının taşınır eşyanın varlık kazanması ve alacak-

Dolayısıyla malik tarafından alacaklıya veya üçüncü bir kişiye teslim edilmeye elverişli hale gelmemiş olan hiçbir taşınır varlık, bu rehne konu olamaz.

Ticari işlemlerde taşınır rehninin aksine, taşınırın getirisinin rehne konu olması da teslime bağlı taşınır rehni bakımından söz konusu olmaz⁵⁷, çünkü bu taşınırı teslim etmekle malik bundan herhangi bir getiri elde etme olanağını zaten kaybeder ve teslim alan alacaklının da bundan yararlanma yetkisi bulunmaz. İstisnai olarak bir kiracının zilyetliğinde bulunan taşınırın zilyetlik havalesi yoluyla alacaklıya rehnedilmesi mümkün olabilir; ama bu durum da alacaklıya kira gelirine el uzatma yetkisi vermez. Teslime bağlı taşınır rehniinde rehinli alacaklının, taşınırın doğal ürünlerini bütünleyici parça olmaktan çıkınca malike vermekle yükümlü olduğunu (TMK m. 947/II) öngören kanun koyucunun, taşınırın hukuki ürünleri için ayrı bir hüküm sevk etmiş olmasa da farklı bir çözüm benimseyeceği herhalde iddia edilemez. Kanun koyucu taşınmaz rehni için kira gelirlerini ancak takibin başlamasından rehnin paraya çevrilmesine kadar geçecek süre için rehnin kapsamında değerlendirmiş (TMK. m. 863/I); ama teslime bağlı taşınır rehni için böyle bir düzenleme bile yapmamıştır.

Türk Medeni Kanunu'nun eklentilere ilişkin 686. maddesinde, bir şeye ilişkin tasarrufların, aksi belirtilmedikçe onun eklentilerini de kapsayacağı düzenlendiği için, teslime bağlı taşınır rehni bakımından da açıkça saklı tutulmayan eklentilerin teslime bağlı taşınır rehni kapsamında olduğu söylenebilir. Oysa taraflar ticari işlemlerde taşınır rehni bakımından eklentilerin rehnin kapsamına girmesini istiyorlarsa bu hususu ayrıca kararlaştırmaları gerekmektedir.

B. Rehnin Kurulması

Ticari işlemlerde taşınır rehninin teslime bağlı taşınır rehninden ayrılan temel özelliği, şüphesiz ki, bu rehin türünün kuruluş usulünde yatar. Gerçekten de teslime bağlı taşınır rehninin de ticari yaşamın aktörleri arasında

lının zilyetliğine geçmesi geciktirici koşuluna bağlı olarak kurulacağını kabul etmektedir.

⁵⁷ Cansel, s. 58, 163-164; Köprülü/Kaneti, s. 457; Nomer/Ergüne, s. 98; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, no: 3644; Ayan, III, s. 265.

kurulması ve gerçekten de teslimde hem hukuken hem de ekonomik olarak elverişli taşınırları konu alması pekâlâ mümkündür. Eğer rehnin kurulması aşaması bakımından iki rehin türü arasında söz konusu olan farklılık bulunmasa, bu ihtimalde her iki rehin türünü birbirinden ayırt etmek mümkün olmazdı. Esasen bu farklılık, aşağıda ele alacağımız ticari işlemlerde taşınır rehninin teslimde bağlı taşınır rehninden, rehnin sona ermesi ve hükümleri bakımından ayrılan yönlerinin de kaynağını oluşturmaktadır.

Teslime bağlı taşınır rehni, alacaklıya rehin konusu taşınırın zilyetliğinin devredilmesiyle, bir başka deyişle malikin taşınır üzerindeki tek başına ve dolaysız zilyetliğinin sonlandırılması ile kurulur iken, ticari işlemlerde taşınır rehni, rehin sözleşmesinin Taşınır Rehni Siciline tescili ile doğar. Teslime bağlı taşınır rehninin kurulması amacıyla zilyetliği alacaklıya devretmek tasarruf işlemi olup, bu tasarruf işleminin temelinde geçerli bir borçlandırıcı işlemin bulunmasının gerekli olup olmadığı öğretide tartışmalıdır⁵⁸. Geçerli bir rehin sözleşmesinin varlığını arayan görüş kabul edilse bile, bu sözleşmenin herhangi bir şekil koşuluna bağlı olmadığını kabul etmek gerekir (TBK m. 12/I). Oysa ticari işlemlerde taşınır rehni, geçerlilik bakımından şekil şartına tabi tutulmuş olan rehin sözleşmesinin varlığını da gerektirir.

Rehnin kurulması aşamasında izlenen bu iki farklı yolun da amacı, alacaklının taşınır varlık üzerindeki aynî hakkına açıklık kazandırmaktır. Böylece, üçüncü kişiler bu rehnin varlığını bilmediklerini iddia edemezler. Burada kast edilen, kendisi de malikten alacaklı olan; ama rehinli alacaklı ya da alacaklıların öncelik hakkı bulunduğu için, rehin konusu taşınır varlığa el atma yetkisi kalmamış bulunan üçüncü kişilerdir. Ticari işlemlerde taşınır rehninde bu kişilerin iyiniyetini, rehinli taşınır sicilinde yer alan tescil bertaraf eder. Sicilde taşınırın üzerinde aynî hak sahibinin kim olduğu görülür. Teslime bağlı taşınır rehninde de rehinli alacaklı taşınır zilyet olduğu için, artık malikin zilyetliğinde bulunmayan bu mala güvenerek ona kredi açtığını hiç kimse iddia edemez.

Taşınır Rehni Sicilinin üçüncü kişilere karşı hüküm ifade eden aleni bir sicil olmasının tek sonucu, rehinli taşınırın malikin diğer alacaklılarının

⁵⁸ Bkz yukarıda dn. 11.

iyiniyetini önlemek de olamaz. Bu rehin türünde, taşınırın dolaysız zilyetliği malikte kalmaya devam ettiği gibi malik bu taşınır üzerinde başkaca tasarruf işlemlerinde bulunmaya da yetkilidir. Dolayısıyla taşınır ondan edinen kim-seler bu taşınırın mülkiyetini kazanacaklardır. Bu durum ise, aksi kararlaştırılmış olmadıkça güvencede bir değişiklik meydana getirmez (Yön. m. 28/I). O halde, bu taşınır devralan kişi, rehinli olarak devralmış olacaktır ve bu taşınırın rehinli olduğunu bilmediğini iddia edemeyecektir. Aksi bir düşüncenin kabulü, rehinli taşınır sicilinin sahip olması gereken işlev ile bağdaşmaz. Yalnız bu noktada, yukarıda da ifade ettiğimiz gibi⁵⁹, kanaati-mizce bir ayırım yapılmalı ve taşınır bir tüketici işlemi çerçevesinde devr- alan kişilerin yani tüketicilerin bu hüküm kapsamında değerlendirilemeye-ceği kabul edilmelidir. Zira ticari yaşamda finansmana erişimi kolaylaş-tırmak için açılmış olan bir yolun, tüketicilerin yaşamını cehenneme çevir-mek gibi bir sonuç doğurması düşünülemez. Tüketicilerin her gün temin ettikleri her kalem mal için rehinli taşınır sicilini incelemeleri bekleneme-yeceği gibi, resmen ilan edilmiş hususu bilmediklerini iddia edemeyecekleri için iyiniyetli sayılamayacaklarını ileri sürmek de kamu düzeni ile bağdaş-tırılacak bir tutum olmaz.

Hemen belirtelim ki, teslime bağlı taşınır rehinde böyle bir tehlike mevcut değildir. Tüketici işlemleri ağırlıklı olarak, tacir veya esnafın dolay-sız zilyetliğinde bulunan mallara ilişkin olacağından, istisnai olarak zilyetlik havalesi yoluyla tacirden mal alan bir tüketici söz konusu olsa bile, bu kişinin mala rehin hakkı ile yüklü olarak sahip olması gerekecektir. Zira bu zilyetlik havalesi bakımından üçüncü kişi durumunda olan rehinli alacaklı, zilyetliği kendisine devreden önceki malike karşı ileri sürebileceği sebeplerle şeyi edinen yeni malike vermektense kaçınılabilmektedir (TMK m. 979/III).

Ticari işlemlerde taşınır rehninin tescille kurulmasından kaynaklanan bir başka sorun daha vardır. O da rehnettiği taşınırın zilyetliğini devretmek zorunda kalmayan malikin, hatır rehinleri kurarak, alacaklılarından mal kaçırmaya çalışabilecek olmasıdır⁶⁰.

⁵⁹ Bkz. yukarıda “II.B. Ticari İşlemlerde Taşınır Rehninin Kurulması” başlığı altındaki açıklamalar.

⁶⁰ Göle/Aydoğan, s. 17.

Ticari işlemlerde taşınır rehni bakımından taşınır varlığın rehinli alacaklıya teslim edilmemiş olması, teslimine bağlı taşınır rehni bakımından ortaya çıkabilecek başka bir sorunu ise, bertaraf etmektedir. Şöyle ki, teslimine bağlı taşınır rehni ile bir taşınırın zilyetliğini malikten devralan rehinli alacaklı, bu taşınırın emin sıfatıyla zilyededir. O yüzden, bu taşınır üzerinde bir tasarruf yetkisi bulunmadığı halde, onun böyle bir yetkisi olduğunu düşünmekte haklı olan kişiler, ondan bu taşınırın mülkiyetini ya da bu taşınır üzerinde birtakım sınırlı aynî hakları anında kazanabilecek durumdadırlar (TMK. m. 988, m. 939/II). Oysa ticari işlemlerde taşınır rehni söz konusu olduğunda rehinli alacaklı taşınırın emin sıfatıyla zilyedi değildir. Bu işlemler bakımından malikin ta kendisine de emin sıfatıyla zilyet muamelesi yaparak ondan bu varlık üzerinde aynî hak elde edenlerin kazanımını rehin yükünden kurtulmuş olarak değerlendirmek de düşünülemez⁶¹. Zira bu kişiler rehin sicilindeki tescil nedeniyle iyiniyetli sayılamayacakları gibi, mal kendisinden edindikleri kişi de sadece tasarruf yetkisi bulunmayan bir emin sıfatıyla zilyet değil, tasarruf yetkisi tam olan malikin ta kendisidir⁶². Bu kişiler mal üzerinde kazanmak istedikleri aynî hakkı zaten kazanmışlardır. Zira, hakkı kazanmalarına engel bir durum yoktur. Sadece sicili inceleme konusundaki kendi ihmalleri nedeniyle bu taşınırın üzerindeki yükleri bilmemektedirler ki; bu durum taşınır, yüklü olarak kazanmalarını engellemez. Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, bu noktada sadece tüketiciler için bir istisna yapılabilir ve yapılmalıdır.

Ticari işlemlerde taşınır rehni de teslimine bağlı taşınır rehni de malikin taşınır eşya üzerindeki tasarruf yetkisini ortadan kaldırmaz. Hatta ticari işlemlerde taşınır rehni bakımından malikin taşınır üzerinde art rehin kurmasını veya başkaca tasarruf işlemlerinde bulunmasını yasaklayan bir hükmün sözleşmeye konulamayacağı da açıkça hükme bağlanmıştır. Aynı

⁶¹ Aksi yönde **Antalya/Acar**, s. 52. **Şit İmamoğlu** ise, Kanun'da emin sıfatıyla zilyetten iyiniyetle aynî hak kazanan üçüncü kişiyi koruyan bir düzenleme bulunmamasını eleştirmektedir (**Şit İmamoğlu**, s. 35).

⁶² **Antalya ve Acar**, bu kişilerin iyiniyetli sayılamayacaklarını ifade etmekle birlikte (**Antalya/Acar**, s. 51); malikin durumunun Türk Medeni Kanunu'nun 988. maddesi bağlamında emin sıfatıyla zilyetten daha ötesini ifade edeceğini ve bu yüzden sicildeki kayda rağmen, bunu bilmeyen kişilerin aynı taşınır üzerindeki hakkı, tescilli rehlin sona ermesi pahasına kazanabileceğini kabul etmektedirler (**Antalya/Acar**, s. 52).

hükümde kanun koyucu alt rehin kurulmasını yasaklayan sözleşme kayıtlarını de geçersiz saymıştır. İşte ticari işlemlerde taşınır rehnine ilişkin bu hüküm, teslime bağlı taşınır rehnine oranla bir farklılık içermektedir. Alt rehin bakımından rehin veren kişi ilk rehinli alacaklı olup, bunu geçerli bir şekilde yapabilmesi malikten izin almasına bağlıdır⁶³. Malik bu konuda izin verip vermemekte özgür olduğuna göre, bunu baştan yasaklamasında da teslime bağlı taşınır rehni bakımından hiçbir sakınca bulunmaz. Oysa ticari işlemlerde taşınır rehni bakımından bu tür bir yasaklama geçersiz sayılmıştır. Esasen böyle bir hükmün tutarlı sonucu, ticari işlemlerde taşınır rehni bakımından rehinli alacaklıya malikin onayı dışında alt rehin kurma olanağının sağlanmış olduğudur. Böylece ticari işlemlerde rehin hakkının bir kez kurulması ile alacaklıya sağlanmış olan tek yetki, borç ödenmediği takdirde taşınmazın değerine başvurmak olmamakta, ona borcun vadesinden önce kendi borçları için bile bu taşınmazın değerine başvurma yetkisi verilmiş bulunmaktadır. Bu da, malikin tasarruf yetkisini daha rehnin sebebi olan borcun vadesi bile gelmeden alacaklıya devretmesine izin verildiği anlamına gelmektedir ki, bu tam olarak da lex commissaria yasağı ile engellenmeye çalışılan sonucu doğurur. Gerçi Kanun'un gerekçesine bakıldığında kanun koyucunun böyle bir amaç izlediğini söylemek güçtür; ama hükmün sözüne göre yapılacak yorumun bizi götürdüğü sonuç bu yöndedir.

C. Rehnin Sona Ermesi

Ticari işlemlerde taşınır rehninde açıklık, alacaklının zilyetliği ile değil de tescille sağlandığı için, bu rehin türü, sona ermesi itibari ile de teslime bağlı taşınır rehninden farklılaşır. Bu rehni sona erdiren sebepler de kural olarak teslime bağlı taşınır rehnini sona erdiren sebepler ile aynıdır; ama buna ilave olarak rehin hakkının sicilden terkini ile de rehin hakkı sona erer. Teslime bağlı taşınır rehni, alacaklının taşınır üzerindeki zilyetliğini kaybetmesiyle sona erip, bu zilyetliğin geçici bir sebeple bile olsa malike geçmesi ile de askıya alınır iken, böyle bir durum ticari işlemlerde taşınır rehni bakımından söz konusu olamaz. Alacağın sona ermesi veya rehnin bağlandığı

⁶³ Malikten izin almamış olsa bile, teslime bağlı taşınır rehninde alacaklı taşınırın emin sıfatıyla zilyedi olduğu için, alt rehindeki alacaklının iyiniyetli olması halinde de rehin hakkını kazandığı kabul edilir (TMK m. 988, m. 939/II).

sürenin dolması üzerine bu rehin türü de sona erer; ama bir terkin işlemi yapılmadıkça rehin hakkı sicilde görünmeye devam edecektir. Bu yüzden kural olarak rehinli alacaklının istemiyle, onun bu istemde bulunmaması üzerine de rehin verenin istemi üzerine, sona ermiş olan rehin hakkı sicilden de terkin edilir (TİTRK m. 15).

D. Rehnin Hükümleri

Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'nda düzenlenmemiş hususlarda, Türk Medeni Kanunu'nun taşınır rehni kuralları uygulama alanı bulacaktır (TİTRK m. 18). Buna rağmen, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'nunda ve Ticari İşlemlerde Rehin Hakkının Kurulması ve Temerrüt Sonrası Hakların Kullanılması Hakkında Yönetmelik'te yer alan hükümler, çoğunlukla Türk Medeni Kanunu'ndaki taşınmaz rehninin hükümlerine paraleldir; çünkü bu rehin türü de taşınmaz rehinlerinde olduğu gibi ancak tescil yoluyla kurulabilmektedir. Bu da ticari işlemlerde taşınır rehninin hükümlerini teslim bağli taşınır rehninin hükümlerinden uzaklaştırmaktadır.

Teslime bağli taşınır rehninde, aynı taşınırın birden fazla rehin hakkına konu olması ancak art rehin yoluyla mümkün olur iken⁶⁴, ticari işlemlerde taşınır rehninde, taşınırın değerinin derecelere bölünmesi ve her bir dereceye ayrı bir rehin hakkının kurulması olanağı da getirilmiştir. Böylece bu rehin türünün taşınmaz rehnine olan benzerliği bir kez daha ortaya çıkmaktadır. Nitekim kanun koyucu da, derece sisteminin geçerli olduğu durumlarda, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun taşınmaz rehnine ilişkin 871-876. maddelerine de açıkça yollama yapmış bulunmaktadır (TİTRK m. 10/I. c. 3).

Teslime bağli taşınır rehni, malikin vadeden önce taşınır elden çıkarılmasına veya onun değerini azaltacak faaliyetlerde bulunmasına fırsat vermezken, ticari işlemlerde taşınır rehni tescille kurulduğu için malikin bu gibi davranışlarda bulunması tehlikesine açıktır. Kanun koyucu bu noktada da taşınmaz rehnindeki hükümlere paralel düzenlemeler yapmıştır (TİTRK m. 12, Yön. 27). Buna göre, alacaklı malikin ya da üçüncü kişilerin rehin

⁶⁴ Alt rehin ise, aynı taşınırın birden fazla rehne konu olmasını sağlayan yollardan biri sayılamaz, çünkü taşınır alt rehinli alacaklı tarafından paraya çevrildiğinde temel rehin hakkının kurulmasına sebep olan borç da o oranda ödenmiş sayılır (Bkz. **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, no: 3692, **Sirmen**, s. 632-633).

konusu şeye zarar verici davranışlarına karşı, hâkime müracaat edebilir, duruma göre kendiliğinden önlem alabilir. İlave güvence veya kısmi ödeme isteyebilir. Aldığı önlemlerin giderleri için aynı taşınır üzerinde tescile bile gerek olmaksızın yasal bir rehin hakkı elde eder.

Teslime bağlı taşınır rehni, borç ödenmediğinde alacaklıya rehnin paraya çevrilmesi yoluyla alacağının ödenmesini isteme yetkisini verir. Tabii ki taraflar bunun yerine vadeden sonra, ifa yerine veya ifa uğruna edim anlaşması yaparak, rehinli taşınırın mülkiyetinin alacaklıya devrini de tercih edebilirler. Ticari işlemlerde taşınır rehni söz konusu olduğunda ise, borçlu temerrüde düştüğünde birinci derece alacaklıya taşınırın mülkiyetinin kendisine devrini isteme yetkisi Kanun ile tanınmış bulunmaktadır (TİTRK m. 14/ I.a). Bu demektir ki, birinci derece alacaklı bu hakkını kullanmak istiyorsa malik ile ifa yerine veya uğruna edim anlaşması yapmak zorunda kalmayacaktır. Eğer böyle alacaklının böyle bir hakkı yoksa ya da bu hakkını kullanmak istemiyorsa, alacağını bir varlık yönetim şirketine de devredebilir. Tüm bu seçeneklerden hiçbirini tercih etmeyen alacaklının genel hükümlere göre rehnin paraya çevrilmesini isteme olanağı ise saklıdır.

SONUÇ

Ticari işlemlerde taşınır rehni; tarafları, konusu, kapsamı, kurulması, sona ermesi ve hükümleri bakımından teslime bağlı taşınır rehninden ayrılmaktadır. Tescilli bir rehin türü olması itibarıyla, Türk Medeni Kanunu'nun taşınmaz rehnine ilişkin düzenlemelerine paralel bir şekilde ele alınmıştır. Buna rağmen, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'nda hüküm bulunmayan konularda teslime bağlı taşınır rehnine ilişkin kuralların uygulanacağı da kabul edilmiştir.

Ticari işlemlerde taşınır rehnini düzenleyen Kanun'un birtakım aksaklıklar içerdiği söylenebilir ki; bunların en önemlisi, rehin hakkının açıklığını sağlayan sicil sisteminin tüketicinin korunması gerekliliği ile bağdaşmıyor olmasıdır. Ticari işletmenin hammadde, stok mallar ve sarf malzemeleri gibi unsurlarının işlenmesi ve elden çıkarılması bu Kanun'a göre, rehin hakkını sonlandıran bir sebep değildir. Bu durum, söz konusu ürünler, yine böyle bir rehin sözleşmesine taraf olabilecek nitelikte kişiler elinde kaldığı sürece sakınca yaratmayabilir; ama bu ürünlerin tüketici işlemlerine konu olmaları

durumunda, Rehinli Taşınır Sicilinde yer alan tescilin tüketicilere karşı da hüküm ifade edebilmesi kabul edilemez.

Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'ndaki çok önemli başka bir aksaklık, alt rehni yasaklayan kayıtların rehin sözleşmesine konulmasının geçersiz sayılmasıdır. Oysa alt rehin, ancak malikin rızasıyla rehinli alacaklı tarafından üçüncü kişi lehine kurulabilen bir rehindir. Malik buna onay verip vermemekte özgür olduğuna göre, baştan itibaren böyle bir onay vermeyeceğini açıklamasının geçersiz sayılmasının tek mantıklı sonucu, ticari işlemlerde taşınır rehininde alt rehin için malikin onayının aranmayacak olmasıdır. Oysa böyle bir çıkarım, daha temel rehin ilişkisinin sebebi olan borcun vadesi bile dolmadan, taşınır üzerinde tasarruf yetkisinin rehinli alacaklıya devredilmesi ile aynı anlama gelir. Bu da tam olarak *lex commisaria* yasağı ile engellenmeye çalışılan sonuçtur. Bu nedenle, alt rehni yasaklayan kayıtların geçersiz sayılmasına ilişkin hükmün bu şekilde yorumlanmasından kaçınılmalıdır.

Öğretide bu Kanun'un ve ilgili Yönetmeliğin rehin hukukuna egemen olan *lex commisaria* yasağına bir istisna teşkil ettiği görüşü ifade edilmiştir. Oysa bu rehin türü kanaatimizce teslim bağı taşınır rehninden bu yönüyle ayrılmış değildir. Sadece borçlunun temerrüdü halinde, ifa yerine edim veya ifa uğruna edim anlaşması yapmak bakımından malikin özgürlüğü kısıtlanmış ve bu yetki tek başına alacaklıya tanınmıştır. Alacaklının bu yetkisini ya da alacağını varlık yönetim şirketlerine devir yetkisini kullanmak gibi bir zorunluluğu kanaatimizce yoktur. Alacaklı, doğrudan doğruya genel hükümler çerçevesinde rehinin paraya çevrilmesini isteyebilecek olduğundan her iki rehin türü arasında bu bakımdan büyük bir farklılığın bulunduğu görüşünde değiliz.

KAYNAKÇA

- Acar**, Faruk: Rehin Hukuku Dersleri, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015.
- Akipek**, Jale G./**Akıntürk**, Turgut: Eşya Hukuku, Beta Basım, İstanbul 2009.
- Akyazan**, Sıtkı: “Menkul Rehninde Teslim Koşulu ve Ayrıcalıkları”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Ankara 1977, Cilt: 9, Sayı: 2, s. 325-334.
- Antalya**, O. Gökhan/**Acar**, Faruk: Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni, Aristo Yayınevi, İstanbul 2017.
- Antmen**, Alpay: Ticari İşletme Rehni, Yetkin Yayınları, Ankara 2001.
- Arkan**, Sabih: Ticari İşletme Hukuku, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 23. Bası, Ankara 2017.
- Ayan**, Mehmet: Eşya Hukuku I - Zilyetlik ve Tapu Sicili, Seçkin Yayıncılık, 13. Baskı, Ankara 2016. (**Ayan, I**)
- Ayan**, Mehmet: Eşya Hukuku III - Sınırlı Aynî Haklar, Seçkin Yayıncılık, 8. Baskı, Ankara 2017. (**Ayan, III**)
- Aybay**, Aydın/**Hatemi**, Hüseyin: Eşya Hukuku, Vedat Kitapçılık, 3. Bası, İstanbul 2012. (**Aybay**), (**Hatemi**)
- Cansel**, Erol: “Menkul Mülkiyetinin Geçişinin İlliliği Meselesi ve Aynî Sözleşme Kavramı”, İmran Öktem’e Armağan, Sevinç Matbaası, Ankara 1970, s. 333-358.
- Cansel**, Erol: Türk Menkul Rehni Hukuku Cilt:I Teslim Şartlı Menkul Rehni, Sevinç Matbaası, Ankara 1967. (**Cansel**)
- Davran**, Bülent: Rehin Hukuku Dersleri, İstanbul 1972.
- Erbek**, Özge: “Taşınır Mülkiyetinin Devrinde Sebebe Bağlılık (İllilik) - Soyutluk (Mücerretlik) Meselesi”, Prof. Dr. Aydın Zevklilere’e Armağan, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, Cilt: 8 (Özel Sayı), İzmir 2013, s. 937-986.
- Ergüne**, M. Serkan: Hukukumuzda Taşınır Rehninin, Özellikle Teslime Bağlı Taşınır Rehninin Kuruluşu, İstanbul 2002.
- Erman**, Hasan: Eşya Hukuku Dersleri, DER Yayınları, İstanbul 2011.

- Ertas**, Şeref: “Ticari İşletme Rehni”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, İzmir 2005, Cilt: 7, Özel Sayı: İrfan Baştuğ Anısına Armağan, s. 39-50.
- Ertas**, Şeref: Eşya Hukuku, Barış Yayınları Fakülteler Kitabevi, 13. Baskı, İzmir 2016. (**Ertas**)
- Erten**, M. Ali: Bankacılık Uygulamasında Ticari İşletme Rehni, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Enstitüsü, Ankara 2001.
- Esener**, Turhan/**Güven**, Kudret: Eşya Hukuku, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2015.
- Göle**, Celal/**Aydoğan**, Gökhan: “Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu’nun Ticaret Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Ankara 2017, Cilt: 33, Sayı: 1, s. 5-51.
- Güleş**, Bedia/**Doğu**, Hakkı Mert: “6750 Sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Kapsamında Kurulan Taşınır Rehni Sözleşmesinin Şekli”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, İstanbul 2016, Cilt: 11, Sayı: 147-148, s. 53-73.
- Haznedar**, İbrahim Murat: Ticari İşletme Rehni ve Paraya Çevrilmesi, Legal Yayıncılık, İstanbul 2008.
- Helvacı**, İlhan: “Sanayi İşletmelerinde Ticari İşletme Rehni Üzerine”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, İstanbul 2007, Cilt: LXV, S. 1, s. 277-284.
- Helvacı**, İlhan: Türk Medeni Kanunu’na göre Lex Commisaria (Mürtehinin Merhunu Temellük) Yasağı, İstanbul 1997.
- Kayıhan**, Şaban: Ticari İşletme Rehni, Kazancı Yayınları, İstanbul 1996.
- Köprülü**, Bülent/**Kaneti**, Selim: Sınırlı Aynî Haklar, Fakülteler Matbaası, 2. Bası, İstanbul 1982-1983.
- Köroğlu Ölmez**, Belin: “Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Uyarınca Ticari İşletme Rehni”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Ankara 2017, Yıl: 29, Sayı: 129, s. 261-287.
- Kuntalp**, Erden: “Lex Commisaria Yasağı Kavramı, Koşulları ve Uygulama Alanı”, İnan Kıraç’a Armağan, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1995, s. 151-162.

- Makaracı Başak**, Aslı: Taşınır Rehni Sözleşmesi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2014.
- Nomer**, Halûk Nami/**Ergüne**, Mehmet Serkan: Eşya Hukuku Cilt: II Rehin Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016.
- Oğuzman**, M. Kemal/**Seliçi**, Özer/**Oktay Özdemir**, Saibe: Eşya Hukuku, 19. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2016.
- Reisoğlu**, Seza: “Ticari İşletme Rehni ve Son Yasal Düzenleme”, Bankacılar Dergisi, İstanbul 2003, S. 47, s. 107-121.
- Reisoğlu**, Seza: Menkul İpoteği, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara 1965.
- Serozan**, Rona: “Taşınır Eşya Mülkiyetinin Devrinde Aynı Tasarruf Sözleşmesinin Borçlanma Sözleşmesinden Ayrılığı ve Soyutluğu”, Prof. Dr. Tahir Çağa'nın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 397-412.
- Serozan**, Rona: Medeni Hukuk Genel Bölüm Kişiler Hukuku, 6. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015.
- Serozan**, Rona: Taşınır Eşya Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2014. **(Serozan)**
- Sirmen**, A. Lâle: Eşya Hukuku, 3. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2015.
- Şit İmamoğlu**, Başak: Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Üzerine Bir İnceleme, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2017.
- Tekinay**, Selâhattin Sulhi: Menkul Mülkiyeti ve Sınırlı Aynî Haklar (Eşya Hukuku II/3), Filiz Kitabevi, İstanbul 1994.
- Topçuoğlu**, Metin/**Çon**, Ömer: “Ticari İşletme Rehninde Rehin Alacaklısının Korunması”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Ankara 2011, S. 93, s. 174-214.
- Yavuz**, Mustafa: “Ticari İşletmelerin Rehni”, Vergi Sorunları Dergisi, İstanbul 2015, Cilt: 38; Sayı: 326, s. 178-183.

İLETİŞİM SIRASINDA ELDE EDİLEN GİZLİ SES KAYITLARININ CEZA MUHAKEMESİNDE DELİL OLARAK KABUL EDİLEBİLİRLİĞİ SORUNU*

*Arş. Gör. İsa BAŞBÜYÜK***

Öz

İletişim esnasında gerçekleştirilen ses kayıtlarının delil niteliği, ceza yargılaması hukukunda tartışma konusu olmaktadır. Özellikle yüz yüze veya telekomünikasyon aracılığıyla gerçekleştirilen iletişim esnasında işlenen hakaret, tehdit gibi suçlar karşısında yaşanan ispat imkânsızlığı, suç mağdurlarını gizli ses kaydı yapmaya ve bu ses kayıtlarıyla adli makamlardan koruma talep etme yoluna itmektir. Bu çalışmada, iletişim esnasında mağdur tarafından yapılan ses kayıtlarının delil olarak kullanılabilmesi noktasında doktrin ve yargının yaklaşımı ele alınacak, nihayet bu kayıtların hangi koşullar altında delil olarak kullanılabileceğine ilişkin görüşümüz ortaya konulacaktır.

Anahtar Kelimeler

Gizli ses kaydının delil niteliği, mağdurun iletişimi kayda alması, hukuka aykırı delil, telefonda hakaret ve tehdit, suçu gizlice kayıt, ses kaydı, ispat

* 2014 yılında hakem denetiminden geçerek tamamlanan bu çalışma, basım sürecindeki aksaklıklar nedeniyle vaktinde yayımlanamamıştır. Geçen süre içinde konuya ilişkin güncel bir yaklaşımın olmadığı tespit edildiğinden, bu çalışmanın ilk haline sadık kalınarak yayımlanması amaçlanmıştır.

** Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı (e-posta: isa.basbuyuk@gmail.com) (Makale Gönderim Tarihleri: 05.05.2017-05.05.2017/Makale Kabul Tarihleri: 22.05.2017-03.07.2017)

**THE EVIDENCE VALUE OF THE VOICE RECORDS
OBTAINED DURING COMMUNICATION IN
CRIMINAL PROCEDURAL LAW**

Abstract

The evidence character and value of the voice records have been discussed in criminal law. Victims are urged to record the voices of the perpetrators secretly and present these records to judicial authorities because it is almost impossible to prove threat or insult committed during a direct conversation or on the phone. This work will handle the judicial decisions and academic works that handle the possibility of using the records taken by victims and finally present an opinion on the question under which circumstances these records can be used as evidence.

Keywords

Evidence character of secret voice records, voice recording by the victim, illegally obtained evidence, libel and threat while conversation, secretly recording voice of crime, voice recording, evidence

GİRİŞ

İster yüz yüze isterse de bir haberleşme aracı vasıtasıyla gerçekleştirilsin, iletişim sırasında işlenen suçlardaki en temel zorluk, ispat konusunda karşımıza çıkmaktadır. Nitekim çoğunlukla iki kişi arasında gerçekleşen ve aleni olmayan bu konuşmalar, iletişime taraf olmayan kişiler bakımından herhangi bir iz, emare bırakmamaktadır. Bu hususta CMK'da bazı tedbirler öngörülmüş olmakla birlikte, bu tedbirler, gerek fiili gerekse hukuki nedenlerden ötürü, iletişim esnasında işlenen suçun tespit edilmesi bakımından işlevsiz kalabilmektedir. Oysa iletişim esnasında işlenen hakaret, tehdit, cinsel taciz gibi saldırılar yalnızca iletişimin tarafları arasında cereyan etmekte ve çoğu kez tekrarı olmayabilmektedir. Bu noktada yaşanan sorun, mağdur konumunda olan kimseleri, içeriği suç oluşturan iletişim konuşmalarını kayıt altına alma yönünde bir çözüme mecbur kılmaktadır. Aynı durum, iletişime konu konuşmaların, daha önce işlenmiş bir suçla bağlantısı olduğundan bahisle, taraflardan herhangi birisince kaydedilmesi noktasında da karşımıza çıkmaktadır. Kendini koruma içgüdüsüyle donatılmış insanoğlu için gayet mantıklı ve makul karşılanabilir olan bu yöntemin, ne derece hukuka uygun olduğu ise tartışma konusudur. Şu durumda, mağdur başta olmak üzere, özel kişilerce suçun/suçlunun ispatı amacıyla iletişime konu konuşma içeriklerinin tek taraflı olarak kayıt altına alınması, bu şekilde elde edilen delillerin (kayıtların) hukuka uygunluğu problemini gündeme getirmektedir.

Çalışmanın temel amacı, delil elde etmek üzere, iletişime katılan kimse (örn. mağdur) tarafından yapılan iletişim kayıtlarının, ceza yargılaması hukuku anlamında hukuka uygun bir yöntemle elde edilmiş bir delil olup olmadığının ortaya konulmasıdır. Buradaki iletişim, yalnızca telefon gibi haberleşme araçlarıyla gerçekleştirilenlerle sınırlı olmayıp, yüz yüze gerçekleştirilen iletişimi de kapsama almaktadır. Nitekim aynı problem, kişiler arasındaki aleni olmayan konuşmaların kayıt altına alındığı durumlarda da karşımıza çıkmaktadır. Şu durumda, ister telefonla, ister yüz yüze olsun, her iki iletişim türünde de sorun ortaktır: Konuşmaya katılan diğer kişinin sesinin gizlice kaydedilmesine hukuk düzeni onay vermekte midir?

Sistematik açıdan, öncelikle karşılaştırmalı Alman ve Amerikan Hukukuyla birlikte, Türk doktrin ve yargı kararlarında benimsenen görüşlere yer

vereceğiz. Bunu yaparken, gerek doktrin gerekse de Yargıtay'ın yaklaşımına yönelik eleştirilerimizi aynı başlık altında kaleme alacağız. Sonrasında, incelememize yardımcı olması açısından, kural olarak iletişimin tek taraflı olarak kayıt altına alınmasının hukuka aykırılığı sorununa değineceğiz. Nihayet, suçun/suçluluğun ispatı bakımından tek taraflı olarak yapılan iletişim kayıtlarının hangi durumlarda, hukuka uygun yöntemle elde edilmiş geçerli bir delil sayılabileceğine ilişkin görüşümüzü ortaya koyacak ve eksik gördüğümüz noktada çözüm önerisi getirmeye çalışacağız.

I. SORUNUN TESPİTİ

Karşı tarafın bilgisi olmaksızın, tek taraflı olarak gerçekleştirilen iletişim kayıtlarının hukuka uygun bir delil olarak ceza muhakemesinde kullanılıp kullanılmayacağı konusunda gerek doktrin gerekse de yargı kararlarında farklı görüşler bulunmaktadır. Özellikle telefonda gerçekleştirilen tehdit, cinsel taciz, hakaret suçlarının mağdurlarının elde etmiş oldukları görüşme kayıtları karşısında, nasıl bir tutum sergileneceği konusunda açık bir düzenleme olmaması tartışmayı derinleştirmektedir.

Mevcut düzenlemelere bakılacak olursa, CMK m.135'te yer verilen "*Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi*" koruma tedbiri, suçun aydınlatılması ve suçlunun ortaya çıkarılması sürecinde haberleşme hürriyetine bazı durumlarda müdahale edilebilmesine imkân tanıyan bir hüküm olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu tedbirin uygulanması, suçun niteliği, şüphe derecesi, kişi, kararı verecek merci ve süre yönünden bazı sınırlandırmalara tabi tutulmuş; aynı maddenin 7. fıkrasında "*Bu Maddede belirlenen esas ve usuller dışında hiç kimse, bir başkasının telekomünikasyon yoluyla iletişimini dinleyemez ve kayda alamaz.*" kuralına yer verilmiştir. Anlaşıldığı üzere, CMK m.135/7'teki düzenleme, esas itibarıyla kanunda gösterilen koşullar ve makamlar dışındaki üçüncü kişilerin, telekomünikasyon yoluyla gerçekleşen iletişime müdahalesini yasaklamaya yöneliktir. Şu durumda, CMK m.135 iletişimin "dinleyen" konumundaki taraflarına, kendileriyle yapılan konuşmaları bizzat kayıt alabilecekleri konusunda ne bir yetki ne de bir yasak öngörmektedir.

CMK m.135'de öngörülen düzenlemenin dışında, gizli soruşturma tedbirlerine ilişkin yönetmeliğe göre, yetkili makamlara talepte bulunan

şikâyetçilerin iletişimlerinin tespit edilmesi mümkün olduğundan¹, bu kapsamda elde edilen delillerin hukuka uygun olduğu kabul edilmektedir². Fakat, içerik kaydını kapsam dışı bırakıp, yalnızca iletişimin tespitini konu alan ve adli makamlar tarafından gerçekleştirilen bu tedbir de soruna yanıt vermemektedir. Diğer taraftan, telekomünikasyon araçları dışında, yüz yüze gerçekleştirilen iletişime müdahale imkânı tanıyan CMK m.140'daki teknik araçla izleme de, tıpkı CMK m.135'te olduğu gibi, soruşturma ve kovuşturma makamları tarafından, kanunda gösterilen şartlar dâhilinde başvurulabilen bir tedbir olup, iletişime katılan taraflardan birinin, konuşmaları kaydetmesinin hukuka uygunluğu konusunda bir çözüm ortaya koymamaktadır.

Görüldüğü üzere, CMK'da yer verilen tedbirler, suçun/suçlunun ispatı amacıyla **iletişimin, karşı tarafın bilgisi olmaksızın, konuşmaya katılanlarca kaydedilip kaydedilemeyeceği sorununa yanıt vermemektedir**. Buna nedenle, inceleme konumuzu oluşturan sorun, CMK'daki düzenlemelerden bağımsız olarak ele alınmalıdır.

Sorunun çözüme kavuşturulmasındaki pratik fayda, şu noktada toplanmaktadır: Eğer iletişimin mağdur gibi özel kişiler tarafından gizlice kaydedilmesi hukuka uygun kabul edilirse, elde edilen iletişim kaydı ceza muhakemesinde delil olarak kullanılabilir. Buna karşılık, söz konusu kayıtların hukuka aykırı olduğu kabul edilirse, o zaman da elde edilen kayıtların delil olarak kullanılması mümkün olmayacaktır. Nitekim, Anayasa m.38/8'de kanuna aykırı olarak elde edilen bulguların delil olarak kabul edilmeyeceği, CMK m.217/2'de yüklenen suçun ancak hukuka uygun elde edilmiş

¹ **Ceza Muhakemesi Kanununda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik**, (14.02.2007 tarih ve 26434 sayılı R.G), **m.10/4**: Bir soruşturma sırasında delil toplama kapsamında, somut olayın özelliğine göre maddî gerçekliğin araştırılması ve adil bir yargılamanın yapılabilmesi için zorunlu olduğu takdirde, açık rızasının bulunması ve iletişim aracının kendisine ait olması şartıyla şikâyetçinin iletişimlerinin tespiti Cumhuriyet savcısının yazılı kararıyla Başkanlıktan istenir.

² Bkz. **Kaymaz**, Seydi: Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Ankara 2009, s. 301; **Erdağ**, Ail İhsan: İletişimin Denetlenmesi Kapsamında İki Önemli Sorun Olarak: Mağdurun İletişiminin Tespiti ve İletişimin Mağdur Tarafından Kaydedilmesi, TBBD, 2011 (92), s. 58.

delillerle ispat edilebileceği; nihayet CMK m.206/2-a'da muhakeme esnasında ortaya konulması istenen delilin, kanuna aykırı olarak elde edilmişse reddolunacağına ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Bu düzenlemeler, Türk hukukunda, hukuka aykırı yöntemle elde edilen delillerin (*delil elde etme yasağı*) değerlendirme dışında tutulacağı konusunda (*delil değerlendirme yasağı*) genel düzenlemeler öngörüldüğünü³, dolayısıyla deliller arasında herhangi bir ayırım gözetilmediği ve mutlak delil yasağı prensibinin benimsendiğini açıkça ortaya koymaktadır⁴. O halde, iletişime konu konuşmaların, tek taraflı olarak kayıt altına alınmasının, delil elde etme yasağı karşısında hukuka uygun bir yöntem olup olmadığının tartışılması gerekmektedir.

II. DOKTRİNDEKİ YAKLAŞIM VE KARŞILAŞTIRMALI HUKUK

A. Türk Doktrinindeki Görüşler

Kendisine yönelik bir suç ispat edebilmek için, mağdurun iletişimi kaydetmesi doktrinde hukuka uygun olarak kabul edilmekte; hukuka uygunluk temel olarak kast görüşü, meşru savunma görüşü ve zorunluluk hali görüşü şeklinde sınıflandırdığımız üç farklı gerekçeye dayandırılmaktadır. Bu görüşler ve bunlara yönelik eleştirilerimiz şu şekildedir.

1. Kast Görüşü

Meran, kişinin kendisine yapılan haksız harekete karşı delil toplama niteliğinde bir eylemde bulunduğunu, konuşmaları karşı tarafın rızası olmadan kayda alma kastının olmadığını, kendisine karşı gerçekleştirilen eylemi delillendirme iradesi ve kastının bulunduğunu ve bu yüzden de iki kişi arasındaki konuşmanın mağdur tarafından delil olarak kayda alınmasının suç

³ **Özbek**, Veli Özer/**Kanbur**, M. Nihat/**Doğan**, Koray/**Bacaksız**, Pınar/**Tepe**, İlker: Ceza Muhakemesi Hukuku, 2. Baskı, Ankara, 2011, s. 659; **Öztürk**, Bahri/**Erdem**, Mustafa Ruhan: Ceza Muhakemesi Hukuku, 12. Baskı, Ankara 2008, s. 493.

⁴ **Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Muhakeme, s. 660. **Ünver**, Yener/**Hakeri**, Hakan: Ceza Muhakemesi Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2011, s. 614; **Öztürk/Erdem**, s. 495.

oluşturmayacağını ve bunların mahkemede delil olarak kullanılabileceğini belirtmektedir⁵.

Eleştirisi: Anlaşıldığı kadarıyla bu görüş temelini “**kast teorisi**”nden almaktadır. Nitekim, bu teoride kast, yalnızca suçun maddi unsurlarını değil, aynı zamanda fiilin haksızlık teşkil edip etmediğinin bilinmesini de kapsamaktadır⁶. Şu durumda, söz konusu görüşü iki noktada eleştirmek gerekmektedir. Birincisi, TCK’nın kabul ettiği sistemde, kast suçun objektif unsurlarının bilinmesi ve neticenin istenmesi şeklinde tanımlanmaktadır. Bu bakımdan, eylemin haksızlığı, kastın bilme unsurunun kapsamı dışında kalmaktadır. İkincisi, kastı, “*işlenen fiilin haksızlık teşkil ettiğini bilmek*” şeklinde formüle etsek dahi, haksızlık bilincinin yokluğu fiilin hukuka aykırılığına değil, failin kusurluluğuna etki edeceği için, ortada yine hukuka uygun bir fiilin varlığından söz edilemeyecektir. Bu iki gerekçeyle, kastın yokluğuna dayanan görüşün inceleme konumuz olay bakımından bir çözüm getirmediğini belirtmek gerekir.

2. Meşru Savunma Görüşü

Şen’e göre, hakaret, tehdit ve şantaj suçlarına muhatap kalan ve o an konuşmaları kayıt altına alan mağdurun elde ettiği bu delil, fiil meşru savunma sınırları içerisinde kaldığı için, hukuka uygun sayılacaktır⁷. Yazara göre, özellikle kişinin telefonuna yapılan çağrıyla veya kişinin telefon etmesiyle başlayan ani süreçte yapılan konuşmalarda, mağdura hakaret edilmesi, mağdurun tehdit edilmesi veya mağdurun hak ve hürriyetini ilgilendiren konularla ilgili sözler söylenmesi durumunda, **mağdurun önceden bu**

⁵ **Meran**, Necati: Açıklamalı- İçtihatlı Yeni Türk Ceza Kanunu, 2. Baskı, Ankara 2007, s. 683.

⁶ Bu teoriye göre, kasıtlı suçtan sorumluluk için, failin işlemiş olduğu fiilin haksızlık teşkil ettiği bilincinde olması gerekir. İşlediği bir fiilin haksızlık teşkil ettiğini bilmemekle beraber, somut olayda kişi bu fiilin haksızlık teşkil ettiğini bilebilecek durumda ise, taksirle hareket etmiş sayılmaktadır. Bkz. **Özgenç**, İzzet/ **Şahin**, Cumhuriyet: Uygulamalı Ceza Hukuku, 3. Bası, Ankara 2001, s. 233. Ayrıca bkz. **Koca**, Mahmut/ **Üzülmez**, İlhan: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı, Ankara 2011, s. 129-130.

⁷ Buna karşılık suç mağduru olduğunu iddia eden kişinin, önceden kurduğu düzenek yoluyla telefon görüşmelerini kaydettiğinin anlaşılması halinde elde edilen bu kayıt hukuka aykırı delil sayılacaktır. Bkz. **Şen**, Ersan: Türk Hukuku’nda Telefon Dinleme, Gizli Soruşturmacı, X Muhbir, 2. Baskı, Ankara 2008, s. 74.

konuda bir plan yapmaması ve karşı tarafı tahrik edip, onun bilgisi dışında konuşmaları kaydederek kullanmaması şartıyla, meşru savunma hükümleri uygulama alanı bulabilir⁸.

Erdağ'a göre, meşru savunma hukuka uygunluk sebebinin düzenlendiği TCK m.25/1'de, gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak ifade-sine yer verildiği, bu ifade çerçevesinde kayıt altına alma, gerçekleşen bir haksız saldırıya karşı; kayıtları ceza takip organlarına verme ise, tekrarı muhakkak bir haksız saldırıya karşı yapılmaktadır. Buna göre, meşru savunma hükümleri çerçevesinde bir değerlendirme yapılacağından, mağdurun iletişimi kayda alması, ne haberleşmenin gizliliğini ihlal ne de kişiler arasındaki konuşmaların kayda alınması suçuna vücut vermeyecek, böylece de söz konusu kayıtların hukuka uygun bir şekilde delil olarak kullanılması mümkün olacaktır⁹.

Kaymaz da, meşru savunma düzenlemesine göndermede bulunarak, kendisini koruma ve savunma içgüdüleriyle hareket eden mağdurun, telekomünikasyon araçları vasıtasıyla yapılan saldırı sırasında iletişimi kaydetmesinin hukuka aykırı olmadığını belirtmiştir. Şöyle ki, meşru savunmanın özünde bir insanda varolan kendini koruma içgüdüğü bulunmaktadır. Dolayısıyla, mağdurun iletişimi kaydetmesi halinde, saldırıyı uzaklaştırmak amacıyla gösterilen bir tepki söz konusudur¹⁰.

⁸ Kişiler arasındaki iletişimin Alman Anayasası Hukuku'na göre kişiliği serbestçe geliştirme hakkı çerçevesinde koruma altına alındığı; bu hakkının Alman Temel Anayasa'nın 2/I. Maddesi kapsamında "başkalarının hakkı", "anayasal düzen" ve "örf/adet hukuku" çerçevesinde sınırlandırılabileceği; dolayısıyla şantaj ve benzeri durumlarda mağdur tarafından ses kaydı yapılmasının "meşru müdafaa" kapsamında hukuka uygun olduğu konusunda bkz. *Sağlam*, Fazıl: Türk ve Alman Anayasa Hukukları Açısından Gizli Ses Kaydı, C:30, S.1-4, 1977, s. 108-109.

⁹ *Erdağ*, s. 54. *Yaşar/Gökcan/Artuç* da, kendisine karşı yapılan haksız saldırıyı onunla orantılı olarak defetmek için kişiler arasındaki konuşmaları kaydeden kimsenin fiilinin meşru savunma hukuka uygunluk sebebi çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmiştir (bkz. *Yaşar*, Osman/*Gökcan*, Hasan Tahsin/*Artuç*, Mustafa: Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C:III, Ankara 2010, s. 133). Buradan çıkan yoruma göre, haberleşmenin mağdur tarafından kayıt altına alınmasında da, aynı hukuka uygunluk sebebi gündeme gelebilecektir.

¹⁰ *Kaymaz*, s. 296. Buna karşılık kişinin daha önce mağduru olduğu bir suç veya hukuka aykırı bir fiili tespit etmek amacıyla telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimi kaydetmesi hukuka aykırı olacaktır. Bkz. *Kaymaz*, s. 297.

Eleştirisi: Meşru savunmanın gündeme gelebilmesi için, öncelikle haksız bir saldırı mevcut olmalıdır. Fakat saldırının cebir veya şiddet içermesi zorunlu değildir¹¹. O halde, bir kimsenin hakaret, tehdit veya cinsel taciz suçu kapsamına giren sözleri, bir hakka yönelmiş saldırı olarak nitelendirilebileceğinden, bu aşamaya kadar herhangi bir sorun bulunmamaktadır. Asıl sorun, meşru savunmanın savunmada zorunluluk koşulunda toplanmaktadır. Gerçekten, meşru savunmadan söz edilebilmesi için savunmada zorunluluk bulunmalı, yani maruz kalınan tecavüzün başka türlü defedilmesinin mümkün olmamalıdır¹². Bu cümleden hareketle, meşru savunmada mağdurun sergileyeceği davranış **SAVUNMA FONKSİYONU** göstermeli; bu savunma, mevcut veya gerçekleşmesi muhakkak saldırının defedilmesi için yapılmaktadır. Şu halde, mağdurun içeriği suç teşkil eden iletişimi kayda alması, saldırıyı defetmeye yönelik bir savunma olarak değerlendirilebilecek midir? Meşru savunma görüşüne ilişkin olarak, temel tartışma bu noktada toplanmaktadır.

Tehdit suçuna ilişkin olarak, soruşturma makamlarını harekete geçirmek suretiyle mağdurun tehdide konu kötülükten (kaçırılma gibi) korunmak için kendisiyle yapılan iletişimi kayıt altına alması, meşru savunma çerçevesinde değerlendirilebilecektir. Nitekim, iletişim kaydı gerçekleşmesi muhakkak bir saldırının önlenmesi için adli makamlara verilmek üzere yapılıyorsa, bu durum meşru savunmada “**savunma koşulu**”nu yerine getirmektedir.

Buna karşılık, **hakaret** yahut **cinsel taciz** fiilinin varlığını ispat etmek için iletişimin mağdur tarafından kayıt altına alınması ve yapılan kayıtların adli makamlara sunulması, meşru müdafadaki “savunma” koşulu kapsamında değerlendirilemez. Nitekim, burada sona ermiş bir saldırı söz konusudur¹³ ve kayıt fiili sona ermiş olan bu saldırının soruşturulması/kovuş-

¹¹ **Özen**, Muharrem: Türk Ceza Hukukunda Meşru Müdafaa, Ankara 1995, s. 75. **Özgenç**, İzzet: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Baskı, Ankara 2010, s. 304; **Koca/Üzülmüş**, s. 220.

¹² Bu hususta bkz **Özen**, s. 112 vd. Savunma (müdafaa), saldırıyı sona erdirmek için daha yumuşak, ancak aynı şekilde etkili bir aracın bulunmaması halinde zorunludur. Bkz. **Hakeri**, Hakan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Bası, Ankara 2011, s. 263.

¹³ Zaten bazı saldırılar mahiyeti gereği, meşru savunmaya elverişli değildir. Örneğin, bir insanın hakaret fiili karşısında meşru savunmada bulunabileceğini söylemek güçtür

turulması için yapılmaktadır. Kaldı ki, ispat imkânsızlığından ötürü saldırının tekrarının olası olduğu durumlar da, gerçekleşmesi muhakkak saldırı koşulu içinde değerlendirilmeye müsait değildir. Dolayısıyla, kendisine hakaret gibi saldırının sona erdiği durumlarda, mağdurun iletişimi kayda almaya yönelik fiillerinin, meşru savunma kapsamında ele alınması mümkün gözükmemektedir.

3. Zorunluluk Hali Görüşü

Zafer'e göre de, tehdit ve hakaret suçunun mağduru olan kimse, tehdide konu hakkını korumak ve failin yakalanmasını sağlamak için kendisini arayan kişinin sesini kaydedebilir ve bu kaydı adli makamlara teslim edebilir. Bu halde haberleşen taraflar zorunluluk hali olan hukuka uygunluk sebeplerinden yararlanabilir¹⁴. Yazar, aynı eserinin kişiler arasındaki aleni olmayan konuşmaların gizliliğini ihlal suçuna (TCK m.133) ilişkin kısmında, kendisine veya başkasına yönelik bir tehdidi bertaraf etmek için, kendisiyle veya başka kişiler arasında yapılan konuşmayı kayda alan kimşenin meşru savunma hukuka uygunluk sebebinden yararlanabileceğini belirtmiştir¹⁵.

(bkz. **Özgenç**, Genel Hükümler, s. 304; **Koca/Üzülmez**, s. 220; Saldırının cebri, yani maddi bir şekilde ortaya çıkması gerektiği konusunda ayrıca bkz. **Dönmezer**, Sulhi/**Erman**, Sahir: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, C:II, 12. Bası, İstanbul, 1999, s. 112-113).

¹⁴ **Zafer**, Hamide: Özel Hayatın ve Hayatın Gizli Alanının Ceza Hukukuyla Korunması (TCK m.132-134), İstanbul 2010, s. 111. Aynı yönde, **Tezcan**, Durmuş/**Erdem**, Mustafa Ruhan/**Önok**, Rıfat Murat: Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 8. Bası, Ankara 2012, s. 500.

Zafer, ayrıca cinsel saldırı, iftira, hakaret, tehdit, şantaj suçlarının haberleşme araçlarıyla işlenmesi halinde, haberleşmenin muhatabı olan tarafça kaydedilen haberleşme içeriğinin, adli makamlara ulaştırılmasının, "savunma hakkının kullanılması" çerçevesinde ele alınması gerektiğini ifade etmiştir (bkz. **Zafer**, Özel Hayat, s. 121. Aynı yönde bkz. **Özbek**, Veli Özer/**Kanbur**, M. Nihat/**Doğan**, Koray/**Bacaksız**, Pınar/**Tepe**, İlker: Ceza Hukuku Özel Hükümler, 3. Baskı, Ankara, 2012, s. 508; **Koca**, Mahmut, Haberleşmenin, Konuşmanın ve Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçları, in: Ceza Hukuku'nun Güncel Sorunları, Kolokyum 8 Ekim 2010, s. 100).

¹⁵ **Zafer**, Özel Hayat, s. 162. Aynı yönde, **Tezcan/Erdem/Önok**, s. 507.

Eleştirisi: Öncelikle belirtmek gerekir ki, TCK bakımından zorunluluk halinin hukuki niteliği doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre, zorunluluk hali hukuka uygunluk sebebi iken; diğer bir görüşe göre ise, kusurluluğu ortadan kaldıran bir sebep olarak karşımıza çıkmaktadır¹⁶. Oysa gerek TCK m.25/2'nin gerekçesinden, gerekse de CMK m.223/3(b)'den çıkan sonuç, zorunluluk halinin kusura etki eden bir hal olarak ele alınması gerektiğidir¹⁷. Failin kusurlu olarak hareket etmemesi, fiilin hukuka uygun olduğu anlamına gelmeyeceğine göre¹⁸, zorunluluk hali içerisinde gerçekleştirilen fiiller, hukuka aykırılığı muhafaza edecektir. Söz konusu fiiller hukuka aykırı olmaya devam ettiği için, bu fiillerle elde edilmiş olan deliller de hukuka aykırı delil sayılacaktır.

Kaldı ki, TCK m.25/2'deki zorunluluk hali hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir sebep olarak kabul edilse dahi¹⁹, zorunluluk halinin esasında, hukuken korunan bir menfaati zarara uğratma tehdidi yaratan bir tehlikeden korunma amacı yatmaktadır²⁰. Oysa *adam kaçırma* veya *bombalı eylem* gerçekleştirme hazırlığında olma örneğinde olduğu gibi, mevcut ya da ileride gerçekleşmesi muhakkak olan saldırıdan korunmak amacıyla, fail ile olan konuşmanın kayda alınması, yukarıda da bahsettiğimiz üzere saldırıyı defetmeye yönelik bir savunma hareketi kapsamında değerlendirilmelidir. Dola-

¹⁶ Zorunluluk halinin hukuki niteliği konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. **Özbek/Doğan**, s. 203 vd.; **Kangal**, T. Zeynel: Türk Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu, Ankara 2010, s. 165 vd. Ayrıca bkz. **Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Genel Hükümler, s. 372 vd.

¹⁷ **Özbek/Doğan**, s. 218. **Özgenç**, Genel Hükümler, s. 366; **Hakeri**, s. 327; **Koca/Üzülmez**, s. 256; **Meraklı**, Serkan: Mazeret Sebeplerinin Türk Ceza Kanunu Bakımından Değerlendirilmesi, CHD, S:12, Nisan, 2010, s. 275-276.

¹⁸ Bkz. **Özbek/Doğan**, s. 199.

¹⁹ Tehdit ve hakaret suçunun mağduru olan kişinin, tehdide konu hakkını korumak ve failin yakalanmasını sağlamak için kendisini arayan kişinin sesini kaydedebilmesini ve bu kaydı adli makamlara teslim edebilmesini zorunluluk hali çerçevesinde ele alan *Zafer*, "Ceza Hukuku Genel Hükümler" adlı eserinde de belirttiği üzere, zorunluluk halini bir hukuka uygunluk sebebi olarak kabul etmektedir. (bkz. **Zafer**, Hamide: Ceza Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2010, s. 225).

²⁰ **Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Genel Hükümler, s. 387. **Zafer**, Genel Hükümler, s. 228; **Özgenç**, Genel Hükümler, s. 368; **Hakeri**, s. 330-331; **Koca/Üzülmez**, s. 258-259.

yısıyla, bu gibi durumlarda zorunluluk halinin uygulama alanı bulmayacağını düşünüyoruz.

Tehdit dışında, *hakaret* ve *cinsel taciz* gibi saldırının telefonda gerçekleşip sona erdiği durumlarda, hukuka uygunluk sebebi olan zorunluluk halinin gündeme geleceği yönündeki görüşün TCK m.25/2 karşısında uygulanabilirliği ayrıca değerlendirilmelidir:

Tehlike, maddi koşullar nedeniyle zararlı bir olayın ortaya çıkma olasılığının mevcut olduğu bir durum olarak ifade edilmektedir. Eğer bir hukuksal değer ihlal edilme tehdidi altında ise ve bir zararın gerçekleşmesi olasıysa, söz konusu hukuksal değer bakımından tehlike hali söz konusudur²¹. Tehlikenin hukuka aykırı bir insan davranışından da ileri gelmesi mümkündür²². Bu noktaya kadar bir sorun bulunmamaktadır. Asıl tartışma konusu, zorunluluk halindeki “mevcut tehlike” (=gegenwertige Gefahr) koşulunun, ele alınan problem bakımından uygulanabilir olup olmadığıdır. Doktrinde, hukuken korunan bir menfaate yönelik zarar tehdidinde ilişkin olarak, doğru zamanda gecikmeksizin bir önlem alınmadığı takdirde, menfaatin her an bir zarara uğrama ihtimalinin bulunduğu durumlar (=Dauergefahr) da mevcut tehlike kapsamında kabul edilmektedir²³. Görüldüğü üzere, hakaret benzeri durumlarda yapılan kaydın hukuka uygun olduğu yönündeki düşüncenin temeli, telefon terörü gibi “saldırı tehdidine açık olma” halinin, “devam eden tehlike” (=fortdauernde Gefahr/Dauergefahr) olarak yorumlanmasından ileri gelmektedir.

TCK m.25/2’de “muhakkak tehlike” ifadesine yer verilmiştir. Her ne kadar Türk doktrininde “mevcut tehlike” ve “devam eden tehlike” ayrıma yer verilmese de, ileride önlenmesi mümkün olmayacak zararlı neticelerin nedenini oluşturan tehlikelerin de muhakkak tehlike sayılması gerektiği ifade

²¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Kangal**, s. 236.

²² **Kangal**, s. 55.

²³ Bkz. **Kühl**, *Lackner/Kühl*, § 34, kn:2; **Wessel**, Johannes/**Beulke**, Werner: *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 41. Auflage, Heidelberg 2011, kn:306; **Freund**, Georg: *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Auflage, Marburg 2008, kn:52; **Tröndle**, Herbert/**Fischer**, Thomas: *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 52. Aufbau, München 2004, § 34, kn:4; **Maurach**, Reinhart/**Zipf**, Heinz: *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 6. Auflage, Heidelberg 1983, § 34, kn:16.

edilmektedir²⁴. Fakat belirtmek gerekir ki, Alman Ceza Kanunu'ndaki hukuka uygunluk sebebi olan zorunluluk haline ilişkin düzenlemeden farklı olarak, TCK m.25/2'de "tehlikenin ağırlığı" koşuluna da yer verilmiştir. Buna göre, TCK bakımından tehlikeye ilişkin bir koşul olarak karşımıza çıkan "ağırlık" eşiği, tehlikenin belli bir yoğunluğa ulaşmış olmasını gerektirmektedir²⁵. Bu koşul aslında, TCK'daki zorunluluk halini, mazeret sebebine yaklaştırmaktadır²⁶. Şu durumda "ağır ve muhakkak tehlike" koşulu birlikte düşünüldüğünde, telefonda gerçekleştirilen hakaret vb. saldırıların yenilenmesi olasılığını (saldırı tehlikesine açık olma), TCK m.25/2'de yer verilen zorunluluk hali kapsamında değerlendirilmesi, tartışmalı hale gelmektedir.

B. Karşılaştırmalı Hukuk

1. Alman Hukukundaki Durum

CMK'da olduğu gibi, Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nda da (StPO § 101(a) vd.) iletişimin denetlenmesi tedbirine yer verilmiş; StPO § 101(b)'de tedbirin uygulanması hâkim kararına bağlanmıştır. CMK ile paralel olarak, Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nda da iletişime müdahale yalnızca adli makamlarca yerine getirilmekte ve mağdurun sürece müdahalesi düzenlenmemektedir. Hatta bunun da ötesinde, Alman Ceza Kanunu'nda (StGB § 201) kamuya açık olmayan konuşmaların kayıt altına alınması suç olarak düzenlendiğinden, iletişimi karşı tarafın bilgisi dışında kayıt altına alan kimse ceza tehdidi ile karşı karşıya kalmaktadır. Bu kapsamda, bir kimsenin kendisi ile yapılan iletişimi karşı tarafın bilgisi dışında kayıt altına almasının hukuka uygunluğu, Alman doktrininde *meşru savunma* ve *hukuka*

²⁴ Bkz. **Koca/Üzülmez**, s. 256-257.

²⁵ Tehlikenin ağır olmasından *Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe*'ye göre tehlikenin hem de meydana gelecek zararın ağır olması (**Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Genel Hükümler, s. 384); *Kangal*'a göre tehlikenin meydana getirdiği zararın yüksek olması anlaşılmalıdır (**Kangal**, s. 243).

²⁶ Nitekim, Alman Ceza Kanununda (StGB § 35) mazeret sebebi olarak düzenlenen zorunluluk halinin kapsamının, yaşam, vücut ve kişi hürriyetine yönelik tehlikelerle sınırlandırılması, bu zorunluluk hali şeklinin yalnızca ağır tehlikeler bakımından söz konusu olabileceğini ortaya koymaktadır.

uygunluk sebebi olan zorunluluk hali kapsamında iki ayrı sorun halinde incelenmektedir.

Öncelikle, doktrindeki kabule göre, adam kaçırma ve rehin alma tehdidinde olduğu gibi hâlihazırdaki etkisini sürdürmek koşuluyla, tehdit içerikli sözlerin kayıt altına alınması meşru savunma kapsamında değerlendirilmelidir²⁷. Şöyle ki, tehdide konu kötü durum gerçekleşinceye kadar tehditten kaynaklı korku hali, yani saldırı devam etmektedir ve bu halin ortadan kaldırılması için yetkili makamları harekete geçirmek üzere yapılan ses kaydı saldırıya karşı yapılan bir müdafaa olarak görülmektedir²⁸. Bu nedenle, özellikle adam kaçırma²⁹, bombalı eylem vb. şekilde saldırı gerçekleştireceği tehdidinde bulunan kimliği belirsiz failin tespit edilebilmesi ve tehdide konu saldırının önlenmesi amacıyla yönelik bir ipucu elde etmek üzere yapılan ses kaydı, *meşru savunma* (StGB § 32) hukuka uygunluk sebebi kapsamında değerlendirilmelidir³⁰.

Hakaret, iftira, şantaj gibi sözlü saldırıların varlığı halinde görüşmelerin kayıt altına alınması ise *hukuka uygunluk sebebi olan zorunluluk hali*³¹ (StGB § 34) kapsamında değerlendirilmektedir³². Nitekim son durumda,

²⁷ Bkz. **Kargl**, Walter: *Kindhauser/Neumann/Paeffgen*, Strafgesetzbuch 3. Auflage 2010, § 201, kn:25; **Kühl**, Kristian: *Strafgesetzbuch Kommentar, Lackner/Kühl*, 27. Auflage, München 2011, § 201, kn:12; **Leckner**, Theodor/**Eisele**, Jörg: *Schönke/Schröder*, Strafgesetzbuch 28. Auflage 2010, § 201, kn:31a; **Graf**, Jürgen-Peter: *Münchener Kommentar zum StGB*, 1. Auflage 2003, § 201, kn:47.

²⁷ **Kargl**, Kindhauser/Neumann/Paeffgen, § 201, kn. 25.

²⁸ **Kargl**, Kindhauser/Neumann/Paeffgen, kn. § 201, 25.

²⁹ Daha çok kaçırma tehdidi kişinin hareket özgürlüğüne ve yaşamına yönelik süregelen mevcut bir saldırı oluşturmaktadır. Kolluk güçlerinin böyle bir tecavüzü sonlandırması için yapılan ses kayıtları hukuka uygundur (bkz. **Kühl**, *Lackner/Kühl*, § 201, kn:47).

³⁰ **Leckner/Eiseleg**, *Schönke/Schröder*, § 201, kn:31a.

³¹ Belirtmek gerekir ki, Alman Ceza Kanununda zorunluluk hali, hukuka uygunluk sebebi (StGB § 34) ve kusurluluğa etki eden mazeret sebebi (StGB § 35) olmak üzere iki ayrı şekilde düzenlenmiştir. Bu hususta karşılaştırmalı inceleme için bkz. **Özbek**, Veli Özer/**Doğan**, Koray: *Zorunluluk Halinin* (TCK m.25/2) Hukuki Niteliği, DEÜHFD, C: 9, S: 2, 2007, s. 207 vd.

³² Bkz. Bkz. **Kargl**, *Kindhauser/Neumann/Paeffgen*, kn:26; **Kühl**, *Lackner/Kühl*, kn:13; **Leckner/Eiseleg**, *Schönke/Schröder*, Strafgesetzbuch, § 201, kn:31a; **Graf**, § 201, kn:48.

yaşam ve özgürlüğe yönelik bir kötülük yapılacağı tehdidinde olduğunun aksine, süregelen bir saldırı hali söz konusu olmayıp, anlık olarak gerçekleştirilen saldırı, kayıtlarla birlikte sona ermektedir. Bitmiş olan saldırılar için meşru savunma halinden söz edilmesi mümkün değildir. Buna karşılık hakaret, şantaj, iftira gibi saldırılar sona ermiş olsa bile, kişileri “telefon terörü” tehlikesiyle karşı karşıya bırakmakta ve bu tehlike kişilerin hukuki yararlarının ihlali noktasında bir risk doğurmaktadır³³. Nitekim, saldırının ispatı konusundaki imkânsızlık, hukuken korunan yararları tehlike altında bırakmaktadır³⁴. Şu durumda saldırı sona erse dahi, hukukun koruma altına aldığı bir *menfaate yönelik ihlal tehlikesi* devam etmez. Bu tehlikenin önüne geçilebilmesi için, saldırı tehlikesinin ispatına yönelik engelin ortadan kalkması gerekir³⁵; ki bu nedenle de mağdurun ses kaydı yapması olağandır. O halde, başka türlü delil elde etme imkânı yoksa, üstün nitelikteki yararını koruma amacına yönelik olarak, hukuka uygunluk sebebi olan zorunluluk hali gereğince konuşmanın kayıt altına alınması mümkündür³⁶.

2. Amerikan Hukukundaki Durum

Amerika Birleşik Devletleri Federal Yasalarına göre, taraflar rıza göstermese dahi yüz yüze, doğrudan yahut bir araçla dolaylı olarak gerçekleştirilen iletişime, yargılama yetkisine sahip olan mahkeme kararıyla müdahale edilebilir ve elde edilen bilgiler delil olarak kullanılabilir (*Omnibus Crime Control and Safe Streets Act of 1968, Title III, Section 801-d*). Bunun dışında, 18. U.S.C § 2511 (2)-d’ye göre; Anayasa, Federal Yasa veya Federe Devlet Yasalarıyla bağdaşmayan, suç yahut haksız olduğu kabul edilen bir davranışı gerçekleştirme amacı taşımadığı müddetçe, taraflardan birinin, iletişime müdahale etmesi kural olarak hukuka aykırı sayılmaz. Görüldüğü üzere, burada mahkeme kararıyla iletişime müdahale yetkisi ile tarafların müdahale yetkisi ayrı ayrı düzenlenmiştir.

³³ Örneğin hakaret, kişilerin saygınlıklarının zedelenmesi noktasında bir tehlike oluşturmaktadır. **Kargl**, *Kindhauser/Neumann/Paeffgen*, § 201, kn:26.

³⁴ **Leckner/Eiseleg**, *Schönke/Schröder*, § 201, kn:31a.

³⁵ **Leckner/Eiseleg**, *Schönke/Schröder*, § 201, kn:31a.

³⁶ **Graf**, § 201, kn.48.

Şu durumda, Federal Yasalara göre iletişime müdahalenin hukuka uygun sayılabilmesi için;

- i. Yetkili mahkeme tarafından verilmiş bir karar olmalı veya
- ii. Taraflardan biri, iletişime müdahale edilmesi noktasında rıza göstermiş olmalıdır³⁷.

Buna göre, mahkeme kararı olmaksızın iletişimin taraflarından biri iletişime kendisi müdahalede bulunabilir. Bunun gibi, taraflardan birinin rızasının yeterli görüldüğü sisteme “*tek taraflı rıza sistemi*” (***one-party-consent***) denilmektedir. Fakat, Federal Yasanın öngördüğünden farklı olarak, iletişime yönelik hukuka uygun bir müdahaleden söz edilebilmesi için, Federe Devletler kendi hukuk sistemlerinde her iki tarafından da rızasını şart koşabilir. Buna da, “*karşılıklı taraflı rıza sistemi*” (***all-party-consent***) denilmektedir. Sorunu her iki sistem bakımından ayrı ayrı inceleyecek olursak;

(i) Tek taraflı rıza (one-party-consent) sistemi: Tek taraflı rıza sistemini benimseyen Federal Yasalara göre, iletişime katılan taraflardan birinin, diğer tarafın bilgisi olmaksızın iletişimi kayıt altına almasında herhangi bir hukuka aykırılık bulunmamaktadır³⁸. Yalnızca önemli olan husus şu ki; Federal Yasa 18. U.S.C § 2511 (2)-d’ye göre katılımcılardan birinin iletişime tek taraflı olarak müdahalesinin hukuka uygun kabul edilebilmesi, bu müdahalenin hukuka aykırı bir amaca hizmet etmemesine bağlıdır³⁹. Bu kapsamda 2511 (2)-d’deki düzenleme, savunma faaliyetini yerine getirmeye; polise sunmak üzere cezai bir fiile ilişkin suç delili elde etmeye yönelik amacın gerçekleştirilmesine izin vermektedir⁴⁰. O halde tek taraflı rıza kuralının

³⁷ **Del Carmen**, Rolando: Criminal Procedure:Law and Practice, 7. Edition, Belmont 2007, s. 261; **Collins**, Sue Carter: in: Criminal Procedure and the Supreme Court: A Guide Major Decisions on Search and Seizure, Privacy and Individual Rights (edt: *Del Carmen*, Rolando/*Hemmens*, Craig), Lanham, 2010, s.16.

³⁸ **Bast**, Carol M.: Conflict of Law and Surreptitious Taping of Conversations, New York Law School Law Review, Vol:54, 2009/10, s. 175.

³⁹ Ayrıntılı inceleme için bkz. **Knowlton**, Thomas A.: Interceptors and Innocent Recipients: Applying the Federal Wiretapping Law’s Exclusionary Rule to Private Participant Monitoring, Boston College Law Review, Vol:29, Issue 4-5, 1988, s. 909-910.

⁴⁰ **Knowlton**, s. 912. Örneğin, bir kimsenin tehdit ve şantaj amacıyla, kendisiyle yapılan iletişimi gizlice kayıt altına alması 2511 (2)-d’nin yasakladığı hukuka aykırı bir amaçtır.

geçerli olduğu yerlerde, iletişimin taraflarından biri mağduru olduğu suç dolayısıyla delil elde etmek için iletişimi gizlice kayıt altına alabilir ve bunları mahkemede delil olarak kullanabilir.

(ii) Karşılıklı rıza (all-party-consent) sistemi: Bu sisteminin geçerli olduğu devletlerde ise, iletişime yapılan müdahalenin hukuka uygunluğu, yine iletişime taraf olan herkesin onayına (*consent of all parties*) bağlıdır⁴¹. Fakat, bu sistem içerisinde de bazı istisnalara yer verildiği görülmektedir. Örneğin, tarafların bilgisi dışında iletişimin kayda alınmasını suç olarak düzenleyen Kalifornia Ceza Kanununda, gasp, adam kaçırma veya kişilere karşı suçlardan herhangi birisinin işlendiği şüphesini taşıyan kimsenin, delil elde etmek amacıyla tek taraflı olarak gerçekleştirdikleri müdahalelerin suç kapsamına girmeyeceği ve bu suretle elde edilen delillerin ceza tatbikatında kullanılabilmesi hüküm altına alınmıştır (**California Penal Code**, Section 633.5). Bunun dışında, benzer bir istisnai düzenlemeye yer vermeyen ve karşılıklı rıza sisteminin benimsendiği diğer devletler bakımından, iletişime tek taraflı olarak gerçekleştirilen müdahalelerin hukuka uygunluğu tartışmalı hale gelmektedir.

Konuyla ilgisi dolayısıyla değinilmesinde fayda bulduğumuz *State v. Inciarrano* davasında, adam öldürme suçunu işleyen faili ortaya çıkaracak tek kanıt, maktulün öldürülmeden önce fail ile yapmış olduğu konuşmaları içeren teyp bandıdır. Teyp bandında geçen konuşmalar, cinayetin failinin *Inciarrano* olduğunu işaret etmektedir. Federal Yasalara göre, söz konusu kayıtlar delil olarak kabul edilebilir. Nitekim kaydı gerçekleştiren mağdur, iletişimin taraflarından biridir. Fakat olay Florida eyaletinde geçmektedir ve Florida Eyalet Yasalarına göre, **tarafların hepsinin rızası** olmaksızın doğrudan yahut herhangi bir araçla gerçekleştirilen iletişime müdahale edilmesi

Buna karşılık delil olarak polise vermek üzere, suç teşkil eden bir fiile ilişkin bilgilerin kayıt altına alınması yasaklanmamaktadır. 114. CONG. REC. 14,694-95 (1968) (Sen. Hart), (bkz. **Knowlton**, s. 912, dn:100).

⁴¹ California, Florida, Illinois, Massachusetts, Michigan, Montana, New Hampshire, Oregon, Pennsylvania ve Washington Eyaletlerinde karşılıklı rıza kuralı uygulanmaktadır. Bkz. **Doyle**, Charles: Wiretapping, Tape Recorders, and Legal Ethics: An Overview of Questions Posed by Attorney Involvement in Secretly Recording Conversation, CRS Report for Congress, 2012, (<http://www.fas.org/sgp/crs/misc/R42650.pdf>), s. 3.

hukuka aykırıdır⁴². Bu durumda olaya Florida Yasaları uygulanacak olursa, ses bandının kabul edilemez olduğuna karar vermek gerekecektir. Oysa Florida Yüksek Mahkemesi, mağdurun ofisine gelen failin, özel yaşama dair olayda *korunmaya değer haklı bir çıkarı bulunmadığı* gerekçesiyle, mağdur tarafından gizlice yapılan ses kaydının ihlal oluşturmadığına ve elde edilen kayıtların delil olarak kabul edilmesi gerektiğine karar vermiştir. Karar, gerekçe itibariyle eleştirilmektedir⁴³.

Öncelikle, karşı tarafın onayının alınması gerektiği halde, onun bilgisi dışında iletişimin kaydedilmesi adil olmadığı gibi, etik de değildir⁴⁴. Fakat, *Inciarrano* kararı her ne kadar gerekçe itibariyle eleştirilse de, sonuç itibariyle iletişime katılan herkesin rızasının arandığı sistemlerde dahi, karara konu olan olaydaki gibi istisnai bazı durumlarda, karşı tarafın onayı olmasa da, gizlice yapılan ses kaydının yasal bir delil olarak kabul edilmesi gerektiği vurgulanmaktadır. Özellikle kendisine karşı suç işlendiği ve o anda suç delili elde edebileceği konusunda makul bir şüpheye sahip olan tarafın iletişimi kayıt altına almaya yetkili olduğu belirtilmektedir⁴⁵. Aksi halde, bir suça ilişkin bilgi elde etmek üzere ses kaydı yapılmasının yasaklandığı durumlarda, bireylerin kendilerini korumasının mümkün olmayacağı ileri sürülmektedir⁴⁶.

⁴² Florida Statutes, 934.03. İletişimin taraflarının farklı federe devletlerde bulunması durumunda çıkacak ihtilafın çözümüne ilişkin olarak bkz. **Bast**, Conflict of Law, s. 175-176.

⁴³ Özel yaşama dair haklı çıkarın mekana değil, kişiye bağlı olduğu; söz konusu iletişim olduğunda, tarafların özel yaşama ilişkin hukuki menfaatlerinin varlığı sorununun mekandan bağımsız tutulması gerektiği; bu nedenle “başkasının evinde, ofisinde, vb. olan bir kimsenin, menfaatinin bulunmadığından” bahisle ortaya konan gerekçenin hatalı olduğu yönündeki eleştiri için bkz. **Bast**, Carol M.: Eavesdropping in Florida: Beware a Time-Honored But Dangerous Pastime, Nova Law Review, Vol:21:431, 1996-1997, s. 455 vd.

⁴⁴ **Bast**, Carol M.: What’s Bugging You? Inconsistencies and Irrationalities of the Law of Eavesdropping, 47 DePaul Law Review 837 (1998), s. 912.

⁴⁵ **Bast**, What’s Bugging You?, s. 912.

⁴⁶ **Bast**, s. 912; **Bast**, Nova Law Review, s. 462. Yazar bu düşüncesini desteklemek için, insanların tanıklığını yapabildiği olayları kayıt altına alamamasının mantıksızlık teşkil edeceğini; kayıtların tanık açıklamalarına göre daha güvenilir olduğunu, çünkü onların doğruluğunun sınanabilmesinin mümkün olduğunu söylemektedir (Bkz. **Bast**, Nova Law Review, s. 462). Kanımızca yazarın bu düşüncesi eleştirilmelidir. Nitekim yazarın

Şu durumda Amerikan Hukukunda, olaya daha çok menfaat eksenli yaklaşıldığı, bu kapsamda başkasına yönelik suç işlemek üzere hareket eden kimsenin haberleşme özgürlüğü ve özel yaşam noktasında korunmaya değer haklı bir çıkarının bulunmadığı, dolayısıyla bu kimselerin onayı alınmadan yapılan ses kayıtlarının hukuka uygun bir delil olarak kabul edilebileceği söylenebilir.

III. UYGULAMADAKİ YAKLAŞIM

A. Yargıtay Kararlarındaki Durum

8. Ceza Dairesi, 2009 tarihli bir kararında “*Sanığın tanıklık yaptığı dosyadaki hazırlık ve mahkeme beyanları arasında çelişki bulunmadığı, katılan ile yaptığı konuşmanın katılan tarafından gizli olarak kasete kaydedildiğinden hukuka aykırı delil niteliğinde olup, hükme esas alınamayacağı*” yönündeki ilk derece mahkemesinin gerekçesini yerinde bulmuştur⁴⁷. Söz konusu kararın, suçun aydınlatılması sürecinde gizli olarak yapılan iletişim kayıtların hukuka aykırılığına vurgu yaptığı söylenmelidir.

Diğer taraftan, 2. Ceza Dairesi, dinleme kararı olmaksızın sövme ve tehdit içeren telefon görüşmesinin şikâyetçi tarafından kayda alınmasını hukuka aykırı bulan ilk derece mahkemesi kararını bozarak, böyle bir durumda şikâyetçinin gizlice kayıt yapabileceği ve -sanığa ait olduğu ortaya konulduğu müddetçe- kayıtların hukuka uygun bir delil olarak kabul edilebileceği yönünde bir sonuca varmıştır⁴⁸.

kendisi tarafından da belirtildiği üzere (bkz. **Bast**, Nova Law Review, s. 465; **Bast**, What’s Bugging You?, s. 912) diğer katılımcıların haberi olmaksızın iletişimin kayıt altına alınması adil bir durum değildir. Dolayısıyla buradaki sorun, delilin güvenilirliğinden ziyade, delilin elde edilmiş şekli bakımından “**gizli ses kaydı**” yapılabileceğine ilişkin genel kuralın, *kişilerin manevi varlığı, özel yaşam, haberleşme hürriyeti* karşısında ne ölçüde kabul edilebileceğine, yani sınırlarına ilişkindir.

⁴⁷ **8. CD., 9.11.2009, E. 2009/9930, K. 2009/13934.**

⁴⁸ “*Soruşturma aşamasında 31.05.2005 tarihli tutanak ile çözümü yapılan ve şikâyetçi tarafından kayda alınan teyp kasetine göre, şikâyetçi ile görüşen kişinin telefonda şikâyetçiye sövme ve tehdit içeren sözler söylemesi karşısında, sanık tarafından inkar edilen bu görüşmedeki şahsın sanık olup olmadığı araştırılıp, sonucuna göre sanığın hukuki durumunun değerlendirilmesi gerekirken, dinleme kararı olmadan iki kişi arasında*

Konuyu tekrar 2011 tarihli bir Ceza Genel Kurulu kararında ele alan Yargıtay, somut olayda telefon görüşmelerinin kaydedilmesini hukuka uygun kabul eden, emsal bir içtihat ortaya koymuştur. Karara konu olan olayda, katılan aleyhine verilen (X) İcra Mahkemesi kararını, Yargıtay aşamasında lehine dönüştürebileceğini söyleyen sanıklar, yetkili olmadıkları bu iş için müştekiden 600.000 Euro para istemiş; katılan ise sanıklarla aynı ortamda ve telefonda yaptığı görüşmeleri cep telefonuna kayıt ederek, söz konusu kayıtları delil olarak ileri sürmüştür. Bu kayıtların hukuka uygun, geçerli bir delil olduğu sonucuna varan Ceza Genel Kurulu ise, duruma şu şekilde açıklık getirmiştir:

*“Somut olay bu kapsamda değerlendirildiğinde; **henüz yasaya göre yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilerek soruşturmaya başlanılmayan bir dönemde** katılanın kendisinden rüşvet istedikleri gerekçesiyle sanıklar ile aynı ortamda ve telefonda yaptığı görüşmeleri cep telefonuna kayıt etmek suretiyle elde ettiği kayıtların **5271 sayılı CYY’nın 135. maddesi kapsamında değerlendirilmesi olanağı bulunmamaktadır.***

Dolayısıyla, katılanın kendisinden rüşvet istedikleri gerekçesiyle sanıklar ile aynı ortamda ve telefonda yaptığı görüşmeleri cep telefonuna kayıt etmek suretiyle elde ettiği kayıtların Yargıtay 5. Ceza Dairesi tarafından 5237 sayılı CYY’nın 135. maddesi kapsamında değerlendirilmesi ve hâkim kararı olmaksızın gerçekleştirildiklerinden bahisle hukuka aykırı kabul edilmesi isabetli değildir.

*Diğer taraftan, katılan tarafından elde edilmiş olan kayıtların 5237 sayılı TCY’nın Özel Hükümler başlıklı İkinci kitabının kişilere karşı suçlar başlıklı ikinci kısmının dokuzuncu bölümünde düzenlenen **özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar kapsamında kabulü de olanaklı değildir.***

*Zira katılan eylemi bir başkasının özel hayatına müdahale olmayıp, kendisine karşı işlendiğini düşündüğü suçla ilgili olarak **kaybolma***

geçen telefon görüşmesinin teybe alınmasıyla elde edilen delilin 5271 sayılı CMK’na göre geçerli delil niteliğinde olmadığından bahisle yasal olmayan gerekçe ile atılı suçlardan beraat kararı verilmesi... bozmayı gerektirmiştir.” 2.CD., 22.01.2009, E:2008/11929, K:2009/922, (www.kazanci.com).

olasılığı bulunan kanıtların kaybolmasını engelleyerek, yetkili makamlara sunmak amacıyla güvence altına almaktır.

Kişinin kendisine karşı işlenmekte olan bir suçla ilgili olarak, bir daha kanıt elde etme olanağının bulunmadığı ve yetkili makamlara başvurma imkanının olmadığı ani gelişen durumlarda karşı tarafla yaptığı konuşmaları kayda alması halinin hukuka uygun olduğunun kabulü zorunludur.”⁴⁹

İletişimin tarafını oluşturan kişilerin yapmış oldukları gizli ses kayıtlarının, hukuka uygun bir delil olarak kabul edilip edilemeyeceği problemi, hukuk daireleri tarafından da ele alınmaktadır. Örneğin, hizmet nedeniyle emniyeti suiistimal suçundan hakkında kamu davası açılan davalı, suça konu parayı ödediğini kanıtlamak amacıyla, davacı ile gerçekleştirdiği bir telefon konuşmasını banda kaydederek, ceza davasında bunları delil olarak ileri sürmüştü de, bu kayıtlar ceza mahkemesince değerlendirilmeye alınmamıştır. Bu noktadan hareketle, söz konusu kayıt fiilinin hukuka aykırı nitelik taşıdığını ve tazminata konu edilmesi gerektiğini belirten 4. Hukuk Dairesi aynen;

“Dosyadaki kanıtlar itibarıyla, davaya konu edilen ses kayıtlarının yasa dışı yollarla, gizlice elde edildiği anlaşılmaktadır. Gizli yollardan ses kaydedilmesi, davacının gizli kalması gereken ve açıklanmasında kamu yararı bulunmayan özel yaşamı ile ilgili sırların dışarıya yansıtılması kişilik değerlerine saldırı teşkil eder. Şu durum karşısında davalının eyleminin davacının kişilik haklarına saldırı oluşturduğunun

⁴⁹ CGK, 21.06.2011, E:2010/5-182, K:2011/131, (www.kazanci.com). Yine, aynı yorumun benimsediği yeni tarihli bir kararda, “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 veya şantaj gibi)bir suç söz konusu olduğunda ya da kendisine veya aile birliğine yönelik, 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, konuşma ve haberleşme içeriklerini veya özel hayata ilişkin ses ve görüntülerini dinleme, izleme ya da kaydetme eylemlerinin hukuka aykırı olduğunu kabul etmek mümkün olmadığı...” belirtilmiştir. (bkz 12. CD, 11.9.2012, E. 2012/20608, K. 2012/18217, www.kazanci.com).

kabulü ile davacı yararına tazminata hükmedilmesi gerekirken yazılı şekilde istemin tümden reddedilmiş olması doğru görülmemiş, bu nedenle kararın bozulması gerekmiştir.”⁵⁰

Belirtmek gerekir ki, getirdiği ölçütler ve konuyu ele alış tarzı itibariyle **21.06.2011 tarihli Ceza Genel Kurulu kararı**, konumuz bakımından önem arz etmektedir. Dolayısıyla söz konusu karara yönelik eleştirilerimiz için ayrı başlık açmayı uygun görüyoruz.

B. 21.06.2011 Tarihli Ceza Genel Kurulu Kararının Eleştirisi

(i). Ceza Genel Kurulu 21.6.2011 tarihli emsal kararında⁵¹, iletişimin diğer tarafını oluşturan kimselerce yapılan telefon kaydının, “*özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı bir suç oluşturmadığı, nitekim eylemin bir başkasının özel hayatına müdahale niteliğinde olmadığını*” belirtmiştir. Öncelikle mağdur tarafından yapılan iletişim kaydının özel hayata müdahale niteliği taşımamasının, “**suçun**” oluşmamasına bağlanması kanımızca eksikliklidir. Nitekim, bu şekilde gerçekleştirilen iletişim kayıtlarının “**kişilik hakları ve haberleşme hürriyeti**” karşısında, kural olarak “haksız bir fiil” olup olmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir. Görüşümüzü ortaya koyarken de değineceğimiz üzere, iletişimin tek taraflı olarak kayıt altına alınmasındaki temel sorun, söz konusu yöntemin suç teşkil edip etmemesinden ziyade, kişilik hakları üst başlığı altında hukuka uygun bir yöntem olup olmadığıdır.

⁵⁰ **4. HD., 28.01.2008, E: 2007/3573, K:2008/650**, (Karar için bkz. **Kaymaz**, s. 297, dn.788). “Dava konusu olayda; davacı avukatın, önceki vekil edeni olan dava dışı A.’ün hile ile avukatlık ücret sözleşmesi imzalattığını kanıtlamak amacıyla, davacının evinde isteği dışında gizlice sesini kaydettiği, daha sonra davacının ses kaydı bulunan CD’yi davalının avukatı B.’e vermiştir. Davalı avukat, konuşmaların gizlice kaydedilmesi nedeni ile CD’nin Ceza Muhakemesi Yasası’nun 206/2-a ve 217/2 maddeleri uyarınca hukuka uygun elde edilmiş delil niteliği taşımadığını bilmesi gerekir. Dosyadaki kanıtlardan; ses kaydının yasaya aykırı olarak, gizlice elde edildiği anlaşılmaktadır. Gizli yollardan ses kaydedilmesi, davacının gizli kalması gereken ve açıklanmasında kamu yararı bulunmayan özel yaşamı ile ilgili sırların dışarıya yansıtılması, davacının kişilik haklarına saldırı oluşturur.” **4. HD., 23.6.2010, E. 2009/8119, K. 2010/7573**, (www.kazanci.com).

⁵¹ **CGK., 21.06.2011, E:2010/5-87, K:2011/131**, (www.kazanci.com).

(ii). Mağdur tarafından yapılan iletişim kayıtlarının, özel hayata bir müdahale olmadığı yönünde varılan bu sonucun, **“Kişinin kendisine karşı işlenmekte olan bir suçla ilgili olarak, bir daha kanıt elde etme olanağının bulunmadığı ve yetkili makamlara başvurma imkânının olmadığı ani gelişen durumlarda”** geçerli olacağı belirtilmiştir. Şu halde Yargıtay, kendisine karşı işlenmekte olan suça ilişkin delil elde etmek amacıyla yapılan kaydın hukuka uygunluğunu iki koşula bağlamıştır:

- Bir daha kanıt elde etme olanağının bulunmaması ve
- Yetkili makamlara başvurma imkânının olmadığı ani gelişen durumların varlığıdır.

Ceza Genel Kurulu'nun vermiş olduğu kararın bütününden çıkan sonuç, aslında karşı tarafın bilgisi ve rızası dışında gerçekleştirilen kaydın, kural olarak hukuken tasvip edilmesinin mümkün olmadığı yönündedir. Nitekim, mağdur tarafından yapılan kaydın hukuka uygunluğunun yukarıdaki iki koşula bağlanarak, gerçekte bir **“istisnai durum”** yaratılması, bu sonuca ulaşmayı haklı kılmaktadır. Oysa, kararda öncelikle iletişim kaydının, diğer katılımcının bilgisi dışında tek taraflı olarak gerçekleştirilmesinin, **“kural olarak”** hukuka uygun olup olmadığı tespit edilmeli; -eğer hukuka uygun olmadığı sonucuna varılsa- sonrasında davaya konu özel durum, somut olayın koşulları dikkate alınarak, ayrıca değerlendirilmeliydi. Böylece kural-istisna arasındaki bağlantı net bir şekilde gözlemlenebilir, içtihat niteliği taşıyan bu karar, konuya ilişkin aynı veya benzer sorunların çözüme kavuşturulmasında çok daha etkin ve sağlıklı bir rol oynayabilirdi.

(iii). Diğer taraftan, sistematik açıdan eksik olduğunu düşündüğümüz bir diğer husus, doktrinde ileri sürülen meşru savunmaya ilişkin görüşlere karar gerekçesinde yollama yapılırken, meşru savunma kurumunun olaya uygulanabilirliğinin söz konusu görüşlerden bağımsız olarak tartışma konusu yapılmamış olmasıdır. Oysa, kararda varılan kanaati desteklemek için kaynak gösterilen görüşlerin dayandığı gerekçelerin ele alınması ve meşru savunma kurumunun olayda uygulanabilirliğinin tartışılarak, konunun aydınlatılması metodolojik açıdan bir gereklilik olarak karşımıza çıkmaktadır.

(iv). Önemle vurgulamak gerekir ki, Ceza Genel Kurulu'nun söz konusu kararında, yapılan kayıtların hangi durumlarda hukuka uygun sayılabileceği tartışılıp, belirli kıstaslar ortaya konulmuşsa da, **SOMUT OLAYIN**

BELİRLENEN BU KISTASLARA UYUP UYMADIĞI TARTIŞMA KONUSU YAPILMAMIŞTIR(!) Karar gerekçesinde suçun nerede ve ne zaman işlendiği, telefon kayıtlarının hangi zaman diliminde ve kaç kere yapıldığı değerlendirme konusu yapılmadan; karara konu olayın ani gelişen bir durum olup olmadığı ile bir daha kanıt elde etme ve yetkili makamlara başvurma imkânının bulunup bulunmadığı sağlıklı bir şekilde tespit edilemez.

Şu durumda, mağduru olunan bir suç nedeniyle, iletişimin taraflarını oluşturan kimselerce yapılan kayıtların, hukuka uygun elde edilmiş bir delil olup olmadığı noktasında teorik düzlemde -her ne kadar eksiklikler olsa da- faydalı bir inceleme sunan karar, bu hususta varmış olduğu sonucun somut olaya uygulanabilirliği konusunda tatmin edici bir değerlendirmede bulunmamıştır. Kanımızca, karar gerekçesinde ani gelişen bir durumun mevcudiyeti ile bir daha kanıt elde etme ve yetkili makamlara başvurma imkânının varlığına ilişkin koşulların gerçekleşip gerçekleşmediği, somut olayın cereyan ediş şekliyle ilişkilendirilmek suretiyle ortaya konulmalıydı⁵². Bu husustaki eksiklik, kararda ortaya konulan koşulların benzer olaylar bakımından da uygulanabilirliğinin tespitinde hataya düşülmesine, yani kararın yanlış okunmasına yol açabilir. Nitekim, 4. Hukuk Dairesi sonraki tarihli bir kararında; aralarındaki bir dava için **DELİL ELDE ETMEK ÜZERE**, özel muayenehanesine gittiği davacı ile yaptıkları konuşmalarını gizlice ses kayıt cihazı ile kaydeden davalının fiilini, sözü geçen “**2011 tarihli Ceza Genel Kurulu kararına dayanarak**”, hukuka uygun bulmuştur⁵³. Karara göre:

“Uyuşmazlığın çözümünde, sunulan kayıtların hukuka aykırılık oluşturup oluşturmadığı irdelenmelidir. Konuya ilişkin olarak Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 21.06.2011 gün ve 2010/5-187 E - 2011/131 K sayılı kararında da: “Kişinin kendisine karşı işlenmekte olan bir suçla ilgili olarak bir daha kanıt elde etme olanağının bulunmadığı ve yetkili makamlara başvurma imkanının olmadığı ani gelişen durumlarda karşı

⁵² Nitekim kararda kullanılan muhalefet şerhinde, “beş ayı” aşkın bir süreyle kayıt yapıldığı gerekçesiyle elde edilen kayıtların hukuka aykırı olduğu belirtilmiştir. Süreye ilişkin bu bilgiye yalnızca muhalefet şerhinden ulaşılabilmesi, karar konu olayın eksik incelendiğinin kanıtını oluşturmaktadır.

⁵³ 4. HD., 20.06.2012, E. 2011/4664, K. 2012/10806, (www.kazanci.com).

*tarafı yaptığı konuşmaları kayda alması halinin hukuka uygun olduğunun kabulü zorunludur.” denilerek **delil amaçlı ve kişinin kendisine yönelen eylemler nedeniyle ses kaydı yapılmasının hukuka uygun olduğu kabul edilmiştir.***

4. Hukuk Dairesi'nin anılan kararına konu olan bu olay ile aynı dairenin önceki tarihli, kararlarına konu olaylar benzerlik göstermesine rağmen, Ceza Genel Kurulu'nun 21.06.2011 tarihli içtihadından sonra, iletişimin gizlice kayda alınmasının hukuka uygun yöntem olarak kabul etmesi kanımızca bir değerlendirme hatasıdır. Bu noktada şiddetle vurgulamak gerekir ki, ani gelişen bir durum ve başka suretle delil elde etme koşullarını bertaraf edencesine, Ceza Genel Kurulu kararında varılan sonucu, “**DELİL ELDE ETME AMACINA YÖNELİK KAYIT FİİLLERİ HUKUKA UYGUNDUR**” şeklinde okumak sonuçları ağır bir yanıştır. Bu yanışa düşülmesinde, Ceza Genel Kurulu kararındaki somut olayın koşullarıyla, varılan teorik düşüncenin hangi noktalarda örtüştüğüne ilişkin sağlıklı bir değerlendirme yapılmamış olmasından ileri geldiğini düşünmekteyiz. Bu vesileyle, yargı kararlarına konu olan olayların eksik bir şekilde ortaya konulmasının, kararların yerindeliğinin test edilmesini zorlaştırdığını; bu nedenle davaya konu olayların gelişim sürecinin, kararlara yansıtılmasının önemine dikkat çekmek istiyoruz. Şüphesiz, olay anlatımından ibaret olan bir gerekçe “sözde gerekçe” olmaktan öteye gidemez⁵⁴. Fakat, olayın meydana geliş şeklinin anlaşılamadığı ve bu nedenle, varılan hukuki sonuçla, karara konu olayın ilişkilendirilemediği bir gerekçe de, kendisinden beklenen faydayı sağlayamaz.

IV. KURAL OLARAK İLETİŞİMİN KARŞI TARAFIN BİLGİSİ DIŞINDA KAYDEDİLMESİNİN HUKUKA AYKIRILIĞININ TESPİTİ

A. Ön Açıklama

Bir duruma ilişkin istisna oluştururken, öncelikle istisnaya konu kuralın ortaya konulması gerekmektedir. Şu durumda ilk önce iletişimin tarafla-

⁵⁴ **Başbüyük**, İsa: Yargının Etkinliğinin Arttırılmasında Gerekçenin Rolü, Prof. Dr. Erdal Onar Armağanı, C:II, 2013, s. 1510-1513.

rından birinin, diğer tarafın bilgisi ve rızası dışında tek yanlı olarak iletişimi kayda almasının hukuka uygun olup olmadığı, HUKUK DÜZENİNİN BÜTÜNÜ göz önünde bulundurulmak suretiyle tartışılmalıdır. Eğer bunun hukuka aykırı olduğu sonucuna varılırsa, ikinci aşamada tehdit, hakaret, cinsel taciz vb. suçlara ilişkin delil elde amaçlı iletişimin kayıt altına alınması ayrıca değerlendirilmeli ve varsa şartları ona göre belirlenmelidir.

B. Ceza Normları Bakımından Değerlendirme

Haberleşme hürriyetini korumak amacıyla TCK m.132'de, *haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu* düzenlenmiştir. Düzenlemeye göre, haberleşmenin gizliliğini ihlal eden davranışlardan birinci fıkra kapsamında, "*kişiler arasındaki haberleşme içeriklerinin kaydı*" unsuruna yer verilmiştir. Bu unsur, suçun oluşması için haberleşmenin (yani iletişimin) tarafı olmayan üçüncü bir kişinin varlığını zorunlu kılar⁵⁵. Maddenin üçüncü fıkrasında ise bir kimsenin kendisiyle yapılan haberleşmenin içeriğini diğer tarafın rızası olmadan "*alenen ifşa etmesi*" suç olarak düzenlenmiştir. Bu durumda, haberleşme içeriğinin karşı tarafın bilgisi dışında tek taraflı olarak kaydedilmesi, madde kapsamında herhangi bir suç tipini ihlal etmemektedir.

Diğer taraftan, herhangi bir vasıta kullanmaksızın, yüz yüze gerçekleştirilen iletişimlerin bakımından ise TCK m.133'deki *kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması suçu* dikkate alınmalıdır. Düzenlemeye göre, "*Taraflardan herhangi birinin rızası olmaksızın*" kişiler arasındaki konuşmanın kayda alınması, suç teşkil etmektedir. TCK m.132'de olduğu gibi, bu suç tipinin de ancak konuşmaya taraf olmayan üçüncü bir kişi tarafından ihlal edilmesi mümkündür⁵⁶.

⁵⁵ Soyaslan, Doğan: Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2005, s. 268; Tezcan/Erdem/Önok, s. 495; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler, s. 497; Zafer, Özel Hayat, s. 90; Yokuş-Sevük, Handan: Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçu, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S.16-19, 2007-2008, s. 172; Özgenç, İzzet: Haberleşmenin, Kişiler Arası Aleni Olmayan Konuşmaların ve Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçları, in: Ceza Hukuku'nun Güncel Sorunları, (Kolokyum 8 Ekim 2010), s. 121; Koca, s. 68.

⁵⁶ Zafer, Özel Hayat, s. 144.

Bunların dışında, korunan hukuki değerden hareketle, tek taraflı olarak gerçekleştirilen kaydın, TCK m.134'teki *özel hayatın gizliliğini ihlal suçu* kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği sorusu da akla gelebilir. Özel hayat, kişinin umumi hayatından daha dar bir çevreyi içine alan, yalnız ilgili şahıslar tarafından bilinebilen, yakınları, dostları ile paylaştığı ve özellikle kamudan gizlediği faaliyet ve ilişkileri olarak tanımlanabilir⁵⁷. Bu çerçevede, bir kimsenin neyi, kime, nasıl bir şekilde söyleyeceği konusunda çizdiği sınırların karşı tarafça, onun rızası olmaksızın esnetilmesi özel hayatın gizliliğini gündeme getirebilecektir⁵⁸. Görüldüğü üzere, burada özellikle gösteren nokta, iletişimin konusunu yani içeriğini oluşturan özel yaşam alanına dâhil unsurların, üçüncü kişilerin bilgisine sunulması olduğu için, iletişimin kayıt altına alınması tek başına özel hayatın gizliliğini ihlal suç tipini oluşturmamaktadır.

Ara Sonuç: Yapmış olduğumuz açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, TCK'da iletişime konu aleni olmayan konuşmaların, karşı tarafın rızası olmaksızın kayıt altına alması, herhangi bir suç tipini ihlal etmemektedir. Fakat bir fiilin suç teşkil etmemesi, o fiilin hukuka uygun olduğu anlamına gelmez. Nitekim hukuka aykırılık suç olgusunu da bünyesinde barındıran üst bir kavramdır. Buna göre, bir delilin elde edilmiş yönteminin herhangi bir suç tipini ihlal etmemesi, söz konusu delilin hukuka uygun bir yöntemle elde edildiği anlamına gelmez. CMK m.217'de "**HUKUKA UYGUN YÖNTEMLE ELDE EDİLMİŞ**" delilin varlığı arandığına göre, bizim için önemli olan husus, iletişimin tek taraflı olarak kaydedilmesinin hukuka aykırı bir yöntem olup olmadığı, hukuk düzeninin bütününe göz önünde bulundurulmak suretiyle tespit edilmesidir. Şu durumda, iletişimin tek taraflı olarak kaydedilmesinin hukuka uygunluğu sorunu, bir sonraki aşamada "kişilik hakları" kapsamında ele alınmalıdır.

⁵⁷ **Okur**, Nurdan: Anayasa Hukuku Açısından Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması, Yayınlanmamış Doktora Tezi, GÜSBE, Ankara 2010, s. 6.

⁵⁸ Özel hayatın gizliliğinin korunması, bireysel özelliklerin ve bireysel seçme hürriyeti bilincinin gelişmesi bakımından zorunludur. Birey, kime, neyi, ne zaman açıklayacağını, neleri kendisinde saklı tutacağını kendi hür iradesiyle belirleyemiyorsa, seçimde bulunma, kendi hayatına dilediği gibi yön verme hürriyetinden de yoksundur (Bkz. **Okur**, s. 7). Haberleşmenin gizliliği ile özel hayatın gizliliği arasında sıkı bir ilişkinin bulunduğu konusunda bkz. **Özgenç**, Haberleşmenin Gizliliği, s. 117.

C. Kişilik Hakları Bakımından Değerlendirme

Temel hak ve özgürlükler içerisinde önemli bir yer tutan haberleşme hürriyeti, özel hayatın gizliliğinin bir unsuru olarak Anayasa'nın 22. maddesinde düzenlenmiştir⁵⁹. Bu kapsamda, haberleşme hürriyeti, hak öznesinin dilediği kimselerle dilediği biçimde haberleşmesinin engellenememesi ve bu haberleşmenin “**ilgililerin rızası olmadıkça**” diğer kimselerin müdahale alanlarından korunmasını ifade eder⁶⁰. Buradaki “ilgililer” kavramından kimlerin anlaşılması gerektiği, sorunun çözümü bakımından önem arz etmektedir. Belirtmek gerekir ki, haberleşme hürriyeti hem haberleşmenin içeriği hem de haberleşmenin yol ve yöntemleriyle ilişkili bir husus olarak karşımıza çıkmaktadır⁶¹. Şu halde, en az iki taraflı bir iletişim faaliyetini konu edinen haberleşme hürriyeti, konuşmanın içeriği önem taşımaksızın⁶², haberleşmenin tarafı olan **HER BİR KİMSE** bakımından koruma alanı oluşturmaktadır. Bu koruma alanı, taraflardan birinin rızasını yeterli gören bir düzenlemeye yer verilmediği müddetçe, iletişimi kayıt altına alınan diğer tarafın rızasının varlığını gerektirir. Nitekim iletişimin hukuka uygun bir şekilde kayıt altına alınmak istendiği durumlarda (örneğin bir banka görevlisi ile müşteri arasındaki telefon konuşmasının kayda alınması), bu hususun karşı tarafa bildirilmesi ve ilgili tarafın rıza göstermesi halinde görüşmeye kayıt altında devam edilmesi, vardığımız sonucu destekleyen bir uygulamadır⁶³.

⁵⁹ Any m.22: “(1) Herkes, haberleşme hürriyetine sahiptir. Haberleşmenin gizliliği esastır. (2) Milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş hakim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; haberleşme engellenemez ve gizliliğine dokunulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hakim onayına sunulur. Hakim, kararını kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, karar kendiliğinden kalkar.(3)İstisnaların uygulanacağı kamu kurum ve kuruluşları kanunda belirtilir.”

⁶⁰ **Kabaoğlu**, İbrahim: Özgürlükler Hukuku, 2002, s. 297; **Yokuş-Sevük**, s. 162.

⁶¹ **Gülsoy**, M. Tefrik: Haberleşme Hürriyetinin Anayasal Çerçevesi, in: Ceza Hukuku'nun Güncel Sorunları, (Kolokyum 8 Ekim 2010), s. 31.

⁶² **Gülsoy**, s. 31.

⁶³ Telefon görüşmeleri karşı tarafın açık izni halinde banda kaydedilebilir. Örneğin, konuşmanın başında “size daha iyi hizmet edebilmek için sesinizi kaydediyoruz” denilmesinin

Burada anti-tez olarak, “*Zaten iletişimin içeriğine muhatap olan tarafın, üçüncü kişilere açıklamadığı sürece iletişimi kaydetmesi tek başına haberleşme hürriyetini zedeleyen bir durum değildir.*” şeklinde bir görüş ileri sürülebilir ise de, kabul etmek gerekir ki kayıt altına alınan yaşam ile kayıt altına alınmayan bir yaşam arasında ciddi bir fark vardır⁶⁴. Bu nedenle, mevcut Anayasal ve yasal düzenlemeler karşısında, yapmış olduğu konuşmaların kayıt edilmek suretiyle sabitlendiğini, diğer bir ifadeyle konuşmalarına kalıcılık kazandırıldığını bilmek, iletişimin diğer tarafını oluşturan kimsenin en doğal hakkıdır. Aksi, kişilik haklarını ihlal eder⁶⁵.

Her ne kadar yöntemleri farklı olsa da, haberleşme aracıyla gerçekleştirilen konuşmaların korunmasını haklı kılan kişisel menfaatler, yüz yüze gerçekleştirilen konuşmalar bakımından da geçerliliğini korumaktadır. Kaldı ki, TCK m.133’deki “*tarafardan herhangi birinin rızası olmaksızın*” ifadeyiyle, konuşmaların kayda alınmasının hukuka uygun hale gelebilmesi için, rıza gösterilmesi konusunda *tarafaların hepsinin*⁶⁶ birlikte hak sahibi kılınmış

ardından, konuşulanların banda kaydedilmesi halinde, bu bant kayıtları her iki tarafça da delil olarak kullanılabilir. Nitekim, ikaza rağmen karşı tarafın konuşmaya devam etmesi, kayda rıza göstermiş sayılacaktır. Bkz. **Pekcanitez**, Hakan: Medeni Usul Hukuku’nda Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilen Delillerin Değerlendirilmesi, Haluk KONURALP Anısına Armağan, 2009, s. 845-846. Yazarın vermiş olduğu örnek, rıza olmaksızın, iletişimin tek taraflı olarak kayda alınmasının hukuka aykırı bir yöntem olduğunu açıkça ortaya koymaktadır.

⁶⁴ Özellikle kayıt halinde, yaşanan hayat, olaylar sabitlenmekte ve kalıcı hale getirilmektedir (bkz. **Zafer**, Özel Hayat, s. 184).

⁶⁵ Konuya “*kişiliği serbestçe geliştirme hakkı*” çerçevesinde yaklaşan 1960 tarihli Alman Federal Mahkeme kararında konuşanın sesinin kaydedilip kaydedilmeyeceğini yalnızca kendisinin tespit etmesi gerektiği; aksi halde sesinin kaydedilip kendisine karşı kullanılacağı bilinci içinde yaşamının bireylerin düşüncelerini özgürce açıklamalarını engelleyeceği; bu durumun ise insanların konuşma biçimlerini etkileyerek birbirleriyle olan iletişimlerini zehirleyeceği vurgulanmıştır (Karar için bkz. **Sağlam**, s. 108). Gerçekten, kişinin hayatının belirli bir kesitinde (özel hayatında) kendisini korkusuzca ifade etmesi ve bu sayede kişiliğini geliştirmesi esastır. Kişinin özel hayat alanında değerlendirilen faaliyetleri yaparken veya bu faaliyetleri yerine getirirken çıkardığı seslerin izlenmesi, ses ve görüntü kaydeden aletlerle kaydedilmesi onun korkusuz bir şekilde bu faaliyetlerde bulunmasını engeller (bkz. **Zafer**, Özel Hayat, s. 184).

⁶⁶ Her ne kadar, gerekçe ve amaçsal yorum bu sonuca ulaşmayı haklı kılıyorsa da, kanımızca “*tarafardan herhangi birisinin rızası olmaksızın*” ifadesi doğru bir kullanım

olması, aslında konuşulanların kayıt altına alındığının bilinmesinde tarafların hepsinin menfaatinin bulunduğunu doğrulamaktadır. Buna göre, ister üçüncü kişi, ister konuşmaya katılanlarca olsun, bireylerin, karşısındakiyle yaptığı konuşmalarına kalıcılık kazandırıldığını bilmesi, Anayasa'nın 27. maddesinde düzenlenen kişinin manevi varlığı ile de yakından ilişkili bir husus olarak karşımıza çıkmaktadır.

Ara Sonuç: Her ne kadar, ceza kanunlarından tanımlanmış bir suç tipini ihlal etmese de, aleni olmayan konuşmaların kayıt altına alındığının bilinmesi kişilik haklarının gereğidir. Burada çıkan anlama göre: **(1)** Haberleşme (iletişim) her iki taraf bakımından bir haktır; **(2)** Bu hakka yapılacak müdahale, kanuni istisnalar haricinde, **kural olarak** taraflardan her birinin bilgisi ve rızası dâhilinde olmalıdır. Haberleşmenin korunmasına esas teşkil eden hukuki yararlar, yüz yüze gerçekleştirilen konuşmaya katılan kimselerin yararlarıyla benzerlik gösterdiğinden; aynı kural söz konusu konuşmaya katılanlar bakımından da geçerliliğini korumaktadır. Fakat bu kuralın, suçun/suçlunun ortaya çıkarılması için iletişimin delil elde etmek

teşkil etmemektedir. Şöyle ki, hükmün karşıt anlamından “**taraflardan birinin rızasına dayanmak**”, “**taraflardan birinin rızasını almak**” suretiyle yapılan kayıtların hukuka uygun sayılabileceği yönünde, farklı bir yorum çıkarılabilmesi de mümkündür. Böylece, söz konusu yanlış kullanım, haberleşmenin gizliliğinde olduğunun aksine, kişiler arası yüz yüze konuşmalar bakımından, taraflardan “**herhangi birinin rızasının**” yeterli görülerek, -tıpkı ABD Federal Yasaları'nda olduğu gibi-, tek taraflı rıza sisteminin (*one-party-consent*) benimsendiği şeklinde bir algı oluşturmaya müsaittir. Taraflardan birinin rızasının, üçüncü kişinin bir konuşmayı kaydetmesini hukuka uygun hale getirebileceği şeklindeki yorum, söz konusu konuşmanın rıza gösterme yetkisine sahip olan tarafça bizzat kayıt altına alınmasının evleviyetle kabulünü gerektirir. Oysa normun amacı ve gerekçe, bu yoruma ters düşmektedir. Kabul edileceği üzere, TCK m.133/1'deki kayıt fiilini hukuka uygun kılmaya noktasında, taraflardan hepsinin birlikte rızasının aranacağını belirtmek için bu ifadeye ihtiyaç bulunmamaktadır. Nitekim, TCK m.132/1 bakımından benzer bir ifadeye yer verilmemiş olmasına rağmen, aynı sonuca ulaşılabilmektedir. Çünkü söz konusu düzenlemenin, iletişime katılan herkesin hukuki yararını koruması, kayıt fiillerinin de iletişime katılan herkesin onayıyla hukuka uygun hale geleceği sonucunu ortaya koymaktadır. Dolayısıyla, TCK m.133/1'den söz konusu ifadenin çıkarılmasının; eğer ki, bizce gerekli olmayan bu ifadeye mutlaka suç tipinde yer verilmek isteniyorsa, ifadenin “**taraflardan her birinin rızası olmadan**” yahut “**tarafların rızası olmaksızın**” şeklinde değiştirilmesinin amaca daha uygun olacağını düşünüyoruz.

amacıyla kayıt altına alınmasına bir engel oluşturup oluşturmayacağı, hukuka aykırılığı ortadan kaldıran sebepler çerçevesinde ayrıca değerlendirilmelidir.

V. BİR SUÇA İLİŞKİN DELİL ELDE ETMEK AMACIYLA İLETİŞİMİN KAYIT ALTINA ALINMASININ HUKUKA UYGUNLUĞU SORUNUNA İLİŞKİN GÖRÜŞÜMÜZ

Bir önceki başlıkta da belirttiğimiz gibi, “*kural olarak*” iletişim, (1) iletişime katılan herkes bakımından bir haktır ve (2) iletişime yapılacak her türlü müdahale tarafların bilgisi ve rızası dâhilinde olmalıdır. Bu kuraldan sonra, “*istisna olarak*” suçun/suçlunun ortaya çıkarılabilmesi için delil elde etmek amacıyla, taraflardan birinin iletişimi gizlice kayıt altına almasının hukuka uygun olup olmadığı iki ayrı ihtimal göz önünde bulundurularak ele alınmalıdır. Buna göre;

-I-

Mevcut yahut İleride Gerçekleşmesi Muhakkak Saldırının Bilgisini İçeren Konuşmalar Bakımından: Öncelikle konuşmanın içeriği yaşama, vücut bütünlüğüne, kişi hürriyetine vs. yapılacak bir kötülüğün bilgisini içeriyorsa, yani tehdit söz konusuysa, ileride gerçekleşmesi muhakkak saldırının önlenmesi için, konuşmanın kayıt altına alınarak yetkili makamlara sunulması meşru savunma kapsamında değerlendirilmelidir (TCK m.25/1). Nitekim kayıt fiili, ileride gerçekleştirilecek saldırının yetkili makamların bilgisine sunulup, bertaraf edilmesi amacına yöneliktir ve hukuka uygundur. Aynı şekilde konuşma mevcut olan bir saldırının bilgisini içeriyorsa, -örneğin kaçırdığı kişi için fidye isteyen failin konuşması- ipucu elde edilip, saldırı altındaki mağdurun kurtarılması için iletişimin tek tarafı olarak kayıt altına alınması da meşru savunma olarak kabul edilmelidir.

-II-

Saldırının İletişim Esnasında Sona Erdiği Diğer Durumlar Bakımından: Hakaret, cinsel taciz, kişilerin huzur ve sükûnunu bozma vb. gibi saldırının iletişim esnasında sona erdiği haller ile ileride gerçekleşmesi muhakkak bir saldırının bilgisini içermeyen şantaj, korkutma gibi kişinin iç

huzurunu bozmaya yönelik tecavüzler, yukarıda eleştirisine de yer verildiği üzere meşru savunma kapsamında ele alınmaz. Alman doktrininde de belirtildiği gibi, burada mehz Alman Ceza Kanunu'ndaki hukuka aykırılığı ortadan kaldıran zorunluluk halinin uygulanmasına bir engel olmadığı belirtilebilir.

Oysa, TCK'daki zorunluluk hali, kusurluluğu etkileyen bir hal olarak kabul edildiğinde, tehlikeyi savuşturmak için gerçekleştirilen fiil hukuka aykırı kalmaya devam edecektir. Kaldı ki, hukuka uygunluk sebebi olma özelliği taşıdığı kabul edilse dahi; TCK'daki zorunluluk halinde, StGB 34'te yer almayan “**ağır tehlike**” koşuluna yer verilmesi zorunluluk halinin uygulama alanını daraltmaktadır. Böylece kanun koyucunun, -mazeret sebebi olan zorunluluk halini düzenleyen StGB 35'te olduğu gibi-, yalnızca yaşam, vücut ve kişi hürriyetine vb. yönelik, belirli yoğunluğa ulaşan tehlikeleri TCK m.25/2 kapsamına aldığı şeklinde bir sonuç ortaya çıkmaktadır. Diğer taraftan, Borçlar Kanununda hukuka uygunluk sebebi olarak düzenlenen zorunluluk hali, açıkça mala verilen zararları koruma altına aldığı için, konumuzun kapsamı dışında kalmaktadır. Dolayısıyla, Alman Hukuku bakımından varılan bu sonucun, TCK m.25/2 kapsamında uygulama alanı bulması güç gözükmemektedir. Fakat, aynı sonuca varılabilmesi için, bu hususta iki farklı çözüm benimsenebilir:

Birincisi; söz konusu kayıt fiillerinin hukuka uygun sayılması konusunda, hukuka uygunluk sebebi olan zorunluluk haline ilişkin StGB 34'tekine bezer bir düzenlemeye yer verilmesinin mutlak bir ihtiyaç olmadığı söylenmelidir. Şöyle ki, bilindiği üzere, hukuka uygunluk sebepleri sınırlı sayı (*numerus clausus*) prensibine tabi değildir⁶⁷. Dolayısıyla, hukuka uygunluk sebepleri, hukuk düzeninin ortaya koyduğu mantık bütünlüğü içerisinde yazısız olarak da varlığını sürdürebilir. Nitekim, hukuk kaynağını yalnızca yazılı kurallardan almadığına göre, hukuka uygunluğun ölçütleri de yazılı kurallarla sınırlandırılmamalıdır. Bu çerçevede, çatışan hukuki yararlarla ilişkin olarak, bunlardan hangisine üstünlük tanınacağı konusunda yapılacak bir irdeleme sonucunda, **ölçülülük ilkesi** uyarınca üstün olan değere

⁶⁷ **Önder**, Ayhan: Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul 1992, s. 220; **Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Genel Hükümler, s. 264, **Koca/Üzülmez**, s. 216.

öncelik tanınması, hukuk mantığının bir gereğidir⁶⁸. Belirlilik ilkesine aykırı bir uygulamanın önlenmesi için, hukuka uygunluk sebeplerinin yazılı hale getirilmesinde yarar bulunduğunu kabul etmekle birlikte⁶⁹; bu hususta yazılı bir kurala yer verilmese dahi, hukukun genel mantığı, üstün olan yararın, diğer yarara feda edilmesini haklı kılmaz. Ters bir ifadeyle, üstün nitelikteki yararın, diğer yarara tercih edilmesini “hukuka aykırı” olarak nitelendirmek, hukuk düzeni içerisinde bir çelişki yaratır. Dolayısıyla, TCK m.25/2’den bağımsız olarak, somut olayda gerçekleşen kayıt fiillerinin, *menfaat dengesi* ve *ölçülülük ilkesi* (*elverişlilik, gereklilik ve oranlılık*) çerçevesinde hukuka uygun olup olmadığına, mahkeme tarafından karar verilmesi konusunda herhangi bir engel bulunmamaktadır⁷⁰. Şu durumda, iletişim esnasından (örn. telefonda) anlık olarak gerçekleşen saldırıların cezalandırılmasını sağlamak amacıyla (=üstün yararın korunması), ses kaydı yapılmaksızın delil elde etme imkânının bulunmadığı durumlarda (=elverişli ve gerekli), karşı tarafın bilgisi dışında yapılan gizli ses kaydının (=orantılı), somut olayın koşulları çerçevesinde hukuka uygun olduğunu söyleyebiliriz.

Bu yoruma karşı olarak, olayda hukuka uygunluktan söz edilebilmesi için illaki dayanak bir hükme ihtiyaç duyulduğu ileri sürülürse, *ikinci çözüm yöntemi olarak* hukuka uygunluk sebebi olan zorunluluk haline yaklaşan “yazılı” diğer hukuka uygunluk sebeplerinin soruna uygulanabilirliği tartışılabilir:

⁶⁸ Hakların çatışması teorisine göre, iki hak çatıştığında devlet bunlardan üstün olanı korur, diğerini feda eder. Üstün bir hakkın kendisine göre daha az üstün bir hakla çatışmaya girmesi halinde, iki hakkın bir arada bulunması söz konusu olmadığından, üstün hak, kendine göre daha az üstün olana tercih edilecektir. Bu nedenle, çatışan değerlerden korunmaya alınan üstünse, fiil hukuka uygun kabul edilmelidir (bkz. **Hafizoğulları**, Zeki: Türk Ceza Hukuku Sisteminde Zaruret Hali ve Üçüncü Kişiyi Kurtarma, Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi, C.28, S.1-4, Y.1971, s. 102-103; **Özbek/Doğan**, s. 202-203; **Kangal**, s. 228). *Anglo Sakson* hukuk sistemi de aynı esastan hareket edilmekte, daha üstün yararı korumak adına gerçekleştirilen fiillere izin verilmektedir (bkz. **Arnolds**, Edward B./**Garland**, Norman F.: The Defense Of Necessity In Criminal Law: The Right To Choose The Lesser Evil, The Journal Of Criminal Law & Criminology, Vol:65, No:3, 1975, s. 296 vd.).

⁶⁹ **Koca/Üzülmez**, s. 216.

⁷⁰ Konumuzdan bağımsız olarak, bu gibi durumlarda ceza hâkiminin, CMK m.223/2-d kapsamında *beraat kararı* vermesinin mümkün olduğunu da eklemek istiyoruz.

İşlenmekte olan bir suçu kayıt altına almak, tecavüze uğrayan hakkın korunması noktasında bir tedbir olarak karşımıza çıkmaktadır. Fakat bilindiği üzere, hakları ihlal edilen kimseler, ihlal edilen haklarını bizzat zor kullanarak geri alamaz. Nitekim, tecavüze uğrayan hakların korunması ve geri alınması noktasında zor kullanma yetkisi devlete aittir⁷¹. Şu halde, söz konusu yetkileri kapsayan tedbirler de kanunların çizdiği sınırlar dâhilinde devlet organları tarafından yerine getirilmelidir. Oysaki, bazı durumlarda tecavüze uğrayan bir hak için yetkililere başvurmak, işi geciktirerek hakkın korunmasını büsbütün imkânsızlaştırabilir. Bu durumu göz önünde bulunduran kanun koyucu, istisnai hallerde bireylere tecavüze uğrayan hakların korunması noktasında müdahalede bulunma yetkisi vermekte ve bu çerçevede gerçekleştirilen davranışları hukuka uygun kabul etmektedir. Bu müdahale yetkisinin kaynaklarından biri de “KENDİ HAKKINI BİZZAT KORUMA” halidir⁷².

6098 sayılı Yeni Borçlar Kanunu’nun “Hukuka Aykırılığı Ortadan Kaldıran Haller” başlığı altında yer verilen m.63/2’te, “*yetkili kamu makamlarının müdahalesinin zamanında sağlanamayacak olması durumunda kişinin hakkını kendi gücüyle koruması*” hukuka uygun bir fiil olarak düzenlenmiştir⁷³. Devamı maddede de (m.64/3), kişinin kendi hakkını bizzat korumasına ilişkin olarak “*Hakkını kendi gücüyle koruma durumunda kalan kişi, durum ve koşullara göre o sırada kolluk gücünün yardımını zamanında sağlayamayacak ise ve hakkının kayba uğramasını ya da kullanılmasının*

⁷¹ Aybay, Rona, Borçlar Hukuku Dersleri, 7. Bası, İstanbul 1981, s. 79.

⁷² Borçlar hukukunda ele alınan söz konusu hukuka uygunluk sebebi konusunda Bkz. Eren, Fikret: Borçlar Genel Hukuku, 14. Bası, Ankara 2012, s. 611-613; Akman, Servet/Burcuoğlu, Haluk/Altop, Atilla: Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul 1993, s. 488-489. Aybay, s. 79. Örneğin, jandarmanın gelinceye kadar müşterinin otelden ayrılmasını engellemek bu kapsamda değerlendirilebilir. Bkz. Oğuzman, M. Kemal/ Öz, M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 8. Bası, İstanbul 2010, s. 508.

⁷³ Kendi hakkını bizzat koruma hukuka uygunluk hali, yürürlükten kalkan Borçlar Kanunu m.52/3’te düzenlenmekteydi. Maddeye göre: “*Kendi hakkını vikaye için cebri kuvvete müracaat eden kimse hal ve mevki nazarın zamanında hükümetin müdahalesi temin edilemediği yahut hakkının ziyaa uğramasını yahut hakkının kullanılması hususunun pek çok müşkül olmasını menî için başka vasıtalar mevcut olmadığı takdirde, bir güne tazminat itasıyle mükellef olmaz.*”

önemli ölçüde zorlaşmasını önleyecek başka bir yol da yoksa, verdiği zarardan sorumlu tutulamaz.” denilerek, söz konusu hukuka uygunluk sebebinin hangi koşullarda uygulama alanı bulacağı belirtilmiştir. Buna göre, içeriği suç oluşturan iletişimi kayıt altına alan mağdurun “kendi hakkını bizzat koruma” hukuka uygunluk hali içerisinde hareket ettiğinin kabulü için:

- **Başkasının hakkına yapılan müdahalenin, bir hakkın korunması amacıyla yapılmış olması gerekir:** Hakaret, şantaj, korkutma yahut cinsel içerikli veya kişilerin huzur ve sükûnunu bozan telefon görüşmelerinin, karşı tarafın bilgisi olmaksızın mağdur tarafından kaydedilmesi şeklinde gerçekleştirilen müdahale, saldırıya uğrayan şeref, saygınlık, huzur ve sükûn yahut cinsel bütünlük/dokunulmazlık gibi hakların yetkili makamlar nezdinde korunmasını sağlama amacına yönelik bir tedbirdir.
- **Yetkili organların zamanında müdahalesinin mümkün olmaması gerekir:** O anda telefondaki sözlü saldırı anlık olarak ve yalnızca iletişimin tarafını oluşturan iki kişi arasında gerçekleştiği için böyle bir durumda yetkili organların zamanında müdahale etmesi mümkün değildir.
- **Müdahale ölçülü olmalıdır:** Hakaret, tehdit, cinsel saldırı gibi fiillerin ihlal ettiği değerler ile mağdurun telefon görüşmesini kayda almak suretiyle faile karşı ihlal edilen değer göz önünde bulundurulduğunda, fiilin ölçüsüz olduğu söylenemez. Nitekim, kayıt yapılması suç olgusunun ortaya konulması bakımından elverişli, başka yolla elde etme imkanı olmadığı için gerekli ve amaç ile araç unsuru bakımından da orantılıdır.

Koşullarının somut olaya uygulanış şeklinden de anlaşılacağı üzere, her ne kadar, hukukumuzda StGB § 34’te olduğu gibi hukuka uygunluk sebebi olan zorunluluk haline yer verilmemiş olsa da, incelemekte olduğumuz konuyla bağlantılı olarak, “*kendi hakkını koruma*” hukuka uygunluk sebebinin, “*hukuka uygunluk sebebi olan zorunluluk hali*”nin benzer bir görünüş biçimini oluşturduğu söylenebilir:

	Kendi Hakkını Bizzat Koruma (YBK m.63/2)	Hukuka Uygunluk Sebebi Zorunluluk Hali (StGB § 34)	
➤ Kişilerin telefon yoluyla gerçekleştirilecek saldırılar karşısında korumasız olması, telefon terörü	Hakkın korunmasını imkânsızlaştırması (=saldırıya açık olma)	Tehlikenin varlığı (saldırıya açık olma=devam eden tehlikelilik hali)	✓
➤ Saldırıya uğrayan (şeref, cinsel özgürlük gibi) hakların korunması	Hakkın korunması amacına yönelik olması	Hakkın korunması amacına yönelik olması	✓
➤ Saldırının anlık gerçekleşmesi	Yetkili organların zamanında müdahalesinin mümkün olmaması (=başka türlü önleme imkânsızlığı)	Tehlikenin başka türlü önlenmesinin mümkün olmaması	✓
➤ Bir tarafta haberleşme hürriyeti diğer tarafta şeref ve saygınlık, cinsel özgürlük, huzur ve sükûn	Müdahalenin ölçülü olması (=menfaatler dengesini gözetme zorunluluğu)	Tehlike altındaki yararın, ihlal edilen yarardan üstün olması	✓

Vermiş olduğumuz bilgilerden sonra, anlık olarak gerçekleştirilen konuşma içeriklerinin ortaya konulabilmesi ve bu konuşmaların ihlal ettiği hukuki yararların yetkili organlar nezdinde korunabilmesi amacıyla, iletişimin mağdur tarafından gizlice kayıt altına alınması “*kişinin kendi hakkını koruması*” çerçevesinde hukuka uygun bir fiil olarak ele alınabilir. Şu

durumda, hukuk düzeninin teklifi esas olduğuna ve mağdur tarafından yapılan iletişim kayıtları hukuk düzenine ters düşmediğine göre,⁷⁴ Anayasa m.38 karşında SÖZ KONUSU KAYITLARIN GEREK CEZA YARGILAMASI GEREKSE DE MEDENİ YARGILAMADA KULLANILMASININ ÖNÜNDE HERHANGİ BİR ENGEL BULUNMAMAKTADIR.

-III-

Salt delil elde etme amaçlı telefon görüşmelerinin kayıt altına alınması: Önemle vurgulamak gerekir ki, yukarıda vardığımız sonuç, kendisine yahut başkasına karşı suç işlenen kimsenin, suça ilişkin delil toplamak üzere kendisiyle yapılan her görüşmeyi kaydedebileceği anlamına gelmemektedir! Nitekim **DAHA ÖNCE İŞLENMİŞ BİR SUÇA İLİŞKİN DELİL ELDE ETMEK AMACIYLA GÖRÜŞMENİN KAYDEDİLMESİ** ile **BİZZAT İLETİŞİM ESNASINDA İŞLENEN SUÇUN (TELEFON TERÖRÜ) KAYIT ALTINA ALINMASI** aynı şeyi ifade etmemektedir. Örneğin, telefonda işlenen hakaret suçuna ilişkin sözlü saldırının kayıt altına alınması ile kasten adam öldürme suçuna ilişkin olarak faille yapılan konuşmanın delil elde etmek amaçlı kayıt altına alınması birbirinden ayırt edilmelidir. Bu nedenle, adli makamlara ihbarda bulunmadan önce, delil elde ederek bir iddianın ispatını kuvvetlendirmek adına, daha önce işlenmiş bir suça ilişkin bilgi içeren konuşmaların iletişim sırasında tek taraflı olarak kayıt altına alınması ayrıca değerlendirilmelidir.

Alman Mahkemeleri, medeni yargılama hukukuna ilişkin olarak vermiş oldukları bazı kararlarda da StGB § 32 (*meşru müdafaa*) ile § 34'e (*hukuka uygunluk sebebi olan zorunluluk hali*) göndermede bulunmuş; delil elde etmek için başkaca bir imkânın bulunmaması halinde, dava taraflarından birinin, gizlice yapılmış telefon görüşme kayıtlarını ispat aracı olarak kullanmasının hukuka uygun kabul edilmesi gerektiğini belirterek, söz konusu kayıtları delil değerlendirme yasağı kapsamına almamıştır⁷⁵. Medeni yargıda kural olarak taraflarca hazırlama ilkesi geçerli olduğundan, maddi gerçeğin

⁷⁴ **Dönmezer/Erman**, s. 10; **Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Genel Hükümler, s. 262; **Özgenç**, Genel Hükümler, s. 266; **KocaÜzülmez**, s. 212.

⁷⁵ LAG Berlin vom 15.02.1988-9 Sa 114/87. Benzer şekilde BGH vom 24.11.1981- VI ZR 164/79, (Kararlar için bkz. <http://beck-online.beck.de>).

ortaya çıkarılması için resmi makamların dinleme kararı alarak olayı aydınlatması mümkün değildir. Dolayısıyla, bir taraftan ispat hakkı diğer taraftan haberleşme hürriyetine ilişkin yararlar karşılaştırıldığında, “**başka bir şekilde kullanılma imkânı olmayan**” ispat hakkına hukuk düzeninin sırt çevirmemesi menfaatler dengesini esas alan hukuk mantığına ters düşmediği söylenebilir; en azından tartışılabilir. Fakat, ceza yargılamasında, maddi gerçeği ortaya koymakla yükümlü olan adli makamların iletişimin denetlenmesi yoluna başvurması imkân dâhilindedir. Daha önce işlenmiş bir suç varsa, koşulları dâhilinde, suçun faili hakkında ilgili merciler tarafından iletişimin denetlenmesi tedbiri uygulanıp, suçun/suçlunun kamu gücü eliyle ortaya çıkarılması sağlanabilir. Şu durumda, ceza yargılamasındaki yasal ispat yolları daha geniştir. Bu nedenle, imkân varken yetkili mercilere gerekli ihbarda bulunmaksızın, işlendiğini düşündüğü suça ilişkin “gizlice ses kaydı yapmak suretiyle” delil elde etmeye çalışarak, adeta fiili bizzat soruşturmaya kaklı-şan kişinin davranışı hukuka aykırı bir yöntem olarak değerlendirilmelidir. Aksi kabul, hem özel kişileri potansiyel bir detektif haline dönüştürür, hem de yetkili merciin kararı olmaksızın özel kişiler üzerinden delil elde edilebilmesine yönelik kötüye kullanımı gündeme getirebilir.

Buna karşılık, zorunluluk haline ilişkin yorumdan hareketle, somut olayın koşulları gereğince adli makamlara o anda başvurma imkânının olmadığı **bazı istisnai** durumlarda, fail hakkında ipucu elde edilebilmesi için telefon görüşmesinin kayıt altına alınması da hukuka uygun kabul edilebilir. Nitekim, delil olmadığı için suçun failinin bulunamaması ve/veya cezalandırılmaması -örneğin faili meçhul bir kasten öldürme suçunun failinin serbestçe dolaşması- bir **tehlikelilik** (*Dauerngefahr*) arz etmektedir. Yetkili makamlarca dinleme kararı alınmamışken, beklenmedik bir şekilde anlık olarak gerçekleştirilen telefon görüşmesinin bir ipucu ortaya koyması, görüşmenin kayıt altına alınmasını **zorunlu** kılmaktadır. Bu noktada ses kaydı tek başına yeterli delil kabul edilmese de, yapılan kayıttan hareketle başka delillerin elde edilmesi yahut eldeki delillerle desteklendiğinde mahkûmiyete engel şüpheyi gidermesi, tehlikenin önlenmesi bakımından kaydın **gerekli-liğini** ortaya koymaktadır. Aynı durum, kendisine iftira atıldığı için, hapis cezası tehdidiyle karşı karşıya kalan sanıklar bakımından da geçerlidir. Özellikle, şüpheden sanık yararlanır ilkesinin pas geçildiği cinsel suçlara ilişkin yargılamalarda, mağdurun suçlayıcı açıklamalarından başkaca bir

delil bulunmadığı halde, hapis cezasına mahkûm olma tehlikesiyle yargılanan (hatta tutuklu olarak) sanığı kurtarmak için, mağdur ile yapılan iletişimin kayıt altına alınıp, söz konusu iddiaların iftiradan ibaret olduğunun ortaya konulmasını, hukuka uygun kabul etmek gerekir. Fakat başkasına ait hakkın korumasını kapsama almayan TBK m.63'ün uygulanabilirliği bu ve benzer bazı durumlarda tartışmalı hale gelebilir. Bu bakımdan, yukarıda da bahsettiğimiz üzere, sorunun hakların çatışması teorisi çerçevesinde çözüme kavuşturulmasının daha sağlıklı bir yöntem olacağı düşünülebilir.

SONUÇ YERİNE

Aslında buradaki temel sorun, bir hukuki değer başkaca bir hukuki değeri ihlal etmeksizin korunmasının mümkün olmadığı durumlarda, hukuk düzeninin bunlardan hangisine üstünlük tanıyacağıyla ilgilidir. Nitekim, gerek Anglo Sakson hukuk sistemini benimseyen Amerika, gerekse Kıta Avrupa'sı hukuk sistemini benimseyen Almanya'daki doktrin ve yargı kararlarında geçen tartışmalar, sorunun merkezinde hukuki değerler, yani menfaatler çatışması olduğunu açıkça gözler önüne sermektedir. Bu durumda sorunun çözümü de, "*Hangi koşulların varlığı halinde bir hukuki değer ihlali, tehlike altındaki diğer hukuki değere feda edilecek ve fiil hukuka uygun sayılacak yahut maruz görülecektir?*" sorusuna verilecek yanıtla açıklığa kavuşturulacaktır. İşte, meşru savunma ve hukuka uygunluk sebebi olan zorunluluk hali, temelinde bu sorunla ilgilenen birer kurum olarak karşımıza çıkmaktadır⁷⁶. Dolayısıyla, meşru savunmaya ilişkin hükümlerin yetersiz kaldığı durumlar bakımından, Alman hukukunda olduğu gibi bizim hukuk sistemimizde de *hukuka uygunluk sebebi* ve *mazeret sebebi* olan zorunluluk hali ayırımının gözetilmesinin önemli olduğu düşünüyoruz.

Fakat, "**olan hukuk**" açısından her ne kadar sorunu meşru savunma ve zorunluluk hali/kendi hakkını koruma hukuka uygunluk sebepleri çerçeve-

⁷⁶ Zorunluluk halinin kökenini açıklayan görüşlerden çatışma kuramı için bkz. **Hafızoğulları**, s. 102 vd.; **Özbek/Doğan**, s. 202. *Özbek/Doğan*'ın da ifade ettiği üzere "*zorunluluk halinin hukuka uygunluk sebebi olduğu durumlarda, zorunluluk hali altında hareket eden kişiye ceza verilmemesinin sebebi, birbiriyle çatışan iki hukuki yarardan üstün olunan fail tarafından tercih edilmiş olmasıdır. Bu durum objektif olarak bu durumda kalan herkes için hukuka uygundur.*" Bkz. **Özbek/Doğan**, s. 203.

sinde çözüme kavuşturmaya çalıştıysak da, “**olması gereken hukuk**” açısından ek bir değerlendirme yapma ihtiyacı duyuyoruz. Şöyle ki, kabul edileceği üzere, gerek yüz yüze gerekse telefon vb. gibi araçlar vasıtasıyla gerçekleştirilsin, önceden veya iletişim esnasında işlenmiş bir suça ilişkin olarak delil elde etmek amacıyla karşı tarafın bilgisi dışında kayıt yapılması münferit bir vakıa olmaktan uzak olup, sıklıkla başvuru bir yöntem halini almıştır. Özellikle gelişen teknolojiyle birlikte mekân ve zaman tanımaksızın, hızlı ve kolay bir şekilde iletişime geçilebilmesinin mümkün hale gelmesi, bir taraftan bahse konu suçların işlenme sıklığını arttırmakta, diğer taraftan muhatap olduğu suçları başka türlü ispat olanağından yoksun olan kişileri, iletişimi kayıt altına almak gibi, olayın özel şartları dâhilinde psikolojik açıdan makul karşılanabilir bir savunma/davranış modeline sürüklemektedir. Böylesi bir sosyolojik olgu karşısında, taraf oldukları iletişim esnasında özel kişilerce elde edilen gizli ses kayıtlarının delil niteliğine ilişkin düzenleme yapılması gerektiğini düşünüyoruz. Bu düşüncemizi somutlaştırmak adına, bir öneri olarak; *“Meydana geliş anı itibariyle, kovuşturma makamlarının olaya zamanında müdahalesinin mümkün olmadığı, fakat suçun/suçlunun aydınlatılması için gerekli olduğu konusunda makul bir izlenim uyandıran konuşmaların, iletişime katılan taraflarca kayıt altına alınması mümkün olup, bu suretle elde edilen kayıtların delil olarak değerlendirilebileceği”* şeklinde, sorunun çözümüne yardımcı, benzer nitelikte düzenlemeler üzerinde tartışılmasını faydalı buluyoruz.

KAYNAKÇA

- Akman**, Servet/**Burcuoğlu**, Haluk/**Altop**, Atilla: Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul 1993.
- Arnolds**, Edward B./**Garland**, Norman F.: The Defense Of Necessity In Criminal Law: The Right To Choose The Lesser Evil, The Journal Of Criminal Law & Criminology, Vol:65, No:3, 1975.
- Aybay**, Rona: Borçlar Hukuku Dersleri, 7. Bası, İstanbul 1981.
- Bast**, Carol M.: Conflict of Law and Surrptitious Taping of Conversations, New York Law School Law Review, Vol:54, 2009/10, (*Bast, Conflict Law*).
- Bast**, Carol M.: Eavesdropping in Florida: Beware a Time-Honored But Dangerous Pastime, Nova Law Review, Vol:21:431, 1996-1997, (*Bast, Nova Law Review*).
- Bast**, Carol M.: What's Bugging You? Inconsistencies and Irrationalities of the Law of Eavesdropping, 47 DePaul Law Review 837 (1998), (*Bast, What's Bugging You?*).
- Başbüyük**, İsa: Yargının Etkinliğinin Arttırılmasında Gerekçenin Rolü, Prof. Dr. Erdal Onar Armağanı, C:II, 2013.
- Collins**, Sue Carter: in: Criminal Procedure and the Supreme Court: A Guide Major Decisions on Search and Seizure, Privacy and Individual Rights (edt: *Del Carmen*, Rolando/*Hemmens*, Craig), Lanham, 2010.
- Del Carmen**, Rolando: Criminal Procedure:Law and Practice, 7. Edition, Belmont 2007.
- Doyle**, Charles: Wiretapping, Tape Recorders, and Legal Ethics: An Overview of Questions Posed by Attorney Involvement in Secretly Recording Conversation, CRS Report for Congress, 2012, (<http://www.fas.org/sgp/crs/misc/R42650.pdf>).
- Dönmezer**, Sulhi/**Erman**, Sahir: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C:II, 12. Bası, İstanbul 1999, s. 10.

- Erdağ**, Ail İhsan: İletişimin Denetlenmesi Kapsamında İki Önemli Sorun Olarak: Mağdurun İletişiminin Tespiti ve İletişimin Mağdur Tarafından Kaydedilmesi, TBBD, 2011 (92).
- Eren**, Fikret: Borçlar Genel Hukuku, 14. Bası, Ankara 2012.
- Freund**, Georg: Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Marburg 2008.
- Graf**, Jürgen-Peter: Münchener Kommentar zum StGB, 1. Auflage 2003.
- Gülsoy**, M. Tevfik: Haberleşme Hürriyetinin Anayasal Çerçevesi, in: Ceza Hukuku'nun Güncel Sorunları, Kolokyum 8 Ekim 2010.
- Hafizoğulları**, Zeki: Türk Ceza Hukuku Sisteminde Zaruret Hali ve Üçüncü Kişiyi Kurtarma, Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi, C.28, S.1-4, Y.1971.
- Hakeri**, Hakan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Bası, Ankara 2011.
- Kabaoğlu**, İbrahim: Özgürlükler Hukuku, 2002.
- Kangal**, T. Zeynel: Türk Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu, Ankara 2010.
- Kargl**, Walter: *Kindhauser/Neumann/Paeffgen*, Strafgesetzbuch 3. Auflage 2010.
- Kaymaz**, Seydi: Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Ankara 2009.
- Knowlton**, Thomas A.: Interceptors and Innocent Recipients: Applying the Federal Wiretapping Law's Exclusionary Rule to Private Participant Monitoring, Boston College Law Review, Vol:29, Issue 4-5, 1988.
- Koca**, Mahmut/Üzülmez, İlhan: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı, Ankara 2011.
- Koca**, Mahmut: Haberleşmenin, Konuşmanın ve Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçları, in: Ceza Hukuku'nun Güncel Sorunları, Kolokyum 8 Ekim 2010.
- Kühl**, Kristian: Strafgesetzbuch Kommentar, *Lackner/Kühl*, 27. Auflage, München 2011.
- Leckner**, Theodor/Eiseleg, Jörg: *Schönke/Schröder*, Strafgesetzbuch 28. Auflage 2010.

- Maurach**, Reinhart/**Zipf**, Heinz: Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Auflage, Heidelberg 1983.
- Meraklı**, Serkan: Mazeret Sebeplerinin Türk Ceza Kanunu Bakımından Değerlendirilmesi, CHD, S:12, Nisan, 2010.
- Meran**, Necati: Açıklamalı- İtihatlı Yeni Türk Ceza Kanunu, 2. Baskı, Ankara 2007.
- Oğuzman**, M. Kemal/ **Öz**, M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 8. Bası, İstanbul 2010.
- Okur**, Nurdan: Anayasa Hukuku Açısından Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması, Yayınlanmamış Doktora Tezi, GÜSBE, Ankara 2010.
- Önder**, Ayhan: Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul 1992.
- Özbek**, Veli Özer/**Doğan**, Koray: Zorunluluk Halinin (TCK m.25/2) Hukuki Niteliği, DEÜHFD, C: 9, S: 2, 2007.
- Özbek**, Veli Özer/**Kanbur**, M. Nihat/**Doğan**, Koray/**Bacaksız**, Pınar/**Tepe**, İlker: Ceza Muhakemesi Hukuku, 2. Baskı, Ankara, 2011, (*Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Muhakeme*).
- Özbek**, Veli Özer/**Kanbur**, M. Nihat/**Doğan**, Koray/**Bacaksız**, Pınar/**Tepe**, İlker: Ceza Hukuku Özel Hükümler, 3. Baskı, Ankara, 2012, (*Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Özel Hükümler*).
- Özbek**, Veli Özer/**Kanbur**, M. Nihat/**Doğan**, Koray/**Bacaksız**, Pınar/**Tepe**, İlker: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Baskı, Ankara, 2012, (*Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Genel Hükümler*).
- Özen**, Muharrem: Türk Ceza Hukukunda Meşru Müdafaa, Ankara 1995.
- Özgenç**, İzzet/**Şahin**, Cumhur: Uygulamalı Ceza Hukuku, 3. Bası, Ankara 2001.
- Özgenç**, İzzet: Haberleşmenin, Kişiler Arası Aleni Olmayan Konuşmaların ve Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçları, in: Ceza Hukuku'nun Güncel Sorunları, (Kolokyum 8 Ekim 2010), (*Özgenç, Haberleşmenin Gizliliği*).
- Özgenç**, İzzet: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Baskı, Ankara 2010, (*Özgenç, Genel Hükümler*).

- Öztürk**, Bahri/**Erdem**, Mustafa Ruhan: Ceza Muhakemesi Hukuku, 12. Baskı, Ankara 2008.
- Pekcanıtez**, Hakan: Medeni Usul Hukuku'nda Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilen Delillerin Değerlendirilmesi, Haluk KONURALP Anısına Armağan, 2009.
- Sağlam**, Fazıl: Türk ve Alman Anayasa Hukukları Açısından Gizli Ses Kaydı, C:30, S.1-4, 1977.
- Soyaslan**, Doğan: Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2005.
- Şen**, Ersan: Türk Hukuku'nda Telefon Dinleme, Gizli Soruşturmacı, X Muhbir, 2. Baskı, Ankara 2008.
- Tezcan**, Durmuş/**Erdem**, Mustafa Ruhan/**Önok**, Rıfat Murat: Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 8. Bası, Ankara 2012.
- Tröndle**, Herbert/**Fischer**, Thomas: Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 52. Aufbau, München 2004.
- Ünver**, Yener/**Hakeri**, Hakan: Ceza Muhakemesi Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2011.
- Wessel**, Johannes/**Beulke**, Werner: Strafrecht Allgemeiner Teil, 41. Auflage, Heidelberg 2011.
- Yaşar**, Osman/**Gökcan**, Hasan Tahsin/**Artuç**, Mustafa: Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C:III, Ankara 2010.
- Yokuş-Sevük**, Handan: Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçu, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S.16-19, 2007-2008.
- Zafer**, Hamide: Ceza Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2010, (*Zafer, Genel Hükümler*).
- Zafer**, Hamide: Özel Hayatın ve Hayatın Gizli Alanının Ceza Hukukuyla Korunması (TCK m.132-134), İstanbul 2010, (*Zafer, Özel Hayat*).

AVRUPA VATANDAŞLIK SÖZLEŞMESİ VE KKTC YURTTAŞLIK HUKUKUNDA YURTTAŞLIĞIN KAYBI

*Arş. Gör. Ulvi Nail GÜN**

Öz

Devletler, kendi egemenlikleri çerçevesinde vatandaşlıklarının nasıl kazanılacağını ve kaybedileceğini serbestçe düzenleme yetkisine sahiptirler. Bu düzenlemeleri yaparlarken uluslararası sözleşmeleri de dikkate almaları beklenir. Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi'nde ("Sözleşme") devletlerin vatandaşlık hukukunun temel ilkeleri yeniden değerlendirilmiştir. Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti (KKTC), Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi'nin tarafı olmamasına rağmen vatandaşlık hukuku açısından uluslararası anlamda en kapsamlı ve güncel metin olması nedeniyle çalışmamızda öncelikle Sözleşme'de vatandaşlığın kaybı müessesesinin nasıl düzenlendiği incelenmiştir. Daha sonra ise KKTC Yurttaşlık Yasası'nda ("Yasa") ve KKTC İç İşleri Bakanlığı'nın mevcut Yurttaşlık Yasası'nı günün koşullarına uygun hale getirmek amacıyla hazırlamış olduğu Yurttaşlık Yasa Tasarısı'nda ("Tasarı") yurttaşlığın kaybına ilişkin düzenlemelere değinilmiş ve Sözleşme ile karşılaştırılmıştır.

Anahtar Kelimeler

Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi, KKTC Yurttaşlık Yasası, KKTC Yurttaşlık Yasa Tasarısı, yurttaşlığın kaybı, yurttaşlığa alınmanın iptali

* Doğu Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı (e-posta: ulvi.gun@emu.edu.tr) (Makale Gönderim Tarihleri: 07.03.2017-25.04.2017/ Makale Kabul Tarihleri: 20.06.2017-29.05.2017)

**THE EUROPEAN CONVENTION ON NATIONALITY AND
THE LOSS OF CITIZENSHIP
IN THE CITIZENSHIP LAW OF TRNC**

Abstract

The states have the freedom to regulate acquisition and loss of their citizenship within the framework of sovereignty principle. The states are expected to consider international conventions when regulating their nationality laws. The basic principles of the citizenship law have been reconsidered under the European Convention on Nationality. Although the Turkish Republic of Northern Cyprus (“TRNC”) is not party to the Convention, since it is the most recent and comprehensive international document, in this study we firstly examined. Then we examined how the loss of citizenship under the Citizenship Law of TRNC (“Law”) and Draft Citizenship Law (“Draft”), which is prepared by the Ministry of Interior Affairs in order to update the Citizenship Law and thereafter, compared then with the Convention.

Keywords

The European Convention on Nationality, The Citizenship Act of TRNC, The Draft Citizenship Act of TRNC, loss of citizenship, cancellation of citizenship

GİRİŞ

Vatandaşlık, gerçek kişileri ve şeyleri (uçak, gemi ve tüzel kişiler) devletlere bağlayan hukuki ve siyasi bağ olarak tanımlanmaktadır. Yani, kişilerin bir devlete olan aidiyetini vatandaşlıkları belirlemektedir. Bu bağlamda, devletler de, kendi vatandaşları ile başka devletlere hukuki bir bağ ile bağlı olan kişileri yani, yabancıları ve herhangi bir devlete vatandaşlık bağı ile bağlı olmayan kişileri yani, vatansızları ayırmak istemektedirler. Devletler, kimlerin hangi şartlar altında kendi vatandaşlığını kazanabileceğini ve kimlerin de bu vatandaşlık bağının nasıl ve hangi şartlar altında son bulacağını serbestçe düzenleme yetkisini ellerinde bulundurmaktadırlar. Devletlerin kendi egemenlik haklarından doğan vatandaşlık düzenlemelerindeki bu serbestlik sınırsız değildir. Bu düzenlemeler yapılırken devletlerden milletlerarası sözleşmelere ve vatandaşlık hukukunun temel ilkelerine uygun hareket etmeleri beklenmektedir. Bu ilkelere uyarınca, herkesin vatandaşlığı olmalı, kişi vatandaşlığından keyfi olarak mahrum bırakılmamalı, vatandaşlık kişiye zorla yükletilmemeli vatandaşlığı terke zorlanmamalı, son olarak da vatansızlık önlenmelidir.

Vatandaşlıkla ilgili olarak milletlerarası alanda pek çok çalışma yapılmıştır. Bunların ilki 1930 tarihli “Vatandaşlık Hukukundan Doğan İhtilaflara İlişkin Lahey Sözleşmesi”dir¹. Bu Sözleşme’yi vatansızlık, çok vatandaşlığı önleme, vatandaşlığın kişiye zorla yükletilmemesi, mülteciler ve insan haklarıyla ilgili birçok milletlerarası sözleşme izlemiştir. Avrupa Konseyi de 1960’lı yıllardan beri vatandaşlıkla ilgili çalışmalar yapmaktadır. Örneğin, 1963 yılında “Çok Vatandaşlık Hallerinin Azaltılması ve Çok Vatandaşlık Halinde Askerlik Yükümlülüğüne Dair Sözleşme²” akdedilmiştir. Avrupa devletlerinde bulunan göçmen işçilerin oturdukları ülke ile entegrasyonunu sağlama, artan oranda farklı vatandaşlıktaki kişilerin evlilikleri ve onların

¹ League of Nations, Convention on Certain Questions Relating to the Conflict of Nationality Law, 13 April 1930, League of Nations, Treaty Series, vol. 179, p. 89, No. 4137, <http://www.refworld.org/docid/3ae6b3b00.html> (erişim tarihi 27 Haziran 2017).

² Convention on the Reduction of Cases of Multiple Nationality and on Military Obligations in Cases of Multiple Nationality, European Treaty Series - No. 43, Strasbourg, 6.V.1963, <https://rm.coe.int/168006b659> (erişim tarihi 27 Haziran 2017).

çocuklarının vatandaşlık durumları gibi gerekçeler Avrupa Konseyi'ni yeni bir sözleşme hazırlamaya yöneltmiş ve bunu sonucunda 6 Kasım 1997'de imzaya açılan "Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi("Sözleşme")³, 1 Mart 2000'de yürürlüğe girmiştir⁴. Avrupa Konseyi, hazırladığı bu Sözleşme'nin vatandaşlıkla ilgili ilkeleri ve kuralları tespit eden, vatandaşlık konusunda milli ve milletlerarası hukuklardaki son eğilimleri yansıtan ilk milletlerarası metin olduğunu belirtmektedir⁵. Vatandaşlık konularında ayrımcılığın önlenmesi ve çok vatandaşlığa ilişkin olarak milli hukukların farklı yaklaşımlar sergilemesi nedeniyle çok vatandaşlığa sahip kişilere ilişkin uygun çözümlerin getirilmesi ve vatansızlığın önlenmesine yönelik birtakım hukuki çabalar öngörmesi Sözleşme hazırlayıcıları tarafından üzerinde önemle durulan konulardan bazılarıdır⁶.

Devletler, kendi egemenlik hakları çerçevesinde vatandaşlığının nasıl kazanılacağını ve hangi nedenlerden dolayı kaybedebileceğini düzenleme hakkına sahiptirler. Vatandaşlık, KKTC Anayasası'nda güvence altına alınmıştır. KKTC Anayasası md. 67/4 uyarınca, KKTC yurttaşı⁷ veya Kıbrıslı Türk baba veya anadan doğum yolu ile kazanılan yurttaşlıktan kimse çıkarılamayacaktır. Yurttaşlığın kazanılması ve kaybedilmesi konusunda önemli ilkelerden birisi de yasallık ilkesidir. KKTC Anayasası md. 67/5'de yer alan bu düzenlemeye göre, yurttaşlık ancak yasada belirtilen hallerden hareketle

³ European Convention on Nationality, Strasbourg, 6.XI.1997, European Treaty Series - No. 166, <http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/090000168007f2c8> (erişim tarihi 27 Haziran 2017).

⁴ **Tanrıbilir**, Feriha Bilge: "Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi ve Türk Hukuku" (Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi), Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Prof. Dr. Ergin Nomer'e Armağan, C. 22, S. 2 (2002), s. 792; **Güngör**, Gülin: "Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi" (Sözleşme), Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Prof. Dr. Yılmaz Altuğ'a Armağan, C. 17-18, S. 1-2 (1997-1998), s. 229.

⁵ **Tanrıbilir**, (Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi), s. 793.

⁶ **Güngör**, s. 229. Daha detaylı bilgi için bkz. Explanatory Report to the European Convention on Nationality, Strasbourg, 6.XI.1997, <https://rm.coe.int/16800ccde7> (erişim tarihi 27 Haziran 2017).

⁷ KKTC'nde yasa koyucu, ülkede vatandaşlık ile ilgili düzenlemeleri "KKTC Yurttaşlık Yasası" adı altında toplamıştır. Bu nedenle KKTC hukuku ile ilgili yerlerde vatandaşlık kavramı yerine yurttaşlık kavramı kullanılacaktır.

kazanılabilecek ve yine yasada açıkça belirtilen nedenlerden dolayı kaybedilebilecektir. Yasa'da yer alan bu düzenlemeler dışındaki herhangi bir nedenle kişi, ne KKTC yurttaşlığını kazanabilir ne de KKTC yurttaşlığını kaybedebilir.

KKTC Anayasasındaki bu düzenlemeler ışığında, 1993 yılında "KKTC Yurttaşlık Yasası" çıkarılmıştır⁸. Burada, KKTC yurttaşlığının hangi nedenlerle kaybedileceği açıkça düzenlenmiştir. Hem Yurttaşlık Yasası'nda hem de Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi'nde vatana bağlılıkla bağdaşmayan eylemler, yurttaşlığın kayıp halleri olarak düzenlenmiştir. Bu açıklamalar ışığı altında Yurttaşlık Yasası'ndaki yurttaşlığın kaybı müessesesini Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi ile karşılaştırmalı olarak inceleyeceğiz.

I. KIBRIS YURTTAŞLIK HUKUKUNUN TARİHİ GELİŞİMİ

Kıbrıs yurttaşlık hukukunun tarihi gelişimine baktığımızda yurttaşlık ile ilgili olarak bugüne kadar yedi düzenleme yapıldığını görmekteyiz. Bunlardan ilki, Lozan Barış Anlaşması'nın 21. maddesindeki düzenlemedir. İngiltere, 1878 yılında Kıbrıs Adası'nın yönetimini ele geçirdikten sonra 1914 yılında Adayı ilhak etmiştir. Ada'nın İngiltere egemenliği altına girmesiyle birlikte Ada'da yaşayan kişilerin yurttaşlıklarının ne olacağı problemi ile karşılaşmıştır⁹. Ada'da yaşayan Türklerin yurttaşlıklarının ne olacağı Lozan Anlaşması'nın 21. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, "5 Kasım 1914 tarihinde Kıbrıs Adası'nda yerleşmiş bulunan Türk yurttaşlarının mahalli yasaların saptadığı şartlar çerçevesinde İngiliz yurttaşlığına geçmiş sayılacakları veya bu kişilerin Anlaşma'nın yürürlüğe girdiği tarihten itibaren iki yıl içinde Türk yurttaşlığını seçebilecekleri" kabul edilmiştir. Yani, bu düzenlemeye göre söz konusu kişilere İngiliz ya da Türk yurttaşlığını seçme hakkı tanınmıştır¹⁰.

⁸ 27 Mayıs 1993 tarihli KKTC Resmi Gazetesi Sayı: 52.

⁹ **Turhan**, Turgut: "Kıbrıslı Türkler'in Vatandaşlığının Kısa Tarihi"(Kıbrıslı Türkler), Ada Yazıları, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2010, s. 84.

¹⁰ **Uluocak**, Nihal: Otonom Kıbrıs Türk Yönetimi Yurttaşlık Kanununa İlişkin Kritik İnceleme, Kıbrıs Türk Federe Devletinin Milletlerarası Hukuka İlişkin Bazı Sorunları, Sempozyum 6-7 Mayıs 1982, İstanbul 1983, s. 69-70.

Kıbrıs yurttaşlık hukukundaki ikinci önemli düzenleme 1960 Lefkoşa Anlaşması'nın D ekindeki¹¹ yurttaşlık ile ilgili hükümlerdir¹². Buna göre, Kıbrıs Cumhuriyeti Anayasası'nın yürürlüğe girdiği 16 Ağustos 1960 tarihinde veya ondan sonra Kıbrıs'ta doğan herhangi bir kişinin, doğumu tarihinde babası Cumhuriyet yurttaşı ise veya ölmemiş olsaydı Lefkoşa Anlaşmasının D ekindeki hükümlere göre olacak idiyse Cumhuriyet yurttaşlığını kazanacaktır. Anlaşma'ya göre kurulan Kıbrıs Cumhuriyeti'nde Rumların ve Türklerin oluşturduğu iki ayrı toplum vardır, ancak tek bir yurttaşlık söz konusudur. Bu yurttaşlık da Kıbrıs Cumhuriyeti Yurttaşlığıdır. Fakat yurttaşların bir topluluğa katılmaları veya mensubu olmaları zorunludur¹³. Yani Kıbrıs Cumhuriyeti, Türklerin ve Rumların oluşturduğu iki toplumdan oluştuğunda yurttaşların ya Türk ya da Rum topluluğundan bir tanesine dahil olmak zorundadırlar.

Kıbrıs yurttaşlık hukukunun dördüncü önemli düzenlemesi “3/1975 sayılı Otonom Kıbrıs Türk Yönetimi Yurttaşlık Yasası”dır. 28 Temmuz 1967 yılında Kıbrıs Cumhuriyeti Anayasasına uygun olarak “Kıbrıs Cumhuriyeti Yurttaşlık Yasası” yürürlüğe girmiştir¹⁴. Ancak Kıbrıs Cumhuriyeti'nin kurulmasından sonra başlayan olaylar nedeniyle Kıbrıs Türk toplumu 28 Aralık 1967 yılında “Kıbrıs Geçici Türk Yönetimi”ni ilan etmiştir. 1974 yılında Yönetim'in aldığı kararla Geçici Türk Yönetimi yerini “Otonom Kıbrıs Türk Yönetimi”ne devretmiştir. Otonom Kıbrıs Türk Yönetimi kendisinin ayrı bir siyasi yapı olmasına rağmen Kıbrıs Cumhuriyeti Parlamentosu'ndaki faaliyetlere katılmadığını gerekçe göstererek 1963 yılından sonra çıkarılan hiçbir yasama metnini tanımamış ve uygulamamıştır. Bu nedenle, 1967 yılında yürürlüğe giren Kıbrıs Cumhuriyeti Yurttaşlık Yasası, Kıbrıs Türk toplumunda uygulanma imkânı bulamamıştır¹⁵. Bunun yerine Otonom Kıbrıs Türk Yönetimi tarafından hazırlanan ve 1967 tarihli Kıbrıs

¹¹ 1960 Lefkoşa anlaşması için bkz. https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/MM/d01/c034/mm_01034039ss0387.pdf (erişim tarihi 27 Haziran 2017).

¹² **Uluocak**, s. 70; **Turhan**, Turgut: KKTC Yurttaşlık Hukuku, (KKTC Yurttaşlık), Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara 2002, s. 6.

¹³ **Sarıca**, Murat/**Teziç**, Erdoğan/**Eskiyurt**: Özer, Kıbrıs Sorunu, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1975, s. 17-21.

¹⁴ **Turhan**, (KKTC Yurttaşlık), s. 6.

¹⁵ **Turhan**, (KKTC Yurttaşlık), s. 6-7.

Cumhuriyeti Yurttaşlık Yasası'nda küçük değişiklikler yapılarak ve Türkçe'ye çevrilerek hazırlanan "3/1975 sayılı Otonom Kıbrıs Türk Yönetimi Yurttaşlık Yasası" yürürlüğe girmiştir.

Otonom Kıbrıs Türk Yönetiminin almış olduğu karar ile 13 Şubat 1975 tarihinde Kıbrıs Türk Federe Devleti kurulmuştur. Kıbrıs Türk Federe Devleti'nin Anayasası 5 Mayıs 1975 yılında yürürlüğe girmiştir¹⁶. Anayasa'nın 53. maddesinde yurttaşlık konusunda özel bir düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre, yurttaşlık, ancak yasada yer alan koşullarla kazanılıp kaybedilecek ve hiç bir yurttaş, vatana bağlılıkla bağdaşmayan eylemlerde bulunmadıkça yurttaşlıktan çıkarılamayacaktır. Anayasa'da getirilen bu düzenleme modern yurttaşlık hukukunun genel prensiplerine uygun bir düzenleme olmuştur. Ayrıca, Kıbrıs Türk Federe Devletinin Anayasası uyarınca, Otonom Kıbrıs Türk Yönetimi tarafından yapılmış olan yasal düzenlemelerin saklı tutulduğu belirtilmiştir¹⁷. Bu düzenlemeden hareketle Otonom Kıbrıs Türk Yönetimi Yurttaşlık Yasası yürürlükte kalmaya devam etmiştir.

15 Kasım 1983 yılında Kıbrıs Türk Federe Devleti, yerini Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'ne bırakmıştır. KKTC kurulduktan sonra hızlı bir şekilde Anayasası hazırlanmış ve 7 Mayıs 1985 yılında yürürlüğe girmiştir. KKTC Anayasası'nın 67. maddesinde KKTC yurttaşlığının kazanımı ve kaybına ilişkin olarak çok detaylı bir düzenlemeye yer verilmiştir. Bu düzenleme, KKTC yurttaşlık hukukundaki altıncı önemli düzenlemedir. Son olarak, büyük ölçüde 403 sayılı Türk Vatandaşlık Kanunu'ndan esinlenilerek hazırlanan 25/1993 sayılı "KKTC Yurttaşlık Yasası"nda¹⁸ yurttaşlığın kazanılması, kaybı, ispatı ve yargı yoluna ilişkin düzenlemeler getirilmiştir. KKTC'nde bugün uygulanmakta olan Yurttaşlık Yasası 1993 yılında yürürlüğe girmiştir. 1993 yılından bugüne dünyada ulaşım sektöründeki hızlı gelişmeler sonucunda insanların buldukları ülkelerden başka ülkelere göç etmeleri son derece kolaylaşmış ve hızlanmıştır. Bu nedenle, dünyada birçok ülke vatandaşlık yasalarını değiştirmiştir. Ayrıca, vatandaşlık hukuku alanın-

¹⁶ **Vatansver**, Müge, "Kıbrıs Sorununun Tarihi Gelişimi", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 12, Özel S., 2010, s. 1487-1530 (Basım Yılı: 2012), s. 1517; **Uluocak**, s. 71.

¹⁷ **Turhan**, (KKTC Yurttaşlık), s. 8.

¹⁸ 25/1993 sayılı KKTC Yurttaşlık Yasası, Bkz. www.mahkemeler.net; 27 Mayıs 1993 tarihli KKTC Resmi Gazetesi, Sayı: 52.

daki gelişmeler de dikkate alınarak KKTC yasa koyucusu, yeni bir KKTC yurttaşlık yasası hazırlamak için harekete geçmiştir. Bu çalışmalar neticesinde “KKTC Yurttaşlık Yasa Tasarısı”, KKTC Cumhuriyet Meclisi’ne sunulmuştur.

II. AVRUPA VATANDAŞLIK SÖZLEŞMESİ’NİN VATANDAŞLIĞIN KAYBINA İLİŞKİN DÜZENLEMELERİ

Sözleşme’nin¹⁹ 4. maddesinde, devletlerin vatandaşlık kanunlarında gözetmesi gereken birtakım genel ilkeler belirtilmiştir²⁰. Bunlardan biri, hiç kimsenin keyfi olarak vatandaşlıktan çıkarılmaması prensibidir. Bu düzenleme karşısında devletler, kimlerin hangi hallerde ve hangi şartlar ışığında vatandaşlıktan çıkarılabileceklerini kendi vatandaşlık kanunlarında açıkça belirtmek zorundadırlar. Getirilen bu düzenleme ile hem kişilerin keyfi olarak vatandaşlıktan çıkarılmalarının önüne geçilecek hem de vatansızlığın önlenmesine yönelik çaba sarf edilmiş olacaktır²¹.

Sözleşme’nin 7. maddesinde ise, taraf devletlerce kendi vatandaşlık kanunlarında kanun yolu ile veya yetkili makam kararı ile vatandaşlığın kaybına ilişkin düzenlemelere yer verebilecekleri sebepler açıkça belirtilmiştir²². Sözleşme’ye taraf devletlerin kendi kanunlarında vatandaşlığın kaybına ilişkin olarak yer verebilecekleri ilk sebep kişinin yabancı devlet vatandaşlığını kendi isteği ile kazanmasıdır (md. 7/1a). Taraf devlet vatandaşlığının birtakım hususları gizleme, yalan beyanda bulunma veya hileli davranışta bulunmak suretiyle kazanılmış olması, diğer bir sebeptir (md. 7/1b).

Bununla birlikte yabancı bir devletin askeri kuvvetlerinde gönüllü olarak hizmette bulunmak (md. 7/1c) ile vatandaşı olduğu devletin hayati çıkar-

¹⁹ Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi’nin Türkçe metni için bkz. **Aykaç**, Alper Can, “Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi” TBB, Yıl 2008, Sayı 77, s. 359-383.

²⁰ Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesinde belirtilen genel ilkeri için bkz. **Zimmermann**, Andreas, Council of Europe: European Convention on Nationality, Introductory Note, International Legal Materials, Vol 37 (1998), S. 1-2, s. 44; **Güngör**, s. 234 vd.; **Tarıbilir**, s. 795 vd.; **Aybay**, Rona/**Özbek**, Nimet, Vatandaşlık Hukuku, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 4. Baskı, İstanbul 2015, s. 51 vd.

²¹ **Güngör**, (Sözleşme), s. 239; **Tarıbilir**, s. 795.

²² **Zimmermann**, s. 44.

larına ciddi surette zarar veren fiillerde bulunmak da Sözleşme'ye göre kayıp sebebi olarak görülmektedir (md. 7/1d). Ayrıca devlet ile yurtdışında oturan vatandaşı arasında gerçek bir bağın bulunmaması (md. 7/1e), taraf devlet hukukuna uygun olarak çocuğun kanun hükmü icabı doğumla vatandaşlık kazanmasına yol açmış ön şartların çocuk reşit olmadan önce ortadan kalkmış olması (md. 7/1f) ve son olarak çocuğun evlat edinenin veya evlat edinenlerden birisinin vatandaşlığını kazanması halinde evlat edinilmesi de vatandaşlığın kaybına sebep olan hallerdir (md. 7/1g).

Daha önce belirtildiği üzere, taraf devletler, kendi vatandaşlık kanunlarında sözleşmede açıkça sayılan bu sebepler dışında bir kayıp sebebine yer veremeyeceklerdir. Bununla birlikte, haklarında vatandaşlığın kaybı kararı verilen kişilerin çocuklarının da onlara bağlı olarak vatandaşlıklarını kaybetmesine ilişkin bir düzenleme taraf devletlerce öngörülebilecektir. Ancak, yabancı bir devletin askeri kuvvetlerinde gönüllü olarak hizmette bulunma ve vatandaşı olduğu devletin hayati çıkarlarına ciddi surette zarar veren fiiller nedeni ile anne veya baba hakkında verilen kaybettirme kararı çocukların vatandaşlıkları üzerinde etkili olmayacaktır. Ayrıca anne veya babadan birisi taraf devletin vatandaşı olarak kalmaya devam ediyorsa, yine çocuklar hakkında vatandaşlığın kaybı kararı verilemeyecektir (md. 7/2). Bu gibi durumlarda, taraf devletler çocuğun yüksek menfaati doğrultusunda hareket etmek durumundadırlar²³.

Taraf devlet vatandaşı hakkında birtakım hususları gizleme, yalan beyanda bulunma veya hileli davranışta bulunmak suretiyle kazanılmış olması sebebi dışındaki diğer sebepler ile vatandaşlığın kaybı kararı verildiğinde kişi vatansız kalacak ise bu kişinin vatandaşlığının kaybettirilemeyeceği açıkça hükme bağlanmıştır (md. 7/3). Bu durum Sözleşme'nin 4. maddesindeki vatansızlığın önlenmesi amacına da uygun bir düzenleme getirmektedir²⁴.

Sözleşme'nin 8. maddesi ise, kişinin kendi iradesi ile vatandaşlığın kaybını düzenlemektedir. Buna göre taraf devlet, kişinin kendi iradesi ile vatan-

²³ **Explanatory Report**, s. 13.

²⁴ **Tarıbilir**, Feriha Bilge: "Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısının Vatandaşlığın Kaybına İlişkin Hükümleri" (Tasarı) , Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 76, Yıl 2008, s. 30-31; **Güngör**, (Sözleşme), s. 241; **Explanatory Report**, s. 13.

daşlığından çıkmasına izin verebilecektir. Ancak, bu madde ki düzenleme ile vatandaşlığın kaybı sadece ilgili kişinin iradesine bırakılmamıştır. Eğer kişi mevcut vatandaşlığından çıkması halinde vatansız kalacak ise, kişinin vatandaşlıktan çıkmasına izin verilmeyecektir. Ayrıca, taraf devlet, vatandaşlıktan çıkma hakkını sadece yurtdışında mutaden oturmakta olan vatandaşlarını kapsayacak şekilde de düzenleyebilecektir²⁵.

III. KKTC YURTTAŞLIK HUKUKUNUN YURTTAŞLIĞIN KAYBINA İLİŞKİN DÜZENLEMELERİ

A. KKTC Yurttaşlık Yasası

Vatandaşlık hukukunun temel ilkelerinden birisi, “hiç kimse keyfi olarak vatandaşlığından mahrum bırakılmamalı” diğeri ise “kişinin vatandaşlığını değiştirmede serbest olması” yani bir kişiye vatandaşlığın zorla yüklenemeyeceğidir²⁶. Öncelikle kişilerin vatandaşlıkları hususunda menfaatleri olduğu ve kendi iradeleri ile vatandaşlıklarını değiştirme haklarının olduğu kabul edilmektedir²⁷. Ancak, kişilerin vatandaşlıklarını değiştirme hakları sınırsız değildir. Kişi vatansız kalmaması şartıyla var olan vatandaşlığını değiştirebilecektir. Aynı zamanda, devletin kendisine vatandaşlık bağı ile bağlı olan bir kişiyi devlete olan yükümlülüklerini hiç veya gereği gibi yerine getirmemesi nedeniyle kişileri iradesi dışında vatandaşlıktan çıkarabileceği kabul edilmiştir. Burada da dikkat edilmesi gereken nokta, devletlerin vatandaşlığın kaybı konusunda keyfi hareket etmemeleridir²⁸. Bu

²⁵ **Explanatory Report**, s. 13.

²⁶ **Erdem**, Bahadır: Türk Vatandaşlık Hukuku, Beta Yayıncılık, 2014 İstanbul, s. 207; **Doğan**, V.: Türk Vatandaşlık Hukuku, Savaş Yayıncılık, Ankara 2015, s. 107; **Nomer**, Ergin: “Türk Vatandaşlık Hukukunun Genel İlkeleri”, Vatandaşlık ve Yabancılar Hukuku Alanında Gelişmeler, (Bilimsel Toplantı), İstanbul 24-25 Eylül 1998, s. 65

²⁷ **Öztürk**, Necla: “Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısının Vatandaşlığın İrade Dışı Kaybı Yollarına Yaklaşımı”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 73, Yıl 2007, s. 97; **Güngör**, Gülin: Tabiiyet Hukuku (Tabiiyet), Yetkin Yayınları, 3. Bası, Ankara 2015, s. 34.

²⁸ **Tanrıbilir**, (Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısı), s. 28; **Aybay/Özbek**, s. 197; **Erdem**, s. 207.

demek oluyor ki, vatandaşlığın kaybı, hem kişinin iradesi ile hem de iradesi dışında gerçekleşebilir²⁹.

KKTC yasa koyucusu, vatandaşlığın kaybı hususunda var olan bu yaklaşıma benzer bir şekilde hareket ederek vatandaşlığın kaybı müessesini Yasa'nın V. Kısımında, "Yurttaşlıktan Çıkma ve Yurttaşlığın Kaybı" üst başlığı altında düzenlemiştir; bu bağlamda yurttaşlıktan çıkma (md. 13), yurttaşlığa alınmanın iptali (md. 16), yurttaşlığın kaybedilmesi (md. 17) ve yurttaşlıktan çıkarma (md. 18) hükme bağlanmıştır.

a. Yurttaşlıktan Çıkma

"Herkes vatandaşlığını değiştirmede serbest olmalıdır" ilkesinin doğal bir sonucu olarak kişinin vatandaşlıktan çıkmaya yönelik iradesi ve birlikte yetkili makamın vereceği bir karar ile vatandaşlığın kaybedilmesi, vatandaşlıktan çıkma müessesesi olarak tanımlanmaktadır³⁰. Burada, kişinin sadece kendi iradesi vatandaşlıktan çıkma için yeterli değildir. Ayrıca, devletin belirlemiş olduğu bir takım şartları da yerine getirmiş olması gerekmektedir. Bu durumun devletlerin hükümlerinden kaynaklandığı ifade edilmektedir³¹. KKTC yasa koyucusu da bu genel eğilimden hareket ederek yurttaşlıktan çıkma müessesesine Yasa'nın 13 ila 15. maddeleri arasında yer vermiştir.

Yasa'nın 13. maddesine göre, yurttaşlıktan çıkmanın iki tane temel şartı vardır: Bunlardan ilki mümeyyiz ve reşit olmaktır. Yani çıkma izni ile KKTC yurttaşlığından ayrılacak kişinin öncelikle medeni hakları kullanma ehliyetine sahip olması aranmaktadır³². Mümeyyiz ve reşit olmaktan ne anlaşılması gerektiği, Yasa'nın 2. maddesinde ifade edilmiştir. Buna göre; 18 yaşını doldurmuş ve 19 yaşından gün almış olan kişi reşittir, 18 yaşını doldurmuş reşit kişi akıl hastalığı olmadığı müddetçe ayırt etme gücüne sahip olarak kabul edilmektedir. Diğer bir ifade ile, KKTC yurttaşlığından

²⁹ Doğan, s. 107; Erdem, s. 208; Tanrıbilir, (Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısı), s. 29.

³⁰ Turhan, (KKTC Yurttaşlık), s. 68; Erdem, s. 211; Doğan, s. 109.

³¹ Berki, Osman Fazıl: Vatansızlık, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 5, Yıl 1948, Sayı 1, s. 179; Erdem, s. 212.

³² Turhan, (KKTC Yurttaşlık), s. 70.

çıkma isteyen kişinin çıkma talebinde bulunduğu esnada 18 yaşını doldurmuş olması ve akıl hastası olmaması gerekmektedir.

Yurttaşlıktan çıkmanın ikinci şartı ise, mükellef askerlik hizmetini yapmış olmaktır. KKTC yurttaşı olan ve KKTC mevzuatı uyarınca askerlik hizmetini yapmaya elverişli olan herkes, askerlik hizmetini yapmakla yükümlüdür. Askerlik hizmetini yerine getirmeyen bir KKTC yurttaşı yurttaşlıktan çıkamayacaktır.

KKTC yurttaşlığından çıkmak için bu iki şart yeterliymiş gibi görünse de Yasa'nın 13. ve 15. maddelerini birlikte değerlendirdiğimizde bu iki şarta ek olarak bir şartın daha varlığı ortaya çıkmaktadır. Yasa'nın 15. maddesine göre, yurttaşlıktan çıkmak isteyen kişi, aynı zamanda yabancı devlet yurttaşı ise çıkma belgesi derhal verilir. Eğer kişi, başka bir devlet yurttaşı değilse yurttaşlıktan çıkma belgesi ilgili devlet yurttaşlığına girdiğini gösteren belgeyi gösterdiği zaman verilecektir. Şunu belirtmek gerekir ki, KKTC yurttaşlığı, yurttaşlıktan çıkma belgesinin verilmesi ile kaybedilecektir. Yurttaşlıktan çıkmaya ilişkin maddeler birlikte değerlendirildiğinde bir kişinin KKTC yurttaşlığından çıkabilmesi için öncelikle çıkma belgesini almış olması gerekmektedir. Çıkma belgesini alabilmek için ise, yabancı bir devlet yurttaşlığını kazanmış olmak şarttır³³. Türk hukukunda olduğu gibi henüz başka bir devlet yurttaşlığını kazanmamış olmasına rağmen, yabancı devlet yurttaşlığını kazanacağına dair inandırıcı belgeler getirmesi halinde kişiye verilen "çıkma izin belgesi"ne KKTC yurttaşlık hukukunda yer verilmemiştir.

Bu iki temel şartı yerine getiren KKTC yurttaşının yurttaşlıktan çıkabilmesi için, bir de Bakanlar Kurulu'nun çıkma izni vermiş olması gerekmektedir. Yasa'nın 13. Maddesi'nde Bakanlar Kurulunun izin vermesi bir şart olarak sayılmamış olsa da madde metni birlikte değerlendirildiğinde kişinin Bakanlar Kurulu'ndan izin almadan yurttaşlıktan çıkamayacağı açıktır³⁴. KKTC yurttaşlığından çıkma izninde bulunan kişi yasa'da yer alan çıkma şartlarını gerçekleştirmiş olsa bile Bakanlar Kurulu çıkma izni vermek zorunda değildir.

³³ **Turhan**, (KKTC Yurttaşlık), s. 78; **Dolunay**, Ayhan: "Vatandaşlık Hukuku Temel İlkelerinin Türk Hukuku ve Kıbrıs Türk Hukuku Açısından Değerlendirilmesi" Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Yıl 2016, Sayı 122, s. 394.

³⁴ **Turhan**, (KKTC Yurttaşlık), s. 74.

Yurttaşlıktan çıkmaya ilişkin genel düzenlemenin dışında Yasa'nın yurttaşlığın doğum yolu ile kazanılmasının düzenlendiği 4. maddesinde de yurttaşlıktan çıkmaya ilişkin bir düzenleme getirilmiştir³⁵. Buradaki düzenleme; kapsadığı kişiler, şartları ve sonuçları bakımından genel olarak çıkmanın düzenlendiği 13. Maddesi'nden farklıdır. Bu nedenle, "özel çıkma hakkı" olarak ifade edilmektedir³⁶.

Özel çıkma hakkından yararlanabilmenin ilk şartı, KKTC sınırları dışında doğmuş olmaktır³⁷. İkinci şart ise, doğum yolu ile KKTC yurttaşlığını kazanmış olmaktır³⁸. Bu bağlamda, Kıbrıslı Türk baba veya Kıbrıslı Türk anadan KKTC sınırları içerisinde doğan çocuklar, özel çıkma hakkından yararlanamayacaklardır. Özel çıkma hakkının üçüncü şartı ise, daimi olarak KKTC'de ikamet etmemektir. Kişinin reşit olması, yani 18 yaşını doldurmuş olması aranan bir diğer şarttır. Son şart ise, reşit olduktan itibaren 3 yıl içinde çıkma isteminde bulunmaktır. Burada belirtilen süre, hak düşürücü bir süredir. Bu nedenle, eğer kişi reşit olduktan itibaren 3 yıl içinde çıkma isteminde bulunmaz ise, KKTC yurttaşlığından çıkmak için 13. Madde'de aranan şartları yerine getirmesi gerekecektir.

KKTC yasa koyucusu yurttaşlıktan çıkmanın sonuçlarına ilişkin olarak Yurttaşlık Yasası'nda özel bir düzenlemeye yer vermemiştir. Yurttaşlığı kaybetmenin sonuçlarının düzenlendiği ve bütün kayıp halleri için ortak hükümler içeren Yasa'nın 20. maddesi yurttaşlıktan çıkmanın sonuçları için de geçerlidir. Maddeye göre; KKTC yurttaşlığından çıkanlar, yurttaşlığı kaybettikleri tarihten başlayarak yabancı statüsündedirler ve ikamet, taşınmaz mal edinme ve devretme, miras ve çalışma gibi konularda KKTC mevzuatının yabancılara tanıdığı haklardan yararlanabilirler.

³⁵ KKTC Yurttaşlık Yasasının sistematığıne ilişkin yapılan eleştiriler için bkz. **Turhan**, (KKTC Yurttaşlık), s. 19-20.

³⁶ **Turhan**, (KKTC Yurttaşlık), s. 79.

³⁷ Bu kişilerin KKTC sınırları dışında doğmuş olması, anne veya babasının KKTC yurttaş olması nedeniyle doğum yolu ile KKTC yurttaşlığını kazanması ve daimi olarak KKTC sınırları dışında yaşıyor olması nedenleri birlikte değerlendirildiğinde bu kişilerin KKTC ile maddi ve manevi bağlarının olmadığı açıkça görülmektedir.

³⁸ KKTC sınırları içerisinde veya dışında Kıbrıslı Türk baba veya Kıbrıslı Türk anadan doğan çocuklar doğumlarından itibaren KKTC yurttaşdır (Yurttaşlık Yasası md. 4/1).

b. Yurttaşlığa Alınmanın İptali

Yurttaşlığa alınmanın iptali, yetkili makam kararı ile sonradan KKTC yurttaşlığına alınan kişiler için uygulama alanı bulan yurttaşlığın kayıp hallerinden biridir. Bu nedenle, yurttaşlığı aslen kazananlar için yurttaşlığa alınmanın iptali söz konusu olmayacaktır. Yurttaşlığa alınmanın iptalinde yetkili makam kararı ile yurttaşlığa alınmış olan bir kişi kararın verilmesinde etkili olan beyan, bilgi ve davranışlarında kasıtlı olarak idareyi aldatma kastı içerisindedir. İdareyi aldatıcı bu hareketleri nedeniyle kişinin kazandığı yurttaşlık, yurttaşlığa alınma kararı veren makam tarafından iptal edilecektir³⁹.

Yurttaşlığa alınmanın iptali, Yasa'nın 16. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre; yurttaşlığa alınma, ilgilinin yalan beyanı veya önemli hususları gizlemesi sonucu olmuş ise yurttaşlığa alınma kararı, Bakanlar Kurulu'na iptal edilir. Yurttaşlığa alınmanın iptal edilebilmesinin tek şartı, ilgili kişinin yalan beyanda bulunması veya önemli hususları gizlemesidir. Yasa koyucu, ilgili kişinin yurttaşlığa alınma kararını iptal edebilmek için bu iki hususun birlikte olmasını aramamıştır. Bu nedenle, bu iki husustan sadece birinin gerçekleşmiş olması iptal kararı için yeterlidir.

Yasa koyucu, kişinin yurttaşlığa alınırken söylemiş olduğu yalan beyanın önemli olup olmadığı konusu üzerinde durmazken, gizlenen hususların önemli olması gerektiğini hüküm altına almıştır. Ancak doktrinde, yurttaşlığa alınma kararı verilen kişinin yalan beyanının veya önemli olsun veya olmasın gizlemiş olduğu hususların kendisinin yurttaşlığa alınması esnasında etkili olup olmadığının dikkate alınması gerektiği vurgulanmıştır⁴⁰. Yani yetkili makam, yurttaşlığa alınma kararı verilmeden önce, ilgili kişinin yalan beyanda bulunduğunu veya önemli hususları gizlediğini bilseydi söz konusu kişi yurttaşlığı kazanamayacaksa ortada yurttaşlığa alınmada etkin bir yalan beyan ve gizleme var demektir⁴¹.

Doktrinde bir görüş, yalan beyan veya önemli hususların gizlenmesi hususunda ilgili kişinin kastının aranmasına gerek olmadığını savunurken

³⁹ **Doğan**, s. 121; **Güngör**, (Tabiyet) s. 171; **Nomer**, Ergin: Türk Vatandaşlık Hukuku, Filiz Kitabevi, 21. Baskı, Ekim 2015, s. 143; **Turhan**, s. 91.

⁴⁰ **Erdem**, s. 242; **Nomer**, s. 145

⁴¹ **Nomer**, s. 145; **Doğan**, s. 123; **Tarılbilir**, (Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısı), s. 50.

diğer bir görüş, ki daha çok taraftar bulmuştur, yalan beyan veya önemli hususların gizlenmesi hususunda ilgili kişinin idareyi aldatma kastının aranması gerektiğini savunmuştur⁴². Yurttaşlığa alınma kararının iptal edilebilmesi için, ilgili kişinin yalan beyanda bulunması veya önemli hususları gizlemesi hususunda idareyi aldatma kastının bulunması şartı, Yasa'da yer almamaktadır. Buna göre, yurttaşlığa alınma hususunda ilgili kişinin bilgisi dışında üçüncü bir kişi tarafından yalan beyan veya önemli hususları gizleme söz konusu olmuş ise yurttaşlığa alınma kararının iptali söz konusu olmayacaktır⁴³.

Yasa'ya göre, yurttaşlığa alınmanın şartları veya soruşturma evresinde ilgili kişinin idareyi aldatma kastı ile hareket ederek yalan beyanda bulunması veya önemli hususları gizlemesi durumunda Bakanlar Kurulu, ilgili kişinin yurttaşlığa alınma kararının iptaline karar verir. Burada idareye herhangi bir takdir yetkisi tanınmamıştır. Yasa'da yurttaşlığa alınmanın iptaline ilişkin olarak herhangi bir süre sınırlaması getirilmediği için yetkili makam, iptal kararını her zaman verebilecektir⁴⁴. Bu durum, hukuki istikrarı zedeleyici niteliktedir⁴⁵. İptal kararının hangi andan itibaren hüküm ifade edeceğine ilişkin olarak Yasa'da herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir⁴⁶.

Yurttaşlığa alınmanın iptalinin sonuçlarına ilişkin olarak Yurttaşlık Yasası'nda özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Yurttaşlığın kaybının sonuçlarına ilişkin olarak tüm kayıp halleri için ortak düzenleme Yasa'nın 20. maddesine göre; iptal yolu ile KKTC yurttaşlığını kaybeden kişiler, yabancılara tanınan haklardan dahi yararlanamazlar. Bu nedenle, hakkında yurttaşlığa alınmanın iptali kararı verilen kişiler, artık ülkede mal edinmeyecekler, ülkeye giremeyecekler, ikamet edemeyecekler, çalışamayacaklar

⁴² Doğan, s. 125; Nomer, s. 145; Turhan, s. 94.

⁴³ Nomer, s. 146. Turhan, Turhan/Tanrıbilir, Feriha Bilge: Vatandaşlık Hukuku Ders Notları, Yetkin Yayınları, 3. Baskı, Ekim 2012, s. 87.

⁴⁴ Turhan, (KKTC Yurttaşlık), s. 94-95.

⁴⁵ Güngör, (Tabiiyet), s. 172.

⁴⁶ KKTC Yurttaşlık Hukukundaki bu boşluğun Türk Vatandaşlık Hukuku'nda mevcut olan hükümler ile doldurulması gerektiği ileri sürülmektedir. Bkz. Turhan, (KKTC Yurttaşlık), s. 106.

ve sonradan yurttaşlığa alınma yollarını kullanarak KKTC yurttaşı olamayacaklardır⁴⁷

Yurttaşlığa alınmanın iptalinin eş ve çocuklara etkisi ise Yasa'nın 16. maddesi'nin 3. fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre; "İptal yolu ile Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti yurttaşlığını kaybeden kişinin eşi ve çocukları da yurttaşlıklarını koruyamazlar ve yurttaşlığa alınmaları aynı şekilde iptal edilir ve gerekli tescil işlemleri yapılır. Ancak, çocuklar, doğum yolu ile yurttaşlığı kazanmışsa yurttaşlık hakkı saklıdır." Bu ifadeden sanki yurttaşlığa alınma kararı iptal edilen kişinin hangi yoldan KKTC yurttaşlığını kazanmış olduklarına bakılmaksızın eş ve çocuklarının da KKTC yurttaşlığının iptal edileceği gibi bir sonuç çıkmaktadır. Ancak, burada yasa koyucunun asıl amacı, ilgili kişiye bağlı olarak KKTC yurttaşlığını kazanan eş ve çocuklarının KKTC yurttaşlıklarının iptal edileceğidir⁴⁸. Buna karşın, KKTC yurttaşlığını ilgili kişiden bağımsız kazanan eş ve çocukların yurttaşlıkları ise, iptal edilmeyecektir.

c. Yurttaşlığın Kaybettirilmesi

KKTC yurttaşı olan kişilerin yetkili makam kararı ile yurttaşlıklarının son bulunduğu diğer bir hâl ise, kaybettirmedir. Kaybettirme, doktrinde genel olarak kabul edilen görüşe göre, devletlerin kendi varlıklarını korumak amacıyla, kanunlarında belirttikleri vatana bağlılıkla bağdaşmayan birtakım fiillerin yapılması nedeniyle kişileri yurttaşlıklarından çıkarmasını sağlayan bir müessese olarak kabul edilmektedir⁴⁹.

Vatana bağlılıkla bağdaşmayan eylemlerden dolayı kişilerin yurttaşlıklarının son bulunduğu bu müessese, Yasa'nın 17. maddesinde yurttaşlığın kaybedilmesi başlığı altında düzenlenmiştir. Yasanın kullandığı "Yurttaşlığın Kaybedilmesi" kavramı, bütün kayıp hallerini de kapsayan bir üst kavram

⁴⁷ Bu konu hakkında getirilen haklı eleştiriler için bkz. **Turhan**, (KKTC Yurttaşlık), s. 98-103; **Ersen Perçin**, Gizem: "Kuzey Kıbrıs Türk Vatandaşlık Hukuklarına İlişkin Bir Karşılaştırmalı Hukuk Çalışması", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl: 7, Sayı: 27, Temmuz 2016, s. 235.

⁴⁸ **Turhan**, (KKTC Yurttaşlık), s. 104.

⁴⁹ **Erdem**, s. 233; **Doğan**, s. 151; **Nomer**, s. 139; **Turhan-Tanrıbilir**, s. 80.

olması nedeniyle eleştirilmiş ve maddenin başlığının kaybettirme şeklinde olması gerektiği doktrinde belirtilmiştir⁵⁰.

KKTC yasa koyucusu, Kaybettirme müessesini ayrıntılı bir şekilde düzenlemiştir. Buna göre, KKTC yurttaşlığının kaybettirilmesi için biri temel şart diğeri de alternatif şart olmak üzere iki şartın varlığı aranmıştır. Bu şartların mevcut olması halinde kişi hakkında Bakanlar Kurulunun kaybettirme kararı verecektir. Yasa'nın mehz kanunu olan 403 sayılı eski TVK'nın aksine kişi hakkında kaybettirme kararı verip vermeme konusunda Bakanlar Kurulu'na herhangi bir takdir yetkisi verilmemiştir.

KKTC yurttaşı bir kişi hakkında kaybettirme kararı verilebilmesinin temel şartı, o kişinin KKTC yurttaşlığını sonradan kazanmış olmasıdır⁵¹. Bu nedenle, KKTC yurttaşlığını doğum veya doğum yeri esasına göre kazanmış kişiler hakkında kaybettirme kararı verilemeyecektir. KKTC yurttaşlığını yurttaşlığa alınma yollarından birisi ile kazanan kişilerin eş ve çocukları da o kişiye bağlı olarak KKTC yurttaşlığını kazanmış iseler, haklarında kaybettirme kararı verilebilecektir⁵². KKTC yasa koyucusu, kaybettirme kararı verilebilecek kişileri sadece yurttaşlığı sonradan kazanan kişiler ile sınırlandırarak hem eski TVK'dan hem de "5901 sayılı yürürlükteki Türk Vatandaşlık Kanunu" (TVK)'ndan farklı bir düzenlemeye yer vermiştir.

Kişi hakkında kaybettirme kararı verebilmek için KKTC yurttaşlığını sonradan kazanmış olma temel şartının yanı sıra bir de alternatif şartların mevcut olması gerekmektedir. Bu alternatif şartlar, Yasa'nın 17. maddesinde sayılmıştır. Alternatif şartlardan ilki, yabancı devletin KKTC'nin menfaatlerine uymayan herhangi bir hizmetinde bulunmadır. Bu hizmetin yabancı devletin resmi, özel veya askeri hizmeti olması arasında bir fark yoktur. Kişi,

⁵⁰ **Turhan**, (KKTC Yurttaşlık), s. 107.

⁵¹ Yasa'ya göre, Kıbrıs Cumhuriyeti'nin Kuruluş Anlaşması'nın D Eki Uyarınca, Kıbrıs Cumhuriyeti yurttaşlığını kazanmış olanlar ve 15 Kasım 1983 tarihinde Kuzey Kıbrıs'ta yerleşik olanlar, 15 Kasım 1983 tarihinden önce Kıbrıs Federe Devleti yurttaşlığına kabul edilme, evlat edinme, evlenme, genel olarak yurttaşlığa alınma ve istisnai olarak yurttaşlığa alınma hallerinden biri ile KKTC yurttaşlığını kazanan kişiler, KKTC yurttaşlığını sonradan kazanmış kişiler olarak kabul edilmektedirler. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Turhan**, (KKTC Yurttaşlık), s. 17 vd.

⁵² **Turhan**, (KKTC Yurttaşlık), s. 109.

KKTC'nin menfaatlerine uymayan bu hizmeti ister KKTC sınırları içerisinde, isterse de KKTC dışında ifa etsin, kişiye usulüne uygun bir şekilde ve belirlenen süre içerisinde bu hizmeti bırakması gerektiğinin bildirilmiş olması gerekmektedir. Kişiye hizmeti bırakması için verilen süre üç aydan az olmamalıdır. Bu süre içerisinde sonradan KKTC yurttaşı olan kişi kendi isteği ile yabancı devletin KKTC menfaatlerine uymayan söz konusu hizmetinde çalışmayı bırakmazsa Bakanlar Kurulu, kişinin yurttaşlığının kaybettilmesine karar verir.

Mükellef askerlik hizmetini yapmak veya yurt savunmasına katılmak için yapılan çağrıya uymayan kişi hakkında da kaybettirme kararı verilir. Hakkında kaybettirme kararı verilmek istenen kişinin KKTC sınırları dışında bulunuyor olması gerekir. Eğer kişi yurt içindeyse hakkında kaybettirme kararı verilemez⁵³. Kişi yurtdışında ise kendisine usulüne uygun bir çağrı yapılarak en az üç aylık bir süre verilir. Kişi bu süre içerisinde mükellef askerlik hizmetini yapmak veya yurt savunmasına katılmak için yapılan çağrıya uymazsa hakkında kaybettirme kararı verilir.

KKTC ile savaş halinde bulunan bir devletin her türlü hizmetinde çalışmaya devam etmek, kaybettirme kararı için gerekli olan alternatif şartlardan sonuncusudur. Buna göre, KKTC'nin savaş halinde olduğu devletin her türlü hizmetinde bulunmak kişi hakkında kaybettirme kararı verilmesi için yeterlidir. Bu hizmetin KKTC'nin menfaatlerine uygun olup olmamasının bir önemi yoktur⁵⁴. Yine bu durumda kişinin ifa ettiği hizmeti hemen bırakması gerekmektedir. Kişiye bildirimde bulunulmasına ve bu bildirimde kendisine hizmeti bırakması için bir süre verilmesine gerek yoktur. Ancak, kişi savaş halinin ortaya çıkmasından sonra Bakanlar Kurulu'ndan bir izin almışsa bu kişi hakkında kaybettirme kararı verilemez⁵⁵.

KKTC yasa koyucusu kaybettirmenin sonuçlarını hem özel olarak Yasa'nın 17. maddesinin 5. ve 6. fıkralarında, hem de tüm kayıp halleri için ortak düzenlemenin getirildiği 20. maddesi'nde düzenlemiştir. Buna göre, hakkında kaybettirme kararı verilen kişi, kararın Resmi Gazetede yayımlandığı tarihten itibaren yabancı statüsüne girecektir. Hakkında kaybettirme

⁵³ **Turhan**, (KKTC Yurttaşlık), s. 115.

⁵⁴ **Turhan**, (KKTC Yurttaşlık), s. 113

⁵⁵ **Turhan**, (KKTC Yurttaşlık), s. 113.

kararı verilen kişi, bundan böyle, ikamet, taşınmaz mal edinme ve devretme, miras ve çalışma gibi konularda KKTC mevzuatının yabancılara tanıdığı haklardan yararlanacaktır.

Kaybettiirme kararları mahiyeti itibari ile cezai nitelikte kararlardır⁵⁶; bu nedenle de kişisel sonuçlar doğurmaktadırlar. KKTC yasa koyucusu, cezai nitelikteki kaybettiirme kararlarının etkileri bakımından şahsi olduğunu dikkate alarak kişinin eş ve çocuklarının kaybettiirme kararından etkilenmeyeceğini hüküm altına almıştır. Diğer bir ifadeyle, kişinin eş ve çocukları KKTC yurttaşlıklarını korumaya devam edeceklerdir⁵⁷.

d. Çıkarma

KKTC Yurttaşlık Yasası'nda kişinin istek ve iradesine bağlı olmadan yurttaşlığın yetkili makam kararı ile kaybının son hali, çıkarılma müessesesi olarak düzenlenmiştir. Yurttaşlıktan çıkarma, devletlerin kendi varlıklarını korumak için geliştirdikleri ve vatana bağlılıkla bağdaşmayan eylemler nedeni ile kişilerin yurttaşlıklarına son verdiği bir kayıp halidir⁵⁸. Devletler, yurttaşlıktan çıkarma müessesesini genellikle aslen yurttaş olanlara değil yurttaşlığını sonradan kazanmış kişilere uygulamaktadırlar. Ayrıca çıkarma, sonuçları itibarıyla çok ağır bir kayıp hali olarak kabul edilmektedir. Çıkarma müessesesi, yurttaşlık hukukundaki herkesin bir yurttaşlığı olmalı, herkes yurttaşlığını değiştirmede serbest olmalı ve vatansızlığın önlenmesi temel prensiplerine aykırı olması nedeniyle eleştirilmiştir⁵⁹. Bu eleştirileri dikkate alan devletler, yurttaşlık kanunlarında çıkarma müessesine yer vermemeye başlamışlardır⁶⁰. Buna rağmen, çıkarma müessesesi Yasa'da halen bir kayıp hali olarak yerini korumaktadır. Yasa'nın 18. maddesinde üç nedenden dolayı kişinin yurttaşlıktan çıkarılabileceği düzenlenmiştir. Buna

⁵⁶ **Güngör**, (Tabiiyet) s. 169; **Erdem**, s. 240.

⁵⁷ **Dolunay**, s. 395.

⁵⁸ **Turhan**, (KKTC Yurttaşlık), s. 120.

⁵⁹ **Turhan**, (KKTC Yurttaşlık), s. 121; **Ersen Perçin**, s. 235.

⁶⁰ Bu genel yaklaşımın bir sonucu olarak KKTC Yurttaşlık Yasasının mehz kanunu kabul ettiğimiz 403 sayılı eski TVK'da çıkarma müessesesi olmasına rağmen 2009 yılında kabul edilen 5901 sayılı TVK'da Türk kanun koyucusu çağdaş yaklaşımları ve dolayısıyla Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesini dikkate alarak çıkarma müessesine yer vermemiştir.

göre, kişi hakkında çıkarma kararı verilebilmesinin temel şartı, kişinin KKTC yurttaşlığını sonradan kazanmış olmasıdır. Bu nedenle KKTC yurttaşlığını aslen kazanmış kişiler hakkında çıkarma kararı verilemeyecektir.

Hakkında çıkarma kararı verilebilecek ilk kişi grubu, yurt dışında bulunup da KKTC'nin iç ve dış güvenliği aleyhine faaliyette bulunan ve hakkında KKTC'de ceza kovuşturması yapılmasına olanak bulunmayan ve yurda dönmesi için yapılan çağrıya üç ay içinde özürsüz olarak uymayanlardır. Yurtdışında bulunan kişinin KKTC'nin iç ve dış güvenliği aleyhine faaliyette bulunması gerekmektedir. Bu nedenle, hakkında çıkarma kararı verilecek olan kişinin yurt dışında bulunması nedeniyle hakkında ceza kovuşturması yapılamaması gerekmektedir. Eğer kişi, zaten yurt içinde ise, hakkında ceza kovuşturması yapılabileceği için kişi hakkında çıkarma kararı verilmesine gerek kalmayacaktır. KKTC'nin iç ve dış güvenliği aleyhine yurtdışında faaliyette bulunan bu kişiye üç aydan az olmamak kaydı ile verilecek sürede yurda dönmesi için usulüne uygun olarak çağrı yapılması gerekmektedir ve Kişinin de bu çağrıya özürsüz olarak uymaması gerekmektedir. Kişi, bu süre zarfında yurda dönerse veya haklı bir özür nedeni ile yurda dönmezse, kişi hakkında yine çıkarma kararı verilemeyecektir. Bu durumda, özrün haklı olup olmadığına Bakanlar Kurulu karar verecektir⁶¹.

KKTC'nin iyi ilişkiler içinde olduğu devlet ya da devletlerle bu ilişkileri bozucu faaliyette bulunmuş olmak ve yabancı bir ülkeye iltica etmek diğer çıkarma nedenleridir. Bu durumda, hakkında çıkarma kararı istenen kişinin yurt dışında bulunması, KKTC'nin iyi ilişkiler içinde olduğu devlet ya da devletlerle bu ilişkileri bozucu faaliyette bulunmuş olması, üç aydan az olmamak kaydı ile verilecek sürede yurda dönmesi için usulüne uygun olarak çağrı yapılması ve ilgili kişinin de bu çağrıya özürsüz olarak uymaması gerekmektedir (KKTC Y.Y. md. 18/1).

Yurttaşlıktan çıkarmanın sonuçları, ilgili kişi ve onun eş ve çocukları için ayrı ayrı düzenlenmiştir. Buna göre, hakkında yurttaşlıktan çıkarma kararı verilen kişi, yabancılara tanınan haklardan dahi yararlanamayacaktır. Hakkında yurttaşlıktan çıkarma kararı verilen kişiler, artık hangi yolla olursa olsun KKTC yurttaşı olamayacaklar, KKTC'ye bir daha gelemeyeceklerdir.

⁶¹ **Turhan**, (KKTC Yurttaşlık), s. 128.

Kişinin tekrardan KKTC yurttaşı olamaması 403 sayılı eski TVK'da yer alan çıkarmanın sonuçları ile uyumludur. Buna karşılık, 403 sayılı eski TVK hükümlerine göre, hakkında çıkarma kararı verilenlerden ülkeye girişleri uygun görünenler yılda en fazla dört ay Türkiye'de kalabileceklerken⁶², Yasa'ya göre hakkında çıkarma kararı verilen kişiler yabancı dahi sayılmadıkları için, artık ülkeye giriş yapamayacaklardır. Bu kişilerin KKTC'de bulunan mallarının ne olacağı konusunda Yasa'da herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Ancak bu kişiler artık KKTC'de taşınmaz mal edinemeyeceklerdir⁶³.

Çıkarma, cezai nitelik taşıdığı için verilecek kararlarda şahsidir⁶⁴. Bu nedenle hakkında çıkarma kararı verilen kişinin eş ve çocuklarının yurttaşlığı etkilenmez (md. 18/4).

B. KKTC Yurttaşlık Yasa Tasarısı

KKTC'de halen yürürlükte olan Yurttaşlık Yasası, yukarıda da değinildiği üzere, 1993 yılında yürürlüğe girmiştir. Yasanın yürürlüğe girdiği tarihten günümüze kadar geçen süre içerisinde dünya üzerindeki insanların bir ülkeden başka bir ülkeye göç etmeleri hızlanmıştır. Aynı şekilde, KKTC'ye gelen ve buraya yerleşen yabancı sayısında ciddi artışlar meydana gelmiştir. Bu durum, ülkenin nüfus politikasını etkilemiş ve yeni bir yurttaşlık yasası hazırlanması gereği hissedilmiştir. Bu bağlamda, KKTC hükümeti, Yurttaşlık hukukundaki gelişmeleri de dikkate alarak bir "Yurttaşlık Yasa Tasarısı" hazırlamıştır. Tasarı'da yurttaşlığın kaybı, dördüncü bölümde yurttaşlıktan çıkma, çıkarılma, yurttaşlığın iptali ve kaybettirilmesi başlıkları altında düzenlenmiştir. Yurttaşlığın kaybı üst başlığının kullanılmayarak bütün kayıp hallerinin üst başlıkta yer alması dikkat çekicidir.

Tasarı'nın 17, 18 ve 19. maddelerinde çıkma müessesesi düzenlenmiştir. Tasarı'nın 17. Maddesi, yurtdışında doğan ve yurtdışında ikamet edenlerin yurttaşlıktan çıkmasını düzenlemektedir. Buna göre, kişinin yurttaşlıktan çıkabilmesi için 2 temel şart öngörmüştür; Bunlar, ilgili kişinin yurtdı-

⁶² Nomer, (15. Baskı), s. 136.

⁶³ Turhan, s. 140.

⁶⁴ Nomer, s. 135.

şında doğması ve daimi olarak yurtdışında ikamet ediyor olmasıdır. Burada Tasarı'yı hazırlayanlar, Yasa uyarınca yurttaşlık kazanan kişilerden, yurtdışında doğmuş ve KKTC dışında ikamet etmekte olan kişilerin reşit oldukları tarihten itibaren KKTC yurttaşlığından çıkabileceklerini düzenlemiştir. Bu durum, yurtdışında doğan ve ikamet eden kişi ile yurttaşı olduğu devlet arasındaki gerçek bağ yokluğuna dayanmaktadır. Düzenlemede dikkati çeken husus, "özel çıkma hakkı" olarak adlandırılabilir bu durumun sadece yurttaşlığı aslen kazananlara tanınmamış olup sonradan kazananlara da tanınması suretiyle ayrımcılığın ortadan kaldırılmış olduğudur.

Bu iki temel şartın yanında, bu kişilerin başka bir devletin yurttaşı olmaları gerekmektedir. Eğer kişinin başka bir devlet yurttaşlığı söz konusu değilse, özel çıkma yolunu kullanarak KKTC yurttaşlığından çıkamayacak ve ancak, genel çıkma yolunu kullanarak KKTC yurttaşlığından çıkabilecektir. Bu kişiler, yurttaşlıktan çıkma isteklerini yurtdışında iseler ikamet ettikleri ülkedeki KKTC Elçiliği, Konsoloslugu veya Dış Temsilciliği'ne, yurt içinde ise Muhaceret Dairesi'ne bildirdikleri anda KKTC yurttaşlığından çıkmış olurlar.

Genel olarak yurttaşlıktan çıkma, Tasarı'nın 18. ve 19. maddelerde düzenlenmiştir. Buna göre, kişi, reşit ve temyiz kudretine sahip olmak ve mükellef askerlik hizmetini yapmış olmak şartlarını yerine getirdiğinde KKTC yurttaşlığından çıkabilecektir. Mevcut Yasa'daki yurttaşlıktan çıkmaya ilişkin düzenlemede herhangi bir değişiklik yapılmadan söz konusu hüküm, aynen Tasarı'da da yer almıştır.

Tasarı'nın 20. maddesinde yurttaşlığa alınmanın iptali düzenlenmiştir. Buna göre, yurttaşlığa alınma ilgilinin yalan beyanı veya yurttaşlığa alınmasına engel teşkil eden önemli hususları gizlemesi sonucu olmuş ise, yurttaşlığa alınma kararı, Bakanlar Kurulu tarafından iptal edilir. Tasarı'da, Yasa'daki düzenlemeden farklı olarak, kişinin yurttaşlığa alınmasına engel teşkil edecek önemli hususları gizlemesi gerekmektedir. Yurttaşlığa alınmanın iptalinin sonuçlarına baktığımızda Tasarı'da mevcut düzenlemenin aynen korunduğunu görmekteyiz. Buna göre, iptal yolu ile KKTC yurttaşlığını kaybeden kişinin eşi ve çocukları da yurttaşlıklarını koruyamazlar ve yurttaşlığa alınmaları aynı şekilde iptal edilir ve gerekli tescil işlemleri yapılır. Mevcut düzenlemede var olan ve sanki hangi şekilde KKTC yurttaşlığını

kazanmış olursa olsun eşin ve çocukların yurttaşlıklarının da iptal edileceği sonucunu düşünmemize neden olan ifade aynı şekilde korunmuştur. Tasarı hazırlanırken “ilgili kişiye bağlı olarak KKTC yurttaşlığını kazanan eşi ve çocuklarının da yurttaşlıkları iptal edilir” ifadesi metne eklenmiş olsaydı bu karışıklık da ortadan kalkmış olurdu.

KKTC yurttaşlığının kaybettirilmesi, Tasarı'nın 21. Maddesi'nde düzenlenmiştir. Tasarı'da mevcut Yasa'daki şartlar, aynen tekrar edilmiştir. Buna göre, yabancı devletin KKTC'nin menfaatlerine uymayan herhangi bir hizmetinde bulunan, KKTC ile savaş halinde bulunan bir devletin her türlü hizmetinde çalışmaya devam eden ve mükellef askerlik hizmetini yapmak veya yurt savunmasına katılmak için yapılan çağrıya uymayan kişiler hakkında kaybettirme kararı verilecektir. Mevcut Yasa'da olduğu gibi Tasarı'da da bu kişiler hakkında kaybettirme kararı verme konusunda Bakanlar Kurulu'nun takdir yetkisi bulunmamaktadır. Tasarı'da, kaybettirme yoluyla KKTC yurttaşlığını kaybeden kişinin eş ve çocuklarının da yurttaşlıklarını kaybedecekleri düzenlenmiştir. Yurttaşlık hukukunda kaybettirme kararlarının bir nevi cezai nitelik taşıması nedeni ile şahsi olduğu ve sadece ilgili kişi hakkında verilebileceği kabul edilirken, Tasarı'yı hazırlayanların bu yaklaşıma aykırı bir düzenleme getirmesi düşündürücüdür.

Tasarı'nın 22. maddesinde çıkarma müessesesi düzenlenmiştir. Daha önce belirtildiği üzere, çıkarma, yurttaşlık hukukundaki herkesin bir yurttaşlığı olmalı, herkes yurttaşlığını değiştirmede serbest olmalı ve vatansızlık önlenmeli temel prensiplerine aykırı olması nedeniyle eleştirilmiştir. Bu eleştirileri dikkate alan devletler, yurttaşlık kanunlarında çıkarma müessesesine yer vermemeye başlamışlardır. Buna rağmen Tasarı'da halen bir kayıp hali olarak çıkarma müessesesine yer verilmiş olmasını anlamak mümkün değildir. Mevcut Yasa'daki çıkarmaya ilişkin şartlar aynen Tasarı'da da korunmuştur. Tasarı, çıkarmanın sonuçları bakımından Yasa'dan farklı olarak yeni bir düzenlemeye yer vermiştir. Buna göre, çıkarma kararı verilen kişinin eş ve çocuklarının da yurttaşlıklarını kaybedeceklerini düzenlenmiştir. Yurttaşlık hukukunun temel prensiplerine aykırı olan bu yaklaşımı anlamak mümkün değildir.

IV. YURTTAŞLIĞIN KAYBINA İLİŞKİN DÜZENLEMELERİN KARŞILAŞTIRILMASI

Vatandaşlık hukukunun temel ilkelerinden biri olan “hiç kimse keyfi olarak vatandaşlığından mahrum bırakılmamalıdır” ilkesi, vatandaşlığın kaybının düzenlenmesinde devletleri yönlendirici niteliktedir⁶⁵. Bu bağlamda, KKTC Yurttaşlık Yasası ve Yasa Tasarısı’nda yurttaşlığın irade dışı kaybının söz konusu olduğu yurttaşlığa alınmanın iptali, kaybettirme ve çıkarma durumlarında, yurttaşlığın hangi hallerde ve hangi sebeplerle sona erdirileceğinin açıkça düzenlenmiş olması, keyfiliği önleyici niteliktedir. Öte yandan, idari işlem olarak kabul edilen vatandaşlık kayıp kararlarına karşı yargı yolunun açık olması da keyfiliği önleyecek bir diğer husustur⁶⁶. KKTC Anayasası md. 152/1 (Yüksek Mahkemenin Görev ve Yetkileri)ne ilişkin maddedir ve Yasa md. 22 ve Tasarı md. 28, KKTC yurttaşlığı hakkında idari makamlar tarafından verilen kararlara karşı bu kararlardan etkilenen herkese yargı yoluna başvurma imkânı vermektedir.

Sözleşme’de vatandaşlığın kaybına ilişkin düzenleme yapılırken gözetilmesi gereken birtakım prensipler öngörülmüştür (md. 7/1). Başka bir devletin vatandaşlığını gönüllü olarak kazanmak Sözleşme’ye göre kayıp nedeni teşkil edebilir. Bu gerekçe ne Yasa’da ne de Tasarı’da kayıp nedeni olarak öngörülmemiştir. Böyle bir düzenleme 403 sayılı eski TVK döneminde Türk hukukunda kaybettirme nedeni olarak mevcuttu (TVK. md. 29/1).

Taraf devlet vatandaşlığının bazı hususların gizlenmesi, hileli davranışlar veya yanlış bilgi verilmesi sonucu kazanıldığı hallerde vatandaşlığın kaybının düzenlenebileceğini Sözleşme md. 7/1/b öngörmektedir. KKTC hukukunda “vatandaşlığa alınmanın iptali” olarak düzenlenen bu kayıp hali, hem Yasa’da hem de Tasarı’da yer almaktadır. Buna göre, KKTC yurttaşlığının kazanımı, ilgilinin yalan beyanı veya önemli hususları gizlemesi sonucu vukubulursa, kişiye yurttaşlığı kazandıran kararın iptali gündeme gelmektedir. Bu kayıp halinin neticesinde Yasa’ya göre kişi, yabancıların sahip olduğu haklardan dahi yararlanamazken Tasarı’da bu durum iyileştirilmiş ve yabancılara tanınan haklardan yararlanma imkânı verilmiştir. İptal ile

⁶⁵ **Güngör**, (Sözleşme), s. 234; **Aybay/Özbek**, s. 57.

⁶⁶ **Aybay/Özbek**, s. 57.

ilgili bir diğer sıkıntılı husus ise, eşe ve çocuklara tesiri noktasındadır. Yasa'ya göre, yurttaşlığın doğum yoluyla kazanan çocuklar hariç iptal, eşe ve çocuklara tesir etmektedir. Tasarı'da ise iptal, yurttaşlığı doğum yoluyla kazanan çocuklar da dahil, eşe ve çocuklara tesir etmektedir. Olması gereken, iptale konu olan kişiye bağlı olarak yurttaşlık kazananların yurttaşlıklarını kaybetmeleridir⁶⁷. Halbuki bu düzenlemeler, başka bir yolla dahi olsa KKTC yurttaşlığını kazanmış eş ve çocuğa da iptalin tesir edeceği anlamına gelmektedir. Bu sıkıntının yasa koyucunun ifadede yanlışlık yapmış olmasından kaynaklanıyor olduğunu düşünmek istiyoruz.

Yabancı bir askeri gücün gönüllü askerliğini yapmak Sözleşme'ye göre vatandaşlık kayıp sebebi olarak kabul edilmektedir. KKTC yurttaşlık hukukunda bu gerekçe, kayıp nedeni olarak öngörülmemiştir. Ancak, askerliğe ilişkin bir kaybettirme nedeni hem Yasa'da hem de Tasarı'da yer almıştır. Buna göre, yurt dışında bulunup da mükellef askerlik görevini yerine getirmek için yetkili kılınmış makamlar tarafından usulen yapılacak çağrıya uymayanlar hakkında Bakanlar Kurulu tarafından kaybettirme kararı verilmektedir.

Sözleşme, devletin hayati çıkarlarına ciddi olarak zarar veren davranışlarda bulunmayı da vatandaşlığın kayıp nedeni olarak kabul etmiştir. Yurttaşlığın kaybettirilmesi ve yurttaşlıktan çıkarmaya ilişkin düzenlemelerde bu yaklaşımı yansıtan paralel düzenlemeler yer almaktadır. Yabancı bir devletin KKTC'nin menfaatlerine uymayan herhangi bir hizmetinde bulunma, hem Yasa'da hem de Tasarı'da kaybettirme nedeni teşkil etmektedir. Yurt dışında bulunup da KKTC'nin iç ve dış güvenliğinin aleyhine faaliyette bulunmak, yurttaşlıktan çıkarma nedeni sayılmaktadır. Bu gerekçelerle KKTC yurttaşlığının kaybı, ancak sonradan KKTC yurttaşlığını kazananlar için söz konusu olabilmektedir. Bu haliyle söz konusu metinlerin KKTC yurttaşlığını aslen kazananlarla sonradan kazananlar arasında ayırım yaptığı açıktır. Her ne kadar ilgili düzenlemelerde "yurttaşlığı sonradan kazananlar" ifadesi kullanılmışsa da, kaybettirmeye ilişkin maddeler olan Yasa'nın 17. maddesi ile Tasarı'nın 21. maddesinde yer alan "Kıbrıs'lı Türk baba veya Kıbrıs'lı Türk anadan doğum yoluyla kazanılan yurttaşlıktan hiçbir kişi çıkarılamaz" şeklindeki düzenleme, ayrıca birtakım soru işaretlerine yol açmak-

⁶⁷ **Turhan**, (Yurttaşlık), s. 104.

tadır. Bu noktada AVS md. 5'te yer alan ayrımcılık yasağını hatırlatmakta yarar vardır. Çünkü bu düzenleme, sadece sonradan KKTC yurttaşı olan ana veya babadan soybağı ile KKTC yurttaşlığını kazanan çocuğun kaybettirmeye konu olabileceği anlamına gelmektedir.

Yasa'ya göre, kaybettirme ve çıkarma kararları eşe ve çocuklara tesir etmemektedir. Her ne kadar vatandaşlığın kaybı, bir cezalandırma mekanizması olarak kullanılması kabul görmüyorsa da aslında bu düzenlemeler, cezai niteliktedir ve cezaların şahsiliği ilkesi gereği sadece söz konusu kişiyi etkilemelidir. Yasa'daki bu doğru yaklaşım Tasarı'da terk edilmiştir. Hem kaybettirmenin hem de çıkarmanın eşe ve çocuğa tesir edeceği düzenlenmiştir.

Sözleşme md. 7/f gereği, akit devlet hukukuna uygun olarak çocuğun kanun hükmü icabı doğumla vatandaşlık kazanmasına yol açmış ön şartların çocuk reşit olmadan önce kalkması kayıp nedeni sayılabilmektedir. Bu hususta Yasa md. 6/2 dikkat çekicidir. Buna göre, KKTC'de bulunmuş sahipsiz çocuklar aksi sabit olmadıkça KKTC'de doğmuş sayılırlar. KKTC'de doğmak, doğum yeri ile kazanımın bir koşulu olduğundan bunun aksinin isbatı yurttaşlığın kaybına yol açacaktır. Bu haliyle Sözleşme ile uyum gösteren düzenleme, karinenin aksinin isbatı için bir süre sınırlaması öngörmediği için, yani ergin olma sınırını koymadığı için Sözleşme'den ayrılmaktadır. Süre sınırının olmayışı, hukuki istikrarı zedeleyici niteliktedir⁶⁸. Tasarı'da böyle bir düzenleme mevcut değildir. Çünkü aslen kazanım yolu olarak doğum yeri esasına yer verilmemiştir.

Taraf devletle yurt dışında ikamet eden vatandaşı arasında gerçek bağ yokluğu da Sözleşme'de kayıp nedeni olarak kabul edilmiştir. Buna paralel bir düzenleme, Yasa'nın 4. maddesinde ve Tasarı'nın 17. maddesinde özel çıkma yolu⁶⁹ olarak yer almıştır. Yasa'ya göre, soybağı ile KKTC yurttaşı olup KKTC dışında doğan ve daimi olarak KKTC dışında ikamet edenler, ergin olduktan sonra üç yıl içinde KKTC yurttaşlığından çıkabilirler. Tasarı ise, herhangi bir şekilde KKTC yurttaşlığını kazanmış olan bir kişinin yurt dışında doğmuş olmak ve daimi olarak yurt dışında ikamet etmek koşul-

⁶⁸ Nomer, s. 68-69; Güngör, s. 70.

⁶⁹ Turhan, (KKTC Yurttaşlık), s. 79.

larıyla yurttaşlıktan çıkabileceğini düzenlemiştir. Dikkat edilecek olursa Tasarı'da "özel çıkma hakkı" olarak adlandırılabilir bu durum sadece aslen kazananlara tanınmamış olup sonradan kazananlar da kapsama alınmak suretiye ayrımcılık ortadan kaldırılmıştır.

Sözleşme'de belirtilen ve "vatana bağlılıkla bağdaşmayacak davranışlar" olarak nitelendirilebilecek yabancı bir askeri gücün gönüllü askerliğini yapmak ve devletin önemli menfaatlerine ciddi surette zarar veren fiillerde bulunmak halleri hariç, vatandaşlığın kaybının çocuklara da tesir edebileceği kabul edilmektedir. Bu düzenlemeden anlaşılan, kaybettirme ve çıkarma hariç, diğer kayıp hallerinin çocuğa tesir edebileceğidir. Bu noktada Yasa ve Tasarı'nın Sözleşme ile ters düştüğü rahatlıkla söylenebilir. Yukarıda belirtildiği üzere, çıkarma ve kaybettirmenin çocuklara da tesir ediyor olması ve iptalin yurttaşlığı kişiye bağlı kazanmayan çocukları da kapsayacak şekilde düzenlenmiş olması bunun göstergesidir. Sözleşme'deki düzenlemenin KKTC hukukunda çıkma çocuğa tesir etmediği için, uygulama imkânı bulması mümkün değildir.

Sözleşme md. 7/3 gereği, vatandaşlığın iptali hariç, diğer tüm kayıp hallerinde kişinin vatansız kalmamasına özen gösterilmelidir. Bu noktada şunu belirtmek gerekir ki, Yasası ve Tasarı, kaybettirme ve çıkarma yoluyla kayıplarda kişinin vatansız kalıp kalmayacağını dikkate almamaktadır. Ancak, çıkma yoluyla yurttaşlığı kaybedebilmek için kişinin başka bir devlet vatandaşlığının olması gerektiği düzenlenmiştir.

Sözleşme md. 8, iradi olarak vatandaşlığın kaybını düzenlemektedir. Buna göre, taraf devlet iç hukukunda çıkmanın sadece yurt dışında ikamet eden vatandaşlara tesir edebileceğini düzenleyebilir. Gerek Yasa gerekse de Tasarı, benzer bir düzenleme içermektedir. Yukarıda belirtildiği üzere, yurt dışında ikamet edenlere, diğer bazı koşulları sağlamaları halinde, özel çıkma imkânı sağlanmıştır. İster genel, ister özel çıkma yoluyla KKTC yurttaşlığından ayrılmak için kişi başvurmuş olsun, muhakkak yabancı devlet vatandaşlığı olmalıdır ki kendisine çıkma belgesi verilsin. Diğer bir ifadeyle, Sözleşme'nin "vatansızlık önlenecektir" ilkesine uygun olarak başka bir devlet vatandaşlığı olmayanların çıkma yoluyla vatansız kalmaları engellenmiştir.

SONUÇ

KKTC, Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi'nin tarafı olmamakla beraber çalışmamızda, vatandaşlık hukuku açısından önemli bir belge olan Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi ışığı altında KKTC Yurttaşlık Yasası ve KKTC Yurttaşlık Yasa Tasarısı'nda düzenlenen yurttaşlığın kaybı konusu ele alınmıştır. Tasarı'da yurttaşlığın kaybı, dört başlık altında toplanmıştır. Bunlar; yurttaşlıktan çıkma, yurttaşlıktan çıkarılma, yurttaşlığın iptali ve yurttaşlığın kaybettirilmesidir.

Yurttaşlık hukukunun genel prensiplerinden birisi olan “herkes yurttaşlığını değiştirmede serbest olmalıdır” ilkesine uygun olarak, Tasarı'nın 17. 18. ve 19. maddelerinde yurttaşlıktan çıkma müessesesi düzenlenmiştir. Tasarı, çıkma müessesesini yurtdışında doğan ve yurtdışında ikamet edenlerin yurttaşlıktan çıkması ve genel olarak yurttaşlıktan çıkma olarak ikiye ayırmıştır. Yani, yurtdışında doğan ve yurtdışında ikamet edenlerin yurttaşlıktan çıkması ile düzenlenmek istenen aslında yurttaşlığın “seçme hakkı” ile kaybı müessesesidir. Bu nedenle, madde başlığının seçme hakkı ile KKTC yurttaşlığının kaybı şeklinde ve yurttaşlıktan çıkma müessesesinden ayrı olarak düzenlenmesi daha doğru olacaktır. Sözleşme'deki taraf devletlerin vatandaşlıktan çıkma hakkını tüm vatandaşlarına değil sadece yurtdışında doğan ve yurtdışında ikamet eden vatandaşlarına bahsedebileceğine yönelik bir düzenlemeye Tasarı'da yer verilmesi olumlu bir yaklaşımdır.

KKTC hukukunda “vatandaşlığa alınmanın iptali” hem Yasa'da hem de Tasarı'da yer almaktadır. Bu kayıp halinin neticesinde, Yasa'ya göre haklarında vatandaşlığa alınmanın iptali kararı verilen kişinin yabancıların sahip olduğu haklardan dahi yararlanamayacağına ilişkin düzenleme doğru bir düzenleme değildir. Buna karşılık, Tasarı'da bu durum, iyileştirilmiş ve haklarında kaybettirme kararı verilen kişilere yabancılara tanınan haklardan yararlanma imkânı verilmiştir. İptal kararının hukuki sonuçları Tasarı'nın 20. maddenin b fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre, iptal yolu ile KKTC yurttaşlığını kaybeden kişinin eşi ve çocukları da yurttaşlıklarını koruyamazlar ve yurttaşlığa alınmaları aynı şekilde iptal edilir ve gerekli tescil işlemleri yapılır. Yasa Tasarısı'nda bu düzenleme uyarınca ilgili kişinin yurttaşlığı iptal edildiğinde eşi ve çocuklarının yurttaşlığı da iptal edilecektir. Bu düzenleme, yerinde bir düzenleme değildir. Çünkü, hakkında yurttaşlığa

alınma kararının iptaline karar verilen kişinin eşi ve çocukları, o kişiye bağlı olmaksızın KKTC yurttaşlığını kazanmış olabilirler. Ayrıca, ilgili kişinin KKTC yurttaşlığını kazanmasından sonra doğmuş çocukları da, soybağı esasına göre KKTC yurttaşlığını kazanmış olabilirler. Aslında buradaki düzenlemenin “yurttaşlığa alınma kararı, ilgili kişiye bağlı olarak KKTC yurttaşlığını kazanan eş ve çocuklar hakkında da uygulanır” şeklinde olması, yurttaşlık hukuku açısından daha doğru olacaktır.

Yasa’ya göre, kaybettirme yoluyla KKTC yurttaşlığını kaybeden kişinin eş ve çocukları, yurttaşlıklarını korumaya devam edebileceklerdir. Buna karşılık Tasarı, KKTC yurttaşlığını kaybeden kişinin eş ve çocuklarının yurttaşlıklarını kaybedeceklerine ilişkin düzenlemeye yer vermiştir. Vatandaşlık hukukunun genel prensiplerine baktığımızda devletler, kaybettirme kararlarını sonradan vatandaş yaptıkları kişileri ülkelerine karşı yaptıkları hizmet ve eylemler nedeniyle o kişiyi cezalandırmak amacıyla vermektedirler. Bu nedenle, kaybettirme kararlarının şahsi olması gerekmektedir. Çünkü, devletin menfaatine uymayan herhangi bir hizmette bulunan, devletin savaş halinde olduğu devletin her türlü hizmetinde bulunan ve askerlik ödevini yerine getirmek için çağrılan ve bu çağrılara uymayan o kişinin kendisidir. Kişinin eşinin ve çocuklarının bu hizmetlerle herhangi bir ilişkisi bulunmamaktadır. Cezaların kişisel olması ilkesi sebebiyle kaybettirme kararlarının eş ve çocukları kapsamaması gerekirken Tasarı’da bu düzenlemeye yer vermek yerinde olmamıştır.

Tasarı’daki bir diğer kayıp hali ise yurttaşlıktan çıkarılmadır. Yurttaşlıktan çıkarılma müessesesi, milletlerarası kongrelerde, insan haklarına aykırı ve vatansızlığı özendirici bir düzenleme olması nedeniyle çokça eleştirilmiştir. Ancak, bazı devletler, bu müesseseye kanunlarında yer vermeye devam etmişlerdir. KKTC’deki mevcut yurttaşlıktan çıkarma müessesesi, 403 sayılı eski Türk Vatandaşlığı Kanunu’ndan aynen alınmıştı. Ancak, Türkiye 2009 yılında 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu’nu kabul etmiş ve yeni kanunda dünya genelindeki eğilime paralel olarak yurttaşlıktan çıkarma müessesesine yer vermemiştir. Şunu belirtmek gerekir ki, zaten çıkarma ile kaybettirme müessesesindeki düzenlemeler birbirine benzemektedir. Bu nedenle dünya genelinde kabul gören yurttaşlık hukuku esasları da dikkate alınarak yurttaşlıktan çıkarma müessesesine Tasarı’da yer verilmesi daha uygun olacaktır.

KAYNAKÇA

- Aybay**, Rona/**Özbek**, Nimet: Vatandaşlık Hukuku, 4. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2015.
- Aykaç**, Alper Can: “Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi” Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.:77, Ankara 2008, s. 359-383.
- Berki**, Osman Fazıl: “Vatansızlık”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.: 5, S.: 1, Ankara 1948, s. 167-192.
- Doğan**, Vahit: Türk Vatandaşlık Hukuku, Savaş Yayıncılık, Ankara 2015.
- Dolunay**, Ayhan: “Vatandaşlık Hukuku Temel İlkelerinin Türk Hukuku ve Kıbrıs Türk Hukuku Açısından Değerlendirilmesi” Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.: 122, Ankara 2016, s. 369-416.
- Erdem**, Bahadır: Türk Vatandaşlık Hukuku, Beta Yayıncılık, İstanbul 2014.
- Ersen Perçin**, Gizem: “Kuzey Kıbrıs Türk Vatandaşlık Hukuklarına İlişkin Bir Karşılaştırmalı Hukuk Çalışması”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S.: 27, Temmuz 2016, s. 215-244.
- Güngör**, Gülin: “Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi” (Sözleşme), Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Prof. Dr. Yılmaz Altuğ’a Armağan, C.: 17-18, S.: 1-2 (1997-1998), s. 229-250.
- Güngör**, Gülin: Tabiiyet Hukuku (Tabiiyet), 3. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2015.
- Nomer**, Ergin: “Türk Vatandaşlık Hukukunun Genel İlkeleri”, Vatandaşlık ve Yabancılar Hukuku Alanında Gelişmeler, (Bilimsel Toplantı), İstanbul 24-25 Eylül 1998.
- Nomer**, Ergin: Türk Vatandaşlık Hukuku, Filiz Kitabevi, 21. Baskı, İstanbul 2015.
- Öztürk**, Necla: “Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısının Vatandaşlığın İrade Dışı Kaybı Yollarına Yaklaşımı”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.: 73, Ankara 2007, s. 95-131
- Sarıca**, Murat/**Teziç**, Erdoğan/ **Eskiyurt**, Özer: Kıbrıs Sorunu, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1975.

- Tanrıbilir**, Feriha Bilge: “Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi ve Türk Hukuku” (Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi), Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Prof. Dr. Ergin Nomer’e Armağan, C.: 22, S.: 2 (2002), s. 791-818.
- Tanrıbilir**, Feriha Bilge: “Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısının Vatandaşlığın Kaybına İlişkin Hükümleri”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.: 76, Ankara 2008, s. 27-63.
- Turhan**, Turgut, KKTC Yurttaşlık Hukuku, (KKTC Yurttaşlık): Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara 2002.
- Turhan**, Turgut: “Kıbrıslı Türkler’in Vatandaşlığının Kısa Tarihi” (Kıbrıslı Türkler), Ada Yazıları, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2010.
- Turhan**, Turhan/**Tanrıbilir**, Feriha Bilge: Vatandaşlık Hukuku Ders Notları, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2012.
- Uluocak**, Nihal: Otonom Kıbrıs Türk Yönetimi Yurttaşlık Kanununa İlişkin Kritik İnceleme, Kıbrıs Türk Federe Devletinin Milletlerarası Hukuka İlişkin Bazı Sorunları, Sempozyum 6-7 Mayıs 1982, İstanbul 1983.
- Vatansever**, Müge: “Kıbrıs Sorununun Tarihi Gelişimi”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 12, Özel S., 2010, s. 1487-1530 (Basım Yılı: 2012).
- Zimmermann**, Andreas: Council of Europe: European Convention on Nationality, Introductory Note, International Legal Materials, Vol 37(1998), S. 1-2.

DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ YAYINLARI

<u>Y.N</u>	<u>YAYININ ADI</u>	<u>YAZARI</u>
0 13	İcra İflas Hukukunda Şikayet (ANKARA-1986)	Yrd.Doç.Dr. Hakan PEKCANİTEZ
0 14	Hisse Senetleriyle Değ. Tah.(ANKARA-1986)	Yrd.Doç.Dr. Huriye KUBİLAY
02	Hukuk Fakültesi Der./M.ALAM Armağanı (İZMİR-1983)	
0 17	Hukuk Fak. Dergisi Sayı 1-4 (Kudret Ayıter Armağanı)	
0 32	İşçi Buluşları Hukuku (İZMİR-1987)	Doç.Dr. A.Necip ORTAN
0 33	2918 Sayılı Karayolları Tr. K...(İZMİR-1987)	Arş.Gör. Demet ÇELİKTAŞ
0 34	Devre Mülk Hakkı(İZMİR-1987)	Arş.Gör. Ayşe HAVUTÇU
0 35	Grev Kavramı (İZMİR-1987)	Yard.Doç. Dr. Melda SUR
1-	Uygulamalı Suç Muhakemesi Hukuku (C.2)(İZMİR-1988)	Doç.Dr. Bahri ÖZTÜRK
2-	Türkiye Cumhuriyet Tarihi(1.Basım) (ANKARA-1988)	Prof.Dr. Ergün AYBARS
3-	İş Hukuku (Ferdî İş İlişkileri) (ANKARA-1988)	Prof.Dr. Ünal NARMANLIOĞLU
4-	Hukuk Felsefesi (ANKARA-1988)	Prof.Dr. Adil İZVEREN
5-	Eşya Hukuku (ANKARA-1989)	Prof.Dr. Şeref ERTAŞ
6-	Türk Yunan İlişkileri (ANKARA-1989)	E.Gn. Sedat İLHAN
7-	İktisata Giriş (ANKARA-1990)	Prof.Dr. Sadık ACAR
8-	Türkiye Cumhuriyet Tarihi-1 (2.Basım) (ANKARA-1990)	Prof.Dr. Ergün AYBARS
9 -	Haksız Yakalama ve Tutuklama (ANKARA-1989)	Prof.Dr. Durmuş TEZCAN
10-	Bina ve Yapı Eseri Malikleri. (ANKARA-1990)	Doç.Dr. Nevzat KOÇ
11-	Eski Eserler Hukuku (ANKARA-1990)	Prof.Dr. Bilge UMAR
12-	Almanya'daki Türkler ve Sorunları (ANKARA-1990)	Doç.Dr. Timur DEMİRBAŞ
13-	Veraset İntikal Vergisi (ANKARA-1990)	Arş.Gör. Yusuf KARAKOÇ
14-	Grev (ANKARA-1990)	Prof.Dr. Ünal NARMANLIOĞLU
15-	Kıymetli Evrakın Ziya-ı ve İp.. (ANKARA-1990)	Arş.Gör. Hanife DİRİKKAN
16-	Uyg. Cez. Muh. H. Cilt-1 (2.Bası) (Ankara-1990)	Doç.Dr. Bahri ÖZTÜRK
17-	Ceza Muh. H. Koğuşturma Mecburiyeti (ANKARA-1991)	Doç.Dr. Bahri ÖZTÜRK
18-	Anonim Ortaklıkların İflası (ANKARA-1991)	Doç.Dr. Hakan PEKCANİTEZ
19 -	Top. Söz. H. Yararlılık İlkesi (ANKARA-1991)	Prof.Dr. Polat SOYER
20-	Farklı Cinslerin Eşit Hak. Sah... (ANKARA-1991)	Doç.Dr. Zafer GÖREN
21-	Toplu İş Sözleşmesi Özerkliği ve Teşmil (ANKARA-1991)	Doç.Dr. Melda SUR

22-	Öldürme Suçu (ANKARA-1992)	Doç.Dr. Timur DEMİRBAŞ
23-	İşkence Suçu (ANKARA-1992)	Doç.Dr. Timur DEMİRBAŞ
24-	Kamulaştırma ve İptal (ANKARA-1992)	Arş.Gör. Meltem KUTLU
25-	Alacaklının Temerrüdü (ANKARA-1992)	Doç.Dr.Nevzat KOÇ
26-	Kitlerin Tacir Sıfatı (İZMİR-1992)	Yrd.Doç. Dr.Ercüment ERDEM
27-	Ceza ve Emniyet Tedbirleri Huk.(1.Bas.) (ANK.-1992)	Doç.Dr. Bahri ÖZTÜRK
28-	Tarafların Yeterlilik Belirleme Sözleşmesi (ANK.-1992)	Arş.Gör. Ziya AKINCI
29-	Ceza ve Emniyet Tedbirleri Huk. (2.Bas.) (ANK.-1992)	Doç.Dr. Bahri ÖZTÜRK
30-	Medeni Usul Hukukunda Ferhi Müdahale (ANK.-1992)	Doç.Dr. Hakan PEKCANITEZ
31-	A.Y.O Tanıtım Bülteni (ANKARA-1992)	Doç.Dr. Bahri ÖZTÜRK
32-	Anayasa ve Sorumluluk (ANKARA-1992)	Doç.Dr. Zafer GÖREN
33-	Alman İş Kanun Taslağı (ANKARA-1993)	Prof.Dr. S.EDİS-/ B.ÖZTAN/F.ÖZTAN
34-	Hukuk Sosyolojisi (ANKARA-1993)	Prof.Dr. Adil İZVEREN
35-	Ticari İşletme Hukuku (ANKARA-1993)	Yard.Doç. Ercüment ERDEM
36-	Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (ANKARA-1993)	Prof.Dr. Seyfullah EDİS
37-	D.E.Ü. Öğr. İçin Temel Yasa ve Yönet. (ANK.-1993)	Prof.Dr. Seyfullah EDİS
38-	Millet Meclisi İç Tüzüğü	Prof.Dr. Seyfullah EDİS
39-	Roma Özel Hukuku (İZMİR-1993)	Prof.Dr. Kudret AYITER
40-	Ceza ve Emniyet Tedbirleri Hukuku (3.Bası) (ANK.-1993)	Doç.Dr. Bahri ÖZTÜRK
41-	Medeni Huk. Gir. ve Başl. Hükm. (4.Basım) (ANK.1993)	Prof.Dr. Seyfullah EDİS
42-	İthalatta Yapay Fiyat İndirimi ve Karşı Önl. (ANK. 1994)	Doç.Dr. Huriye KUBİLAY
43-	Türkiye Cumhuriyeti Tarihi - I (3.Bası) (ANKARA-1994)	Prof.Dr. Ergün AYBARS
44-	Milletlerarası Ticari Hakem Kar. ve Tenfizi (ANK.-1994)	Yard.Doç. Ziya AKINCI
45-	Hukuk Felsefesi (2.Basım)- (ANKARA -1994)	Prof.Dr. Adil İZVEREN
46-	Uygulamalı Ceza Muh. Kanunu (3.Basım) (ANK.-1994)	Doç.Dr. Bahri ÖZTÜRK
47-	Yabancı Para Alacaklarının Tahsili (ANKARA-1994)	Doç.Dr. Hakan PEKCANITEZ
48-	Genel İktisat (ANKARA-1994)	Prof.Dr. Sadık ACAR
49-	Ceza Hukukunda Basit/Postada Elkoyma (ANK.-1994)	Dr. Ahmet GÖKÇEN
50-	Türkiye Cumhuriyeti Tarihi (4. Basım)-(ANKARA 1995)	Prof.Dr. Ergun AYBARS
51-	Yeni Değer Sigortası (ANKARA-1994)	Doç.Dr. Huriye KUBİLAY
52-	İdari Yargı İle İlgili Kanunlar (ANKARA-1994)	Prof.Dr. Durmuş TEZCAN
53-	Rekebet Yasağı Sözleşmesi (ANKARA-1994)	Prof.Dr. M.Polat SOYER
54-	Anonim Şirketlerin Sermaye Piyasası (ANK.-1995)	Yrd.Doç.Dr. Ercüment ERDEM
55-	Eşya Hukuku (2.Basım) (ANKARA-1995)	Prof.Dr.Şeref ERTAŞ

56-	Miras Hukuku (3.Basım) ANKARA-1995	Prof.Dr. Ş.ERTAŞ-Prof.Dr. A.N.İNAN
57-	Temel Hak Genel Teorisi (ANKARA-1995)	Doç.Dr. Zafer GÖREN
58-	Anayasa ve Sorumluluk (ANKARA -1995)	Doç.Dr. Zafer GÖREN
59-	Medeni Usul Hukuku Pratik Çalışması (İZMİR -1995)	Doç.Dr. H.PEKCANITEZ Arş.Gör. Muhammed ÖZEKES
60-	Tam İki Tar.Borç.Yük.Müsbet Zar.Taz. (İZMİR -1995)	Yrd.Doç.Dr. Ayşe HAVUTCU
61-	Sosyal Maliye (İZMİR - 1995)	Dr.Yusuf KARAKOÇ
62-	Avukatlık Mes. Av.Hak ve Yükümlülükleri (İZMİR -1995)	Dr. Meral SUNGURTEKİN
63-	Hukuk Sosyolojisi(2.Basım) (İZMİR -1995)	Prof.Dr. Adil İZVEREN
64-	İdare Hukuku Mevzuatı Cilt.II (İZMİR -1995)	Prof.Dr. Durmuş TEZCAN
65-	Türkiyede Top. ve Gösteri Yürüyüş Özgür.(İZMİR -1995)	Dr. Esra ATALAY
66-	İş Hukukunun Uluslararası Kaynakları (İZMİR -1995)	Doç.Dr. Melda SUR
67-	Anonim Şirketlerin İflası (İZMİR -1996)	Yrd.Doç. Dr. Oğuz ATALAY
68-	Karşılaştırmalı Huk. Açısından Damping ve Antidamping (İZMİR-1996)	Dr. Hanife DİRİKKAN
69-	Vergi Sorunlarını Çözümü (İZMİR -1996)	Dr. Yusuf KARAKOÇ
70-	Yabancı Para Alacaklarının Tahsili (İZMİR -1996)	Doç.Dr. Hakan PEKCANITEZ
71-	Sanığın Hazırlık Sor. İfadesinin Alınması (İZMİR -1996)	Doç.Dr. Timur DEMİRBAŞ
72-	İdare Hukuku Pratik Çalışma El Kitabı (İZMİR -1996)	Prof.Dr. Durmuş TEZCAN
73-	Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözl. (İZMİR -1996)	Doç.Dr. Ziya AKINCI
74-	Eşya Hukuku (2.Basım) (İZMİR -1997)	Prof.Dr. Şeref ERTAŞ
75-	İdare Sözleşmelerinde İhale Süreci (İZMİR -1997)	Dr. Meltem KUTLU
76-	Türk Vergi Ceza Huk. Pişmanlık ve İslah (İZMİR -1997)	Dr.Yusuf KARAKOÇ
77-	Türk Vergi Yargılaması.Huk.Delil Sistemi (İZMİR -1997)	Dr. Yusuf KARAKOÇ
78-	Çevre Hukuku (İZMİR-1997)	Prof.Dr. Şeref ERTAŞ
79-	Hukuk Başlangıcı (ANKARA - 1997)	Prof.Dr. Bilge UMAR
80-	Türkiye Cumhuriyeti Tarihi 1 (5. Basım)-(İZMİR 1997)	Prof.Dr. Ergün AYBARS
81-	Fakülte Der.Şükrü POSTACIOGLU'na Armağan (İZMİR-1997)	
82-	Medeni Usul Hukuku Pratik Çalış. 2.Bas.(İZMİR -1997)	Doç.Dr. H.PEKCANITEZ Arş.Gör. Muhammed ÖZEKES
83-	Farklı Cinslerin Eşit Haklara Sahip Olması (İZMİR -1998)	Prof.Dr. Zafer GÖREN
84-	Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi (İZMİR - 1998)	Arş.Gör. M.Beşir ACABEY
86-	Farklı Cinslerin Eşitliği Sempozyumu (İZMİR -1998)	Prof.Dr. Zafer GÖREN
87-	Türkiye Cumhuriyeti Tarihi 1 (6. Basım)-(İZMİR 1998)	Prof.Dr. Ergün AYBARS
88-	Prof.Dr.ERNST E. HIRSCH'ten Mekt. (İZMİR -1998)	Prof.Dr. Zafer GÖREN

-
- 89- Genel İktisat (3.Basım) -(İZMİR-1998) Prof.Dr. Sadık ACAR
- 90- İdare Hukuku Mevzuatı 2. Bası (İZMİR-1998) Prof.Dr. Durmuş TEZCAN
Yrd.Doç. Dr. Meltem KUTLU
Dr. Oğuz SANCAKDAR
Ar.Gör. Muhlis ÖĞÜTÇÜ
- 91- İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri 3. Bası (İZMİR-1998) Prof.Dr. Ünal NARMANLIOĞLU
- 92- 4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Arş.Gör. Murat AYDOĞDU
Göre Kapıdan Satışlar (İZMİR-1998)
- 93- Türk Hukukunda Altına ve Diğer Kıymetli Madenlere Doç. Dr. Huriye KUBİLAY
Dayalı Sermaye Piyasası Araçları (İZMİR-1998)
- 94- İş Mücadelesinde Denge İlkesi (İZMİR-1999) Yard.Doç.Dr. Şükran ERTÜRK
- 95- 1998-1999 Öğretim Yılı Dokuz Eylül Üniversitesi Prof. Dr. Zafer GÖREN
Hukuk Fakültesi ve Adalet Yüksekokulu Tanıtım ve
Bilgilendirme Kılavuzu (İZMİR-1999)
- 96- Anayasa ve Sorumluluk T.C. Anayasası Eki İle Prof. Dr. Zafer GÖREN
II Cilt (İZMİR-1999)
- 97- Anayasa Hukukuna Giriş (İZMİR-2000) Prof. Dr. Zafer GÖREN
- 98- Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan (İZMİR-2000) Prof. Dr. Zafer GÖREN
- 99- Uluslararası Hukukun Esasları (İZMİR-2000) Prof. Dr. Melda SUR
- 100- Borçlar Özel Hukuku Pratik Çalışmaları ve Sınav Soruları Doç. Dr. Nevzat KOÇ/
(İZMİR 2001) Arş. Gör. Murat AYDOĞDU
- 101- Medeni Usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı Doç. Dr. Oğuz ATALAY
(İZMİR 2001)
- 102- Prof. Dr. Mahmut Tevfik BİRSEL'e Armağan (İZMİR 2001)
- 103- İş Hukuku II Toplu İş İlişkileri (İZMİR 2001) Prof.Dr. Ünal NARMANLIOĞLU
- 104- 2001-2002 Öğretim Yılı D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Tanıtım ve Bilgilendirme Klavuzu
- 105- Prof.Dr. Turhan Tufan YÜCE'ye Armağan (İZMİR-2001)
- 106- İdare Hukuku Pratik Çalışma El Kitabı Prof.Dr. Durmuş TEZCAN
(İZMİR-2001) 2. Baskı Yrd.Doç.Dr. Meltem KUTLU GÜRSEL
Yrd.Doç.Dr. Oğuz SANCAKDAR
Yrd.Doç.Dr. Muhlis ÖĞÜTÇÜ
- 107- Nişanlanma Sözleşmesi (İZMİR-2002) Doç.Dr. Nevzat KOÇ
- 107- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt:4, Sayı: 1 2002) İzmir
- 108- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt:4, Sayı: 2 2002) İzmir

-
- 109- Topluluğun Mali Çıkarlarının Korunması ve
Avrupa Savcılığı Hakkında YEŞİL KİTAP Prof.Dr. Durmuş TEZCAN
Arş.Gör. Murat ÖNOK
Arş.Gör. Behiye EKER
Arş.Gör. Sesim SOYER
Arş.Gör. Serkan EKİZ
- 110- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 5, Sayı: 1 2003) İzmir
111- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 5, Sayı: 2, 2003) İzmir
112- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 6, Sayı 1, 2004) İzmir
113- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 6, Sayı 2, 2004) İzmir
114- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 7, Sayı 1, 2005) İzmir
115- Prof.Dr. İrfan BAŞTUĞ Anısına Armağan-
DEÜ Hukuk Fakültesi D. (Cilt:7, Özel S. 2005) İzmir
116- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 7, Sayı 2, 2005) İzmir
117- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 8, Sayı 1, 2006) İzmir
118- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 8, Sayı 2, 2006) İzmir
119- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 9, Sayı 1, 2007) İzmir
120- Prof.Dr. Ünal NARMANLIOĞLU Armağanı
DEÜ Hukuk Fakültesi D. (Cilt:9, Özel S. 2007) İzmir
121- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 9, Sayı 2, 2007) İzmir
122- DEÜ Yayınları, TC Anayasası ve Prof.Dr. Meltem KUTLU GÜRSEL
İdari Yargı Temel Mevzuatı (İzmir-2010)
123- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 10, Sayı 1, 2008) İzmir
124- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 10, Sayı 2, 2008) İzmir
125- Prof.Dr. Bilge UMAR'a Armağan
DEÜ Hukuk Fakültesi D. (Cilt 11, Özel Sayı, 2009) (Basım Yılı 2010) İzmir
126- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 11, Sayı 1, 2009) İzmir
127- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 11, Sayı 2, 2009) İzmir
128- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 12, Sayı 1, 2010) İzmir
129- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 12, Sayı 2, 2010) İzmir
130- Prof.Dr. Burhan CEYHAN'a Armağan
DEÜ Hukuk Fakültesi D. (Cilt 12, Özel Sayı, 2010) (Basım Yılı 2012) İzmir
131- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 13, Sayı 1, 2011) İzmir
132- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 13, Sayı 2, 2011) İzmir
133- DEÜ Hukuk Fakültesi Yayın Kataloğu (2013) İzmir

- 134- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 14, Sayı 1, 2012) İzmir
135- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 14, Sayı 2, 2012) İzmir
136- Prof.Dr. M. Polat SOYER'e Armağan
DEÜ Hukuk Fakültesi D. (Cilt 15, Özel Sayı, 2013) (Basım Yılı 2014) İzmir
137- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 15, Sayı 1, 2013) İzmir
138- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 15, Sayı 2, 2013) İzmir
139- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 16, Sayı 1, 2014) İzmir
140- Prof.Dr. Hakan PEKCANITEZ'e Armağan
DEÜ Hukuk Fakültesi D. (Cilt 16, Özel Sayı, 2014) (Basım Yılı 2015) İzmir
141- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 16, Sayı 2, 2014) (Basım Yılı 2016) İzmir
142- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 17, Sayı 1, 2015) (Basım Yılı 2016) İzmir
143- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 17, Sayı 2, 2015) (Basım Yılı 2016) İzmir
144- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 18, Sayı 1, 2016) (Basım Yılı 2016) İzmir
145- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 18, Sayı 2, 2016) (Basım Yılı 2017) İzmir
146- DEÜ. Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku ve
Özel Hukuk Anabilim Dalları Lisansüstü Rehberi (İzmir-2017) (Prof. Dr. Oğuz SANCAKDAR)
147- Sıkça Sorulan Sorular (2017-2018) (İzmir-2017) (Prof. Dr. Oğuz SANCAKDAR)
148- Prof.Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan
DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt 19, Özel Sayı, 2017) İzmir

Toptan veya Perakende İsteme Adresi
D.E.Ü. Hukuk Fakültesi
Tınaztepe Yerleşkesi 353900, Buca-İZMİR
Tel : (232) 420 18 00 - 301 60 46 Fax: (232) 301 60 09

DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ YAYINI