

Yil: 36

Sıra Sayı: 131



KURULUŞ: OCAK - 1975

YARGITAY DERGİSİ



Cilt : 36

TEMMUZ 2010

Sayı : 3

Sahibi : Yargıtay adına **Hasan GERÇEKER** Yargıtay Başkanı

Yayın Müdürü : **Ersin DAMAR** Yargıtay Yayın İşleri Müdürü

ISSN 1300 - 0209

Yayın Kurulu

Başkan

A. Vehbi AKSOY

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi Üyesi

Üyeler

Sedat BAKICI

Yargıtay 11. Ceza Dairesi Üyesi

Sevgi SAKA

Yargıtay 7. Ceza Dairesi Üyesi

Ramazan TUNÇ

Yargıtay 3. Hukuk Dairesi Üyesi

A. Seçkin TOĞAY

Yargıtay 1. Hukuk Dairesi Üyesi

Yönetim ve Yazışma Adresi

Yargıtay Yayın İşleri Müdürlüğü
(Yargıtay Ek Binası, Vekâletler Cad.
No: 3) 06658-Bakanlıklar/ANKARA

Telefon

(0-312) 419 34 17 — 425 16 32

Faks

(0-312) 419 41 11

Abone Servisi

(0-312) 416 11 38

Kapak Tasarımı ve Sayfa Düzeni
Ersin DAMAR

Baskı

SÖZKESEN Matbaacılık Tic. Ltd. Şti.

(0-312) 395 2110

Yargıtay Yayın İşleri Müdürlüğünce
Üç Ayda Bir yayımlanır.

- Dergide yayımlanan yazılar, Yazarların kişisel görüşlerini yansıtır. Sorumluluğu yazara aittir. Müdürlüğümüzü Başlamaz.
- Dergiye gönderilen yazıların hiç bir yerde yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekir. Aksi halde telif (yazar) hakkı ödenmez.
- Yazıların yayınlanıp yayınlanmamasına Yayın Kurulu karar verir. Yayınlanmayan yazılar için gerekçe bildirme zorunluluğu yoktur.
- Yayınlanmayan yazılar istenildiğinde geri verilebilir. Ancak Posta ile göndermelerde gönderme gideri yazı sahibine aittir.
- Dergide yayımlanan yazılardan ancak kaynak göstermek suretiyle alıntı yapılabilir.
- Gerek görüldüğünde yazının özüne dokunmayan yazım ve tümce düzeltmeleri yapılabilir.
- Telif hakları 23 Ocak 2007 tarih ve 26412 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan Kamu Kurum ve Kuruluşlarınca Ödenecek Telif ve İşlenme Ücretleri Hakkında Yönetmelik esaslarına göre ödenir.

Hiç bir yerde ***temsalcimiz yoktur.***

Ödemeli olarak Dergi Gönderilmez.

Abone bedeli için Abone Servisimizi
(0 312 – 416 11 38) arayınız.

Abone Olmak İçin;

Abone bedeli; Yayın İşleri Müdürlüğümüzün **TC Ziraat Bankası Kızılay Şubesindeki 39009014-5001 [IBAN: TR760001000685390090145001]** nolu banka hesabına veya **Posta Çekleri Merkezindeki 92932** nolu posta çeki hesabına ya da bizzat **Müdürlüğümüz Veznesine** yatırılmalıdır. Abone İşlemleri için Müdürlüğümüze başvurulmalıdır.

İÇİNDEKİLER

Sayfa

MEDENİ HUKUK

Ömer Uğur GENÇCAN

İyiniyetin Korunması5-22

Mahmut KAMACI

Tapu Kütüğüne
"Aile Konutu Şerhi"nin Konulması,
Şerhin İşlevi, Geçerlilik Süresi ve
Terkini Sorunu.....23-60

CEZA USUL HUKUKU

Özcan ÖZBEY

Adli Bilişim ve Sayısal Deliller
(5271 Sayılı CMK'nın
134. Maddesi)61-126

MEDENİ USUL HUKUKU

Mesude ALTUNEL

Hukuka Aykırı Yollarla
Elde Edilen Delillerin
Türk Medeni Usul Hukuku'ndaki
Konumu 127-154

VERGİ HUKUKU

Arzu KÜÇÜK

Vergi Hatası ve
Hata Düzeltme..... 155-183





İYİNİYETİN KORUNMASI

Ömer Uğur GENÇCAN^(★)

ANLATIM DÜZENİ: GİRİŞ, I. KAVRAM, II. İYİNİYETİN KORUNMASININ UNSURLARI, A- ENGELİN VARLIĞI, B- ENGELİ BİLMEME/BİLİNMEZLİK, C- ENGELİN BİLİNMESİ GEREKMEME/ÖZEN, 1- Özen Yükümlülüğünün Gösterilmesi, 2- Engelin Bilindiği Kabul Edilen Haller, a. Tam Ehliyetsizle İşlem Yapma, b. Sınırlı Ehliyetsizle İşlem Yapma, c. Sicilde Yer Alma, d. İlan Edilmiş Olma, D-KORUMANIN DÜZENLENMİŞ OLMASI/ÖZEL HÜKÜM, 1- Anında Koruma, 2- Erteli Koruma, E- KARİNENİN ÇÖKERTİLMEMİŞ OLMASI, III. İYİNİYETİN KORUNMASININ UYGULAMA ŞEKLİ, A- KİŞİ BAKIMINDAN, 1- Aranacak Kişi, a. Gerçek Kişiler, b. Tüzel Kişiler, c. Kişi Toplulukları, 2- İspatlayacak Kişi, B- ZAMAN BAKIMINDAN, IV. İYİNİYETİN KORUNMASININ SONUÇLARI, A- İŞLEM TARAFI OLMAYAN BAKIMINDAN, B- İŞLEM TARAFI OLAN BAKIMINDAN, 1- Kazandırıcı Sonuçları, 2- İyileştirici Sonuçları, 3- Tamamlayıcı Sonuçları,

(★) Yargıtay İkinci Hukuk Dairesi Üyesi.

GİRİŞ

Hakların **kullanılması** ve **yükümlerin yerine getirilmesinde** uyulması gereken davranış biçimi olgusu dürüst davranma kavramına karşılık gelir.¹ Hakların **kazanılmasında** aranan ise iyiniyettir.²

Bu çalışmamızda iyiniyetin **korunması** kavramını açıklamaya çalışacağız.

I. KAVRAM

Hakların **kullanılması** ve **yükümlerin yerine getirilmesinde** uyulması gereken davranış biçimi olan dürüst davranma³ kavramı ile hakların **kazanılmasında** aranan iyiniyet kavramı Roma Hukukunda **bona fides** deyimi ile ifade edilmiştir.

Bir hak kazanılırken hakkın kazanılmasını ya da diğer hukuksal sonucun gerçekleşmesini engelleyen olguyu kabul edilebilir bir nedenle bilmeme **iyiniyet** ve bu durumdaki kişi de **iyiniyetli** olarak ifade edilmektedir.

İyiniyette sadece **o kişinin özelliği** değil aşağıdaki insan modeli de mutlaka ölçü olarak değerlendirilmelidir;

- Dürüst,
- Makul,
- Güvenilir,
- Ortalama zekâ sahibi insan.

¹ TMK. m.2.

² TMK. m.3.

³ Loyauté d'attitude.

II. İYİNİYETİN KORUNMASININ UNSURLARI

İyiniyetin korunmasına ilişkin unsurları aşağıdaki şekilde ayırmalayabiliriz;

- Engelin varlığı,
- Engeli bilmeme/bilinmezlik,
- Engelin bilinmesi gerekmemesi/özen,
- Korumanın düzenlenmiş olması/özel hüküm,
- Karinenin çöktürülmemiş olması

Şimdi iyiniyetin korunmasına ilişkin unsurlar hakkında daha ayrıntılı açıklamalarda bulunacağım.

A- ENGELİN VARLIĞI

Bir hakkın kazanılmasında iyiniyetin korunması tartışmasına girebilmek için her şeyden önce hangi şekilde olursa olsun bir engel varlığı gerekir. Başka bir anlatımla hakkın kazanılmasında herhangi bir eksiklik ya da sakatlık bulunmuyorsa ayrıca iyiniyetin araştırılması ve tartışmasına gerek kalmamaktadır.⁴

Ancak engelin varlığına rağmen diğer unsurlar da gerçekleşmişse iyiniyetin korunması gerekir.

B- ENGELİ BİLMEME/BİLİNMEZLİK

Bir hakkın kazanılmasında iyiniyetin korunması için hakkı kazananın hakkın kazanılmasını etkileyecek olan engeli;

⁴ KILIÇOĞLU, s. 89, PULAŞLI/KORKUT, s. 116.

- Bilmemesi,
- Eksik/yetersiz bilmesi,
- Yanlış bilmesi gerekir.

C- ENGELİN BİLİNMESİ GEREKMEME/ÖZEN

TMK. m. 3 f.II hükmüne göre yasa koyucu **durumun gereklerine göre** kendisinden beklenen özeni gösteren kimseyi korumaktadır.

1- Özen Yükümlülüğünün Gösterilmesi

Dürüst, makul, güvenilir ve ortalama zekâ sahibi bir insan tarafından gösterilecek özene rağmen bilinmemesi doğal karşılanan engeller hakkın kazanılmasına engel oluşturmaz. Ancak gerekli özen gösterildiğinde gerçeğin bilinmesi mümkün ise artık iyiniyetin korunması mümkün değildir.

Hakkın temsil yolu ile kazanılmasında özen gösterme yükümlülüğü hem temsil edilene hem de temsilciye⁵ düşer.

2- Engelin Bilindiği Kabul Edilen Haller

Hakların kazanılmasında iyiniyetin varlığını kaldıran engelin bilindiği kabul edilen halleri aşağıdaki şekilde ayımlayabiliriz;

- Tam ehliyetsizle işlem yapma,
- Sınırlı ehliyetsizle işlem yapma,
- Sicilde yer alma,

⁵ Yasal ya da iradi temsilci.

- İlân edilmiş olma

Şimdi hakların kazanılmasında iyiniyetin varlığını kaldıran engelin bilindiği kabul edilen haller hakkında daha ayrıntılı açıklamalarda bulunacağım.

a. Tam Ehliyetsizle İşlem Yapma

Ayırt etme gücü bulunmayanların, küçüklerin ve kısıtlıların **fiil ehliyeti** yoktur.⁶ Bu sebeple de Kanunda gösterilen **ayrık durumlar saklı** kalmak üzere⁷, ayırt etme gücü bulunmayan kimsenin fiilleri hukukî sonuç doğurmaz.⁸ Başka bir anlatımla ayırt etme gücü bulunmayanların yaptıkları hukuki işlemler **kesin hükümsüz** olup etkisini de geçmişe etkili olarak doğurmaktadır.⁹

Bilindiği üzere kesin hükümsüz olan hukuki işlem daha sonra ayırt etme gücü kazanılsa ya da vasi bu işleme onay verse veya zamaşımıyla da geçerli duruma gelemes. İşleme geçerlilik kazandırılmak isteniyorsa **yeniden yapılmak** gerekir.¹⁰

Tam ehliyetsiz ile işlem yapıldığında karşı tarafın bu durumu bilmediğini ya da bilmesi gerekmediğini ileri sürmesi mümkün değildir. Bir hakkın kazanılmasında iyiniyetin korunması için hakkı kazananın tam ehliyetsizle işlem yapmamış olması gereklidir.

⁶ TMK m. 14.

⁷ Bu konuda daha ayrıntılı bilgi ve içtihat için bakınız: Ömer Uğur GENÇCAN, Vesayet Hukuku, Yetkin Yayınevi, Ankara 2009, Kısaltma: GENÇCAN-Vesayet.

⁸ TMK m. 15.

⁹ DURAL/ÖĞÜZ, s. 63, HELVACI, s. 43.

¹⁰ DURAL/ÖĞÜZ, s. 63.

b. Sınırlı Ehliyetsizle İşlem Yapma

Vesayet altında bulunan küçük¹¹ ya da kısıtlı **ayırt etme gücüne sahip** ise **sınırlı ehliyetsiz** olarak kabul edilir. Sınırlı ehliyetsizlerin ehliyetsizliği asıl olup ehliyeti istisna sayılır. O halde sınırlı ehliyetsiz olan bu kişilerin bazı durumlarda hukuki işlem ehliyeti vardır.

Vesayet altındaki küçük veya kısıtlının vasisinin rızası olmadan gerçekleştirdiği hukuki işlem onamaya kadar vesayet altındaki kişi hakkında etkisiz sayılır ise de bu işlem tam ehliyetli olan karşı yanı bağlar. Başka bir anlatımla vasisinin rızası olmadan vesayet altındaki kişinin gerçekleştirdiği hukuki işlemler kendisini bağlamaz

TMK. m. 451 f. II hükmüne göre yapılan işlem diğer tarafın belirlediği veya başvurusu üzerine hâkimin belirleyeceği uygun bir süre içinde vasi tarafından **onanmazsa** artık diğer taraf bununla bağlı olmaktan kurtulur.¹²

Onamama beyanı **bozucu yenilik doğuran** tek taraflı bir hukuki işlemidir.¹³

Vasinin onamadığı bu tür işlemlerde taraflardan her biri **verdiğini** geri isteyebilir.

Vesayet altındaki kişinin **sorumluluğu** sadece;

- Kendi menfaatine harcanan veya

- Geri isteme zamanında malvarlığında var olan zenginleşme tutarıyla ya da

¹¹ Küçüklük bir kısıtlılık değil vesayet sebebidir.

¹² ZGB. 411.

¹³ HATEMİ, s. 28.

- İyiniyetli olmaksızın elden çıkarmış olduğu miktarla sınırlıdır.

Vesayet altındaki kişi, fiil ehliyetine sahip olduğu hususunda diğer tarafı **yanıltmış** ise, onun bu yüzden uğradığı **bütün zararı** ödemekle yükümlüdür. Vesayet altındaki kişinin bütün zarardan sorumlu olması için karşı tarafın, vesayet altındaki kişinin vesayet altında olduğunu bilmiyor ya da bilmesi gerekmiyor olmalıdır.

c. Sicilde Yer Alma

Bir hakkın kazanılmasında iyiniyetin korunması için hakkı kazananın bilmediğini söylediği olgunun devlet tarafından tutulan ve ilgililerinin incelemesi mümkün olan herhangi bir sicilde¹⁴ yer almaması gerekir.

Resmî siciller, belgeledikleri olguların doğruluğuna kanıt oluşturur.¹⁵

Örneğin taşınmazlar üzerindeki hakları göstermek üzere tapu sicili tutulur.¹⁶ Tapu sicili herkese açıktır. İlgisini inanılır kılan herkes, tapu kütüğündeki ilgili sayfanın ve belgelerin tapu memuru önünde kendisine gösterilmesini veya bunların örneklerinin verilmesini isteyebilir. Kimse tapu sicilindeki bir kaydı **bilmediğini** ileri süremez.¹⁷

d. İlan Edilmiş Olma

Bir hakkın kazanılmasında iyiniyetin korunması için hakkı kazananın bilmediğini söylediği olgunun ilan edilmesinin hukuk düzeni tarafından zorunlu tutulmamış olması gerekir.

¹⁴ Ticaret sicili, maden sicili vs.

¹⁵ TMK m. 7 f. I.

¹⁶ TMK m. 997 f. I.

¹⁷ TMK m. 1020.

Örneğin vesayet makamı¹⁸ tarafından verilen kısıtlama kararı **ilân** olunur.¹⁹ Vesayet işleri zorunlu kıldığı takdirde vesayet makamı, vasi- nin atanmasından önce de re'sen gerekli önlemleri alır; özellikle, kısıt- lanması istenen kişinin fiil ehliyetini geçici olarak kaldırabilir ve ona bir temsilci atayabilir. Vesayet makamının bu kararı da ilân olunur.²⁰

Kısıtlamaya ve vasi atanmasına veya kısıtlanan velâyet altında bı- rakılmışsa buna ilişkin karar ilân olunur.²¹ Küçük üzerindeki vesayet, onun ergin olmasıyla kendiliğinden sona erer. Erginliğe mahkemece karar verilmiş ise, mahkeme aynı zamanda küçüğün hangi tarihte ergin olacağını tespit ve ilân eder.²²

Bu sebeplerle kimse ilân konusunu bilmediğini ileri süremez. Başka bir anlatımla herkesin ilân konusunu bildiği kabul edilir.

D- KORUMANIN DÜZENLENMİŞ OLMASI/ÖZEL HÜKÜM

İyiniyete kanunun hukukî bir sonuç bağladığı durumlarda, asıl olan iyiniyetin varlığıdır.²³ Görüldüğü üzere İyiniyete kanunun hukukî bir sonuç bağlamadığı durumlarda iyiniyetli olmanın hiçbir anlamı yoktur. Bu hallerde koşulları varsa **dürüstlük kuralı** uygulanır.

Özel bir hüküm varsa iyiniyet korunabilir ise de bu koruma bazen anında bazen de erteli olarak gerçekleşmektedir.

¹⁸ 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu m. 397 f. II hükmüne göre **vesayet makamı**, sulh hukuk mahkemesidir.

¹⁹ TMK m. 410 f. I.

²⁰ TMK m. 420.

²¹ TMK m. 421 f. II.

²² TMK m. 470 f. II.

²³ TMK m. 3 f. I.

1- Anında Koruma

İyiniyetin korunması yönündeki özel hüküm bazı hallerde **anında korumayı** sağlar. Bir taşınırın emin sıfatıyla zilyedinden o şey üzerinde mülkiyet veya sınırlı aynî hakkı **iyiniyetle edinilen kimsenin** edinimi, zilyedin bu tür tasarruflarda bulunma yetkisi olmasa bile edinme anında korunur.²⁴

Zilyet, iradesi dışında²⁵ elinden çıkmış olsa bile, para ve hamile yazılı senetleri iyiniyetle edinmiş olan kimseye karşı taşınır davası açamaz.²⁶ Bu sebeple para ve hamile yazılı senetleri **iyiniyetle edinmiş olan** kimsenin kazanımı edinme anında korunur.

Her iki örnekte de görüleceği üzere iyiniyetle edinime yönelik koruma **anında** gerçekleşmektedir.

2- Erteli Koruma

İyiniyetin korunması yönündeki özel bir hükümlerle getirilen koruma bazen de anında değil de **erteli** olarak gerçekleşebilir. Korumanın erteli oluşu korumanın anında değil de belirli bir süre sonunda gerçekleşmesinden kaynaklanmaktadır.

Başkasının taşınır bir malını davasız ve aralıksız beş yıl²⁷ **iyiniyetle** ve malik sıfatıyla zilyetliğinde bulunduran kimse, zamanı-mı yoluyla o taşınırın maliki olur. Zilyetliğin irade dışı kaybedilmesi hâlinde zilyet, bir yıl içinde eşyayı ele geçirir veya açacağı bir dava

²⁴ TMK m. 988.

²⁵ Zorla, tehditle bile olsa.

²⁶ TMK m. 990.

²⁷ Anında değil de beşinci yılın sonunda.

yoluyla onu yeniden elde ederse kazandırıcı zamanaşımı kesilmiş²⁸ olmaz.²⁹

Taşınırı çalınan, kaybolan ya da iradesi dışında başka herhangi bir şekilde elinden çıkan zilyet, o şeyi elinde bulunduran herkese karşı beş yıl içinde taşınır davası açabilir. Bu taşınır, açık artırmadan veya pazardan ya da benzeri eşya satanlardan **iyiniyetle** edinilmiş ise; iyiniyetli birinci ve sonraki edinenlere karşı taşınır davası, ancak ödenen **bedelin geri verilmesi koşuluyla** açılabilir. Diğer konularda iyiniyetli zilyedin haklarına ilişkin hükümler uygulanır.³⁰

Her iki örnekte de görüleceği üzere iyiniyetle edinime yönelik koruma anında gerçekleştirilmemektedir.

E- KARİNENİN ÇÖKERTİLMEMİŞ OLMASI

Hakların kazanılmasında TMK. m. 3 f.I hükmüne göre herkesin iyiniyetli olduğu yönünde yasal bir karene öngörülmüştür. Bu nedenle iyiniyetli olduğunu ileri süren kişinin ayrıca bunu kanıtlama zorunluluğu yoktur.

Diğer taraf, karinenin öznesinin iyiniyetli olmadığını ileri sürerek bunu kanıtlayabilir. Bu takdirde iyiniyet karinesi çökertilmiş olacağından iyiniyetin korunmasına olanak kalmamaktadır.

Başka bir anlatımla bir hakkın kazanılmasında iyiniyetin korunması için hakkı kazanacak olanın iyiniyetli olduğuna ilişkin iyiniyet karinesi çökertilmiş olmamalıdır.

²⁸ Kazandırıcı zamanaşımı süresinin hesaplanmasında, kesilmesinde ve durmasında Borçlar Kanununun zamanaşımına ilişkin hükümleri kıyas yoluyla uygulanır.

²⁹ TMK m. 777.

³⁰ TMK m.989.

III. İYİNİYETİN KORUNMASININ UYGULAMA ŞEKLİ

İyiniyet, jura novit curia ilkesi sonucu kendiliğinden araştırılacaktır. Başka bir anlatımla İyiniyete yönelik hüküm **emredici bir kural** olduğundan³¹ hâkim bu olguyu **kendiliğinden**³² gözönüne almak zorundadır.

İyiniyetin korunmasının uygulama şeklini aşağıdaki şekilde ayrımlayarak inceleyebiliriz;

- Kişi bakımından uygulama şekli,

- Zaman bakımından uygulama şekli

Şimdi hakların kazanılmasında iyiniyetin korunmasının uygulama şekli hakkında daha ayrıntılı açıklamalarda bulunacağım.

A- KİŞİ BAKIMINDAN

Hakların kazanılmasında iyiniyetin korunmasının uygulama şeklini **kişi bakımından** aşağıdaki şekilde ayrımlayarak inceleyebiliriz;

- İyiniyetli olması aranacak kişi,

- İyiniyeti ispatlayacak kişi.

1- Aranacak Kişi

Hakların kazanılmasında iyiniyetin korunmasının uygulama şeklini iyiniyetli olması aranacak kişi bakımından aşağıdaki şekilde ayrımlayarak inceleyebiliriz;

³¹ Dolayısıyla yanlarca aksinin kararlaştırması olanaksızdır.

³² Re'sen, ex officio.

- Gerçek kişiler,
- Tüzel kişiler,
- Kişi toplulukları.

a. Gerçek Kişiler

Hakların kazanılmasında iyiniyetin korunması için iyiniyetli olması aranacak **gerçek kişi** hakkı kazanacak olan kişidir.

Yaşının küçüklüğü yüzünden veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmayan herkes, Türk Medenî Kanununa göre **ayırt etme gücüne**³³ sahiptir.³⁴

Ayırt etme gücüne sahip ve kısıtlı olmayan her ergin kişinin ise **fiil ehliyeti**³⁵ vardır.³⁶ Ayırt etme gücü bulunmayanların yanı sıra **küçüklerin** ve **kısıtlıların** ise fiil ehliyeti yoktur.³⁷

Vasi, vesayet altındaki kişinin gerek kişiliği gerekse malvarlığı ile ilgili bütün menfaatlerini korumak ve hukukî işlemlerde onu temsil etmekle yükümlüdür.³⁸

Sınırlı ehliyetsizler bazı hukuki işlemleri **kendi başına** yapabilir. Diğer işlemlerde ise ayırt etme gücüne sahip olan vesayet altındaki kişi

³³ Akla uygun biçimde davranma yeteneği.

³⁴ TMK m. 13.

³⁵ 743 sayılı Türk Kanunu Medenîsinde (TKM m. 9) fiil ehliyeti için "**Medeni hakların kullanılması**" ifadesi kullanılmıştı. Capacité d'exercice.

³⁶ TMK m. 10.

³⁷ TMK m. 14.

³⁸ TMK m. 403 f. I.

vasinin açık veya örtülü **izni** veya **sonraki onamasıyla** yükümlülük altına girebilir veya bir haktan vazgeçebilir.

Buna karşılık vesayet altında bulunan küçük ya da kısıtlı **yasak işlemleri**³⁹ ayırt etme gücüne sahip olsa bile bazı işlemleri vasinin izni olsa bile yapamaz.

Kişiyeye sıkı sıkıya bağlı hakların kullanılması ayırt etme gücüne sahip vesayet altında bulunan küçük ya da kısıtlının bizzat **kendi başına yapabileceği** işlemlerdendir.⁴⁰

Ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar, yasal temsilcilerinin **rızası olmadıkça**, kendi işlemleriyle borç⁴¹ altına giremezler.⁴²

Temsilci⁴³ aracılığı ile bir hakkın kazanılması söz konusu ise iyiniyetli olması aranacak kişi hem temsilci⁴⁴ hem de temsil edilendir⁴⁵.

b. Tüzel Kişiler

Başlıbaşına bir varlığı olmak üzere örgütlenmiş kişi toplulukları ve belli bir amaca⁴⁶ özgülennmiş olan bağımsız mal toplulukları, kendileri ile ilgili özel hükümler uyarınca tüzel kişilik kazanırlar.⁴⁷ Tüzel

³⁹ TMK m. 449.

⁴⁰ TMK. m. 16 f. I, AKINTÜRK, s. 506-507.

⁴¹ Tasamuf işlemleri de aynı kapsamdadır.

⁴² TMK m. 16 f. I. Bilindiği üzere karşılıksız kazanmada ve kişiyeye sıkı sıkıya bağlı hakları kullanmada bu rıza gerekli değildir.

⁴³ İradı ya da yasal temsil fark etmemektedir.

⁴⁴ Temsilci birden çok ise bütün temsilcileri iyiniyetli olması gerekir.

⁴⁵ Temsil edilen ayırt etme gücünden yosun ise işin doğası gereği iyiniyetli olmasının aranmasına gerek kalmaz.

⁴⁶ Amacı hukuka veya ahlâka aykırı olan kişi ve mal toplulukları tüzel kişilik kazanamaz.

⁴⁷ TMK m. 47.

kişiler, cins, yaş, hısımlık gibi yaradılış gereği insana özgü niteliklere bağlı olanlar dışındaki bütün haklara ve borçlara ehildirler.⁴⁸

Tüzel kişiler, kanuna ve kuruluş belgelerine göre gerekli organlara sahip olmakla, fiil ehliyetini kazanırlar.⁴⁹ Tüzel kişinin iradesi, organları aracılığıyla açıklanır. Organlar, hukukî işlemleri ve diğer bütün fiilleriyle tüzel kişiyi borç altına sokarlar.⁵⁰

Hakların kazanılmasında tüzel kişilerde iyiniyetli olması aranacak olan yetkili organdır. Yetkili organ birden çok kişiden oluşuyorsa hepsinin de iyiniyetli olması aranır.

Tüzel kişinin yetkili organı hakkın kazanılmasına esas olan işlemi temsilci ile gerçekleştiriyorsa ayrıca temsilcinin de⁵¹ iyiniyetli olması gerekir.

c. Kişi Toplulukları

Hakların kazanılmasında tüzel kişiliği bulunmayan kişi topluluklarında⁵² iyiniyetli olması aranacak olan bütün ortaklardır.

2- İspatlayacak Kişi

Bilindiği üzere hakların kazanılmasında herkesin iyiniyetli olduğu yönünde yasal bir karine öngörülmüştür.⁵³ Bu nedenle iyiniyetli

⁴⁸ TMK m. 48.

⁴⁹ TMK m. 49.

⁵⁰ TMK m. 50.

⁵¹ Temsilci birden çok ise bütün temsilcileri iyiniyetli olması gerekir.

⁵² Örneğin birden çok mirasçı bulunması hâlinde, mirasın geçmesiyle birlikte paylaşmaya kadar, mirasçılar arasında terekedeki bütün hak ve borçları kapsayan bir ortaklık meydana gelir.

⁵³ TMK. m. 3 f.l.

olduğunu ileri süren kişinin ayrıca iyiniyetli olduğunu kanıtlamasına gerek yoktur.

Karinenin öznesinin iyiniyetli olmadığını ispatlayacak kişi ise karinenin aksini iddia edendir. Bu kişi türlü delile dayanabilir.

B- ZAMAN BAKIMINDAN

İyiniyetin korunması yönündeki özel hüküm **anında koruma** özelliğinde ise hakkın **kazanıldığı anda** iyiniyetli olmak yeterlidir. Sonradan gelen kötü niyet ise zarar vermez. Roma Hukukundaki söyleyişle mala fides supervenies non nocet.

Buna karşılık iyiniyetin korunması yönündeki özel bir hükümle getirilen koruma anında değil de **erteli koruma** şeklinde gerçekleşiyorsa başka bir anlatımla korumanın belirli bir süre sonunda gerçekleşmesi düzenlenmişse **belirlenen süre sonuna kadar** iyiniyetli olmak gerekir.

Belirli süre içinde ekleme varsa hem halefin hem de selefin iyiniyetli olması gerekir.

IV. İYİNİYETİN KORUNMASININ SONUÇLARI

Hakların kazanılmasında iyiniyetin korunmasının sonuçlarını aşağıdaki şekilde ayırmayarak inceleyebiliriz;

- İşlem tarafı olmayan bakımından,
- İşlem tarafı olan bakımından

Şimdi hakların kazanılmasında iyiniyetin korunmasının sonuçları hakkında daha ayrıntılı açıklamalarda bulunacağım.

A- İŞLEM TARAFI OLMAYAN BAKIMINDAN

Hakların kazanılmasında işlem tarafı olmayan kişinin kazanımı her şekilde korunur. Başka bir anlatımla iyiniyetli kişiden hak kazanan işlem tarafı olmayan kişinin de iyiniyetli olması aranmaz.

İşlem tarafı olmayan kişi iyiniyetli ya da kötünüyetli olsa bile dürüstlük ilkesine bir aykırılık olmadığı sürece kazanımı geçerlidir.

B- İŞLEM TARAFI OLAN BAKIMINDAN

Hakların kazanılmasında iyiniyetin korunmasının sonuçlarını işlem tarafı olan bakımından aşağıdaki şekilde ayrımlayarak inceleyebiliriz;

- Kazandırıcı sonuçları,
- İyileştirici sonuçları,
- Tamamlayıcı sonuçları.

1- Kazandırıcı Sonuçları

Hakların kazanılmasında iyiniyetin korunması işlem tarafı olan bakımından **kazandırıcı** sonuç doğurabilir.

Bir taşınınrın emin sıfatıyla zilyedinden o şey üzerinde iyiniyetle mülkiyet veya sınırlı aynî hak edinen işlem tarafı kimsenin edinimi, zilyedin bu tür tasarruflarda bulunma yetkisi bulunmasa da korunur.⁵⁴ Aynı şekilde tapu kütüğündeki tescile iyiniyetle dayanarak mülkiyet

⁵⁴ TMK m. 988.

veya bir başka aynı hak kazanan işlem tarafı kişinin bu kazanımı korunur.⁵⁵

Her iki örnekte de görüldüğü üzere işlem tarafının iyiniyetli oluşu hakkın bütünüyle kazanılmasına yeterli olmuştur. Başka bir anlatımla hakların kazanılmasında iyiniyetin korunması işlem tarafı olan bakımından **kazandırıcı** bir sonuç doğurmuştur.

2- İyileştirici Sonuçları

İşlem tarafı olan bakımından hakların kazanılmasında iyiniyetin korunması **iyileştirici** sonuç doğurabilir.

Taşınırı çalınan, kaybolan ya da iradesi dışında başka herhangi bir şekilde elinden çıkan zilyet, o şeyi elinde bulunduran herkese karşı beş yıl içinde taşınır davası açabilir. Bu taşınır, açık artırmadan veya pazardan ya da benzeri eşya satanlardan iyiniyetle edinilmiş ise; iyiniyetli birinci ve sonraki edinenlere karşı taşınır davası, ancak ödenen bedelin geri verilmesi koşuluyla açılabilir. Diğer konularda iyiniyetli zilyedin haklarına ilişkin hükümler uygulanır.⁵⁶

Örnekte de görüldüğü üzere hakların kazanılmasında iyiniyetin korunması işlem tarafı olan bakımından **iyileştirici** bir sonuç doğurmuştur.

3- Tamamlayıcı Sonuçları

Hakların kazanılmasında iyiniyetin korunması işlem tarafı olan bakımından **tamamlayıcı** sonuç doğurabilir.

⁵⁵ TMK m. 1023.

⁵⁶ TMK m. 989.

Evliyken yeniden evlenen bir kimsenin önceki evliliği mutlak butlan kararı verilmeden önce sona ermişse ve ikinci evlenmede diğer eş iyiniyetli ise, bu evlenmenin butlanına karar verilemez.⁵⁷

Örnekte de görüldüğü üzere hakların kazanılmasında/hukuki durumun gerçekleşmesinde iyiniyetin korunması işlem tarafı olan yani evliyken yeniden evlenen bir kimsenin ikinci evlenmedeki eşi bakımından **tamamlayıcı** bir sonuç doğurarak evliliği ayakta kalmıştır.



⁵⁷ TMK m. 147 f. III.

TAPU KÜTÜĞÜNE "AİLE KONUTU ŞERHİ" NİN KONULMASI, ŞERHİN İŞLEVİ, GEÇERLİLİK SÜRESİ VE TERKİNİ SORUNU

Mahmut KAMACI (*)

ANLATIM DÜZENİ: I- Giriş, II- Aile konutuyla ilgili düzenleme; 1) Rıza alınmadan yapılan devir işleminin hukuki niteliği, 2) Rıza beyanı, 3) Rıza alınmadan devir işleminin geçerli sayılabileceği durumlar, 4) Konut üzerindeki hakkın niteliği, III-Aile konutu şerhinin konulması, 1) Şerhler ve beyanlar hakkında genel açıklama, 2) Aile konutu şerhinin konulması, a) Tek taraflı beyanla şerh konulması, b) Mahkeme kararıyla şerh konulması, IV- Şerhin işlevi: 1) Şerhin, bu şerh lehine olan eşe sağladığı yarar, 2) Hak sahibinin tasarruf yetkisi üzerindeki etkisi, 3) Üçüncü kişiler bakımından işlevi, 4) Şerhin geçerlilik süresi; V- Şerhin terkinini (Tapu sicilinden silinmesi), 1) Şerhin terkinini isteme hakkı, 2) Tapu sicil memuru tarafından terkin, 3) Terkinin dava yoluyla istenmesi, VI-Sonuç

(*) Yargıtay İkinci Hukuk Dairesi Üyesi.

GİRİŞ:

4721 Türk Medeni Kanununun 194. maddesi, aile konutunu¹ koruma altına almış, konut üzerinde hak sahibi olan eşin, konutun kaybedilmesi sonucunu doğuran tasarruflarının geçerliliğini diğer eşin açık rızasına bağlamıştır. 194. madde, yasada "evliliğin genel hükümleri" içerisinde yer aldığından, evlilik devam ettiği sürece etkin ve aktif olan bir hükümdür. Evlilik herhangi bir sebeple sona erdikten sonra, bu hüküm işlevini yitirir.² Bu hükme göre; **"..Eşlerden biri diğer eşin açık rızası bulunmadıkça aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini feshe-**

¹ Yasa, aile konutunun ne olduğu konusunda bir tanım vermemiştir. 194. maddenin gerekçesinde : "..eşlerin, bütün yaşam faaliyetlerini gerçekleştirdikleri ve fiilen oturdukları ve yaşantılarına buna göre yön verdikleri , acı ve tatlı günleri içinde yaşadıkları anılarla dolu bir alan..." olarak tanımlanmıştır.

" Aile konutu, eşlerin evlilik birliğinin devamı sırasında ortak yaşamı sürdürdükleri, aile yaşamının merkezi durumuna getirdikleri konut olarak kullanılmaya elverişli taşınır veya taşınmaz yerdir." (Dr. M. Alper Gümüş, sf. 34)

Yargıtay 2. H.D. 19.11.2009 tarihli 2009/6998 – 20165 sayılı kararında "...Yurtdışında çalışan ve orada yaşayan tarafların senede bir ay izne geldiklerinde kullandıkları Türkiye'deki taşınmaz aile konutu saymamıştır..." 27.3.2003 tarihli 3071-4352 sayılı kararıyla da "...Yazlık konutu, aile konutu olarak kabul etmemiştir. .." Evlilik akdine dayanmayan fiili birleşmelerde (yasal olmayan beraberliklerde), birlikte yaşayanların oturdukları konut, "aile konutu" değildir ve yasal olmayan beraberlikler, Türk Medeni Kanununun 194. maddesinin sağladığı korumadan yararlanamazlar. (Yazarın görüşü)

² "...Evlimenin genel hükümlerine dahil bir hüküm olarak Türk Medeni Kanununun 194. maddesi, eşler arasındaki mal rejimi ne olursa olsun, bir konutun eşlerin ortak iradesiyle aile konutu olarak özgülennesinden başlayarak, evliliği sona erdiren kararın (ömeğin boşanma kararı veya evliliğin iptali kararı) kesinleşmesine kadar uygulama bulur. Bu nedenle eşler arasındaki boşanma davası devam ettiği sürece dahi bu maddenin öngördüğü tasarruf yetkisi sınırlaması geçerlidir. Türk Medeni Kanununun 172. maddesine göre ayrılık kararı verilmesi veya Türk Medeni Kanununun 197. maddesine göre evlilik birliğinin korunması amacıyla birlikte yaşamaya ara verilmesi halinde, 194. madde hükümü cardır" (Bk. Dr. Mustafa Alper Gümüş, age sf. 35, A.İhsan Özuğur sf.260-261)

"...Türk Medeni Kanununun 194. maddesinde yer alan düzenleme ile tapu sicilinde konutun maliki olarak görülen eşin hukuki işlem özgürlüğü diğer eşin katılmasına ve onamına bağlanmıştır. Amaç, aile konutunun ve konutla ilgili kanuni hakların koruma altına alınmasıdır. Bu koruma, evlilik devam ettiğine göre 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun yürürlüğe giriş tarihinden önce edinilmiş olan aile konutları için de geçerlidir. .." (2.H.D.'in 12.10.2006 gün ve 2006/ 5717- 13786 sayılı kararı.)

"..Türk Medeni Kanununun 194. maddesi, evliliğin genel hükümleri içinde yer alır ve evlilik devam ettiği sürece uygulanabilecek olan bir hükümdür. Evlilik, dava tarihinden önce ölümle sona erdiğine göre tapu kütüğüne konutla ilgili şerh konulmasının yasal dayanağı kalmamıştır. (Y.2. H.D.'in 14.4.2009 günü 2008/ 18837-7133)

demez, aile konutunu devredemez veya aile konutu üzerindeki hakları sınırlayamaz.

Rızayı sağlayamayan veya haklı bir sebep olmaksızın kendisine rıza verilmeyen eş, hakimın müdahalesini isteyebilir.

Aile konutu olarak özgülünen taşınmaz malın maliki olmayan eş, tapu kütüğüne konutla ilgili gerekli şerhin verilmesini isteyebilir.

Aile konutu eşlerden biri tarafından kira ile sağlanmışsa, sözleşmenin tarafı olmayan eş, kiralayana yapacağı bildirimle sözleşmenin tarafı haline gelir ve bildirimde bulunan eş diğeri ile müteselsilen sorumlu olur.” Bu makalede, tapu kütüğüne aile konutuyla ilgili şerhin konulması, şerhin, bu şerh lehine olan tarafa sağladığı yarar, hak sahibinin tasarruf yetkisine etkisi, üçüncü kişiler bakımından şerhin işlevi, şerhin geçerlilik süresi ve terkini konusu ele alınıp incelenecektir.

II- AİLE KONUTUYLA İLGİLİ DÜZENLEME

1- Rıza alınmadan yapılan devir işleminin hukuki niteliği

194. madde; “aile konutu üzerinde hak sahibi olan eşin, diğer eşin açık rızası bulunmadıkça aile konutuyla ilgili kira sözleşmesini feshedemeyeceğini, aile konutunu devredemeyeceğini veya aile konutu üzerindeki hakları sınırlayamayacağını” hükme bağlamış, “rızayı sağlayamayan veya haklı bir sebep olmadan kendisine rıza verilmeyen eşin, hakimın müdahalesini isteyebileceğini”, belirtmiştir. Devrin geçerliliği, diğer eşin açık rızasına bağlandığına göre, rıza alınmadan yapılan devir veya sınırlandırma işlemi, rızası gereken eş bakımından bağlayıcı olmayıp, geçerliliği askıda olan işlem³ niteliğindedir.⁴ Bu eş, işlemin

³ Geçerliliği askıda olan işlem; Hukuki işlemin geçerliliğinin başka bir koşula bağlandığı, bu koşul yerine getirilmeye kadar işlemin geçerliliğinin askıda olduğu olduğu, geçerliliğin bağlandığı koşulun yerine gelmesiyle işlemin

yapıldığı andan itibaren geçerli hale geldiği işlemlerdir. 194. madde uygulamasında, diğer eş rıza verinceye kadar işlemin geçerliliği askıdadır. Askı süresince aile konutuna ilişkin işlem , rızası gereken eşi bağlamaz. Rıza verilmekle de, işlem yapıldığı andan itibaren geçerli hale gelir. Örneğin; mümeyyiz küçükler ve mümeyyiz kısıtlılar, ivazsız iktisap ve münhasıran şahsa bağlı hakları kullanma dışında kalan işlemleri ancak yasal temsilcilerinin rızalarıyla yapabilirler. (TMK. m.16, 743 s. TKM. md.16) Aynı şekilde ayırt etme gücüne sahip olan ve sayet altındaki kişi, vasinin açık veya örtülü izni veya sonraki onamasıyla yükümlülük altına girebilir veya bir haktan vazgeçebilir. (TMK. m.451, 743 s. TKM. m.394/1) İşte, ayırt etme gücüne sahip küçük veya ayırt etme gücüne sahip kısıtlıların yaptığı kendisini borç altına sokucu işlemin geçerliliği yasal temsilcisinin iznine bağlanmıştır. Yasal temsilcinin vereceği izin veya işleme icazeti , işlemi, başından itibaren geçerli hale getirecektir. 194. maddedeki düzenleme de bunun gibidir.

- 4 Türk Medeni Kanununun 194/1. maddesinde yer alan hükmün, aile konutu üzerinde hak sahibi olan eşin fill ehliyetini sınırlandırdığını, bu hükmün tapu kütüğünü kendiliğinden kilitlediğini, diğer eşin açık rızası alınmadan yapılan işlemin "kesin hükümsüzlük" niteliğinde bir işlem olduğunu, bunun sonucu olarak; kesin hükümsüzlüğün rızası gereken eş tarafından "her zaman" ileri sürülebileceğini, hakim tarafından kesin hükümsüzlüğün res'en dikkate alınması gerektiğini, diğer eşin açık rızası veya hakimin rıza aranmamasına ilişkin kararı bulunmadıkça, üçüncü kişi adına yapılacak tescilin "yolsuz tescil" (TMK. md 1024) niteliğinde olduğunu, tapu kütüğünde konutun "aile konutu" olduğuna ilişkin bir şerh olmasa dahi, diğer eşin açık rızası alınmadan aile konutunun devri halinde, devralan kişinin iyi niyetinin korunamayacağını kabul eden görüşler de bulunmaktadır. (Bk. Ö.Uğur Gençcan, Ş. Şıpka, Dural/Oğuz/Gümüş)

Ancak Yargıtay 2. H.D. ve H.G.K.; bu görüşü kabul etmemiş; tapu kütüğünde konutla ilgili şerh yoksa, devralan kişinin iyiniyetli olması halinde kazanımının Türk Medeni Kanununun 1023. maddesi gereğince korunacağına karar vermiştir. (HGK.'un 4.10.2006 tarihli ve 2006/ 2-591 e, 2006/ 624 k. sayılı kararı)

Y. 2. H.D.'in 14.9.2009 tarihli ve 2009/11408 esas, 2009/15520 karar sayılı kararında: "...Dava konusu taşınmazın aile konutu olarak özgülendiği, hak sahibi olan davalı kocanın, davacı eşinin rızasını almaksızın bu taşınmazını 12.9.2003 tarihinde diğer davalı (Ş)'ye devrettiği anlaşılmaktadır. Toplanan delillerden, taşınmazı devralan davalı (Ş)'nin, yapılan işlemin aile konutuyla ilgili olduğunu ve işlemin tarafı olan (M)'nin davacıyla evli olduğunu bildiği gerçekleşmiştir. Bu durumda, devirden önce davacının rızasının alınmış olması da nazara alındığından davalı (Ş)'nin iyi niyetli olmayan kazanımı korunamaz. (TMK. m.1023) O halde, dava konusu taşınmazın (Ş) üzerindeki tapu kaydının iptali ile davalı (M) üzerine tesciline ve taşınmazın tapu kütüğüne konutla ilgili şerh konulmasına karar verilmelidir..." gerekçeyle yerel mahkemenin davanın reddine dair kararını bozmuştur.

Y. 2. H.D. 16.6.2009 tarihli 2008/4665 esas 2009/11631 sayılı kararında "...Dava konusu taşınmazın aile konutu olduğu, kocanın daha önce açtığı boşanma davasının reddedilmesinden sonra da davacı ve eşlerin ortak çocuklarının bu evde oturmaya devam ettikleri tartışmasızdır. Konut üzerinde hak sahibi olan davalı kocanın , eşinin rızasını almadan bu konutu 7.3.2006 tarihinde diğer davalı (E)'ye satış suretiyle devrettiği anlaşılmaktadır. Taşınmazın devrinden önce, tapu kütüğünde konutun "aile konutu" olduğuna ilişkin bir şerh bulunmamaktadır. Bu durumda kural olarak, tapu kütüğündeki tescile iyiniyetle güvenerek mülkiyet veya başka bir aynı hak kazanan üçüncü kişinin bu kazanımı korunur. (TMK. m.1023) Kanunun iyiniyete hukuki sonuç bağladığı durumlarda aslolan iyiniyetin varlığıdır. Ancak durumun gereklerine göre kendisinden beklenen özeni göstermeyen kimse iyiniyet iddiasında bulunamaz. (TMK. m.3) Konutu devralan davalı Ekrem'in tapudaki satıştan önce konutu gördüğü, devreden (H) 'nin evli ve yapılan işlemin aile konutuyla ilgili olduğunu bildiği, tapudaki devir gerçekleştik-

kendi rızası alınmaksızın yapıldığına ilişkin iradesini, tasarrufun bu sebeple iptalini dava yoluyla ileri sürdüğünde işlem, yapıldığı andan itibaren geçersiz hale gelecektir. Veya rızası gereken eş, 194. madde- nin aktif olduğu süre zarfında işlemin geçersizliğini ileri sürmediği takdirde işlem geçerliliğini devam ettirecek, askıda olan geçerlilik, "askıda olma" vasfı düştüğünden tam geçerlilik kazanacaktır. İşlemden sonra diğer eşin işleme yazılı veya sözlü onay vermesiyle, işlem yapıldığı andan itibaren geçerli hale gelir. Veya rızayı sağlayamayan veya haklı bir sebep olmaksızın kendisine rıza verilmeyen eş, hakime başvurarak, diğer eşin rızasının gerekmediğine ilişkin karar almış, bu kararlar devri gerçekleştirmiş ise, artık devir işleminin geçersizliği sözkonusu olmaz. Diğer eşin rızası alınmadan yapılan devir ve sınırlandırma işleminin geçersizliği, aile konutunun korunma süresi⁵ içinde olmak koşuluyla her zaman ileri sürülebilir.⁶ Kanun, rıza alınmadan

ten sonra da aynı gün Noter'den evi boşaltması için davacıya ihtar gönderdiği toplanan delillerle gerçekleşmiştir. O halde, konutu devralan davalı Ekrem'in iyiniyetli olmadığı açıktır. Kazanımı korunamaz. Davanın kabulü gerekirken reddi doğru bulunmamıştır..." (Bu karar bir karşı oyla çıkmıştır. Karşı Oy gerekçesinde: " devir işleminin tapu kütüğünde aile konutu şerhi olmasa bile, diğer eşin rızası alınmadığı için mutlak hükümsüz işlem niteliğinde olduğu, devralanın iyiniyetli veya kötünüyetli olmasının sonuca etkili olmadığı" ifade edilmiştir. Bakınız : aynı doğrultuda Y. 2. H.D.'in 13.11.2008 tarihli ve 2008/ 17541-15129 sayılı , 12.10.2006 tarihli 5717-13786 sayılı , 3.5.2005 günlü 2547-7234 sayılı, 19.11.2009 tarihli 2008/ 14398 esas 2009/ 20160 karar sayılı , 6.4.2010 tarihli 2010/ 219-6613 sayılı k.

- ⁵ **Aile konutunun korunma süresi;** evliliğin devam ettiği süredir. Evlilik eşlerden birinin ölümü veya hakim kararıyla (boşanma ve evliliği iptali) sona erer. Ölüm halinde, ölüm tarihinden, boşanma veya evliliğin iptaliyle sona ermesi halinde, buna ilişkin kararın kesinleşmesinden geçerli olmak üzere evlilik sona erer.

Eşlerden birinin gaipliğine karar verilmiş olması evliliği sona erdirmez. Gaipliğine karar verilenin eşi, evliliğin feshine de karar almak zorundadır. (TMK. m. 131)

Kaybolanın eşi, evliliğin feshini gaiplik başvurusuyla birlikte veya ayrıca açacağı bir dava ile isteyebilir. (TMK. m.131/2) Evliliğin yukarıdaki hallerden biriyle sona ermesinden sonra, artık rızaya ihtiyaç yoktur. Evlilik sona erdikten sonra, devir işlemine rızası gereken eş, artık, rızası alınmadan yapılan işlemin geçersizliğini ileri sürme hakkına sahip değildir. Evlilik sırasında rıza alınmadan yapılmış olan işlem, evliliğin sona ermesiyle kendiliğinden geçerli hale gelmiştir. Çünkü, işlemin geçerliliği için şart olan diğer eşin rızası, evliliğin sona ermesinden sonra geçerlilik şartı olmaktan çıkmış, konut da, "aile konutu" olma niteliğini yitirmiştir.

- ⁶ Yargıtay 2. H.D. 13.1.2010 tarihli 2009/ 19922 esas 2010/ 387 karar sayılı ilamıyla şu kararı vermiştir. "...Davacı ile davalı arasındaki evlilik birliği, boşanma kararıyla sona ermiş, verilen boşanma kararı 1.2.2007 tarihinde kesinleşmiştir. Bu dava ise 31.7.2007 tarihinde açılmıştır. Türk Medeni Kanununun 194.

yapılan işlemin geçersizliğini ileri sürme hakkını rızası gereken eş tanımıştır. Bu eş dışında üçüncü kişilerin böyle bir hakkı yoktur ve işlem üçüncü kişiler bakımından hukuk alanında "geçerlidir."

2-Rıza beyanı;

194. madde, aile konutuyla ilgili hukuki işlemin geçerliliğini "..diğer eşin **açık rızasına..**" bağlamıştır. Kanun, açık rızadan söz ettiğine göre; rızaya ilişkin beyanın açık ve kesin olması gerekir. Zımnî rıza, yada işleme onay verildiğine delalet eden bir takım davranışlardan çıkartılan rıza, işleme geçerlilik kazandırmaz⁷. Bu konuda, rızası gere-

maddesi evliliğin genel hükümleri kapsamında yer almaktadır ve evlilik devam ettiği sürece uygulanabilecek olan bir hükümdür. Evliliğin sona ermesiyle konut, aile konutu vasfını kaybeder ve bu hükmün uygulanma imkanı kalmaz. Evliliğin devamı sırasında konut üzerinde hak sahibi olan eş tarafından, aile konutunun devri veya bu konut üzerindeki hakların sınırlandırılması diğer eşin açık rızasına bağlanmıştır. Rızası gereken eş yapılan tasarruf işleminin geçersizliğini de ancak evlilik birliği devam ediyorsa ileri sürebilir. Birliğin sona ermesinden sonra bu sebebe dayanan dava hakkını kaybeder. Öyleyse davanın reddi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir..."

2. H. D. bir başka kararında ise "...konut üzerinde hak sahibi olan kocanın 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun yürürlüğe girmesinden önce vefat etmesi halinde, ölüm tarihinde yasanın 194. maddesi yürürlükte olmadığından, sağ eşin konutla ilgili tespit isteğinin reddi gerektiğine..." karar vermiştir. (Bk. Y. 2. H.D.'in 22.12.2009 tarihli 2009/9884 esas, 2009/22189 karar sayılı kararı.)

2. H.D.'in 31.5.2010 tarihli 2010/ 7062-10609 sayılı kararında: ".....aile konutuyla ilgili temlik tasarrufunun iptali davası sonuçlanmadan evlilik birliğinin kocanın 18.3.2008 tarihinde ölümüyle sona ermiş, bu sebeple ortada Türk Medeni Kanununun 194. maddesi gereğince korunması gereken bir aile konutunun kalmamış bulunmasına göre...."

Aile konutuyla ilgili diğer eşin rızası alınmadan yapılan tasarrufların veya mülkiyet sınırlamalarının iptalına ilişkin davalarda Aile mahkemesi görevlidir.

"..Rıza alınmadan aile konutunun devri ile ilgili uyuşmazlıkların çözüm yeri Aile mahkemesidir." (Y.2. H.D.'in 28.6.2004 tarihli 7159-8537 sayılı, 5.7.2004 günlü 7861-8887 sayılı, 12.7.2004 tarihli 7858-9308 sayılı) "...Aile konutuyla ilgili tasarrufların iptali davalarda görevli mahkeme aile mahkemesidir." (2. H.D.'in 13.6.2005 tarihli ve 6819-8959 sayılı kararı)

⁷ Kanun koyucu; bir çok maddede, "rıza veya örtülü rıza" kavramını kullandığı halde, 194. maddede "açık rıza" dan söz etmiştir. Bununla; aile konutuyla ilgili işleme rızası gereken eşin, bu husustaki rıza beyanını açık, kesin ve duraksamaya ve tefsire meydan vermeyecek şekilde izhar etmiş olmasını aramıştır. Örneğin: Türk Medeni Kanununa göre, ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlıların kendi işlemleriyle borç altına girmeleri, yasal temsilcilerinin rızasına bağlıdır. Bunlar, yasal temsilcilerinin rızası olmadıkça, kendi işlemleriyle borç altına gire-

ken eşin, işlemleri bildiği halde ses çıkarmamış olması, işleme onay verdiğini göstermez. Başka bir ifade ile, işleme onay verildiği anlamına gelen davranışlardan çıkartılan rızaya geçerlilik tanımak kanuna aykırıdır. Rıza beyanı şartta da bağlanamaz.

Aile konutuyla ilgili ortada henüz bir hukuki işlem yokken önceden alınmış bir rıza hüküm ve sonuç doğurmaz. İşleme katılma hakkı olan eşin, rıza vermek hakkından, daha işlem ortada yokken önceden feragat etmesi de geçersizdir. Doğmamış bir haktan feragat hukuki sonuç doğurmaz.

Rıza beyanı, işleme katılma hakkına sahip olan eşin şahsına bağlı bir haktır. Rızası gereken eş, bu hakkını ya bizzat veya yasal temsilcisi vasıtasıyla kullanabilir. Vekilin, müvekkili yerine rıza beyanında bulunabilmesi için vekaletnamesinde bu hususta özel yetkisinin bulunması gerekir. Şayet, rızası gereken eş, ayırtım gücüne sahip değil ise ve vesayet altında bulunuyorsa, bu takdirde vasisinin rızası aranmalıdır. Vasinin, işleme rıza göstermesi için ayrıca vesayet makamından izin almasının gerekip gerekmediği tartışmalıdır. Vesayet makamının iznini gerektiren haller Türk Medeni Kanununun 462.ve 463. maddesinde sınırlı olarak sayılmıştır. 462. maddenin 2. bendinde “..olağan yönetim ve işletme ihtiyaçları dışında kalan taşınır veya diğer hak ve değerlerin alımı, satımı, devri ve rehnedilmesinden..” söz edilmektedir. Vasinin, aile konutunun devrine ilişkin vereceği rıza beyanı, aile konutunun

mezler. (TMK. 16/1) Burada, yasal temsilcinin işleme rızasının bulunduğu gösteren bir takım davranışları, başka bir ifade ile zımnı (örtülü) rızası, işleme geçerlilik kazandırır. Bunun gibi, Türk Medeni Kanununun 23. maddesinin 3. fıkrasında “..yazılı rıza..”, 188. maddesinin 2. fıkrasının 2. bendinde “rıza”, 199. maddesinde “rıza”, 204. maddesinde “yasal temsilcilerin rızası”, 215. maddesinde “..açık veya örtülü rıza”, 223. maddesinin 2. fıkrasında “..diğer eşin rızası”, 229. maddenin 1. fıkrasının 1. bendinde “diğer eşin rızası..”, 251. maddenin 2. fıkrasında “diğer eşin rızası”, 263. maddede “..diğerinin rızası”, 264. maddesinde “diğerinin rızası” 308. maddesinin 2. fıkrasında “küçüğün rızası”, 309. maddede “ana ve babanın sözlü veya yazılı rızası..”, 451. maddesinde “..açık veya örtülü izin” gibi. Bu sayılan maddelerde, rızası gerekenin; işleme onay verildiğine delalet eden bir takım davranışlarından çıkartılan rızası yeterli kabul edilmiştir. Ancak 194. madde bakımından örtülü rıza veya zımnı rıza geçerli kabul edilmemiş, yasa koyucu açık rıza aramıştır. Başka bir ifade ile rızaya ilişkin beyan sarih olmalıdır.

kaybedilmesi sonucunu doğuracaktır. Bu ise, kısıtlının menfaatine aykırıdır. Denilebilir ki, bu takdirde vasinin sorumluluğuna gidilebilir.(TMK. m.467/1) Vasinin, vesayeti altındaki kişinin menfaatine aykırı davranışı aile konutunu geri getirmeyecektir. O bakımdan, kanaatimce 462. maddenin 2. bendinde yer alan “..diğer haklar..” kapsamına, aile konutuyla ilgili işleme rıza gösterme (katılma) hakkının girdiği de kabul edilmelidir.

Diğer eşin rızası, konutun “aile konutu” olması halinde ve bu vasfını devam ettirdiği sürece aranır. Taşınmaz aile konutu değilse, hak sahibi olan eşin tasarrufu diğer eşin rızasına bağlı değildir. Veya tasarruf sırasında rıza gerekmiyorsa tasarrufu başından itibaren geçerlidir.⁸

Rıza, belirlenmiş bir hukuki işlem için verilebilir. Başka bir ifade ile, aile konutuyla ilgili hukuki işlemin ne olduğu bilinmelidir. Rıza, belirlenmiş hukuki işleme, işlemde önce veya işlem sırasında yada işlemde sonra (yapılmış işleme onay verme şeklinde) verilebilir.⁹ Kanun, rıza beyanını herhangi bir şekle bağlamamıştır. Beyan sözlü veya yazılı verilebilir.¹⁰ Sözlü beyanın, ispatta kolaylık sağlamak bakımından tutanağa geçirilmesi uygun olur.

⁸ Yargıtay 2. H.D. 5.11.2009 tarihli 6239 – 18993 sayılı kararında: “...dava konusu taşınmaz üzerinde ipotek tesis edildiği tarihte taşınmaz, aile konutu vasfında bulunmuyorsa ipotek tesisine ilişkin işlemi geçerli kabul etmiştir....”

⁹ Y.2.H.D.'si “...Davacının, rızası alınmadan aile konutu üzerine tesis edilen ipoteğin kaldırılmasına ilişkin açmış olduğu davada, ipoteğin kaldırılmasına ilişkin talebinden feragat etmesini, ipotek tesisine ilişkin işleme geçerlilik kazandıracağı” kabul etmiştir. (Y. 2. H.D.'in 5.10.2009 tarihli 2009/ 11844-16688 sayılı kararı.) (yayınlanmamıştır.) Sözü edilen karar aynen şöyledir: “...Davacının, ipoteğin kaldırılmasına ilişkin talebinden 5.11.2008 tarihli oturumda feragat etmekle, başlangıçta rızası alınmadığından geçersiz olan ipotek tesisine ilişkin işlemin artık geçerlilik kazandığının anlaşılmasına göre....”

¹⁰ Bazı yazarlar, “sözlü rızayı” yeterli görmemekte, hükümden yer alan “açık rıza” ifadesinden hareketle, rızanın mutlaka resmi şekilde (tapu memuru veya noterde) verilmesini aramaktadırlar. (Ö.Ugur Gençcan / Türk Medeni Kanunu sf. 1715)

Rızaya ilişkin irade açıklamasından (beyandan) sonradan dönülemez. Ancak rıza beyanının hata, hile ve ikrah (korkutma) gibi iradeyi sakatlayan sebeplerle sakatlığı ileri sürülebilir.

İşlem için rızası gereken eş, haklı bir sebep olmaksızın rıza vermekten kaçınırsa, işlemi yapacak olan eş, Türk Medeni Kanununun 194/2. maddesi uyarınca, konutun bulunduğu yerdeki aile hakimine başvurarak, o işlemin yapılmasının ailenin çıkarına olduğunu veya işlemin aile konutunun kaybına yol açmayacağını, diğer eşin haklı bir sebep bulunmadığı halde işleme rıza vermediğini kanıtlaması koşuluyla, o işlem için diğer eşin rızasının gerekmediğine karar alabilir.

Diğer eşin rızasının gerekmediğine dair karar, rızası gereken eşe husumet yöneltilecek dava¹¹ ile elde edilebilir. Böyle bir kararın , aile konutuna ilişkin işlemden önce elde edilmiş olması beklenir ve amaca uygun düşer. Konutun, diğer eşin rızası alınmadan devredilmesinden veya üzerindeki hakların sınırlandırılmasından sonra, işleme diğer eşin rızasının gerekmediğine dair hakimden karar istenmesi veya devir işlemine diğer eşin rızasının gerekmediğinin, rıza alınmadan yapılan devir veya sınırlandırma işleminin iptaline ilişkin ilerde açılacak davada def'i olarak ileri sürülmesinin mümkün olmaması gerekir. Bunun mümkün olduğu kabul edildiği takdirde, başlangıçta rıza alınmadığı için rızası gereken eş bakımından bağlayıcı olmayan işleme hakim kararıyla geçerlilik kazandırmak sonucunu doğurur ki, bu da amaca uygun düşmez ve rızası gereken eşin, işlemin geçersizliğini ileri sürmeye ilişkin hakkını işlevsiz kılar.

3- Rıza alınmadan işlemin geçerli sayılabileceği durumlar;

Diğer eşin rızası, aile konutunun kaybedilmesi sonucunu doğuran tasarruf işlemleri için aranacaktır. Yapılan işlem, aile konutunun kaybedilmesi sonucunu doğurmuyor ise, o taktirde işlemin geçerliliği için,

¹¹ Bu davanın konusu, para veya para ile ölçülebilen malvarlığı haklarına ilişkin olmadığından davanın maktu harca tabi olması gerektiği açıktır.

diğer eşin rızasının aranmasına lüzum yoktur ve bu halde işlem geçerlidir. Örneğin, aile konutu üzerinde mülkiyet hakkına sahip olan eş, mülkiyetin nakledilmesine ilişkin işlem sırasında veya işlemten sonra konut üzerinde kendisi lehine intifa veya oturma hakkı tesis etmiş ise, bu takdirde rızanın aranmasına gerek bulunmadığı kanısındayım. Bu halde, çıplak mülkiyet hakkının devrine karşılık elde edilen intifa veya oturma hakkı diğer eşe de konuttan faydalanma olanağı sağlamaktadır. Aile konutuyla ilgili işleme, diğer eşin rızasının gerekip gerekmediği, işlemin iptaliyle ilgili açılan davada değerlendirilebilir. Diğer eşin rızası, evlilik devam ettiği sürece aranacaktır. Rızası gereken eş, rıza vermeden veya rızasının yokluğu nedeniyle işlemin geçersizliğini ileri sürmeden önce ölürse, artık mirasçılarının rıza alınmadan yapılan işlemin geçersizliğini dava yoluyla ileri sürme hakları yoktur. Rızası gereken eş, rızası alınmadan yapılan işlemin geçersizliğini dava yoluyla ileri sürdükten sonra ölürse, mirasçıları açılmış olan bu davayı sürdüremezler.¹² Zira, evlilik, ölümle sona ermiş ve 194. maddenin aile konutuna sağladığı koruma da bitmiştir.

Yeni bir aile konutunun edinilmesi halinde de, önceki konutla ilgili hak sahibi eşin tasarrufu, diğer eşin rızasına bağlı olmaktan kurtulur. Böyle bir durumda, rıza, yeni edinilen aile konutuyla ilgili tasarruflar için aranır. Bu halde, hak sahibi olan davalı eşin, kiralama ve devralma suretiyle yeni bir aile konutu edindiğini kanıtlaması gerekir.

4- Konut üzerindeki devredilebilecek hakkın niteliği

Kanun, "...Eşlerden biri, diğer eşin açık rızası bulunmadıkça, aile konutuyla ilgili kira sözleşmesini feshedemez, aile konutunu devreder veya aile konutu üzerindeki hakları sınırlayamaz..." demektedir. Bu hüküm, konut üzerindeki hakkın niteliğini göstermemiştir. Ne var

¹² Bu husus, Yargıtay 2. H.D.'in 18.3.2009 tarihli 2007/19513 esas, 2009/ 4915 sayılı kararında belirtilmiştir. Sözü edilen kararda : "...aile konutu olan dava konusu taşınmazın tapusunun iptalini ve tescilli talep etmekte ölen davacının mirasçılarının mevcut korunmaya değer bir hukuki yararlarının bulunmadığının anlaşılmasına göre..." denilmiş ve yerel mahkemenin redde ilişkin kararı bu gerekçeyle onanmıştır.

ki, madde metninde yer alan yukarıdaki ifadelerden, aile konutu üzerindeki hak sahibi olan eşin, bu hakkının, aynı veya şahsi hak olabileceği sonucu çıkmaktadır. Zira kira ilişkisi şahsi hak doğuran bir ilişkidir. Diğer bir ifade ile, sahibine aile konutunu üçüncü kişilere devretme yetkisi (tasarrufta bulunabilme imkanı) tanıyan her türlü **aynı** veya **şahsi** hakkın 194. madde kapsamında olduğu kabul edilmelidir. Aile konutu genellikle bir taşınmaz olduğuna göre, taşınmaz üzerinde sahip olunabilecek haklar; aynı haklar (mülkiyet) ve üçüncü kişilere devri kabil olan sınırlı aynı haklar¹³ 194. maddenin kapsamına girer¹⁴. Mülkiyet hakkı (TMK. m.683), irtifak hakkı (TMK. m. 779 ve devamı), intifa hakkı (TMK. m.794 ve devamı) bu kapsamdadır. Aile konutu, konut olarak kullanmaya elverişli bir taşınır ise (örneğin karavan) taşınır mülkiyetinin eşlerden birine ait olması veya o taşınır üzerinde eşlerden birinin üçüncü şahıslara devri kabil şahsi bir hakkının var olması gerekir.¹⁵ Taşınır mülkiyetinin nakli, zilyetliğin devri suretiyle gerçekleşir. (TMK. md. 763/1) Konut üzerindeki hak sahipliğinin ne yolla ve ne zaman kazanıldığıнын önemi bulunmamaktadır. Bu hak sahipliğinin, geçerli ve yasal bir nedene dayanılarak kazanılmış olması yeterlidir. Başka bir ifade ile, konutu devreden veya üzerindeki hakları sınırlandıran eşin, konut üzerinde yasal devir hakkının (tasarruf yetkisinin) bulunması gerekir. Haksız işgalde, işgal edenin konutu devri hukuki so-

¹³ Sınırlı aynı haklardan; 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanununa göre, fiilen tamamlanmış bir yapıda, arsa payına bağlı olarak ayrı ayrı ve başlı başına kullanmaya elverişli bağımsız bölümler üzerine ilerde kat mülkiyetine esas teşkil etmek üzere kurulmuş ve tescil edilmiş olan **kat irtifak hakkının** hak sahibi tarafından üçüncü kişilere devri mümkündür. Durum ve koşullardan hak sahibince şahsen kullanılması gerekmediği anlaşılan başkasına devri kabil olan intifa hakları (TMK. m.806) da başkalarına devredilebilir. (Intifa hakkının bir türü olan **oturma hakkı, başkasına devredilemez ve mirasçılara geçmez.**) (TMK. m.823/2); belirli bir alacak için borçlunun taşınmazı üzerine rehin tesisi (taşınmazın rehinle yükümlü kılınması) (borç ödenmez ise, alacaklı, alacağını rehinli taşınmazın satış bedelinden elde etme hakkına sahiptir. TMK. m.873) başkasına devredilebilir.

¹⁴ Aile konutu olan taşınmaz tapuda kayıtlı değil ise; tapuda kayıtlı olmayan taşınmazlar menkul hükümdedir. Menkul mal üzerindeki zilyetlik, zilyetliğin devri (teslim) yoluyla intikal eder. Ancak "tapu kütüğüne şerh için taşınmazın tapu sicilde kayıtlı olması zorunludur.

¹⁵ Başkasının arazisi üzerinde kalıcı olması amaçlanmaksızın yapılan kulübe, büfe, çardak, baraka ve benzeri hafif yapılar, bunların malikine aittir. Bu tür yapılar, taşınır mal hükümlerine tabi olur ve tapu kütüğünde gösterilemez. (TMK. m. 728)

nuç doğurmaz ve devralana bir hak sağlamaz. Konut üzerinde ancak hak sahibi tarafından tasarrufta bulunulabileceğinden, tasarrufta bulunan kişi, konut üzerinde aynı veya şahsi hak sahibi değil ise, yapılan tasarruf sonuç doğurmaz.

194. maddeye göre geçerliliği diğer eşin açık rızasına bağlı tutulan akitler, mülkiyeti nakleden akitlerdir. Bunlar satış (B.K.m.213/1), bağış (B.K.m.237/2), trampa (B.K.m.232), ölünceye kadar bakma (B.K.m.511), vakıf kurma (TMK. m.102, 105), ticaret şirketine sermaye olarak koyma (TTK. m. 139, 140), gibi **hak sahibinin iradesine bağlı ve sağlararası işlemlerdir**. Aile konutuyla ilgili ölüme bağlı tasarruflar, tasarrufta bulunanın ölümü ile sonuç doğuracağından kural olarak diğer eşin rızasını gerektirmez.¹⁶ Rıza koşulu, cebri satışlarda¹⁷

¹⁶ Yargıtay Dergisinin Ocak-Nisan/ 2004 sayılı nüshasında yayınlanan "Aile Konutu ve Hak Sahibi Eşin Bu Konutla İlgili Tasarruflarına Diğer Eşin Katılma Hakkı" isimli makalemde; aile konutunun, hak sahibi olan eş tarafından üçüncü kişilere veya eş dışındaki diğer mirasçılara vasiyet edilmesi halinde rızası gereken eşin, açık rızası alınmadan yapılmış olan ölüme bağlı tasarrufu kanuna aykırılık nedenine dayanarak (TMK. md. 557/3) iptal ettirebileceğini belirtmiştim.

Bu görüşümden ayrılıyorum. Tasarruf ehliyetinin bulunmaması, ölüme bağlı tasarrufların iptali sebebidir. (TMK. md. 557/1) Türk Medeni Kanununun 194. maddesi, aile konutu üzerinde hak sahibi olan eşin tasarruf ehliyetine getirilen bir sınırlama değil, **tasarruf yetkisindeki bir eksikliğe ilişkindir**. Bu bakımdan, ölüme bağlı tasarrufların ehliyetsizlik sebebiyle iptaline ilişkin Türk Medeni Kanununun 557/1. maddesi hükmü kapsamına Türk Medeni Kanununun 194/1. maddesindeki "diğer eşin rızasının yokluğu" girmez. Mirasbırakanın, aile konutunu, müstakbel mirasçısına ivazlı feragat sözleşmesine dayalı olarak devretmesinin diğer eşin rızasını gerektirdiğini kabul eden yazarlar bulunmaktadır. (Bk. Dr. Mustafa Alper Gümüş; age. sf. 41'deki 55 nolu dipnot.)

Mirastan feragat sözleşmesi, miras hakkından vazgeçen mirasçı açısından ölüme bağlı bir tasarruf değil, sağlararası bir muameledir. Buna karşılık miras bırakan açısından bu bir ölüme bağlı tasarruf sayılmaktadır. Eğer, müstakbel mirasçı, mirasçılık hakkından ivaz mukabili feragat etmiş ve ivaz olarak aile konutunu devralmış ise, bu taktirde, bu nitelikteki ivazlı feragat sözleşmesinin diğer eşin rızasını gerektireceğinden kuşku bulunmamaktadır.

¹⁷ Y. 12. H.D. 4.5.2006 tarihli 5829/8852 sayılı kararında "...194. maddede yer alan yasal düzenleme, aile konutunun maliki olan borçlunun borcundan dolayı alacaklıların yapacağı bir icra takibi sonucu satışına engel teşkil etmediğine..." karar vermiştir. Aynı daire, 18.4.2006 günlü 5585 esas, 8228 karar sayılı başka bir kararında da "...Alacaklının borçlu eş hakkında yaptığı takibin kesinleşmesi üzerine borçluya ait taşınmaz haciz konulduğunu, anılan taşınmazın tapu kütüğünde aile konutu şerhinin bulunmasının haczedilmesine engel teşkil etmeyeceğini..." kabul etmiştir.

ve kamulaştırmalarda da aranmaz. Taşınmaz üzerinde aynı bir hakkın kurulmasına veya devrine ilişkin geçerli bir sözleşme (TMK. m.706, B.K.m. 213, Tapu K. m.26) sadece tarafları arasında borç doğurur. Yani böyle bir sözleşme, yararına hak kurulması vaad edilen kimseye, o hakkın kurulması için tescili isteme yetkisini (talep hakkını) verir. Gerekli olan tescil işlemi yapılmadan, istenilen aynı hak kazanılamaz. (TMK. m.1021) O halde, Türk Medeni Kanununun 194. maddesinin uygulanabilmesi için borç doğurucu geçerli bir hukuki işlemin yanında, tasarrufi işlem olan (tescilin) de bulunması zorunludur. Başka bir ifade ile 194. madde, diğer eşin açık rızası bulunmadıkça aile konutunun devredilemeyeceği hükme bağladığına göre, rıza koşulu; tasarruf işlemleri (hakka doğrudan doğruya etki yapan ve hakkı nakleden işlemler) için aranmalıdır.

Taşınmaz satış vaadi (B.K.m. 213/2), bağışlama vaadi (B.K.m.238/2), alacaklısına, tescili isteme yetkisi verdiği için ve borçlu malik kendi rızasıyla tescile ferağ vermezse, alacaklı doğrudan mahkemeden tescili isteme hakkına (TMK. md. 716/1) sahip olacağından, bu işlemler için de diğer eşin rızasının gerektiği, diğer eşin açık rızası bulunmadıkça yapılan gayrimenkul satış vaadi sözleşmesinin ve bağışlama vaadinin geçerli olmayacağı kabul edilmelidir.¹⁸

Y. 2. H.D.'in 19.11.2009 tarihli ve 2009/ 15320 - 20146 sayılı kararında "...taşınmazın mülkiyeti cebri icra (TMK. m.705/2) yoluyla davalı şirkete geçtiğine göre Türk Medeni Kanununun 194. maddesinin uygulanması olanağının bulunmadığına..." karar verilmiştir.

Y. 2. H.D. 4. 2. 2010 tarihli 2009/22015 esas 2010/ 1785 karar sayılı bir başka kararında şu sonuca ulaşılmıştır. "...Aile konutu üzerindeki ipotek 5.2.2007 tarihinde tesis edilmiş, ipoteğin kaldırılmasına ilişkin dava ise 30.7.2008 tarihinde açılmıştır. Üzerine ipotek tesis edilen taşınmaz dava sırasında ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla yapılan takip sonucunda 17.11.2008 tarihinde cebri icra ile satılmıştır. Bu durumda dava konusuz hale gelmiştir. O halde, bu talep yönünden konusuz kalan dava hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde ipoteğin kaldırılmasına karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır..."

¹⁸ Taşınmaz satış vaadinin geçerliliği, Borçlar Kanununun 22/ 2 ve 213. maddesine göre, resmi şekle tabidir. "...Gayrimenkulle dair satım vaadi resmi senede raptedilmedikçe muteber değildir.." Taşınmaz satış vaadi sözleşmeleri, Noterlik Kanununun 60/3. maddesine göre, noterler tarafından res'en tanzim edilir.

Eşlerden biri, aile konutunu **gayrimenkul satış vaadi sözleşmesiyle** edinmiş ise ne olacaktır? Satış vaadi sözleşmesiyle edinilen şahsi hakkın başkasına devri mümkündür. Böyle bir durumda devralan kişi, satıcıya karşı ferağa icbar davası açabileceği gibi, satıcı ölmüşse onun mirasçılara karşı da bu hakkını kullanabilir. Satış vaadi sözleşmesiyle edinilen aile konutunun, sözleşmeden doğan şahsi hakkın başkasına devri halinde kaybedilmesi kaçınılmaz olacaktır. Böyle bir durumda, taşınmaz üzerinde satış vaadi sözleşmesiyle şahsi hak sahibi olan eş, bu şahsi hakkını diğer eşin açık rızası bulunmadıkça devredemeyecektir.

Aile konutuyla ilgili aşağıdaki hakların devrinde, diğer eşin açık rızası aranmalıdır.

a) Aile konutu, eşlerden biri adına kat mülkiyeti kütüğünde "bağımsız bölüm" olarak kayıtlı ise,¹⁹ kat maliki olan eş, bu konutun mül-

Taşınmaz satış vaadi sözleşmesinde, satıcı, alıcıya karşı esas satış akdini yapmayı borçlanır. "...Gayrimenkul satış vaadi, malikin gayrimenkulünü ilerde satmak taahhüdü altına girmesi ve diğer akidin bunu kabul etmesi yönünden açığa vurulan iradelerinin birleşmeleriyle vücut bulacağı için tarafların bu iradelerini noter huzurunda açıklamaları ve düzenlenecek resmi senedi imza etmeleri gerekir. Noter huzurunda tek taraflı tanzim edilen satış ikrarını ve ferağ için aharı tevkil edeceklerini tespit eden satış vaadi senedi geçerli değildir..." ".Tek taraflı olarak düzenlenen satış vaadine ilişkin noter senedi geçersizdir..." (HGK'un 27.9.1972 tarihli ve 968/1-717-750 sayılı kararı.) Satış vaadi sözleşmesi borç doğuran bir sözleşmedir. Ancak bunun tapu siciline şerhi mümkündür. Bu takdirde üçüncü şahıslara karşı da ileri sürülme imkanı kazanır. Bu sonuç ve etki şerhten itibaren beş yıldır. (Tapu K. md. 26/7-8) Satıcının borcunu yerine getirmemesi halinde (eğer satıcı, tapu memuru önünde tescil talebinde bulunmazsa) alıcı mahkemeye başvurarak, Türk Medeni Kanununun 716/1. (eski MK'un 642.) maddesi uyarınca, mülkiyetin hükmen kendi adına geçirilmesini ister. (Tescile zorlama-Ferağa icbar davası) Bu takdirde mahkeme, doğrudan doğruya mülkiyetin alıcıya aidiyetine (taşınmazın alıcı adına tesciline) karar verir. **Aile konutu üzerinde hak sahibi olan eş**, bu konutu, **gayrimenkul satış vaadi sözleşmesiyle** başkasına satmayı taahhüt ettiği takdirde, satış vaadi sözleşmesinin geçerliliği için kural olarak diğer eşin rızasına ihtiyaç bulunmamaktadır. Diğer eşin rızası, satıcı, taşınmazın alıcı adına tescili için tapu memuru önünde tescil isteğinde bulunduğu takdirde, bu tescil beyanının geçerliliği için gerekir. Satış vaadi borçlusu böyle bir ferağ vermediği takdirde Alacaklı, borçluya karşı Türk Medeni Kanununun 716/1. maddesi uyarınca mülkiyetin kendi adına hükmen geçirilmesi için dava açtığı takdirde, davada, husumetin rızası gereken diğer eşe de yöneltilmesi gerekir. Yada, satıcının, diğer eşin rızasının gerekmediğine dair mahkeme kararı getirmelidir. (TMK. md. 194/2) (yazarın düşüncesi)

¹⁹ **634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanununa göre;** tamamlanmış bir yapının, kat, daire, iş bürosu, dükkan, mağaza, mahzen, depo gibi ayrı ayrı ve başlı başına kullanmaya elverişli olanları üzerinde, o gayrimenkulün maliki veya ortak malikleri tarafından bu kanun hükümlerine göre bağımsız mülkiyet hakkı kurulabilir. (md.1/1)

kiyetini diğer eşin açık rızası bulunmadıkça devredemez. Bu konut üzerinde taşınmaz rehini (ipotek, ipotekli borç senedi, irat senedi) tesis edemez²⁰ başkası lehine intifa hakkı²¹ ve oturma hakkı²² kuramaz.

Kat mülkiyetine konu olan gayrimenkulün bütününe (**anagayrimenkul**) , yalnız esas yapı kısmına (**anapayı**), anagayrimenkulün ayrı ve başlı başına kullanmaya elverişli olup, bu kanun hükümlerine göre bağımsız mülkiyete konu olan bölümlerine (**bağımsız bölüm**) , bağımsız bölümler üzerinde kurulan mülkiyet hakkına (**kat mülkiyeti**), bu hakka sahip olanlara da (**kat maliki**), bir bağımsız bölümün dışında olup, doğrudan doğruya o bağımsız bölüme tahsis edilmiş olan yerlere (**eklenli**), arsanın bu kanunda yazılı esaslara göre bağımsız bölümlere tahsis edilen ortak mülkiyet paylarına (**arsa payı**) denir. (md. 2) Yapılmakta olan veya ileride yapılacak olan bir yapının, ayrı ayrı ve başlı başına kullanmaya elverişli bölümleri üzerinde, yapı tamamlandıktan sonra geçilecek kat mülkiyetine esas olmak üzere arsa maliki veya arsanın ortak malikleri tarafından bu kanun hükümlerine göre kurulan irtifak haklarına (**kat irtifakı**) denir. (md. 1/2) Kat mülkiyeti, arsa payı ve anagayrimenkuldeki ortak yerlerle bağlantılı özel bir mülkiyettir. (m.3/1) Kat mülkiyetini kayıtlayan haklar, kendiliğinden arsa payı da kayıtlar. (m.5/3)

Ana gayrimenkulde kat mülkiyeti kurulmadan önce, o gayrimenkulün kütükteki sayfasına tescil veya şerh edilmiş olan haklar, kat mülkiyetini de kaide olarak arsa payı oranında kayıtlar. (m.5/son) Kat mülkiyeti ve kat irtifakı resmi senetle ve tapu siciline tescil ile doğar. (m.10/1, TMK. m.780) Ana gayrimenkulün tümünün mülkiyeti kat mülkiyetine çevrilmeden, o gayrimenkulün yalnız bir veya birkaç bölümü üzerinde kat mülkiyeti kurulmaz. (m.10/2) Kat malikleri kendilerine ait bağımsız bölümler üzerinde, bu kanunun ilgili hükümleri saklı kalmak şartıyla Medeni Kanunun maliklere tanıdığı bütün hak ve yetkilere sahiptirler. (m.15)

Kat mülkiyetinin başkasına devri veya miras yoluyla geçmesi halinde, ona bağlı olarak arsa payı da birlikte geçer. Arsa payı, kat mülkiyetinden veya kat irtifakından ayrı olarak devredilemez, miras yoluyla da geçmez ve başka bir hakla da kayıtlanamaz. (m.5/1) Ana gayrimenkulün bağımsız mülkiyete konu olan bölümleri kat mülkiyeti kütüğüne ayrı ayrı sayfalara yazılır.

²⁰ Taşınmaz rehini ; bir taşınmazın malikini, yalnız o taşınmazla sorumlu olmak üzere diğer bir kimseye bir şey vermek veya yapmakla yükümlü kılar. (TMK. md. 839)

Daha açık ifade ile; alacaklıya yapılacak ödemeyi temin ve borcun ödenmemesi halinde alacaklının, elindeki rehin taşınmazı satarak hakkını alabilmesi için taşınmaz bir malın teminat olarak bırakılmasıdır. (TMK. md. 765 vd.) Taşınmaz rehni; ancak, ipotek, ipotekli borç senedi veya irat senedi şeklinde kurulabilir.

(TMK. md. 850) Taşınmaz rehni, ancak, tapuya kayıtlı taşınmazlar üzerinde kurulabilir. (TMK. md. 853)

İpotek (TMK. md. 881-897), ipotekli borç senedi (TMK. md. 898-902) İrat Senedi (TMK. md. 903-929) maddeleri arasında düzenlenmiştir. İpotek; mevcut olan veya henüz doğmamış olmakla beraber doğması kesin veya olası bulunan herhangi bir alacak, ipotekle güvence altına alınabilir. (TMK. md. 881/1) İpoteğe konu olacak taşınmazın, borçlunun mülkiyetinde bulunması gerekmez. (TMK. md. 881/2) İpotekli taşınmazın devri, aksi kararlaştırılmadıkça borçlunun sorumluluğunda ve güvencede bir değişiklik meydana getirmez. (TMK. m.888) Kanuni ipotek haklarının doğumu, aksi kanunda öngörülmemiş olmadıkça, tapu kütüğüne tescil edilmelerine bağlı değildir. (TMK. md. 892) Kat maliki ana gayrimenkulün giderlerine arsa payı oranında katılmakla yükümlüdür. (634 s.

b) Eşlerden biri, aile konutu üzerinde **tek başına mülkiyet hakkına sahip ise**, başka bir ifade ile, aile konutu müstakil olarak eşlerden birine ait ise; hak sahibi olan eş konutu mülkiyet hakkının sağladığı tasarruf yetkisine dayanarak diğer eşin açık rızası bulunmadıkça devredemez. Ve hakları sınırlayamaz. Hak sahibi olan eşin tasarruf yetkisi, diğer eşin rızasına bağlanmakla sınırlandırılmıştır.

c) Eşlerden biri aile konutu üzerinde **şahsi irtifak hakkına sahip ise**, bu hakkını, diğer eşin açık rızası bulunmadıkça başkasına devredemez.²³

KMK. m.20) Kat maliki, bu borcunu ödemezse, kat malikinin bağımsız bölümü üzerine, borç tutarı için diğer kat malikleri lehine **kanuni ipotek hakkı** tesis edilir. (634 s. KMK. md.22/2)

Kanuni ipotek hakkı tesisi, diğer eşin rızasına bağlı değildir. Ayrıca, Türk Medeni Kanununun 893. maddesinde gösterilen alacaklılar, kanuni ipotek hakkının tescilini isteyebilirler. 893. maddesi kapsamındaki **kanuni ipotek hakları diğer eşin rızasına bağlı değildir**. Borçlar Kanununun 513. maddesi, "ölünceye kadar bakma kaydıyla yapılan devirlerde bakım alacaklısının, devrettiği taşınmaz üzerinde kanuni ipotek hakkı olduğunu" belirtmektedir. Taşınmazını satanın, satım bedelini temin etmek üzere mülkiyetini geçirdiği taşınmaz üzerinde ipotek hakkı mevcuttur. (TMK. m.893/1) Yapı alacaklılarının, inşaa ettikleri taşınmaz üzerinde kanuni ipotek hakkı vardır. (TMK. m.893/3)

²¹ Taşınmazlar üzerinde tesis edilen intifa hakkı; aksine düzenleme olmadıkça, sahibine konusu üzerinde tam yararlanma yetkisi sağlar. (TMK. md. 794/2) Sözleşmede aksine hüküm yoksa veya durum ve koşullardan bu hakkın, hak sahibince şehsen kullanılması gerektiği anlaşılıyorsa, intifa hakkının kullanımı başkasına devredilebilir. (TMK. md. 806/1)

²² Taşınmaz üzerinde tesis edilen oturma hakkı; sahibine bir binadan veya onun bir bölümünden konut olarak yararlanma yetkisi verir. (TMK. md. 823/1) Oturma hakkı başkasına devredilemez ve mirasçılara geçmez. (TMK. md. 823/2)

²³ Bir binanın başlı başına kullanılmaya elverişli bağımsız bölümleri üzerinde kat mülkiyeti veya kat irtifakı kurulması Kat Mülkiyeti Kanununa tabidir. (TMK. md. 726/2) Bağımsız bölümler üzerine ayrıca üst hakkı kurulmaz. (TMK. md. 726/3)

Kat Mülkiyeti Kanununa tabi kat irtifakı haricindeki irtifak hakları, kural olarak diğer eşin rızasına bağlı olmamak gerekir. Çünkü; taşınmaz lehine irtifak hakkı, bir taşınmaz üzerinde diğer bir taşınmaz lehine konulan bir yüküdür. (TMK. m.779/1) İrtifak hakkı ile yüklü taşınmaz malikini mülkiyet hakkının sağladığı bazı yetkileri kullanmaktan kaçınmaya veya yararlanan taşınmaz malikinin yüklü taşınmazı belirli bir şekilde kullanmasına katlanmaya mecbur kılar. (TMK. m.779)

d) **İntifa hakkının mülkiyet hakkı sahibinin üzerinde bırakılarak, çıplak mülkiyet devirlerinde**, kanaatimce, diğer eşin rızasına ihtiyaç bulunmamaktadır. İntifa hakkı, bu hakka sahip olana, hakkın konusu olan malı zilyetliğinde bulundurma, yönetme, kullanma ve ondan yararlanma yetkisi verir. (TMK. m. 803/1) Bu durumda, aile konutunun kaybedilmesi söz konusu değildir. Eşlerden biri, aile konutu üzerinde intifa hakkı sahip olmakla birlikte, intifa hakkı tesisine ilişkin sözleşmede bu hakkın “başkasına devredilemeyeceğine” dair bir hüküm yoksa veya durum ve koşullardan intifa hakkının hak sahibi tarafından şahsen kullanılması gerekmiyorsa, bu hakkın kullanılması başkasına devredilebilir. (TMK. m.806) İşte, başkasına devri kabil bir intifa hakkının varlığı halinde, konut üzerinde intifa hakkına sahip olan eşin, bu hakkını devretmesi, diğer eşin açık rızasına bağlıdır. Rıza alınmadan yapılan devir işleminin geçerliliği askıdadır.

e) Aile konutu üzerinde mülkiyet hakkına sahip olan eşin, üçüncü kişi lehine konut üzerinde önalım (şufa) ve alım (iştirâ) hakkı tanınması, diğer eşin rızasına bağlı değildir. Yenilik doğurucu nitelikteki bu sözleşmeler, taşınmaz üzerinde, kullanma hakkı sağlamadığı gibi, bir tasarrufi işlem niteliğini de taşımazlar.²⁴ Aile konutu üzerinde eşlerden biri ile üçüncü kişi pay sahibi ise, paydaş olan eşin yasal önalım hakkından feragatinin , diğer eşin rızasına bağlı olması gerekir. Çünkü, bu feragatle aile konutunun kaybedilmesi söz konusu olacaktır.

f) Aile konutunun mülkiyeti eşler dışında üçüncü bir kişiye ait olmakla birlikte, eşlerden biri, bu konut üzerinde **oturma hakkına** (TMK. md. 823/1) sahip ise, oturma hakkı, başkasına devredilemeyeceğinden (TMK. md. 823/2) bu halde diğer eşin rızasına zaten ihtiyaç yoktur.

²⁴ Paylı mülkiyette, bir paydaşın taşınmaz üzerindeki payını tamamen veya kısmen üçüncü kişiye satması halinde diğer paydaşlar önalım hakkını kullanabilirler.

Bu yasal önalım hakkıdır. (TMK. m. 732) Önalım hakkı, alıcıya karşı dava açılarak kullanılabilir. (TMK. m.734/1) Tapu Kütüğüne şerh verilen sözleşmeden doğan önalım hakkı da dava açılarak kullanılabilir. (TMK. m.735/3)

g) Aile konutu, **eşlerden biri ile üçüncü kişi veya kişilerin paylı mülkiyetinde ise**, durum ne olacaktır? Paylı mülkiyette, birden çok kimse, maddi olarak bölünmüş olmayan bir şeyin tamamına belli paylarla maliktir. (TMK. m.688/1) Başka türlü belirtilmedikçe paylar eşit sayılır. (TMK. m.688/2) Paydaşlardan her biri, kendi payı bakımından malik hak ve yükümlülüklerine sahip olup, payı devredebilir, rehnedilebilir ve alacaklılar tarafından haczettirilebilir. (TMK. m.688/3) Böyle bir durumda, konutun aile konutu olduğu tartışmasız ise, bu konut üzerinde pay sahibi olan eş, bu payını diğer eşin açık rızası bulunmadıkça yine devredemeyecektir. Ancak, konuttun kullanım amacıyla ve taşınmazdan eşlerin yararlanmasına ilişkin hususta, bütün paydaşların aralarında oybirliğiyle anlaşmış olmaları zorunludur. (TMK. m.689) ve kullanım amacının tapu kütüğüne şerh verilmiş olması gerekir.

h) Aile konutu üzerinde her iki eş de pay sahibi ise, diğer bir ifade ile aile konutu eşlerin paylı mülkiyetinde ise, paydaşlardan her biri, diğerinin rızası bulunmadıkça payını devredemeyecektir.

(TMK. md. 223/2) Paylı taşınmazda aslolan paydaşlardan her birinin, kendi payı bakımından malik hak ve yükümlülüklerine sahip olduğudur. (TMK. md. 688/son) Başka bir ifade ile paydaşlardan her biri, kendi payını temlik edebilir, rehnedilebilir ve bu pay alacaklılar tarafından haczedilebilir. Ne var ki, edinilmiş mallara katılma rejiminde, kanun; eşlerden birinin, diğerinin rızası olmadan kendi payı üzerinde tasarrufla bulunmamayacağını hükme bağlamıştır.

i) **Aile konutu eşlerden biri ile üçüncü kişilerin elbirliği mülkiyetinde ise**; (örneğin aile konutu, eşlerden birine diğer mirasçılarla birlikte miras yoluyla intikal etmiş bir konut olabilir.) elbirliği mülkiyetinde, ortakların belirlenmiş payları olmayıp her birinin hakkı, ortaklığa giren malların tamamına yaygın olduğundan (TMK. m.701), tasarruf işlemleri için ortakların oybirliğiyle alacakları karar gereklidir. (TMK. m. 702/2) Bu durumda, konut üzerinde hak sahibi olan eşin tek

başına devri hukuki sonuç doğurmayacaktır. Başka bir ifade ile, elbirliği mülkiyeti halinde, Türk Medeni Kanununun 702. maddesi hükmü, 194. maddeyi uygulama dışı bırakır. Şayet, hak sahibi eş, tek mirasçı, başka mirasçı yok ise, bu durumda miras yoluyla intikal eden müstakil mülkiyetin varlığı söz konusu olacağından devir, diğer eşin rızasına bağlı olacaktır.

h) Mal rejimleriyle aile konutunun ilişkisi:

Aile konutunun, eşlerden hangisinin mülkiyetinde olduğu, yasal rejimde edinilmiş yada kişisel mal olup olmadığı veya paylaşmalı mal ayrılığı rejiminde aileye özgülenen mallardan (TMK. md. 250) bulunup bulunmadığı yada mal ortaklığı rejiminde ortaklığa dahil mallardan olup olmadığı Türk Medeni Kanununun 194. maddesinin uygulanması bakımından kural olarak önemli değildir. Diğer bir ifade ile, aile konutu, eşlerden birinin “edinilmiş malı” (TMK. 219) veya “kişisel malı” (TMK. md. 220) da olsa Türk Medeni Kanununun 194. maddesi uygulanır.²⁵

Aile konutu, eşlerin paylı mülkiyetinde ise, eşlerden biri, diğerinin rızası olmadan paylı mülkiyet konusu maldaki payı üzerinde tasar-

²⁵ Edinilmiş mallara katılma rejiminde 240. madde; rejimin ölümle sona ermesi halinde, sağ kalan eşe, katılma alacağına mahsup edilmek, yetmez ise bedel eklemek suretiyle ölen eşe ait eşlerin birlikte yasadıkları konut üzerinde intifa hakkı veya oturma hakkı tanınmasını isteme hakkı vermektedir. Mal rejimi sözleşmesiyle aksine düzenleme yapılabilir. 240. maddenin uygulanabilmesi için:

a) Eşler arasında yasal rejim olan edinilmiş mallara katılma rejimi geçerli olmalıdır.

b) Evlilik ölümle sona ermiş olmalıdır.

c) Sağ kalan eşin mal rejiminden dolayı katılma alacağı bulunmalıdır. Sağ eşin katılma alacağı yoksa, bu haktan yararlanamaz.

d) Sağ kalan eşin aile konutuna bizzat ihtiyacı olmalıdır.

e) Aile konutu, ölen eşe ait olmalıdır. Konut, sağ eş ile ölen eşin paylı mülkiyetinde ise, sağ eşin ölen eşine ait payı yasal alım hakkı mevcut olduğundan (TMK. m. 226/2), 240. maddenin bu halde uygulanmasına imkan bulunmadığı düşünülmektedir. (Yazarın görüşü)

rufta bulunamaz. (TMK. m.223/2) Ancak bu kural eşler arasında "edinilmiş mallara katılma rejimi" varsa uygulanabilir. Aile konutu eşlerin paylı mülkiyetinde olmakla birlikte, eşler arasında akdi mal rejimlerinden paylaşımlı mal ayrılığı veya mal ayrılığı varsa mal ortaklığında da (aile konutu ortalığa dahil mallardan değil ise), Türk Medeni Kanununun 223/2. maddesinde yer alan hüküm uygulanamaz.

Eşler arasında akdi mal rejimlerinden "**mal ortaklığı**" rejimi (TMK. m.256-281) geçerli ve aile konutu da ortaklığa dahil mallardan ise, mal ortaklığında; eşler, ortaklık mallarına bölünmemiş bir bütün olarak sahip olacaklarından (TMK. m.257/2) ve hiç bir eş ortaklık payı üzerinde tek başına tasarruf hakkına sahip olmadığından (TMK. m.257/3), böyle bir durumda esasen, eşlerden birinin ortaklık mallarında tek başına tasarrufta bulunması geçersizdir. Diğer eşin rızasına gerek bulunmamaktadır.²⁶

Paylaşımlı mal ayrılığı rejiminde (TMK. m.244-255); bu rejimin kurulmasından sonra edinilen ailenin ortak kullanım ve yararlanmasına özgülenmiş mallar ile ailenin ekonomik geleceğini güvence altına almaya yönelik yatırımlar veya bunların yerine geçen değerler, mal rejiminin sona ermesi halinde eşler arasında eşit olarak paylaşılır. (TMK.

²⁶ Mal ortaklığı rejiminde Türk Medeni Kanununun 279. maddesi; bu rejimin ölümle sona ermesi halinde, sağ kalan eşe, ortaklık mallarına dahil olması şartıyla, aile konutunun mülkiyetinin, payına mahsuben kendisine verilmesini isteme hakkı tanınmıştır. Bunun için;

a) Eşler arasında akdi rejimlerden mal ortaklığının geçerli olması,

b) Evliliğin ve bu rejimin ölümle sona ermiş bulunması,

c) Aile konutunun ortaklık mallarına dahil olması gerekir. Aile konutu ölen eşin kişisel malı ise sağ eş bu hakkı kullanamaz.

Mal ortaklığı rejiminin ölüm dışında sona ermiş olması halinde eşlerden her biri, üstün bir yararının varlığını ispat etmesi şartıyla payına mahsuben, aynı istemleri ileri sürebilir.

m.250) Paylaştırmanın ayın olarak yapılması asıdır.Buna olanak yoksa bedel eklenmek suretiyle paylar denkleştirilir.(TMK. m.253/1)²⁷

Mal ayrılığı rejiminde, paylı mülkün ögülenmesi konusunda paylaşmalı mal ayrılığına ilişkin hükümler uygulanır. (TMK m.243) Buna göre, mal ayrılığı rejiminde, aile konutunun özgülenmesine ilişkin taleplerde Türk Medeni Kanununun 254. maddesi uygulanacaktır.

III- TAŞINMAZIN TAPU KÜTÜĞÜNE KONUTLA İLGİLİ ŞERH KONULMASI

1-Şerhler ve Beyanlar

Tapu kütüğüne esas itibarıyla, taşınmazlar üzerinde mülkiyet ve sınırlı ayni hakların kazanılması, bunların kısmen veya tamamen kaybedilmesi ve değiştirilmesine ilişkin olan “tesciller” yazılır. Aynı hakka ilişkin statüde bir değişiklik meydana getirmeyen, ilişkin olduğu bir hukuki durumu, herkes tarafından görülebilir hale getiren ve üçüncü kişilere karşı dermeyeran edilebilir kılan ve malikin tasarruf yetkisini sınırlayan ve bazan da kaldıran hususlara ilişkin “şerhler”²⁸ ile; ta-

²⁷ Paylaşmalı mal ayrılığı rejiminde; yasanın 254. maddesiyle, evliliğin iptal veya boşanma kararıyla sona erdirilmesi halinde, ailenin ortak kullanımına özgülenmiş ve eşler arasında eşit olarak paylaşma konusu olan aile konutunda, eşlerden hangisinin kalmaya devam edeceği hususunda anlaşabilmeleri olanağı tanınmıştır.

Eşlerin anlaşamamaları halinde bu hakka eşlerden hangisinin sahip olacağına iptal veya boşanma kararıyla birlikte hakim res'en (kendiliğinden) karar verir. Bu kararda kalma süresi de belirlenir ve bu husus tapu kütüğüne şerh verilir. Hakim, aksine bir karar vermedikçe belirlenen süre sonunda hak, kendiliğinden sona erer.

²⁸ “Kütüğün şerhler sütununa; kişisel haklar, temlik hakkını kısıtlayan veya yasaklayan şerhler, tescille ilgili geçici şerhler ile kanunların öngördüğü hususlar yazılır..” (Tapu Sicili Tüzüğü md. 54) Kütüğün “şerhler” sütununa yazılacak olan kişisel haklar, 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 1009. maddesinde ve Tapu Sicili Tüzüğü'nün 55. maddesinde gösterilmiştir. Bunlar;

- a) Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri,
- b) Taşınmaz satış vaadi sözleşmesi, (BK. md. 213/2)
- c) Taşınmazla ilgili başıslama vaadi sözleşmesi (BK. md. 238/2)
- ç) Taşınmaz kira sözleşmesi (BK. md. 255)

şınmazın mevcut fiili ve maddi durumunu, malikinin hukuki ehliyetinin kısıtlanmasını, taşınmazla ilgili inşaat sözleşmesi yapılmışsa bunu, ana

- d) Sözleşmeden doğan ön alım hakkı (Şufa) (TMK. md. 735)
- e) Satışla birlikte tesis edilen geri alım (vefa) hakkı (TMK. md. 736, TKM. md. 660)
- f) Bağışla birlikte tesis edilen bağışlananın bağışlayana dönme (rücu) hakkı (BK. md. 242)
- g) Sözleşmeyle tesis edilen alım (işтира) hakkı (TMK. md. 736, TKM. md.. 660)
- h) Rehinle birlikte tesis edilen serbest dereceden istifade hakkı. (TMK. md. 871/3)

Şerh edilebilen kişisel haklar, sadece yukarıda sayılanlarla sınırlı değildir. Türk Medeni Kanununun 1009. maddesi "...kanunlarda açıkça öngörülen diğer haklardan..." bahsettiğine göre, Türk Medeni Kanununun diğer hükümlerinde açıkça şerh edilmesi öngörülen haklar ve Borçlar Kanunu ile diğer özel kanunlarda gösterilen kişisel hakların açıkça öngörülmesi koşuluyla şerh edilme imkanı mevcuttur. Örneğin: Paylı mülkiyette, taşınmazdan yararlanma, taşınmazı kullanma ve yönetime ilişkin olarak paydaşlar arasında yapılan anlaşmalar (TMK. md. 695/2); paylı mülkiyette, paylı mülkiyetin devamına ilişkin sözleşmeler (TMK. md. 698/2); paylaşımlı mal ayrılığı rejiminde evliliğin iptali veya boşanma halinde, konutta kalmaya hangi eşin devam edeceği hususunda eşler arasında yapılan anlaşmadan doğan konutta kalma hakkı (TMK. md. 254/1); taşınmaz mülkiyetinin kanundan doğan kısıtlamalarının ortadan kaldırılması veya değiştirilmesine ilişkin anlaşmalar (TMK. md. 731/2); tapu kütüğüne şerh edilebilir. Özel kanunlardaki düzenlemeye örnek olarak; 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanununun 24. maddesindeki düzenleme gösterilebilir. **634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu, kat maliklerinin oybirliğiyle verecekleri ve ana taşınmazla ilgili bazı anlaşmaların, kat mülkiyeti kütüğüne şerh verileceğini hükme bağlamıştır.** (Ana gayrimenkulün, kütükte mesken olarak gösterilen bağımsız bir bölümünde, sinema, tiyatro, kahvehane, gazino, pavyon, bar, kulüp, dans salonu gibi eğlence, toplantı yerleri ve fırın, lokanta, pastane, süthane gibi gıda ve beslenme yerleri ve imalathane, boyahane, basımevi, dükkan, galeri ve çarşı gibi yerler, ancak kat malikleri kurulunun oybirliğiyle vereceği kararla açılabilir. Bu karar, yöneticinin veya kat maliklerinden birinin istemi üzerine bütün bağımsız bölümlerin kat mülkiyeti kütüğündeki sayfalarına şerh verilir.) (KMK. md. 24)

Temlik hakkını kısıtlayan ve yasaklayan şerhler, Türk Medeni Kanununun 1010. ve Tapu Sicili Tüzüğü'nün 56. ve 57. maddelerinde gösterilmiştir. Bunlar;

- a) Çekişmeli hakların korunması ilişkin mahkeme kararları (ihtiyati tedbirler, tasarruf yetkisinin sınırlanmasına ilişkin kararlar v.s.) (Türk Medeni Kanununun 199. maddesi çerçevesinde alınan, tasarrufların diğer eşin rızasıyla yapılabileceğine ilişkin kararlar buraya dahildir.)
- b) Haciz, iflas kararı veya konkordato ile verilen süre,
- c) Aile yurdu kurulması (TMK. md. 390, 391)
- d) Art mirasçı atanması (TMK. md. 521 vd.) gibi şerh verilmesi kanunen öngörülen işlemler,
- e) Aile konutu şerhi.,(TMK. md. 194/3)
- f) Geçici tescile ilişkin mahkeme kararları (TMK. md. 1011)

taşınmazla ilgili yönetim planı ve özel kanunlar tarafından öngörülen diğer halleri gösteren “**beyanlar**”²⁹ da kütüğe tescil edilir. Şerhler, tapu kütüğünün buna ilişkin sütununa, beyanlar da kendine ait sütuna yazılırlar.

Şerhlerle beyanlar arasındaki temel fark; doğrudukları hukuki etkide görülür. Şerhler, ilişkin bulunduğu bir hukuki durumu üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilir hale getirmekle aynı etkiye sahiptirler ve Türk Medeni Kanununun 1023. (TKM.’sinin 931.) maddesi gereğince iyi niyetle mülkiyet veya bir başka aynı hak kazanımını önlerler. Beyanlar ise, sadece mevcut bir durumu açığa vururlar, ilgilileri bir husus hakkında uyarırlar, şerhlerin sağladığı hukuki etkiyi göstermezler. Beyana ilişkin kayıtlar, üçüncü kişileri Türk Medeni Kanununun 1023. maddesi anlamında sadece kötü niyetli hale getirir. Şerh ve beyana ilişkin tescil kaydının hukuki bir sebebe dayanması gerekir. Şerhler hakkında kural olarak tescillerin kayıt ve terkinine ilişkin kanun hükümleri (TMK. md. 1013, 1014, 1025, 1026, 1027) uygulanır. Başka bir ifade ile, şerhlerin tapu kütüğüne yazılması ve terkin edilmesi, kural olarak tescile ilişkin hükümlere tabidir. **Kişisel haklara ilişkin şerhler, o taşınmaz üzerinde sonradan kazanılan hakların sahiplerine karşı ileri sürülebilir.** (TMK. md.1009/son) Örneğin, bir taşınmazın kiralanmasında, akdin tapu siciline şerh verilmesini iki taraf mukavele edebilir. Bu şerh, sonraki maliklere kiracının kira akdi dairesinde taşınmazdan intifama müsaade etmek mecburiyetini tahmil eder. (BK. md. 255) **Tasarruf yetkisini kısıtlayan veya yasaklayan şerhler, taşınmaz malikinin tasarruf yetkisini kısıtlar veya yasaklar, bu şerhler aynı zamanda o taşınmaz üzerinde sonradan kazanılan hakların sahiplerine karşı da ileri sürülebilir.** (TMK. md. 1010)

²⁹ “Kütüğün beyanlar sütununa mevzuatın yazılmasını öngördüğü hususlar yazılır. (TMK. md. 1012 ve Tapu Sicili Tüzüğü md. 60) Bunlar, teferruat (bir taşınmazın eklentileri, kurulmaları artık mümkün olmayan aynı haklar, vesayete ilişkin kararlar, (bir kişinin vesayet altına alınmasına veya vesayetin kaldırılmasına ilişkin vesayet makamı kararları), işçi ve yüklenicinin işe başlama tarihleri v.s.

2- Aile Konutu Şerhi Konulması

Türk Medeni Kanununun 194. maddesinin 3. fıkrası gereğince; “..Aile konut konutu olarak özgülünen taşınmaz malın maliki olmayan eş, tapu kütüğüne konutla ilgili şerhin verilmesini isteyebilir...” Bu düzenlemeye göre konutla ilgili tapu kütüğüne şerh konulabilmesi için;

a) Her şeyden evvel taşınmazın tapuda kayıtlı olması gerekir.³⁰ Tapuda kayıtlı olmayan taşınmazlar için, kütüğe şerh konulması da söz konusu olmaz. Tapuda kayıtlı taşınmazın, cins ve vasfının “ev yada mesken” olması zorunlu değildir. Taşınmaz, tapuda “arsa” veya “arazi” niteliğinde kayıtlı olsa dahi, fiili durumda üzerinde konut mevcut ise, tapu kütüğüne, konutla ilgili şerh konulması mümkündür.³¹ Tapuda cinsi “dükkan” “otel” “motel” “büro” olarak gösterilmiş olan taşınmazın tapu kaydına “aile konutu şerhi” nin konulması mümkün değildir.

b) Tapu kütüğüne konutla ilgili şerh konulabilmesi için, taşınmaz tapuda eşlerden biri adına kayıtlı olması gerekir. Kural olarak üçüncü kişiye ait taşınmazın tapu kütüğüne konutla ilgili şerh konulamaz.³² Çünkü, aile konutu şerhi, malikin tasarruf yetkisini sınırlandıran bir etkiye sahiptir. Ancak, aile konutu olan taşınmazın çıplak mülkiyeti bir

³⁰ Başkasının arazisi üzerinde kalıcı olması amaçlanmaksızın yapılan kulübe, büfe, çardak, baraka ve benzeri hafif yapılar, bunların malikine aittir. Bu tür yapılar, taşınır mal hükümlerine tabi olur ve tapu kütüğünde gösterilmezler. (TMK. md. 728) O nedenle bu tür yapılar, aile konutu olarak özgülünmüş olsa dahi, konutla ilgili tapu kütüğüne şerh konulmasına olanak yoktur.

³¹ Y. 2. H.D.'in 17.7.2008 tarihli 2007/6774 esas, 2008/10741 karar sayılı kararında “...taşınmazın tapuda tarla olarak kayıtlı olmakla birlikte üzerinde aile konutu bulunduğu tespit edilmesi halinde Türk Medeni Kanununun 194/3. maddesi anlamında aile konutu şerhi verilmesine engel bulunmadığına...” karar vermiştir.

Y. 2. H.'in 11.4.2006 tarihli ve 2005/20362 esas, 2006/5283 karar sayılı kararı (arsa ile ilgilidir.)

³² Y. 2. H.D.'in 25.2.2008 tarihli 2008/894 esas, 2008/2245 karar sayılı kararında: “...Türk Medeni Kanununun 194. maddesi gereğince, aile konutu olan taşınmazın tapu kaydına konutla ilgili şerh konulabilmesi için, o konutun eşlerden birine ait olması zorunludur. Mülkiyeti üçüncü kişiye ait taşınmaz, eşlerce aile konutu olarak kullanılıyor olsa bile, hak sahibi olan üçüncü kişinin bu taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkını sınırlayıcı şekilde tapu kütüğüne aile konutu şerhi verilemez...” denilmiştir.

başkasına ait olmakla birlikte eşlerden biri lehine bu konut üzerinde intifa veya oturma hakkı veya irtifak hakkı tesis edilmiş ve bu sınırlı aynı haklar tapuda bu hakka sahip olan lehine tescil edilmiş ise, bu durumda taşınmazın çıplak mülkiyeti bir başkasına ait olmakla birlikte, taşınmazla ilgili tapu kütüğüne "aile konutu" olduğuna ilişkin şerh konulmasına yasal bir engel bulunmamaktadır. Bu hallerde, konutla ilgili tapu kütüğüne konulacak şerh, sınırlı aynı hak sahibi olan eşin bu hakına ilişkin tasarruflarını engeller.

c) Eşlerden biri aile konutunu taşınmaz satış vaadi sözleşmesiyle elinde bulunduruyorsa, bu sözleşme tapu siciline şerh verilmiş ise, taşınmaz satış vaadi alacaklısının sözleşmeden kaynaklanan bu alacağını üçüncü kişilere devretmesi imkanı mevcut olduğundan, bu devre engel olmak için de taşınmazın tapu kütüğüne şerh verilebilmelidir. Bu durumda "taşınmaz satış vaadi" ne ilişkin sicildeki şerhin üzerine konutla ilgili şerh konulması söz konusu olur.

Aile konutu olan taşınmazın tapu kütüğüne Türk Medeni Kanununun 194/3. maddesi uyarınca konutla ilgili şerhin konulması, ancak evlilik devam ettiği müddetçe istenebilir.³³ Evlilik, boşanma veya evliliğin iptali kararıyla veya ölümle sona erdikten sonra konutun tapu kaydına şerh konulması istenemez.³⁴

Şerh konulmasını, malik olmayan eş isteyebilir. Bu da iki yolla mümkündür; birincisi; malik olmayan eşin tek taraflı talebiyle (mah-

³³ Y. 2. H.D.'in 19.6.2008 tarihli ve 2008/8642 esas, 2008/8999 karar sayılı karar: "...aile konutu şerhi verilmesi, ancak evlilik devam ettiği müddetçe mümkündür. Taşınmazda hak sahibi olan eş 25.1.2006 tarihinde ölmüş, evlilik ölümle sona ermiştir. Mahkemece, taşınmazın evlilik birliği sırasında eşlerin birlikte oturdukları konut olduğunun tespiti ile yetinilmesi gerekirken, tapu kütüğüne aile konutu şerhi konulmasına karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır..."

³⁴ Y. 2. H.D.'in 14.5.2007 tarihli 2007/7375 esas, 2007/8031 karar sayılı karar "...Tarafların boşanmalarına dair yabancı mahkemece verilen kararın tenfizine ilişkin karar 21.6.2005 tarihinde kesinleşmiştir. Evlilik bu tarihte sona ermiştir. Evlilik sona erdiğine göre, Türk Medeni Kanununun 194. ve 199. maddesine dayanan isteğin konusu kalmamıştır. Bu yön gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmüştür..."

keme kararına gerek olmaksızın) şerh konulması; ikincisi ise; mahkeme kararıyla şerh konulmasıdır. 194. maddenin şerh konulmasıyla ilgili (3.) fıkrasındaki düzenleme "...aile konutu olarak özgülenen taşınmaz malın maliki olmayan eş, tapu kütüğüne konutla ilgili gerekli şerhin verilmesini isteyebilir.." şeklindedir. Bu düzenlemeye bakınca, şerh için mahkeme kararına gerek olmadığı, malik olmayan eşin tek taraflı talebiyle tapu memuru tarafından kütüğe konutla ilgili şerh konulmasının mümkün olduğu sonucuna ulaşılabılır. Ancak, konutun aile konutu olup olmadığı veya bu niteliğini devam ettirip ettirmediği çekişmeli ise veya tapu sicil müdürlüğüne yapılacak tek taraflı beyanla şerh konulması talebinin yerine getirilmesine hukuken bir engel varsa (tapu sicil müdürlüğü; bu yöndeki talebi, taşınmazın tapu kütüğündeki kaydında "konut" vasfında olmadığını belirterek yerine getirmeyebilir veya konutun kuru mülkiyeti üçüncü kişiye ait, talepte bulunanın eşi lehine bu konut üzerinde oturma veya intifa hakkı tesis edilmiş olabilir.) bu takdirde şerh konulması yargı kararıyla mümkün olacaktır. Ayrıca, yasa, şerhin dava yoluyla konulmasını istemeye engel bir düzenleme de getirmemiştir. Kanunların "ayrıca bir mahkeme hükmüne lüzum olmadığını" açıkça ifade ettikleri hallerde davacının dava açmakta hukuki yararı yoktur. Hukuki korumanın daha basit bir yola sağlanması hallerinde dava açmakta hukuki yarar yoktur diyebilmek için, o basit yolun, hukuki korumayı (himayeyi) aynı güvenle (yargı kararının sağladığı güvenle) sağlamaya elverişli bulunması gerekir. Aksi halde dava açmakta hukuki yarar vardır. Şu halde, aile konutu olarak özgülenen taşınmaz malın maliki olmayan eş, tapu kütüğüne konutla ilgili gerekli şerhin verilmesini dava yoluyla da isteyebilir.

a) Tek taraflı beyanla şerh konulması

Aile konutu olarak özgülenen taşınmaz malın maliki olmayan eşin, tapu kütüğüne konutla ilgili şerh verilmesini isteyebilmesi için,

her şeyden evvel tapu sicil müdürlüğünden bu yönde yazılı istemde bulunması gerekir.³⁵

Tapu Sicili Tüzüğü'nün 57. maddesine 8.11.2004 tarihli 2004/8109 sayılı Tüzükle eklenen (d) bendine göre; "...aile konutu şerhi için, konutun aile konutu olduğunu kanıtlayan muhtarlıktan ve varsa apartman yönetiminden alınmış belge ile birlikte vukuatlı nüfus kayıt örneği veya evlilik cüzdanı aranır." Şu halde, malik olmayan eşin talebiyle tapu memuru tarafından şerh konulabilmesi için;

1) Yazılı istem belgesi,

2) Konutun aile konutu olduğunu kanıtlayan muhtarlıktan ve varsa apartman yönetiminden alınmış belge,

3) Vukuatlı nüfus kayıt örneği veya evlilik cüzdanı ibraz edilmesi zorunludur.³⁶

Tapu memuru, ilgililerin bilgisi dışında yaptığı işlemleri onlara tebliğ etmekle yükümlüdür. İlgililerin bu işleme karşı itiraz süresi, kendilerine yapılan tebliğ tarihinden itibaren işlemeye başlar. (TMK. md. 1019)³⁷

Kanun, aile konutu olarak özgülünen taşınmazın tapu kütüğüne konutla ilgili şerh konulmasını isteme yetkisini malik olmayan eşe tanımıştır. Malik olmayan eş, bu talebi bizzat yapabileceği gibi vekili veya kanuni temsilcisi vasıtasıyla da yapabilir. Tapu Sicili Tüzüğü;

³⁵ "Kanunlarda veya bu Tüzükte yazılı istisnalar dışında yazılı istem olmadıkça tapu sicili üzerinde hiçbir işlem yazılamaz." (Tapu Sicili Tüzüğü md. 11)

³⁶ 492 sayılı Harçlar Kanununda, yazılı başvuru üzerine tapu sicil memuru tarafından taşınmazın tapu siciline "aile konutudur" şerhinin işlenmesi için herhangi bir harç öngörülmemiştir. O nedenle talebin harç alınmaksızın karşılanması gerekir.

³⁷ Bu maddede sözü edilen itiraz, sicilin düzeltilmesi davasıdır. (TMK. md. 1025) Taşınmaz üzerinde hak sahibi olan eş, kütüğe konulan aile konutuyla ilgili yolsuz şerhin terkin edilmesi için dava açabilir.

istem vekaleten yapılmış ise, Noterlik Kanununa göre düzenlenmiş ve istem konusu işleri yapmaya yetkili olduğunu içerir vekaletname, istemde bulunan kişi kanuni temsilci ise yetkili olduğunu belirten karar ve belge isteneceğini hükme bağlamıştır. (Tüzük md. 13/4, 5) Şu halde, şerh konulmasını malik olmayan eşin vekilinin istemesi halinde, bu işlemi yapmaya yetkili olduğunu içeren vekaletnamenin tapu memuruna ibrazı gerekir. Kanunu temsilcinin (veli veya vasinin) istemde bulunması için kanuni temsilci olduğuna dair karar veya belge sunulması yeterlidir. Vasinin bu işlem için vesayet makamından izin almasına gerek bulunmamaktadır.

b) Mahkeme Kararıyla Şerh Konulması

Aile konutu olarak özgülünen taşınmaz malın tapu kütüğüne konutla ilgili şerh konulması isteme yetkisine sahip olan malik olmayan eş; şerh konulmasını dava yoluyla da isteyebilir.

Görevli mahkeme; aile mahkemesi, kurulmayan yerlerde aile hukukundan doğan dava ve işlere bakmakla görevli asliye hukuk mahkemesidir. (4787 s. K. md. 4/1) **Yetkili mahkeme ise;** eşlerden herhangi birinin yerleşim yeri mahkemesidir. (TMK. md. 201/1)³⁸

Dava, malik olmayan eş tarafından açılır. Malik olmayan eşin mirasçılarının şerh konulmasını isteme hakları bulunmamaktadır.

Davalı; aile konutu üzerinde hak sahibi olan eştir. Bu eşin konut üzerinde sahip olduğu hakkın, aynı veya sınırlı aynı hak veya tapu kütüğüne şerh verilmiş şahsi hak olması gerekir.

³⁸ Aile konutu olarak özgülünen taşınmazın tapu kütüğüne konutla ilgili şerh konulması, evlilik birliğinin korunmasına yönelik önlemler kapsamında bulunduğuna göre, Türk Medeni Kanununun 201. maddesinde yer alan yetki kuralı geçerlidir.

Dava, maktu harca tabidir.³⁹ Dava açılırken başvurma harcı dışında maktu peşin harcın da yatırılması zorunludur. Harcı yatırılmamış dava açılmış sayılamaz.⁴⁰

İstek duruşmalı incelenir.⁴¹ Taraflardan delilleri sorulup gösterdikleri taktirde toplanmalıdır. Davacı, konutun aile konutu olarak özgülendiğini ve bu niteliğini devam ettirdiğini kanıtlamalıdır. İstemde bulunan eşin, konutta fiilen oturup oturmamasının önemi bulunmamaktadır. Başka bir ifade ile, konutu terk eden veya terk etmeye zorlanan eş de,

³⁹ "...Aile konutu olarak kullanılan ve davalı koca adına kayıtlı olan taşınmazın tapu kütüğüne konutla ilgili her konulması isteği, boşanmanın eki niteliğinde olmadığından ayrıca harca tabidir. Başvurma harcı yatırılmıştır. Mahkemece davacıya peşin alınması gereken maktu karar harcını ikmal etmesi için süre tanınmalı, harç ikmal edildiğinde deliller değerlendirilip sonucu uyarınca karar verilmelidir..." (2. H.D.'in 28.1.2009 tarihli ve 2007/19910 esas, 2009/938 karar sayılı kararı.) "...aile konutunun, hak sahibi eş tarafından diğer eşin rızası alınmadan devri nedeniyle devralanın üzerindeki tapu kaydının iptali ile tapunun devirden önceki haline döndürülmesi isteği nispi, tapu kütüğüne aile konutu şerhi konulmasına ilişkin istek ise maktu harca tabidir. Davacı, başvurma harcı ile maktu karar harcını yatırmış, nispi peşin harç alınmamıştır. Değer ölçüsüne göre harca tabi işlemlerde, Harçlar Kanununun (1) sayılı tarifesinde yazılı değerler esastır.

El atmanın önlenmesi, tescil ve tapu kayıt iptali gibi gayrimenkulün aynına taalluk eden davalarda gayrimenkulün değeri esas alınır. (Harçlar K. m.16/1)

Değer tayini mümkün olan hallerde dava dilekçesinde değer gösterilmesi mecburidir. (Harçlar K. m. 16/3) Noksan tespit edilen değerler hakkında 30. madde hükmü uygulanır. (Harçlar K. m.16/son) Yargı işlemlerinden alınacak harçlar ödenmedikçe müteakip işlemler yapılmaz. (Harçlar K. m. 32) Kanunda aksine hüküm bulunmadıkça harçların tamamı peşin olarak ödenmeden harca mevzu olan işlem yapılmaz. (Harçlar K. m.127) Açıklanan yasal hükümlere göre, davacının gayrimenkulün aynına taalluk eden iptali ve tescil isteği yönünden değer ölçüsüne göre nispi peşin harç alınmadan davaya devamla hüküm kurulması doğru bulunmuştur." (2. H.D.'in 16.7.2009 tarihli 2009/ 10018-14319 sayılı kararı.)

⁴⁰ "...Davalı kadının, davacıya ait taşınmazın tapu kütüğüne aile konutu şerhi konulması (TMK. m.194) isteği hakkında harcı verilerek usulüne uygun açılmış bir davası veya karşı davası bulunmadığı halde, yazılı şekilde şerh konulmasına karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır..." (2. H.D.'in 8.1.2008 gün ve 2007/ 6220 esas, 2008/557 karar sayılı kararı.)

⁴¹ "...Davacı, davalı eşine ait (1) parsel sayılı taşınmazdaki (2) numaralı mesken niteliğindeki bağımsız bölümün aile konutu olduğunu ileri sürerek, tapu kütüğüne aile konutu olduğuna ilişkin şerh konulmasını istemiştir. İstek Türk Medeni Kanununun 194/3. maddesine dayanmaktadır. Davalıya dava dilekçesi ve duruşma günü tebliğ edilerek taraf teşkilinin sağlanması (HUMK. m.73), taraflardan delilleri sorulup, göstermeleri halinde toplanması ve ulaşılabilecek sonuç uyarınca karar verilmesi gerekirken, taraf teşkilii sağlanmadan, isteğin duruşmasız incelenmesi doğru görülmemiştir...." (2. H.D.'in 26.5.2008 gün ve 2007/ 8779 esas, 2008/7292 karar sayılı kararı.)

taşınmazın tapu kütüğüne konutla ilgili şerh konulmasını isteyebilir. Eşlerin ayrılığına karar verilmiş olmasının da şerh konulmasına etkisi bulunmamaktadır. Vekille takip edilen davalarda, davanın kabulü halinde davacı yararına, reddi halinde de davalı yararına "maktu" vekalet ücreti tayin edilir.⁴²

Dava, Türk Medeni Kanununun 197. maddesindeki ayrı yaşmakta haklılığa dayanan nafaka, veya boşanma veya ayrılık davasıyla birlikte açılabileceği gibi, aile konutunun rıza alınmadan hak sahibi eş tarafından başkasına devri ve konut üzerindeki hakların sınırlandırılması halinde buna ilişkin tasarrufun iptali, aile konutu üzerine hak sahibi eşin veya üçüncü kişinin borcuna karşılık taşınmaz rehni (ipotek) tesis edilmiş ise, bu ipoteğin kaldırılmasına ilişkin davayla birlikte de açılabilir.⁴³ Yada, 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanuna dayanan aile içi şiddeti önlemeye yönelik tedbir alınmasına ilişkin başvuruyla birlikte de istenebilir.⁴⁴ Ancak bir başka davayla birlikte açılmış ise, şerh konulmasına ilişkin dava için, ayrıca peşin harcın yatırılması gerekir.

⁴² "...Davacının, aile konutu şerhi konulmasına ilişkin isteği reddedilmiştir. Bu talebin reddi nedeniyle kendisini vekille temsil ettiren davalı yararına maktu vekalet ücreti takdir edilmemesi usul ve yasaya aykırıdır..." (2. H.D.'in 17.9.2009 gün 2009/11886-15836 s. kararı.)

⁴³ "...aile konutu olarak özgülenmiş olan taşınmazın tapu kütüğüne konutla ilgili şerh konulmasına ilişkin talebin, aynı taşınmazın devrinin geçersizliğine dayalı tapu iptali ve tescil davasıyla birlikte görülmesine usulen bir engel bulunmamaktadır. ..." (Y. 2. H.D.'in 13.11.2008 tarihli ve 17541-15129 sayılı kararı.)

⁴⁴ 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun gereğince yapılan başvurular harca tabi değildir. (md.1/son) Eğer bu başvuruyla birlikte, aile konutu olarak özgülenen taşınmazın tapu kütüğüne konutla ilgili şerh konulması da talep edilmiş ise, bu taktirde, bu talep için harc (başvurma ve maktu peşin harc) yatırılmalıdır. Aksi halde, talep incelenemez.

IV- ŞERHİN İŞLEVİ

1- Şerhin, bu şerh lehine olan tarafa sağladığı yarar

Türk Medeni Kanununun 193. maddesine göre “kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, eşlerden her biri diğeri ve üçüncü kişilerle her türlü hukuki işlemi yapabilir. Türk Medeni Kanununun 194. maddesi, eşler arasındaki mal rejimi ne olursa olsun uygulanabilecek bir kural olarak, aile konutunun devrini ve aile konutu üzerindeki haklarını sınırlandırılmasını, diğer eşin açık rızasını bağlamıştır. Bu hüküm, evlilik birliğini, çocukların ve eşin barınma haklarını ve dolayısıyla kamusal menfaati koruyan bir hükümdür. Aile konutu olarak özgülünen taşınmazın maliki olmayan eşin talebiyle taşınmazın tapu kütüğüne, ister tek taraflı beyanla tapu memurunca ister mahkeme kararıyla olsun, konutla ilgili konulan şerh, rızası gereken eşe, konutun “aile konutu” olduğunu herkese karşı dermeyan etme hakkını verir. (TMK. md. 1009) Aile konutuna ait taşınmazın tapu kütüğüne şerh verilmemişse, tapu kaydına güven ilkesi gereğince konut üzerinde sonradan iyiniyetle hak kazananın bu kazanımı korunur. (TMK. m.1023)

Şu halde, tapu kütüğüne konutla ilgili konulan şerh, konutla ilgili tasarruflarda rızası gereken eşe, konutun aile konutu olduğunu herkese karşı dermeyan etme hakkı tanımaktadır. Rızası gereken eş, üçüncü kişilerin iyiniyetle hak kazanmasını önlemek istiyorsa , tapu kütüğüne konutla ilgili şerhi koydurmak zorundadır.

2-Şerhin, hak sahibinin tasarruf yetkisine etkisi

Türk Medeni Kanununun 194/3. maddesi gereğince tapu kütüğüne konutla ilgili konulan şerh, konut üzerinde hak sahibi olan eşin, konutla ilgili tasarruflarının diğer eşin rızasına bağlı olduğunu gösterir. Başka bir ifade ile bu rıza alınmadıkça hak sahibi eşin tasarruf yetkisindeki eksikliğe işaret eder. Türk Medeni Kanununda, aile konutu şerhinin, konut üzerinde hak sahibi olan eşin tasarruf yetkisini sınırlayıcı mı, yoksa temlik hakkını yasaklayıcı mı? olduğuna ilişkin bir hü-

küm bulunmamaktadır. Tasarruf yetkisini kısıtlayan şerhler, Türk Medeni Kanununun 1010. maddesinde gösterilmiş olup, bunlar içinde "aile konutu şerhi" bulunmamaktadır. Bu hükümde "aile yurdu kurulmasına" (TMK. m.386-391) ilişkin şerhin, tasarruf yetkisini kısıtlayıcı şerhlerden olduğu hükme bağlandığı halde, aile konutu şerhiyle ilgili bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Ancak, Türk Medeni Kanununun "aile yurdu" haline getirilen taşınmazlarla ilgili 391. maddesinde yer alan hükmünde; "aile yurdu haline getirilen taşınmazların devrolunmayacağı, rehnedilemeyeceği ve kiraya verilemeyeceği" açıkça ifade edilmiştir. Türk Medeni Kanununun 194. maddesinde de "...eşlerden biri, diğer eşin açık rızası bulunmadıkça, aile konutuyla ilgili kira sözleşmesini feshedemeyeceği, aile konutunu devredemeyeceği veya aile konutu üzerindeki hakları sınırlayamayacağı.." hükme bağlandığına göre, kıyas yoluyla tapu kütüğüne konulan aile konutu şerhinin, konut üzerinde hak sahibi olan eşin tasarruf yetkisini yasakladığı kabul edilmelidir. Nitekim Tapu Sicili Tüzüğü'nün "Temlik Hakkını Yasaklayan Şerhler İçin Aranacak Belgeler" başlığını taşıyan 56. maddesine 8.11.2004 tarihinde eklenen (d) bendinde "aile konutu şerhi" için hangi belgelerin gerektiği belirtilmiştir. Tüzükte yer alan bu düzenlemeye göre, tapu kütüğüne konulan "aile konutu şerhinin" hak sahibinin temlik hakkını yasaklayıcı nitelikte olduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Tüzükte yer alan bu düzenleme gereğince; tapu sicil memuru, tapu kütüğünde "aile konutu şerhi" mevcut ise, hak sahibinin temliki tasarrufu için eşinin rızasını arayacak, rıza verilmedikçe aile konutuyla ilgili temliki tasarruflara ilişkin hak sahibinden gelen talepleri şerh durduğu sürece yerine getiremeyecektir. Şu halde, aile konutu olarak özgülünen taşınmazın tapu kütüğüne konulan şerh, hak sahibinin temliki tasarruflarını yasaklayıcı, temlik dışındaki hakların sınırlanmasında da tasarruf yetkisini sınırlandırıcı işleve sahiptir.⁴⁵

⁴⁵ Y. 2. H.D.'nin 9.10.2008 tarihli 2008/ 12419 – 12941 sayılı kararında "...Davacının, aile konutu şerhi konulmasına ilişkin talebi kabul edilmiştir. Şerh, taşınmaz üzerinde hak sahibi olan eşin tasarruf yetkisini kısıtlar ve şerhin muhatabı, taşınmazın malikidir. O halde, bu talebin kabulü nedeniyle davacı yararına hükmedilen

3- Şerhin, üçüncü kişiler bakımından işlevi

Yasa, açıkça gerek kişisel haklara (TMK. m.1009) ilişkin olsun, gerekse tasarruf yetkisi kısıtlamalarına (TMK. m.1010) ilişkin bulunsun tapu kütüğüne şerh verilen hakkın , taşınmaz üzerinde sonradan kazanılan hakların sahiplerine karşı ileri sürülebileceğini belirtmektedir. (TMK. m.1009, 1010) Şu halde, tapu kütüğüne konutla ilgili konulan şerh, üçüncü kişilere karşı “bildirici” etkiye sahiptir. Kütükte konutun “aile konutu” olduğuna ilişkin şerhi görerek, o taşınmaz üzerinde hak kazanan üçüncü kişi, artık iyiniyet iddiasında bulunamaz ve kazanımı korunmaz. Diğer bir ifade ile, tapu kütüğünde şerh mevcut ise, üçüncü kişiler Türk Medeni Kanununun 1023. maddesinin tanıdığı olanaktan yararlanamazlar. Şu halde, Türk Medeni Kanununun 194/3. maddesi gereğince tapu kütüğüne konulan şerh, üçüncü kişilerin iyiniyet iddiasını bertaraf etmeye yönelik bir işleve sahiptir.

4- Şerhin geçerlilik süresi

Türk Medeni Kanununun 194/3. maddesi gereğince tapu kütüğüne konulan şerh, hukuki varlığını koruduğu sürece kural olarak o taşınmazın “aile konutu” olduğunun çekişmesiz olarak kabulü anlamına gelir. Konutun bu nitelikte olmadığını veya bu vasfını kaybettiğini iddia eden taraf, bu iddiasını ispat etmelidir. Şerh, yasal olarak belirli bir süreyle sınırlandırılmamıştır. Konutun ne zaman “aile konutu” olarak özgülendiği ve bu vasfı kazandığı, ne zaman bu vasfını yitirdiği bilinemeyeceğinden yasanın süre bakımından sınırlandırma getirmemiş olması bir eksiklik değildir. Buna göre şerh, kural olarak sicile tescil edildiği (konulduğu) tarihten terkin edildiği tarihe kadar sicilde kalır ve etkisini yürütür. Ancak şerhin etkisi, evliliğin devam ettiği müddet-

vekalet ücretinden , davalı kocanın sorumlu tutulması gerekirken , diğer davalı bankanın da sorumluluğuna karar verilmesi doğru bulunmamıştır....” denilmiştir.

le sınırlıdır. Evlilik sona erdikten sonra şerh, işlevini yitirir.⁴⁶ Başka bir ifade ile, evliliğin devamı sırasında tapu kütüğüne konulmuş olan şerh, evliliğin sona ermesinden sonra sicilde hukuki varlığı devam ettirse bile, hak sahibi eşin tasarruf yetkisini kısıtlayıcı ve üçüncü kişiler bakımından olan işlevini kaybeder. Evlilik ölüm veya hakim kararıyla sona ermişse, tapu sicilinde konutla ilgili şerh varlığını sürdürüyor olsa bile, artık bu şerhin, hak sahibinin tasarruf yetkisi üzerinde sınırlayıcı bir etkisi kalmamıştır. Bu halde, konut üzerinde hak sahibi olan kişi, bu konutunu başkasına temlik edebilir. Veya konut üzerindeki hakları sınırlayabilir. Böyle bir halde, hak sahibinin konutla ilgili her türlü tasarrufu yapıldığı andan itibaren geçerli olur. Çünkü evlilik sona ermekle sicildeki konutla ilgili şerh "yolsuz" hale gelmiştir. Hukuki dayanağı ve bağlayıcılığı kalmayan bir şerhin, konutla ilgili tasarrufu geçersiz hale getirmesi söz konusu değildir.

V- ŞERHİN TERKİNİ (TAPU SİCİLİNDEN SİLİNMESİ)

1- Terkini isteme hakkı

Tapu Sicili Tüzüğü'nün 78/3. maddesinde yer alan hükme göre, "kayıtların terkininde tescil istemleriyle ilgili hükümler kıyasen uygulanır" O halde, Türk Medeni Kanununun 194/3. maddesi uyarınca tapu kütüğüne konulan şerhin terkininde de, şerhin tesciline ilişkin hükümler geçerli olacaktır. Buna göre; aile konutu şerhi, tapu sicil memuru tarafından konulmuş ise, yazılı talep üzerine yine memur tarafından, mahkeme kararıyla konulmuş ise, mahkemece verilen terkinine ilişkin kararla sicilden terkin edilebilecektir.⁴⁷ Nitekim Tapu Sicili Tüzüğü'nün

⁴⁶ Yargıtay 2. H.D., 14.4.2009 tarihli ve 2008/18837 esas 2009/7133 karar sayılı kararında "..Evlilik ölümle sona erdiğine göre, Türk Medeni Kanununun 194/3. maddesi gereğince tapu kütüğüne konutla ilgili konulan şerhin hukuki dayanağının kalmadığına..." karar vermiştir.

Aynı Daire, 11.3.2010 tarihli 2010/ 2603- 4723 sayılı kararında; "...boşnma kararının kesinleşmesiyle evlilik birliği sona erdiğinden, davacının aile konutu şerhi konulmasına ilişkin talebinin konusuz kaldığına..." karar vermiştir.

⁴⁷ Tapu sicili üzerinde yapılacak terkinler, terkin edilecek hakla ilgili kaydın üzerinin kırmızı mürekkepli kalemle çizilmesi ve altındaki satıra yine kırmızı mürekkepli kalemle "terkin edilmiştir" ibaresi ile tarih ve yevmiye nu-

78/1. maddesinde, “tapu sicilinde terkin, hak sahibinin veya yetkili makamın istemine ya da mahkeme kararına dayalı olarak yapılır. İpotekli borç senedi veya irat senetlerinin terkininde bu senetlerin tapu sicil müdürlüğüne ibrazı veya mahkemece hükümsüzlüğüne karar verilmiş olması zorunludur” hükmü yer almaktadır.

Tüzükte yer alan bu hükümler göre, aile konutu şerhinin tapu sicilinden terkinini;

- a) Şerhten yararlanan eş,
- b) Taşınmaz aile konutu niteliğini kaybetmiş ise; taşınmaz üzerinde hak sahibi olan eş,
- c) Taşınmazı devralan veya lehine taşınmaz üzerinde sınırlı ayni hak tesis edilen üçüncü kişi isteyebilir.

2- Şerhin memur tarafından terkin;

Tapu Kadastro Genel Müdürlüğü, 1.6.2002 tarihli 2002/7 sayılı genelgesinde; taşınmazın tapu sicilindeki “aile konutudur” şerhinin;

- a) Şerh malik olmayan eşin talebiyle işlenmişse, yine bu eşin yazılı talebiyle,
- b) Şerh, her iki eşin talebiyle sicile işlenmiş ise, her ikisinin birlikte talebiyle,
- c) Şerh, taşınmazın maliki olan eşin talebiyle sicile işlenmiş ise, diğer eşin de talebi veya muvafakatiyle sicilden terkin edilebileceğini belirtmiştir.

marasının yazılması ve müdürün veya görevlendireceği bir memurun imza etmesiyle olur. (Tapu Sicili Tüzüğü m.79/1).

Şu halde, aile konutu şerhinin tapu sicilinden memur eliyle terkin edilebilmesi için bu sayılan kişilerin yazılı olarak başvurmaları gerekir. Bunların dışındaki kişilerin (örneğin taşınmaz devralan üçüncü kişinin) talepte bulunmasıyla memur, şerhi sicilden terkin edemez. Yargı kararıyla konulmuş bir şerh, yine yargı kararıyla sicilden terkin edilebilir. Memur tarafından konulmuş bir şerhin yargı kararıyla terkinini mümkündür.

3- Terkinin mahkemeden istenmesi

"Aile konutu" şerhi; mahkeme kararıyla konulmuş ise, terkin için de terkinine dair mahkeme kararı olması gerekir. Memur tarafından tek taraflı beyanla konulan şerh; Tapu Kadastro Genel Müdürlüğü'nün yukarıdaki (2). paragrafta bahsedilen genelgesinde gösterilen kişilerin talepte bulunmasıyla yine memur tarafından terkin edilebileceğine göre, bu kişilerin talepte bulunmaktan kaçınması halinde şerhin terkinini mahkemeden istenebilecektir. Evlilik birliğinin mahkemece sona erdirilmesi (boşanma veya evliliğin iptali kararıyla) veya ölümle kendiliğinden sona ermesi halinde, konut üzerinde hak sahibi olan eş; birliğin devamı sırasında tapu kütüğüne konulmuş olan şerhin terkinini mahkemeden isteyecektir.

Tapu kütüğüne konutla ilgili şerh konulması (TMK. m.194/3) evlilik birliğinin korunmasına yönelik önlemlerden olduğuna göre, önlemlerin değiştirilmesi veya önlemi gerekli kılan sebebin sona ermiş olması nedeniyle kaldırılması konusunda da, yetkili mahkeme, Türk Medeni Kanununun 201/3. maddesi gereğince "önlem kararını veren mahkemedir." Ancak her iki eşin yerleşim yeri değişmişse, eşlerden herhangi birinin yeni yerleşim yeri mahkemesi yetkilidir. (TMK. m.201/3) O halde aile konutu şerhinin tapu kütüğünden terkinini davasında bu yetki kuralı geçerlidir. Görevli mahkeme ise, aile mahkemesi, kurulmayan yerlerde "davaya bu sıfatla bakmak üzere" asliye hukuk mahkemesidir.(4787 s. K. m.4/1, 2/2)

Şerhin terkinine ilişkin dava da, tıpkı şerh konulmasına ilişkin davada olduğu gibi maktu harca tabidir. Davanın kabulü halinde davacı yararına, reddi halinde de davalı yararına maktu vekalet ücreti tayin edilir.

Davanın, aile konutu üzerinde hak sahibi olan ve şerh nedeniyle tasarruf yetkisi sınırlandırılmış bulunan eş ve/veya taşınmaz üzerinde sonradan hak sahibi olan kişi tarafından açılması gerekir. Davada “hususmet” şerhten yararlanana (şerh kimin lehine ise ona), ölmüş ise mirasçılara yöneltilmelidir. İstek duruşmalı incelenmelidir. Davacı, tapu kütüğüne şerh konulmasını gerektiren sebebin ortadan kalktığını veya sona erdiğini ya da kaydına şerh konulmuş olan konutun aile konutu niteliğini kaybettiğini, kısaca şerhin dayanağının kalmadığını kanıtlamalıdır. Şerhin terkinini, aile konutu üzerinde sonradan iyiniyetle mülkiyet veya bir başka aynı hak kazanan üçüncü kişi de isteyebilir.

VI- SONUÇ:

Bu makale uygulamaya ışık tutmak, bunu yaparken de “aile konutu ve konut üzerindeki hakların hukuki niteliğini irdelemek, tapu kütüğüne konutla ilgili şerh konulması, şerhin işlevi ve terkin konularını, değişik olasılıklar halinde nasıl hareket edileceğini de gözeterek tartışmak, bir başka ifade ile sesli düşünmek bu yolla kavramın hukuksal analizini yapmak amacıyla hazırlanmıştır. Konunun çerçevesi içinde söylediklerimizde eksiklikler olduğunun bilincindeyiz.

Eksikliklerine rağmen, hukuki sorunlar üzerinde kafa yoranlara katkı sağlayacağına inanıyoruz.

Dipnotlarda yer verilen Yüksek Mahkeme kararları hariç, bu yazıda belirtilen görüşler yazarına aittir. Hiçbir şekilde idari ve yargı organlarını bağlayabilecek Yüksek Mahkemenin resmi yorumu olarak değerlendirilemez.

YARARLANILAN KAYNAKLAR:

- 1- Ali İhsan Özuğur'un "Mal Rejimleri" isimli kitabı (2007 tarihli 4. baskı)
- 2- Prof. Dr. Ahmet Kılıçoğlu'nun "Diğer Eşin Rızasına Bağlı Hukuksal İşlemler ve Yasal Alım Hakkı" isimli kitabı.
- 3- Safa Reisoğlu'nun "Yeni Medeni Kanunun Bankaları İlgilendiren Başlıca Farklı Düzenlemeleri" başlıklı makalesi (Bankacılar Dergisi sayı 40)
- 4- Doç. Dr. Şükran Şıpka'nın "Aile Konutu İle İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası" isimli kitabı.
- 5- Dr. Mustafa Alper Gümüş'ün "Türk Medeni Kanununun Getirdiği Yeni Şerhler" isimli kitabı (Ank. 2003 basımı)



**ADLİ BİLİŞİM VE SAYISAL DELİLLER
(5271 Sayılı CMK'nın 134. Maddesi)**

Özcan ÖZBEY (★)

ANLATIM DÜZENİ: *I. GİRİŞ, II. BİLİŞİM VE BİLİŞİM SUÇLARI, III. ADLİ BİLİŞİM, A. ADLİ BİLİŞİMDE DELİLLERE ULAŞMA SÜREÇLERİ, a. Delil Elde Etme ve Muhafaza, b. İnceleme (Tanımlama), c. Analiz (Değerlendirme), d. Raporlama ve Mahkemeye Sunma, B. ADLİ BİLİŞİMİN ÇALIŞMA ALANLARI, C. ADLİ BİLİŞİMİN FAYDALARI, IV. SAYISAL (DİJİTAL/ELEKTRONİK) DELİLLER, V. YASAL DÜZENLEMELER, A. 5271 SAYILI CEZA MUHAKEMESİ KANUNU, B. ADLİ VE ÖNLEME ARAMALARI YÖNETMELİĞİ, C. SUÇ EŞYASI YÖNETMELİĞİ, D. TASARI / TASLAKLAR, E. 5237 SAYILI TCK.'DA BİLİŞİM İLE İLGİLİ SUÇLAR, F. SİBER SUÇLAR SÖZLEŞMESİ, VI. ADLİ BİLİŞİM VE 5271 Sayılı CMK 134. MADDESİ İLE İLGİLİ UYGULAMAYA İLİŞKİN GETİRİLEN ELEŞTİRİLER, VII. BİLİŞİM KONUSUNDA AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARI, VIII. SONUÇ, IX. KAYNAKÇA*

(★) *Yargıtay Altıncı Ceza Dairesi Tetkik Hakimi.*

I. GİRİŞ

Teknolojinin günlük yaşamda kullanımının hızla yaygınlaşmasıyla bilgisayar ve internet, yaşantımızın bir parçası haline gelmiş ve çok erken yaşlarda kullanılmaya başlanmıştır.

Günümüzde, teknolojiye yaşanan gelişmeler sonucu, teknolojinin her geçen gün geniş kitleler tarafından ulaşılabilir hale gelmesi, boyutlarının küçülmesi ve buna bağlı olarak hızla yaygınlaşması toplumsal gelişime önemli katkı sağlamaktadır. İnternetin günlük yaşam, sosyal ilişkiler, çevre, sağlık ve eğitim gibi daha pek çok sahada getirdiği yenilikler ve faydalar bugün herkes tarafından kabul edilmektedir.¹

Günlük yaşamla ilgili yazılı ve görsel pek çok faaliyeti insanlara sunan bilişim teknolojileri, gelişmiş ülkelerde toplumsal ve ekonomik etkinlikler ile bu kapsamdaki örgütlenmeleri de ihtiva eden bir alan olarak kullanılmaktadır.

Bilgisayar ve iletişim teknolojilerindeki gelişmeler insanlık tarihi açısından çok önemli bir devrim olarak kabul edilmekle beraber insanın bulunduğu her alanda olduğu gibi bu alanda da yeni suç tipleri ortaya çıkmış ve suçlular da teknolojinin getirdiği yenilik ve kolaylıklardan yararlanmaya başlamıştır. Bu noktada '*Bilişim Suçu*' kavramı ortaya çıkmıştır. Bilişim suçları olgusu teknolojiyi kullanan ve kullanacak bütün ülkelerin ortak problemi haline gelmiştir. Bilişim teknolojilerindeki gelişmeler bilgisayar ağları sayesinde milli sınırları aşmıştır. Bu nedenle ulusal hukuki düzenlemeler bilişim suçları ile mücadelede yetersiz kalmıştır. Bilişim suçları ile etkili mücadele için dünya çapında işbirliği yolları aranmaktadır. Bu tür suçlar özellikle dijital ortamdaki değerlere yapılan saldırılardır ve genellikle bankalardaki finans kayıtları, hastane kayıtları, askeri bilgiler gibi alanlar, bu saldırılara maruz kalma potansiyeli taşımaktadır. Bilgisayar üzerinden daha ucuz ve ko-

¹ Yusuf Uzunay, "Dijital Saldırıları, Emniyet Güçleri Açısından Önemi ve Korunma Yolları", *Polis Bilimleri Dergisi*, 2003, C.5, S.2, s. 131.

lay suç işleme olanağı ileride bu suç tipleri ile daha çok karşılaşacağımız ve bildiğimiz klasik suç tiplerinin; hırsızlık, soygun, terörizm, sabotaj, kaçakçılık ve bir çoğunun dijital ortamda yerini alacağı anlamına gelmektedir. Hatta ülkeler arasındaki sanayi, teknoloji ve strateji casusluğu dijital ortamda yapılmakta ve ülkeler bundan dolayı büyük zararlara uğratılabilmektedir. Bununla birlikte banka hırsızları artık klasik yöntemler yerine iletişim sistemlerini kullanarak, bankalardaki hesap kayıtlarını rahatça değiştirebilmektedirler. Ayrıca İnternet üzerinde oluşturulan sistemler ile kumar oynatılabilmekte, pornografik ve hatta devlet aleyhine karşı yasadışı yayınlar yapılabilmektedir.²

Sağlıklı bir şekilde kullanılmayan ve yasalar ile denetlenmeyen teknoloji kullanımının bireyin fiziki ve ruh sağlığı üzerinde yapabileceği olası olumsuz etkilerinden başlayarak, toplumsal barış ve bütünlük üzerine kadar uzanabilen etkileri bulunabilmektedir.

Dolayısıyla, teknolojinin suç işlemeyi de kolaylaştırdığı bir gerçektir. İnsanlar suç işleme ve suçlarını gizleme konusunda teknolojik yeniliklerden yararlanmaktadır. Bu nedenle suç ile mücadelede 'güvenlik güçlerinin' başarılı olabilmesi için gelişmiş teknolojiyi kullanmaları artık bir tercih meselesi değil, zorunluluktur. Suçla mücadelede teknolojinin kullanımı bir yandan klasik metotlara kıyasla daha etkin ve verimli olurken, öte yandan yine klasik metotlar kullanıldığında ortaya çıkabilecek 'görev suiistimalleri' ve 'insan hakları ihlallerini' asgariye indirmektedir.

Ancak, teknolojinin kullanıldığı suç tiplerinde soruşturma yapılırken, özellikle özel hayatın gizliliği, adil yargılama hakkı gibi hakların ihlal edilmemesine de dikkat edilmesi gerekmektedir. Delillerin toplanması sürecinde daha hassas olunmalıdır. Bu nedenle de ciddi yasal düzenlemelere ihtiyaç vardır.

² Semih Dokurer, 'Ülkemizde Bilişim Suçları ve Mücadele Yöntemleri', *Polis Dergisi*, Ankara 2005, S.37; ayrıca bkz. <http://bilisimsurasi.org.tr/dosyalar/17.doc> (07.06.2010)

Gerek hukuk, gerek ceza yargılamasında hakim, önüne gelen bir uyumsuzluğu çözmek için delillere ihtiyaç duyar. Hakim, her iki yargılama türünde de genel olarak delilleri serbestçe takdir eder.³ Delillerin takdiri, yargılama hukukuna ilişkin bir husus olmakla birlikte; delillerin toplanması, teknik bir konudur. Bu teknik yön, özellikle inceleme konumuz olan bilişim suçları olunca, çok daha belirgin hale gelmektedir. İşte delillerin tespitindeki bu teknik husus, adli bilişimin çalışma alanına girmektedir.⁴

Adli bilişim, yeni bir hukuk dalı olarak ortaya çıkan ve etkinliği son yıllarda artan şekilde hissedilen bilişim hukuku konularına bir yardımcı disiplin olarak doğmuştur. Adli bilişim yöntemlerine gerek hukuki ihtilaflarda ve gerekse de ceza yargılamalarında sıkça başvurulmaktadır. Biz burada adli bilişim başlığını ağırlıklı olarak daha çok ceza hukukunu ilgilendiren boyutuyla ele alacağız. Ancak ilave etmek gerekir ki, adli bilişim, ceza hukukunda daha etkin bir kullanım alanı bulmakla birlikte, bu durum hızla değişecektir. Zira adli bilişim, özel hukuk alanındaki ihtilafların çözümünde de yargılamaya delil katkısı yapabilecek bir bilim dalıdır.

Adli Bilişimin konusunu oluşturan bilgisayar, bilgisayar kütükleri, CD, disket, taşınabilir hafıza, memory kart gibi ürünler ceza soruşturmasında delil olmaları açısından büyük önem ifade etmektedir. Şöyle ki; yaşamızda delillerin serbest değerlendirilmesi ilkesi kabul edilmiştir. En kaba tanımı ile bu ilkeden “her şey delil olabilir” sonucu çıkacaktır. Öyle ise bilgisayar ve bilgisayar kütükleri de delil olabilecektir. Buradaki önemli nokta bilgisayar ve bilgisayar kütüklerinin “dış müdahaleye açık” ürünler olmasıdır. Dış müdahaleye açık olmalarından kastedilen üzerinde oynama yapılmaya ve değişiklikler eklenebilmesine müsait olmalarıdır. En önemli nokta da bu oynama ve değişikliklerin

³ Nitekim, hukuk ve ceza yargılama kanunlarımız buna ilişkin hükümler içermektedir: a)- HUMK m. 240: Bu kanunun tayin ettiği haller müstesna olmak üzere hakim ikame olunan delilleri serbestçe takdir eder. b)- CMK m. 217/1 c.2: Bu deliller hakimın vicdani kanaatiyle serbestçe takdir edilir.

⁴ Aydoğan Tan, Adli Bilişim, <http://www.hukuksokagi.com/makale/adli-bilisim-computer-forensic.html> (03.06.2010)

nasıl, ne zaman, ne şekilde yapıldığının sonradan tespit edilememesi veya çok zor tespit edilebilmesidir. Bu açıdan bu ürünlerin, hukuka aykırı delil olmaması için özel usullerle toplanması gerekir. Yeni CMK'da Kanun koyucu, Haziran 2005'den önceki birçok yargılamada bilgisayar ürünlerinin hukuka aykırı delil olarak kullanılmasından yola çıkarak bu ürünlere el konulması hususunu ayrıca ve özel olarak düzenleme ihtiyacı duymuştur.⁵

Çalışmamızda, bilgi ve iletişim teknolojileri odaklı suçlarla birlikte hukuk alanında ortaya çıkmış yeni kavramlar olan, bilişim, bilişim suçları, adli bilişim ve sayısal delil terimleri açıklanmaya çalışılarak, özellikle 5271 sayılı CMK'nın 134. maddesi kapsamında uygulamada doğan sorunlar ve çözüm yollarının gösterilmesi amaçlanmıştır.

II. BİLİŞİM VE BİLİŞİM SUÇLARI

20. yüzyılda tarım toplumundan sanayi toplumuna geçiş yapan insanlık, bugün de sanayi toplumundan bilgi toplumuna geçiş sürecini yaşamaktadır. Bilgi temelli dünyada; ekonomi, devlet yönetimi, kamu hizmetleri ve günlük hayattaki bir çok iş ve işlem, bilgisayar ağları (network) aracılığıyla yürütülmektedir. İnternetle, yeni bilgilere ulaşmak, onları depolamak ve en kısa zamanda uygulama alanına aktarabilmek, insan yaşamını kolaylaştırmakta ve hayatı farklı şekillerde etkilemektedir.⁶

İnternet üzerinden yapılan iletişim oldukça hızlı ve ucuz olduğu için her konuda tercih edilen bir hal almıştır. Posta kutuları yerini elektronik postaya, işletme ve dükkan adresleri yerini web adreslerine, telefon numaraları yerini ip numaralarına, defter ve kitap yerini bilgisayar ve dijital veri taşıyıcılarına bırakmıştır. Öyle ki televizyon ve radyo

⁵ A. Güçlü Sevimli, 'Bilgisayar ve Bilgisayar Kütüklerine El Konulması ve Uygulamadaki Sorunlar', *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 81, S. 3, 2007, s.994.

⁶ Turksel Bensghir Kaya, *Bilgi Teknolojileri ve Örgütsel Değişim*, TODAİE Yayın No: 274, Ankara, 1996

yayımları bile internet üzerinden iletilir hale gelmiştir.⁷ Bu gelişmeler ‘bilgi toplumu’ da denilen yeni bir toplum yapısını ortaya çıkarmıştır.

Bilişim-bilgi toplumunun tanımında, toplumsal kurumlardaki değişimleri vurgulayan çeşitli yaklaşımlar önerilmiştir: Verimliliğin öne çıktığı üretim ilişkileri, üretim araçları, işgücü ve çalışma koşullarındaki değişimi vurgulayan *endüstriyel yaklaşım*; bölgesel, ulusal ya da küresel düzeyde ekonomide ortaya çıkan yeniden yapılanma süreçlerinin vurgulandığı *ekonomik yaklaşım*; devletlerin ulusal yetki ve sorumlulukları ile uluslararası örgütlerin ve çokuluslu ortaklıkların yetki ve sorumluluklarını, kişisel bilgilerin gizliliği de içinde, yurttaşların bireysel hak ve özgürlüklerini vurgulayan *tüzel ya da siyasal yaklaşım*; yeni mesleklerin gerektirdiği insan gücünü yetiştirme koşullarını ve çalışma kurallarını öne çıkaran *eğitimsel yaklaşım*; bireyin yaşamındaki olumlu-olumsuz değişiklikleri betimleyen *davranışbilimsel* yaklaşım; yeni toplum düzenini olanaklı kılan altyapıyı temel alan *teknik bilimsel* yaklaşım vb.⁸

Teknik ilerleme ve iletişim yaşamamıza ‘*Bilişim*’ dediğimiz yeni bir terimi daha yerleştirdi. Sözü edilen ‘*Bilişim*’ kelimesi muhtelif sözlüklerde; ‘İnsanların teknik, ekonomik ve toplumsal alanlardaki iletişiminde kullandığı ve bilimin dayanağı olan bilginin, özellikle elektronik makineler aracılığıyla düzenli ve akılcı biçimde işlenmesi,’ olarak açıklanmaktadır.⁹

Günlük hayatta çoğunlukla bilişim ile bilgisayar kelimeleri eş anlam ifade ediyormuş gibi kullanılıyor ise de aslında anlamları farklıdır. Sözlüklerde bilgisayarın tanımı; ‘Çok sayıda aritmetiksel veya mantıksal işlemlerden oluşan bir işi önceden verilmiş bir programa göre yapıp sonuçlandıran, bilgileri depolayan elektronik araç, elektronik beyin,

⁷ Abdurrahman Savaş, *Elektronik Ticaret (İnternet Ortamında Yapılan Sözleşmeler)*, Konya, 2006, s.1

⁸ Aydın Köksal, *Türkiye Bilişim Ansiklopedisi, ‘Bilişim Toplumu’*, Papatya Yayıncılık, İstanbul 2006, s 248

⁹ Aydın Köksal, *Bilişim Sözlüğü Üzerine*, http://dergi.tbd.org.tr/yazarlar/11022002/aydin_koksal.htm, 2002.; ayrıca bkz: TDK ‘Güncel Türkçe Sözlük’, www.tdk.gov.tr

kompyuter' olarak verilmekte. Dolayısıyla Bilişim kelimesi, bilgisayar-dan faydalanılarak bilgilerin depolanması, işlenerek başkalarının istifa-desine sunulur hale getirilmesi ve iletilmesi faaliyetini, bilgisayar ise bu faaliyetin gerçekleştirilmesinde en önemli etken olan cihazı ifade et-mektedir.

Teknolojik gelişmenin bir sonucu olan '*bilişim suçu*' nedir? Bil-ginin, programların, servislerin, ekipmanların veya haberleşme ağları-nın yıkımı, yasadışı kullanımı, değiştirilmesi, çalınması veya kopya-lanması olarak tanımlanan bilişim suçu, işlendiği takdirde faile kazanç elde ettiren ya da kurbanına kaybettiren, aynı zamanda bilgisayar kul-lanımı veya teknolojisini içeren kasıtlı davranış olarak tanımlanmakta-dır.¹⁰

Bilgisayar suçları ya da bilişim suçları konusunda herkesin ittifak ettiği bir tarif yoksa da en geniş kabul gören tarif Avrupa Ekonomik Topluluğu Uzmanlar Komisyonu'nun Mayıs 1983 tarihinde Paris Top-lantısı'nda yaptığı tanımlamadır. Bu tanımlamaya göre bilişim suçları; 'Bilgileri otomatik işleme tabi tutan veya verilerin nakline yarayan bir sistemde gayri kanuni, gayri ahlaki veya yetki dışı gerçekleştirilen her türlü davranış'tır.

Bilişim suçları genel itibarıyla; Bilgisayar sistemlerine ve servis-lerine yetkisiz erişim, Bilgisayar sabotajı, Bilgisayar yoluyla dolandırıcı-lık, Kanunla korunmuş bir yazılımın izinsiz kullanımı, Bilgisayar yoluyla sahtecilik, Yasadışı yayınlar, Telekomünikasyon hizmetleri hırsızlığı, Bilgisayar sistemlerinin suç örgütleri tarafından kullanılması, Tehdit ve gasp gibi kategorilere ayrılmaktadır.¹¹

Bilişim suçlarını klasik suç tiplerinden ayıran ve kendine özgü suçlar olmasını sağlayan en önemli özellik bu suçların işlenme şekille-

¹⁰ Osman Nihat Şen, "Polisin Bilişim Suçlarıyla Mücadelede Yapması Gerekenler", 1. Polis Bilişim Sempozyumu, Bildiriler, 21-22.10.2003, s. 3.

¹¹ Osman Nihat Şen, a.g.e., s. 3.

rinin farklılığıdır. Klasik suç tiplerinde suçun maddi unsurunu oluşturan eylemler faillerin fiziki hareketleriyle meydana gelmektedir. Bu fiziki hareket örneğin ya failin konuşarak hile yaratması (dolandırıcılık suçu), ya kendisine teslim edilen şeyi tüketmesi (güveni kötüye kullanmak suçu), ya somut bir belgeyi değiştirmesi (evrakta sahtecilik suçu) ya da eve girilip malın alınması (hırsızlık) gibi eylemlerle olmaktadır. Bilişim suçlarında ise genellikle failin bilgisayarın klavyesine dokunması dışında bir fiziki hareket olmamakta, ancak fiziki hareketlerle meydana getirilebilecek zararlardan çok daha fazlası bu sayede meydana getirilebilmektedir.

Bilgisayar klasik hukukun kavramlarında değişiklik yapmış, bir ekmek çalan adama vereceği cezayı en ince ayrıntısına kadar bilen ceza hukuku, ortaya çıkan yeni suçlarda çaresiz, fiil müeyyidesiz kalabilmiştir.¹² Bunun sebebi ise bilişim suçlarının, ceza kanunlarında düzenlenen bir çok suç tipinin aksine statik değil dinamik yapısıdır ve bu alanda yapılan düzenlemelerin, gelişen teknolojiyle paralel güncellenmesinin yapılması, yeni çıkan işleme şekillerinin (modus operandi) hukuka aykırı eylem olarak hüküm altına alınması gerekmektedir. Kanunlaştırma çalışmaları mukayeseli hukukla paralel ve uluslararası çalışmalar ile bilişim sistemlerinin teknolojik boyutu göz önünde bulundurularak yapılmalıdır.¹³ Bilişim suçlarının yapısının ve özelliklerinin genel olarak bilinmesi bu alanda çalışacak kişiler için yol gösterici olacaktır.¹⁴

¹² Haluk İnancı, 'Bilişim ve Yazılım Hukuku Uygulama İçinden Görünüşü', *Istanbul Barosu Dergisi*, C.70, S.7-8-9, 1996, s.5şu 11.

¹³ Olgun Değirmenci, 'Bilişim Suçları Alanında Yapılan Çalışmalar ve Bu Suçların Mukayeseli Hukukta Düzenlenişi', *Legal Hukuk Dergisi*, S.11, 2003, s. 2758.

¹⁴ Levent Kurt, *Bilişim Suçları ve Türk Ceza Kanunundaki Uygulaması*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2005, s. 56.

III. ADLİ BİLİŞİM

Terimin ortaya çıkışı: Her hangi bir işletim sistemine ve veri işleme kapasitesine sahip olan her türlü cihaz, yaptıkları işlemleri kaydetme prensibi ile çalışmaktadır. Bu, o sistemin çalışabilmesi için bir zorunluluktur. Bu çeşit cihazların kullanımının artması ve suç aracı olarak da kullanılmaya başlanmasından sonra, “veri depolama ve işleme birimlerinden delillere ulaşılabilir ” felsefesi ile Adli Bilişim (Computer Forensic) bilimi ortaya çıkmıştır.

Terimin kökeni, İngilizce orijinal ismi ile Computer Forensic’tir. Bu kavram, bilgisayar anlamındaki computer ile; mahkemeye ait olan, adli anlamlarına gelen forensic kelimelerinden oluşmaktadır. Dilimize tam çevrildiğinde Adli Bilgisayar gibi bir anlam ortaya çıkmakla birlikte, ağırlıklı olarak Adli Bilişim terimi tercih edilmektedir. İfade etmek gerekir ki, Adli Bilişim yerine Bilgisayar Kriminalistiği de kullanılabilir. ¹⁵ Ancak uygulamada yerleşen kavram ‘adli bilişim’ olmuştur. ¹⁶

Tanım: Adli bilişim, bir bilgisayarda veya bilişim sisteminde bulunan bilgilerin mahkemede suçluluğun veya suçsuzluğun ispatında kullanılmak üzere incelenmesidir.

Adli bilişim, bilişim anlamındaki olayların yeniden inşası için veya ortaya çıkarılmasını kolaylaştırmak için bilimsel yöntemler kullanılarak delil elde etme ve ispatlama metotlarının kullanılması çalışmalarıdır. ¹⁷

¹⁵ Ahmet Hakan Ekizer, Adli Bilişim, <http://www.ekizer.net/content/view/16/1/> (03.06.2010)

¹⁶ Ali Karagülmez, Bilişim Suçları ve Soruşturma-Kovuşturma Evreleri, Seçkin Yayınevi, Ankara 2009, B.2, s. 270; aynı yaklaşım için bkz.: Leyla Berber Keser, Adli Bilişim, Yetkin Yayınevi, Ankara 2004, s.37 vd.

¹⁷ Brian Carrier, 'Defining Digital Forensic Examination And Analysis Tools Using Abstraction Layers', International Journal of Digital Evidence, Vol. 1, Issue 4, Winter 2003, s. 2.

Adli bilişim, bilişim sistemleri üzerinden genellikle veri olarak elde edilen delillerin toplanması, saklanması, derlenmesi ve analizi konusunda ilke ve standartlar oluşturan multi disiplinler yapıda yeni bir bilim dalıdır. Daha geniş ve teknik bir tanımla ifade edecek olursak, “Adli Bilişim; elektromanyetik-elektro optik ortam(lar)da muhafaza edilen ve/veya bu ortamlarca iletilen; ses, görüntü, veri/bilgi veya bunların birleşiminden oluşan her türlü bilişim nesnesinin, mahkemede sayısal (elektronik-dijital) delil niteliği taşıyacak şekilde: Tanımlanması, elde edilmesi, saklanması, incelenmesi ve mahkemeye sunulması çalışmaları bütünüdür.”¹⁸ Bazı bilim adamlarına göre (örneğin James Berek), adli bilişim, bir nevi olay yeri incelemesi ve bir kurban üzerinde yapılan otopsi gibidir.¹⁹

Diğer bir tanımla adli bilişim, elektronik ortamlardan elde edilen bulguların, çeşitli teknik donanım ve yazılımlar kullanılarak hukuki delillere dönüştürülme süreci olarak tanımlanabilir. Bu yönüyle adli bilişimin hukuki boyutundan ziyade, teknik yönü ön plana çıkmaktadır. Zira, elektronik sistemlerdeki bulguların, bunlardan ayrıştırılarak birer hukuki delile dönüştürülme süreci, oldukça zahmetli, son derece teknik bilgi gerektiren ve uzmanlık isteyen bir iştir.

Adli Bilişim Bilimi (Computer Forensics), bilişim öğeleri kullanılarak işlenen suçların adli kurumlar tarafından aydınlatılabilmesi için bilimsel metodolojiler kullanılarak, çeşitli sayısal medyalar üzerinde bulunan, suçla ilgili sayısal delillerin bozulmadan ve zarar görmeden anlaşılabilir bir şekilde adalet önüne sunulmaya hazır hale getirilmesini sağlayan ve kendine özgü bilimsel teknik yöntemlerin uygulandığı bir delil inceleme disiplini.

Adli Bilişim Uzmanları bir bilişim suçu olması durumunda sayısal veri depolama öğelerini (Sabit diskler, USB diskler, DVD ve

¹⁸ Ahmet Koltuksuz – İYTE Adli Bilişim Kursu Ders Notları'ndan, <http://www.ahi-gurler-taygun.av.tr/?adli-bilisim-nedir-av.-m.gokhan-ahi,52> (03.06.2010)

¹⁹ M. Gökhan Ahi, <http://www.ahi-gurler-taygun.av.tr/?adli-bilisim-nedir-av.-m.gokhan-ahi,52> (03.06.2010)

CD'ler, hafıza kartları gibi) ve delil olabilecek diğer sayısal öğeleri inceleyerek işlenen suçla ilgili delillerin değiştirilmeden adli kurumlara ulaştırılmasını ve suç ile ilgili bilginin toplanmasını sağlayan uzmanlardır.

Bu tanımlardan yola çıkarsak, günlük hayatımızda vazgeçemediğimiz bir çok aygıtın ve bu aygıtlarda barındırdığımız kişisel, ailevi ve mesleki bilgilerin, herhangi bir suçun kovuşturmasında veya özel hukuk ihtilaflarında delil değerinin olduğunu açıkça görebiliriz. Cep telefonu, bilgisayar diski, mp3 çalar, CD, DVD, Flash Disk, sim kartlar, sunucu, modem gibi ağ cihazları gibi günlük hayatta çok sık kullandığımız bir çok aygıtın barındırdığı bilgiler, herhangi bir zamanda herhangi bir olayın en iyi delili olabilirler.

Özel hukuka ilişkin birçok uyuşmazlıkta, özellikle de aile hukukunu ilgilendiren ve iki tarafın tacir olduğu davalarda, dijital ortamlardan elde edilen deliller sıklıkla kullanılmaya başlanılmıştır. Boşanma davalarında, eşlerden birisinin talebi üzerine mahkemeler, sohbet veya anlık mesaj programları vasıtasıyla yapılan iletişimleri tespit etmek için sıklıkla internet yer ve hizmet sağlayıcılara; bilgisayarlarda tutulan konuşma içeriklerinin tespiti için de bilirkişilere başvurabilmektedir. Ticari davalarda, elektronik posta yoluyla yürütülen ticari ilişkilerin tespitinde, yahut en az bir tarafın edimini bilişim sistemleri üzerinden yerine getirdiği uyuşmazlıklarda takdiri delil olarak bilgisayar ve sunucu kayıtları detaylı olarak incelenebilmektedir.²⁰

A. ADLİ BİLİŞİMDE DELİLLERE ULAŞMA SÜREÇLERİ

Bilişim suçlarında delil toplama konusu, bu suçların en önemli sorunlarından birisini oluşturmaktadır. Özellikle, bilişim sistemlerinin kendisine özgü yapısına dayalı olan bilişim suçlarında delil toplamadaki başarı oranı, bilişim suçları ile mücadelenin önemli bir göstergesidir.

²⁰ M. Gökhan Ahi, <http://www.ahi-gurlier-taygun.av.tr/?adli-bilism-nedir-av.-m.gokhan-ahi,52> (03.06.2010)

Bilişim suçlarında delil toplamada başarılı olunabilmesi için, öncelikle konunun dayandığı temeller bir bütün olarak dikkate alınmalıdır. Söz konusu bütünü oluşturan temel dayanaklara ne kadar çok hassasiyet gösterilirse, bilişim suçlarında delil toplamada o oranda başarı yükseltilebilir.²¹

Adli Bilişim İncelemesi belli bir süreç içerisinde başlayıp bitmektedir. Bu süreci şu başlıklar altında toplamak mümkündür:

- a- Delil elde etme ve muhafaza
- b- İnceleme (Tanımlama)
- c- Analiz
- c- Raporlama ve mahkemeye sunma

Aşağıda süreçlerin kısaca değerlendirilmesi yapılmıştır.

a. Delil Elde Etme ve Muhafaza

Bu süreçte incelemeye alınacak potansiyel veri depolama özelliği olan kaynakların (sayısal delil) belirlenmesiyle ve toplanmasıyla başlar. Tipik veri kaynakları olarak bilgisayarlara takılı sabit diskler, CD,DVD, usb diskler, flash diskler, hafıza kartları(mmc, sd) ,disket, gps, cep telefonunu sayabiliriz. Kaynaklar bununla sınırlı mı? Elbette ki hayır. Bir manyetik kart kopyalayıcı, bir veritabanı uygulaması, bir web sitesi logları, bir telefon görüşmesi trafiği gibi veriler de kaynak olabilir.

Adli bilişimin ilk safhası, delillerin elde edilmesidir. Öncelikle, usul ve yasanın ön gördüğü şekilde delillerin toplanması sağlanacaktır. Diğer bir ifadeyle, usulüne uygun olarak verilmiş bir arama kararı ola-

²¹ Ali Karagülmez, a.g.e., s. 274.

caktır. Bu da, toplanmış olan delillerin hukuka uygunluğunu ve mahkemede kabul edilmesi sonucunu doğuracaktır. Toplama aşamasında olay yeri ve inceleme ekibi önem arz etmektedir. Ekibin alanında uzman olması, yargılama aşamasını doğrudan etkileyen en önemli unsurdur. Adli bilişim uzmanının olay yerine getirilerek, delil toplama işinin ona bırakılması gerekir. Esasen elektronik delillerin, klasik delillerden farklı yapısı bunu zorunlu kılmaktadır. Ancak bir adli bilişim uzmanı, delil kaybı yaratmaksızın -ya da mümkün olan minimum kayıpla- dijital delilleri toplayabilecektir.

Olay yerinde dijital delillerden farklı olarak klasik suç delillerinin yer alması da kuvvetle muhtemeldir. Özellikle söz konusu bir bilgisayar olunca, klavye ve fare (mouse) üzerinde bulunabilecek parmak izleri, olay mahallinde bulunan şüpheliye ait giysiler, eşyalar vb. unsurlar da birer delildir. Bu aşamada kriminalistik inceleme de ihmal edilmemelidir. Fakat bu, hassasiyet gerektiren potansiyel dijital delillere zarar vermeden yapılmalıdır. Örneğin bir CD üzerinde yapılacak parmak izi araştırması, kullanılan kimyasallar nedeniyle CD'nin içerisindeki bilgilerin kaybını doğurabilecektir. Bu nedenle kriminal veri toplama ile adli bilişim verileri toplama arasında makul bir denge tutturulmalıdır. Öncelikle olay yeri fotoğraflanmalı, ortamda bulunan bilgisayar, yazıcı ve diğer donanım aygıtlarının konumları belirtilecek şekilde notlar ve krokiler hazırlanmalıdır. Özetle, bu aşamaya kadar uygulanan yöntemler açısından, kriminalistik ile adli bilişim yöntemlerinin bir arada yürütüldüğünü söylemek mümkündür.²²

Kriminal inceleme yürütülürken elektronik deliller de toplanmalı, ancak toplama kadar diğer önemli bir husus da, bu teknik cihazların muhafazasıdır. Donanım araçlarının hassas yapısı gereği, dikkatlice paketlenmesi ve yine aynı dikkatle taşınması şarttır. Sarsıntı, elektrik akımları, elektromanyetik ortamlar, aşırı sıcak ya da sıvı maddelerle teması, bu aygıtların işlevini yitirmesine neden olacaktır ki bu da po-

²² Ekizer, a.g.e.

tansiyel delillerin kaybıdır. Ayrıca paketlemenin, statik elektrikten ve manyetik alanlardan etkilenmeyecek biçimde yapılması da gerekmektedir.²³

b. İnceleme (Tanımlama)

Toplanan veri kaynaklarının birebir kopyalarının alınması ve konu ile ilgili araştırmanın bu kopyalar üzerinde yapılması inceleme sürecidir. Burada incelenen delillin veri bütünlüğünün korunması esastır. Yani delile ilk el konulduğu andan itibaren delil muhafaza edilmelidir. Çalışan bir bilgisayar ile kapalı bir bilgisayardan veri toplanması işlemleri farklıdır. Bu anlatımda varsayılan kapalı bir bilgisayara müdahaledir.

Toplama safhasının, imaj alma (adli bilişimde yapılan birebir kopyalama işlemine imaj (forensic image) denilmektedir.) işlemi ile sona ermesinden sonra inceleme aşaması başlar. İmajın alınmasından sonra artık işin teknik yönü, bu aşamada biraz geride kalmıştır. Bu safhada elimizde birtakım bulgular vardır. Bunların bazıları görünmekte, bazıları henüz görünmemektedir. Görünmeyen bulgulardan kasıt, gizli ve silinmiş dosyalardır. İşte inceleme ile tüm bu bulgular üzerinde çeşitli işlemler yapılarak olası suç unsurları ortaya konacaktır. Yani inceleme safhası özetle, imajı alınmış verilerin gözle görünür biçime getirilme sürecidir.²⁴ İnceleme aşaması sonucunda her türlü veri ortaya konmuş olacaktır. Örneğin; fotoğraflar, grafik dosyaları, videolar, çeşitli yazı dokümanları (word, excell, openoffice vb.), konuşma kayıtları (chat, MSN, GTalk vb.), e-postalar, ziyaret edilmiş ve sık kullanılan web siteleri, sıkıştırılmış dosya ve klasörler, şifreli dizinler, silinmiş dosya ve klasörler, dosyaların oluşturulma, değiştirilme ve erişim tarih kayıtları ilk başta akla gelen ve de en sık rastlanan hususlar olarak sayılabilir.

²³ Ekizer, a.g.e.

²⁴ Leyla Keser Berber, Adli Bilişim, 1. Bası, Ankara, 2004 s. 46

c. Analiz (Değerlendirme)

Analiz sürecinde artık incelenen delilin birebir kopyasından konuyla ilgili veriler çıkarılır. Bu aşamada, elde edilen verilerin hangilerinin ve ne ölçüde adli makamlara sunulmak üzere raporlanacağını tespit yapılmaktadır. Bu safhanın bir tür ayıklama aşaması olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Tüm ilgisiz dosyalar bu değerlendirme aşamasında elenecek, raporlama aşamasına geçilmeyecektir. Ancak işe yarayabileceği düşünülen bulgular, elde edilmiş metotlarını da ayrıntılarıyla anlatan tutanaklarla teslim edilecektir.

d. Raporlama ve Mahkemeye Sunma

Analiz sürecinde elde edilen bilgilerin sunumunun yapıldığı süreç raporlama sürecidir. Raporlama, raporu okuyan kişinin anlayabileceği netlik ve açıklıkta olmalı ve iddialardan ziyade değerlendirmeler içermelidir. Bu rapor ile birlikte ayrıca ayrıntılı olarak dijital delillerin nasıl elde edildiğine ilişkin teknik boyutu ve adli bilişimin hangi metotlarının kullanıldığı da anlaşılır bir dille belirtilecek, açıklayıcı bir rapor hazırlanacaktır.²⁵ Hazırlanacak bu raporda ayrıca, olayla ilgili bilgiler, araştırmanın yapıldığı zaman dilimi, incelenen elektronik deliller, inceleme esnasında kullanılan yazılım ve donanımlar hakkında bilgiler, inceleme sırasında kullanılan metotlar, araştırma sonunda ele geçen bulgulara ilişkin bilgiler yer almalıdır.²⁶

Elbetteki yukarıda sayılan bu 4 süreç yaygın olarak uygulanan süreçtir. Süreç, tanımlanan kaynaklara göre esneklik gösterebilir. Örneğin 2000-3000 adet istemcinin olduğu bir sistemde, sistemdeki bütün bilgisayarların birebir kopyalarını almak pratik bir çözüm değildir. Ya da yine binlerce istemcinin kullandığı bir veritabanı uygulamasını incelemek için bütün sistemi kapatmak da mantıklı değildir. Dolayısıyla

²⁵ Ekizer, a.g.e.

²⁶ Osman Nihat Şen, Adli Bilişim Bilimi ve Diğer Bilimlerle Olan İlişkisi <http://www.bilgisayarpolisi.com/index.php?sayfa=makaleoku&kategori=11&id=121> (09.07.2008)

sistemlerin özelliğine göre müdahale yöntemi de değişecektir. Bazı kaynakların belki de hiç birebir kopyası alınmayacak, inceleme sistem çalışır durumda iken yapılacaktır.

B. ADLI BİLİŞİMİN ÇALIŞMA ALANLARI

Bilişimin öneminin gitgide arttığı günümüzde adli bilişim de buna paralel olarak hızla gelişmekte, etki alanlarını genişletmektedir. Ülkemiz için henüz yeni sayılabilecek olan adli bilişim, bilgisayar endüstrisinin çok daha ileri olduğu ABD gibi ülkelerde çok çeşitli alanlarda kullanılmaktadır. Adli bilişimin çalışma alanlarının genişlemesiyle adli bilişim analiz yöntemlerinin amacı yalnızca ceza davalarına delil sağlamak olmaktan çıkmış, hukuk uyumsuzluklarında hatta şirketlerde de kullanılır olmuştur. Özellikle büyük şirketler, bugün veri kurtarma ya da veri imha etme gibi esasen adli bilişimi yakından ilgilendiren konularda bu bilim dalına başvurmakta; giderek adli bilişim uzmanlarını bünyelerinde çalıştırmaktadır.

Adli bilişimin artan çalışma alanlarından bazıları ana başlıklar halinde şöyle sıralanabilir:

- Veri kurtarma
- Veri imha etme
- Veri saklama
- Veri dönüştürme
- Şifreleme
- Şifre çözme
- Gizlenmiş dosya bulma

C. ADLİ BİLİŞİMİN FAYDALARI

Adli bilişim, kategorik adli bilimlerin içerisinde yer almakta ve adaletin gerçekleşmesi amacıyla hizmet etmektedir. Bu hizmet, yargılamaya delil katkısı yaparak gerçekleşir. Ancak bugün teknik gelişmelere bağlı olarak hızla gelişimini sürdüren adli bilişim, yargı organlarına yardımcı olmanın ötesine de geçmiştir. Günümüzde bazı şirketler ve kişiler de veri kurtarma, imha etme ya da diğer başka amaçlarla adli bilişime ihtiyaç duymaya başlamışlardır. Hatta büyük şirketler, bünyelerinde bir adli bilişim uzmanı görevlendirme ya da bu konuda hizmet veren firmalarla sürekli çalışma yolunu seçmektedirler.

Peki nedir adli bilişimin bu önemi? Neden birdenbire adli bilişime ihtiyaç doğmuştur? Bu soruların cevabı, teknolojik gelişmelerin hızlanması ve çeşitlenmesinde aranabilir. Teknoloji, sanayi devriminden bu yana dünyayı şekillendiren, değiştiren bir olgu olarak mevcuttur. Ancak son yıllarda bilgisayar sistemlerine bağlı olarak teknolojik gelişim süreci hız kazanmıştır. Hemen her gün insanlığın hizmetine yeni bir ürün sunulmakta, insanlar gitgide daha fazla teknolojik/dijital aygıtla iç içe yaşar hale gelmektedir. teknolojinin kullanımı, getirdiği sayısız kolaylıklar yanında birtakım olumsuz durumlar da yaratmaktadır. Hayatın her alanında var olan suç olgusu, teknolojiyi de araç olarak kullanmaktadır. Bu gelişmelere bağlı olarak geleneksel ve klasik suçların yapısı da değişmekte, bilişim ortamlarında giderek daha fazla suç işlenmektedir. Suçun bulunduğu her yerde cezalandırma, bunun için yargılama ve yargılama için de deliller vardır. İşte bilişim suçlarında delillerin toplanması konusu, adli bilişimi ilgilendirmektedir.

Adli bilişim, yalnızca bilişim suçlarına has bir delil toplama metodu değildir. Bilişim suçlarından başka, klasik suçlara ilişkin olarak da ihtiyaç duyulan deliller, yine elektronik aygıtlar içerisinde de yer alabilir. Örneğin, bir bilişim suçu olmayan bir hırsızlık vakasında, soygun planı ve buna ilişkin haritalar bilgisayar ile hazırlanmış ve halen bilgi-

sayarda mevcut olabilir. Bu bilgilere ulaşmada da yine adli bilişim devreye girecektir.

IV. SAYISAL (DİJİTAL/ELEKTRONİK) DELİLLER

Sayısal (dijital/elektronik) delil “bir elektronik araç üzerinde saklanan veya bu araçlar aracılığıyla iletilen soruşturma açısından değeri olan bilgi ve verilerdir.”²⁷ Sayısal (dijital) deliller, temel delil şartlarını sağlamanın yanında suça delil niteliği teşkil eden ve mahkemelere sunulabilecek dijital veri saklayabilen, elektronik devre akımları ile çalışan disk, disket, CD, bilgisayarlar, cep telefonları, PDA cihazları, flash bellekler, SIM kartlar, bir bilgisayara ait dahili veya harici donanımlar gibi çeşitli elektronik cihazlardır.

Sayısal (dijital) deliller, klasik delillerden farklılık arz eder. Klasik deliller, gözle görülebilen, üzerinde elkoyma, muhafaza altına alma kararı verilerek kolayca götürülebilen deliller iken; sayısal (dijital) deliller, bu kadar somut bir yapıya sahip değildir. Elbette ki sayısal deliller de bir donanıma ihtiyaç duyar. Bir sayısal delilin içerisinde bulunduğu bir donanım aygıtı mutlaka vardır. Ancak aslolan, bu donanım aygıtı içerisindeki e-delillerdir.

Bilişim suçlarında deliller, çoğunlukla sayısal (dijital) yapıdadır. Bu yapı, dış dünyaya görsel ve işitsel olarak yansiyabilir. Görsel veriler de; şekle dayalı veya yazılı olabilir. Ancak, bilişim suçlarında sayısal delillerin elde edilmesi kolay değildir. Çoğunlukla, benzer yapıdaki dijital ürünlerle delil elde edilmeye çalışılır. Üstelik delil elde etmede kullanılacak ürünlerin, belirli bir donanıma içermesinin yanında, bunların; sürekli yenilenmesi, kapsamının arttırılması, kısacası güncelleştirilmesi de gerekmektedir.²⁸

²⁷ Leyla Keser Berber, Adli Bilişim, 1. Bası, Ankara 2004 s. 46

²⁸ Ali Karagülmez, a.g.e., s. 281.

Sayısal (dijital) delillerin başlıca özellikleri: Parmak izi veya DNA gibi gizli verilerdir. Kolaylıkla ve hızla sınırları aşabilir. Kolaylıkla değiştirilebilir, zarar verilebilir veya silinebilir. Zamanla sınırlıdır.

Sayısal (dijital) delil olarak elektronik aygıtlardan elde edilebilecek ve delil oluşturabilecek bulgular şunlar olabilir:

Video görüntüleri

Fotoğraflar

Yazı dosyaları (word, excell, open office vb. dosyaları)

Çeşitli bilgisayar programları

İletişim kayıtları (SMS, MSN Messenger, GTalk vb. kayıtları)

Gizli ve şifreli dosyalar / klasörler

Dosyaların oluşturulma, değiştirilme ve erişim tarih kayıtları

Son girilen ve sık kullanılan internet siteleri

İnternet ortamından indirilen (download) dosyalar

Ve bu türden olup, silinmiş dosya/klasörler

Bilgisayarın veya herhangi bir veri depolama kaydının kullanıldığı birçok suçun araştırmasında sayısal (elektronik/dijital) delillere sıklıkla başvurulmaktadır. Sadece bilişim suçlarında değil, bir hırsızlık, uyuşturucu satma suçunda veya adam öldürme suçunda dahi, çalınan cep telefon frekanslarının takibi, kullanım durumu, çekilen mesajlar, uyuşturucu satıcılarının veya maktulün bilgisayarlarında araştırma yapılarak suçu aydınlatmaya yönelik suç öncesi bağlantılar, kişiler, yazışmalar, belgeler tespit edilmeye çalışılmaktadır.

Sayısal delillerin kolaylıkla değiştirilebileceği, manipüle edilebileceği, hatta fazla iz bırakmadan silinebileceği ve yoktan var edilebileceği gerçekleri karşısında, sayısal delillerin toplanmasının, derlenmesinin, nakledilmesinin ve analiz edilmesinin neden çok önemli olduğu

anlaşılacaktır. Kaldı ki, suçu aydınlatmaya yönelik olsa bile, kişisel, ailevi ve mesleki kayıtların bulunduğu bilgisayarların incelenmesinde, uluslararası sözleşmelerle ve Anayasa ile teminat altına alınan özel hayatın gizliliğinin ihlal edilebilme riski de çok açıktır.

İşte bu sebeplerden dolayı kanun koyucu, bu riskleri bertaraf edebilmek için aşağıda ayrıntılı bir şekilde inceleyeceğimiz Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 134. maddesini düzenlemiştir. Bu maddeyle her tür suçla ilgili olarak bilgisayarlarda ve elektronik ortamlarda arama ve el koymaya ilişkin usul ortaya konulmuştur.

V. YASAL DÜZENLEMELER

Hukukumuzda adli bilişimi ilgilendiren mevzuat açısından ilgili hükümler CMK m. 134 (ayrıca 135 ve 140) ile Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 17. maddesidir. Bunların dışında adli bilişim konusunda mevzuatımızda ayrıntılı bir düzenleme bulunmamaktadır. Adalet Bakanlığı'nın hazırladığı Bilişim Ağı Hizmetlerinin Düzenlenmesi ve Bilişim Suçları Hakkında Kanun Tasarısı vardır. Bu tasarının önemi, adli bilişim uzmanını tanımlamasıdır.

Bir şahsi bilgisayarı incelediğimizde, o bilgisayarı kullanan kişinin özel verilerine ulaşmamız kuvvetle muhtemeldir. Dolayısıyla şahsi bilgisayar, özel hayatın önemli bir unsuru niteliğindedir. Kullanıcının günlüğü, düşünceleri, fotoğrafları ve birçok özel verisinin depolandığı bu bilgisayar, işlenen bir suç ile ilgili önemli delilleri de tarafımıza sunabilir. Bilgisayarlar programları ve kütüklerinde arama, gizli verilerin ortaya çıkarılması saikiyle, kişinin temel hak ve özgürlüklerine doğrudan müdahalede bulunularak yapılacaktır.²⁹ İşte bu noktada 1982 Anayasası'nın 20. maddesi önem arz etmektedir. "Özel hayatın gizliliği" başlıklı 20. madde aynen şöyledir:

²⁹ Emrah Yavuzcan, <http://www.hukuki.net/blog.php?3534> (03.06.2010)

“Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz.

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; kimsenin üstü, özel kağıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hakim onayına sunulur. Hakim, kararını el koymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar.”

Hürriyeti kısıtlayıcı tedbirlere ancak çok zorunlu hâllerde başvurmak ve kesin ihtiyaç ölçüsünde kısıtlama yapmak; bu yetkilerin ancak sonuncu bir çare olarak kullanılmasını benimsemek ve bunun koşullarının belirlenmesi gerekmektedir.

Bilgisayar vasıtasıyla işlenen suçlarda veyahut işlenen sair bir suç hakkında delile rastlanılması mümkün ise ilgili şahısların kullanmış olduğu bilgisayarları incelemek ve delilleri ortaya çıkarmak, yerinde bir davranıştır. Kanuni düzenleme, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun birinci kitap, dördüncü kısım, dördüncü bölümü olan arama ve elkoyma içerisinde yer alan “bilgisayarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma” konusunda yapılmıştır. Kanun koyucunun bu düzenlemesi, gelişen teknolojinin ceza muhakemesine olan katkısından ibarettir.

Yürürlükteki mevzuatımız açısından adli bilişimi ilgilendiren hükümleri inceleyecek olursak:

A. 5271 SAYILI CEZA MUHAKEMESİ KANUNU

765 sayılı Türk Ceza Kanunu'na 1991 yılında 525/a ile 525/d maddeleri eklenmesine rağmen, 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'na bilişim suçlarına ilişkin herhangi bir ayrı kural eklenmemiştir. Bunun sonucu olarak, bilişim suçlarında da, klasik suçlara ilişkin ceza yargılaması kuralları geçerli olmuştur. Bu yaklaşım, bilişim suçlarında soruşturma evresini ve bu evredeki önemli yer tutan delil toplama konusunu aksak halde tutmuştur.³⁰

Hızlı gelişen bilişim teknolojisinin oluşturduğu koşullarda bilgisayarlar ve bilgisayar programları hayatın önemli ve ayrılmaz bir parçası haline gelmiştir. Pek çok kişi gibi suç işleyen kişiler de bilgisayar sistemlerini kullanmakta ve işledikleri suçlarla ilgili olarak izler bırakmaktadırlar. Deliden sanığa gitmeyi hedefleyen ve teknik delillere önem veren CMK'nın bilgisayar sistemlerinde bulunması muhtemel delillerin elde edilmesine kayıtsız kalması beklenemezdi. Bununla birlikte, bilgisayarın kişi hayatına çok yoğun biçimde girmesi nedeniyle bilgisayar sistemlerinin içerisinde kişilerin özel hayatlarına ve ticari hayatlarına ilişkin pek çok bilgi depolanmıştır. Bu nedenle bu sistemlere müdahale, bilgisayar sistemlerinde arama yapılma ve bunlara el koyma basit el koymaya göre daha sıkı koşullara bağlanmıştır.³¹

1 Haziran 2005 tarihinden itibaren yürürlüğe giren, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 134. maddesinde '*bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve el koyma*', 135. maddesinde '*iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması*', 140. maddesinde '*teknik araçlarla izleme*' konularında, kimi farklı hükümlere yer verilmiştir. CMK'da yer alan bu kurallar, ağırlıklı olarak, bilişim suçları dışındaki özel önem verilen kimi suçlar veya

³⁰ Ali Karagülmez, a.g.e., s. 261.

³¹ Murat Aydın, Arama ve El Koyma, Seçkin Yayınevi, Ankara 2009, s. 173.

genel olarak suçların delillendirilmesinde bilişim alanına yönelebilmeye ilişkindir.³²

Konu hakkındaki temel taş olan 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 134. maddesi aynen şu şekildedir:

“Madde 134 - (1) Bir suç dolayısıyla yapılan soruşturmada, başka surette delil elde etme imkânının bulunmaması halinde, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine şüphelinin kullandığı bilgisayar ve bilgisayar programları ile bilgisayar kütüklerinde arama yapılmasına, bilgisayar kayıtlarından kopya çıkarılmasına, bu kayıtların çözümlenerek metin hâline getirilmesine hâkim tarafından karar verilir.

(2) Bilgisayar, bilgisayar programları ve bilgisayar kütüklerine şifrenin çözülememesinden dolayı girilememesi veya gizlenmiş bilgilere ulaşılamaması halinde çözümün yapılabilmesi ve gerekli kopyaların alınabilmesi için, bu araç ve gereçlere elkonulabilir. Şifrenin çözümünün yapılması ve gerekli kopyaların alınması halinde, elkonulan cihazlar gecikme olmaksızın iade edilir.

(3) Bilgisayar veya bilgisayar kütüklerine elkoyma işlemi sırasında, sistemdeki bütün verilerin yedeklemesi yapılır.

(4) İstemesi halinde, bu yedekten bir kopya çıkarılarak şüpheliye veya vekiline verilir ve bu husus tutanağa geçirilerek imza altına alınır.

(5) Bilgisayar veya bilgisayar kütüklerine elkoymaksızın da, sistemdeki verilerin tamamının veya bir kısmının kopyası alınabilir. Kopyası alınan veriler kâğıda yazdırılarak, bu husus tutanağa kaydedilir ve ilgililer tarafından imza altına alınır.”

Maddede geçen ‘bilgisayar, bilgisayar programları ve kütüklerinde’ kavramlarından ne anlaşılması gerektiğini açıklamakta yarar vardır:

³² Ali Karagülmez, a.g.e., s. 261.

En basit şekliyle ‘girdi’, ‘süreç’, ‘çıktı’ işlemlerini gerçekleştiren bir yapıya sahip olan *bilgisayar*; elektrik, manyetik, optik, elektrokimyasal veya diğer yüksek hızda mantıki bilgi işlem uygulaması yapan, aritmetik veya depolama işlevi olan veya doğrudan ilgili yere bu bilgiyi ileten veya böyle bilgileri birleştirme işlemi yapan aygıttır; ancak, otomatik daktilo, telesekreter, taşınabilir el hesap makineleri ve diğer benzeri aygıtlar bilgisayar sayılamazlar. Bu kapsamlı tanımda da görüldüğü üzere genel olarak bilgisayar, otomatik bilgi işlemcisi, bilgi deposu veya haberleşme aygıtıdır.³³

Bilgisayar programının ilk tanımlarından biri WIPO’nun (Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü), ‘Bilgisayar Programlarının Korunmasına İlişkin Örnek Hükümler’inin 1. paragrafının (i) bendinde yer almıştır. Bu bentte: ‘...bilgisayar programı bir makine tarafından okunabilen bir ortama yüklendikten sonra, bilgi işleme yeteneğine sahip böyle bir makinenin belirli bir fonksiyonu ya da amacı yerine getirilmesi ya da bir sonuç ortaya koymasını sağlayan komutlar dizisidir.’ şeklinde bir tanımlanmıştır.³⁴

Diğer bir ifadeyle bilgisayar programı; verileri toplayıp yerleştirdikten sonra bunları otomatik işlemlere tabi tutma olanağını veren manyetik sistemler olarak tanımlanabilir. *Bilgisayar kütüklerinin* hard disk şeklinde anlaşılması gerekir. İngilizce ‘log’ kelimesinin karşılığı olan ‘kütükler’ daha çok internet servis sağlayıcılarının internet erişimi sağladıkları kullanıcılara ait IP numaralarını ve diğer erişim bilgilerini depoladıkları veri tabanlarını ifade etmektedir. Bilişim sistemlerinin temel birimi, üzerinde yükseldiği yapı taşları olan verilerdir. Veri, bilgilerin formata dönüştürülmüş halidir. Bilişim sistemlerinin amacı verileri saklamak, işlemek ve sonuç çıkarmaktır.³⁵

³³ Ali Karagülmez, *Bilişim Suçları ve Soruşturma-Kovuşturma Evreleri*, Ankara 2005, s. 265.

³⁴ Şener Dalyan, *Bilgisayar Programlarının Fikri Hukukta Korunması*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2009, s. 25-26.

³⁵ Veli Özer Özbek, *Yeni Ceza Muhakemesinin Anlamı*, 2005, s. 502.

Maddenin birinci fıkrası Anayasa ve Siber Suçlar Sözleşmesi'ne uygun yapılandırılmış olup, "başka bir delil elde etme imkanının bulunmaması" ön şart olarak düzenlenmiştir. Yalnızca soruşturma evresinde başvurulabilen bu tedbir ile başka türlü elde edilemeyen delil elde edilmiş olacaktır. Bu tedbire yalnızca soruşturma evresinde başvurulabileceği üzere, hakim veya mahkeme tarafından re'sen tedbirin uygulama alanı bulması mümkün olmayıp, Cumhuriyet savcısının istemi gerekmektedir. Özel hayata gizliliğe doğrudan müdahale edilen bu yöneme başvurulabilmesi, diğer tüm olanaklara başvurulmuş olması ve fakat son çare olarak bu yola başvurulmasının zorunlu olmasına bağlı olup, tedbirin konulmasına ancak hakim tarafından karar verilebilir.

Burada 'başka surette delil elde etme imkânının bulunmaması' cümlesini biraz daha açmakta fayda görmekteyiz.

Bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında veya verilerde arama yapabilmeyen ilk koşulu, "başka surette delil elde etme imkanının bulunmaması"dır. İlgili suça ilişkin zaten oldukça kuvvetli deliller bulunmuşsa, elektronik delillere ulaşmaya gerek yoktur. Kanun koyucu, bu düzenleme ile kişinin özel hayatını ve gizliliğini korumak amacıyla, elektronik deliller için "ultima ratio" yani en son başvurulacak yöntem ilkesini benimsemiştir.

Ancak soruşturma evresinde şüphelinin kullandığı bilgisayar ve maddede belirtilen diğer unsurlara yönelebilmek için, başka suretle delil elde etme imkanının olamaması ön koşulu, kişi hak ve özgürlükler açısından yerinde ise de, işin niteliği açısından sorunlara neden olabilecek yapıdadır. Bir suç soruşturmasında bilgisayarlara hemen el konulamaması, bunlarda hemen arama yapılamaması, delillerin kaybolması sonucunu doğurabilir.³⁶ Bu nedenle maddenin bu fıkrasını dar yorumlamamak gerekir. Somut olayın özelliğine göre Cumhuriyet Savcısı bu

³⁶ Ali Karagülmez, a.g.e., s. 261.

hususunu değerlendirecektir. Ayrıca Kanun koyucu burada şüphelinin derecesine de yer vermediğinden, basit şüphelinin oluşması yeterlidir.

CMK. önemli saydığı bir takım koruma tedbirlerini, diğer tedbirlerden ayırmış ve bu tedbirlere ancak klasik soruşturma ve delil elde etme yöntemleri denenip bunlardan bir sonuç alınamadığı takdirde başvurulmasına imkan vermiştir. 'İkinci derecede uygulanabilirlik' olarak da ifade edilen bu koşul, oranlılık ilkesinin somutlaşmış bir biçimidir. Buna göre, aynı amaca hizmet eden iki koruma tedbiri var ise bu tedbirlerden daha ılımlı, kişi hak ve özgürlüklerine daha az müdahale edileni tercih edilmelidir. Ancak bu koşul, öncelikle klasik soruşturma yöntemlerinin denenip sonuç alınması, daha sonra bu tedbirlerin uygulanması anlamına gelmez. Klasik koruma tedbirleri denendiğinde bunlardan sonuç alınamayacak konusunda haklı bir beklenti var ise daha ağır sonuçlar doğuracak olan tedbire doğrudan başvurmak mümkündür.³⁷

CMK 134/1. madde uyarınca sadece şüphelinin kullandığı ve ona ait bilgisayar, bilgisayar kütükleri vs.de arama yapılabilecek, diğer kimselerin kullandığı veya şüphelinin kullanmaması kaydı ile üçüncü kişilere ait bilgisayarlarda bu yapılamayacaktır.³⁸ Öncelikle ortada bir şüphelinin bulunması gerekir. Üçüncü kişilere ait bilgisayarda bu koruma tedbirinin kullanılabilmesi için, şüphelinin bunu kullanmış veya kullanıyor olması gerekir.³⁹

Şüphelinin kullanmış olduğu bilgisayarın, başkasına ait olması durumunda, bu bilgisayar da gerekli koşullar yerine getirildikten sonra aranması mümkün olabilecektir. Kanun koyucu, 'şüphelinin kullandığı

³⁷ Mustafa Ruhan Erdem, Ceza Muhakemesinde Organize Suçlulukla Mücadele, Gizli Soruşturma Tedbirleri, Ankara 2001, s.320-322.; ayrıca bkz: Murat Aydın, Arama ve El Koyma, Seçkin Yayınevi, Ankara 2009, s. 174.

³⁸ Yargıtay 5. CD. 11.06.2007, 3700/4661.

³⁹ Yargıtay 1. CD. 14.11.2005, 3891/3230.; ayrıca bkz: Yener Ünver-Hakan Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2010, B.3, s.412.

bilgisayar' ibaresini kullanmıştır. Bilgisayarın ona ait olup olmamasına ilişkin, herhangi bir düzenleme görülmektedir.⁴⁰

Ayrıca, CMK 134/1'in hatalı düzenlemesi nedeniyle, **sanığın** bulunduğu veya sanığa ait bilgisayar veya bilgisayar kütüklerinde arama yapılması olanağı bulunmamaktadır. Bu hükmün kovuşturma evresi için, yani sanık hakkında da kullanılması, koruma tedbirlerinin kanunilik ilkesine aykırı olup; bunun yapılabilmesi için kanuni düzenlemeye ihtiyaç bulunmaktadır.⁴¹

Esasen bu hüküm olmaksızın da, genel hükümler gereğince bilgisayarlara el koymak mümkün idi. Ancak bu hüküm ile amaçlanan asıl husus, bilgisayarlara el koymaksızın da verilere ulaşmanın mümkün olması durumunda, bilgisayarın tümüne el konularak insanların bilgisayar kullanımına engel olunmamasıdır.⁴²

CMK 134. maddede internet kütüklerinin ve iletişim olmaksızın internette arama yapılması konusunda bir düzenleme yapılmamıştır. İnternet ve bilgisayar farklı şeylerdir. Bilgisayar kütüklerinde arama ile ilgili düzenleme var, ama internetle bilgisayarı ayırmak gerekir. Bu nedenle internet kütükleri bakımından da düzenleme yapılmalıdır.⁴³

Maddenin ikinci fıkrasında, bilgisayarlar ve diğer ilgili cihazlara hangi hallerde el konulacağı belirtilmiştir. Aygıtlara el konulamaması maddede açık yazılmamışsa da, sadece şifrelenmiş bilgisayarlarda ve gizlenmiş verilere ulaşılamamış olduğunun tespiti halinde el koyulacağının belirtilmiş olması, aygıtlara bu haller dışında el konulamayacağı anlamına gelmektedir. Madde, şifrenin çözülememesi durumunu açıklığa kavuşturmuştur. İlgili fıkra uyarınca bilgisayarın kendisinde,

⁴⁰ İsa Döner, 'Ceza Muhakemesi Hukuku İşlemlerinden Koruma Tedbiri Olarak Arama İşlemi', 3. Yılında Yeni Ceza Adalet Sistemi, Seçkin Yayınevi, Ankara 2009, s.480.

⁴¹ Yener Ünver-Hakan Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2010, B.3, s.412.

⁴² Yener Ünver-Hakan Hakeri, a.g.e., s.412.

⁴³ Yener Ünver-Hakan Hakeri, a.g.e., s.413.

programlarında, kütüklerinde veyahut işletim sisteminde şifreleme mevcut olup, bu şifrenin çözülememesi ve nihayetinde gizli olan verilerin incelenememesi durumunda fiziksel olarak bilgisayarın kendisine, harici belleklere veyahut sair araç ve gereçlere elkonulabileceği belirtilmiştir. Elkoyma işlemi geçici nitelikte olup, şifrelemenin çözümlenmesi ve kopyalamanın yapılmasının ardından bu tedbire son verilir. Kanun koyucu elkoyma işlemi bakımından süre limiti koymamış olup, gerekli işlemlerin yapılmasının ardından “gecikme olmaksızın” şeklindeki ibare ile durumu açıklığa kavuşturmuştur. Tüm bu işlemlerin de makul sürede yapılması gereği tartışmasıdır.

Maddenin üçüncü fıkrasında elkoyma işlemi esnasında, sistemdeki verilerin tümünün yedeklemesinin yapılması gereği belirtilmiştir. Uygulamada yedeklemenin elkoyma işlemi sırasında değil, elkoyma işlemi sonrasında yapıldığı hususu eleştirilmektedir. Adli inceleme için gerekli kopyaları alan adli bilişim uzmanının bu yedekleme işlemini nerede yapacağı yönünde bir teamül gelişmemiştir. Olay mahallinde yedekleme yapma imkanı, teknik ve fiziki koşulların yetersiz olması nedeniyle sağlıklı gerçekleşmeyebilir. Bu delillerin kaybolması sonucunu da doğurabilir. Şüphelinin kullandığı bilgisayar ve bu bilgisayarın parçaları dolayısıyla yedekleme esnasında her zaman laboratuvar ortamı da müsait olmayabilir. Fakat elkoyma işleminden sonra çıkartılacak bir yedek sağlıklı olmayacak ve soruşturma evresi için akıllarda soru işareti bırakabilecektir. Bu nedenle yedekleme usul ve esasları daha ayrıntılı düzenlenmelidir. Ayrıca, elkoymanın belli bir süreci de aldığı unutulmamalıdır. ‘elkoyma işlemi sırasında’ cümlesini iyi yorumlamak gerekir. Bu durumu sadece olay yeri ile sınırlandırmak mümkün değildir. Yasanın amacına uygun olan, muhafaza yapıldıktan sonra bilgisayar ve kütüklerinde zarar verilmeyecek bir ortamda verilerin tespiti yapılırken yedeklemenin yapılmasıdır. Burada mekan önemli değil, zaten maddenin 1. ve 2. fıkraların yorumunda da bu sonuç ortaya çıkmaktadır. Yine de eleştirilere son vermek açısından, elkoyma esna-

sında “kriptografik hash değeri”⁴⁴ hesaplanmalı ve manipülasyona izin verilmeyerek bu verilerin bütünlüğü korunmalı ve zamanla gelişecek diğer tedbirlere başvurulmalıdır.

Maddenin dördüncü fıkrasında, yedeklemesi yapılan sistemdeki verilerin bir kopyasının, istek üzerine şüpheli veya vekiline verileceği düzenlenmiştir.

Belirtilen bu husus isabetli olmakla beraber, örneğin bir hacker’a bu kopyaların verilmesi suçu işlemeye devam etmesini sağlayabileceğinden, bu durumun göz önünde bulundurulması gerekir.⁴⁵

Maddenin beşinci fıkrasında, soruşturma esnasında sistemin tümünün yedeklenmesinin yerine, zaman kazanmak adına yalnızca esaslı noktaların kağıda dökülmesini düzenlemiştir. İstisnai bir durumu oluşturan bu yöntem yalnızca soruşturma ile ilgili olarak bilgisayar programlarında veyahut kütüklerinde bulunan çok önemli, nokta delillerin elde edilmesi halinde kullanılabilir. Bu esnada veri kayıplarının ve endişelerin önüne geçmek için verilerin “hash değeri” hesaplanarak yazdırılabilir.

Maddenin 3, 4 ve 5. fıkralarında belirtilen, incelenen aygıtın yedeklenmesi, ilgilinin veya avukatının isteği halinde yedeğin de kopyasının çıkarılması ve bu durumun tutanağa geçirilmesinin amacı, verilerin bütünlüğünün bozulmasını ve değişme, değiştirilme ihtimaline karşın bir önlem almaktır.

Elektronik delillerin yedeğinin alınması ve elektronik olarak mühürlenmesi, aslında şüpheliden çok delil toplayan görevlilerin faydasıdır. Zira, elektronik delillerin her an değişebileceği ve değiştirilebile-

⁴⁴ Hash, bir verinin dijital parmak izidir. Bir veri, bir hashing algoritması kullanılarak daha küçük bir veri parçasına dönüştürülür. Ayrıca bir hash algoritmasından iki ayrı veri için aynı hash'i üretmemesi de beklenir. Örneğin "Huku-ki.Net" verisi için SHA1 Kriptografik Hash Algoritması'nın ürettiği olduğu değer "72da1bea61ed22b75a15236b82791ca1c9448803" şeklindedir. (<http://www.movable-type.co.uk/scripts/sha1.html>)

⁴⁵ Yener Ünver-Hakan Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2010, B.3, s.411.

ceği bir ortamda, esas olarak kaygan zeminde duran kişi delil toplayan görevlidir. Bu işlemlerin yapılmadığı her delil toplamada, şüpheli veya avukatı toplanan delillerin hukuka aykırı olduğu itirazında bulunabilir, bu durumda bunun aksini ispat etmek emniyet görevlilerine düşmektedir. Bu nedenle özellikle sayısal delillerin, zamanında ve doğru şekilde toplanması çok önemlidir. Böylece yargılamada gecikmelere neden olunmaz. Yargıtay'ın aşağıda belirtilen kararı da düşüncemizin haklılığını göstermektedir.

Konuyla ilgili T.C. Yargıtay 11.Ceza Dairesi'nin 16.04.2007 tarihli, E: 2005/6376, K: 2007/2551 nolu kararı⁴⁶ şu şekildedir:

'Bilgisayar sistemine zarar vermek suçundan sanık M.Ü'nün yapılan yargılaması sonunda: Beraatine dair Adana 5. Asliye Ceza Mahkemesinden verilen 25.11.2004 gün ve 2003/741 Esas, 2004/1570 Karar sayılı hükmün süresi içinde Yargıtay'ca incelenmesi katılan vekili tarafından istenilmiş olduğundan dava evrakı C.Başsavcılığının onama isteyen 18.07.2005 tarihli tebliğnamesi ile daireye gönderilmekle incelemek gereği görüldü:

Sanığın suç tarihinde kendi adına kayıtlı bilgisayar adresinden virüs göndererek katılan M.E.'in, yetkilisi olduğu E. İnşaat Sanayi ve Ticaret Limitet Şirketi'ndeki bilgisayarların sistemine zarar verdiğinin iddia olunması, sanığın ise <kendisinin daha önce söz konusu şirkette satış ve pazarlama müdürü olarak çalıştığını, ancak bu şirketteki bilgisayarlara e-mail yoluyla virüs göndererek zarar vermediğini ve suçu kabul etmediğini> savunması, katılanın, <adı geçen şirketin sahibi ve genel müdürü olduğunu, olay tarihinden önce şirkette müdür ve tercüman olarak çalışan sanığın, kendisinin yol açtığı hesap açığını kapatmak için kendi e-mail numarasından virüs göndererek şirkete ait bilgisayarların sistemlerine zarar verdiğini ve şikayetçi olduğunu> belirtmesi, tanık Ş. K.'ın, <kızkardeşi olan sanığın daha önce söz konusu

⁴⁶ Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları

şirkette çalıştığını, daha sonra işinden ayrıldığını, şirkete ait bilgisayar sistemine zarar verdiğine dair bilgisinin olmadığını, sanık olan kızkardeşini isteyen katılanın evlenme isteği kabul edilmeyince annesini iteklediğini, bu olaylar nedeniyle karakola müracaat edildiğini,> diğer tanık S. U.'ın, arkadaşı olan sanığın, üç kardeşin ortak olduğu E. İnşaat Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi'nde pazarlama müdürü olarak görev yaptığı sırada, kriz nedeniyle ortaklardan ikisi tarafından işten çıkarıldığını, diğer ortak katılanın işe tekrar dönmesini istemesine rağmen, onun kabul etmediğini, bu nedenle iftira etmiş olabileceğini, bilgisayara zarar verdiğini görmediğini beyan etmesi, Ç. Üniversitesi Bilgisayar Bilimleri Uygulama ve Araştırma Merkezi Müdür Yardımcısı Bilirkişi Yrd. Doç. Dr. B. M.'ın, 06.08.2004 günlü raporunda, <dava dosyasının ekinde mevcut diskete, 21.03.2002 tarihinde şirket ana bilgisayarından bilirkişi bilgisayar teknisyeni İ. Ç. tarafından tespit edilerek kaydedilen ve içinde VBS/Haptime.gen@MM virüsünü barındıran 26 KB büyüklüğündeki SZSCS.HTM isimli dosyanın virüs içermesi nedeniyle disketin orijinallliğini bozmamak için kopyasını alıp söz konusu dosyanın kaynak kodu üzerinde yaptığını belirttiği incelemede, öncelikle bilirkişi İ.Ç.'ın 25.03.2002 tarihli raporunda dökümünü verdiği e-postanın yazıcı çıktısının 02.03.2002 tarihli olup bilirkişi tespitinden önce yazdırılmış olduğunu, söz konusu e-posta çıkışlı olmakla E..... İnşaat Sanayi ve Ticaret Limitet Şirketi'ne ait aedltd@m.com adresine 03.01.2002 tarihinde gönderildiğini, gönderenin <m c> olarak görüldüğünü, ancak <Kimden> alanına yazılan bu isim, adres defteri veri tabanından otomatik olarak alınarak buraya yazıldığını ve bu veri tabanını bilgisayarı kullananların el ile değiştirebilmelerinin mümkün olduğunu, kaynak kodu içinde yaptığı aramada, bilirkişi İ.Ç.'nin raporunda ve dava dosyasında muhtelif yerlerde sanığa ait olduğu söylenen mcde@y.de, mcde70@y.de, mcde71@y.de e-posta adreslerinin hiçbiri- ne rastlayamadığını, kişilere ücretsiz e-posta adresi veren sitelerden biri olan Y. internet sitesinin people.y.com arama sayfasında, M.Ç. kelimelerini aratarak mcde70@y.de e-posta adresinin olduğunu tespit ettiğini, bu e-posta adresinin adı ve soyadı alanlarına M.Ç. girilerek Almanya Y. ücretsiz e-posta adresi sağlayan servis sağlayıcısından

alındığını, bu adresin kendisine ait olup olmadığını sanıktan, aynı adresle ilgili daha detaylı kimlik bilgisi için de, ancak y.de internet sitesi yöneticilerinden sorularak öğrenilebileceğini, ancak bu adresin izine virüslü SZSCS.HTM dosyasında rastlanılmadığını, bunun yerine sadece bir yerde <Kimden> alanında veri tabanından otomatik olarak alınarak yazılan <m c> bilgisine rastlanıldığını, söz konusu e-postada bulunan VBS/Haptime.gen@MM virüsü ile ilgili antivirüs firmalarından olan M. şirketinin sitesinden elde ettiği bilgilere göre bu virüsün, kendisini web sayfası dosyalarına ekleme, .DLL ve .EXE uzantılı sistem dosyalarını silme, web sayfaları halinde hazırlanmış e-postaların içinde kendisini otomatik olarak yayarak bulaştırma özelliklerine sahip bir virüs olduğu, Microsoft Outlook Express isimli e-posta programı kullanılarak gönderilen e-postalar aracılığıyla gizlice kendisini yaymaya çalıştığı, ayrıca, bulaştığı bilgisayarın çalıştığı tarihteki günün ve ayın toplamı 13 ise aktifleşerek sistemde bulunan, .DLL ve .EXE uzantılı sistem dosyalarını silerek sisteme zarar verdiğini, buna göre, e-posta ile gönderilen virüsün özelliğinden dolayı, hiçbir ekli dosyayı çalıştırmaya gerek kalmadan okunur okunmaz 03.01.2002 tarihinde bilgisayar sistemine bulaşmış olması gerektiğini, şirketinin ilk keşif istediği tarih olan 20.03.2002 tarihine kadar, 12.01.2002 Cumartesi, 11.02.2002 Pazartesi ve 10.03.2002 Pazar günleri virüsün çalışarak sistem dosyalarını sileceğini, sisteme ait olan dosyalar silindikçe de sistemin açılmasının zorlaşacağını ve bir süre sonra da hiç açılmaz hale geleceğini, virüs içeren bir e-posta veya e-postaların E. İnşaat Sanayi ve Ticaret Limitet Şirketi'nin bilgisayarlarına virüs bulaştırması sonucu doğacak zararın, şirketin gönderdiği e-postalar aracılığıyla başka adreslere virüs göndererek başka bilgisayarlara zarar vermesi ve kendi bilgisayarlarının sistem dosyalarını silerek çalışamaz duruma getirip iş ve zaman kaybına neden olması olduğunu, virüslü veya virüssüz bir e-postayı gönderen bilgisayarı bulmanın mümkün olduğunu, e-postayı gönderen bilgisayarın IP numarası, e-postayı gönderen sunucu bilgisayarın IP numarası, gönderici ve alıcı adreslerinin, e-posta almayı ve göndermeyi sağlayan e-postanın sunucu bilgisayarlarının tuttuğu günlük kayıtlarında saklandığını, servis sağlayıcı firmaların bir süre sonra

bu kayıtların olduğu dosyaları silebildiğini, bu bilgilerin servis sağlayıcı firmalardan resmi yollarla istenilerek öğrenilebileceğini, bu davada 03.01.2002 tarihinde saat 16.19'da E. İnşaat Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi'nin aedltd@m.com e-posta adresine virüslü e-posta gönderilerek bilgisayar sistemlerine zarar verilmesinin söz konusu olduğunu, M. şirketinin günlük kayıtları mevcutsa gönderici e-posta adresini, e-postanın yazılıp yola çıkarıldığı ilk bilgisayarın IP numarasını ve IP numarasının sahibi servis sağlayıcı firmanın isminin bulunabileceğini, servis sağlayıcı firmadan da, günlük kayıtları mevcutsa verilen tarih ve saat için bu IP numarasının kullanıcılarının öğrenilebileceğini, şayet e-postanın yola çıkarıldığı sistemin IP numarası M. şirketinden öğrenilemezse ve e-postayı gönderen adres mcde70@y.de olarak bulunursa Y. şirketinden, başka bir adres çıkarsa o e-posta adresini sağlayan servis sağlayıcıdan, bu adresi kullanan kişinin sistemde kayıtlı kimlik bilgileriyle, mevcutsa günlük kayıtlarından bu adres aracılığıyla e-posta gönderip almak için sisteme erişildiğindeki tarih ve saatler ile erişilen IP numaralarının öğrenilebileceğini ve bu kullanıcı telefonla bağlanan bir ev kullanıcısı ise bağlanılan telefon numarasından kimliğinin kolaylıkla bulunabileceğini, sonuç olarak, sanığın E. İnşaat Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi'nin bilgisayarlarına virüs gönderdiğinin kesin olmadığını, ancak virüs bulaştıran e-postanın gönderildiği kaynağın araştırılması gerektiğini, e-posta nedeniyle bulaşan virüsün bilgisayar sistemi bozarak iş ve zaman kaybına neden olduğunu, virüslü e-postayı gönderen bilgisayarın tespit edilmesinin, e-postanın yola çıkarıldığı bilgisayarın IP numarasının bulunmasıyla mümkün olabileceğini açıklamaları karşısında, gerçeğin kuşkuya yer vermeyecek şekilde belirlenmesi açısından; öncelikle e-posta yolu ile virüs göndererek sistemine zarar verilmiş bir bilgisayarda incelemenin, olayın hemen akabinde yapılması ya da inceleme yapılacak bilgisayarın veya bilgisayara ait veri içeren ünitelerin, olaydan sonra inceleme yapılana kadar hiç kullanılmaması gerektiği, incelenecek bilgisayarın diskine bazı bilgilerin yazılması, değişmesi veya silinebilmesini önlemek ve söz konusu diskin bütünlüğünü sağlamak için bilgisayarda virüslü dosya üzerinde inceleme yaparken ilk işlem olarak, söz konusu dosyanın birebir (sector-by-

sector) yedeğinin alınması (yani incelemenin orijinal dosya üzerinde yapılmaması), daha sonra ikinci olarak alınan birebir yedeğin değiştirilip değiştirilmediğini tespiti yarayacak zaman ve bütünlük kontrolü imkanı sağlayan değer (hash) belirlenmesi, bir e-postanın kimden geldiğinin tespiti için de, ilk olarak e-postayı gönderen IP adresinin bulunması (örneğin; şikayetçiye gelen e-postanın seçeneklerinden e-posta üst bilgisinin belirlenmesi ve bu üst bilginin uzman kişiler tarafından incelenmesi veya şikayetçiye gelen e-postanın göndericisinin ya da alıcısının e-posta sunucusunun sahibi şirkete belirtilen tarih ve saatte bahse konu e-postanın hangi IP adresinden gönderildiğinin sorulması ile), daha sonra da bulunan IP adresinin belirtilen tarih ve saatte hangi abone tarafından kullanıldığının ve o abonenin açık adres ve kimlik bilgilerinin talep edilmesi, bulunan IP adresini kullanan abonenin sanıkla bağlantısının araştırılması gerektiği hususları da göz önüne alınarak, bilgisayardaki virüslü dosya veya dosyaların orijinallerinin korunup korunmadığı, birebir yedeklerinin alınıp alınmadığı hususlarının araştırılması, e-posta veya e-postaları gönderenin IP adresinin bilirkişi raporları doğrultusunda tespiti, bulunacak adresin sanıkla ilgisinin belirlenmesi, olay tarihinde katılan dışındaki diğer şirket ortakları ile Y.Ç.'nin tanık sıfatı ile dinlenmeleri ve toplanan deliller bir bütün halinde değerlendirildikten sonra sonucuna göre sanığın hukuki durumunun takdir ve tayini gerektiği gözetilmeden eksik inceleme ile yazılı şekilde beraatine hükmolunması,

Sonuç: Yasaya aykırı, katılan vekilinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülüş olduğundan hükmün bu sebepten dolayı, 5320 sayılı Kanununun 8/1. maddesi gereğince uygulanması gereken 1412 sayılı CMUK. nun 321. maddesi uyarınca BOZULMASINA, 16.04.2007 gününde oybirliği ile karar verildi.'

B. ADLİ VE ÖNLEME ARAMALARI YÖNETMELİĞİ

25832 numaralı, 01.06.2005 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanan Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği’nin 17. maddesi “Bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma” başlığını taşımakta olup, şu şekildedir:

“Madde 17 - Bir suç dolayısıyla yapılan soruşturmada, başka surette delil elde etme imkânının bulunmaması hâlinde, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine şüphelinin kullandığı bilgisayar ve bilgisayar programları ile bilgisayar kütüklerinde arama yapılmasına, bilgisayar kayıtlarından kopya çıkarılmasına, bu kayıtların çözümlenerek metin hâline getirilmesine hâkim tarafından karar verilir.

Bilgisayar, bilgisayar programları ve bilgisayar kütüklerine şifrenin çözülememesinden dolayı girilememesi veya gizlenmiş bilgilere ulaşılamaması hâlinde çözümün yapılabilmesi ve gerekli kopyaların alınabilmesi için, bu araç ve gereçlere elkonulabilir. Şifrenin çözümünün yapılması ve gerekli kopyaların alınması hâlinde, elkonulan cihazlar gecikme olmaksızın iade edilir.

Bilgisayar veya bilgisayar kütüklerine elkoyma işlemi sırasında, sistemdeki bütün verilerin yedeklemesi yapılır. Bu işlem, bilgisayar ağları ve diğer uzak bilgisayar kütükleri ile çıkarılabilir donanımları hakkında da uygulanır.

İstemesi hâlinde, bu yedekten elektronik ortamda bir kopya çıkarılarak şüpheliye veya vekiline verilir ve bu husus tutanağa geçirilerek imza altına alınır.

Bilgisayar veya bilgisayar kütüklerine elkoymaksızın da, sistemdeki verilerin tamamının veya bir kısmının kopyası alınabilir. Kopyası alınan verilerin mahiyeti hakkında tutanak tanzim edilir ve ilgililer tarafından imza altına alınır. Bu tutanağın bir sureti de ilgiliye verilir.”

Bu madde, 5271 sayılı CMK madde 134 ile paralellik taşımakla birlikte, “bilgisayar ağları ve diğer uzak bilgisayar kütükleri ile çıkarılabilir donanımları” da kapsamıştır. Böylece kanunda kullanılan “şüphelinin kullandığı bilgisayar ve bilgisayar programları ile bilgisayar kütükleri” ibaresi genişletilmiştir. Fakat yeterli olmayan, eksik kalan düzenlemenin hafıza kartları, el bilgisayarları, cep telefonları, taşınır bellekler, yazıcı ve fakslar, modemler ve sair elektronik veri barındırıcılarım da kapsaması gerekirdi. Uygulamada “bilgisayar” dan anlaşılan ve çoğunlukla tek başına elkonulan bilgisayar kasası, yalnızca bilgisayarın bir birimi olup, tamamı değildir. Tek başına suç vasıtası sıfatına haiz olamayacak bilgisayar kasası yerine, bilgisayara ait tüm birimlerin incelenmesi veya zaruri durumda elkonulması gerekmektedir.

C. SUÇ EŞYASI YÖNETMELİĞİ

Yine 25832 numaralı, 01.06.2005 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanan Suç Eşyası Yönetmeliği’nin “Teslim alınmayacak suç eşyası” başlıklı 9. maddesi konuyla ilintili olup, şöyledir:

“Madde 9 - Cumhuriyet başsavcılığı, adalet emanet dairesine tevdi edilen eşyadan, kıymetli maden veya taşlardan mamul, antika vesair vasıfları dolayısıyla fazla değerinde bulunanların, memleket dahilinde tedavül etmeyen paralar ile emre veya hâmile yazılı kambiyo senetleri, emtiayı temsil eden belgeler, hisse senetleri, tahviller ve aynen muhafazası gerekmeyen mütedavil paralara ait tutanakların, emanet dairesinde mevcut kasada iyi bir şekilde muhafazası için gereken tedbirleri alır. Bu maksatla bankada kasa kiralamak zorunluluğu doğarsa, durum Adalet Bakanlığına bildirilir ve alınacak talimat dairesinde hareket edilir. Her iki hâlde de emanet memurluğunca kasaya giren ve çıkan eşya için giriş ve çıkış tarihlerini ve çıkış sebeplerini gösterir bir defter tutulur. Bu defter kasa içerisinde durur, kasa en az iki kişi tarafından açılır, kapanır. Bu göreve emanet memurundan başka kimin katılacağı Cumhuriyet başsavcılığınca tayin edilir.

Bilgisayar, bilgisayar kütükleri ve bu sisteme ilişkin verilerin asıl ya da kopyaları, ses ve görüntü kayıtlarının bulunduğu depolama aygıtları gibi eşya, bozulmalarını engelleyecek, nem, ısı, manyetik alan ve darbelerden korunmalarını sağlayacak uygun ortamda muhafaza edilir.

Diğer eşya, bu iş için tahsis olunan yerlerde türlerine ve yıllarına göre tasnif edilmiş şekilde muhafaza edilir.

Emanet dairesinde, soruşturma ve kovuşturma sonuna kadar saklanması sırasında bozulacak veya değerlerini açık bir şekilde kaybedecek olan yahut muhafazaları zor olması itibarıyla, emanet dairesinde saklanması mümkün olmayan eşya hakkında; özel düzenleme bulunmayan hâllerde, soruşturma evresinde sulh hâkiminden ve kovuşturma evresinde yargılamayı yapan mahkemeden; soruşturma veya kovuşturma sonu beklenmeksizin satılmalarına veya 16 ncı maddede yazılı mercilerden birine yahut uygun görülen başka bir mercie teslim edilmelelerine karar verilmesi istenir. Bu kabilden eşya, verilecek karar doğrultusunda ve kararda gösterilen mercilere teslim edilir veya satılır. Satış ve tevdi için yapılan masraflar cezaya veya güvenlik tedbirine mahkûm edilen sanıktan alınmak üzere kovuşturma giderlerinden karşılanır. Eşyanın satılması hâlinde, satış bedeli, bu Yönetmeliğin tedavül eden paralar hakkındaki 12. maddesi hükümleri doğrultusunda emanet memurluğunca saklanır.”

Yapısı gereği sabit diskler ve diğer elektronik materyaller ısıya, neme ve sarsıntıya karşı hassastırlar. Bu madde ile elkonulan bilgisayar, bilgisayar kütükleri, bu sisteme ilişkin verilerin asıl ya da kopyalarının ve depolama aygıtları gibi eşyaların bozulmalarını engellemek için uygun ortamlarda muhafaza edileceği düzenlenmiştir. Emanet dairesi / deposunda saklanması mümkün olmayan eşyaların sulh hâkiminden, soruşturma sonu bekletilmeksizin satılmasına veyahut uygun görülen farklı bir mercie teslim edilmesine karar verilmesi talep edilir ve neticede verilen karar uygulanır.

D. TASARI / TASLAKLAR

Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanan Bilişim Ağı Hizmetlerinin Düzenlenmesi ve Bilişim Suçları Hakkında Kanun Tasarısı⁴⁷ vardır. Tasarı, ilk defa adli bilişim uzmanı terimine yer veriyor oluşu bakımından önemlidir. 35. madde tasarıda şu şekilde düzenlenmiştir:

Adli Bilişim Uzmanı

Madde 35 – (1) Bu kanun kapsamına giren suçlarla ilgili olarak sadece adli bilişim uzmanı yetki belgesi olanlar bilirkişilik yapabilir.

(2) Adli bilişim uzmanlığı ve adli bilişim yetki belgesine ilişkin esas ve usuller yönetmelikte belirlenir.

(3) Adli bilişim uzmanları hakkında 04/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun bilirkişiliğe ilişkin hükümleri uygulanır.

Ayrıca, kanunun yürürlük başlıklı 41. maddesine göre, adli bilişim uzmanına ilişkin 35. madde, kanunun yürürlüğünden iki yıl sonra yürürlüğe girecektir. Adli bilişim uzmanlığına ilişkin ayrıntılar da çıkarılacak yönetmelikte belirlenecektir.⁴⁸ Bundan başka, Adalet Bakanlığı Kanunlar Genel Müdürlüğü'nün internet sayfasında Yargı Bilişimi Kurumu'nun kurulacağına ilişkin bir haber yer almaktadır.⁴⁹ Bu konuyla ilgili olarak sayfada yer verilen açıklamada şöyle denilmektedir: “Anayasa Mahkemesi, Yargıtay, Danıştay, Uyuşmazlık Mahkemesi, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, Yüksek Seçim Kurulu, adli ve idari yargı birimleri, Bakanlık merkez ve taşra teşkilâtı, bağlı ve ilgili kuruluşlarıyla iş birliği yaparak, yargı sisteminin güvenilirliğini, doğru-

⁴⁷ <http://www.kgm.adalet.gov.tr/gorus/bilisim.htm>

⁴⁸ Leyla Keser Berber. “Adli Bilişim Uzmanı Kimdir?” <http://turk.internet.com/haber/yaziyaiz.php3?yaziid=16728> (09.06.2010)

⁴⁹ <http://www.kgm.adalet.gov.tr/uck/uck.html> (20.11.2008)

luğunu en üst düzeyde sağlamak ve işleyişine hız kazandırmak amacıyla mahkemelerce yapılan işlemler de dâhil olmak üzere yargıyı ilgilendiren tüm adli ve idari iş ve işlemlerin elektronik ortamda yapılması için Ulusal Yargı Ağı Bilgi Sistemini kurmak, işletmek, bakım ve onarımlarını yapmak veya yaptırmak, geliştirmek, bunlara ait hizmetleri ilgili birimlerle birlikte yürütmek, dahili ve harici birimlerle veri alışverişini sağlamak ve diğer bilişim faaliyetlerinin yürütülmesiyle ilgili olarak anılan birimler arasında işbirliğini ülke düzeyinde ve bölgesel olarak sağlamak ve uluslararası alanda da faaliyet göstermek üzere, Adalet Bakanlığına bağlı olarak Yargı Bilişim Kurumunun kurulmasına dair hükümler içeren taslak hazırlanması amacıyla yapılan çalışmalar devam etmektedir.”

Adli Bilişim ile ilgili bir diğer düzenleme ise 5651 sayılı “İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun”la yapılan düzenlemedir. Bu kanunda, erişim sağlayıcı, yer sağlayıcı, içerik sağlayıcı ve toplu kullanım sağlayıcı gibi internet aktörlerinin tanımları yapılmış, bunların hak ve sorumlulukları belirlenmiştir. Kanunun ilgili maddelerinde, internet ortamında birbirlerine bağlı olan bilgisayarların birbirleriyle yapmış oldukları işlemlerin (web sitesi yayını, siteye girme, veri alış veriş, mesajlaşma, elektronik posta vs.) taraflar, zaman, süre, yararlanılan hizmetin türü, aktarılan veri miktarı ve bağlantı noktaları gibi kayıtlarının tutulması sağlanmıştır. Burada da amaç, elektronik ortamda delil elde etmektir.

Verilerin internet sayesinde kolaylıkla yer değiştirebilmesi, yine internet sayesinde verilere müdahale edilebilmesi, internet yoluyla işlenebilen ve bilişime özgü suçların dünyanın herhangi bir yerinden kolaylıkla yapılabilmesi, karşımıza ülkesellik ve yetki sorunlarını çıkarılmaktadır. Dolayısıyla, dünyanın herhangi bir yerinden hareketle işlenen suçun Türkiye’de sonuç doğurması ya da tam tersi bir durumda, delil toplayabilmek, hele ki elektronik delil elde edebilmek çok zordur. Bu soruna uluslararası sözleşmelerle ve adli işbirlikleriyle çözüm bulun-

maya çalışılmaktadır. Ancak, bu konudaki kavramların, standartların ve suç tanımlarının her ülkede aynı olmaması sebebiyle, sorun uzun bir süre aşılamayacak gibi gözükmektedir.

E. 5237 SAYILI TCK. 'DA BİLİŞİM İLE İLGİLİ SUÇLAR

Bilişim suçları, 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanununda şu numara ve başlıklar altında yer almaktadır:

“Kişilere Karşı Suçlar” kısmının dokuzuncu bölümünde “Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına İlişkin Suçlar” başlığı altında 135. maddede “Kişisel verilerin kaydedilmesi suçu”, 136 ve 137. maddelerde “Kişisel verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçu”, 138. maddede “Verileri yok etmeme suçu”, “Topluma Karşı Suçlar” kısmının onuncu bölümünde “Bilişim Alanında Suçlar” başlığı altında 243. maddede “Hukuka aykırı olarak bilişim sistemine girme ve sistemde kalmaya devam etme suçu”, 244. maddede “Bilişim sisteminin işleyişini engelleme, verileri bozma, verileri yok etme, verileri değiştirme, verileri erişilmez kılma, sisteme veri yerleştirme, sistemdeki verileri başka yere gönderme, bilişim sistemi aracılığı ile çıkar sağlama suçları”, 245. maddede “Banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması suçu” düzenlenmiştir.

Bunlardan başka yeni TCK.nunda bilişim sistemleri aracılığı ile işlenebilecek ancak salt bilişim suçu olarak nitelendirilemeyecek ve bahsi geçen maddeler gereğince cezalandırılacak suçlar da bulunmaktadır. Bunlar:

81 ve 82. maddelerde “Kasten öldürme suçu”, 84. maddede “İntihara azmettirme, intiharı teşvik, intihar kararını kuvvetlendirme suçları” 86 ve 87. maddelerde “Kasten yaralama suçları”, 91. maddede “Organ ve doku ticareti”, 96. maddede “Eziyet suçu”, 105. maddede “Cinsel taciz suçu”, 106. maddede “Tehdit suçu”, 107. maddede “Şantaj suçu”, 123. maddede “Kişilerin huzur ve sükununu bozma suçu”, 124. maddede “Haberleşmenin engellenmesi”, 125. maddede “Hakaret su-

çu”, 132. maddede “Haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu”, 133. maddede “Kişisel konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması suçu”, 134. maddede “Özel hayatın gizliliğini ihlal suçu”, 142. maddenin 2. fıkrasının (e) bendinde “Bilişim sistemlerinin kullanılması suretiyle hırsızlık suçu”, 148 ve 149. maddelerde “Yağma suçu”, 157 ve 158. maddelerde “Dolandırıcılık suçu”, 179. maddenin 1. fıkrasında “Kara, deniz, hava ve demiryolu ulaşımının güven içinde akışını sağlamak için kurulmuş teknik işletim sistemine müdahale ederek trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçu”, 213. maddede “Halk arasında korku ve panik yaratmak amacıyla tehdit suçu”, 214. maddede “Suç işlemeye tahrik suçu”, 215. maddede “Suçu ve suçluyu övme suçu”, 216. maddede “Halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşağılama suçu”, 217. maddede “Halkı kanunlara uymamaya tahrik suçu”, 225. maddede “Alenen cinsel ilişkide bulunmak ve teşhircilik suçları”, 226. maddede “Müstehcenlik suçu”, 227. maddede “Fuhşa teşvik ve aracılık suçları”, 228. maddede “Kumar oynanması için yer ve imkan sağlama suçu”, 237. maddede “Fiyatları etkilemek amacıyla yalan haber veya havadis yayma suçu”, 239. maddede “Ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi ve belgelerin açıklanması suçu”, 258. maddede “Göreve ilişkin sırrın açıklanması suçu”, 267. maddede “İftira suçu”, 271. maddede “Suç uydurma suçu”, 281. maddede “Suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirme suçu”, 282. maddede “Suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama suçu”, 285. maddede “Soruşturmanın gizliliğinin ihlali suçu”, 286. maddede “Soruşturma ve kovuşturma işlemleri sırasındaki ses veya görüntülerin yetkisiz olarak kayda alınması veya nakledilmesi suçu”, 288. maddede “Adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs suçu”, 299. maddede “Cumhurbaşkanına hakaret suçu”, 300. maddede “Devletin egemenlik alametlerini aşağılama suçu”, 301. maddede “Türklüğü, Cumhuriyeti, Devletin kurum ve organlarını aşağılama suçu”, 304. maddede “Devlete karşı savaşa tahrik suçu”, 318. maddede “Halkı askerlikten soğutma suçu”, 319. maddede “Askerleri itaatsizliğe teşvik suçu”, 323. maddede “Savaşta yalan haber yayma suçu”, 327. maddede “Devletin güvenliğine ilişkin bilgileri temin etme suçu”, 329. maddede “Devletin güvenliğine ve siyasal yararlarına ilişkin bilgileri açıklama

suçu”, 330. maddede “Devletin güvenliği için gizli kalması gereken bilgileri açıklama suçu”, 331. maddede “Uluslar arası casusluk suçu”, 334, 335, 336, 337. maddelerde “Yasaklanan bilgileri temin, casusluk maksadıyla temin, açıklama, casusluk maksadıyla açıklama suçları”, 340. maddede “Yabancı devlet başkanına karşı suç”, 342. maddede “Yabancı devlet temsilcilerine karşı hakaret suçu” düzenlenmiştir.

Yukarıda sayılan suçlar bilişim sistemleri aracılığı ile de işlenebilecek suçlardır.⁵⁰

F. SİBER SUÇLAR SÖZLEŞMESİ

Türkiye, siber suçları tanımlayan ve cezai soruşturma ve kovuşturma yöntemlerini belirleyen "Avrupa Siber Suçlar Sözleşmesi"ne henüz taraf olmak için yasal alt yapı çalışmalarına devam etmektedir. Avrupa Konseyi (AK) Suç Sorunları Yürütme Komitesi'ne bağlı "Siber Uzayda Suçlar Uzmanlar Grubu"nun 1997 yılında çalışmalarını başlattığı "Avrupa Siber Suç Sözleşmesi", 8 Kasım 2001'de Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nde onaylanmasının ardından 23 Kasım 2001'de Macaristan'da imzaya açılmıştı.

Siber suçlarla ilgili olarak düzenlenen ilk belge olma özelliğini taşıyan "Avrupa Siber Suç Sözleşmesi"ni şu ana kadar 39'u AK üyesi olmak üzere toplam 43 ülke imzaladı.⁵¹

Sözleşmede, bir bilişim sistemi olarak bilgisayar sistemlerinin ceza hukukuna etkisi ve ortaya çıkardığı sorunlar, hem maddi ceza hukuku açısından hem de ceza yargılaması açısından ele alınmış ve bu alanlarda bilgisayar sistemlerinin kullanılması merkezinde ortaya çıkan sorunlara ilişkin çözümler getirilmek istenmiştir. Sözleşmenin ikinci kısmını oluşturan maddi ceza hukukuna ve ceza yargılamasına ilişkin

⁵⁰ İsmail ERGÜN, 2.Polis Bilişim Sempozyumunda Sunulan Bildiri, ayrıca bkz www.caginpolicisi.com

⁵¹ http://www.posta.com.tr/yasam/teknoloji/HaberDetay/Turkiye_Siber_Suclar_Sozlesmesi_ne_qiriyor.htm?ArticleID=24866

sorunlar iki ana bölüme ayrılmış ve birinci bölümde maddi ceza hukukuna ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. İkinci bölümde ise, ceza yargılamasına ilişkin sorunları ele alınarak özellikle delillerin elde edilmesi, korunması ve saklanmasına ilişkin olarak ortaya çıkan sorunlara çözüm getirilmek istenmiştir.⁵²

Konuya ilişkin olarak Siber Suçlar Sözleşmesi'nin "Saklanan bilgisayar verilerinin aranması ve bunlara el koyulması" şeklindeki 4. başlığı olan, şu şekilde düzenlenmiştir:

Madde 19 - Saklanan bilgisayar verilerinin aranması ve bunlara el konulması

1. Taraflardan her biri, yetkili mercilerinin kendi ulusal sınırları içinde aşağıdakileri arama ya da bunlara benzer şekilde erişim sağlama konusunda yetkili olabilmeleri için gerekli olabilecek yasama işlemlerini ve diğer işlemleri yapacaktır:

a. Bir bilgisayar sistemi ya da bu sistemin parçası ve bunlarda saklanan bilgisayar verileri,

b. Bilgisayar verilerinin saklandığı cihazları.

2. Tarafların her biri, yetkili mercilerinin paragraf 1 (a) uyarınca belirli bir bilgisayar sisteminde ya da bu sistemin bir parçasında arama yapması ya da bunlara erişim sağlaması söz konusu olduğunda, ayrıca aranan verilerin kendi ulusal sınırları içindeki başka bir bilgisayar sisteminde ya da bu sistemin bir parçasında saklandığına dair gerekçeleri bulunduğunda, söz konusu mercilerin arama ya da erişim işlemlerini bu sistemi kapsayacak şekilde genişletebilmelerini sağlamak üzere gerekli olabilecek yasama işlemlerini ve diğer işlemleri yapacaktır.

⁵² Muammer Ketizmen, Türk Ceza Hukukunda Bilişim Suçları, Adalet Yayınevi, Ankara 2008, s.49.

3. Taraflardan her biri, yetkili mercilerinin kendi ulusal sınırları içinde paragraf 1 veya 2 uyarınca erişilen bilgisayar verilerine el koyma ya da bunları başka şekillerde koruma altına alınması konusunda yetkili olabilmeleri için gerekli olabilecek yasama işlemlerini ve diğer işlemleri yapacaktır. Bu işlemler arasında, aşağıdakilerin yapılabilmesine yönelik yetkilerin sağlanması bulunacaktır:

a. Herhangi bir bilgisayar sistemine ya da bu sistemin bir parçasına veya bilgisayar verilerinin saklandığı cihazlara el konulması ya da bunların benzer şekilde koruma altına alınması;

b. Bu bilgisayar verilerinin kopyalanıp alıkonulması;

c. Söz konusu saklı bilgisayar verilerinin doğruluğunun muhafaza edilmesi;

d. Erişilen bilgisayar sistemindeki söz konusu verilerin erişilemez kullanılamaz hale getirilmesi ya da silinmesi.

4. Taraflardan her biri, yetkili mercilerinin ilgili bilgisayar sisteminin işleyişi hakkında ya da bu sistem içindeki bilgisayar verilerinin korunması için kullanılan önlemler hakkında bilgi sahibi olan herhangi bir kişiye, paragraf 1 ve 2'de belirtilen işlemlerin yapılabilmesi için gerekli bilgileri makul şekilde vermesi yönünde talimat vermesi için gerekli olabilecek yasama işlemlerini ve diğer işlemleri yapacaktır.

5. İşbu maddede sözü geçen yetki ve usuller Madde 14 ve 15'e tabi olacaktır.

İş bu sözleşmeye taraf olan ülkelerin, bu normları kendi iç hukuklarına uyarlaması gerekmekte olup, sözleşmede bu husustan sıkça bahsedilmiştir.

Maddenin birinci fıkrasında yetkili mercilerin arama ya da erişim sağlama konusunda yetkili olabilmeleri için "bilgisayar sistemi, bilgi-

sayar parçası ve bunlarda saklanan bilgisayar verileri” cümlesi ile yetinilmemiş olup, “bilgisayar verilerinin saklandığı cihazları” na yer verilmiş ve böylece CMK’da bahsetmiş olduğumuz eksiklik giderilmiştir. Bilgisayar belirli komutlara göre veri işleyen ve depolayan bir makine⁵³ olduğu üzere, tüm fiziksel parçaları kapsam dahilindedir. Sözleşmenin birinci maddesi daha genel bir tanım öngörmüş olup, makineye ait tüm fiziksel donanımı değil, bilgisayar verilerinin saklandığı cihazlardan bahsetmiştir. Daha doğru bir tanımla, uygulamada da kolaylık yaratılmış olup, tüm bilgisayarı külliyen aramak ve koşulları oluştuğunda elkoymak yerine, yalnızca HDD veyahut DVD’lere aynı işlem uygulanabilecektir. Maddenin ikinci fıkrası da bilgisayar sisteminin bağlı olduğu diğer sistemleri de kapsayarak, somut anlamı genişletmiştir.

Maddenin üçüncü fıkrası, söz konusu bilgisayar verilerine elkonulması, bu verilerin koruma altına alınması ve saklanmasını düzenlemiştir. Böylece taraf ülkelerin yasama yetkileri, maddede düzenlenen şekil ile düzenlenecektir.

Maddenin dördüncü fıkrasında “adli bilişim uzmanı” devreye girmiştir. Madde metnine konu edilen uzman kişiye, birinci ve ikinci fıkradaki işlemlerin yapılabilmesi için gerekli bilgileri makul şekilde vermesi için talimat verilmesi dolayısıyla gerekli yasal düzenlemenin yapılması gerekliliği belirtilmiştir. Ülkemizde bu husus kolluk kuvvetleri tarafından uygulanmakta olup, yeterli sayıda adli bilişim uzmanı bulunmamaktadır.

Maddenin son fıkrasında ise yetki ve usullerin aynı sözleşmenin 14. ve 15. maddelerine tabi olacağı belirtilmiştir.

⁵³ <http://tr.wikipedia.org/wiki/Bilgisayar>

VI. ADLI BİLİŞİM VE 5271 Sayılı CMK 134. MADDESİ İLE İLGİLİ UYGULAMAYA İLİŞKİN GETİRİLEN ELEŞTİRİLER

- Bir suç dolayısıyla yapılan soruşturmada, başka surette delil elde etme imkânının bulunmaması halinde, şüphelinin kullandığı bilgisayar ve bilgisayar programları ile bilgisayar kütüklerinde arama yapılabileceği kuralına uyulmaması,
- Bilgisayarların bulunduğu yerde incelenmesi yerine başka yerlere götürülerek incelenmesi,
- "Şüphelinin kullandığı bilgisayar" ifadesine aykırı olarak, şüphelinin kısa süreli kullandığı yada kullanmadığı bilgisayarlara da el konulması,
- Bilişim suçlarına ilişkin yasal mevzuatın güncel ve yeterli olmaması,
- "Siber suçlar sözleşmesi" ile ilgili bir politikamızın bulunmaması,
- Adli bilişimde etik değerlerin belirtilmemesi,
- Adil yargılama ve özel hayatın gizliliği gibi hakların göz ardı edilmesi,
- Adli bilişim ilke ve standartlarının henüz belirlenmemiş olması,
- Usul uygulamalarında konunun öneminin bilinmemesi, araştırmalara ve bilimsel incelemelere kaynak ayrılmaması,
- İlgili kurumların ve görevlilerin yeterince eğitilememesi,
- Asgari standartların sağlandığı laboratuvarların henüz istenen seviyeye getirilmemesi,

- Adli bilişim konusunda özel ve uzman ekiplerin olmayışı neticesinde veri cihazlarına yedekleme yapmadan ve elektronik olarak mühürlenmeden el konulduğu; şüpheliye ve avukatına herhangi bir tutanak verilmediği; bilgisayarların ve diğer veri depolama aygıtlarının manyetik alan etkisinden soyutlanmadan karga tulumba taşındığı; tamirhaneden bozma odalarda “veri yazmayı önleyen cihaz”lar (FRED) olmaksızın elektronik delil incelemesi yapıldığı, yapılan itirazların da emniyet görevlileri tarafından, kaynak, insan ve teknik altyapı yetersizliği ile açıklanması,
- Bilişim suçlarına yönelik araştırmalarda, herhangi bir yan delille desteklemeden ve başkasının IP’si üzerinde işlem yapmak mümkünken sadece IP numarası ile masum insanların yargılanması,
- Cumhuriyet savcıları ve hakimlerin elektronik delillerin önemi ile ilgili Adalet Bakanlığı tarafından ayrı bir eğitim çalışmasına yönlendirilmemeleri, konuyu bilen hakim ve savcılara da özel görevlendirme yapılmaması,
- Herhangi bir konuda uzman olduğunu beyan eden herkes, Adalet Komisyonu önünde yemin ederek bilirkişi olarak çalışabilmektedir. Halbuki bilirkişilik, uzmanlığın belgelendiği, yeterliliğin tespit edildiği çok özel bir alandır. Bugüne kadar, adli bilişim incelemesi için Ziraat mühendislerinden, bilgisayar mağazası sahibine kadar geniş bir yelpazeden kişilerin elektronik delil incelemesi ve analizi yaptığı da görülmüştür. Bilgisayar Mühendisi olduğu halde bile, ne tür bir inceleme yaptığının farkında olmayan, kendisine sorulan sorular haricinde raporunu ilgisiz konularla ve fazlaca teknik terimlerle dolduran uzman bilirkişilerin de var olduğu çokça görülmüştür. Dolayısıyla bu alanda bilirkişi kurumunun yeniden ele alınması gerektiği hususunun göz ardı edilmesi,
- Konuya yatkın hakim ve savcılar aracılığıyla bu tür suçların kovuşturulduğu uzman mahkemelerin kurulmaması,

VII. BİLİŞİM KONUSUNDA AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARI⁵⁴

AİHS Madde 8

1. Herkes özel hayatına, 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.

Haberleşmeye Müdahale-Özel Hayat İlişkisi: Özel haberleşmeye müdahale amaçlı gizli teknolojik aletlerin kullanılması özel hayatın kapsamına girmektedir. Ayrıca bu hüküm, yapılan telefon konuşmasının içeriği ne olursa olsun geçerlidir.

A/Fransa (23.11.1993) davasında hükümet, bir cinayetin planlanmasıyla ilgili görüşmelerin kaydedilmesinin özel hayat kapsamına girmediğini iddia etmiştir. Komisyon, bir görüşmenin kamu çıkarını ilgilendirmesinin, görüşmenin özel olma özelliğini yitirmesine neden olmadığını belirtmiştir. Mahkeme de bu görüşü kabul etmiştir,

Haiford/Birleşik Krallık (25.06.1997) davasında, bu hakkın kapsamına, amacı iş ya da özel olsun, bütün telefon görüşmeleri ve iş telefonlarının kullanılması sokulmuştur.

Diğer yandan davacının sivil havacılıkta kullanılan bir radyo kanalının kullandığı durumda, söz konusu görüşme, diğer kullanıcıların

⁵⁴ Özcan Özbey, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Başvuru Yöntemleri, Adalet Yayınevi, Ankara 2008, B.2, s. 286 vd.,

da erişebileceği bir dalga boyunda yapıldığı için, haberleşmeye yapılan müdahale özel hayata müdahale sayılmamıştır ve özel haberleşme olarak nitelendirilmemiştir (No. 21353/93, 27.02.1985).

Devletin Kişisel Veri Toplaması-Özel Hayat İlişkisi: Bir devletin yetkili temsilcileri tarafından bir birey hakkında rızası alınmaksızın bilgi toplanması her zaman söz konusu kişinin özel hayatını ilgilendirir ve bu nedenle 8. madde 1. fıkranın kapsamına girer. Bu konudaki örneklerden bazıları:

- Cinsiyet, medeni hal, doğum yeri ve diğer kişisel bilgilerle ilgili yanıtlanması zorunlu sorular içeren resmi nüfus sayımı (X/İngiltere 06.10.1982, no. 9072/82, 30 DR 229);
- Polis kayıtları gizli olsa bile (Leander/İsveç, 26.03.1987, Seri A no. 116), polis tarafından parmak izi, fotoğraf ve diğer kişisel bilgilerin kaydedilmesi (Murray/İngiltere 28.10.1994, Seri A no.300-A);
- Tıbbi verilerin toplanması ve tıbbi kayıtların tutulması (No. 14661/81, 09.07.1991, 71 DR 141);
- Vergi makamlarının kişisel harcamaların detaylarını (ve böylece özel hayatın detaylarını) açıklama zorunluluğu getirilmesi (No. 9804/82, 07.12.1982, 31 DR 231)
- Sağlık, sosyal hizmetler ve vergi gibi idari ve sivil konuları ele alan bireysel kimlik belirleme sistemi.

Özel hayata saygı gösterilmesi hakkına bir müdahale olmasına karşılık, araştırma ve kimlik bilgilerinin başlı başına bu hakkın bir ihlali sayılması pek muhtemel gözükmemektedir.

Kişisel Verilere Erişim: Devletin kayıtlarına erişememe durumu, kaydedilen bilginin türüne göre özel hayat kapsamına girebilir. Gaskin-Birleşik Krallık (07.07.1989 Prg. 89) davasında Mahkeme,

davacı hakkındaki dosyaların söz konusu kişinin çocukluğu, gelişimi ve geçmişi hakkında çok kişisel boyutları içerdiği için ve böylece "geçmişi ve çocukluk yılları konusunda temel kaynak" olduğu için, söz konusu dosyalara erişememenin 8. madde çerçevesinde sorun yarattığına karar vermiştir.

Haberleşme Özgürlüğüne Saygı Hakkı: Haberleşmeye saygı gösterilmesi hakkı, kesintiye uğramadan ve sansür edilmeden başkalarıyla iletişim kurma hakkıdır. Klass/Almanya (06.09.0978 Prg. 41) davasında mahkeme haberleşme kapsamına sadece posta yoluyla gönderilen malzemeleri değil, ayrıca bu kavrama telefonla iletişim gibi araçlar aracılığıyla gerçekleştirilen özel nitelikteki haberleşmeyi de kapsam içine almıştır. AİHS canlı ve zamana uyumlu bir şekilde sürekli kapsamını genişlettiğini düşünürsek bu kavrama e-posta gibi diğer haberleşmeleri de teknolojik gelişmelere uygun olarak katmak gerekir.

8. maddenin sağladığı koruma, genellikle haberleşmenin içeriğinden çok haberleşme yol ve yöntemleriyle ilgilidir. Bu yüzden devlet, örneğin suç teşkil eden faaliyetlerle ilgili telefon görüşmelerinin 8/1.fıkranın kapsamına girmediğini iddia edemez (A/Fransa, 23.11.1993). Halford/İngiltere (25.06.1997) davasında, iş telefonu veya özel telefondan yapılan telefon görüşmelerinin ve ofis telefonunun kullanımının bu madde kapsamına girdiği kararı verilmiştir.

Haberleşmede gönderinin veya alıcının kimliği, 8. maddenin şart koştuğu şeylerin belirlenmesinde rol oynar. Örneğin mahkeme, avukatlar ve müvekkilleri, özellikle de göz altındaki kişiler arasındaki mektuplara ve diğer haberleşme yöntemlerine sağlanan korumanın çok büyük olduğunu açıkça ifade etmiştir.

Tutukluların hukuki danışmanları veya mahkemeler ile gizlilik içinde haberleşme hakkı bulunmaktadır. Mahkeme tarafından bu husus Golder/İngiltere'den, Öcalan/Türkiye'ye kadar çok sayıda ki davada tekrarlamıştır.

Haberleşmeye saygı isteme hakkının sınırlarını tam olarak saptamak mümkün değildir. Komisyon, posta hizmetindeki aksaklıkların “saygı görevinin” ihmali olmadığına karar vermiştir.

Bireylere gelen mektuplara el konulması, açılıp okunması veya telefon konuşmalarının dinlenilmesi ya da kayda alınması, haberleşme olanağının engellenmesi gibi müdahaleler 8. madde kapsamına girer.

Devletin pozitif yükümlülükleri: X.-Y./Hollanda davasında devletin yükümlülükleri ile ilgili AIHM şunu ifade etmiştir:

“8. madde, sadece devleti müdahale etmekten kaçınmaya zorlamaz. Bu aslen negatif taahhüdün yanı sıra, özel hayata ve aile hayatına etkin biçimde saygı gösterilmesinin doğasında olan pozitif yükümlülükler de olabilir... Bu yükümlülükler, bireylerin kendi aralarındaki ilişkiler alanında bile özel hayata saygı gösterilmesini sağlayacak önlemler almayı içerebilir.”

Bu nedenle Sözleşme, bazı şartlar altında Devletin bireylere 8. maddenin öngördüğü hakları sağlamak için bazı önlemler almasını, ayrıca bir özel kişinin bir başkasının haklarını etkin biçimde kullanmasını önleyecek faaliyetlerine karşı koruma sağlamasını şart koşabilir.

Mahkeme'ye göre pozitif bir yükümlülüğün olup olmadığını belirlemek için Devlet, toplumun genel çıkarları ve bireyin çıkarları arasında adil bir dengenin kurulup kurulmadığına bakmalıdır. Mahkeme korunan bir hakkın içeriğini belirlerken, 8. maddenin ikinci fıkrasında sayılan hedeflere başvurulabileceği görüşünü belirtmiştir.

Gizli Gözetim Kanunlarının Varlığı: Yetkililerin amaçladığı biçimde, gizli gözetime tabi olanların birçoğu söz konusu müdahalenin farkında değildir. Bazıları bu durumdan şüphelenebilir ancak ellerinde yeterli kanıt olmayabilir. Davacının, haberleşmesine müdahalede bulunduğu kanıtlanmada zorlanması sonucu, bu konudaki kanunların varlığının, 8. madde kapsamında özel hayatına ve haberleşmesine mü-

dahale olduğunu iddia etmesine neden olabilir. Bu iddia, ancak bazı şartlarda başarıya ulaşabilir.

Klass/Almanya (06.09.1978) davasında mahkeme, bireyin söz konusu önlemlerin kendisine karşı kullanıldığını iddia etmek zorunda kalmadan, sırf gizli önlemler veya gizli önlemlere izin veren kanunlar olması nedeniyle, mağdur olduğunu iddia edebileceğine karar vermiştir. Ancak Mahkeme, bu durumun sadece belirli şartlar altında gerçekleşebileceğini açıkça ifade etmiştir. İlgili şartlar, çığnendiği iddia edilen Sözleşme'den kaynaklanan hakka, itiraz edilen önlemlerin gizlilik özelliğine ve davacı ile söz konusu önlemler arasındaki bağa göre belirlenecektir.

Malone/Birleşik Krallık (02.08.1984) davasında, davacının telefonunun gerçekten dinlenip dinlenmediği konusunda bir anlaşmazlık Mahkeme'ye getirilmiştir. Hükümet, bir telefon görüşmesine polis tarafından müdahale edildiğini kabul etmek dışında, söz konusu kişinin telefon görüşmelerine ve mektuplarına başka zamanlarda da müdahale edilip edilmediğini, edildiyse ne derecede müdahale edildiğini açıklamayı kabul etmemiştir. Ancak şu durum kabul edilmiştir:

“Söz konusu kişi, çalıntı malları aldığından şüphelenildiği için, posta ve telefon müdahalelerinin yapılma olasılığı olanlarının oluşturduğu sınıfın bir üyesidir.”

Mahkeme sonuç olarak "bu kişiye karşı gerçekten alınan önlemlerden ayrı olarak", haberleşmenin gizli gözetimine izin veren ve gözetimi mümkün kılan kanunların ve uygulamaların olmasının başlı başına, davacının 8. madde kapsamındaki haklarını kullanmasına müdahale oluşturduğuna karar vermiştir.

Devletin 8. madde çerçevesinde gerçekleştirmiş olduğu müdahalenin meşruluğunu aşağıdaki hususlara dayandırmak zorundadır.

- 1- Müdahalenin kanunlara uygun olması
- 2- Meşru bir amacın bulunması
- 3- Demokratik bir toplumda gerekli olması

Müdahalenin kanunlara uygunluğu: 8. madde'den kaynaklanan haklara müdahale eden bir önlem, sadece kanunlara uyulan durumlarda bu hükme uygun olabilir. Şikayet edilen önlem kanuna uygunluk şartına uymuyorsa, 8. madde'yi ihlal eder ve dava sona erer. Bu konuda gizli gözetim, çocukların korunması ve tutukluların haberleşmesine müdahale edilmesi gibi bazı yasal alanlar özellikle hassastır.

Kanunlara uygunluk ile kastedilen; şikayet edilen müdahalenin "kanunlara uygun" olması için, yasal bir dayanağı olmalıdır ve söz konusu kanun, yeterince kesin olmalı ve kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu bir önlem içermelidir.

Mahkeme, Malme/Birleşik Krallık (02.08.1984) davasında telefon görüşmelerine müdahale etme yetkisinin yasal dayanağı olup olmadığını değerlendirmiştir. O dönemde telefonların dinlenmesi, detayları yayınlanmamış olan idari uygulamalarla özel olarak yasalarla verilmiş yetki olmadan düzenleniyordu. Mahkeme, kamu otoritelerinin telefon görüşmelerini gizli olarak dinleme yetkisini kullanmasının kapsamı veya yöntemi konusunda yeterince açıklık olmadığını belirtmiştir. Bu bir idari uygulama olduğu için, herhangi bir zamanda değiştirilebilirdi, bu da 8. maddenin ihlali anlamına geliyordu.

Mahkeme, Khan/Birleşik Krallık (12.05.2000) davasında, gizli dinleme cihazlarının kullanımını düzenleyen yasal bir sistem olmadığı için ve söz konusu cihazların kullanımı yasal olarak bağlayıcı olmayan ve halkın doğrudan ulaşamadığı İçişleri Bakanlığı Rehber Kuralları tarafından düzenlendiği için, Birleşik Krallık otoriteleri tarafından bu tür bir gizli dinleme cihazının kullanılmasının 8. madde anlamında kanunlara uygun olmadığını belirtmiştir.

Tahmin Edilebilirlik Şartı: 8. maddenin yasaya uygunluk şartını karşılamak için, söz konusu kanun, ilgili kişiler tarafından ulaşılabilir olmalı ve gerekirse uygun tavsiyeler aldıktan sonra ilgili kişilerin mevcut şartlar altında belirli bir hareketin ne tür sonuçlar doğurabileceğini makul bir düzeyde tahmin etmelerini mümkün kılacak düzeyde açıkça ifade edilmelidir (Andersson/İsveç, 25.02.1992, Prg. 75). Buna tahmin edilebilirlik şartı denir ve takdirin kapsamı ve uygulanma yöntemi bireyleri keyfi müdahaleden koruyacak düzeyde açıklıkla yazıldığı sürece, takdir yetkisi veren bir kanun 8. madde ile tutarsız olmaz (Olsson/İsveç, 24.03.1988, prg. 62). Ayrıca idari otoritelerin takdir yetkisini kullanması, mahkemelerin değerlendirmesine tabi olduğu sürece 8. maddenin şartlarını da karşılayabilir.

Telefon dinleme: Fransa aleyhine açılan Kruslin (Kruslin/Fransa, 24.04.1990) ve Huvig (Huvig/Fransa, 24.04.1990) davalarında, polisin telefon dinlemesini düzenleyen Fransız kanununun, 8. madde 2. fıkradaki tahmin edilebilirlik şartına uyup uymadığı Mahkeme tarafından değerlendirilmiştir. Alman karar göre:

“Telefon görüşmelerine dinleme veya diğer yöntemlerle müdahale edilmesi, özel hayata ve haberleşmeye ciddi bir müdahaledir ve bu nedenle özellikle kesin olan bir "**kanuna**" dayanmalıdır. Özellikle kullanılacak teknolojiler devamlı daha sofistike hale geldiği için, bu konuda açık ve detaylı kuralların olması önemlidir.”

Mahkeme'nin bu bağlamdaki görüşüne göre, (yazılı olan ve olmayan) Fransız kanunları:

“Kamu yetkililerine verilen takdir yetkisinin kullanılma biçimini ve kapsamını makul bir açıklık düzeyinde belirtmemektedir. Bu durum söz konusu dönemde daha da geçerliydi; böylece Bay Kruslin, demokratik bir toplumda hukukun üstünlüğü kapsamında vatandaşların hak ettiği asgari koruma düzeyine sahip olmamıştır.”

Müdahalenin meşru bir amaç taşıması: Müdahalenin kanunlara uygun olduğu belirlendikten sonra, Mahkeme müdahalenin 8. madde 2. fıkrada kapsamında meşru bir amacı olup olmadığı sorusuna cevap arar. 8. madde 2. fıkrada, bir devletin bu konuda başvurabileceği amaçların listesi vardır. Örneğin, Devlet aşağıdaki konuları ileri sürebilir:

- Bireyler hakkında bilgi toplama ve saklama "ulusal güvenlik amacıyla yöneliktir";
- Tutukluların yazışmalarına müdahale etmenin amacı "toplum düzeninin bozulmasını ve suç işlenmesini" önlemeyi amaçlar;
- Çocukları istismar gördükleri bir evden almak veya bir tarafa vesalet vermeyi reddetmek veya temasa izin vermemekte amaç "sağlığın veya ahlakın" veya "başkalarının hak ve özgürlüklerinin" korunmasıdır.
- İhraç veya sınır dışı etme emri vermede amaç "ülkenin ekonomik refahını" korumaktır.

Polis tarafından toplanıp, saklanan bilgiler, fotoğraflar: Polis tarafından fotoğraf çekilmesinin bir bireyin özel hayatına müdahale sayılıp sayılmayacağı, konunun bir özel olayla mı, yoksa kamu olayıyla mı ilgili olduğuna ve elde edilen malzemenin kısıtlı olarak mı kullanılacağına, yoksa kamuya da açıklanma olasılığının olup olmadığına bağlıdır. Friedl-Avusturya (Kom. K. 19.05.1994, s.20) davası, davacının katıldığı bir gösteri sırasında ve gösteri sonrasında Viyana polis otoritelerinin fotoğraf çekmesi konusundadır. Polis daha sonra davacının kimliğini belirlemiş, bu kişisel verileri kaydetmiş ve söz konusu gösterilerle ilgili idari bir dosyada saklamıştır. Ancak Komisyon, bu durumun söz konusu kişinin özel hayatına saygı gösterilmesi hakkına müdahale olduğu sonucuna ulaşmamış ve kararı için şu üç nedeni ileri sürmüştür:

- Söz konusu otoritelerin davacının evine girip evinde fotoğraf çekmesi durumu gibi özel hayatının "iç alanına" bir müdahale olmamıştır;
- Fotoğraflar, davacının kendi isteğiyle katıldığı bir kamu olayına, yani kamuya açık bir alanda birden fazla kişinin yaptığı bir gösteriye aittir;
- Fotoğraflar, konuyla ilgili suçların daha sonra soruşturulması göz önünde bulundurularak, sadece gösterinin özelliğini ve gösteriye katılan kişilerin davranışlarını kayda geçmek amacıyla çekilmiştir.

Ancak Komisyon nihai kararını alırken, Hükümet'in aşağıdaki konularda verdiği teminatlara da önem vermiştir:

“Hiçbir isim yazılmadığı, kaydedilen kişisel veriler ve çekilen fotoğraflar veri işlem sistemine girilmediği ve söz konusu durumda fotoğrafı çekilen kişilerin kimliğini veri işlem sayesinde belirlemek konusunda herhangi bir adım atılmadığı için, çekilen fotoğraflardaki bireylerin kimliği belirsiz kalmaya devam etmiştir.”

Terörist faaliyetler konusunda bilgi toplamak:

McVeigh/Birleşik Krallık (18.03.1981) davasında davacılar, anti-terörizm kanunları kapsamında sorgulanmış, üzerleri aranmış, parmak izleri alınmış ve fotoğrafları çekilmiştir; bu kişiler daha sonra bu kayıtların saklanması özel hayatlarına müdahale olduğunu iddia etmişlerdir. Ancak Komisyon, bu bilgilerin istihbarat için gerekli olduğunu kabul etmiş ve terörizme karşı savaşmak konusundaki toplumsal ihtiyacın, bu kişilerin haklarına yapılan hafif olarak gördüğü bu ihlallerden daha ağırlıklı olduğuna karar vermiştir.

Murroy/Birleşik Krallık (28.09.1994) davasında, davacı tutuklandığında kişisel bilgilerinin ve fotoğraflarının kaydedilmesinin, terörizm suçlarının soruşturulması sürecinin meşru sınırları içine girdiği belirtilmiştir. Mahkeme'ye göre, kaydedilen kişisel bilgilerin hepsi tutukla-

ma ve soruşturma prosedürleriyle alakalıdır. Bu davadan yola çıkarak, Mahkeme'nin polisin ve güvenlik güçlerinin kaydettiği bilgilerin doğasını ve kapsamını inceleyeceği ve bu bilgilerin normalde bu tür davalarda uygulanan geniş takdir hakkına tabi olduğu sonucuna ulaşılabilir.

Ulusal güvenliği korumak amacıyla kişisel bilgi toplamak: Mahkeme, ulusal güvenliği korumak amacıyla, Devletlerin yetkililere kamunun ulaşamadığı kayıtlarda bilgi toplama ve kaydetme yetkisini veren kanunlara ihtiyaç duyduğunu kabul etmiştir (Leander/İsveç, 26.03.1987). Ayrıca ulusal güvenlik açısından önemli olan görevlere alınacak adayların değerlendirilmesinde bu bilgilerin kullanılması da kabul edilebilir bir uygulamadır. Söz konusu istisnai şartlar ve özel görevleri tanımlamak Devletin sorumluluğundadır. Ancak Mahkeme bu tür davalarda, yetkisini istismara karşı yeterli ve etkin teminatların olduğu konusunda tatmin olması gerektiğini de belirtmiştir. "Ulusal güvenliği korumak için oluşturulan bir gizli gözetim sistemi, demokrasiyi korumak adına demokrasiye zarar verebileceği, hatta demokrasiyi yok edebileceği" riski göz önünde bulundurularak, teminatların gerekli olduğunu belirtmiştir. Bu nedenle Devletler, Devletin gücünü istismar etmesini ve 8. madde haklarının ihlal edilmesini önlemek için asgari koruma standartlarını belirleyen gerekli çerçeveyi oluşturmalıdır.

Leander/İsveç davasında Mahkeme, bir bireyin 8. madde haklarını korumak için gerekli usul önlemlerinin özelliklerini detaylı bir biçimde ele almıştır. Davacının kadrolu olarak istihdam edilmesi önlenmiş ve otoritelerin görüşüne göre kendisini güvenlik açısından riskli kılan bazı gizli bilgiler nedeniyle geçici istihdamı sona erdirilmiştir. Söz konusu kişi, hem bu bilgilerin saklanması hem de kullanılmasının yanı sıra, kendisine bu iddiaları çürütme fırsatı verilmemesinin 8. madde 1. fıkrada teminat altına alınan özel hayatına saygı gösterilmesi hakkını ihlal ettiği konusunda şikayette bulunmuştur. Mahkeme, personel kontrol sisteminin davacının özel hayatına müdahale olduğunu kabul etmekle beraber, davacının haklarının istismarına karşı mevcut ön-

lemleri göz önünde bulundurarak, bu sistemin demokratik bir toplumda gerekli olduğunu da belirtmiştir.

Mahkeme, İsveç Hükümeti'nin istismara karşı yeterli koruma sağladığına inandığı on iki önlemden oluşan listede, personel kontrol prosedürünün etkilerini olması gereken asgari düzeye indirmeyi amaçlayan bazı hükümlere önem vermiştir. Bunlar şunlardır:

- Ulusal Polis Kurulu'nun hangi bilgilerin kayda gireceği hakkında takdir yetkisi olmasına rağmen, bu yetki kanunlarla düzenlenmiştir ve kapsamı Hükümetin verdiği talimatlarla belirlenmiştir;
- Gizli polis kaydına bilgilerin girilmesi, söz konusu bilginin özel polis birimi için gerekli olması ve "ulusal güvenliğe karşı suçları" önleme veya belirleme amacını gütmesi şartlarına tabidir;
- Söz konusu kanunda, hangi bilgilerin dağıtılabileceği, bilgilerin hangi otoritelere iletilebileceği, söz konusu iletinin hangi şartlarda yapılabileceği ve bilgilerin paylaşılması konusunda karar verilirken Ulusal Polis Kurulu'nun takip etmesi gereken prosedür hakkında açık ve detaylı hükümler vardır;
- Son olarak, gizli polis kayıtlarındaki bilgilerin personel kontrolü dışında kullanımı, pratikte ceza davaları ve İsveç vatandaşlığına geçme konulu davalar ile sınırlıdır.

Leander/İsveç davasında Mahkeme, sistemin düzgün işleyişinin kontrolünün hem Parlamento'ya, hem de Adalet Bakanlığı, Parlamenter Ombudsman ve Meclis Adalet Komitesi gibi bağımsız kurumlara verilmiş olmasına çok önem vermiştir.

Mahkeme ayrıca, Ulusal Polis Kurulu'nun çalışmaları açısından, Kurul'un parlamenter üyeleri hakkında şu konuya dikkat çekmiştir:

Üyeler bilgilerin talepte bulunan otoriteye verilip verilmeyeceği konusunda bütün kararlara katılmaktadır. Özellikle her birine verilen veto hakkı sayesinde, veto hakkı kullanıldığında Kurul'un bilgileri vermesi otomatik olarak önlenmektedir. Bu durumda, bilgileri verme kararını, ancak konunun Ulusal Polis Komiseri veya parlamenterlerden birinin talebi üzerine Hükümete getirilmiş olması şartıyla, Hükümetin kendisi verebilir. Kaydın en önemli unsuru olan bilgilerin verilmesi konusundaki bu doğrudan ve düzenli kontrol mekanizması, istismara karşı önemli bir koruma sağlar.

Demek ki İsveç personel kontrol sistemindeki önlemler bir arada düşünüldüğünde, bu durumda 8. madde 2. fıkranın şartlarını karşılamaya yeterlidir. Mahkeme genel olarak bütün davaları içeriğine göre ayrı ayrı değerlendirir ve diğer yargı düzenlerindeki sistemlere başvurmaz. Böylece mevcut davada incelenmekte olan sistemin Sözleşme teminatları tarafından belirlenen eşiği aşmış olduğunu ve demokratik toplum ile birey haklarını korumak arasındaki dengeyi tutturup tutturmadığını belirlemek rolünü üstlenmektedir.

Bir suçun soruşturulması ve yargılanması sırasında bilgilerin ifşası: Komisyon Doorson/Hollanda (29.11.1993, DR 75, s. 231) davasında, davacıya ait olan ve polis dosyalarında bulunan bir fotoğrafın üçüncü taraflara gösterilmesi nedeniyle ortaya çıkan özel hayata müdahale durumunun, 8. madde 2. fıkraya göre haklı olup olmadığını değerlendirme durumunda kalmıştır. Suçu önlemeyi amaçlayan bu müdahalenin, aşağıdaki nedenlerle izlenen amaçla orantılı olduğuna karar vermiştir:

- Fotoğraf sadece soruşturma amaçlı kullanılmıştır;
- Genel olarak kamunun erişimine açık değildir; ve
- Daha önceki bir tutuklama sırasında polis tarafından kanunlara uygun biçimde, yani özel hayatına müdahale etmeyen bir biçimde çekilmiştir.

Polis tarafından basına ifşa: Bir tutuklamanın detaylarının polis tarafından basına açıklanması, söz konusu davanın şartlarına göre sorun yaratabilir. 1995'de bir davacı, bir erkek çocuğa ahlaka aykırı saldırı şüphesiyle tutuklandıktan sonra basında çıkan ve polis tarafından evinde çok miktarda çocuk pornografisi materyali bulunduğuna ait detaylar içeren haberlerin özel hayatına saygı gösterilmesi hakkını ihlal ettiği konusunda şikayette bulunmuştur. Bu kişi, polisin basına yanlış detaylar vermenin yanı sıra, mahallesindeki kişilerin onu tanımmasına imkan sağlayacak detaylar verdiği konusunda şikayetçi olmuştur. Komisyon, bunun bir müdahale olduğu varsayımından yola çıkarak, kamuoyunu ilgilendiren konular hakkında kamuyu bilgilendirme meşru amacı güdüldüğü ve olayların gerçeklere dayalı bir özeti olduğu için bu müdahaleyi haklı bulmuştur.

VIII. SONUÇ

Adli bilişim, çok yeni bir disiplin olmamasına karşın, henüz ülkemiz için yeni diye nitelendirilebilecek bir kavramdır. Ancak önemi tartışmasızdır. Son zamanlarda bu konuda çalışmalar yapan çeşitli kurumlar ortaya çıkmış, birtakım şirketler Türkiye'ye gelmiş ve veri kurtarma gibi kişisel ihtiyaçlara da cevap verebilecek türden çalışmalar yapılmaya başlanmıştır.

Ancak resmi bir kurum olarak da adli bilişim konusuna eğilmek ve adli bilişim uzmanları yetiştirmek gerekmektedir. Bu konuda Adli Tıp Kurumu gibi bir kurumun oluşturulması önerileri dile getirilmektedir. Ayrıca kolluk içerisinde bir birim oluşturularak, olay yerine yapılan ilk müdahale esnasında mümkün olan maksimum delile ulaşabilmek için delil toplama işlemlerinin bu uzman kişilere yaptırılması önem arz etmektedir. Yine, adliyelerde aile mahkemesine bağlı olarak çalışan pedagoğ ve sosyal hizmet uzmanı gibi, adli bilişim uzmanının da bulundurulması oldukça faydalı olacaktır. Ayrıca, bilişim konusunda ihtisas mahkemelerinin kurulması son derece önemlidir.

Adli Bilişim İncelemeleri, adli bir işlem olduğundan ve sonucunda da bir rapor mahkemeye sunulacağından incelemeler mevzuata uygun yapılmalıdır. Her ne kadar mevzuat bu konuda yetersiz olsa da rapora itiraz hakkını asgariye indirecek bir çalışma yapılmalıdır. Ülkemizde ne yazık ki bu konuya vakıf yeteri sayıda personel olduğu söylenemez. İşin içerisinde bilişim kelimesi geçince özellikle kendisini bilişim uzmanı olarak tanımlayan kişiler de Adli Bilişim konusunda konuşmaktan geri kalmıyorlar. Bu konu sadece bilgi değil aynı zamanda tecrübe gerektiren bir konudur. Yani bir olay yerinde ilk müdahale tecrübesi olmadan, çeşitli suçlarla ilgili incelemeler yapıp mahkemelere rapor yazmadan bu konularda uzman olduğunu iddia etmek eksik olacaktır. Dolayısıyla süreç, ilk önce süreci başlatacak olan kişinin bilgi ve tecrübesine son derece bağlıdır.

Sayısal delilleri analiz eden uzmanlardan bazılarının, bilgisayarın yedeğinin alınıp şüpheliye geri verilmesi yönünde itirazları olduğunu görüyoruz. Bu itirazın başlıca sebebi, bizatihi suç unsuru olan verilerin tekrar şüpheliye verilmemesi gerektiğidir. Örneğin, içinde bir çok kişinin kişisel verileri ve banka hesap şifreleri bulunan bilgisayarın geri verilmesi, bu verilerin tekrar suç için kullanılacağı endişesinden kaynaklanmaktadır. Bu endişeyi gidermek adına, sadece suç içeren verilerin ayıklanarak bilgisayarın şüpheliye iadesi gibi bir ara formül akla gelebilir.

Ancak, 5237 sayılı TCK'nın 'Eşya Müsaderesi' başlığını taşıyan 54. maddesi gereğince bizatihi suç teşkil eden ya da suçta kullanılan eşyanın zorunlu karar verilmesi gerektiği hususu da gözden kaçırılmamalıdır. Bu nedenle el konulan elektronik cihazlardaki suçun unsuru olmayan kayıtların sadece iadesiyle yetinilmelidir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesinde yer alan özel hayatın korunması kapsamında kişisel verilerin elektronik haberleşme alanında ve diğer alanlarda hukuka aykırı işlenmelerini m. 8/1 çerçevesinde değerlendirerek, kişisel verilerin korunmasını sağlamaya yönelik kararları bulunduğundan, bu tür soruş-

turmalarında özel hayatın korunması noktasında bir hak ihlalinin yaşanmaması için daha fazla özen gösterilmelidir.

Gerçek hayatta güncel olarak rastladığımız suç tiplerini artık dijital ortamda da sıkça görmekteyiz. Pornografik ve yasadışı yayınlar, kredi kartı dolandırıcılığı, telif hakları ile korunan bilgisayar yazılımlarının kopyalanması v.b. suç tipleri İnternet ve özellikle bilgisayarlar üzerinde aktüel olarak işlenmektedir. Ayrıca yüksek teknoloji suçları, bilinen suç tiplerinden farklılık arz etmektedir. Bu yüzden bu tip suçlara polisler ve suçun soruşturulması esnasında görevli olan herkes daha farklı yaklaşmalıdır. Çünkü elektronik cihazlar, bilgisayarlar ve diğer yüksek teknoloji ürünleri kullanılarak daha kolay ve ucuz suç işlenebilmektedir. Bu da; ileride bu suçlar ile daha çok karşılaşacağımız anlamına gelmektedir. Bu yüzden ülkemizin Bilişim Suçları üzerine ciddi olarak eğilmesi gerekmektedir.

Bilişim suçlarının çeşitliliği ve gittikçe artması nedeniyle, özellikle 5271 sayılı CMK'nın 134. maddesi yeniden düzenlenerek diğer genel hükümler ile uyumluluğu sağlanmalı ve uygulama ile uyuşmayan, sorun oluşturan kısıtlayıcı hükümleri değiştirilmelidir.

IX. KAYNAKÇA

- **Abdurrahman Savaş**, Elektronik Ticaret (Internet Ortamında Yapılan Sözleşmeler), Konya, 2006.
- **Ali Karagülmez**, Bilişim Suçları ve Soruşturma – Kovuşturma Evreleri, Seçkin Yayınevi, B.2, Ankara 2009.
- **Ali Karagülmez**, Bilişim Suçları ve Soruşturma-Kovuşturma Evreleri, Ankara 2005.
- **Aydın Köksal**, ‘*Bilişim Toplumu*’, Türkiye Bilişim Ansiklopedisi, Papatya Yayıncılık, İstanbul 2006.
- **Brian Carrier**, ‘Defining Digital Forensic Examination And Analysis Tools Using Abstarction Layers’, International Journal of Digital Evidence, Vol. 1, Issue 4, Winter 2003.
- **Güçlü Sevimli**, ‘Bilgisayar ve Bilgisayar Kütüklerine El Konulması ve Uygulamadaki Sorunlar’, *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 81, S. 3, 2007.
- **Haluk İnancı**, ‘Bilişim ve Yazılım Hukuku Uygulama İçinden Görünüşü’, *İstanbul Barosu Dergisi*, C.70, S.7-8-9, 1996.
- **İsa Döner**, ‘*Ceza Muhakemesi Hukuku İşlemlerinden Koruma Tedbiri Olarak Arama İşlemi*’, 3. Yılında Yeni Ceza Adalet Sistemi, Seçkin Yayınevi, Ankara 2009.
- **İsmail ERGÜN**, 2. Polis Bilişim Sempozyumunda Sunulan Bildiri, ayrıca bkz www.caginpulisi.com (06.06.2010).
- **Levent Kurt**, Bilişim Suçları ve Türk Ceza Kanunundaki Uygulaması, Seçkin Yayınevi, Ankara 2005.

- **Leyla Berber Keser**, Adli Bilişim, Yetkin Yayınevi, Ankara 2004.
- **Muammer Ketizmen**, Türk Ceza Hukukunda Bilişim Suçları, Adalet Yayınevi, Ankara 2008.
- **Murat Aydın**, Arama ve El Koyma, Seçkin Yayınevi, Ankara 2009.
- **Mustafa Ruhan Erdem**, Ceza Muhakemesinde Organize Suçlulukla Mücadele, Gizli Soruşturma Tedbirleri, Ankara 2001.
- **Olgun Değirmenci**, 'Bilişim Suçları Alanında Yapılan Çalışmalar ve Bu Suçların Mukayeseli Hukukta Düzenlenişi', *Legal Hukuk Dergisi*, S.11, 2003.
- **Osman Nihat Şen**, "Polisin Bilişim Suçlarıyla Mücadelede Yapması Gerekenler", 1. Polis Bilişim Sempozyumu, Bildiriler, 21-22.10.2003.
- **Özcan Özbey**, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Başvuru Yöntemleri, Adalet Yayınevi, B.2, Ankara 2008.
- **Semih Dokurer**, 'Ülkemizde Bilişim Suçları ve Mücadele Yöntemleri', *Polis Dergisi*, S.37, Ankara 2005.
- Sinerji Mevzuat ve İctihat Programları
- **Şener Dalyan**, Bilgisayar Programlarının Fikri Hukukta Korunması, Seçkin Yayınevi, Ankara 2009.
- **Turksel Bensghir Kaya**, Bilgi Teknolojileri ve Örgütsel Değişim, TODAİE Yayın No: 274, Ankara, 1996.
- **Veli Özer Özbek**, Yeni Ceza Muhakemesinin Anlamı, 2005.
- Yargıtay 1. CD. 14.11.2005, 3891/3230.

- Yargıtay 5. CD. 11.06.2007, 3700/4661.
- Yargıtay 11.CD. 16.04.2007, 6376/2551.
- **Yener Ünver-Hakan Hakeri**, Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet Yayınevi, B.3, Ankara 2010.
- **Yusuf Uzunay**, “Dijital Saldırıları, Emniyet Güçleri Açısından Önemi ve Korunma Yolları”, *Polis Bilimleri Dergisi*, C.5, S.2, 2003.

WEB KAYNAKLARI

- **Ahmet Hakan Ekizer**, Adli Bilişim, <http://www.ekizer.net/content/view/16/1/> (03.06.2010).
- **Ahmet Koltuksuz** – İYTE Adli Bilişim Kursu Ders Notları’ndan, <http://www.ahi-gurler-taygun.av.tr/?adli-bilisim-nedir-av.-m.gokhan-ahi,52> (03.06.2010).
- **Aydın Köksal**, Bilişim Sözlüğü Üzerine, http://dergi.tbd.org.tr/yazarlar/11022002/aydin_koksal.htm, 2002.; ayrıca bkz: TDK ‘Güncel Türkçe Sözlük’, www.tdk.gov.tr
- **Aydoğan Tan**, Adli Bilişim, <http://www.hukuksokagi.com/makale/adli-bilisim-computer-forensic.html> (03.06.2010).
- **Emrah Yavuzcan**, <http://www.hukuki.net/blog.php?3534> (03.06.2010).
- <http://bilisimsurasi.org.tr/dosyalar/17.doc> (07.06.2010).
- <http://bthukuku.bilgi.edu.tr/> (07.06.2010).

-
- <http://en.wikipedia.org/> (05.06.2010).
 - <http://tr.wikipedia.org/wiki/Bilgisayar> (08.06.2010).
 - <http://ww.bilgisayarpolisi.com/> (07.05.2010).
 - <http://www.bilisimsuclari.net/> (09.05.2010).
 - <http://www.ekizer.net> (04.06.2010).
 - <http://www.hukuksokagi.com/makale/adli-bilisim-computer-forensic.html> (10.06.2010).
 - <http://www.kgm.adalet.gov.tr/gorus/bilisim.htm> (01.06.2010).
 - <http://www.kgm.adalet.gov.tr/uck/uck.html> (20.11.2008).
 - <http://www.movable-type.co.uk/scripts/shal.html> (03.06.2010).
 - http://www.posta.com.tr/yasam/teknoloji/HaberDetay/Turkiye_Siber_Suclar_Sozlesmesi_ne_giriyor.htm?ArticleID=24866 (01.06.2010).
 - **Leyla Keser Berber.** “Adli Bilişim Uzmanı Kimdir?”
<http://turk.internet.com/haber/yaziyaz.php3?yaziid=16728>
(09.06.2010).
 - **M. Gökhan Ahi,** <http://www.ahi-gurler-taygun.av.tr/?adli-bilisim-nedir-av.-m.gokhan-ahi>, 52 (03.06.2010).
 - **Osman Nihat Şen,** Adli Bilişim Bilimi ve Diğer Bilimlerle Olan İlişkisi
<http://www.bilgisayarpolisi.com/index.php?sayfa=makaleoku&kategori=11&id=121> (09.07.2008).

HUKUKA AYKIRI YOLLARLA ELDE EDİLEN DELİLLERİN TÜRK MEDENİ USUL HUKUKU'NDAKİ KONUMU

Mesude ALTUNEL (*)

ANLATIM DÜZENİ: ÖZET, Giriş, “İspat” ve “Delil” Kavramları, “Hukuka Aykırılık” ve “Hukuka Aykırı Delil” Kavramları, Hukuka Aykırı Delillerin Değeri Konusundaki Teoriler, 1- Mutlak Kabul Teorisi, 2- Mutlak Değerlendirme Yasağı Teorisi, 3- Esnek Yaklaşım Teorisi, Hukuka Aykırı Delillerin Ceza Yargılaması'ndaki Yeri, Medeni Usul Hukuku'nda Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilen Delillerin Konumu, A-Hukuka Aykırı Yollarla Elde Edilen Delillerin Hukuk Yargısındaki Yeri Konusunda Doktrindeki Görüşler ve YHGK Kararı, B- Hukuka Aykırı Yollarla Elde Edilen Delillerin Hukuk Yargısı'ndaki Yeri, C-Hukuk Yargılaması'nda Hukuka Aykırı Yollarla Elde Edilen Delillere Daha Somut Bir Bakış, D- Hukuka Aykırı Yollarla Elde Edilen Delillerin Dosyadan Çıkarılıp Çıkarılmayacağı Sorunu, KAYNAKÇA.

(*) Avukat

ÖZET:

Hukuku aykırı yolla elde edilmiş delillerin Medeni Usul Hukuku'ndaki konumunun ne olacağı yönünde herhangi bir açık yasal düzenleme mevcut değildir. Çalışmamızda: “İspat”-“Delil”-“Hukuka aykırılık”-“Hukuka Aykırı Delil” kavramları açıklanmış; Hukuka aykırı delillerin değeri konusundaki yaklaşımlara yer verilmiş; Hukuka aykırı delillerin ceza yargılamasındaki yerine değiştirilmiş ve “Türk Medeni Usul Hukuku'nda hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerin konumu”

“a-Hukuka Aykırı Yollarla Elde Edilen Delillerin Hukuk Yargısındaki Yeri Konusunda Doktrindeki Görüşler ve YHGK Kararı

b-Hukuka Aykırı Yollarla Elde Edilen Delillerin Hukuk Yargısı'ndaki Yeri

c-Hukuk Yargılaması'nda Hukuka Aykırı Yollarla Elde Edilen Delillere Daha Somut Bir Bakış

d-Hukuka Aykırı Yollarla Elde Edilen Delillerin Dosyadan Çıkarılıp Çıkarılmayacağı Sorunu” başlıkları altında irdelenmiştir.

Giriş

Bu çalışmada Türk Medeni Usul Hukuku bağlamında hukuka aykırı delillerin konumu ele alınacaktır. Söz konusu çalışma:

- 1-“İspat” ve “delil” kavramlarının tanımı ve mahiyeti,
- 2-“Hukuka aykırılık” ve “hukuka aykırı delil” kavramlarının tanımı ve mahiyeti,
- 3-Hukuka aykırı delillerin değeri konusundaki yaklaşımlar,
- 4-Hukuka aykırı delillerin ceza yargılamasındaki yeri,
- 5-Türk Medeni Usul Hukuku'nda hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerin konumu:

a-Hukuka Aykırı Yollarla Elde Edilen Delillerin Hukuk Yargısındaki Yeri Konusunda Doktrindeki Görüşler ve YHGK Kararı

b-Hukuka Aykırı Yollarla Elde Edilen Delillerin Hukuk Yargısı'ndaki Yeri

c- Hukuk Yargılaması'nda Hukuka Aykırı Yollarla Elde Edilen Delillere Daha Somut Bir Bakış

d-Hukuka Aykırı Yollarla Elde Edilen Delillerin Dosyadan Çıkarılıp Çıkarılmayacağı Sorunu

Bölümlerinden oluşmaktadır.

“İspat” ve “Delil” Kavramları

Dava konusu olan hakkın varlığının anlaşılması, maddi hukukun o hakkın doğumunu veya sona erişini kendisine bağladığı vakıaların doğruluğunun tespiti sonucu mümkün olur. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu(TMK)'nun 6. maddesine göre “Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür”. İşte, dava konusu hakkın ve buna mukabil yapılan savunmanın dayandığı vakıaların var olup olmadığı hakkında mahkemede kanaat oluşturulması işlemine **ispat** denir. Bir başka anlamıyla **ispat** (hukuk yargılaması bağlamında), hukuk yargılamasında bir iddianın doğru olduğuna hâkimi inandırma faaliyetidir.

Dava konusu vakıaların ispatı için başvuru vasıtalarına ise “**ispat aracı**”, yani “**delil**” denir. Nitekim 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Yasası da (m. 238/1) delil'i “davanın haline tesir edebilecek münazaalı hususların ispatı için başvuru vasıtalarıdır” şeklinde tarif etmektedir.

Yargılama sırasında deliller sayesinde geçmişte ve mahkeme dışında gerçekleşmiş vakıalara ayna tutulur. Deliller sayesinde olaylar hakkında hâkimde bir kanaat uyandırılır. Hâkim, doğru ve olayı ispata elverişli delillerle olayı anlamaya, parçaları doğru yerlere koyarak fotoğrafın bütününe görmeye çalışır.

Hukuk yargılamasında, ileri sürdüğü olayların doğruluğunu iddia eden taraf, delil ikame ederek iddiasını ispatla mükelleftir. Bu bağlamda deliller, kural olarak ispat yükü üzerinde olan tarafça ileri sürülmelidir. Resen Tahkik İlkesi'nin söz konusu olduğu davalarda (örneğin, velayetin kaldırılması davası) hâkim de delil toplayabilir.

Maddi hukuk, bir hakkın doğmasını veya son bulmasını belli vakıaların mevcudiyetine bağlamıştır. Dolayısıyla delilin konusu, **maddi vakıalardır**. Bu vakıalar, davanın ve savunmanın esasını oluşturan, bunlara dayanak teşkil eden vakıalardır. Hukuk kurallarının delilin konusunu teşkil etmeyeceğini de hatırlatmakta fayda vardır. Zira hukuk kurallarının ispatına gerek olmayıp; hukuk kuralları hâkim tarafından resen araştırılır ve uygulanır (HUMK m.76).¹

Deliller, **kesin deliller** ve **takdiri deliller** olmak üzere ikiye ayrılır. Medeni Usul Hukukumuzda her iki tür delile de yer verilmiştir. Kesin deliller, hâkimi bağlayıcı niteliktedir. Hâkim, kesin delillerden biri ile ispat edilen bir vakıayı, ispat edilmiş(doğru) kabul etmek zorunda olup, kesin delilleri takdir etme yetkisini haiz değildir. Kesin deliller: İkrar (HUMK m.236), senet (HUMK m.287 vd.), yemin (HUMK m.337 vd.) ve kesin hüküm (HUMK m.237)'dür. Takdiri deliller ise: Tanık (HUMK m.245 vd.), bilirkişi (HUMK m.275 vd.), keşif (HUMK m.363 vd.) ve özel hüküm sebepleri (HUMK m.367) olup; hâkim, takdiri delilleri serbestçe takdir yetkisini haizdir.²

“Hukuka Aykırılık” ve “Hukuka Aykırı Delil” Kavramları

“Hukuka aykırılık”, geniş manada, fiilin hukukça korunan hak ve menfaatlere saldırıdır, eylemin hukuk düzenine uygun olmamasıdır.³

¹ KURU, Baki/ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder; Medeni Usul Hukuku, Ankara 2006, s.418

² KURU, Baki/ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder; Medeni Usul Hukuku, Ankara 2006, s.429-430

³ KUNTER, Nurullah, Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi, İstanbul 1949, s.77

Ayrıca, “Hukuk devleti ilkesine uygun olarak hazırlanmış Anayasa, milletlerarası anlaşmalar ve bunlara uygun olarak çıkarılmış olan kanunlarla düzenlenen haklara aykırılıktır” şeklinde de tanımlanabilir.

“**Hukuka aykırı delil**” kavramı ise, daha ziyade ceza hukuku kapsamında tartışılmış olduğundan, tanımı da bu çerçevede yapılmış; ancak bu hususta doktrinde birlik sağlanamamıştır. Genel olarak “hukuka aykırı delil”i “hukuka ve kanuna aykırı olarak ve Anayasa’da düzenlenen temel hak ve hürriyetleri ihlal ederek elde edilmiş her türlü veri” şeklinde tanımlamak mümkündür.

Hukuka aykırılık “tüm hukuk düzenine aykırılık” olarak kabul edilir. Nitekim Anayasa Mahkemesi bir kararında⁴ “hukuka aykırılık” algısını şu şekilde ortaya koymuştur: “Türk hukukunda hukuka aykırılıktan ne kastedildiği ise gerek hukuk uygulamasında, gerekse doktrinde üzerinde tartışma olmayan bir konudur. Türk hukuk sisteminde hukuka aykırılık, gerek yazılı pozitif hukuk metinlerine gerekse hukukun evrensel uygulamaya kavuşmuş ilkelerine aykırılık anlamına gelir. Hukuka aykırılık en başta milli hukuk sistemimiz içinde yürürlükteki tüm hukuk kurallarına aykırılık anlamına gelir. Bu çerçeve içinde, anayasaya, usulüne uygun olarak kabul edilmiş uluslararası sözleşmelere, kanunlara, kanun hükmünde kararnamelere, tüzüklere, yönetmeliklere, içtihadı birleştirme kararlarına ve teamül hukukuna aykırı uygulamaların tümü hukuka aykırılık kavramı içinde yer alır. Bunun dışında, hukuk sistemimiz, hukukun genel ilkeleri adı verilen ve uygar dünyanın tüm medeni ülkelerinde uygulanan kuralları da hukuk kuralı olarak kabul etmektedir. Hukukun genel ilkelerinin neler olduğu konusunda bir belirsizlik olsa da, hukukun genel ilkelerinin hukuki bağlayıcılığı bulunduğu gerek uygulamada gerekse doktrinde tartışmasız olarak kabul edilmektedir. Anayasa Mahkememiz de birçok kararında, hukukun genel ilkelerinin varlığını kabul etmenin hukuk devletinin gereklerinden biri olduğunu ve bu ilkelerin yasa koyucu tarafından dahi yok edi-

⁴ AYM, E: 1999/2, K: 2001/2, KT: 22.6.2001, R.G. Tarih-Sayı: 05.01.2002-24631

lemeyeceğini hükme bağlamıştır (örneğin bkz. E. 1985/31. K. 1986/1, KT. 17.3.1986, Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, S. 22. s. 115). Anayasa Mahkemesi'nin bu görüşleri çerçevesinde hukukun genel ilkeleri, yasalardan, hatta Anayasa'nın değiştirilebilir hükümlerinden de üstün bir konuma getirilmiştir. Gerçekten de, bir anayasa hükmünü ve yasayı değiştirme gücüne sahip yasa koyucu hukukun genel ilkelerini yok etmeye yönelik bir yasama tasarrufunda bulunamaz. **Özet olarak, Türk hukuk sisteminde "hukuka aykırı şekilde" elde edilen deliller hiçbir şekilde kullanılamaz. Hukuka aykırılıktan kasıt ise, tüm pozitif hukuk kuralları ile birlikte hukukun kabul edilmiş evrensel ilkelerine aykırılıktır.** Bu anlamıyla "hukuka aykırı şekilde elde edilen deliller", "yasal olmayan yöntemlerle elde edilen deliller" kavramından yani "yasadışıllıktan" da geniş bir içeriğe sahiptir."

Hukuka Aykırı Delillerin Değeri Konusundaki Teoriler

Hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin değerlendirilip değerlendirilemeyeceği konusunda belli başlı üç yaklaşım biçimi vardır. Bunlardan ilki ve geleneksel olanı, nasıl elde edildiğine bakılmaksızın elde edilen delillerin mutlak olarak değerlendirilmesini öngören **mutlak kabul yaklaşımıdır**. İkincisi, ilk görüşün zıddı olarak, hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin **mutlak değerlendirme yasağına** tabi olmasıdır. Üçüncüsü ise, hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin bazı durumlarda değerlendirilmesini, bazı durumlarda değerlendirilmemesini öngören **esnek yaklaşımıdır**.⁵

1- Mutlak Kabul Teorisi

Bu görüş, hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin akıbeti konusunda kabul edilen en eski görüştür. Bu görüş, tüm delilleri kabul etmekte ve "önemli olan sonuçtur" anlayışına dayanmaktadır.

⁵ ÇINAR, Muammer/BAS, Halime, Ceza Muhakemesi'nde Hukuka Aykırı Delilleri Değerlendirme Yasağı ve Usulsüz Ulaşılan Delillerin Akıbeti, www.muhammedbalci.com/doc/Misafir/hukukaaykirideliller.doc

2- Mutlak Değerlendirme Yasağı Teorisi

Mutlak değerlendirme yasağı, hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin hiçbir şekilde hükme esas alınmamasını ifade eder. “Zehirli ağacın, meyveleri de zehirlidir” prensibi gereği, “zehirli ağacın meyveleri” olarak nitelendirilen hukuka aykırı delillerin uzak(dolaylı) etkisi de kabul edilmemektedir. Örneğin, uygulamada birçok esneklikler yapıyor olsa da, Amerikan Hukuku’nda, genel itibariyle, mutlak değerlendirme yasağının benimsendiğini ve hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin mutlak değerlendirme dışında tutulduğunu söylemek mümkündür.

3- Esnek Yaklaşım Teorisi

Bu yaklaşıma göre, hukuka aykırı olarak elde edilen delilin kabul edilebilirliği konusunda, kabul etmek ya da etmemek şeklinde sabit bir kural koymak yerine; mahkemenin her davada somut olayda yarışan menfaatleri göz önünde tutmak suretiyle bu iki alternatif arasında somut olay adaletini sağlayacak şekilde karar vermesi gerekir. Bu teoride kişinin haklarını koruma altına almayan kurallara aykırı yöntemlerle ya da onun haklarını önemli ölçüde zedelemeyen elde edilen kanıtların kullanılma olanağı bulunmaktadır. Burada hukuka aykırı kanıtın, hangi kurala aykırı davranılarak elde edildiği önemlidir. Daha çok Kıta Avrupa’sı Hukuk Sistemi’nde benimsenen bu yaklaşım, hukuka aykırı delilin değerlendirilmesi hususunda mahkemelere açıkça takdir hakkı tanımaktadır.

Alman Yüksek Mahkemesi, hangi hukuka aykırılık durumunda kanıtın değerlendirilip değerlendirilmeyeceği konusunda “haklar alanı teorisi” adlı bir ölçüt benimsemiştir. Buna göre, öncelikle, hukuka aykırı yollardan kanıt elde edilirken, bu hukuka aykırılık nedeniyle kişinin haklarının ne ölçüde ihlal edildiğine bakılmaktadır. Bu hususta ortaya atılan diğer bir ölçüt de, ihlal edilen kuralın koruduğu menfaati gözet-

mektedir. Buna göre, kişinin yalnızca temel haklarının ihlali sonucu elde edilen kanıtlar değerlendirilemeyecektir.⁶

Hukuka Aykırı Delillerin Ceza Yargılaması'ndaki Yeri

Ceza yargılamasının amacı, adli yolla maddi gerçeğe ulaşmak ve hukuki uyumsuzluğu adil şekilde çözmektir. Maddi gerçeği arayan ceza muhakemesinde her şey delil olabilir, yani “Delil Serbestliği İlkesi” geçerlidir. Ancak maddi gerçeğe ulaşmaya çalışılırken insan şeref ve onuru, hukukun genel ilkeleri ve yasaların koyduğu sınırlamalara uyulması gerekmektedir. Zira Hukuk Devleti'nde bir delilin ceza yargılamasında kullanılabilmesi için, bu delilin hukuka uygun yollardan elde edilmiş olması gerekir. Bu nedenle Ceza Muhakemesi Hukuku'nda esas alınan “Delil Serbestliği İlkesi”nin sınırını, 5271 sayılı Ceza Muhakemeleri Kanunu, 217/2. maddesinde (“Yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir”) çizmiştir. Bu hükmün zıt anlamına göre; suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş hiçbir delille ispat edilemez ve hukuka aykırı deliller, bir olayın ispatında vicdani kanaate esas alınamaz.

CMK'nın soruşturma ve delil elde etme yöntemleri, genel itibarıyla, insan haklarına saygılı ve Hukuk Devleti İlkesi ile bağdaşır bir biçimde maddi gerçeğe ulaşmayı mümkün kılacak düzenlemeler içermektedir. Böylece, kötü muamele, işkence gibi ağır insan hakları ihlallerine yönelmeden bir muhakeme yapılması amaçlanmıştır.

Ceza Muhakemesi'nde “hukuka aykırı delil”den iki şey anlaşılır. Bunlardan birincisi, yasal delillere, yasaya aykırı yöntemlerle ulaşılmış olması nedeniyle hukuka aykırılığın doğmasıdır. İkincisi ise delilin kendisinin yasak olmasıdır. Delil yasaklarının amacı, insan hakları ile temel hak ve hürriyetleri korumaktır. Delil yasakları, Hukuk Devle-

⁶ ÇINAR, Ali Rıza, Hukuka Aykırı Kanıtlar, TBB Dergisi, 65. Sayı, Ankara 2004

ti'nde ceza yargılamasında kullanılacak delillere ulaşmaya ve bu delilleri değerlendirmeye getirilen sınırlamalardır. **Örneğin:**

1- 5271 sayılı Ceza Muhakemeleri Kanunu'nun "ifade ve sorgunun tarzı" başlıklı 147. maddesinde⁷ belirtilen esaslara uyulmaksızın; özellikle de sanık, avukat yardımından istifade, susma ve savunma hakları ile isnat konularında yeterince aydınlatılmaksızın, elde edilen deliller, muhakemede kullanılması yasak olan delillerdir.⁸

2- CMK'nın "ifade alma ve sorguda yasak usuller" başlıklı 148. maddesi, ifade ve sorgu sırasında delil elde etme yasaklarına ilişkin olup; sanık beyanının, özgür iradesine dayanması gerektiği kuralını esas almıştır. Buna göre şüpheli/sanığın beyanının özgür iradesine da-

⁷ CMK m.147 -" İfade ve Sorgunun Tarzı

(1)Şüphelinin veya sanığın ifadesinin alınmasında veya sorguya çekilmesinde aşağıdaki hususlara uyulur:

- a) Şüpheli veya sanığın kimliği saptanır. Şüpheli veya sanık, kimliğine ilişkin soruları doğru olarak cevaplandırmakla yükümlüdür.
- b) Kendisine yüklenen suç anlatılır.
- c) Müdafî seçme hakkının bulunduğu ve onun hukukî yardımından yararlanabileceği, müdafîin ifade veya sorgusunda hazır bulunabileceği, kendisine bildirilir. Müdafî seçecek durumda olmadığı ve bir müdafî yardımından faydalanmak istediği takdirde, kendisine baro tarafından bir müdafî görevlendirilir.
- d) 95 inci Madde hükmü saklı kalmak üzere, yakalanan kişinin yakınlarından istediğine yakalandığı derhâl bildirilir.
- e) Yüklenen suç hakkında açıklamada bulunmamasının kanunî hakkı olduğu söylenir.
- f) Şüpheden kurtulması için somut delillerin toplanmasını isteyebileceği hatırlatılır ve kendisi aleyhine var olan şüphe nedenlerini ortadan kaldırmak ve lehine olan hususları ileri sürmek olanağı tanınır.
- g) İfade verenin veya sorguya çekilenin kişisel ve ekonomik durumu hakkında bilgi alınır.
- h) İfade ve sorgu işlemlerinin kaydında, teknik imkânlardan yararlanılır.
- i) İfade veya sorgu bir tutanağa bağlanır. Bu tutanakta aşağıda belirtilen hususlar yer alır:

1. İfade alma veya sorguya çekme işleminin yapıldığı yer ve tarih.
2. İfade alma veya sorguya çekme sırasında hazır bulunan kişilerin isim ve sıfatları ile ifade veren veya sorguya çekilen kişinin açık kimliği.
3. İfade almanın veya sorgunun yapılmasında yukarıdaki işlemlerin yerine getirilip getirilmediği, bu işlemler yerine getirilmemiş ise nedenleri.
4. Tutanak içeriğinin ifade veren veya sorguya çekilen ile hazır olan müdafî tarafından okunduğu ve imzalarının alındığı.
5. İmzadan çekinme hâlinde bunun nedenleri."

⁸ ÖZTÜRK, Bahri/ERDEM, M.R, Ceza Muhakemesi Hukuku, 12. Baskı, Ankara 2008, s. 490

yanmasını engelleyici nitelikte kötü davranma, işkence, ilaç verme, yorma, aldatma, cebir ve şiddette bulunma, bazı araçları kullanma gibi bedensel veya ruhsal müdahaleler yapılamaz; kanuna aykırı bir menfaat vaat edilemez; bu suretle elde edilen tüm ifadeler, rıza olsa bile, delil olarak değerlendirilemez.

3- Haberleşme özgürlüğüne müdahale sonucunu doğuran ve niteliği itibariyle gizlilik arz eden telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi, kanunda ayrıntılı bir biçimde düzenlenmiş ve sıkı şartlara bağlanmıştır. Nitekim CMK'nın 135. maddesinde telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesinin esas ve usulleri ayrıntılı olarak belirlenmiş ve bu maddede belirlenen esas ve usuller dışında, hiç kimsenin, bir başkasının telekomünikasyon yoluyla iletişimini dinleyemeyeceği ve kayda alamayacağı hükme bağlanmıştır(m. 135/7). Dolayısıyla bu usul ve şartlara uyulmaksızın elde edilen deliller, hukuka aykırı delil hükmünde olacaktır.

1982 Anayasası'nda 2001'de yapılan değişiklikle hukuka aykırı deliller için 38. maddesinde (6. fıkra) "Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez" hükmünü getirmiştir. Böylece Anayasa'da yer alan bu hüküm sadece CMK bakımından değil, tüm yargılama hukuku (anayasa yargısı, medeni yargı, idari yargı, askeri yargı, hatta disiplin soruşturmaları) için de geçerli olacaktır. Ayrıca delilin kim tarafından elde edildiğinin önemi yoktur; dolayısıyla hukuka aykırı deliller için öngörülen hükümler, özel kişilerce elde edilen deliller için de söz konusu olacaktır. Zira anayasa hükümleri sadece kamuyu değil, özel kişileri de bağlar. Nitekim Anayasa Mahkemesi de bir kararında⁹ özel kişilerin hukuka aykırı yollardan elde ettikleri delillerin hükme esas alınamayacağını belirtmiştir.

CMK'nın "Delillerin ortaya konulması ve reddi" başlıklı 206. maddesinin 2/a fıkrasında delilin kanuna aykırı olarak elde edilmesi halinde reddolunacağı vurgulanmıştır. 230. maddeye(1b) göre de hü-

⁹ AYM, E: 1999/2, K: 2001/2, KT: 22.6.2001, R.G. Tarih-Sayı: 05.01.2002-24631

küm gerekçesinde, dosyada bulunan ve hukuka aykırı yöntemlerle elde edilmiş delillerin ayrıca ve açıkça gösterilmesi gerektiği belirtilmiştir. Yine 289. madde(son fıkra) uyarınca da “hükmün hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delile dayanması” halini, mutlak bozma sebebi olarak belirlemiştir.

Hukuka aykırı işlem yapanların cezai sorumluluğuna gelince de: Yasak ifade yöntemlerinden işkenceyle ifade alınması TCK uyarınca(m.94-95) suçtur. Ayrıca kamu görevlilerinin sanığa kasten haklarını hatırlatmamaları görevi kötüye kullanma (TCK m.257/2); kolluğun hukuka aykırı olarak delil uydurması, görevi kötüye kullanma (TCK m.257/1); suç delillerini değiştirme (TCK m.281/2) ise duruma göre iftira (TCK m.267) ya da adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs (TCK m.288) teşkil edebilir¹⁰.

Delilin hukuka aykırı yollarla elde edildiği kabul edilirse, daha sonra bu hukuka aykırılığın, hangi hukuk kuralının ihlaline dayandığının tespiti gerekir. Zira sanığın haklarını korumayan şekil kurallarına aykırılık, hukuka aykırı delillerin değerlendirilmesi sorunu kapsamında değildir. Fakat sanığın temel insan haklarını ve muhakemeye ilişkin haklarını koruyan bir kurala aykırılık, yani esasa ilişkin bir aykırılığın tespiti halinde bu aykırılık nedeniyle söz konusu delilin kullanılıp kullanılmayacağı tartışılacaktır. Sanık haklarını koruyan hükümler ihlal edilerek elde edilen delillerden hangilerinin kullanılıp hangilerinin kullanılmayacağına karar verme hususunda esas alınacak ölçütler henüz kesin şekilde ortaya konulamamıştır.¹¹

Yasa koyucunun, doğrudan değerlendirme yasağı getirdiği hukuka aykırı deliller için, delilin hukuka aykırı yollarla elde edildiğini ispat etmek, delilin değerlendirmeye alınmaması için yeterlidir. Örneğin, sorgu yöntemlerine uyulmadan ifade ve sorgu alınması halinde, söz

¹⁰ CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 4. Baskı, İstanbul 2006, s. 638

¹¹ CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 4. Baskı, İstanbul 2006, s. 629

konusu tutanakların delil olarak değerlendirilemeyeceği kabul edilmektedir(CMK m.147,148). Bu haller **mutlak değerlendirme yasağı** olarak adlandırılır.¹²

Yasa koyucunun değerlendirme yasağı kapsamına alınıp alınmayacağına açıkça belirtmediği hukuka aykırı delillerin varlığı halinde, daha ziyade, ihlal edilen normun koruduğu hak ve menfaat ile maddi gerçeği bulma amacı arasında gidilip gelinmekte; her somut olaya göre, birey ile toplum çıkarları arasında bir denge teminine çalışılmaktadır. Uygulayıcının somut olaya göre değerlendirme yaptığı ve bu değerlendirme sonucunda ulaştığı yasağa da **nispi değerlendirme yasağı** denilmektedir.¹³

Medeni Usul Hukuku'nda Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilen Delillerin Konumu

A- Hukuka Aykırı Yollarla Elde Edilen Delillerin Hukuk Yargısındaki Yeri Konusunda Doktrindeki Görüşler ve YHGK Kararı

2001'de 1982 Anayasası'nın 38. maddesine eklenen 6. fıkraya rağmen, hukuka aykırı delillerin Medeni Usul Hukuku'ndaki konumunun ne olacağı yönünde herhangi bir açık yasal düzenleme yapılmamıştır. Doktrinde hukuk yargılamasında, hukuka aykırı delillerin değerlendirilmesi mevzuunda farklı mülahazalar mevcuttur.

TOSUN'a göre¹⁴: Medeni yargıda gerçeğin ortaya çıkması o kadar önemli değildir; eğer taraf delil getirmemişse gerçek ortaya çıkmayabilir ve bundan toplum çok fazla etkilenmez. Bu yüzden medeni mu-

¹² CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 4. Baskı, İstanbul 2006, s. 629

¹³ CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 4. Baskı, İstanbul 2006, s. 629

¹⁴ TOSUN, Ö., Ceza Ve Medeni Muhakeme Hukuku Açısından Hukuka Aykırı Yollarla Elde Edilmiş Delillerin İspat Kuvveti, İstanbul 1976, s. 65-67

hakemede hakikate ulaşmada büyük toplumsal fayda olmadığından, tarafların hukuka uygun hareket etmedikleri için davaları daha kolaylıkla reddedilebilmektedir. Fransız Mahkemeleri'nin zinanın delili olan mektubun zorla, satın alınarak, hile ile ele geçirilmesi hallerinde, boşanma davasında delil olamayacağını yönündeki kararları buna örnek gösterilebilir. Dolayısıyla hukuka aykırı yöntemlerle ulaşılan delillerin geçersiz olması gerekir.

BERKİN de¹⁵, usulsüz, kanunsuz ya da hukuka aykırı yöntemlerle elde edilmiş delile dayanılarak hüküm verilemeyeceği görüşündedir. Bu bağlamda yazara göre, evli birinin evlilik dışı ilişki kurduğu kişiye yazdığı mektuplar, çalınarak ya da posta memuru ile anlaşarak ele geçirilmişse; bunlar hukuka aykırı delil niteliğinde olduğundan bunların ispat gücünü haiz olduklarından ve boşanma davasında delil olabileceğinden bahsedilemez.

YILDIRIM ise¹⁶, hukuka aykırı yöntemlerle elde edilmiş delillerin değerlendirilip değerlendirilemeyeceği konusunda katı ve kesin bir kaide koymak yerine; somut olayda hakkaniyet esasına dayalı olarak hâkime bu hususta serbesti tanıyan daha esnek bir yaklaşım sergilenmesi gerektiği kanısındadır.

ÜSTÜNDAĞ¹⁷, insan sesinin, konuşanın rızası olmaksızın gizlice kaydedilmesinin kişilik haklarına bir müdahale olduğunu kabul etmesinin akabinde; bu yolla elde edilmiş kanıtın sesin gizlice kaydedilmesini haklı kılacak nedenlerin varlığı halinde böylesi bir tecavüze müsaade edilebileceği ve ispat aracı olarak kullanılabilirliğini savunur. Yazar, evli kadının, kocasına sürekli hakaret etmesi ve bunları mahkemede inkâr edeceğini söylemesi üzerine, kocanın açacağı boşanma davası için karısının hakaret içeren sözlerini teyp kaydına alması halinde bu-

¹⁵ BERKİN, N., Tatbikatçılara Medeni Usul Hukuku Rehberi, İstanbul 1980, s. 734, 735

¹⁶ YILDIRIM, M. K., Medeni Usul Hukuku'nda Delillerin Değerlendirilmesi, İstanbul 1990, s. 246

¹⁷ ÜSTÜNDAĞ, S., Medeni Yargılama Hukuku, C.1-2, İstanbul 2000, s.267, 762

nun davada ispat vasıtası olabileceği yönündeki Alman Mahkemeleri kararını da örnek olarak göstermiştir.

PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES' e göre ise¹⁸, hukuka aykırı kanıt sorunu sadece Medeni Usul Hukuku'nu değil, başta Ceza Hukuku olmak üzere, tüm yargılama hukuklarını ilgilendirir. Genel olarak, kanuna aykırı şekilde elde edilen deliller değerlendirilmemelidir. Kişilik hakları, özel yaşam sahası ve giz alanının ihlal edilmesi neticesinde elde edilen teyp bandı, fotoğraf, çalınmış ya da el konulmuş mektuplar, telefon gizliliği ya da haberleşme hürriyeti ihlal edilerek elde edilen deliller ispat gücü taşıyamaz. Dolayısıyla kişilik hakları ihlal edilerek elde edilen delillere ispat gücü tanınırsa, kişilik hakkı bir kez daha ihlal edilmiş olacaktır ki, bu kez ihlali yapan da o delile ispat gücü tanıyan mahkeme olacaktır. Öte yandan, gizli şekilde elde edilmiş tüm delillerin hukuka aykırı delil olduğu ve ispat aracı olmayacağı genellemesine gitmek de doğru değildir. Bu bağlamda bir telefon görüşmesi sırasında telefondaki ses, yükseltici yahut ikinci bir dinleme aracıyla konuşulanların duyulması sonucu yapılan açıklamalar ve bu husustaki tanıklık geçerli olmalıdır. Ayrıca kişilik hakkı ihlal edilen izin verirse, ona mahkemece ispat gücü tanınması caizdir. Özetle: Hukuka aykırı yollardan elde edilen delillere hiçbir surette ispat gücü tanımayan katı ve kesin bir yaklaşım yerine; dürüstlük kuralı çerçevesinde her somut olayın şartları ve özellikleri gözetilerek, ihlal edilen hukuk kuralı ile ispat edilmek istenen vakıa arasında amaca uygunluk temel alınarak bir değerlendirme yapılması gerekir.

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU, bir içtihadında, hukuka aykırı yollardan elde edilmiş bulguların hukuk yargılamaındaki durumunu bir boşanma davası vesilesiyle irdelemiştir. Söz konusu karara göre¹⁹: “Öncelikli olarak hayatın gizliliğinin korunması esas olma-

¹⁸ PEKCANITEZ, H./ATALAY, O./ÖZEKES, M., Medeni Usul Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2005, s. 382,383

¹⁹ YHGK Kararı, E. 2002/2-617, K: 2002/648, KT: 25.9.2002, DEMİRKİRAN, İ./DEMİR, C./BİLGİN, Ç., YHGK' nun 10 Yıllık Emsal Kararları, 1995-2004, Ankara 2004, s.676-680

lıdır. Ancak somut olayın özelliği bu genel görüşten ayrılmayı gerektiren istisnalar içermektedir. Kullanılan deliller çalınmış, tehdit ya da zorla elde edilmiş ise burada hukuka aykırılık vardır. Hukuka aykırı yollardan elde edilmemiş deliller ise yasak bir delil olarak değerlendirilemez. Boşanma davası zaten kişilerin özel yaşamını ilgilendiren bir davadır. Koca eşi ile birlikte yaşadıkları mekânda ele geçirdiği eşine ait fotoğrafları, not defterini veya mektupları mahkemeye delil olarak verirse, bu deliller hukuka aykırı yollardan elde edilmediğinden mahkemede delil olarak değerlendirilir. Aynı evde yaşayan kadın, kocanın bu delilleri ele geçirilebileceğini bilebilecek durumdadır. Kocanın yatak odasındaki bir dolabın içinde ya da yatağın altında kadın tarafından saklanan bir not defterini ele geçirmesi, bu mekânın eşlerin müşterek yaşamlarını sürdürdükleri bir yer olduğundan kadının gizli mekânı kabul edilemez. **Hiç kimse evindeki bir mekânda bulduğu bir delili hukuka aykırı yollardan ele geçirmiş sayılamaz.** Diğer taraftan özel hayatın gizli alanları, özel hayatın gizli alanını ilgilendiren delillerle ispat edilebilir. Nasıl ki, kadın başka bir erkekle müşterek hanedeki yatak odasında sevişirken koca tarafından kapı kırılarak içeri girilmesinde hukuka aykırılıktan söz edilemezse, ortak yaşanan evde bulunduran not defterinin elde edilmesi de hukuka aykırı olarak değerlendirilemez. Eşlerin evliliğin devamı süresince birbirlerine sadık kalmaları yasal bir zorunluluktur. Kadının bu konulardaki özel yaşamı, evlilik ile bir araya geldiği hayat arkadaşı kocayı da en az kadın kadar ilgilendirmektedir. Bu nedenle de davalıya ait hatıra defterinin delil olarak değerlendirilmesinde kuşkuya düşmemek gerekir.”

B- Hukuka Aykırı Yollarla Elde Edilen Delillerin Hukuk Yargısı'ndaki Yeri

Medeni Usul Hukuku'nda hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerin konumunun ne olacağını açıkça belirleyen herhangi bir yasal düzenlemenin olmaması, hukuka aykırı yollardan elde edilen delillere ispat gücü tanınacağı anlamına gelmez. Zira hukuk yargısının gerçeğe ulaşma amacı, Hukuk Devleti'nin gerekleri ile sınırlıdır.

Her şeyden evvel T.C. Anayasa'nın 2. maddesi uyarınca **insan haklarına saygılı bir Hukuk Devleti'**dir. Bu ilke, Anayasa'nın 4. maddesi gereği, değiştirilmesi teklif dahi edilemeyecek hükümlerden-
dir. Anayasa Mahkemesi, bir kararında²⁰ Hukuk Devleti'ni "insan hak-
larına saygılı ve bu hakları koruyan, âdil bir hukuk düzeni kuran ve
bunu devam ettirmekle kendini yükümlü sayan, bütün davranışlarında
hukuk kurallarına uyan, bütün işlem ve eylemleri yargı denetimine
bağlı olan devlettir" şeklinde tanımlamıştır. Bir Danıştay kararında²¹ da
buna koşut bir tanıma yer verilmiştir ("bütün işlem ve eylemleri hukuka
uygun, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek
sürdürmekle kendini yükümlü sayan, hukuku tüm devlet organlarına
egemen kılan, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçman, insan
haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, yargı
denetimine açık, yasaların üstünde yasa koyucunun da uymak zorunda
olduğu Anayasa'nın ve temel hukuk ilkelerinin bulunduğu bilincinde
olan devlettir"). Bu nedendir ki, yargılama yetkisini haiz olan devlet,
yargılama organları aracılığı ile yargılama yaparken Hukuk Devleti
İlkesi ile örtüşür şekilde davranmalı ve hukuk kurallarına bağlı kalma-
lıdır.

Anayasa'nın 138/1. maddesinde hâkimlerin, Anayasa'ya, kanuna
ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm vermeleri
gerektiği açıkça hüküm altına alınmıştır. Bu nedenle hukuka uygun bir
karar verilebilmesi için, davaya temel teşkil eden vakıaların hukuka
uygun ve insan haklarını ihlal etmeyecek şekilde elde edilmiş bulgular-
la ispatlanması gerekir. Aksi halde hukuka aykırı yollarla elde edilmiş
delile ispat gücü tanımak, var olan hukuka aykırılığa bir kez de yargı
merciinin alet edilmesi anlamına gelir ki, bu da 2. ve 138. maddelere
açıkça aykırıdır.

²⁰ AYM, E: 1976/1, K: 1976/28, KT: 25.5.1976

²¹ Danıştay 5. Daire, E: 2005/5627, K. 2007/72, KT: 24.01.2007

Yine, Anayasa'nın "Hak Arama Hürriyeti" başlıklı 36. maddesine göre, "Herkes, **meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle** yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir". Madde lafzından da anlaşılacağı üzere Hak Arama Hürriyeti, hukuk sınırları içinde kalmak (meşru vasıta ve yollardan faydalanmak) kaydıyla kullanılabilir ve hukuka aykırı yollarla elde edilen bulgulara dayanılmayacaktır. Zira hukuk devletinde "meşruiyet" in anlam ve kapsamını çizecek olan da bizzat hukuk kendisidir. Ayrıca delilin kim tarafından elde edildiğinin önemi yoktur; dolayısıyla hukuka aykırı deliller için öngörülen hükümler, özel kişilerce elde edilen deliller için de söz konusu olacaktır. Çünkü Anayasa hükümleri sadece kamuyu değil, özel kişileri de bağlar. Nitekim Anayasa Mahkemesi de bir kararında²² özel kişilerin hukuka aykırı yollardan elde ettikleri delillerin hükme esas alınamayacağını belirtmiştir.

2001'de Anayasa'nın 38. maddesinde (6. fıkra) yapılan değişiklikle, kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulguların, delil olarak kabul edilemeyeceği hükme bağlanmıştır. Söz konusu anayasal kural, "Suç ve Cezalara İlişkin Esaslar" başlıklı maddede düzenlendiğinden, ceza yargısına ilişkin gibi görünse de, aslında tüm yargı çeşitleri, dolayısıyla adli yargı içinde yer alan hukuk yargısı için de geçerli olan genel bir kuraldır. Zira Anayasa'nın 176/2. maddesi uyarınca madde başlıkları anayasa metninden sayılmaz. Bu yüzden 38. maddenin, başlığı nedeniyle, sadece ceza yargılaması için geçerli olacağı savunulamaz. Öte yandan, Anayasa'nın 177. maddesinin e bendi "Anayasa'nın halkoylaması sonucu kabulünün ilanı ile birlikte yürürlüğe girecek hükümleri ve mevcut ve kurulacak kurum, kuruluş ve kurullar için yeniden kanun yapılması veya mevcut kanunlarda değişiklik yapılması gerekiyorsa bunlara ilişkin işlemler mevcut kanunların Anayasaya aykırı olmayan hükümleri veya doğrudan Anayasa hükümleri, Anayasanın 11 inci maddesi gereğince uygulanır" kuralını getirmiştir. 11. madde ise Ana-

²² AYM, E: 1999/2, K: 2001/2, KT: 22.6.2001, R.G. Tarih-Sayı: 05.01.2002-24631

yasa hükümlerinin, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kuralları olduğunu belirtmiştir. Böylelikle anayasal hükümlerin doğrudan uygulanabilir yönü olabileceği de ortaya konulmuştur. Dolayısıyla hukuk yargılamasında hakkında özel bir düzenleme olmayan hukuka aykırı yollarla elde edilmiş delillerin konumu m. 177/e uyarınca 38/6 hükmüne göre belirlenecektir.²³

Anayasanın 38/6. hükmündeki "kanun" ibaresi ile "tüm Pozitif Hukuk Kuralları"nın kastedildiği de unutulmamalıdır.

Yine, bir davada hukuka aykırı yollardan elde edilen bulgulara ispat gücü tanınması, "yargılama sırasında sahip olunan hak ve mükellefiyetler bakımından taraflar arası tam bir eşitlik temini ve bunun yargılama sürecinde de korunması" olarak tanımlanan Silahların Eşitliği İlkesi'nin de ihlali manasındadır. Silahların Eşitliği İlkesi ise, Adil Yargılanma Hakkı'nın (AİHS m.6, AY m.36/1) unsurları arasında bulunan hakkaniyete uygun yargılanmanın ön şartıdır²⁴. Dolayısıyla hukuka aykırı yollardan elde edilen bulgulara ispat gücü tanınması, Adil Yargılanma Hakkı'nın da ihlali sonucunu doğuracaktır.

HUMK m.218 uyarınca, hâkim, bir davada ikame olunmak istenen delillerin kabule şayanlık bağlamında hukukun cevaz verdiği yollardan edinilip edinilmediğini de dikkate almalıdır. Tanıklıktan çekilme hakkının bulunduğu hallerde(HUMK m.245,246), hâkimin tanıklık yapacak kişiye bu hakkının varlığını anlatmakla yükümlü tutulması (HUMK m.260) ve onu beyanda bulunmaya zorlayamaması da, delilin, hukukun cevaz verdiği yollardan elde edilmesi gereğinin somut bir yansımasıdır. Yine, yasa koyucu, aynı mülhaza ile, yazılı akitlerdeki

²³ TANRIVER, Süha, Türk Medeni Usul H. Bağlamında Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilen Delillerin Durumunun İrdelenmesi, TBB Dergisi, 65. Sayı, Ankara 2006, s.122

²⁴ İNCEOĞLU, S., AİHM Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, İstanbul 2002, s. 212

hile ve ikrah iddialarının tanıkla ispat edilmesini mümkün kılmıştır(HUMK m.293/5)²⁵.

Delilin hukuka aykırı yolla elde edilip edilmediğinin tespitinde Dürüstlük Kuralı da ölçüt olarak göz önüne alınmalıdır.

C- Hukuk Yargılaması'nda Hukuka Aykırı Yollarla Elde Edilen Delillere Daha Somut Bir Bakış

Kişi dokunulmazlığı (AY m.17), kişi özgürlüğü ve güvenliği (AY m.19), kişilik hakları, özel hayatın gizliliği ve sır alanı (AY m.20), Konut Dokunulmazlığı (AY m.21), Haberleşme Hürriyeti (AY m.22) ihlal edilerek ya da çalınarak-hileyle-tehditle-cebirle elde edilen deliller, hukuka aykırı yollardan sağlandığından, ispat aracı olarak sunulamaz; sunulmuşsa da mahkemece dikkate alınamaz. Bu bağlamda hukuka aykırı delillerin toplanması mahkemedен istenemez, istenirse de mahkemece reddedilmelidir.

Haberleşme Hürriyeti, Anayasa tarafından (m.22²⁶) güvence altına alınmış temel insan haklarındandır. Anayasa, milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel ahlakın korunması, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebebiyle bu gizliliğe hâkim kararı ile dokunulabileceğini sınırlı bir şekilde kabul etmiştir. Avrupa

²⁵ TANRIVER, Süha, Türk Medeni Usul H. Bağlamında Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilen Delillerin Durumunun İrdelenmesi, TBB Dergisi, 65. Sayı, Ankara 2006, s.128

²⁶ AY m.22 – (Değişik: 3.10.2001-4709/7 md.) "Herkes, haberleşme hürriyetine sahiptir. Haberleşmenin gizliliği esastır.

Millî 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 hâkim 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 yirmi dört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını kırk sekiz saat içinde açıklar; aksi halde, karar kendiliğinden kalkar.

İstisnaların uygulanacağı kamu kurum ve kuruluşları kanunda belirtilir."

İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) de 8.maddesinde “herkes özel hayatına, aile hayatına ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir” şeklinde açık bir hüküm getirmiştir. Kısacası haberleşmenin gizliliğine dokunulamaması temel bir hak kuralı olup, bu hakka müdahale ancak ayırksı, sınırlı durumlarda söz konusu edilebilmektedir. Ayrıca TCK da haberleşmenin gizliliğini ihlalin²⁷ suç olduğunu belirtmiştir. Haberleşmenin her türlüğü gizlidir. Telefon ve bilgisayar günümüzün en yaygın haberleşme araçlarındandır. Telefon ve elektronik ortamda haberleşme, özel hayatla ilgili bilgileri de içerebileceğinden, haberleşmenin denetlenmesi özel hayatın gizliliği ihlalinin de doğurur. Haberleşme özgürlüğü ve özel hayatın gizliliği gibi temel Anayasal haklara sınırlamalar getiren haberleşmenin denetiminin kanunla düzenlenmesi gerekir.²⁸

Anayasa’da düzenlenen temel haklar, ancak yine Anayasa’da belirtilen sebeplerle ve kanunla sınırlandırılabilir. Haberleşmenin gizliliği ilkesine müdahale (iletişimin denetlenmesi) konusunda ne hukuk yargılamasının temel yasası olan Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nda (HUMK), ne de usul normları içeren diğer yasalarda bir hüküm bulunmaktadır. Yani Hukuk hâkimine haberleşmenin gizliliği ilkesine müdahale etme, telefon görüşmelerini denetleme yetkisi veren herhangi bir hukuk kuralı yoktur. Ancak (özellikle “Sadakatsizlik” hukuksal nedeğine dayalı olarak açılan boşanma davalarında) uygulamada bazı hukuk mahkemelerince tarafların istekleri üzerine, ilgili GSHM operatörü

²⁷ TCK m. 132 – “(1) Kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğini ihlâl eden kimse, altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır. Bu gizlilik ihlâli haberleşme içeriklerinin kaydı suretiyle gerçekleşirse, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(2) Kişiler arasındaki haberleşme içeriklerini hukuka aykırı olarak ifşa eden kimse, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(3) Kendisiyle yapılan haberleşmelerin içeriğini diğer tarafın rızası olmaksızın alenen ifşa eden kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır.

(4) Kişiler arasındaki haberleşmelerin içeriğinin basın ve yayın yolu ile yayınlaması hâlinde, ceza yarı oranında artırılır.”

²⁸ KAYMAZ, Seydi, Ceza Muhakemesi’nde Hukuka Aykırı Deliller, Ankara 1997, s.178

şirketlere veya Telekomünikasyon Kurumu'na yazı yazılarak, ilgilinin üçüncü kişilerle yapmış olduğu telefonla görüşme ve mesajlaşma dokümlerinin gönderilmesi istenmektedir. (İlgili kurumlardan kimi mahkeme kararının gereğini yapmakta; kimi de talebi, hukuka aykırı olduğu gerekçesiyle reddetmektedir.) Oysa hukuk hâkimlerinin delil toplama bağlamında da olsa temel insan haklarından olan haberleşmenin gizliliği ilkesine müdahale etme yetkileri hukuken mevcut olmadığı gibi, yorum yoluyla temel hakların müdahale nesnesi haline getirilmesi de mümkün değildir. Bu bağlamda toplanmış olan delilin (görüşme kayıtlarının) hükme dayanak yapılmasının hukuksallık kazanamayacağı açıktır.²⁹

Günümüzde, bilhassa boşanma davalarında, telefon kayıtları, elektronik ortamdaki yazışmalar, mektup, cd, ses kayıtları, fotoğraf vb verilere başvurulabilmektedir. Taraflardan birinin gizlice ses ya da görüntü kaydedici bir sistem kurup diğerinin 3. kişilerle telefonda veya elektronik ortamdaki görüşmelerini dinlemesi, kaydetmesi, kaydettirmesi suç işlenerek elde edilmiş hukuka aykırı delillerdir. Ancak taraflardan birinin, diğeri ile yaptığı görüşmeyi kaydederek bunun delil olarak kullanılmasında hukuka aykırılık yoktur; zira görüşmeyi yapan, karşıdakinin bu görüşmeyi kaydedebileceğini öngörebilmesi gerekir. Yine çocukların güvenliği ve takibi için eve kurulan ya da ev veya site güvenliği için kurulan bir sistemin kaydı sırasında tesadüfen yapılan kayıt, hukuka aykırılık arz etmeyeceğinden delil olarak kullanılabilir.³⁰ Öte yandan, PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES'e göre bir telefon görüşmesi sırasında telefonda ses, yükseltici yahut ikinci bir dinleme aracıyla konuşulanların duyulması sonucu yapılan açıklamalar ve bu husustaki tanıklık geçerli olmalıdır. Ayrıca kişilik hakkı ihlal edilen izin verirse, ona mahkemece ispat gücü tanınması caizdir.

²⁹ TUTUMLU, M. Akif, Hukuk Mahkemesinde Telefon Kayıtlarının Denetlenmesi, Radikal Gazetesi 13.05.2008

³⁰ ATEŞ, Mustafa, Hukuk Yargılamasında Ve Özellikle Boşanma Davalarında Hukuka Aykırı Deliller, Terazi Hukuk Dergisi, yıl: 3, sayı: 18, Ankara Şubat 2008, s.90

Taraflardan birinin, diğerine telefonla ya da elektronik ortamda yolladığı mesajların, gönderilenin telefon yahut bilgisayarında kayıtlı olması halinde; bunlar, hukuka uygun delillerdir. Zira gönderici bu mesajın yazılı olduğu ve kaydedileceğini bilir(bilmesi gerekir). Ancak karşı tarafın bilgisayarı veya telefonunda bulunan ve ilgilinin rızası dışında elde edilen mesajlar, hukuka aykırı delildir.

Karşı tarafın, telefonla ya da elektronik ortamda 3. bir şahısla yaptığı bir görüşmenin, gönderilen tarafından kaydedilmesi ya da saklanması halinde bu kayıtlar sadece bu 3. kişinin izni dâhilinde delil olabilir. Bu 3. kişinin rızası dışında müdahale edilmesi, haberleşme hürriyetine açık bir müdahale olacağından, bu müdahale sonucu elde edilen deliller de hukuka aykırı yolla elde edilmiş delil hükmünde olacaktır.

Yine Anayasa'nın 20. maddesi ve AİHS' nin 8. Maddesi özel hayatın gizliliğini de korumuş ve dokunulmaz olduğunu vurgulamıştır. TCK m.134 de özel hayatın gizliliğinin ihlalini suç saymıştır. Bu nedenle karşı tarafın şahsiyet hakları, özel hayatın gizliliği ihlal edilerek elde edilmiş fotoğraf, teyp bandı, çalınmış eşya veya çalınmış/el konulmuş/postacı ile anlaşarak ele geçirilmiş aşk mektubu gibi deliller kural olarak değerlendirilemeyecektir; değerlendirilirse de özel hayatın gizliliği bir kez de mahkeme tarafından ihlal edilmiş olacaktır. Öte yandan kamuya açık yerde birinin fotoğrafının çekilmesi yasak delil değildir³¹.

YHGK, E: 2002/2-617, K: 2002/648 ve 25.9.2002 tarihli kararında hayatın gizliliğinin korunmasının esas olması gerektiğini belirtmekle birlikte, "Boşanma davası zaten kişilerin özel yaşamını ilgilendiren bir davadır. **Koca eşi ile birlikte yaşadıkları mekânda ele geçirdiği eşine ait fotoğrafları, not defterini veya mektupları mahkemeye delil olarak verirse, bu deliller hukuka aykırı yollardan elde edilmedi-**

³¹ PEKCANITEZ, H./ATALAY, O./ÖZEKES, M., Medeni Usul Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2006, s.415

ğinden mahkemede delil olarak değerlendirilir. Aynı evde yaşayan kadın, kocanın bu delilleri ele geçirilebileceğini bilebilecek durumdadır. Kocanın yatak odasındaki bir dolabın içinde ya da yatağın altında kadın tarafından saklanan bir not defterini ele geçirmesi, bu mekânın eşlerin müşterek yaşamlarını sürdürdüklerini bir yer olduğundan kadın gizli mekân kabul edilemez. **Hiç kimse evindeki bir mekânda bulunduğu bir delili hukuka aykırı yollardan ele geçirmiş sayılamaz.** Diğer taraftan özel hayatın gizli alanları, özel hayatın gizli alanını ilgilendiren delillerle ispat edilebilir. Nasıl ki, kadın başka bir erkekle müşterek hanedeki yatak odasında sevişirken koca tarafından kapı kırılarak içeri girilmesinde hukuka aykırılıktan söz edilemezse, ortak yaşanan evde bulunduran not defterinin elde edilmesi de hukuka aykırı olarak değerlendirilemez. Eşlerin evliliğin devamı süresince birbirlerine sadık kalmaları yasal bir zorunluluktur. Kadının bu konulardaki özel yaşamı, evlilik ile bir araya geldiği hayat arkadaşı kocayı da en az kadın kadar ilgilendirmektedir. Bu nedenle de davalıya ait hatıra defterinin delil olarak değerlendirilmesinde kuşkuya düşmemek gerekir” düşüncesindedir.

Kişilerin konut dokunulmazlığı da Anayasa(m.21)³² tarafından güvenceye alınmıştır. TCK m.116’da³³ konut dokunulmazlığı ihlalini

³² AY m.21- (Değişik: 3.10.2001-4709/6 md.) “Kimsenin konutuna dokunulamaz. Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin konutuna girilemez, arama yapılamaz ve buradaki eşyaya el konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmi dört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırk sekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar. ”

³³ TCK m.116- “(1) Bir kimsenin konutuna, konutunun eklentilerine rızasına aykırı olarak giren veya rıza ile girdikten sonra buradan çıkmayan kişi, mağdurun şikâyeti üzerine, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) Evlilik birliğinde aile bireylerinden veya konutun birden fazla kişi tarafından ortak kullanılması durumunda bu kişilerden birinin rızası varsa, yukarıdaki fıkra hükmü uygulanmaz. Ancak bunun için rıza açıklamasının meşru bir amaca yönelik olması gerekir. (3) Birinci fıkra kapsamına giren fiillerin, açık bir rızaya gerek duyulmaksızın girilmesi mutat olan yerler dışında kalan işyerleri ve eklentileri hakkında işlenmesi hâlinde, altı aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükümlenir.

suç saymıştır. Dolayısıyla suç teşkil eden konut dokunulmazlığı ihlali sonucu elde edilen deliller de hukuka aykırıdır. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu uyarınca eşler oturacakları konutu birlikte seçerler(m.186). Ancak eşlerin ayrı konut edinmelerine de bir yasak yoktur. Bu bağlamda örneğin, taraflardan birinin ayrı yaşadığı eşinin konutuna gizlice girip veya birini girdirip ele geçirdiği fotoğraf, günlük, ses ya da görüntü kaydı vs hukuka aykırı yolla elde edilmiş verilerdir ve bu nedenle ispat aracı olamayacaktır. Ancak eşlerden biri birlikte yaşadıkları mekânda ele geçirdiği diğerine ait fotoğrafları, not defterini veya mektupları mahkemeye delil olarak verirse, bu deliller hukuka aykırı yollardan elde edilmediğinden mahkemede delil olarak değerlendirilir. Aynı evde yaşayan eşler, diğerinin bu delilleri ele geçirilebileceğini bilebilecek durumdadır.

Taraflardan birinin haberleşme hürriyetinin, özel hayatının ya da konut dokunulmazlığının ihlali yahut herhangi bir şekilde hukuka aykırı yöntemle elde edilen bilgilere dayanan tanık ifadeleri de hukuka aykırı kabul edilmelidir. Örneğin, taraflardan birinin konutuna gizlice girilerek elde edilen bilgilere dayanan tanık beyanı hukuka aykırıdır. Binaenaleyh duruşmada tanığa bilgilerinin kaynağı ve bunlara ulaşma şekli sorulmalı; bilgilerin hukuka aykırı şekilde elde edildiği anlaşılırsa değerlendirilmemelidir. Tesadüfen edinilen bilgiler, hukuka aykırı olarak değerlendirilmemelidir³⁴.

D- Hukuka Aykırı Yollarla Elde Edilen Delillerin Dosyadan Çıkarılıp Çıkarılmayacağı Sorunu

Hukuka aykırı deliller konusunda olduğu gibi, hukuka aykırı olduğu düşünülen deliller hakkında ne gibi bir işlem yapılacağı hususunda da yasal bir düzenleme yoktur.

(4) Fiilin, cebir veya tehdit kullanılmak suretiyle ya da gece vakti işlenmesi hâlinde, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. "

³⁴ ATEŞ, Mustafa, Hukuk Yargılamasında Ve Özellikle Boşanma Davalarında Hukuka Aykırı Deliller, Terazi Hukuk Dergisi, yıl: 3, sayı: 18, Ankara Şubat 2008, s.102, 103

Hukuk yargılamasında davanın taraflarca hazırlanması ilkesi çerçevesinde delillerin bir kısmı taraflarca dosyaya ibraz edilirken; bir kısmının ise mahkemece ilgili yerlerden istenmesi talep edilir. Dosyaya ibraz edilen deliller bakımından mahkeme, karar merhalesinde delilin hukuka aykırı olup olmadığını irdeler ve bu hususta bir karara varır. Mahkemece ilgili yerlerden istenmesi talep edilen deliller bakımından ise, öncelikle söz konusu delillerin hukuka aykırı olup olmayacağı konusu irdelenmeli, ondan sonra delilin istenmesine veya istenmemesine karar verilmelidir. Açıkça hukuka aykırı bir delilin toplanması talebi mahkemece bir ara karar ile reddedilmelidir.

Dosyaya girmiş ve hukuka aykırılığı ve de hükümde kullanılmayacağı tespit edilmiş olan delilin akıbetinin ne olacağı, söz konusu delilin dosyadan çıkarılıp çıkarılmayacağı tartışmalıdır. Ceza yargılaması açısından bir görüşe göre, dosyadaki hukuka aykırı bir delil, kararında gerekçe olmasa bile hâkimi etkileyebilir; bu yüzden dosyadan çıkarılmalıdır. Başka bir görüşe³⁵ göre ise, dosyadaki hukuka aykırı delil, dosyadan çıkarılmamalıdır. Çünkü hâkim, hüküm verirken kullanacağı delillerin hukuka aykırı olup olmadığını resen incelemelidir. Hukuka aykırı olduğuna karar verilen delillerin dosyadan çıkarılmasına yargılama sistemi izin vermemiştir. Hukuka aykırı olduğuna karar verilen delillerin de gerçekten hukuka aykırı olup olmadığının denetlenmesi gerekir. Adli hata sonucu hukuka aykırı olduğu kanaatine varılan önemli bir delilin dosyadan çıkarılması halinde temyiz merciinin durumu denetleme olanağı kalmayacaktır. Ayrıca³⁶ delil dosyadan çıkarılsa da çıkarılmasa da, hâkimin bu delilden etkilenme ihtimali zaten vardır. Zira hâkim, dosyadaki delili hukuka aykırı olup olmadığını incelemek zorunda olduğundan; bu inceleme sırasında da etkilenebilecektir. Dolayısıyla hâkimin etkilenmemesi için hukuka aykırı delilin dosyadan çıkarılması doğru bir düşünce değildir.

³⁵ ÖZTÜRK, Bahri, Yeni Yargıtay Kararları Işığında Delil Yasakları, Ankara 1995, s. 45,46

³⁶ KAYMAZ, Seydi, Ceza Muhakemesi'nde Hukuka Aykırı Deliller, Ankara 1997, s.278

Yasal bir düzenleme yapıncaya dek, hukuka aykırı, özellikle de tarafların ya da dava dışı 3. şahısların temel hakları ihlal edilerek yahut suç teşkil edecek şekilde, elde edilmiş delillerin taraflarca dosyaya ibrazı halinde; söz konusu deliller yargılama aşamasında bir zarfa konularak mühürlenerek mahkeme kasasında muhafaza edilmeli; tarafların ve vekillerinin talebi halinde incelemelerine olanak tanınmalı, denetim merhalesinde de dosyayla birlikte temyiz merciine gönderilmelidir³⁷.

³⁷ ATEŞ, Mustafa, Hukuk Yargılamasında Ve Özellikle Boşanma Davalarında Hukuka Aykırı Deliller, Terazi Hukuk Dergisi, yıl: 3, sayı: 18, Ankara Şubat 2008, s.104

KAYNAKÇA

- 1- KURU, Baki/ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder; Medeni Usul Hukuku, Ankara 2006
- 2- KUNTER, Nurullah, Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi, İstanbul 1949
- 3- ÇINAR, Ali Rıza, Hukuka Aykırı Kanıtlar, TBB Dergisi, 65. Sayı, Ankara 2004
- 4- ÖZTÜRK, Bahri/ERDEM, M.R, Ceza Muhakemesi Hukuku, 12. Baskı, Ankara 2008
- 5- AYM, E: 1999/2, K: 2001/2, KT: 22.6.2001, R.G. Tarih-Sayı: 05.01.2002-24631
- 6- CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 4. Baskı, İstanbul 2006
- 7- TOSUN, Ö., Ceza Ve Medeni Muhakeme Hukuku Açısından Hukuka Aykırı Yollarla Elde Edilmiş Delillerin İspat Kuvveti, İstanbul 1976
- 8- BERKİN, N., Tatbikatçılara Medeni Usul Hukuku Rehberi, İstanbul 1980
- 9- YILDIRIM, M. K., Medeni Usul Hukuku'nda Delillerin Değerlendirilmesi, İstanbul 1990
- 10- ÜSTÜNDAĞ, S., Medeni Yargılama Hukuku, C.1-2, İstanbul 2000
- 11- PEKCANİTEZ, H./ATALAY, O./ÖZEKES, M., Medeni Usul Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2005
- 12- YHGK Kararı, E:2002/2-617, K:2002/648, KT: 25.9.2002, DEMİRKİRAN, İ./DEMİR, C./BİLGİN, Ç., YHGK' nun 10 Yıllık Emsal Kararları, 1995-2004, Ankara 2004
- 13- TANRIVER, Süha, Türk Medeni Usul H. Bağlamında Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilen Delillerin Durumunun İrdelenmesi, TBB Dergisi, 65. Sayı, Ankara 2006
- 14- Danıştay 5. Dairesi Kararı, E: 2005/5627, K. 2007/72, KT: 24.01.2007
- 15- İNCEOĞLU, S., AİHM Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, İstanbul 2002

- 16-KAYMAZ, Seydi, Ceza Muhakemesi'nde Hukuka Aykırı Deliller, Ankara 1997
- 17-ATEŞ, Mustafa, Hukuk Yargılamasında ve Özellikle Boşanma Davalarında Hukuka Aykırı Deliller, Terazî Hukuk Dergisi, yıl: 3, sayı: 18, Ankara Şubat 2008
- 18-PEKCANİTEZ, H./ATALAY, O./ÖZEKES, M., Medeni Usul Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2006
- 19-ÖZTÜRK, Bahri, Yeni Yargıtay Kararları Işığında Delil Yasakları, Ankara 1995



VERGİ HATASI VE HATA DÜZELTME

Arzu KÜÇÜK (*)

ANLATIM DÜZENİ: GİRİŞ, BİRİNCİ BÖLÜM: VERGİ HATASI VE TÜRLERİ, 1. VERGİ HATASI TANIMI, 2. VERGİ HATASI TÜRLERİ, 2.1. Hesap Hataları, 2.1.1. Matrah Hataları, 2.1.2. Vergi Miktarında Hatalar, 2.1.3. Verginin Mükerrer Olması, 2.2. Vergilendirme Hataları, 2.2.1. Yükümlünün Şahsında Hata, 2.2.2. Mükellefiyette Hata, 2.2.3. Verginin Konusunda Hata, 2.2.4. Vergilendirme ve Muafiyet Döneminde Hata, 3. VERGİ HATALARININ ORTAYA ÇIKARILMASI, İKİNCİ BÖLÜM: VERGİ HATALARININ DÜZELTİLMESİ, 1. DÜZELTMENİN KAPSAMI VE ÖNCELİKLİ BAZI DURUMLAR, Düzeltmenin Kapsamı, 1.2. Öncelikli Bazı Durumlar, 1.1.1. Davasız Ödeme, 1.1.2. Ceza İndiriminden Yararlanarak Ödeme, 1.1.3. Uzlaşma Konusu Olan Tarhiyatlarda Vergi Hatası, 1.1.4. Vergi Mahkemeleri, Bölge İdare Mahkemeleri ve Danıştay Kararlarının Uygulanmasında Hata Yapılması, 1.1.5. Ödeme Emirlerine Karşı Açılan Davaların Vergi Mahkemeleri veya Danıştay'ca Reddi, 1.1.6 Vergi Cezalarında Düzeltme, 2. DÜZELTME KAPSAMI DIŞI DURUMLAR, 3. VERGİ HATALARININ DÜZELTİLMESİNDE BAŞVURULAN YOLLAR, 4.1. Resen Düzeltme, 4.2. Mükellefin Talebi Üzerine Düzeltme, ÜÇÜNCÜ BÖLÜM: DÜZELTME TALEBİNİN REDDİ VE SONUÇLARI, 1. DAVA AÇMA SÜRESİ İÇİNDE DÜZELTME TALEBİNDE BULUNULMASI, 2. DAVA AÇMA SÜRESİ GEÇTİKTEN SONRA DÜZELTME TALEBİNDE BULUNULMASI, SONUÇ, KAYNAKÇA

(*) Gelir Uzman Yardımcısı, Gazi Üniversitesi Yüksek Lisans Öğrencisi.

Giriş

Devlet açısından en önemli gelir kaynağı olan vergi, devletin egemenlik gücünü kullanarak kişilerden karşılıksız olarak aldığı ekonomik değerlerdir. Söz konusu bu vergilerin tahsil edilebilir safhaya gelmesi için, önce vergi alacağının doğması ve sonrasında ise tarh, tebliğ ve tahakkuk aşamalarından geçmesi gereklidir. Vergilendirmenin aşamaları sırasında ise gerek mükellefler tarafından gerekse idare tarafından bazı hatalar yapılabilir. Bu hatalar Hazine lehine veya aleyhine oluşacak maddi hatalar olabileceği gibi verginin mükellefi, vergilendirme döneminde meydana gelen vb. hatalardan da oluşabilir.

İster hazine aleyhine isterse mükellef aleyhine yapılmış olması fark etmeksizin yapılan hatalar, V.U.K.'un 116-126 ncı maddelerinde belirtilmiş olan “vergi hataları” kapsamında değerlendirilir. Söz konusu maddelerde yer alan hükümler ile vergilendirme sürecindeki hataların idari yollardan düzeltilmesi amaçlanmaktadır. Bu nedenle ortaya çıkan hak kayıplarının önlenmesi açısından, yapılan işlemlerde bir vergi hatasının olup olmadığının araştırılması ve başvurulacak hukuki prosedürün buna göre belirlenmesi faydalı olacaktır.

Bu bağlamda 213 sayılı Vergi Usul Kanununun üçüncü bölümünde yer alan “vergi hatalarının düzeltilmesi” kapsamına bakıldığında herhangi bir hukuki yorum ya da tartışmaya mahal bırakmayacak biçimde “açık” ve “maddi” hataların girdiği anlaşılmaktadır. Başka bir ifadeyle mükelleflerce yapılan düzeltme taleplerinin kabulü, vergi muamelelerinde açık bir vergilendirme veya hesap hatası bulunması ve uyuşmazlığın hukuki bir nitelik taşımaması hallerinde mümkün olabilmektedir. Bu hususlar bulunmadığında yapılan düzeltme taleplerinin idarece reddedilmesi gerekecektir.

Bu çalışmada çıkarılacak idari çözüm yolu olarak kabul edilen vergi hataları ve vergi hatalarının düzeltilmesi konusu üzerinde durulacaktır. Çalışmanın birinci bölümünde, vergi hatası kavramına ilişkin tanımlara yer verilerek vergi hatalarının türleri ve ortaya çıkışı açıklan-

nacaktır. Çalışmanın ikinci bölümünde, düzeltme konusunun kapsamı ve düzeltmeye ilişkin öncelikli bazı durumlara ilişkin açıklamalarda bulunulduktan sonra vergi hatalarının düzeltilmesi yetkisi ve hata düzeltmede başvurulacak yollardan bahsedilecektir. Son bölümde ise, düzeltme talebinin reddi ve yapılan talebin reddedilmesinin sonuçlarına yer verilecektir.

BİRİNCİ BÖLÜM

VERGİ HATASI VE TÜRLERİ

1. VERGİ HATASI TANIMI

Hata, genel olarak, gerçeğe uygun olmayan ve hata eden kişi tarafından kesin olarak, kuskusuz biçimde gerçek kabul edilen fiil olarak tanımlanmaktadır.¹

Vergilendirme işlemleri sırasında gerek mükellefler gerekse idare tarafından bazı hataların yapılması mümkündür. Çünkü vergi hukukunun kaynağını oluşturan kanunlarda sık sık değişimler olmaktadır. Söz konusu bu değişimlerin takip edilememesinden veya değişen kanunları yorumlama hatalarından doğan yanlışlıklar bu durumun ortaya çıkmasına sebebiyet vermektedir.

Yapılan vergi hatalarını iki yönlü düşünmek gerekir. Belirtildiği üzere, bunlardan birini yorumdan doğan hatalar oluşturmakta olup, bu tür hataların çözümlenmesi yargı yolu ile mümkün olmaktadır. Diğer tür olan uygulamadan kaynaklanan hataların çözümü ise idari kademe-ler yolu ile gerçekleştirilmektedir.

¹ Ejder YILMAZ, *Hukuk Sözlüğü*, 7. Baskı, Yetkin Hukuk Yayınları, Ankara 2002, s.460.

Bizim hukuk sistemimizde vergi hatalarının vergi yargısına götürülmeden vergi idaresi tarafından çözümlenebilmesi konusunda, bazı hükümler yer almaktadır. Bu bağlamda, Vergi Usul Kanunu'nun 116 ile 126. maddeleri arasında vergi hataları ve düzeltilmesine ilişkin hükümler bulunmaktadır.

Vergi Usul Kanunu'nun 116. maddesine göre: "*Vergi hatası; vergiye ilişkin hesaplarda veya vergilendirmede yapılan hatalar yüzünden haksız yere fazla veya eksik yere vergi istenmesi veya alınmasıdır.*" Maddede yer alan tanım kapsamında oluşan vergi hatası, "haksız yere", "eksik" veya "fazla" vergi alınmasına neden olan yanlış işlemlerdir.²

Vergi hataları, kendisinden düzeltme isteminde bulunulan idari makamın veya uyuşmazlık halinde yargı yerinin V.U.K.'un 3. maddesinde öngörülen yorum tekniklerine başvurmadan, ilk bakışta anlayabileceği açıklıktaki vergilendirme yanlışlıklarıdır.

Herhangi bir vergilendirme işleminin taşıdığı sakatlığın vergi hatası olarak sayılabilmesi için ilk olarak, ortada bir haksız işlemin bulunması gerekir. "Haksız" olma unsuru işlemin hukuka ve yasaya aykırı olması anlamına gelmekte olup, işlemin kesin ve yürütülmesi gereken zorunlu bireysel işlem niteliğini taşıması zorunludur. "Yasaya aykırılık" unsuru ile kastedilen ise, vergiyi doğuran olayın ortaya çıkışı sırasında yürürlükte olan yasa hükümlerine aykırılıktır. Bu aykırılık vergilendirme işleminin esasına ilişkin olan sebep ve konu unsurlarına ilişkindir.³

Vergi hatasından söz edilebilmesi için yapılan işlemin kanunun 117 ve 118. maddelerinde belirtilen hata türlerinden birisinin kapsamına açıkça girmiş olması gerekmektedir.⁴ Böylece kanunda vergi hataları

² Şükrü KIZILOL ve Zuhâl KIZILOL, *Vergi İhtilafları ve Çözüm Yolları*, Yaklaşım Yayıncılık, 16. Baskı, 2009, s.108.

³ Mualla ÖNCEL ve Diğerleri, *Vergi Hukuku*, Turhan Kitabevi, 15. Baskı, 2008, s.175-176.

⁴ Osman PEHLİVAN, *VERGİ HUKUKU Genel İlkeler ve Türk Vergi Sistemi*, Derya Kitabevi, 2007, s.124.

rının sayma yolu ile belirlenmiş olması ve sayma yolu ile belirlenenler dışındaki yanlışlıkların vergi hatası olarak kabul edilmemesi, vergi hatası uygulamasında kıyasın kabul edilmediğini, lafzi, tarihi ve sistematik yorumun geçerli olduğunu ve amaçsal yoruma başvurulmaması gerektiğini göstermektedir.⁵

Son olarak uyuşmazlığın idari yoldan çözümlenmesi amacını güden vergi hatalarının tamamen açık ve hiçbir yorum ve tartışmaya gerek duyulmayacak türden yanlışlıkların olması gerekmektedir. Vergi hatasının açık olması iki şeyi ifade etmektedir. Birincisi; vergi hatası, her şeyden önce herhangi bir inceleme ve araştırma yapılmasına gerek olmaksızın, ilk bakışta anlaşılır olmasıdır. İkincisi ise; vergi hatası, lafzi (sözel) yorum dışındaki yorum tekniklerinin uygulanmasını gerektirmeden anlaşılabilir durumda olmasıdır.

2. VERGİ HATASI TÜRLERİ

Vergi Usul Kanunu'nda düzeltme konusu olacak vergi hataları, hesap hataları ve vergilendirme hataları olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Bu hatalar ise kendi içerisinde alt başlıklara ayrılmaktadır.

2.1.Hesap Hataları

Hesap hataları Vergi Usul Kanunu'nun 117. maddesinde yer almaktadır. Bu hatalar; matrahta hata, vergi miktarında hata ve verginin mükerrer vergilendirilmesi olmak üzere üç alt başlıktan oluşmaktadır.

2.1.1. Matrah Hataları

Vergilendirme ile ilgili beyanname, tahakkuk fişi gibi belgelerde matraha ait rakamların veya indirimlerin eksik veya fazla gösterilmiş

⁵ Burakhan MELİKOĞLU, *Vergi Hataları ve Düzeltme Yolu*, Yüksek Lisans Tezi, 2007, s.22.

veya hesaplanmış olmasıdır.⁶ Hata; rakamların yanlış yazılması veya indirimlerin gereğinden az veya fazla hesaplanması ile ortaya çıkabilmektedir.

Matrah hatalarının ortaya çıkabileceği belgeler; tahakkuk fişi, beyanname, ihbarname, inceleme raporu, teftiş raporu, takdir komisyonu kararı, yoklama fişi, tarhiyata dayanak olan tutanaklar, tahakkuk pusulası, vergi mahkemeleri, bölge idare mahkemeleri ve Danıştay kararları olarak sayılabilir.

Matrahın kanunda sayılan bu belgeler dışında verginin eksik veya fazla alınmasına sebep olacak şekilde hatalı yazılması da matrah hatası niteliği taşır.⁷

Matrah hatasından söz edilebilmesi için yapılan hatanın kişinin takdirinden veya değerlendirmesinden kaynaklanmaması gerekmektedir. Öte yandan, mükellef seçimlik hakkını kullanması sonucu fazla vergi ödemesini matrah hatası olarak ileri sürmesi mümkün değildir.⁸ Fakat mükelleflerin kendi defterlerinde yaptıkları rakam hataları matrah hatası olarak değerlendirilmektedir.

2.1.2. Vergi Miktarında Hatalar

Vergi Usul Kanunu'nun 117. maddesinin ikinci bendinde; “ *Vergi miktarında hatalar; Vergi nispet ve tarifelerinin yanlış uygulanması, mahsuplarının yapılmamış veya yanlış yapılmış olması, birinci bentte yazılı vesikalarda (beyanname, tahakkuk fişi, ihbarname, ve kararlar-*

⁶ Nurettin BİLLİCİ, *VERGİ HUKUKU Genel Hükümler Türk Vergi Sistemi*, Seçkin Yayıncılık, 14. Baskı, 2006, s. 121.

⁷ Mehmet Ali ÖZYER, *Açıklama ve Örneklerle Vergi Usul Kanunu Uygulaması*, Acar Basım, 4. Baskı, 2008, s. 223-224.

⁸ PEHLİVAN, a.g.e., 125.

da) verginin eksik veya fazla hesaplanmış veya gösterilmiş olmasıdır.” hükmüne yer verilmiştir.⁹

Örneğin; KDV beyannamesinde vergi oranı %18 gösterilmesi gerekirken %25 olarak gösterilmiş ise miktarda meydana çıkan hatanın düzeltme yolu ile giderilmesi gerekmektedir.

Vergi hesap edildikten sonra vergiye ilişkin olarak daha önce yapılmış olan vergi kesintilerinin, hesaplanan vergiden indirilmemesi durumunda da vergi miktarında hata türü meydana gelmektedir.¹⁰

2.1.3. Verginin Mükerrer Olması

Vergi Usul Kanunu’nun 117. maddesinin üçüncü bendinde; “Verginin mükerrer olması: Aynı vergi kanununun uygulanmasında belli bir vergilendirme dönemi için aynı matrah üzerinden bir defadan fazla vergi istenmesi veya alınmasıdır.”¹¹ Maddede geçen tanıma göre mükerrer verginin ortaya çıkması için aynı dönemde aynı matrahtan, aynı verginin alınmış olması gerekmektedir. Bunlardan birinin farklı olması durumunda mükerrer vergilendirmeden bahsedilemeyecektir.

Diğer hatalar mükelleften de kaynaklanabilir ve mükellef lehine de olabilirken, bu hata vergi idaresinden kaynaklanır ve mükellef aleyhine ortaya çıkmaktadır.

Uygulamada mükerrer vergileme çoğunlukla yükümlünün iş yeri ve ikametgâhlarının farklı vergi dairelerinin yetki alanına girmesi durumunda ortaya çıkmaktadır.¹²

⁹ Tüm Vergi Kanunları 1, Oluş Yayıncılık, 23. Basım, Mad. 117.

¹⁰ M. Kamil MUTLUER, Vergi Genel Hukuku, Bilgi İletişim Grubu Yayıncılık, 2008, s.156.

¹¹ Tüm Vergi Kanunları 1, Mad. 117.

¹² PEHLIVAN, a.g.e., s.126.

Aynı vergilendirme döneminde ve aynı vergi kanununun uygulanmasını teminen, vergi incelemesi sonucu bulunan matrah farkı üzerinden resen tarhiyat yapılması durumunda, aynı matrah üzerinden değil, bulunan matrah farkı üzerinden işlem yapılmış olmasından dolayı vergi hatalarına özgü düzeltme yoluna göre değil, bu tarhiyata karşı yasal süresi içinde açılacak bir vergi davasında incelenebilir nitelikte bir hukuki uyuşmazlık söz konusudur.¹³

2.2. Vergilendirme Hataları

Vergi Usul Kanunu'nun 118. maddesinde vergilendirme hataları dörtlü bir ayrıma tabi tutulmuştur. "Vergi yükümlülüğünün saptanmasında değerlendirme yanlışlıkları" olarak da tanımlanabilen vergilendirme hataları hesap hatalarına göre, vergilendirme işleminin özü ve vergiyi doğuran olay ile daha ilgilidir ve nitelikleri bakımından idari işlemin sebep unsurunda oluşan sakatlıklara ilişkindir.¹⁴

Mükellefiyet, verginin konusu, vergiyi doğuran olay, istisna, muafiyet ve vergilendirme dönemleri ile ilgili olan bu hatalar genellikle vergi dairelerince yapılan yanlış değerlendirme ve işlemlerden kaynaklanmaktadır.¹⁵

2.2.1. Yükümlünün Şahsında Hata

VUK'un 118. maddesine göre, mükellefin şahsında hata; bir verginin aslı borçlusu yerine başka bir kişiden istenmesi veya alınmasıdır. Bu durum düzeltme hükümlerine göre ıslah edilmektedir.¹⁶

¹³ MELİKOĞLU, a.g.t., s.34.

¹⁴ ÖNCEL ve DİĞERLERİ, a.g.e., s.179.

¹⁵ KIZILOT ve KIZILOT, a.g.e., s.115.

¹⁶ Gürol ÜREL, *Güncel Vergi Usul Kanunu Uygulaması*, Maliye ve Hukuk Yayınları, 2. Baskı, 2007, s. 253.

Bir verginin asıl borçlusu yerine, başka bir kişiden istenmesi, uygulamada pek sık rastlanan bir durum değildir. Bu hata türü genellikle vergiye tabi olmayan kişiden, başkasına ait vergi borcunun isim benzerliği nedeniyle alınmasıdır. Gelir vergisi mükellefi olmayan bir kişiden isim benzerliği nedeniyle vergi talep edilmesi bu duruma örnek oluşturmaktadır.

Ancak, mükellefin adının veya soyadının vergilendirme ile ilgili belgelere yanlış yazılmış olması durumu, fazla veya eksik vergi istenmesi veya alınmasına sebep olmamasından dolayı mükellefin şahsında hata olarak değerlendirilmemektedir.

Son olarak bu tip hatalar; mutlak olmamakla beraber çoğunlukla vergi idarelerinin yapması mümkün olup beyana dayalı tarhiyat dışında ikmalen, resen ve idarece tarhiyat biçimlerinde görülmektedir.¹⁷

2.2.2. Mükellefiyette Hata

Açık olarak vergiye tabi olmayan ya da vergiden muaf olan kimselerden vergi istenmesi veya alınmasıdır. Vergi Usul Kanunu diğer hata türlerinden farklı olarak, bu hatanın kabulü için “açık olma” ölçütünü getirmiştir.¹⁸ Eğer açık bir hata yok veya uyuşmazlık konusu yoruma ihtiyaç gerekliliği gösteriyor ise bu durumun yargı organlarınca çözümlenmesi gerekmektedir.

Verginin uygulama alanı dışında kalan kişilerden ve şahsa bağlı olan istisnalardan yararlananlardan vergi istenmemelidir. Ayrıca, mükellefin vergiye tabi olmadığı veya vergiden muaf olduğunun açık şekilde belli olması gerekli olup, tartışılmaya müsait olunan durumlarda vergi hatasının varlığından söz edilememektedir. Muafiyet ve vergiye

¹⁷ MELİKOĞLU, a.g.t., s.35.

¹⁸ Doğan ŞENYÜZ, *Vergi Hukuku (Genel Kısım)*, Ekin Kitabevi Yayınları, 2005, s. 158.

tabi olmamada açıklığın bulunmayışı, maddi şartlardaki uyumsuzluk veya yorum farklılığından ileri gelebilmektedir.¹⁹

Mükellefin şahsında hatada, vergi borçlusunun şahsı konusunda bir hata yapılırken, yani gerçek vergi borçlusu yerine onunla karıştırılan bir başka kişiden vergi istenir veya alınırken, bu hata türünde, kimliği noktasında tereddüt olmayan belli bir kişinin mükellef olup olmayacağı ya da vergiden muaf olup olmadığı konusunda bir hata yapılmaktadır.

Vergi muafiyeti tanınmış kamu yararına çalışan dernekten belli bir verginin istenmesi, kolektif şirketten kurumlar vergisinin talep edilmesi, gelir vergisi uygulamasında esnaf muafılığı şartlarını taşıyan kişiden vergi istenmesi, gelir elde eden kişiden veraset ve intikal vergisi istenmesi yükümlülükte hataya verilebilecek örnekleri oluşturmaktadır.

2.2.3. Verginin Konusunda Hata

Açık olarak vergi konusuna girmeyen veya vergiden istisna edilmiş olan gelir, servet, madde, kıymet, evrak ve işlemler üzerinden vergi istenmesi veya alınmasıdır.²⁰ Yükümlülükte hataya paralel olarak bu hata türünde de “açık olma” ölçütü kabul edilmiştir.

Verginin konusu, üzerine vergi konulan ve doğrudan doğruya veya dolayısıyla verginin kaynağı olan iktisadi unsurdur. Verginin konusu açıkça vergi kanunlarında gösterilmektedir. İşte, vergi kanunlarında, açıkça vergi konusu kapsamı içinde gösterilmeyen bir iktisadi unsurun vergi konusunun kapsamı içerisinde değerlendirilmesi ya da vergi konusunun kapsamı içerisinde olmakla beraber, özel hükümlerle istisna

¹⁹ Yılmaz ÖZBALCI, *En Son Kanun Değişiklikleri İle Vergi Usul Kanunu Yorum Ve Açıklamaları*, Oluş Yayıncılık, 2004, s. 394.

²⁰ S. Ateş OKTAR, *Vergi Hukuku*, Turhan Kitabevi, 4. Baskı, 2009, s.128.

tutulan bir iktisadi unsurun vergilendirilmek istenmesi bu hata türünü ortaya çıkarmaktadır.²¹

GVK hükümlerine göre gelir vergisine tabi olmayan kumar kazançlarından vergi istenmesi, miras kalan gayrimenkulün satılmasından elde edilen gelirin vergilendirilmesi konuda hataya örnek oluşturmaktadır.

2.2.4. Vergilendirme ve Muafiyet Döneminde Hata

Alınan vergi ile ilgili vergilendirme döneminin yanlış gösterilmesi veya süre itibariyle eksik veya fazla hesaplanmasıdır. Dönem hatası yapılmış olması için verginin doğru bir şekilde tarh, tahakkuk ve tahsil edilmiş olması gerekmektedir.²²

Örneğin, basit usule tabi olmanın şartlarını yıl içinde kaybeden mükelleflerin yıl başından itibaren vergilendirilmek istenilmesi, bazı vergilerde geçici muafiyet dönemlerinin yanlış hesap edilmesi, 2008 yılında vergiye tabi tutulması gereken bir gelirin 2009 yılında vergilendirilmesi gibi durumlar vergilendirme ve muafiyet döneminde yapılan hatalardandır.

3. VERGİ HATALARININ ORTAYA ÇIKARILMASI

Vergi hatalarının nasıl ortaya çıkarılabileceği Vergi Usul Kanunu'nun 119. maddesinde sayılmıştır. Buna göre vergi hataları aşağıda belirten şekilde ortaya çıkarılmaktadır:

— İlgili memurun hatayı bulması ve görmesi ile.

İlgili memur; mükellefin tarh, tahakkuk ve tahsil işlemleri konusunda belge kabul eden veya işlemleri gerçekleştiren görevlidir. Görev-

²¹ Osman PEHLİVAN, *Vergi Hukuku*, Derya Kitabevi, Trabzon, 2005, s.132.

²² BİLİCİ, a.g.e., s. 122.

li hatayı dosya taraması sırasında tespit etmesi halinde ve işlem gerçekleştirirken rastlaması halinde hatayı görebilmesi durumlarında ortaya çıkarılmaktadır.²³

— **Üst memurların yaptıkları incelemeler neticesinde hatanın görülmesi ile.**

Vergi idaresinde üst makamlar; Gelir İdaresi Başkanı ve başkanlık bürokratları, vergi dairesi başkanı ya da başkan yardımcısı, grup müdürleri, müdürler, şube müdürleri, vergi dairesi başkanlığı bulunmayan illerde vergi dairesi müdürü ya da müdür yardımcısı, mal müdürü ve servis şefleridir. Sayılan bu kişiler, incelenen konunun araştırılması sırasında var olan hatayı tespit edebilirler.

— **Hatanın teftiş sırasında meydana çıkarılması ile.**

Vergi idaresinde, belirli aralıklarla bazı inceleme elemanlarınca, daire genel bir biçimde teftişe tabi tutulmakta olup, bu arada işlemlerin doğru olup olmadığı, mükellef dosyaları ve diğer kayıtlar taranmak suretiyle araştırılır. Maliye müfettişleri, gelirler kontrolörleri, vergi denetmenleri tarafından yapılan bu teftişler sırasında hata ortaya çıkarılmaktadır.

— **Hatanın vergi incelemesi sırasında meydana çıkarılması ile.**

Vergi incelemesi, beyanların ve ödenmesi gereken vergilerin doğruluğunu sağlamak amacıyla yükümlünün defter kayıtları, belgeleri ve envanteri üzerinde yapılan derinlemesine bir araştırmadır.²⁴ Vergi incelemesine yetkili olanların incelemeler sırasında hatayı tespit etmeleri ile ortaya çıkarılmaktadır.

²³ ÖZYER, a.g.e., s. 229.

²⁴ ÖNCEL ve DİĞERLERİ, a.g.e., s.100.

— Mükellefin müracaatı ile.

Hata yapıldığını fark eden mükellefin hatanın ortaya çıkarılması amacıyla vergi dairesine müracaat etmesi ile hata ortaya çıkarılabilir.

İKİNCİ BÖLÜM

VERGİ HATALARININ DÜZELTİLMESİ

1. DÜZELTMENİN KAPSAMI VE ÖNCELİKLİ BAZI DURUMLAR

1.1. Düzeltmenin Kapsamı

Düzeltme yolu ile ıslahı istenen vergi, tahakkuk fişi veya ihbarname ile tarh ve tahakkuk ettirilmiştir. Mükellef beyanı üzerine tarh ve tahakkuk ettirilen vergiler için mükelleflerin itiraz hakkı bulunmamasına rağmen bu tarhiyatlarda bulunan vergi hataları için düzeltme talebinde bulunulması mümkün olabilmektedir.²⁵

Vergi mahkemesi, Bölge İdare Mahkemesi ve Danıştay'dan geçmiş olan işlemlerde vergi hatalarının bulunması halinde, bu hatalar kesinleşmiş olsa bile düzeltilebilmektedir. Ancak düzeltmenin yapılabilmesi için, hatalar hakkında yargı mercileri tarafından bir karar verilmemiş olması gerekmektedir.²⁶ Aksi halde söz konusu hataların düzeltme yoluyla ıslahı mümkün olamayacaktır.

²⁵ KIZILOT ve KIZILOT, a.g.e., s.126.

²⁶ OKTAR, a.g.e., s.130.

1.2. Öncelikli Bazı Durumlar

İhbarname esasında tarh edilen vergiler, tahakkuk ya da ödeme aşamasından önce aşağıdaki aşamalardan geçmiş olabilir.

1.2.1. Davasız Ödeme

Yapılan tarhiyat işlemine karşı dava açılmazsa, dava açma süresinin geçirilmiş olması sonucu vergi ödenecek aşamaya gelmektedir. Bu durumda vergi hataları normal bir şekilde düzeltilmektedir.

1.2.2. Ceza İndiriminden Yararlanarak Ödeme

VUK'un 376. maddesine göre öngörülen ceza indirimi ile ödeme, vergi idaresi ile mükellef arasında, koşulları kanunen kabul edilmiş bir anlaşma şeklidir. Yapılan tarhiyata ilişkin olarak mükellefin rızası olmakla beraber ceza indiriminden yararlanılarak ödenen vergi ve cezalarda hata bulunması halinde gerekli düzeltmeler yapılacaktır.²⁷

1.2.3. Uzlaşma Konusu Olan Tarhiyatlarda Vergi Hatası

VUK'un uzlaşma ile ilgili ek 6. maddesine göre, uzlaşma sonucu tutanak ile tespit edilen hususlar kesindir ve bunlar için herhangi bir makama başvurulamamaktadır. Ancak, uzlaşılan tarhiyatın açık vergi hatası taşınması halinde düzeltme yapılabilir. Bu tür durumlarda, uzlaşma yenilenmekte ve düzeltme uzlaşma komisyonunun ikinci kararına göre yapılmaktadır.²⁸ Maliye Bakanlığı'nın konuya ilişkin görüşleri bu yönde olup, çeşitli özgelere bulunmaktadır. Ancak Danıştay'ın görüşü bu yönde değildir. Danıştay'ın uzlaşılan hususlar hakkında sonradan vergi hatasının bulunduğu ileri sürülmesi nedeniyle düzeltme talebinde bulunulamayacağı ve dava açılmayacağı yönünde kararları vardır.

²⁷ KIZILOT ve KIZILOT, a.g.e., s.127.

²⁸ ÜREL, a.g.e., s.260.

1.2.4. Vergi Mahkemeleri, Bölge İdare Mahkemeleri ve Danıştay Kararlarının Uygulanmasında Hata Yapılması

Vergi yargı organlarından geçen işlemlerde bu yargı organlarını aşacak şekilde hata bulunması durumunda, kararlar kesinleşmiş olsa bile düzeltme yapılabilmektedir. Ancak bunun için yargı organları hata olduğu iddia edilen konu hakkında karar verilmemiş olması gerekmektedir.

Öte yandan yargı organlarının karar verdiği konularda hata bulunuyorsa, bu kararlardaki hatalar dolayısıyla 2577 sayılı Kanunun 29. ve 30. maddelerine göre ilgili yargı organından düzeltme istenilmesi gereklidir.²⁹

1.2.5. Ödeme Emirlerine Karşı Açılan Davaların Vergi Mahkemeleri veya Danıştayca Reddi

Vergi Mahkemeleri veya Danıştayca reddedilmesi, tarhiyat hakkında bir karar verilmiş olduğu anlamına gelmemektedir. Bu sebeple ödeme emrine karşı açılan davanın reddedilmesine rağmen, hatanın varlığı mevcutsa düzeltilmesi gereklidir.³⁰

1.2.6. Vergi Cezalarında Düzeltme

Vergi cezaları, vergi kanunları ile yapılması yasak edilmiş olan bir fiilin işlenmesi ya da yapılması emredilmiş bir ödevin yerine getirilmemesi halinde ilgili kişilere uygulanan yaptırımlardır.

VUK'un 375. maddesine göre, vergi cezalarında yapılan hatalar, bu kanunun vergi hatalarına ilişkin hükümleri çerçevesinde düzeltilmektedir.

²⁹ ÖZBALCI, a.g.e., s. 413.

³⁰ KIZILOT ve KIZILOT, a.g.e., s.127.

2. DÜZELTME KAPSAMI DIŞI DURUMLAR

Vergi hatalarının düzeltilmesine ilişkin olarak ileri sürülen hususlar, vergi incelemesini, re'sen takdir işlemine, yargı organı kararını veya Maliye Bakanlığı'nın uygulamaya yön vermesinin beklenmesini gerektiriyorsa hatanın düzeltilmesi mümkün değildir.

VUK'un 125. maddesi gereğince, hakkında yargı mercilerince bir karar verilmiş olan yanlışlıklar, düzeltme işlemi kapsamı dışında tutulmaktadır.

Vergi inceleme raporları ve eklerine dayanak oluşturan tutanak ve diğer belgelerdeki hatalar düzeltme konusu yapılamamakla birlikte, ekleri ile bir bütün teşkil eden vergi inceleme raporlarındaki hatalar düzeltilmektedir.³¹

Düzeltilme kapsamı dışında bulunan diğer bir konu da ödeme emri aŐamasındaki uyuŐmazlıklardır. AATUHK'nın ödeme emrine karşı yargısal başvuruyu düzenleyen 58. maddesi ile VUK'un hükümlerinin birlikte değerlendirilmesi sonucu bu aşamada düzeltme yoluna başvurulmaması yolunda içtihatlar yerleŐmiŐtir. Böylece ödeme emri aŐamasındaki hukuki uyuşmazlıklar düzeltme konusu yapılamamaktadır.³²

Takdir komisyonu kararındaki, hesap ve matrah hataları, bir vergi incelemesi veya defter ve belge incelemesi ile kesinlik kazanacak hatalar, belirli bir hesap döneminde amortisman ayırmayı unutan mükellefin daha sonra düzeltme isteminde bulunması, mükellefin değerleme hatalarından doğan matrah fazlalık ve eksiklikleri, adi ortaklıklarda ortaklardan biri veya birkaçının başvurusu üzerine matrahın yargı organlarınca kısmen veya tamamen kaldırılmıŐ olması durumunda daha önce talepte bulunmayan ortakların, düzeltme talep etmeleri, K.D.V'de

³¹ ÖZBALCI, a.g.e., s.390.

³² ÖNCEL ve DIğerLERİ, a.g.e., s.182.

emsal bedelin yanlış hesaplanması düzeltme hükümlerine göre düzeltme yapılamayacak diğer durumları oluşturmaktadır.³³

3. VERGİ HATALARINI DÜZELTMEYE YETKİLİ OLANLAR

Vergi Usul Kanunu'nun 120. maddesine göre; "*Vergi hatalarının düzeltilmesine, ilgili vergi dairesi müdürü karar verir.*"³⁴

Vergi Daireleri İşlem Yönergesi 60. maddesine göre, düzeltme talepleri vergi idaresi müdürü tarafından 30 gün içinde karara bağlanmaktadır. Vergi dairesi bulunmayan yerlerde ise mal müdürleri bu yetkiye sahip olmaktadır. Vergi dairesine verilmiş olan bu yetkinin başkasına devredilmesi mümkün değildir.³⁵ Vergi hataları düzeltme fişine dayanılarak düzeltilir.

Vergi dairesinin ilgili servisi düzeltme talebini kendi görüşünü de ilave ederek, düzeltme merciine gönderir. Düzeltme makamı, düzeltme talebini yerinde görürse düzeltme yapılması talimatını verir.³⁶

Hatanın mükellef aleyhine yapılmış olması durumunda tahsil edilmeyen fazla vergi aynı fişe dayanılarak terkin edilir. Tahsil edilmiş ise mükellefe iade edilir. Düzenlenen düzeltme fişinin bir nüshası, iade edilecek miktar, başvuracağı muhasebe ve başvuru süresi belirtilerek mükellefe tebliğ edilir. Mükellef, tebliğ edilen tarihten itibaren bir yıl içinde parasını geri almak üzere başvuruda bulunması gerekmekte olup, aksi halde mükellef bu hakkını kaybetmektedir.³⁷

³³ KIZILOT ve KIZILOT, a.g.e., s.122-123.

³⁴ VUK Mad. 120.

³⁵ BİLİCİ, a.g.e., s. 122.

³⁶ Abdurrahman AKDOĞAN, *Vergi Hukuku Ve Türk Vergi Sistemi*, Gazi Kitabevi, 8. Baskı, 2008, s.148.

³⁷ OKTAR, a.g.e., s. 129.

Vergi dairesi hatanın miktarına bakmaksızın düzeltilmesine karar vermektedir. Dava açma süresi geçtikten sonra düzeltme başvurusu yapanların talebi reddedilirse, VUK'un 124. maddesi hükmüne göre şikayet yolu ile Maliye Bakanlığına başvurabilirler. Bu durumda yetkili organ Maliye Bakanlığı olmakla beraber düzeltme işlemleri vergi dairesince yapılmaktadır.³⁸

4. VERGİ HATALARININ DÜZELTİLMESİNDE BAŞVURULAN YOLLAR

Düzeltilme yolu vergi hatalarına özgü bir yol olup, vergi ile ilgili diğer uyuşmazlıklar bu yolla çözülememektedir. Düzeltme işlemi, gerek vergi aslında gerekse vergi cezalarında geçerli olabilmekte ve bu durumlar için kanunda başvurulacak iki yol benimsenmiştir. Bunlar re'sen düzeltme ve yükümlünün başvurusu üzerin yapılan düzeltme yoludur.

4.1. Resen Düzeltme

İdarece tereddüt edilmeyen açık ve mutlak olan vergi hataları, mükellefin başvurusu olmasına gerek olmaksızın vergi idaresi tarafından düzeltilmesine "re'sen düzeltme" denir.³⁹ Ancak aleyhine düzeltme yapılanların, düzeltmeye karşı vergi mahkemesinde dava açma imkanları vardır. Dava açılmadığı takdirde tebliğ tarihinden bira ay sonra vergi tahakkuk eder ve tahakkuktan itibaren birinci ayın sonunda verginin ödeme vadesi sona erer.

Re'sen düzeltme mükellef lehine olabileceği gibi aleyhine de olabilmektedir. Re'sen düzeltme işleminin mükellefin lehine olduğu durumlarda, yeni bir vergi tarhiyatı söz konusu olmayıp, düzeltme fişinin bir örneği mükellefe tebliğ edilir. Mükellefin düzeltme sonucu geri

³⁸ Şükrü KIZILOL ve Metin TAŞ, *Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi*, Yaklaşım Yayıncılık, 2009, s. 156.

³⁹ ŞENYÜZ, a.g.e., s.160.

alacağı bir para var ise, düzeltme fişinin kendisine tebliğ edilmesinden itibaren bir yıl içinde ilgili vergi dairesine başvurması gerekir.⁴⁰

Düzeltilmenin mükellefin aleyhine yapılmış olması durumunda ise, ek ya da yeni verginin ihbarname ile mükellefe tebliğ edilmesi zorunludur. Düzeltme konusu tarhiyat için daha önce düzenlenmiş bir tahakkuk fişi olup, ihbarname ile yapılmış olması sonucu değiştirmeyecektir.⁴¹

4.2. Mükellefin Talebi Üzerine Düzeltme

Mükellefler vergi işlemlerinde yapılan hataların düzeltilmesini vergi dairesinden yazı ile talep edebilirler. Dilekçede var olan şekil eksiklikleri düzeltme talebini geçersi kılmamaktadır. Talep hakkı mükelleflere ait olup, vergi sorumlularının düzeltme talepleri esas olarak kabul edilmemektedir.

Düzeltme talebinde bulunacak kişinin bundan bir yarar sağlaması gerekir. Bu sebeple işverenin kaynakta kestiği bir vergide hata varsa düzeltme isteğinin işveren tarafından değil, vergisi kesilen istihkak sahibi tarafından yapılması gerekmektedir. Öte yandan, fiil ehliyetine sahip olmayan bir küçüğün vergisinde hata söz konusu ise, vergi sorumlusu olan kanuni temsilcinin başvuruda bulunması mümkün olacaktır.⁴²

Düzeltme talep eden kişinin zamanaşımı süresi içinde bir dilekçe ile vergi dairesine başvuruda bulunması gerekir. Bu süre hatanın ilgili olduğu vergi alacağının doğduğu takvim yılını izleyen tarihten itibaren beş yıldır. Tarh zamanaşımı dolduktan sonra ortaya çıkarılan vergi hataları düzeltilemez.

⁴⁰ KIZILOT ve TAŞ, a.g.e., s.157.

⁴¹ KIZILOT ve KIZILOT, a.g.e., s.128.

⁴² PEHLİVAN, a.g.e., s.128.

Ancak düzeltme zamanaşımı; zamanaşımı süresinin son yılı içinde tarh ve tebliğ edilen vergilerde hatanın yapıldığı; ilan yolu ile tebliğ edilerek vergi mahkemesinde dava konusu yapılmaksızın tahakkuk eden vergilerde mükellefe ödeme emrinin tebliğ edildiği ve ödeme emri ve ihbarnamenin ilan yolu ile tebliğ edildiği vergilerde 6183 AATUHK'ya göre haczin yapıldığı tarihten itibaren bir yıldan aşağı olamaz.⁴³

Mükellefin düzeltme talebi üzerine vergi dairesi talebi haklı görürse gerekli düzeltmeyi yapar ve düzenleyeceği düzeltme fişinin bir örneğini mükellefe tebliğ eder.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM DÜZELTME TALEBİNİN REDDİ VE SONUÇLARI

Vergi dairesi tarafından yapılan sakat işlemin vergi hatasından ileri geldiğini düşünen yükümlü için iki yol vardır. Yükümlü hataya karşı süresinde doğrudan yargı yoluna gidebilir ya da zamanaşımı süresi içinde kalmak koşulu ile idari çözümlü yani düzeltme yolunu tercih edebilir.⁴⁴

Düzeltilme talebinin reddi halinde başvurulacak yollar, talepte bulunulacak zamana göre değişmektedir.

⁴³ Sadık KIRBAŞ, VERGİ HUKUKU Temel Kavramlar, İlkeler ve Kurumlar, Siyasal Kitabevi, 18. Baskı, 2008, s. 179.

⁴⁴ ÖNCEL ve DİĞERLERİ, a.g.e., s.183.

1. DAVA AÇMA SÜRESİ İÇİNDE DÜZELTME TALEBİNDE BULUNULMASI

İ.Y.U.K.'un 7. maddesine göre, vergi davası açma süresi, özel kanunlarında ayrı süre gösterilmeyen hallerde otuz gündür. Vergilendirme işlemlerinde vergi hatası bulunduğunu ileri süren vergi mükellefi ya da sorumlusunca, bu otuz günlük süre içinde doğrudan vergi davası açılabileceği gibi düzeltme yoluna da başvurulabilmektedir.

Kendilerine karşı hatalı işlem yapıldığını ileri süren kişiler hatalı işlemin kendilerine tebliğinden itibaren 30 gün içinde vergi dairesine başvuruda bulunabilirler. Dava açma süresi içinde düzeltme talebine konu olan vergi hataları, ikmalen, re'sen vb. şekilde yapılan vergi hataları için söz konusudur.⁴⁵ Re'sen düzeltme yapılabilmesi için de tebliğ gereklidir.

İ.Y.U.K.'un 10. maddesine göre; ilgililer haklarında idari davaya konu olabilecek bir işlem veya eylemin yapılması için düzeltme talebi ile idari makamlara başvurdukları zaman, yapılan bu başvuruya 60 gün içinde cevap verilmesi gerekir. 60 gün içinde cevap verilmemesi durumunda istek reddedilmiş sayılmaktadır. Bu süre içinde verilen cevap kesin değil ise, ilgili bu cevabı talebin reddi sayılabileceği gibi kendisine kesin cevabın verilmesini de bekleyebilir. O takdirde dava açma süresi işlememektedir ancak bu bekleme süresi en fazla 6 aydır. Eğer 60 günlük cevap verme süresinin bitiminden sonra yetkili makamlar tarafından cevap verilirse, cevabın ilgiliye tebliğinden itibaren 60 gün içinde dava açılabilir.

Vergi idaresi davanın devam ettiği sırada hatayı kabul etmesi durumunda özel hukukta olduğu gibi sulh ya da feragat müessesesinden yararlanılması söz konusu değildir. Ancak vergi dairesi hatalı işlemi

⁴⁵ ÖZYER, a.g.e., s. 233.

düzelterek, davanın devamına gerek olmadığına ilişkin olarak karar alınmasını isteyebilmektedir.

Bahsedildiği üzere, mükellef düzeltme talebinde bulunmayarak otuz günlük süre içinde doğrudan yargı yoluna da başvurabilir. Ancak mükellef bu süre içerisinde önce düzeltme talebinde bulunursa 2577 sayılı Kanununun 11. maddesine göre dava açma süresi durur. Düzeltme talebinin reddedilmesi halinde kalan dava açma süresi işlemeye başlar.⁴⁶ İdarenin dava açma süresi içinde bulunulan düzeltme talebini açıkça veya 60 gün içinde cevap vermeyerek dolaylı bir şekilde reddetmesi halinde mükellef ret kararının tebliği veya 60 günlük sürenin dolması ile kaldığı yerden işlemeye devam eden dava açma süresi içinde vergi mahkemesinde dava açabilir.⁴⁷

Dava sonunda mükellef lehine karar verilmesi halinde İYUK'un 28. maddesinin 1 numaralı bendi uyarınca idarenin gecikmeden en geç 30 gün içinde işlem tesis etmesi gerekir. Yargı organının yanlış hükmünde bulunduğu gerekçesi ile işlem tesisinden kaçınılması mümkün değildir. Vergi mahkemesinin kararının tebliğinden itibaren uyuşmazlığın niteliği ve durumuna göre İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 45. maddesinin iki numaralı bendi uyarınca 30 gün içinde BİM'e itiraz veya aynı kanunun 46. maddesinin 2 numaralı bendi uyarınca Danıştay'da temyiz yoluna gidilebilir.⁴⁸

2. DAVA AÇMA SÜRESİ GEÇTİKTEN SONRA DÜZELTME TALEBİNDE BULUNULMASI

V.U.K.'un 126. maddesine göre, aynı Kanunun 114. maddesinde yazılı zamanaşımı süresi dolduktan sonra meydana çıkarılan vergi hata-

⁴⁶ ÜREL, a.g.e., s. 258.

⁴⁷ OKTAR, a.g.e., s. 130.

⁴⁸ ÖZYER, 2008, s. 233

ları düzeltilemez. V.U.K.'un 126. maddesinde atıf yapılan 114. madde ise, "Vergi alacağının doğduğu takvim yılını takip eden yılın başından başlayarak beş yıl içinde tarh ve mükellefe tebliğ edilmeyen vergiler zamanaşımına uğrar" kuralı yer almaktadır. Vergi davası açma süresi geçtikten sonra yapılacak düzeltme başvurusu, ancak zamanaşımı süresi içinde yapılabilir.⁴⁹

Vergi davası açma süresi geçtikten sonra yapılan düzeltme başvurusuna İ.Y.U.K.'un 10. maddesinde öngörülen altmış gün içinde cevap verilmesi gerekir. Altmış gün içinde bir cevap verilmezse istek reddedilmiş sayılır. Ancak, bu ret işlemine karşı hemen dava açılmaz. Çünkü düzeltme başvurusunun reddi halinde, dava açmadan önce, Maliye Bakanlığı'na şikâyet başvurusunda bulunulması zorunludur.⁵⁰

Dava açma süresi geçtikten sonra yapılan düzeltme başvurusunun vergi idaresince kabul edilerek, gerekli düzeltmenin yapılmış olması durumunda, yükümlü veya sorumlu ile vergi idaresi arasında bir uyumsuzluk kalmamaktadır. Düzeltme başvurusu reddedildiği takdirde ise, V.U.K.'un 123 maddesine göre, "keyfiyet düzeltmeyi isteyen yazı ile tebliğ olunur." denilmektedir. Bunun üzerine, yükümlü tarafından, şikâyet yolu ile Maliye Bakanlığı'na başvurulmalıdır.

- Şikâyet Yolu ile Başvuru

V.U.K.'un 124. maddesine göre, "Vergi mahkemesinde dava açma süresi geçtikten sonra yaptıkları düzeltme talepleri reddolunanlar şikâyet yolu ile Maliye Bakanlığı'na müracaat edebilirler." Aynı madde gereğince il özel idare vergileri hakkında valiliğe ve belediye vergileri hakkında belediye başkanlığına müracaat edilir.⁵¹ Ancak emlak vergisinde şikâyet başvurusunun belediyeye değil Maliye Bakanlığı'na yapı-

⁴⁹ MELİKOĞLU, a.g.t., s.102.

⁵⁰ Yusuf KARAKOÇ, *Genel Vergi Hukuku*, 3. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2004, s.85

⁵¹ ÖNCEL ve DİĞERLERİ, a.g.e., s.182.

lacağı konusunda farklı görüşler vardır. Bu görüşlere göre, emlak vergisinin yürütülmesi konusunda ilgili kanunda Maliye Bakanlığı yetkili kılınmıştır. Emlak vergisi ile ilgili tebliğ ve öznelgelerde söz konusu Bakanlık tarafından verilmektedir. Bu sebeplerden dolayı diğer belediye vergilerinden farklı olarak emlak vergisi ile ilgili şikayet başvuruları için Maliye Bakanlığı'na başvuruda bulunulmalıdır.⁵²

Maliye Bakanlığı'na şikayet yolu ile başvurulmasında Bakanlığın red kararına karşı mükelleflerin yargı yoluna başvurma hakları doğmaktadır. Bu hakkın kullanılışı ile idari işlem olan düzeltme yargısal bir sürece dönmektedir.⁵³ Böylece talepleri reddedilmiş olan mükelleflere, VUK'un 117 ve 118. maddelerinde belirtilen vergi hatalarının bulunduğu durumlara ilişkin olarak vergi mahkemesine yeni bir başvuru imkanı verilmektedir. Başvurulacak vergi mahkemesi ise, vergiyi tarh ve tahakkuk ettiren dairenin bulunduğu yerdeki vergi mahkemesidir.

Bu takdirde durum 2577 sayılı İYUK 'un 10. maddesi kapsamında değerlendirilir. Vergi dairesine yapılan başvuru üzerine 60 gün içinde cevap verilmediğinde istek reddedilmiş sayılarak şikayet merciine gidilebilecektir.⁵⁴ Şikayet merciine başvuru süre ile kısıtlanmamıştır ancak şikayet merciinin cevabı üzerine 30 gün içinde vergi mahkemesine dava açılmalıdır. Bu süre geçirildiğinde dava hakkı kaybolmaktadır.

60 günlük cevap süresi, şikayet dilekçelerinin Bakanlığa verildiği tarihten itibaren başlamakta olup, posta ile gönderilmesi durumunda ise taahhütlü olarak postaya verildiği günden itibaren başlamaktadır. Şikayet merciinin 60 gün içinde başvuruyu cevaplamamış olması ise zımni ret anlamına gelmektedir. Bu süreden sonraki 30 gün içinde vergi mahkemesinde dava açılabilir. Ancak 60 günlük bekleme süresinin dolma-

⁵² ÜREL, a.g.e., s. 257.

⁵³ KIZILOT ve KIZILOT, a.g.e., s. 318.

⁵⁴ ÖZBALCI, a.g.e., 410.

sından sonraki 30 gün içinde dava açılmadığı durumlarda şikayet merciinden sonradan ret cevabı verilirse, dava hakkı yeniden doğmakta olup, cevabın tebliğinden itibaren 30 gün içinde dava açılması imkanı vardır. Bu bekleme süresinden sonra verilen cevabın kendiliğinden verilmiş olması gerekmektedir. Aksi takdirde cevap yeni bir başvuru üzerine verilmişse dava hakkı doğmamaktadır.

Uygulamada idare 60 günlük bekleme süresi içinde açık ret anlamını taşımayan cevaplar da verebilmektedir. Örneğin, idare düzeltme başvurusunda bulunan kişiye gönderdiği yazıda; talebin incelenmekte olduğunu bildirebilir, ek bilgi ve belgeler isteyebilir veya bir başka kuruma yazı yazılıp bazı bilgiler istendiğini ve o yazıların sonucuna göre işlem tesis edileceğini belirtebilir. Bu durumda mükellef 60 günlük süre içinde idarenin vermiş olduğu bu kesin olmayan yanıtı isteminin reddi olarak değerlendirilerek vergi mahkemesinde dava açma yoluna gidebilir veya idarenin kesin olamayan yanıtı üzerine başvuru tarihinden itibaren altı ayı geçmeyecek şekilde bekleme yolunu seçebilir.⁵⁵

Şikayet başvurularının yapılacağı süre konusunda kanunda belirleme bulunmamasına rağmen başvurular genel olarak düzeltme zamanasını süresi içinde yapılması gerekmektedir.

Şikayet yolu ile müracaat üzerine talebi reddolunanların yargıya başvurabilmeleri için dava konusu yapılan işlemin vergi hatası niteliği taşınması gerekir. Bu kapsamda idarenin ilgili vergi kanununun uygulanması konusundaki görüşünün farklı olması veya tarhiyatın dayanağının geçersiz olması yada inceleme de bazı unsurların göz ardı edildiği gerekçesi ile şikayette bulunulamaz.⁵⁶ Çünkü bu durumda ortada bir vergi hatası yoktur. Zira hata olduğu ileri sürülen hususun tartışmalı olmaması, açık ve mutlak olması gerekir. Ayrıca mükellef yapılan tarhiyat hakkında istediği zaman şikayet yoluna başvurarak tarhiyatı dava

⁵⁵ KIZILOL ve KIZILOL, a.g.e., s. 138-139.

⁵⁶ ÖZYER, a.g.e., s.135.

konusu etmesi de mümkün değildir. Yargı merciine intikal ettirilen olayda VUK'un 116, 117 ve 118. maddelerinde tanımlanan vergi hatalarından biri bulunmadığı ve olayın bir hukuki uyuşmazlık olduğu durumda mahkeme açılan davayı süresi içinde açılmamış olması nedeniyle esasa girmeden usul yönünden reddetmektedir.

Şikayet Maliye Bakanlığı tarafından kabul edilirse, durumu ilgili vergi dairesine bildirir ve hatalı işlem düzeltilir. Vergi dairesinin, kendisi açısından üst makam olan Maliye Bakanlığı'nın bu düzeltme yapılması hususundaki kararına uyması gerekir.

SONUÇ

Bir verginin ödenme aşamasına gelmesine kadar tarh, tahakkuk, tebliğ gibi birçok aşamadan geçmesi gerekmektedir. Vergi söz konusu bu aşamalardan geçerken istemeden de olsa zaman zaman mükellef veya hazinenin leh veya aleyhine hatalar yapılabilmektedir. Çünkü vergi hukukunun yeni gelişen bir hukuk dalı olması kadar vergi hukukunun kaynağını meydana getiren vergi kanunları da sık sık değişikliğe uğramaktadır.

Vergilendirme işlemlerinin bünyesinde ortaya çıkan vergi hataları, V.U.K.'ta türleri itibariyle tek tek tanımlanmış olmasına rağmen, ekonomik ilişkilerin arttığı ve karmaşık hale geldiği günümüzde vergi hatalarının saptanmasında sorunlar yaşanmaktadır. Hangi sakatlığın vergi hatası, hangi sakatlığın hukuki uyuşmazlık niteliğinde olduğu, her bir somut olay kendi şartları içinde değerlendirilerek verilen yargı kararları ile belirlenmektedir. Ancak, vergi yargısı organlarının bu ayrımı yaparken bir tekdüzelik sağlayarak bir uygulama birliği oluşmadığı görülmektedir. Benzer nitelikte olaylar için kimi zaman vergi hatası kimi zaman ise hukuki uyuşmazlık olarak değerlendirmede bulunmaktadır. Bu durum ise, vergi mükellefleri arasında eşitsizlik yaratmaktadır. Belirtilen nedenlerle farklı şekilde uygulamaların önüne geçilmesi ve içtihat birliğinin sağlanması gerekmektedir.

Ülkemizde uygulanan sistem içinde vergi hataları nedeniyle ortaya çıkan uyuşmazlıkların giderilmesinde idari barışçıl çözümler arasında vergi hatalarında düzeltme yolu yer almaktadır. Düzeltme, vergilendirme işlemlerindeki bir kısım sakatlıkların giderilmesi amacıyla VUK'ta düzenlenmiş idari bir süreçtir.

Vergi Usul Kanunu'nda düzenlenmiş bulunan "düzeltme hükümleri" hata niteliğinde görülmesi, giderilmesi nispeten kolay, üzerinde tartışmaya pek gerek olmayan açık ya da oldukça basit yanlışlıkların ortadan kaldırılması için yargıya başvuru yoluna alternatif, kolay, basit, masrafsız ve kısa sürede çözüm sağlayan pratik bir yol olarak öngörülmüştür. Vergi hukuku açısından bakıldığında düzeltme yolu, düzeltilen vergi bakımından ve düzeltme miktarı itibarı ile vergi borcunu sona erdiren nedenlerden birisini oluşturmaktadır. Öte yandan sonuçta vergi hatası taşıyan işlemlerin yargıyla iptalini sağlaması nedeniyle düzeltme yolu, vergi yargısı ile bir köprü kurmakta olup bu yol ile bütün hatalar için yargıya başvurulması önlenilmektedir.

KAYNAKÇA

AKDOĞAN Abdurrahman: **Vergi Hukuku Ve Türk Vergi Sistemi**, Gazi Kitabevi, 8. Baskı, 2008.

BİLİCİ Nurettin: **VERGİ HUKUKU Genel Hükümler Türk Vergi Sistemi**, Seçkin Yayıncılık, 14. Baskı, 2006.

KARAKOÇ Yusuf: **Genel Vergi Hukuku**, 3. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2004.

KIRBAŞ Sadık: **VERGİ HUKUKU Temel Kavramlar, İlkeler ve Kurumlar**, Siyasal Kitabevi, 18. Baskı, 2008.

KIZILOT Şükrü ve KIZILOT Zuhâl: **Vergi İhtilafları ve Çözüm Yolları**, Yaklaşım Yayıncılık, 16. Baskı, 2009.

KIZILOT Şükrü ve TAŞ Metin: **Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi**, Yaklaşım Yayıncılık, 2009.

MELİKOĞLU Burakhan: **Vergi Hataları ve Düzeltme Yolu**, Yüksek Lisans Tezi, 2007.

MUTLUER M. Kamil: **Vergi Genel Hukuku**, Bilgi İletişim Grubu Yayıncılık, 2008.

OKTAR S. Ateş: **Vergi Hukuku**, Turhan Kitabevi, 4. Baskı, 2009

ÖNCEL Mualla ve Diğerleri: **Vergi Hukuku**, Turhan Kitabevi, 15. Baskı, 2008.

ÖZBALCI Yılmaz: **En Son Kanun Değişiklikleri İle Vergi Usul Kanunu Yorum Ve Açıklamaları**, Oluş Yayıncılık, 2004

ÖZYER Mehmet Ali: **Açıklama ve Örneklerle Vergi Usul Kanunu Uygulaması**, Acar Basım, 4. Baskı, 2008.

PEHLİVAN Osman: **Vergi Hukuku**, Derya Kitabevi, Trabzon, 2005.

PEHLİVAN Osman: **VERGİ HUKUKU Genel İlkeler ve Türk Vergi Sistemi**, Derya Kitabevi, 2007.

ŞENYÜZ Doğan: **Vergi Hukuku (Genel Kısım)**, Ekin Kitabevi Yayınları, 2005.

Tüm Vergi Kanunları 1, Oluş Yayıncılık, 23. Basım, 2009.

ÜREL Gürol: **Güncel Vergi Usul Kanunu Uygulaması**, Maliye ve Hukuk Yayınları, 2. Baskı, 2007

YILMAZ Ejder: **Hukuk Sözlüğü**, 7. Baskı, Yetkin Hukuk Yayınları, Ankara, 2002.



