



UYUŞMAZLIK MAHKEMESİ DERGİSİ

Altı Ayda Bir Yayınlanan Ulusal Hakemli Dergidir

ISSN: 2147-8376

SAYI: 13 • HAZİRAN 2019

Dergide yayımlanan makaleler yazarların kendi kişisel görüşleri olup, Uyuşmazlık Mahkemesi'nin görüşlerini yansıtmamaktadır. Eserde yer alan görüş ve değerlendirmeler, Uyuşmazlık Mahkemesi'ni bağlayacak mahiyette resmî bir yorum olarak kabul edilemez.

UYUŞMAZLIK MAHKEMESİ DERGİSİ
Altı Ayda Bir Yayınlanan Ulusal Hakemli Dergidir

*

Sahibi

Hicabi DURSUN
Uyuşmazlık Mahkemesi Başkanı

*

Editör

Mevlüt DÖNERTAŞ
Uyuşmazlık Mahkemesi Genel Sekreteri

*

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü

Şafak ŞAKAR
Uyuşmazlık Mahkemesi Yazı İşleri Müdürü

*

Yayın Kurulu

Mevlüt DÖNERTAŞ
Uyuşmazlık Mahkemesi Genel Sekreteri

Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ
Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

Çetin AKKAYA
Yargıtay 5. Ceza Dairesi Üyesi

Dr. Abdullah TEKBAŞ
Anayasa Mahkemesi Raportörü

Dr. Birol KIRMAZ
Yargıtay Cumhuriyet Savcısı

*

Yayın Yönetim Merkezi

Ahlatlıbel Mahallesi İncek
Şehit Savcı Mehmet Selim Kiraz Bulvarı
No: 4, 06805, Çankaya - Ankara / TÜRKİYE
Tel: 0312 489 82 04 - 07 • Faks: 0312 489 80 59
Web: dergi.uyusmazlik.gov.tr - www.uyusmazlik.gov.tr

*

Tasarım & Baskı

SATA REKLAM
0312 468 72 82
Basım yeri: Ankara

Basım tarihi: Haziran 2019

Yıl: 7 Sayı: 13

*

ISSN: 2147-8376

UYUŞMAZLIK MAHKEMESİ DERGİSİ YAZIM KURALLARI VE YAYIN İLKELERİ

1. Uyuşmazlık Mahkemesi dergisi, ULAKBİM tarafından taranan ve “Hakemli Dergi” statüsünde altı ayda bir yayımlanan, çift-kör hakem değerlendirmesinin uygulandığı bir dergidir.
2. Daha önce başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş eserler kabul edilir.
3. Yayımlanan makalelerden kaynaklanan her türlü sorumluluk yazarlarına aittir ve dergide yayımlanan yazılar kaynak gösterilmeden başka bir yerde kullanılamaz.
4. Makalenin hangi sayıda yayımlanacağı Uyuşmazlık Mahkemesi Yayın Kurulu’nun yetkisindedir.
5. Makale Uyuşmazlık Mahkemesi Yayın Kurulu’nun izni olmadan geri çekilemez.
6. Derginin yazı dili esas olarak Türkçe olmakla birlikte, dergide yabancı dilde yazılara da yer verilmektedir. Yazılar Türkçe veya yabancı dillerden herhangi birinde yazılmış olsalar dahi, her bir yazıda en az 100, en çok 200 sözcükten oluşan Türkçe ve makalenin yazıldığı dilde özetlerin yine Türkçe ve makalenin yazıldığı dilde Makale ismi ile beşer anahtar sözcüğün yazının başına eklenerek gönderilmesi gereklidir.
7. Yazılar; “Microsoft Word” programında hazırlanmış olmalıdır. Ana metin, 16x24 ebadında, sayfanın üst tarafından 3 cm, alt, sağ ve sol taraflarından 2,5 cm kenar boşlukları bırakılmış, 10,5 punto Palatino Linotype karakteriyle, dipnotlar 8 punto Palatino Linotype karakteriyle, 13,2 mm satır aralığı ve paragraflarında 5 mm girinti bırakılarak yazılmış olmalıdır.
8. Makale, kaynakça dahil 30.000 kelimedenden çok olmamalıdır. 20.000 kelimeyi geçen makalelerin yayımlanmasında yayın kurulu yetkilidir aynı zamanda yayımlanması istenilen makale 30.000 kelimeyi geçse dahi telif ücreti ödemesi 30.000 kelime üzerinden yapılmaktadır.
9. Yayımlanması talep edilen makalelerin www.uyusmazlik.gov.tr veya www.dergi.uyusmazlik.gov.tr adresi üzerinden gönderilmesi gerekmektedir. Ayrıca derginin elektronik versiyonuna da bu adreslerden erişilebilir.
10. Gönderilecek eserlerin ilk sayfasında yazar(lar) hakkında aşağıdaki bilgiler bulunmalıdır: *Ad-soyad, ünvan, çalışılan kurum, telefon, e-posta ve yazışma adresi bilgileri.
11. Gönderilen makalelerin başlığı metne uygun; kısa ve açık ifadeyi olmalıdır.
12. Eserlerde kullanılacak tüm referanslar, Tablo ve Şekiller APA 5. Basım sitili (APA Style 5th edition) kullanılarak düzenlenmelidir. APA hakkında daha fazla bilgi için lütfen <http://owl.english.purdue.edu/owl/resource/560/01/> internet sitesini ziyaret ediniz.
13. Başlıklardan sonraki ilk satırda paragraf girintisi kullanılmaz sola yaslı olarak paragraf başlatılır. Sonraki paragraflar için paragraf girintisi kullanılmalıdır.
14. Eserde irdelenen konuyla doğrudan ilgisi olmayan ancak açıklanmak veya detay bilgi verilmek istenen kısımlar dipnot yöntemiyle esere eklenmelidir.
15. Eserlerin sonunda APA referans sistemine göre hazırlanacak alfabetik biçimde dizilmiş bir kaynakça bulunmalıdır.

UYUŞMAZLIK MAHKEMESİ DERGİSİ



Veri Tabanlarında Taranmaktadır.

DANIŞMA KURULU

Prof. Dr. Abdurrahman EREN

Haliç Üniversitesi

Prof. Dr. Ahmet BİLGİN

Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ahmet GÜRBÜZ

Bingöl Üniversitesi

İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

Prof. Dr. Ahmet Mithat KILIÇOĞLU

Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ahmet Nezh KÖK

Atatürk Üniversitesi Tıp Fakültesi

Prof. Dr. Ali AKYILDIZ

Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ali GÜZEL

Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Anıl ÇEÇEN

Prof. Dr. Atila ÖZER

Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ayşe Füsün ARSAVA

Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ayşe NUHOĞLU AYKUT

Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk

Fakültesi

Prof. Dr. Cemil KAYA

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Cevdet YAVUZ

İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk

Fakültesi

Prof. Dr. Cumhuri ŞAHİN

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi

Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Çetin ARSLAN

Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Doğan SOYASLAN

Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Elif GÖKÇEARSLAN ÇİFCİ

Ankara Üniversitesi

Sağlık Bilimleri Fakültesi

Prof. Dr. Elif Sibel ÇAKAR

Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Emine TUNCAY KAPLAN

Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ender Ethem ATAY

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi

Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR

Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Erol ULUSOY

İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk

Fakültesi

Prof. Dr. Faruk AŐICIOĞLU

İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Kurumu

Prof. Dr. Faruk TURHAN

Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk

Fakültesi

Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Gürcan ALTUN

Trakya Üniversitesi Tıp Fakültesi

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ

Galatasaray Üniversitesi Hukuk

Fakültesi

Prof. Dr. Halil AKKANAT

İstanbul Üniversitesi Türk Alman

Üniversitesi

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU

İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk

Fakültesi

Prof. Dr. Hasan TUNÇ

Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk

Fakültesi

Prof. Dr. İbrahim ÖZBAY

Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi

Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi

Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi

Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. İsmail KIRCA

TOBB Ekonomi Ve Teknoloji Üniversitesi

Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Kayıhan İÇEL

İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk

Fakültesi

Prof. Dr. Köksal BAYRAKTAR

Prof. Dr. M. Macit KENANOĞLU

İstanbul Şehir Üniversitesi Hukuk

Fakültesi

Prof. Dr. Mahmut KOCA

İstanbul Şehir Üniversitesi Hukuk

Fakültesi

Prof. Dr. Mehmet Emin BİLGE
Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi
Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Metin GÜNDAY
Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mustafa Fadıl YILDIRIM
Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi
Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mustafa Fatih YAVUZ

Prof. Dr. Mustafa KOÇAK
Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Müslüm AKINCI
Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Nasî ASLAN
Çukurova Üniversitesi İlahiyat
Fakültesi

Prof. Dr. Nevzat KOÇ

Prof. Dr. Nihat BULUT
İstanbul Şehir Üniversitesi Hukuk
Fakültesi

Prof. Dr. Nur CENTEL
Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Nuray EKŞİ
Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Osman DOĞRU
Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ömer ANAYURT
Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi
Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Pervin SOMER
Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ramazan ÇAĞLAYAN
Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ramazan GÖKBUNAR
Celal Bayar Üniversitesi İktisadi ve
İdari Bilimler Fakültesi

Prof. Dr. Rauf KARASU
Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Salih CENGİZ
İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü

Prof. Dr. Selami KURAN
Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK
Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi
Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Selma ÇETİNER
Girne Amerikan Üniversitesi
Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Serap AKİPEK
Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Sibel İNCEOĞLU
Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Şebnem AKİPEK ÖCAL
TED Üniversitesi İktisadi ve İdari
Bilimler Fakültesi

Prof. Dr. Tayfun AKGÜNER
Lefke Avrupa Üniversitesi Hukuk
Fakültesi

Prof. Dr. Timur DEMİRBAŞ
Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Veli Özer ÖZBEK
Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk
Fakültesi

Prof. Dr. Veysel BAŞPINAR
Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Yener ÜNVER
Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ
Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk
Fakültesi

Prof. Dr. Yüksel METİN
Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk
Fakültesi

Prof. Dr. Ziya AKINCI
Galatasaray Üniversitesi Hukuk
Fakültesi

Doç. Dr. Devrim AYDIN
Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler
Fakültesi

Doç. Dr. İlke GÖÇMEN
Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Doç. Dr. İştâar CENGİZ
Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dr. Öğr. Üyesi Adnan KÜÇÜK
Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dr. Öğr. Üyesi İdris Hakan FURTUN
Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dr. Öğr. Üyesi Rifat Murat ÖNOK
Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dr. Öğr. Üyesi Sinan BAYINDIR
Piri Reis Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dr. Gürsel ÖZKAN
Danıştay 13. Dairesi Üyesi



İÇİNDEKİLER / CONTENTS

Çetin AKKAYA <i>Suçların İctimai Bağlamında Fiil Tekliği.....</i>	1
Dr. Öğr. Üyesi Sinan Sami AKKURT <i>Yapay Zekânın Otonom Davranışlarından Kaynaklanan Hukukî Sorumluluk.....</i>	39
Doç. Dr. Recai AKYEL <i>Stratejik Yargı Yönetimi</i>	61
Prof. Dr. Ayşe Füsun ARSAVA <i>Devlet Dışı Aktörlere Karşı Yasal Savunma Hakkı Kullanılması</i>	97
Doç. Dr. Mustafa AVCI Dr. Hüseyin BİLGİN <i>Alkollü Araç Kullanımı Nedeniyle Sürücü Belgesine Geçici Süreli El Konulması İşlemleri Üzerine Bir İnceleme</i>	129
Dr. Yunus ERASLAN <i>Disiplin Hukukunda Tevhiden Cezalandırma.....</i>	167
Cengiz ERTEN <i>Anonim Şirketlerde Haklı Sebeplerle Fesih Hakkının Yargıtay İctihatları Çerçevesinde Değerlendirilmesi.....</i>	187
Doç. Dr. Gökhan GÜNEYSU <i>Gana ve Fildişi Sahili Arasındaki Deniz Sınırına İlişkin Itlos Kararı Bağlamında Deniz Alanlarının Sınırlandırılmasına İlişkin Bazı Meseleler.....</i>	213
Dr. Ahmet Cahit İYİLİKLİ <i>Boşanma, Evliliğin İptali Ya Da Eşlerden Birinin Vefatının Aile Konutuna İlişkin Tasarrufun İptali Davasına Etkisi.....</i>	233
Dr. Öğr. Üyesi Semih Sırrı ÖZDEMİR Arş. Gör. M. Zahid DOĞANAY <i>Bir Mecra Olarak Sosyal Medyanın Reklam Hukuku Açısından Değerlendirilmesi</i>	295



Dr. Tamer SOYSAL

*Unutulma Hakkının Avrupa Birliği'nin
Genel Veri Koruma Tüzüğü Çerçevesinde İncelenmesi*.....339

Dr. Öğr. Üyesi H. Kübra ERCOŞKUN ŞENOL

*Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine
Dair Kanun Üzerine Bir İnceleme*.....423

Dr. Öğr. Üyesi Alim TAŞKIN

*Fransız Milli ve Milletlerarası Tahkim Hukukunda Tahkim
Reformuna Dair Kararname (Madde 1442 – 1462) İle Türk Tahkim
Hukuku (Hmk, Mtk) Hükümlerinin Mukayesesi (Karşılaştırılması)*.....461

Dr. Hüseyin TURAN

Osman KODAL

*Uyuşturucu Veya Uyarıcı Madde Kullanma Suçları Yönünden
Kamu Görevlisi İle Sağlık Meslek Mensuplarının Suçu
Bildirmemesine Yönelik Düzenlemenin Etkin
Pişmanlık Kurumuna Etkisi*.....501

Dr. Öğr. Üyesi Akın ÜNAL

Arş. Gör. Emre KÖROĞLU

Genel İşlem Şartlarının İçerik Denetiminin Sonuçları.....523

Yunus Emre YILMAZOĞLU

*İçtihat Farklılıklarının Temel Hak ve Özgürlükler
Yönünden Değerlendirilmesi*.....551

SUÇLARIN İÇTİMAİ BAĞLAMINDA FİİL TEKLİĞİ

(The Concept Of Single Act In Terms Of The Consolidation Of Offences)

Çetin AKKAYA¹

ÖZ

Fiil kavramı; ceza muhakemesinde ve maddi ceza hukukunda kullanılan ortak bir kavram olmakla birlikte içerik olarak birbirinden farklılık arz etmektedir. Maddi ceza hukukunda fiil, belirli bir amaca yönelen, kişinin isteğine göre ve iradesine bağlı, dış dünyada etki doğuran icrai yahut ihmali bir insan davranışıdır. Suçların içtimai fiil kavramının maddi ceza hukuku çerçevesinde yapılacak değerlendirmeyi gerektirmektedir. Dolayısıyla öncelikle maddi ceza hukuku açısından fiilden ne anlaşılması gerektiği belirlenmelidir. Doğal anlamda gerçekleştirilen her bedensel eylem ayrı bir hareketi oluştursa da, bir fiil ile birden fazla neticenin oluştuğu durumlarda içtimain en önemli başlangıç noktası olan hareketin teklifi kavramından ne anlaşılması gerektiği ve bu noktada gerçek anlamda teklik hali dışında hareketin tek kabul edildiği durumlar ayrıca açıklanmaya çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler : Fiil, içtimai, hareket.

ABSTRACT

The concept of act, despite being a common concept in the criminal procedure and the substantive criminal law, differs as to contents. Act, in terms of the substantive criminal law, is an executive or negligent human conduct that is directed towards a specific purpose, dependent on the will and freedom of the person and has an effect on the outside world. Consolidation of the offences requires an assessment of the concept of act within the scope of the substantive criminal law. Accordingly, first of all, it should be determined what should be understood from the act in terms of material criminal law. Although every physical action carried out naturally constitutes a separate action, in cases where a single act had more than one result, what should be understood from the concept of single action that is the most important starting point of consolidation and at this point the cases in which an action is regarded as single, apart from actual single actions, are tried to be explained.

Keywords: Act, consolidation, action.

1 Yargıtay Üyesi

I. GENEL AÇIKLAMALAR

Bir kişi tarafından çeşitli suçların işlendiği hallerde sorumluluğun ne şekilde tayin edileceği hususu çözülmesi gereken bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır.²Bu konuda ceza hukukunda geçerli olan “ne kadar fiil varsa o kadar suç, ne kadar suç varsa o kadar ceza vardır” ilkesinden hareket edilmesi önerilebilir.³ Bu ilke kendi içinde, aslında ceza hukukunda suçların ve cezaların ayrı ayrı belirlenmesinin kural, suçların birleştirilmesinin ise istisna olduğunu ifade etmektedir. Buna göre, istisnalar dışında, ceza hukukunda her eylem ayrı bir suçu oluşturacak, her suça da ayrı bir ceza verilecektir.⁴ Failin işlediği birden çok suçla ilgili olarak her suçtan dolayı ayrı bir sorumluluğun öngörülmediği, bunlardan sadece biri üzerinden ceza hukuku sonuçlarının belirlendiği hallerde suçların içtimai adı verilmektedir.⁵

Failin gerçekleştirdiği fiil tek, bunun sonucu gerçekleşen netice de tek ise suçların içtimai bağlamında tartışılması gereken bir husus yoktur. Ancak fail her zaman tek fiil gerçekleştirilmemektedir, bazen bir fiil ile birden fazla suçun oluşumuna, bazen dış görünüşü itibariyle birden fazla hareketle bir suçun oluşumuna bazen de birden fazla fiil birden fazla suçun oluşumuna sebebiyet verebilmektedir. Bu gibi hallerde konunun genel kuraldan hareketle değerlendirilmesi mümkün ise de 5237 Sayılı (Yeni) Türk Ceza Kanunu (YTCK) 765 sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK) gibi, suçların içtimai müessesesine yer vermek suretiyle bu gibi haller, olayın suçların içtimai çerçevesinde değerlendirilmesine imkân sağlamıştır.

YTCK’da Suçları İçtimai başlığı altında Bileşik Suç (md.42), Zincirleme Suç (md.43) ve Fikri İçtima (md.44) müesseseleri düzenlenmiştir. Ancak doktrinde özellikle bileşik suçun, suçların içtimai hallerinden birisi olmadığı, bu bölümde düzenlenmesinin gereksiz olduğu belirtilmektedir.⁶

Belirtmek gerekir ki, **amaç suç- araç suç** ilişkisinin bulunduğu hallerde, amaçlanan suç işlenmişse, bu suçtan dolayı da fail ayrıca cezalandırılacak, yani gerçek içtima kuralı uygulanacaktır. Kanun bazı suçlarla bağlantılı olarak bu hususu ayrıca belirtmektedir. Örneğin ihaleye fesat karıştırma dolayısıyla menfaat temin eden görevli kişiler ayrıca bu nedenle ilgili suç hükmüne göre de cezalandırılacaklardır (m. 235/4). Aynı düzenlemeye edimin ifasına fesat karıştırma dolayısıyla menfaat temin eden görevliler bakımından da yer verilmiştir (m. 236/3). Burada örneğin kamu görevlilerinin ihaleye fesat karıştırmadaki amaçları kendilerine menfaat sağlamak olduğunda bu kişiler bakımından amaç suç rüşvet almak

2 İÇEL Kayıhan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 4. Bası, Beta 2017, s.571

3 ÖZGENÇ İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14. Bası, 2018, s. 588

4 KOCA Mahmut, *Fikri İçtima*, CHD, Ağustos 2007, sh. 197

5 AKBULUT Berrin, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 4. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 674

6 KOCA, *Fikri İçtima*, sh. 198



araç suç ise ihaleye fesat karıştırma olarak karşımıza çıkmaktadır. Keza hırsızlık suçunun daha kolay işlenmesi amacıyla güvenlik görevlisinin öldürülmesi halinde kasten öldürme suçu araç suç, hırsızlık ise amaç suç haline gelmektedir. Böyle bir durumda fail şayet hırsızlık suçunu da işlemişse her iki suçtan dolayı ayrı ayrı cezalandırılacaktır. Kastan öldürme suçunun bir suçun işlenmesini kolaylaştırmak amacıyla işlenmesinin bu suçun nitelikli hali olarak kabul edilmesi (m. 82, f. h) gerçek içtima kuralının uygulanmasına engel değildir. **Bu suç tipinde kasten öldürme “araç suç”, işlenmesi kastedilen diğer suç ise “amaç suç” niteliğindedir. Anılan bentte, “amaç suç” ile “araç suç” arasında biri diğerinin unsurunu veya nitelikli halini oluşturma ilişkisi bulunmadığından, konunun bileşik suç kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir.** Fail, diğer suçu gizlemek, işlenmesini kolaylaştırmak, yakalanmamak veya diğer suçun delillerini ortadan kaldırmak için birini öldürürse, amaç suç bağımsızlığını korur. Bu halde fail, her bir suçtan ayrı ayrı cezalandırılır.⁷

Yargıtay da aynı görüştedir.^{8,9} Aynı durum kanunun suç saydığı

7 **Ceza Genel Kurulu 08/12/2015 gün ve 2014/1-707; 2015/504**

8 Suçun unsurlarını bu şekilde belirledikten sonra, uyumsuzluk konusu olaya bakıldığında; sanık, ölenin bileziklerini zorla almaya karar vermiş bu maçla geceleyin saat 22.00’de onun evine giderek, saat 24.00’e dek etrafın sakinleşmesini beklemek için oyalanmış, daha sonra da türbanı ile boğazından sıkarak onu boğduktan sonra, kafasına piknik tüpü ile vurarak öldürüp, suça konu bilezikleri ve yüzüğü almıştır.

Burada ölenin bilezikleri ve yüzüğünün zorla alınması amaç suçu, suça konu şeylerin alınması için kişinin öldürülmesi de araç suçu oluşturmaktadır. Sanık, her ne suretle olursa olsun, ölenin bileziklerini almayı kararlaştırmış ve bu amaçla suçun icra hareketlerine başlamıştır. Burada suçun icra hareketleri TCY’nin 501’inci maddesinde açıklandığı üzere, ölenin boğazının türbanla sıkılması ve başına piknik tüpü ile vurulması suretiyle, mukavemetinin kırılmasıdır. Demek ki yağma suçunun icra hareketlerine hukuki ve fiziki kişiliğinin devam ettiği bir zamanda, yeni kişi sağ iken başlanmıştır. Bilahare, boğazı sıkılarak ve başına vurularak öldürülmüştür. Kişinin türbanla boğazının sıkılması ve kafasına piknik tüpü ile vurulması maddi cebri oluşturmaktadır. Bu **maddi cebir kişinin bileziklerinin alınması amacıyla yapıldığından, nitelikli adam öldürme suçu yanında, yağma suçunun da oluştuğu kabul edilmelidir.**Zira, daha hafif cebir ve şiddetle (etkili eylem) yağma suçunun oluştuğu kabul edilirken ölüm sonucunu doğuran cebir ve şiddet kullanılması halinde yağma suçunun oluştuğu kabul edilirken ölüm sonucunu doğuran cebir ve şiddet kullanılması halinde yağma suçunun oluşmadığını kabul, çelişki yaratır. O halde, sanığın önceden kişinin zorla bileziklerini almaya karar verip, sağ iken maddi veya manevi cebir oluşturan icra hareketine başladığı, bunun sonucunda onu öldürerek bileziklerini ve yüzüğünü aldığı anlaşıldığına göre eylemi yağma suçu niteliğindedir. Ancak, eğer sanık ölenin para veya eşyasını almak kararı ile hareket etmeksizin, onu öldürdükten sonra, o anda oluşan ani bir kararla ve yeni bir kastla para veya eşyayı alma eylemini gerçekleştirseydi, öldürme eylemi (kasten öldürme) para veya eşyanın alınmasına yönelik olmadığından, hırsızlık suçu oluşacaktı. Bu itibarla, sanığın eylemini yağma suçunu oluşturduğuna ilişkin direnme kararı isabetlidir. Sair yönleri de usul ve yasaya uygun bulunan kararın onanmasına karar verilmelidir.

Sonuç: Açıklanan nedenlerle, sanığın temyiz itirazları ile tebliğnamedeki bozma düşüncesi yerinde görülmediğinden reddiyle, kısmen kendiliğinden de temyize tabi kararın sair yönleri de usul ve yasaya uygun bulunduğundan, direnme kararının ONANMASINA, 05.12.1994 gününde oybirliğiyle karar verildi. **CGK. 5.12.1994, 1/283 - 320**

9 **HÜKÜM:** 1-TCK’nin 37/1, **82/1-h**, 31/3, 62/1. maddeleri uyarınca 15 yıl 10 ay hapis cezası, 2-TCK’nin 37/1, **149/1-a-b-c-d-h**, 35/2, 31/3, 62/1, 63. maddeleri uyarınca 3 yıl 10

fiilleri işlemek amacıyla örgüt kurma veya yönetme suçu bakımından da geçerlidir. Burada örgüt kurma esasen bir araç suçtur ve Kanunda bağımsız suç olarak tanımlanmıştır (m. 220/1). Örgüt kurmanın amacı ise suç teşkil eden fiilleri işlemektir. Dolayısıyla örgütün faaliyeti kapsamında suç işlendiğinde, hem örgüt kurma hem de bu çerçevede işlenen suçlardan dolayı ayrıca cezaya hükmolunacaktır (m. 220/4).¹⁰

Fiil tekliği ve fiil çokluğu kavramları suç tekliği ve suç çokluğu ile aynı anlama gelmemektedir. Bununla birlikte fiil tekliği ve çokluğunun, suçların tekliği ve çokluğunun şartını ve bağlantı noktasını oluşturduğu da muhakkaktır. Bir başka deyişle, fiilin tek olduğu her durumda suçun da tek olduğu söylenemez.¹¹Örneğin fikri içtima halinde, tek fiille aynı suçun veya farklı suçların oluşumuna sebebiyet verilmektedir. Buna karşılık, zincirli suçta ise her biri diğerinden bağımsız olan ve farklı zamanlarda icra edilen birden fazla fiil söz konusudur.

Suç tekliği-suç çokluğu ayrımı hareketin veya neticenin sayısı esas alınarak yapılamaz. Kanunda fikri içtima halinde tek fiille birden çok suçun işlendiği kabul edildiğine göre, fiilin sayısının suçların sayısını göstermediği kabul edilmiş olmaktadır. Buna göre suç tekliği-suç çokluğu ayrımında kanun hükümlerinin emredici ve yasaklayıcı unsurlarını oluşturan normların ihlali ölçütü esas alınmalıdır¹². Diğer bir deyişle haksızlığın tüm unsurlarını ihtiva eden kanuni tipin ihlali suçların sayısını belirlemede kıstas olmalıdır. Buna karşılık, fiil tekliği-fiil çokluğu ayrımında esas alınacak ölçüt harekettir. Hareketin tek olduğu hallerde fiilin de tek olduğu sonucuna varılmalıdır.^{13, 14}

ay hapis..... incelenen dosyaya göre bozma üzerine verilen hükümlerde bir isabetsizlik görülmemiş olduğundan, suça sürüklenen çocuk müdafinin; suç vasfına, eksik incelemeye, ceza miktarına, görevsiz mahkemece karar verildiğine ve vesaireye yönelen ve yerinde görülmeyen sair temyiz itirazlarının reddiyle hükmün tebliğnamedeki düşünce gibi ONANMASINA, **1.CD., 26/03/2019; 2019/869-2019/1837**;Sanık Kadir hakkında nitelikli öldürme suçundan kurulan mahkumiyet hükmünde; sanığın sandalye ile baş bölgesine vurarak yaralaması nedeniyle beden bakımından kendisini savunamayacak durumda olan maktulü, cinsel saldırı suçunu gizlemek, delillerini ortadan kaldırmak ve yakalanmamak için, üzerine ve etrafa kolonya döküp yakmak suretiyle öldürdüğü olayda;

a-Sanığın, 5237 sayılı TCK'nun 82/1-c-e-h maddesi uyarınca cezalandırılması gerekirken, sanık hakkında aynı Yasanın sadece "82/1 -c" maddesi ile uygulama yapılması, b-Sanık hakkında genel güvenliğin kasten tehlikeye sokulmasından açılan dava ile ilgili olarak bileşik suç sözkonusu olduğundan "karar verilmesine yer olmadığına" karar verilmesi gerektiğinin gözetilmemesi, **1.CD., 26/05/2014; 2275/3245**

10 KOCA Mahmut/ÜZÜLMEZ İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10.Bası, Seçkin Yayınevi, 2017 s.498

11 KOCA Mahmut/ÜZÜLMEZ İlhan,10.Bası, s.499

12 İÇEL Kayıhan, **Suçların İçtimaı**, İstanbul, 1972, s. 41., İÇEL Kayıhan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 4. Bası, Beta 2017, s.573

13 KOCA Mahmut/ÜZÜLMEZ İlhan.10.Bası, s.499

14 Barosuna kayıtlı avukat olan sanığın, katılan vekili olarak açtığı tapu iptal ve tescil



Geza hukukunda işlenen bir fiilin birden fazla normu ihlal etmesi halinde öne çıkan suçların içtimalı kurumu, birden fazla suç söz konusu olduğunda failin sorumluluğunun nasıl belirleneceğine ilişkin bazı kurallar içermektedir. Birden fazla normun ihlal edilmesi durumunda hangi normun uygulanacağının belirlenmesi için öncelikle bileşik suç kurallarına başvurulmalıdır. Sorunun bu şekilde çözüme kavuşturulamaması halinde ise gerçek içtima kuralı ve istisnaları olan aynı neviden fikri içtima ve farklı neviden fikri içtima kuralları dikkate alınmalı ve buna göre içtima kurumu içerisinde belirli bir sıra takip edilerek sorun çözülmeye çalışılmalıdır.¹⁵

Suç çokluğu yalnızca fikri içtima ve zincirleme suç hallerinde söz konusu olduğuna göre, suçların içtimalı hususu sadece bu hallerle sınırlı olmaktadır. Fakat doktrinde görünüşte içtima hallerinde de normlar arasındaki ilişkilerin suçların içtimalını andıran bir özellik göstermesi nedeniyle, bu haller de suçların içtimalı ile birlikte incelenmekte ve gerçek içtima hallerinin hangi hallerde söz konusu olduğu belirginleřtirilmektedir¹⁶.

II. FİİL TEKLİĞİ- FİİL ÇOKLUĞU AYRIMI

A. Genel Olarak

Fiil kavramı; ceza muhakemesinde ve maddi ceza hukukunda kullanılan ortak bir kavram olmakla birlikte içerik olarak birbirinden farklılık arz etmektedir. Ceza muhakemesi anlamında fiil, uyuşmazlık konusu olay olup, muhakemenin konusunu oluşturan olayın bütününü ifade etmektedir. Maddi ceza hukukunda ise fiil, belirli bir amaca yönelik, kişinin isteğine göre ve iradesine bağlı, dış dünyada etki doğuran icrai yahut ihmali bir insan davranışıdır. Ceza muhakemesindeki fiil, maddi ceza hukuku anlamında tek fiilden oluşabileceği gibi birden fazla fiilden de oluşabilir. Bu itibarla ceza muhakemesindeki fiil kavramı, maddi ceza hukukundaki fiil kavramından daha geniş bir içeriğe sahiptir. Bununla birlikte, maddi ceza hukuku anlamındaki tek fiilin, ceza muhakemesinde birden fazla fiili oluşturmaması da mümkün değildir.¹⁷

davasının 25/09/2007 ve 07/09/2009 tarihli duruşmalarına mazeretsiz olarak katılmayarak dosyanın işlem den kaldırılmasına ve yenileme talebinde de bulunmayarak davanın açılmamış sayılmasına sebebiyet vererek katılanın mağduriyetine neden olduğu, **fiilde doğ al olarak birden fazla hareket bulunmakta ise de, hukuksal anlamda tek fiille işlendiği ve zincirleme suç hükümlerinin uygulanma imkanı bulunmadığı** gözetilmeden TCK'nın 43. maddesi uygulanmak suretiyle fazla ceza tayini, 5.CD., 26/01/2016; 15840/935

15 DEMİREL Muhammed, Karar Analizi Tehlike Suçları - Zarar Suçları Arasındaki İlişkinin İçtima Kuralları Kapsamında Değerlendirilmesi, İÜHF M C. LXXI, S.1, s.1479-1488, (2013), s.1480-1481

16 İÇEL, Suçların İçtimalı, s. 41.

17 Ceza Genel Kurulu 23.06.2015 gün ve 2013/7-700; 2015/241

Suçların içtimai fiil kavramının maddi ceza hukuku çerçevesinde yapılacak değerlendirmeyi gerektirmektedir. Zira zincirleme suç halinde farklı zamanlarda aynı mağdura karşı işlenen birden fazla fiilin varlığı şart iken, fikri içtimada ise tek fiille birden fazla suçun oluşması aranmaktadır. Dolayısıyla öncelikle maddi ceza hukuku açısından fiilden ne anlaşılması gerektiği belirlenmelidir.

Türk doktrininde klasik suç teorisi uzun zamandır ceza hukukunda etkili olduğundan, “fiil” denilince bundan hareket, netice ve bunları birbirine bağlayan nedensellik bağı anlaşılmalıdır. Klasik suç teorisine göre, suça haksızlık muhtevası kazandıran unsur netice olduğundan ve her suçta mutlaka bir netice bulunması gerektiğinden, suçların içtimasında fiil denilince akla netice gelmektedir. Bu itibarla fiilin tekliğinden maksat, neticenin tekliğidir. Türk doktrininde bir kısım görüş, fiilin tekliği ve çokluğunun belirlenmesinde neticenin esas alınması gerektiğini kabul etmektedir¹⁸.

5237 sayılı TCK dönemindeki suç teorisi anlayışına göre fiil ile netice birbirinden farklı olup netice, fiilin bir alt unsuru değildir, 765 sayılı TCK döneminde kabul edilen klasik suç teorisi anlayışına göre neticenin fiil kapsamında telakki edilmesi ve her hareketin mutlaka bir neticesi vardır görüşünün benimsenmesi, klasik suç teorisinde fiilin tek olup olmadığı değerlendirmesi yapılırken yapılan hareketin yanı sıra gerçekleşen neticenin de dikkate alınması sonucunu ortaya çıkarmaktaydı. Ancak günümüzde kabul edilen suç teorisine göre fiil ile netice birbirinden bağımsız olup her fiilin sonucunda mutlaka neticenin ortaya çıkacağı kabul edilmemektedir.¹⁹

Suçların içtimai konusunun klasik suç teorisinin bu anlayışıyla ne çözülmesi ne de anlaşılması mümkün olamayacağından suçların içtimai konusunda fiil tekliği denilince bundan hareketin tekliğinin anlaşılması gerektiği bir ön koşul olarak kabul edilmelidir²⁰,burada fiil ile kastedilen harekettir.²¹5237 sayılı TCK’da gerçekleşen suç sayısı belirlenirken netice değil, fiil esas alınmıştır.²²

18 DÖNMEZER/ERMAN, II, (12), no. 1130; İÇEL, Suçların İçtimai, s. 34

19 DEMİREL Muhammed, Karar Analizi Tehlike Suçları – Zarar Suçları Arasındaki İlişkinin İçtima Kuralları Kapsamında Değerlendirilmesi, İÜHFİM C. LXXI, S.1, s.1479-1488, (2013), s.1482-1483

20 KOCA Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan, 10.Bası, s.501, ARTUK Mehmet Emin/GÖKCEN Ahmet, 11. Bası, Adalet, 2017, s.726

21 ARTUK Mehmet Emin/ GÖKCEN Ahmet, 11. Bası, Adalet, 2017, s.728; “Fiil ile kastedilenin hareket olduğu belirlendikten sonra, ikinci bir husus da, hangi hallerde tek fiilden (harekettten) söz edileceğinin belirlenmesidir. Fiil tekliği-fiil çokluğu olarak da ifade edilen bu konuda, doğal anlamda hareket tekliği ve hukuki anlamda hareket tekliği üzere iki görüş bulunmaktadır.”

22 ÖZGENÇ İzzet, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14.Bası, 2018, s. 620

TCK'da fiil kavramının hareketi ifade etmek üzere kullanıldığı kimi maddelerin metin ve gerekçelerinden de açıkça anlaşılmaktadır. Bu bağlamda, 44. maddenin gerekçesinde verilen örneklerden fiilden maksadın hareket olduğu ortaya çıkmaktadır. Ayrıca fiilin, neticeyi kapsamadığı Kanunun 8. maddesinde de açıkça ifade edilmiştir. Nitekim bu düzenlemede de fiilin işlenmesi veya neticenin gerçekleşmesinden bahsedilerek fiil ile neticenin birbirlerinden farklı olduklarına dikkat çekilmiştir. Kanunun bu düzenlemelerine göre işlenen bir fiilin tek olup olmadığı değerlendirilmezken artık neticeye bakılmayacak ve yalnızca işlenen hareketin dikkate alınması yeterli olacaktır.^{23,24}

Yargıtay YTCK döneminde de verdiği kararlarda, bir fiil ile birden fazla neticenin oluştuğu durumlarda fikri içtimanın söz konusu olabileceğini kabul ederek, tek fiilden anlaşılması gerekenin, tek netice değil, tek hareket olduğunu kabul etmektedir.^{25,26} Uygulamada öğretinin genel kabul gören fikirleri benimsenmiş olup doğal anlamda gerçekleştirilen her bedensel eylem ayrı bir hareketi oluşturmakta ise de hukuki manada

- 23 DEMİREL Muhammed, Karar Analizi Tehlike Suçları – Zarar Suçları Arasındaki İlişkinin İçtima Kuralları Kapsamında Değerlendirilmesi, İÜHFİM C. LXXI, S.1, s.1479-1488, (2013), s.1482-1483
- 24 DEMİREL Muhammed, Karar Analizi Tehlike Suçları - Zarar Suçları Arasındaki İlişkinin İçtima Kuralları Kapsamında Değerlendirilmesi, İÜHFİM C. LXXI, S.1, s.1479-1488, (2013), s.1482-1483; *“Keza harekete bakılırken de gerçekleştirilen bedeni davranışların sayısını esas alarak hareketin sayısını belirleyen bir görüş ileri sürülürken diğer taraftan dış dünyaya yansıyan hareketler birden fazla olsa da hukuki nedenlerden dolayı tek kabul edilen ve hukuki anlamda hareketin teklifi olarak benimsenen bir görüş bulunmaktadır. Nihayetinde TCK'da da hukuki anlamda hareketin teklifi esas alınarak işlenen fiilin tek olup olmadığı tespit edilirken aralarındaki zamansal ve mekânsal birlikteliğin irdelendiğini vurgulamak gerekir.”*
- 25 Bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına neden olduğu dosya kapsamında anlaşılın sanığın 5237 sayılı TCK.nun 44. maddesi hükmü karşısında bunlardan en ağır cezayı gerektiren 5237 sayılı TCK.nun 85/2. maddesinde tanımlanan taksirle ölüm ve yaralamaya neden olma suçundan sorumlu tutulması gerektiği gözetilmeden, ayrıca trafik güvenliğini tehlikeye düşürme suçundan da mahkûmiyetine karar verilmesi, **9.CD. 13.11.2007, 2007/9982-2007/8317**; Sanığın tarlasındaki anızı yakması sonucu ateşin Telekom'a ait telefon direklerine sıçrayarak alt kısımlarının kısmen yanması şeklinde gerçekleşen olayda, eylem tek olup 765 sayılı TCK.nun 79. maddesi uyarınca en ağır cezayı içeren ve kasıtlı işlenen anız yakmak eyleminden ceza verilmesi gerektiği gözetilmeden, ayrıca, taksirle işlenen halkı tehlikeye maruz bırakmak suçundan da mahkûmiyetine karar verilmesi, **2.CD. 1.5.2006, 9912-8880**
- 26 Barosuna kayıtlı avukat olan sanığın, katılan vekili olarak açtığı tapu iptal ve tescil davasının 25/09/2007 ve 07/09/2009 tarihli duruşmalarına mazeretsiz olarak katılmayarak dosyanın işlemden kaldırılmasına ve yenileme talebinde de bulunmayarak davanın açılmamış sayılmasına sebebiyet vererek katılanın mağduriyetine neden olduğu, **fiilde doğal olarak birden fazla hareket bulunmakta ise de, hukuksal anlamda tek fiille işlendiği ve zincirleme suç hükümlerinin uygulanma imkanı bulunmadığı** gözetilmeden TCK'nın 43. maddesi uygulanmak suretiyle fazla ceza tayini, **5.CD., 26/01/2016; 15840/935**

hareketin tek olması ile ifade edilmek istenen husus, doğal anlamda birden fazla hareket bulunsa dahi, bu hareketlerin, hukuki nedenlerden dolayı değerlendirmede birlik oluşturması suretiyle tek hareket olarak kabulüdür. Fikri içtimada da, fiil ya da hareketin tek olması, doğal anlamda değil hukuksal anlamda tekliği ifade etmektedir, şeklinde içtihatla bulunulmuştur.²⁷

27 Diğer taraftan Ceza Genel Kurulunun birçok kararında vurgulandığı üzere, bir fiilin hukuki anlamda tekliği ile doğal anlamda tekliği kavramlarının aynı olmadığı da gözardı edilmemelidir. Doğal anlamda gerçekleştirilen her bedensel eylem ayrı bir hareketi oluşturmakta ise de, **hukuki manada hareketin tek olması ile ifade edilmek istenen husus, doğal anlamda birden fazla hareket bulunsa dahi, bu hareketlerin, hukuki nedenlerden dolayı değerlendirmede birlik oluşturması suretiyle tek hareket olarak kabulüdür.** Bir kısım suçların işlenmesi sırasında doğal olarak birden fazla hareket yapılmakta ise de, ortaya konulan bu davranışlar, suçun kanuni tanımında yer alan hukuki anlamdaki tek bir fiili oluşturmaktadır. (Mahmut Koca-İlhan Üzülmüş, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016, s. 492) Örneğin; failin mağduru birden fazla yumruk vurmaya yaralamaya yaralamaya durumunda, failin birden fazla hareketi olmasına rağmen kastı bir kişiyi yaralamaya yönelik olduğundan ortada tek fiil ve neticesi ile birlikte tek suç vardır. **Ceza Genel Kurulu 26/06/2016 tarih, 2015/15-389; 2018/318;** Doğal anlamda gerçekleştirilen her bedensel eylem ayrı bir hareketi oluşturmakta ise de, hukuki manada hareketin tek olması ile ifade edilmek istenen husus, doğal anlamda birden fazla hareket bulunsa dahi, bu hareketlerin, hukuki nedenlerden dolayı değerlendirmede birlik oluşturması suretiyle tek hareket olarak kabulüdür. **Fikri içtimada da, fiil ya da hareketin tek olması, doğal anlamda değil hukuksal anlamda tekliği ifade etmektedir.** Bir kısım suçların işlenmesi sırasında doğal olarak birden fazla hareket yapılmakta ise de, ortaya konulan bu davranışlar, suçun kanuni tanımında yer alan hukuki anlamdaki tek bir fiili oluşturmaktadır. (Mahmut Koca-İlhan Üzülmüş, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016, s. 492)

Bu açıklamalar ışığında uyuşmazlık konusu değerlendirildiğinde; Sanık M... İpek'in 22.01.2009 tarihinde işlediği kasten öldürme suçunun yanında bu suçta kullandığı ruhsatsız ateşli silah nedeniyle 04.03.2009 tarihli iddianame ile 6136 sayılı Kanuna aykırılık suçundan da cezalandırılmasının talep edildiği, mahkemece sanığın kasten öldürme ve 6136 sayılı Kanuna aykırılık suçlarından cezalandırılmasına karar verilerek sanığın aynı gün üzerinde ele geçirilen ve emanete alınan bıçakla ilgili gereğinin yerine getirilmesi için Cumhuriyet Başsavcılığına suç duyurusunda bulunulduğu, yapılan soruşturmada söz konusu bıçağın 6136 sayılı Kanununun 4. maddesi kapsamında yasak niteliği haiz olduğunun tespit edilmesi üzerine, sanık hakkında 21.01.2013 tarihli iddianameyle yasak bıçak taşımak suçundan sulh ceza mahkemesine ayrı bir dava daha açıldığı, sanık hakkında ruhsatsız ateşli silah taşımak suçundan verilen mahkûmiyet hükmünün ise Özel Dairece onanmak suretiyle kesinleştiği anlaşılmaktadır.

Yerleşik Yargıtay içtihatlarına göre, bir adet ruhsatsız tabanca ve bir adet yasak bıçak ele geçirilmesi hâlinde, TCK'nun 44. maddesinde düzenlenen fikri içtima kuralı uyarınca en ağır cezayı gerektiren fiilden hüküm kurulmalı, buna göre de sadece 6136 sayılı Kanununun 13/1. maddesinde tanımlanan ruhsatsız tabanca taşımak suçundan dolayı ele geçirilen bıçak da dikkate alınarak alt sınırdan uzaklaşılacak suretiyle ceza tayin edilmelidir.

Bu durumda, kasten öldürme suçunu işleyen sanığın aynı gün üzerinde taşıdığı tabanca ve bıçakla ilgili olarak, İzmir Cumhuriyet Başsavcılığınca rapor alınıp 6136 sayılı Kanuna göre yasak niteliği haiz olduklarının anlaşılması durumunda, **hukuki anlamda**

TCK'nın 43. maddesinin 2. fıkrasında ve 44. maddelerinde birden çok suçun bir "fiil" ile işlenmesinden söz edildiği için "fiil tekliği-fiil çokluğu" başlığını kullanmış olmamıza rağmen, burada fiilden maksadın hareket olduğunu ve bu başlığın hareket tekliği-hareket çokluğu şeklinde anlaşılması gerektiğini belirtmeliyiz. Zincirleme suç ilişkisi hariç olmak üzere, bir içtima ilişkisinden söz edebilmek için hareketin tek olması gerekmekte olup, hareket gerçek anlamda birden fazla ise bir içtima ilişkisinden söz edilemeyeceğinden öncelikle içtimanın en önemli başlangıç noktası olan hareketin tekliği kavramından ne anlaşılması gerektiğinin ve bu noktada gerçek anlamda teklik hali dışında hareketin tek olduğunun varsayıldığı durumların ayrıca açıklanması gerekir.^{28, 29}

tek bir fiille 6136 sayılı Kanunun 13/1 ve 15/1. maddelerini ihlaleden sanık hakkında, TCK'nun 44. maddesinde düzenlenen fikri içtima hükümleri uyarınca en ağır cezayı gerektiren 6136 sayılı Kanunun 13/1. maddesine göre cezalandırılması ve tabanca ile bıçağın müsaderesine karar verilmesi istemiyle kamu davası açılması; bunun mümkün olmaması durumunda, kasten öldürme ve ruhsatsız tabanca taşımak suçlarından yargılama yapan mahkemece, emanette bulunan bıçakla ilgili rapor alınıp ayrı bir iddianame ile dava açılması sağlandıktan sonra, her iki kamu davasının birleştirilerek TCK'nun 44. maddesi delaletiyle sanığın en ağır cezayı gerektiren 6136 sayılı Kanunun 13/1. maddesi uyarınca alt sınırdan uzaklaşmak suretiyle cezalandırılması gerektiği hâlde; ruhsatsız silah taşımak suçundan verilen ve Özel Dairece onanarak kesinleşen ilk hükme yönelik aleyhe temyiz olmadığı da gözetildiğinde, hukuksal anlamda tek olan fiil nedeniyle sanık hakkında ayrı ayrı kamu davaları açılarak sanığın ayrı ayrı cezalandırılmasında isabet bulunmamaktadır.

Bu itibarla, **hukuksal anlamda tek bir fiil nedeniyle** açılan ikinci dava "mükerrer dava" niteliğinde olduğundan, haklı nedene dayanan Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının kabulüne, Özel Daire bozma kararının kaldırılmasına ve yerel mahkeme hükmünün, mükerrer açılan davanın 5271 sayılı CMK'nun 223/7. maddesi uyarınca reddi yerine, duruşmaya devamla hüküm kurulması isabetsizliğinden bozulmasına karar verilmelidir. **Ceza Genel Kurulu 29/05/2018 tarih, 2014/8-605; 2018/243**

- 28 DOĞAN Koray, Tehlike Suçu İle Zarar Suçu Arasındaki Suçların İçtimayı Sorunu, **TAAD**, Yıl:5, Sayı: 16(Ocak 2014), s.196
- 29 DOĞAN Koray, Tehlike Suçu İle Zarar Suçu Arasındaki Suçların İçtimayı Sorunu, **TAAD**, Yıl:5, Sayı: 16(Ocak 2014), s.197; *"Hareketin tekliği bahsinde açıklanması gereken belirleyici sorulardan birisi mütemadi suçlarla ani suçlar arasında hareketin tekliğinden söz edilip edilemeyeceğidir? Bu konuda baskın görüş, hareketin tekliğinden söz edilebileceği yönündedir. İlk suç tipinin tamamlanmasından sonra fakat bitmesinden önce bir diğerinin gerçekleştirilmesi halinde söz konusu olabilir ki bu durum mütemadi suçlar için de geçerlidir. Mütemadi suçun icrası (neticesi değil) temadi teşkil edecek kadar bir süre devam etmekle suç tamamlanır ancak temadi kesilinceye kadar sürer. Bu kapsamda mütemadi bir tehlike suçunun işlenmesi sırasında bu suçun tamamlanmasından fakat henüz temadinin kesilmesinden önce veya aynı anda başka bir zarar suçu işlenirse hareketin tekliğinden söz edilebilir. Suçun işlendiği anı esas aldığımızda mütemadi suç, temadinin kesildiği anda işlenmiş kabul edildiğinden tam o anda işlenen bir zarar suçuyla temadinin kesildiği ve iki suçun kısmen de olsa aynı anda işlendiği kabul edilebilir. Bunun yanında hazırlık hareketi neviden bazı hareketler veya amaç suç - araç suç ilişkisinde kısmi ayırlıktan söz edilemez. Failin mağdura cinsel saldırı suçunu işleyebilmek amacıyla onu kaçırmayı örneğinde olduğu gibi."*

Bu durumda, içtima türlerinin ayırımı bakımından ilk olarak ne zaman bir hareketin (hareket tekliğinin) bulunduğu belirlenmelidir. Hareket tekliği, doğal anlamda hareket tekliği ve hukuki anlamda hareket tekliği olmak üzere ikiye ayrılarak incelenmektedir³⁰.

B. Doğal Anlamda Hareket Tekliği

Doğal anlamda hareketin tekliği görüŖüne göre doğal anlamda hareket, ceza hukukunun önemli saydığı biçimde kiŖiliđin dıŖa vurulmasıdır. Burada verilen iradi kararın sonucu olarak gerçekteŖtirilen bedeni davranıŖların sayısı esas alınmaktadır. Suç oluŖturacak hareketlerin, davranıŖ anlamında birden fazla yapılması halinde hareketin tekliğini etkilemektedir.

Buna göre, hareket edenin iradesinden kaynaklanan her beden hareketi doğal anlamda bir hareketi oluŖturur. Doğal anlamda hareket tekse, bunun sebebiyet verdiği tipik neticelerin sayısı önemli değildir. Failin iradi olarak gerçekteŖtirdiđi her bir vücut hareketi tek fiil olup, bu nedenle iradi olarak gerçekteŖtirilen vücut hareketi sayısınca suç oluŖacaktır, ancak tabii anlamda hareket tek olduğunda suç tiplerinde gerçekteŖtirilen neticelerin çokluğu hareketin tekliğini kabule engel olmayacaktır.³¹ Örneğin bir mermiyle birden çok kiŖinin öldürülmesi veya tek sözle çok sayıda kiŖiye hakaret edilmesi halinde yalnızca bir hareket vardır. Bir hareketin ihlal ettiği hukuki değerlerin farklılık arz edip etmemesi de önemli değerdir. Örneğin fırlatılan bir taŖla vitrin camının kırılması ve içerideki kiŖinin yaralanması halinde de hareket tektir. Önemli olan tek hareketin aynı iradi faaliyet yoluyla gerçekteŖtirilmesidir. Bu nedenle doğal anlamda hareket hakkındaki hüküm daima iradi faaliyetin tekliğine göre verilir. Dolayısıyla çeŖitli kiŖilere yönelik olarak birden fazla ateŖ açılması durumunda, birden çok iradi faaliyetin ve dolayısıyla doğal anlamda birden çok hareketin bulunduğu kabul edilecektir. Birden çok hareketin eŖ zamanlı olarak gerçekteŖtirilmesi önemli değerdir. Örneğin kiŖi sağ ve sol eliyle aynı zamanda aynı kiŖiye veya farklı kiŖiye ateŖ etse veya farklı eŖyaları alsa, tabii anlamda iki hareket vardır.³²

Doğal anlamda hareket tekliği görüŖüne göre fiilin tekliği, verilen iradi karar sonucu gerçekteŖtirilen vücut hareketlerinin sayısına göre

30 KOCA, Fikri İçtima, s. 202 vd.

31 ARTUK Mehmet Emin/ GÖKCEN Ahmeti 11. Bası, Adalet, 2017, s.728

32 KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan, 10.Bası, s.502



belirlenmesi gerektiğinden, failin iradi olarak gerçekleştirdiği her bir vücut hareketi tek fiil olup, iradi olarak gerçekleştirilen vücut hareketi sayısınca suç vardır. Tabii anlamda hareket tek olduğunda suç tiplerinde gerçekleştirilen neticelerin çokluğu hareketin tekliğini kabule engel olmadığından hasmını öldürmek isteyen failin sıkığı tek merminin, hasmına isabet ederek onun ölümüne, yanındaki arabanın camının kırılmasına sebep olduğu hallerde dahi hareket tek sayılacaktır.³³

Zamansal ve mekânsal olarak bütünlük gösteren birden fazla hareket doğal anlamda tek sayılmalıdır. Bu şekilde gerçekleştirilen hareketlerin tek suç sayılmasının temel koşulu hareketlerin aynı hukuki menfaati ihlal etmesi ve aynı mağdura yönelmiş olmasıdır.³⁴ Hareketin doğal tekliğinde fail bir amaç doğrultusunda dar bir zamansal ve mekânsal birliktelik içinde birden fazla benzer nitelikte hareket gerçekleştirir. Burada da birden fazla hareket olmasına rağmen fail tek suç işlemiş olarak kabul edilir.³⁵

C. Hukuki Anlamda Hareket Tekliği

1. Genel Olarak

Doğal anlamda birden fazla hareketin, hukuki nedenlerden dolayı değerlendirmede birlik oluşturduğu hallerde, tek hareketin varlığını kabul etmek gerekirken olup bu duruma hukuki anlamda hareketin tekliği denilmektedir. Failin gerçekleştirdiği hareketler hukuki bir bakış açısı ile değerlendirilmeli, doğal anlamda birden fazla hareket, hukuki yönden değerlendirildiğinde bir bütün oluşturmakta ise tek fiil olarak kabul edilmelidir.³⁶ Doğal anlamda hareketin tek olduğu hallerde, hukuki bakımdan da hareket her zaman tektir. Bununla birlikte doğal anlamda birden çok hareketin bulunduğu hallerde her durumda hukuki bakımdan da hareketin çok olduğunun kabulü doğru değildir.³⁷ Bazen doğal anlamda birden çok hareket bulunmasına karşın, hukuki anlamda

33 ARTUK Mehmet Emin/ GÖKCEN Ahmet, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 11. Bası, Adalet, 2017, s.728; *"Ancak hasmını yaralamak isteyen failin birden fazla tokat atması veya bir veya birden fazla tokat atmakla birlikte, bir veya birden fazla tekme atması durumunda, iradi karara dayanan her bir tokat ya da tekme atma hareketi ayrı bir fiil teşkil edecektir."*

34 ÖZBEK Veli Özer/KANBÜR Mehmet Nihat/DOĞAN Koray/BACAKSIZ Pınar/TEPE İlker, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 8. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara (2017), sh. 532

35 DOĞAN Koray, *Tehlike Suçu İle Zarar Suçu Arasındaki Suçların İçtimaı Sorunu*, TAAD, Yıl:5, Sayı: 16(Ocak 2014), s.196-197

36 ARTUK Mehmet Emin/ GÖKCEN Ahmet, 11. Bası, Adalet, 2017, s.728

37 KOCA Mahmut/ÜZÜLMEZ İlhan, 10.Bası, s.502

hareketin tekliğinin kabulü gerekmektedir. Bir suçun kanuni tarifinde, birden fazla hareket tek hareket gibi sayılmışsa, burada hukuki anlamda tek hareket vardır.

Hukuki manada hareketin tek olması ile anlatılmak istenen husus doğal anlamda gerçekleştirilen her bedensel eylem ayrı bir hareketi oluştursa, yani doğal anlamda birden fazla hareket bulunsun da bunların hukuki nedenlerden dolayı değerlendirmede birlik oluşturması suretiyle tek hareket olarak kabul edilmesidir.³⁸ Tipik hareket tekliği (normatif teklik) ve doğal hareket tekliği durumlarında doğal anlamda birden fazla hareket bulunmasına karşın hukuki anlamda tek hareket bulunmaktadır.^{39, 40} Burada kanun koyucu birçok harekete bir sonuç bağlayarak, kanuni tip olarak belirlemiştir. Örneğin yağma suçunda, cebir veya tehdit kullanılması ile malın alınması hareketleri farklı olmasına karşın, kanun koyucu bunları birleştirerek tek suç sayma yolunu benimsemiştir. Bu durumda doğal anlamda hareket birden fazla olmasına karşın, hukuki anlamda tek hareket mevcuttur. Yine suçun işlenebilmesi için, doğal anlamda tek hareket yeterli olmasına karşın, aralıksız olarak bu hareketlerin birden fazla defa gerçekleştirilmesi durumunda da, doğal anlamda birden çok davranış olmasına karşın hukuki anlamda hareketin tekliği söz konusudur. Örneğin, birden fazla bıçak darbesiyle yaralama

38 ARTUK Mehmet Emin/ GÖKCEN Ahmet, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, Adalet, 2017, s.729; *"Hukuki anlamda hareket tekliği görüşüne göre, iki durumda, doğal anlamda birden fazla hareket bulunmasına karşın hukuki anlamda tek bir fiilin varlığı kabul edilmektedir. Bunlar; doğal fiil tekliği ve tipik hareket tekliğidir."*

39 KOCA Mahmut/ÜZÜLMEZ İlhan Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10. Baskı, s.502; AKBULUT Berrin, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 661-662

40 Sanığın, Silivri Belediyesi sınırları içerisinde, mülkiyeti Maliye Hazinesine ait 3 pafta 268 parsel sayılı taşınmaz üzerinde ruhsatsız olarak iki ayrı bina yaptığı tek yapı tatil tutanağı ile tespit edilen olayda; atılı imar kirliliğine neden olma suçunun oluşması bakımından sanığın tek bina yapması yeterli ise de; tek parsel üzerinde inşa edilen binaların aynı suç işleme kararı altında ve aynı türdeki davranış şekli ile gerçekleştirilmesi, 30.04.2009 tarihli tek yapı tatil tutanağı ile belirlenen binaların farklı zamanlarda gerçekleştirildiğine ilişkin dosya içerisinde herhangi bir tespitin yer almaması ve zaman mekân yönünden aralarında sıkı bir ilişki olan bu eylemlerin birbirine bağlı tek hareket olarak görüleceğinde kuşku bulunmaması karşısında, eylemlerinin tek imar kirliliğine neden olma suçunu oluşturacağı ancak üretilen inşaat miktarının çok fazla oluşunun temel cezanın belirlenmesi sırasında göz önüne alınması gerektiği kabul edilmelidir.

Bu itibarla, haklı nedene dayanan itirazın kabulü ile Özel Daire onama kararının kaldırılmasına ve yerel mahkeme hükmünün bozulmasına karar verilmelidir. **Ceza Genel Kurulu 19/12/2017 gün ve 2014/4-268; 2017/561**

suçunun gerçekleştirilmesi halinde, her vuruş doğal anlamda bir hareket olduğu halde, hukuki anlamda bu hareketlerin tamamı bir hareket sayılır.^{41, 42, 43}

41 KOCA, Fikri İctima, sh. 206-207

42 Doğal anlamda gerçekleştirilen her bedensel eylem ayrı bir hareketi oluşturmakta ise de, hukuki anlamda hareketin tek olması ile ifade edilmek istenen husus, doğal anlamda birden fazla hareket bulunsa dahi, bu hareketlerin, hukuki nedenlerden dolayı değerlendirmede birlik oluşturması suretiyle tek hareket olarak kabulüdür. Fikri içtimada da, fiil ya da hareketin tek olması, doğal anlamda değil hukuksal anlamda teklifi ifade etmektedir. Bir kısım suçların işlenmesi sırasında doğal olarak birden fazla hareket yapılmakta ise de, ortaya konulan bu davranışlar suçun kanuni tanımında yer alan hukuki anlamdaki "tek bir fiili" oluşturmaktadır. (Mahmut Koca-İlhan Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, 6. Bası, Ankara, 2013, s.484 ve 495) Örneğin, failin mağduru birden fazla yumruk vurmak suretiyle yaralaması durumunda, failin birden fazla hareketi olmasına rağmen kastı bir kişiyi yaralamaya yönelik olduğundan ortada tek fiil ve neticesi ile birlikte tek suç vardır. **Ceza Genel Kurulu 31/01/2017 gün ve 2014/1-840; 2017/35; Bu bağlamda, "tek fiil" veya "bir fiil" den ne anlaşılması gerektiğinin de değerlendirilmesi gerekmektedir.** Doğal anlamda gerçekleştirilen her bedeni hareket ayrı bir hareketi oluşturmakta ise de, hukuki anlamda hareketin tek olması ile ifade edilmek istenen husus, doğal anlamda birden fazla hareket bulunsa dahi, bu hareketlerin, hukuki nedenlerden dolayı değerlendirmede birlik oluşturması suretiyle tek hareket olarak kabulüdür. Fikri içtimada da, fiil ya da hareketin tek olması, doğal anlamda değil hukuksal anlamda teklifi ifade etmektedir. Bir kısım suçların işlenmesi sırasında doğal olarak birden fazla hareket yapılmakta ise de, ortaya konulan bu davranışlar suçun kanuni tanımında yer alan hukuki anlamdaki "tek bir fiili" oluşturmaktadır. (Mahmut Koca-İlhan Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Bası, Ankara, 2013, s.484 ve 495) 5237 sayılı TCK'nun genel hükümleri arasında yer alan fikri içtima kuralları, şartlarının bulunması halinde kural olarak her suç için uygulanabilir ise de, kanun koyucunun açıkça istisna öngördüğü hallerde bu kuralın uygulanması imkânı bulunmamaktadır. Nitekim 5237 sayılı TCK'nun 212. maddesinde, sahte resmi veya özel belgenin bir başka suçun işlenmesi sırasında kullanılması halinde, hem sahtecilik hem de ilgili suçtan dolayı ayrı ayrı cezaya hükmolunacağı belirtilerek, açıkça farklı neviden fikri içtima hükümlerinin uygulanması engellenmiştir. Bu anlatımlara göre, farklı neviden fikri içtimanın şartları, hareket ya da fiilin hukuki anlamda tek olması, tek fiille birden fazla farklı suçun işlenmiş olması, işlenen suçlarla ilgili kanunda açıkça fikri içtima hükümlerinin uygulanmasının engellenmemiş olması şeklinde belirlenebilecektir. Görüldüğü gibi, kanuni istisnalar dışında, hukuki anlamda tek bir fiille birden fazla farklı suçun işlenmesi halinde, bu suçlardan en ağır cezayı gerektirenin cezasına hükmolunması kanun gereği olup, suçların olası kastla veya doğrudan kastla işlenmiş olması da varılan bu sonucu değiştirmeyecektir. Öte yandan, 5237 sayılı TCK'nun 151. maddesinde düzenlenen mala zarar verme suçunda da, fikri içtima uygulaması açısından herhangi bir istisna getirilmemiştir. Bu açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde; **Yerden aldığı parke taşını katılanın arabasının arka camına doğru atan sanığın eylemi sonucunda, camın kırılmasına ve içeri düşen taşın arabanın ön koltuğunda oturan mağdurun kafasına isabet ederek yaralanmasına neden olduğu somut olayda, sanığın katılanın arabasına taş atması eyleminin tek fiil olduğu ve bu suretle, tek olan eylem sonucunda hem katılana karşı mala zarar verme suçunun, hem de mağdura karşı yaralama suçunun meydana geldiği sabit olup bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren sanık hakkında 5237 sayılı TCK'nun 44. maddesinin uygulanması ve meydana gelen suçların en ağırından ceza verilmesi gerekmektedir.**Bu itibarla, sanığın mala zarar verme ve yaralama suçlarından ayrı ayrı mahkumiyetine ilişkin yerel mahkeme hükmünün Özel Daire tarafından, sanığın durumunun TCK'nun 44. Maddesi uyarınca farklı neviden fikri içtima hükümleri kapsamında değerlendirilmesi gerektiği gerekçesiyle bevilmesine karar verilmesinde bir isabetsizlik bulunmadığından, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının reddine karar verilmelidir. **Ceza Genel Kurulu 16/09/2014 gün ve 2013/9-431; 2014/377**

43 Doğal anlamda gerçekleştirilen her bedensel eylem ayrı bir hareketi oluşturmakta ise de, hukuki manada hareketin tek olması ile ifade edilmek istenen husus, doğal

Zaman ve mekân yönünden aralarında sıkı bir ilişki olan birbirini takip eden eylemlerin birbirine bağlı tek hareket olarak değerlendirilmesi, tek suç işleme iradesi ile ve aynı olayın devamı niteliğindeki eylemlerinde bu kapsamda görüleceği izahtan varestedir.⁴⁴

anlamda birden fazla hareket bulursa dahi, bu hareketlerin, hukuki nedenlerden dolayı değerlendirmede birlik oluşturması suretiyle tek hareket olarak kabulüdür. Fikri içtimada da, fiil ya da hareketin tek olması, doğal anlamda değil hukuksal anlamda tekliği ifade etmektedir. Bir kısım suçların işlenmesi sırasında doğal olarak birden fazla hareket yapılmakta ise de, ortaya konulan bu davranışlar, suçun kanuni tanımında yer alan hukuki anlamdaki tek bir fiili oluşturmaktadır. (Mahmut Koca-İlhan Üzülmüş, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016, s. 492) Örneğin; failin mağduru birden fazla yumruk vurmak suretiyle yaralaması durumunda, failin birden fazla hareketi olmasına rağmen kastı bir kişiyi yaralamaya yönelik olduğundan ortada tek fiil ve neticesi ile birlikte tek suç vardır. **Ceza Genel Kurulu 21/03/2017 gün ve 2016/13-292; 2017/164**

- 44 Sanık İrfan ve inceleme dışı sanıkların alkollü şekilde araç kullanması nedeniyle haklarında yasal işlem yapılmak üzere görevlilerce karakola getirildikleri, sanık ve inceleme dışı sanıklar hakkında tutanak düzenlenirken sanığın şikâyetçi Kemal'i iterek "Sen bu işlemi nasıl yaparsın, ben ajanım ajan" dediği, bunun üzerine sanığın polis memurları tarafından karakol binası dışına çıkarıldığı, şikâyetçinin karakolun giriş kapısına giderek dışarıda bulunan inceleme dışı sanık Fazıl'ı çağırdığı, bu esnada sanığın da karakola girip, şikâyetçinin üzerine doğru yürüyerek "Seni dava edeceğim, sen göreceksin" şeklinde sözler söylediği, yeniden dışarıya çıkarılan sanığın bu kez karakolun dış kapısı önünde "A..., y... sokayım, senin var ya, senin ecdadının a..., y... Sokayım" diyerek şikâyetçiye hakaret ettiği, sonrasında karakolun bahçe kapısı duvarı üzerinde bulunan demir muhafazalı aydınlatma lambasını eliyle vurup kırdığı olayda; sanığın, şikâyetçiye yönelik birden fazla kez hakaret içeren **sözlerinin aynı yerde ve çok kısa zaman aralığı içerisinde söylemesi karşısında; hukuki anlamda bütünlük arz eden eylemlerinin tek bir suç oluşturduğu** ve hakkında TCK'nun 43. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen zincirleme suç hükümlerinin uygulanma şartlarının bulunmadığı kabul edilmelidir. **Ceza Genel Kurulu 26/06/20018 tarih ve 2015/15-389; 2018/318; Sanığın, Silivri Belediyesi sınırları içerisinde, mülkiyeti Maliye Hazinesine ait 3 pafta 268 parsel sayılı taşınmaz üzerinde ruhsatsız olarak iki ayrı bina yaptığı tek yapı tatil tutanağı ile tespit edilen olayda; atılı imar kirliliğine neden olma suçunun oluşması bakımından sanığın tek bina yapması yeterli ise de; tek parsel üzerinde inşa edilen binaların aynı suç işleme kararı altında ve aynı türdeki davranış şekli ile gerçekleştirilmesi, 30.04.2009 tarihli tek yapı tatil tutanağı ile belirlenen binaların farklı zamanlarda gerçekleştirildiğine ilişkin dosya içerisinde herhangi bir tespitin yer alması ve zaman mekân yönünden aralarında sıkı bir ilişki olan bu eylemlerin birbirine bağlı tek hareket olarak görüleceğinde kuşku bulunmaması karşısında, eylemlerinin tek imar kirliliğine neden olma suçunu oluşturacağı ancak üretilen inşaat miktarının çok fazla oluşunun temel cezanın belirlenmesi sırasında göz önüne alınması gerektiği kabul edilmelidir. **Ceza Genel Kurulu 19/12/2017 tarih ve 2014/4-268; 2017/561; Sanığın, şikâyetçiye yönelik silahla tehdit eyleminin akabinde, olay yerinden ayrıldıktan 20-25 dakika sonra bu sefer şikâyetçinin cep telefonunu arayarak kendisine ölümle tehditte bulunması karşısında, eylemlerin aynı gün içerisinde, kısa aralıklarla, tek suç işleme iradesi ile ve aynı olayın devamı şeklinde gerçekleşmesi nedeniyle, zincirleme suç hükümlerinin olayda uygulama yeri olmadığı gözetilmeden, sanığın cezasından, TCK'nın 43/1. maddesine göre artırım yapılması, Y.4.CD. 25/02/2019, 2014/39977-2019/2810****



Suç tipinin birden fazla hareketle ihlal edilebilir olması, bu doğal hareketler hukuken tek kabul edileceğinden, hareketin hukuki anlamda tekliğini etkilemeyecektir. Fikri içtimada tek olması aranan, iradi karara dayanan hareketin tek olması değil, doğal olarak vücut hareketleri birden fazla olsa dahi, söz konusu suç tipinin ihlali bakımından yapılmış olan hareketler yine de tek hareket kavramı içinde mütalaa edileceğinden, fikri içtima uygulamasında fiilin tekliği belirlenirken, hukuki anlamda hareket tekliği anlayışının benimsenmesi yerinde olacaktır.⁴⁵

Hukuki anlamda hareket tekliği görüşüne göre, iki durumda, doğal anlamda birden fazla hareket bulunmasına karşın hukuki anlamda tek fiilin varlığı kabul edilmektedir. Bunlar; doğal fiil tekliği ve tipik hareket tekliğidir.⁴⁶

2. Tipik Hareket Tekliği

Tipik hareket tekliğinde, doğal anlamda birden fazla hareket, suçun kanuni tanımında ortak bir hukuki değerlendirmeye tabi tutulmak suretiyle tek fiil şeklinde birbirine bağlanmaktadır⁴⁷. Burada önemli olan, suç tipinde yer alan fiilin tanımlanma şekli olup, birden fazla hareket tek fiil olmaya elverişli bir şekilde formüle edilmişse, doğal anlamda birden fazla hareket bulursa dahi hukuki anlamda tek fiil olduğu kabul edilmelidir.⁴⁸ Tipik hareket tekliğini, bir suçun kanuni tanımında birden fazla hareketin tek hareket olarak birbiriyle bağlanmış olması şeklinde ifade etmek de mümkündür. Bunun klasik örneklerini çok hareketli suçlar, bileşik suçlar, mütemadi (kesintisiz) suçlar ve seçimlik hareketli suçlar oluşturmaktadır.⁴⁹

Çok hareketli suçlarda, doğal anlamda birden fazla hareket bulunmasına rağmen suçun kanuni tarifinde bu hareketler ortak bir değerlendirmeye tabi tutularak tek fiil olarak kabul edilmiştir. Örneğin çok hareketli bir suç olan özel belgede sahtecilikte suçun oluşumu bakımından özel belgenin sahte olarak düzenlenmesinin yanı sıra bu belgenin kullanılması da aranmıştır. Böylelikle çok hareketli suçlarda suçun oluşumu bakımından birbirini izler şekilde birden çok hareketin icrası gerekli görülmüştür. Ancak bu hareketler bir bütün halinde özel belgede sahtecilikten söz

45 ARTUK Mehmet Emin/ GÖKCEN Ahmet, 11. Bası, Adalet, 2017, s.731

46 ARTUK Mehmet Emin/ GÖKCEN Ahmet, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Bası, Adalet, 2017, s.729

47 İÇEL, Suçların İçtimaı, s. 30; GÖKTÜRK, Fikri İçtima, s. 130., MERKİ Duygu, **Bileşik Suç**, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2009, s.25

48 ARTUK Mehmet Emin/ GÖKCEN Ahmet, 11. Bası, 2017, s.731

49 KOCA Mahmut/ ÜZÜLMEZ İlhan, 10. Bası, s.502

edilebilmesi için icra edilmesi gereken fiil olarak tanımlanmıştır.⁵⁰ Aynı şekilde yağma suçunda (m. 148), cebir veya tehdit ile malın alınması şeklinde doğal anlamda iki hareket bulunmasına rağmen, suçun kanuni tanımında bu hareketler ortak bir değerlendirmeye tabi tutularak tek fiil kabul edilmiştir. Kısacası yağma suçunu oluşturan birden çok hareket, hukuki olarak tek fiili oluşturmaktadır.^{51, 52} Çok hareketli bir suç olan yağma suçu aynı zamanda bileşik bir suçtur. Bu yüzden TCK'nın 42. maddesinde, bileşik suçun tek fiil sayılan suç olduğu belirtilmiştir.

Mütemadi suçlarda da doğal anlamda çeşitli hareketler kanuni tip tarafından birleştirilmiş ve tek hareket olarak değerlendirilmiştir⁵³. Mütemadi suçlarda hareketin çokluğu, hukuka aykırılığın ortaya çıkması ve sürmesi bakımından kavramsal bir zorunluluktur. Bu tür suçlarda da hareket tipik anlamda tektir.^{54, 55} Örneğin kişiyi hürriyetinden yoksun

50 ARTUK Mehmet Emin/ GÖKCEN Ahmet, 11. Bası, 2017, s.731

51 KOCA Mahmut/ÜZÜLMEZ İlhan, 10. Bası, s.503

52 DOĞAN Koray, Tehlike Suçu İle Zarar Suçu Arasındaki Suçların İçtimai Sorunu, TAAD, Yıl:5, Sayı: 16(Ocak 2014), s.196; "Hareketin hukuki tekliğinde ise suçun tipe uygunluk unsuru kanundaki düzenleme gereği birden fazla hareketi bünyesinde barındırır. Örneğin; yağma suçunda (m.148) cebir veya tehdit kullanmak suretiyle mağdurun eşyasının alınması ya da kişilerin huzur ve sükununu bozma suçunda (m.123) failin ısrarla mağduru rahatsız edici hareketleri tekrarlaması gerekir. Her iki durumda da hareket birden fazla olsa da bu bir yasal zorunluluk olduğundan tek bir suç işlenmiş kabul edilir."

53 İÇEL, Suçların İçtimai, s. 30.

54 Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun temadi eden suçlardan olup mağdureye yönelik alıkoyma eyleminde fiili veya hukuki kesintinin gerçekleşmemesi karşısında suçun zincirleme şekilde işlenmediği gözetilmeden, sanık hakkında münset suçtan kurulan hükümde 5237 sayılı TCK'nın 43/1. maddesinin tatbiki suretiyle fazla ceza tayini, **14.CD., 12/03/2018; 682/1762**; Suça sürüklenen çocuk Murat T.....'un TCK'nın 315. maddesinde tanımlanan silahlı terör örgütüne vermek üzere el yapımı bombaları depolamak suretiyle bulundurmak şeklindeki eyleminin temadi eden suçlardan olduğu, üç farklı zamanda üretildiği tespit edilemeyen el yapımı patlayıcıların bulundurulması hukuki ve fiili kesinti gerçekleşinceye kadar eylemlerin tek suç oluşturacağı, patlayıcı maddelerin miktarının fazlalığı veya birden fazla nakledilmesi halinde bu durumun TCK'nın 61. maddesi uyarınca cezanın belirlenmesinde dikkate alınması gerektiği gözetilmeden, suça sürüklenen çocuğun temadi eden ve tek suç oluşturan eylemleri nedeniyle birden çok suçun gerçekleştiği kabul edilerek zincirleme suç hükümlerinin uygulanması, **16.CD., 11/07/2017; 1518/4832**

55 DOĞAN Koray, Tehlike Suçu İle Zarar Suçu Arasındaki Suçların İçtimai Sorunu, TAAD, Yıl:5, Sayı: 16 (Ocak 2014), s.197; "Hareketin tekliği bahsinde açıklanması gereken belirleyici sorulardan birisi mütemadi suçlarla ani suçların arasında hareketin tekliğinden söz edilip edilemeyeceğidir? Bu konuda baskın görüş, hareketin tekliğinden söz edilebileceği yönündedir. İlk suç tipinin tamamlanmasından sonra fakat bitmesinden önce bir diğerinin gerçekleştirilmesi halinde söz konusu olabilir ki bu durum mütemadi suçlar için de geçerlidir. Mütemadi suçun icrası (neticesi değil) temadi teşkil edecek kadar bir süre devam etmekle suç tamamlanır ancak temadi kesilinceye kadar sürer. Bu kapsamda mütemadi bir tehlike suçunun işlenmesi sırasında bu suçun tamamlanmasından fakat henüz temadinin kesilmesinden önce veya aynı anda başka bir zarar suçu işlenirse hareketin tekliğinden söz edilebilir. Suçun işlendiği anı esas aldığımızda



kılma⁵⁶, suç işlemek amacıyla kurulmuş örgüte üye olma⁵⁷ suçlarında olduğu gibi.⁵⁸ Kesintisiz suçlarda devam eden netice değil, hareketin icrasındır. Netice devam etmez, bir kez gerçekleşir ve artık bir durum ortaya çıkmıştır. Bu nedenle Yargıtay'ca kesintisiz suç niteliğinde olan kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun icrasının devamı sırasında önce mağdurlardan ikisini, daha sonra birini bıraktığı, son olarak da mağduru yanında tutarak ormanlık alana götürdüğü eyleminde, failin aynı nev'iden fikrî içtima niteliğindeki suçu işlemeye başladıktan sonra icranın

mütemadi suç, temadinin kesildiği anda işlenmiş kabul edildiğinden tam o anda işlenen bir zarar suçuyla temadinin kesildiği ve iki suçun kısmen de olsa aynı anda işlendiği kabul edilebilir. Bunun yanında hazırlık hareketin eviden bazı hareketler veya amaç suç - araç suç ilişkisinde kısmi ayrılmaktan söz edilemez. Failin mağdura cinsel saldırı suçunu işleyebilmek amacıyla onu kaçırmaması örneğinde olduğu gibi."

- 56 Tüm dosya içeriğine göre sanık ile suç tarihinde 15 yaşını tamamlamayan mağdurenin buluştuktan sonra gittikleri evde on beş gün süre ile birlikte kaldıkları anlaşıldığından müsnet **kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun temadi ettiği** gözetilmeden, koşulları oluşmadığı halde zincirleme suça ilişkin TCK'nun 43. maddesi ile arttırılması suretiyle fazla ceza tayini, **Y.14.CD. 05/02/2019, 2018/7058-2019/682**
- 57 Sanıkların işlemiş olduğu suç işlemek amacıyla örgüt kurma ve üye olma suçunun temadi eden suçlardan olduğu, iddianame tanzimi ile hukuki kesintinin oluşacağı eylemlerinin tek bir suç teşkil edeceği, TCK'nun 43. maddesinde düzenlenen zincirleme suç hükümlerinin uygulanma olanağı bulunmadığı gözetilmeden, zincirleme suç oluşturduğu kabul edilerek temel cezada TCK'nun 43/1. maddesi uyarınca artırım yapılması suretiyle fazla ceza tayini, **16.CD., 07/03/2017; 6443/995**
- 58 Türk Ceza Hukuku sisteminde düzenlenen suçların yasa metinlerinde yer alan tanımlarında, dış alemde işlenen fiilin model veya tipi tarif edilmektedir. Bir suçun söz konusu olması için, işlenen fiilin kanunî tarife uygun olması gerekmektedir. Suçun maddî unsurlarını ise, "hareket (fiil)" ve "netice" oluşturur. Bazen Kanun, suçları tarif ederken, sadece neticeyi gösterir ve bu neticenin gerçekleştirilmesini yasaklar veya emreder. Bazen de kanunî tipte, neticeden başka hareket de tarif edilir ve bu takdirde neticenin, tarif edilen hareketle meydana getirilmesi hâlinde, tarife uygun bir fiil işlenmiş olur. **Kanun maddelerinde tarif edilen ve suç teşkil ettiği öngörülen fiilin; niteliği, anlamı, yapısı ve mahiyeti itibarıyla, süreli veya süresiz devamlılık arz eden bir özelliğinin bulunması hâlinde, "devamlı suçun" varlığından söz etmek gerekecektir.** Doktrinde çoğunluk görüşü olarak benimsendiği ve uygulamada da kabul edildiği üzere; Hareketten doğan netice, bazen belirli bir süre devam eder; işte neticenin devam etmeyip derhâl sona erdiği suçlara "anî" suçlar, neticenin devam ettiği suçlara ise "mütemadi, kesintisiz suçlar" denir. Bununla beraber, mütemadî bir suçun varlığı için suçtan doğan hukuka aykırı durumun, yani suçun eserinin bir süre devam etmesi yeterli değildir. Gerçekten, suçtan doğan hukuka aykırı durumun devam edip etmemesi, bu durumun ilk olarak çıktığı anda tamamlanmış, bitmiş olan suça yeni bir şey eklemeyip ve anî bir suçun mütemadî sayılmasını gerektirmez; **mütemadi suçta devam eden, derhâl sona ermeyen şey neticenin kendisidir ve bu netice devam ettikçe suç da işlenmektedir.** Bu esastan çıkan sonuç şu olmalıdır ki mütemadi suçlar ne neticenin ilk gerçekleştiği anda, ne de temadinin sona erdiği anda değil, belki temadinin başlaması ile bitmesi arasında geçen süre içinde, yani mütemadî suçun hukukî konusunu teşkil eden hak ve menfaatin ihlâline devam edildiği sürece icra edilmiş olurlar. (As.Yrg.D.K.K, 08/02/2007, E.2007/4, K.2007/4) **Y.19.CD. 11/02/2019, 2018/8071-2019/4137**

devamı sırasında mağdurlardan bazılarını serbest bırakmasının, anılan suçun niteliğini değiştirerek bu suçla ilgili gerçek içtima hükümlerinin uygulanmasına yol açmayacağı kabul edilmiştir.⁵⁹

Kanun koyucu, bazen, çok uzun süren davranışları tek suç olarak kabul edebilir. Eziyet⁶⁰ ve işkence gibi suçlar bir bütün oluşturan tipik

59 Oluş ve kabule göre, suç tarihinde sanık O.....'ın, hakkında atılı suçtan kurulan hükümlerin açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen sanık K.....'la görüşüp mağdure G.....'yi kaçıracağını söyleyerek kendisine yardım etmesini istemesinin ardından olay günü sanıkların mağdureler G....., F..... ve M..... Z.....'nin içinde bulunduğu mağdur Z.....'in idaresindeki yolcu minibüsünün K..... köyüne geldiğinde K.....'ın binmek için işaret etmesi üzerine durduğu sırada arka tarafta saklanan O.....'ın K.....'ın peşinden araca binip belinden çıkardığı babasına ait taşıma ruhsatlı silahı mağdur Z.....'e doğrultarak aracı T..... Beldesi E..... Yaylasına götürmesini istediği, Z.....'in silahtan korkarak aracı O.....'ın söylediği yere yönlendirdiği, araçta mağdureler dışında yolcu bulunmadığı, O.....'ın T..... beldesi yakınında F..... ve M..... Z.....'yi araçtan indirdiği ve bir süre gittikten sonra O.....'ın, Z.....'den aracı durdurmasını istediği, bu arada mağdure G.....'yi zorla araçtan indirdiği, şoförü aracıyla bırakıp K..... ve G..... ile beraber ormana doğru yürümeye başladığı, K.....'ın ayrılmasının ardından O.....'ın mağdure G.....'ye "buradan ya ölümünüz gider ya da anlaşarak gideriz" demek suretiyle tehdit edip kolundan tutarak götürdüğü yerde mağdureyi iknaya çalışırken bırakılan mağdurların haber verdiği jandarma personeline gerçekleştirilen arama neticesinde O.....'ın silahıyla birlikte yakalanıp G.....'nin kurtarıldığı tüm dosya kapsamında anlaşılmalıdır,

Dosya içeriğine göre yapılan değerlendirmede sanık O.....'ın kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu, **tek bir fiille** mağdurlar Z....., M..... Z....., F..... ve G.....'ye **karşı işlemeye başladığından sonra, kesintisiz suç niteliğinde olan bu suçun icrasının devamı sırasında önce mağdurlardan ikisini, daha sonra birini bıraktığı**, son olarak da mağdure G.....'yi yanında tutarak ormanlık alana götürdüğü, mevcut haliyle **sanığın aynı nev'iden fikrî içtima niteliğindeki suçu işlemeye başladıktan sonra icranın devamı sırasında mağdurlardan bazılarını serbest bırakmasının, anılan suçun niteliğini değiştirerek bu suçla ilgili gerçek içtima hükümlerinin uygulanmasına yol açmayacağı** gözetilmeden adları geçen mağdurlara yönelik işlenen kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan dolayı sanığın eylemine uyan TCK'nın 109/2-3a-f-5,43/1-2. maddeleri gereğince cezalandırılması yerine mağdurlar Z....., F..... ile M..... Z.....>ya yönelik eylemlerin ayrıca müstakil suç olduğu kabul edilip yazılı şekilde mağdure G.....>ye karşı işlenen suç ile diğer mağdurlara karşı işlenen suçtan dolayı ayrı ayrı mahkûmiyetine karar verilmesi, **Y.14.CD. 10/12/2014, 2013/4180-2014/14098**

60 TCK'nun 96/1. maddesinde "bir kimsenin eziyet çekmesine yol açacak davranışları gerçekleştiren kişi..." ibaresi yer almakta; yasada eziyet kabul edilen eylemler tanımlanmamaktadır. Madde gerekçesinde ise "eziyet olarak, bir kişiye karşı insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, aşağılanmasına yol açacak davranışlarda bulunulması gerekir. Aslında bu fiiller de kasten yaralama, hakaret, tehdit, cinsel taciz niteliği taşıyabilirler. **Ancak, bu fiiller, ani olarak değil, sistematik bir şekilde ve belli bir süre içinde işlenmektedirler. Bir süre içinde süreklilik arzeder bir tarzda işlenen eziyetin özelliği, işkence gibi, kişinin psikolojisi ve ruh sağlığı üzerindeki tahrip edici etkilerinin olmasıdır.** Bu etkilerin uzun bir süre ve hatta hayat boyu devam etmesi, eziyetin bu kapsamda işlenen fiillere nazaran daha ağır ceza yaptırımı altına alınmasını gerektirmiştir." denilmektedir.

Somut olayda, sanığın sistematik ve süreklilik arz edecek biçimde olmayan ancak; merhamet, acıma ve şefkatle bağdaşmayacak şekilde, öz oğlu olan yaşı küçük mağduru



faaliyetlerin gerçekleştirilmesini gerektirmektedir. Örneğin işkence suçu “bir kişiye karşı insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanmasına yol açacak davranışlar”ın sistematik olarak işlenmesini gerektirmektedir.⁶¹Görüldüğü gibi kanuni tanımda suçun oluşması için niteliği tanımda belirtilen davranışların bulunması aranmaktadır⁶². Dolayısıyla kişilerin aşağılanmasına yol açan tek davranış bu suç

bir sefere mahsus çınlıçplak soyarak üzerine soğuk su döküp ıslak vaziyette bekletmesi şeklindeki eyleminin TCK.nun 232/2. madde ve fıkrasında düzenlenen kötü muamele suçunu oluşturduğu gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması, **Y.8.CD., 25/02/2019; 2018/11874-2019/2586; 5237 sayılı TCK.nun 96/1. maddesinde** “bir kimsenin eziyet çekmesine yol açacak davranışları gerçekleştiren kişi...” ibaresi yer almakta; yasada eziyet kabul edilen eylemler tanımlanmamaktadır. Madde gerekçesinde ise “eziyet olarak, bir kişiye karşı insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, aşağılanmasına yol açacak davranışlarda bulunulması gerekir. Aslında bu fiiller de kasten yaralama, hakaret, tehdit, cinsel taciz niteliği taşıyabilirler. Ancak, bu fiiller, ani olarak değil, sistematik bir şekilde ve belli bir süreç içinde işlenmektedirler. Bir süreç içinde süreklilik arzeder bir tarzda işlenen eziyetin özelliği, işkence gibi, kişinin psikolojisi ve ruh sağlığı üzerindeki tahrip edici etkilerinin olmasıdır. Bu etkilerin uzun bir süre ve hatta hayat boyu devam etmesi, eziyetin bu kapsamda işlenen fiillere nazaran daha ağır ceza yaptırımını altına alınmasını gerektirmiştir.” denilmektedir. Somut olayda, mevcut delil durumu ve doktor raporu dikkate alındığında sanıkların eylemlerinin sistematik ve süreklilik arz edecek biçimde olmadığı anlaşıldığından, sanıkların aynı evde birlikte yaşadıkları mağduru, merhamet, acıma ve şefkatle bağdaşmayacak şekilde itip kakmaları, soğuk sayılabilen havada hortumla dışarda yıkama eylemlerinin, sistematik olmaması nedeniyle kötü muamele suçunu oluşturduğu gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması, **8.CD. 14/12/2017, 22962/14291**

61 İşkence suçu, serbest hareketli bir suçtur. TCK'nun 94/1. maddesine göre bu suç, kamu görevlisi tarafından insan onuruyla bağdaşmayacak surette kişinin bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine ya da aşağılanmasına yol açacak davranışlarla işlenebilir. Ancak bu davranışların madde gerekçesinde de belirtildiği üzere belli bir süreç içerisinde sistematik olarak gerçekleştirilmesi gerekmektedir. İşkence teşkil eden fiillerin kamu görevlisi olmayan kişilerce ya da göreviyle bağlantılı olmaksızın kamu görevlisince işlenmesi halinde eziyet; fiillerin belli bir süreç içerisinde sistematik olarak gerçekleştirilmemesi halinde ise kasten yaralama, hakaret gibi bağımsız suçlar gündeme gelecektir. İşkence suçunun belli bir süreç içinde sistematik olarak uygulanması ölçütü aynı hareketlerin tekrarlanması olarak değerlendirilmemelidir. Farklılık gösterse dahi belli bir süreç içinde uygulanan fiiller bir bütün halinde kişinin bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine ya da aşağılanmasına yol açarsa işkence suçu oluşacaktır. Yine süreklilik arzeden filistinaskısı veya falakaya yatırma gibi bazı hareketler tekrarlanmasa bile sistematik uygulama özelliği taşıdıklarından işkence suçunu oluşturacaktır. (TIMUR Demirbaş, İşkence Suçu, 2. Baskı, Seçkin, 2016, s. 99; MAHMUT Koca-İLHAN Üzülmmez, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s. 247; Mehmet Emin ARTUK-Ahmet GÖKCEN-Caner YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Adalet Yayınevi, 15. Baskı, Ankara, 2015, s. 243 vd.)**Ceza Genel Kurulu 28/02/2017, 2014/8-269; 2017/108**

62 ÜZÜLMİZ İlhan, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda İşkence ve Eziyet Suçu”, Hukuk ve Adalet, Eleştirel Hukuk Dergisi, 2005/2, s. 235–236.

oluşturmayacaktır. Suçun oluşması için doğal anlamda yapılan çok sayıda hareketin, kişinin aşağılanmasına yol açan bir boyuta ulaşması gerekmektedir. Bu boyuta gelen hareketlerin hepsi tek fiil olarak kabul edilecektir⁶³.

Tipik hareket tekliğinin ikinci grubunu, suç tipinin gerçekleştirilmesi bakımından tek hareket yeterli olmasına rağmen, somut olayda bunun için çok sayıda aynı hareketin yapıldığı, yani tekrarlayan hareketlerin gerçekleştirildiği haller oluşturmaktadır. Örneğin kasten öldürme fiilinin çok sayıda bıçak darbesiyle veya kurşunla işlendiği hallerde, bütün darbeler tek hareket, yani fiil olarak değerlendirilecektir. Aynı durum kasten yaralama fiili bakımından da geçerlidir. Failin mağdura tek yumruk veya bıçak darbesiyle vurması suçun oluşması bakımından yeterli olduğu halde, bu hareketlerin tekrarlanması halinde de hukuki anlamda hareket tektir.

Hırsızın eve girerek, evdeki birden çok eşyayı teker teker alıp dışarıdaki aracına taşımaya halinde de tüm bu hareketler hukuki bakımından tek fiil olarak kabul edilmelidir.⁶⁴Hırsızlığa konu eşyaların evde bulunan farklı kişilere ait olması fiil tekliği bağlamında yapılacak değerlendirme üzerine etkili değildir.⁶⁵

63 KOCA, Fikri İctima, s. 204–205.

64 Sanıkların her aşamada birbirleriyle uyumlu savunmalarına göre, Hyundai panelvan araç ile bir düğünden dönerken yolun hemen kenarındaki depoda gördükleri fındıkları çalmaya karar verip, aracın alabildiği kadar olacak şekilde ve araçta yer kalmadığı için 15 çuval fındığı araca yükleyip TEM Hendek yolu üzerinde mısır tarlasının içine görünmeyecek şekilde bırakıp anlaşıldığına göre, **somut olayda yol süresi hariç hiç ara vermeden tekrar suç konu yere dönüp 10 torba kadar daha fındığı tekrar araca yükleyerek diğer fındıkların yanına bıraktıkları, bu şekilde gerçekleştirilen eylemin TCK'nun 43/1. fıkrasında düzenlenen "değişik zamanlarda" şartına uyacak nitelikte zaman farkı bırakılmadan, önce aracın alabildiği kadar çalıp yükleyip, bunları gizleyebileceği yol kenarındaki en yakın ve uygun yere gizleyip, ara vermeden tekrar gidip 10 çuvalı da yüklemeleri şeklindeki eylemde TCK'nun 43/1. maddesindeki zincirleme suç hükümlerinin değil TCK'nun 61/a,f de düzenlenen suçun işleniş biçimi, faillerin fındıkların tamamını çalmaya yönelik oluşan kastlarının ağırlığı, aracın küçüklüğü sebebiyle kastettikleri eylemi iki seferde gerçekleştirmeleri karşısında; temel cezanın tesbitinde asgari haddenden uzaklaşma sebebi olarak değerlendirilmesi gerektiği halde, olaya uymayan TCK'nun 43/1. kapsamında artırım sebebi olarak değerlendirilmesi, Y.17.CD. 06/02/2019, 2017/3662-2019/1199**

65 Somut olayda; suça sürüklenen çocuğun, kardeş olan mağdurların birlikte yaşadıkları evden mağdurlara ait cep telefonlarını çalması şeklinde gerçekleşen eylemde, ortak hakimiyet ve müşterek zilyetlik kuralı gereği suça sürüklenen çocuk hakkında tek bir hırsızlık suçundan hüküm kurulması gerekirken hatalı nitelendirme ile 5237 sayılı TCK'nun 43/2. maddesi uyarınca uygulama yapılması, 13.CD., 16/11/2017; 7127/12856; Suça sürüklenen çocuğun, arkadaşları ile birlikte yedemine teslim edilen 4 adet motosikleti aynı anda çalmaları söz konusu olduğundan eylemlerinin tek suç sayılarak tek ceza verilmesi yerine, hakkında TCK'nun 43. maddesinde öngörülen



Zira bu durumda fiil, evdeki eşyalar üzerinde müşterek zilyet durumunda olan kişilere karşı işlenmektedir^{66, 67}.

Buna karşılık farklı zilyetlere ait şeylerin çalınması halinde birden fazla hırsızlık suçu oluşmaktadır. Bunun için çalma eylemini gerçekleştiren kişinin aldığı şeylerin farklı kişilere ait olduğunu bilmesi gerekmektedir,⁶⁸

“zincirleme suç” hükümlerinin uygulanması suretiyle fazla ceza tayin edilmesi, 13.CD., 26/09/2017; 2709/9561

66 KOCA, Fikri İçtima, s. 205; ÖZGENÇ İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14.Bası, s. 621-622.; Suça sürüklenen çocuğun aynı okulda öğrenci olan ve **zilyetliği Anıl’a verilen iki adet telefonu çalması nedeniyle eylemin tek suç oluşturduğu** ve yerel mahkemece verilen kararda da bir isabetsizlik görülmediği anlaşıldığından tebliğnamedeki 2 no’lu bozma düşüncesine iştirak edilmemiştir. **Y.13.CD. 21/03/2019, 2019/35-2019/4588**

67 Yapılan bu açıklamalar bağlamında uyuşmazlık konusu olan hırsızlık suçuyla ilgili olarak **hukuki anlamda tek bir fiil ile aynı depoda bulunan farklı kişilere ait eşyaların çalınması halinde “aynı neviden farklı içtima”** hükmünün uygulanıp uygulanmayacağı değerlendirilmelidir.

Çalınan eşyalar bir konut içerisinden alınmış ise konuttaki eşyalar üzerinde konutta bulunan bütün kişiler müşterek zilyet konumunda bulunduğu için bir hırsızlık suçunun işlendiği kabul edilmelidir. Başka bir ifadeyle bu gibi durumlarda birden fazla kişinin mağdur edildiği düşüncesinden hareket edilerek sayısınca suç oluştuğu, dolayısıyla da gerçek içtima hükümlerinin uygulanması gerektiği sonucuna varılmamalıdır. Nitekim hırsızlık suçlarının temyiz incelemesini yapan Özel Dairelerin uygulamaları ve öğreti görüşleri de bu yöndedir. (2. CD’nin 06.07.2015 gün ve 2143-13984; 6. CD’nin 26.06.2014 gün ve 19651-13246; 13. CD’nin 17.03.2015 gün 8057-4751; 17. CD’nin 26.05.2015 gün 257-2842 sayılı ilamları, İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, 11. Bası, Ankara, 2015, s.588, Mahmut Koca-İlhan Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, 8. Bası, Ankara, 2015, s. 483)

Bu açıklamalar ışığında uyuşmazlık konusu değerlendirildiğinde;

Sanıkların katılan Mehmet’e ait 81 ... 426, mağdur Enver’e ait 54953 plakalı motosikletleri çaldıkları olayda; hırsızlık yapılan deponun, zemin kattan kaynaklanan kot farkı nedeniyle oluşan boşluğun kapatılması suretiyle oluşturulduğu için apartmanın eklentisinden daha çok zemin kat dairesinin eklentisi konumunda olup tek bölmeden oluşması, **motosikletlerin hırsızlanmadan önce depoda birbirinden yaklaşık bir metre mesafede bulduklarının mağdur ve katılan tarafından belirtilmesi, farklı kişilere ait olduklarının açıkça öngörülebilir olmaması karşısında; sanıkların suça konu motosikletlerin iki ayrı kişiye ait olduğunu bildikleri hususu şüphe boyutunda kaldığından sanıkların eyleminin tek bir hırsızlık suçunu oluşturduğu** kabul edilmelidir. **Ceza Genel Kurulu 01/03/2016 gün ve 2015/2-832; 2016/102**

68 Suça sürüklenen çocuğun mağdurlar C..L..., S.... K.... ve S...K.’a ait bisikletleri aynı yerlerde arkadaşları ile birlikte çaldığı ve **bu bisikletlerin farklı kişilere ait olduğunu bilebilecek durumda bulunması karşısında, eylemlerinin müsteki sayısı kadar olan üç ayrı hırsızlık suçunu oluşturduğu** ve zincirleme suç hükümlerinin uygulanamayacağı gözetilmeden, suça sürüklenen çocuğun eyleminin tek hırsızlık suçu olduğu kabul edilerek 5237 sayılı TCK’nın 43/1-2. maddeleri uyarınca zincirleme suç hükümlerine göre verilen ceza üzerinde artırım yapılması, **2.CD., 02/10/2018; 13459/10679**

aksi halde tek suç olacaktır.^{69,70} Yargıtay da farklı kişilere ait şeylerin çalındığı ve bunun failce bilindiği hallerde hukuki anlamda birden fazla fiilin varlığını kabul etmektedir⁷¹ Yerleşmiş uygulama bu yöndedir.⁷²

Seçimlik hareketli suçlar da, doğal anlamda hareket çok olmasına rağmen, hukuki anlamda tek tipik hareketin varlığının kabul edildiği diğer bir suç grubunu oluşturmaktadır.⁷³ Seçimlik hareketli suçlarda, suçun tamamlanması bakımından tek hareket yeterli olmasına rağmen, seçimlik hareketlerin tamamının gerçekleştirildiği hallerde de tipik hareket tekliği söz konusudur. Buna göre birden fazla seçimlik hareketin işlenmesi durumunda gerçek anlamda birden fazla suç oluşmamakta, kanun hükmü hareket sayısınca değil bir kez ihlal edilmiş sayılmaktadır.⁷⁴ Örneğin mala

69 Olay günü gündüz vakti 14:30 sıralarında müşterilerin caddeye kilitmeden park ettikleri araçlarında bulunan çantalarını çalan sanıkların eyleminin çantaların farklı kişilere ait olduğunu bilebilecek durumda olmaması nedeniyle kül halinde 5237 sayılı Kanun'un 141/1. kapsamında tek bir hırsızlık suçunu oluşturduğu gözetilmeden sanıklar hakkında anılan Kanun'un 43/2 maddesi ile zincirleme suç hükümleri uygulanmak suretiyle fazla ceza tayini, 13.CD., 25/10/2018; 3316/14980 ; **Müştekilerin içinde beraber uyudukları 06 ... 7271 plakalı aracın camını kırarak içerisinde müşterilere ait eşyalar bulunan iki adet bayan kol çantasının çalınması şeklinde gerçekleşen eylemde, sanığın çalmış olduğu eşyaların farklı kişilere ait olduğunu bilebilecek durumda olmadığı, suça konu yerin araç olması sebebiyle eşyaların farklı kişilere ait olduğunu bilse dahi, ortak hakimiyet ve müşterek zilyetlik kuralı gereği sanık hakkında tek bir hırsızlık suçundan hüküm kurulması gerekirken 1- hatalı nitelendirme ile dört ayrı hırsızlık suçundan hüküm kurulması, 13.CD., 19/04/2018; 16207/6149**

70 Suç tarihinde sanığın 700 adet küçükbaş hayvan içerisinden katılanlara ait 3 adet küçükbaş hayvanı çalması şeklinde gerçekleşen olayda, sanığın söz konusu keçilerin farklı kişilere ait olduğunu bilebilecek durumda olmaması nedeniyle hırsızlık suçunun tek suç oluşturduğu gözetilmeden, zincirleme suç hükümleri uygulanarak yazılı şekilde hüküm kurulması, 2.CD., 02/05/2017; 34307/4921

71 AKBULUT Berrin, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. Bası, Adalet 2017, s. 684

72 Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 06.06.2017 tarih, 2017/13-566 Esas ve 2017/317 Karar sayılı ilamında ayrıntıları açıklandığı üzere, sanığın hırsızlık amacıyla mağdurların işyerlerinin bulunduğu işhanına gelerek binanın dört farklı katında bulunan ve üzerlerinde farklı seri numaralı yazılı mağdurlara ait dört ayrı su sayacını çaldığı olayda; **dört ayrı işyerine ait su sayacının ayrı ayrı çalınması nedeniyle doğal anlamda tek bir fiilden bahsedilemeyeceği, kaldı ki eylemin gerçekleştiriliş şekli itibarıyla hukuki anlamda tek bir fiilin de söz konusu olmadığı, bu durumda sanık hakkında zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasının mümkün bulunmadığı** gözetilmeden, TCK'nın 43. maddesi uyarınca tek bir eylem kabul edilip cezada artırım yapılması, aleyhe temyiz olmadığından bozma nedeni yapılmamıştır. 17.CD., 30/10/2018; 6097/13387

73 Suça konu sahte sürücü belgesinin kanun hükmü gereği sahteliği sabit oluncaya kadar geçerli belgelerden olmadığı nazara alınmadan, sanık hakkında 5237 sayılı TCK'nın 204/3. maddesinin, ayrıca **sanığın sahte sürücü belgesi düzenlemesi neticesinde aynı soruşturmadaki ifade ve sorgu işlemleri sırasında bu belgeyi kullanmaktan ibaret eyleminin kesintisiz biçimde hukuki anlamda tek bir fiille işlendiği** gözetilmeden sanık hakkında 5237 sayılı TCK'nın 43. maddesinin uygulanması suretiyle fazla ceza tayini, Y.5.CD. 28/09/2017, 2014/7947-2017/4098

74 ÇETİNTÜRK Ekrem, Farklı Neviden Fikri İçtimanın Ceza Adaletine Zarar Veren Sonuçlarına

zarar verme (m. 151), uyuşturucu madde ticareti (m. 188/1, 3) gibi suçların kanuni tanımında gösterilen hareketlerin tamamı gerçekleştirilmiş olsa bile, bunlar tipik olarak tek hareket sayılır^{75, 76}. TCK'nın 188. maddesinin her üç fıkrasında (birinci, üçüncü ve yedinci) düzenlenen suçlar seçimlik hareketli niteliğinde bulunduğundan, bunun sonucu olarak da imal etme fiilini gerçekleştiren fail aynı zamanda ihraç fiilini de gerçekleştirir ise TCK 188/1. madde uyarınca bir kez cezalandırılması ile yetinilmesi gerekir.^{77, 78} Seçimlik hareketlerin tümü hukuki anlamda tek fiil ve tek suç olarak kabul edilecek, hareketlerin fazlalığı cezanın belirlenmesinde dikkate alınabilecektir.⁷⁹ Yargıtay seçimlik hareketli suç olan ihaleye fesat karıştırmada seçimlik hareketlerden herhangi birinin veya birkaçının birlikte gerçekleştirilmesi durumunda, tek suçun oluştuğunu kabul etmiştir.⁸⁰

İlişkin Değerlendirmeler, Yargıtay Dergisi, Cilt: 45, Sayı: 1, Ocak 2019, s.235

75 KOCA Mahmut/ÜZÜLMEZ İlhan, 10. Baskı, s.504

76 Sanığın katıllara ait aracın dikiz aynasını kırmaya çalıştığı, **aynanın kırılmaması üzerine bu sefer de aracın plakalarını sökerek plakaların bulunduğu levhaları kırmak suretiyle zarar vermesi şeklinde gerçekleşen eyleminin tek bir mala zarar verme suçunu oluşturduğu**, zincirleme suç hükümlerinin uygulama olanağı bulunmadığı gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması, **9.CD., 22/12/2015; 16634/8344**

77 ELMAS Birsen, **Uyuşturucu ve Uyarıcı Madde Suçları**, Adalet Yayınevi 3. Baskı, Ankara 2018, s.29; TEZCAN Durmuş/ERDEM Mustafa Ruhan/ÖNOK Murat, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Genişletilmiş ve Güncellenmiş** 15. Baskı, Ankara, Seçkin, (2017), s.848; ÖZBEK Veli Özer/KANBUR Mehmet Nihat/DOĞAN Koray/BACAŞIZ Pınar/TEPE İlker, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 8. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara (2015), sh. 749

78 Karşı görüş: HAFIZOĞULLARI Zeki/ ÖZEN Muharrem, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Toplama Karşı Suçlar**, US-A Yayıncılık, 3.Bası(Tıpkı Basım), Ankara 2017, s.93; " ..imal etmek, ithal etmek, ihraç etmek, her biri başı başına bir suç oluşturmaktadır. Fail, uyuşturucu veya uyarıcı madde imal eder, bunu ihraç ederse, seçimlik hareketli bir suç işlemiş olmaz, iki ayrı suç işlemiş olur. Öte yandan imal etmek, ithal etmek veya ihraç etmek fiilleri arasında bir "geçitlilik" ilişkisi de yoktur. Kanun aynı madde hükmünde, nitelikleri farklı üç ayrı suça yer vermiştir. Gerçekten, uyuşturucu madde imal eden ayrıca ihraç ettiğinde yahut ithal eden işleyerek veya işlemeden ihraç ettiğinde, bir tek suç değil, ama birbirinden bağımsız birçok fiille birçok suçu birlikte işlemiş olmaktadır."; **Yavuz Gündüz, Tuğçe**. Türk Ceza Kanununda Yer Alan Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde İmal ve Ticareti Suçu(TCK. m.188), Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi İstanbul 2018, s.78; « TCK'nın 188. maddesindeki suçlara baktığımızda her üç suç tipi açısından da "seçimlik hareketli" suçlar olduklarını görürüz. Çünkü her biri kendi içinde birden çok hareket seçeneği barındırmaktadır ve seçimlik hareketli suç olmasından ötürü sayılan hareketlerden sadece birinin yapılmasıyla suç gerçekleşmiş olacaktır. Kanunda tahdidi olarak aynı fıkrada sayılan eylemlerden birkaçının birden gerçekleşmesi halinde yine tek bir suç oluşacağı unutulmamalıdır. Ancak, farklı fıkralarda düzenlenen hareketlerden birden fazlanın yapılması durumunda hareket sayısı kadar suç oluşacaktır. Örneğin imal edilen uyuşturucu madde, sonradan nakledildiğinde hem TCK'nın 188. maddesinin 1. fıkrasından hem de TCK'nın 188. maddesinin 3. fıkrasından cezai sorumluluk doğacaktır."

79 ÇETİNTÜRK Ekrem, Farklı Neviden Fikri İçtimanın Ceza Adaletine Zarar Veren Sonuçlarına İlişkin Değerlendirmeler, **Yargıtay Dergisi**, Cilt: 45, Sayı: 1, Ocak 2019, s.236

80ayrıca ihaleye fesat karıştırmada suçunun seçimlik hareketli suç mahiyetini taşıması

Parada sahtecilik gibi suçlarda, suçun oluşabilmesi için failin tek sahte parayı imal etmesi ve tedavüle sürmesi yeterlidir. Ancak somut olayda fail seri halde sahte para üretmiş ve tedavüle sokmuş olabilir. Buna rağmen bu hareketlerin tamamı tek fiil olarak kabul edilecektir⁸¹. Yargıtay piyasaya sahte para sürme suçunun süreklilik arz eden bir suç olup teselsülü bünyesinde barındırdığı, **değişik kişilere sahte para verilerek piyasaya sürülmesi suçun temadi unsurunu oluşturduğu hukuki kesinti olmadan gerçekleştirilen eylemlerin tek suç oluşturacağını zincirleme suç hükümlerinin uygulanamayacağını kabul etmektedir.**⁸²

Benzeri durum başkalarına ait banka hesaplarıyla ilişkilendirerek sahte banka veya kredi kartı üretmek bakımından da geçerlidir (m. 245/2). Tek kredi kartı üretmek suçun oluşumu için yeterli iken, seri halde çok sayıda kişiye ait kredi kartları da sahte olarak üretilmiş olabilir. Bu gibi hallerde hareketlerin tamamı tek fiil olarak kabul edilmelidir.⁸³ Ancak Yargıtay'ca başkasına ait kimlik bilgileri kullanılarak sahte banka veya kredi kartı üretilmesi, satılması, devredilmesi, satın alınması veya kabul edilmesi eylemleri 5237 sayılı TCK.nun 245/2. maddesinde, sahte banka veya kredi kartını kullanarak kendisine veya bir başkasına yarar sağlanması ise anılan maddenin 3. fıkrasında birbirinden bağımsız ve ayrı ayrı suçlar olarak düzenlendiği, başkaları adına sahte banka veya kredi kartı üretme, satma, devretme, satın alma veya kabul etme eylemlerinde suçun mağduru kartı

nedeniyle seçimlik hareketlerden herhangi birinin veya birkaçının gerçekleşmesi durumunda, suçun konusunun ihale olması nedeniyle seçimlik hareketlerin birden fazla olması halinde de tek suçun oluştuğunun kabulünde zorunluluk bulunduğu cihetle seçimlik hareketler bölünerek bu hareketlere ilişkin ayrı ayrı hükümler kurulamayacağı, tek ihaleye ilişkin birden fazla hareketin hukuksal anlamda tek fiil olduğu gözetilmeden aynı konuya ilişkin eylemler bölünerek iki farklı hüküm kurulmak suretiyle 5271 sayılı CMK'nın 225. maddesine de aykırı hareket edilerek hükmün karıştırılması,... Y. 5.CD., 03/05/2016; 2972/4537

81 KOCA, Fikri İctima, s. 205–206.

82 Piyasaya sahte para sürme suçunun süreklilik arz eden bir suç olup teselsülü bünyesinde barındırdığı, **değişik kişilere sahte para verilerek piyasaya sürülmesi suçun temadi unsurunu oluşturduğu gözetilmeden, sanıkların suçu zincirleme olarak işlediklerinden bahisle TCK.nun 43. maddesi uyarınca artırım yapılmak suretiyle fazla ceza tayini, 8.CD., 30/06/2016; 1334/8728 ; Piyasaya sahte para sürme suçunun süreklilik arz eden bir suç olup teselsülü bünyesinde barındırdığı, değişik kişilere sahte para verilerek piyasaya sürülmesinin suçun temadi unsurunu oluşturduğu gözetilmeden, sanıkların suçu zincirleme olarak işlediklerinden bahisle TCK.nun 43. maddesi uyarınca artırım yapılmak suretiyle fazla ceza tayini, 8.CD., 12/12/2016; 6931/11213; Piyasaya sahte para sürme suçunun süreklilik arz eden bir suç olup teselsülü bünyesinde barındırdığı, **değişik kişilere sahte para verilerek piyasaya sürülmesi suçun temadi unsurunu oluşturduğu gözetilmeden, sanıkların suçu zincirleme olarak işlediklerinden bahisle TCK.nun 43. maddesi uyarınca artırım yapılmak suretiyle fazla ceza tayini, 8.CD., 30/06/2016; 1334/8728****

83 KOCA Mahmut/ÜZÜLMEZ İlhan,10. Baskı, sh. 504-505

üreten banka ya da finans kuruluşu olması nedeniyle, kartı çıkaran banka sayısınca ve aynı bankaya ait birden fazla kartın kopyalandığında ise aynı suç işleme kararı ile işlendiğinin kabulüyle kendi içerisinde zincirleme şekilde TCK.nun 245/2 ve 43. maddelerinde düzenlenen suçun oluştuğu kabul edilmektedir.⁸⁴ Özel Dairenin uygulaması istikrar kazanmıştır.⁸⁵

84 Başkasına ait kimlik bilgileri kullanılarak sahte banka veya kredi kartı üretilmesi, satılması, devredilmesi, satın alınması veya kabul edilmesi eylemleri 5237 sayılı TCK. nun 245/2. maddesinde, sahte banka veya kredi kartını kullanarak kendisine veya bir başkasına yarar sağlanması ise anılan maddenin 3. fıkrasında birbirinden bağımsız ve ayrı ayrı suçlar olarak düzenlendiği, başkaları adına sahte banka veya kredi kartı üretme, satma, devretme, satın alma veya kabul etme eylemlerinde suçun mağduru kartı üreten banka ya da finans kuruluşu olması nedeniyle, kartı çıkaran banka sayısınca ve aynı bankaya ait birden fazla kartın kopyalandığında ise aynı suç işleme kararı ile işlendiğinin kabulüyle kendi içerisinde zincirleme şekilde TCK.nun 245/2 ve 43., bu sahte kartları değişik yer ve zamanda kullanarak menfaat temin etmesinin ise banka sayısınca TCK.nun 245/3, 43. maddelerine uygun bulunacağı cihetle; Sanık Sever'in müşteki Şengün'ün kimlik bilgilerini kullanarak H... bankasına müracaat ederek sahte kredi kartı oluşturulmasını sağlayıp kullanmak eyleminin 5237 sayılı TCK nun 245/2. ve 245/3.,43. maddesinde düzenlenen suç oluşturduğu gözetilmeden suç vasfında yanılıya düşülerek yazılı şekilde karar verilmesi, **8.CD., 08/02/2018; 1136/1266**; Katılan adına düzenlenmiş iki ayrı banka tarafından verilen banka kartlarını ele geçiren sanığın her iki kartı da kullanarak para çektiği anlaşılma, sanığın aynı kişiye ait farklı bankalardan verilmiş iki adet kredi kartını kullanmasından ibaret eyleminin TCK.nun 245/1 ve 43. maddelerine uyan zincirleme suç oluşturacağı gözetilmeden, iki ayrı suç olarak kabulüyle iki kez mahkumiyet kararı verilmesi, **8.CD., 27/03/2017; 12843/3246**; Bozma ilamında belirtildiği üzere; **sahte banka veya kredi kartı üretme, kabul etme ve sahte oluşturulmuş banka veya kredi kartı ile ATM cihazından para çekme ya da alışveriş yapma eylemlerinin mağduru, kredi ya da banka kartını üreten banka veya finans kuruluşu olması nedeniyle, kartı çıkaran banka sayısınca ve her bir bankaya ait birden fazla kartın değişik zamanlarda üretilmesi halinde de kendi içerisinde zincirleme şekilde TCK.nun 245/2, 43. madde ve fıkralarında düzenlenen suçun oluşacağı cihetle**; dosya kapsamından katılan İşbankasına yönelik, benzer suçtan İstanbul Anadolu 12. Asliye Ceza Mahkemesi'nde de sanık hakkında yargılama yapıldığı anlaşılma, anılan mahkemedeki kamu davasının akıbeti araştırılıp öncelikle dosyaların birleştirilmesi, mümkün olmadığı takdirde bu davayı ilgilendiren delillerin onaylı örneklerinin dosya içerisine konularak tüm delillerin birlikte incelenerek sonucuna göre sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken, bozma gereği yerine getirilmeden, katılan İşbankasına ait 12 adet kartın kopyalandığı da gözetilmeden sadece bir kart esas alınmak suretiyle yazılı biçimde hüküm kurulması, **8.CD., 22/06/2016; 13971/8346**

85 Sanıkların, yabancı bankalara ait kart bilgilerini bir şekilde elde edip kopyalarak ürettikleri kartlarla alışveriş yapmak suretiyle banka ve kredi kartlarını kötüye kullanma suçunu işledikleri iddia edilen olayda; TCK.nun 245/2. madde ve fıkrasında, başkalarına ait banka hesaplarıyla ilişkilendirilerek sahte banka veya kredi kartı üretme, satma, devretme, satın alma ve kabul etme eylemleri yaptırma bağlanmış olup bu suçun mağdurunun, sahte banka veya kredi kartı ile ilişkilendirilen hesapların bulunduğu banka olduğu, aynı bankaya ait farklı kişiler adına düzenlenen sahte kredi kartlarının, değişik zamanlarda üretildiğine dair bir delil bulunmaması halinde eylemin tek suç oluşturacağı, aksi takdirde ise zincirleme suç hükümlerinin tatbiki gerekeceği cihetle; **Y.8.CD. 25/03/2019,**

Aynı şekilde, kanun metninde, suçun oluşabilmesi için gerekli hareketler çoğul bir şekilde ifade edilmiş olabilir. Örneğin TCK'nın 102. maddesinde düzenlenen cinsel saldırı suçunu oluşturan tipik hareket, "cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığının ihlali" şeklinde belirtilmiştir. Bu tür ifadeyi içeren suçlarda failin tek cinsel davranışı gerçekleştirmesi suçun oluşumu için yeterlidir. Bununla birlikte, bu ifade biçimiyle kanun koyucu zamansal ve mekânsal birliktelik arz eden değişik cinsel davranışların tamamının tipik olarak tek hareket olduğunu kabul etmiş olmaktadır⁸⁶. Yargıtay uygulaması da bu yöndedir.⁸⁷

3. Doğal Hareket Tekliği

Doğal hareket tekliği görüşüyle doğal anlamda birden çok hareketin hukuki bakımdan tek hareket şeklinde birleştirilmeye çalışıldığı görülmektedir. Bir olayın dışarıdan bakıldığında ayrılabilir parçalarının çokluğuna rağmen, şayet çeşitli hareketler tek iradi karara dayanıyorsa, zaman ve yer bakımından tarafsız bir gözlemcinin gözüyle bu hareketler tek olarak nitelendirilebilecek kadar birbirleriyle dar bir bağlantı içinde bulunuyorsa, bunlar tek hareketi oluştururlar⁸⁸.

Doğal fiil tekliğinden söz edebilmek için dört kriterin sağlanması gerekmektedir. Bunlar; tek bir iradi kararın bulunması, aynı türden davranış şekli, doğal anlamdaki hareketler arasında yer ve zaman bakımından sıkı bir bağlantının bulunması, bu hareketlerin tarafsız bir gözlemcinin nazarın da tek bir fiil olarak nitelendirilmesidir⁸⁹.

Bu fiil tekliğinde bir olayın parçalarını teşkil eden birden çok hareket bulunmakta olup, bu hareketler objektif gözlemci tarafından tek hareket olarak nitelendirilmektedir. Örneğin trafikte farklı birden fazla rahatsız

2018/11370-2019/4232; Sanığın, katılana ait kimlik bilgilerini kullanmak suretiyle oluşturulan sahte belgelerlebank A.Ş.'ye müracaatla kredi kartı çıkartmak ve bu kredi kartını kullanmaktan ibaret eylemlerinin TCK.nun 245/2, 43/1 ve 245/3, 43/1, maddelerine uyan suçları oluşturduğu gözetilmeden tek suç kabulüyle yazılı biçimde hüküm kurulması aleyhe temyiz olmadığından bozma nedeni yapılmamıştır. Y.8.CD. 04/03/2019, 2018/12218-2019/2978

86 KOCA Mahmut/ÜZÜLMEZ İlhan,10. Bası, s.505

87 Bölge Adliye Mahkemesince kabul edilen oluş ve tüm dosya kapsamına göre sanığın, ikametinin balkonunda bulunduğu sırada mağdurenin omzuna elini atarak **dudağından öptükten sonra mağdurenin iteklemesi üzerine ikinci kez öperek kalçasını sıkma şeklinde devam eden ve aralarında kesinti bulunmayan eylemlerinin, tek bir cinsel istismar suçunu oluşturup** bu olaydan sonra mağdureye gönderdiği cinsel içerikli mesajların da ayrıca cinsel taciz suçunu oluşturduğu gözetilmeden, zincirleme şekilde çocuğun basit cinsel istismarı suçundan hüküm kurulması, 14.CD., 16/04/2018; 192/2832

88 KOCA Mahmut/ÜZÜLMEZ İlhan,10. Bası, s.506

89 ARTUK Mehmet Emin/ GÖKCEN Ahmet,11. Bası, Adalet, 2017, s.729; **Göktürk**, Fikriçtima, s. 104.



edici hareketlerde bulunulması durumunda tek fiil kabul edilmektedir. Doğal hareket teklifi için yalnız olayların aynı zamanda oluşu yeterli olmayıp, dışarıdan bakanlar için tek irade teşhis edilebilir olmalıdır. Dışarıdan bakıldığında bu hareketlerin tek bir iradeye dayandığı sonucu ortaya çıkıyorsa doğal hareket teklifi söz konusu olmaktadır.⁹⁰ Fiilin işlenmesindeki kısa süreli aralar doğal hareket teklifinin kabulünü engellememektedir.⁹¹

Doğal hareket teklifi, aynı nitelikteki hareketlerin tekrarlanması ve suçun kanuni tanımında yer alan neticeyi gerçekleştirmeye yönelik birbirini takip eden hareketler şeklinde olmak üzere iki farklı şekilde gerçekleşebilir.

a. Tipikliğin Tekrarlayan Aynı Tarz Hareketlerle Gerçekleştirilmesi

Tipikliğin tekrarlayan aynı tarz hareketlerle gerçekleştirilmesi çoğunlukla hukuki hareket teklifi içerisinde nitelendirilmektedir.⁹² Ancak doktrinde doğal hareket teklifinin alt grubu olduğunu kabul eden görüş de bulunmaktadır.⁹³

Doğal hareket teklifi, iki farklı şekilde gerçekleşebilir. İlki, aynı nitelikteki hareketlerin tekrarlanması halidir.⁹⁴ Tipikliğin tekrarlayan aynı tarz hareketlerle gerçekleştirilmesinin tek hareket olarak kabul edilmesi için bu hareketler arasında zamansal ve mekânsal sıkı ilişki bulunmakta olup hareket dışarıdan görünen anlamına göre aynı tarzda olmalıdır. Tekrarlayan hareketlerle icra, bir suçun benzer şekilde ve sıklıkla tekrarlayan hareketler vasıtasıyla tamamlandığı hallerde söz konusu olur.⁹⁵ Burada tipikliğin gerçekleşmesi için tek bir hareket yetmesine rağmen somut olayda birçok hareketin yapılması söz konusudur.⁹⁶ Örneğin kasten öldürme fiilin çok sayıda bıçak darbesiyle veya kurşunla işlenmesi, kasten yaralamanın birçok bıçak darbesiyle gerçekleştirilmesi⁹⁷, tanıklık sırasında aşamalarda birden fazla yalan beyanda bulunulması⁹⁸,

90 AKBULUT Berrin, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. Bası, Adalet 2017, s. 679

91 AKBULUT Berrin, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. Bası, Adalet 2017, s. 681

92 ARTUK Mehmet Emin/ GÖKCEN Ahmet, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Bası, Adalet, 2017, s.729; “Örneğin, kasten yaralamanın birden fazla tokat ya da tekme atılarak gerçekleştirilmesi, hırsızlık için girilen evden birden fazla eşyanın alınması, hırsızlık yapılan dükkandan alınan eşyaların arabaya taşınması sırasında birden fazla kere dükkana girilip çıkılması halinde, hukuki anlamda tek bir fiil söz konusudur.”

93 AKBULUT Berrin, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. Bası, Adalet 2017, s. 683

94 ARTUK Mehmet Emin/ GÖKCEN Ahmet, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Bası, 2017, s.729

95 KOCA Mahmut/ÜZÜLMEZ İlhan, 10. Baskı, sh. 506

96 AKBULUT Berrin, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. Bası, Adalet 2017, s. 683

97 KOCA/ÜZÜLMEZ, Genel Hükümler, s. 506.

98 **Suç: Yalan tanıklık** 1-Sakarya 1. Ağır Ceza Mahkemesinin 2011/55 esas sayılı dosyasında

hileli şekilde oy atma yada attırma^{99, 100}, alma hareketinin çokluğu suretiyle hırsızlık suçunun icra edilmesi durumunda tek fiil söz konusudur¹⁰¹. Failin karayolunda araçların arasında ya da sokakta dolaşmak suretiyle -ara vermeksizin- birden fazla kişiyi muhatap alarak dilenmesi sırasında, çocuğu veya bedeneni veya ruhen kendini idare edemeyecek durumda olan bir kişiyi araç olarak kullanması fiil tekdir. Dilenciye yardım

tanık sıfatıyla dinlenen sanığın beyanları ile dinlenen diğer tanıkların beyanı ve dosya kapsamına göre oluş şekli sabit kabul edilen maddi olayla ilgili olarak, aşamalarda bilgisi ve görgüsü olmadığını beyan eden sanığın eyleminde TCK'nun 272. maddesinde düzenlenen yalan tanıklık suçunun unsurlarının oluşmayacağı gözetilmeden yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi,

2- Aynı maddi olayla ilgili olarak aşamalarda aynı şekilde ifade veren sanığın eyleminde koşulları oluşmadığı halde hakkında TCK 43/1. maddesinde düzenlenen zincirleme suç hükümlerinin uygulanması, 16.CD., 24/12/2015; 4559/5089; Sanığın 13.12.2005 tarihinde yalan beyanda bulunmak suretiyle atılı suçu işlediği ve 27.06.2006 tarihinde mahkemede benzer beyanı tekrarlamasının ayrı bir suç oluşturmadığı zincirleme suç hükümlerinin somut olayda uygulanamayacağı gözetilmeden sanık hakkında tayin olunan cezanın TCK'nun 43/1. maddesi uyarınca artırılması suretiyle fazla ceza tayini, 9.CD., 23/09/2014; 16841/9519; Sanığın kasten öldürme suçu nedeniyle yürütülen kovuşturma kapsamında, Nazilli Ağır Ceza Mahkemesinin 2009/48 Esas sayılı dosyasının 12.05.2009 tarihli oturumunda ve 24.04.2009 tarihinde yapılan keşif sırasında gerçeğe aykırı olarak tanıklık yapması şeklinde gerçekleşen eyleminin tek suç oluşturduğu ve zincirleme suç hükümlerinin yasal unsurlarının oluşmadığı gözetilmeden, hakkında TCK'nun 43. maddesinin uygulanması suretiyle fazla ceza tayini, 9.CD., 20/02/2014; 15036/1923

99 Yargıtay Ceza Genel Kurulunca failin oyunu kullanması gereken sandıkta kullandıktan sonra birden fazla sandıkta mükerrer oy kullandığı olayda, **her bir oyun seçime olan etkisi, atılı suçta zincirleme suç hükmünün uygulanamayacağına ilişkin hukuki bir engel bulunmaması** ve TCK'nun 43. maddesinin birinci fıkrasının son cümlesinde yer alan mağduru belli bir kişi olmayan suçlarda da zincirleme suç hükmünün uygulanabileceğine ilişkin hüküm birlikte değerlendirildiğinde, eylemlerini bir suç işleme kararının icrası kapsamında ve değişik zamanlarda gerçekleştiren sanık hakkında TCK'nun 43/1. maddesinin uygulanması gerektiği yönünde içtihat etmiştir.; "*Sanığın, 2010 yılında yapılan Türkiye Anayasa Değişikliği Referandumunda seçmen listesinde kayıtlı olduğu İlköğretim Okulunda bulunan 2148 numaralı sandıkta oy kullandıktan sonra, bina sorumlusu olduğu 2. İlçe Seçim Kurulu Başkanlığına bağlı İlköğretim Okulunda bulunan 2179, 2181 ve 2183 numaralı sandıklarda da kendisini seçmen listesine ekletmek suretiyle mükerrer oy kullandığı olayda, her bir oyun seçime olan etkisi, atılı suçta zincirleme suç hükmünün uygulanamayacağına ilişkin hukuki bir engel bulunmaması ve TCK'nun 43. maddesinin birinci fıkrasının son cümlesinde yer alan mağduru belli bir kişi olmayan suçlarda da zincirleme suç hükmünün uygulanabileceğine ilişkin hüküm birlikte değerlendirildiğinde, eylemlerini bir suç işleme kararının icrası kapsamında ve değişik zamanlarda gerçekleştiren sanık hakkında TCK'nun 43/1. maddesinin uygulanmasına dair Yerel Mahkeme hükmünün isabetli olduğu kabul edilmelidir. Ceza Genel Kurulu 04/12/2018 tarih ve 2015/9-5; 2018/600"*

100 Suç: 298 sayılı Kanuna muhalefet

Hüküm: . 298 sayılı Kanununun 164/1-2, TCK'nun 43/2, 62, 52, 53. mahkumiyet

Sanıkların üzerilerine atılı suçun niteliği itibarıyla zincirleme suç ve aynı nev'iden fikri içtimanın koşulları oluşmadığı gözetilmeden sanıklar hakkında tayin olunan cezanın TCK'nun 43. maddesi ile artırılması, 9.CD., 07/11/2014; 4827/11157

101 AKBULUT Berrin, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. Bası, Adalet 2017, s. 683



edenlerin sayısının çokluğu zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasının zemini oluşturmaz.¹⁰² Art arda gelen hareketlerle suçun gerçekleştirilmesi ise failin netice için farklı etaplardan geçmesi halinde bulunur. Fail teşebbüs aşamasından başlayarak planlı ve kesintisiz bir şekilde icrayı gerçekleştirdiği hallerde, (örneğin fail silahını çeker, nişan alır ve ateş eder) bu hareketler bir bütün halinde tektir.¹⁰³

Tekrarlayan aynı tarz hareketlerle tipikliğin nitelikli halinin gerçekleştirilmesinde de tek fiil söz konusudur.

b. Sürekli (Devam Eden-Birbirini Takip Eden) Hareketlerle Tipikliğin Gerçekleştirilmesi

Hareket tekliği kapsamında tartışılan diğer bir durum da birbirini takip eden hareketlerdir¹⁰⁴. Tüm olayın parçaları, yani bağımsız hareketler hareket tekliği içinde bir olarak nitelendirilmektedir. Bunun için olayda kesintisiz fiilin ve tipiklikle ilgili hareket tekliğinin bulunmaması gerekmekte olup, bu hareket tekliği için ihlallerin çok sıkı zamansal ve mekânsal ilişki içinde bulunması koşulu aranmaktadır.¹⁰⁵ Eylem aynı motivasyon ve aktivasyon durumuna dayanan olay olarak görülmeli ve sadece norma aykırılık teşkil eden hareketin niceliksel olarak yükseltilmesi söz konusu olmalı ve gerçekleştirilen fiiller aynı koruma amacına hizmet etmelidirler.¹⁰⁶ Objektif bir gözlemcinin bakış açısıyla bakıldığında failin

102 **BİRTEK Fatih**, Dilencilik Suçu, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 5, Sayı: 2, Yıl: 2014, s.157-158; "Ayrıca, sözü edilen eylem belli bir zaman dilimi içerisinde kesintiye uğramaksızın süreklilik arz ederek gerçekleştiğinden doğal olarak birden fazla olsa da, hukuken tek sayılmalı ve fail -zincirleme suç hükümleri uygulanmaksızın- tek dilencilik suçundan cezalandırılmalı fakat bu husus cezanın belirlenmesinde ve bireyselleştirilmesinde (TCK m. 61/1,e) dikkate alınmalıdır."

103 KOCA Mahmut/ÜZÜLMEZ İlhan,10. Baskı, sh. 506

104 KOCA/ÜZÜLMEZ, Genel Hükümler, s. 506.

105 Katılanın kuzeni olan tanık Didem'in, sanığın iş yerinde kısa bir süre çalıştıktan sonra sanık tarafından işten çıkarıldığı, olay günü saat 19.15 sıralarında katılanla birlikte sanığın bir alışveriş merkezinde bulunan iş yerine giden tanık Didem'in çalıştığı günlerin karşılığı olan ücretini istediği, sanık ödeme yapmayacağını söylediğinde tartışmaya başladıkları, katılanın da tartışmaya dahil olması üzerine sanığın, katılana "sen kim oluyorsun, kız olduğuna bakmam, ayağımın altına alırım, üçe kadar sayıyorum, iş yerimi terk edin" dediği, ardından iş yerinden çıkan katılan ile tanık Didem'in alışveriş merkezinin içindeki masalara oturduklarını gören sanığın, katılan ile tanık Didem'in yanına giderek katılana "sen kime güveniyorsun, seni Burhaniye'de o evde yaşatmam..." diyerek tehdit ettiği olayda; sanığın, **katılana yönelik birden fazla kez tehdit içeren sözleri aynı yerde ve çok kısa zaman aralığı içerisinde söylemesi karşısında; hukuki anlamda bütünlük arz eden eylemlerinin tek bir suç oluşturduğu ve hakkında TCK'nun 43. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen zincirleme suç hükümlerinin uygulanma şartlarının bulunmadığı** kabul edilmelidir. **Ceza Genel Kurulu 05/12/2017 gün ve 2015/4-327 ; 2017/520**

106 AKBULUT Berrin, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. Bası, Adalet 2017, s. 683

hareketlerinin tekiradi karara dayalı olduğu, aralarında yer ve zaman bakımından bağlantı bulunduğu, bu nedenle bir bütünlük oluşturduğu sonucuna ulaşılması durumunda, fiilin hukuken tek olduğu kabul edilmelidir.^{107, 108}

Yargıtay, birbiri arkasına icra edilen hareketlerin aynı suç kapsamına girmesi halinde tek fiil olduğunu kabul etmekte, aynı koruma amacına hizmet etmeyen fiilleri tek fiil olarak nitelendirmemektedir.¹⁰⁹ Dışarıdan

107 ÇETİNTÜRK Ekrem, Farklı Neviden Fikri İçtimanın Ceza Adaletine Zarar Veren Sonuçlarına İlişkin Değerlendirmeler, Yargıtay Dergisi, Cilt: 45, Sayı: 1, Ocak 2019, s.245; Sanık İrfan ve inceleme dışı sanıkların alkollü şekilde araç kullanması nedeniyle haklarında yasal işlem yapılmak üzere görevlilerce karakola getirildikleri, sanık ve inceleme dışı sanıklar hakkında tutanak düzenlenirken sanığın şikâyetçi Kemal'i iterek "Sen bu işlemi nasıl yaparsın, ben ajanım ajan" dediği, bunun üzerine sanığın polis memurları tarafından karakol binası dışına çıkarıldığı, şikâyetçinin karakolun giriş kapısına giderek dışarıda bulunan inceleme dışı sanık Fazlı'yı çağırdığı, bu esnada sanığın da karakola girip, şikâyetçinin üzerine doğru yürüyerek "Seni dava edeceğiz, sen göreceksin" şeklinde sözler söylediği, yeniden dışarıya çıkarılan sanığın bu kez karakolun dış kapısı önünde "A..., y... sokayım, senin var ya, senin ecdadının a..., y... Sokayım" diyerek şikâyetçiye hakaret ettiği, sonrasında karakolun bahçe kapısı duvarı üzerinde bulunan demir muhafazalı aydınlatma lambasını eliyle vurup kırdığı olayda; sanığın, şikâyetçiye yönelik birden fazla kez hakaret içeren **sözlerinin aynı yerde ve çok kısa zaman aralığı içerisinde söylemesi karşısında; hukuki anlamda bütünlük arz eden eylemlerinin tek bir suç oluşturduğu** ve hakkında TCK'nun 43. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen zincirleme suç hükümlerinin uygulanma şartlarının bulunmadığı kabul edilmelidir. Bu itibarla, Özel Dairenin sanık hakkında zincirleme suç hükümlerinin uygulanma şartlarının bulunmadığına yönelik bozma kararı isabetli olup, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının bu konudaki itirazı yerinde görülmemiştir. **Ceza Genel Kurulu 26/06/20018 tarih ve 2015/15-389; 2018/318**

108 Dairemizce de benimsenen Ceza Genel Kurulu'nun 2013/13-293 esas, 2013/297 karar sayılı ve 11.06.2013 tarihli kararında da kabul edildiği üzere TCK'nun 43. maddesinin ikinci fıkrası; "Aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi durumunda da, birinci fıkra hükmü uygulanır" hükmünü içermekte olup, zincirleme suçtan farklı bir müessese olan ve aynı neviden fikri içtima olarak kabul edilen bu durumda, fiil yani hareket tektir ve bu fiille aynı suç birden fazla kişiye karşı işlenmektedir. Burada, hareket tek olduğu için, fail hakkında bir cezaya hükmolunacağı, ancak bu cezanın Kanununun 43/1. maddesine göre artırılacağı öngörülmüştür. Ancak burada kastedilen, fiil ya da hareketin, doğal anlamda değil hukuki anlamda tekliğidir. Hakaret suçunun farklı mağdurlara karşı tek fiille gerçekleştirildiğinden söz edilebilmesi için hakaretin mutlaka ortak söz veya davranışlarla gerçekleştirilmiş olması şart değildir. Her bir mağdura veya mağdurlardan bazılarına özel olarak hitap edilerek hakaret içeren sözler söylenmiş veya davranışlarda bulunmuş olsa bile objektif bir gözlemcinin bakış açısıyla bakıldığında failin hareketlerinin tek bir iradi karara dayalı olduğu, aralarında yer ve zaman bakımından bağlantı bulunduğu, bu nedenle bir bütünlük oluşturduğu sonucuna ulaşılması durumunda, fiilin hukuken tek olduğu kabul edilmelidir.

Yukarıdaki açıklamalar ışığında somut olayda, sanığın, Ay... (Ö...a) T...ve H.T..'a hakaret ettikten hemen sonra Gürcan A...a gıyabında hakarete bulunduğu şeklinde kabul edilen eylemlerinin bir bütün anlamda hukuki olarak tek bir suçu oluşturması nedeniyle, TCK'nun 43. maddesi hükümlerinin uygulanması gerekirken, iki ayrı hüküm kurulması, **18.CD., 10/05/2018; 9821/7238**

109 AKBULUT Berrin, 4. Bası, Adalet 2017, s. 683

içerisinde gerçekleştirilen hakaret eylemlerini,^{115, 116, 117} sanığın görevliye ve olayın devamında kendisini muayene etmek isteyen başka görevliye yönelik hakaret eylemlerinin,¹¹⁸ mağdura yönelik tehditte bulunmasının akabinde, araya giren başka kişiyi de ölümlü tehdit etmesi biçiminde kabul edilen eylemlerini¹¹⁹ hukuki anlamda tek fiil olarak kabul etmiş, bu fiil ile aynı suçun mağdur adedince işlendiğini (aynı neviden farklı içtima)

mağduru hedef almak suretiyle, hukuki anlamda tek fiil niteliğinde olup olmadığı ve bu bağlamda sanık hakkında **tehdit** suçundan bir kez hükmedilecek cezasından, TCK'nın 43/2. maddesine göre artırım yapıp yapılmayacağı tartışılmadan, mağdur sayısınca hükümler kurulması, **Y.4.CD. 11/02/2019, 2014/42566-2019/1723**

115 Yukarıdaki açıklamalar ışığında somut olayda, sanığın katılan B... K...’a karakul kapısında hakaret etikten kısa bir süre sonra olaya müdahale eden katılanlar L... A..., H... S... ve müşteki E... Ö... ‘ya hakarete bulunduğu anlaşıldığı karşısında, aynı olayın devamı kapsamında aynı yer ve zaman dilimi içerisinde gerçekleştirilen hakaret suçunun, **hukukun tek bir fiille gerçekleştirildiği**, sanık hakkında, TCK'nın 125/3-a maddesi uyarınca tek ceza verilip, bu cezanın aynı Kanunun 43. Maddesi uyarınca artırılması gerektiğinin gözetilmemesi, **Y.18.CD. 28/02/2019, 2017/1997-2019/4071**

116 Yukarıdaki açıklamalar ışığında somut olayda, sanığın katılan Ebru E...’ye “O..., kancık,” şeklinde hakarete bulduktan sonra müşteki bekçi Ab... B...’a hitaben de “çakal,...dümbük, pezevenk” şeklinde hakaret etmesi biçimindeki eylemlerinin, **aynı kasıt altında ve kısa aralıklarla her iki müştekiye karşı işlenen tek bir hakaret suçunu oluşturduğu ve hakaret suçundan bir kez mahkumiyetine karar verilerek cezasından TCK'nın 43. maddesi uyarınca artırım yapılması gerektiği** gözetilmeden, mağdur sayısınca hükümlülüğüne karar verilmesi, **Y.18.CD. 15/01/2019, 2017/226/-2019/1349**; Yukarıdaki açıklamalar ışığında somut olayda; sanığın müşteki Semih Ko...ş’a **hükümlü koşusunda hakaret ettikten sonra kendisine müdahale eden müşteki infaz koruma memurlarına da hakarete bulunması şeklinde kabul edilen eylemlerinin bir bütün anlamda hukuki olarak tek bir suç oluşturması nedeniyle, TCK'nın 43. maddesi hükümlerinin uygulanması gerekirken, iki ayrı hüküm kurulması, 18.CD., 05/04/2018; 5037/5095**

117 Yukarıdaki açıklamalar ışığında somut olayda, **sanığın, kendisini arayarak ifade vermek için karakola davet eden müşteki jandarma görevlisi Baran’a telefonda hakaret ettikten bir müddet sonra aynı amaçla arayan müşteki jandarma görevlisi Şen’e de aynı kasıt altında hakaret etmesi biçiminde iddianamede anlatılan ve mahkemece kabul edilen eylemi nedeniyle, TCK'nın 43. maddesi hükümlerinin uygulanması gerekirken, her bir müştekiye yönelik eylemi için ayrı ayrı ceza verilmesi, 18.CD., 06/11/2017; 42935/12431**

118 Yukarıdaki açıklamalar ışığında somut olayda; sanığın polis memuru H... E...’ye ve olayın devamında kendisini muayene etmek isteyen doktora yönelik hakaret ettiği şeklinde kabul edilen eylemlerinin bir bütün halinde hukuki olarak tek bir suç oluşturması nedeniyle, TCK'nın 43. maddesi hükümlerinin uygulanması gerekirken, iki kez hakaret suçundan ceza tayin edilmesi, **Y.18.CD. 15/01/2019, 2016/18526-2019/1428**

119 Sanığın olay günü, annesi olan mağdur Keziban’a yönelik tehditte bulunmasının akabinde, araya giren babası mağdur Hamit’i de ölümlü tehdit etmesi biçiminde kabul edilen eylemlerinin, **aynı zaman dilimi ve olay kapsamında, birden fazla mağduru hedef alması nedeniyle, hukuki anlamda tek fiil niteliğinde olup**, sanık hakkında tehdit suçundan hükmedilecek cezasından, TCK'nın 43/2. maddesine göre artırım yapılması ile yetinilmesi gerektiği gözetilmeden, mağdur sayısınca hükümler kurulması, **Y.4.CD. 11/02/2019, 2014/42479-2019/1725**

kabul ederek zincirleme suç hükümlerine göre cezada artırım yapılmasını aramıştır. Yargıtay failin ilk haksız yararları elde ettikten sonra yeni bir hileli davranışta bulunmadan başlangıçta hedeflediği ve mağdurdan almak istediği miktarı alabilmek için telefonla katılanlardan rapor ve elbise parası adı altında para isteyip haksız yararlar elde etmesinde, yeni bir dolandırıcılık suçunun sonucu olarak elde edilen yararlar olmadığını, failin ilk başta oluşturduğu ve mağduru yanılta hileli davranışların sonucu oluşan neticeler olduğunu, gerçekleşme şekli ve eylem bütünlüğü içinde tek bir dolandırıcılık suçunun oluşturduğunu kabul etmiştir.¹²⁰

120 Romatizma hastalığı olan ve koltuk değnekleri ile yürüeyebilen katılan Ramazan S.'nın suç tarihinden yaklaşık bir yıl önce .. Yardımlaşma ve Dayanışma Derneği'nin Samsun Şubesine başvuruda bulunarak yardım talep ettiği, suç tarihinde katılanın yaşadığı eve giden sanığın ..Yardımlaşma ve Dayanışma Derneğinden geldiğini, derneğin katılana 20.000 Lira yardımda bulunacağını, ancak ödemenin yapılabilmesi için Ondokuz Mayıs Üniversitesi Tıp Fakültesinden rapor alınması gerektiğini, bu raporun alınması için yapılacak 3.000 Lira masrafın katılan tarafından karşılanması gerektiğini söylediği, katılanın raporun çıkarılmasını istediğini ancak 3.000 Lira parası olmadığını ifade etmesi üzerine sanığın "ben buralarıdayım parayı denkleştir" diyerek katılanın yanından ayrıldığı, katılanın akrabalarından temin ettiği 1.500 Lirayı akşama doğru evine gelen sanığa verdiği, sanığın "ben raporu en kısa zamanda çıkartacağım" diyerek evden ayrıldığı, aradan iki gün geçtikten sonra sanığın katılanı arayarak raporun birkaç güne kadar hazır olacağını, geriye kalan 1.500 Lirayı da göndermesi gerektiğini söylediği, katılanın bu kez posta havalesiyle 500 Lirayı sanığa gönderdiği, ertesi gün tekrar arayan sanığın katılıandan parayı tamamlamasını istemesi üzerine katılanın 250 Lirayı da yine posta havalesiyle sanığa gönderdiği, bu şekilde sanığın katılıandan toplam 2.250 Lira haksız yarar elde ettiği,

.. Mahallesinde çadırda yaşayıp, komşularının yardımıyla yaşamını sürdüren tanık Fatma G.'ün..Yardımlaşma ve Dayanışma Derneğine başvurarak yardım talep ettiği, sanığın suç tarihinde tanık Fatma G. ile oğlu katılan Dursun G.'ün yaşadığı çadıra giderek anılan dernekten geldiğini, derneğin kendilerine 4.000 Lira nakdi yardımda bulunacağını, aynı zamanda katılan Dursun'u cezaevine güvenlik görevlisi olarak işe yerleştireceğini söylediği, ancak katılanın işe başlayabilmesi için 250 Lira elbise parasının katılan tarafından karşılanması gerektiğini ifade ettiği, katılanın parasının olmadığını belirtmesi üzerine, sanığın "yanında bulunanı ver gerisini sonra tamamlarsın" diyerek katılıandan 30 Lira alarak ayrıldığı, sanığın bir süre sonra telefonla arayarak katılıandan elbise parasını tamamlamasını istediği, katılanın bunun üzerine posta havalesiyle 190 Lirayı katılanın babası Selahattin M.'nin posta çeki hesabına gönderdiği sanığın bu şekilde toplam 220 Lira haksız yarar sağladığı,

Sanığın yardıma muhtaç durumda olan katılanlarla yaptığı görüşmelerde kendisini yurtiçi ve yurtdışında yardım faaliyetleri yürüten Kimse Yok Mu Yardımlaşma ve Dayanışma Derneğinin temsilcisi olarak tanıtıp, derneğin isim ve logosunun bulunduğu görevli kartını boynuna takarak katılanlarda güven sağladığı, daha önce derneğe yardım başvurusunda bulunan katılanların başvurusu üzerine inceleme yapmak üzere geldiğini ifade ederek dernek adına hareket ettiği algısını oluşturduğu, yardıma muhtaç ve dernekten yardım bekleyen katılanlara dernek tarafından yüksek miktarda yardımda bulunulacağını bildirerek katılanların beklentisini artırdığı, katılanların dernek tarafından verileceği bildirilen yardımı elde etmek için sanığın etki alanına girdikleri, sanığın bu durumundan yararlanarak katılan Ramazan S.'dan dernek yardımından yararlanabilmesi için rapor gerektiğini, bu raporun alınması için de 3.000 Lira,

Yargıtay uygulamasında bu hallerde failin özgül enen kastı dikkate alınarak hareket birden fazla olsa da hukuken fiilin tek olduğu kabul edilmektedir.¹²¹ İstikrar kazanan uygulama bu yöndedir.¹²²

Dursun G.'ten ise işe yerleşebilmesi için 250 Lira elbise parası vermesi gerektiğini söylediği, sanığın katılanlar ile yaptığı ilk görüşmelerde Ramazan S.'dan 1.500 Lira, katılan Dursun G.'ten 30 Lirayı haksız olarak elde ettiği ve her iki katılına yönelik dolandırıcılık suçunu bu şekilde işlediği konusunda duraksama bulunmamaktadır.

Sanığın ilk haksız yararları elde ettikten sonra yeni bir hileli davranışa yönelmeden, katılanlardan telefonla rapor ve elbise paralarının geriye kalan kısımlarını istemesi hileli davranış niteliğinde olmayıp, sanığın katılanlarla yapmış olduğu telefon görüşmeleri de tek başına aldatıcı nitelikte değildir. Esasen, sanığın kendisini dernek çalışanı olarak tanıtıp, derneğin yaka kartını boynuna takarak sosyal inceleme raporu hazırlıyor görüntüsü altında ve dernekten katılanlara yardım edileceğine ilişkin hileli davranışlarını sahneye koymadan katılanlardan rapor ve elbise parası adı altında para istemesi durumunda bu isteğin kabul görmeyeceği tartışmasızdır. Diğer bir ifadeyle sanığın en baştaki hileli davranışları olmasa sonradan yapılan telefon görüşmelerinde basit yalandan ibaret sözlerden hareketle katılanların para göndermeleri söz konusu olmayacaktır. Bu durumda da ilk dolandırıcılık suçundan bağımsız bir dolandırıcılık suçunun kabul edildiği ve zincirleme suç hükümlerinin uygulanmayacağının kabulü gerekmektedir.

Buna göre, sanığın, yeni bir hileli davranışta bulunmadan başlangıçta hedeflediği ve katılanlardan almak istediği miktarı alabilmek için telefonla katılanlardan rapor ve elbise parası adı altında para isteyip haksız yararlar elde etmesi, yeni bir dolandırıcılık suçunun sonucu olarak elde edilen yararlar olmayıp, sanığın ilk başta oluşturduğu ve katılanları yanıltan hileli davranışların sonucu oluşan neticeler olup gerçekteşme şekli ve eylem bütünlüğü içinde tek bir dolandırıcılık suçunun oluşturduğunun kabulünde zorunluluk bulunmaktadır. Bu halde TCY'nın 43. maddesinde düzenlenen zincirleme suç hükümlerinin uygulama yeri bulunmamakta ise de bu husus TCY'nın 61. maddesi uyarınca temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınabilecektir. **CGK. 26.6.2012, 2011/15-440-249**

121 Sanık N... E... 'nun mağdurlar R... A... ve S... Y...'dan 10-12 Ocak 2012 tarihleri arasındaki bir günde okula gittikleri sırada yolda durdurarak tehdit etmek suretiyle 50 TL istediği, adı geçen mağdurların aralarında topladıkları 30 TL'yi sanığa verdikleri, sanığın ilk talep ettiği miktardan kalan 20 TL'yi ise 05-06 Şubat 2012 tarihleri arasında bir günde mağdur Serhat'ın kaldığı aparta giderek alması şeklinde gerçekteşen olayda, sanığın özgül enen kastı da gözetildiğinde hukuki anlamda tek olan eyleminin bir yağma suçunu oluşturacağı hukuki durumunun buna göre takdir ve tayini gerektiği gözetilmeden her bir mağdur yönünden ayrı suç kabul edilerek yazılı şekilde uygulama yapılması, **Y.9.CD. 14/05/2015, 2015/503-2015/5318**

122 Sanıkların ilk olayda mağdura zorla kadın çamaşırları giydirip görüntülerini cep telefonuna kaydettikten sonra kendilerine 2.000 Lira vermediği takdirde görüntülerini ailesine gösterip, internet ortamında yayacaklarını söyledikleri, mağdurun ancak 500 Lira ödeyebileceğini söylemesi üzerine talep edilen miktarı 500 Liraya düşürdükl eri, bu sırada sanıkların mağdurun üzerindeki 150 Lirasını, cep telefonunu, iki adet montunu, bir şişe votkasını, fotoğraf makinesini, traş makinesini, mağdurun daha önce cinsel birliktelik yaşadığı şahıslarla ilgili görüntülerin bulunduğu VHS video kasetini ve güvenlik kamerasını alarak evden ayrıldıkları, bu olaydan yaklaşık on gün sonra sözünü aldıkları parayı elde edebilmek için mağdura ulaşmaya çalıştıkları, bu kapsamda mağdurun kız kardeşini telefonla arayıp mağduru sordukları, mağdurun annesinin evine gidip mağdurun kendilerine borcu olduğunu söyledikleri, sanıkların önceki eylemlerinden sonra şikayetçi olmayan mağdurun ailesinin rahatsız edilmesinden tedirgin olması üzerine sanıklar hakkında şikayetçi olduğu, Cumhuriyet

savcılığınca yapılan koordine sonucu mağdurun sanıklarla irtibata geçip parayı vermek üzere davet ettiği, ilk olaydan yirmi bir gün sonra sanıkların daha önce kararlaştırılan parayı almak üzere mağdurun evine geldiklerinde kolluk görevlilerince yakalandığı olayda, **sanıkların iradesi baştan itibaren mağdurdan belirli bir miktar parayı almaya özgülenmiş olup, ilk eylemden sonra gerçekleştirdikleri fiillerin en başta aldıkları diğer eşyalar ile birlikte almaya hedefledikleri 500 Lirayı da mağdurdan almaya yönelik olduğu anlaşıldığından, sanıkların eylemlerinin tek nitelikli yağma suçunu oluşturduğunun kabulü gerekmektedir.** Bu nedenle, yerel mahkemece sanıkların iki ayrı yağma suçundan cezalandırılmasına karar verilmesinde isabet bulunmamaktadır. **Ceza Genel Kurulu 20/05/2014 tarih ve 2013/6-617; 2014/271;** Oluş ve dosya kapsamına göre; olay tarihinden yaklaşık 3 ay kadar önce evlenmek amacıyla sanık Serkan K.... ile birlikte kaçan kızlarından haber alamayan katılanların, 21/12/2005 günü araştırma yapmak için Aksu köyüne gittikleri, bunu haber alan sanıklar Eşref, Serdar, Selçuk ve Serkan K....'ın yanlarına katılanların kızını da alıp, iki araçla yola çıkıp, dönüş yolunda katılanların içinde bulunduğu otomobilin önünü kestikleri, ölen sanık Selçuk K....'ın aşağı inip, katılan Naim S.....'a silah doğrultarak "Bu sabaha çıkmayacaksın" şeklinde tehditte bulunduğu, tüm sanıkların birlikte katılan Naim S.....'ı darp edip, üzerine arayarak otomobilinin kontak anahtarını aldıkları, bu sırada sanık Serkan K....'ın, **jandarmaya haber vermek üzere telefonunu eline alan katılan Kıymet S.....'a müdahale ederek cep telefonunu zorla aldığı,** sanık Eşref K....'ın, katılan Naim S.....'a "Jandarma'ya gidersen sabaha ölü'n çıkar" şeklinde tehditte bulunduktan sonra sanıkların hep birlikte olay yerinden kaçtıkları ve katılan Kıymet S.....'dan aldıkları cep telefonunu yol kenarına attıkları olayda; sanıkların, yakınanlara yönelik eyleminin bütün halinde TCK'nin 149/1-a-c-d-h maddesine uyan tek yağma suçunu oluşturduğu gözetilmeden, yeterli ve yerinde olmayan gerekçeyle sanıklar hakkında iki kez yağma suçundan uygulama yapılması, **Y.6.CD. 16/01/2019, 2016/2320-2019/69;** 21/08/2012 günü gündüz saat 19.45 sıralarında, yanındaki iki kişiyle beraber dolaşan sanık Çağatay G....'in, yolda yürüyen katılanların yanına gelip, katılan Oğuz Ç...den sigara istediği, her iki katılanın da alkollü olan sanığa 'Sigaramız yok' diye cevap vermesi üzerine **sanığın 'O zaman para verin, sigara alacağız' dediği, katılanların 'Palararının olmadığını' ifade ettikleri esnada sanığın, istediğini elde etme amacı ile katılan Oğuz Ç...in boğazına sarılarak yere yatırdığı,** bu duruma müdahale eden katılan Onur Y...na bıçak çıkartıp, savurduğu olayda; sanığın eyleminin bir bütün halinde tek yağmaya teşebbüs suçunu oluşturduğu düşünülmeden, yazılı şekilde uygulama yapılması, **Y.6.CD. 19/12/2018, 2016/2347-2018/8072;** Sanığın haksız bir menfaat temin etmek amacıyla 2010 yılı Ocak ayı başlarında gündüz saat 07.45 sıralarında, yakınanın evinin önünde park halinde duran aracına "Kardeşim, adam gibi paramı ver, akıllı ol, uğraştırma beni, bu saatten sonra benimle dans edemezsin, ilk gördüğüm yerde paramı hazır etsen iyi olur, ben diyeceğimi dedim, gerisini paşa gönlün bilir" yazılı notu bıraktığı, yakınanın sanık ile irtibata geçmemesi üzerine, **sanığın özgülediği kastına ulaşabilmek için 10.02.2010 günü mağdurun sevk ve idaresinde seyir ettiği aracına ormanlık alandan av tüfeği ile ateş edip kaçtığı olayda;** sanığın belli bir parayı elde etme kastıyla gerçekleştirdiği eylemlerinin bir bütün halinde tek yağmaya teşebbüs suçunu oluşturduğu gözetilmeden, yağmaya teşebbüs yanısıra silahlı tehdit suçundan da hüküm kurularak yazılı şekilde uygulama yapılması, **Y.6.CD. 05/12/2018, 2016/1068-2018/7620;** Oluş ve dosya içeriğine göre; sanık Temel T....'in, gelini mağdur Elif T....'in kardeşinin kendisine 4.000,00 TL borcu olduğu **iddiasıyla hem gelininden hemde gelininin babası katılan Ali Y...den tehdit yolu ile sözkonusu parayı talep ettiği olayda, sanığın özgülediği kastının** 4000,00 TL'yi almaya yönelik olması karşısında; sanığın eylemleri bir bütün halinde tek yağma suçunu oluşturduğu düşünülmeden yerinde ve yeterli olmayan gerekçeyle yazılı şekilde hüküm kurulması, **Y.6.CD. 13/03/2018, 2015/4187-2018/1726**

Bazı durumlarda da, fail önce mağduru basit şekilde yaralamakta, daha sonra da başka şekilde, örneğin silahla yaralamaya çalışmaktadır. Bu durumda, tamamlanmış suçtan mı teşebbüs aşamasında kalmış suçtan mı ceza verilecektir, yoksa fikri içtima mı uygulanacaktır? Özel Dairelerin uygulamalarında failin tamamlanmış yaralama ve teşebbüs halinde kalmış silahla yaralama fiillerinin olduğu(fail, mağduru önce yaralayıp, daha sonra da silahtan sayılan bir aletle yaralamaya teşebbüs eder) araya zaman girmedeği hallerde tamamlanmış silahla yaralamadan hüküm kurulması yönünde kararları mevcuttur.^{123,124} Yargıtay'ca failin aynı suç işleme kastıyla, aynı olayın devamında ve çok kısa zaman aralığı içerisinde gerçekleştirdiği basit yaralama ve silahla yaralamaya teşebbüs eylemlerinin tek suç oluşturacağı, eylemlerin bölünemeyeceği bütünlük arz eden bu eylemler nedeniyle sadece tamamlanmış basit yaralama suçundan cezalandırılıp, silah nedeniyle ayrıca artırımı gidilmesi gerektiği kabul edilmektedir.¹²⁵

123 Sanık Nuri'nin savunmasına, mağdur anlatımına, mağdurun adli raporu içeriğine göre, sanığın mağdur Veli'ye tekme atmak suretiyle basit tıbbi müdahale ile giderilemeyecek nitelikte yaraladığı ve jilet ile mağdura vurmaya çalıştığı anlaşılmalı, sanığın eylemlerinin bir bütün halinde 5237 sayılı TCK'nin 86/2 ve 86/3-e maddeleri kapsamındaki tek suçu oluşturup eylemlerin bölünemeyeceği ve sanık hakkında tamamlanmış silahla basit kasten yaralama suçundan ceza tayin edilmesi gerekeceğinin gözetilmeden yazılı şekilde sanık Nuri hakkında iki suçtan hüküm kurulması, 3.CD., 23/01/2017, 3719/468; Müştekiye karşı silahsız bir biçimde kırık oluşacak nitelikte kasten yaralama eylemini gerçekleştiren sanığın, hemen ardından müşterkiye karşı havalı tüfekle ateş ederek müşterkinin tekrar yaralanmasına sebebiyet verdiği olayda, eylemini araya fasıla girmeden gerçekleştiren sanık hakkında 5237 sayılı TCK'nin 86/1-3-e,87/3 maddeleri birlikte uygulanarak hüküm kurulması gerektiğinin gözetilmemesi, 3.CD., 26/12/2016, 899/21234; Sanık savunmasına, mağdur anlatımına, mağdurun adli raporu içeriğine ve tüm dosya kapsamına göre, sanığın olay tarihinde ele geçirilemeyen bir kemer ile mağdura vurmaya çalıştığı, kemerin mağdura isabet etmediği, sanığın elindeki kemerin alınması üzerine sanığın mağdura yumruk atmak suretiyle basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek nitelikte yaraladığı anlaşılmalı, sanığın mağdura yönelik vurmak için önce kemer kullanması, kemerin isabet etmemesi üzerine bu kez de yumruk atıp yaralaması şeklindeki eylemlerinin bir bütün halinde 5237 sayılı TCK'nin 86/2 ve 86/3-e maddeleri kapsamındaki tek suçu oluşturup eylemlerin bölünemeyeceği ve sanık hakkında tamamlanmış silahla basit kasten yaralama suçundan ceza tayin edilmesi gerektiği düşünülmeden, eylemin silahla basit kasten yaralamaya teşebbüs ve basit yaralama suçlarını oluşturduğunun kabulü ile yazılı şekilde sanığın ayrı ayrı iki defa cezalandırılması, 3.CD., 11/04/2016, 31581/9023

124 ARTUÇ, Mustafa **Kişilere Karşı Suçlar**, 2. Baskı, Adalet 2018, s.440

125 Mağdur Ramis'in aşamalarındaki ifadelerinde, sanığın, kendisini eliyle yaraladıktan sonra mutfağa giderek bıçak aldığını ve üzerine yürüdüğünü, Cengiz'in bıçağı düşürmek için sanığın eline vurduğunu beyan etmesi ve soruşturma ifadesi okunup sorulduğunda da, sanığın bıçakla vurmak için üzerine yürüdüğünü belirtmesi karşısında, sanığın mağdurun üzerine elinde bıçakla yürümesi eylemindeki kastının yaralama mı yoksa tehdit mi olduğunun yöntemince tartışılması, yaralama kastı ile hareket ettiğinin kabulü halinde, sanığın aynı suç işleme kastıyla, aynı olayın devamında ve çok

SONUÇ

TCK'da fiil kavramının hareketi ifade etmek üzere kullanıldığı kimi maddelerin metin ve gerekçelerinden de açıkça anlaşılmaktadır. Bu bağlamda, 44. maddenin gerekçesinde verilen örneklerden fiilden maksadın hareket olduğu anlaşılmaktadır. Fiilin, neticeyi kapsamadığı Kanunun 8. maddesinde de açıkça ifade edilmiştir. Nitekim bu düzenlemede de fiilin işlenmesi veya neticenin gerçekleşmesinden bahsedilerek fiil ile neticenin birbirlerinden farklı olduklarına dikkat çekilmiştir. Kanunun bu düzenlemelerine göre işlenen bir fiilin tek olup olmadığı değerlendirilmesi yapılırken neticeye bakılmayacak ve yalnızca işlenen hareketin dikkate alınması yeterli olacaktır.

kısa zaman aralığı içerisinde gerçekleştirdiği basit yaralama ve silahla yaralamaya teşebbüs eylemlerinin tek suç oluşturacağı, bütünlük arz eden bu eylemler nedeniyle sadece tamamlanmış basit yaralama suçundan cezalandırılıp, silah nedeniyle ayrıca artırımı gidilmesi gerektiği gözetilmeden, yetersiz gerekçeyle her iki suçtan ayrı ayrı hükümler kurulması, Y.4.CD. 18/03/2019, 2014/47523-2019/4405; Sanığın, olay günü kardeşini eliyle vurarak yaraladığı, daha sonra katılanın sanığa bıçak çekip kaçtığı, sanığında kardeşi olan katılanı yaralama kastı anlaşılmakla, mahkemece sanık hakkında tamamlanmış yaralama suçundan TCK'nin 86/2, 86/3-a, 29, 62 ve 52. maddeleri gereğince mahkumiyetine karar verildiği, aynı anda gerçekleştiği iddia olunan bıçakla yaralamaya teşebbüsten beraat kararı verilmişse de, aynı suç işleme kastıyla, aynı anda ve çok kısa zaman aralığı içerisindeki hareketlerinin, tek suç oluşturacağı, sanığın tamamlanmış yaralama eyleminden dolayı bir defa cezalandırılması gerekirken, sanık hakkında bir eyleminden dolayı yazılı şekilde hem mahkumiyet hem de beraatine karar verilmesi suretiyle çelişkiye neden olunması, Y.3.CD. 25/03/2019, 2018/6456-2019/6246; Mağdurların ve tanıkların anlatımına, mağdurların adli raporları içeriğine, mahkemenin kabulüne ve tüm dosya kapsamına göre, sanığın mağdur eşi Yıldız'ı saçını çekmek suretiyle basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek nitelikte yaraladığı ve eşine silah ile ateş ettiği ancak isabet ettiremediği anlaşılmakla, bir bütün halinde 5237 sayılı TCK'nin 86/2 ve 86/3-a-e maddeleri kapsamındaki tek suç oluşturup eylemlerin bölünemeyeceği ve sanık hakkında tamamlanmış silahla basit kasten yaralama suçundan alt sınır aşılmak suretiyle ceza tayin edilmesi gerektiği düşünülmeden, sanık hakkında hem basit yaralamadan hem de silahla basit yaralamaya teşebbüsten hüküm kurulması suretiyle sanığın iki kez cezalandırılması, Y.3.CD. 24/05/2018, 2017/13175/-2018/9671 Sanık savunmasına, mağdur anlatımına, mağdurun adli raporu içeriğine ve tüm dosya kapsamına göre, sanığın mağduru taş ile vurma suretiyle basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek nitelikte yaraladığı ve bıçak ile mağduru kovaladığı anlaşılmakla, bir bütün halinde 5237 sayılı TCK'nin 86/2 ve 86/3-e maddeleri kapsamındaki tek suç oluşturup eylemlerin bölünemeyeceği ve sanık hakkında tamamlanmış silahla basit kasten yaralama suçundan alt sınır aşılmak suretiyle ceza tayin edilmesi gerektiği düşünülmeden, sanık hakkında hem silahla yaralamadan hem de silahla yaralamaya teşebbüsten hüküm kurulması suretiyle sanığın iki kez cezalandırılması, Y.3.CD. 02/05/2018, 2017/13015/-2018/8114



KAYNAKLAR

- ARTUÇ Mustafa, **Kişilere Karşı Suçlar**, 2. Baskı, Adalet 2018
- ARTUK Mehmet Emin/ GÖKCEN Ahmet, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 11. Bası, Adalet, 2017
- AKBULUT Berrin, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 4. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017
- BİRTEK Fatih, Dilencilik Suçu, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 5, Sayı: 2, Yıl: 2014
- ÇETİNTÜRK Ekrem, Farklı Neviden Fikri İctimanın Ceza Adaletine Zarar Veren Sonuçlarına İlişkin Değerlendirmeler, **Yargıtay Dergisi**, Cilt: 45, Sayı: 1, Ocak 2019
- DEMİREL Muhammed, **Karar Analizi Tehlike Suçları - Zarar Suçları Arasındaki İlişkinin İctima Kuralları Kapsamında Değerlendirilmesi**, İÜHF M C. LXXI, S.1, s.1479-1488, (2013),
- DOĞAN Koray, Tehlike Suçu İle Zarar Suçu Arasındaki Suçların İctimai Sorunu, **TAAD**, Yıl:5, Sayı: 16(Ocak 2014)
- ELMAS Birsen, **Uyuşturucu ve Uyarıcı Madde Suçları**, Adalet Yayınevi 3. Baskı, Ankara 2018
- HAFIZOĞULLARI Zeki/ ÖZEN Muharrem, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Topluma Karşı Suçlar**, US-A Yayıncılık, 3.Bası(Tıpkı Basım), Ankara 2017,
- İÇEL Kayıhan, **Suçların İctimai**, İstanbul, 1972
- İÇEL Kayıhan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 4. Bası, Beta 2017
- KOCA Mahmut, **Fikri İctima**, CHD, Ağustos 2007
- KOCA Mahmut/ÜZÜLMEZ İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10.Bası, Seçkin Yayınevi, 2017
- MERKİ Duygu, **Bileşik Suç**, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2009
- ÖZBEK Veli Özer/KANBUR Mehmet Nihat/DOĞAN, Koray/ BACAKSIZ, Pınar/TEPE, İlker, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 8. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2017
- ÖZBEK Veli Özer/KANBUR Mehmet Nihat/DOĞAN Koray/ BACAKSIZ Pınar/TEPE İlker, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 8. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2015
- ÖZGENÇ İzzet, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14. Bası, 2018
- TEZCAN Durmuş/ERDEM Mustafa Ruhan/ÖNOK Murat, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 15. Baskı, Ankara, Seçkin, 2017

YAPAY ZEKÂNIN OTONOM DAVRANIŞLARINDAN KAYNAKLANAN HUKUKÎ SORUMLULUK

(Legal Liability Arising From Autonomous Behavior Of Artificial Intelligence)

Dr. Öğr. Üyesi Sinan Sami AKKURT¹

ÖZ

Yapay zekâ, insanların sergilediği doğal zekânın aksine, etkileşimli makineler yahut bilişim sistemleri tarafından gösterilen akıl yürütme, yargılama ve sonuç çıkarma yeteneği olarak ifade edilmektedir. Her geçen gün yapay zekâ uygulamalarının kullanım alanlarının gösterdiği yaygınlık çerçevesinde, bunların birbirleriyle ve/ veya insanlarla girdiği etkileşimler neticesinde zarara sebep olma olasılıkları da aynı oranda artış göstermektedir. Yapay zekânın otonom karar ve eylemleriyle neden olduğu zararlardan kaynaklanan özel bir sorumluluk rejimi henüz ihdas edilmiş değildir. Dolayısıyla adı geçen zararlar hakkında pozitif hukuk kurallarının hangilerinin ne şekilde uygulanacaklarının tespiti, çalışmanın konusunu oluşturmaktadır. Diğer taraftan mukayeseli hukukta konu hakkında kimi gelişmeler ve önerilere rastlanmaktadır. Çalışmada, yapay zekânın otonom davranışlarıyla neden olduğu zararlardan doğan sorumluluğa ilişkin pozitif hukuk düzenlemelerinin yanı sıra, anılan güncel gelişme ve önerilere de medenî hukuk çerçevesinden bakılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Yapay zekâ, sorumluluk, robot hukuku, robotik, kusursuz sorumluluk, bilişim hukuku

ABSTRACT

Artificial intelligence is expressed as the ability of reasoning, judgment and conclusion shown by interactive machines or information systems as opposed to the natural intelligence exhibited by people. With the expansion of artificial intelligence applications, the possibility of machines to harm people also increases. A special responsibility regime has not yet been established due to the damages caused by the autonomous decisions and actions of artificial intelligence. Therefore, the subject of the study is to determine the positive legal rules about the mentioned damages. On the other hand, in comparative law, there are some developments and suggestions on the subject. In this study, in addition to the positive legal arrangements

¹ Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı, samiakkurt@gmail.com

related to the damages caused by the autonomous behaviors of artificial intelligence, the current developments and suggestions are examined from the point of civil law too.

Keywords: Artificial Intelligence, Liability, Robot Law, Robotics, Imperative Liability, IT Law

GİRİŞ

Teknolojik gelişmeler karşısında artık sadece bilişim alanında değil, bankacılık, finans, iletişim, haberleşme, internet, meteoroloji, alışveriş, otomotiv, sanayi, robotik, sağlık gibi pek çok alanda² uygulanabilirliği artmış bulunan yapay zekâ uygulamaları, hukukî meseleleri ve bu çerçevede ihdas edilme gerekliliği arz eden düzenlemeleri de beraberlerinde getirmektedir. Zira anılan ve benzer tüm alanlarda önceden insanda bulunan otonom karar verme ve bu kararları icra etme kabiliyetinin ve yetkisinin kısmen de olsa makinelere devri, gündelik hayatta makinelerce³ ika edilecek zararlar karşısında ortaya çıkacak sorumluluğun insanlar tarafından ne şekilde üstlenileceği ve paylaşılacağı sorusuna zemin hazırlamaktadır. Dolayısıyla bu çalışmada, genel olarak ilgili kavramlar ortaya koyulduktan sonra hukukî anlamda yapay zekâyâ ilişkin mevcut, benzer veya ihdas edilmesi önerilen özgün hukukî müesseseler tartışılarak, özellikle yapay zekâyı haiz makinelerce neden

2 Yapay zekâ araştırmalarının geleneksel amaçları akıl yürütme, bilgi sunumu, planlama, öğrenme, dil işleme, algı ve nesnelere tanıma, taşıma ve manipüle etme gibi becerilere yöneliktir. Yaklaşımlar arasında istatistiksel yöntemler, hesaplamalı zekâ ve geleneksel algoritma tabanlı yapay zekâ yöntemleri bulunmaktadır. Yapay zekâda arama, matematiksel optimizasyon, yapay sinir ağları, istatistik, olasılık ve finansal yöntemler de dahil olmak üzere birçok araç kullanılmaktadır. Yapay zekâ alanı çoğunlukla, bilgisayar bilimi, bilgi mühendisliği, sağlık, otomotiv, finans ve ekonomi, video oyunları yahut (satranç ve Go gibi) stratejik oyunlarda insanla üst düzeyde rekabet etme, askeri alanlar, denetim, reklamcılık, matematik, psikoloji, dil bilimi, felsefe ve hatta sanatın yanı sıra diğer pek çok sosyal bilim üzerinde de durmaktadır. Ayrıca kimi yapay zekâ uygulamaları insan konuşmalarını başarıyla anlama, bağımsız çalışan arabalarda, içerik dağıtım ağlarında, internette ve askeri simülasyonlarda akıllı yönlendirmeler de gerçekleştirebilmektedirler. Konu hakkında daha kapsamlı bilgi için bkz., RUSSELL, Stuart J. / NORVIG, Peter: **Artificial Intelligence: A Modern Approach**, 3rd ed., New Jersey 2009; KURZWEIL, Ray: **The Singularity Is Near: When Humans Transcend Biology**, United Kingdom 2006. Ayrıca bkz., SCHANK, Roger C.: **“Where’s the AI”**, AI Magazine. Vol. 12, Issue 4, 1991, p. 38.

3 Yapay zekâ kullanımı illa ki “robot”, “android” gibi cismanî varlık arz eden makinelere ihtiyaç duymaz. Cismanî varlık arz eden makinelerin yanı sıra “bot” adı verilen ve cismanî / fizikî varlık arz etmeyen yazılım yahut sistemlerle de yapay zekâ kullanılması mümkündür. Konu hakkında detaylı bilgi için genel olarak bkz., ERSOY, Çağlar: **Robotlar, Yapay Zekâ ve Hukuk**, İstanbul 2018; BOZKURT – YÜKSEL, Armağan E.: **“Robot Hukuku”**, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Yıl 7, S. 29, 2017, s. 85 vd..



olunan zararlar karşısındaki sorumluluğa dair sorulara medenî hukuk penceresinden kimi yaklaşımlar getirilmeye gayret edilecektir.

I. GENEL OLARAK YAPAY ZEKÂ KAVRAMI

“Zekâ” kavramı Türk Dil Kurumu Büyük Türkçe Sözlük’te “İnsanın düşünme, akıl yürütme, objektif gerçekleri algılama, yargılama ve sonuç çıkarma yeteneklerinin tamamı” şeklinde tanımlanmaktadır⁴. “Yapay zekâ – Artificial Intelligence (AI)” ise bilgisayar bilimlerinde, genel olarak insanların sergilediği doğal zekânın aksine, makineler yahut bilişim sistemleri tarafından gösterilen zekâ (akıl yürütme, yargılama ve sonuç çıkarma yeteneği) olarak ifade edilmektedir⁵. Bu çerçevede yapay zekâ, otonom (özerk) bir sistemin dış verileri doğru şekilde yorumlayabilme, bu tür verilerden çıkarımlar yaparak öğrenebilme ve öğrendiklerini esnek bir uyarılama yoluyla belirli hedeflere ve görevlere ulaşmak için kullanabilme becerisi olarak tanımlanabilir⁶. Bu doğrultuda “yapay zekâ” terimi, çoğu zaman bir makinenin yahut bilişim sisteminin, “öğrenme”, “yorumlama” ve “problem çözme” gibi insan zihniyle doğrudan ilişkilendirilen bilişsel işlevleri taklit etmesi durumunda kullanılmaktadır⁷.

Kaplan ve Haenlein, yapay zekâyı üç farklı çalışma sistemine göre sınıflandırır: “analitik”, “insandan ilham alan” ve “insansı” yapay zekâ⁸.

Bu çerçevede “analitik yapay zekâ”, gelecekteki kararlarını bildirmek için geçmiş verilere ve istatistiksel deneyimlere dayanan, bu yolla öğrenerek mevcut verisini otonom olarak sürekli güncelleyen ve algoritmik yorumlar yaparak bu mevcut veriyi esnekçe kullanabilen yapay

4 Bkz. TDK. Büyük Türkçe Sözlük, “Zekâ”, <http://tdk.gov.tr> (ET. 27.12.2018).

5 Bkz. Wikipedia - The Online Encyclopedia, “Artificial Intelligence”, https://en.wikipedia.org/wiki/Artificial_intelligence (ET. 27.12.2018).

6 KAPLAN, A. / HAENLEIN, M.: “Siri, Siri in my Hand, who’s the Fairest in the Land? On the Interpretations, Illustrations and Implications of Artificial Intelligence”, **Business Horizons**, Vol. 62, Issue 1, 2018, pp. 15 – 25, p. 17. Diğer tanımlar için bkz., GARDNER, Howard E.: **Intelligence Reframed: Multiple Intelligences for the 21st Century**, Cambridge 1999, p. 33; McCarthy et al., 1955; MCCARTHY, J. / MINSKY, M. L. / ROCHESTER, N. / SHANNON, C. E.: “A Proposal for the Dartmouth Summer Research Project on Artificial Intelligence”, 1955, <http://www-formal.stanford.edu/jmc/history/dartmouth/dartmouth.html> (ET. 27.12.2018); MINSKY, M.L.: **Semantic Information Processing**, Cambridge 1968, p. 5; SAARIKKO, T. / WESTERGREEN, U.H. / BLOMQUIST T.: “The Internet of Things: Are you ready for What’s Coming?”, **Business Horizons**, Vol. 60, Issue 5, 2017, pp. 667-676, p. 669; KROTOV, V.: “The Internet of Things and New Business Opportunities”, **Business Horizons**, Vol. 60, Issue 6, 2017, pp. 831-841, p. 834; LEE, I.: “Big data: Dimensions, Evolution, Impacts, and Challenges”, **Business Horizons**, Vol. 60, Issue 3, 2017, pp. 293-303.

7 Genel olarak bkz., RUSSELL, Stuart J. / NORVIG, Peter: **Artificial Intelligence: A Modern Approach**, 3rd ed., New Jersey 2009.

8 KAPLAN / HAENLEIN, p. 18.

zekâ türüdür. Bu tür yapay zekânın çalışma prensibi “makine öğrenmesi – *machine learning*” olarak da adlandırılmaktadır⁹. Zira bu hâlde makine, çevresinden topladığı verilerle öğrenme faaliyeti gerçekleştirmekte ve zaman içerisinde hafızasındaki veriler arttıkça performans artışı göstermektedir. Örneğin hava tahminlerinde kullanılan yapay zekâ yahut satranç, Go gibi oyunlarda insanla üst düzeyde rekabet edebilen yapay zekâ örnekleri bu kategoride değerlendirilir.

“İnsandan ilham alan yapay zekâ”, karar verme süreçlerinde algoritma gibi bilişsel unsurların (IQ.) yanı sıra duygusal (EQ.) zekânın unsurlarını da içerir; en azından tespit ettiği haricî duygusal verileri otonom kararlarında kullanabilir¹⁰. Aslında günümüz “*web 2.0*” internet altyapısının bu prensibe yaklaşmaya çalıştığı söylenebilir. Şöyle ki bir *web 2.0* web sitesi, kullanıcıların pasif olarak yer aldığı ilk nesil *web 1.0* sitelerinin aksine, onların birbirleriyle etkileşimde bulunmalarına ve işbirliği yapmalarına, böylelikle içeriği hatta “büyük veri”yi (*big data*’yı) beraberce oluşturmalarına olanak sağlamaktadır. Bu yolla ve elbette kullanıcı davranışlarıyla oluşan büyük veri (*big data*), yapay zekâ tarafından kullanıcı tercihlerini tespit etmekte ve her kullanıcı bakımından özel olarak içerik belirlenmesi ve sunulmasında kullanılmaktadır. Örneğin bir kişinin sıklıkla kullandığı bağlantılardan, onun kullanım alışkanlıkları, genel kişisel eğilimleri, alışveriş tercihleri, ilgi alanları, hatta duygu – durumuna ilişkin saptamalar yapılarak kimi veriler toplanmakta ve tercihlerine, eğilimlerine, duygu – durumuna uygun içerikle (haberle, reklâmla, ürünle, hatta sosyal medya kişisiyle) karşılaşması sağlanabilmektedir¹¹.

9 Ayrıntılı bilgi için bkz., BISHOP, C. M.: *Pattern Recognition and Machine Learning*, Springer 2006; Arthur, Samuel: “Some Studies in Machine Learning Using the Game of Checkers”. **IBM Journal of Research and Development**, Vol. 3, Issue 3, 1959, pp. 210–229; ZHANG, J. / ZHAN, Z./ LIN, Y. / CHEN, N. / GONG, Y. / ZHONG, J. / CHUNG, H. / LI, Y. / SHI, Y.: “Evolutionary Computation Meets Machine Learning: A Survey”, **Computational Intelligence Magazine**, Vol. 6, Issue 4, 2011, pp. 68–75.

10 Bu teknoloji “*derin öğrenme – deep learning*” olarak da adlandırılmaktadır. Açıklama için bkz., Bak, Başak: Medenî Hukuk Açısından Yapay Zekânın Hukukî Statüsü ve Yapay Zekâ Kullanımından Doğan Hukukî Sorumluluk, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Yıl 9, S. 35, Temmuz 2018, s. 213. Ayrıca bkz. a.g.e, dn. 4.

11 “*Web 2.0, O’Reilly Media tarafından 2004’te kullanılmaya başlanan bir sözcüktür ve ikinci nesil internet hizmetlerini – toplumsal iletişim sitelerini, vikileri, iletişim araçlarını ve folksonomileri – yani internet kullanıcılarının ortaklaşa ve paylaşarak yarattığı sistemi tanımlar.*”, (Wikipedia Online Encyclopedia, *naklen*, E.T. 27.12.2018). Tim O’Reilly de web 2.0’in amacının, “bilgisayar endüstrisinde internetin bir düzlem olarak ilerlemesiyle bir işletme devrimi ve bu düzlemin kurallarını başarı için anlamaya çalışmaktır. Bu kurallar arasında başlıcası şudur: Ağ etkilerini daha çok insanın kullanabilmesi için programlar kurmak.” olduğunu ifade etmektedir. Bkz., O’REILLY, Tim: *What Is Web 2.0 – Design Patterns and Business Models for The Next Generation*, CA, 2005, p. 9 vd. Ayrıca Web 1.0 ile web 2.0 teknolojileri arasındaki farklar hakkında ayrıntılı bilgi



Her kullanıcıdan toplanan bu veriler ise makro ölçekte “büyük veri – *big data*” olarak adlandırılmakta ve genel hafıza olarak yapay zekânın hizmetine (yorum ve otonom kararlarına) sunulmaktadır.

“İnsansı yapay zekâ”, ise bilişsel ve duygusal işlevlerin yanı sıra diğer türdeşleriyle yahut insanlarla otonom olarak etkileşime girebilen ve bu yönüyle sosyal zekâ özelliklerini de gösteren yapay zekâ türüdür¹². Bu kategoride olmak üzere, otonom olarak diğer araçlarla (birbirleriyle) etkileşime geçerek trafikte uyum içerisinde seyredebilmeleri yönünde geliştirilmeye devam edilen sürücüsüz arabalar yahut tek bir organizma veya bir sosyal topluluk gibi beraberce hareket edebilen (etkileşimli) askerî, tıbbî, endüstriyel robotlar / botlar, günümüz sosyal hayatında mevcudiyet arz etmeye çok da uzak görünmemektedirler.

II. GENEL OLARAK YAPAY ZEKÂNIN SEBEP OLABİLECEĞİ SORUNLAR

Yapay zekânın pek çok amaç için üretilmeye ve kullanılmaya başlanmasıyla birlikte, türdeşleriyle yahut insanlarla girdiği etkileşimlerden zararlı neticeler ortaya çıkması ihtimâli gün geçtikçe kaçınılmaz hâle gelmektedir. Bu çerçevede yapay zekâ, otonom karar ve davranışları neticesinde *hayat, beden tamlığı, sağlık, özel yaşamın gizliliği, kişisel veriler, şeref ve haysiyet* gibi kişilik hakkı kapsamındaki kişisel değerleri ihlâl edebileceği gibi kimi etik ve ekonomik hataları neticesinde manevî ve maddî zarara da neden olabilir.

Örneğin askerî amaçlı yapay zekânın, özellikle robotiğin otonom kararları ile *hayat* hakkını sonlandırması¹³ yahut *sağlık* ve/ veya *beden tamlığına* zarar vermesi, son yıllarda çokça tartışılan hususlardandır. Aynı risk tıbbî amaçlı hatta ve hatta sürücüsüz arabaların yanlış kararları dolayısıyla trafik kazasına sebep olmaları örneğinde olduğu gibi otomotiv amaçlı yapay zekâ örnekleri bakımından da geçerlidir. Gözetleme ve güvenlik amaçlı yapay zekânın, örneğin otonom gözetleme yapması öngörülen bir *drone*'un yahut algılayıcı yapay zekâ sisteminin, kaydettiği verileri bir şekilde ifşa ve özel yaşamın gizliliğini ihlâl etmesi pek tabii mümkündür. Elektronik alışverişte yahut bankacılık sektöründe

için bkz., VURAL, Z. B. Akıncı / BAT, Mikail: “Yeni Bir İletişim Ortamı Olarak Sosyal Medya: Ege Üniversitesi İletişim Fakültesine Yönelik Bir Araştırma”, Journal of Yasar University, Vol. 20, Issue 5, 2010, p. 3354 vd.; KARA, Tolga: *Sosyal Medya Endüstrisi*, Bası 1, İstanbul 2013, s. 30 vd. Ayrıca bkz., *a.g.e.*, s. 32, Tablo: 1.1.

12 KAPLAN / HAENLEIN, p. 18 – 19.

13 Amerika Birleşik Devletlerinde bir robot tarafından öldürülen kişinin ailesine 10 milyon dolarlık tazminat ödenmesine hükmedilen bir örnek hakkında bkz., SAWYER, Robert J.: “Robot Ethics”, Science, Vol. 318, Issue 5853, 2007, pp. 1037.

kullanılan yapay zekânın kişisel verileri deşifre etmesi hâlinde de kişilik hakkının ihlâli ve büyük ölçüde manevî / ekonomik (maddî) zararlar ortaya çıkabilir.

Yapay zekânın tümüyle otonom (özerk) hâle getirilip getirilmemesi, bunun davranışlarının nasıl yönetileceği ve buna ne kadar serbestî tanınacağı meselesi “yapay zekâ ve/ veya robot etiği” olarak adlandırılmaktadır. Dolayısıyla son zamanlarda, olası zararların önüne geçilebilmesi amacıyla doğru ve yanlış kavramlarını öğrenebilen, kararlarında ahlakî ve etik öğeleri de nazara alabilen yapay zekâ üretme çalışmalarına önem verildiği ifade edilmektedir¹⁴.

III. YAPAY ZEKÂNIN HUKUKÎ KONUMU

Sorumluluktan bahsedilebilmesi için öncelikle hak ve borçlara ehliyetin, yani kişiliğin varlığı şarttır. Başka bir deyişle yapay zekânın otonom karar ve fiilleriyle neden olduğu zararlardan bizatihi onu sorumlu tutabilmek için, yapay zekâyâ her şeyden önce Türk Medenî Kanunu anlamında bir kişilik bahşedilmiş olması gereklidir¹⁵. Türk pozitif hukukunda yapay zekâyâ bu nitelikte bir statü bahşedilmemiş olduğundan, otonom davranışlarından bizatihi sorumlu olmasından bahsedilmesi de mümkün bulunmamaktadır.

Ancak yapay zekânın hukukî konumu/ statüsü hakkında doktrinde kimi görüş ve/ veya önerilere rastlanmaktadır. Bunlar genel olarak “eşya”, “köle”, “tüzel kişi” ve “elektronik kişi” yaklaşımları olarak sıralanabilir.

“Eşya yaklaşımı” uyarınca yapay zekâ, bir hak süjesi olarak değil, yalnızca üzerinde hukukun kişilik bahşettiği süjelerin (kişilerin) mülkiyet haklarının cereyan edeceği bir obje olarak değerlendirilmektedir¹⁶. Ancak

14 MCDONALD, Coby, “The Good, The Bad and The Robot: Experts are Trying to Make Machines be Moral”, California Magazine/ Just In, <http://alumni.berkeley.edu/california-magazine/just-in/2015-06-08/good-bad-and-robot-experts-are-trying-make-machines-be-moral> (ET. 28.12.2018).

15 TMK. anlamında kişiler “gerçek kişiler (m.9 vd.)” ve “tüzel kişiler (m.56 vd., m.101 vd.)” olarak sayılmıştır. Doktrinde gerçek kişilerin sadece insanlardan müteşekkil olacağı noktasında tartışma bulunmamaktadır. Tüzel kişiler ise en genel tanımıyla belirli bir amaca özgülümlenmiş kişi yahut mal toplulukları olup, bunların da kimi bazı farklarla gerçek kişiler gibi hak ve borçlara ehil kabul edilmeleri ve hukuka aykırı fiillerinden de şartları dâhilinde bizzat sorumlu oldukları prensibi benimsenmiştir. Detaylı açıklamalar için genel olarak bkz., OĞUZMAN, M. K. / SELİÇİ, Ö. / OKTAY – ÖZDEMİR, S.: **Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)**, Bası 17, İstanbul 2018; HATEMİ, Hüseyin: **Kişiler Hukuku**, Bası 7, İstanbul 2018; Ayan, M. / Ayan N.: **Kişiler Hukuku**, Bası 8, Ankara 2016; AKİPEK, J. / AKINTÜRK, T. / ATEŞ, D.: **Türk Medenî Hukuku – Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku**, C. I, Bası 14, İstanbul 2018; DURAL, M. / ÖĞÜZ, T.: **Türk Özel Hukuku – Kişiler Hukuku**, C. II, İstanbul 2018.

16 Görüş hakkında bkz., ALEXANDRE, Filipe M.: **The Legal Status of Artificially**



bu yaklaşım, yapay zekânın sıradan bir eşya olmadığı, bilişsel yetenekleri dolayısıyla belki insanın dahi öngöremeyeceği kimi zararlara neden olma potansiyeli bulunduğu, bu nedenle klasik eşya hukuku kurallarına göre değerlendirilmesinin sorumluluk anlamında yetersiz kalabileceği noktalarında eleştirilmektedir¹⁷.

Yapay zekânın alelade bir eşya olarak görülmemesi gerektiği ancak buna eşya statüsünden tümüyle farklı bir statü verilmesinin de isabetli olmayacağını savunan diğer yaklaşım ise yapay zekânın “köle” niteliğinde değerlendirilmesini ileri sürmektedir¹⁸. Ancak bu görüş, çağdaş hukuk sistemlerinde kölelik şeklinde bir statünün artık bulunmadığı, bu yaklaşımın yapay zekâyı aslında yine eşya statüsünde ve fakat politik anlamda daha sıkıntılı bir ifadeyle dile getirmekten ibaret olduğu noktasında eleştirilmektedir¹⁹.

“Tüzel kişilik” görüşü ise eşya ve köle görüşlerini reddetmekte, yapay zekânın niteliği gereği kişi olarak değerlendirilmesinin isabetli olacağını ancak “epistemolojik ve ontolojik sebeplerle” gerçek kişi olarak değil ve fakat tüzel kişi niteliğinde değerlendirilmesinin akla daha yakın olacağını ileri sürmektedir²⁰. Zira bu görüş taraftarlarınca yapay zekâ ile onu yaratan ve/ veya yöneten kişi arasında dernek ve dernek yönetim kurulunu andırır bir ilişki olduğu ifade edilmektedir. Teknik anlamda dernek belirli sayıda kişinin “kazanç paylaşma dışında belirli ve ortak bir amacı gerçekleştirmek üzere bilgi ve çalışmalarını sürekli olarak birleştirmek suretiyle oluşturdukları” topluluklara verilen addır (TMK.m.56). Bu yasal tanım mucibinde dernek unsurlarına bakıldığında “ortak amaçtan” bahsedilmektedir. Yapay zekâ ile onu yaratan/ yöneten kimsenin ortak bir amaçları olacağından bahsetmek teknik anlamda mümkün değildir. Bu yönüyle yapay zekâ ile onu yaratan/ yöneten kişilerin dernek ile dernek yönetim kuruluna benzediklerini düşünmek tutarlı görülmemektedir. Ayrıca yapay zekâya kişilik bahşedilmesi, otonom fiillerinden onu bizzat sorumlu tutmak sonucunu doğurur ki bunun için yapay zekâya ayrı bir malvarlığı tahsis edilmesi de gündeme gelebilir. Bu ise derneğin “kazanç paylaşma dışında amaç” unsurunu bertaraf edebileceği gibi, yapay

Intelligent Robots – Personhood, Taxation and Control, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi – *Tilburg University*), Danışman Prof. Dr. Erik VERMEULEN, Savunma Tarihi 12 Haziran 2017, p. 16.

17 BAK, s. 217.

18 Görüş hakkında bkz., BOZKURT – YÜKSEL, A. E. / BAK, B.: “Yapay Zekâ”, *Futurist Hukuk*, İstanbul 2018, s. 18; ALEXANDRE, p. 16 vd.

19 Bu yönde bkz., BAK, s. 219.

20 Bu yönde bkz., BAYRAMLIOĞLU, Emre: “Akıllı Yazılımlar ve Hukuki Statüsü: Yapay Zekâ ve Kişilik Üzerine Bir Deneme”, Uğur Alacakaptan’a Armağan, İstanbul 2008, s. 139; BAK, s. 219.

zekânın sadece sınırlı gruplarca ve belirli maddî düzeyin üzerindeki iş ve işletmelerde kullanılabilmesi sonucuna da yol açabilir. Ayrıca yapay zekâyâ tüzel kişilik ve ayrı malvarlığı ihdas ederek fiillerinden şahsi sorumluluğunu öngörmek, onun şahsına karşı açılacak olası dâvalarda temsil meselesini de beraberinde getirecektir. Dolayısıyla yapay zekâyâ öyle ya da böyle kişilik ve buna bağlı olarak ayrı malvarlığı ihdas etmektense, en azından sorumluluk bağlamında (aşağıda da tartışılacağı üzere) onu yaratan/ yönetenleri genel tehlike sorumluluğu hükümleri yahut sair kendine özgü kusursuz sorumluluk düzenlemeleri ile mesul tutmak daha tutarlı görülmektedir. Elbette bu fikir Türk pozitif hukuku bağlamında düşünülmektedir.

Mukayeseli hukuk bağlamında ise Avrupa Parlamentosu Hukuk İşleri Komisyonu tarafından 27 Ocak 2017 tarihli Robotikler Hakkında Medenî Hukuk Kuralları Tavsiye Raporu'nda²¹ (*Report with Recommendations to The Commission on Civil Law Rules on Robotics*)²² “**Elektronik kişi**” yaklaşımı ortaya atılmıştır. Komisyon, Raporun “Genel ilkeler – *General principles*” başlıklı bölümünde (yapay zekâyâ sahip) robotların özerkliğini “*dış kontrol veya etkiden bağımsız olarak karar alma ve dış dünyaya uygulama yeteneği*” olarak tanımladıktan sonra (APR.art.Z/ AA²³), bunlara ilişkin sorumluluk meselelerinin mevcut yasal kategoriler ışığında mı yoksa kendine özgü özellikleri ve sonuçları olan yeni bir kategori yaratılarak bu çerçevede mi çözümlenmesi gerektiğini tartışmış (APR.art.Z/ AC²⁴) ve yapay zekânın özerk kararlar alabildiği durumlarda geleneksel kuralların, yapay zekânın neden olduğu zararlar karşısındaki yasal sorumlulukların doğumunda yeterli olmayacağını öngörmüştür (APR.art.Z/ AF²⁵). Nitekim Komisyon, kendi değişken deneyimleriyle öğrenen, çevreleriyle benzersiz

21 Bundan böyle Avrupa Parlamentosu Raporu (APR.) olarak anılacaktır.

22 Bkz.,[http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/ATAG/2017/599250/EPRS_ATA\(2017\)599250_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/ATAG/2017/599250/EPRS_ATA(2017)599250_EN.pdf), (ET.28.12.2018).[http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A8-2017-0005+0+DOC+XML+V0//EN\(ET.28.12.2018\)](http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A8-2017-0005+0+DOC+XML+V0//EN(ET.28.12.2018)).

23 Paragrafın İngilizce metni “*whereas a robot's autonomy can be defined as the ability to take decisions and implement them in the outside world, independently of external control or influence; whereas this autonomy is of a purely technological nature and its degree depends on how sophisticated a robot's interaction with its environment has been designed to be;*” şeklindedir.

24 Paragrafın İngilizce metni “*whereas, ultimately, the autonomy of robots raises the question of their nature in the light of the existing legal categories or whether a new category should be created, with its own specific features and implications;*” şeklindedir.

25 Paragrafın İngilizce metni “*whereas in the scenario where a robot can take autonomous decisions, the traditional rules will not suffice to give rise to legal liability for damage caused by a robot, since they would not make it possible to identify the party responsible for providing compensation and to require that party to make good the damage it has caused;*” şeklindedir.



ve öngörülemeyen şekilde etkileşime geçen yeni nesil robotların (yapay zekânın) davranışlarındaki öngörülemezliğin, mevcut yasal düzenleme olan 85/374 EEC sayılı Direktif hükümleri çerçevesinde ancak belirli bir dereceye kadar tahlil ve hâledilebileceğini (APR.art.Z/ AI²⁶), bu nedenle konu hakkında etik kurallar öngören çerçeve bir tüzük ihdasının gerekliliğini ortaya koymuştur (APR.art.11²⁷). Bu çerçevede Komisyon, robotlar (yapay zekâ) hakkında (otonom kararlarından kaynaklanan sorumluluk açısından) kendine özgü bir “elektronik kişilik – *electronic personality*” yasal statüsünün ihdas edilmesini tavsiye etmiştir (APR. art.59/ f²⁸).

IV. SORUMLULUK

Yapay zekânın hukukî durumuna (statüsüne) ilişkin olarak bahsedilen görüşler, bunun otonom davranışlarından kaynaklanan sorumluluğun türünün ve kapsamının belirlenmesinde son derece önem arz etmektedir. Nitekim yapay zekâ eşya olarak kabul edildiğinde bunun fiillerinden kaynaklanan sorumluluğun üretici, kullanıcı ve/ veya işleyen tarafından üstlenilmesi; kişi olarak kabul edildiğinde ise belirli şartlarla şahsî sorumluluğunun düzenlenmesi (ve doğması) söz konusu olacaktır. Ancak sorumluluk süjesi kim olursa olsun öncelikle sorumluluğun türünün belirlenmesi önem arz etmektedir. Bu çerçevede aşağıda pozitif hukuk ile Avrupa Parlamentosu Hukuk İşleri Komisyonu’nun Robotikler Hakkında Medeni Hukuk Kurallarına İlişkin Raporunda konu hakkında tavsiye edilen olası müstakbel düzenlemelere değinilecektir.

26 Paragrafın İngilizce metni “*whereas, notwithstanding the scope of the Directive 85/374/EEC, the current legal framework would not be sufficient to cover the damage caused by the new generation of robots, insofar as they can be equipped with adaptive and learning abilities entailing a certain degree of unpredictability in their behaviour, since those robots would autonomously learn from their own variable experience and interact with their environment in a unique and unforeseeable manner;*” şeklindedir.

27 Paragrafın İngilizce metni “*Considers that the existing Union legal framework should be updated and complemented, where appropriate, by guiding ethical principles in line with the complexity of robotics and its many social, medical and bioethical implications; is of the view that a clear, strict and efficient guiding ethical framework for the development, design, production, use and modification of robots is needed to complement the legal recommendations of the report and the existing national and Union acquis; proposes, in the annex to the resolution, a framework in the form of a charter consisting of a code of conduct for robotics engineers, of a code for research ethics committees when reviewing robotics protocols and of model licences for designers and users;*” şeklindedir.

28 Paragrafın İngilizce metni “*creating a specific legal status for robots in the long run, so that at least the most sophisticated autonomous robots could be established as having the status of electronic persons responsible for making good any damage they may cause, and possibly applying electronic personality to cases where robots make autonomous decisions or otherwise interact with third parties independently;*” şeklindedir.

A. Türk Pozitif Medenî Hukukuna Göre

Aksi yönde görüşler bulunmakla birlikte evrensel pozitif hukukta yapay zekânın tüzel yahut kendine özgü bir elektronik kişi niteliğinde bulunduğuna yönelik henüz herhangi bir mevzuat düzenlemesi bulunmadığından, onu bizatihi sorumluluk süjesi olarak kabul etmek mümkün değildir. Ancak bunun otonom fiillerinden kaynaklanan sorumluluğu üstlenecek ve/ veya paylaşacak kişilerin bu üstlenmeyi hangi pozitif hukuk kurallarına göre yapacakları hususu, beraberinde farklı yaklaşımları getirmektedir.

1. Akdî Sorumluluk

Öncelikle belirtmek gerekir ki yapay zekânın otonom davranışı nedeniyle sebep olduğu zarar bir sözleşmenin kuruluşu yahut ifasından kaynaklanıyorsa, başka bir deyişle sözleşme yapay zekâ (*intelligent agent*) aracılığıyla kuruluyor yahut ifa ediliyor ve zarar gören de sözleşmenin karşı tarafıysa bundan doğan “*akdî sorumluluk*”, TBK.m.112 vd. hükümleri çerçevesinde yapay zekânın, adına/ hesabına hareket ettiği kişiye (kullanana) aittir²⁹. Böyle bir durumda yapay zekâ kullanan kimsenin, aynı zamanda (kıyasen) TBK.m.116 çerçevesinde “*ifa yardımcısı*”nın fiillerinden kusursuz sorumluluğunun da bulunabileceği mümkün görülmektedir³⁰.

2. Akit Dışı Sorumluluk

Yapay zekânın otonom davranışlarıyla üçüncü kişilere verdiği zararlar bağlamındaki “*akit dışı sorumluluk*” hakkında ise doktrinde, kusursuz sorumluluk esasına dayanan çeşitli ihtimaller değerlendirilmektedir³¹.

Bu noktada ilk olarak yapay zekâ kullanan kimsenin TBK.m.66 uyarınca “*adam çalıştıranın kusursuz sorumluluğu*” hükümleri çerçevesinde sorumlu tutulup tutulamayacağı düşünülebilir. Ancak yapay zekâ ile

29 Aynı yönde bkz., BOZKURT – YÜKSEL, s. 96.

30 Mukayese açısından aynı yönde bkz., BLAUROCK: **Neuentwicklungen im Bankhaftungsrecht**, RWS, Forum 1, 1987, s.35, 44; Wolf, M.: “**Schuldhaftung bei Automatenversagen**”, Heft 11, Frankfurt JuS 1989, s. 899 vd. “Özellikle otomatik makinelerle müşteriye hizmet veren bankaların – bankamatiklerin -, otomatik benzin ve araba bakım istasyonlarının, otomatik yiyecek ve içecek servisi verenlerin, yasal kumarhanelerin otomatik makinelerinin vb. yaptığı yanlışlıklardan işletenlerinin kusursuz sorumlu tutulmasını sağlayan bu görüş; söz konusu durumları yardımcı kişiden dolayı sorumluluk hükmünün *ratio legis*’i kapsamında görmektedir.”, bkz. OĞUZMAN, M.K. / Öz, T., **Borçlar Hukuku – Genel Hükümler**, C. I, Bası 11, İstanbul 2013, s. 433 (*naklen*). Konu hakkında ayrıca bkz., Yağcı, Mine: **Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluk (TBK.m.116)**, İstanbul 2018 (C. I), s. 47 vd..

31 İhtimaller hakkında bkz., BAK, s. 222 – 223; BOZKURT – YÜKSEL, s. 96.



bunu kullanan kişi arasında TBK.m.66 anlamında bir istihdam ilişkisi olduğundan bahsedilmesi mümkün olmadığından, bu hükmün yapay zekânın otonom davranışlarıyla üçüncü kişilere verdiği zararlar hakkında uygulanabilmesi mümkün görülmemektedir. Ayrıca TBK.m.66'nın, istihdam edilenin yalnızca gerçek kişi olduğu durumlarda uygulama alanı bulacağı kabul edilmektedir³². İstihdam edilenin tüzel kişi olduğu durumlarda dahi istihdam edene sorumluluk getirmeyen bir hükmün, kişi olarak kabul edilmeyen bir olgu hakkında uygulanabilirliğinin kabulü, evleviyetle mümkün değildir.

Konu hakkındaki diğer bir yaklaşım, yapay zekâ kullanıcısının, onun otonom fiilleriyle üçüncü kişilere verdiği zararlardan TBK.m.69 çerçevesinde "*yapı mâliki*" gibi sorumlu tutulmasıdır. Ancak bu hükmün uygulanabilmesi için zarara sebep olan yapının, bina, yol, baraj, set, elektrik direği, tribün, stadyum ve benzeri "yeryüzüne bağlı inşa eseri" olması, Yargıtay'ın yerleşik uygulamaları gereğidir³³. Araziye bağlılığı olmayan otomobil hatta taşınır yapının dahi yapı eseri olarak kapsam dâhilinde değerlendirilmediği bir hükmün kapsamına yapay zekânın giriyor olduğu, evleviyetle düşünülemez.

Doktrinde yapay zekânın fiillerinden kaynaklanan sorumluluğun dayanağı olarak adı geçen diğer bir düzenleme ise TMK.m.369'da düzenlenen "*ev başkanının sorumluluğu*"dur³⁴. Ancak TMK. m. 369/ I'de, ev halkından olan ve zarar verici davranışlarıyla ev başkanının sorumluluğuna yol açan kişiler sınırlı sayıda sayılmıştır. Bu kişiler dışında kıyas yoluyla başka kişiler ev başkanının sorumluluğuna tâbi olmaz³⁵. Nadiren, bir arada yaşayan kişiler, aralarında bir sözleşme yaparak ev başkanlığı ilişkisini kurabilirler (TMK. m. 367/II). Gözetime muhtaç küçük, kısıtlı, akıl hastası veya akıl zayıfı kimse eğitim veya sağlık nedeniyle ailesi yanında değil de, yurt, yatılı okul, kreş, hastane gibi bir eğitim veya sağlık kurumunda kalabilir. Böyle bir durumda, bu tür kuruluşlar resmî

32 OĞUZMAN, M.K. / ÖZ, T., *Borçlar Hukuku – Genel Hükümler*, C. II, Bası 11, İstanbul 2013 (C. II), s. 143.

33 Örnek kabilinde bkz., 4 HD. 03.12.1984, E. 6897/ K.8929; 4 HD. 28.11.10989, E. 5345/ 9157; 4. HD. 05.10.1988, E. 5436/ K. 8347; 4 HD. 05.06.1975, E. 4630/ 7264, (UYAP. İçtihat Programı). Aynı yönde bkz., OĞUZMAN / ÖZ, (C. II), s. 171 – 172.

34 Bkz., BOZKURT – YÜKSEL, s. 96.

35 HELLER, J – P. / OBERSON, P.: "*Die Haftung des Familienhauptes nach*", Art. 333, Abs. 1, ZGB sowie die Billigkeithaftung nach Art. 54 Abs. 1 OR. Personen- Schaden- Forum 2014 Kind als Täter und Opfer. <https://www.swisslex.ch/AssetDetail.mvc/Show?source=hitlist&setOrigin=True&assetGuid=d2655c17-c0d9-4d14-ac39-06e3d16b3652&SP=6%7Cqehuk> (ET. 21.10.2014). Ayrıca bkz., KOÇANO – RODOSLU, Emine, "Ev Başkanının Sorumluluğu", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi., C. 63, S. 4, 2014: s. 889.

okul veya hastane olduğu takdirde kanuna, özel hastane veya okul ise sözleşmeye dayalı ev başkanlığı ilişkisi kurulur. Ancak ister kanuna ister sözleşmeye dayalı ev başkanlığı söz konusu olsun, yapay zekâ ile kullanıcı arasında böyle bir ilişkinin bulunduğundan bahsetmek TMK.m.369'da düzenlenen müessesenin amacı ve kapsamıyla bağdaşmamaktadır.

Konu hakkında en tutarlı görülen iki yaklaşımdan ilki, otonom davranışlarıyla neden olduğu zararlar karşısında yapay zekâ kullanıcısının "*hayvan idare edenin sorumluluğu*" hükümlerine göre kıyasen sorumlu tutulması yönündedir. TBK.'nin 67. maddesinin ilk fıkrasında, bir hayvanın verdiği zarardan, o hayvanın bakım ve yönetimini sürekli ya da geçici olarak üstlenen kişinin bu zarardan (kusursuz) sorumlu olduğu belirtilmektedir. Bu hüküm kapsamında "*hayvan bulunduran kişi*", hayvanın bakım ve yönetimini sürekli veya geçici olarak üstlenen kişilerdir. Dolayısı ile hayvan bulunduran ve hayvanın verdiği zarardan sorumlu olan kişinin/kişilerin, hayvanın maliki, hayvan üzerinde intifa hakkı sahibi, hayvanın kiracısı ya da işleteni olabileceği sonucuna varılmaktadır. Gerçek kişilerin yanı sıra yanı sıra, tüzel kişilerin de hayvan bulunduran sıfatı ile sorumlu tutulabilmeleri mümkündür³⁶. Yapay zekâ da otonom kararlar almakta ve her ne kadar daha gelişmiş düzeyde olduğu ifade edilse de³⁷ bazı durumlarda tıpkı hayvanlar gibi bu kararları, kendisini idare edenin emir ve talimatlarına aykırı olarak yahut herhangi bir münferit talimata gerek duymaksızın iradî inisiyatifi doğrultusunda kullanma riski taşımaktadır. Bu benzerlik mucibinde yapay zekâ kullanıcı ev başkanı, adam çalıştıran yahut yapı malikiyle kıyaslamaktansa "*hayvan idare eden*"e; yapay zekâyı ise korunmaya muhtaç ev halkı, müstahdem yahut yapı eseri yerine "*hayvan*"a benzetmek daha kolay görülmektedir. Kaldı ki hukuk tekniği anlamında da TBK.m.67'nin benzer durumlara kıyasen uygulanabilmesi ve uygulanabilirliği için gereken şartların yapay zekâ hakkında da teşekkülü bakımından bir engel bulunmadığı düşünülmektedir³⁸.

36 Konu hakkında ayrıntılı bilgi için genel olarak bkz., YÜCE, Tuncay, "Roma ve Türk Hukuklarında Hayvanın Yol Açtığı Zararlardan Dolayı Hayvan Tutucusunun Sorumluluğu", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 8, S. 2, 2017, s. 393 – 422; KILIÇOĞLU, Mustafa: Sorumluluk Hukuku (Sözleşme Dışı Sorumluluk), C.I, Ankara 2002, s. 395 vd.; TANDOĞAN, Haluk: **Türk Mesuliyet Hukuku, Akit Dışı ve Akdi Mesuliyet**, Ankara 2010, s. 124 vd..

37 Bu yönde bkz., Bak, s. 223.

38 "*Kusursuz sorumluluk (sebepl sorumluluğu) halleri, adı geçen kanunlarda sayılanlarla sınırlı değildir. Sözü geçen kanunlarda hükme bağlananlar örnek niteliğinde olup, bunlar dışında kalan bazı hallerin de olağan sebep sorumluluğuna konu olması mümkündür.*", bkz., YAVUZ, Cevdet, "Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na Göre 'Kusursuz Sorumluluk Halleri' ve İlkeleri", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 14, S. 4, 2008, s. 40 – 41 (*naklen*). Bu nedenle hayvan idare edenin sorumluluğu hükümlerinin benzer olaylara kıyasen uygulanması önünde kural olarak bir engel bulunmamaktadır.



Konu hakkındaki diğer tutarlı görülen yaklaşım ise, yapay zekânın otonom fillerinden ötürü üçüncü kişilerin uğradığı zararlardan sorumluluk anlamında şartları dâhilinde genel “*tehlike sorumluluğu*” hükümlerinin işletilmesi yönündedir (TBK.m.71)³⁹. Anılan maddenin birinci fıkrası, “Önemli ölçüde tehlike arzeden bir işletmenin faaliyetinden zarar doğduğu takdirde, bu zarardan işletme sahibi ve varsa işleten müteselsilen sorumludur.” demekle genel sorumluluğun esaslarını belirtmiştir. Bir işletmenin TBK.m.71 anlamında önemli ölçüde tehlike arz ettiği belirlenirken öncelikle, anılan işletmenin “*mahiyetinin*” veya “*faaliyette kullanılan unsurların (malzemenin, araçların ya da güçlerin)*” niteliğinin göz önünde tutulması gerekir. Anılan unsurların tehlikeli niteliği dolayısıyla söz konusu işletmenin, bu işlerde uzman bir kişiden beklenen tüm özenin gösterilmesi durumunda bile “*sıkça veya ağır zararlar doğurmaya elverişli*” olduğu sonucuna varıldığı takdirde işletme, önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletme olarak değerlendirilecektir. Özetle, uzman bir kişiden beklenen özeni gösteriyor olmalarına rağmen özellikleri veya faaliyette kullandıkları unsurlar dolayısıyla sıkça veya ağır zarar doğurmaya elverişli bulunan işletmeler, bu anlamda önemli ölçüde tehlike arz etmektedirler. Nitekim TBK.m.71/ II, c.1 de “önemli ölçüde tehlike arz eden işletme” kavramını, “*Bir işletmenin, mahiyeti veya faaliyette kullanılan malzeme, araçlar ya da güçler göz önünde tutulduğunda, bu işlerde uzman bir kişiden beklenen tüm özenin gösterilmesi durumunda bile sıkça veya ağır zararlar doğurmaya elverişli olduğu sonucuna varılırsa, bunun önemli ölçüde tehlike arzeden bir işletme olduğu kabul edilir.*” diyerek genel hatlarıyla tanımlamaktadır⁴⁰. Açıklamalar ışığında bir işletmenin faaliyeti ne olursa olsun, bu faaliyette kullandığı yapay zekâ (yani araç) yüzünden bu işlerde uzman bir kişiden beklenen tüm özenin gösterilmesi durumunda bile sıkça veya ağır zarar doğurmaya elverişli olduğu sonucuna varılabilirse bu işletme, üçüncü kişilerin yapay zekânın otonom davranışları dolayısıyla gördüğü zararlardan TBK.m.71 hükmü uyarınca sorumlu tutulabilir ancak her halükârda haksız fiil hükümleri saklıdır (TBK.m.49 vd.).

B. Avrupa Parlamentosu Hukuk İşleri Komisyonu Tavsiye Raporuna Göre

Önceden kısaca değinildiği üzere, Avrupa Parlamentosu Hukuk İşleri Komisyonu 27 Ocak 2017 tarihli Robotikler Hakkında Medenî Hukuk

39 Aynı yönde bkz., BAK. s. 223.

40 Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., AKKURT, Sinan Sami: “6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Anlamında Tehlike Sorumluluğuna Genel Bir Bakış, **Konya Barosu Dergisi**, Yıl 40, S. 23, 2012, s. 42 – 45; 6098 Sayılı AKKAYAN – YILDIRIM, Ayça: “Türk Borçlar Kanunu Düzenlemeleri Çerçevesinde Kusursuz Sorumluluğun Özel Bir Türü Olarak Tehlike Sorumluluğu”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 70, S. 1, 2012, s. 203 – 220.

Kuralları Tavsiye Raporu'nda, yapay zekânın özerk kararlar alabildiği durumlarda geleneksel kuralların, yapay zekânın neden olduğu zararlar karşısındaki yasal sorumlulukların doğumunda yeterli olmayacağını öngörmüştür (APR.art.Z/ AF). Nitekim Komisyon, kendi değişken deneyimleriyle öğrenen, çevreleriyle benzersiz ve öngörülemeyen şekilde etkileşime geçen yeni nesil robotların (yapay zekânın) davranışlarındaki öngörülemezliğin, mevcut yasal düzenlemeler çerçevesinde ancak belirli bir dereceye kadar tahlil ve hâledilebileceğini (APR.art.Z/ AI), bu çerçevede robotlar (yapay zekâ) hakkında kendine özgü bir “elektronik kişilik – *electronic personality*” yasal statüsünün ihdas edilmesini ve otonom kararlarından kaynaklanan sorumluluk açısından (kendine özgü) bir kusursuz sorumluluğun öngörülmesini tavsiye etmiştir (APR.art.59/ f).

Bu çerçevede yapay zekâyâ ilişkin olarak Komisyonca üye devletlere önerilen müstakbel sorumluluk rejimi kısaca şu ilkeler etrafında toplanmaktadır:

* En azından şu anki aşamada sorumluluk yapay zekâda değil insanda olmalı yahut insanlarca paylaşılmalıdır (APR.art.56⁴¹).

* Sorumlu tarafların kim olacağı tespit edildikten sonra sorumluluklarının kapsamı, yapay zekânın (veya robotun) özerklik kabiliyeti, robota ne kadar özerklik tanındığı ve robotun özerk faaliyetlerde bulunması bakımından onu ne derece ve ne sürede eğittikleri ile orantılı olarak belirlenmelidir. Ancak mutlaka zarar ile yapay zekânın otonom davranışı arasında nedensellik ilişkisi bulunup bulunmadığına bakılmalıdır (APR. art.56).

* Maddî zararlar hariç olmak üzere robotların ve yapay zekânın sorumluluğu hakkında ihdas edilecek yasal çözümler, olası zararların türünü veya tazminatın kapsamını hiçbir şekilde kısıtlamamalı, tazminat biçimlerini sınırlandırmamalıdır (APR.art.52⁴²).

41 Maddenin İngilizce metni “*Considers that, in principle, once the parties bearing the ultimate responsibility have been identified, their liability should be proportional to the actual level of instructions given to the robot and of its degree of autonomy, so that the greater a robot's learning capability or autonomy, and the longer a robot's training, the greater the responsibility of its trainer should be; notes, in particular, that skills resulting from “training” given to a robot should be not confused with skills depending strictly on its self-learning abilities when seeking to identify the person to whom the robot's harmful behaviour is actually attributable; notes that at least at the present stage the responsibility must lie with a human and not a robot;*” şeklindedir.

42 Maddenin İngilizce metni “*Considers that, whatever legal solution it applies to the civil liability for damage caused by robots in cases other than those of damage to property, the future legislative instrument should in no way restrict the type or the extent of the damages which may be recovered, nor should it limit the forms of compensation which may be offered to the aggrieved party, on the sole grounds that damage is caused by a non-human agent;*” şeklindedir.



* Üretilen özerk robotlar ve yapay zekâ için sigorta yaptırma zorunluluğuna dayanan zorunlu bir sigorta planı oluşturulmalıdır. Şahsî sigorta kapsamına girmeyen durumlarda tazminatın ödenmesini sağlamak için sigorta sistemi bir fon ile desteklenmelidir (APR.art.57⁴³, 58⁴⁴).

* Robotlara ve yapay zekâyâ uygulanacak hukukî sorumluluk kuralları hakkındaki politik kararlar, robotik ve sinirbilime adanmış Avrupa çapında bir araştırma ve geliştirme projesinin, ilgili tüm riskleri ve sonuçları değerlendirebilen bilim adamları ve uzmanlarla istişare etmesiyle alınmalıdır.

SONUÇ

Etkileşimli makineler yahut bilişim sistemleri tarafından gösterilen akıl yürütme, yargılama ve sonuç çıkarma yeteneği olarak ifade edilen yapay zekâ, anılan makine yahut sistemlere otonom karar alma ve bunları icra etme yeteneği bahşetmektedir. Savaşçı robotlar, kendi kendini sürebilen otomobiller, hassas ameliyatlar yapabilen tıbbî cihazlar, borsa ve finans kararlarını kimi zaman otonom yöneten yazılımlar gibi, sosyal hayatın kritik önem arz eden sektörlerinde faaliyet gösteren ve yakın gelecekte gösterecek olan bu gibi yapay zekâ uygulamalarının, otonom kararlarıyla geniş çaplı cismanî, maddî ve/veya manevî zararlara yol açma potansiyelleri, hukuk sistemleri nezdinde son derece düşündürücüdür. Nitekim küresel anlamda hukuk sistemlerinin henüz bu gibi zararlar karşısında hazırlıklı olmadıkları ortadadır. Dolayısıyla şimdiden, yapay zekânın otonom davranışlarıyla neden olabileceği zararlar karşısında ne gibi düzenlemeler yapılması gerektiği hususunda çeşitli girişimler ve tartışmalar yapılmakta, öneriler sunulmaktadır.

Türk pozitif hukuku anlamında yapay zekâdan kaynaklanan sorumluluk hakkında doğrudan uygulanacak bir düzenleme henüz mevcut olmadığından, hukukçu araştırmacılar, mevcut yapıdaki kurallar

43 Maddenin İngilizce metni "Points out that a possible solution to the complexity of allocating responsibility for damage caused by increasingly autonomous robots could be an obligatory insurance scheme, as is already the case, for instance, with cars; notes, nevertheless, that unlike the insurance system for road traffic, where the insurance covers human acts and failures, an insurance system for robotics should take into account all potential responsibilities in the chain;" şeklindedir.

44 Maddenin İngilizce metni "Considers that, as is the case with the insurance of motor vehicles, such an insurance system could be supplemented by a fund in order to ensure that reparation can be made for damage in cases where no insurance cover exists; calls on the insurance industry to develop new products and types of offers that are in line with the advances in robotics;" şeklindedir.

ile yapay zekâ sorumluluğunu mukayese etmekte ve buna uygulanabilecek en yakın/ benzer hukukî müesseseleri tespit etmeye çalışmaktadırlar. Ancak sorumluluğa uygulanacak kurallar tespit edilmeden önce, ilk olarak yapay zekânın hukukî konumunu (statüsünü) belirlemeye gayret etmektedirler. Zira yapay zekânın hukukî statüsünün belirlenmesi, sorumluluğa uygulanacak hükümleri de ona göre belirleyecek yahut değiştirecektir. Bu çerçevede yapay zekânın hukuki statüsü hakkında, eşya, köle, tüzel kişi, kendine özgü elektronik kişi gibi görüşler ortaya atılmaktadır.

Yapay zekâ, hukuki konumu hakkındaki güncel fikir ve öneriler ne yönde olursa olsun pozitif hukuk anlamında hâlen eşya statüsündedir. Bu nedenle, sebep olduğu zararlar bakımından şahsî sorumluluğunun bulunduğu düşünülmesi mümkün değildir. Ancak mesele, bu tür zararlardan sorumluluğun hangi kişi/ kişilere ait olacağı, bunlar arasında ne şekilde paylaşılacağı ve hangi sorumluluk hükümlerine göre tespit edileceği noktasında kendisini göstermektedir. Bu yönde henüz mevzu bir düzenleme olmadığından meselenin, kıyas yoluyla çözümlenmesi gerekmektedir.

Şahsî kanaat uyarınca, yapay zekâ kullanıcısı (idare eden) ile yapay zekânın otonom davranışından zarar gören arasındaki ilişki bir sözleşme ilişkisiyse, başka bir deyişle yapay zekâ bir borcun ifasının kendisine bırakıldığı ifa yardımcı ise, yapay zekâyı idare eden, yapay zekânın karşı âkite verdiği zarardan hem borca aykırılık (TBK.m.112), hem de güncel eğilim doğrultusunda ifa yardımcısının fiilinden kusursuz sorumluluk (TBK.m.116) hükümlerine göre mesul tutulabilmelidir.

Yapay zekânın zararlı otonom davranışı, bunu idare eden kişiyle arasında herhangi bir sözleşme ilişkisi bulunmayan bir üçüncü kişiye yönelikse, idare eden kişi, kıyasen hayvan idare edenin sorumluluğu (TBK.m.67) yahut şartları dâhilinde genel tehlike sorumluluğu (TBK.m.71) hükümleri mucibinde sorumlu tutulmalıdır. Haksız fiil hükümleri elbette ki saklıdır.

Pozitif hukukta yapay zekâ sorumluluğuna tutarlı biçimde uygulanabilmesi mümkün görülen düzenlemelerin, yukarıda anılanlardan ibaret olduğu düşünülmektedir. Ancak konu hakkında (çalışmada da detaylıca belirtildiği gibi) farklı öneriler ve fikirler bulunmaktadır. Dolayısıyla kıyasen yahut doğrudan uygulanacak hükümler tespit edilirken, her somut olayın arz ettiği özellikler göz önünde bulundurulmalı ve mevcut doktrinel görüşler bu doğrultuda yorumlanmalıdır.



İdeal hukukta ise konu hakkında özel düzenlemeler yapılması gerektiği konusunda tartışma bulunmamaktadır. Bu yönde atılan ilk somut adım ise Avrupa Parlamentosu Hukuk İşleri Komisyonu tarafından Robotikler Hakkında Medenî Hukuk Kuralları Tavsiye Raporu ile atılmıştır (27.01.2017). Komisyon bu Raporunda, başta üye devletler olmak üzere yapay zekâ ve bu prensiple işleyen robotlara kendine özgü bir “elektronik kişilik” tanınması ancak otonom davranışlarından doğan zararlardan şu aşamada kendilerinin değil insanların sorumlu tutulmaya devam edilmesi; sorumlu kişiler tespit edildikten sonra sorumluluğun, bunlar arasında yapay zekânın özerklik kabiliyeti, robota ne kadar özerklik tanındığı ve robotun özerk faaliyetlerde bulunması bakımından onu ne derece ve ne sürede eğittikleri ile orantılı olarak paylaşılması; maddî zararlar hariç, sorumlulukta sınırsızlık esasının benimsenmesi; ayrıca sorumluluğun teminatı olarak zorunlu malî mesuliyet sigortası ve fonu ihdas edilmesi yönünde hukukî düzenlemeler yapılmasını tavsiye etmiştir. Türk pozitif hukukunda da yeknesak düzenlemelerin ivedilikle gerçekleştirilmesi, otonom yapay zekânın yaygınlaşmaya yüz tuttuğu günümüzde zararlar karşısında tedbirli olunması açısından son derece önemli görülmektedir.



KISALTMALAR

- a.g.e. : Adı Geçen Eser
AI. : Artificial Intelligence (Yapay Zekâ)
APR. : 27 Ocak 2017 tarihli Avrupa Parlamentosu Hukuk İşleri Komisyonu - Robotikler Hakkında Medenî Hukuk Kuralları Tavsiye Raporu
art. : Article (Paragraf)
Bkz. : Bakınız
C. : Cilt
c. : Cümle
dn. : Dipnot
E. : Esas Numarası
ed. : Edition (Baskı)
EQ. : Emotional Quotient (Duygusal Katsayı)
ET. : Erişim Tarihi
HD. : Yargıtay Hukuk Dairesi
IBM. : International Business Machines (Uluslararası İş Makineleri)
IQ. : Intelligence Quotient (Zekâ Katsayısı)
K. : Karar Numarası
m. : Madde
p. : Page (Sayfa)
pp. : Page to page (Sayfa Aralığı)
s. : Sayfa
S. : Sayı
TBK. : 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TDK. : Türk Dil Kurumu
TMK. : 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu
UYAP. : Ulusal Yargı Ağı Projesi
Vol. : Volume (Cilt)
ZGB. : Schweizerisches Zivilgesetzbuch (İsviçre Medenî Kanunu)



KAYNAKLAR

AKİPEK, J. / AKINTÜRK, T. / ATEŞ, D. **Türk Medenî Hukuku – Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku**, C. I, Bası 14, İstanbul 2018.

AKKAYAN – YILDIRIM, Ayça: “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Düzenlemeleri Çerçevesinde Kusursuz Sorumluluğun Özel Bir Türü Olarak Tehlike Sorumluluğu”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi **Mecmuası**, C. 70, S. 1, 2012, s. 203 – 220.

AKKURT, Sinan Sami: “6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Anlamında Tehlike Sorumluluğuna Genel Bir Bakış”, **Konya Barosu Dergisi**, Yıl 40, S. 23, 2012, s. 42 – 45.

ALEXANDRE, Filipe M.: **The Legal Status of Artificially Intelligent Robots – Personhood, Taxation and Control**, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi – *Tilburg University*), Danışman Prof. Dr. Erik VERMEULEN, Savunma Tarihi 12 Haziran 2017.

ARTHUR, Samuel: “Some Studies in Machine Learning Using the Game of Checkers”. *IBM Journal of Research and Development*, Vol. 3, Issue 3, 1959, pp. 210 – 229.

AYAN, M. / AYAN N.: **Kişiler Hukuku**, Bası 8, Ankara 2016.

BAK, Başak: Medenî Hukuk Açısından Yapay Zekânın Hukuki Statüsü ve Yapay Zekâ Kullanımından Doğan Hukuki Sorumluluk, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Yıl 9, S. 35, Temmuz 2018, s. 211 – 232.

BAYRAMLIOĞLU, Emre: “Akıllı Yazılımlar ve Hukuki Statüsü: Yapay Zekâ ve Kişilik Üzerine Bir Deneme”, Uğur Alacakaptan’a Armağan, İstanbul 2008.

BISHOP, C. M.: **Pattern Recognition and Machine Learning**, Springer 2006.

BLAUROCK: **Neuentwicklungen im Bankhaftungsrecht**, RWS, Forum 1, 1987.

BOZKURT – YÜKSEL, A. E. / BAK, B.: “Yapay Zekâ”, *Futurist Hukuk*, İstanbul 2018.

BOZKURT – YÜKSEL, Armağan E.: “Robot Hukuku”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Yıl 7, S. 29, 2017, s. 85 vd.

COLOMBO, Niccolo: “Virtual Competition: Human Liability Vis-a-Vis Artificial Intelligence’s Anticompetitive Behaviours”, **European Competition & Reg. Law Review**, Vol. 2, 2018, pp. 11 – 23.

DURAL, M. / ÖĞÜZ, T.: **Türk Özel Hukuku – Kişiler Hukuku**, C. II, İstanbul 2018.

ELLIOTT, E. Donald, “Holmes and Evolution: Legal Process as Artificial Intelligence”, **Journal of Legal Studies**, Vol. 13, 1984, pp. 113 – 146.

ERSOY, Çağlar: **Robotlar, Yapay Zekâ ve Hukuk**, İstanbul 2018.

GARDNER, Howard E.: **Intelligence Reframed: Multiple Intelligences for the 21st Century**, Cambridge 1999.

GERSTNER, Maruerite E.: “Liability Issues with Artificial Intelligence Software”, **Santa Clara Law Review**, Vol. 33, 1993, pp. 239 – 269.

GOLDBERG, M. D. / CARSON, D. O., Copyright Protection for Artificial Intelligence Systems, **Journal Copyright Society of the U.S.A.**, Vol. 39, 1991, pp. 57 – 75.

HATEMİ, Hüseyin: **Kişiler Hukuku**, Bası 7, İstanbul 2018.

HELLER, J – P. / OBERSON, P.: “**Die Haftung des Familienhauptes nach**”, Art. 333, Abs. 1, ZGB sowie die Billigkeithaftung nach Art. 54 Abs. 1 OR. Personen – Schaden – Forum 2014, Kind als Täter und Opfer, 2014.

KAPLAN, A. / HAENLEIN M.: “Siri, Siri in my Hand, who’s the Fairest in the Land? On the Interpretations, Illustrations and Implications of Artificial Intelligence”, **Business Horizons**, Vol. 62, Issue 1, 2018, pp. 15 – 25.

KARA, Tolga: **Sosyal Medya Endüstrisi**, İstanbul 2013.

KARNOW, Curtis E. A.: “Liability for Distributed Artificial Intelligences”, **Berkeley Technology Law Journal**, Vol. 11, Issue 1, 1996, pp. 147 – 204.

KILIÇOĞLU, Mustafa: **Sorumluluk Hukuku (Sözleşme Dışı Sorumluluk)**, C.I, Ankara 2002.

KOÇANO – RODOSLU, Emine, “Ev Başkanının Sorumluluğu”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 63, S. 4, 2014: s. 879 – 899.

KROTOV, V.: “The Internet of Things and New Business Opportunities”, **Business Horizons**, Vol. 60, Issue 6, 2017, pp. 831 – 841.

KURZWEIL, Ray: **The Singularity Is Near: When Humans Transcend Biology**, United Kingdom 2006.

LEE, I.: “Big Data: Dimensions, Evolution, Impacts, and Challenges”, **Business Horizons**, Vol. 60, Issue 3, 2017, pp. 293 – 303.

MARTİNO, Antonio A.: “Artificial Intelligence and Law”, **International Journal of Law and Information Technology**, Vol. 2, Issue 2, 1994, pp. 154 – 193.

MCCARTHY, J. / MINSKY, M. L. / ROCHESTER, N. / SHANNON, C. E.: “A Proposal for the Dartmouth Summer Research Project on Artificial Intelligence”, 1955, <http://www-formal.stanford.edu/jmc/history/dartmouth/dartmouth.html> (ET. 27.12.2018).

MCDONALD, Coby, “**The Good, The Bad and The Robot: Experts are Trying to Make Machines be Moral**”, California Magazine/ Just In, <http://alumni.berkeley.edu/california-magazine/just-in/2015-06-08/good-bad-and-robot-experts-are-trying-make-machines-be-moral> (ET. 28.12.2018).



- MINSKY, M.L.: **Semantic Information Processing**, Cambridge 1968.
- O'REILLY, Tim: **What Is Web 2.0 – Design Patterns and Business Models for The Next Generation**, CA, 2005.
- OĞUZMAN, M. K. / SELİÇİ, Ö. / OKTAY – ÖZDEMİR, S.: **Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)**, Bası 17, İstanbul 2018.
- OĞUZMAN, M.K. / ÖZ, T., **Borçlar Hukuku – Genel Hükümler, C. I**, Bası 11, İstanbul 2013 (C. I).
- OĞUZMAN, M.K. / ÖZ, T., **Borçlar Hukuku – Genel Hükümler, C. II**, Bası 11, İstanbul 2013 (C. II)
- RUSSELL, Stuart J. / NORVIG, Peter: **Artificial Intelligence: A Modern Approach**, 3rd ed., New Jersey 2009.
- SAARIKKO, T. / WESTERGREN, U.H. / BLOMQUIST T.: The Internet of Things: Are you Ready for What's Coming?", **Business Horizons**, Vol. 60, Issue 5, 2017, pp. 667 – 676.
- SAWYER, Robert J.: "Robot Ethics", **Science**, Vol. 318, Issue 5853, 2007, pp. 1037.
- SCHANK, Roger C.: "Where's the AI", **AI Magazine**. Vol. 12, Issue 4, 1991, pp. 38 – 49.
- TANDOĞAN, Haluk: **Türk Mesuliyet Hukuku, Akit Dışı ve Akdi Mesuliyet**, Ankara 2010.
- VIADÉCK, David C.: "Machines Without Principals: Liability Rules and Artificial Intelligence", **Washington Law Review**, Vol. 89, Issue 117, 2014, 117 – 150.
- VURAL, Z. B. A. / BAT, M.: "Yeni Bir İletişim Ortamı Olarak Sosyal Medya: Ege Üniversitesi İletişim Fakültesine Yönelik Bir Araştırma", **Journal of Yasar University**, Vol. 20, Issue 5, 2010, s. 3354 vd.
- WOLF, M.: "Schuldhaftung bei Automatenversagen", Heft 11, Frankfurt JuS 1989.
- YAVUZ, Cevdet, "Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na Göre 'Kusursuz Sorumluluk Halleri' ve İlkeleri", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 14, S. 4, 2008, s. 29 – 61.
- YÜCE, Tuncay, "Roma ve Türk Hukuklarında Hayvanın Yol Açtığı Zararlardan Dolayı Hayvan Tutucusunun Sorumluluğu", **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 8, S. 2, 2017, s. 393 – 422.
- ZHANG, J. / ZHAN, Z. / LİN, Y. / CHEN, N. / GONG, Y. / ZHONG, J. / CHUNG, H. / LI, Y. / SHI, Y.: "Evolutionary Computation Meets Machine Learning: A Survey", **Computational Intelligence Magazine**, Vol. 6, Issue 4, 2011, pp. 68 – 75.

STRATEJİK YARGI YÖNETİMİ

(*Strategic Judicial Management*)

Doç. Dr. Recai AKYEL¹

ÖZ

Yargı hizmetlerinin kaliteli sunumu, bağımsız ve adil işleyen yargıya güvenin sağlanması ve sürdürülmesi hususlarında yargının etkin yönetimi önemli bir rol oynamaktadır. Yargıyı düzenleyen normatif kuralların uygulanması sürecinde; yargının etkin yönetilmesi anlayışı çerçevesinde, bazı ilke ve yaklaşımların, teknik uygulama ve yöntemlerin benimsenmesi, yargısal faaliyetlerin belirlenen amaçlara uygun gerçekleşmesinde önemli katkı sağlamaktadır. Devletin temel kamu hizmetlerinin başında yer alan yargı faaliyetlerinin icrasında; yargı sisteminin sağlıklı çalışmasını, yargı yönetiminin etkinliğini, yargı hizmetlerinin kaliteli sunumunu, adil ve bağımsız yargılamayı, vatandaşın yargıya güvenini sağlamayı, yargının sorunlarını doğru tespit etmeyi ve bu sorunları çözebilmeyi becerecek bir yol ve yöntem olarak; stratejik yönetim anlayışı büyük önem taşımaktadır.

Anahtar Kelimeler: Adil ve bağımsız yargı, Yargıya güvenin sağlanması, Stratejik yönetim anlayışı, Etkinlik, Kalite, Verimlilik.

ABSTRACT

Effective judicial management plays a vital role in the delivery of high-quality judicial services, and in the establishment and maintenance of trust in the judiciary functioning independently and justly. In the process of implementation of norms designing the judiciary; within the frame of the notion of effective management of justice, adoption of some principles and approaches, some technical applications and methods contributes significantly to implementation of judicial activities in line with the specified purposes. In enforcement of the judicial activities having the first place among the basic public services of the state; the notion of strategic management is of utmost importance, as a way and a method to ensure the proper functioning of judicial system, effectiveness of management of justice, delivery of high-quality judicial services, fair and independent trials, the citizens' trust in judiciary, and to identify the problems of the

¹ Anayasa Mahkemesi Üyesi, recai.akyel@anayasa.gov.tr



judiciary in a correct manner and to an able such problems to be settle them.

Keywords: Fair and independent judiciary, Establishment of trust in judiciary, Notion of strategic management, Effectiveness, Quality, Efficiency.

GİRİŞ

Bir ülkenin temel kamu hizmetlerinden biri olan yargı hizmetinin yapılanmasını düzenlemek için başta Anayasa olmak üzere, çok sayıda yasalar mevcuttur. Yasaların birer normatif düzenleme olduğu kabul edildiğinde, yargı ile ilgili yasaların nasıl uygulandıkları konusu önem arz etmektedir. Yargıyı oluşturan normatif düzenlemelerin, belirlenen amaçlar ve usuller çerçevesinde uygulanarak, kaliteli bir yargı hizmeti sunulması; yargıya olan güvenin sağlanması ve sürdürülmesi hususlarında yargının etkin yönetimi önemli bir rol oynamaktadır.

Ülkenin benimsemiş olduğu adalet sistemini, hukuk anlayışını, suç ve ceza politikasını ve yargı yapılanmasını tartışma konusu yapmaksızın; yargı ile ilgili hususları düzenleyen yasaların ve normatif kuralların uygulanması ve pratiğe dökülmesi sürecinde; yargının etkin yönetilmesi anlayışı çerçevesinde, bazı ilke ve yaklaşımların, teknik uygulama ve yöntemlerin benimsenmesi söz konusu normatif ve soyut yasaların amaca uygun gerçekleşmesinde pozitif rol oynamaktadır.

Yasalar normatif düzenlemeler olduğundan, yargı ile ilgili hususların yasalar ile düzenlenmiş olması tek başına yeterli değildir; yasaların öngördüğü amaçların gerçekleşebilmesi için süreçlere ve faaliyetlere ihtiyaç duyulmaktadır. Yasaların nasıl ve ne biçimde uygulanacağı hususu, asıl sonucu belirleyici unsur olmaktadır. Yasalar, yetki ve sorumlulukları belirlerler; ancak bunların etkin bir şekilde uygulanması için yetkililere yetkinlikler veremezler. Bir konuda yetkili olanlara gerekli yetkinliklerin kazandırılması ayrı bir husustur. Bu yazı, yargı ile ilgili normatif kuralların amaca uygun ve istenilen nitelikte uygulanabilmesi için teknik ve uygulama düzeyinde nelerin ve nasıl yapılması gerektiği hususunda görüşler geliştirmektedir. Bu çalışma, yargıyla ilgili normatif kuralları uygularken; yargı sisteminin sağlıklı çalışmasını, yargı yönetiminin etkinliğini, yargı hizmetlerinin kaliteli sunumunu, adil ve bağımsız yargılamayı, vatandaşın yargıya güvenini sağlamayı, yargının sorunlarını doğru tespit etmeyi ve bu sorunları çözebilmeyi becerecek bir yol ve yöntem olarak; stratejik yönetim anlayışının önemli olduğunu vurgulamaktadır.



Yargı hizmetlerinin etkin bir şekilde sunulmasında stratejik yönetim anlayışının önemli olduğunu ileri süren bu makalede öncelikli olarak; yargı olgusunun niteliğine ve yargı hizmetinin yönetilmesi gerektiğine, yargı hizmetinin temel bir kamu hizmeti olduğuna dikkat çekilecektir. İkinci olarak, yargı hizmetinin amaçlanan nitelikte kaliteli ve etkin gerçekleştirilmesi için stratejik yönetim anlayışının neden önemli olduğu vurgulanacak; müteakiben stratejik yargı yönetiminin göstergeleri incelenecek, bunların yargı alanında uygulanabilirliği tartışılacaktır. Sonuç kısmında ise, stratejik yönetim anlayışının yargı alanına özgülmesinin ve uygulanmasının önemi vurgulanacaktır.

Ülkede yargı alanındaki yetkili ve görevli mahkemelerin dereceleri, nitelikleri, vasıfları ve isimleri çok farklı olduğundan ve farklı yargı mercii ve kuruluşları bulunduğundan dolayı bunların tümü bu yazıda konumuz açısından 'yargı kurumu' veya 'kurum' olarak nitelendirilmektedir. Ayrıca, bu kurumların başında ve değişik pozisyonlarda bulunan sorumluların unvanları da çok farklı olduğundan dolayı, yine genellemeye gidilerek bunlar için de 'yönetici' terimi kullanılmaktadır.

I. TEMEL BİR KAMU HİZMETİ OLARAK YARGI VE YARGININ YÖNETİLMESİ

Yargı, kişilerin haklarını korumalarını ve zedelenen haklarının tekrar elde edilmesini sağlayan bir kamu hizmetidir. Yargı hizmeti, temel bir kamu hizmeti olduğundan devlet, toplum ve birey için önem arz eder². Yargı hizmeti temel kamu hizmetlerinden biridir ve de diğer kamu hizmetleri gibi değişik süreçler ve değişik faktörler içermektedir, bu nedenle yönetilmesi gerekmektedir.

Yargının bağımsızlığı ilkesi ile yargının yürütmeden farklı olduğu düşüncesi, yargı alanında yönetim olgusu ile ilgili hususların gölgelenmesine yol açmıştır. Yargı faaliyetlerinin belli süreçleri içermesi gibi değişik nedenler, zamanla yargı alanında da yönetim olgusunun unsurları ile ilgilenme gerekliliği kabul edilmiştir. Ayrıca, önceleri yargının yapısı ve teşkilatlanması ile yargının yönetimi gibi konular ulusal düzeyde olan konular olarak görülmüş; daha sonraları yaşanan bazı gelişmeler ve küreselleşme nedeniyle yargı uygulamaları ile ilgili konular uluslararası düzeyde de ele alınmaya başlanmıştır.³

2 EU, (2017), **Best Practice Guide for Managing Supreme Courts**, The Project Supreme Courts as Guarantee for Effectiveness of Judicial Systems in the European Union, s.7-8.

3 MAAN Bert, (2009), Past and Future for Management of Courts, **International Journal For Court Administration**, August 2009, s.1.



Yargıda işi olanların beklentilerinin karşılanması ve yargı sisteminin verimli çalışmasının gerçekleştirilmesi gittikçe önem kazanmaktadır. Diğer bir deyişle, bir yargı kurumunun çalıştırılması herhangi bir kurumun çalıştırılmasına benzer hale gelmektedir. Geleneksel yönetim anlayışı günümüzde kamu sektöründeki kurumlarda da kabul görmektedir. Yargı kurumları, bir tür organizasyon olarak görülmelidir ve kurum sorumlusu tarafından yönetilmelidir. Yöneticiler, bir organizasyon olan yargı kurumlarının organizasyonlarının gelişiminde önemli bir rol oynarlar. Yargı kurumu yöneticileri, yargı kurumlarının toplum içinde uygun konumlanmalarında etkin rol alırlar.⁴

Yargı hizmetlerinin etkin ve kaliteli yönetilmesine gittikçe artan derecede ihtiyaç duyulmaktadır. Dünyanın çoğu ülkesinde yargı alanı, toplumsal gelişmeleri karşılayacak reformların yapılması için artan talepler ile karşı karşıyadır. Bir taraftan fazla iş yükü çözülmesi gereken karmaşık bir sorun haline gelmekte ve prosedürel gereklilikler artmakta iken; diğer yandan söz konusu problemler ile baş edebilmek için temin edilebilen ek kaynaklar nispeten yetersiz kalmaktadır. Bunun sonucu olarak, yargı makamları, yargısal hizmetlerde kendi verimliliklerini arttırmaya yönelik çabalar içine girmektedirler.⁵

Yargı yönetimi, yargı kurumunun çalıştırılması ve yargı kararlarının oluşturulmasında gerekli olan insan ve maddi kaynakların sağlanması ve sürdürülmesi faaliyetlerini ifade eder. Temel mesele mali kaynakların ve insan kaynağının yönetilmesidir. Bir yargı kurumu, hizmet sunan bir büyük kurum olarak ve en önemli bir kamu organı olarak, etkin ve kaliteli bir yönetime ihtiyaç duyar. Ülke geneline yayılmış devasa bir yargı hizmeti yönetilmeksizin olamaz, ancak bu yönetme gerçeği de, yargıçların bağımsızlığının riske atılması anlamına gelemez. Yargının yönetilmesi, yargıçlar için daha iyi bir çalışma ortamı oluşturulması ve yargıçların asıl görevlerini, özellikle yargılama görevlerini daha iyi yapabilmelerini sağlamak içindir.⁶

Yargı kurumunun başında olan sorumlu, personele rol model olacak şekilde liderlik yapar. Yargı kurumu personelinin çalışma şartlarını ve huzurunu sağlar, yargıçlar ve diğer personel için iyi ve doğru bir şeyler yapmanın çabası içinde olur, yargısal kalite düşüncesinden ve yargı kurumunun performansından sorumlu olur. Yönetici, toplumun, yargıda

4 İbid, s.7.

5 LIENHARD Andreas – KETTIGER Daniel, (2011), Research on the Caseload Management of Courts: Methodological Questions, *Utrecht Law Review*, Volume 7, Issue 1, January 2011,s.66.

6 İbid, s.67.



işi olanların ve diğer anayasal kurumların yargı ile ilgili beklentilerini kuruma aktarır ve bu beklentilerin kurum tarafından karşılanmasını destekler. Yönetici ayrıca, yargı kurumu organizasyonu içinde gerekli değişiklikleri uygulamak ve geliştirmek için çaba gösterir. Yönetici tüm bu çalışmaları yaparken de yargı bağımsızlığı ilkesine duyarlı olur.⁷

Yargı kurumunun başında olan sorumlu, doğru şeyler yapmak suretiyle, kurum organizasyonunun gelişiminde önemli bir rol oynar, dış dünyadaki gelişmeler ile kurum arasında bağ kurar. Bu süreçte, yönetici, kurumun yetki ve sorumluluklarını yerine getirmesini ve ilgili meslektaşlarının duyarlılığını sağlar ve tüm bunlar ile ilgili gereklilikleri yerine getirir. Yargı kurumu içinde beliren hiçbir sorunun çözümü veya yargı kurumunda başlatılan hiçbir yenilik ve değişim yargıçların desteği olmadan gerçekleşemez. Yargıçların desteğinin sağlanmasında ise, yargı kurumu yöneticilerinin iyi örnek olması ve içten gelen ikna edici çabaları olmalıdır. Konuları gereği yargıçlar için, otorite resmi güçten daha önemlidir. Yönetici, otoritesini kıdemli bir yargıç olarak gösterebilir, deneyimli bir yargıç meslektaş olarak gösterebilir ve iyi bir iletişimci olarak gösterebilir; toplumun taleplerini karşılamak için mahkeme faaliyetleri ile ilgili meslektaşlarını bilgilendirici olabilir.⁸

Aşırı dava dosyası yükü, yargı kurumu yönetiminde temel bir meseledir. Aşırı dosya yüküne karşı metodolojik yaklaşımlar geliştirilmelidir. Spesifik vakalar için ayrı, her bir vaka için toplam sürenin belirlenmesi, öngörülen ölçüler, sınırlamalar ve kurallar olmalıdır. Yargıçların iş yükünün fazlalığı ve yargıçların taleplerini karşılamak için yeterli kaynak tahsis edilememesi çözülmesi gereken önemli hususlardır. Yargı faaliyetlerinin nasıl sonuçlandığına ve yargı faaliyetleri sonunda nelerin çıktığına yargı kurumları ilgisiz kalamazlar. Yargı kurumları ile yargıdan sorumlu kamu gücü birbirlerinin görevlerine karşı saygı duyarak; karşılıklı olarak aralarında sağlıklı bir ilişki kurulması ile yargıdaki sorunların çözümüne odaklanılmalıdır.⁹

Yargılama yapan ve yargı kararı veren yargıç ile yargıcın bünyesinde çalıştığı yargı kurumu arasındaki ilişkilerde görüş farklılıkları olduğu zaman zaman gözlenmektedir. Bu çerçevede yargının bütçe sınırlamasına muhatap olmasının yargının bağımsızlığını ihlal edebileceği olgusu bu husus için bir örnek olarak gösterilmektedir. Yargıcın önündeki bir

7 MAAN Bert, agm, s.6.

8 İbid, s.7.

9 İbid , s.2.



davanın çözümünde bilirkişiyeye ihtiyaç duyulmasına rağmen, bütçe yetersizliği nedeniyle bilirkişi görevlendirilememesi yargı kararının adil ve doğru çıkmasını riske sokmaktadır.¹⁰

Yargı kurumu yöneticileri kendi görevleri ile ilgili konularda, eğitimler ve özgülünmüş kurslar alırlar, destekleyici personele, kaynaklara ve malzemelere sahip olurlar. Yargı kurumu yöneticileri, yargı kurumlarının fonksiyonlarına ve çalışmalarındaki rollerine uygun donanımda olurlar ve yargı kurumlarının stratejilerine ve amaçlarına bağlılık içinde olurlar. Yargı kurumu yöneticisi, yönetici rolünün gerektirdiği uygun eğitimleri alırlar. Kurslar, eğitimler, yargı kurumu organizasyonunun yapısını, ilkelerini ve diğer nitelikleri, insan kaynakları yönetimi, iletişim vb. değişik rolleri içeren ve öğretici nitelikte olmalıdır.¹¹

II. ETKİLİ BİR YARGI YÖNETİMİNİN İLKELERİ

Yargı sistemi, temel bir kamu hizmeti sunduğundan devletin ve toplumun önemli bir unsurunu oluşturur. Yargı, kişilerin haklarını korumalarını ve zedelenen haklarının tekrar elde edilmesini sağlar. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, etkili bir yargı sistemine erişimin temel bir insan hakkı olduğunu kabul eder. Etkili bir yargı sistemi, bir temel hak olmasının yanısıra toplumun yargıya olan güvenini de artırır. Yargı sistemine güven olgusu, ekonomik gelişmenin, istihdam oluşturmanın ve iş dünyasının güveninin sağlanmasının temel unsurudur. Yargıya güvenin sağlanması, bireyleri huzurlu ve ülke içi istikrarı sağlamasının yanısıra dış ülkelerin güvenini ve dışarıdan yatırımın gelmesini de olumlu yönde etkilemektedir.¹²

Değişen sosyo-ekonomik faktörler ve yargı kurumlarından beklentilerin artması yargı kurumlarının uzun vadeli çözümler geliştirmesini gerekli kılmaktadır. Bu bağlamda yargı kurumları kaliteli yargı hizmetlerini daha etkin bir şekilde sunmalıdır. Kurum sorumluları, yargı hizmetlerini yeniden yapılandırmak için belirli yönetim ilkelerine ihtiyaç duyarlar. Sorumlular için, kaynakların temini, dava dosyası yönetimi, karar verme süreci ve organizasyon yapılması gibi konular önemlidir.¹³

Etkili bir yargı sistemi, demokratik toplum değerlerinin ve hukukun üstünlüğünün sürdürülmesinde önemli bir rol oynar. **Bağımsızlık, kalite ve verimlilik** etkili bir yargı sisteminin temel göstergeleridir.¹⁴

10 İbid, s.1.

11 İbid, s.7.

12 EU, age, s.7-8.

13 NCSC, (2012), *Principles for Judicial Administration*, S.I, National Center for State Courts.

14 EU, age, s.5.



A. Bağımsızlık

Yargı bağımsızlığı, etkin bir yargı sisteminin temel bir göstergesidir. Yargı bağımsızlığının temel bir hak olduğu küresel düzeyde kabul edilmiştir. Yargı bağımsızlığı, yargı sisteminin belirli, öngörülebilir ve adil olmasını sağlaması nedeniyle, vatandaşların ve iş dünyasının yargıya güveninin temininde ve sürdürülmesinde hayati öneme sahiptir. Yargı bağımsızlığı, devlet gücüne karşı vatandaşları korur. Bu yüzden yargısal bağımsızlık genel olarak toplum ile olan ilişkilerde ve uyuşmazlık hallerinde taraflar ile olan ilişkilerde vazgeçilmezdir. Yargıçlar, yargısal bağımsızlığı yargısal karar alım süreçlerinde uygulamak zorundadırlar. Ayrıca yargısal bağımsızlık, yürütme, yasama ve diğer devlet güçleri ile ilişkilerde de zorunludur¹⁵.

Yasalarda yer alan yargısal bağımsızlık, yukarıda ifade edilen amaçların gerçekleşmesinde tek başına yeterli değildir. Vatandaşlar ve iş dünyası yargının bağımsız olduğu algısına sahip olmalıdırlar ki, yargıya güvenleri olsun. Bağımsızlık, yargının çoğu alanını etkileyen bir gerekliliktir. Bağımsızlık, yargıçların nasıl atandıkları, nasıl görevden alındıkları, nasıl eğitildikleri, davaların yargıçlar arasında nasıl dağıtıldığı gibi hususları etkilemektedir¹⁶. Ayrıca, yargı kurumlarının mali kaynak temini için objektif bir sistemin geliştirilmesi, yargı kurumlarının gerçek bağımsız işleme için bir ön şart olarak görülmektedir¹⁷.

B. Kalite

Kalite, bir hizmetten istifade eden ve etkilenenlerin beklentilerinin karşılanmasıdır. Yargı sistemi bağlamında kalite, yargısal kararların kalitesini ifade etmektedir. Yargıda kalite konusu, Yargı sisteminin geniş alanı bağlamında değerlendirilmelidir. Bu bağlamda, yargı kararlarının açıklığı ve anlaşılabilirliği, tarafsızlık, dürüstlük, mesleki uzmanlık ve yargıda işi olanlar ile iyi iletişim kurulması gibi konular kaliteli bir yargı için önemlidir.

Yargı sistemlerinin kalitesinin ölçümünde kabul edilmiş tek bir yol, yöntem yoktur ve yargının kalitesini artırmaya, geliştirmeye yardım edebilecek genel kabul görmüş kesin belirli faktörler de bulunmamaktadır. Yapılan çalışmaların sonucu göstermektedir ki, yargı sisteminin kalitesi, ortaya çıkan bir yargısal kararın kalitesinden daha geniş anlama

15 İbid, s.9.

16 İbid, s.9.

17 MAAN Bert, agm, s.7.



gelmektedir. Ayrıca, yargı sistemlerinin kalitesini etkileyen bazı faktörler bulunmaktadır.¹⁸

Yargı sistemlerinin kalitesini geliştirebilecek ilk faktör, **yargı sistemine erişimin kolay olmasıdır**. Yargı sistemine erişimi kolaylaştırmak için bazı araçlar geliştirilmiştir. Bunlardan bazıları şunlardır; Yargı sistemi hakkında tatmin edici bilgi kişilere sunulmalıdır. İhtiyaç sahiplerine adli yardım sağlanmalıdır. Yargılamanın tarafları ve medya ile iletişim sağlanmalıdır. Kişiler yargı kararlarına ulaşabilmelidirler.¹⁹

Yargı sistemlerinin kalitesini geliştirebilecek ikinci faktör, **yeterli ve uygun kaynakların sağlanmasıdır**. Bu faktör, yargı sisteminin iyi faaliyet göstermesini, yargı kurumlarındaki şartların elverişli olmasını ve iyi yetişmiş yargı mensuplarını temin etmeyi içermektedir. Gerekli niteliklere ve mesleki yetkinliğe sahip yeterli sayıda personel ve görevli olmaması, sürekli geliştirici eğitim programları olmaması, kararları ve karar verme süreçlerini tehlikeye düşürmektedir.²⁰

Yargı sistemlerinin kalitesini geliştirebilecek üçüncü faktör ise, **değerlendirme araçlarıdır**. Bu unsur; yargı ile ilgili araştırmaları, zamanında davaların sonuçlanması için bilişim teknolojilerini, otomatik erken uyarı sistemleri gibi araçları kullanmayı içermektedir. Yargı kurumu faaliyetlerini izlemek ve değerlendirmek, yargı kurumunun eksikliklerini ve ihtiyaçlarını belirlemek yoluyla yargı kurumunun performansını geliştirmeye yardım etmektedir. Yargı sisteminin kalitesinin değerlendirilmesinde, yargıda işi olanların ve yargıyla ilişkili olanların görüşlerine önem verilmesine odaklanılmaktadır.²¹

Yargı sistemlerinin kalitesini geliştirebilecek dördüncü faktör ise, yargı sistemlerinin kalitesinin artırılması için **standartların kullanılmasıdır**. İş süreçleri ile ilgili süre belirleme, aktif dava izleme ve işyüküne ilişkin düzenlemeler yaygın kullanılan kalite standartlarıdır.²²

Yargıçlar, yargıda işi olanlar, yargı ile ilişkili diğer ilgililer açısından kaliteden ne anladıkları ortaya konulmalı ve bu konuda gerekenler yapılmalıdır. Kurumlarda kalitenin düzeyi, gözleme ve taraflar ile yapılan mülakata dayalı olarak belirlenebilir. Yargıcın asıl işi karar vermektir; yargıca çalışmalarında gerekli destekler verilmelidir. Yargı kararlarının iyi gerekçelendirilmiş olması, yargısal işlemlerin süresinin makul

18 EU, age, s.8.

19 EU, age, s.8.

20 EU, age, s.8.

21 EU, age, s.8.

22 E U, age, s.9.



olması, mahkeme personelinin ve yargıçların tavırları, bekleme zamanı ve bekleme alanı gibi hususlar kalite içinde değerlendirilen konulardır. Yargı kurumları, kaliteyi yönetme ve geliştirme yollarını bulma çabası içerisinde olurlar. Yargının bütçeleme faaliyetlerinde kalite kaygısı önem verilen konuların başında gelir.²³

Yargı sistemlerinin kalitesini geliştirebilecek beşinci faktör ise, **ihtisaslaşmadır**. İhtisaslaşma farklı boyutlar alabilir. Hukukun değişik alanlarında, ceza davalarında, adli davalarda, idari davalarda, mali davalarda ihtisaslaşma olabilir. Bilhassa, ceza davalarında ihtisaslaşma daha elzem hale gelmiştir, adli tıp teknikleri daha karmaşık hale gelmiştir. Çocuk davalarında, çocukları dinlemek ve ilgili raporları değerlendirmek uzmanlık gerektirmektedir. İhtisaslaşma, yargıda uzmanlık bilgisine sahip olma, kalitede güvenin sağlanması ve sürdürülmesi için bir zorunluluktur. Bir yargıç bilimsel veya teknik nitelikteki değişik konularda uzman görüşünü değerlendirmekten kaçamaz. İhtisaslaşma halinde, yargıçların davanın doğru sonuçlandırılması hususunda gereken teknik bilgiye sahip oldukları kabul edilir. Yargıç yardımcıları, hukuki danışmanlar, ihtisaslaşmada yargıçlara yardımcı olabilirler.²⁴

C. Verimlilik

Yargıda verimlilik, makul sürede yargılanma hakkının gerçekleşmesi ile ilgili bir husustur. Yargıda verimlilik anlayışı, yargının zaman ve süre ile ilgisini ifade eder. Yargı işlemlerinin belirlenen süre içinde ve zamanında gerçekleşmesi, yargı sisteminin düzgün ve sağlıklı çalışması ve işleme için elzemdır. Bir yargı sisteminin verimliliğini ölçmek için temel göstergeler olarak; yargısal işlemlerin uzunluğu, dava sonuçlandırma oranı ve bekleyen dava sayısı gibi göstergeleri saymak mümkündür. Yargısal işlemlerin zamanında ve makul sürede sonuçlandırılması, etkin bir yargı sisteminin önemli bir yönüdür. Ancak sürecin hızı üzerine aşırı vurgu yapmak yargısal hataya neden olabilir. Etkin bir yargı sistemi, hak arayanlar için makul bir maliyette, makul bir zaman içinde, yüksek kaliteli yargısal karar sunabilme kapasitesini ifade eder.²⁵

Yargı kurumlarının, yargı sistemlerinin etkinliğine nasıl katkı sağladıklarını anlayabilmek için yargı kurumlarının iletişim stratejilerine ve yönetim tarzlarına bakmak gerekmektedir. Yargı kurumlarının belirlenen amaçları gerçekleştirmeleri, aynı zamanda yargı hizmetlerinde bağımsızlık, kalite ve verimlilik ilkelerini de artıracaktır.

23 MAAN Bert, agm, s.5.

24 İbid, s.6-7.

25 E U, age, s.10.



Yargı sisteminin algılanan kalitesini inceleyen ve değerlendiren tatmin edici nitelikteki araştırmalar gibi çalışmalar kalitenin artışına katkı sağlar. Yargıçların mesleki eğitim programlarına katılmaları, daha kaliteli yargısal kararların ortaya çıkmasına, daha hızlı kararın verilmesine yol açar ve yargının daha iyi hizmet sunumunu sağlar. Yargı kararlarına erişimin sağlanması ise, ilgili yargı kararları hakkında ilgilileri daha fazla bilgilendirir. Doğru dava yönetimi, yargı sürecinin zamanında gerçekleşmesini ve böylece yargının verimliliğini artırır. Yargıçların ihtisaslaşması, daha kaliteli kararların ortaya çıkmasının yansırı kararların daha hızlı verilmesini de sağlar.²⁶

III. ETKİLİ BİR YARGI YÖNETİMİNİN UNSURLARI

Yargıda işi olanların beklentilerinin karşılanması ve yargı sisteminin verimli çalışmasının gerçekleştirilmesi gittikçe önem kazanan bir konudur. Bir yargı kurumunun çalıştırılması ve işleyişi ile diğer kurumların çalıştırılması ve işleyişi çoğu yönden birbirilerine benzer hale gelmektedir. Yönetim biliminin ve işletmenin ortaya koyduğu geleneksel yönetim anlayışı günümüzde kamu sektöründeki kurumlarda da kabul görmektedir. Bu gelişme aynı zamanda bir kamu kurumu olan yargı kurumlarına da yansımaktadır. Bu çerçevede yargı kurumlarına yaklaştığımızda, etkin bir yargı kurumu yönetiminin gerçekleşmesinde rol oynayan bazı unsurlar bulunmaktadır. Bunlar; kurum kültürü, kurum yapısı, kurum iş süreçleri, kullanılan araçlar, mesleki yetkinlik, etkin liderlik, etik ilkeler, şeffaflık ve iletişim gibi unsurlardır.²⁷

Yargı kurumu sorumluları, yargı kurumunun etkin bir şekilde yönetilmesi için çaba gösterirler. Bunun için, kurumun etik değerler gibi ortak değerleri çerçevesinde uygulamalarda bulunurlar. Bu bağlamda her yeni değişiklik yürürlüğe girerken tüm paydaşlar konuya müdahil kılınmalıdır, istenilen değişikliğin amaçlarının ne olduğu ve bu değişikliğin kurumun vizyonuna nasıl uygun hale getirileceği açık bir şekilde paylaşılmalıdır. Değişikliğin uygulamada başarılı olabilmesi için her kişinin kendi rolünü bilmesi ve görev dağılımının açıkça yapılmış olması gerekir. Dahası uygulamalar kurumun rutini haline gelmelidir. Kişilerin kendi görevlerini yerine getirirken, görevleri ile ilgili düzenlemelere ve uygulama rehberlerine başvurmaları, işlerin doğru ve kaliteli yapılmasını sağlayacaktır.²⁸

26 İbid, s.10.

27 İbid, s.10.

28 İbid, s.13.



A. Kurum Kültürü

Yargı sürecinin belirlenen ilkeler çerçevesinde sürmesi ve adil yargı kararlarının ortaya çıkması hususunda, yargı kurumunun tüm mensuplarının, yargı ile ilgili değerleri, etik ilkeleri ve kuralları, birlikte paylaşımları ve benimsemeleri gerekmektedir. Kurum kültürü, yargı kurumunun verdiği yargı hizmetlerinin hukuka ve amaçlanana uygun olması açısından önemlidir. Kültür, kurum üyeleri tarafından paylaşılan kuralları, ilkeleri ve değerleri ifade eder. Bu ilkeler, kurallar ve ön kabuller yargı mensuplarının çevrelerini nasıl algıladıklarını ve kurum içinde nasıl davranacaklarını etkilemektedir.²⁹

Kabul edilen ortak değerler, kurumda değişiklikler uygulamaya girdiğinde önemli olur. Yargı kurumu görevlilerinin ve yargıçların değişiklikleri kabullenmeleri, değişikliklerin diğer paydaşların ve hukukçuların kabulleri kadar önemli olduğu bilinmelidir. Bir paylaşılmış vizyon, bir motivasyon kaynağı üretir ve taraflara konunun anlaşılmasında yardım eder. Örneğin, bir yargı kurumu değişik tür süreçler için belli bir süre uygulamak isterse, bu sürenin belirlenmesinde paydaşların ve ilgili tarafların konuya müdahil edilmesi ve ilgili tüm taraflara (kurum personeli, yargıçlar, avukatlar gibi) bu değişikliğin kurumun etkin işleminde neden önemli olduğunu açıklaması son derece gereklilik arz etmektedir. Kurumda yenilikler ve değişiklikler yürürlüğe girdiğinde, ilgililer arasında iyi iletişim kurulmuş olması amaçların gerçekleşmesine katkı sunmaktadır.³⁰

B. Kurum Yapısı

Başarılı yargı kurumu yönetiminin ikinci kilit unsuru kurumsal yapıdır. Kurum yapısı, yetkileri, görevleri ve sorumlulukları belirler. Bu yüzden belirgin bir organizasyon şeması asgari bir gerekliliktir. Her bir görevin sorumlusu belli olmalıdır. Örneğin, yargı kurumu bir konuda veya bir karar hakkında basın açıklaması yapılmasını isterse; kurum, basın açıklamasını hazırlamaktan, basın açıklamasının içeriğinden ve yayınlanmasından kimin sorumlu olacağını belirlemelidir. Eğer, bir görev için kimin sorumlu olduğu tanımlanmamışsa, büyük ihtimalle o işin doğru ve zamanında yapılamayacağı bilinmelidir.³¹Etkin bir yargı kurumu yönetimi, tüm yargı sisteminin yönetimi ve politika üretimi için iyi tanımlanmış bir yönetim yapısına ihtiyaç duyar.³²

29 İbid, s.11.

30 İbid, s.11.

31 İbid, s.11.

32 NCSC, age, s.ii.



Yargı kurumu, belirli bir uygulamayı yürürlüğe sokmak istediği zaman, kurum mensuplarının değişikliğin amaçlarını bilebilmesini, kendi görevlerini ve kimin hangi işi ve ne zaman diliminde yapacağını bilmesini sağlayacak bir yönetim sergilemeli ve organizasyon tesis etmelidir. Etkin bir yönetim yapısının, değişimlerin ve yeniliklerin başarılı sonuçlanmasını sağlamada önemli rolü vardır. Gelişmeleri gözlemleyen kişiler, görev alanlarını belirlemeli, beklentileri tanımlamalı, ne tür kaynaklara ihtiyaç duyulduğunu tespit etmeli, kişilerin kendi işleri ile ilgili gelişmeyi nasıl sağlayacaklarını belirlemelidirler. Yenilikler, kurulmuş çalışma ilişkilerini değiştireceğinden, temel paydaşların sürece dahil edilmeleri ve yeniliklerin amaçlarını anlamaları durumunda, çalışmalarda başarılı olunabilecektir.³³

C. Kurum İçi İşlemler

Etkin bir yargı kurumu yönetiminin üçüncü kilit unsuru, kurum içi işlemlerdir. İşlemler, birbirini takip eden bir dizi aktiviteyi ifade eder. Aktivitelerin belli bir süreç haline getirilmesi, yargı kurumunun işlerinde bu faaliyetleri takip için doğal bir aşama oluşturur. Şayet işlemler, rutinin bir parçası haline gelmişse, işlemlerin kullanımı genel olarak artar. Diğer bir deyişle, şayet uygulamalar yargı kurumunun günlük uygulaması veya rutinin içine yerleştirilmişse, uygulamalar daha faydalı hale gelir. İşlem sürecinin uzunluğu ile ilgili düzenlemeler hemen hemen her ülkede bulunmaktadır. İşlemlerin süresi devamlı kontrol edilirse ve işlemler zamanında gerçekleşirse, ancak o zaman işlemlerin süreli olması kuralı yargı sisteminin etkinliğini artırır. İşlemin süresinin takibi rutin bir şekilde yapılmalıdır. Dava, yargı kurumuna geldiği andan itibaren sonuçlandırılıncaya kadar takip sürdürülmelidir. Hatta otomatik olarak erken uyarı veren sistemlerin kullanılması da tercih edilmektedir.³⁴

Yargı kurumu, işlemleri ve süreçleri azaltıcı ve karmaşıklığı giderici bir nitelikte organize edilmelidir. Yargı ile ilgili işlemler ve prosedürler basit, açık, belirgin ve en düşük maliyette olmalıdır.³⁵

D. Araçlar

Etkin yargı kurumu yönetiminin dördüncü kilit unsuru araçlardır. Araçlar, yargı faaliyetlerinde kullanılması gereken uygulamaya dönük enstrümanlardır. Araçlar dendiğinde, örneğin, dava dosyalarının yargıçlara nasıl dağıtılacağına dair düzenlemeler, yargı kurumunun medya ile nasıl ilişkiye gireceğine dair düzenlemeler, elektronik dava

33 EU, age, s.11.

34 İbid, s.11.

35 NCSC, age, s.iii.



dosyası yönetim sistemi, eğitimi modülü, belirlenmiş süre kaydı gibi konular ile ilgili düzenleme ve dokümanlardır. Bu düzenlemeler yargı kurumu içi düzenlemeler de olabilir, yasal düzenlemeler de olabilir. Yargı kurumu İç Kontrol Kılavuzu, yargı kurumu içi faaliyetlerin nasıl ve kimler tarafından yapılacağı ve bunların kontrolünün nasıl yapılacağını düzenlemektedir.³⁶

Yargı kurumu sorumlusu, yargı hizmetlerinin sunumuna destek veren tüm kaynakları ve araçları kontrol etmelidir.³⁷

E. Mesleki Yetkinlik

Mesleki yetkinlik hususu, yargı kurumlarında bulunan değişik görevlilerin, kendi görevlerini yapabilmeleri için gerekli olan bilgi, deneyim ve becerilere sahip olmalarını ifade eder. Mesleki yetkinlikler hem geliştirilmeli hem de kullanılmalıdır. Bu yüzden belirgin bir organizasyon şeması asgari bir gerekliliktir. Görevlerin tanımlanması ve her özel göreve atamalar yapılması; işlerin ve görevlerin yapılmasının sağlanması, eğitilecek grupların belirlenmesi, birbirlerinden deneyim paylaşımı yoluyla iyi yönetişimin gerçekleştirilmesi açısından da önemlidir. Yargı kurumları, kendi görevlilerinin mesleki yetkinliklerini artırmaları hususunda çaba göstermelidirler. Yargıçlar ve diğer çalışanlar kendileri ile ilgili spesifik eğitimlerine katılarak kendi uzmanlıklarını geliştirmelidirler. Ayrıca, Kişiler, karşılıklı bilgi ve deneyim paylaşımı için, bu amaçla düzenlenen eğitim toplantılarına katılarak mesleki yetkinliklerini artırabilirler.³⁸

Yargıçlar doğru seçilmeliler ve iyi eğitilmelidirler. Yargıçların tutum ve davranışları, davanın taraflarının güvenini kazanmak açısından önem arz etmektedir. Yargı ve yargıç açısından güvenin sağlanması bir zorunluluktur. Taraflar çekişmelerinin çözümü için konuyu üçüncü bir kişinin, yani yargıcın eline vermekteler ve kendileri için önemli olan konunun çözümünü yapacak kişinin de güvenilir olmasını beklemektedirler. Bu güveni taraflara sadece yargıçlar gösterdikleri davranışıyla verebilirler. Yargıç konuşmasıyla, dinlemesiyle, gerekçeleriyle ve kararıyla tarafların güvenini etkiler.³⁹

Yargıç, hukuki bilgi ölçütünden daha fazlasını içeren kriterler üzerine seçilmelidir. Yargı personeli, yargıda işi olanlara iyi davranış gösterme yaklaşımına sahip olmalıdır. Yargı kurumu sorumlusu, yargı kurumunun

36 EU, age, s.12.

37 NCSC, age, s.ii.

38 E U, age, s.13.

39 MAAN Bert, agm, s.4.



yüksek nitelikli, yetkin ve iyi eğitilmiş yargı mensubuna sahip olmasını sağlamalıdır.⁴⁰

Yasalar yargı mensuplarına meslekleri ile ilgili olarak sadece yetki ve sorumluluklar verirler; ancak mesleki yetkinlikler veremezler. Yasaların vermiş olduğu yetki ve sorumlulukların kaliteli ve etkin gerçekleştirilmesi için ilgili konularda özel bilgilendirmeler, eğitim programları ve uygulamaya dönük mesleki kurslara ihtiyaç duyulmaktadır.

Yargıçların yargısal karar verme yetkinliğini edinmiş olmaları önemli bir husustur. Yargıçların yargısal karar verme sürecinde, ilgili olayların değerlendirilmesinde ve muhakemesinde etkili olabilecek psikolojik faktörlerin önemi bilinmelidir. Karar verme süreci, çok sayıda faktör tarafından etkilenmektedir. Karar verme her ne kadar tüm insanların sahip olduğu bir yetenek olsa da; zorlukları, çok boyutlu olması, mesuliyeti ve sonuçları bakımından, meslekleri gereği üst düzey karar verme yetkisine sahip yargıçlar bakımından daha çok önemlidir.⁴¹

Karar verme davranışının yüksek değerde olması, diğer insanları da etkileyebilmesi ve yargıçların bu işi en iyi, yetkin ve adil bir şekilde yapabilme kabiliyetini haiz olması ayrı bir önem taşımaktadır. Özellikle de, yargıçlar bir karar verici olarak mühim bir bilişsel süreç olan karar verme ve muhakemeyi işleri gereği sürekli yapmaktadırlar.⁴² Yargıçların muhakeme gücünü artırıcı ve karar verme yeteneğini güçlendirici aktiviteler teşvik edilmelidir.

Yargıçlar hukuksal düşünceye sahip olurlar. Hukuksal düşünce, bireysel bir vakada adaleti arayıp sağlama kabiliyeti, özeleştirel bakabilme ve karşısındaki kişinin bakışını görebilme kapasitesi, doğruluğu tahlil etme ve açıklığa kavuşturma eğilimi, gerçeklere ulaşabilme ve anlayabilme yeteneğidir.⁴³ Yargıçların hukuksal düşüncelerini geliştirici çabalar gösterilmesi, yargıçların yargısal karar verme yeteneğini de olumlu yönde etkilemektedir.

F. Etkin Liderlik

Etkin liderlik, etkin yargı kurumu yönetimiyle oldukça ilgili bir husustur. Liderler, kurumun ilkelerinin, kurallarının ve değerlerinin

40 NCSC, age, s.ii.

41 KÜÇÜKAY Alper, (2018), "Karar Vermenin Psikolojisi", **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Türkiye Adalet Akademisi, s.607-640, Ankara, s.607.

42 İbid, s.608.

43 İbid ,s.608.



korunmasını ve geliştirilmesini sağlamak zorundadırlar. Zira bunlar kurum kültürünü oluşturmaktadırlar.⁴⁴

Bir yargı kurumu, kendi işleyişinde bir değişikliği uygulamak istediğinde; yönetici konumundaki kişi, kurum mensuplarına liderlik yapar. Liderlik yapan yönetici amaçlanan yeniliği benimsemeleri için kurumun diğer mensuplarını motive eder. Liderlik yapan yönetici, bu yeni uygulamaların sistemi nasıl olumlu yönde geliştireceği görüşünü çevresindekilere anlatarak ve yayarak diğerlerini etkileyebilmektedir. Değişikliğin getireceği faydalardan kişilerin nasıl ve ne kadar etkilenecekleri gösterilerek, gerçekleştirilen süreçte bilgi paylaşarak, amaçlanan değişimin etkin gerçekleştirilmesi için kendilerinin yaptıkları çabaları göstererek, değişimin amaçlarının gerçekleştirilmesinde etkin rol alanların edinecekleri kazanımları ifade edilerek değişim desteklenir.

Yönetici, yeni yürürlüğe sokulan uygulamaların savunucusu olmalı, yargı kurumu mensupları arasında örgütsel desteği ve uzlaşmayı sağlayarak liderliği gerçekleştirmelidir. Yargı kurumu üyeleri, belirlenen hedefleri elde etmede değişikliklerin başarılı olması için vazgeçilmezdirler. Yargı kurumu yöneticisi, yargı kurumu yönetiminde paylaşılan ortak vizyonu net bir şekilde dile getirir. Yönetici, değişiklikten etkilenen kişileri motive ederler, onları doğru bilgilendirerek değişikliklerin amaçları hakkında ve onların sürecin neresinde müdahil olacakları hakkında bilgilendirir.⁴⁵

Yargı kurumu yöneticisi, kurumun faaliyetlerinden sorumludur. Sorumluluk, kurumun kendi kendini ve bütçesini yönetmesi gücüne sahip olmayı ifade eder. Yönetmek aynı zamanda liderlik etmeyi gerektirmektedir.

Yargı mensupları, 'yargı kurumu yönetimi' olgusunun günümüzde ve gelinen noktada önemli olduğunu bilmektedirler. Öncelikle, yargı kurumlarının birer örgüt, organizasyon ve kuruluş olduğu kabul edilmektedir. Yargı kurumları, onlarca, yüzlerce ve binlerce kişinin çalıştığı büyük örgütler ve organizasyonlar konumundadırlar. İkinci olarak, yöneticilik farklı eğitim, deneyim ve bilgi gerektirdiğinden dolayı yargı kurumu sorumluları, doğal olarak iyi bir yönetici olabilmeleri için gerekli eğitim ve kursları alarak, bilgi ve yöneticilik donanımı geliştirilmelidir.⁴⁶Yargı kurumu yöneticisi, aynı zamanda kendisinden liderlik beklendiğinden dolayı, yetkinlik temelli seçilmelidir.⁴⁷

44 E U, age, s.11.

45 İbid, s.11.

46 İbid, s.2.

47 NCSC, age, s.ii.



Yargı kurumu sorumluları, yargı kurumunun etkin işlemesi için etkin liderlik yaparken, yargıçların ve yargının bağımsızlığını kabul ederler. Yargı yöneticileri, yargının özgünlüğünün ve hassasiyetinin bilincindedirler ve yargıcın bağımsızlığı olmadan yargının ve yargı kurumunun olmayacağını bilirler.

G. Etik İlkeler

Yargı mensuplarının uyması gereken temel etik değerler, yargı camiasının öteden beri tartıştığı temel alanlardan biri olmuştur. Meslek etik ilkeleri, uygulamacılar için mevzuatta somutlaşan disiplin kurallarını aşan bir rehberi oluşturmaktadır. Yargı camiasında ve yargı mensuplarında, yargıya güven tesis edilmesi ve geliştirilmesini amaçlayan bir anlayışın var olması büyük önem taşımaktadır.

Adil yargılanma hakkı kapsamında; yargılamaların bağımsız, tarafsız ve etkin bir şekilde yapıldığına dair gerek davanın tarafları gerekse kamuoyunda kuvvetli bir inancın olması bir zorunluluktur. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6 ncı maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının sağlanmasında en önemli araçlardan biri de yargı mensupları için etik ilkelerin belirlenmiş olmasıdır.⁴⁸

Adalet sisteminin etkinliği açısından hukuku uygulayanlarda etiğe dayanan bir vicdanın oluşması gereklidir. Hukukçuların, kanunlar dışında uymaları gereken, meslekleriyle ilgili kuralların varlığı şüphesizdir. Bu kurallar yargı etiği kavramı altında somutlaşmaktadır. Etik ilkelerin belirlenmesi ile yargısal süreçlerdeki şeffaflık ve hesap verilebilirlik artacak ve bu sayede bir yandan yargıya olan güven yükselirken diğer yandan yargı mensuplarının bağımsızlığı ve tarafsızlığı ilkesi daha belirgin ve denetlenebilir hale gelecektir. Bu yüzden Yargı etiği ilkelerinin eğitimi yaygın bir şekilde yargı mensuplarına verilmelidir.⁴⁹

Birleşmiş Milletler, 2016 yılında, **Bangalore Yargı Etiği İlkeleri**'ni Adalet Yönetimine İlişkin Birleşmiş Milletler Standartlar ve Normlar listesine resmen dahil etmiş bulunmaktadır.⁵⁰ Bir yargıcın gerek yargı kurumu içinde ve gerekse dışında belirlenmiş davranış kurallarına göre hareket etmesi beklenmektedir. Bangalore Yargı Etiği İlkeleri olarak;

48 Adalet Bakanlığı, (2018), **Adalet Şurası, Sonuç Bildirgesi**, Adalet Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı Yayını No 58, Ankara, s.271-6.

49 Adalet Bakanlığı, (2016), **Uluslararası Yargı Etiği Sempozyumu, Sunuş Yazısı**, Adalet Bakanlığı, Strateji Geliştirme Başkanlığı, Ankara, S.İ.

50 Jayawickrama, Nihal, (2017), **“Yargı Bağımsızlığından Yargının Hesap verebilirliğine”, Yargıtay Etik, Şeffaflık ve Güven Projesi Açılış Sempozyumu**, Yargıtay, Ankara, s.31.

bağımsızlık, tarafsızlık, dürüstlük, doğruluk, eşitlik, yetkinlik ve özen ilkeleri sayılmaktadır.⁵¹

Etik ilkeler belirlenirken, geçmişten gelen birikimden ve ülkenin kendi değerlerinden yola çıkılıp evrensel ilkeleri de kapsayacak bir yaklaşım ortaya konulması önem taşımaktadır. Bu çerçevede, ülkemizde, yargı görevi ifa edenlerin uyması gereken etik ilkeler oluşturulmuş ve akabinde Hakimler ve Savcılar Kurulu kararıyla somutlaştırılarak, **“Türk Yargı Etiği Bildirgesi”** olarak kamuoyuna açıklanmış bulunmaktadır.⁵²

H. Şeffaflık

Şeffaflık, modern demokrasi için temel bir değerdir. Şeffaflık, kamusal konularda vatandaşların hem katılımını, hem de kontrolünü sağlayan bir mekanizmadır. Uygulamada şeffaflığın üç bileşeni vardır; vatandaş tarafından yargı sistemi ve mahkemeler hakkında kamusal bilgiye erişim taleplerinin olması; devletin bu bilgileri üretmesi ve vatandaşın ulaşabileceği yöntemleri ve yolları hazırlaması; vatandaşın devletin sorumluluklarını yerine getirmesini isteyebilmesi için güçlendirilmesi. Bu bilgi isteme talebi yargı sisteminin değişik unsurlarını kapsayabilir. Bu talepler, yargı kurumunun kaynakları ve bu kaynakların nasıl yönetildikleri, yargıçların nasıl atandıkları, yargı kurumunun faaliyetleri ile ilgili istatistiksel rakamlar ve yargısal işlemlerin süreleriyle ilgili hususlar hakkında olabilmektedir.⁵³

Yargı sisteminin şeffaflığı önemli sonuçlara yol açmaktadır. Şeffaflık, yargıya erişim hususunda pozitif bir etkiye sahiptir. Yargıya erişim, bir işleyen demokrasinin ve gelişen ekonominin temel dayanağı olarak düşünülür. Yargıya erişim, yargı sisteminde kalitenin önemli bir temel unsurdur ve etkin bir yargı sisteminin gerçekleştirilmesinde önemli bir rol oynar. Diğer bir deyişle, şeffaflık, daha iyi bir yargıya erişime yol açar ve böylece daha etkin bir yargı sistemine katkı sağlar. Dahası, etkin bir yargı sistemine erişimin temel bir hak olduğunu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kabul etmiştir. Yargısal işlemlerin zor anlaşılması, çok zaman alması ve yorucu olması yargıya erişim hakkını riske sokmaktadır. Yargısal kararların tüm taraflarca iyi anlaşılabilmesini sağlamak için kararlar uygun bir dil ile açıklanmalıdır. Yargı sistemi, ayrıca topluma ve taraflara çalışmalarını anlatmalı ve izah etmelidir.⁵⁴

51 UNODC,(2016), *Commentary on The Bangalore Principles of Judicial Conduct*, Vienna, AUSTRIA, s. 24.

52 Hakimler ve Savcılar Kurulu (HSK), (2019), *“ Türk Yargı Etiği Bildirgesi”*, (www.adalet.gov.tr; 11 Mart 2019), *Resmî Gazete*, 14 Mart 2019 gün ve 30714 sayılı nüsha.

53 E U, age, s.26.

54 İbid, s.26.



Yargı sisteminin şeffaflığı, davanın taraflarını yargı yönetimine karşı korur ve kişilerin yargı sistemine güvenini sağlayıcı bir rol oynar. Yargı sisteminin şeffaflığı ile ilgili olarak, yargı faaliyetlerinin yürütümü ile yargı kurumlarının çalışma kurallarının yayınlanması ve yargı kararları bilgi bankası oluşturulması önemli hususlardır.⁵⁵

Yargıya erişim, ayrıca yargı kararlarına erişimin sağlanmasını da gerektirir. Tarafların ve hukuki temsilcilerin kendi dava dosyalarına sunabilecekleri tüm gerekli bilgilere sahip olduklarında ve kendi taraflarının menfaatlerini temsil ettiklerinde yargı daha iyi hizmet etmiş olur. Yargıçlar, karar vermeden önce ilgili kararlar hakkında yeterince bilgilendirilmelidirler, bu durum kararlarda yargısal kesinliği ve tutarlılığı sağlar. Etkin bir yargı sistemine erişim hakkının sağlanması, vatandaşların, avukatların, hukukçuların ve yargıçların yargı kararlarına ve hukuki metinlere erişime sahip olmayı gerektirmektedir.⁵⁶

Yargıya erişimin sağlanmasında; yargı sisteminin daha şeffaf olmasının yanısıra, yargısal işlemlerin maliyeti ve süresi hakkında vatandaşa genel bilgiler sunulması, adli yardım sağlanması, karar hükümlerinin internette bulundurulması gibi değişik yollar uygulanabilmektedir. Yargı kurumunun tüm düzeylerinde değerlendirme ve performans ölçümünde yargı sistemi şeffaf ve hesapverebilir olmalıdır.⁵⁷

I. İletişim

Özellikle yargı kurumu gibi çoğu insanın birlikte çalıştığı bir kamu kurumunda etkin bir faaliyet için etkin bir iletişim anahtar konumundadır. Kurum çalışanları kurumda nelerin olup bittiğini sağlıklı bir şekilde bilmek isterler. Sağlıklı bir yargı yönetimi, yargı mensuplarını ve diğer personeli motive etmesi için aşağıdan yukarıya ve yukarıdan aşağıya bir yönetim politikası gerektirir. Yöneticiden her zaman kurum personeli liderlik beklemektedir. Yönetici de, kuruma ve kurum personeline liderlik göstermelidir. Kurumda yeni yürürlüğe giren bir değişiklik hakkında yöneticinin sahiplenmesi, övücü söz söylemesi ve başlatıcı faaliyet düzenlemesi tüm personeli motive etmektedir.⁵⁸

Kurum içi iletişimin önemli olması kadar kurum dışı iletişim de o derece önemlidir. Yargı kurumu çalışmalarının kamusal niteliğinin vurgulanması önemlidir. Günümüzde kişisel ve tüzel tüm uyumsuzlukları mahkemeler ve yargıçlar çözmektedirler. Taraflar katıldıkları dava sürecinin nasıl

55 İbid, s.27.

56 İbid, s.27.

57 NCSC, age, s. iii.

58 MAAN Bert, agm, s.3.

devam edeceğini ve adil bir şekilde sonuçlanıp sonuçlanmayacağını merak etmektedirler. Yargılamanın kamu denetimi altında bir kamu kurumu tarafından gerçekleştirilmesi beklenmektedir. Taraflar, davalarına bakan yargıçlara ve yargı kurumuna güvenmek için iyi gerekçeler görmek isterler. Kamu her zaman güçlü olduğundan, bireyler ve kurumlar kamunun kurallarına uymak zorunda olduklarından, bireylerin başvurabilecekleri bağımsız ve tarafsız bir yapı olmalıdır. Bireyler ancak kamu denetimi altında bağımsız, tarafsız ve mesleki anlamda yetkin olan bir yapıya güven duyabilirler. Bu yüzden de yargının en önemli gerekliliklerinden biri de şeffaflıktır.⁵⁹

Yargı medyanın ilgisini çeken bir kurumdur. Medya, yargı faaliyetlerini oldukça yakından takip etmektedir. Bu yüzden yargı, dış iletişim politikası geliştirmeli ve medya ile etkin bir şekilde ilgilenmelidir. Yargı kurumları ayrıca, dış dünyanın ve çevrelerinin taleplerine duyarlı olarak faaliyet gösterirler. Bu yüzden yargı kurumları, iç ve dış iletişim politikası, medya ile ilişkiler politikası geliştirirler.⁶⁰

İletişim, konuşarak, yazarak veya diğer araçları kullanarak bilginin aktarımı veya karşılıklı değişimidir. Yargı, kamuoyunun ilgisini çeken davalar hakkında, kamuoyunun doğru şekilde bilgi sahibi olmasını sağlamak için medya ve kamuoyu ile iletişim kurmak isteyebilir. Kararlar hakkında bilginin yanısıra, yargının organizasyonları, yargının nasıl çalıştığı, yargı sistemi hakkında genel bilgilendirme, işlemlerin süresi ve benzeri konularda da bilgilendirmeler yapılır.

İletişim kurmadan önce her yargı kurumu, bir iletişim vizyonu geliştirmeli ve bir iletişim politikası oluşturmalıdır. İletişim ne hakkında, ne zaman, kim ile ve nasıl gibi hususlar belirlenmelidir. Yargıda işi olanların beklentileri ve diğer paydaşların beklentileri, yargı kurumu yönetiminin önem verdiği bir husustur. Kamuoyunun beklentilerini anlamak için, yargı kurumuna geri bildirimleri ve dönüşleri, bilgi aktarımlarını kabul etmek gerekmektedir. Yargıya erişime katkısı nedeniyle, iletişim yargı için önemlidir. İletişimin ayrıca imaj yapıcı bir rolü de bulunmaktadır.⁶¹

Yargıya olan güvenin sağlanmasında etkin bir rol oynayan bir unsur olarak iletişimde muhtemelen yer alabilecek konular rasyonel bir şekilde belirlenmelidir. Kamuoyunun bilgilendirilmesi için özel bilgiler üretilmektedir. Dava dosyalarının yargıçlara nasıl dağıtıldığının ve paylaştırıldığının kuralları, yargı kurumlarının gündemi, yargıçların

59 İbid, s.3.

60 İbid, s.3-7.

61 E U, age, s.62-63.



disiplin ve adli soruşturmalarının sonuçları, medyanın sorduğu sorulara cevaplar, İletişim konuları ile alakalı işbirliği, diğer yargı kurumları ile işbirliği, yargı sisteminin diğer kurumlar ile işbirliği, yargısal faaliyetler çerçevesinde yürütülen eğitim programları, yargının düşünce ve görüşlerinin parlamentoya ve yürütmeye ifade edilmesi, yargı kurumu ile ilgili geri dönüşler ve şikâyetler gibi konularda özel bilgilendirme metinleri hazırlanmaktadır.⁶²

Yazının bu kısmına kadar, temel kamu hizmetlerinden biri olan yargı hizmetleri ve yargının yönetilmesi ile ilgili temel ilkeleri incelendi. Yazının bu kısmından itibaren ise, bu ilkeler ışığında stratejik yönetim anlayışının yargı hizmetlerinin yönetiminde nasıl kullanılacağı hususları incelenecektir.

IV. STRATEJİK YÖNETİM ANLAYIŞI İLE YARGI YÖNETİMİ

Yargı hizmetlerinin etkin ve kaliteli sunumu ile vatandaşın yargıya güveninin sağlanmasında stratejik düşünme ve stratejik yönetim anlayışı önemlidir. Yargı hizmetlerini düzenleyen soyut ve normatif nitelikteki hukuk kurallarının uygulamadaki tezahürünü yargı kurumlarının icraatları göstermektedir. Dahası, hukuk kurallarının soyut ve normatif düzeyde nasıl olduklarından ziyade uygulamada nasıl gerçekleştiği önemlidir. Bu yüzden, yargı hizmetlerini düzenleyen hukuk kurallarının amacına uygun ve doğru uygulanması için yargı kurumlarının gerekli ortamı hazırlamaları gerekmektedir. Süreçlerden oluşan faaliyetlerin aksamadan yürütülmesinde stratejik yönetim anlayışı uygun bir yol olarak görülmektedir.

Yargı hizmetlerinin stratejik yönetim anlayışı ile gerçekleştirilmesinde; uzun bir süreç, derinlemesine bir çalışma, çeşitli detaylandırmalar bulunmasıyla birlikte iki temel araç olayı somutlaştırmakta ve anlaşılır kılmaktadır. Bunlardan biri stratejik plan iken, bir diğeri ise faaliyet raporudur. Yargı kurumu, işin başında nasıl çalışacağını stratejik plan ile belirler; işin sonunda da nasıl çalıştığını faaliyet raporu ile özetler ve çalışanlarına, ilgililere ve kamuoyuna bu bilgileri açıklar. Böylece yargı kurumu şeffaflık ve hesapverebilirlik ilkeleri çerçevesinde gerçekleşen yargı faaliyetlerini ve gerçekleştiremeyenleri kamuoyuna açıklamış olur. Bu davranış vatandaşın yargıya güveninin sağlanmasında hayati derecede önemlidir.

Stratejik yargı yönetiminin temel amacı, bağımsız ve adil yargılama ilkeleri çerçevesinde, yargıçların kaliteli yargı kararı vermeleri için uygun ortamı hazırlamaktır.

62 İbid, s.86 - 89.



A. Stratejik Plan

Yargı hizmetlerinden sorumlu olanlar ile yargı kurumlarının yöneticileri, stratejik düşünceye sahip olmalı ve stratejik düşünmelidirler. **Stratejik düşünme**, yargı kurumunun ve yargı hizmetlerinin bugünden itibaren ileriye dönük ve uzun dönemli amaçları doğrultusunda nasıl çalışacağını düşünmeyi içerir. Yargı kurumu yöneticisi, yargı hizmetlerinin uzun dönem amaçları doğrultusunda kurumun diğer çalışanlarının da bu düşünce ve çalışmalara katılmasını sağlar.⁶³

Stratejik plan, uzun araştırma ve analizleri içeren bir **planlama sürecinin** sonunda kabul edilen bir plandır. Planın üzerine oturduğu planlama sürecinin önemi ve verileri her zaman akılda tutulmalıdır. Zira asıl emeği ve çabayı alan kısım planlama sürecidir. Bazen planlama sürecindeki çalışmaların somutlaşan plan kadar kuruma katkı sunduğu bir gerçektir.

Stratejik planın hedefi, yargı hizmetlerinin iyi yönetiminin sağlanması olduğundan, stratejik planlama yönetimin vazgeçilmez bir unsurudur. Uzun vadeli bir plan olan stratejik plan, yargı kurumu için uzun vadeli bir plan geliştirmeyi içermektedir. Stratejik plan, genellikle çalışanlar, paydaşlar gibi kamuoyu ile paylaşılması niyetiyle yazılır; bu yüzden işbirliği kültürü büyük bir değer taşımaktadır. Yargı kurumunun etkin yürütümünde tüm personelin katkısının sağlanması önemlidir.⁶⁴

Stratejik planlama, bir organizasyonun şimdi ve gelecekte faaliyetlerini geliştirerek verimliliğini ve etkinliğini artırmak için bir yol olarak görülmektedir. Stratejik planlama, kurumun kendi belirlenmiş amaçlarını gerçekleştirmesine yol gösterecek olan bir vizyon, misyon, temel değerler, amaçlar ve hedeflerin formüle edilmesi için kurum yönetimine bir çerçeve oluşturur. Kurum yönetimi tarafından stratejik yönetim süreci kullanılarak, oluşturulan amaçların gerçekleştirilmesi için yapılması gereken faaliyetlerin takvimi hazırlanır. Ayrıca, faaliyetleri izleme ve değerlendirme yolları ile süreci ölçme ve kontrol yöntemi belirlenir.⁶⁵

63 KIEFER Peter C, (2016), **The Role of Strategic Planning and Strategic Management in the Courts**, Institute for Court Management (İCM) Fellows Program, 2015-2016 Court Project Phase, 2016, s.7.

64 IRELAND, (2008), **Courts Service Strategic Plan 2008-2009**, The Courts Service, Ireland, s.4.

65 MUTHUSÍ Lucy Lillian, (2014), **Strategic Planning Practices In The Kenyan Judiciary**, A Reserch Project Submitted in Partial Fulfillment of The Requirement for The Award of The Degree of Master of Business Administration, School of Business, University of Nairobi, s.v.



B. Stratejik Planın İçerdiği Temel Aktiviteler

Stratejik plan, her zaman geleceğe dönük yaklaşımları ve faaliyetleri içerir. Stratejik plan toplumun taleplerini ve kurumun ihtiyaçlarını karşılamak için organizasyona yeni yön verdiğinden dolayı önemlidir⁶⁶.

Stratejik Plan; kurumun misyonunu belirler, gelecek için vizyonunu oluşturur, temel değerleri tespit eder, kurumun amaçlarını ve hedeflerini ortaya koyar. Plan ayrıca, belirlenen amaçlar, hedefler ve değerler doğrultusunda uygulamanın teknik ve detay araçlarına yer verir.

Misyon, bir kuruma yön vermek ve anlam kazandırmak amacıyla belirlenmiş ve o kurumu benzerlerinden ayıran görev ve ortak değerlerdir. Misyon, bir kurumun kuruluş ve varoluş nedenini açıklayan, temel amaç ve hedefini net bir şekilde ortaya koyan bir ifadedir. Misyon kurumun var olma nedenini, yaptığı işi, özgünlüğünü ve farklılığını ortaya koymaktadır.⁶⁷ Yargı alanını, yargı hizmetlerini ve yargı kurumlarını içeren yargı yönetimi misyonu belirlenmeli ve paydaşlara açıklanmalıdır. Genel anlamda Yargı yönetiminin misyonu, yargı kurumlarını yönetmek, yargısal faaliyetleri desteklemek, yargıda işi olanların tümüne yüksek kalite ve profesyonel yargı hizmetleri sunmak olarak anlaşılabilir.⁶⁸

Vizyon, kurumların gelecekte olmasını arzu ettikleri durumun ifadesidir. Vizyon stratejilere yol gösteren bir pusuladır. Misyon ile vizyon arasındaki ilişkiyi ifade etmek gerekirse; misyon, kurumun varlığının nedenidir; vizyon ise, kurum için gidilmek istenen hedeftir, yerdir. Vizyona belirli temel değerler ışığında bir eylem planı ile ulaşılmaya çalışılır.⁶⁹ Yargı alanını, yargı hizmetlerini ve yargı kurumlarını kapsayan yargı kurumu yönetimi vizyonu belirlenmeli ve paydaşlara açıklanmalıdır. Genel anlamda yargı yönetiminin vizyonu, yargı hizmetlerinin ve yargı kurumlarının ileriye dönük olarak nasıl çalışacağıının temel ilkelerini içermektedir.

Temel değerler, hedefe ulaşmada yönetici ve çalışanlar için nelerin önemli olduğunu gösterir. Kurumları değerleri yönetir ve kurumların zenginliğini de tanımlanan ve paylaşılan değerler oluşturur. Kurumlar faaliyetlerinde uyacakları temel değerlere önem verdiklerini ve bunlara uyacaklarını ifade ederler.⁷⁰ Yargı alanında yargı hizmetlerinin, yargı

66 İbid, s.1.

67 ÜLGEN Hayri ve MİRZE S. Kadri, (2004), *İşletmelerde Stratejik Yönetim*, Literatür Yayınları, İstanbul, s.175.

68 İRELAND, age, s.7

69 ÜLGEN ve MİRZE, age, s. 179.

70 İbid, s.184.



kurumlarının ve yargı kurumu yönetiminin temel değerleri belirlenmeli ve paydaşlara açıklanmalıdır. Yargı hizmetlerinin temel değerleri olarak; yargıda işi olanların ihtiyaçlarına odaklanmak, yargıyı desteklemek, açıklık ve şeffaflık, çalışanlara değer vermek ve geliştirmek, yüksek kaliteyi istemek, Saygı, Doğruluk, Yetkinlik, Verimlilik gibi değerleri saymak mümkündür.⁷¹

Stratejik plan, belirlenen bu misyon ve vizyon doğrultusunda, temel değerlere uyarak, yargı kurumunun amaç ve hedeflerine ulaşmak için gerekli faaliyetleri ve yapılacakları belirlemektedir. Stratejik plan, bütünlük ve şeffaflık üzerine kurulur. Stratejik Planda belirlenenler, kurumun yapacağı faaliyetleri, kurumunun misyonunu ve amacını bir ilişki ve bütünlük içinde yansıtır.

Yargı mensuplarının her birinden belirlenen kurumsal temel değerleri ve etik ilkeleri anlamaları, benimsemeleri ve bunlara uymaları beklenmektedir. Temel değerler ve ya etik ilkeler çerçevesinde; tarafsızlık, açıklık ve aleniyet, profesyonellik, hesapverebilirlik, verimlilik ve etkinlik, erişilebilirlik, etkileme gibi değerlerden söz etmek mümkündür.⁷²

Amaçlar ve Hedefler; Kurumun amaçları ve hedefleri planda belirtilir; bunları gerçekleştirmek için yapılacakların göstergesi olan taktiksel uygulama stratejileri özgünleştirilir. Misyon, bir kurumun varoluş nedenini belirlerken, amaçlar vizyonu oluşturan temel adımlardaki beklentilerdir. Hedefler ise, daha kesin ve ölçülebilir özellikte olup genel amaçların nicelik olarak belirtilmiş şeklindedir.⁷³

Bir yargı kurumu yönetiminin stratejik amaçlarının neler olabileceğine ışık tutması bakımından aşağıda yer verilen hususları örnek göstermek mümkündür.⁷⁴

a) Yargıçların bağımsızlığını etkin bir şekilde sağlayan, yargıçların görevlerini yerine getirirken yargıçları dış baskılardan koruyan, hukukun üstünlüğünün gelişmesinde yargıçları destekleyen bir ortam oluşturmak.

b) Ülke genelinde yargı hizmetlerin sunumunda vatandaşın yargıya güvenini sağlamak ve artırmak.

c) Yargıçlara, kendi işlerini en iyi şekilde yapabilmelerini teminen etkin ve verimli nitelikte kaynaklar ve destekler vermek.

71 İRELAND, age, s.7.

72 UK SUPREME COURT, 2018; s.12. UK SUPREME COURT, (2018), **The Supreme Court Annual Report and Accounts 2017-2018**, www.supremecourt.uk, 20.01.2019.

73 ÜLGEN ve MİRZE, adge, s.185.

74 UK SUPREME COURT, 2018, s.11



d) Ülkenin değişik kesimlerindeki kamu kurumları, yargı organları ve yasama arasında iyi ilişkiler geliştirmek.

e) Yargıçların diğer ülkelerin yargıçları ile mesleki ilişki kurmalarını ve deneyim paylaşımını desteklemek.

Uygulama Programları; Kurumun amaçlarının ve hedeflerinin gerçekleştirilmesini sağlayacak detaylandırılmış uygulama ve gerçekleştirme programları planda yer alır.

Analizler; Stratejik yönetim sürecinin ilk adımı, durum analizleri yapmaktır. Sorumlular, ilk önce, mevcut misyonlarını, hedeflerini ve bir önceki stratejilerinin sonuçlarını değerlendirerek işe başlarlar. İkinci adımda, kurumun genel durumunu dikkate alırlar, özellikle, kurum ile ilgili olan faktörleri, iç ve dış çevre faktörlerini ve paydaşların durumlarını değerlendirirler. Sorumlular, kurumun geneli üzerinde, misyonunda, amaç ve hedeflerin gerçekleştirilmesinde potansiyel olarak etki edebilecek iç ve dış faktörlerin tespiti için SWOT analizi gerçekleştirirler.⁷⁵

SWOT Analizleri, Sorumlu ve ilgililerin, kendi kurumlarının güçlü ve zayıf yönlerini; kurumları için çevresel fırsat ve tehditleri tanımalarına yardım eden bir inceleme ve analiz metodudur. Her bir analiz, hangi unsurların kurumun faaliyetlerini nasıl etkileyeceklerini anlama hususunda yöneticilere yardım eder. SWOT analizlerinden elde edilen veriler ile yönetici ve sorumlular, kurumun amaç ve hedeflerine ulaşmada, kurumu daha başarılı kılacak stratejiyi ve stratejik planı hazırlar.⁷⁶

Ölçüm Alet ve Yöntemleri; Stratejik planda yer alan genel amaçlar ve spesifik hedefler ile ilgili uygulamaları ölçen alet ve yöntemler belirlenmektedir. Bu araç ve yöntemler ile amaçların geliştirilmesi ve organizasyonun çalışma sürecinde yer alan faaliyetler ölçülmektedir. Ölçüm alet ve yöntemleri, kurumun içindeki ve dışındaki gelişmeleri öngörebilecek araçları ve ortaya çıkabilecek riskleri nasıl karşılayacağına dair senaryoların hazırlanmasını da içermektedir.

Kontrol ve Değerlendirme Birimi; Kurumun faaliyetlerinin stratejik plana uygunluğunun tespiti için, kurumda kontrol ve değerlendirme birimleri kurulur. Stratejik plan, kurum faaliyetlerinde önceliklerin belirlenmesinin, performans ve gelişmeyi ölçmenin temel bir kaynağı olduğundan, stratejik yaklaşımın tümünü izleme ve revize etme için bir değerlendirme birimi oluşturulmaktadır.⁷⁷

75 BOVEE Courtland L. - THILL John V. - WOOD Marian Burk - DOVEL George P., (1993), **Management**, International Edition, McGraw- Hill, Inc, s.242.

76 İbid, s.243.

77 MUTHUSİ, age, s.12.



Kontrol, kurum amaçlarını gerçekleştirip gerçekleştiremeyeceğini belirlemek için kurumun performansını ölçme ve değerlendirme fonksiyonudur. Kontrol etmek, planlama ile yakından ilişkilidir. Gerçekten de, kontrolün temel amacı, planlama fonksiyonunun nasıl başarılı olacağını belirlemektir. Kontrol fonksiyonunun dört temel aşaması vardır. Birincisi, performans standartlarının belirlenmesi; ikincisi, gerçekleştirilen performansın gözlenmesi; üçüncüsü, sapmaları belirlemek için gerçekleşen performans ile performans standartlarının karşılaştırılması; dördüncüsü, belirlenen sapmaların nedenlerini belirlemek ve düzeltici faaliyetleri gerçekleştirmek.⁷⁸Kontrol ve değerlendirme birimlerinin verilerinden kurumun genel gidişatı ve faaliyetleri hakkında fikir sahibi olunmaktadır.

C. Planlamayı ve Uygulamayı Etkileyen Faktörler

Stratejik planlama sürecini etkileyen faktörler olduğu gibi stratejik planın uygulanmasını etkileyen faktörler de bulunmaktadır. Anayasal ve yasal değişiklikler, insan, malzeme ve mali kaynaklar gibi kaynakların durumu, hükümet politikaları, yargı alanı dışındaki çevrede meydana gelen değişiklikler gibi faktörler planlamayı ve planın uygulamasını etkileyici nitelikte olmaktadır.

Stratejik planın uygulanmasında veya belirlenen stratejilerin gerçekleştirilmesinde karşılaşılan bazı engelleyici zorluklar bulunmaktadır. Stratejilerin iyi formüle edilmemiş olması, kaynak yetersizliği, stratejilerin uygulanması için izleme, değerlendirme, yenileme birimlerinin ve organizasyonel yapının yetersizliği, doğru anlama ve tercih yetersizliği, liderliğin ve yönlendirmenin yetersizliği gibi etkenler planın gerçekleşmesini engelleyici nitelikte olmaktadır.

Stratejik planın uygulanmasını olumsuz etkileyen bazı faktörlerin varlığına karşın, stratejik planın başarılı uygulanabilmesi için bazı mekanizmalar kurulmaktadır. Kaynakların doğru dağıtımı ve tahsisi, strateji uygulaması ile ilgili yetkin ve yeterli sayıda personel tahsisi, insan kaynakları yönetimi yapılanması, yeni politikalar, kurallar, düzenlemeler, sistemler ve uygulamalar geliştirilmesi, çalışanların amaç birlikteliğinin sağlanması için iletişim kanalları geliştirilmesi gibi mekanizmaları saymak mümkündür. Stratejik planın başarılı uygulanabilmesi için, gerekiyorsa organizasyonun yeniden yapılandırılması, yönetim düzeyinde yetkin ve nitelikli kişilerin çalıştırılması, izleme ve değerlendirme birimi oluşturulması ihtiyacı duyulmaktadır.⁷⁹

78 BOONE Louis E. – KURTZ David L., (1987), *Contemporary Business*, The Dryden Press, New York, s.154-5.

79 MUTHUSİ, age, s.v.



D. Faaliyet Raporu

Faaliyet raporu, kurumların belirli bir dönem içerisinde göstermiş oldukları faaliyetlerinin kamuoyuna açıklanmasını ifade eder. Rapor, kurumun kendi hizmet alanı içerisindeki performansı ile ilgili detaylı bilgileri içerir. Rapor, hem kurum ile ilgili bilgileri kamuoyu ve ilgililer ile paylaşmayı sağlar, hem de kurumun faaliyetleri hakkında kamuoyuna karşı şeffaflığı gösterir.⁸⁰

Yargı kurumu belli dönemlerde yayınladığı faaliyet raporları ile ilgili plan döneminde gerçekleştirilen faaliyetleri ve gerçekleştirilemeyen faaliyetleri kamuoyuna açıklar. Böylece yargı kurumu şeffaflık ilkesi gereği gerçekleştirilen faaliyetler ile gerçekleştirilemeyenleri kamuoyu ile paylaşarak; yapamadıklarının hesabını vermiş olur. Böylece, yargıyla ilgili normatif ve soyut olan yargısal düzenlemelerin nasıl ve ne düzeyde uygulandığı kamuoyu ve yargının paydaşları tarafından gözlemlenmiş olur.

Etkin ve kaliteli bir kamu hizmetinin ve benzer şekilde yargı hizmetinin gerçekleştirilmesinde; stratejik düşünme ve yönetim anlayışı çerçevesinde, bilimsel ve teknik kurallara uymak, hesap verebilirlik ve şeffaflık, kalite, verimlilik, insan ve birey odaklılık, etik ilkeler gibi kavramların benimsenmesi ve uygulanması gerekmektedir. Bu bağlamda, yukarıda sayılan kavramlar ile ilgili olarak; yargı mensuplarında bireysel bilincin varlığı, kurum kültürünün gelişmiş olması, toplumsal kültürün içinde yer alması, kurumsal yapılanmanın ve hukuksal düzenlemenin birlikte ve uyumlu bulunması gerekmektedir.⁸¹

V. YARGININ SORUNLARI

Yargı kollarının kendilerine özgü sorunları dönemsel olarak ortaya çıkmaktadır. Bununla birlikte, genel olarak yargı hizmetlerinin yaşadığı bazı sorunları da bulunmaktadır. Yargı hizmeti ile ilgili politika üreticiler, yargı kurumlarının sorumluları, üst yöneticileri, yargı alanında dile getirilen şikâyetleri ve sorunları değerlendirmekteler ve yargı hizmetlerinin daha da iyileştirilmesi için çaba içerisinde olmaktadır. Yargı hizmeti sorumluları; günümüzün ihtiyaçlarını karşılayacak bir yargı sisteminin nasıl düzenleneceği; yargının profesyonelliğinin nasıl geliştirileceği; yargı sisteminin verimliliğinin, , süratinin ve hızının nasıl artırılacağı; yargının adilliklerinin ve tarafsızlığının nasıl sağlanacağı; yargıya erişimin

80 **Management Dictionary**, www.mbaskool.com/business, 17.02.2019.

81 AKYEL Recai, (2015), " Kurumların Çalışmalarında Kalitenin Sağlanması İçin Temel Gereklilikler", sayfa 1-18, **Çukurova Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, Cilt 24, sayı 2, 2015, s.16.



nasıl etkin bir şekilde sağlanacağı gibi hususları sürekli gündemlerinde tutmaktadırlar.⁸²

Yargı kurumlarının gittikçe artan iş yükü bir sorun olarak yargıyı zorlamaktadır. Artan dava dosyası yükünden dolayı; kararların kalitesi sorunu, makul sürede davayı sonuçlandıramama, yargıya güvenin zedelenmesi, gibi bazı sorunlar ortaya çıkmaktadır.

Değişen yasal çevre, yargısal faaliyetleri geciktirmekte ve belirlenen süre içerisinde kararların çıkmasını riske sokmaktadır. Bazen de yargı süreçlerinin yeniden belirlenmesi, vatandaşların işlerini geciktirici olmaktadır.

Vatandaşların yargı kurumlarından yüksek kalitede hizmet sunumu beklentilerine yeterince karşılık verilememektedir. Bu duruma yol açan değişik faktörler bulunmaktadır. Bu faktörlerden biri de, vatandaşın yüksek beklentisini karşılamak için gerekli kaynakların (insan, para, araç) zamanında temininde karşılaşılan yetersizliklerdir.

Yargının sorunlarının tespitinde uygulanacak yöntemlerden biri olarak, bireysel başvuru analizlerinden yararlanmak mümkün olabilmektedir. Bireysel başvuru ile birlikte, Anayasa Mahkemesi, "halkın şikâyet duvarı" veya "vatandaşların mahkemesi" haline gelmiş bulunmaktadır. Vatandaşlar, Anayasa Mahkemesine şikâyetlerini bildirmek suretiyle, bir yönüyle yargının sorunlarını gündeme getirmiş olmaktadır. Ayrıca, Anayasa Mahkemesinin de bu şikâyetlere ilişkin cevap vermesi, yargı sorunlarının giderilmesine katkı sunmaktadır. Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru yoluyla önüne gelen kamusal olaylara ilişkin gerekçeleri yoluyla kamu organlarına Anayasa'yı ve anayasal düzen tasvirini anlatması ve hakka nasıl saygı duyulacağına işaret etmesiyle kurumların kendilerine çeki düzen vermesine de neden olmaktadır.⁸³

Yargı alanında uygulamadan kaynaklanan bazı sorunlar bulunmaktadır. Her ne kadar normatif olarak yasal ve idari metinlerde çok iyi düzenlemeler bulunmuş olsa da, bu hususların uygulamada beklenen sonucu vermediği gözlenmektedir. İdeal öngörülerin varlığına rağmen, tüm bunların nasıl gerçekleştirileceği hususu çoğu zaman yargı kurumları için birer çaba gerektiren konular olmuştur. Yargı hizmeti sorumluları ve yöneticileri, yargının profesyonelliğini nasıl geliştireceklerini; yargı sisteminin verimliliğini, yargıya etkin erişimi, yargısal işlemlerin süratini

82 JCI, 2010, "The Next Step To A New Way Forward", The Strategic Plan For Indiana's Judicial Branch, Division of State Court Administration, August, Judicial Conference of Indiana, s. 4.

83 ŞİRİN Tolga, 2018, **Bireysel Başvuru Usul Hukuku**, s.5-8, Avrupa Konseyi.



ve hızını nasıl artıracaklarını; yargının adilliğini ve tarafsızlığını nasıl sağlayacaklarını düşünmektedirler.

Yargı hizmetlerinin sunumunda sorunların olabileceğini öngören ve sorunların var olmasını olağan kabul eden stratejik yönetim anlayışı, sorunların çözümü için çaba gösterilmesini bir zorunluluk olarak görmektedir. Bu sorunların çözümünde; güçlü bir stratejik yönetim anlayışı ile ileriye dönük planlama ve önemli değişiklik uygulamaları etkin rol oynamaktadır.⁸⁴ Yargının sorunları bilimsel yöntemler ile doğru tespit edilmeli ve yine bilimsel yöntemler ile bu sorunların çözümüne doğru teklifler sunulmalıdır. Örneğin davaların neden süresinden fazla uzadığının nedenleri bilimsel yöntemler ile doğru tespit edilmeli ve yine bu sorunun çözümünde de bilimsel yöntemler ile doğru teklifler önerilmelidir.

VI. YARGI KURUMUNUN KATKILARI

Yargı kurumlarının iki boyutu bulunmaktadır. Yargı kurumları bir taraftan, harcamaları, yargıç ve diğer görevlileri çalıştırmak gibi hususları ilgilendiren kuralları ve prosedürleri devlet tarafından belirlenmekte olan bir kamu kurumu iken; diğer taraftan da, uyuşmazlıkları çözen ve yargı hizmetleri sunan bir organizasyon olarak, onların faaliyetleri ve yönetimleri kurum çalışanlarının ve yöneticilerinin sorumluluğundadır. Bu yüzden, yargı ile ilgili yasal düzenlemelerin yanı sıra yargı mensuplarının mesleki yetkinliklerinin ve yöneticilerin yönetim kapasitelerinin önemi de büyüktür.⁸⁵

Etkin bir yargı sistemi, dava dosyasını bir yargıca iletmek ve arkasından ilgili yargı kararını almaktan daha fazlasını gerektirmektedir. Yargıçlar, yargılama sürecinde, yargı işlemlerinde ve yargı kararlarında, bağımsızlık ve tarafsızlık, kalite ve verimlilik gibi gereklilikleri karşılamak zorundadırlar. Yargı kurumu, çeşitli düzenlemeler yaparak yargıçların iş yükünü azaltmak ve yargısal işlemleri hızlandırmak çabası içinde olmaktadır. Ayrıca yargı kurumu, mesleki alanda araştırma ve incelemeler ile yargıçlara destek sağlamak ve böylece yargı kararlarında kalitenin artırmasında rol oynamaktadır. Yargının kalitesinin önemli bir parçası yargısal kararların kalitesidir. Kaliteli yargı kararı bakımından; yargı kararları, anlaşılır, tutarlı ve kesin olmalıdır. Ayrıca, kararlar iyi gerekçelendirilmiş ve açık bir dil ile yazılmalıdır.⁸⁶

84 İRELAND, age, s.4.

85 KIRAT Thierry, (2010), Performance-Based Budgeting and Management of Judicial Courts in France: an Assesment, *International Journal For Court Administration*, April, s.1.

86 E U, age, s.14.



Yargı kararının kalitesi, yargı sisteminin sahip olduğu maddi, fiziki, materyal ve insan kaynağı ile doğrudan alakalıdır. Yargı kurumu yetersiz ve uygun olmayan insan ve materyal kaynaklar ile etkin bir şekilde faaliyet gösteremez. Yargıçların işlerini kısa sürede yapabilmelerini teminen yeterince insan ve malzeme kaynağı sağlanmalıdır. Eğer yargıçlara yeterince kaynaklar sağlanmaz ise, yargı sisteminin etkin işleminin ve yüksek kalite üretim gerçekleştirilmesinin beklenmesi imkânsızdır.⁸⁷

Yargı kurumu, bağımsızlık ve tarafsızlık ilkeleri çerçevesinde, yargıcın makul süre içerisinde, adil yargılama süreciyle, doğru ve adil yargı kararı vermesini; kararların anlaşılır ve yeterince gerekçelendirilmiş olmasını teminen her türlü tedbiri almaya; gerekli insan, malzeme ve diğer kaynakları ve imkânları sağlamaya; uygun ortamı oluşturmaya niyetli ve eğilimli olmalıdır.

A. Araştırma, Dokümantasyon ve Destek Birimi

Araştırma ve dokümantasyon çalışmaları önemlidir. Yargı kurumu bünyesinde araştırma ve dokümantasyon birimi kurulmalıdır. Bu birim, araştırma ve incelemeler ile yargıçların iş yükünü azaltarak ve işlemleri hızlandırarak, yargıçlara destek sağlayabilir ve böylece kaliteyi artırabilir. Bu birim, yargı kararlarının yayınlanmasından ve yargı içtihatları ve hukuk ile ilgili araştırmalar yapılmasından sorumlu olmalıdır.⁸⁸

Araştırma ve dokümantasyon biriminin rolü, ulusal yargıçların genellikle yabancı dillerde olan uluslararası ve Avrupa hukukuna ve uluslararası yargı kararlarına erişimde yardımcı olmaktır. Küreselleşme, ulusal yargıçların önlerine gelen dava dosyalarına bakarken uluslararası hukukun ve uluslararası yargı kararlarının da nasıl olduğunun bilinmesi zorunluluğunu getirmiştir. Küreselleşme yargıçların eğitimini, meslek icralarını ve mesleki kültürlerini etkilemektedir. Ayrıca, yargı ile ilgili düzenlemeleri karmaşık hale getirmektedir.⁸⁹

Yüksek kalite yargısal kararların gecikmeksizin gerçekleşmesini sağlamak için yargıçların yapmakta oldukları kendi mesleki araştırma çalışmalarında desteklenmeleri gerekir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları gibi uluslararası mahkeme kararlarının takip edilmesi ve tercümesi ile birlikte yargıçlara iletilmesi faydalı olacaktır.⁹⁰

⁸⁷ İbid, s.14.

⁸⁸ İbid, s.14.

⁸⁹ İbid, s.14.

⁹⁰ İbid, s.14.



B. Akademi ile İletişim ve İşbirliği

Yargıçlar ile akademi dünyasının yargı alanı ile ilgili mesleki konularda karşılıklı bilgi paylaşımında oldukları bilinen bir durumdur. Bu yüzden üniversiteler ile iyi iletişim kurulmalı ve üniversiteler ile işbirliği yapılmalıdır. Üniversiteler de, yargı kurumlarının ve yargıçların mesleki konulardaki araştırmalarına yardımcı olmalıdır.

Yargısal kararın kalitesi sadece yargıçlara ait değildir. Hukuk eğitimi ve hukuk stajının kalitesi gibi dış etmenler de yargı kararlarının kalitesini etkilemektedir. Yargıçlar, akademisyenler ve diğer hukuk insanları arasında mesleki bilgi ve deneyim paylaşımını sağlayıcı faaliyetlerin düzenlenmesi gerekir. Yargıçlar için sürekli mesleki eğitim programları düzenlenmelidir. Yargıçların uzmanlık alanlarındaki bilgi ve deneyimleri yenilenmeli ve güncellenmelidir. Yargı mensuplarının mesleki yetkinliklerinin geliştirilmesi için değişik programlar öngörülmelidir.⁹¹

C. Yargı Alanında Mesleki Görüşmeler

Yargı kurumlarının ulusal ve uluslararası düzeyde mesleki konularda bir araya gelmeleri ve bilgi ve deneyim paylaşımında bulunmaları beklenmektedir. Değişik yargı kollarına ait yargı kurumlarının, çözümlenmesi gereken ortak ve yaygın sorunlar hakkında görüş, tecrübe ve uzmanlık bilgisi paylaşımında bulunmaları gerekmektedir. Ayrıca, değişik yargı kuruluşlarının yargı ile ilgili konuları tartışmak üzere belli aralıklarla toplantı yapmaları faydalıdır.⁹²

Yargı kurumları, kendi yargı alanlarındaki uygulamaları ve kararları ile ilgili olarak değişik toplantıları geniş katılımlı olarak düzenleyerek; akademik insanları, yargının diğer alanlarındaki yargıçları, değişik kurum ve taraf temsilcileri biraraya getirerek, onların görüşlerini almak ve yargı kurumunun kendi yaklaşımını aktarmak imkânı veren organizasyonlar oluşturması yargı camiası adına faydalıdır.

Avrupa Konseyi ve Avrupa Birliği çerçevesinden yaklaşıldığında; Avrupa genelinde yargıçlar arasında diyalog imkânlarının artırılması faydalı olacaktır. Ulusların kültürleri ve yargı sistemleri farklı olduğundan, ulusal mahkemelerin yapılanmaları ve yaklaşımları farklı olduğundan bu diyalogların başarılı olması için bazı hususlara dikkat edilmelidir. Gündem maddesi ile ilgili ortak bir dil kullanılması, bir bilgi paylaşılması,

⁹¹ İbid, s.32.

⁹² Activity Report of the Supreme Court of Sweden, HÖGSTA DOMSTOLEN 2017, SWEDEN, s.32.



diğerlerine saygı gösterilmesi ve çok taraflı diyalogun var olması bu hususlardandır.⁹³

D. Yargısal İşlemlerin Yönetilmesi

Yargı kurumu yönetimi, işlemler, faaliyetler ve birimlerden oluşan yargısal sürecin yönetilmesi ile ilgilidir. Yönetim geleneksel olarak, harcamalara nezaret etmek, bütçeyi gözetmek, davalara bakacak yargıçları görevlendirmek, mahkemenin faaliyet takvimini oluşturmak ve yargısal olmayan personeli gözetlemek gibi fonksiyonları yerine getirir. Daha doğrusu yargı kurumu yönetimi geniş bir terim olup, iş yükünü yönetmek, mali konuları, altyapıyı, insan kaynaklarını ve iletişimi yönetmeyi kapsamaktadır.

Dava dosyası yönetimi hususu, yargı kurumu tarafından titizlik gösterilen bir uğraş alanıdır. Yargı kurumu, dava dosyasının tüm süreçlerini yönlendirici ve takip edici tüm aktiviteleri yerine getirir; davaların adilce sonuçlanmasını, davanın kendi koşullarında makul olacak bir şekilde, zamanında ve verimli sonuçlanmasını takip eder. Dava dosyası yönetimi, dava dosyası ile ilgili tüm faaliyetleri içerir; davanın yargı kurumuna gelmesinden itibaren, yargı kurumunda tüm işler bitinceye ve yargılamanın zamanında sonuçlanmasına kadar dava sürecinin tamamını yönlendirir ve kontrol eder. Çoğu yargı kurumunda dava yükünün yükselmesi dava yükünün yönetiminin ortaya çıkmasına yol açmaktadır. Yönetim olmayınca sorunlar çözülememektedir. Yargı kurumları, davaların sürecinde, davaların nasıl paylaştırıldığı ve nasıl takvime bağlandığı hususlarında geliştirici çalışmalar yapmaktadırlar.⁹⁴

Yargısal işlemlerin yönetilmesinde, yönetim ilkeleri, stratejileri ve teknikleri uygulanarak yargının etkin ve verimli çalışmasına, işlemesine önemli katkı sağlanabilmektedir.

E. İşlemlerin Sürelerinin Belirlenmesi

Yargı işlemlerinde sürenin belirlenmesi ve bu süre zarfında işlemin bitirilmesi önemlidir. "Geciken adalet, adalet değildir." özlü sözü zamanlamanın önemini altını çizmektedir. Zamanlılık verimliliğin temel bir unsurudur. Verimlilik ise, kalite ve bağımsızlık ilkelerine ek olarak, etkin bir yargı sisteminin temel unsurlarından biridir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, uyuşmazlıkların makul bir süre içerisinde bitirilmesini adil yargılanma hakkının bir gereği olarak kabul etmiştir.⁹⁵

93 *Constitutional Council 2018 Annual Report*, S.69-71, www.conseilconstitutionnel.fr

94 E U, age, s.38.

95 *İbid*, s.39.



Dava dosyalarının yargıçlara paylaşılması sürecinin ve ilgili yargısal işlemlerinin iyi organize edilmesi ve şeffaf olması bir zorunluluktur. Dava dosyalarının yargıçlara dağıtımının doğru organizasyonu, davaların zamanında sonuçlanması için zorunlu bir gerekliliktir. Dava dosyalarının yargıçlara paylaşılması, mahkeme yönetiminin temel bir unsurudur; paylaşım yargıçların iş yoğunluğu ile doğru orantılıdır ve paylaşım, işlemin süresini etkiler ve sonuç itibarıyla de yargının verimliliğini etkiler. İhtisaslaşma, uzmanlaşma verimliliği artırır ve böylece, işlemlerin süresini pozitif anlamda etkiler. Dava dosyalarının yargıçlara dağıtılması hususunun yargı yönetiminin temel unsurlarından biri olmasının sebeplerinden biri de, yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığı ilkesidir⁹⁶.

İşlemler için belirlenen zaman dilimleri, açıkça ölçülebilir ve gerçekçi olmalı; farklı işlemlere farklı zaman dilimi ayarlaması yapılmalıdır. İşlemler için zaman dilimleri belirlenmesinde, paydaşların açıkça desteği alınmalıdır⁹⁷.

Yargı kurumları, yargısal zaman yönetimini etkin gerçekleştirmeli, yargısal işlemlerde gecikmeye neden olan faktörleri tespit etmeli, gerekli çalışmaları yapmalı ve işlemler için mantıklı bir süreyi belirlemelidir. Yargısal işlemler için makul bir sürenin belirlenmiş olması, yargı kurumlarına giden vatandaşların davalarının belli süre içinde karara bağlanacağı güvencesini verir. Vatandaş, bu hususta belli bir hukuki güvenceye sahip olur. Ancak uygulamada yargı kurumlarının işlemleri belirlenen sürede yapmalarını sınırlayan dış faktörler ile karşılaşmaktadır. Bu dış faktörler nedeniyle yargısal işlemler belirlenen süre içerisinde gerçekleşmemektedirler.⁹⁸

F. Birey Odaklılık

Yargı hizmetleri birey odaklı olarak organize edilmelidir. Özel sektörde müşteri odaklılık, kamu sektöründe vatandaş odaklılık, yargıda ise, insan/ birey odaklılık söz konusudur. Davalı ve ya davacı olsun, ya da başkaca bir boyutta olsun yargı hizmetlerinde insan odaklılık asla göz ardı edilmemelidir.

Yargıya işi düşenlerin ve yargıyla alakası olanların yargı kurumuna ulaşım ve kurum içi dolaşımında gerekli fiziki altyapı ergonomik ölçütlere uygun olmalıdır. Yargı kurumlarında bekleme salonlarında mağdur ile

96 İbid, s.41.

97 İbid, s.49.

98 ALBERS Pim, (2019), "The Management of Judicial Time, Best Practices on the Prevention of the Unreasonable Length of Proceedings: Experiences of the CEPEJ", The Management of Judicial Time, Council of Europa, s.1-2. www.coe.int/cepej.



sanık birlikte bekleme zorunda bırakılmamalıdır. Yargının İşleyişi İle İlgili olarak; bireylerden gelen şikâyetlerin gereği yapılmalı, geri dönüşler önemsenmeli ve değişik yerlerden gelen öneriler değerlendirilmelidir.⁹⁹

G. Yargının Görüşlerinin Parlamentoya ve Yürütmeye Duyurulması

Yargı alanında, yargı hizmetlerinin kaliteli sunumu, etkin bir yargı sisteminin yürütümü, doğru ve adil yargı kararlarının çıkması, nihayetinde vatandaşın yargıya güveninin sağlanması ve sürdürülmesi hususlarında parlamentonun ve yürütmenin yapması gereken hususlar bulunmaktadır. Yargı alanında yargı hizmeti sorumluları, yargının sorunlarının çözümünde ve belirlenen amaçların gerçekleştirilmesinde parlamentoya ve yürütmeye düşünce ve görüşlerini iletme imkânına sahip olmalıdır.¹⁰⁰

SONUÇ

Süreçlerden ve parçalı yapılardan oluşan faaliyetlerin olduğu her organizasyonda yönetmek ve yönetim olgusu bulunmaktadır. Yargı hizmetlerinin de süreçlerden oluştuğu ve yargı kurumlarının da birer örgüt, organizasyon ve kuruluş olduğu bilinen bir gerçektir. Yargı kurumları onlarca, yüzlerce ve binlerce kişinin çalıştığı büyük örgütler ve organizasyonlar konumundadırlar. Bu yüzden, “ Yargı hizmetinin yönetimi” ve “yargı kurumu yönetimi” olgusu günümüzde ve gelinen noktada önemli bir hale gelmiş bulunmaktadır.

Yargıda işi olanların beklentileri ve yargı sisteminin verimli çalışması gittikçe önemli hale gelmektedir. Yargısal işlemlerin zamanında ve makul sürede sonuçlandırılması, etkin bir yargı sisteminin önemli bir yönüdür. Yargı sistemi, hak arayanlar için makul bir maliyette, makul bir zaman içinde, yüksek kaliteli yargısal karar sunabilme kapasitesine sahip olmalıdır.

Yasalar yargı mensuplarına meslekleri ile ilgili olarak sadece yetki ve sorumluluklar verirler; ancak bu yetki ve sorumlulukları karşılayacak mesleki yetkinliklerin kazandırılması ayrıca bazı aktiviteler gerektirir. Yasaların vermiş olduğu yetki ve sorumlulukların kaliteli ve etkin bir şekilde gerçekleştirilmesi için ilgili konularda özel bilgilendirmeler, eğitim programları ve uygulamaya dönük mesleki kurslara ihtiyaç duyulmaktadır.

Yargı sisteminin sağlıklı çalışmasını, yargı yönetiminin etkinliğini, yargı hizmetlerinin kaliteli sunumunu, adil ve bağımsız yargılamayı, vatandaşın yargıya güvenini sağlamayı, yargının sorunlarını doğru tespit

⁹⁹ E U, age, s.93.

¹⁰⁰ İbid, s.89.



etmeyi ve bu sorunları çözebilmeyi becerecek bir yol ve yöntem olarak; stratejik yönetim anlayışı büyük önem taşımaktadır.

Stratejik yaklaşım ve stratejik yönetimin araç ve yöntemlerinin yargı alanında yargı hizmetlerine ve yargı kurumu yönetimine özgülmesi ve içselleştirilmesi çalışmaları önem ifade etmektedir. Yargı faaliyetleri, hukuk disiplininin yanısıra, kamu yönetimi, yönetim bilimi, işletme, psikoloji gibi diğer disiplinlerin verilerinden de istifade etmelidir. Kaliteli ve etkin yargı hizmeti sunumu ve yargıya güvenin sağlanması, ancak disiplinler arası bir yardımlaşma sonucu oluşan bir yargı yönetimi yaklaşımıyla elde edilebilir.

Etkin ve kaliteli bir yargı hizmetinin gerçekleştirilmesinde; stratejik düşünme ve yönetim anlayışı çerçevesinde, bilimsel ve teknik kurallara uymak, hesap verebilirlik ve şeffaflık, kalite, verimlilik, insan/birey odaklılık, etik ilkeler gibi kavramların benimsenmesi ve uygulanması gerekmektedir. Bu bağlamda, bu sayılan kavramlar ile ilgili olarak; yargı mensuplarında bireysel bilincin varlığı, yargı kurumu kültürünün gelişmiş olması, toplumsal kültürün içinde yer alması, kurumsal yapılanmanın ve hukuksal düzenlemenin birlikte ve uyumlu bulunması gerekmektedir.

Stratejik yönetim anlayışının, yargı bağımsızlığının ve adil yargılamanın, kaliteli yargı kararının ortaya çıkmasında ve yargıya güvenin sağlanmasında önemli rol oynadığı hususunda şüphe bulunmamaktadır. Yargı alanında yargı kendi kendini etkin bir şekilde yönetebildiği takdirde yargının bağımsızlığının ve tarafsızlığının gerçekleştirilmesine önemli bir katkı sağlanmış olacaktır.



KAYNAKLAR

Activity Report of the Supreme Court of Sweden, **HÖGSTA DOMSTOLEN 2017**, Sweden.

Adalet Bakanlığı, (2018), **Adalet Şurası, Sonuç Bildirgesi**, Adalet Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı Yayını No 58, Ankara, s.271-6.

Adalet Bakanlığı, (2016), **Uluslararası Yargı Etiği Sempozyumu**, Adalet Bakanlığı, Strateji Geliştirme Başkanlığı, Ankara, sunuş yazısı.

AKYEL Recai, (2015), " Kurumların Çalışmalarında Kalitenin Sağlanması İçin Temel Gereklilikler", **Çukurova Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, Cilt 24, sayı 2, 2015, sayfa 1-18.

ALBERS Pim, (2019), **The Management of Judicial Time, Best Practices on the Prevention of the Unreasonable Length of Proceedings: Experiences of the CEPEJ**, The Management of Judicial Time, Council of Europa, www.coe.int/cepej.

BOONE Louis E. – KURTZ David L., (1987), **Contemporary Business**, The Dryden Press, New York.

BOVEE Courtland L. - THILL John V. - WOOD Marian Burk - DOVEL George P., (1993), **Management**, International Edition, McGraw- Hill, Inc.

Constitutional Council 2018 Annual Report, www.conseil-constitutionnel.fr

European Union (EU), (2017), **Best Practice Guide for Managing Supreme Courts**, The Project Supreme Courts as Guarantee for Effectiveness of Judicial Systems in the European Union.

Hakimler ve Savcılar Kurulu (HSK), (2019), Türk Yargı Etiği Bildirgesi, (www.adalet.gov.tr; 11 Mart 2019), **Resmî Gazete**, 14 Mart 2019 gün ve 30714 sayılı nüsha.

IRELAND, (2008), **Courts Service Strategic Plan 2008-2009**, The Courts Service, Ireland,

JAYAWICKRAMA Nihal, "Yargı Bağımsızlığından Yargının Hesap verebilirliğine", (2017), **Yargıtay Etik, Şeffaflık ve Güven Projesi Açılış Sempozyumu**, Yargıtay, Ankara, s.31.

Judicial Conference of Indiana (JCI), 2010, **The Next Step To A New Way Forward, The Strategic Plan For Indiana's Judicial Branch**, Division of State Court Administration, August 2010.

KIEFER Peter C, (2016), "**The Role of Strategic Planning and Strategic Management in the Courts**", Institute for Court Management (İCM) Fellows Program, 2015-2016 Court Project Phase, 2016.



KIRAT Thierry, (2010), "Performance-Based Budgeting and Management of Judicial Courts in France: an Assesment", **International Journal For Court Administration**, April 2010.

KÜÇÜKAY Alper, (2018), 'Karar Vermenin Psikolojisi', **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Türkiye Adalet Akademisi, s.607-640, Ankara.

LIENHARD Andreas - KETTİGER Daniel, (2011), "Research on the Caseload Management of Courts: Methodological Questions", **Utrecht Law Review**, Volume 7, Issue 1, January 2011.

MAAN Bert, (2009), " Past And Future For Management Of Courts", **International Journal For Court Administration**, August 2009.

Management Dictionary, www.mbaskool.com/business, 17.02.2019.

MUTHUSI Lucy Lillian, (2014), **Strategic Planning Practices in The Kenyan Judiciary**, A Reserch Project Submitted in Partial Fulfillment of The Requirement for The Award of The Degree of Master of Business Adminitration, School of Business, University of Nairobi.

National Center For State Courts (NCSC), 2012, **Principles For Judicial Administration**,

ŞİRİN Tolga, (2018), **Bireysel Başvuru Usul Hukuku**, s.5-8, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Sisteminin Desteklenmesi Ortak Projesi, Avrupa Konseyi.

UNODC, **Commentary on The Bangalore Principles of Judicial Conduct**, Vienna, AUSTRIA.

UK SUPREME COURT, (2018),**The Supreme Court Annual Report and Accounts 2017-2018**, www.supremecourt.uk, 20.o1.2019.

ÜLGEN Hayrî - MİRZA S. Kadri, (2004), **İşletmelerde Stratejik Yönetim**, Literatür Yayınları, İstanbul.

DEVLET DIŞI AKTÖRLERE KARŞI YASAL SAVUNMA HAKKI KULLANILMASI

(Self-Defence Against Non-State Actors)

Prof. Dr. Ayşe Füsün ARSAVA¹

ÖZ

Uluslararası Hukuk sisteminde ortaya çıkan değişim terörizmle mücadele bağlamında BM Şartı'nın VII. bölümüne ve yasal savunma hakkına istinat edilmesi tartışmasını gündeme getirmiştir. Uluslararası Hukukta görülen değişim her şeyden önce devlet ve devlet dışı aktörlerin ilişkisi ve devletlerin Uluslararası Hukuktaki statüsü bağlamında ortaya çıkmaktadır.

Makalede devlet odaklı sistemden çok kutuplu sisteme geçiş, yasal savunma hakkı ve kuvvet kullanma yasağı ilişkisi, Uluslararası Adalet Divanı'nın konuya ilişkin yaklaşımı, terör eylemlerinin niteliği yeni gelişmeler ışığında ele alınmaktadır.

Anahtar Kelimeler: İnsansız hava aracı, uluslararası nitelikli silahlı çatışmalar, uluslararası niteliği olmayan silahlı çatışmalar, yasal savunma hakkı, Cenevre Sözleşmesi

ABSTRACT

The debate surrounding self-defence against terrorists in the context of the Charter of the UN, Chapter VII has come to fore because of the change in the international legal system. The change in the international legal system is caused by relations between states and non-state actors and emerges in the context of states' status in International Law.

The article examines the transition from the state-oriented system to the multipolar system, relations between the right of self-defence and prohibition of the use of force, the International Court of Justice's approach to the issue and the nature of terrorist acts in the light of recent developments.

Keywords: Unmanned aerial vehicles, international armed conflict, non-international armed conflict, right of self-defence, Geneva Convention

¹ Atılım Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi, fusun.arsava@atilim.edu.tr



GİRİŞ

ABD'nin başını çektiği Koalisyon güçlerinin 2014'te Suriye'de İslam devletine karşı askeri operasyonu ile devlet dışı aktörlere karşı yasal savunma hakkının kullanılması yeniden gündeme gelmiştir. 11 Eylül 2001'de gerçekleşen terör eylemine kadar bu tür bir hak çok nadir olarak tartışılmıştır². Aradan geçen süre içinde devlet dışı aktörlere karşı yasal savunma hakkı tanınmaya başlanmıştır³. Suriye'deki İslam devletine karşı askeri operasyonla birlikte ancak bu çerçevede kapsamlı bir yasal savunma hakkı bakımından çekincelerin olduğu ortaya çıkmıştır. Örneğin Federal Almanya başlangıçta İslam devletine karşı operasyona katılmamıştır. 13 Kasım 2015'te Paris'te gerçekleşen terör eylemi üzerine Fransa'nın AB anlaşmasının 42.madde, 7.fıkrasına istinaden yaptığı talep üzerine Federal Alman Meclisi 04.12.2015'te uluslararası Koalisyonun Suriye'deki önlemlerini destekleme kararı almıştır⁴. Federal Mecliste karar öncesi yapılan tartışmalar da devlet dışı aktörlerin terör eylemlerine karşı yasal savunma hakkının kullanılmasının ne denli tartışmalı olduğunu ortaya koymuştur: "Die Linke" partisi milletvekili Movassat'ın her terör eyleminin BM anlaşmasının 51.maddesinde yer alan yasal savunma hakkına yol açıp açmayacağı konusundaki sorusunu Dışişleri Bakanı Steinmeier bu çerçevede açık bir pozisyon alınamayacağı şeklinde cevaplandırmıştır⁵. Federal hükümeti yetkilendirme metninde dile getirilen hukuki gerekçelerde söz konusu durum ifade edilmiştir. Bu çerçevede sadece BM Şartı'nın 51.maddesinde düzenlenen yasal savunma hakkına istinat edilmemiş, Güvenlik Konseyi'nin 2249 sayılı rezolüsyonuna ve AB anlaşmasının 42.madde, 7.fıkrasında yer alan dayanışma kuralına da istinat edilmiştir⁶. Federal hükümet hukuki gerekçelerini detaylı oluşturma gereğini duymuştur. "Die Linke" partisinin Federal meclisin 04.12.2015 tarihli kararına karşı anayasa mahkemesine başvuru yapacağını bildirmesi ve bu başvuruyu Mayıs 2016 sonu yapması tartışmaları yeniden alevlendirmiştir⁷.

Almanya'nın Paris'te gerçekleşen terör eylemi nedeniyle Suriye topraklarında İslam devletine karşı yapılan askeri operasyonlara

- 2 WANDSCHER Christiane, **Internationaler Terrorismus und Selbstverteidigung**, Dissertationsschrift (2006), s.126 vd.
- 3 BETHLEHEM Daniel, Self-Defence Against an Immanent or Actual Armed Attack by Nonstate Actors, **AJIL** 106 (2012), s.770
- 4 <https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2015/kw-49-de-bundeswehreinsatz-isis-freitag/397884>
- 5 Federal Meclis tutanakları için bkzn.: Plenarprotokoll 18/142, 02.12.2015, 13875 (13879)
- 6 Federal hükümetin gerekçeleri için bkzn.: <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/18/068/1806866.pdf>
- 7 <https://www.youtube.com/watch?v=E4MmYv6a995>



katılması sadece Almanya'nın Uluslararası Hukuka aykırı bir askeri operasyona katıldığı tartışmalarına yol açmamış, aynı zamanda fiili durumların somut içeriğe sahip olmayan normlara ilişkin yaklaşımları ne şekilde etkilediği tartışmalarına da yol açmıştır⁸. Yasal savunma hakkının devlet dışı aktörleri kapsamı yaklaşımı yukarıda işaret edildiği üzere 11 Eylül 2001'e kadar çok nadir olarak gündeme gelmiştir. Ancak daha sonraki gelişmeler konunun yeniden değerlendirilmesini gerektirmiş ve BM anlaşmasının 51.maddesinde vurgulanan silahlı saldırının devlet tarafından gerçekleştirilmesi kriterinden sapılmıştır⁹. 11 Eylül 2001'e kadar devlet dışı aktörlere karşı yasal savunma hakkının kullanılması Uluslararası Hukuka aykırı addedilirken, bir gecede durum değişmiş ve devlet dışı aktörlere karşı yasal savunma hakkının kullanılması Uluslararası Hukuka uygun hale gelmiştir. Uluslararası Hukukta 15 yılı aşkın süredir yasal savunma hakkının içeriğinin değişikliğe uğrayıp uğramadığı ve böyle bir değişiklik için hangi koşulların gerekli olduğu tartışılmaktadır. Hernekadar genişletici yorum ve dar yorum yaklaşımını savunanların farklı sonuçlara ulaşması söz konusu ise de, 11 Eylül 2001'in yasal savunma hakkı bakımından bir kırılma noktası oluşturduğu konusunda ortak bir mutabakat olduğu gözlenmektedir¹⁰.

Yapılan her yorum söz konusu tarihte hakim olan fiili ve normatif koşulların bir yansıması olarak ortaya çıkar. Bu koşulların değişmesi somut normun içeriğine ilişkin mevcut mutabakatı etkiler. Çoğu kez bir uzlaşının ifadesi olan norm içeriği, dayanağı olan koşulların değişmesi ile sorgulanma konumuna gelir. Norm içeriğinin doğru olarak saptanması çalışmalarında sıklıkla temel esasları yansıtan yaklaşım farklılıklarının ortaya çıktığı görülmektedir. Normun içeriğinin uzlaşa yahut çoğunluğun görüşü olarak belirlenmesi normun doğru yorumlandığına karine oluşturmamaktadır. Norm içeriğinin çoğunluk tarafından benimsendiğine ilişkin yapılan bir atıf normun içeriğinin doğru tespit edildiğini değil, sadece norm içeriğinin belli şekilde kabul edildiğini gösterir. Bir takım olaylar sonucu doğan norm içeriğinin belirlenmesi tartışmaları buna karşılık tarihsel bir kırılma olarak görülmektedir.

8 KREMSER Holger, Der bewaffneter Einsatz der Bundeswehr gegen die Terrororganisation "Islamischer Staat" im Lichte des Staats-Europa- und Völkerrechts, **DVBl** 2016, 881 (883 vd.); VERLAGE Christopher, Anti-IS-Einsatz in Syrien rechtmäßig, **ZRP** 2016, 90; CREMER Hans Joachim, Die Beistandsklausel des EUV, **Zeitschrift für Gesetzgebung (ZG)** 2016, S.97

9 KRAJEWSKI Markus, Selbstverteidigung gegen bewaffnete Angriffe nicht-staatlicher Organisationen – Der 11.September 2001 und seine Folgen, **AVR** 40 (2002), 183

10 KRAJEWSKI, M., ibid



I. ALMANYA'NIN SURİYE OPERASYONUNA KATILMASININ ULUSLARARASI HUKUK DAYANAĞI

Almanya'nın Suriye operasyonuna katılmasının Uluslararası Hukuk dayanağı, Federal hükümet bu bağlamda hernekadar AB anlaşmasının 42.madde, 7.fıkrasına ve Paris'teki terör eylemi ertesinde Güvenlik Konseyi'nin aldığı 2249 sayılı rezolüsyona atıfta bulunmuş olsa da, yasal savunma hakkıdır. Uluslararası Hukuka uygunluk sorununun farklı hukuki dayanaklara istinat ettirilmesinde mantıken herhangi bir engel bulunmamaktadır. Şüphesiz ne AB anlaşmasının 42.madde, 7.fıkrasının, ne de Güvenlik Konseyi rezolüsyonunun bağımsız bir normatif ağırlığı bulunmaktadır.

A. Ab Anlaşmasının 42.Madde, 7.Fıkrası

AB anlaşmasının 42.madde, 7.fıkrasında öngörülen dayanışma hükmünün hukuki bir mükellefiyet tesis edip etmediği, söz konusu hükmün sadece bir siyasi irade açıklaması olarak görülmesinin mümkün olup olmadığı tartışması önem taşımakla beraber, bu hükmün askeri operasyon için bağımsız bir Uluslararası Hukuk dayanağı teşkil etmediğinin altının çizilmesi gerekmektedir. BM Şartı'nın 2.madde, 4.fıkrasında hükme bağlanan kuvvet kullanma yasağı, kuvvet kullanılması için Güvenlik Konseyi tarafından yetkilendirme yapılmasını gerektirmektedir. Bu izin yahut yetkilendirme fonksiyonu itibarı ile 3.devlete karşı kullanılacak kuvvetin hukuki dayanağıdır. AB anlaşmasının 42.madde, 7.fıkrasında öngörülen dayanışma kuralı Fransa ve Almanya arasındaki hukuki ilişkiyi düzenlemekle beraber, Suriye topraklarında İslam devletine karşı kuvvet kullanılması konusunu düzenlememektedir¹¹. Bu sonuç 42.madde, 7.fıkra hükmünün NATO anlaşmasının 5.maddesi gibi, askeri dayanışmanın hukuki çerçevesi bağlamında BM Şartı'nın 51.maddesinde düzenlenen yasal savunma hakkına atıfta bulunan içeriğinden istihraç edilmektedir.

B. Güvenlik Konseyi'nin 2249 Sayılı ve 2015 Tarihli Rezolüsyonu

İslam devletinin Suriye'de 2014'ten beri devam eden iç savaşa karışmasına bir reaksiyon olarak ABD liderliğindeki uluslararası koalisyon müdahalede bulunmuştur. Paris'te meydana gelen terör eylemi de Almanya gibi kimi devletlerin koalisyona katılmasına yol açmıştır. Uyuşmazlığın uzun süredir sürmesi nedeniyle Güvenlik Konseyi 2249 sayılı rezolüsyonu ile Irak ve Suriye'deki durumu ele almıştır. Güvenlik Konseyi tarafından karara bağlanan 2249 sayılı rezolüsyonun Suriye'de İslam devletine karşı operasyon yapmak konusunda yetkilendirme

11 KREMSER Holger, s 881 (883 vd.); CREMER Hans Joachim, S. 97



yapıp yapmadığının ve aynı şekilde koalisyona yeni devletlerin katılması bakımından hukuki dayanak oluşturup oluşturmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir. Herşeyden önce zamansal olarak Güvenlik Konseyi kararının Paris'teki terör eylemi ertesinde alındığının göz ardı edilmemesi gerekmektedir. Paris'teki terör eylemi Güvenlik Konseyi'nin sürekli üyeleri arasında askeri güç kullanılması konusunda yetkilendirme yapan bir rezolüsyonun karara bağlanmasını mümkün kılan siyasi bir iradenin oluşmasını sağlamıştır.

Güvenlik Konseyi'nin 2249 sayılı rezolüsyonu askeri güç kullanılması konusunda yetkilendirme yapan şimdikiye dek karşımıza çıkan rezolüsyonlardan birçok bakımdan farklılık göstermektedir. Güvenlik Konseyi rezolüsyonlarının operasyona ilişkin bölümünde kural olarak "acting under Chapter VII" ifadesi kullanılırken ve yine askeri güç kullanılması yetkisi veren "authorizes" ifadesi kullanılırken 2249 sayılı rezolüsyonda bu ifadeler görülmemektedir. Güvenlik Konseyi'nin özellikle Suriye'deki duruma ilişkin ve İslam devletine karşı uluslararası müdahale öngören diğer rezolüsyonlardan farklı olarak BM Şartı'nın VII.bölümüne istinat etmemesi dikkat çekicidir¹². Rezolüsyonun Irak ve Suriye'de İslam devletinin kontrolünde olan yerlere imkân olan BM üyesi devletlerin tüm gerekli önlemlerle müdahale çağırısı yapması nedeniyle rezolüsyonda askeri güç kullanılması konusunda üstü örtülü yetkilendirme yapıldığı kabul edilmektedir¹³. Şüphesiz üye devletler gerekli her türlü önlemi alma konusunda yetkilendirilmemiş, bu bağlamda onlara sadece çağrı yapılmıştır. Bir eylemde bulunulması için çağrı söz konusu olduğunda çağrı yetkilendirmenin dayanağını teşkil etmektedir. Doğal olarak eylemde bulunulması için yapılan çağrılarının hukuken bağlayıcı olması mümkündür. Şüphesiz çağrı konusu eylemlerin, çağrının kendisinden istihraç edilmese de, daima bir hukuki dayanağı olması gerekmektedir. 2249 sayılı rezolüsyonun lâfzı da bu yaklaşımı desteklemektedir. Zira gerekli her türlü önlemin alınması talebinin gerçekleşmesi Uluslararası Hukuka riayet edilmesi koşulu ile mümkündür. "Tüm gerekli önlemlerin alınması" formülasyonu herne kadar askeri güç kullanılmasını kapsasa da, bunun BM Şartı çerçevesinde gerçekleşmesi mümkündür¹⁴. Bunun ötesinde Güvenlik Konseyi Suriye ile ilgili önceki rezolüsyonlarında "talep etmektedir" ifadesini askeri güç kullanılması için yetkilendirme

12 Güvenlik Konseyinin, 2140 sayılı ve 09.10.2015 tarihli rezolüsyonu için bkz.: SR/Res/2240 (2015), s.3; 2253 sayılı ve 17.12.2015 tarihli rezolüsyonu için bkz.: SR/Res/2253, s.5

13 KRISCH Nico, Art.39, bkz.: Simma et.al (Hrsg.), **The Charter of the United Nations: A Commentary**, Vol.II (3.Aufl. 2012), Rn.21

14 BRANDL Ulrike, Auslegung von Resolutionen des Sicherheitsrats, **AVR** 53 (2015), 279(315)



dışında bütün gerekli önlemlerin alınması bağlamında kullanmıştır. Bu tablo 2249 sayılı rezolüsyondan askeri güç kullanılma konusunda zımni bir yetkilendirmenin istihraç edilemeyeceğini ortaya koymuştur.

C. Yasal Savunma Hakkı

Yapılan bu değerlendirmeler sadece yasal savunma hakkının İslam devletine karşı yapılan askeri operasyonlara katılımda dayanak oluşturabileceğini ortaya koymaktadır. Bu çerçevede devlet dışı aktörlere karşı yasal savunma hakkının kullanılmasının mümkün olup olmadığı, yasal savunma hakkının kullanılmasında bir devlet saldırısının ön koşul olup olmadığı, yasal savunma hakkının sadece saldırıda bulunan devletin önlemlerine karşı mı kullanılabileceği hususlarının açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Literatürde bu bağlamda BM Şartı'nın 51.maddesinde düzenlenen yasal savunma hakkı ile uluslararası teamül hukukunda karşımıza çıkan yasal savunma hakkı arasında kısmen bir ayırım yapılmaktadır. Bunun arkasında ünlü "Caroline" formülüne atfen¹⁵. BMŞartı'nın 51.maddesine nazaran yasal savunma hakkına önleyici ve önalıcı yasal savunma hakkı olarak uluslararası teamül hukuku muvacehesinde daha kapsamlı kılma ve diğer taraftan da bu şekilde BM Şartı'nın 51.maddesinden sapan uygulamaya normatif bir ağırlık sağlama çabası yatmaktadır. Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesinin 31.madde, III.fıkra, b-bendine göre yorum çalışmalarında devletlerin sonraki uygulamalarının dikkate alınması gereği bulunmamaktadır. Yorum çalışmalarında devletlerin sonraki uygulamalarının dikkate alınması ancak uluslararası teamül hukukunun oluşma koşulları çerçevesinde dikkate alınabilir. Bu nedenle BM Şartı'nın 51.maddesinde düzenlenen yasal savunma hakkının devletlerin uygulaması ışığında değerlendirilmesi iddiası ikna edici görülmemektedir.

II. DEVLET DIŞI AKTÖRLERE KARŞI YASAL SAVUNMA HAKKI KULLANILMASI

Devlet dışı aktörlere karşı yasal savunma hakkının kullanılmasının mümkün olup olmadığı, kullanılabilecekse bunun hangi koşullara göre kullanılabileceği konusu bağlamında, hareket noktası olarak 11 Eylül 2001 terör eylemleri ile yasal savunma hakkı yaklaşımında ortaya çıkan kırılma ve bunun sonucu olarak yasal savunma hakkının yorum ve uygulamasındaki değişim değil, yasal savunma hakkının devletlerin silahlı saldırıları ile sınırlı tutma ve devlet dışı aktörlerin saldırılarının dışarda bırakma nedenleri ele alınacaktır. BM Şartı'nın 51.madde lâfzı

15 NOLTE Georg / RANDELSHOFER Albrecht, Art.51, bkz.: Simma et.al (Hrsg.), **The Charter of the United Nations: A Commentary**, Vol.II (3.Aufl. 2012), Rn.50



yorum yapılmasını engellemektedir. Söz konusu hareket noktasının rasyonel kılınması herşeyden önce BM Şartı'nın yürürlüğe girdiği tarihte uluslararası sistemin yasal savunma hakkının karakteristik özelliği olarak devlet olmayı neden yasal savunma hakkının kullanılmasında esas aldığına açıklığa kavuşturulmasını gerektirmektedir. Konuya tarihi olarak bakıldığında yasal savunma hakkının devletle ilişkilendirilmesinin karakteristik bir özellik olarak karşımıza çıkmadığı görülmektedir. Devletlerin Uluslararası Hukukta yegâne aktör olarak görülmeleri uluslararası örgütlerin sujeliğinin tanınması ile sona ermiştir. Uluslararası Hukuk menşei itibariyle sadece devletler arasındaki ilişkileri düzenleyen bir hukuk olarak ortaya çıkmıştır. Bu geleneksel yaklaşıma göre gerçek ve tüzel kişiler aidiyet bağı taşıdıkları devletleri tarafından medyatize edilir. Diğer bir ifade ile özel kişilerin Uluslararası Hukuktan doğan hakları ve yükümlülükleri olamaz, onların bu haklara ve yükümlülüklere muhatap olma olanağı yoktur; onlar devletlerinin diplomatik korumasına muhtaçtır¹⁶.

Uluslararası Hukuktan doğan hakların prensip olarak sadece diğer devletlere karşı ileri sürülebilmesi nedeniyle yasal savunma hakkının da aynı şekilde mantıken sadece devletlere karşı ileri sürülebilmesi mümkündür. BM Şartı'nın 51.maddesi yasal savunma hakkının bir devlet tarafından kullanılması için ön koşul olarak, bir diğer devletin (bu saldırı dolaylı olsa da) silahlı saldırısının gerçekleşmesini öngörmektedir. Bu yaklaşım Uluslararası Adalet Divanının Nikaragua kararına da esas olmuştur. Silahlı saldırı sadece bir devletin düzenli ordusunu başka bir devlete göndermesi ile gerçekleşmez, silahlı saldırının düzensiz askeri güç gönderilerek, diğer bir ifade ile özel aktörler kullanılarak da yapılması mümkündür¹⁷. Bir devlete düzensiz askeri güç gönderilmesi veya silahlı çeteler gönderilmesi Uluslararası Adalet Divanına göre silahlı saldırı olarak nitelendirilen müdahale eylemlerinden farklıdır. Silah sevkiyatı, lojistik destek ve diğer şekillerde destek verilmesi bu kapsamda mütalaa edilmektedir¹⁸. Yasal savunma hakkının devletle ilişkilendirilmesi devlet odaklı Uluslararası Hukuk sisteminin ifadesi ve sonucudur. Silahlı saldırı, kuvvet kullanma bir devletin silahlı güçleri tarafından yapılmasa dahi bu saldırının normatif olarak bir devletle ilişkilendirilmesi gerekmektedir.

16 ARNAULD Andreas von, **Völkerrecht** (2.Aufl. 2014), Rn.58

17 IGH, Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. USA, Merits, Judgement, 27.6.1986, ICJ Rep. 1986, s.14 (Rn.195)

18 IGH, Nicaragua, ICJ Rep. 1988, s.14 (Rn.195)

A. 11.09.2001 Tarihinin Yasal Savunma Hakkı Yaklaşımında Dönemeç Teşkil Etmesi

BM Şartı'nın 51.maddesine istinaden ABD'nin 11 Eylül 2001 terör eylemlerine gösterdiği reaksiyon yasal savunma hakkının kullanılmasında bir dönemeç teşkil etmektedir¹⁹. Terör eylemlerinden sorumlu tutulan El Kaide terör örgütünün Taliban ile bağlantıları Nikaragua kriterleri muvacehesinde El Kaide'nin eylemlerinden Afganistan devletinin sorumlu tutulması bakımından yeterli görülmemiştir²⁰. Bunun en önemli nedeni Taliban'ın "failed state" durumundaki Afganistan'ın sadece bir bölümü itibariyle etkin kontrole sahip olmasıdır. Bu hukuki engelin yeni yaklaşım ışığında yasal savunma hakkının de-facto rejimlere karşı kullanılmasının caiz kabul edilmesi ile aşılmaya çalışıldığı görülmektedir²¹. Taliban şüphesiz kendisi tarafından kontrol edilen Afganistan topraklarında El Kaide militanlarının eğitime ve terör eylemlerinin hazırlanmasına destek vermiştir; ancak ABD'ye kendisi teröristleri göndermemiştir.

11 Eylül 2001 terör eylemi ertesinde Afganistan'a karşı gerçekleştirilen askeri operasyonun hukuki dayanağı olarak ABD ve İngiltere yasal savunma hakkına istinat etmiştir. 11 Eylül 2001 terör eylemi silahlı saldırının bir devlet tarafından yapılmasını öngören BM Şartı'nın 51.maddesinin ve bu bağlamda kriterleri belirleyen Uluslararası Adalet Divanı Nikaragua kararının tartışılmasına yol açmıştır. Bu tartışmalarda öncelikle gerçekleşen olayların normların içeriğinin değişmesinde ne şekilde rol oynadığı ve Nikaragua kararının klâsik kriterlerine göre devletlere tahmil edilemeyen saldırılarda yasal savunma hakkına ne şekilde istinat edilebileceği ele alınmış, söz konusu sorunlara özellikle sorumluluğun tahmil edilmesi kriterleri ve "unable" doktrini²² muvacehesinde yorum getirilmeye çalışılmıştır.

11 Eylül 2001'den itibaren Güvenlik Konseyi'nin devlet dışı aktörlere karşı yasal savunma hakkını 1368 ve 1373 sayılı rezolüsyonları ile açıkça tanıması²³ ve NATO üyelerinin NATO tarihinde ilk kez 12.09.2011'de yasal savunma hakkının terör örgütlerine karşı kullanılmasını zımnen tanıması, bu bağlamda ABD ve İngiltere'nin askeri operasyonlarına yöneltilen

19 KRAJEWSKI Markus, 183 vd.;

TAMS Christian J., The Use of Force against Terrorists, EJIL 20 (2009), 359)

20 ARNAULD Andreas von, Rn.1087

21 KRAJEWSKI Markus, 183 vd.

22 STARKI Paulina, The Right to Self-Defence, Attribution and the Non-State Actor, ZaöRV 2015, 458

23 1368, 12.09.2001,SR/Res/1368 (2001) ve 1373, 28.09.2001, SR/RES/1373 (2001)



eleştirilere cevap oluşturmuştur²⁴. Bu argümanlara karşı söz konusu Güvenlik Konseyi rezolüsyonlarında terör örgütlerine karşı tanınan yasal savunma hakkının beyanı nitelikte olduğu, bu kararlarda sadece yasal savunma hakkının varlığının kabul edildiği, ancak bu hakkın kime karşı kullanılacağına henüz belirlenmediği yolunda itirazlar yapılmıştır (paralel bir tartışma Güvenlik Konseyi'nin 13 Kasım 2015'te Paris'teki saldırı sonrası kabul ettiği rezolüsyon bağlamında gündeme gelmiştir. Söz konusu rezolüsyon Fransa'ya teröristlerin silahlı saldırılarına karşı yasal savunma hakkına istinaden kendini savunma yetkisi vermiştir). Güvenlik Konseyi İslam devletinin saldırılarını "global and unprecedented threat to international peace and security" olarak nitelemiştir. Bu durum Güvenlik Konseyi'nin BM Şartı'nın VII.bölümüne göre karar almasına dayanak oluşturmuştur.

Bu tablo ancak karşı görüşü temsil edenlere göre yasal savunma hakkı bakımından ne doğrudan ne de dolaylı olarak kapsamlı bir yaklaşımın savunulmasını mümkün kılmaktadır²⁵. Yasal savunma hakkının genişletilmesini reddeden görüş sahipleri devletlerin uygulamasında opinio iuris olmaksızın yasal savunma hakkının genişletilmesinin hukuki bir etki doğurmayacağını, bunun normatif anlamda öneminin olmadığını²⁶ bir çok devletin bu çerçevede suskun kalmasından hukuki değişimin tanındığı sonucu istihraç edilemeyeceğini ileri sürmektedir. Somut durumdan bağımsız olarak bu çerçevede yapılan tartışmalardan iki sonuç çıktığı görülmektedir. Bunlardan birincisi, 11 Eylül 2001 sabahına kadar yasal savunma hakkının kullanılması için bir devlete yüklenebilecek bir silahlı saldırı önkoşul olarak kabul edilirken, bugün bu önkoşulun aranmamasıdır; ortaya çıkan ikinci sonuç 11 Eylül 2001 terör eyleminin yasal savunma hakkı yaklaşımında bir kırılmaya yol açmasıdır. Söz konusu tarihten itibaren sadece Uluslararası Hukuk uygulamasında değil, Uluslararası Adalet Divanı yorumlarında ve Uluslararası Hukuk literatüründe yasal savunma hakkının genişletilmesi bağlamında yeni yaklaşımlar ortaya çıkmıştır²⁷.

24 WALTER Christian, Terrorism, bkzn.: **Max Planck Encyclopedia of Public International Law**, Rn.75

25 KAMMERHOFER Joerg, The Resilience of the Restrictive Rules of Self-Defense, bkzn.: Marc Weller (Hrsg.), **The Oxford Handbook on the Use of Force in International Law** (2015), s.627

26 KAMMERHOFER Joerg, s.627

27 bkzn.: IGH, Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Territories, Separate Opinion Judge Rosalyn Higgins, 09.07.2004, ICJ Rep. 2004, s.207; Separate Opinion Judge Pieter H. Kooijmans, ICJ Rep. 2004, s.219; Declaration of Judge Thomas Buergenthal, ICJ Rep. 2004, s.240

B. Değişimin Devam Etmesi

Değişimin sürekliliği tezinin sadece sürekli olarak değişen gerçeklerle bağlantılı olarak değil, sürekli değişen gerçeklerin bir yansıması olarak mevcut normlara ilişkin yaklaşımların değişimi bağlamında da ele alınması gerekmektedir. Kimi olaylar belli hukuki tartışmaların açılmasının nedeni yahut vesilesi olmaktadır. Bu olaylar kural olarak mamafih aniden ortaya çıkmamaktadır. Bu olaylar daha ziyade bir normun içerik ve anlamına ilişkin önceki tartışmalarla bağlantılı olarak ortaya çıkmakta ve uzun vadede norma dayanak olan normatif sistemde esaslı değişikliklere yol açmaktadır. Normun içeriğinin ilk aşamadaki gelişimine ilişkin bu soyut tarifi yasal savunma hakkının devlet dışı aktörlere karşı kullanılmasına da uyarlanması mümkündür. “11 Eylül 2001’de gerçekleşen terör olaylarına karşı ABD ve İngiltere’nin gösterdiği reaksiyon yasal savunma hakkının içeriğinin tartışılmasına vesile oluşturmuştur. Devletler şüphesiz 11 Eylül’den önce de devlet dışı aktörlere karşı yasal savunma hakkına istinat etmiştir²⁸. Bu çerçevede yapılan tartışmalarda kimi hukukçular BM Şartı’nın 51.maddesinin silahlı saldırının devletlere yüklenmesinin önkoşul olarak öngörülmediği görüşünü temsil etmiştir. Devlet dışı aktörlerin terör eylemlerine karşı yasal savunma hakkının kullanılmasının 11 Eylül öncesi bu güne nazaran daha tartışmalı olduğu, 11 Eylül’ün buna karşılık yasal savunma hakkının yorumunda bir kırılma teşkil ettiği kesindir. Gerçekleşen olaylarla bağlantılı olarak ortaya çıkan değişim kural olarak mevcut pozisyona istinat etmektedir. Bu bağlamda hukuk yahut onun yorumu değil, temsil edilen pozisyon belirleyici olmaktadır.

1. Devlet Dışı Aktörlere Karşı Kullanılan Yasal Savunma Hakkı Yaklaşımında Ortaya Çıkan Değişim

Devletlerin ülkelerinde egemenlik yetkisi kullanamamaları, diğer bir ifade ile otorite boşluğu halinde ülke üzerinde etkin yetki kullanan fiili rejimlerin uluslararası hukukta ne şekilde muamele edileceği 11 Eylül 2001 terör eylemlerinden çok önce tartışma konusu olarak ele alınmıştır²⁹. De facto (fiili) rejimlerle bağlantılı olarak 90’lı yılların sonundan itibaren ortaya çıkan bir problem olarak “failed State” konusunun bu tartışmalarla paralel

28 WANDSCHER Christiane, *Internationaler Terrorismus und Selbstverteidigungsrecht, Veröffentlichungen des Walther-Schücking-Instituts für Internationales Recht an der Universität Kiel*, Taschenbuch – 16. Juni 2006, s.126 vd.;

DINSTEIN Yoram, *War, Aggression and Self-Defence* (1.Aufl. 1988), s.221 vd.

29 FROWEIN Jochen Abr., *Das de-facto-Regime im Völkerrecht, (Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, Bd.46)*, Köln, Berlin 1968;

BALEKJIAN Wahe H., *Die Effektivität und die Stellung nichtanerkannter Staaten im Völkerrecht* (1970), s.125 vd.)



tartışıldığı görülmektedir³⁰. “Failed state” durumunda olan devletlerde belli bir kapsamda etkin otorite kullanan aktörler otoritelerinin stabil ve sürekli olmaması nedeniyle diğer devletler tarafından tanınmamakta ve de facto rejim olarak karakterize edilmektedir. “failed state” durumunda olan devletler de facto rejimlere benzemeleri nedeniyle quasi-de-facto rejim olarak tanımlanmaktadır³¹. Bu şekilde “failed state” devlet ve de-facto rejimler arasında bir fenomen olarak devlete yakın, ancak devlet dışı yarı egemen aktör olarak ortaya çıkmaktadır.

Bu durum devlet ve devlet dışı aktörler arasında söz konusu olan tarihi ayırımın devam ettiğini göstermektedir. Bunun sonucu olarak devletlerin ve devlet benzeri yapıların saldırıları bir tarafta, terör örgütlerinin saldırıları diğer tarafta mütalaa edilmektedir. Teröristler için normatif olarak yasal savunma hakkı bağlamında eylemlerinin bir devlete yüklenmesi gerekirken, de facto ve quasi de facto rejimler bakımından devlet benzeri olmaları nedeniyle buna gerek bulunmamaktadır. Bu rejimlerin devletlerle etkin otorite kullanmaya istinat eden fiili benzerlikleri söz konusu olsa da, bu çerçevede normatif farklılıkların bulunduğu gözardı edilmemesi gerekmektedir. Devletler istisnai olarak egemenlik yetkisi kullanmadığı bölgeler dışında ülkelerinde egemenlik yetkisi kullanır³². Buna karşılık “failed States” durumunda devlet otoritesinin kullanılmadığı alanlar ortaya çıkmaktadır. Bu durumlarda da devletlerin sürekliliği prensibine istinaden “failed State”in dışarıya karşı hukuki varlığı devam etmektedir³³. Bunun anlamı “failed State”in ülkesinin devlete ait olmaya devam etmesidir. De-facto yahut quasi de-facto rejimlere yönelik yasal savunma eylemleri ülkesel egemenlik iddiasının söz konusu olduğu topraklara yönelik gerçekleştirilir. Tasarrufta bulunacak aktörlerin eksikliği nedeniyle hak ihlallerinin ileri sürülemediği “failed State” durumlarında da yasal savunma eylemlerinin “failed State”in ülkesel bütünlük hakkı ile uyumlu kullanılması gerekmektedir. Ülkesinde yasal savunma eylemleri gerçekleştirilen “failed state”in ülkesel bütünlüğü, devlet dışı aktörlere karşı gerçekleştirilen yasal savunma hakkı bağlamında bağlayıcı unsur olarak kabul edilmektedir. Bu durum teröristlere karşı kullanılan yasal savunma hakkı bağlamında ülkesel bütünlük ilkesinin korunduğu anlamını ifade etmektedir.

30 GEİßRobin, Failed States-normative Erfassung gescheiterter Staaten, **Veröffentlichungen des Waltherschücking-Instituts für Internationales Recht an der Universität Kiel**, (2005), s.120 vd.

31 ARNAULD Andreas von, Rn.58

32 ARNAULD Andreas von, Rn.1093

33 CRAWFORD James Richard, **The Creation of States in international Law**, (2.Aufl. 2006), s.667 vd.

Sistematiik olarak bakıldığı zaman de-facto rejimlere, quasi de-facto rejimlere ve teröristlere karşı kullanılan yasal savunma eylemleri arasında önemli bir fark olmadığı görölmektedir. Ayrım sadece devlet ile devlet dışı aktörler arasında yapılmaktadır. Onları birbirinden ayıran onları devlet gibi muamele edilmemelerinden ileri gelmektedir. Bununla beraber bu saptama otomatik olarak de-facto rejimlere ve teröristlere karşı yasal savunma eylemlerinin zorunlu olarak aynı şekilde mütalâa edilmesi sonucunu vermemektedir. Bunun nedeni yasal savunma hakkının varlığı ve somut durumda kullanılacak yasal savunma hakkı koşullarındaki farklılıktır. Ülkesinde yasal savunma eylemleri gerçekleşen devletin toprak bütünlüğünün sağlanması, somut koşullara ve bu çerçevede rol alan aktörlere bağlıdır. Bu farklılıklar yasal savunma hakkının varlığını etkilememektedir. Yasal savunma hakkının devlet dışı aktörlere karşı kullanılması kabul edilmektedir. Sistematiik olarak bakıldığında teröristlere karşı kullanılan yasal savunma hakkı ile de-facto rejimlere karşı kullanılan yasal savunma hakkı arasında bağlantıların olduğu görölmektedir. Devlet ve devlet dışı aktörler arasında yapılan ayırmadan, de-facto ve quasi de-facto rejimlerin terör örgütlerinden farklı olarak devlet benzeri olmaları gerekçesi ile sapılmak istense de, bu konuda bir değişiklik sağlanamamıştır.

Fiili kesişmelerin mevcudiyeti ve sınırlayıcı kriterlerin eksikliği nedeniyle bu tür bir ayırımın gereksiz olduğu İslam devleti örneğinde somut şekilde ortaya çıkmıştır. İslam devleti belli bir alanda etkin ve sürekli egemenlik yetkisi kullanmaktadır. Bu durum onun de-facto değil, quasi de-facto rejim olarak nitelendirilmesini mümkün kılmaktadır³⁴. İslam devletinin fiili otoritesini kullandığı topraklarda Irak ve Suriye devletleri kendi toprak bütünlüklerini iddia etmektedir. İslam devleti aynı zamanda dünya çapında değişik yerlerde El Kaide'nin yöntemlerini kullanarak terör eylemleri gerçekleştirmekte yahut bunları yaptırmaktadır. 11 Eylül 2001 tarihli terör eylemine reaksiyon olarak yasal savunma hakkının normatif değişikliği bağlamında başlatılan tartışmalar, Irak ve Suriye İslam devletinin faaliyetlerine bağlı olarak devam etmektedir.

2. Devlet Odaklı Sistemden Çok Kutuplu Sisteme Geçiş

Yasal savunma hakkının yorumunda 11 Eylül 2001 terör eylemi ile ortaya çıkan kırılma BM Şartı'nın 51.maddesine esas olan yaklaşımı normatif bir değişim sürecine sokmuştur. Menşei itibariyle münhasıran devletler arası ilişkileri düzenleyen Uluslararası Hukuk devlet dışı

34 JANIK Ralph, Der Kampf gegen den "Islamischen Staat" – Die grossen Probleme liegen nicht im Völkerrecht, **JuWissBlog**, 09.12.2015, <https://www.juwiss.de/88-2015>



aktörlerin de hak ve yükümlülük sahibi olduğu çok kutuplu bir düzene dönüşmüştür. Uluslararası Hukuk bugün Uluslararası Hukuk sujeleri bakımından bir numerus clauses kabul etmemektedir³⁵. Buna uygun olarak kime Uluslararası Hukuk sujeliğinin tanınacağı konusu siyasi bir prosese bağlı kılınmamaktadır. Uluslararası Hukukta artık kimin hak ve yükümlülükleri sahip olduğu sorusu değil, devlet dışı aktörlerin somut durumda hangi hak ve yükümlülükleri sahip olduğu sorusu önem taşımaktadır. Devlet dışı aktörlere prensip olarak kimi hakları kullanma ehliyetinin tanınması ile kaçınılmaz olarak Uluslararası Hukukun en temel sorunu olarak Uluslararası Hukukun gerçek dayanağının sorgulanması gündeme gelmektedir. Uluslararası Hukukun öncelikli sujeleri devletler midir, yoksa bireyler midir?³⁶. Bu tartışma doğrudan Uluslararası Hukukun anayasallaştırılması prosesi ile bağlantılı görülmektedir³⁷.

Her ne kadar Uluslararası Hukukun anayasallaştırılması ile bağlantılı temel problemler henüz halledilmemiş ise de ve çok sayıda farklı, karşılıklı olarak birbirini reddeden görüşlerin bulunması doğal olsa da, devlet dışı aktörlerin devletler üzerinden hak ve yükümlülüklerini elde ettikleri yönünde görüş temsil eden devlet odaklı Uluslararası Hukuktan günümüzde bir sapma olduğu açıktır. Ortaya çıkan bu tablo esas tartışma konusunun değişim değil, bu değişimin bireyler bakımından getirdiği sonuçlar olduğunu göstermektedir. Bu durum yasal savunma hakkının yazısız bir kriteri olan devlet olma “unsuru” üzerinde doğrudan bir etkiye sahiptir. Tarihi olarak bu sonuç normun kendisinden değil, devletlerin hak ve yükümlülüklerini düzenleyen Uluslararası Hukukun sınırlamalarından istihraç edilmektedir. Uluslararası Hukukun devlet dışı aktörlerin devletlerden bağımsız bir hukuki statüye sahip olmasına imkân veren gelişimi ile beraber Uluslararası Hukuk sisteminde yasal savunma hakkının devletle ilişkilendirilmesi gereği ortadan kalkmıştır. Uluslararası Hukuk sistemi bundan böyle yasal savunma hakkını devletle ilişkilendirme bakımından hukuki bir dayanak oluşturmamaktadır. Uluslararası Hukuk orijinal yaklaşımı itibariyle devlet menşei silahlı saldırılara karşı yasal savunma hakkını kabul etmiştir. Söz konusu bu yaklaşımda ısrar edilmesi kapsamlı bir normatif çalışmanın parçası olarak belli bir zaman diliminde yapılan düzenlemenin bütününe esas olan

35 MOSLER Hermann, Die Erweiterung des Kreises der Völkerrechtssubjekte, *ZaöRV* 22 (1968), s.1

36 PETERS Anne, Jenseits der Menschenrechte: Die Rechtsstellung des Individuums im Völkerrecht (*Jus Internationale et Europaeum*), (2014),s.29 vd.

37 KLEINLEIN Thomas, *Konstitutionalisierung im Völkerrecht*, (2012), s.361;

KNAUFF Matthias, Konstitutionalisierung im inner- und überstaatlichem Recht – Konvergenz oder Divergenz, *ZaöRV* 68 (2008), 453 (464 vd.)

yaklaşımdan sapılmasına yol açar. Özellikle unsurları tam olarak belli olmayan normların içeriğinin zamanın koşullarına göre belirlendiğinin göz ardı edilmemesi gerekmektedir.

C. Yasal Savunma Hakkının Devletle İlişkilendirilmesinin Nedenleri

1. Yasal Savunma Hakkı Ve Kuvvet Kullanma Yasağı İlişkisi

Yasal savunma hakkının zorunlu olarak devletle ilişkilendirilmesi BM Şartı'nın 2.madde, 4.fıkrasında düzenlenen kuvvet kullanma yasağı ve BM Şartı'nın 51.maddesi arasındaki normatif ilişkiden istihraç edilmektedir. BM Şartı'nın 51.maddesinin tersine BM Şartı'nın 2.madde, 4.fıkrası kuvvet kullanma yasağını münhasıran devletle ilişkilendirmiştir. Bu normun muhatabı BM üyesi devletlerdir. BM üyesi devletler BM Şartı'nın 3. ve 4.maddeleri BM üyesi devletlerle sınırlı hükümler öngörmektedir. Uluslararası ilişkiler kavramının bu hükümler muvacehesinde devletlerarası ilişkiler olarak anlaşılması gerekmektedir. Kuvvet kullanma yasağının kapsamına giren hususlar devletlerin toprak bütünlüğü ve siyasi bağımsızlığıdır. Kuvvet kullanma yasağı ve yasal savunma hakkının normatif olarak birbirinden ayrılmaz bir ilişki içinde mütalaa edilmesi, 51.maddenin lâfzından bağımsız olarak, kuvvet kullanma yasağını devletle ilişkilendiren BM Şartı'nın 2.madde, 4.fıkrasında yer alan yaklaşımın BM Şartı'nın 51.maddesi bakımından da geçerli kabul edilmesinden ileri gelmektedir. İki hüküm arasında birbirinden ayrılması mümkün olmayan normatif ilişkiyi kuvvet kullanma yasağı ve yasal savunma hakkı arasında kural-istisna ilişkisi teyit etmektedir³⁸. Kuvvet kullanma yasağının kuralı oluşturması nedeni ile kurala istinat eden istisnanın da kural gibi aynı uygulanma alanına sahip olması gerekmektedir.

İki norm arasında kural-istisna olarak nitelendirilen bir ilişki bununla beraber zorunlu olarak iki normun içerik olarak birbiri ile bağlantılı olduğu sonucunu vermemektedir. İstisna teşkil eden normun içeriğinin zorunlu olarak kural teşkil eden normun içeriğinden istihraç edilmesi gerekmemektedir. İçerik olarak zorunlu bir ilişki ancak istisna normun lâfzının yahut sistematüğının bunu öngörmesi halinde mümkündür. BM Şartı'nın 51.maddesinde böyle düzenleme öngörülmemektedir. BM Şartı tasarısında yasal savunma hakkına ilişkin bir düzenleme öngörülmemiştir. 51.madde daha sonraki bir tarihte BM Şartı'na alınmıştır. 51.maddenin Şart'a alınmasının nedeni kuvvet kullanma yasağı yahut buna ilişkin bir istisnanın düzenlenmesi değil, Güvenlik Konseyi'nin yetkileri ve BM Şartı'nın VII.bölümüne istinaden Güvenlik Konseyi'nin alacağı

38 GRZESZICK Bernd, Die Staatsgewalt in der UN Charta zwischen Gewaltverbot und Selbstbestimmungsrecht, AVR 41 (2003), 484



önlemlerdir³⁹. 51.maddenin BM Şartı'nın VII.bölümünün sonunda yer alan sistematigi de bu yaklaşımı teyit etmektedir. BM Şartı'nın 51.madde lâfzı doğrudan 2.madde 4.fıkra ile normatif bağlantı oluşturan bir yaklaşımla, diğer bir ifade ile kural-istisna ilişkisi olarak kaleme alınmadığını ortaya koymaktadır. BM Şartı'nın 51.maddesi doğrudan kuvvet kullanma yasağına değil, Güvenlik Konseyi'nin uluslararası barışı ve güvenliği yeniden tesisiyle ilgili önleme istinat eden bir üslupla kaleme alınmıştır. BM Şartı'nın 51.maddesinin menşesine, sistematigine, lâfzına rağmen yasal savunma hakkı ve kuvvet kullanma normu arasındaki ilişkinin bir kural-istisna olarak tanımlanması durumunda istisna hükmün uygulanma alanının hükmün kendisinden istihraç edilmesi mümkün olmamaktadır. İki norm arasındaki ilişkinin emredici bir normla düzenlenmemesi halinde normun uygulanma alanının gerek kuvvet kullanma, gerek yasal savunma ile ilgili normun kendisi tarafından belirlenmesi gerekmektedir. Kural-istisna ilişkisi normların uygulanma alanlarının kesiştiği ve normların hukuki sonuçlarının birbirine ters düştüğü durumlarda normlar çatışmasını önlemek için öngörülmektedir⁴⁰. Yasal savunma hakkı kuvvet kullanma yasağı ve kuvvet kullanma hakkı arasındaki normlar çatışmasını önleme bağlamında ortaya çıkmıştır. İki norm arasındaki ilişkiyi hukuk tekniği açısından kural-istisna ilişkisi olarak gören yaklaşımda silahlı saldırının normatif anlamda zorunlu olarak bir devlete tahmil edilmesi, yasal savunma hakkı bağlamında devlet dışı aktörlerin ikâmet ettiği devletlere karşı kuvvet kullanılması sonucunu doğurmaktadır. BM Şartı'nın ancak 2.madde, 4.fıkrası lâfzından hareket edildiği takdirde kuvvet kullanma ve ilgili devletin ülkesel bütünlüğü arasında ayırım yapılması mümkündür. Böyle bir durumda yasal savunma eylemlerinin doğrudan devlete karşı değil, devlet dışı aktörlere karşı yöneltilmesi mümkün olabilir. Devlet dışı aktörlere karşı kullanılan kuvvetten mamafih zorunlu olarak ilgili devletin toprak bütünlüğü etkilenmektedir. Bundan nasıl kaçınılabileceği konusu yasal savunma hukukunun değil, uluslararası sorumluluk hukukunun konusudur.

2. Yasal Savunma Hakkının Anlamı ve Amacı

Yasal savunma hakkının silahlı devlet saldırıları ile sınırlandırılması görüşüne karşı BM Şartı'nın 51.maddesinin amacı ve anlamı dile getirilmektedir. Yasal savunma hakkını silahlı devlet saldırıları ile sınırlayan yaklaşım kuvvet kullanma yasağı ve yasal savunma hakkı ilişkisini kural – istisna ilişkisi olarak tanımlamaktadır. Diğer bir ifade

39 KUNZ Josef Laurenz, *Individual and Collective Self-defence in Article 51 of the Charter of the United Nations*, AJIL, 41 (1947), 872 vd.)

40 FINKE Jasper, *Funktion und Wirkung der Ausnahme im Recht*, AöR 140 (2015), 514 (520)

ile yasal savunma hakkının istisnai karakteri nedeni ile dar bir görüş temsil edilmektedir⁴¹. Kural ve istisna norm arasında ancak içerik olarak doğrudan bir bağlantı kurulmadığı nispette, kural normun amacı ve anlamı ile kurulan bağ hiçbir şekilde zorunlu olarak yasal savunma hakkının silahlı devlet saldırıları ile sınırlandırıldığına kanıt oluşturma durumunda değildir. Yasal savunma hakkının söz konusu dar yorumu tezine yasal savunma hakkının anlamı ve amacı değil, BM Şartı'nın 2.madde, 4.fıkrası ile takip edilen amaç esas alınmaktadır⁴². İstisna normların her halükârda kural normun anlamı ve amacı ışığında yorumu gerekir. Bunun nedeni istisna ve kural arasında sadece doğrudan normatif bir bağın değil, takip edilen amaçlar bakımından hiyerarşik bir ilişkinin bulunması, diğer bir ifade ile kural norm ile takip edilen amacın istisna normun amacına göre hiyerarşik üstünlüğe sahip olması, dolayısı ile kural normun uygulanma alanının istisnaya göre daha kapsamlı olmasıdır.

BM Şartı'nın kural norm olarak kabul edilen 2.madde, 4.fıkrası ve istisna hüküm olarak kabul edilen 51.maddesi arasında ancak böyle bir hiyerarşik ilişki tesis edilmemiştir. Her iki hüküm de BM Şartı'nın 1.madde, 1.fıkrasında öngörülen uluslararası barış ve güvenliğin korunmasına ilişkin BM amaçlarının bir parçasıdır. Kuvvet kullanma yasağı hernekadar merkezi öneme sahip kabul edilmişse de, BM kurucu devletleri kuvvet kullanma yasağının ihlâl edilmesi halinde bu normun tek başına BM'in uluslararası barış ve güvenliği koruma amacını gerçekleştiremeyeceği görmüş ve BM Şartı'nın VII.bölümünde Güvenlik Konseyi için yetkiler öngörmüştür. Güvenlik Konseyi VII.bölüm hükümlerine göre gerekli önlemleri alıncaya kadar BM Şartı'nın 51.maddesi muvacehesinde yasal savunma hakkının kullanılmasına devam edilir. 51.madde ile takip edilen amaç devletlerin varlıklarını korumasıdır. Kuvvet kullanma yasağı buna karşılık, devletlerin kuvvet kullanma zorunda kalmamasını temin etme amacına matuf olarak düzenlenmiştir.

Devlet dışı aktörlere karşı yasal savunma hakkının kullanılması bağlamında BM'in öncelikli amacı olan uluslararası barış ve güvenliğin korunması amacının yasal savunma hakkının dar yorumunu gerektirdiği, eylemleri normatif olarak devletlere yüklenemeyen devlet dışı aktörlere karşı kullanılan yasal savunma hakkının yasal savunma hakkını devletlerin silahlı saldırıları ile sınırlayan BM Şartı'nın 51.madde hükmüne uygun olmadığı, hükmün geniş yorumlanmasının yasal savunma eylemlerinin uluslararası barışın korunmasına veya yeniden tesisi amacına ters

41 CORTEN Oliver, *The Law against War: The Prohibition on the Use of Force in Contemporary International Law*, (2010), s.411 vd.

42 NOLTE Georg / RANDELSHOFER Albrecht, Rn.50



düŒer Œekilde yeni kuvvet kullanımlarına yahut mevcut saldırıların yoğunlaŒmasına yol açabileceği yolunda eleŒtiriler yapılmaktadır. Bu tür yaklaŒımların devletlerin devlet dıŒı aktörlerin silahlı saldırılarından doğan sorumluluğu kabullenmeleri gibi kabul edilmesi mümkün olmayan bir sonuç doğuracağının göz ardı edilmemesi gerekmektedir. Öngörülen kuvvet kullanma yasağına rağmen devletlere karŒı silahlı saldırıların olabileceği BM Œartı tarafından kabul edilen bir realitedir. Böyle bir durumda iki olanak bulunmaktadır. Bunlar BM Œartı'nın VII.bölümüne göre Güvenlik Konseyi'nin önlem alması yahut Güvenlik Konseyinin henüz önlem almamıŒ olması durumunda BM Œartı'nın 51.maddeye göre yasal savunma hakkının kullanılmasıdır. BM Œartı'nın 51.maddesine göre kullanılan yasal savunma hakkı devletlere varlıklarını tehdit eden kuvvet kullanımlarına karŒı kendilerini yalnız yahut birlikte korumaları olanağı vermektedir. Böyle bir tehdidin devlet dıŒı aktörlerden kaynaklanması normatif bir sorun olmaktan ziyade fiili bir sorun oluŒurmaktadır. Söz konusu görüŒe göre devlet dıŒı aktörlerin silahlı saldırı yoğunluğuna eriŒen kuvvet kullanmalarına karŒı yasal savunma hakkının kullanılması 51.maddenin anlam ve amacına ters düŒmektedir. Yasal savunma hakkının hangi koŒullar altında devlet dıŒı aktörlere karŒı kabul edileceği saldırının yoğunluğu esas alınarak tayin edilecektir.

3. Uluslararası Adalet Divanı Kararları

Œekli hukuk olarak Uluslararası Adalet Divanı içtihatlarının 51.maddenin devlet dıŒı aktörlere uygulanmasına karŒı olup olmaması önem taŒımamaktadır. Bunun dıŒında Uluslararası Adalet Divanının danıŒma görüŒleri hukuken bağlayıcı deđildir⁴³. Aynı durum ne taraflar, ne de genel olarak bağlayıcı etkiye sahip olmayan karar gerekçeleri bakımından geçerlidir⁴⁴. Œüphesiz Uluslararası Adalet Divanı içtihatlarının bu bağlamda taŒıdıđı anlamın Œekli hukukla sınırlı kalmaması gerekmektedir. Uluslararası Adalet Divanı içtihatlarının temsil edilen bir görüŒe diğerlerine nazaran daha fazla ağırlık vermesi mümkündür. Devlet dıŒı aktörlerin yasal savunma hakkı konusunda olduğu gibi temsil edilen görüŒlerin birbirine tamamen ters düŒtüđu durumlarda normun içeriğinin belirlenmesi bağlamında Uluslararası Adalet Divanı'nın yaklaŒımı oldukça önemlidir. Terör eylemlerinden ve Güvenlik Konseyi'nin 1368 ve 1371 sayılı rezolüsyonlarından sonra da yasal savunma hakkı için devletlerin silahlı saldırısını önkoŒul olarak kabul eden Uluslararası Adalet Divanı'nın içtihatına gönderme yapan eleŒtirmenler,

43 THIRLWAY Hugh, Advisory Opinion, MPEPIL, Rn.2

44 BROWN Chester, Art.59; bkzn.: Andreas Zimmermann et.al. (Hrsg.) **The Statute of the International Court of Justice – A Commentary** (2.Aufl. 2012), Art.60, Rn.39



Divanın devlet dışı aktörlere karşı yasal savuna hakkını kabul etmediğini ileri sürmektedir⁴⁵. Bu durum Uluslararası Adalet Divanı'nın İsrail'in duvar inşası nedeniyle verdiği danışma görüşünden ve aynı zamanda "Armed Activities" kararının gerekçelerinden istihraç edilmektedir⁴⁶. İsrail'in duvar inşası ile ilgili olarak Divan'ın çoğunlukla aldığı kararın ifadesi açıktır: "Article 51 of the Charter thus recognizes the existence of an inherent right to self-defence in the case of an armed attack by one state against another state. However, Israel does not claim that the attacks against it are imputable to a foreign state"⁴⁷. Söz konusu bu saptamanın devlet dışı aktörlere karşı yasal savunma hakkını engelleyip engellemediği konusu bağlamında Uluslararası Adalet Divanı'nın "Armed Activities" davasında ortaya koyduğu yaklaşım önem taşımaktadır. Uluslararası Adalet Divanı'nın karara bağladığı bu dava Nikaragua davası ile önemli benzerlikler göstermektedir. Davada Uganda'nın ne ölçüde Demokratik Kongo Cumhuriyeti'ne karşı yasal savunma hakkına istinat edebileceği ve devletlerin kendilerinin tasarrufta bulunmadığı durumlarda BM Şartı'nın 2.madde, 4.fıkrasına istinat edilmesinin mümkün olup olmadığı, Uganda'nın Demokratik Kongo Cumhuriyeti'ne karşı yasal savunma hakkına istinat etmesi bağlamında Demokratik Kongo Cumhuriyeti'nin Sudan'la işbirliği yapmasının ve bir isyancı grubun (Allied Democratic Forces "ADF") eylemlerine destek vermesinin hukuken Demokratik Kongo Cumhuriyeti'nin saldırısı olarak nitelendirilmesinin mümkün olup olmadığı inceleme konusu yapılmıştır. Uluslararası Adalet Divanı bu bağlamda Nikaragua davasındaki kriterlere istinaden söz konusu eylemlerin normatif bakış açısı ile Demokratik Kongo Cumhuriyeti'nin bu eylemlere ne doğrudan, ne de dolaylı katılımının yeterli şekilde kanıtlanmaması nedeniyle Demokratik Kongo Cumhuriyeti'nin saldırısı olarak kabul edilemeyeceğini karara bağlamıştır⁴⁸.

Uluslararası Adalet Divanı devlet dışı aktörlere karşı yasal savunma hakkı kullanılmasına BM Şartı'nın 51.maddesine ilişkin pasajın sonunda kısaca değinmiştir: "For all the reasons, The Court finds that the legal and factual circumstances for the exercise of a right to self-defence by Uganda against the DRC were not present. Accordingly, the Court has no need to respond to the contentions of the Parties as to whether and under what conditions Contemporary International Law provides for

45 STARSKI Paulina, 461; CORTEN Oliver, s.192

46 KAMMERHOFER Joerg, Armed Activities Case and Non-State Actors in Self-Defence, *LJIL* 20 (2007), s.89

47 IGH, Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Territories, ICJ Rep. 2004, s.139

48 IGH, Armed Activities, ICJ Rep. 2005, Rn.130vd.



a right to self-defence against large-scale attacks by irregular forces"⁴⁹. Uluslararası Adalet Divanı problemi, devlet dışı aktörlere karşı yasal savunma eylemleri ve doğrudan devletlere karşı yasal savunma eylemleri olarak ikiye ayırarak ele almıştır. Nikaragua davasında ABD'nin yaptığı gibi Armed Attack davasında Uganda doğrudan devletlere yönelik yasal savunma hakkına istinat etmiştir. Silahlı saldırının kendisine karşı yasal savunma hakkı kullanılan devlete tahmil edilmesi prensip olarak olağan karşılanmaktadır. Silahlı saldırıyı yapan devlet ile yasal savunma hakkının muhatabı böyle bir durumda aynıdır. Bu sonucun devlet dışı aktörlere karşı kullanılan yasal savunma hakkına uyarlanabilmesi devlet dışı aktörlerin eylemlerinin ölçü ve etkileri itibariyle silahlı saldırının koşullarını yerine getirmesine bağlıdır. Bu koşullar yerine geldiği nispette yasal savunma eylemlerinin muhatabı devlet dışı aktörlerin ikamet ettiği devletler değil, doğrudan yasal savunmaya neden olan devlet dışı aktörler olacaktır⁵⁰. Doğal olarak yasal savunma hakkı eylemlerinden etkilenen devlet toprak bütünlüğüne ilişkin hakkını ileri sürebilir. Uluslararası Adalet Divanı'nın devlet dışı aktörlere karşı yasal savunma hakkına ilişkin açıklamalarının net olmadığı görülmektedir. Mahkeme İsrail'in duvar inşası bağlamında verdiği görüşünde (çoğunluk kararı) BM Şartı'nın 51.maddesinin sadece devletlerin silahlı saldırıları durumunda yasal savunmaya izin verdiğini kabul etmiştir.

Armed Attacks davasında verilen kararda düzensiz ordulara karşı hangi koşullarla yasal savunma hakkının kullanılabileceği konusunu Divan karar bakımından önemi olmaması nedeniyle açık bırakmıştır⁵¹. Uluslararası Adalet Divanı'nın farklı yaklaşımının yargıçların görüşlerinin farklılığından mı, duvar inşası ile ilgili görüşünü değiştirmek istemesinden mi, yoksa duvar inşası ile ilgili görüşünde ilk bakışta görünenden farklı bir yaklaşımın temsil edilmek istendiğinden mi ileri geldiği anlaşılmamaktadır. Bununla beraber esas alınması gereken günümüzde daha çok Divan'ın duvar inşası görüşünden sonra Armed Attacks davasında hernekadar devlet dışı aktörlere karşı yasal savunma hakkının kullanılması konusunu karara bağlamamış olsa da, düzensiz ordulara karşı yasal savunma hakkının kullanılması bağlamında ortaya koyduğu devlet/devlet dışı aktörler ayırımına istinat eden yaklaşımdır. İsrail'in duvar inşası ile ilgili danışma görüşünde Divan bu konuya

49 IGH, Armed Activities, ICJ Rep. 2005, Rn.149

50 WALTER Christian, Rn.758

51 Armed Activities davasında "Separate Opinion" için bkz.: Separate Opinion, Judge Simma, ICJ Rep. 2005, Rn.11; Separate Opinion, Judge Kooijmans, ICJ Rep. 2005, Rn.25



değınmemiştir. Bu tablo Uluslararası Adalet Divanı içtihatının devlet dışı aktörlere karşı yasal savunma hakkının kullanılmasını engellemediğini ortaya koymaktadır.

Yasal savunma hakkının kullanılmasına ilişkin olarak Uluslararası Adalet Divanı'nın bu çerçevede yapmış olduğu değerlendirmeler önem taşımaktadır. Divan yasal savunma hakkının karşılıklılık özelliğinden hareket etmektedir. Diğer bir ifade ile saldıran ve saldırıya uğrayan bir karşılıklılık ilişkisi içindedir. Bunun sonucu olarak saldırıya uğrayanın sadece saldırı yapana karşı yasal savunma eylemi yapması mümkündür. Saldıran ve yasal savunma eylemlerinin muhatabının aynı olması gerekmektedir. Muhtemel asimetriyi Divan reddetmektedir. Yasal savunma eylemlerinin muhatabı olarak düzensiz ordulara, silahlı çetelere, teröristlere karşı ülkesinde yeterli mücadele yapamayan devletlerin alınması, devlet dışı aktörlerin bu devletlerin ülkelerini barınak olarak kullanmasına yol açmaktadır. Bu durumun birçok devletin güvenliğini ilgilendirmesi nedeniyle Güvenlik Konseyi'nin BM Şartı'nın VII. bölümüne istinaden önlemler alması söz konusu olmaktadır. Bundan bağımsız olarak devlet dışı aktörlerin silahlı eylemlerine reaksiyon olarak devlet dışı aktörlerle ülkesinde yeterli ölçüde mücadele edemeyen devlete karşı yasal savunma hakkının kullanılması caiz görülmemektedir. Devlete karşı yasal savunma hakkının kullanılmasının gerekli önkoşulu silahlı saldırının devlet tarafından gerçekleştirilmesi veya devlet dışı aktörlerin eylemlerinin devlete normatif olarak yüklenebilmesidir. Bu bağlamda sıkça dile getirilen "unwilling or unable" doktrininin silahlı saldırının "failed State" ile ilişkilendirilmesinde dayanak alınmasının kabul görmediğı ortaya çıkmaktadır⁵². Bir devletin ülkesindeki terör eylemlerini önleme iradesine yahut imkânına sahip olmaması hukuken bu saldırıların otomatik şekilde söz konusu devletin silahlı saldırısı olarak görülmesi sonucunu doğurmamaktadır. Bu tablo BM Şartı'nın 51.madde muvacehesinde saldırının sorumluluğunun bir devlete tahmil edilmesi için tüzel kişi olan devletin devletlerin sorumluluğuna ilişkin uluslararası sekonder hukuk düzenlemelerine göre gerçek kişilerin tasarruflarından sorumlu olmasını gerektirdiğini ortaya koymaktadır⁵³.

BM Şart'ında düzenlenen yasal savunma hakkı primer hukuk teşkil etmektedir. Saldırının bir devlet saldırısı olup olmadığı, sorumluluk hukukundan bağımsız BM Şartı'nın 51.maddesinde yer alan normatif

52 STARSKI Paulina, 471 vd.

53 TSAGOURIAS Nicholas, Self-Defence against Non-State Actors: The Interaction between Self-Defence as a Primary Role and Self-Defence as a Secondary Rule, *LJIL* 29 (2016), 801 vd.



düzenleme ışığında tayin edilir. Yasal savunma bağlamında söz konusu olan normatif düzenleme ve uluslararası sorumluluğun önkoşulu olan klâsik tahmil edilme kriterleri arasında yapılan ayırım Uluslararası Adalet Divanı içtihatına istinat etmektedir. Nikaragua ve Armed Attacks davalarında Uluslararası Adalet Divanı sorumluluğun devlete tahmil edilmesi sorununu devlet dışı aktörlerin eylemlerinden devletlerin sorumluluğu konusu olarak uluslararası yükümlülüklerin ihlâli bağlamında ele almıştır⁵⁴.

Silahlı saldırının devlet menşei olup olmadığı konusunda Uluslararası Adalet Divanı Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun uluslararası sorumluluk sözleşme tasarısına değil, BM Genel Kurulu'nun saldırının tanımı kararında mevcut olan doğrudan ve dolaylı saldırı tanımına istinat etmiştir. Saldırının bir devlet saldırısı olarak kategorize edilmesi için dolaylı saldırıyı ortaya koyan bir kriter ihtiyacı bulunmaktadır. Silahlı saldırının devletle ilişkilendirilmesinde ölçü kabul edilen kriterin kendi ülkesini kontrolden aciz devlet bakımından varlığının iddia edilmesi gerçeklere uygun değildir. Diğer bir ifade ile "Unwilling or Unable" doktrininin ülkesinde etkin kontrolü sağlayamayan "failed State'in", hukuken ehliyetsiz bir devlet olmasına rağmen, silahlı saldırıdan sorumlu kabul edilmesine yol açması mümkündür. Uluslararası Adalet Divanı'nın Armed Attacks davasında verdiği karar ışığında denetim iradesinde eksikliğin dolaylı saldırı olarak kategorize edilmesi mümkün değildir. "Unwilling or Unable" doktrininin tersine Uluslararası Adalet Divanı kararında dolaylı saldırı kriterlerinin saldırıları önleme iradesi olmayan devletlere teşmil edildiği hususunda herhangi bir ipucu bulunmamaktadır. Devlet dışı aktörlere karşı olanaksızlık yahut isteksizlik nedeniyle ortaya çıkan eylemsizlik dolaylı saldırının kabulü bakımından yetersiz kabul edilmektedir. Saldırgan ve yasal savunma eylemlerinin muhatabının simetrik olması gereğinin (yasal savunma eylemlerinin saldırı eylemlerini yapan devletin ülkesine yönelik gerçekleşmesi) dolaylı silahlı saldırılar için yerine getirilmesi, Nikaragua davasında belirlenen kriterler mevcut olmadığı takdirde mümkün değildir. Bu durumdan ancak doğrudan devlet dışı aktörlere yönelik yasal savunma eylemlerinin ayırt edilmesi gerekmektedir. Bu çerçevede saldırgan ve yasal savunma eylemlerinin

54 Nikaragua davasında kontra-gerillaların insani hukuk ihlallerinden ABD'nin uluslararası sorumluluğu karara bağlanmıştır, bkz.: IGH, Cases Concerning Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. USA), Merits, Judgement, 27.06.1986, ICJ Rep. 1986, s.14; Armed Attacks davasında Congo Liberation Movement'in eylemlerinden Uganda'nın sorumluluğu karara bağlanmıştır, bkz.: IGH, Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo Democratic Republic (Congo v. Uganda), EJIL 20 (2009), 377)

muhatapı bakımından simetri gerekliliği korunmaktadır. Bu durum saldırıya uğrayan devletin yasal savunma hakkı ile yasal savunma eylemlerinin gerçekleştiği devletin toprak bütünlüğünün ne şekilde bağdaştırılacağı konusu gibi önemli bir tartışmayı gündeme getirmektedir.

4. Yasal Savunma Eylemlerinin Gerçekleştiği Devletin Toprak Bütünlüğü

a. Onay Verilmesi

Toprak bütünlüğü çağdaş Uluslararası Hukukun en temel normlarından biridir. Devlet dışı aktörlere karşı kullanılan yasal savunma eylemlerinin, bu eylemler ona yönelik olmasa da, bir devletin ülkesinde gerçekleşmesi, bu devletin açık yahut zımnî onayı tartışmasını açmaktadır. Bu çerçevede hukuki dayanak uluslararası sorumluluk sözleşme tasarısının 20.maddesidir⁵⁵. Özellikle açık olarak onay verilmesi durumunda davet üzerine müdahale ile onaya istinaden müdahale arasında sadece marjinal bir farkın bulunduğu açıktır.

b. Rıza Gösterme Yükümlülüğü

Yasal savunma hakkının kullanılmasına esas olacak onayın bulunmaması durumunda “Unwilling or Unable” doktrinine göre ilgili devletin onayı veya rızası olmaksızın da, rıza gösterme mükellefiyetine istinaden askeri eylemlerin gerçekleştirilmesi mümkündür. Rıza gösterme mükellefiyetinin devletlerin toprak bütünlüğü hakkı ile nasıl bağdaştırılacağından bağımsız olarak, “Unwilling or Unable” doktrini muvacehesinde uluslararası teamül hukukunda rıza gösterme yükümlülüğünün kabul görüp görmediğinin açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Bir teamül hukuku normunun oluşup oluşmadığı konusunda Uluslararası Adalet Divanı’nın Kuzey Denizi kıta sahanlığı kararı esas alındığı takdirde özellikle aynı bağlamda çıkarları olan devletlerin söz konusu konuya ilişkin kapsamlı, mütecanis ve sürekli uygulaması gerekliliği karşımıza çıkmaktadır⁵⁶. Rıza gösterme mükellefiyeti bağlamında sadece devlet dışı aktörlerin silahlı saldırısına muhatap olan devletlerin değil, ülkesel bütünlükleri tehlikeye giren devletlerin de uygulamaları önem taşımaktadır. Söz konusu devletlerin yasal savunma hakkına itiraz etmeleri durumunda kapsamlı ve mütecanis

55 bkz.: CRAWFORD James Richard, **State Responsibility** (2013), s.283 vd.;

Suriye’de ve Irak’ta İslam devletine karşı askeri önlemler için onayın rolü için bkz.: BANNELIER-CHRISTAKIS Karine, Military Interventions against ISIL in Iraq, Syria and Libya, and the Legal Bases of Consent, **LJIL** 29 (2016),743(766 vd.)

56 IGH, North Sea Continental Shelf Cases (Germany v. Denmark; Germany v. Netherlands), Judgement, 20.11.1969, ICJ Rep. 1969, s.1 (Rn.74)



bir devlet uygulamasından hareket edilemez. Söz konusu devletlerin itiraz etmemeleri kendileri bakımından kural olarak zımnın rıza gösterdikleri şeklinde yorumlansa da, uluslararası teamül hukuku ışığında genel bir rıza mükellefiyetinin bulunduğunu kanıtlamaz. Yaklaşım farklılıkları ve devletlerin bu çerçevede henüz rıza mükellefiyeti konusunda mütecanis bir uygulamalarının bulunmaması, “Unwilling or Unable” doktrininden rıza mükellefiyetinin istihraç edilmeyeceğini ortaya koymaktadır.

c. Devletlerin Uluslararası Sorumluluğuna İlişkin Sözleşme Tasarısının 21.Maddesi

Yasal savunma hakkı ve toprak bütünlüğü ilişkisi sistematik olarak yasal savunma hakkının iki boyutu muvacehesinde uyumlaştırılmaktadır. Yasal savunma eylemleri sadece bir hakkın kullanılmasına değil, devletlerin uluslararası sorumluluğuna ilişkin sözleşme tasarısının V.bölümüne göre aynı zamanda hukuka aykırılığı ortadan kaldıran koşullara da dayanak oluşturmaktadır. Devletlerin uluslararası sorumluluğuna ilişkin sözleşme tasarısının 21.maddesine göre BM Şartı ile uyumlu olarak alınan yasal savunma önlemleri bakımından hukuka aykırılık iddiası kabul edilemez. BM Şartı'nın orijinal yaklaşımında saldırıya uğrayan devletin saldırı yapan devlete karşı aldığı yasal savunma önlemlerinin hukuka uygunluğu kabul edilmiştir. Yasal savunma eylemlerinin devlet dışı aktörlere karşı kullanılması bağlamında ise ülkesinde yasal savunma eylemlerinin gerçekleştiği devlet, saldıran ve saldırıya uğrayan ilişkisinde üçüncü taraf durumundadır. Devletlerin uluslararası sorumluluğuna ilişkin sözleşmenin üçüncü devletlerin belli koşullara bağlı olarak yasal savunma eylemlerinden etkilenebileceğini kabul eden 21.maddesi söz konusu bu durumda hukuka aykırılığı reddetmektedir.

Devletlerin uluslararası sorumluluğuna ilişkin sözleşme bu bağlamda herşeyden önce ülkesinde devlet dışı aktörlere karşı yasal savunma eylemlerinin gerçekleştirildiği devletlerin toprak bütünlüğü konusunu değil, yasal savunma eylemlerinin tarafsız devletler üzerindeki etkilerini ele almaktadır. Devlet dışı aktörlere karşı uygulanan yasal savunma hakkı bağlamında üçlü bir ilişkinin söz konusu olması nedeniyle devletlerin uluslararası sorumluluğuna ilişkin sözleşmenin 21.maddesinin aynı yaklaşım ışığında yorumlanması konusunda bir tereddüt bulunmamaktadır. BM Şartı'nın 51.maddesinin yasal savunma hakkını prensip olarak devletlerin silahlı saldırıları ile sınırlı tutmadığı esastan hareket edildiği takdirde, devlet dışı aktörlere karşı yapılan yasal savunma eylemlerinden üçüncü taraf durumunda olan devletin toprak bütünlüğünün ihlâli kaçınılmazdır.



Devletlerin uluslararası sorumluluğuna ilişkin sözleşmenin 21. maddesinin devlet dışı aktörlere uyarlanması uluslararası hukukun değişen yapısı ile (Uluslararası Hukukun çok kutupluluğu) açıklanmaktadır. Bunun sonucu olarak sözleşmenin 21.maddesinde öngörülen BM Şartı ile uyumlu olarak alınan önlemlere ilişkin düzenleme saldırıya uğrayan devlet ve devlet dışı aktörler ilişkisinde de geçerli olmaktadır. Bunun sonucu olarak ülkesinde yasal savunma eylemleri gerçekleşen devletin toprak bütünlüğü bağlamında doğan hukuka aykırılık iddialarının mesnedi kalmamaktadır. Devlet dışı aktörlere karşı yasal savunma hakkını kullanan devletin bu eylemlerinde ölçülülük prensibine saygı göstermesi gerekmektedir. Bu çerçevede alınan yasal savunma eylemlerinin 3.taraf durumunda olmakla beraber ülkesinde yasal savunma eylemleri gerçekleşen devlete ve onun kurumlarına zarar vermemesine özen gösterilecektir. Bu bağlamda “unwilling or unable” doktrininde yapılan değerlendirmeler dikkat çekicidir⁵⁷. Buna göre ülkesinde yasal savunma eylemleri gerçekleşen devletin ülkesinden yapılan silahlı saldırıları önlemek durumunda olmadığını veya önlemek istemediğini gösterdiği nispette devlet dışı aktörlere karşı yapılan yasal savunma eylemlerinin, toprak bütünlüğünü ihlâl ettiği iddiası kabul edilmeyecektir. Bu yaklaşım ışığında önleyici yasal savunmanın caiz olmadığı ortaya çıkmaktadır. Bunun ötesinde yasal savunma hakkını kullanan devletin öncelikle ilgili devletin onayını almaya çalışması gerekmektedir. Yasal savunma eylemlerinin süre ve yoğunluğu ölçülülük prensibi kriterleri ışığında değerlendirilecektir. Bu kriterlerin belirlenmesinde sadece devlet dışı aktörlerin oluşturduğu tehdit değil, ilgili devletin toprak bütünlüğü hakkı da dikkate alınacaktır.

Geçerli Uluslararası Hukuk BM Şartı'nın 51.maddesinde düzenlenen yasal savunma hakkının silahlı saldırının normatif olarak bir devlete tahmil edilemediği ve bu nedenle dolaylı silahlı saldırının kabul edilmediği durumlarda devlet dışı aktörlere karşı kullanılmasını kabul etmektedir. Yasal savunma eylemlerinin doğrudan devlet dışı aktörlere yöneltilmesi ülkesinde yasal savunma eylemlerinin gerçekleştiği devlete ve devletin kurumlarına bu eylemlerin yöneltilmemesini gerektirmektedir. Yasal savunma eylemlerinin gerçekleştiği ülke devletin toprak bütünlüğünün ihlâli iddiasının yasal savunma önlemlerinin BM Şartı 51.maddesi muvacehesinde hukuka uygun olduğu, ölçülülük prensibine uygun olduğu nispette kabul edilmesi mümkün değildir. Diğer bir ifade ile hukuka uygun yasal savunma önlemleri, hukuka aykırılık iddialarını geçersiz kılmaktadır.

57 TSAGOURIAS Nicholas, 810



D. Terör Eylemlerine Karşı Yasal Savunma Önlemlerinin Alınması

1. Terör Eylemlerinin Silahlı Saldırı Olarak Kabul Edilmesi

Bir devlete karşı kullanılan kuvvetin ne zaman silahlı saldırı eşiğini aştığı konusu devlet dışı aktörlere karşı yasal savunma hakkının kullanılması bağlamında da tartışmalıdır. Aktüel tartışmalarda öncelikle hangi yoğunlukta bir silahlı saldırının yahut silahlı saldırı tehdidinin bu tür bir yasal savunma hakkını haklı kılacağı konusu gündeme gelmektedir. Özellikle ABD bu çerçevede terör eylemleri şeklinde doğrudan bir silahlı saldırı tehdidini yasal savunma yaklaşımına esas almaktadır⁵⁸. Eşiğin altında kalan kuvvet kullanma eylemlerinin kümülatif değerlendirilerek silahlı saldırı olarak kategorize edilmesi, gizli servislerin verdiği her bilginin terör eylemlerinin hazırlığı olarak mütalaa edilmesine ve bunun sonucu yasal savunma eylemlerine hukuki dayanak oluşturma riski bulunmaktadır.

Uluslararası Adalet Divanı BM Şartı'nın 51.maddesi muvacehesinde kuvvet kullanmanın özellikle ağır olduğu durumlarda silahlı bir saldırıdan söz edilebileceğini, buna karşılık daha az yoğunlukta kuvvet kullanma durumlarında silahlı saldırıdan söz edilemeyeceğini kabul etmiştir⁵⁹. Uluslararası Adalet Divanı'nın kararında kullandığı ifade bununla beraber kuvvet kullanmanın hangi şekillerinin silahlı saldırı eşiğini aşacağını açıklığa kavuşturmamaktadır. Uluslararası Adalet Divanı kuvvet kullanmanın ağır ve hafif şekillerini birbirinden ayıran pozitif kriterler koymak yerine, yasal savunma hakkının kullanılmasına istisna bağlamında konuyu ele almıştır. Bunun sonucu olarak sadece Nikaragua davasında tespit edilen ve Oil Platforms davasında amaçlar bakımından geliştirilen silahlı saldırı kriterleri kapsamı ve etkileri itibariyle ölçü olmaya devam etmektedir⁶⁰.

Diğer bir hareket noktası olarak askeri güç unsuru esas alınmaktadır. Bu unsur kuvvet kullanma yasağı çerçevesinde ekonomik ve siyasi emredici önlemlerden farklı, ayırt edici bir unsur olarak geliştirilmiştir. Askeri olarak silahlı saldırının sadece düzenli ordular tarafından yapılması zorunlu değildir. Düzensiz orduların da, diğer bir ifade ile devlet tarafından kontrol edilmeyen paramiliter yahut İslam devleti gibi

58 PRESTON Stephen W., The Legal Framework for the United States' use of Military Force since 9/11, delivered at Annual Meeting of the **American Society of International Law**, 10.04.2015, <http://www.defense.gov/News/Speeches/Speechview/Article/606662>

59 IGH, Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. USA), Merits, Judgement, 27.06.1986, ICJ Rep. 1986, s.14 (Rn.195)

60 IGH, Case Concerning Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. USA, Judgement, 06.11.2003, ICJ Rep. 2003, s.161 (Rn.64)

quasi-de-facto rejimler tarafından da askeri güç kullanılması mümkündür. Bu tespit ışığında silahlı bir saldırının mevcut olup olmadığı konusunda “Armed attack implies an act (...) of considerable magnitude and intensity (...) which have as their consequence (...) the infliction of substantial destruction upon important elements of the targeted state namely, upon its people, economic and security infrastructure, destruction of aspects of its governmental authority, i.e. to its political independence, as well as damage to or deprivation of physical elements namely, its territory” inceleme yapılması gereklidir⁶¹. BM Şartı’nın 51.maddesinin devlet dışı aktörlerin eylemlerine karşı dayanak kullanılabilmesi kabul edildiği takdirde, terör eylemlerinin de silahlı saldırı olarak nitelendirilmesi mümkündür. Bunun sonucu olarak terör eylemlerinin kuvvet kullanmanın diğer şekilleri gibi yukarıda işaret edilen kriterlere göre silahlı bir saldırı teşkil edip etmediği konusunda bir denetimden geçirilmesi gerekmektedir. Diğer bir ifade ile bu bağlamda terör eylemlerinin askeri bir amaç için araç olarak kullanılıp kullanılmadığının, kapsam ve etkileri bakımından öngörülen gereklilikleri karşılayıp karşılamadığının tespit edilmesi gerekmektedir.

Münferit olarak silahlı saldırı teşkil etmeyen eylemlerin kümülatif değerlendirme sonucu, sadece eylemlerin yoğunluğu dikkate alınarak silahlı saldırı olarak mütalaa edilmesi kabul görmemektedir. Önemli olan daha çok eylemlerin ne ölçüde askeri uyumsuzluğun bir parçası olduğu, bu eylemlerin hangi amaçla yapıldığıdır. Bu çerçevede BM Şartı’nın 1.madde 1.fıkrasında formüle edilen uluslararası barış ve güvenliğin korunması amacının dikkate alınması gerekmektedir. Bu bakış açısı her terör eylemine karşı BM Şartı’nın 51.maddesine istinaden yasal savunma hakkının kullanılmayacağı sonucunu doğurmaktadır. Bunun anlamı kimi terör eylemlerinin doğurduğu tehlikenin yasal savunma hakkına istinat etmeye yetmemesidir. Aynı durum silahlı saldırı yoğunluğunu kazanmamış eylemler ve takip eden başka eylemlerin yapılma riskinin bulunmadığı eylemler bakımından geçerlidir. Her yasal savunma eyleminin uyumsuzluğu tırmandırma riskinin bulunduğu, başka bir kuvvet kullanma eylemine dayanak olabileceğinin göz ardı edilmemesi gerekmektedir.

Bu açıklamalar (somut örnek olarak Paris’te 13.11.2015’de gerçekleşen terör eylemi) “accumulation of events” doktrinine⁶² istinat

61 CONSTANTINOU Avra, *the Rights to Self-Defence under Customary International Law and Article 51 of the UN Charter*, (2000), s.63 vd.

62 silahlı saldırı eşiği altında kalan eylemlerin kümülatif olarak silahlı saldırı eşiğini geçmesi doktrini için bkz.: Heintschel von Heinegg, *Epping/Hillgruben, Beck’scher online Kommentar GG*



edilmesine gerek olmaksızın da terör eylemlerinin silahlı saldırı olarak nitelendirilmesini mümkün kıldığını göstermektedir. Yapılan terör eyleminin profesyonelce koordine edilmesi ve icra edilmesi eylemin askeri niteliğini ortaya koymaktadır. Bataclan tiyatrosunda cereyan eden katliam düzenli orduların eylemlerinden farklı olarak spesifik askeri amaçlarla gerçekleştirilmemiştir. Düzenli ordular açık olarak tanımlanan ve pür askeri amaçlara ulaşmak için eylemler gerçekleştirirken, teröristlerin eylemlerinin bu nitelikte olmadığı görülmektedir. Başka devletlerin ülkelerine silahlı çetelerin gönderilmesi ile ortaya çıkan dolaylı saldırı durumlarında da yasal savunma hakkının kabul edilmesi yasal savunma hakkının düzenli orduların silahlı saldırılarıyla sınırlandırılmadığını göstermektedir.

2. Silahlı Saldırının Muhatabı

İslam devleti terör eylemlerini farklı ülkelerde gerçekleştirmekte yahut yaptırmaktadır. Koalisyon gücünün hangi devletin yasal savunma hakkına istinaden operasyon yaptığı konusu bu çerçevede önemli bir tartışma konusudur. Uluslararası camia hukuken silahlı saldırının hedefi olacak kadar belirli değildir. Terör eylemlerinin yasal savunma hakkını kullanan devlete yahut savunma paktı üyelerine, örneğin NATO üyelerine karşı yapılması gerekmektedir. Savunma paktının üyesi olmayan devletlerde gerçekleştirilen terör eylemleri, NATO üyesi olmamaları nedeniyle NATO anlaşmasının 5.maddesi ışığında yasal savunma hakkının dayanağı olamaz.

3. Yasal Savunma Eylemlerinin Ölçülülüğü

Yasal savunma hakkı silahlı saldırıya uğrayan devlete sınırsız reaksiyon olanağı vermemektedir. Yasal savunma eylemleri ölçülülük prensibine uydukları nispette hukuken caiz olarak kabul edilmektedir⁶³. Ölçülülük prensibinin dayanağı klâsik devletler arası uyumsuzluklardır; dolayısıyla devlet dışı aktöre ve teröristlere karşı kullanılan yasal savunma hakkı bağlamında bu prensibin kayıtsız şartsız uygulanması söz konusu değildir. Klâsik anlamda yasal savunma hakkı silahlı saldırıya uğrayan devlete kendini silahlı saldırıya karşı koruma ve kaybettiği toprakları geri alma imkânı verir. Terör eylemlerinde tipik olan durum bir devlete yönelik sürekli, kesintisiz kuvvet kullanma durumunun olmamasıdır. Terör eylemleri kapsamlı bir uyumsuzluk bağlamında ortaya çıksa da, zamansal ve yer olarak sınırlıdır. Terör eylemleri bunun dışında ex ante önlenemez. Terör eylemlerine karşı yasal savunma bu nedenle gerçekleştirilen eyleme karşı değil, gelecekteki eylemleri önlemeye

63 ARNAULD Andreas von, Rn.1098



matuftur. Gelecekteki terör eylemlerini önlemeye matuf yasal savunma eylemlerinin kural olarak ölçülülük prensibine uymadığı iddiası önyargılı bir iddiadır. Devletlerin silahlı saldırıları bağlamında kullanılan yasal savunma hakkı silahlı saldırı yapan devletin askeri olarak en azından bir süre için eylem yeteneğini kaybetmesi sonucu silahlı saldırı bir süreliğine etkin olarak savuşturulmuş olur. Yabancı bir devletin ülkesine ilhak etme hakkı olmasa da fiziki koşullar belli süreliğine yabancı bir ülkenin işgalini gerektirebilmektedir. Ölçülülük prensibi muvacehesinde hukuka uygun yasal savunma hakkının kullanılması bağlamında yabancı bir ülkenin işgali değil, zamansal olarak bu işgalin uzatılması eleştirilmektedir⁶⁴.

Devletler ve terör eylemlerinin gerisinde bulunan gruplar ve örgütler şüphesiz birbirlerinden önemli bir nokta itibariyle ayrılmaktadır. Yeni bir terör eylemi riskini ortadan kaldırmak için terör eylemi arkasında bulunan örgütün ortadan kaldırılması gerekmektedir. Terör örgütleri devletlerden farklı olarak hukuki bir yapıya sahip değildir. Devletlerin varlığı onlar adına tasarrufta bulunan kişilerin ve kurumların mevcudiyetinden ayrıdır. Komşularına karşı sürekli silahlı saldırı yapan bir devletin politikasını değiştirmesi halinde, bu devletin artık bir tehlike oluşturduğundan söz edilemez. Bu nedenle devletlere karşı kullanılan yasal savunma hakkı onların hukuki varlıklarının sona erdirilmesine matuf değildir. Oysa terör eylemlerinin arkasında bulunan gruplara ve örgütlere yönelik yasal savunma eylemleri bu grupların ve örgütlerin yok edilmesine matuftur. Bu çerçevede özellikle terör örgütünün dezentral olarak farklı devletlerin ülkelerini üs olarak kullanmaları ve Irak-Şam İslam devletinden farklı olarak belli bir bölgede fiili kontrole sahip olmamaları durumunda ölçülülük prensibinin yeniden gündeme getirildiği görülmektedir. Pragmatik olarak bu çerçevede terör eylemleri ve silahlı saldırı arasındaki farka istinat edilmektedir. Terör eylemlerinin ancak kapsamlı etkileri ve amaçları itibariyle silahlı saldırı olarak kategorize edilmesi mümkündür. Terör eylemlerinin doğurduğu tehditler dikkate alınarak gelecekteki saldırıları önleme amacı ile bağlantılı olarak terör örgütlerinin mevcut silahlı saldırılarına karşı BM Şartı'nın 51.maddesi muvacehesinde meşru, diğer bir ifade ile ölçülülük prensibine uygun yasal savunma önlemleri alınabilir. Terör örgütlerine karşı yasal savunma, onları zayıflatacak, silahlı saldırı yapma kabiliyetlerini ortadan kaldıracak önlemlerle gerçekleştirilebilir.

64 GRAY Christine, *International Law and the use of Force*, (3.Aufl.) 2008, s.154vd.



SONUÇ

Uluslararası Hukuk sistemi önemli bir değişim geçirmektedir. Bu değişim herşeyden önce devlet ve devlet dışı aktörlerin ilişkisi ve devletlerin Uluslararası Hukuktaki statüsü bağlamında ortaya çıkmaktadır. Yasal savunma hakkı ile ilgili tartışmalar bu değişimle bağlantılı ortaya çıkan tartışmalardan sadece birisidir. Uluslararası Hukukta görülen bu değişiklikler kural olarak şimdiye dek geçerli çözümlerin de tartışılmasına neden olmaktadır. Bu durum herşeyden önce evrensel nitelikli terörizmle mücadelede ulusal mercilerin klâsik yaklaşımda söz konusu olan koordinasyon ve kooperasyonu yerine Güvenlik Konseyi'nin BM Şartı'nın VII.bölüme istinaden yetki kullanması ve bu bağlamda yasal savunma hakkının kullanılması ile karşımıza çıkmaktadır.

Terörizmle mücadele bağlamında BM Şartı'nın VII.bölümüne ve yasal savunma hakkına istinat edilmesi, herşeyden önce Güvenlik Konseyi'nin yetkilerini genişleterek kullanması yetkilerin meşruiyeti tartışmasına yol açmaktadır⁶⁵. Terörizmle mücadelede yasal savunma hakkının kullanılması ve ağırlıklı olarak askeri önlemler alma yetkisiyle donatılmış Güvenlik Konseyi'nin yetki kullanması Uluslararası Hukuktaki değişimin çarpıcı örneklerini oluşturmaktadır. Uluslararası Hukukun değişen güvenlik yaklaşımına göstereceği reaksiyon söz konusu tartışmaların cevabı olacaktır.

65 KIRSCH Nico, Rn.9



KISALTMALAR:

AJIL	American Journal of International Law
Art.	Artikel (madde)
AVR	Archiv des Völkerrechts
Aufl.	Auflage (bası)
Dissertationsschrift	Doktora tesi
DVBİ	Deutsches Verwaltungsblatt
EJIL	The European Journal of International Law
EUV	Vertrag Über die Europäische Union
Hrsg.	Editör
ICJ	International Court of Justice
IGH	Internationaler Gerichtshof
JuWissBlog	Junge Wissenschaft im öffentlichen Recht
LJIL	Leiden Journal of International Law
MPEPIL	Max Planck Encyclopedia of Public International Law
Rn	Randnummer
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
ZG	Zeitschrift für Gesetzgebung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik



KAYNAKLAR

- ARNAULD Andreas von **Völkerrecht** (2.Aufl. 2014), Rn.1098
- BALEKJIAN Wahe H. **Die Effektivität und die Stellung nichtanerkannter Staaten im Völkerrecht** (1970)
- BANNELIER-CHRISTAKIS Karine **Military Interventions against ISIL in Iraq, Syria and Libya, and the Legal Bases of Consent**, **LJIL 29** (2016)
- BETHLEHEM Daniel **Self-Defence Against an Immanent or Actual Armed Attack by Nonstate Actors**, **AJIL 106** (2012)
- BRANDL Ulrike **Auslegung von Resolutionen des Sicherheitsrats**, **AVR 53** (2015)
- BROWN Chester Art.59; bkz.: Andreas Zimmermann et.al. (Hrsg.) **The Statute of the International Court of Justice – A Commentary** (2.Aufl. 2012), Art.60, Rn.39
- CONSTANTINOU Avra **The Rights to Self-Defence under Customary International Law and Article 51 of the UN Charter**, (2000)
- CORTEN Oliver **The Law against War;: The Prohibition on the Use of Force in Contemporary International Law**, (2010)
- CRAWFORD James Richard **The Creation of States in international Law**, (2.Aufl. 2006)
- CRAWFORD James Richard **State Responsibility** (2013)
- CREMER Hans Joachim **Die Beistandsklausel des EUV**, **Zeitschrift für Gesetzgebung. (ZG)** 2016
- DINSTEIN Yoram **War, Aggression and Self-Defence** (1.Aufl. 1988)
- FINKE Jasper **Funktion und Wirkung der Ausnahme im Recht**, **AÖR 140** (2015)
- FRWEIN Jochen **Das de-facto-Regime im Völkerrecht**, (**Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht**, Bd.46), Köln, Berlin 1968
- GEIß Robin **Failed States-normative Erfassung gescheiterter Staaten, Veröffentlichungen des Walther-Schücking-Instituts für Internationales Recht an der Universität Kiel**, (2005)
- GRAY Christine **International Law and the use of Force**, (3.Aufl.) 2008
- GRZESZICK Bernd **Die Staatsgewalt in der UN Charta zwischen Gewaltverbot und Selbstbestimmungsrecht**, **AVR 41** (2003)
- KAMMERHOFER Joerg **The Resilience of the Restrictive Rules of Self-Defence**, bkz.: Marc Weller (Hrsg.), **The Oxford Handbook on the Use of Force in International Law** (2015)
- KAMMERHOFER Joerg **Armed Activities Case and Non-State Actors in Self-Defence**, **LJIL 20** (2007)



KRISCH Nico Art.39, bkzn.: Simma et.al (Hrsg.), **The Charter of the United Nations: A Commentary**, Vol.II (3.Aufl. 2012)

KLEINLEIN Thomas **Konstitutionalisierung im Völkerrecht**, (2012), s.361; Matthias Knauff, Konstitutionalisierung im inner- und überstaatlichem Recht – Konvergenz oder Divergenz, **ZaöRV** 68 (2008)

KRAJEWSKI Markus Selbstverteidigung gegen bewaffnete Angriffe nicht-staatlicher Organisationen – Der 11.September 2001 und seine Folgen, **AVR** 40 (2002)

KREMSER Holger Der bewaffneter Einsatz der Bundeswehr gegen die Terrororganisation “Islamischer Staat” im Lichte des Staats-Europa- und Völkerrechts, **DVBI** 2016

KUNZ Josef Laurenz Individual and Collective Self-defence in Article 51 of the Charter of the United Nations, **AJIL**, 41 (1947)

MOSLER Hermann Die Erweiterung des Kreises der Völkerrechtssubjekte, **ZaöRV** 22 (1968)

NOLTE Georg/Art.51, bkzn.: Simma et.al (Hrsg.), **The Charter of the United Nations: A Commentary**, Vol.II (3.Aufl. 2012), Rn.50

PETERS Anne Jenseits der Menschenrechte: Die Rechtsstellung des Individuums im Völkerrecht (**Jus Internationale et Europaeum**), (2014)

PRESTON Stephen W. The Legal Framework for the United States’ use of Military Force since 9/11, delivered at Annual Meeting of the **American Society of International Law**, 10.04.2015,

<http://www.defense.gov/News/Speeches/Speechview/Article/606662>).

STARSKI Paulina The Right to Self-Defence, Attribution and Non-State Actor, **ZaöRV** 2015

TAMS Christian J. The Use of Force against Terrorists, **EJIL** 20 (2009)

THIRLWAY Hugh Advisory Opinion, **MPEPIL**, Rn.2

TSAGOURIAS Nicholas Self-Defence against Non-State Actors: The Interaction between Self-Defence as a Primary Role and Self-Defence as a Secondary Rule, **LJIL** 29 (2016)

VERLAGE Christopher Anti-IS-Einsatz in Syrien rechtmäßig, **ZRP** 2016

WALTER Christian Terrorism, bkzn.: **Max Planck Encyclopedia of Public International Law**, Rn.75.

WANDSCHER Christiane **Internationaler Terrorismus und Selbstverteidigungsrecht**, Veröffentlichungen des Walther-Schücking-Instituts für

Internationales Recht an der Universität Kiel,

Taschenbuch – 16. Juni 2006

ALKOLLÜ ARAÇ KULLANIMI NEDENİYLE SÜRÜCÜ BELGESİNE GEÇİCİ SÜRELİ EL KONULMASI İŞLEMLERİ ÜZERİNE BİR İNCELEME

*(An Analysis On The Provisions Of Temporary Termination Of The Drive
Document Because Of Driver For Vehicles With Alcohol)*

Doç. Dr. Mustafa AVCI¹
Dr. Hüseyin BİLGİN²

ÖZ

Kişilerin can ve mal güvenliği için trafik kurallarına uyması gerekir. Ülkemizde bu trafik kuralları Karayolları Trafik Kanunu ve Karayolları Trafik Yönetmeliğinde düzenlenmiştir. Anılan kurallarında bir tanesi de alkollü olarak araç kullanma yasağıdır. Bu yasal düzenlemelere uymayan kişilere idari para cezası verilmesi yanında sürücü belgelerine de geçici olarak el konulmaktadır. Kişilerin alkollü olduğunu tespit edecek olan kişiler trafik polisleri ve bu konuda yetkili olan diğer kolluk güçleridir. Kanunda belirtilen oranların üstünde vücudunda alkol bulunan kişiler haklarında tesis edilen işlemlere karşı yargı yoluna başvurma hakkına sahiptir. Çalışmamızda yargı kararlarından hareketle ilgili Kanun ve Yönetmelik hükümleri izah edilmiştir. Ayrıca uygulamada ortaya çıkan durumlara ilişkin tespitlere yer verilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Alkolmetre, Sürücü Belgesi, Karayolları Trafik Kanunu, Danıştay, idari para cezası

ABSTRACT

Persons must comply with traffic rules for safety of life and property. In our country, these traffic rules are regulated by the Highways Traffic Code and the Highways Traffic Regulation. One of the rules in question is the prohibition of driving in alcohol. Persons who do not comply with this law shall be imposed administrative fines and their driver's licenses are temporarily seized. Persons who will find out that the persons are alcoholic are traffic police and other law enforcement officials who are competent in this regard. People who have alcohol on their body above the rates stated in the law have the right to appeal to the proceedings against the procedures established. In our study, the provisions of the Law

1 Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Başkanı

2 Konya Bölge İdare Mahkemesi 2. İdari Dava Dairesi Üyesi

and Regulation related to the action of the judicial decisions are explained. In addition, determinations related to the situations occurring in practice are included.

Keywords : Alcohol Meter, Driving License, Traffic Law, Council of State, administrative fine.

GİRİŞ

Alkollü araç kullanma ülkemizdeki trafik kazalarının en önemli sebeplerinden birisi olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu nedenle alkollü araç kullanmanın önüne geçmek amacıyla çeşitli önlemler alınmak istemiştir. 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununun “Trafik Kuralları” başlıklı altıncı kısmının “Genel Kuralları” düzenleyen birinci bölümünün 48. maddesinde³ “Alkol, uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin etkisi altında araç süre yasağı” başlığı altında alkollü araç kullanma yasağı ile buna ilişkin kurallara yer verilmiştir. Anılan madde dışında Karayolları Trafik Yönetmeliğinin “Trafik Kuralları” başlıklı altıncı kısmının “Uyuşturucu ve Keyif Verici Maddeler ile Alkollü İçkilerin Etkisiyle Araç Sürme Yasağı” başlıklı ikinci bölümünün 97. maddesinde⁴ konuya ilişkin ayrıntılı düzenlemeler getirilmiştir.

Karayolları Trafik Kanunu’nun yukarıda bahsi geçen “Alkol, Uyuşturucu veya Uyarıcı Maddelerin Etkisi Altında Araç Sürme Yasağı” başlıklı maddesiyle getirilen düzenleme ile amaçlanan; sürücülerin alkollü veya uyuşturucu madde almış olarak trafiğe çıkmalarını önlemek, bu amaçla gerekli tedbirlerin alınmasını temin etmek, yasağa aykırı hareket edenler hakkında yine Kanunla belirlenen yaptırımların uygulanmasını sağlamaktır⁵.

Çalışmamızda Kanun ve Yönetmeliğin ilgili hükümleri esas alınarak bu konudaki düzenlemelere ve anılan düzenlemelerin uygulanmasına ilişkin idari yargıya yansıyan olaylar esas alınmıştır. Sırasıyla alkollü olarak araç kullanmaya ilişkin tespitin ne şekilde kimin tarafından yapılacağı, yapılan bu tespitin geçerli olması için gerekli koşullara, alkollü araç kullananlara uygulanacak idari yaptırımların neler olduğu ve bu yaptırımların ne şekilde sona ereceği hususlarına yer verilmiştir.

I. İZİN VERİLEN ALKOL MİKTARI

Alkollü olarak araç kullanma nedeniyle kişilerin kendilerinin ve üçüncü kişilerin can ve mal güvenliği tehlikeye düşürüleceği için Kanun

3 13.10.1983 günlü kabul tarihli 18.10.1983 gün ve 18195 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan

4 18.07.1997 gün ve 23053 sayılı mükerrer Resmi Gazetede yayımlanan

5 D.15.D, 05/02/2016, E.2015/9217, K.2016/612 sayılı kararı



koyucu alkollü olarak araç kullanılmasını kesin olarak yasaklamıştır. Buradaki yasak mutlak bir yasak olmakla birlikte kişinin vücudundaki alkol miktarının belirli bir miktarın altında olması halinde ise bu kişileri cezalandırmama yoluna gidilmiştir. Bir başka ifadeyle ilgili mevzuat hükümlerinde belirtilen sınırların üzerinde vücutta alkol miktarı tespit edilmesi halinde yine mevzuatta düzenlenen idari yaptırımlar uygulanacaktır.

Buna göre, kural olarak, alkollü olan sürücülerin karayolunda araç kullanmaları yasaktır⁶ (m.48/1). Ancak, kanun koyucu vücudunda belli bir oranda (mevzuatta düzenlenen oranın altında) alkol bulunan sürücülerin alkol kullanmasına cezasızlık sebebi sayarak belirlenen miktar/oranda alkollü olunmasına da izin vermiştir. Burada, alkol ölçümü yapılan sürücülerin kullandıkları otomobillerin türüne göre de bir ayrıma gidilerek hususi (özel) araç sürücülerini ile ticari araç sürücülerinin alkollü olarak araç kullanabilecekleri miktarlar ayrı ayrı hem Kanun metninde hem de Yönetmelik hükmünde belirtilmiştir.

A. Hususi (Özel) Araçlarda İzin Verilen Alkol Miktarı

Trafik tescil kayıtlarında hususi olarak kaydedilmiş olan ve herhangi bir ticari faaliyette kullanılmayan araçlarda yapılan ölçüm sonucunda 0,50 promilin üzerinde alkollü araç kullandığı tespit edilen araç sürücülerine maddede düzenlenen idari para cezası ile idari yaptırım uygulanacaktır⁷ (m.48/5).

B. Ticari Araçlarda İzin Verilen Alkol Miktarı

Hususi araçlar dışında kullanılan diğer araçlarda ise vücutta bulunması gereken alkol miktarının alt sınırı 0,50 promil yerine 0.21 promil olarak belirlenmiştir⁸. Ticari araç olarak kullanılan araçlara ait ruhsatlarında

6 Kanlarındaki alkol miktarı 0,50 promilin üzerinde olan hususi otomobil sürücülerini ve kanlarındaki alkol miktarı 0.20 promilin üstünde olan diğer araç sürücülerinin araç sürmeleri yasaktır (Yönetmelik m.97/1).

7 *Olay günü saat 21.55 sıralarında meydana gelen maddi hasarlı trafik kazası sonrasında saat 00:47'de alkolmetre cihazı ile yapılan alkol muayenesinde davacının 0,36 promil alkollü olduğunun tespit edildiği, kazanın meydana geldiği saat ile ölçümün yapıldığı saat arasındaki zaman farkı ve kandaki alkol oranının saatte ortalama 0,15 promil azalabildiği yönündeki bilimsel açıklama göz önüne alındığında, davacının kazanın meydana geldiği saat 21.55'de 0,81 promil alkollü olduğu sonucuna ulaşıldığı, sonuçta davacının kaza anında yasal sınırın üzerinde alkollü olduğu gerekçesiyle dava konusu işlemlerin tesis edilmesinde hukuka aykırılık bulunmamakta olup, bundan bahisle uyumsuzluk konusu olayda davanın reddine karar verilmesi gerekirken, aksi yöndeki İdare Mahkemesi kararında hukuka uyarlık görülmediği hakkında D.15.D, 27/10/2015, E.2015/3110, K.2015/6763 sayılı kararı.*

8 *Trafik Ekipleri Amirliğince 01.01.2017 tarihinde yapılan trafik denetiminde, ... plakalı aracı kullanan davacının alkolölçer ile yapılan alkol kontrolünde yasal sınırın üzerinde alkollü olarak araç kullandığı iddiasıyla 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 48/5. maddesi uyarınca*



hususî (özel) araç ibaresi yer almamaktadır. Kamyon, kamyonet, taksi, dolmuş, otobüs, minibüs vb ticari araç sürücülerin yapmış oldukları faaliyetler nedeniyle hususî araç sürücülerine göre daha dikkatli davranması ve alkol alımı konusunda kendilerini daha da kısıtlaması amaçlanmıştır⁹.

sürücü belgesinin altı ay süreyle geri alınmasına dair 01.01.2017 günlü ve 325518 sayılı işlem ile aynı madde uyarınca davacıya 876,00-TL idari para cezası verilmesine ilişkin 01.01.2017 günlü ve 443749 sayılı işlemin iptali istemiyle açılan davada; cinsi minibüs olmasına rağmen kullanım amacı "hususî" olarak tescil edilen aracın bir ticari işletme aktifinde kayıtlı olduğu ya da ticari amaçla kullanıldığı tespit edilmeden sırf minibüs olmasından dolayı ticari araçlar için uygulanması gereken mevzuat esas alınarak tesis edilen dava konusu işlemlerde hukuka uygunluk bulunmadığı gerekçesiyle iptaline ilişkin İstanbul 7. İdare Mahkemesi'nce verilen 27/11/2017 tarih ve E:2017/89, K:2017/2226 sayılı kararına karşı yapılan istinaf başvurusunun reddi kararı İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 8. İdare Dava Dairesi, 30/05/2018, E.2018/752, K.2018/1004 sayılı kararı; olay günü saat 23:10'da alkolmetre cihazı ile yapılan alkol muayenesinde davacının 1,52 promil alkollü olduğunun tespit edildiği, daha sonra polis tarafından götürüldüğü ... Yüksek İhtisas Hastanesi'nde yaptırılmış olan alkol muayenesi sonucunda saat 23:35 itibarı ile 0.25 promil alkollü olduğunun tespit edildiği, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununun yukarıda bahsi geçen 48. maddesinde hususî otomobil sürücülerini için promil sınırının 0,50 olarak belirtildiği, anılan maddeye göre hususî otomobil dışındaki araçları alkollü olarak kullanan sürücüler bakımından ise promil alt sınırının 0.21 olarak uygulanacağı, davacıya ait aracın da 'hususî otomobil' sınıfı dışında 'minibüs' olduğu ve bu nedenle de promil alt sınırının 0.21 olarak uygulanması gerektiği, iki ölçüm sonucunda tespit edilen alkol miktarlarında farklılık olsa da davacının her iki ölçümde de yasal sınırın üzerinde alkollü olduğunun açık olduğu görülmekte ve sonuçta davacının yasal sınırın üzerinde alkollü olduğu gerekçesiyle dava konusu işlemin tesis edilmesinde hukuka aykırılık bulunmamakta olup, bundan bahisle uyuşmazlık konusu olayda davanın reddine karar verilmesi gerekirken, aksi yöndeki İdare Mahkemesi kararında hukuka uyarlık görülmediği hakkında D.15.D, 27/10/2015, E.2015/3192, K.2015/6760 sayılı kararı.

- 9) Kamyon sürücüsü davacının teknik cihaz kullanılarak saat 21.12' de yapılan alkol kontrolünde 0,26 promil alkollü olduğunun tespit edildiği, ölçümü müteakip davacının ... Devlet Hastanesinde saat 22.57'de yapılan muayenesinde 0 promil alkollü olduğunun belirtildiği, iki ölçüm arasında 1 saat 45 dakikalık zaman farkı bulunduğu, Adli Tıp Kurumu Ankara Grup Başkanlığı'nın yukarıda bahsi geçen yazısı çerçevesinde iki ölçüm arasındaki 1 saat 45 dakikalık zaman farkına tekabül eden promil miktarı (yaklaşık 0,27 promil) gözönüne alındığında davacının kanındaki alkol oranının ikinci ölçümde 0 promile düşmesinin bilimsel olarak mümkün olabileceği, dosya kapsamında mevcut bilgi ve belgelerin trafik ekiplerince yapılan ilk ölçümün sonucunu sakatlayıcı nitelikte olmadığı ve kollukça yapılan ilk tespit sonucunun sağlıklı olduğunun kabulünün gerektiği, davacının hususî otomobil sınıfı dışındaki araçlar için belirlenen yasal sınırın (0,20 promil) üzerinde alkollü olduğunun kabulünün zorunlu olduğu görülmekte olup, bundan bahisle uyuşmazlık konusu olayda davanın reddine karar verilmesi gerekirken, aksi yöndeki İdare Mahkemesi kararında hukuka uyarlık görülmediği hakkında D.15.D, 11/11/2015, E.2015/2762, K.2015/7409 sayılı kararı. Danıştay'ın bu karara katılma imkânı bulunmamaktadır. Zira kişi alkol almaya her zaman alkol oranı sıfır olarak çıkabilecektir ki bu durum hiç alkol almayan kişilerinde bu şekilde yaptırma maruz kalması sonucuna yol açabilecektir. Görevli polis memurlarınca 04.04.2015 tarihinde yapılan trafik denetiminde, açık kasa kamyonet cinsi araç kullanan davacıya yapılan alkol kontrolünde, davacının saat 23:45'te alkolmetre ile yapılan ölçümde 0,22 promil alkollü olduğunun tespit edildiği, bu tespit üzerine hususî otomobil dışındaki araçlar bakımından yasal sınır olan 0,21 promilin üzerinde alkollü olarak araç kullandığından ve beş yıl içerisinde ikinci



II. VÜCUTTAKİ ALKOL MİKTARININ TESPİT YOLLARI

Kişinin alkollü araç kullanıp kullanmadığının tespiti bu konuda görevlendirilen kolluk kuvvetlerince buna özgü teknik cihazlarla yapılacaktır (m.48/2). Görevli ve yetkili kolluk güçlerince araç sürücüleri her zaman alkol kontrolüne tabi tutulabilirler (Yönetmelik m.97/2).

Bir kişinin yaralı veya ölümlü ya da kolluk kuvvetlerince müdahil olunan maddi hasarlı trafik kazasına karışması halinde alkol ölçümü yapılması zorunludur¹⁰ (m.48/3-c.1).

Alkol ölçümü teknik bir cihaz ile yapılmaktadır. "Alkolmetre" olarak ifade edilen bu teknik cihaza sürücü tarafından üflenerek gerekli ölçüm işlemi gerçekleştirilmektedir¹¹. Anılan ölçüm işlemine ilgili kişinin itiraz

kez alkollü iken araç kullandığından bahisle 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 48. maddesinin 5. fıkrası uyarınca sürücü belgesinin iki yıl süreyle geri alınmasına ve davacıya idari para cezası verilmesine ilişkin işlemlerin tesis edildiği, anılan işlemin iptali istemiyle açılan davada, davacının hususi otomobil olmayan ve 0,21 promil ve üzerinde alkol oranıyla kullanılmayacak araçlardan olan aracı 0,22 promil alkollü olarak kullandığı cihaza ait seri numarasını gösterir, kalibrasyon ayarı yapılmış teknik cihaz ile tespit edildiğinden, davacı hakkında tesis edilen işlemlerde hukuka aykırılık bulunmadığı hakkında D.15.D, 10/10/2017, E.2015/5153, K.2017/5391 sayılı kararı.

- 10 Olay günü davacının sevk ve idaresinde bulunan aracın başka bir araca arkadan çarpması sonucu meydana gelen yaralı ve maddi hasarlı trafik kazası sonucunda davacının sevk edildiği ... Hastanesi acil servisinde yapılan ilk muayenesinden sonra alkol testine tabi tutulmasına imkan vermeden hastaneden izinsiz olarak ayrıldığı ve bu hususun da davacı tarafından kabul edildiği, müteakip süreçte davacı hakkında tanzim edilen doktor raporunda, davacının; "**acil servisten izinsiz olarak ayrıldığı, klinik olarak da alkollü olduğunun**" belirtildiği, bu suretle 2918 sayılı Kanunun yukarıda bahsi geçen 48. maddesinde belirtilen uyuşturucu, uyarıcı madde ya da alkol tespitinin yapılmış olduğu, söz konusu raporun uyumsuzluk kapsamında hukuki anlamda delil olarak değerlendirilmesinin ve davacının yasal sınırın üzerinde de alkollü olarak kabulünün zorunlu olduğu ve dava konusu işlemlerde hukuka aykırılık bulunmadığı görülmekte olup, bundan bahisle uyumsuzluk konusu olayda davanın reddine karar verilmesi gerekirken, aksi yöndeki İdare Mahkemesi kararında hukuka uyarlık görülmediği hakkında D.15.D., 04.11.2015, E.2015/4664, K.2015/6880 sayılı kararı; Davacının sevk ve idaresindeki aracı ile karıştığı adli vaka akabinde trafik kazası sonrasında tedavi için başvurduğu ... Hastanesinde düzenlenen muayene raporunda yer alan "**Alkolmetreyi üflemedi. Nefeste alkol kokusu var. Alkol oranı yüksektir.**" biçimindeki doktor kanaati göz önüne alındığında davacının yasal sınırın üzerinde alkollü olduğunun kabulü gerektiği anlaşılmış olup, bundan bahisle uyumsuzluk konusu olayda davanın reddine karar verilmesi gerekirken, aksi yöndeki İdare Mahkemesi kararında hukuka uyarlık görülmediği hakkında D.15.D, E.2015/3635, K.2015/6367 sayılı kararı.
- 11 Davacının yaralanmalı, ölümlü veya kollukça müdahil olunan maddi hasarlı trafik kazasına karışmadığı açık olduğundan ve alkolmetre ile yapılan ölçümde 0.90 promil alkollü olduğu tespit edildiğinden dava konusu işlemlerde hukuka aykırılık, davacının mevzuat uyarınca en yakın sağlık kuruluşuna götürülerek alkol muayenesi yaptırılması gerekirken bu usule uyulmaksızın işlem tesis edildiği gerekçesiyle dava konusu işlemleri iptal eden ve davacının ödediği meblağın davacıya iade edilmesine yönelik verilen kararda hukuki isabet bulunmadığı hakkında D.15.D, 21/10/2014, E.2014/4035, K.2014/7286 sayılı kararı.

etmesi veya alkolmetre cihazı ile ölçüm yapılmasına izin vermemesi halinde¹², araç sürücüsü olan kişi en yakın Adli Tıp Kurumu'na veya adli tabipliğe ya da Sağlık Bakanlığı'na bağlı bir sağlık kuruluşuna götürülecektir (m.48/3-c.2-). Bu kişilerden götürüldüğü sağlık kuruluşlarında kan örneği alınarak kanındaki alkol miktarı ölçümü yapılacak ve çıkan sonuca göre hakkında işlem tesis edilecektir¹³. Danıştay İdari Dava Daireleri konuya ilişkin bir kararında, *doktor tarafından alkolmetre cihazını üfleme reddeden kişi hakkında koklama ve hareketlerine bakılarak alkollü olduğu yönünde hazırlanan rapora dayalı olarak tesis edilen işlemi hukuka aykırı bularak iptaline karar vermiştir*¹⁴. Sağlık kurumuna götürülen bu kişiler hakkında 5271 sayılı

- 12 *Olay günü davacının otomobilinin ön kısmına başka bir kamyon sürücüsünün kamyonu ile çarptığı, davacı ile yaşanan tartışma sonrasında şoförün durmayarak olay mahallini terk ettiği ve olay yerine yakın yerde bulunan polis karakoluna gittiği, sonrasında davacı tarafından (155) polis imdat hattı aranılarak durumun bildirildiği ve akabinde olay yerine gelen polis ekibinin kamyon sürücüsünün de karakolda olduğunu söylediği ve davacının da polis aracı ile karakola davet edildiği, davacının polis aracı ile değil de kendi aracı ile 'alkollü' olarak karakola geldiği ve karakolda kamyon sürücüsü ile tartıştığı ve aralarında 'hakaret' suçundan dolayı adli işlem tesis edildiği, davacının aracında işlem tesisini gerektiren maddi hasar bulunmadığı ve sadece plakasında çatlak olduğu hususunun karakolda görevlilerce tutanak altına alındığı, ayrıca davacının da aracında maddi hasar bulunduğu ilişkin herhangi bir şikâyet veya başvurusunun bulunmadığı görülmekte olup, davacının kamyon şoförü ile tartışmasını müteakip 155 polis imdat hattını aradığı sabit olmakla birlikte aracında işlem tesisini gerektiren herhangi bir maddi hasar bulunmadığı hususunun görevlilerce tutanak altına alındığı ve davacının bu yönde herhangi bir iddia ve başvurusunun da olmadığı, karakolda davacı ile kamyon şoförü arasında hakaret suçundan dolayı işlem tesis edildiği, olay yerine intikal eden polis ekiplerince polis aracı ile karakola götürülmesi teklif edilmesine rağmen kendi arabası ile karakola gittiği, karakola kendi aracı ile gelen davacının 'alkollü' olduğunun polis, mağdur ve tanık ifadelerinde belirtildiği, davacının sürücü olduğu ve alkollü olduğu şüphesi üzerine alkolmetre ile yapılmak istenilen alkol kontrolüne izin vermediği gerekçesiyle dava konusu işlemlerin tesis edildiği görülmekte olup, bundan bahisle tesis edilen işlemlerde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmesi gerekirken aksi yöndeki kararda hukuka uyarlık görülmediği hakkında D.15.D, 27.10.2015, E.2015/4574, K.2015/6737 sayılı kararı.*
- 13 *Davacının sevk ve idaresindeki ... plakalı araç ile seyir halinde iken, meydana gelen tek taraflı maddi hasarlı trafik kazasında, olay yerine gelen trafik ekibince, alkolmetre cihazını üfleme reddeden davacının, 2918 sayılı Kanununun 48. maddesinin 3. fıkrası hükmü uyarınca kollukça en yakın Adli Tıp Kurumu'na veya adli tabipliğe veya Sağlık Bakanlığına bağlı sağlık kuruluşlarına götürülerek uyuşturucu veya uyarıcı madde ya da alkol tespitinde kullanılmak üzere vücutlarından kan, tükürük veya idrar gibi örneklerin alınmasını sağlaması gerekirken, bu hükmün gerekleri yapılmaksızın davacının alkolmetre cihazını üflememesi nedeniyle 2918 sayılı Kanununun 48. maddesinin 9. fıkrası hükmü uyarınca sürücü belgesinin iki yıl süre ile geri alınmasına ilişkin işlemlerde hukuka uyarlık bulunmadığı hakkında İzmir Bölge İdare Mahkemesi 5. İdare Dava Dairesi, 28/03/2017, E.2017/381, K.2017/489 sayılı kararı.*
- 14 *2918 sayılı Kanun'un 48. maddesinde, alkollü araç kullanma ve kollukça teknik cihazlar kullanılmasını kabul etmeme fiilleri, ayrı ayrı ceza gerektiren fiiller olarak düzenlenmiştir. Ceza hukukunda, aynı somut ya da soyut olgular nedeniyle failin cezasının haksız yere ikinci kez artırılması ya da indirilmesi yasağı ifade eden mükerrer değerlendirme yasağı kapsamında konu değerlendirildiğinde, her iki fiilin birbirinden bağımsız fiiller olduğu ve her bir fiil için Kanun'da farklı cezalar öngörüldüğü görülmekte olup, sürücülerin alkollü araç kullanma ve kollukça teknik cihazlar kullanılmasını kabul etmeme fiillerini işlemeleri durumunda bu fiiller*



Ceza Muhakemeleri Kanunu'nun 75. maddesinde düzenlenen “Şüpheli veya sanığın beden muayenesi ve vücudundan örnek alınması” hükümleri beşinci fıkrası hariç olmak üzere uygulanacaktır¹⁵.

Danıştay'a göre, kişinin alkollü araç kullandığının her türlü şüpheden uzak kesin ve net olarak ortaya konulması gerekmektedir. Buna göre, *hususî otomobil sürücüsü davacının teknik cihaz kullanılarak yapılan alkol kontrolünde 1,65 promil alkollü olduğunun tespit edildiği ve dava konusu işlemlerin tesis edildiği görülmekle birlikte, arabada iki kişinin bulunması ve davacının “aracı kendisinin kullanmadığını” iddia etmesi, çarpılan aracın sahibi ve diğer görgü tanıklarının ifadelerinde arabayı kimin kullandığını net olarak ifade edememeleri, dosyadaki bilgi ve belgeler bir bütün halinde değerlendirildiğinde de davacının arabayı kullandığı hususunun her türlü şüpheden uzak bir şekilde ortaya konulamaması hususları göz önüne alındığında, davacının alkollü olarak araç kullandığı gerekçesiyle tesis edilen işlemlerin iptaline karar verilmesi gerekirken, aksi yöndeki Mahkeme kararında hukuka uyarlık bulunmamaktadır¹⁶. Aynı şekilde, Danıştay, idare mahkemesince davacının aracın sürücüsü olduğuna dair bilgi ve belgelerin istenildiği halde herhangi bir bilgi ve*

için öngörülen cezalar ile cezalandırılmaları, mükerrer değerlendirme yasağı kapsamında değerlendirilemeyeceğinden, sürücülerin hastaneye sevk edilmesi halinde sağlık kuruluşunda da ölçümlerin teknik cihaz veya kan yoluyla yapılması gerekmekte olup, mevzuatta öngörülmemeyen koklama yönteminin kullanılması suretiyle kaç promil alkol oranına denk geldiği anlaşılamayan ve bu kapsamda alkollü olarak araç kullanma nedeniyle yasada öngörülen idari yaptırımlara dayanak yapılmasına olanak bulunmayan, genel adli muayene sonucu düzenlenen doktor raporuna dayalı olarak, davacının beş yıl süreyle sürücü belgesinin geri alınmasına ve para cezası ile cezalandırılmasına ilişkin dava konusu işlemlerde hukuka uyarlık görülmemiştir. DİDDK, 16/01/2017, E.2016/4527, K.2017/18 sayılı kararı.

- 15 Şüpheli veya sanığın beden muayenesi ve vücudundan örnek alınması : (1) Bir suçla ilişkin delil elde etmek için şüpheli veya sanık üzerinde iç beden muayenesi yapılabilmesine ya da vücuttan kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınabilmesine; Cumhuriyet savcısı veya mağdurun istemiyle ya da re'sen hâkim veya mahkeme, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilebilir. Cumhuriyet savcısının kararı, yirmi dört saat içinde hâkim veya mahkemenin onayına sunulur. Hâkim veya mahkeme, yirmi dört saat içinde kararını verir. Onaylanmayan kararlar hükümsüz kalır ve elde edilen deliller kullanılamaz. (2) İç beden muayenesi yapılabilmesi veya vücuttan kan veya benzeri biyolojik örnekler alınabilmesi için müdahalenin, kişinin sağlığına zarar verme tehlikesinin bulunmaması gerekir. (3) İç beden muayenesi veya vücuttan kan veya benzeri biyolojik örnekler alınması, ancak tabip veya sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi tarafından yapılabilir. (4) Cinsel organlar veya anüs bölgesinde yapılan muayene de iç beden muayenesi sayılır. (5) Üst sınırı iki yıldan daha az hapis cezasını gerektiren suçlarda, kişi üzerinde iç beden muayenesi yapılamaz; kişiden kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınmaz. (6) Bu madde gereğince alınacak hâkim veya mahkeme kararlarına itiraz edilebilir. (7) Özel kanunlardaki alkol muayenesine ve kan örneği alınmasına ilişkin hükümler saklıdır (5271 SK m.75).

- 16 D.15.D, 21/11/2016, E.2016/1082, K.2016/5575 sayılı kararı.

belge sunulmadığının görüldüğü, bu durumda objektif değerlendirmeye meydan verecek şekilde tespit yapılmadan, eksik tespite dayalı olarak tesis edilen işlemlerde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemlerin iptaline karar verilen dosyada, kişinin alkollü araç kullandığının ve vücudundaki alkol miktarının yasadaki belirtilen orandan fazla çıkması halinde sürücü belgesine geçici olarak el konulabileceğine hükmederken *dava dosyasında yer alan bilgi ve belgeler değerlendirildiğinde; olay günü kaza sonrasında alınan ifadelerde davacının araç sürücüsü olduğunun kesin bir dille belirtilmiş olduğu, olay sonrasında düzenlenen Kaza Tespit Tutanağında davacının araç sürücüsü olarak yer aldığı, olayda yaralanan davacının kaldırıldığı hastanede yapılan muayenesinde 0,80 promil alkollü olduğunun tespit edildiği, aracı kullanan kişinin davacı olduğu ve olay anında yasal sınırın üzerinde (0,50 promil) alkollü olduğunun anlaşıldığından, uyuşmazlık konusu olayda davanın reddine karar verilmesi gerekirken, aksi yöndeki Mahkeme kararında hukuka uyarlık görmemiştir*¹⁷.

Trafik kazası sonucunda kişinin ölmesi veya teknik cihaz olan alkolmetreyi üfleyemeyecek kadar ağır yaralı olması durumunda, bu kişilerden de kan örneği alınarak kandaki alkol oranı tespit edilecektir¹⁸.

17 D.15.D, 23/12/2015, E.2015/9002, K.2015/9125 sayılı kararı; İdare Mahkemesince; «davacının arkadaşının aracı kendisinin kullandığı yönünde emniyette ve savcılıkta ifade verdiği hususu da göz önünde bulundurulduğunda davacının kaza anında araç kullandığının, dolayısıyla alkollü olarak araç kullandığı hususunun tereddütten uzak bir biçimde ortaya konulmadığı, bu durumda, davacının yasal sınırın üzerinde alkollü araç kullandığından bahisle sürücü belgesinin geri alınmasına ilişkin işlem ile idari para cezası verilmesine ilişkin işlemde hukuka uygunluk bulunmadığı” gerekçesiyle dava konusu işlemlerin iptaline karar verilmişse de, dava dosyasında yer alan bilgi ve belgeler değerlendirildiğinde; olay günü kaza sonrasında davacının aracı dışında baygın olarak bulunduğu ve yanında başkaca bir kişiye rastlanılmadığı hususlarının sağlık görevlilerince, görgü tanıklarınca ve olaya müdahale eden trafik görevlilerince tutanak altına alınmış olduğu, olay sonrasında düzenlenen Kaza Tespit Tutanağında davacının araç sürücüsü olarak yer aldığı, olayda yaralanan davacının kaldırıldığı hastanede yapılan muayenesinde 2,31 promil alkollü olduğunun tespit edildiği, aracı kullanan kişinin davacı olduğu ve olay anında yasal sınırın üzerinde (0,50 promil) alkollü olduğunun anlaşıldığı görülmekte olup, bundan bahisle uyuşmazlık konusu olayda davanın reddine karar verilmesi gerekirken, aksi yöndeki İdare Mahkemesi kararında hukuka uyarlık görülmediği hakkında D.15.D, 23/12/2015, E.2015/8752, K.2015/9124 sayılı kararı.

18 2918 sayılı Kanununun 48. maddesinde; “kişinin yaralanmalı veya ölümlü ya da kollukça müdahil olunan maddi hasarlı trafik kazasına karışması hâlinde ikinci fıkrada belirtilen muayeneye tabi tutulmasının zorunlu olduğu, teknik cihaz ile yapılan ölçüme itiraz eden veya bu cihaz ile ölçüm yapılmasına müsaade etmeyen bu sürücülerin en yakın adli tıp kurumuna veya adli tabipliğe veya Sağlık Bakanlığı’na bağlı sağlık kuruluşlarına götürülerek uyuşturucu veya uyarıcı madde ya da alkol tespitinde kullanılmak üzere vücutlarından kan, tükürük veya idrar gibi örnekler alınacağı” hüküm altına alınmış ise de, bu usulün teknik cihaz ile yapılan ölçüme itiraz edilmesi veya bu cihaz ile ölçüm yapılmasına müsaade edilmemesi halinde geçerli olduğu, uyuşmazlık konusu olayda ise; kaza sonrası davacının hastaneye kaldırıldığı, burada ölçüm yapılmasına müsaade etmediği ve hastaneden ayrıldığı, daha sonra hastaneye geri gelerek alkolmetre ile ölçüm yaptırdığı ve olaydan yaklaşık 3 saat sonra yapılan ölçümde bile yasal sınırın üzerinde 0,64

Yaralanma ve ölümle sonuçlanan kazalar ya da trafik görevlilerince el konulan maddi hasarlı trafik kazasına karışan sürücülerin alkol oranlarının tespitinde uygulanacak olan usul ve esaslar Yönetmelikte düzenlenmiştir (Yönetmelik m.97/5). Burada kandaki alkol oranının tespitinde öncelikli olarak alkolmetre cihazı kullanılacaktır¹⁹. Ancak, ilgili araç sürücülerinin alkolmetre cihazı ile ölçüme izin vermemesi halinde 2918 sayılı Kanununun 48/9 maddesi uyarınca idari para cezası ve iki yıl süreyle sürücü belgesine el konulması cezası verilecektir (m.97/5-a,b)²⁰. Ayrıca bu kişiler Cumhuriyet Savcılığına bilgi verilmek suretiyle en yakın sağlık kuruluşuna sevk edilerek kan alınmak suretiyle kanındaki alkol ölçümü gerçekleştirilerek, alkollü olanlar hakkında ayrıca 2918 sayılı Kanuna göre işlem tesis edilecektir²¹.

promil alkol tespit edildiği ve durumun hastaneye düzenlenen raporda belirtildiği, bu suretle davacının kendi isteği ile yaptırmış olduğu ölçüm sonucunda alkollü olduğunun tespit edilmesi neticesinde, davacının en yakın adli tıp kurumuna veya adli tabipliğe veya Sağlık Bakanlığına bağlı sağlık kuruluşlarına götürülerek uyuşturucu veya uyarıcı madde ya da alkol tespitinde kullanılmak üzere vücutlarından kan, tükürük veya idrar gibi örnekler alınması zorunluluğunun ortadan kalkmış olduğundan bahisle davanın reddine karar verilmesi gerekirken aksi yöndeki Mahkeme kararında hukuka uyarlık bulunmadığı hakkında D.15.D, 04/11/2015, E.2015/2572, K.2015/6943 sayılı kararı.

- 19 *İdare Mahkemesi kararında; «davacının dava konusu işleme ilişkin tutanağı imzalamamak suretiyle işleme itiraz ettiğinin açık olduğu ve bu nedenle de kollukça hastaneye sevk edilmesi gerektiği» yönünde ifadeye yer verilmişse de, yürürlükteki mevzuat kapsamında; ölümlü, yaralanmalı ve kollukça müdahil olunan maddi hasarlı kaza halleri haricinde, sürücülerin kollukça teknik cihazla yapılan ölçüm yapılmasına veya ölçüm sonuçlarına itiraz hakkı bulunduğuna ilişkin pozitif herhangi bir düzenleme bulunmamakta olup, ayrıca kollukça teknik cihaz ile yapılan ölçüm sonucunu hukuki anlamda geçersiz kılacak başkaca bir delilin de (hastane raporu vb.) davacı tarafından uyuşmazlık kapsamında dava dosyasına sunulmamış olduğu görülmekte olup, bundan bahisle uyuşmazlıkta davanın reddine karar verilmesi gerekirken, aksi yöndeki İdare Mahkemesi kararında hukuka uyarlık bulunmadığı hakkında D.15.D, 04.11.2015, E.2015/2530, K.2015/6975 sayılı kararı*
- 20 *2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununda “kollukça teknik cihazlar kullanılmasını kabul etmeme” hususu karşılığında idari yaptırım uygulanmasını gerektiren ayrı bir fiil olarak düzenlenmiş olup, olayda, davacının bu yöndeki eyleminin tutanak ile sabit olduğu, trafik ekiplerince yapılan uygulamada alkolmetre ile yapılan ölçümü kabul etmemesi nedeniyle, davacının sürücü belgesinin 2 yıl süreyle geri alınması ve ayrıca idari para cezası verilmesi işlemlerine karşı açılan davada; dava konusu işlemlerde kollukça teknik cihazla tespit yapılmak istendiği halde davacının bunu kabul etmemesiyle fiiline uygun olarak düzenlenen tutanak ve buna göre verilen yaptırımların hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmesi gerekirken, hastaneden ‘alkolsüz’ olduğuna dair aldığı rapor neticesinde davacının yasanın öngördüğü oranda alkollü vaziyette olmadığından ortaya çıktığından bahisle aksi yönde verilen Mahkeme kararında hukuka uyarlık bulunmadığı hakkında D.15.D, 16/10/2015, E.2015/278, K.2015/6252 sayılı kararı.*
- 21 *31/12/2013 tarihinde Antalya İli, .. ilçesi, .. Beldesi, ..Kavşağında meydana gelen trafik kazası sebebiyle olay yerine gelen .. İlçe Jandarma Komutanlığı görevlilerince yapılan incelemede, .. plakalı motosikletin hasarlı bir biçimde olay yerinde bulunduğu, aynı mahalde .. sayılı plakanın bulunduğu, motosiklet sürücüsünün beyanı üzerine bu plakanın araştırıldığı ve sürücüsünün*

Alkolmetre cihazı ile yapılan ölçüm ile itiraz üzerine sağlık kuruluşunda yapılan ölçüm arasında geçen süre ile alkolmetre cihazı ile ölçüme izin verilmemesi halinde ise kaza saati ile sağlık kuruluşunda yapılan ölçüm saati arasında geçen süre göz önünde bulundurularak her iki ölçüm arasında geçen her bir saat için 0,15 promil eklenmek suretiyle vücuttaki alkol oranı belirlenecektir²². Yönetmelik hükmü ile kandaki alkol

davacı .. olduğunun tespit edildiği, davacının kazadan yaklaşık olarak 10 saat sonra .. Jandarma Komutanlığına gelerek kaza yaptığını doğruladığı, bunun üzerine Hastanede yapılan kan tahlilinde 10 mg/dl alkollü olduğunun tespit edildiği, olaydan yaklaşık olarak 10 saat geçmiş olması sebebiyle, alkol miktarının azalma oranının her saat için 0,15 promil azalacağı kabul edilerek kaza anında davacının $(10 \times 0,15) + 0,10 = 1,60$ promil alkollü olduğu gerekçesiyle sürücü belgesinin altı ay süreyle geri alındığı, davacı tarafından bu işlemin iptali istemiyle açılan davada, her ne kadar, davacı tarafından kazadan sonra gittiği pansiyonda alkol alındığı iddia edilmiş ve mahkemece de davacının kaza anı ile kan tahlilinin yapıldığı zaman aralığında alkol almış olabileceği ihtimaline binaen hüküm tesisi yoluna gidilmiş ise de yukarıda yazılı 2918 sayılı Kanun'un 81 ve 82. maddelerine aykırı hareket ederek kazaya karışan diğer kişilerin ifadelerine göre olay yerinden kaçan davacının trafik kazası sonrasında görevli polis memurlarını veya jandarma personelini çağırarak olay yerinde gerekli işlemleri yaptırmaması ve alkollü olarak araç kullanmadığını bu aşamada ortaya koymaması gerekirken, kaza yerini terk etmiş olması nedeniyle, olay anında alkollü olmadığı yolundaki iddiasına itibar edilmesine olanak bulunmamaktadır. Bu nedenle davacı hakkında tesis edilen sürücü belgesinin geri alınmasına yönelik işlemde hukuka aykırılık, dava konusu işlemi iptal eden idare mahkemesi kararında hukuki isabet bulunmadığı gibi aksi yöndeki bir yorumun, alkollü olarak araç kullanan ve kazaya karışan sürücülerin olay yerinden ayrılmak suretiyle alkol ölçümü yaptırmaktan kaçınabileceği durumlara yol açacağı hakkında D.15.D, 11/11/2015, E.2014/8644, K.2015/7326 sayılı kararı; Uyuşmazlıkta, 2918 sayılı Kanun'un 81 ve 82. maddelerine aykırı hareket ederek olay yerinden ayrılan davacının trafik kazası sonrasında görevli polis memurlarını veya jandarma personelini çağırarak olay yerinde gerekli işlemleri yaptırmaması ve alkollü olarak araç kullanmadığını bu aşamada ortaya koymaması gerekirken, kaza yerini terk etmiş olması nedeniyle, davacının olay anında alkollü olmadığı yolundaki iddiasına itibar edilmesine olanak bulunmamaktadır. Bu nedenle davacı hakkında tesis edilen sürücü belgesinin geri alınmasına yönelik işlemde hukuka aykırılık, dava konusu işlemi iptal eden idare mahkemesi kararında hukuki isabet bulunmadığı hakkında D.15.D, 04.11.2015, E.2014/7668, K.2015/6961 sayılı kararı.

- 22 Ölçüm yapılmasına izin vermeyen ya da yapılan ölçüm sonucuna itiraz eden sürücülerle ilgili olarak; 1) Yaralanma veya ölümlle sonuçlanan trafik kazalarında sürücünün alkol ve uyuşturucu ya da uyarıcı madde kullanıp kullanmadığının tespitinin yapılması amacıyla, sürücü mahalli zabıta tarafından Cumhuriyet savcısına bilgi verilerek en yakın adli tıp kurumuna veya adli tabipliğe veya Sağlık Bakanlığına bağlı sağlık kuruluşlarına götürülür ve uyuşturucu veya uyarıcı madde ya da alkol tespitinde kullanılmak üzere vücutlarından kan, tükürük veya idrar gibi örnekler alınır. Yapılan tespit sonucunda uyuşturucu veya uyarıcı madde kullandığı ya da alkollü olduğu anlaşılanlar hakkında ayrıca 2918 sayılı Kanunun 48 inci maddesinin eylemine uygun fıkrasından işlem yapılır. 2) Trafik görevlilerince el konulan maddi hasarlı trafik kazalarında sürücünün alkol ve uyuşturucu ya da uyarıcı madde kullanıp kullanmadığının tespitinin yapılması amacıyla, Cumhuriyet savcısına bilgi verilerek sürücü trafik görevlileri tarafından en yakın adli tıp kurumuna veya adli tabipliğe veya Sağlık Bakanlığına bağlı sağlık kuruluşlarına götürülür ve uyuşturucu veya uyarıcı madde ya da alkol tespitinde kullanılmak üzere vücutlarından kan, tükürük veya idrar gibi örnekler alınır. Yapılan tespit sonucunda uyuşturucu veya uyarıcı madde



oranının her saatte 0,15 promil düşeceği ifade edilmiştir. Yönetmelikte yapılan değişiklik öncesinde bu konuda Adli Tıp Kurumu'nun yazısı esas alınarak aradan geçen süre zarfı dikkate alınmak suretiyle sürücü belgelerine geçici olarak el konulmasına ilişkin idari işlemlerin iptaline karar verilmekte ve Danıştay 15. Dairesi tarafından bu gerekçeyle aksi yönde verilen ilk derece mahkemesi kararları da bozulmaktadır²³.

kullandığı ya da alkollü olduğu anlaşılanlar hakkında ayrıca 2918 sayılı Kanununun 48 inci maddesinin eylemine uygun fıkrasından işlem yapılır. 3) Teknik cihazla yapılan ölçüm sonucuna itiraz edilerek tespitin sağlık kuruluşlarında yaptırılması halinde, her iki tespit arasındaki süre, teknik cihazla ölçüm yapılmasına izin verilmemesi halinde ise kaza saati ile sağlık kuruluşunda yapılan tespit saati arasındaki süre göz önünde bulundurulur sağlık kuruluşunda yapılan tespit sonucuna ilk ölçümü yapan trafik kuruluşu tarafından her bir saat için 0,15 promil eklenmek suretiyle alkol oranı belirlenir ve çıkan sonuca göre işlem tesis edilir (Yönetmelik m.97/5-b).

- 23 Danıştay, davacının yapılan kontrol sonrası görevlilerce düzenlenen alkol tespit tutanağını itirazsız imzalamak suretiyle alkollü olduğunu kabul etmiş olması sebebiyle kendi müracaatı veya daha sonra kolluk kuvvetlerince yaptırılan hastane tarafından düzenlenen ölçüm sonuçları ve raporun trafik ekiplerince düzenlenen tutanağı sakatlamayacağı, dava konusu işlemlerde hukuka ve mevzuat hükümlerine aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar yönelik idare mahkemesi kararlarını *Bilimsel çalışmalarda, alkol toleransın kişiden kişiye değişeceği gibi aynı kişide de farklı zamanlarda reaksiyonlarda farklılık olabileceği, kişinin yaşı, kilosu, cinsiyeti, metabolizma hızı, açlık ve tokluk durumu gibi pek çok nedene bağlı olarak vücudtaki alkol oranının azalma hızının değişebileceği kabul edilmektedir. Adli Tıp Kurumu Ankara Grup Başkanlığı'nın 25.11.2008 tarih ve 342 sayılı yazısında da; zamanla orantılı olarak kan-alkol düzeyindeki azalma ile ilgili yapılan araştırmalarda, kan alkol düzeyinin bir saatte 12-20 mg/dl azaldığı, adli vakalarda, Adli Tıp Kurumu 5. İhtisas Kurulu'nca ortalama olarak kan alkol düzeyinin bir saatte 15 mg/dl (0,15 promil) azaldığının kabul edildiği belirtilmiştir. Kolluk görevlilerince saat 20.49'da alkolmetre kullanılarak yapılan ilk kontrolde davacının 0,49 promil alkollü, hastanede yaklaşık 1 saat sonra yapılan kan tahlili sonucunda ise alkolsüz olduğunun tespit edildiği, kan alkol düzeyinin bir saatte 12-20 mg/dl azaldığı hususu gözönüne alındığında alkolmetre ile yapılan ilk ölçümün sonucunun sağlıklı olduğu hususunda tereddüt oluştuğu, bu nedenle ilk ölçümün yapıldığı esnada davacının yasal sınırın üzerinde alkollü olmadığı kabulünün zorunlu olduğu görülmekte olup, bundan bahisle dava konusu işlemlerin iptaline karar verilmesi gerektiği görüşüyle bozmuştur D.15.D, 24/10/2017, E.2017/2619, K.2017/5932 sayılı kararı; D.15.D, 24.10.2017, E.2017/2562, K.2017/5931 sayılı kararı; D.15.D, 24/10/2017, E.2017/1990, K.2017/5930 sayılı kararı; DİDDK, 15.12.2016, E.2016/4441, K.2016/3474 sayılı kararı; DİDDK, 15/12/2016, E.2016/4440, K.2016/3473 sayılı kararı; DİDDK, 15/12/2016, E.2016/4427, K.2016/3476 sayılı kararı; Davacının alkol düzeyini ölçmek için yapılan iki ölçüm arasında 31 dakikalık zaman farkı bulunduğu, bu süre içerisinde davacının kanındaki alkol oranının 0,64 promilden 0,24 promile düşmesinin yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde bilimsel olarak mümkün olmadığı, bu durumda ilk ölçüm sonucunun sağlıklı olduğu konusunda tereddüt oluştuğu; ayrıca, Adli Tıp Kurumu Ankara Grup Başkanlığının yukarıda bahsi geçen yazısı gözönüne alınarak hastanede yapılan ikinci ölçümde tespit edilen 0,24 promil alkol miktarının üzerine iki ölçüm arasındaki 31 dakikalık zaman farkına tekabül eden promil miktarı (yaklaşık 0,3175 promil) eklendiğinde dahi davacının hususi otomobil sınıfı araçlar için belirlenen yasal sınırmın (0,50 promil) altında alkollü olduğunun kabulünün zorunlu olduğu görülmekte olup, dava konusu işlemlerde bu nedenle hukuka uygunluk bulunmadığı hakkında DİDDK, 28.02.2018, E.2016/3921, K.2018/686 sayılı kararı; DİDDK, 15/12/2016,*

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu tarafından da bu gerekçe kabul edilmiştir²⁴. Buna göre, iki farklı alkolmetre cihazı ile ölçüm yapılması durumunda, iki ölçüm arasında geçen süre dikkate alınarak kişinin alkollü olup olmadığı ve alkollü ise yasal sınırın üzerinde olup olmadığına ilişkin tespitler yapılacaktır²⁵.

E.2016/3212, K.2016/3475 sayılı kararı; D.15.D, 21/11/2016, E.2016/1811, K.2016/5577 sayılı kararı; D.15.D, 17/10/2016, E.2016/1535, K.2016/4935 sayılı kararı; D.15.D, 23/12/2015, E.2015/9085, K.2015/9113 sayılı kararı; D.15.D, 23/12/2015, E.2015/8519, K.2015/9119 sayılı kararı; D.15.D, 01/12/2015, E.2015/7170, K.2015/8268 sayılı kararı; D.15.D, 21/10/2015, E.2015/3327, K.2015/6390 sayılı kararı; Benzer yönde çok sayıda Danıştay kararı bulunmakla birlikte tamamının esas numarasına burada yer verilmemiştir. Aynı yönde karar veren bölge idare mahkemeleri de bulunmaktadır. Aynı yönde bölge idare mahkemesi kararı için bkz. İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 8. İdare Dava Dairesi, 30/10/2018, E.2018/1495, K.2018/1516 sayılı kararı; İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 8. İdare Dava Dairesi, 31/10/2017, E.2017/2204, K.2017/1885 sayılı kararı.

24 *Davacının alkol düzeyini ölçmek için yapılan iki ölçüm arasında 130 dakikalık zaman farkı bulunduğu, bu süre içerisinde davacının kanındaki alkol oranının 0,72 promilden 0,011 promile düşmesinin yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde bilimsel olarak mümkün olmadığı, bu durumda ilk ölçüm sonucunun sağlıklı olduğu konusunda tereddüt oluştuğu; ayrıca, Adli Tıp Kurumu Ankara Grup Başkanlığının yukarıda bahsi geçen yazısı göz önüne alınarak hastanede yapılan ikinci ölçümde tespit edilen 0,011 promil alkol miktarının üzerine iki ölçüm arasındaki 130 dakikalık zaman farkına tekabül eden promil miktarı (yaklaşık 0,325 promil) eklendiğinde dahi davacının hususi otomobil sınıfı araçlar için belirlenen yasal sınırın (0,50 promil) altında alkollü olduğunun kabulünün zorunlu olduğu görülmekte olup, dava konusu işlemlerde bu nedenle hukuka uygunluk bulunmadığı hakkında DİDDK, 28/02/2018, E.2017/403, K.2018/688 sayılı kararı; DİDDK, 15/12/2016, E.2016/3658, K.2016/3480 sayılı kararı; DİDDK, 15/12/2016, E.2016/2900, K.2016/3479 sayılı kararı; DİDDK, 15/12/2016, E.2016/2205, K.2016/3477 sayılı kararı; Davacının alkol düzeyini ölçmek için yapılan iki ölçüm arasında 101 dakikalık zaman farkı bulunduğu, bu süre içerisinde davacının kanındaki alkol oranının 0,98 promilden 0,02 promile düşmesinin yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde bilimsel olarak mümkün olmadığı, bu durumda ilk ölçüm sonucunun sağlıklı olduğu konusunda tereddüt oluştuğu; ayrıca, Adli Tıp Kurumu Ankara Grup Başkanlığının yukarıda bahsi geçen yazısı göz önüne alınarak hastanede yapılan ikinci ölçümde tespit edilen 0,02 promil alkol miktarının üzerine iki ölçüm arasındaki 101 dakikalık zaman farkına tekabül eden promil miktarı (yaklaşık 0,2525 promil) eklendiğinde davacının hususi otomobil dışındaki araçlar için belirlenen yasal sınırın (0,21 promil) üzerinde alkollü olduğunun kabulünün zorunlu olduğu görülmekte olup, dava konusu işlemlerde bu nedenle hukuka aykırılık görülmeyeceği hakkında D.İDDK, 15/12/2016, E.2016/4165, K.2016/3481 sayılı kararı.*

25 *Trafik ekipleri tarafından olay günü saat 02:15'de yapılan ilk kontrolde davacının 0,67 promil alkollü olduğunun tespit edildiği, 03.10'da başka bir teknik cihaz ile yapılan ölçümde ise davacıda 0,45 promil alkol tespit edildiği, ikinci ölçümde tespit edilen 0,45 promilin üzerine, Adli Tıp Kurumu Ankara Grup Başkanlığı'nın yukarıda bahsi geçen yazısı göz önüne alınarak iki ölçüm arasındaki 55 dakikalık zaman farkına tekabül eden promil miktarı (yaklaşık 0,15 promil) eklendiğinde davacının yasal sınırın (0,50 promil) üzerinde 0,60 promil alkollü olduğu gerekçesiyle dava konusu işlemlerin tesis edildiği; farklı teknik cihazlar ile yapılan her iki ölçümde de birbirine yakın ve yasal sınırın üzerinde sonuçlar elde edildiği, ikinci ölçümde tespit edilen 0,45 promilin üzerine 55 dakikalık zaman farkına tekabül eden promil miktarı eklenerek davacının yasal sınırın üzerinde (0,50 promil) alkollü olarak araç kullandığı gerekçesiyle dava konusu işlemlerin tesis edildiği, dava konusu işlemlere dayanak oluşturan ikinci ölçümün hatalı olduğuna ilişkin olarak da herhangi bir iddia ve ispat bulunmadığı ve ceza tutanaklarının da*

Bölge idare mahkemelerinin bazıları da bu içtihadı benimsemiş bulunmaktadır²⁶.

- davacı tarafından imzalanmış olduğu görülmekte olup, bundan bahisle uyumsuzluk konusu olayda davanın reddine karar verilmesi gerekirken, aksi yöndeki İdare Mahkemesi kararında hukuka uyarlık bulunmadığı hakkında D.15.D, 04/11/2015, E.2015/2184, K.2015/6905 sayılı kararı; Davacının teknik cihaz kullanılarak saat 21.32'de yapılan alkol muayenesinde 4,25 promil alkollü olduğunun tespit edildiği, ölçümü müteakip davacının polis tarafından götürüldüğü ... Devlet Hastanesinde saat 21.52' de yapılan muayenesinde 0,46 promil alkollü olduğunun belirtildiği, iki ölçüm arasında 20 dakikalık zaman farkı bulunduğu, Adli Tıp Kurumu Ankara Grup Başkanlığı'nın yukarıda bahsi geçen yazısı göz önüne alınarak hastanede yapılan ikinci ölçümde tespit edilen 0,46 promil alkol miktarının üzerine iki ölçüm arasındaki 20 dakikalık zaman farkına tekabül eden promil miktarı (yaklaşık 0,05 promil) eklendiğinde davacının hususi otomobil sınıfı araçlar için belirlenen yasal sınırın (0,50 promil) üzerinde alkollü olduğunun kabulünün zorunlu olduğu görülmekte olup, bundan bahisle uyumsuzluk konusu olayda davanın reddine karar verilmesi gerekirken, aksi yöndeki İdare Mahkemesi kararında hukuka uyarlık görülmediği hakkında D.15.D, 16/10/2015, E.2015/1602, K.2015/6250 sayılı kararı; Davacının, .. plakalı otomobili yasal sınırın üstünde (1,03 promil) alkollü olarak kullandığı gerekçesiyle sürücü belgesinin 2 yıl süre ile geri alınmasına ilişkin 15.02.2017 tarih ve 12804 sayılı ve davacıya 1.098,00 TL idari para cezası verilmesine ilişkin 15.02.2017 tarih ve ID Seri 006856 sıra sayılı davalı idare işlemlerinin iptali istemiyle açılan davada; bilimsel çalışmalarda, alkole toleransın kişiden kişiye değişeceği gibi aynı kişide de farklı zamanlarda reaksiyonlarda farklılık olabileceği, kişinin yaşı, kilosu, cinsiyeti, metabolizma hızı, açlık ve tokluk durumu gibi pek çok nedene bağlı olarak vücuttaki alkol oranının azalma hızının değişebileceğinin kabul edildiği; Adli Tıp Kurumu Ankara Grup Başkanlığı'nın 25.11.2008 tarih ve 342 sayılı yazısında da, zamanla orantılı olarak kan-alkol düzeyindeki azalma ile ilgili yapılan araştırmalarda, kan alkol düzeyinin bir saatte 12-20 mg/dl azaldığı, adli vakalarda, Adli Tıp Kurumu 5. İhtisas Kurulu'nca ortalama olarak kan alkol düzeyinin bir saatte 15 mg/dl (0,15 promil) azaldığının kabul edildiğinin belirtildiği; olayda, trafik ekiplerince 15.02.2017 günü saat 21.24'te alkolmetreyle yapılan ölçümde davacının 1,03 promil alkollü çıktığı, bu ölçümün yanlış olduğu düşünülse dahi ölçümden 1 saat 14 dakika sonra ... Devlet Hastanesi'nde 15.02.2017 günü saat 22.38'de kan testiyle yapılan ölçümde davacının 0,35 promil alkollü çıktığı, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 48/5. maddesi uyarınca (hususı otomobil sürücülerini için) 0,50 promil üzerinde alkollü olarak araç kullanılamayacağı, Karayolları Trafik Yönetmeliği'nin 97. maddesi ve Adli Tıp Kurumu Ankara Grup Başkanlığı'nın 25.11.2008 tarihli yazısı uyarınca ilk alkol ölçümünden sonra geçen her bir saat için ilk ölçüme 0,15 promil eklenmek suretiyle alkol oranının tespit edileceği, davacının trafik ekiplerince alkolmetreyle yapılan ilk ölçümde 1,03 promil alkollü; bu ölçümden 1 saat 14 dakika sonra ... Devlet Hastanesi'nde 15.02.2017 günü saat 22.38'de kan testiyle yapılan ölçümde davacının 0,35 promil alkollü çıktığı, davacının kollukta verdiği ifadesinde 15.02.2017 günü gündüz vakti 14.30 civarlarında iki bira içtiğini beyan ettiği, sistem üzerinden olay tarihi itibarıyla geriye doğru 5 yıllık süre için yapılan sorgulamada davacı hakkında 15.05.2016 tarihinde de alkollü araç kullanmaktan işlem yapıldığı anlaşıldığından, davacının olay anında yasal sınır olan 0,50 promilin üzerinde alkollü olarak araç kullandığı ve dava konusu işlemlerin hukuka uygun olduğu sonucuna varıldığı gerekçesiyle davanın reddine karar veren Denizli İdare Mahkemesi'nin 05/05/2017 gün ve E: 2017/487, K: 2017/962 sayılı kararına karşı yapılan istinaf başvurusunun reddine ilişkin İzmir Bölge İdare Mahkemesi 5. İdare Dava Dairesi, 12/09/2017, E.2017/2234, K.2017/1479 sayılı kararı.*
- 26 İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 8. İdare Dava Dairesi, 30/10/2018, E.2018/1495, K.2018/1516 sayılı kararı; Davacının, yapılan trafik kontrolünde yasal sınırın üzerinde alkollü olarak araç kullandığından bahisle 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 48/5 maddesi uyarınca sürücü belgesinin altı ay süreyle geri alınmasına ilişkin 14/11/2017 tarih ve 000613 sayılı işlem ile aynı tarih ve 541526 sayılı 876,00 TL para cezası verilmesine ilişkin işlemin

Konuya ilişkin olarak Yargıtay ve adli yargı yerlerince yapılan ceza yargılamasında da birden fazla ölçüm yapılması halinde bu ölçümler arasındaki süre hesabı dikkate alınarak mahkûmiyet ya da beraat kararı verilmektedir²⁷.

iptali istemiyle açılan davada; trafik denetiminde saat 00.00'da 0,89 promil olarak tespit edilen alkol düzeyinin saat 01.30'da hastanede yapılan kan tahlilinde 0.03 promil olduğu, alkol oranının bu süre içerisinde bu kadar düşmesinin (0,03 promil) mümkün olmadığı, aradaki farkı somut delillerle ortaya koymayan idare işleminin sağlıklı ve kesin bir tespite dayanmadığı, Adli Tıp Kurumu'nun kandaki alkol oranının saatte ortalama 0,15 promil azalacağı yönündeki yazısı dikkate alındığında denetim anında alkol miktarının mevzuatta belirtilen 0,50 promil sınırının altında olduğu gerekçesiyle "dava konusu işlemlerin iptaline" ilişkin Kocaeli 2. İdare Mahkemesi'nce verilen 30/05/2018 tarih ve E:2017/1633, K:2018/803 sayılı kararın onanması hakkında İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 8. İdare Dava Dairesi, 09/10/2018, E.2018/1466, K.2018/1417 sayılı kararı; İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 8. İdare Dava Dairesi, 09/10/2018, E.2018/1400, K.2018/1416 sayılı kararı; İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 8. İdare Dava Dairesi, 25/09/2018, E.2018/1295, K.2018/1325 sayılı kararı; İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 8. İdare Dava Dairesi, 25/09/2018, E.2018/1262, K.2018/1322 sayılı kararı; İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 8. İdare Dava Dairesi, 24/10/2018, E.2018/1183, K.2018/1505 sayılı kararı; İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 8. İdare Dava Dairesi, 10/04/2018, E.2018/571, K.2018/649 sayılı kararı; İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 8. İdare Dava Dairesi, 10/01/2018, E.2017/2637, K.2018/53 sayılı kararı; Davacının teknik cihaz kullanılarak 08.56' da yapılan alkol ölçümünde 0.68 promil alkollü olduğunun tespit edildiği, ölçümün ardından davacının ... Hastanesi'nde saat 09.45' de yapılan muayenesinde ise 0.33 promil alkollü olduğunun belirtildiği ve söz konusu sağlık raporunun uyumsuzluk kapsamında delil olarak kabulünün zorunlu olduğu, iki ölçüm arasında 49 dakika zaman farkının bulunduğu, bu süre içerisinde davacının kanındaki alkol oranının 0,68 promilden 00.33 promile düşmesinin yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde bilimsel olarak mümkün olmadığı, bu durumda ilk ölçüm sonucunun sağlıklı olduğu konusunda tereddüt oluştuğu, ayrıca; Adli Tıp Kurumu Ankara Grup Başkanlığı'nun yukarıda bahsi geçen yazısı gözönüne alınarak hastanede yapılan ikinci ölçümde tespit edilen 0.33 promil alkol miktarının üzerine iki ölçüm arasındaki 49 dakikalık zaman farkına tekabül eden promil miktarı (yaklaşık 0,12 promil) eklendiğinde dahi davacının hususi otomobil sınıfı araçlar için belirlenen yasal sınırın (0,50 promil) üzerinde alkollü olmadığı kabulünün zorunlu olduğu görülmekte olup davacının yasal sınırın üzerinde alkollü araç kullandığından bahisle tesis edilen işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı hakkında Erzurum Bölge İdare Mahkemesi 2. İdari Dava Dairesi, 15/03/2018, E.2017/2128, K.2018/488 sayılı kararı.

- 27 Sanık SD olay günü yol kontrolünde durdurularak saat 02:26' sıralarında yapılan ölçümde 1,12 promil, saat 03:30'da hastanede alınan adli raporunda ise 0,85 promil alkollü olduğunun tespit edildiği, iki ölçüm arasında yaklaşık 1 saatlik bir zaman farkı olduğu, Yargıtay 12.Ceza Dairesi Başkanlığının 04/05/2016 tarih, 2015/11005 Esas, 2016/7868 Karar sayılı ilamında da belirtildiği üzere; ölçümler arasındaki saat farkının kısalığı dikkate alındığında sanığın lehine olan ikinci raporun esas alınmasının gerektiği, 1 saatte alkol miktarının 0.12-0.20 promil arasında düştüğü dikkate alınarak sanık lehine olan 0,85 promile ekleme yapıldığında dahi alkol miktarının 1,00 promilin üstüne çıkmadığı, sanığın kazaya karışmamış olduğu, sırf alkol kullanılmış olmasının trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçundan mahkûmiyet için yeterli olmadığı anlaşıldığından Antalya 7. Asliye Ceza Mahkemesinin 12/04/2018, E.2018/2, K.2018/342 sayılı mahkûmiyet kararının CMK.nun 280/2 maddesi gereğince ortadan kaldırılmasına, Sanık hakkında trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçunu işlediğinden bahisle cezalandırılması için kamu davası açılmış ise de; sanığın üzerine atılı suçun unsurları oluşmadığından CMK.nun 223/2-a maddesi gereğince beraatine dair Antalya Bölge Adliye Mahkemesi 11. Ceza Dava Dairesi,



Bölge idare mahkemelerinin bazıları tarafından iki ölçüm arasındaki geçen sürenin kişinin alkollü olup olmadığının tespitinde esas alınacağına dair bu içtihattan ayrıldığı kararları da bulunmaktadır. Nitekim, İzmir Bölge İdare Mahkemesi, "...sağlık kuruluşunda yapılan tespit sonucuna trafik kuruluşu tarafından her bir saat için 0,15 promil eklenmek suretiyle alkol oranı belirlenir." hükmüne yer verildiği, davacının teknik cihaz kullanılarak 11.03.2017 günü saat 02:39'da yapılan alkol kontrolünde 0,96 promil alkollü olduğunun tespit edildiği, ölçümü müteakip davacının ... Hastanesine giderek 11.03.2017 saat 03:46'da yapılan muayenesinde ise 10 mg/dl'den az alkollü olduğunun belirtildiği ve iki ölçüm arasında 1 saat 7 dakikalık zaman farkı bulunduğu, bu süre içerisinde davacının kanındaki alkol oranının 0,96 promilden 0,1 promilin (10mg/dl) altına düşmesinin yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde bilimsel olarak mümkün olmadığı, bu durumda ilk ölçüm sonucunun sağlıklı olduğu konusunda tereddüt olduğundan bu ölçüme dayanılarak tesis edilen dava konusu işleminde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar veren İzmir 3. İdare Mahkemesi'nin 26/12/2017 gün ve E:2017/882, K:2017/2021 sayılı kararının olayda ise davacının, yaralanma veya ölümlerle sonuçlanan bir kazaya ya da maddi hasarlı trafik kazasına karışmasının söz konusu olmadığı,

28.06.2018, E.2018/1641, K.2018/1815 sayılı kararı; Antalya 26. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 23/01/2018 tarih ve E.2017/351, K.2018/32 sayılı sanık hakkında trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçundan verilen mahkumiyet e 2.500,00 TL adli para cezasına ilişkin kararda; sanığın olay günü sevk ve idaresindeki aracıyla seyir halinde iken kolluk güçlerince durdurulup yapılan ölçümde saat 20:49 itibarıyla 2.50 promil, saat 22:01'de düzenlenen adli rapora göre ise 1.45 promil alkollü olduğunun tespit edildiği, Yargıtay 12.Ceza Dairesi Başkanlığının 04/05/2016, E.2015/11005, K.2016/7868 sayılı ilamında da belirtildiği üzere; ölçümler arasındaki saat farkının kısıtlılığına göre sanığın lehine olan ikinci raporun hükme esas alınmasının gerektiği ve (1) saatte alkol miktarının 0,12-0,20 promil arasında düştüğü dikkate alınarak 1.45 promile eklendiğinde bulunacak miktar değerlendirildiğinde; usule ve esasa ilişkin herhangi bir hukuka aykırılığın bulunmadığı, delillerde veya işlemlerde herhangi bir eksiklik olmadığı, ispat bakımından değerlendirmenin yerinde olduğu saptandığından; usule ve esasa ilişkin herhangi bir hukuka aykırılığın bulunmadığı, delillerde veya işlemlerde herhangi bir eksiklik olmadığı, ispat bakımından değerlendirmenin yerinde olduğu saptandığından istinaf başvurusunun reddine ilişkin Antalya Bölge Adliye Mahkemesi, 11. Ceza Dava Dairesi, 09.05.2018 gün ve E.2018/1160, K.2018/1308 sayılı kararı; Antalya Bölge Adliye Mahkemesi, 11. Ceza Dava Dairesi 04.05.2018, E.2018/1084, K.2018/1265 sayılı İstinaf Başvurusunun Reddi Kararı; Antalya 24. Asliye Ceza Mahkemesinin 17/11/2017, E.2017/439, K. 2017/715 sayılı sanık hakkında trafik güvenliğini kasten tehlikeye sokmak suçundan verilen 2500,00 TL adli para cezası mahkumiyet kararında; Sanık XX'in olay günü kaza sonrasında saat 22:39'da yapılan ölçümünde 2.23, saat 23:54'de alınan adli raporunda ise 1.67 promil alkollü olduğunun tespit edildiği, Yargıtay 12.Ceza Dairesi Başkanlığının 04/05/2016, E.2015/11005, K.2016/7868 sayılı ilamında da belirtildiği üzere; ölçümler arasındaki saat farkının kısıtlılığı dikkate alındığında sanığın lehine olan ikinci raporun esas alınması gerektiği dikkate alındığında, usule ve esasa ilişkin herhangi bir hukuka aykırılığın bulunmadığı, delillerde veya işlemlerde herhangi bir eksiklik olmadığı, ispat bakımından değerlendirmenin yerinde olduğu saptandığından; istinaf başvurusunun reddine ilişkin Antalya Bölge Adliye Mahkemesi, 11. Ceza Dava Dairesi, 18.01.2018, E.2017/3399, K.2018/207 sayılı kararı.



olay sırasında trafik görevlilerince 0,96 promil alkollü olarak hususi otomobil niteliğindeki aracı kullandığının, kalibrasyon ayarı yapılmış teknik cihazla tespit edildiği anlaşılmakta olup, bu nedenle sürücü belgesinin 6 ay süreyle geri alınmasına ilişkin işlemde hukuka aykırılık bulunmamakta olup, davacının dava konusu işlemde sonra sağlık kuruluşunda yaptırdığı tahlil sonucuna göre dava konusu işlemin iptaline ilişkin, istinafa konu Mahkeme kararında yasal isabet görülmediği gerekçesiyle kaldırarak davanın reddine karar vermiştir²⁸.

28 İzmir Bölge İdare Mahkemesi 5. İdari Dava Dairesi, 21/06/2018, E.2018/1060, K.2018/1609 sayılı kararı; Benzer yönde kararlar için bkz. İzmir Bölge İdare Mahkemesi 5.İdari Dava Dairesi, 03/05/2018, E.2018/462, K.2018/1041 sayılı kararı; Davacının yasal sınırın üzerinde alkollü araç kullandığı gerekçesiyle sürücü belgesinin altı (6) ay süreyle geri alınması ile 844,00.- TL idari para cezası ile cezalandırılmasına ilişkin 27.11.2016 tarihli davalı idare işlemlerinin iptali istemiyle açılan davada, görevli ekip tarafından yapılan ölçümde davacının yasal sınırın üzerinde 0,86 promil alkollü olduğunun anlaşıldığı ve hakkında alkolmetre çıktısının düzenlendiği, bu çıktının davacı tarafından da imzalandığı, her ne kadar davacı tarafından aynı gece saat 22.13'te ... Hastanesi'ne gidilerek ölçüm yaptırılmış ve kandaki alkol miktarının 0,00 promil olduğu belirlenmiş ise de bu tespitin kesin sonuç veren kan testi ile yapıldığı yine alkolmetre cihazı ile yapıldığı anlaşılmakla, davacının yasal sınırın üzerinde alkollü olarak araç kullandığının sabit olması nedeniyle sürücü belgesinin altı ay süreyle geri alınmasına ve idari para cezası verilmesine ilişkin dava konusu işlemlerde hukuka aykırı bir yön bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar veren Denizli İdare Mahkemesi'nin 03/07/2017, E:2017/463, K:2017/1167 sayılı kararını da, trafik ekiplerince yapılan denetimlerde kişilerin alkol ölçer cihazı ile ölçüme tabi tutulması halinde, çıkan sonuca, yaralanmalı veya ölümlü ya da kollukça müdahil olunan maddi hasarlı trafik kazası olayları dışında itiraz imkânının bulunmadığı, trafik ekiplerince Sağlık kuruluşlarına sevklerinin zorunlu olmadığı, itirazın ancak Mahkemelere yapılabileceği düzenlendiğinden, davacının Karayolları Trafik Yönetmeliği'nin 97. maddesinde öngörülmeleyen bir usulle trafik görevlilerinin gözetimi de olmaksızın tek başına gittiği hastaneden alınan hukuki geçerliliği tartışma konusu yapılabilecek tetkik sonucunun dikkate alınabileceğine dair gerekçede, hukuki isabet görülmeyerek kararı bu gerekçe ile istinaf isteminin reddi gerektiği hakkında İzmir Bölge İdare Mahkemesi 5. İdari Dava Dairesi, 12/04/2018, E.2017/3072, K.2018/783 sayılı kararı; İzmir Bölge İdare Mahkemesi 5. İdare Dava Dairesi, 30/01/2018, E.2017/2997, K.2018/127 sayılı kararı; İzmir Bölge İdare Mahkemesi 5. İdari Dava Dairesi, 06/11/2018, E.2018/1785, K.2018/2388 sayılı kararı; Aynı Dairenin aksi yönde kararları da bulunmaktadır. Davacı tarafından, alkollü araç kullandıktan bahisle Karayolları Trafik Kanunu'nun 48/5 maddesi uyarınca sürücü belgesinin 6 ay süreyle geri alınmasına ilişkin 06.08.2017 tarih ve 3036 sayılı işlemin iptali istemiyle açılan davada, Adli Tıp Kurumu Ankara Grup Başkanlığı'nın 25.11.2008 tarih ve 342 sayılı yazısında zamanla orantılı olarak kan-alkol düzeyindeki azalma ile ilgili yapılan araştırmalarda, kan alkol düzeyinin bir saatte 12-20 mg/dl azaldığı, adli vakalarda, Adli Tıp Kurumu 5. İhtisas Kurulu'nca ortalama olarak kan alkol düzeyinin bir saatte 15 mg/dl (0,15 promil) azaldığının kabul edildiği, davacının teknik cihaz kullanılarak saat 04:21'de yapılan alkol kontrolünde 1,34 promil alkollü olduğunun tespit edildiği, davacıdan saat 05:18'de alınan kan örneğinin ... Hastanesi'nce tahlilinde ise 0,031 promil alkollü olduğunun belirtildiği ve söz konusu raporun polis nezaretinde gidilen hastanede alınan kan örneğine dayanması sebebiyle uyumsuzluk kapsamında hukuki anlamda delil olarak kabulünün zorunlu olduğu, iki ölçüm arasında 57 dakikalık zaman farkı bulunduğu, davacının kanındaki alkol oranı saat 05:18'de 0,10 promil olarak kabul edilse bile yukarıdaki bilimsel açıklamalar çerçevesinde 57 dakika için 14,25 mg/dl (0,14 promil) eklendiğinde dahi (0,24 promil ile) davacının hususi otomobil sınıfındaki araçlar için belirlenen yasal sınırın (0,50 promil) altında alkollü olduğunun kabulü gerektiğinden, davacının mevzuat hükümlerince belirlenen sınırın altında alkollü olarak araç kullandığı anlaşılmakla, hakkında tesis olunan



Trafik kazası sonucunda sürücünün ölmesi veya alkolmetre cihazına üfleymeyecek kadar yaralanmış olması hâlinde, sevk edildiği sağlık kuruluşunda vücudundan kan örnekleri alınarak vücuttaki alkol miktarı tespit edilir. Yapılan tespit sonucunda alkollü olduğu anlaşılanlar hakkında ayrıca eylemine uygun 2918 sayılı Kanununun 48. maddesinin ilgili fıkrasına göre işlem yapılacaktır (Yönetmelik 97/5-c).

Alkol tespiti için kullanılacak teknik cihazların sahip olacağı asgari koşullar ile diğer usul ve esaslar Yönetmelikte gösterileceği kanunda belirtilmiştir (m.48/son fıkra). Anılan bu düzenlemeye dayalı olarak da trafik görevlilerince sürücülerin alkol oranlarının tespitinde uygulanacak usul ve esaslar Yönetmeliğin 97/3. maddesinde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

Sürücülerin alkol oranlarının tespitinde; tarih, saat ve ölçüm sonucu ile cihaza ait seri numarasını gösterir çıktı verebilen ve kalibrasyon ayarı yapılmış teknik cihazlar kullanılacaktır (Yönetmelik 97/3-a). Uygulamada “alkolmetre” adı verilen bu cihazın kalibrasyon ayarları yapılmış olması önemlidir. Eğer cihazın süresi içinde kalibrasyon ayarı yapılmamışsa bu cihazla yapılan ölçümler nedeniyle verilen idari para cezaları ve idari yaptırımlar dava konusu olması halinde Mahkeme tarafından iptal edilecektir. Alkolmetre ile yapılan ölçüm sonucunun çıktısında ölçüm tarihi, ölçüm saati ve cihaza ait seri numarası yer almalıdır. Ayrıca kişinin alkollü araç kullandığına dair sağlıklı tespit yapılması gerektiği de açıkça ifade edilmiştir²⁹.

dava konusu işlemlerde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar veren İzmir 5. İdare Mahkemesi'nin 16/02/2018 gün ve E: 2017/1213, K: 2018/203 sayılı kararının onanması hakkında İzmir Bölge İdare Mahkemesi 5. İdari Dava Dairesi, 18/09/2018, E.2018/1457, K.2018/1849 sayılı kararı; İzmir Bölge İdare Mahkemesi 5. İdari Dava Dairesi, 22/03/2018, E.2018/522, K.2018/588 sayılı kararı.

- 29 *Davacının, 11/03/2017 tarihinde yapılan denetimde; teknik cihazla yapılmak istenen alkol ölçümünü yapılmasına izin vermediğinden bahisle 2918 sayılı Kanun'un 48/9. maddesi uyarınca sürücü belgesinin iki (2) yıl süre ile geri alınmasına ilişkin 11/03/2017 gün ve 171198 sayılı işlemin iptali istemiyle açılan davada; uyuşmazlıkta, davacının, aracın seyir halinde olmadığı, park halindeyken içerisinde oturduğu iddiasında bulunduğu, idarece düzenlenen iki adet tutanakta, davacının park halinde olduğu ve ilerleme-yavaşlama yapmak suretiyle hareket halinde olduğuna dair iki ayrı tespit bulduğu, anılan tutanaklarda söz konusu olayla ilgili (polis merkezinde davacının alkolmetreyi üflemediği reddetmesi) kamera kayıtlarının bulunduğu belirtilmesine rağmen dosyaya ilgili kamera kayıtlarının sunulmadığı, yine aynı tutanaklarda, davacının doktor raporuyla polis merkezine sevk edildiğinin belirtildiği, buna rağmen doktor raporunun da dosyaya sunulmadığı anlaşıldığı, bu durumda davacının, 2918 sayılı Kanun'un Kanununun 3. maddesi uyarınca, karayolunda motorlu veya motorsuz bir aracı veya taşıtı sevk ve idare eden “sürücü” olduğu hususunda şüpheye yer bırakmayacak şekilde somut olarak ortaya konulmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline ilişkin İstanbul 4. İdare Mahkemesi'nce verilen 29/12/2017, E:2017/603, K:2017/2732 sayılı kararına karşı yapılan başvurunun reddine ilişkin İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 8. İdare Dava Dairesi, 12/06/2018, E.2018/927,*

Teknik cihazla yapılan ölçüm sonucuna itiraz edilmesi durumunda tekrar ölçüm yapılmaz, yapılan işlemlere itiraz 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 27. maddesi kapsamında ilgili mahkemelere yapılır (Yönetmelik m.97/3-f³⁰). Anılan Kanuna göre ilgili mahkeme ise olayın gerçekleştiği yer sulh ceza mahkemesidir³¹.

K.2018/1079 sayılı kararı; *davacının işlemlerin tesis edildiği gün itibarıyla ... plakalı aracın sürücüsü olmadığı ve alkollü olarak araç kullanmadığının, aracı başka bir kişinin kullandığının adli tıp raporu ve ceza mahkemesi kararıyla kanıtlandığı, ayrıca davacıya ait gerçek sürücü belgesi ile el konulan sürücü belgesinde yer alan resimlerin birbirinden farklı olduğunun görüldüğü, belirtilen bu hususlar birlikte ele alınıp değerlendirildiğinde, denetim günü alkollü olarak araç kullanan kişi olmayan davacı hakkında tesis edilen işlemlerde hukuka uygunluk bulunmadığı gerekçesiyle iptaline dair İstanbul 8. İdare Mahkemesi'nce verilen 19/10/2017 tarih ve E:2017/1014, K:2017/2118 sayılı kararına karşı yapılan istinaf başvurusunun reddine ilişkin İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 8. İdare Dava Dairesi, 23/05/2018, E.2018/270, K.2018/270, K.2018/960 sayılı kararı*

30 Yönetmeliğin bu hükmünün iptali istemiyle açılan davada Danıştay tarafından; *Anılan Kanuna dayanılarak çıkarılan 18.07.1997 tarih ve 23053 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Karayolları Trafik Yönetmeliği'nin 19.02.2014 tarih ve 28918 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan hali ile değişen "Alkol, uyuşturucu veya uyarıcı maddeler etkisi altında araç sürme yasağı" başlıklı 97. maddesinin trafik görevlilerince sürücülerin alkol oranlarının tespitinde uygulanacak usul ve esasları gösteren 3. fıkrasının dava konusu (f) bendinde ise; "Teknik cihazla yapılan ölçüm sonucuna itiraz edilmesi durumunda tekrar ölçüm yapılmaz, yapılan işlemlere itiraz 30/3/2005 tarihli ve 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 27 nci maddesi kapsamında ilgili mahkemelere yapılır." düzenlemesine yer verilmiştir. 48. maddede; rutin trafik denetiminde yapılacak alkol ölçümünün yeterli kabul edildiği, kontrolü yapan trafik ekiplerine sürücünün ölçüm sonucunu kabul etmemesi halinde başkaca bir işlem yapma görevi verilmediği ve ölçüm yapılan sürücü için itiraz usulüne yer verilmediği, ölümlül/ yaralanmalı veya maddi hasarlı trafik kazası halinde ise sürücülerin alkol ölçümünün yaptırılması zorunluluğu öngörülmüştür. Anılan maddede; trafik kazası halinde sürücülerin, cezai sorumlulukları ve bilhassa sigorta hukukuna ilişkin olmakla birlikte hukuki sorumluluklarında da doğru tespit ve değerlendirmeler yapılabilmesi için kazaya karışan sürücüler için ölçümü reddetme veya ölçüm sonucunu kabul etmemesi hallerinde tekrar ölçüm zorunluluğu düzenlenmiştir. Dava konusu Yönetmelikte ise Kanununun 48. maddesinin uygulanmasından farklı veya kişiler aleyhine herhangi bir sınırlamaya yer verilmeksizin, sürücülerin alkol ölçümü bir kez yapıldıktan sonra, Kanunda da itiraz usulü öngörülmediğinden, tekrar ölçüm yapılmayacağı belirtilmiştir. Bu nedenle dava konusu düzenlemede hukuka ve üst hukuk normlarına aykırılık bulunmamaktadır. Ayrıca Adli Tıp Kurumu Ankara Grup Başkanlığı'nın 25.11.2008 tarih ve 342 sayılı yazısında da kandaki alkol düzeyi tespit edilirken, solunum havasından yararlanarak Yönetmelikte belirtilen özellikleri haiz teknik cihaz kullanılması halinde cihazın, oldukça yeterli bilgi verebileceği mütalaa edilmiştir. Bu nedenle karayollarında can ve mal güvenliği açısından trafik düzenini sağlamak amacıyla kandaki alkol düzeyi ile araba kullanma arasındaki ilişki göz önünde bulundurularak birtakım önlemler alınmasında kamu yararı ve hizmet gereklerine de aykırılık bulunmamaktadır. Kaldı ki dava konusu düzenlemede, sürücünün alkol ölçüm sonucunu kabul etmemesi halinde kendi imkânlarıyla tekrar ölçüm yaptırmasına engel bir durum bulunmamakla birlikte idarece tesis edilen işlemlerin iptali talebiyle dava yoluna gidilebileceği açıktır. Bu anlamda düzenlemenin, sürücülerin hak arama hürriyetini engeller nitelikte olmadığı sonucuna varılmaktadır. denilerek istemin reddine karar verilmiştir. D.15.D, 10/10/2017, E.2015/5153, K.2017/5391 sayılı kararı.*

31 *Başvuru yolu:(1) İdarî para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin idarî yaptırım kararına karşı, kararın tebliği veya tefhimi tarihinden itibaren en geç on*



Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'na göre, hakkında işlem tesis edilen kişinin alkollü araç kullanırken yakalanarak hakkında işlem tesis edilmesi gerekmemekte ve kişinin alkollü araç kullandığına dair kuvvetli deliller yeterli görülmektedir. Buna göre; *“davacının aracı park halindeyken, önündeki kamyonun manevra yaparken aracına çarptığını görmesi ve kamyon şoförünün olay yerinden ayrılması üzerine 155’i aradığı ve polis ekibinin olay yerine geldiği; ancak, ekibin işlem yapmayarak davacıyı ekip otosuna davet ettiği ve Polis Merkezine çağırdığı, Polis Merkezinde görevli polis memurları tarafından tutulan tutanağa göre, davacının karakola kendi aracıyla gittiği ve alkollü olduğunun anlaşıldığından bahisle, alkolmetre ile alkol ölçümü yapılmak istenildiği; ancak, davacının ölçüme izin vermediği, davacının karakola aracını kullanarak gelmesi ve alkollü olduğunun görülmesi, ayrıca aracın muayenesini geçirdiği gerekçeleriyle, ilk olarak 2918 sayılı Kanun’un 34. ve 48/5. maddelerine göre ceza tutanağı düzenlendiği, daha sonra, yanlış maddeden ceza verildiğinin anlaşılması üzerine, anılan Kanun’un 48/9. maddesine göre, kollukça teknik cihaz kullanılmasını kabul etmeyen davacı hakkında, sürücü belgesinin 2 yıl süreyle geri alınmasına ve idari para cezası verilmesine ilişkin dava konusu işlemlerin kurulduğu, temyiz istemine konu ısrar kararında her ne kadar, davacının seyir halinde olmayan aracını kullanmak zorunda bırakıldığı ifade edilmişse de, davacının kendi iradesiyle ya da mecbur kalarak, aracını kullanarak Polis Merkezine gittiğine şüphe bulunmadığından, 2918 sayılı Kanun’un 48. maddesinde, kolluk güçlerince yerine getirilecek işlemler, sürücünün hangi sebeple trafiğe çıktığı hususuna bağlanmadığı, her ne sebeple olursa olsun trafiğe çıkmış olan bir sürücü hakkında, gerekli görüldüğü takdirde alkol ölçümü yapılması Kanun’un emredici hükmü olup, ölçüm yapılmasına izin verilmemesi durumu da Kanun’da yaptırıma tabi tutulduğu, bakılan uyuşmazlıkta ise, polis merkezine aracıyla giden davacının alkollü olduğundan şüphelenilmesi üzerine alkol ölçümü yapılmak istendiği; ancak, davacının izin vermemesi üzerine dava konusu işlemlerin kurulduğu görülmekte olup, 2918 sayılı Kanun’un 48/9. maddesi uyarınca, kollukça teknik cihaz kullanılmasını kabul etmediği sabit olan*

beş gün içinde, sulh ceza mahkemesine başvurulabilir. Bu süre içinde başvurunun yapılmamış olması halinde idarî yaptırım kararı kesinleşir. (2) Mücbir sebebin varlığı dolayısıyla bu sürenin geçirilmiş olması halinde bu sebebin ortadan kalktığı tarihten itibaren en geç yedi gün içinde karara karşı başvuruda bulunulabilir. Bu başvuru, kararın kesinleşmesini engellemez; ancak, mahkeme yerine getirmeyi durdurabilir. (3) Başvuru, bizzat kanunî temsilci veya avukat tarafından sulh ceza mahkemesine verilecek bir dilekçe ile yapılır. Başvuru dilekçesi, iki nüsha olarak verilir. (4) Başvuru dilekçesinde, idarî yaptırım kararına ilişkin bilgiler, bu karara karşı ileri sürülen deliller açık bir şekilde gösterilir. Dilekçede ayrıca, başvurunun süresinde yapılmasını engelleyen mücbir sebep dayanaklarıyla gösterilir. (5) İdarî yaptırım kararının mahkeme tarafından verilmesi halinde bu madde hükmü uygulanmaz (5326 sayılı Kanun m.27).



*davacı hakkında kurulan işlemlerde hukuka aykırılık, anılan işlemlerin iptali yolunda verilen kararda hukuki isabet görülmemiştir*³².

Danıştay'a göre, kişinin mevzuatta belirtilen sınır üstünde alkollü araç kullanması mevzuatta öngörülen idari yaptırımlarla cezalandırılması için yeterli olacaktır. Nitekim, konuya ilişkin bir kararında Danıştay 15. Dairesi, *İdare Mahkemesi kararında; "davacının yasal sınıрын üzerinde alkol aldığıнын kabulü ile hakkında alkollü olarak araç kullanmak suçundan yasal işlem yapılabilmesi için davacının idaresindeki aracın karayolunda seyir halinde iken trafik ekiplerince durdurulması ve mevzuata uygun ölçüm yapılması gerekirken, dernek binasına verilen zarar nedeniyle şikayette bulunmak amacıyla gitmiş olduğu polis merkezinde trafik ekiplerince yapılan ölçüm sonucu tanzim edilen tutanağa istinaden tesis edilen dava konusu işlemlerde hukuka uyarlık bulunmadığı" gerekçesiyle dava konusu işlemlerin iptaline karar verilmiş ise de, davacının sevk ve idaresindeki araç ile karakola gelmesi ve alkollü olduğundan şüphe edilmesi üzerine teknik cihaz kullanılarak yapılan alkol muayenesinde ve daha sonra hastanede yapılan ikinci ölçümde yasal sınıрын üzerinde alkollü olduğunun tespit edildiği, davacının karakolda vermiş olduğu müşteki ifade tutanağında da, derneğe ait binaya verilen zararın kendisine telefonla bildirilmesi üzerine "ben de aracım ile müracaatta bulunmak üzere ... Polis Merkezi Amirliğine geldim" şeklinde ifadede bulunduğu, uyumsuzluk kapsamındaki bilgi ve belgeler ile davacının ifadesi bir bütün halinde değerlendirildiğinde davacının yasal sınıрын üzerinde alkollü olarak araç kullandığı sabit olup, bundan bahisle uyumsuzluk konusu olayda davanın reddine karar verilmesi gerekirken, aksi yöndeki İdare Mahkemesi kararında hukuka uyarlık bulunmadığına hükmedilmiştir*³³.

III. İDARİ PARA CEZASI VE SÜRÜCÜ BELGESİNE EL KONULMASI YAPTIRIMLARI

Kanun koyucu alkollü araç kullanma eylemi nedeniyle hem idari para cezası hem de sürücü belgesine geçici olarak el koyma şeklinde

32 "D.15.D, 27/10/2015, E:2015/4574, K:2015/6737 sayılı kararıyla; davacının kamyon şoförü ile tartışmasını müteakip 155 polis imdat hattını aradığı sabit olmakla birlikte aracında işlem tesisini gerektiren herhangi bir maddi hasar bulunmadığı hususunun görevlilerce tutanak altına alındığı ve davacının bu yönde herhangi bir iddia ve başvurusunun da olmadığı, karakolda davacı ile kamyon şoförü arasında hakaret suçundan dolayı işlem tesis edildiği, olay yerine intikal eden polis ekiplerince polis aracı ile karakola götürülmesi teklif edilmesine rağmen kendi arabası ile karakola gittiği, karakola kendi aracı ile gelen davacının 'alkollü' olduğunun polis, mağdur ve tanık ifadelerinde belirtildiği, davacının sürücü olduğu ve alkollü olduğu şüphesi üzerine alkolmetre ile yapılmak istenilen alkol kontrolüne izin vermediği gerekçesiyle dava konusu işlemlerin tesis edildiği görülmekte olup, bundan bahisle tesis edilen işlemlerde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmesi gerekirken, aksi yöndeki İdare Mahkemesi kararında hukuka uyarlık görülmediği gerekçesiyle bozulması" hakkında DİDDK, 01/02/2017, E.2016/3150, K.2017/283 sayılı kararı.

33 D.15.D, 16/05/2016, E.2016/85, K.2016/3571 sayılı kararı.



iki ayrı yaptırım düzenlemiştir³⁴. İdari para cezasının miktarı ile sürücü belgesine geçici olarak el konulma süresi olayın tekrerrürü durumunda artırım nedeni olarak öngörülmüştür. Buna göre, hususi araçlarda 0,50 promil, ticari araçlarda ise 0.21 promilin üzerinde alkollü olarak araç kullandığı tespit edilen şoföre ilk sefer için 700,00 TL idari para cezası ve sürücü belgesine altı ay süreyle el konulması cezası verilecektir. Alkollü araç kullanma fiilinin 5 yıllık tekrerrür süresi içinde tekrarı halinde ise bu yaptırımlar artırılmıştır³⁵. Beş yıllık tekrerrür süresi içindeki ilk tekrerrür durumunda (ikinci kerede) ilgili şoföre 877,00 TL idari para cezası ile sürücü belgesinin iki yıl süreyle geri alınmasına hükmedilecek iken üç

- 34 İdari yaptırımlar ve kolluk faaliyetleri konusunda ayrıntılı bilgi için bakınız. ÇAĞLAYAN, Ramazan, İdare Hukuku Dersleri, 6.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.; ATAY, Ender Ethem, İdare Hukuku, 4.Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014.; SANCAKDAR, Oğuz, ve diğerleri, İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı, 7.Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018. ; AKYILMAZ, Bahtiyar/SEZGİNER, Murat/KAYA, Cemil, **Türk İdare Hukuku**, 9.Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2018. ;ÇAĞLAYAN, Ramazan, İdari Yargılama Hukuku, 10.Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018.; AVCI, Mustafa ve diğerleri, Editör: AVCI, Mustafa/AKINCI, Müslüm, İdare Hukuku II, Lisans Yayıncılık, İstanbul, 2014. ;ÇAĞLAYAN, Ramazan, İdari Yargılama Hukuku, 10.Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018.; GİRİTLİ, İsmet/BİLGİN, Pertev/AKGÜNER, Tayfun, İdare Hukuku, Der Yayınları, İstanbul, 2011.; GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref/TAN, Turgut, İdare Hukuku Genel Esaslar, Cilt:1, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016.; ÖZAY, İl Han, **Günüşünde Yönetim**, Alfa Yayıncılık, İstanbul, 2002.
- 35 16.10.2012 tarihinde alkolmetre ile yapılan kontrolde davacının yasal sınıırın üzerinde 0,21 promil alkollü olduğunun tespit edilmesi üzerine, ikinci defa alkollü olarak araç kullandığından bahisle dava konusu işlemlerin tesis edildiği, davacının birinci defa alkollü olarak araç kullanırken yakalandığı tarihin emniyetin trafik bilgi sisteminde 12.06.2008 olarak görüldüğü, davacı tarafından 16.10.2012 tarihinde alkollü olarak araç kullandığına ilişkin yapılan tespitte itirazda bulunulmamakla birlikte, 12.06.2008 tarihinde yapılan tespitte ilişkin olarak itirazda bulunulduğu ve kendisinin bu tarihte herhangi bir şekilde alkollü olarak araç kullanırken yakalanmasının söz konusu olmadığı iddia edildiği, dava konusu işlemlere ilişkin tutanaktaki imzaların kendisine ait olmadığı iddiasında ve imzayı atan kişiler hakkında da yetkili Cumhuriyet Başsavcılığı nezdinde şikâyetle bulunulduğu, yargılama süreci sonunda da imzaların davacıya ait olmadığı, bir başka kişi tarafından davacıya ait bilgi ve belgelerin kullanıldığı ve davacı adına imzanın atıldığı, bahsi geçen kişinin de 24.03.2015 tarihinde resmi belgenin düzenlenmesinde yalan beyan suçundan mahkûm olduğu, suç ve cezaların şahsiliği ilkesi uyarınca, suç teşkil eden bir fiili işleyen kişinin suç karşılığı öngörülen cezaya da katlanacak kişi olduğu tartışmasız olup, dava dosyasına sunulan bilgi ve belgelerin incelenmesinden; davacı dışındaki bir başka kişi tarafından davacının ehliyetinin kullanıldığı ve bu hususun adli merciler önünde de bizzat kullanan kişi tarafından ikrar edildiği, bahsi geçen hususun Türk Ceza Hukuku kapsamında suç oluşturduğu ve yapılan yargılama sonucunda da davacının ehliyetini kullanan kişinin bu suçtan mahkûm olduğu, dolayısıyla 12.06.2008 günü alkollü olarak araç kullanan kişinin davacı olmadığına ortaya konulduğu görülmekte olup, buna göre davacı hakkında 16.10.2012 tarihinde ilk defa alkollü olarak araç kullandığı gerekçesiyle idari yaptırım uygulanması gerekirken, bu tarihte ikinci defa alkollü olarak araç kullanırken yakalandığından bahisle tesis edilen dava konusu işlemlerde hukuka uyarlık bulunmadığından iptaline karar verilmesi gerekirken aksi yöndeki İdare Mahkemesi kararında hukuka uyarlık bulunmadığı hakkında D.15.D, 18.11.2015, E.2015/5119, K.2015/7735 sayılı kararı



ve daha fazlası alkollü araç kullanma fiilinin gerçekleşmesi durumunda ise 1.407,00 TL idari para cezası ile her seferinde ayrı ayrı olmak üzere sürücü belgesine beşer yıl süreyle el konulması (geri alınması) cezası verilecektir. Burada her el koymaya ilişkin süre bittikten sonra diğer süre işlemeye başlayacaktır³⁶ (m.48/5). Bir başka ifadeyle, dört kere alkollü araç kullanımı nedeniyle hakkında işlem tesis edilen bir kişinin toplamda 12 yıl 6 ay süreyle sürücü belgesine el konulmuş olacaktır³⁷.

Ayrıca yapılan tespit sonucunda, 1.00 promilin üzerinde alkollü olduğu tespit edilen sürücüler hakkında ayrıca Türk Ceza Kanunu'nun 179 uncu maddesinin üçüncü fıkrası hükümleri uygulanacaktır³⁸ (m.48/6). Bu kişiler

36 15.05.2010 tarihinde 2918 sayılı Kanununun 48/5.maddesini ikinci kez ihlali nedeniyle davacının sürücü belgesine el konulmasına dair işlemin tesis edildiği, fakat sürücü belgesini fiilen yanında bulundurmaması sebebiyle fiili olarak el konulmadığı, olay günü davacının karıştığı maddi hasarlı kaza sonucunda 11.07.2014 tarihli davalı idare işlemleriyle davacının sürücü belgesine fiili olarak el konulduğu ve el koyma üzerine açılan davada, davalı idare tarafından dava dosyasına sunulan sürücü belgesi iptal detaylarına ilişkin belge incelendiğinde; davacı hakkında birinci defa tesis edilen sürücü belgesinin geri alınmasına ilişkin işlemin başlangıç tarihinin 09.02.2006, bitiş tarihinin 08.08.2006 olduğu, davacı hakkında ikinci defa tesis edilen sürücü belgesinin geri alınmasına ilişkin işlemin ise başlangıç tarihinin 15.05.2010, bitiş tarihinin 14.05.2012 olduğu, 14.05.2012 tarihi itibarıyla davacının sürücü belgesine el konulmasına ilişkin yaptırımın sona erdiği ve bu tarihten sonra davacının ehliyetine fiili olarak el konulamayacağı görülmekte olup, bundan bahisle uyumsuzluk konusu olayda dava konusu işlemin iptaline karar verilmesi gerekirken, farklı gerekçeyle dava konusu işlemi iptal eden İdare Mahkemesi kararında sonucu itibarıyla hukuka aykırılık bulunmadığı hakkında D.15.D, 11/11/2015, E.2015/5499, K.2015/7408 sayılı kararı.

37 Yapılan ölçüm sonucunda yasal sınırların üzerinde alkollü olarak araç kullandığı tespit edilen sürücüye 2918 sayılı Kanununun 48 inci maddesinin 5. fıkrasında belirtilen miktarlarda idari para cezası verilerek, son ihlalin gerçekleştiği tarihten itibaren geriye doğru beş yıl içinde sürücü belgeleri birinci defasında altı ay, ikinci defasında iki yıl, üç veya üçten fazlasında ise her seferinde beşer yıl süreyle geri alınır (Yönetmelik m.97/3-b).

38 Trafik güvenliğini tehlikeye sokma : (1) Kara, deniz, hava veya demiryolu ulaşımının güven içinde akışını sağlamak için konulmuş her türlü işareti değiştirerek, kullanılamaz hâle getirerek, konuldukları yerden kaldırarak, yanlış işaretler vererek, geçiş, varış, kalkış veya iniş yolları üzerine bir şey koyarak ya da teknik işletim sistemine müdahale ederek, başkalarının hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından bir tehlikeye neden olan kişiye bir yıldan altı yıla kadar hapis cezası verilir. (2) Kara, deniz, hava veya demiryolu ulaşım araçlarını kişilerin hayat, sağlık veya malvarlığı açısından tehlikeli olabilecek şekilde sevk ve idare eden kişi, iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (3) Alkol veya uyuşturucu madde etkisiyle ya da başka bir nedenle emniyetli bir şekilde araç sevk ve idare edemeyecek hâlde olmasına rağmen araç kullanan kişi yukarıdaki fıkra hükmüne göre cezalandırılır (5237 sayılı Kanun m.179);Mahkumiyet, 1.500,00 TL adli para cezasına ilişkin Antalya 13. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 09/04/2018 tarih ve E.2018/49, K.2018/359 sayılı sanık hakkında trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçundan verilen mahkumiyet kararında; usule ve esasa ilişkin herhangi bir hukuka aykırılığın bulunmadığı, delillerde veya işlemlerde herhangi bir eksiklik olmadığı, ispat bakımından değerlendirmenin yerinde olduğu hakkında, Antalya Bölge Adliye Mahkemesi, 11.Ceza Dava Dairesi, 06.07.2018, E.2018/1889, K.2018/2041 sayılı kararı; İddia, sanık savunması, alkolmetre çıktısı, adli rapor,



hakkında trafik güvenliğini tehlikeye sokma fiilinden ceza soruşturması açılarak haklarında ceza davası açılarak mahkûmiyetlerine karar verilebilecektir³⁹. Bunun için, trafik zabıtasının bu hususa ilişkin tuttuğu tutanaklarla birlikte diğer ilgili bilgi ve belgeleri adli zabıtaya teslim etmesi ve kişin yapılan ölçüm sonucunda 1.00 promilin üstünde alkollü olması gerekmektedir. Alkol ölçümü yapılan kişinin 1.00 promilin altında alkollü

nüfus-sabika kayıtları ile tüm dosya kapsamından; sanık H'nın olay günü ... plaka sayılı aracı ile seyir halindeyken durdurularak yapılan alkol ölçümünde 1.09 promil alkollü olduğunun tespit edildiği ileri sürülerek trafik güvenliğini kasten tehlikeye sokmak suçundan TCK.nun 179/3 maddesi yollamasıyla TCK.nun 179/2 maddesi gereğince cezalandırılması istemi ile kamu davası açılmış ise de; Adli Tıp Kurumu 5. İhtisas Kurulu raporlarında istikrarlı bir şekilde vurgulandığı üzere; alkollü bir şekilde trafikte seyreden bir sürücünün alkol konsantrasyonu hangi seviyede olursa olsun bireysel farklılıklar göstermekle birlikte trafik güvenliği açısından değişen derecelerde risk oluşturabileceği, ancak bu durumun tehlike arz edecek düzeyde olup olmadığı, dolayısıyla sürücünün tesiri altında bulunduğu alkol seviyesinde araç kullanması halinde, güvenli sürüş yeteneğini kaybedip etmediği, bireyin o andaki sürüş ehliyetini belirleyebilecek dikkat, algı, denge, refleks, psikomotor ve nöromotor koordinasyon gibi nörolojik, nistagmus, akomodasyon, görme gibi oftalmolojik ve genel durumunun tespitine yönelik detaylı dahili muayenesine yönelik tıbbi verilerin değerlendirilmesi ile mümkün olabileceği, ancak böyle bir tespit yapılmamış olsa bile bireysel farklılıkları da elimine edebilecek şekilde 1.00 promilden yüksek olarak saptanan alkol düzeyinin, güvenli sürüş yeteneğini kaybettireceğinin, bilimsel olarak kabulü gerektiği, sanık ...'nın olay günü yol kontrolünde durdurularak saat 02:06'da yapılan ölçümünde 1.09, saat 02:27'de alınan adli raporunda ise 0.93 promil alkollü olduğunun tespit edildiği, Yargıtay 12.Ceza Dairesi Başkanlığının 04/05/2016 tarih, 2015/11005 Esas, 2016/7868 Karar sayılı ilamında da belirtildiği üzere; ölçümler arasındaki saat farkının kısalığı dikkate alındığında sanığın lehine olan ikinci raporun esas alınmasının gerektiği, 1 saatte alkol miktarının 0.12-0.20 promil arasında düştüğü dikkate alındığında, lehine olan alt düzeydeki alkol miktarı 0.93 promile eklendiğinde sanığın yakalandığı saatteki alkol miktarının yaklaşık 0.99 promil olarak 1.00 promilin altında kaldığı, buna göre 0.99 promil derecesinde alkol kullanılmış olmasının kazası bulunmayan sanık hakkında trafik güvenliğini kasten tehlikeye sokmak suçundan cezalandırılması için yeterli olamayacağından CMK.nun 280/1-(a) maddesi de dikkate alınarak sanık tarafından yapılan istinaf başvurusunun kabulüne ve ilk derece mahkeme kararının kaldırılmasına, Sanık hakkında Isparta Cumhuriyet Başsavcılığının 09/01/2018 tarih, 2018/177 Esas sayılı iddianamesi ile trafik güvenliğini kasten tehlikeye sokmak suçundan TCK.nun 179/3 maddesi yollamasıyla TCK.nun 179/2 maddesi gereğince cezalandırılması istemi ile açılan kamu davasında; atılı suçun unsurlarının oluşmadığı, buna göre yüklenen eylemin kanunda suç olarak tanımlanmadığı anlaşıldığından CMK.nun 223/2-(a) maddesi gereğince beraatı hakkında, Antalya Bölge Adliye Mahkemesi 11. Ceza Dava Dairesi, 05.07.2018, E.2018/1862, K. 2018/2003 sayılı kararı.

- 39 Yapılan tespit sonucunda 1,00 promilin üzerinde alkollü olduğu tespit edilen ve 2918 sayılı Kanununun 48 inci maddesine göre işlem yapılan sürücüler, haklarında ayrıca 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 179 uncu maddesinin üçüncü fıkrası hükümlerine göre adli işlem yapılmak üzere mahalli zabıtaya teslim edilir (Yönetmelik m.97/3-d);Antalya 3. Asliye Ceza Mahkemesinin 25/01/2018 tarih, E.2017/336, K.2018/8 sayılı sanık hakkında trafik güvenliğini kasten tehlikeye sokmak suçundan verilen 2 ay 15 gün hapis cezasına ilişkin mahkûmiyet kararında; sanık lehine olan 1.14 promil olarak ölçülen alkol miktarı dikkate alındığında, usule ve esasa ilişkin herhangi bir hukuka aykırılığın bulunmadığı, delillerde veya işlemlerde herhangi bir eksiklik olmadığı, ispat bakımından değerlendirmenin yerinde olduğu saptandığından istinaf başvurularının reddi hakkında Antalya Bölge Adliye Mahkemesi, 11.Ceza Dava Dairesi, 21.09.2018, E.2018/2522, K.2018/2289 sayılı kararı.

olmasına rağmen almış olduğu alkolün etkisiyle güvenli bir şekilde araç sevk ve idare edemeyecek durumda olduğu tutanakla tespit edilmesi halinde de TCK'nın yukarıda anılan maddesi uyarınca işlem yapılmak üzere bilgi ve belgeler mahalli zabıtaya teslim edilebilir (Yönetmelik m.97/3-e). Adli yargı yerinde bu konuda yapılan yargılama sonucuna göre idari yargı yerinde verilen kararında değiştiği de görülmektedir⁴⁰.

Hususi otomobiller için 0.50 promilin ticari araçlar için ise 0.20 promilin üzerinde alkollü araç kullanımı nedeniyle trafik kazasına neden olan kişiler hakkında da eylemleri nedeniyle Türk Ceza Kanunu uyarınca işlem yapılacaktır (m.48/7; Yönetmelik m.97/5-ç).

Alkolün kandaki miktarını tespit amacıyla, kollukça teknik cihazlar kullanılmasını kabul etmeyen sürücülere⁴¹ 2.000,00 Türk Lirası idari para cezası verilir ve sürücü belgesi iki yıl süreyle geri alınacağı hüküm altına alınarak sürücülerin bu ölçümü yapmasından kaçınmasının önüne geçilmek istenilmiştir⁴² (m. 48/9 ve Yönetmelik 97/3-c⁴³). Bu düzenleme

40 *Belirlenen sınırdan üzerinde alkollü araç kullandığı gerekçesiyle dava konusu işlemler tesis edilmiş ise de, aynı olay nedeniyle İstanbul 60.Asliye Ceza Mahkemesinin E:2017/218 sayılı dosyasında davacı hakkında, "Alkol ve Uyuşturucu Maddenin Etkisi Altındayken Araç Kullanma" suçuyla dava açıldığı, yargılama sonucunda; sanığın araç kullandığına ilişkin herhangi bir tanık bulunmadığı, üzerine atılı suçu işlediğine ilişkin şüpheden uzak, inandırıcı, yeterli, kanuni başka bir delil de elde edilemediği belirtilerek beraat karar verildiği, Asliye Ceza Mahkemesinin anılan kararı dikkate alındığında, davacının alkollü araç kullandığının somut bilgi belgelerle ortaya konulduğundan bahsedilemeyeceği sonucuna ulaşıldığından davacının alkollü araç kullandığının hukuken kabul edilebilir açık, kesin ve tereddütte yer bırakmayan somut bilgi belgelerle ortaya konulmadığından tesis edilen işlemlerde hukuka uyarlık bulunmadığı hakkında İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 8. İdare Dava Dairesi, 24/10/2018, E.2018/1054, K.2018/1509 sayılı kararı.*

41 *Davacının kollukça teknik cihazlar kullanılmasını kabul etmediğinden bahisle 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununun 48/9 maddesi uyarınca sürücü belgesinin 2 yıl süreyle geri alınmasına ve idari para cezası verilmesine ilişkin işlemlerin iptali istemiyle açılan davada, olay günü otoyol bağlantılı yolda sabit radar uygulaması yapan sivil radar ekibinin kamera görüş alanında aracını durdurularak tek başına inen davacının yanına ekipten bir personelin gittiği, akabinde olay mahalline istenilen resmi ekip tarafından davacının alkolmetreyi üflemesinin istenildiği, davacının alkolmetre cihazına üflemeyi reddetmesi üzerine alkolmetre ret çıktısının alınarak dava konusu işlemlerin tesis edildiği ve bahsi geçen hususların tutanak altına alınarak görevlilerce imzalanmış olduğu, İdare Mahkemesi kararında her ne kadar "davacının aracının seyir halinde olmadığı, dolayısıyla alkollü olarak araç kullandığının tespit edilemediği" belirtilmiş ise de, dava dosyasında yer alan olay gününe ait CD' deki görüntüler incelendiğinde; "aracın hareket halinde olduğu ve davacı tarafından kullanıldığı" hususunun tartışmasız olduğu, dosya kapsamındaki tüm bilgi ve belgelerin değerlendirilmesinden davacının kollukça teknik cihazlar kullanılmasını kabul etmediğinin açık olduğu görülmekte olup, bundan bahisle uyumsuzluk konusu olayda davanın reddine karar verilmesi gerekirken, aksi yöndeki İdare Mahkemesi kararında hukuka uyarlık görülmediği hakkında D.15.D, 27.10.2015, E.2015/2990, K.2015/6749 sayılı kararı.*

42 *Teknik cihaz kullanılmasını kabul etmeyen sürücüye 2918 sayılı Kanunun 48 inci maddesinin dokuzuncu fıkrasında belirtilen miktarda idari para cezası verilir ve sürücü belgesi iki yıl süreyle geri alınır (Yönetmelik m.97/3-c).*

43 *18.07.1997 tarih ve 23053 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Karayolları Trafik Yönetmeliği'nin 19.02.2014 tarih ve 28918 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan hali ile değişen "Alkol, uyuşturucu*



ile birlikte artık üçüncü fıkrada düzenlenen teknik cihazla ölçümü kabul etmeme olasılığı da ortadan kalkmış bulunmaktadır⁴⁴. Alkollü araç kullanmadığına inanan kişi alkolmetre ile ölçümü yaptıracak ve ardından sonuca itiraz edecekse kandan en yakın sağlık kuruluşunda ölçüm yapılmasını sağlayacaktır. Yasal sınırların üzerinde alkollü olarak araç kullandığı tespit edilen sürücüler teknik cihaz kullanılmasını kabul etmeyen ve bu nedenle hakkında işlem yapılan sürücüler araç kullanmaktan men edilecektir⁴⁵ (Yönetmelik 97/3-ç⁴⁶).

veya uyarıcı maddeler etkisi altında araç sürme yasağı" başlıklı 97. maddesinin trafik görevlilerince sürücülerin alkol oranlarının tespitinde uygulanacak usul ve esasları gösteren 3. fıkrasının (c) bendinde ise; **"Teknik cihaz kullanılmasını kabul etmeyen sürücüye 2918 sayılı Kanununun 48 inci maddesinin dokuzuncu fıkrasında belirtilen miktarda idari para cezası verilir ve sürücü belgesi iki yıl süreyle geri alınır."** düzenlemesi yer almaktadır. Dava konusu edilen bu düzenleme; 2918 sayılı Kanununun 48. maddesinin 9. fıkrası ile aynı içeriktedir ve fıkranın uygulanmasını göstermektedir. Anılan Kanununun 48. maddesinin 9. fıkrasının Anayasa'ya aykırılık itirazını değerlendiren Anayasa Mahkemesi'nin 02.10.2014 tarih ve E:2014/65, K:2014/150 sayılı kararıyla reddedilmiş olması nedeniyle dava konusu düzenlemede, hukuka ve üst hukuk normlarına aykırılık bulunmamaktadır. D.15.D, 10/10/2017, E.2015/5153, K.2017/5391 sayılı kararı; D.15.D, 10/10/2017, E.2014/10116, K.2017/5392 sayılı kararı.

- 44 Davacıya olay günü trafik ekiplerince alkol kontrolü yapılmak istendiği ancak alkolmetre cihazına üfleme reddetmesi üzerine hakkında Karayolları Trafik Kanunu'nun 48/9 maddesi gereği işlem tesis edildiği, olaya ilişkin kolluk görevlilerince tutanak düzenlendiği ve alkolmetre ret çıktısının davacı tarafından imzalandığı, olayda mevcut deliller çerçevesinde davacının alkolmetre cihazına üfleme reddettiği hususunun sabit olduğu ve dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı görüldüğünden, uyuşmazlık konusu olayda davanın reddine karar verilmesi gerekirken, aksi yöndeki İdare Mahkemesi kararında hukuka uyarlık görülmediği hakkında D.15.D, 27/10/2015, E.2015/1771, K.2015/6750 sayılı kararı.
- 45 2918 sayılı Kanununun yukarıda bahsi geçen 48. Maddesi hükmü uyarınca sürücülerin kollukça teknik cihazlar kullanılarak ölçüm yapılmasını kabul etmeleri zorunlu olup, bu kuralın istisnası olarak bahsi geçen maddede; kişinin yaralanmalı veya ölümlü ya da kollukça müdahil olunan maddi hasarlı trafik kazasına karışması hâlinde ölçüme itiraz edebilmeleri veya cihaz ile ölçüm yapılmasına müsaade etmemeleri halleri yer verilmiştir. Uyuşmazlık konusu olayda ise; olay günü meydana gelen maddi hasarlı kaza sonucunda davacı hastaneye kaldırılmış, hastanede ölçüm yapılmasına müsaade etmemiş ve akabinde hastaneden ayrılmış olup, somut olayda artık davacının ölçüm yapılmasına müsaade etmeme hakkı bulunduğu bahsetme imkânı bulunmamaktadır. Bundan bahisle kollukça teknik cihazlar kullanılmasını kabul etmediği sabit olan davacı hakkında tesis edilen dava konusu sürücü belgesinin 2 yıl süreyle geri alınmasına ilişkin işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmesi gerekirken aksi yöndeki İdare Mahkemesi kararında hukuka uyarlık bulunmadığı hakkında D.15.D, 11/11/2015, E.2015/3863, K.2015/7413 sayılı kararı; D.15.D, 21/10/2015, E.2015/864, K.2015/6363 sayılı kararı; Davacının kollukça teknik cihazlar kullanılmasını kabul etmediği hususu tutanak ile sabit ve işlem tarihinde yürürlükte bulunan mevzuat hükümlerine göre de ölçüme veya ölçüm sonucuna itiraz eden sürücülerin sağlık kuruluşuna sevkine yönelik herhangi bir yükümlülük bulunmamakta olup, bundan bahisle davanın reddine karar verilmesi gerekirken, aksi yöndeki kararda hukuka uyarlık görülmediği hakkında, D.15.D, 09/10/2015, E.2015/540, K.2015/5882 sayılı kararı; İzmir Bölge İdare Mahkemesi 5. İdari Dava Dairesi, 18/09/2018, E.2018/1736, K.2018/1853 sayılı kararı.
- 46 Karayolları Trafik Yönetmeliği'nin 97. maddesinin 3. fıkrasının dava konusu (ç) bendinde ise; **"Yasal sınırların üzerinde alkollü olarak araç kullandığı tespit edilen**



Alkolmetre cihazını üflemeği reddedenlere idari para cezası ve sürücü belgesinin el konulması cezasının verileceğine ilişkin bu hükmün uygulanmaya başlaması üzerine aynı fiil nedeniyle mükerrer cezalandırma olup olmayacağı tartışma konusu olmuştur. Danıştay tarafından önüne gelen uyuşmazlıklarda her iki durumun kanunda ayrı ayrı düzenlendiği ve ayrı ayrı fiillerin yaptırma bağlandığı ifade edilerek her iki eyleminde birlikte cezalandırılabilmesine hükmedilmiştir. Anılan karara bakıldığında; “09.10.2015 tarihinde adli olayı müteakip trafik ekiplerince yapılan alkol denetiminde davacının alkolmetreye üflemede direndiği, sürücü belgesi istenilmesine rağmen göstermediği ve 2918 sayılı Kanun’un 48/9 maddesi uyarınca sürücü belgesinin 2 yıl süreyle geri alınarak aynı sebeple idari para cezası verildiği, daha sonra davacının olay yerine gelen asayiş ekiplerince hastaneye götürüldüğü, hastanede yapılan ölçümde 1,90 promil alkol tespit edilmesine istinaden davacının alkollü olarak araç kullandığından bahisle 2918 sayılı Kanununun 48/5 maddesi uyarınca sürücü belgesine 6 ay süreyle el konulduğu ve idari para cezası verildiği, olayda davacının ilk önce yapılmaya çalışılan alkol ölçümüne direndiği ve sürücü belgesi istenildiği halde vermediği, hastaneye götürülmesi üzerine de hastanede yapılan ölçümde de yüksek derecede alkollü olduğunun tespit edildiği görülmektedir. İdare Mahkemesince “tespitlerin her ikisinin de aynı denetime ilişkin olduğu” gerekçesiyle dava konusu işlemlerin iptaline karar verilmişse de, 2918 sayılı Kanununun 48/9. maddesinde yaptırma bağlanmış olan denetime uyulmaması eyleminin anılan Kanununun 48/5. maddesinde yaptırma bağlanmış olan alkollü araç kullanımı eyleminden bağımsız ve farklı bir eylem olması, etkili bir trafik denetiminin yapılması ve kamu otoritesinin sağlanması için öngörülen yaptırım ile alkollü araç kullanımı eylemi için öngörülen yaptırımın koruduğu hukuki değerlerin farklılığı dikkate alındığında her bir eylemin ayrı ayrı cezalandırılması gerektiği, davacının alkollü olduğu hususu tıbbi olarak ortaya konulduğuna göre de, davacının yasal sınıırın üzerinde alkollü olarak araç kullandığından bahisle 2918 sayılı Kanununun 48/5 maddesi uyarınca sürücü belgesine 6 ay süreyle el konulmasına ve idari para cezası verilmesine ilişkin işlemler yönünden de davanın reddine karar verilmesi gerekirken aksi yöndeki İdare Mahkemesi kararında hukuka uyarlık bulunmamaktadır⁴⁷.

sürücüler ile teknik cihaz kullanılmasını kabul etmeyen ve bu nedenle hakkında işlem yapılan sürücüler araç kullanmaktan men edilir.” düzenlemesine yer verilmiştir. Bu durumda alkollü olduğu veya alkol ölçümünü reddettiği gerekçesiyle sürücü belgesinin geri alınması kişinin, geri alma süresi boyunca araç kullanmaktan yasaklılığını ifade etmektedir. Yukarıda aktarılan yasal düzenlemeler karşısında, Kanunda yer alan sebeplerle sürücü belgesi geri alınan kişinin araç kullanmaktan men edileceğini düzenleyen ve bir anlamda kanuni düzenlemelerin tekrarı mahiyetindeki dava konusu Yönetmelik maddesinde hukuka, kamu yararı ve hizmet gereklerine aykırılık bulunmamaktadır. D.15.D, 10/10/2017, E.2015/5153, K.2017/5391 sayılı kararı.

47 D.15.D, 03/04/2017, E.2016/8344, K.2017/1498 sayılı kararı; D.15.D, 17/10/2016, E.2016/893, K.2016/4956 sayılı kararı.



Danıştay bu kararından önceki tarihli bir başka kararında ise; sürücülerin kollukça alkolmetre kullanılmasını kabul etmediklerinden bahisle bu fiillerine karşılık gelen idari yaptırımların uygulanmasını müteakip, alkollü olduklarının da tespiti üzerine ayrıca alkollü araç kullanmalarından dolayı da idari yaptırım uygulanması durumunda mükerrerlik söz konusu olacak, 2918 sayılı Kanun ile esas amaçlanan husus alkollü veya uyuşturucu /uyarıcı madde almış olarak araç kullanan sürücülerin tespiti ve cezalandırılması olduğu ve uyuşmazlık konusu olay kapsamında davacıya alkollü araç kullanmaktan dolayı da ayrıca idari yaptırım uygulandığından bahisle de; 'kollukça teknik cihazlar kullanılmasını kabul etmeme' fiilinden dolayı uygulanan idari yaptırımlar mükerrer ve hukuka aykırı hale geleceğini ifade ettikten sonra her ne kadar davacı hakkında 'kollukça teknik cihazlar kullanılmasını kabul etmeme' fiilinden dolayı idari para cezası verilmiş ise de, müteakip süreçte hastanede yapılan kontrolde davacının alkollü olduğu tespit edilmiş ve "Alkol, Uyuşturucu veya Uyarıcı Maddelerin Etkisi Altında Araç Sürme Yasağı" başlıklı madde ile hedeflenen nihai amaç hâsıl olmuş, bir başka deyişle sürücünün 'alkollü' olduğu tespit edilmiş ve bahsi geçen kabahate karşılık gelen idari para cezası verilmiş ve sürücü belgesi geri alınmış olup, açıklanan nedenlerle uyuşmazlık konusu olayda 'kollukça teknik cihazlar kullanılmasını kabul etmediğinden' bahisle tesis edilen işlemde hukuka uygunluk bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar verilmesi gerekirken, aksi yöndeki İdare Mahkemesi kararında hukuka uyarlık görülmediği şeklinde ifade edilmiştir⁴⁸. Danıştay önceki kararlarından vazgeçerek burada iki ayrı eylem düzenlendiği ve her eylemin ayrı ayrı idari yaptırıma konu edilebileceği yönündeki içtihadı benimsemiştir.

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu da Danıştay'ın bu görüşünü benimsemiş vebu hususu 2918 sayılı Kanun'un 48. maddesinde, alkollü araç kullanma ve kollukça teknik cihazlar kullanılmasını kabul etmeme fiilleri, ayrı ayrı ceza gerektiren fiiller olarak düzenlenmiştir. Ceza hukukunda, aynı somut ya da soyut olgular nedeniyle failin cezasının haksız yere ikinci kez artırılması ya da

48 D.15.D, 05/02/2016, E.2015/9217, K.2016/612 sayılı kararı; Alkolmetreyi üflemeyle reddeden sürücüye müeyyide olarak iki yıl ehliyetine el konulması ve 2.000-TL para cezası uygulaması öngörülmüş iken, bu eyleminin sonrasında sürücünün alkollü olup olmadığına teknik cihaz kullanılarak veya kan alımı yoluyla yapılan muayene sonucunda ortaya konulmasıyla artık sürücünün görevinin muayenesine direnme eyleminin varlığı sona ermiş olacak, başka bir anlatımla sürücünün şüpheli durumu açıklığa kavuşturulduğundan muayene ettirmeme fiili ortadan kalkmış olacaktır. Buna göre de aynı sürücünün ilk eyleminin devamında durumunda farklılık meydana gelmiş olduğundan alkolmetreyi üfleme talebine karşı direnmeden söz edilemeyeceğinden bu fiile karşılık olarak Yönetmelikte öngörülen cezanın verilmesi de mümkün olmayacaktır. Bu durumda, kollukça teknik cihazlar kullanılmasını kabul etmeme fiiliyle beraber sonrasında muayenesi yapılmış olan sürücülerin ikinci fiili nazara alınmak suretiyle belirlenen cezanın uygulanması veya alkolsüz olması durumunda ise herhangi bir müeyyide uygulanmaması gerekmektedir. D.15.D, 18/11/2015, E.2015/3915, K.2015/7728 sayılı kararı; D.15.D, 21/10/2015, E.2015/902, K.2015/6374 sayılı kararı.



indirilmesi yasağını ifade eden mükerrer değerlendirme yasağı kapsamında konu değerlendirildiğinde, her iki fiilin birbirinden bağımsız fiiller olduğu ve her bir fiil için Kanun'da farklı cezalar öngörüldüğü görülmekte olup, sürücülerin alkollü araç kullanma ve kollukça teknik cihazlar kullanılmasını kabul etmeme fiillerini işlemeleri durumunda, bu fiiller için öngörülen cezalar ile cezalandırılmaları, mükerrer değerlendirme yasağı kapsamında değerlendirilemez şekilde ifade etmiştir⁴⁹.

Ancak bazı bölge idare mahkemeleri Danıştay'ın yukarıda anılan içtihadından ayrılmıştır. Nitekim İstanbul Bölge İdare Mahkemesince önüne gelen bir davada “Davacı tarafından, yasal sınırmın üzerinde alkollü araç kullanıldığından bahisle sürücü belgesinin 6 ay süreyle geçici olarak geri alınmasına ve alkolmetre ile ölçüm yapılmasını kabul etmediğinden bahisle sürücü belgesinin 2 yıl süreyle geçici olarak geri alınmasına ilişkin 20/11/2016 gün ve 398 sayılı sürücü belgesi geri alma tutanağının iptali istemiyle açılan davada; uyuşmazlık konusu olayda, her ne kadar davacı hakkında ‘kollukça teknik cihazlar kullanılmasını kabul etmeme’ fiilinden dolayı idari para cezası verilmiş ise de, müteakip süreçte hastanede yapılan kontrolde davacının alkollü olduğu tespit edilmiş ve ‘Alkol, Uyuşturucu veya Uyarıcı Maddelerin Etkisi Altında Araç Sürme Yasağı’ başlıklı madde ile hedeflenen nihai amaç hâsıl olmuş, bir başka deyişle sürücünün ‘alkollü’ olduğu tespit edilmiş ve bahsi geçen kabahate karşılık gelen sürücü belgesi 6 ay süreyle geri alınmış olup, uyuşmazlık konusu olayda ‘kollukça teknik cihazlar kullanılmasını kabul etmediğinden’ bahisle tesis edilen dava konusu işlemin trafik sürücü belgesinin 2 yıl süreyle geri alınmasına ilişkin kısmında hukuka uyarlık görülmediği, davacının hastaneye sevki üzerine

49 Davacının olay günü trafik ekiplerini göreyerek durduğu ve aracın şoför koltuğundan inerek kaçmaya başladığı, kaçarken düşmesi üzerine yakalandığı ve üzerinde silah tespit edildiği, trafik ekiplerince alkol kontrolü yapılmak istenildiği; ancak, alkolmetre cihazına üfleme reddetmesi üzerine hakkında, Karayolları Trafik Kanunu'nun 48. maddesinin dokuzuncu fıkrası uyarınca ehliyetin geri alınması ve trafik para cezası verilmesine ilişkin işlemlerin tesis edildiği, davacının üzerinde bulunan ruhsatsız silah nedeniyle olay yerine çağrılan asayiş ekiplerince polis merkezine götürüldüğü, adli işleme esas olmak üzere sevk edildiği hastanede yapılan kontrol sonucu 1,98 promil alkollü olduğunun tespit edilmesi üzerine yine aynı Kanunun 48. maddesinin 5. fıkrası uyarınca ehliyetin geri alınması ve trafik para cezası verilmesine ilişkin işlemlerin tesis edildiği, davacının, Karayolları Trafik Kanunu'nun 48. maddesinin dokuzuncu fıkrası uyarınca tesis edilen işlemlerin iptali istemiyle açtığı davada; davacının alkollü olarak araç kullandığından bahisle, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 48. maddesinin 5. fıkrası uyarınca sürücü belgesinin geri alınması ve davacıya trafik idari para cezası verilmesine ilişkin işlemlerin dayanağı olan tespitler incelendiğinde ise; davacının aracın şoför koltuğundan inip kaçmaya başladığı hususunun, polis memurlarınca tutulan tutanak ile sabit olduğu ve üzerinde ruhsatsız silah bulunması nedeniyle götürüldüğü adli muayene sonucunda kanuni sınırmın (0,50 promil) üzerinde alkollü olduğu hususunun saptandığı görülmekte olup, davacı hakkında, alkollü araç kullandığından bahisle tesis edilen işlemlerde hukuka aykırılık ve anılan işlemlerin iptali yolunda verilen İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet görülmediği hakkında DİDDK, 16.01.2017, E.2016/4411, K.2017/17 sayılı kararı.



kan alınmak suretiyle yapılan ölçüm neticesinde 1,86 promil oranında alkollü olduğunun tespit edildiği, bu oranın yasal sınıırın üzerinde olduğu açık olup, davacının sübuta eren bu filinin karşılığı olarak davacının sürücü belgesinin 6 ay süreyle geri alınmasında hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle, davacının teknik cihazlar kullanılmasını kabul etmediğinden dolayı sürücü belgesinin 2 yıl süreyle geri alınmasına ilişkin işlemin iptaline, yasal sınıırın üzerinde alkollü araç kullandığından bahisle sürücü belgesinin 6 ay süreyle geçici olarak geri alınmasına ilişkin işlem yönünden davanın reddine ilişkin Bursa 3. İdare Mahkemesi'nce verilen 09/03/2017 tarih ve E:2016/1775, K:2017/406 sayılı kararın, davanın iptale ilişkin kısmına; davalı idarece istinaf başvurusu üzerine İstanbul Bölge İdare Mahkemesince anılan istem reddedilmiştir⁵⁰. Anılan kararıyla İstanbul Bölge İdare Mahkemesi de Danıştay'ın bu konudaki son içtihadından ayrılmış ilk kararlarındaki içtihadını kabul etmiştir⁵¹. Benzer yöndeki Danıştay'ın önceki içtihadı gibi kararlar İzmir Bölge İdare Mahkemesince de verilmiştir⁵².

50 İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 8. İdare Dava Dairesi, 26/09/2017, E.2017/1769, K.2017/1494 sayılı kararı; İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 8. İdare Dava Dairesi, 23/10/2018, E.2018/1115, K.2018/1477 sayılı kararı; Davacının sürücüsü olduğu ... plakalı aracın 13/03/2016 tarihinde karıştığı maddi hasarlı trafik kazası sonrası davacının alkolmetre ile alkol ölçümünü reddettiği iddiasıyla 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 48/9. maddesi uyarınca iki yıl süreyle sürücü belgesine el konulmasına ilişkin 13/03/2016 günlü işlemin iptali istemiyle açılan davada; davacı tarafından, alkol testinin Adli Tıpta yapılmasının talep edildiği ve Adli Tıpta yapılan alkol testi sonrasında, davacının alkollü olması nedeniyle hakkında 2918 sayılı Kanun'un 48/5. maddesine göre ayrıca sürücü belgesine altı ay süreyle el konulmasına dair işlemin tesis edildiği anlaşıldığından, davacının sürücü belgesine alkolmetreyi üflemediği iddiasıyla iki yıl süreyle el konulmasına ilişkin işlemde hukuka uygunluk bulunmadığı gerekçesiyle iptaline ilişkin İstanbul 12. İdare Mahkemesi'nce verilen 27/04/2017 tarih ve E:2016/2038, K:2017/848 sayılı kararına karşı yapılan istinaf işleminin reddi hakkında İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 8. İdare Dava Dairesi, 12/12/2017, E.2017/2233, K.2017/2196 sayılı kararı.

51 İstinaf başvurusuna konu olan mahkeme kararında, davacının polis memurlarının alkolmetre ile yaptıkları ölçüme itiraz ettiği, sürücü belgesi geri alma tutanağı ile idari para cezası tutanağını imzadan imtina ettiği, yapılan itiraz üzerine mevzuata aykırı olarak davacının en yakın adil tıp kurumuna veya adli tabipliğe veya Sağlık Bakanlığı'na bağlı sağlık kuruluşlarına götürülerek vücutundan kan, tükürük veya idrar gibi örnekler alınmadığından dava konusu işlemlerde hukuka aykırılık bulunmadığı sonucuna ulaşılmış ise de, dava konusu olayda, 2918 sayılı Yasanın yukarıya alıntısı yapılan hükümleri uyarınca, yaralanmalı veya ölümlü ya da kollukça müdahil olunan maddi hasarlı trafik kazası durumu söz konusu olmadığından, alkol kontrolüne yapılan itiraz sonucu, davacıların sağlık kuruluşuna sevkini zorunlu kılan bir husus bulunmadığı gibi, usulüne uygun olarak alkolmetre ile yapılan ölçüm sonucu yasal sınıırın üzerinde alkollü olduğu tespit edilen davacı hakkında düzenlenen işlemlerde hukuka aykırılık bulunmadığından, aksi yorumla dava konusu işlemlerin iptaline ilişkin mahkeme kararında hukuki isabet görülmediği hakkında İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 8. İdare Dava Dairesi 22/05/2018, E.2018/802, K.2018/930 sayılı kararı; İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 8. İdare Dava Dairesi, 28/03/2018, E.2017/2629, K.2018/607 sayılı kararı.

52 İzmir Bölge İdare Mahkemesi 5. İdari Dava Dairesi, 25/09/2018, E.2018/1364, K.2018/2007 sayılı kararı; İzmir Bölge İdare Mahkemesi 5. İdare Dava Dairesi, 12/12/2017, E.2017/1846, K.2017/2617 sayılı kararı.



Alkollü olarak araç kullanması nedeniyle son ihlalin gerçekleştiği tarihten itibaren geriye doğru beş yıl içinde sürücü belgeleri ikinci defa geri alınan sürücüler Sağlık Bakanlığınca, usul ve esasları İçişleri, Millî Eğitim ve Sağlık Bakanlıklarınca çıkarılacak yönetmelikte gösterilen sürücü davranışlarını geliştirme eğitimine; üç veya üçten fazla geri alınan sürücüler ise psiko-teknik değerlendirmeye ve psikiyatri uzmanının muayenesine tabi tutulacaktır (m.48/11).

Danıştay'a göre, aynı aracı iki farklı kişinin çok kısa aralıklarla kullanması halinde de aracı kullanan kişilere ilgili mevzuat hükümleri uyarınca ayrı ayrı işlem tesis edilebilecektir⁵³.

İstanbul Bölge İdare Mahkemesince önüne gelen bir başka davada ise; *Davacının sürücüsü olduğu ve adına kayıtlı bulunan ... plaka sayılı araçtan yüksek sesle müzik dinlemek suretiyle "gürültü kirliliği" yaratıldığına şikayet edilmesi üzerine aracın, .. İli, .. İlçesi, .. Mahallesi, .. Sokak ile ... Caddenin kesiştiği noktada polis memurlarınca 29.03.2016 gece saat 03:00'de durdurularak yapılan denetimde, sürücü koltuğunda oturan davacının ayakta duramayacak derecede alkollü olduğunun gözlemlendiği iddiasıyla alkol ölçüm cihazı ile yanında bulunan alkol miktarının ölçümünün yapılması üzerine, 1,68 promil alkollü olarak alkollü araç kullandığının anlaşılması ve son beş yıl içerisinde de üçüncü kez alkollü olarak araç kullandığının belirlenmesi üzerine 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 48. maddesi uyarınca sürücü belgesinin beş yıl süre ile geri alınmasına dair 29.03.2016 günlü ve 0379 sayılı işlem ile davacıya 1.698,00.- lira idari para cezası verilmesine ilişkin aynı günlü ve 452829 sayılı işlemin iptali istemiyle açılan davada, kanundaki alkol miktarının ölçümünden sonra davacının*

53 Olay günü saat 03:40 sıralarında davacının da içinde bulunduğu araçta yapılan trafik kontrolü sonrasında aynı araçta bulunan davacının arkadaşı hakkında 0,71 promil alkolle araç kullanmaktan işlem yapıldığı, bu işlemin peşinden 6 dakika sonra yine aynı araca ilişkin olarak davacı hakkında sürücü olarak alkolmetreye üflememesinden dolayı işlem tesis edildiği, alkolün kandaki miktarını tespit amacıyla teknik cihaz kullanılmasını kabul etmeyen kişi hakkında cezai işlem uygulanabilmesi için bu kişinin sürücü olması gerektiği, oysa dava konusu olayda ilk olarak araç sürücüsünün davacının arkadaşı olduğu ve alkollü araç kullanmaktan hakkında işlem tesis edildiği, bunun ardından 6 dakika sonra aynı aracın sürücüsünün davacı olduğu şeklinde işlem tesis edildiği, trafik kontrolü esnasında ve 6 dakika arayla aynı araçta iki farklı sürücü bulunmasının hayatın olağan akışına aykırı olduğu, böyle bir durumda davacının alkollü olarak araç kullandığından bahsedilemeyeceği gerekçesiyle davalı idare işlemlerinde hukuka uyarlık bulunmadığından bahisle dava konusu işlemlerin iptaline karar verildiği, davacının da içinde bulunduğu araçta yapılan trafik kontrolü sonrasında aynı araçta bulunan davacının arkadaşı hakkında yasal sınırların üzerinde alkolle araç kullanmaktan işlem yapıldığı esnada davacının aracı alarak kaçtığı, yaklaşık 6 dakika sonra kollukça yakalandığı ve yine aynı araca ilişkin olarak bu defa davacı hakkında sürücü olarak alkolmetreye üflememesinden dolayı işlem tesis edildiği, davacının sürücü olduğu ve kollukça teknik cihazlar kullanılmasını kabul etmediğinin sabit olduğu görülmekte olup, bundan bahisle davanın reddine karar verilmesi gerekirken, aksi yöndeki İdare Mahkemesi kararında hukuka uyarlık bulunmadığı hakkında D.15.D, 21/10/2015, E.2015/1244, K.2015/6364 sayılı kararı.



hastane laboratuvar ortamında kanındaki alkol miktarının ölçümünün yapıldığı ve yasal sınırının altında kanında alkol bulunulduğuna dair bir belirlemenin yapılmadığı, .. Asliye Ceza Mahkemesi'nde "trafik güvenliğini tehlikeye sokmak" suçundan davacı hakkında açılan dava sonucunda; anılan Mahkemenin, 12.05.2016, E:2016/178, K:2016/318 sayılı kararıyla davacının beraatine karar verildiği, İdare Mahkemesi'nce de, .. Asliye Ceza Mahkemesi'nin anılan "beraat" kararı esas alınarak işlemin iptaline karar verildiği, adli yargı düzeninde yer alan mahkemeler ile idari yargı düzeninde yer alan mahkemelerde aynı maddi vakıaya dayalı yapılan yargılama konularının ve varılan sonuçların her zaman örtüşemeyebileceği, idari yaptırımlara ilişkin kanunlarda yer alan düzenlemeler ile ceza kanunlarında yer alan kuralların birbirinden farklılık arz edebileceği hususları göz önüne alınarak her yargı düzeninde yer alan mahkemelerce, davaların görüm ve çözüme kavuşturulması gerektiğinden denetimin yapıldığı gün davacının aracı 1,68 promil alkollü olarak kullandığı açık bir şekilde belirlenmiş olup, kandaki alkol miktarının hatalı belirlendiğine yönelik bir hekim raporunun bulunmadığı da gözetildiğinde, 2918 sayılı Kanununun 48. maddesi hükümleri uyarınca idari para cezası uygulanmasında ve sürücü belgesinin beş yıl süreyle geri alınmasına dair işlemde hukuka aykırılık bulunmadığına karar verilmiştir⁵⁴.

IV. İDARİ YAPTIRIMA (SÜRÜCÜ BELGESİNE GEÇİCİ EL KOYMAYA) YETKİLİ BİRİMLER

Alkollü araç kullanma nedeniyle mevzuatta düzenlenen idari para cezalarını ve sürücü belgesine el koyma işlemini tesis edecek olan yetkili makamlarda ilgili madde metninde ifade edilmiştir. Buna göre, anılan işlemleri tesis etmeye yetkili olan makamlar, 2918 sayılı Kanununun 6. maddesinde sayılan kamu görevlileridir (m.48/12).

"Trafik zabıtasının görev ve yetki sınırı ile genel zabitanın trafik hizmetlerini yürütmeye ilişkin yetkisi" başlıklı 6. madde hükmünde trafik para cezası tesisine ve sürücü belgesini geçici almaya ilişkin işlemleri tesis etmeye yetkili olan kişiler trafik zabıtası ve genel zabıta olarak ifade edilmiş ve bu kişilere ilişkin tanımlara yer verilmiştir. Buna göre; bu konuda asıl görevli ve yetkili makam trafik zabıtası olup emniyet ve asayiş bakımından zorunlu haller dışında trafik zabıtasına genel zabıta görevi de verilemeyecektir. Trafik zabıtasının bulunmadığı veya yeterli olmadığı yerlerde ise, diğer polis görevlileri ile jandarma, trafik eğitimi almış subay, astsubay ve uzman çavuşlar bu işlemleri tesis etmeye yetkili olan makamlardır⁵⁵.

54 İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 8. İdare Dava Dairesi, 26/12/2017, E.2017/1990, K.2017/2310 sayılı kararı.

55 Trafik zabıtası ve genel zabitanın görev ve yetki sınırı; a) *Trafik zabıtası*: Trafik zabıtası görevi sırasında karşılaştığı acil ve zorunlu hallerde genel zabıta görevi yapmakla da



V. SÜRÜCÜ BELGELERİNİN İADESİ KOŞULLARI

Sürücü belgesine alkollü araç kullanma nedeniyle geçici olarak el konulan kişinin sürücü belgesini iade alabilmesi için bir takım koşulları getirmesi gerekmektedir. Öncelikle, kişinin sürücü belgesinin iadesi için sürücü belgesine el konulmasına ilişkin işlemde belirtilen 6 aylık, 2 yıllık, 5 yıllık sürelerin dolması birinci koşul olarak karşımıza çıkmaktadır. Burada Danıştay'ın son içtihatları da dikkate alındığında kişinin alkolmetre cihazını üflemeyle reddetmesi nedeniyle kişiye 2 yıllık sürücü belgesine el konulması kararı verilmişse bu sürenin de geçmesi (dolması) gerekmektedir. Ayrıca ilgili kişi hakkında trafik kurallarına aykırılık dolayısıyla 2918 sayılı Kanun hükümlerine göre verilmiş olan idari para cezalarının tamamının da tahsil edilmeli, bir başka ifadeyle sürücü belgesine el konulan kişi bu cezaları ödemelidir⁵⁶ (m.48/son fıkra).

yetkilidir. Mülki idare amirlerince, emniyet ve asayiş bakımından zorunlu görülen haller dışında, trafik zabıtasına genel zabıta görevi verilemez, araç, gereç ve özel teçhizatı trafik hizmetleri dışında kullanılamaz. b) Genel Zabıta: Trafik zabıtasının bulunmadığı veya yeterli olmadığı yerlerde polis; polisin ve trafik teşkilatının görev alanı dışında kalan yerlerde de jandarma, trafik eğitimi almış subay, astsubay ve uzman jandarmalar eliyle yönetmelikte belirtilen esas ve usullere uygun olarak trafiği düzenlemeye ve trafik suçlarına el koymaya görevli ve yetkilidir (2918 sayılı Kanun m.6).

- 56 *Yasal sınırnın üzerinde alkollü olarak araç kullanma fiilini birden çok işleyen davacının, 2918 sayılı Kanununun 48/5. maddesi hükmü uyarınca geri alınan sürücü belgesinin; Kanun'da öngörülen sürücü belgesinin geri alınması süresinin dolduğu iddiasıyla iadesi istemiyle yaptığı başvurunun reddine dair 16.12.2016 günlü ve 162758 sayılı işlemin iptali istemiyle açılan davada; sürücü belgesinin iadesi isteminde bulunan davacının, birden fazla alkollü olarak araç kullandığının tespit edilmes üzerine trafik polis memurlarınca sürücü belgesinin geri alınmasına dair işlemlerin tesis edildiği, 2918 sayılı Kanununun 48/5. maddesi hükmü uyarınca, davacının yasal sınırnın üzerinde alkollü olarak araç kullanma eylemi işlediği iddiasıyla, ilk olarak 13.12.2005 tarihinde altı ay süreyle sürücü belgesinin geri alındığı, anılan madde hükmü uyarınca tekerrür süresi içinde 1,64 promil alkollü olarak araç kullandığının tespiti üzerine 16.05.2017 günlü ve 105 sayılı işlem ile ikinci kez ve iki yıl süreyle sürücü belgesinin geri alındığı, 06.02.2010 tarihinde 1,71 promil alkollü olarak araç kullandığının tespiti üzerine 90714 sayılı işlem ile beş yıl süreyle geri alındığı, 29.04.2010 tarihinde de 1,79 promil alkollü olduğunun tespiti üzerine aynı günlü ve 65918 sayılı işlem ile sürücü belgesinin beş yıl süreyle geri alındığı, idari yaptırım kararlarına istinaden istenilen ceza miktarlarını ödediğini ve yaptırımlarının mükerrer kaydedildiğini ileri süren davacının; Kanun'da öngörülen sürücü belgesinin geri alma süresinin dolduğu iddiasıyla iadesi istemiyle yaptığı başvurunun reddine dair 16.12.2016 günlü ve 162758 sayılı işlemin iptali istemiyle bakılan dava açıldığı, davacının sürücü belgelerinin geri alınmasına dair işlemlerin iptaline dair bir yargı kararı dava dosyasına sunulmadığı gibi; davacı tarafından da bu doğrultuda bir iddiada bulunulmamıştır. Dolayısıyla mükerrer olan bir kaydın, ikincisi silinse bile, ilk kayıt geçerlidir. Mükerrer kaydın silinmesi nedeniyle sürücü belgesinin geri alma süresinin dolduğu iddiasına bu nedenle itibar edilmemesi olanağı bulunmadığı gibi, davalı idarece tesis edilen işlemde de, mükerrer kaydın silindiği belirtilmekle birlikte, sürücü belgelerinin geri alınmasına dair işlemlerin iptaline dair bir yargı kararı olmadığı ve sürücü belgesinin geri alınma sürelerinin dolmadığına dair vurguda bulunulduğundan, davacının sürücü belgesinin geri alınmasına dair işlemlerin iptaline dair yargı kararı bulunmaması ve sürücü belge geri alma sürelerinin işlem tarihi itibarıyla dolmamış olması karşısında, ilgili Yasa*

Anılan ödemelerin yapıldığına dair dekont vb belgelerin idareye ibrazı gerekmektedir. Bunun dışında başkaca bir şart getirilmişse bu şartları da sağlanmalıdır (Yönetmelik m.97/6). Geçici olarak geri alınan sürücü belgesinin teslim edilebilmesi için 2918 sayılı Kanun hükümlerine göre verilmiş idari para cezalarının tahsil edildiğine dair bilgilerin Gelir İdaresi Başkanlığından elektronik sistemle alınması halinde belge ibrazı zorunluluğu aranmamaktadır (Yönetmelik m. 97/7).

Danıştay alkollü araç kullanması nedeniyle sürücü belgesinin geçici olarak geri alınmasına ilişkin kaydının silinmesi istemine ilişkin uyuşmazlıkta ise, davacının bu istemini yerinde görerek aksi yönde tesis edilen işlemin iptali gerektiğini ifade etmiştir. Anılan karara bakıldığında; *“Alkollü olarak araç kullanması nedeniyle sürücü belgesinin geçici olarak geri alındığına ilişkin Polnet kaydının silinmesi”⁵⁷ ya da arşive alınarak sorgulamada görünmemesinin sağlanması istemiyle yapılan başvurunun reddine ilişkin... Valiliği İl Emniyet Müdürlüğü’nün işleminin iptali istemiyle açılan davada İdare Mahkemesi’nce; 2918 sayılı Kanununun 132. maddesinde; “Araçların, sürücülerin ve trafik suçu işleyenlerin sicilleri, bunlara ait hukuki ve teknik değişiklikler ile diğer gerekli ve istatistiki bilgilere ait kayıtlar ve hizmetler Emniyet Genel Müdürlüğü bünyesindeki Bilgi İşlem Merkezi tarafından tutulur ve yürütülür.” hükmüne yer verildiği, davacının ilgili veri tabanından silinmesi ya da sorgulamada görünmemesini istediği alkollü olarak araç kullanması nedeniyle sürücü*

hükümleri uyarınca tesis edilen işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı hakkında İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 8. İdare Dava Dairesi, 26/04/2018, E.2018/390, K:2018/801 sayılı kararı.

- 57 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanununun 7. maddesinde, bu Kanun ve ilgili diğer Kanun hükümlerine uygun olarak işlenmiş olmasına rağmen, işlenmesini gerektiren sebeplerin ortadan kalkması halinde kişisel verilerin resen veya ilgili kişinin talebi üzerine veri sorumlusu tarafından silineceği, yok edileceği ya da anonim hale getirileceği, kişisel verilerin silinmesi, yok edilmesi veya anonim hale getirilmesine ilişkin diğer kanunlarda yer alan hükümlerin saklı olduğu düzenlenmiş olup, 2918 sayılı Kanununun trafik suç ve cezalarının kaydedilmesi konusunda genel düzenleme içeren 132. maddesinin anılan hüküm aksine düzenleme içermediği anlaşıldığından davanın 6698 sayılı Kanun hükümleri ile birlikte incelenmesi gerektiği, buna göre 2918 sayılı Kanununun 48/5. maddesinde beş yıllık tekrerrür süresi getirildiğinden, alkollü araç kullanmak nedeniyle sürücü belgesinin geçici olarak geri alınmasına ilişkin infaz edilmiş cezalara ilişkin kayıtların yalnızca bu süre içerisinde saklanması gerektiği, beş yıllık süre geçtikten sonra verinin işlenmesini/saklanmasını gerektirir kanuni sebebin ortadan kalkmış sayılacağı, anılan kayıtların talep üzerine veya resen silinmesi ya da Kanunda getirilen anonim hale getirme imkânından faydalanılarak ilgili kişinin kimlik bilgilerinden arındırıldıktan sonra saklanması gerektiği sonucuna varılmaktadır. Ayrıca, aktif olmayan cezalara ilişkin kayıtların saklanmasında veri sorumlusu idarenin istatistiki veriler elde etme yönünden menfaati bulunmakla birlikte, ilgili kişiler yönünden somut olayda iddia edildiği üzere çalışma hürriyeti, mülkiyet hakkı gibi temel hak ve özgürlüklerin kullanılması konusunda olumsuz durumlar oluşabileceğinden, yalnızca istatistiki veri elde etmeye yönelik kamu menfaatinin verinin işlenmesini/saklanmasına dayanak oluşturmayacağı, idarenin bu amacına yukarıda belirtildiği üzere veriyi anonim hale getirerek de ulaşabileceği açıktır. D.15.D, 07/06/2016, E.2015/9295, K.2016/4046 sayılı kararı.



belgesinin geri alındığına ilişkin 09.01.2008 tarihli kaydın bu madde kapsamında tutulduğunun anlaşıldığı, anılan maddede sürücülerin ve trafik suçu işleyenlerin kayıtlarının tutulacağına düzenlenmesine karşın söz konusu kayıtların belli bir süre geçtikten sonra silineceğine ya da sorgulamada gösterilmeyeceğine yönelik düzenleme bulunmadığından, davacının bu istemle yaptığı başvurusunun reddine ilişkin dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmişse de, uyuşmazlıkta; davacının sürücü belgesinin 2918 sayılı Kanununun 48/5. maddesi uyarınca alkollü olarak araç kullanması nedeniyle altı ay süreyle geri alındığı, cezanın infaz edildiği, anılan maddede tekerrür hükümlerinin uygulanması için öngörülen beş yıllık süre içerisinde aynı fiilin işlenmediği, bu nedenle söz konusu ceza ve bu cezaya bağlı olarak tutulan kaydın aktif olmadığı anlaşıldığından, davacı hakkında 09.01.2008 tarihinde 2918 sayılı Kanununun 48/5. maddesini ihlal ettiğinden bahisle tutulan kaydın Polnet sistemi üzerinde tutulan sürücü belgesi detay/iptal bilgileri kısmında görünür biçimde işlenmesinin/saklanması hukuki dayanağı bulunmadığından, tesis edilen işlemde hukuka aykırılık görülmemiştir⁵⁸.

VI. ANAYASAYA AYKIRILIK İDDİASI

2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun "Uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin kullanılıp kullanılmadığı ya da alkolün kandaki miktarını tespit amacıyla, kollukça teknik cihazlar kullanılmasını kabul etmeyen sürücülere 2000 Türk Lirası idari para cezası verilir ve sürücü belgesi iki yıl süreyle geri alınır." şeklindeki 48. maddesinin 9. fıkrasının Anayasa'ya aykırı olduğu gerekçesiyle çeşitli idare mahkemelerince yapılan itiraz üzerine konuyu değerlendiren Anayasa Mahkemesi anılan hükmü Anayasa'ya uygun bularak bu konudaki itiraz başvurularının reddine karar vermiştir⁵⁹.

Anılan Anayasa Mahkemesi kararında; "İtiraz konusu kuralın trafikte etkin bir şekilde alkol ve uyuşturucu madde denetimi yapılması suretiyle toplum sağlığını ve düzenini tehdit eden trafik kazalarının önlenmesini sağlamak dolayısıyla kişilerin can ve mal güvenliğini ve kamu düzenini korumak amacıyla öngörüldüğü anlaşılmaktadır. Bu düzenlemenin anayasal sınırlar içinde kanun koyucunun takdirinde olduğu açıktır. Bu bağlamda kanun koyucu, trafikte uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin kullanılıp kullanılmadığı ya da alkolün kandaki miktarını tespit amacıyla, kollukça teknik cihazlar kullanılmasını kabul etmeme eyleminin trafik düzeni ve denetimi üzerinde meydana getireceği neticeleri dikkate alarak caydırıcı bir şekilde cezalandırılmasını benimsemiştir. Dolayısıyla kanun koyucunun, takdir yetkisine dayanarak ve eylemin meydana

58 D.15.D, 07/06/2016, E.2015/9295, K.2016/4046 Sayılı kararı.

59 Anayasa Mahkemesi 02.10.2014, E:2014/65, K:2014/150 sayılı kararı için bkz.12.12.2014 gün ve 29203 sayılı Resmi Gazete.



getireceği neticeleri de dikkate alarak düzenlediği itiraz konusu kuralda hukuk devleti ilkesi ile çelişen bir yön bulunmamaktadır.

Başvuru kararlarında, alkollü araç kullanımı için öngörülen yaptırımlar ile kuralda öngörülen yaptırım karşılaştırılarak aralarında orantısızlık bulunduğu belirtilmişse de kuralda yaptırıma bağlanmış olan denetime uyulmaması eyleminin alkollü araç kullanımı eyleminden bağımsız ve farklı bir eylem olması, kuralın alkol denetimini kabul etmeyen sürücüler yanında uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin denetimini kabul etmeyen sürücüler için de geçerli olan ortak bir hüküm niteliğinde olması ve uyuşturucu veya uyarıcı madde aldığı tespit edilen sürücüler için de 3.600 Türk Lirası idari para cezası ve sürücü belgesinin beş yıl süreyle geri alınması yaptırımının öngörülmüş olması birlikte değerlendirildiğinde düzenlemenin kendi içinde tutarlı ve ölçülü olduğu da açıktır.

Öte yandan, Anayasa'nın 10. maddesinde yer verilen eşitlik ilkesi hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil, hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak kanun karşısında eşitliğin ihlali yasaklanmıştır. Kanun önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'da öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez.

İtiraz konusu kuralda etkili bir trafik denetiminin yapılması ve kamu otoritesinin sağlanması için öngörülen yaptırım ile alkollü araç kullanımı eylemi için öngörülen yaptırımın getiriliş amacının başka bir ifadeyle yaptırıma bağlanan anılan eylemlerin koruduğu hukuki değerlerin farklılığı dikkate alındığında bu eylemlerin faillerinin aynı konumda bulunmadıkları ve tümüyle aynı kurallara tabi tutulmalarının gerekmediği açıktır. Dolayısıyla, trafikte alkollü araç kullanan sürücüler ile trafikte yapılan alkol denetime uymayan sürücüler hukuksal anlamda aynı konumda bulunmadıklarından, bu kişilere uygulanacak olan yaptırımlardaki farklılıklar eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmez." gerekçelerine yer verilmek suretiyle itirazların reddine karar verilmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin bu kararından sonra 2918 sayılı Kanununun 48/9. madde hükmünün Anayasaya uygun olduğu ve dolayısıyla anılan madde uyarınca da kişilerin alkolmetre cihazına üfleme reddetmesinin kişiyi bu bentte belirtilen yaptırımlara maruz kalması sonucunu doğuracağı tartışmasız hale gelmiştir.



SONUÇ

Ülkemizde gerçekleşen alkollü araç kullanma nedeniyle gerçekleşen trafik kazaları ile bu kazaların sebep olduğu ölüm, yaralanma ve maddi hasarların ülkemiz ekonomisine verdiği zararların büyüklüğü dikkate alındığında alkollü olarak araç kullanmanın mutlak yasak olması yerinde bir düzenlemedir. Kişilerin alkol alıp almadığı bu konuda görevli ve yetkili olan kolluk kuvvetlerince yerine getirilmektedir. Anılan düzenlemelere bakıldığında hususi araç şoförlerinin 0.50 promil, ticari araç şoförlerinin ise 0,21 promilden fazla alkollü olması halinde kanunda düzenlenen idari para cezaları ve idari yaptırımlar uygulanacaktır. İlk kez alkollü olarak tespiti yapılan kişi altı ay süreyle sürücü belgesine el konulurken, tekrarı halinde iki yıl ve beş yıl süreyle aynı işlem uygulanacaktır.

Alkollü olarak araç kullanan kişilerin alkolmetre cihazı ile yapılan ölçüme izin vermemeleri, ölçüm yaptırmak istememeleri nedeniyle kanun koyucu yeni bir düzenleme getirerek bu durumdaki kişilerin de alkollü olup olmadığına bakılmaksızın idari yaptırıma bağlamıştır. Bu kişilerin sürücü belgelerine iki yıl süreyle geçici olarak el konulacaktır. Alkolmetre cihazını üfleme reddeden kişinin daha sonra bir şekilde alkol ölçümü yapılması ve alkollü çıkması halinde iki ayrı idari yaptırıma maruz kalıp kalmayacağı konusu tartışılmıştır. Danıştay önceleri burada iki ayrı müeyyide ile kişinin cezalandırılmayacağına hükmederken sonraki kararlarında bu görüşünden vazgeçmiştir. Ancak hala Danıştay'ın önceki içtihadı gibi karar veren bölge idare mahkemeleri de bulunmaktadır.

Öte yandan alkolmetre cihazı ile yapılan ölçümden sonra hastane ortamında kandaki alkol oranı vücuttan kan alınarak yapılan ölçümlerde mevzuatta öngörülen oranların altında bir değer çıkması halinde iki ölçüm arasında geçen süre dikkate alınacak ve çıkan sonuca göre kişinin alkollü olup olmadığına karar verilecektir. Gerek Danıştay gerekse bölge idare mahkemelerinin bu yönde kararları bulunmaktadır.

Karayolları Trafik Kanunu ve ilgili mevzuat hükümleri uyarınca kişilerin alkollü olup olmadığının tespiti alkolmetre denilen cihazlarla yapılmaktadır. Bu cihazların kalibrasyon ayarları yapılmış olmalı, ölçüm sonucu alkolmetre cihaz fişlerinde ölçüm tarihi, seri numarası, ölçüm sonucu yer almalıdır. Ayrıca ilgili kolluk kuvvetlerince alkol ölçümü sağlıklı bir şekilde doğru kişilere yapılmalıdır. Aksi yöndeki tespitler yargı yerlerince bu nedenlerle iptal edilecektir.

Çalışmamızda sadece ilgili Kanun ve Yönetmelik hükümlerine ilişkin açıklamalara yer verilmiş olup, bu işlemlere karşı açılacak olan davaların



görüreceği yargı yolu hakkındaki Uyuşmazlık Mahkemesi, Danıştay ve bölge idare mahkemesi kararlarına yer verilmemiştir. Anılan mevzuat hükümlerine göre tesis edilen işlemlere karşı açılacak olan davalarda görevli ve yetkili mahkeme konusu ise ayrı bir çalışma konusu yapılacak olan bir husustur. Aynı çalışma içinde idari yargı yerlerinin görevli olması halinde bölge idare mahkemeleri arasındaki içtihat farklılıkları halinde içtihat birliğinin ne şekilde sağlanacağı konusu da ele alınmalıdır.



KAYNAKLAR

- AKYILMAZ, Bahtiyar/SEZGİNER, Murat/KAYA, Cemil, **Türk İdare Hukuku**, 9.Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2018.
- ATAY, Ender Ethem, **İdare Hukuku**, 4.Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014.
- AVCI, Mustafa ve diğerleri, Editör: AVCI, Mustafa/AKINCI, Müslüm, **İdare Hukuku II**, Lisans Yayıncılık, İstanbul, 2014.
- ÇAĞLAYAN, Ramazan, **İdare Hukuku Dersleri**, 6.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.
- ÇAĞLAYAN, Ramazan, **İdari Yargılama Hukuku**, 10.Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018.
- GİRİTLİ, İsmet/BİLGİN, Pertev/AKGÜNER, Tayfun, **İdare Hukuku**, Der Yayınları, İstanbul, 2011.
- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref/TAN, Turgut, **İdare Hukuku Genel Esaslar**, Cilt:1, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016.
- ÖZAY, İl Han, **Günüşiğinde Yönetim**, Alfa Yayıncılık, İstanbul, 2002.
- SANCAKDAR, Oğuz, ve diğerleri, **İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı**, 7.Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018.

DİSİPLİN HUKUKUNDA TEVHİDEN CEZALANDIRMA

(*Unified Punishment In Disciplinary Law*)

Dr. Yunus ERASLAN¹

ÖZ

İdarelerin statü ilişkisi içinde bulunduğu kişilerin, statü ilişkisine aykırı davranışlarında idarece disiplin cezası uygulanmaktadır. Disiplin suç ve cezalarında kanunilik ilkesi geçerlidir. Kural olarak işlenen her suçun karşılığında bir disiplin cezası uygulanmaktadır. Birden fazla disiplin suçu işlenmesi halinde ise birden fazla disiplin cezası verilecektir. Bazen uygulamada birden çok disiplin suçu işleyen kişilere, idare tarafından tek disiplin cezası verilebilmektedir. Bu yöntem tevhidten cezalandırma olarak adlandırılmaktadır. Tevhiden cezalandırma yönteminin disiplin hukukundaki yeri ve yargısal denetiminin açıklığa kavuşturulması gerektiği açıktır.

Anahtar Kelimeler: Disiplin cezası, tevhidten cezalandırma, disiplin suçu, takdir yetkisi, yargısal denetim.

ABSTRACT

In cases where individuals which are in status relationship with the administration act uncorformalble with this status relationship, disciplinary penalties are imposed. Disciplinary offenses and penalties apply the principle of legality. As a rule, one disciplinary penalty is imposed for each offense committed. In cases where more than one disciplinary offence has been committed, more than one disciplinary penalty is imposed. However, in practice, the administration can impose one single disciplinary penalty to a person having committed more than one disciplinary offense. This method is named as unified punishment. It is obvious that the status of the unified punishment method in disciplinary law and its judicial review need to be made clear.

Keywords: Disciplinary penalty, unified punishment, disciplinary offense, discretion, judicial review.

¹ Konya Bölge İdare Mahkemesi Üyesi, ab97707@adalet.gov.tr.

GİRİŞ

Belli bir topluluğun veya kurumun iç düzenini sağlamak amacıyla mevzuatta disiplin suç ve cezaları öngörülmüştür. Disiplin suçu işleyen kişilere, bu suça tekabül eden disiplin cezası verilir. Kural olarak işlenen her disiplin suçu karşılığında mevzuatta öngörülen ceza uygulanır. Mevzuatta birden fazla disiplin suçu için tek ceza öngörülmesi halinde bu ceza uygulanabilir. Ancak bazen birden fazla disiplin suçu işleyen kişiye, mevzuatta öngörülmediği halde idarece tek ceza uygulaması yapılabilmektedir. Bu durum tevhiden cezalandırma olarak nitelendirilmektedir.

Çalışmamızda genel olarak disiplin suç ve cezalarına ilişkin kısa bilgilendirme yapılarak, disiplin hukukunda tevhiden cezalandırmanın tanımı ve açıklamasına yer verilmiş ve tevhiden cezalandırma yönteminin fikri içtima ile arasındaki ilişki, tevhiden cezalandırma ile alt ceza uygulamasının bir arada uygulanıp uygulanamayacağı irdelenmiştir. Çalışmada tevhiden cezalandırmanın yargısal denetimi ele alınmış ve mahkemelerin tevhiden cezalandırma yöntemine yaklaşımı detaylı şekilde incelenmiştir.

I. DİSİPLİN HUKUKUNDA TEVHİDEN CEZALANDIRMA

A. Genel Olarak

Disiplin; yasalara ve kurallara uyma eğilimi; alınan emirleri tartışmasız yerine getiren kişinin niteliği; idari düzen içerisinde yer alanların uymakla mükellef olduğu kuralların tümünü ifade etmektedir². Disiplin kavramı, cezayı çağrıştırırsa da, disiplin ceza uygulaması ile sınırlı bir kavram değildir³.

Disiplin kuralları, genel olarak iç düzeni ilgilendirir ve kamusal işlevi olan bir topluluğun mensuplarına, belli kurallara tabi olan ve bağımsız olarak meslek icra edenlerle (avukat, eczacı gibi) bazı kamu hizmetlerinden yararlananlara (öğrenci, hükümlü gibi) uygulanır⁴.

2 SÜRBAHAN Sadrettin, **Disiplin Cezaları ve Uygulaması**, İçişleri Bakanlığı Yayınları, 1976, s. 13.

3 BAŞ Türker/ARDIÇ Kadir, "Verimlilik İçin İş Disiplini ve Etkin Disiplin Sisteminin Kurulması", **Amme İdaresi Dergisi**, C. 36, S. 3, Eylül 2003, s. 131.

4 ATAY Ender Ethem, **İdare Hukuku**, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara, 2016, s. 940; SANCAKDAR Oğuz, **Disiplin Yaptırımını Olarak Devlet Memuriyetinden Çıkarma ve Yargısal Denetimi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2001, s. 119; ÇİFTÇİOĞLU Cengiz Topel, "2802 Sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanununa Göre Hâkim ve Savcılar Disiplin Soruşturmaları", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 13, S. 1, 2011, s. 131.



İdare ile şahıslar arasındaki statüsel ilişkiden kaynaklanan idarenin ceza uygulama yetkisi disiplin hukuku olarak nitelendirilmektedir⁵.

Disiplin suçu ise, belli bir statü içinde olan kişilerin, bu statüye ilişkin kurallara uymaması nedeniyle oluşan olumsuz durumu ifade eder⁶. Disiplin hukuku'nda bir eylemin disiplin suçu oluşturabilmesi için, ortada bir fiilin olması, bu fiilin görevle ilgili olması ve işlenen fiilde ilgilinin kusurlu olması gerekir⁷.

Devlet memurları için öngörülen müspet ve menfi ödevlere aykırı yapılan davranışlar, kurumun iç düzenini bozacağından disiplin suçları olarak belirtilmiş ve bu suçlar için disiplin cezaları öngörülmüştür⁸.

Akyılmaz/Sezginer/Kaya'ya göre disiplin suçu "memurların, devlet memurluğu statüsünü düzenleyen kurallara uymamaları nedeniyle kurum düzenini bozan fiillerine" denir⁹. Gözler/Kaplan'a göre disiplin suçu "memurun görev veya sıfatıyla ilgili kusurlu bir fiili"dir¹⁰.

Kurum düzenini bozan eylemlere uygulanan yaptırıma disiplin cezası denir¹¹. Disiplin cezası, kamu görevlilerini vazifesine tam olarak bağlamayı hedefleyen, kamu görevlisinin onurunu korumayı amaçlayan kurallardır¹².

Devlet memurları için disiplin suç ve cezaları, esas olarak 657 sayılı Devlet Memurları Kanununda düzenlenmiştir. Birçok kamu kurum ve kuruluşunun kendi kamu görevlilerine yönelik olarak özel kanunlarında hususi hükümler getirilmekte, özel kanun hükmünde açıklık bulunmaması durumunda ise Devlet Memurları Kanununa atıf yapılmaktadır.

B. Tevhiden Cezalandırma Müessesesi

"Tevhid" kelimesinin sözlük anlamı, Allah'ın birliğine inanma, bir sayma, bir olarak bakma, birkaç şeyi bir araya getirme, birleştirme

5 ÖZAY İlhan, **İdari Yaptırımlar**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1985, s. 43; AKGÜNER Tayfun, **Kamu Personel Yönetimi**, Der Yayınları, İstanbul, 1998, s. 197.

6 DİLEK Muzaffer, "Memur Disiplin Hukukunun ve Disiplin Soruşturmasının Temel Esasları", **Türk İdare Dergisi**, S. 423, 1999, s. 27.

7 D12D, 26/02/2015, E. 2011/4276, K. 2015/709 sayılı kararı, www.uyap.gov.tr, erişim tarihi 13.06.2018.

8 GÜNDAY Metin, **İdare Hukuku**, İmaj Yayıncılık, Ankara, 2011, s. 16, 124.

9 AKYILMAZ Bahtiyar/SEZGİNER Murat/KAYA Cemil, **Türk İdare Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015, s. 665.

10 GÖZLER Kemal/KAPLAN Gürsel, **İdare Hukuku Dersleri**, Ekin Yayınları, Bursa, 2014, s. 662.

11 TAN Turgut, **İdare Hukuku**, Ankara, 2015, s. 530-531.

12 ERDOĞDU Ahmet, "Yeni Disiplin Cezaları", **Danıştay Dergisi**, S. 1, 1973, s. 6-7.

anlamlarında kullanılmaktadır¹³. Tevhidin sözlük anlamından olan birkaç şeyi bir araya getirme veya birleştirme anlamı, disiplin hukukunda yer bulan tevhiden cezalandırmanın temelini oluşturmaktadır.

Disiplin hukuku açısından tevhiden cezalandırma, birden fazla disiplin suçuna birden çok disiplin cezası verilmesi gerekmesine karşın, her bir disiplin suçu için ayrı ayrı ceza takdir edilmeyerek tüm disiplin suçları için tek ve genellikle en ağır disiplin cezasının verilmesi şeklinde ortaya çıkmaktadır¹⁴.

Disiplin hukukunda tevhiden cezalandırmada, birbirinden bağımsız birden fazla fiil vardır. Bu fiillerin her biri ayrı disiplin cezasını gerektirmekte ise de, idare her fiile ayrı ceza tayin etmemektedir. Tevhiden cezalandırmada idare, disiplin cezası gerektiren bir veya birden fazla fiile ceza vermektен feragat etmektedir. İdare, disiplin suçu teşkil eden eylemlere ayrı ayrı ceza vermeye yetkili olmasına karşın bu yetkisini kullanmamaktadır.

Tevhiden cezalandırmada, idarenin en ağır disiplin cezasını verme zorunluluğu bulunmamaktadır. Aynı disiplin cezasını gerektiren birden fazla eylem için ayrı ayrı disiplin cezası verilmeyerek, tek disiplin cezası verilmesi durumunda da tevhiden cezalandırma söz konusu olmaktadır. Konuya ilişkin İstanbul Bölge İdare Mahkemesi bir kararında “Anadolu Lisesi’nde öğretmen olarak görev yapan davacının, 657 sayılı Yasa’nın 125/A-b,e,h maddeleri uyarınca tevhiden uyarma cezası ile cezalandırılmasına işlemin iptali istemiyle açılan davada, davacı hakkında isnat olunan 657 sayılı Kanununun 125/A-b,e,h bendinde yer alan fiiller sübuta ermediğinden bu fiillere karşılık gelen uyarma cezası ile cezalandırılmasına dair tesis edilen dava konusu işlemde hukuka uygunluk bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptali yolunda

13 http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.5b4f39ebb87e90.5103401.

14 ERASLAN Yunus, **Türk Hukukunda Yargı Mensuplarının Disiplin Sorumluluğu**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 268; konuya ilişkin idare mahkemesi bir kararında “Soruşturma Raporunda; davacının kurumun işleyişinde işbirliği yapmamasının 657 sayılı Kanununun 125/A-h maddesinde belirtilen “Görevin işbirliği içinde yapılması ilkesine aykırı davranışta bulunmak” kapsamına girdiği, yine davacının okul müdürüne “bu adam” diye hitap etmesi fiilinin aynı Kanununun 125/B-c maddesinde belirtilen “Görev sırasında amire hal ve hareketi ile saygısız davranmak” kapsamına girdiğinin belirtilmesi sonrasında davacının tevhiden 657 sayılı Kanununun 125/B-c maddesi uyarınca tevhiden kınama cezası ile tecziye edilmesine ilişkin işlemin tesis edilmesi üzerine, anılan kınama cezasının iptali istemiyle bakılan davanın açıldığı, davacı hakkındaki iddiaların yapılan soruşturmada alınan tanık ifadeleri ile sübuta erdiğinin anlaşıldığı, bu nedenle davacının eylemlerine karşılık olarak 657 sayılı Kanununun 125/B-c maddesi uyarınca tevhiden kınama cezasıyla tecziyesine ilişkin davaya konu işlemde hukuka aykırılık görülmediği gerekçesiyle davanın reddine” karar verilmiştir; Bursa 2. İdare Mahkemesi 10/11/2014, E. 2014/119, K. 2014/1066 sayılı kararı, uyap.gov.tr, e. t. 10.07.2018.



*verilen mahkeme kararını onayan Sakarya (Kapatılan) Bölge İdare Mahkemesi'nin 20/05/2016 gün ve E:2016/763, K:2016/1199 sayılı kararına yapılan karar düzeltme isteminin kabulüne ve davanın reddine*¹⁵ karar verilmiştir.

Kanaatimce disiplin suçu teşkil eden fiillerin tümü için, en hafif disiplin cezası gerektiren fiilin karşılığındaki disiplin cezası da tevhiden ceza olarak verilebilir. Çünkü tevhiden cezalandırmada idarenin geniş takdir yetkisi bulunmaktadır. Tevhiden ceza, soruşturma kapsamındaki suç teşkil eden tüm fiilleri kapsamaktadır. Tüm fiiller için disiplin cezası verilmiş sayılmaktadır.

Tevhiden cezalandırmada, disiplin suçu teşkil eden bazı fiillerin karşılığında verilmesi gereken disiplin cezası, tevhiden verilen cezadan daha hafif veya daha ağır bir ceza olsa dahi, bu fiillere de disiplin cezası verilmiş sayılmaktadır.

Tevhiden cezalandırmada, tevhiden cezanın kapsadığı suç teşkil eden fiillerin aynı soruşturma kapsamında olması zorunluluğu da bulunmamaktadır. Aynı kişi hakkında farklı disiplin soruşturması konusu eylemler için tek disiplin cezası verilmesi durumunda da, tevhiden cezalandırma söz konusu olmaktadır.

Netice olarak tevhiden cezalandırmadan bahsedebilmek için aynı kişinin, birden fazla disiplin cezası gerektiren eylemlerinin bulunması, bu eylemlere tek ceza verilmesi yeterlidir. Disiplin cezası gerektiren eylemin tekliği halinde tevhiden cezalandırmadan bahsedilemez. Danıştay bir kararında *"uyuşmazlık konusu olayda, davalı idarece, davacının sınıf yönetimi konusunda yetersiz olduğu, yazılı imtihanları gelişigüzel okuduğu, öğrencilere cevap anahtarlarını ve yazılı kağıtlarını göstermediği, kağıdını görmek isteyen öğrencileri not düşürmekle tehdit ettiği, zümre arkadaşları ile işbirliği içinde çalışmadığı ve sorunlar yaşadığı, zümre başkanına verilmesi gereken evrakları zamanında vermediği, zümre arkadaşlarıyla konuşmadığı, derslere geç girdiği, ders denetimlerinde derslere hazır olmadığını görüldüğü, derslerinin öğrencilere kitaptaki etkinlikleri deftere yazdırma şeklinde geçtiği iddialarının her biri yönünden getirilen teklif doğrultusunda 1702 sayılı Kanunun 20/1 ve 20/7. maddeleri uyarınca tevhiden "tevbih" ve 657 sayılı Kanunun 125/A-a maddesi uyarınca "uyarma" cezalarının tesis edildiği görülmekte ise de; esasen davacıya izafe edilen fiillerin mahiyet itibarıyla aynı olduğu, davacı öğretmenin genel olarak düzensiz davranması ve derslere geç gelmesi, dersleri usulü dairesinde işlememesi gibi durumların davacının psikolojik rahatsızlığı da dikkate alındığında tek bir fiil olarak değerlendirilerek gerekirse 1702 sayılı Kanun uyarınca ihtar*

¹⁵ İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 2. İdari Dava Dairesi, 25.10.2016, E. 2016/917, K. 2016/232 sayılı kararı, uyap.gov.tr, e. t. 10.07.2018.



cezası verilebilecekken birden fazla fiilin varlığı kabul edilerek ayrı ayrı ceza tayin edilmesi sonucunda tevhiden “tevbih” ve 657 sayılı Kanununun 125/A-a maddesi uyarınca “uyarma” cezaları verilmesinin yerinde olmadığı, davacıya izafe edilen fiilin tam karşılığının 1702 sayılı Kanunda mevcut olduğu, olayda 657 sayılı Kanunun uygulanma koşullarının ise hiçbir suretle gerçekleşmediği açık olduğundan dava konusu işlemlerin iptaline karar verilmesi gerekirken yukarıda yazılı gerekçeyle davanın reddine karar verilmesinde hukuki isabet görülmediği¹⁶ne hükmetmiştir.

Farklı kişilerin işlediği ve disiplin suçu teşkil eden fiiller hakkında da tevhiden cezalandırma yoluna gidilemez.

C. Tevhiden Cezalandırmanın Yasal Temeli

Türk personel veya öğrenci hukuku disiplin mevzuatında, tevhiden cezalandırma müessesesine ilişkin bir yasal düzenlemeye yer verilmemiştir. Tevhiden cezalandırma müessesesinin, idarenin takdirene geliştirdiği bir uygulama olduğu anlaşılmaktadır.

İdarece disiplin işlemlerinde yapılan tevhiden cezalandırma yöntemi yargı kararlarına konu olmuş, yargı mercileri tarafından verilen kararlar doğrultusunda çeşitli “Genelge” ler yayımlanmıştır. Milli Eğitim Bakanlığı İnsan Kaynakları Genel Müdürlüğünün 26.07.2012 tarihli ve disiplin işlemleri ve tevhiden cezalandırma konulu genelgesinde, Danıştay kararlarının dikkate alındığı, işlenen fiillere ilişkin olarak aynı kanunda yer alan eylemler için tevhiden teklif getirilebileceği, farklı kanunlarda düzenlenen fiiller için bu yönetime başvurulamayacağı belirtilmiştir¹⁷. Bu düzenlemeyle, tevhiden cezalandırma usulünün mevzuatta ilk kez düzenlendiği anlaşılmaktadır.

D. Tevhiden Cezalandırmada İdarenin Takdir Yetkisi

Disiplin suç ve cezalarını düzenleyen mevzuatta yer verilmeyen “tevhiden cezalandırma” yöntemi, disiplin soruşturma raporlarında getirilen teklifler ve disiplin amiri veya disiplin kurullarınca verilen cezalarla uygulama alanı bulmaktadır. Tevhiden cezalandırmanın kanuni bir dayanağı bulunmadığından, tevhiden cezalandırma uygulamasında idarenin geniş bir takdir yetkisi ortaya çıkmaktadır.

Tevhiden cezalandırmada ilgililerin birden fazla disiplin suçu içeren fiillerine karşın, ilgililere idare tarafından yalnızca bir ceza verilmesi

16 Kapanan Sakarya Bölge İdare Mahkemesi, 11.03.2015, E. 2014/2689, K. 2015/701 sayılı karar, uyap.gov.tr, e. t. 14.07.2018.

17 <https://www.memurlar.net/haber/266893/meb-den-personelin-disiplin-islemleri-hakkinda-yeni-genelge.html>.



nedeniyle ilgili lehine bir durum oluşmaktadır. Zira, bu hallerde idare, disiplin cezası gerektiren bir veya birden fazla fiile ceza vermekten feragat etmektedir.

Tevhiden cezalandırma usulü kanuni bir düzenlemeye dayanmadığından, idarenin takdir yetkisini sınırlayan bir kanun hükmü de bulunmamaktadır. Bu nedenle disiplin hukukunda uygulama alanı bulan tevhidden cezalandırmada idarenin takdir yetkisinin çerçevesi ve sınırı, yargı kararlarıyla çizilecektir. Danıştay, tevhidden cezalandırma yöntemi uygulamasında idarenin takdir yetkisi olduğunu kabul etmiştir¹⁸.

Tevhidden cezalandırmada idare, genellikle soruşturma kapsamındaki en ağır disiplin cezasını gerektiren fiilin karşılığındaki cezayı takdire vermektedir¹⁹. Aynı kişinin farklı soruşturma kapsamındaki fiillerinden dolayı, idarenin tevhidden cezalandırma yöntemine başvurması da mümkündür. Bu durum, tevhidden cezalandırmada, idarenin takdir yetkisinin başka bir kullanım alanıdır.

Disiplin suç ve cezalarının farklı kanunlarda düzenlenmesi halinde, bu suçlar için tevhidden ceza verilir verilmeyeceği hususunun da açıklığa kavuşturulması gerekir. Danıştay farklı kanunlarda düzenlenen disiplin suçları için tevhidden ceza uygulamasının kişi lehine bir uygulama olduğundan hukuka aykırı olmadığı görüşündedir. Danıştay konuya ilişkin bir kararında, *“İstanbul 3. İdare Mahkemesi”nce verilen 17/12/2008 tarih ve E:2008/538; K:2008/2451 sayılı kararla; düzenlenen soruşturma raporunda davacı hakkında iddia olunan bir eylemi nedeniyle, 1702 sayılı yasanın 21/1 maddesi gereğince “ders ücretlerinin kesilmesi” cezası ile cezalandırılmasının gerektiği belirtildiği, yine iki eylemi nedeniyle de 657 sayılı yasanın 125/B-a maddesi gereğince “kınama” cezası ile cezalandırılması gerektiği belirtildikten sonra tevhidden 1702 sayılı yasanın 21/1 maddesi uyarınca ders ücretlerinin kesilmesi cezası ile cezalandırılmasının teklif edildiği, yasal olmayan tevhidden cezalandırma yönteminin 657 ve 1702 sayılı Kanun gibi tamamen birbirinden farklı hükümler içeren iki farklı Kanunda sayılan eylemlere uygulanarak teklifte bulunulmasında ve bu teklif doğrultusunda tesis edilen dava konusu işlemin iptaline karar verildiği,...*

Nitekim Anayasal bir hak olan “hak arama hürriyeti” gereği kanuni yollara başvuran kişilerin durumlarını daha da ağırlaştıracak şekilde karar verilmesine hukuken olanak bulunmadığından, ilgililere idare tarafından yalnızca bir ceza verilmesinin bu kişiler lehine bir durum olması karşısında, bu disiplin cezasının iptali istemiyle açılan davalarda tevhidden ceza verilemeyeceği ve her fiil için

18 D12D, 14.12.2012, E. 2009/7379, K. 2012/1138 sayılı karar, uyap.gov.tr, e. t. 15.06.2018.

19 D12D, 11.12.2014, E. 2014/3142, K. 2014/8856 sayılı karar, uyap.gov.tr, e. t. 15.06.2018.

ayrı ceza verilmesi gerektiği yolunda karar verilmesi, dava açan kişiler aleyhine sonuçlar doğuracağından söz konusu Anayasal hakka aykırılık teşkil edeceği açıktır.

Bu durumda, işin esasına girerek karar verilmesi gerekirken, tevhiden cezalandırma yönteminin yasal olmadığı ve 657 ve 1702 sayılı Yasa'larda düzenlenen fiiller için tevhiden ceza verilemeyeceği gerekçesiyle dava konusu işlemin iptali yolunda verilen kararda hukuki isabet görülmediği"²⁰ ne karar vermiştir. Farklı kanunlarda düzenlenen suçlar için de idarenin tevhiden ceza verebilme yetkisinin bulunması, takdir yetkisinin geniş olduğunun açık bir göstergesidir.

E.Tevhiden Cezalandırmada Yargısal Denetim

Tevhiden cezalandırma işlemlerine ilişkin yargı kararlarında, tevhiden cezalandırma işleminin yasal bir dayanağı bulunmadığı, "tevhiden cezalandırma" yönteminin, soruşturma raporlarında yapılan teklifler ve verilen disiplin cezalarıyla uygulama kazandığı, yapılan disiplin soruşturmalarında getirilen tekliflerin her bir fiil için hukuki nitelendirilmesinin ayrı ayrı yapılarak disiplin cezası teklifinde bulunulması gerektiği, yasal dayanağı bulunmayan tevhiden cezalandırma yönteminin uygulanarak teklifte bulunulmasında ve bu teklif doğrultusunda verilen cezada hukuka uygunluk bulunmadığı yönündeydi²¹. Ancak baskın olan ve Danıştay'ın son yıllarda kabul ettiği görüş, tevhiden cezalandırmanın kişilerin lehine bir durum olduğu ve aksi bir yorumun kanuni yollara başvuran kişilerin durumlarını daha da ağırlaştıracak şekilde karar verilmesine yol açacağından hukuka uygun olduğu yönündedir²².

Tevhiden cezalandırma usulünün kanuni bir dayanağının bulunmaması nedeniyle, bu işlemlerin yargısal denetiminde mahkemelerin geniş bir takdir yetkisi olduğu düşünülebilir. Ancak tevhiden cezalandırma usulünde ilgililere idare tarafından yalnızca bir ceza verilmesiyle bu kişiler lehine bir durum oluşması nedeniyle, mahkemeler idarenin takdir

20 D12D, 16.05.2013, E. 2009/2940, K. 2013/4055 sayılı karar, uyap.gov.tr, e. t. 15.06.2018.

21 D12D, 21.10.2008, E. 2006/5270, K. 2008/5337 sayılı kararı; aynı yönde D12D, 12.07.2010, E. 2010/1775/, K. 2010/3992 sayılı kararı; D12D, 20.11.2007, E. 2007/3130, K. 2007/5274 sayılı kararı; D12D, 18.09.2009, E. 2008/7571, K. 2009/4655 sayılı kararı, www.uyp.gov.tr, e. t. 06.06.2018.

22 D12D, 21.01.2011, E. 2008/2962, K. 2011/188 sayılı kararı; D12D, 02.10.2012, E. 2009/2390, K. 2012/5584 sayılı kararı; D8D, 05.02.2013, E. 2010/9997, K. 2013/589 sayılı kararı; DİDD, 18/02/2013, E. 2008/1027, K. 2013/518 sayılı kararı, DİDD, 07/10/2015, E. 2013/4736, K. 2015/3261 sayılı kararı, D12D, 18.10.2017, E. 2014/5351, K. 2017/4923 sayılı kararı; D8D, 16.04.2018, E. 2016/5765, K. 2018/2123 sayılı kararı, www.uyp.gov.tr, e. t. 06.06.2018.



yetkisinin hukuka uygunluk denetiminde, idarenin takdir yetkisini ortadan kaldıracak şekilde denetim yapamamaktadır. Bunun nedeni ise, tevhiden cezalandırmanın kişiler lehine olması ve Anayasal bir hak olan “hak arama hürriyeti” gereği kanuni yollara başvuran kişilerin durumlarını daha da ağırlaştıracak bir durumun ortaya çıkmasına engel olmaktadır²³.

Tevhiden verilen bir disiplin cezasının yargısal denetiminde, hangi fiillerin hukuki denetiminin yapılacağı da önem arz etmektedir. Çünkü tevhiden cezalandırmada, disiplin suçu teşkil eden birden fazla fiile tek ceza verilmektedir. Bu ceza genellikle, suç teşkil eden fiillerin birinin karşılığında öngörülen cezadır. Yargısal denetimde, disiplin suçu teşkil eden tüm fiillerin sübute erip ermediğinin mahkemelerce tespit edilmesi zorunluluğu var mıdır? Tevhiden verilen cezanın mahkemelerce iptal edilmesi için, hangi fiilin sübute ermediğinin saptanması gerekir? Tüm fiillerin mi sübute ermediği tespit edilmeli, yoksa tevhiden verilen cezaya karşılık gelen fiilin sübute ermediğinin saptanması yeterli midir? Ya da disiplin suçu teşkil eden fiillerden birinin sübute ermediğinin tespiti, tevhiden verilen cezayı hukuka aykırı kılacak mıdır?

Tevhiden cezalandırma kararının yargısal denetiminde, kaç ayrı fiil nedeniyle tevhiden ceza verilmişse her fiilin ayrı ayrı sübute erip ermediğinin incelenmesi gerekmektedir²⁴. Tevhiden cezalandırmanın yargısal denetiminde, sübute erdiği kanaatine varılan bir fiilin tek başına tevhiden verilen cezayı gerektirmesi halinde işlem sonuç itibarıyla hukuka aykırı bulunmayacaktır²⁵. Bu durumda disiplin suçu teşkil eden diğer fiillerin sübute ermemesi tevhiden verilen disiplin cezasını sakatlamayacaktır.

Birden fazla fiil için en ağır cezayı gerektiren fiilin karşılığındaki

23 DİDD, 07/10/2015, E. 2013/4736, K. 2015/3261 sayılı kararı; D12D, 14.11.2014, E. 2010/3594, K. 2014/7463 sayılı kararı, www.uyap.gov.tr, e. t. 05.06.2018.

24 İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 2. İdari Dava Dairesi, 25.10.2016, E. 2016/917, K. 2016/232 sayılı kararı; Danıştay bir kararında, *dava konusu işlemden “tevhiden” ifadesine açıkça yer verilmese de her iki fiil için getirilen teklifler doğrultusunda davacının 657 sayılı Yasanın 125. maddesinin C/1 ve D/f fıkraları uyarınca cezalandırıldığı vurgulanarak zimnen tevhiden cezalandırmanın kabul edildiği, ancak davacının özel eğitim kurumunda görevli olması nedeniyle bu cezanın (tevhiden verilen kademe ilerlemesinin durdurulması) 5580 sayılı Yasanın 9. maddesi uyarınca neticeden 1/3 oranında aylıktan kesme cezası olarak uygulandığı, bu durumda, davacıya isnat edilen ve dava konusu işlemden belirtilen her iki eylem de ayrı ayrı değerlendirilerek bir karar verilmesi gerekirken, sadece ikinci fiil yönünden denetim yapılarak eksik inceleme ile verilen kararda hukuki isabet bulunmadığına, karar vermiştir. D8D, 26.12.2012, E. 2009/6191, K. 2012/11353 sayılı kararı, uyap.gov.tr, e. t. 10.07.2018.*

25 Benzer yönde İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 2. İdari Dava Dairesi, 25.10.2016, E. 2016/917, K. 2016/232 sayılı kararı, uyap.gov.tr, e. t. 10.07.2018.

disiplin cezası verilmişse ve yargısal denetimde en ağır cezaı gerektiren fiilin sübuta ermediği kanaatine varılması halinde, tevhiden cezalandırma işlemi hukuka aykırı hale gelecektir. Çünkü diğer fiiller için öngörülen disiplin cezası, tevhiden verilen disiplin cezasından daha alt cezadır. Disiplin suçu teşkil eden birden fazla fiile, bu fiiller için öngörülen disiplin cezasından daha ağır bir tevhid cezası verilmesi için açık bir kanuni düzenlemeye ihtiyaç vardır.

Her ne kadar tevhiden cezalandırma konusunda disiplin mevzuatımızda bir hüküm yer almamakta ise de, 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanununun 70. maddesinde dolaylı olarak tevhiden cezalandırma müessesesine yer verilmiştir. 2802 sayılı Kanunda, sicilden silinmesi mümkün olan disiplin cezası uygulanmasına neden olmuş bir fiil veya davranışın, disiplin cezalarının sicilden silinmesini düzenleyen 75. maddedeki²⁶ müddetler içinde tekrarlanması veya aynı nevi disiplin cezasını gerektiren birden fazla fiil veya davranışın bir arada bulunması durumunda bir derece ağır disiplin cezası verilecektir (2802 SK m. 70/1).

2802 sayılı Kanununun 70/1. maddesinde yer alan, aynı tür disiplin cezasını gerektiren birden çok eylem veya davranışın bir arada bulunması hallerinde bir derece ağır disiplin cezası verilmesi gereken durum tekerrürle ilgili bir durum değildir. Bu durum, tevhiden cezalandırma yönteminin kanunla düzenlenmiş özel bir halidir²⁷.

Disiplin hukukunda tevhiden cezalandırma usulü, idari uygulama ve yargısal içtihatlarla yer bulmuş olmakla birlikte, yargı organlarınınca idareyi tevhiden tek bir ceza vermeye zorlamak da hukuken mümkün değildir²⁸.

Konya Bölge İdare Mahkemesi 3. İdari Dava Dairesi konuya ilişkin bir kararında, uyarı, kınama ve aylıktan kesme cezası gerektiren fiilleri işleyen ilgili hakkında tevhiden kınama cezası ile cezalandırılması gerekirken, tevhiden verilen aylıktan kesme cezası kararının hukuka uygun olmadığı yönünde verilen mahkeme kararına yapılan istinaf başvurusunun reddine karar vermiştir²⁹. Ancak mahkeme kararı ve istinaf

26 2802 SK madde 75. "hakkında meslekten çıkarma ile yer değiştirme disiplin cezalarından başka bir disiplin cezası tesis edilen hâkim ve savcılar, uyarı, kınama ve aylıktan kesme cezasının kesinleşme tarihinden itibaren dört yıl, kademe ilerlemesi ile derece yükselmesini durdurma cezasının kesinleşmesi tarihinden itibaren altı yıl sonra HSK'ya müracaat ederek disiplin cezasının sicillerinden silinmesini talep edebilirler. İlgilinin kanunda yazılı süreler içerisindeki sicilinde bulunan belgelerle kanıtlanan tutum ve davranışları ile mesleki başarısı, talebini haklı kılaacak nitelikte görülmesi durumunda, disiplin cezasının sicilden silinmesine karar verilir".

27 ERASLAN, s. 279.

28 D12D, 14.12.2012, E. 2009/7379, K. 2012/1138 sayılı karar, uyap.gov.tr, e. t. 15.06.2018.

29 Konya Bölge İdare Mahkemesi 3. İdari Dava Dairesi istinaf isteminin reddine dair bir

isteminin reddine dair kararın eleştirilmesi gerekir. Çünkü tevhiden cezalandırma, idarenin takdir yetkisi kapsamında birden fazla fiile tek ceza vermesine ilişkin bir usuldür. İdareyi tevhiden cezalandırma usulünü uygulamasına zorlamak hukuken mümkün değildir. Bu yönüyle bölge idare mahkemesi, tevhiden verilen aylıktan kesme cezasının hukuka aykırı olduğu kanaatine varması halinde, işlemi iptal etmekle yetinmesi gerekirdi. İptal kararı üzerine idare tarafından yargısal denetimde sübute erdiği belirtilen fiiller için yeniden disiplin cezası verilmesi mümkündür. İptal kararı üzerine, mahkeme kararında sübute erdiği belirtilen fiiller için yeniden tevhiden ceza verip vermemede idarenin takdir yetkisinin olduğunun kabul edilmesi gerekir. Çünkü tevhiden verilen cezanın iptali üzerine idare, sübute erdiği belirtilen diğer fiiller için ayrı ayrı ceza verme yolunu da seçebilir. Tevhiden cezanın iptaline ilişkin mahkeme kararında, idareyi daha alt bir cezanın tevhiden verilmesine zorlamak, kanuni dayanağı olmayan tevhiden cezalandırma yönteminde idarenin takdir

kararında, “seramik ve cam teknolojisi öğretmeni olarak görev yapan davacı hakkında yürütülen soruşturma neticesinde hazırlanan rapora istinaden davacının tevhiden 657 sayılı DMK.‘nın 125/C-1 maddesi uyarınca 1/30 oranında aylıktan kesme cezası ile cezalandırılmasına ilişkin ... sayılı işlemin iptali istemiyle açılan davada; dava konusu işlemin sebebi olan eylemler hakkında soruşturmacı tarafından yapılan tespitler ile disiplin uygulamaları irdelendiğinde; Öğrenci ... e “deli diyerek arkadaşlarının yanında küçük düşürdüğü” iddiası sübute ermese de öğrencide “bana deli dedi” algısı oluşturduğundan bahisle 657 sayılı Yasa’nın 125/A-f maddesi uyarınca “uyarma” cezası ve “Öğrencileri atölyede boş bıraktığı, benim sizinle yapacağım bir çalışma yok dediği ve sürekli atölyeyi boş bırakarak başka atölyelere gittiği, bu nedenle öğrencilerin atölyede sıkıldıkları ve okula gitmek istemedikleri,” iddiasının sübute erdiğinden bahisle 657 sayılı Yasa’nın 125/B-a maddesine göre “kınama” cezası; ayrıca, 1-“Öğrencilerle iletişiminin kopuk olduğu, çocuklara sürekli siz yapamazsınız senin yaptığın bu mu diyerek rencide ettiği” nedeniyle 657 sayılı Yasa’nın 125/C-1 , 2- “Atölyede yemek yiyebilme için öğrencileri de ders saati bitmeden yemekhaneye gitmeleri konusunda zorladığı, baskı yaptığı” nedeniyle 657 sayılı Yasa’nın 125/C-a, 3- “13.05.2016 tarihinde nöbet görevini yapmadığı, aynı tarihte nöbet tutması için 10/C sınıfı stajyer öğrenci S.A.yı nöbet yerine gönderdiği” nedeniyle 657 sayılı Yasa’nın 125/C-a maddesi hükümlerine göre “1/30 aylıktan kesme cezası” ile cezalandırılmasının ve sonuçta tevhiden 657 sayılı Yasa’nın 125/C-1 maddesi uyarınca “1/30 aylıktan kesme cezası” ile cezalandırılmasının teklif edildiği ve disiplin amiri olan Okul Müdürü tarafından da yapılan müfettiş teklifi doğrultusunda dava konusu disiplin cezası uygulanmış ise de, gerek aynı okulda görevli diğer öğretmenlerin çoğunluğunun aksi yönde ifade vermiş bulunması gerekse ifadelerine başvurulmuş ve belli olaylar için davacı aleyhine ifade veren kişilerin şikayet sahipleri olması ve onların beyanlarını doğrulayan 3. kişilere ait ifadelerin bulunmadığı; öte yandan, davacının kimi eylemlerinin kasta dayanmaması ile sübut bulduğu anlaşılan eylemlerinin karşılığı olarak 657 sayılı Yasa’nın 125/C maddesinin uygulanması bakımından da fil ile ceza arasındaki orantının gözetilmemesi bulunması karşısında, eylemlerine göre hakkında “kınama” cezaları uygulanabileceği anlaşıldığından tevhiden “kınama” cezası ile cezalandırılması gerekirken, davacının aylıktan kesme cezası ile cezalandırılmasına ilişkin dava konusu işlemde hukuka uyarlık görülmediği gerekçesiyle dava konusu işlemin iptali yönünde verilen Antalya 1. İdare Mahkemesi’nin 17/07/2017 gün ve E: 2016/969 K : 2017/796 sayılı kararına yapılan istinaf isteminin reddine” karar verilmiştir; Konya Bölge İdare Mahkemesi 3. İdari Dava Dairesi, 28.02.2018, E. 2017/3230, K. 2018/309 sayılı kararı, uyap.gov.tr, e. t. 18.06.2018.

yetkisini ortadan kaldıracaktır. Konya Bölge İdare Mahkemesi 3. İdari Dava Dairesinin kararı bu yönden eleştiriye açıktır.

II. TEVHİDEN CEZALANDIRMADA ÖZELLİK ARZEDEN DURUMLAR

A. Tevhiden Cezalandırma ve Kanunilik İlkesi

Suç ve cezaya ilişkin kuralların sadece kanunla belirlenmesi ve Resmi Gazetede yayımlanarak herkes tarafından bilgi sahibi olunmasının sağlanmasına “kanunilik ilkesi” denilmektedir³⁰.

Disiplin suç ve cezalarının kanunla belirlenmesi gerektiği konusunda Anayasada açık bir düzenleme yer almadığından, disiplin suç ve cezaları açısından kanunilik ilkesinin doğrudan uygulanması gerekip gerekmediği hususu tartışmalıdır³¹.

Anayasa'nın 38. maddesinde yer verilen “ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur” hükmü ile “genel ilkeler” başlıklı 138. maddesinde yer verilen “memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir” hükmü esas alınarak bazı yazarlar disiplin suç ve cezalarında kanunilik ilkesinin uygulanması gerektiğini savunurken bazı yazarlar aksi görüşü savunmaktadır³².

657 sayılı Kanunda disiplin suçları yönünden kıyasa müsaade eden hükümlerden hareketle, disiplin suçları yönünden kanunilik ilkesinin geçerli olmadığı, kanunda tahdidi olarak sayılan disiplin cezaları açısından ise kanunilik ilkesi geçerli olduğu savunulmaktadır³³.

30 ÖZTÜRK Bahri/ERDEM Mustafa Ruhan, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 136.

31 YÜCE Turhan Tufan, “Ceza Hukuku İlkelerinin Disiplin Ceza Hukukunda Geçerliliği Sorunu ve Danıştay Kararlarının Bu Açından Tahlili”, **Danıştay Dergisi**, S. 88, 1994, Y. 24, s. 8; GELEGEN Taner, “Kamu Yönetiminde Disiplin ve Disiplin Cezaları”, **Danıştay Dergisi**, Cumhuriyetin 50. Yılı Özel Sayısı, Ankara, 1973, s. 226; KAYA Cemil, “Memur Disiplin Suç ve Cezalarına ve Disiplin Soruşturmasına Hâkim Olan Temel İlkeler”, **Amme İdaresi Dergisi**, C. 38, S. 2, Haziran 2015, s. 64-65; ASLAN Zehrettin, **657 sayılı Devlet Memurları Kanununa Göre Disiplin Suç ve Cezaları**, Alfa Yayınları, İstanbul, 2001, s. 2.

32 GÖZLER Kemal, **İdare Hukuku**, C. 2, Bursa, 2009, s. 751-752; AKYILMAZ Bahtiyar, “Anayasal Esaslar Çerçevesinde Kamu Personeli Disiplin Hukuku ve Uygulamadaki Sorunlar”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 6, S. 1-2, 2004, s. 249-250; KARAHANOGULLARI Onur, “Memur Disiplin Hukukunun Niteliği ve İlkeleri”, **Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi**, C. 8, S. 3, 1999, s. 60-62; ÇAĞLAYAN Ramazan,, **İdare Hukuku Dersleri**, Ankara, 2017, s. 545 vd.

33 BOZ Selman Sacit, “Memur Disiplin Hukukuna Hâkim Olan Temel İlkeler”, **Selçuk**



Anayasa Mahkemesi, yükseköğretim kurumlarında görevli öğretim elemanlarına, memurlara ve diğer personele uygulanacak cezaların yönetmeliğe göre verilmesine ilişkin kanun hükmü³⁴ ile emniyet mensuplarına disiplin cezalarını icap ettiren fiil ve hareketlerin ne olduğunu ve cezaların derece ve miktarı, polis mesleğinin haiz olduğu hususiyet ve ehemmiyet gözetilerek tanzim edilecek nizamnamede tayin olunacağına ilişkin kanun hükmünün iptaline karar vermiştir³⁵. Anayasa Mahkemesince verilen bu kararlarla, disiplin suç ve cezalarında kanunilik ilkesinin geçerli olduğu hususu önemle ortaya konulmuştur.

Disiplin hukukunda tevhiden cezalandırma yöntemiyle, bir veya birden fazla disiplin suçu için kanunda öngörülen ceza verilmemekte, başka bir ceza verilmektedir. Bu yönüyle tevhiden cezalandırmada, disiplin suç ve cezalarında kanunilik ilkesinden uzaklaşmaktadır.

Disiplin suç ve cezalarında tevhiden cezalandırma yöntemiyle, kanunilik ilkesinden uzaklaşılması, bazen olumsuz sonuçlara sebebiyet verebilir. Örneğin, bir yıl içinde 10 disiplin suçu işleyen bir kamu görevlisine tevhiden tek disiplin cezası verilebilir. Bir yıl içinde 2 ayrı disiplin suçu işleyen ve aynı kurumda çalışan başka bir kamu görevlisine ise, her suç için ayrı ayrı disiplin cezası verilebilir. Bu durum kurum disiplinini olumsuz etkiler ve disiplin cezalarının caydırıcı etkisini ortadan kaldırabilir.

Tevhiden cezalandırmayla idarenin en fazla kaç disiplin suçunun cezasını tevhid edeceğine ilişkin bir düzenleme bulunmadığından, bu uygulama keyfiliğe sebebiyet verebilecektir. Bu nedenle, tevhiden cezalandırmada idarenin takdir yetkisinin ne şekilde kullanılacağından önceden belirlenerek kurala bağlanması gerekir. Bu durum ilgililere hukuki güvenlik sağlar. Benzer durumda bulunanlara eşit muamele yapılmasına katkıda bulunur.

Disiplin hukukunda idarece uygulanan ve yargı organlarınca aleyhe karar verme yasağı nedeniyle uygulaması engellenemeyen tevhiden cezalandırma yönteminin, disiplin mevzuatında yasal bir zemine kavuşturulması yerinde olacaktır. Bu durum disiplin suç ve cezalarının kanuniliği ilkesine de hizmet edecektir.

Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 25, S. 2, 2017, s. 22; ODYAKMAZ Zehra/KAYMAK Ümit/ERCAN İsmail, İdare Hukuku, 16. Baskı, İstanbul, 2015, s. 230; ZABUNOĞLU Yahya Kazım, İdare Hukuku, C. 1, Ankara, 2012, s. 667.

34 AYM, 14.01.2015, E. 2014/100, K. 2015/6, RGT. 7.4.2015, RGS. 29319.

35 AYM, 29.01.2016, E. 2015/85, K. 2016/3, RGT. 29.01.2016, RGS. 29608.

B. Tevhiden Cezalandırma ve Fikri İçtima

5237 sayılı Ceza Kanununa göre fikri içtima, kişinin işlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet vermesi durumunda, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılmasıdır (5237 SK m. 44). Fikri içtima asıl olarak ceza hukukuna ilişkin bir kurumdur³⁶.

Fikri içtimadan söz edebilmek için sanığın tek bir fiil işlemesi, birden çok ve birbirinden farklı suçun tek bir fiilden kaynaklanması gerekir³⁷. Fikri içtimanın oluşması için birden çok suçun oluşması gereklidir. Fakat bu tek başına yeterli değildir. Suçların birbirinden farklı olması da gerekir.

Disiplin hukuku açısından, tek fiille birden çok ve farklı disiplin suçunun işlenmesi halinde, nasıl bir ceza verileceğine ilişkin mevzuat düzenlemesi bulunmamaktadır. Doktrin ve uygulamada, tek fiille birden çok disiplin suçu işleyen kişiye en ağır cezayı gerektiren hükmün uygulanması gerektiği kabul edilmektedir³⁸. Birden fazla fiille birbirinden farklı disiplin suçuna sebebiyet verilmiş ise fikri içtimadan bahsedilmez³⁹.

Disiplin hukukunda tevhiden cezalandırma ile fikri içtima farklı kurumlardır. Fikri içtimada tek fiille birden çok ve farklı disiplin suçu

36 Fikri içtima hakkında geniş bilgi için bkz. AKBULUT Berrin, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 727; ÖZEN Mustafa, **Suçların İçtiması**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2008, s. 300-370; ÖZEN Mustafa, “Ceza Hukukunda Fikri İçtima”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 73, Kasım/Aralık 2007, 132- 145; KOCA Mahmut, “Fikri İçtima”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Y. 2, S. 4, Ağustos 2007, 197-221; TEKİN Nurullah, “Fikri İçtima Kavramı ve Bunun Uygulamaya Yansımaları”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Y. 5, S. 13, Ağustos 2010, s. 167-188.

37 ÖZDEMİR Emrah, **Türk Hukukunda Yargıtay Kararları Işığında Fikri İçtima**, Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Antalya, 2012, s. 49; ÖZEN, Fikri İçtima, s. 138.

38 ASLAN, s. 49-50; KARAHANOĞULLARI, s. 63; GÜNEŞLEYİCİ Şerife, **İdare Hukukunda Memurların Disiplin Soruşturması**, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Şubat 2010, s. 33.

39 “Her ne kadar İdare Mahkemesi tarafından, davacının görev yerinden ayrılma ve bara gitme eylemlerinin birbirini izlemesi ve iç içe geçmiş olması, eylemlerin aynı süreç ve zaman diliminde gerçekleşmiş olması ve eylemler arasında kopukluk olmaması, hareketlerin tek bir eylem olarak kabulünü gerektireceği ve bu nedenle tek bir ceza uygulanacağı, davacının fiilinin bu kapsamda değerlendirilerek fiillerine uygunluk taşıyan en ağır cezanın uygulanması gerektiği ileri sürülerek dava konusu işlemin iptaline hükmedilmiş ise de; işlenen bir fiil ile birden fazla Tüzük maddesi ihlal edilmiş olsa idi ihlal edilen maddelerden en ağır cezayı gerektiren madde hükmü uygulanarak tek ceza verilmesi yerinde olurdu Olayda ise, birbirinden bağımsız ve ayrı iki fiil vardır ve bu fiillerin her biri ayrı bir Tüzük maddesini ihlal etmektedir. Davacı tarafından “görev yerinden izinsiz ayrılma” eylemi nedeni ile Tüzüğün 11. maddesi; “görevli olmaksızın üniformalı olarak bara gitmek” eylemi nedeni ile Tüzüğün 8/15. maddesinin ihlal edildiği, işlenen fiiller ile farklı yaptırım öngören madde hükümleri ihlal edildiğinden, davacının her eylemi için ayrı ayrı cezalandırılmasına ilişkin işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı” hakkında D12D, 15/12/2010, E. 2008/8562, K. 2010/6390 sayılı kararı, www.uyap.gov.tr, e.t. 07.06.2018.



işlenmektedir. Tevhiden cezalandırmada ise, birden fazla fiille birden çok disiplin suçu işlenmekte ancak birden çok disiplin suçuna karşılık takdiren tek disiplin cezası verilmektedir. Fikri içtima ceza kanunlarında yasal dayanağı olan bir kurumdur. Tevhiden cezalandırma ise, idarenin uygulamasıyla ortaya çıkan ve yargı içtihatlarıyla kabul gören bir kurumdur.

C. Tevhiden Cezalandırmada Alt Ceza Uygulaması

Memuriyet görevi süresince ilk defa disiplin suçu işleyen kamu görevlisiyle daha önce çok defa disiplin suçu işleyen kamu görevlisinin, geçmiş mesleki yaşamı başarılı, performansı yüksek çalışanın, başarısız ve sicili ve performansı düşük biriyle aynı şekilde disiplin işlemine tabi tutulması hakkaniyete uygun olmayacaktır. Disiplin suçu işleyenlerin cezalandırılmasında bu haksızlıkların giderilerek hakkaniyetin sağlanması için disiplin mevzuatımızda alt ceza uygulaması getirilmiştir⁴⁰. Alt ceza uygulamasına ilişkin 657 sayılı Kanunda ve diğer bazı kanunlarda özel düzenlemeler bulunmaktadır⁴¹. Disiplin mevzuatımızdaki alt ceza uygulamasıyla, ilk defa disiplinsiz davranan veya görevini başarı ile yürüten kamu personelinin, disiplin kurallarını mükerrer olarak ihlal eden emsallerine göre korunarak bu kişilerin hizmetinden azami şekilde istifade edilmesi amacı güdülmüştür⁴².

Kamu görevlileri hakkında bir derece hafif olan alt disiplin cezası uygulamasında, disiplin cezası gerektiren eylemin niteliği, sayısı ve ağırlık derecesi idarece göz önünde bulundurulur.

Tevhiden cezalandırmanın alt ceza uygulaması şeklinde uygulanıp uygulanmayacağıının irdelenmesi gerekir. Örneğin iki ayrı kınama cezası gerektiren fiil işleyen bir kişiye tevhiden cezalandırma olarak, bir alt ceza olan uyarma cezası verilebilir mi?

Tevhiden cezalandırma, birden fazla disiplin suçu işleyen kişiye bir tek disiplin cezası verilmektedir. Tevhiden verilen ceza ise, genellikle

40 BUCAKTEPE Adil, "Disiplin Makamlarının Disiplin Cezası Verme Yetkileri Üzerine Bir İnceleme", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XIX, S. 2, 2015, s. 217.

41 "Geçmiş hizmetleri dönemindeki çalışmaları olumlu olan ve ödül veya başarı belgesi alan devlet memurları için verilecek disiplin cezalarında bir derece hafif olanı uygulanabileceği" (657 SK m. 125); "disiplin suçunu ilk defa işleyen hakim ve savcılarının geçmiş hizmetleri dönemindeki çalışmaları olumlu olan ve tercihli veya mümtazen yükselmeye layık bulunan ve iyi veya çok iyi derecede sicil alanlar hakkında, meslekten çıkarmayı gerektiren haller dışında, verilecek disiplin cezalarından bir derece hafif olanın uygulanabileceği" (2802 SK m. 702).

42 ERASLAN, s. 299.

en ağır ceza olmakla birlikte, idarenin en hafif disiplin cezasını vermede takdir yetkisi bulunmaktadır.

Tevhiden cezalandırma yönteminde, tevhiden verilen cezanın alt ceza şeklinde uygulanmasına hukuki bir engel bulunmamaktadır. Çünkü tevhiden cezalandırma idarenin kişi lehine takdir yetkisi kullanmasıyla yapılan bir uygulamadır. Alt ceza uygulaması da, disiplin suçu işleyen kişi lehine yapılan ve kanuni dayanağı olan bir uygulamadır. Bu nedenle tevhiden cezalandırma, alt ceza şeklinde uygulanabilecektir. Bu konuda idarenin geniş takdir yetkisi bulunmaktadır.

Tevhiden cezalandırma yönteminde idare, alt ceza uygulamaya zorlanamaz. Çünkü, ortada birden çok işlenmiş disiplin suçu vardır. Birden çok suç işleyen kişi lehine zorunlu olarak alt ceza uygulanması gerektiğini ileri sürmek kanun koyucunun amacına aykırı olacaktır. Tevhiden cezalandırma da bir nevi alt ceza uygulamasıdır. Çünkü birden çok disiplin suçu için tek disiplin cezası verilmektedir.

Tevhiden cezalandırmada idarenin alt ceza uygulamasının hukuka aykırı olduğunu ileri sürmek mümkün görünmemektedir. Çünkü alt ceza uygulaması hem dayanağını kanundan almaktadır hem de kişi lehine yapılan bir uygulamadır.

İdarece alt ceza uygulanarak tesis edilen tevhiden cezalandırma işlemine karşı açılan davalarda, idare mahkemelerince veya bölge idare mahkemelerince tevhiden cezalandırmada alt ceza uygulamasının hukuka aykırı olduğuna ilişkin bir tespit yapılmamıştır⁴³.

D. Tevhiden Cezalandırma ve Zamanaşımı

Zamanaşımı, mevzuatta belirlenen belirli bir sürenin geçmesiyle, idarenin ilgili hakkında soruşturma başlatma ve ceza verme yetkisini sonlandıran kurumdur⁴⁴.

43 Konuya ilişkin bir kararda, "Öğretmen olarak görev yapmakta iken, 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 125. maddelerinin (B-a) ve (B-g) maddeleri uyarınca ve bir alt cezanın tatbiki suretiyle tevhiden uyarma cezası ile tecziyesine ilişkin ... İlçe Milli Eğitim Müdürlüğü'nün ... tarih ve ... sayılı işleminin iptali istemiyle açılan davada; davanın reddi yolunda Kocaeli 1. İdare Mahkemesince verilen 07/04/2017 gün ve E:2016/951, K:2017/655 sayılı karara yapılan istinaf isteminin reddine" dair İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 2. İdari Dava Dairesi, 23.01.2018, E. 2017/9052, K. 2018/103 sayılı kararı, uyp.gov.tr, e.t. 10.06.2018.

44 Zamanaşımı hakkında geniş bilgi için bkz. UZUN Ali, **Ceza Hukukunda Zamanaşımı**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 1994, s. 15-25; TANER Fahri Gökçen, **Ceza Hukukunda Zamanaşımı**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2008, s. 24-36; MAHMUTOĞLU Fatih Selami, "Dava Zamanaşımı – Lehe Kanun – Aleyhe Alacakaptan'a Armağan", **İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları**, C 1, 2008, s. 271-285; GÖKCEN Ahmet, "Türk Ceza Hukukunda Zamanaşımı", **Kamu Hukuku Arşivi Dergisi**, Mart 2004, s. 19-50.



Tevhiden cezalandırmada, disiplin cezası gerektiren fiiller için zamanaşımı süresinin dolmamış olması yeterlidir. Disiplin suçu teşkil eden fiil hakkında öngörülen zamanaşımı süresi geçmiş ise, bu fiil için tevhiden cezanın verilmemesi gerekir. Hakkında öngörülen zamanaşımı süresi geçmiş olan fiil için öngörülen ceza, nihai olarak verilen tevhiden cezadan daha alt bir ceza ise, bu fiil için zamanaşımının dolmuş olması tek başına tevhiden cezalandırma işlemi sakatlamayacaktır. Çünkü, zamanaşımı dolan fiil hesaba katılmasa dahi netice olarak verilen tevhiden cezanın karşılığı bir disiplin suçu mevcuttur. Şayet tevhiden cezalandırmada iki fiilden biri zamanaşımına uğramışsa, nihai olarak verilen disiplin cezası, zamanaşımına uğramayan fiilin karşılığı olan ceza ise, bu durum tevhiden cezalandırma işleminin iptalini gerektirmeyecektir. Ancak bu durumda, tevhiden verilen cezanın niteliği değişecek, bu ceza, tek fiil için verilmiş bir disiplin cezası olarak kabul edilecektir.

Tevhiden cezalandırmada verilen disiplin cezası, zamanaşımına uğrayan fiilin karşılığı olan ceza olup da, diğer fiiller için kanunda daha alt disiplin cezası öngörülmesi halinde, uygulanan tevhiden ceza hukuka aykırı hale gelecektir. Çünkü zamanaşımına uğrayan fiil dikkate alınmadığında, diğer fiiller için daha ağır cezayı gerektiren disiplin cezası aksi kanunlarda öngörülmedikçe verilemeyecektir.

Zamanaşımı ister soruşturmaya başlama zamanaşımı olsun ister ceza verme zamanaşımı olsun aynı sonucu doğuracaktır. Diğer bir deyişle tevhiden cezalandırmada, zamanaşımı dolan fiil dikkate alınmadan değerlendirme yapılacaktır.

SONUÇ

Disiplin hukukunda tevhiden cezalandırma, birden fazla disiplin suçu işleyen kişiye tek disiplin cezası verilmesidir. Birbirinden bağımsız birden fazla disiplin suçunun her biri, ayrı disiplin cezasını gerektirmekteyken, idare takdir yetkisi dâhilinde her fiile ayrı ceza tayin etmemektedir. Tevhiden cezalandırmada idare, disiplin cezası gerektiren bir veya birden fazla fiile ceza vermektен feragat etmektedir. Verilen tek disiplin cezası, tüm fiiller için verilmiş sayılmaktadır.

Disiplin hukukunda tevhiden cezalandırma yöntemi, idarenin takdir yetkisi çerçevesinde yapılan bir uygulamadır. Bu uygulamanın kanuni bir dayanağı bulunmamaktadır. Tevhiden cezalandırma usulünün kapsam ve sınırına ilişkin bir kanuni düzenleme bulunmadığından, bu konuda idarenin geniş takdir yetkisi bulunmaktadır. Tevhiden cezalandırmada idarenin takdir yetkisinin çerçevesi ve sınırı, yargı kararlarıyla çizilmektedir.



İdare tarafından uygulanan tevhiden cezalandırma işlemleri, yasal bir dayanağı bulunmadığı gerekçesiyle idari yargı mercilerince iptal edilmekteydi. Ancak 2011 yılından sonra idari yargı mercileri, bu uygulamanın kişi lehine olduğu ve aksi bir yorumun yargı yoluna başvuran kişilerin durumlarını daha da ağırlaştıracak şekilde karar verilmesine yol açacağından tevhiden cezalandırma işlemlerinin hukuka uygun olduğu yönünde kararlar vermeye başlanmıştır. 2011 yılından sonra tevhiden cezalandırma usulü idari yargıda da kabul görmüş bulunmaktadır. Ancak yargı kararıyla idareyi tevhiden ceza vermeye zorlamak hukuken mümkün değildir. Bunun nedeni ise, bu uygulamanın idari bir uygulama olması, yasal dayanağının bulunmamasıdır.

Disiplin hukukundaki tevhiden cezalandırma ile ceza hukukundaki fikri içtima arasında konusu ve neticesi bakımından bir benzerlik bulunmamaktadır. Tevhiden cezalandırma yönteminde, tevhiden verilen cezanın alt ceza şeklinde uygulanmasına hukuki bir engel bulunmamaktadır.

Disiplin hukukunda idarece uygulanan ve yargı organlarınca aleyhe karar verme yasağı nedeniyle uygulaması engellenemeyen tevhiden cezalandırma yönteminin, disiplin mevzuatında yasal bir zemine kavuşturulması yerinde olacaktır. Bu durum disiplin suç ve cezalarının kanuniliği ilkesine de hizmet edecektir. Tevhiden cezalandırmaya ilişkin yapılacak mevzuat düzenlenmesinde, tevhiden cezalandırma yönteminin kapsamı ve sınırı, en fazla kaç disiplin suçuna ilişkin cezanın tevhid edileceği hususlarına açıkça yer verilmelidir. Yapılacak mevzuat düzenlemesinde, tevhiden cezalandırma yöntemine başvurulmasında idareye takdir yetkisi verilmelidir. Çünkü idareyi bu konuda bağlı yetkiye zorlamak, disiplin cezalarının caydırıcılığını olumsuz etkileyebilir.



KAYNAKLAR

AKBULUT Berrin, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.

AKYILMAZ Bahtiyar, “Anayasal Esaslar Çerçevesinde Kamu Personeli Disiplin Hukuku ve Uygulamadaki Sorunlar”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 6, S. 1-2, 2004, s. 241-262.

AKYILMAZ Bahtiyar/SEZGİNER Murat/KAYA Cemil, **Türk İdare Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015.

ASLAN Zehrettin, **657 sayılı Devlet Memurları Kanununa Göre Disiplin Suç ve Cezaları**, Alfa Yayınları, İstanbul, 2001.

ATAY Ender Ethem, **İdare Hukuku**, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara, 2016.

BAŞ Türker/ARDIÇ Kadir, “Verimlilik İçin İş Disiplini ve Etkin Disiplin Sisteminin Kurulması”, **Amme İdaresi Dergisi**, C. 36, S. 3, Eylül 2003.

BOZ Selman Sacit, “Memur Disiplin Hukukuna Hâkim Olan Temel İlkeler”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 25, S. 2, 2017, s. 15-41.

BUCAKTEPE Adil, “Disiplin Makamlarının Disiplin Cezası Verme Yetkileri Üzerine Bir İnceleme”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XIX, S. 2, 2015, s. 199-224.

ÇAĞLAYAN Ramazan, **İdare Hukuku Dersleri**, Ankara, 2017.

ÇİFTÇİOĞLU Cengiz Topel, “2802 Sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanununa Göre Hâkim ve Savcıların Disiplin Soruşturmaları”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 13, S.1, 2011.

DİLEK Muzaffer, “Memur Disiplin Hukukunun ve Disiplin Soruşturmasının Temel Esasları”, **Türk İdare Dergisi**, S. 423, 1999, s. 27-64.

ERASLAN Yunus, **Türk Hukukunda Yargı Mensuplarının Disiplin Sorumluluğu**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 268.

GELEGEN Taner; “Kamu Yönetiminde Disiplin ve Disiplin Cezaları”, **Danıştay Dergisi**, Cumhuriyetin 50. Yılı Özel Sayısı, Ankara, 1973, s. 219-251.

GÖKCEN Ahmet, “Türk Ceza Hukukunda Zamanaşımı”, **Kamu Hukuku Arşivi Dergisi**, Mart 2004, s. 19-50.

GÖZLER Kemal, **İdare Hukuku**, C. 2, Bursa, 2009.

GÖZLER Kemal/KAPLAN Gürsel, **İdare Hukuku Dersleri**, Ekin Yayınları, Bursa, 2014.

GÜNDAY Metin, **İdare Hukuku**, İmaj Yayıncılık, Ankara, 2011.

GÜNEŞLEYİCİ Şerife, **İdare Hukukunda Memurların Disiplin Soruşturması**, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Şubat 2010.

KARAHANOĞULLARI Onur, “Memur Disiplin Hukukunun Niteliği ve İlkeleri”, **Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi**, C. 8, S. 3, 1999, s. 55-78.

KAYA Cemil, “Memur Disiplin Suç ve Cezalarına ve Disiplin Soruşturmasına Hâkim Olan Temel İlkeler”, **Amme İdaresi Dergisi**, C. 38, S. 2, Haziran 2005, s. 61-87.

KOCA Mahmut, “Fikri İçtima”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Y. 2, S. 4, Ağustos 2007, 197-221.

MAHMUTOĞLU Fatih Selami, “Dava Zamaşımı – Lehe Kanun – Aleyhe Alacakaptan’a Armağan”, **İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları**, C. 1, 2008, s. 271-285.

ODYAKMAZ Zehra/KAYMAK Ümit/ERCAN İsmail, **İdare Hukuku**, İstanbul, 2015.

ÖZAY İlhan, **İdari Yaptırımlar**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1985.

ÖZDEMİR Emrah, **Türk Hukukunda Yargıtay Kararları Işığında Fikri İçtima**, Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Antalya, 2012.

ÖZEN Mustafa, **Suçların İçtimaı**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2008.

ÖZEN Mustafa, “Ceza Hukukunda Fikri İçtima”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S.73, Kasım/Aralık 2007, 132- 145.

ÖZTÜRK Bahri/ERDEM Mustafa Ruhan, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.

SANCAKDAR Oğuz, **Disiplin Yaptırımı Olarak Devlet Memuriyetinden Çıkarma ve Yargısal Denetimi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2001.

SÜRBAHAN Sadrettin, **Disiplin Cezaları ve Uygulaması**, İçişleri Bakanlığı Yayınları, 1976.

TAN Turgut, **İdare Hukuku**, Ankara, 2015.

TANER Fahri Gökçen, **Ceza Hukukunda Zamaşımı**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2008.

TEKİN Nurullah, “Fikri İçtima Kavramı ve Bunun Uygulamaya Yansımaları”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Y. 5, S. 13, Ağustos 2010, s. 167-188.

UZUN Ali, **Ceza Hukukunda Zamaşımı**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 1994.

YÜCE Turhan Tufan, “İn Dubio Pro Reo Kaidesi”, **Adalet Dergisi**, S. 12, 1962, s. 1209 vd.

YÜCE Turhan Tufan, “Ceza Hukuku İlkelerinin Disiplin Ceza Hukukunda Geçerliliği Sorunu ve Danıştay Kararlarının Bu Açından Tahlili”, **Danıştay Dergisi**, S. 88, 1994, Y. 24, s. 5-13.

ZABUNOĞLU Yahya Kazım, **İdare Hukuku**, C. 1, Ankara, 2012.

ANONİM ŞİRKETLERDE HAKLI SEBEPLERLE FESİH HAKKININ YARGITAY İÇTİHA TLARI ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ

*(Evaluating The Dissolution Of Joint Stock Companies Under The
Light Of The Court Of Cassation's Judgements)*

Cengiz ERTEN¹

ÖZ

13.1.2011 tarihli ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK) getirdiği önemli yeniliklerden biri de m. 531'de anonim şirketlerde haklı sebeple fesih hakkının azınlığa tanınmasıdır. Haklı sebepleri oluşturan olaylar ise öncelikle kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'nun (İsv.BK) uygulaması olan İsviçre Federal Mahkemesi'nin kararları ile TTK m. 531 düzenlemesinin yorumuyla Türk öğretisindeki örneklerdir. Bunun yanında mahkemelerimizce verilen kararlarla TTK m. 531 uyarınca fesih için haklı sebeplerin neler olduğu hususu somutlaşmakta, fesih yerine önerilen alternatif çözümler konusunda mahkemelere tanınan takdir yetkilerinin sınırları da belirginleşmektedir. Bu incelemede anonim şirketlerde haklı sebeple fesih kavramı Yargıtay içtihatları ışığında ele alınarak, haklı sebebi oluşturan olaylar üzerinden değerlendirme yapılmaya çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Haklı sebeplerle fesih, alternatif çözüm, azınlık hakkı.

ABSTRACT

Among the others, one of the important novelty that the new Turkish Commercial Code law no. 6102 introduced is recognition of the dissolution of joint stock companies on the basis of just causes as a minority shareholders' right under art. 531. What considered as just causes can be withdrawn, first of all, from interpretation of Swiss Federal Court that of the Swiss Code of Liabilities, which is source for the Turkish Code, and Turkish jurisprudence on said art. 531. In practice, through first instance courts' decision and the Court of Cassation's judgements the concept of just causes and alternative solutions proposed in place of dissolution, together with the limit of the courts' power of discretion on the matter are becoming clear. In this study, the concept of just causes for the dissolution of the joint stock companies is grappled under the light of Court of Cassation's jurisprudence on the case by case basis.

1 Anayasa Mahkemesi Raportörü, cengiz.erten@anayasa.gov.tr

Keywords: The dissolution of joint stock companies, alternative solutions, minority shareholders' right.

GİRİŞ

Haklı sebeple fesih kurumu 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu (eTK) döneminde şahıs şirketleri için geçerliydi. Anonim şirketlerde ise haklı sebeplerle feshin mümkün olmadığı öğretinin büyük çoğunluğu tarafından benimsenmiş² ve Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin (HD) kararlarıyla da kabul edilmişti. Şahıs şirketlerinde pay sahipleri arasındaki güven ilişkisinin sarsılması veya ortadan kalkması haklı sebeplerle fesih için dayanak noktasını oluşturmaktadır. Bir sermaye şirketi olan anonim şirkette ise çok sayıda pay sahibinin bulunmasına bağlı olarak kararların alınmasında çoğunluk ilkesi geçerlidir. Bundan dolayı bireysel pay sahipliği hakları ile azınlıkta kalan pay sahiplerinin haklarının çoğunluğun aldığı kararlar nedeniyle ihlâl edilmeleri durumunda korunması için bazı mekanizmalara ihtiyaç duyulmuştur. Bu ihtiyacı karşılamaya yönelik 6102 sayılı TTK m. 531 hükmü ile getirilen haklı sebeple fesih davası açma hakkı Türk hukukunda önemli ve esaslı bir yeniliktir. Haklı sebeple fesih kurumu, anonim şirkette azınlığın çoğunluk karşısında hak ihlallerine karşı korunmasını, bunun yanı sıra özellikle kötü yönetimden dolayı işlemez hale gelen ve amacını gerçekleştirmekte zorlanan şirketin devamlılığını sağlayacak önlemleri bünyesinde taşımaktadır. Diğer taraftan haklı sebeple fesih hakkı, anonim şirkette çıkma ve çıkarılmanın söz konusu olmadığı da dikkate alındığında azınlık pay sahiplerine etkili bir çıkış yolu vermektedir. Bununla birlikte bu hakkın kötüye kullanılmasının engellenmesi ve kurumsal yapının esas olduğu anonim şirketin devamlılığının sağlanması için haklı sebeplerin varlığı olmazsa olmaz koşuldur. Kanun koyucu TTK m. 531 düzenlemesinde haklı sebep kavramını tanımlamamış, haklı sebeplere örnekler de vermemiştir. Dolayısıyla haklı sebepleri oluşturan olayları mahkemeler önlerine gelen somut olaylara göre tespit edeceklerdir. Yine TTK m. 531 hükmü, hâkime azınlığı oluşturan pay sahiplerinin ve şirketin çıkarlarını hassas bir şekilde değerlendirerek, fesih yerine davacı pay sahiplerine paylarının gerçek değerleri ödenmek suretiyle onların şirketten çıkarılmalarına veya başka bir alternatif çözüme karar verme konusunda tanınan geniş yetki ile şirketin devamlılığının önemsenmesi gerektiğini göstermektedir.

Anonim şirketlerde haklı sebeple fesih hakkı birçok akademik esere konu edilmiş ve bu davaya ilişkin hüküm ayrıntılı bir şekilde

2 Örneğin; TEKİNALP, Fesih, s. 325; MOROĞLU, Fesih, s. 467 vd.; İMREGÜN, s. 481; POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, N. 1566; SUMER, s. 175; ŞAHİN, s. 44.

irdelenmiştir. Bu nedenle haklı sebep konusu uygulama açısından ele alınarak TTK m. 531'in yürürlüğe girmesinden bu yana anonim şirketlerin haklı sebeple feshi için açılan davalardan hareketle inceleme yapılmaya çalışılacaktır. Yargıtay içtihatları çerçevesinde; haklı sebep kavramının ne olduğu, anonim şirketlerde haklı nedenle feshin diğer şirketlerdeki haklı fesihten farklılaştığı durumlar, hangi olayların bu kavram kapsamında kaldığı, haklı sebeple feshin hangi koşullarda kabul edildiği, bir sermaye şirketi olan anonim şirkette özellikle sübjektif nitelikteki nedenlerin feshe etkisi, düzenlemeye göre fesih yerine başta pay sahiplerinin şirketten çıkarılmaları olmak üzere diğer alternatif çözüm yolları dikkate alınarak konunun daha somut hale getirilmesi amaçlanmıştır.

I. HAKLI SEBEP KAVRAMI

Haklı sebeple fesih kavramı, Borçlar Hukuku bağlamında, sürekli borç ilişkilerinin sonradan ortaya çıkan sebepler nedeniyle, bunda nolumsuz etkilenen ve ilişkinin çekilmez hale geldiği tarafa, ilişkinin değişen duruma göre ayarlanması veya sona erdirilmesini isteme hakkı vermesi şeklinde ifade edilebilir³. Bundan dolayı haklı sebep kavramında, süreklilik arz eden hukuki ilişkilerde taraflardan birinin diğerine oranla bu ilişkiyi devam ettirmesini çekilmez hale getirdiği olgular söz konusudur⁴. Borçlar Hukuku anlamında bu kavramı anonim şirketlere uyarladığımızda ise haklı sebeple fesih hakkının çoğunluğa karşı azınlıkta kalan pay sahipleri için şirkette kalmanın çekilmez bir hale geldiği durumlarda tanınan bir hak olduğunu söylemek mümkündür. Başka bir deyişle şirketin devam etmesinin, doğruluk ve güven kuralına göre dava açan ortaktan beklenemeyeceği hallerde haklı sebep gerçekleşmiş olacaktır⁵. Anonim şirketlerde haklı nedenle fesih hakkının, azınlığa tanınan en kuvvetli hak olduğu belirtilmiştir⁶.

Anonim şirkete karşı haklı sebeple fesih davası açma hakkının tanınmasının, azınlık pay sahiplerinin çoğunluğun keyfi veya kötü yönetimine karşı koruyacak önemli bir kalkan görevi üstleneceği kuşkusuzdur⁷. Sermaye şirketi niteliğinden dolayı anonim şirketin yapısıyla fazla bağdaşmayan fesih hakkının, özellikle pay senetleri borsada işlem gören şirketler için tehdit aracı olarak kullanılmasının önlenmesinin bu dava hakkının sınırları iyi belirlenmiş istisnai bir hak olarak

3 OĞUZMAN/ BARLAS, s. 312.

4 ÖNDER, s. 295.

5 ŞENER, s. 636.

6 SUMER, s. 178.

7 SUMER, s. 172.



tanınmasıyla sağlanabileceği vurgulanmıştır⁸. Dolayısıyla haklı sebep davasının çoğunluğa karşı her anlaşmazlık halinde başvuru, azınlığın çoğunluğa karşı kullandığı bir baskı aracı haline dönüştürülmemesi gerekir⁹. Aksi takdirde azınlık pay sahiplerinin bu davranışları 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun (TMK)'nun 2. maddesine aykırılık teşkil edecektir. Çünkü bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni himaye etmediğinden, azınlık pay sahiplerinin fesih hakkının sınırlarını aşarak bu hakkı kullanmaya çalışmaları halinde dürüstlük kuralları ihlâl edilmiş olacaktır. Bu nedenle anonim şirketler için açık bir norm olarak kullanılan haklı sebep kavramının hakkın kötüye kullanılması yasağı yönünden yorumlanması gereken bir genel hüküm niteliğinde olduğu ifade edilmiştir¹⁰.

TTK m. 531 hükmünün temel iki niteliğinin, azınlık hakkı ve yargıcın takdir yetkisi üzerine inşa edilmiş olmasından kaynaklandığı belirtilmiştir¹¹. Hâkim, TTK m. 531 gereği verilen takdir yetkisini kullanırken TMK'nın 4. maddesine¹² göre durumun gereklerini ya da haklı sebepleri göz önünde tutacak, hukuka ve hakkaniyete uygun karar verecektir. Haklı sebeple fesih davası açma hakkı, TTK m. 447'de anılan haklar kapsamında olup vazgeçilmez haklar arasında kabul edildiğinden azınlık pay sahiplerinin rızası dışında çoğunluğun kararı ile bertaraf edilemeyecektir¹³.

II. TTK'DA ŞİRKETLERİN HAKLI SEBEPLERLE FESHİNE İLİŞKİN DÜZENLEMELER

A. Kollektif Şirketlerde Haklı Sebeplerle Fesih

TTK'nın 245 maddesinde kişi ortaklığı niteliğindeki kollektif şirketler yönünden sona ermeyi gerektiren sebepler örnekleme suretiyle gösterilerek haklı sebep tanımlanmıştır. Buna göre, bir ortağın, şirketin yönetim işlerinde veya hesaplarının çıkarılmasında şirkete ihanet etmiş olması, kendisine düşen asli görevleri ve borçları yerine getirmemesi, kişisel menfaatleri uğruna şirketin ticaret unvanını veya mallarını kötüye kullanması, sürekli bir hastalığı veya başka bir sebepten dolayı, üstüne aldığı şirketin işlerini yapmak için gerekli olan yeteneği ve ehliyetini

8 MOROĞLU, Öneriler, s. 330.

9 ÇAĞLAR/ KAŞAK, s. 662.

10 DİNÇ, s. 1948.

11 AYOĞLU, s. 221. TTK m. 531 hükmünün azınlık lehine bir tehdit aracı olarak tanındığı ve mahkemelere alışılmışın dışında çok geniş bir takdir yetkisi verdiği, bu hükmün çok dikkatli bir şekilde uygulanması gerektiği vurgulanmıştır (NOMER ERTAN, s. 435).

12 TMK m. 4 şöyledir :*"Kanununun takdir yetkisi tanıdığı veya durumun gereklerini ya da haklı sebepleri göz önünde tutmayı emrettiği konularda hâkim, hukuka ve hakkaniyete göre karar verir."*

13 DEMİR, s. 7.

kaybetmesi gibi hâller haklı sebepler için gösterilen örneklerdir. Haklı sebep ise “*şirketin kuruluşuna yol açan fiili veya kişisel sebeplerin şirketin işletme konusunun elde edilmesini imkânsız kılacak veya güçleştirecek şekilde ortadan kalkmış olmasıdır*” şeklinde ifade edilmiştir.

Kollektif şirketlerde haklı sebeple feshi düzenleyen TTK m. 245 hükmünden anonim şirketler için, bu şirketlerin sermaye şirketi yapısına uygun olduğu ölçüde ve sınırlı bir şekilde yararlanılabilecektir¹⁴.

B. Limited Şirketlerde Haklı Sebeplerle Fesih

TTK’da sermaye şirketleri arasında yer alan limited şirketler yönünden aşağıda ayrıntılı olarak inceleneceği gibi anonim şirketlerin haklı nedenle feshine benzer şekilde TTK’nın m. 636/3’de bir düzenleme yapılmıştır. Bu düzenleme “*Haklı sebeplerin varlığında, her ortak mahkmeden şirketin feshini isteyebilir. Mahkeme, istem yerine, davacı ortağa payının gerçek değerinin ödenmesine ve davacı ortağın şirketten çıkarılmasına veya duruma uygun düşen ve kabul edilebilir diğer bir çözüme hükmedebilir.*” şeklindedir. Böylece anonim şirketten farklı olarak limited şirkette haklı sebeplerin varlığı halinde şirketin feshini her ortak isteyebilecektir, dava açmak için azınlık pay sahibi olmak gibi bir koşul bulunmamaktadır. Dolayısıyla limited şirketlerde fesih davası azınlık hakkı olarak değil ortaklık hakkı olarak düzenlenmiştir¹⁵.

Limited şirketten çıkma ve çıkarılma ile ilgili olarak da TTK m. 638/2’de “*Her ortak, haklı sebeplerin varlığında şirketten çıkmasına karar verilmesi için dava açabilir*” ve m. 641/1’de “*Ortak şirketten ayrıldığı takdirde, esas sermaye payının gerçek değerine uyan ayrılma akçesini istem hakkını haizdir*” şeklinde düzenlemeler bulunmaktadır¹⁶. Böylece limited şirkette pay sahibi bir ortak haklı sebepler gerçekleştiğinde mahkmeden şirketin feshini talep edebileceği gibi, ayrılma akçesi verilmesi kaydıyla şirketten çıkması için mahkmeden karar verilmesini de isteyebilecektir. Anonim

14 BAHTİYAR, s. 379. TTK m. 255/1 ilk cümlesinde ise “*Bir ortağın kendisinden kaynaklanan sebeplerden dolayı şirketin feshinin istenebileceği durumlarda, diğer ortakların tümü o ortağın şirketten çıkarılmasına ve şirketin devamına karar verebilir*” denilmektedir. Anonim şirketlerde azlığın hayati önemdeki menfaatlerini tehlikeye düşüren nedenler haklı sebep kabul edileceğinden TTK m. 531’de haklı sebeplerin tanımlanmasında kollektif şirketlere ilişkin “*bir ortağın kendisinden kaynaklanan sebeplerden dolayı*” ibaresinden dolayı TTK m. 255 hükmünden yararlanılamayacağı belirtilmiştir (TEKİNALP, **Sermaye Ortaklıkları**, N. 14-12, s. 337). Ayrıca anonim şirketlerde haklı sebeplerin tanımlanması için TTK m. 245 hükmünün kıyasen uygulanamayacağı görüşü için bkz. DEMİR, s.11; NOMER ERTAN, s. 426.

15 TEKİNALP, **Sermaye Ortaklıkları**, N. 14-09, s. 332.

16 TTK m. 660/3’e göre limited şirkette, şirketin istemi üzerine ortağın mahkeme kararıyla haklı sebebe dayanılarak şirketten çıkarılması da mümkündür.

şirketlerde ise ortakların doğrudan anonim şirketten çıkmalarına izin verilmesine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır.

Bu nedenle limited şirketler için yukarıda belirtilen ortaklıktan çıkmaya izin verilmesi ile ilgili düzenlemelerin anonim şirketler için uygulanması mümkün değildir. Yargıtay 11 HD bir kararında, davacının haklı sebepler gerçekleştiğinden anonim şirketin feshi istemiyle açtığı bir davada, yerel mahkemenin TTK'nın 638/2 ve 641/1 maddelerine dayanarak ortaklıktan çıkmaya izin vererek davanın kabulüne dair kararlar ilgili olarak, olayda TTK'nın 531. maddesinin uygulanması gerektiğini, gerekçedeki hukuki nitelendirmenin doğru olmadığını, ancak haklı sebebin varlığı gözetilerek çıkma payı verilmesine ilişkin kararın sonucu bakımından isabetsiz bulunmadığını belirtmiştir¹⁷.

C. Anonim Şirketlerde Haklı Sebeplerle Fesih

6762 sayılı eTK döneminde anonim şirketin haklı sebeple sona erdirilmesine ilişkin bir düzenlemenin bulunmayışı yargı kararlarında ve öğretide eleştirilmiş ve de tartışma konusu olmuştur¹⁸. Kanundaki bu yasal boşluk, TTK m. 531'de "*Haklı sebeplerin varlığında, sermayenin en az onda birini ve halka açık şirketlerde yirmide birini temsil eden payların sahipleri, şirketin merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesinden şirketin feshine karar verilmesini isteyebilirler. Mahkeme, fesih yerine, davacı pay sahiplerine, paylarının karar tarihine en yakın tarihteki gerçek değerlerinin ödenip davacı pay sahiplerinin şirketten çıkarılmalarına veya duruma uygun düşen ve kabul edilebilir diğer bir çözüme karar verebilir.*" şeklinde bir düzenleme ile giderilmiştir. 6102 sayılı TTK ile ilk kez sermaye ortaklığı niteliğindeki anonim şirketler için sona erme sebeplerinden biri olarak kabul edilen haklı sebeplerle fesih için 531. maddede haklı sebeplerin varlığından bahsedilmektedir.

Ancak kolektif şirketlerde olduğu gibi haklı sebeplerle ilgili örnekler verilmemekte, bir tanımlama da yapılmamaktadır. Madde gerekçesinde de haklı sebeplerin örnek olarak gösterilmediği, bu kavramın niteliklerinin gösterilmesi ve tanımlanmasının yargı kararlarıyla öğretiye bırakıldığı vurgulanmıştır¹⁹. Bununla birlikte, madde gerekçesinde İsviçre öğretisinde haklı sebepler olarak kabul edilen, genel kurulun birçok kez kanuna aykırı şekilde toplantıya çağrılmaması, azlık hakları ile bireysel hakların sürekli ihlâli, bilgi alma ve inceleme haklarının engellenmesi, şirketin devamlı zarar etmesi, dağıtılan kâr payının düzenli bir şekilde azalması gibi

17 Yargıtay 11. HD, 11.6.2015, E. 2015/2255, K. 2015/8166, UYAP Uygulamaları, 16.11.2018

18 TTK Madde Gerekçeleri, m. 531.

19 TTK Madde Gerekçeleri, m. 531.



hallerin haklı sebeplere örnek teşkil edebileceği belirtilmiş, varsayımlar ve olumsuz beklentilerin ise haklı sebep olarak ileri sürülemeyeceği açıklanmıştır²⁰.

Şahin anonim şirkette haklı sebep kavramını, “*pay sahibinin hak veya menfaatlerini sürekli olarak, ağır ve ciddi şekilde ihlal eden ve dürüstlük kuralı gereğince davacı pay sahibi yönünden ortaklığa devamı çekilmez kılan karar, işlem ve davranışlar*” şeklinde tanımlamaktadır²¹. Bahtiyar öğretide genel olarak yapılan tanımlamadan hareketle, “*azınlığın hakkaniyete uygun ve objektif olarak ortaklığın devam etmesinden umduğu faydaları ortadan kaldıran ve ortaklığın devamını çekilmez hale getiren olgular haklı sebep olarak ifade edilebilir*” demektedir²². Erdem ise bir anonim şirkette çoğunluğun gücünü kötüye kullanması, ortaklık amacının tehlikeye düşmesi, önemli şekilde güçleşmesi veya imkânsız hale gelmesi ile şirketin devamının nesnel olarak çekilmez hale gelmesi kıstaslarından birinin somut olayda gerçekleşmesi ile anonim şirketin haklı sebeple feshinin mümkün olabileceğini, pay sahiplerinin ve şirketin çıkarlarının da belirleyici nitelik taşıdığını belirtmektedir²³.

III. ANONİM ŞİRKETİN FESHİNDE HAKLI SEBEP OLUŞTURAN OLAYLAR

A. Öğretide Anonim Şirketin Haklı Nedenle Feshi İçin İleri Sürülen Sebepler

Erdem, anonim şirkette fesih için haklı sebep oluşturan örnekleri çoğunluk gücünün kötüye kullanılması ve bunun dışında kalan haller olarak ikiye ayırmaktadır. Pay sahiplerinin kâr payı alma hakkı ve diğer mali haklarının ihlali ile ortaklığa katılma, pay sahibinin bilgi alma ve inceleme, pay sahiplerinin yönetime katılma haklarının ihlalleri çoğunluk gücünün kötüye kullanılmasının örneklerini oluşturmaktadır²⁴. Bunun dışında kalan haller ise ortaklığın işletme konusunun gerçekleştirilmesinin imkânsız hale gelmesi; esas sermayenin yitirilmesi, ortaklık amacının değişmesi, şirket organlarının işlevini yitirmesi, kötü yönetim nedenleriyle ortaklığın amacına ulaşmasının imkânsızlığı; iş göremezlik, kişisel ve tâbiyet farklılıkları, pay sahipleri sözleşmelerinin ihlâl edilmesinden kaynaklanan kişisel sebepler olarak gösterilmiştir²⁵.

20 TTK Madde Gereçleri, m. 531.

21 ŞAHİN, s. 110.

22 BAHTİYAR, s. 379.

23 ERDEM, s. 104 vd.

24 ERDEM, s. 113 vd.

25 ERDEM, s. 140 vd.

Şahin ise haklı sebeplerin görünüm biçimlerini; çoğunluk gücünün kötüye kullanılması, kişisel sebepler ve ortaklığa ilişkin sebepler olmak üzere üç başlık altında toplamaktadır. Pay sahiplerinin malvarlıksal haklarının, yönetime katılma ve azınlık haklarının ihlâli çoğunluk gücünün kötüye kullanılmasına ilişkin başlıca sebeplerdir²⁶. Kişisel uyuşmazlıklar, pay sahibinin iflası, ölümü, kısıtlanması, pay sahibinin ortaksal yükümlülüklerinin ihlâli, sadakat borcunun ihlâli, pay sahipleri sözleşmelerinin ihlâli gibi nedenler kişisel sebepleri oluşturmaktadır²⁷. Ortaklığa ilişkin sebepler ise kötü yönetim; genel kurul ve yönetim kurulunun karar alma işlevini yitirmesi; ortaklık amacının elde edilmesinin önemli ölçüde güçleşmesi; sermayenin karşılıksız kalması; birleşme, bölünme ve tür değiştirme, işletme konusunun değiştirilmesi gibi ortaklığa ilişkin yapısal değişikliklerdir²⁸.

Hızlısoy da benzer şekilde, haklı sebep teşkil edebilecek halleri başlıca çoğunluğun gücünü kötüye kullanması ve haklı sebep oluşturabilecek diğer haller olarak iki gruba ayırmaktadır. Kâr payı hakkının, tasfiye payı hakkının, rüçhan hakkının, genel kurula katılma, konuşma, öneride bulunma, aydınlatıcı hakların ve oy hakkının ihlâlleri süreklilik arz etmesi kaydıyla çoğunluğun gücünü kötüye kullanması başlığı altında toplanmıştır²⁹. Haklı sebep oluşturabilecek diğer haller ise şirket amacına ulaşılmasının imkânsızlığı, sermaye kaybı, işletme konusunun değiştirilmesi, genel kurul veya yönetim kurulunun işlevsizliği, kötü yönetim olarak sınıflandırılmıştır³⁰.

Tekinalp, genel bir kriz veya benzeri bir neden bulunmadığı sürece şirketin malvarlığının iyi yönetilmemesi, şirketin imkânlarının, kaynaklarının sistematik şekilde çoğunluğa aktarılması, azlık oluşturan pay sahiplerinin şirketteki yatırımlarının tehlikede olması, şirketin ödeme dar boğazına girmesiyle acele düşmesi hallerinde haklı sebeplerin gerçekleşeceğini belirtmiştir³¹. Yine mali açıdan şirketten sürekli şekilde verim elde edilmemesi ve ek sermaye sağlansa da verimsizliğin devam etmesi veya bütün ortakların neden olduğu şirketi felç eden anlaşmazlıklar ortaklık içerisinde meydana gelen haklı sebeplere örnek olarak gösterilmiştir³².

26 ŞAHİN, s. 140 vd.

27 ŞAHİN, s. 183 vd.

28 ŞAHİN, s. 211 vd.

29 İLBASMIŞ HIZLISOY, s. 84 vd.

30 İLBASMIŞ HIZLISOY, s. 146.

31 TEKİNALP, **Sermaye Ortaklıkları**, N. 14-12b, s. 338-339.

32 ŞENER, s. 636.



B. Uygulamada Anonim Şirketin Haklı Nedenle Feshi İçin İleri Sürülen Sebepler

1. İsviçre Hukukunda

TTK m. 531 hükmü, İsviçre Borçlar Kanunu'nun 736/4 maddesinden iktibas edildiğinden³³ İsviçre Federal Mahkemesi'nin anonim şirketin feshi için haklı sebep olarak kabul ettiği olaylar Türk Hukuku açısından da önem taşımaktadır. Şirketin sürekli kötü yönetimi, şirketin sürekli zarar etmesiyle iflasın eşiğine gelecek olması, aile şirketlerinde bazı aile bireylerinin şirketten dışlanması, kronik kârsızlık olarak ifade edilebilecek şekilde şirketin uzun yıllar kâr etmemesi, kâr dağıtmaması, yönetim kurulunun uzun yıllar huzur hakkı almaması, şirketin amacını yerine getiremez durumda olması İsviçre Federal Mahkemesi'nin haklı sebep olarak kabul ettiği olaylardan bazılarını oluşturmaktadır³⁴. İsviçre Federal Mahkemesi'nin 5.3.2005 tarihli kararına göre şirketin ve azlığın korunması için gerekli menfaatleri ihlâl eden, yok sayan kararlar alınarak böyle bir yönetim tarzının benimsenmesi haklı sebeplerin mevcut olduğunun kabulü anlamına gelmektedir³⁵. İsviçre Federal Mahkemesi'nin 12.5.2004 tarihli Grumser kararında da şirketin uzun süre kâr payı dağıtamayarak yok olmasına yol açacak şekilde kötü yönetilmesi haklı sebep sayılmıştır³⁶.

2. Türk Hukukunda

Türk Hukukunda ise aşağıda ayrıntılı olarak incelenecek Yargıtay kararları çerçevesinde, anonim şirketin haklı nedenle feshi için ileri sürülen sebepler birkaç başlık altında toplanabilir:

- Anonim şirketin kötü yönetilmesi³⁷;
- Genel kurul toplantılarının yapılmaması, toplantıya katılım olmamasına rağmen imzaların şüpheli şekilde tamamlanması, şirket fiilen iflas etmiş ve borca batık bir durumda olmasına rağmen, Kanunun

33 Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. TEKİNALP, Usulî Sorunlar, s. 213.

34 RÜZGÂR, s. 340-341.

35 5.3.2005 tarihli BGE 136 III 273 sayılı karar (TEKİNALP, *Sermaye Ortaklıkları*, N. 14-12a, s. 337).

36 Bu karar (BGE 126 III 266) için bkz. TEKİNALP, *Sermaye Ortaklıkları*, N. 14-12a, s. 337; RÜZGÂR, s. 360 vd.; PULAŞLI, s. 1956.

37 Yargıtay 11. HD, 6.5.2015, E. 2014/18585, K. 2015/6457; 12.10.2015, E. 2015/6768, K. 2015/10302; 3.3.2016, E. 2015/9088, K. 2016/2352; 30.5.2017, E. 2016/4639, K. 2017/3180; UYAP Uygulamaları, 16.11.2018. Ertan, TTK m. 376 (sermaye kaybı, borca batık olma durumunda alınacak önlemlerle ilgili düzenleme) ve m. 367 (konkordato ile ilgili düzenleme) hükümlerinde olduğu gibi alınacak önlemlerle ilgili özel düzenlemelerin bulunması halinde kötü yönetimden dolayı mali sıkıntı içinde bulunduğu gerekçesiyle şirket için haklı sebeple fesih davasının kabul edilmemesi, öncelikle özel hükümlerin uygulanması gerektiği görüşündedir (NOMER ERTAN, s. 427).

ilgili maddeleri ısrarla tatbik edilmeyerek bu konuda genel kurulun olağanüstü toplantıya çağırılmaması şeklinde gerçekleşen genel kurul toplantılarındaki usulsüzlükler³⁸;

- Şirketin bireysel çıkarlara yönelmesi suretiyle ortaklık amacından uzaklaşması, şirket yönetim kurulu üyelerinin şirketin amacını gerçekleştirme doğrultusunda faaliyetlerde bulunmaması, şirketin amacını gerçekleştirmede kullanılan tüm tesis ve teçhizatların satılması nedenleriyle artık amacın gerçekleştirilmesinin mümkün olmaması³⁹,

- Paydaşlara ihtara rağmen şirketin mali durumu hakkında bilgi verilmemesi, şirketin gelir ve giderlerinin incelenmesine izin verilmemesi, ortakların şirketin yönetimi, malvarlığı ve kâr-zarar durumu hakkında bilgilendirilmemesi, ortakların denetim ve bilgi edinme haklarının engellenmesi suretiyle bilgi alma ve inceleme haklarının kısıtlanması⁴⁰;

- Uzun süre pay sahiplerine kâr payının dağıtılmaması, paydaşların kâr payı alma hakkının engellenmesi, şirketin yüksek kârlılığa rağmen paydaşlara kâr payı dağıtılmaması⁴¹;

- Ortaklar arasında güven ilişkisinin kalmaması, ortağın bakiye borcunu ödemediği temerrüdü, ortaklar arasında ciddi anlaşmazlıkların olması ve bunların yargıya intikal etmesi, davacı ile şirketin diğer ortakları olan kardeşleri arasındaki ilişkilerin tamamen bozulmasının aile şirketi niteliğindeki şirketin işleyişine de yansması suretiyle ortaklar arasında giderilemeyecek ölçüde güvensizlik ve anlaşmazlığın ortaya çıkması⁴².

38 Yargıtay 11. HD, 16.3.2015, E. 2015/2197, K. 2015/3596; 11.6.2015, E. 2015/2255, K. 2015/8166; 23.12.2015, E. 2015/5994, K. 2015/13820; 3.3.2016, E. 2015/12197, K. 2016/2357; 11.10.2017, E. 2016/2552, K. 2017/5272; 22.11.2017, E. 2016/4245, K. 2017/6420, UYAP Uygulamaları, 16.11.2018.

39 Yargıtay 11. HD, 3.3.2016, E. 2015/9088, K. 2016/2352; E. 2016/211, K. 2016/8872; 11.10.2017, E. 2016/2552, K. 2017/5272, UYAP Uygulamaları, 16.11.2018.

40 Yargıtay 11. HD, 10.2.2014, E. 2013/12495, K. 2014/2202; 6.5.2015, E. 2014/18585 K. 2015/6457; 12.10.2015, E. 2015/6768, K. 2015/10302; 3.12.2015, E. 2015/4504, K. 2015/12980; 23.12.2015, E. 2015/5994, K. 2015/13820; 28.1.2016, E. 2015/2939, K. 2016/937; 3.3.2016, E. 2015/12197, K. 2016/2357; 21.3.2016, E. 2015/8313, K. 2016/3066; E. 2016/211, K. 2016/8872; 11.10.2017, E. 2016/2552, K. 2017/5272, UYAP Uygulamaları, 16.11.2018.

41 Yargıtay 11. HD, 11.6.2015, E. 2015/2255, K. 2015/8166; 3.12.2015, E. 2015/4504, K. 2015/12980; 23.12.2015, E. 2015/5994, K. 2015/13820; 21.3.2016, E. 2015/8313, K. 2016/3066; 3.3.2016, E. 2015/12197, K. 2016/2357; E. 2016/211, K. 2016/8872, UYAP Uygulamaları, 16.11.2018.

42 Yargıtay 11. HD, 1.12.2015, E. 2014/18024, K. 2015/12808; 3.12.2015, E. 2015/4504, K. 2015/12980; 23.12.2015, E. 2015/5994, K. 2015/13820; 11.10.2017, E. 2016/2552, K. 2017/5272, UYAP Uygulamaları, 16.11.2018.

IV. ANONİM ŞİRKETİN HAKLI SEBEPLERLE FESHİ DAVASININ HUKUKİ NİTELİĞİ ve BU DAVANIN KONUSUNU OLUŞTURAN OLAYLARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Haklı Sebep Fesih Davasının Hukuki Niteliği

TTK m. 531'de anonim şirketin feshi davası inşai nitelikte bir dava olup⁴³bu dava için gerekli iki koşul, pay sahiplerinin sermayenin en az onda birini (halka açık şirketlerde yirmide birini)⁴⁴ temsil eden paylara sahip olması ve fesih için haklı sebeplerin varlığıdır⁴⁵.Anonim şirket için bu hükümde düzenleme konusu olan fesih nedeni haklı sebeptir⁴⁶. TTK m.531'de haklı sebepler tanımlanmadığından ve herhangi bir örnek de verilmediğinden mahkeme, açılan davada olayın somut özelliklerini göz önüne alarak haklı nedenleri takdir edecektir⁴⁷. Yalnız fesih için değil TTK m. 531'de öngörülen alternatif çözümlere örnek olarak gösterilen davacı pay sahiplerinin şirketten çıkarılması veya duruma uygun düşen ve kabul edilebilir diğer bir alternatif çözüm için de öncelikle haklı sebeplerin varlığının ispatı gerekecektir. Tekinalp, mahkemenin alternatif çözümü uygun görmesi halinde haklı sebebin feshi gerektirecek kadar ağır olmasına gerek olmadığı kanaatini taşıdığını belirtmiştir⁴⁸. Ancak TTK m. 531'deki düzenlemede fesih ve diğer alternatif çözümlerin uygulanması yönünden bunlar arasında bir ayırım yapılmaksızın haklı sebeplerin varlığından bahsedildiğinden bu görüşe katılmıyoruz.

Bir sermaye şirketi olan anonim şirketin devamlılığı ve faaliyetlerini sürdürmesi esas olup, bir ekonomik değeri olan şirketin feshi yerine şirketi ayakta tutacak diğer alternatif yolların hâkim tarafından değerlendirilmesi TTK'nın öngördüğü bir zorunluluktur⁴⁹. TTK m.531 hükmü amacı ve lafızıyla yorumlandığında, alternatif çözümlerin feshe göre öncelik kazandığı söylenebilir⁵⁰. TTK m. 531hükmüne dayalı olarak açılan davanın amacının, çoğunluk kuralının kötüye kullanılarak azlığa zarar verilmesi hallerinde, şirketteki bozukluğun ve haksızlığın hâkim

43 ERDEM, s. 166; İLBASMIŞ HIZLISOY, s. 192. Bu dava sonucunda verilecek fesih kararı tüm pay sahipleri için hüküm ifade eden ve geriye etkili olmayan yenilik doğurucu bir karardır (TEKİNALP, *Sermaye Ortaklıkları*, N. 14-10, s. 334).

44 Ertan, halka açık anonim şirketlerde haklı sebeple fesih davasına yer verilmemesi gerektiği görüşündedir (NOMER ERTAN, s. 423, dn. 8).

45 ERDEM, s. 166.

46 NOMER ERTAN, s. 425.

47 Yargıtay 11. HD, 28.1.2016, E. 2015/2939, K. 2016/937; 3.12.2015, E. 2015/4504, K. 2015/12980, UYAP Uygulamaları, 16.11.2018.

48 TEKİNALP, *Fesih*, s. 218

49 Yargıtay 11. HD, 3.3.2016, E. 2015/9088, K. 2016/2352, UYAP Uygulamaları, 16.11.2018.

50 TEKİNALP, *Sermaye Ortaklıkları*, N. 14-10, s. 333.

tarafından tespiti ile en iyi çözüm yolunun bulunması olduğu açıktır⁵¹. Böylece usul hukukunda geçerli olan taleple bağlılık ilkesine Ticaret Hukuku bakımından bir istisna getirilmiştir⁵². Hâkim davacının talebinden bağımsız olarak (extrapetita) karar verme yetkisini haizdir⁵³. Bu nedenle haklı sebeple anonim şirketin feshi için açılan dava, şirketin feshi veya fesih yerine duruma uygun ve ilgililerin kabul edeceği bir çözümün karara bağlanmasıyla sonuçlanabileceğinden alternatif çözümlü inşai nitelikte bir eda davası olarak tanımlanmıştır⁵⁴. Böylece şirketin devamlılığı ile sermayenin dağılmasını engelleyecek genel ekonomik menfaatlerin yanı sıra kamu menfaatlerinin korunması da sağlanmış olacaktır⁵⁵. Haklı sebepler mevcut değilse şirketin feshi gibi diğer alternatif çözümlerin de somut olaya uygulanması mümkün değildir⁵⁶. Fesih kararının şirketi sona erdirmek gibi ağır ve yıkıcı sonuçlar doğurması karşısında kanun koyucu azınlığın korunması açısından başka hukuki yollar bulunması durumunda öncelikle bu yolların uygulanması gerektiğini kabul ederek, feshi ikincil ve son çare (ultimaratio) olarak kabul etmiştir⁵⁷.

Genel kurul kararının iptali, butlanının tespiti, sorumluluk davasının açılması gibi hukuki yollara başvurulması haklı nedenle fesih davasının bir şartı olmadığından, öncelikle bu davaların açılması gerektiği gerekçesiyle fesih davası reddedilmeyecek, haklı nedenle fesih davası doğrudan açılabilir⁵⁸. Sistematik olarak şirketin içini boşaltan haksız çoğunluğa karşı sorumluluk, iptal, özel denetim, bilgi alma gibi davaların açılarak sonuçlanmasını beklemek, TTK m. 531 hükmünün düzenleniş amacına aykırı olduğu gibi bu maddenin uygulanamaz hale gelmesine de sebebiyet verecektir⁵⁹.

51 TEKİNALP, **Sermaye Ortaklıkları**, N. 14-13, s. 340.

52 KENDİGELEN, s. 434; ŞENER, s. 638.

53 AYOĞLU, s. 237.

54 TEKİNALP, Fesih, s. 215.

55 ŞAHİN, s. 324.

56 ERDEM, s. 165.

57 ŞAHİN, s. 324; BAHTİYAR, s. 382; TEKİNALP, Fesih, s. 213; AYOĞLU, s. 225; PULAŞLI, s. 1947.

58 BAHTİYAR, s. 382; KADEROĞLU, s. 67; SUMER, s. 176; TEKİNALP, **Sermaye Ortaklıkları**, N. 14-12c, s. 339; AYOĞLU, s. 235; NOMER ERTAN, s. 428; PULAŞLI, s. 1947. Yönetim kurulu üyelerine karşı sorumluluk, genel kurul kararlarına karşı iptal veya butlanın tespiti davasının fesih davasına göre önceliğinin bulunduğu, bu davaların açılacağı hallerde haklı sebeple fesih davasının reddedilmesi gerektiği, haklı sebeple fesih davasının tali bir araç olduğu yönünde bkz. ŞENER, s. 635; DİNÇ, s. 241.

59 TEKİNALP, **Sermaye Ortaklıkları**, N. 14-10, s. 334.

Kanun koyucu alternatif çözümleri uygulamak suretiyle hâkime tanıdığı geniş yetkiyle, onu anonim şirketin feshi gibi sonuçları ağır olan bir karar vermek ya da davayı reddetmek ikileminden kurtararak daha kolay karar vermesini sağlamıştır⁶⁰. Öyle ki hâkim, fesih yerine somut olaya uygulayacağı alternatif çözümlerle çoğunluğun sebep olduğu sorunların giderilmesini, azınlık pay sahipleri ile çoğunluk arasındaki menfaatlerin dengelenmesini temin edebilecektir⁶¹. Somut olayda haklı sebepler gerçekleşse de şirketin devamını gerekli kılan menfaatler, feshin orantısız ve ağır sonuçları karşısında daha önem kazanıyorsa ölçülülük ilkesi gereği hâkim diğer çözüm yollarını uygulamaya çalışmalıdır⁶². Başka bir deyişle hâkimin karar vereceği çözüm yolu, ihlâlin niteliği de dikkate alınarak şirketin yaşaması için şirketin feshine göre ölçülü ve orantılı olmalıdır. Öyle ki söz konusu çözüm yolu hem davacının hem de şirketin menfaatlerini dengelemelidir.

B. Fesih ve Diğer Alternatif Çözümler

Şirketin feshine ve tasfiyesine son çare (ultimaratio) olarak başvurulabileceğinden hâkimin mümkün olduğunca alternatif çözümlere yönelmesi kanun koyucunun önceliğini oluşturmaktadır. TTK m. 531 düzenlemesi, limited şirketlerin aksine doğrudan ortaklara şirketten çıkma hakkını tanımasa da fesih yerine şirketin ayakta kalması için mahkemenin ortakların şirketten çıkarılmalarını bir çözüm yolu olarak uygulamasına imkân vermektedir. Fesih yerine şirketten çıkarılmanın yanı sıra duruma uygun düşen ve kabul edilebilir diğer alternatif çözüm yolları da mahkeme tarafından uygulanabilecektir.

Mahkeme, konu bakımından bir sınırlandırmaya tabi olmaksızın alternatif çözümleri araştırabilecektir⁶³. Haklı sebeplerin mevcudiyetinin ispatı halinde fesih yerine diğer çözümlere karar verilememesi ise şirketin ayakta kalmasını ve sürekliliğini sağlayacak hususların imkânsızlığı halinde söz konusu olmaktadır. TTK m. 531’de öngörülen “*duruma uygun düşme*” ifadesi somut olaya sebebiyet veren sorunu çözümlen, çoğunluk kuralının uygulanmasından kaynaklanan rahatsızlık ile ortaklar arasındaki menfaat ihtilâfını kaldıran, davacının haklı beklentilerini koruyan ve davacıyı tatmin eden bir alternatif yolun bulunması; “*kabul edilebilir*” ifadesi ise davacının isteklerinin karşılanması, uygulanabilir

60 TEKİNALP, Fesih, s. 213.

61 TEKİNALP, Fesih, s. 214.

62 ŞAHİN, s. 338.

63 TEKİNALP, Haklı Sebeplerle Fesih, s. 218.

olması anlamını taşır ve bu kavram ile vurgulanan temel esas ölçülülük ilkesidir⁶⁴. Duruma uygun düşme ve kabul edilebilir şartları davacının paylarının satın alınmasında da geçerli koşullardır⁶⁵.

Öğretide ise TTK'daki ifadesiyle duruma uygun düşen ve kabul edilebilir diğer çözümler arasında şirkete ait işletmenin bölünmesi, kısmi tasfiyeye gidilmesi, tek kişilik şirkete dönüşme, bazı kararların davacının onayı ile geçerlilik kazanması, bazı genel kurul ve yönetim kurulu kararlarında azlığa veto hakkı tanınması; kâr dağıtılmasına, oy hakkının kullanılmasına, pay sahibi gruplarının ya da azınlık temsilcisinin yönetim kurulunda temsili suretiyle yönetime katılması hususlarında şirket esas sözleşmesinin değiştirilmesi, yönetim kurulu üyelerinin azli, sermayenin azaltılması sayılabilir⁶⁶. Ayrıca bir çözüm yolu, genel kurul ve yönetim kurulunun yetki alanına giren konularda mahkemenin genel kurul veya yönetim kurulu kararı yerine geçecek şekilde karar verebilmesidir⁶⁷. Bu çözümler arasında ise yönetim kuruluna üye alınması veya üyelerin değiştirilmesi, denetçi atanması veya değiştirilmesi, kâr dağıtım kararı verilmesi, yönetim kurulu kararlarının değiştirilmesi gösterilmiştir.

Uygulamada haklı sebepler gerçekleştiğinde fesih kararı verilmediği takdirde, davacı pay sahibinin şirketten çıkarılmasını talep ettiği⁶⁸ ve mahkemeninde haklı sebeplerin ispatlanması halinde fesih yerine davacının şirketten çıkarılması yönünde tercihinin kullanmasının ağırlık taşıdığı, diğer çözüm yollarına ise neredeyse başvurulmadığı görülmektedir. TTK m. 531

64 TEKİNALP, **Sermaye Ortaklıkları**, N. 14-13a, s. 340; TEKİNALP, Fesih, s. 218-219; AYOĞLU, s. 245; NOMERTAN s. 429; PINAR, s. 721. Ancak "kabul edilebilir" ifadesi taraflarca kabul edilmesi gerekir şeklinde değil, taraflar onaylamasa da çözümün duruma uygun düşmesi ve sorunu gidermesi şeklinde yorumlanmalıdır (TEKİNALP, Fesih, s. 219).

65 TEKİNALP, **Sermaye Ortaklıkları**, N. 14-13a, s. 340.

66 ERDEM, s. 241 vd.; İLBASMIŞ HIZLISOY, s. 331 vd.; ŞAHİN, s. 522; TEKİNALP, Fesih, s. 218; TEKİNALP, **Sermaye Ortaklıkları**, N. 14-13b, s. 341; BAHTİYAR, s. 381.

67 ERDEM, s. 255- 257; İLBASMIŞ HIZLISOY, s. 345 vd.; ŞAHİN, s. 541 vd.

68 Bu incelemede esas alınan içtihatlara konu yerel mahkeme kararlarında genellikle davacıların, haklı sebepler gerçekleştiğinde fesih talebinde buldukları, bazı kararlarda fesih kararı verilmemesi halinde şirket paylarının gerçek değerinin ödenmesi karşılığında şirketten çıkarılmalarını talep ettikleri görülmüş, duruma uygun düşen ve kabul edilebilir diğer bir çözüme karar verilmesi talebine ise bir kararda rastlanılmıştır. Ertan, TTK m. 531 hükmüne göre davacı pay sahibinin rızası veya talebi bulunmasa bile şirketten çıkarılmasına mahkeme karar verilebileceğini, ancak kanun koyucunun kabul ettiği bu çözümün isabetli olmadığını, pay sahibinin kendi rızası dışında şirketten çıkarılmasının TTK m. 482 vd. hükümleri çerçevesinde ve pay bedelinin ifa edilmemesi durumunda mümkün olması gerektiğini, bunun dışındaki bir çıkarılma sebebinin şirketler hukukunun temel prensiplerine aykırı olduğunu belirtmiştir (NOMERTAN, s. 432).



ise fesih yerine örnek olarak gösterdiği alternatif çözümlerden biri olan ortağın şirketten çıkarılması halinde davacı pay sahiplerine, paylarının karar tarihine en yakın tarihteki gerçek değerlerinin ödenmesini zorunlu kılmaktadır. Bu yöndeki mahkeme kararı davacıya ait payların davalı şirket tarafından satın alınması şeklinde oluşturulur⁶⁹. Mahkemenin davalı şirketin sadece aktif değerlerini değil aynı zamanda pasiflerini de dikkate alarak mali bilançoğu ve bu kapsamda gerçek pay bedelini bularak, bu bedele hükmetmesi gerekmektedir⁷⁰. Davacı pay sahibinin şirketten ayrılması mahkeme kararına dayalı olduğundan, ödenecek payların gerçek değerinin tespitinde fesih davasının açıldığı tarih değil, şirketten çıkarılma kararının verileceği tarihe en yakın zamandaki değer tespitinin dikkate alınması gerektiği belirtilmiştir⁷¹.

Şirketin, elindeki malvarlığı ile şirket esas sözleşmesindeki amacı gerçekleştirebilmesi ve davacı pay sahibine gerçek pay değerini ödeyecek güçte olması haklı sebeplere rağmen fesih yerine diğer çözümlere karar verilmesine imkân tanır⁷². Diğer taraftan şirketin ekonomik durumunun iyi olmamasından dolayı davacı ortağa paylarının gerçek değerini ödeyememesi⁷³ fesih yerine diğer alternatif çözümlerin uygulanmasına engel olan hususlar için çarpıcı bir örnek teşkil etmektedir.

Uygulamada fesih yerine davacı pay sahibinin şirketten çıkartılması şeklindeki çözüm yolu dışında diğer alternatif çözümlere ise neredeyse rastlanılmadığı yukarıda açıklanmıştı. Bir yerel mahkemece fesih yerine alternatif çözüm yollarından biri olarak anonim şirkete ait işletmelerden bazılarının “*tedbiren*” davacılar verilmesine yönelik karar Yargıtay tarafından doğru görülmemiştir⁷⁴. Bu Yargıtay içtihadında, “6100 sayılı HMK’nın onuncu kısmı “Geçici Hukuki Korumalar” başlığı altında ihtiyati tedbir müessesini düzenlemiştir. Aynı Yasa’nın “ihtiyati tedbirin şartları” başlıklı 389. maddesinin birinci fıkrasında “mevcut durumda meydana gelebilecek bir değişme nedeniyle hakkın elde edilmesinin önemli ölçüde zorlaşacağından ya da tamamen imkansız hale geleceğinden veya gecikme sebebiyle bir sakıncanın yahut ciddi bir zararın doğacağından endişe edilmesi hallerinde, uyuşmazlık konusu hakkında ihtiyati tedbir kararı verilebilir” hükmü düzenlendikten sonra 391. maddesinde ihtiyati tedbir

69 TEKİNALP, Sermaye Ortaklıkları, N. 14-13a, s. 340; AYOĞLU, s. 244; NOMER ERTAN, s. 431.

70 Yargıtay 11. HD, 11.6.2015, E. 2015/2255, K. 2015/8166, UYAP Uygulamaları, 16.11.2018.

71 KENDİGELEN, s. 435.

72 Yargıtay 11. HD, 3.3.2016, E. 2015/9088, K. 2016/2352, UYAP Uygulamaları, 16.11.2018.

73 Yargıtay 11. HD, 11.10.2017, E. 2016/2552, K. 2017/5272; 12.10.2015, E. 2015/6768, K. 2015/10302, UYAP Uygulamaları, 16.11.2018.

74 Yargıtay 11. HD, 3.12.2015, E. 2015/4504, K. 2015/12980, UYAP Uygulamaları, 16.11.2018.



kararının hem maddi hem şekli içereceği düzenlenmiştir. Buna göre Yargıtay uygulamalarında (Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 01.06.2012 tarih, 2012/12474E. 2012/14232K. Sayılı ilamı) kabul edildiği ve HMK'nun 391. maddesi gerekçesinde açıklandığı üzere "dava sonunda elde edilecek faydayı sağlayacak şekilde", başka bir deyişle "davanın ve uyuşmazlığın esasını halleder şekilde" ihtiyati tedbir kararı verilmesi doğru değildir. Bu itibarla mahkemece, somut uyuşmazlık bakımından yukarıda açıklandığı üzere 6102 sayılı Yasa'nın 531. maddesinde öngörülen haklı sebeplerin varlığının kanıtlanmamış olması da nazara alınmak suretiyle şirketin malvarlığını bölecek ve HMK'nın öngördüğü geçici hukuki koruma kriterini aşacak şekilde davalı şirkete ait ... işletmelerinin tedbiren davacılara verilmesi doğru görülmemiş, kararın açıklanan bu nedenle de davalı şirket yararına bozulması gerekmiştir." denilmektedir.

Alternatif bir çözüm yolu olarak, ortaklıkta fesih nedeni teşkil ettiği ileri sürülen olayların sona erdirilmesi için makul bir süre verilip süre sonunda davanın görülmesi örnek verilmiştir⁷⁵. Ancak mahkemenin açılan bir fesih davasında haklı sebeplerin mevcudiyetinin ispatı halinde davayı kabul ederek fesih veya diğer bir alternatif çözüm yolu bulması yasa gereğidir. Kanımızca haklı sebepler gerçekleşmişse bu sebeplerin ortadan kaldırılmasının beklenmesi yönünde bir karar verilemez. Fesih yerine diğer alternatif çözümlerle haklı sebebe yol açan olayların ortadan kaldırılması ya da giderilmesi yönünde karar verilmesi söz konusu olabilir.

Ertan ise bu alternatif çözüm önerilerinin hemen kabul edilmesinin, yönetim kurulu üyesi seçiminin doğrudan şirket yönetimine, şirketin bölünmesinin de davada taraf olmayan pay sahiplerinin menfaatlerine doğrudan bir müdahale teşkil etmesi gibi çok kolay olmayacağını, ancak istisnai hallerde alternatif çözümlerin uygulanabileceğini ifade etmiştir⁷⁶.

C. TTK m. 531 Hükmünün Zaman Bakımından Uygulanması

TTK m. 531 hükmünün zaman bakımından uygulanması, anılan hükmün bu kanunun yürürlüğe girmesinden önceki olaylara uygulanıp uygulanmayacağı hususu ile ilgilidir. Eski hukuk döneminde haklı sebep oluşturacak olayların TTK'nın yürürlüğe girmesinden sonra da etkisini devam ettirmesi, ya da eski hukuk döneminde haklı sebep ağırlığına ulaşmamış olayların yeni dönemdeki olaylarla bir bütün olarak değerlendirildiğinde haklı sebep oluşturmasıyla, eski hukuk dönemindeki olaylara TTK m. 531 hükmünün uygulanması gerektiği belirtilmiştir⁷⁷. Bu

75 SUMER, s. 178.

76 NÖMER ERTAN, s. 434.

77 ŞAHİN, s. 50; ÇAĞLAR/KAŞAK, s. 664; AYOĞLU, s. 236.

sonuca 14.1.2011 tarihli ve 6103 sayılı Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 3. maddesinde yer alan "*Tarafların iradelerinden bağımsız olarak, kanunla düzenlenen hukukî ilişkilere, bunlar Türk Ticaret Kanununun yürürlüğe girmesinden önce kurulmuş olsalar bile, Türk Ticaret Kanunu hükümleri uygulanır.*" düzenlemesinden hareketle ulaşılmaktadır.

Yargıtay da "*...6762 sayılı TTK döneminde meydana gelen hukuki olay ve işlemlerden dolayı haklı sebeple fesih davası açılabilmesi için bu olay ve işlemlerin 6102 sayılı TTK yürürlüğe girdikten sonra da devam etmesi veya etkilerini devam ettirmesi ya da 6762 sayılı yasa döneminde meydana gelen olay, olguya da işlemlerin 6102 sayılı yasa zamanında meydana gelen olay ve olgularla bağlantılı olması gerekmemektedir. 6762 sayılı yasa döneminde gerçekleşen haklı sebeplere dayalı olarak 6102 sayılı TTK'nın 531. maddesi uyarınca anonim şirketin feshi davası açılabilmesi mümkündür...*" demek suretiyle TTK m.531 hükmünün bu maddenin yürürlüğünden önceki olaylara uygulanmasının mümkün olduğunu kabul etmiştir⁷⁸. Tekinalp de eTK döneminde meydana gelmiş haklı sebepler hakkında 6103 sayılı Kanun'un 3. maddesinin uygulanması ile TTK m. 531'in geçerli olması yönünde Yargıtay'ın yaklaşımını olumlu bulmaktadır⁷⁹.

78 Yargıtay 11. HD, 28.1.2016, E. 2015/2939, K. 2016/937 UYAP Uygulamaları, 16.11.2018; benzer şekilde Yargıtay 11. HD, 3.3.2016, E. 2015/9088, K. 2016/2352 UYAP Uygulamaları, 16.11.2018. Bu kararlarla ilgili karşı oy yazılarında ise "*Somut davada maddi vakıalar eski yasa zamanında gerçekleşmiş ve tamamlanmış olup bu maddi vakıaların yarattığı olumsuz sonuçlar yeni yasa döneminde ve dava tarihinde hissedilse dahi bu durum şirketin feshi için yeterli olmadığından yasanın yürürlüğe girmesinden sonra açılan bu davanın bu nedenle reddedilmesinde bir isabetsizlik bulunmadığından çoğunluğun mahkeme kararının gerekçesini değiştirerek verdiği onama kararına katılmıyorum.*" denilmiştir. Aynı kararlarla ait diğer karşı oy yazılarında da somut olay hakkında 6102 sayılı TTK'nın yürürlük tarihi olan 1.7.2012'den önceki olaylara dayanıldığı, 6102 sayılı TTK'nın yürürlük tarihinden önceki olaylara uygulanma olanağının tarafların iradesinden bağımsız, kanunla düzenlenen hukuki ilişkilerde söz konusu olabileceği, anonim şirketler bakımından haklı sebeple feshe ilişkin eTK'da hüküm bulunmadığı, ancak esas sözleşmenin ortaklığın haklı sebeplerle fesih edilebileceği yönündeki hükümlerinin, eTK'nın 434 maddesi gereğince geçerli olduğu görüşünün Yargıtay tarafından kabulü karşısında, haklı sebeple fesih düzenleyen TTK m. 531 hükmüne göre tarafların iradesinden bağımsız, kanunla düzenlenen hukuki ilişki olarak değerlendirilemeyeceği, başka bir anlatımla şirket esas sözleşmesi ile haklı sebeple fesih ve sonuçlarının düzenlenmesinin mümkün olduğu, bu nedenle TTK'nın 531 maddesini, 6103 sayılı Kanun'un m. 3/1 kapsamında değerlendirme ve somut olaya uygulama olanağının bulunmadığı belirtilmiştir. Benzeri yönde karşı oylar; Yargıtay 11. HD, 23.12.2015, E. 2015/5994, K. 2015/13820; 3.3.2016, E. 2015/12197, K. 2016/2357; 21.3.2016, E. 2015/8313, K. 2016/3066, UYAP Uygulamaları, 16.11.2018.

79 TEKİNALP, *Sermaye Ortaklıkları*, N. 14-11, s. 334-336.



D. Haklı Sebep Fesih Davasının Konusunu Oluşturan Olayların Değerlendirilmesi

Yargıtay'a göre TTK m. 531'in uygulamasında öncelikle şirketin devamlılığının sağlanması esastır. Yargıtay 11. HD'nin bir bozma kararında, şirketin faaliyet amaçlarının gerçekleştirmeye yarar bir kısım taşınmazların elden çıkarılması, şirketin belli bir süre faaliyet göstermemesi, ortaklar arasında bazı anlaşmazlıkların bulunması gibi gerekçelerle şirketin haklı nedenle feshi için gerekli koşullar oluşsa bile şirketin elindeki mevcut malvarlığı ile esas sözleşmesindeki amaçları gerçekleştirebileceği, fesih yerine davacı ortaklara pay bedellerinin ödenmesi suretiyle şirketten çıkarılmaların yönünde karar verilmesinin daha uygun olacağı belirtilmiştir⁸⁰.

Yine Yargıtay 11. HD'nin bir onama kararında, davalı şirket yöneticilerinin görev ve yükümlülüklerini kanuna uygun olarak yerine getirmemeleri, ortaklar arasında uzlaşma olanağının kalmayıp, taraflar arasında birçok dava ve çekişmenin bulunması, şirketin olanaklarının davacı dışındaki ortaklara tahsis edilmesi ve davacının diğer pay sahiplerinden farklı muameleye maruz kalması, genel kurul toplantılarının yapılamaması, davacının bilgi alma haklarının engellenmesi fesih için haklı sebepler kabul edilmiştir. Hatta yerel mahkemece, bu haklı sebeplerin gerçekleşmesi durumunda dafesih yerine öncelikle davacıya paylarının bedeli ödenerek şirketten çıkarılması veya başka bir çözüm yolu bulunarak şirketin devamlılığının sağlanması düşünülmüştür. Ancak davalı şirketin mali sıkıntı içinde bulunması ve davacının paylarının devir alınmasının imkânsız olması nedeniyle verilen fesih kararı ile şirketin tasfiyesinde usul ve kanuna aykırı bir husus görülmemiştir⁸¹.

Yargıtay, TTK m. 531'e göre şirketin feshi için açılan davalarda haklı sebep teşkil edebilecek tüm olayların değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir. Anonim şirketin haklı sebeple feshi için açılan bir davada yerel mahkeme, son yıllık bilanço⁸² dikkate alarak şirketin borca batık olmadığından davanın reddine karar vermiştir. Yargıtay 11. HD ise davacı tarafından ileri sürülen haklı sebep teşkil edebilecek, şirketin işletme konusunun imkânsız hale gelmesi, şirket yöneticilerinin davalı şirketin bir kısım demirbaş ve makinelerini kendilerine ait şirketlere aktararak

80 Yargıtay 11. HD, 3.3.2016, E. 2015/9088, K. 2016/2352, UYAP Uygulamaları, 16.11.2018.

81 Yargıtay 11. HD, 12.10.2015, E. 2015/6768, K. 2015/10302, UYAP Uygulamaları, 16.11.2018.

82 Şirketteki payların değerlerinin belirlenmesinde defter değeri yöntemi ve indirgenmiş nakit akışı bazlı yöntemler gibi sınırlı olmayacak şekilde değişik yöntemler kullanılabilir (AYOĞLU, s. 244).

şirketin gayri faal hale getirilmesi gibi hususların araştırılmamasının yerinde olmadığını açıklayarak bozma kararı vermiştir⁸³.

Yukarıda belirtilen Yargıtay kararlarından anlaşılacağı üzere, şirketin feshi veya diğer alternatif çözümlerden birinin uygulanması yönünden haklı sebeplerin gerçekleşmesi zorunlu koşuldur. Bu kararlarda fesih için ya da diğer alternatif çözümlerin uygulanması için bir derecelendirme yapılmamıştır. Bu nedenle mahkemenin *“davacıların haklı sebeplerin mevcudiyetine dair somut olayları açıklamadığı, feshi gerektirecek derecede haklı sebep olmaması halinde fesih isteyen pay sahibinin çıkarılmasına karar verilebileceği”* şeklinde bir değerlendirme yapması söz konusu olamaz⁸⁴.

E. Anonim Şirketin Feshinde Haklı Sebep Oluşturan Olayların Objektif ve Sübjektif Nitelikleri

Anonim şirkette haklı sebeplerle fesih kurumunun, daha çok pay sahipliği hakkının ihlâline neden olan çoğunluğun gücünün kötüye kullanılması hallerinde uygulanabileceği, kural olarak kişisel nitelikteki sebeplerin haklı nedenle feshi gerektirmeyeceği, istisnaen az sayıda pay sahibinden meydana gelen anonim şirketlerde kişisel sebeplerin fesih için haklı sebep oluşturabileceği ileri sürülmüştür⁸⁵. Dolayısıyla kişisel sebeplerin özellikle küçük aile şirketlerinde, şirket faaliyetlerini olumsuz etkileyerek şirketi işlemez hale getirdiğinde bağımsız bir haklı sebep olarak kabul edilmesi gerektiği belirtilmiştir⁸⁶. Küçük çaplı aile ortaklığı şeklindeki anonim şirketlerde, ortaklar arasındaki geçimsizliklerin veya kavgaların şirketin feshini gerektirecek haklı bir sebep olarak kabul edilebilecekken, sayıları binleri bulan bir halka açık şirkette aynı nedenlerin haklı sebep sayılabileceği ifade edilmiştir⁸⁷.

Şahin de kişisel sebeplerin haklı sebep olarak kabulü için iki özelliğin bir arada bulunması gerektiğine işaret eder. Bunlar, anonim şirketin kişisel unsurların hâkim olduğu tarzda yapılması ve söz konusu haklı sebeplerin şirketin devamı ve amacı için sürekli şekilde engel teşkil etmesi şeklinde ortaya çıkar⁸⁸. Başka bir deyişle şahsi ilişkilerin şirketin devamını imkânsız kılacak şekilde ve katlanılmaz boyutlara ulaşması gerekmektedir⁸⁹. Ertan, haklı sebep sayılacak olayların objektif ve pay sahibinin kişiliğinden bağımsız olmasını, bir sermaye şirketi olan anonim

83 Yargıtay 11. HD, 16.3.2015, E. 2015/2197, K. 2015/3596 UYAP Uygulamaları, 16.11.2018.

84 Yargıtay 11. HD, 30.5.2017, E. 2016/4639, K. 2017/3180, UYAP Uygulamaları, 16.11.2018.

85 İLBASMIŞ HIZLISOY, s. 13; BAHTİYAR, s. 379.

86 İLBASMIŞ HIZLISOY, s. 177.

87 SUMER, s. 176.

88 ŞAHİN, s. 190.

89 ÇAĞLAR/KAŞAK, s. 664.



şirkette şahsi ilişkilerin fesih sebebi olarak kabul edilememesi gerektiğini savunmaktadır⁹⁰. Erdem ise büyük anonim şirketlerde dahi görünürde olmasa da perde arkasında pay sahiplerinin kişisel ilişkilerinin ortaklığın işleyişinde etkin rol oynayabileceğini iddia etmiştir⁹¹. Bu durumda sonuç itibarıyla, somut olayın özellikleri değerlendirilerek istisnai olarak ya da diğer haklı sebeplerle birlikte kişisel sebeplerin fesih nedeni kabul edilebileceğini söyleyebiliriz⁹².

Yargıtay 11. HD ise TTK m. 531'de şirketin haklı nedenlerle feshi için esas unsurun, ortaya çıkan sebeplerin şirketin yaşamasını ve varlığını sürdürmesini imkânsız hale getirmesi olduğunu, objektif ya da sübjektif olabilecek haklı sebeplerin her davada hukuki ve maddi olayların özellikleri dikkate alınarak irdeleneceğini belirtmektedir⁹³. Dolayısıyla bir sermaye şirketi olan anonim şirkette ortaklar arasındaki anlaşmazlıklar nedeniyle ortaya çıkan güvensizlik ortamı, başka bir deyişle sübjektif nitelikteki bir sebebin haklı feshiye yol açabileceği de Yargıtay tarafından kabul edilmektedir. Ancak Yargıtay'ın kararlarında da kişisel nedenlerden kaynaklanan sübjektif nedenlerin haklı sebeplerle feshiye yol açmasında somut olayın özellikleri göz önünde bulundurulmakta, hatta bazen sübjektif nedenlerin değerlendirmesinde anonim şirketin sermaye şirketi olmasından kaynaklanan yapısı dikkate alınarak katı davranıldığı görülmektedir.

Örneğin Yargıtay'ın birbirlerine benzer nitelikteki iki kararında; taraflar arasında dava konusu olmuş birçok ihtilâfın bulunması ve taraflar arasında uzlaşma imkânının kalmaması şeklinde gerçekleşen sübjektif sayılabilecek sebeplerin yanında, davacının diğer pay sahiplerinden farklı muameleye tabi tutulması, şirket imkânlarının davacı dışındaki ortaklara tahsis edilmesi, genel kurul toplantılarının yapılmaması, davacının bilgi alma hakkının engellenmesi gibi objektif nitelikteki sebeplerle haklı sebeplerin gerçekleştiği, davacının payı ödenerek ortaklıktan çıkartılması seçeneğinin uygulanmasının ise şirketin ekonomik durumunun iyi olmamasından kaynaklandığı, somut olaya uygun düşecek başkaca bir çözümün de bulunmaması nedeniyle sonuçta fesih kararının yerinde olduğu belirtilmiştir⁹⁴.

90 NÖMER ERTAN, s. 426.

91 ERDEM, s. 154.

92 ERDEM, s. 154.

93 Yargıtay 11. HD, 1.12.2015, E. 2014/18024, K. 2015/12808, UYAP Uygulamaları, 16.11.2018.

94 Yargıtay 11. HD, 11.10.2017, E. 2016/2552, K. 2017/5272; 12.10.2015, E. 2015/6768, K. 2015/10302, UYAP Uygulamaları, 16.11.2018.



Yargıtay'ın temyiz incelemesine konu olmuş bir yerel mahkeme kararında ise dava konusu aile şirketinin uzun süredir gelir getirici faaliyette bulunmadığı, şirket ortaklarının şirketin yönetimi ve varlığını devam ettirme konusunda anlaşamadıkları, buna dair ihtilâfların ortaklar ve şirket arasında birçok davanın açılmasına sebebiyet verdiği, şirketin amacını gerçekleştirmeye yönelik malvarlığının da elden çıkartıldığı gerekçeleriyle, ortaklar arasındaki kişisel sebeplere dayalı ihtilâflar nedeniyle davacıların ortaklıktan çıkarılmalarının şirketin devamı için uygun olmayacağı belirtilerek şirketin feshi ve tasfiyesine karar verilmiştir. Yargıtay 11. HD ise şirketin devamlılığının sağlanılmasının esas olmasından hareketle, yerel mahkeme kararının gerekçesinde belirttiği hususların sabit olduğu doğru olsa bile dosyada mevcut bilirkişi raporları ve belgelerden aile şirketi niteliğindeki davalı şirketin halen elinde bulundurduğu malvarlığıyla şirkete sözleşmesinde yer alan amaçları gerçekleştirebileceği, davacı ortakların ortaklıktan ayrılması halinde şirkete sözleşmesinde yapılacak değişikliklerle şirketin amaçlarının da değiştirilebileceği, davacı ortakların şirketten çıkmayı isteyip sadece ödenecek pay bedeli hususunda diğer ortaklarla anlaşamadıkları hususu dikkate alındığında şirketin, haklı nedenle feshi yerine davacı ortakların pay bedellerinin kendilerine ödenmesi suretiyle ortaklıktan çıkartılmalarına karar verilmesinin somut olaya uygun olacağı gerekçesiyle yerel mahkemenin fesih kararını yerinde görmemiştir⁹⁵.

Yukarıda sözü edilen 2015/12808 sayılı Yargıtay kararında ise somut olayda genel kurul hazirun cetveline davacılar adına sahte imza atıldığı iddiasıyla bazı şirket ortakları için şikâyet dilekçesi verildiği, hatta sahtecilik suçundan dolayı ceza davası açıldığı, bu hususların ortaklar arasında güven ortamını kaldıracak nitelikte olup olmadığının, fesih için haklı sebep teşkil edip etmeyeceğinin yerel mahkemece araştırılması gerektiğine hükmedilmiştir.

Yargıtay, beş ortaklı aile şirketi yapısındaki bir şirket aleyhine açılan davada yerel mahkemenin haklı nedenle fesih yönündeki hükmünü ise yukarıda bahsedilen içtihatlarından daha farklı bir yaklaşımla bozmuştur. Somut olayda yerel mahkeme, kardeş olan ortaklar arasında aile bağlarının koptuğu, ortakların birbirlerine karşı kişisel husumet besledikleri, davacıların şirketten dışlanarak şirketin diğer ortaklarca sahiplenildiği, davacıların şirket imkânlarından yoksun bırakıldıkları, davacıların oy hakları dışında şirkette etki ve yetkilerinin kalmadığı, ortaklar arasındaki anlaşmazlıklar nedeniyle birçok davanın açıldığı, davacıların şirkette kalmalarının ortaklar açısından çekilmez bir hal aldığı, kâr paylarının

95 Yargıtay 11. HD, 3.3.2016, E. 2015/9088, K. 2016/2352, UYAP Uygulamaları, 16.11.2018.



yeterli düzeyde dağıtılmadığı, davacıların bilgi almalarının kısıtlandığı gerekçeleriyle haklı sebeplerin gerçekleştiğini, tasfiye yerine daha uygun bir çözüm yolu olarak davacılara şirket hisselerine karşılık olmak üzere şirkete ait bazı taşınmazların ve nakdi para ile şirketin bazı işletmelerinin tedbiren verilmesine hükmetmiştir.Yargıtay 11. HD ise davalı şirketin kardeşlerden meydana gelen beş kişilik bir aile şirketi olmakla birlikte bir sermaye şirketi niteliği taşıdığını, davacıların aile bireyleri arasındaki manevi bağların koptuğu gerekçesinin anonim şirketin feshinde haklı sebep teşkil etmeyeceğini belirterek yerel mahkeme kararını bozmuştur⁹⁶. Yargıtay 11. HD'nin çoğunlukla alınan bozma kararı için verilen karşı oyda ise davalı şirketin beş kardeş arasında müşterek hisseli bir aile şirketi niteliğinde anonim şirket olduğu, kardeşler arasında birçok davanın bulunduğu, tek amacı kâr dağıtmak olan şirketin kâr paylarının dağıtılmamasından, şirkette tesislerinin ortak kullanılmamasından, bilgi hakkının kullandırılmamasından, şirketin bazı varlıklarının diğer ortaklardan gizlenmesinden kaynaklanan nedenlerle ortaklar arasında sorunlar çıktığı, ortakların birbirlerine karşı ağır suçlamalarda buldukları anlaşıldığından şirketin haklı nedenlerle fesih koşullarının gerçekleştiği belirtilmiştir.

Bir başka Yargıtay kararında da haklı sebep olarak ileri sürülen olaylar feshi gerektirmediğinden yerel mahkemenin verdiği ret kararı çoğunluk ile onaylanmış, karşı oy da ise dava konusu şirketin sermayeden çok şahıs odaklı bir aile şirketi olduğu, ortaklar arasındaki ilişkilerin, güven duygusu ve huzursuzluk halinin fesih sebebi olarak görülmesi gerektiği, ortaklar ve şirket arasında çok sayıda davaların bulunduğu, bu durumun ortaklar açısından güven duygusunun zedelenmesine yol açıp açmadığının da değerlendirilmesi gerektiği düşüncesiyle çoğunluk görüşüne katılmadığı belirtilmiştir⁹⁷.

SONUÇ

TTK m. 531 hükmü, bir sermaye şirketi olan anonim şirkette haklı nedenle fesih hakkına yer vererek bu alanda yeni bir düzenleme getirmektedir. Bununla birlikte söz konusu düzenleme, haklı sebeplerin

96 Yargıtay 11. HD, 3.12.2015, E. 2015/4504, K. 2015/12980 UYAP Uygulamaları, 16.11.2018. Yerel mahkemenin Yargıtay'ın 11 HD'nin bozma kararına karşı direnmesi üzerine dosya Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'na (YHGK) gelmiş, YHGK'nın 7.6.2017 tarihli ve E. 2017/20, K. 2017/1091 sayılı kararı (UYAP Uygulamaları, 16.11.2018)ile esastan inceleme yapılmaksızın bazı işlemlerin tamamlanması için dosyanın yerel mahkemeye geri çevrilmesine karar verilmiştir.

97 Yargıtay 11. HD, E. 2016/211, K. 2016/8872, UYAP Uygulamaları, 16.11.2018.

gerçekleşmesi halinde şirketin devamlılığının öneminden dolayı fesih yerine diğer alternatif çözümlerin uygulanması için hâkime geniş bir takdir yetkisi vermektedir.

TTK m. 531’de haklı sebeplerle fesih kavramı tanımlanmamış ve haklı sebepler için örnekler verilmemiştir. Bu nedenle haklı sebepleri somutlaştıracak olayların belirlenmesinde öğreti ve özellikle açılacak fesih davalarının sebepleri önem arz etmektedir. Diğer taraftan fesih yerine karar verilecek diğer alternatif çözüm yollarının uygulanmasında mahkeme kararları yol gösterici olacaktır.

İncelenen konuyla ilgili sonuç olarak şu değerlendirmelerde bulunmak mümkündür:

- Öğreti ve TTK m. 531 hükmünün uygulanmasından bu yana mahkeme kararlarıyla birlikte haklı sebeplerin neler olabileceğine ilişkin somut örneklerin konuyu açıklamada yeterli veri sağladığı görülmektedir.

- Anonim şirketin haklı nedenle feshi davalarında, bu sebeplerin gerçekleşmesi hallerinde, mahkemeler kanun koyucunun bu düzenlemedeki amacına uygun olarak fesih yerine, özellikle şirketin mevcudundaki mal varlığıyla şirket esas sözleşmesinde yer alan amaçları gerçekleştirebilmesi durumunda şirketin ayakta kalmasına öncelik tanıyarak diğer alternatif çözümlerin uygulanmasını gözetmektedirler.

- Haklı sebeple fesih davasında haklı sebepte teşkil edebilecek tüm olayların değerlendirilmesi gerekmekte, diğer alternatif çözümler uygulansa da feshi gerektirecek derecede haklı sebeplerin gerçekleşmesi zorunluluk teşkil etmekte, fesih ya da diğer alternatif çözümlerin uygulanmasında bir derecelendirme söz konusu olmamaktadır.

- Haklı sebeplerle fesih davalarında, haklı sebepler gerçekleştiğinde, mahkemeler fesih yerine paylarının gerçek değerinin ödenmesi suretiyle davacı pay sahiplerinin şirketten çıkarılmaları yönünde kararlar vermeyi tercih etmektedirler. Duruma uygun düşen ve kabul edilebilir diğer alternatif çözüm yolları ile ilgili bir karara ise nerdeyse rastlanılmamıştır. Davacılar tarafından da diğer alternatif çözüm yollarının uygulanması için somut bir talepte bulunulduğu görülmemiştir.

- Haklı sebeplerle fesih davalarında kabul hallerinde genellikle objektif nedenler ağırlık taşımakta, sübjektif nedenlere dayalı fesih davasının kabulü diğer objektif nedenlerle birlikte etkili olmaktadır. Sübjektif nedenler değerlendirilirken anonim şirketin sermaye şirketi niteliğinden dolayı mahkemelerin oldukça katı davrandığı görülmektedir.



KAYNAKLAR

AYOĞLU, Tolga, Anonim Ortaklıkların Haklı Nedenle Feshi, **GÜHFD**,2013/2, s. 219-252.

BAHTİYAR, Mehmet, **Ortaklıklar Hukuku**, b. 12, İstanbul, 2017.

ÇAĞLAR, Hayrettin/KAŞAK, Esra, Anonim Şirketin Haklı Sebeple Feshine İlişkin TTK M. 531 Hükümünün Zaman Bakımından Uygulanması, **AÜHFD**, 65 (3) 2016, s. 659-686.

DEMİR, Evin Emine, TTK m. 531: Anonim Ortaklığın Haklı Sebeplerle Feshi Davası, **Legal Hukuk Dergisi**, 2011, Yıl 9, Sa. 102, s. 1-27.

DİNÇ, Serhan,6102 Sayılı Kanuna Göre Anonim Şirketlerde Sona Erme, **YBHD**, 2016/2, s. 223-248.

ERDEM, Nuri, **Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi**, İstanbul, 2012.

İLBASMIŞ HIZLISOY, Özlem, **Anonim Şirketin Haklı Sebeple Feshi**, Ankara, 2016.

İMREGÜN, Oğuz, **Anonim Ortaklıklar**, b. 4, İstanbul, 1989.

KADEROĞLU, Murat, **Anonim Şirketlerin İnfisahı (Dağılması)**, İstanbul, 2017.

KENDİGELEN, Abuzer, **Yeni Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler**, b. 3, İstanbul, 2016.

MOROĞLU, Erdoğan, **Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Korunması ve Haklı Nedenlerle Fesih**, Prof. Dr. Halil Arslanlı'nın Anısına Armağan, İstanbul, 1978, s.463-477 (Fesih).

MOROĞLU, Erdoğan, **6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu (Başlangıç Hükümleri, Ticari İşletme, Ticaret Şirketleri, Kıymetli Evrak ve Son Hükümler) Değerlendirme ve Öneriler**, b. 8, İstanbul, 2016 (Öneriler).

NOMER ERTAN, Fusun, **Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi Davası – TTK m. 531 Üzerine Düşünceler**-,**İÜHFM**, C. LXXIII, Sa. 1, s. 421-440.

OĞUZMAN, Kemal/ BARLAS, Nami, **Medeni Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar**, b. 22, İstanbul, 2016.

ÖNDER, Fahrettin, Anonim Şirketlerde Azınlığın Haklı Nedenlerle Şirketin Feshini İsteme Hakkı Üzerine Düşünceler, **SDÜHFD**, 1997, Sa. 2 (Güz), s. 279-298.

PULAŞLI, Hasan, **Şirketler Hukuk Şerhi**, C. II, b. 2, Ankara, 2015.

PINAR, Hamdi, **Şirketler Hukuku**, Editör: Sami Karahan, Konya, 2012.



POROY, Reha/ TEKİNALP, Ünal/ÇAMOĞLU, Ersin, **Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku**, b. 12, İstanbul, 2010.

RÜZGÂR, Eser, Anonim Şirketin Azlık Tarafından Feshine İlişkin Dava ile İlgili İsviçre Federal Mahkemesi Kararlarının Değerlendirilmesi, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Yıl: 5, Sa. 16 (Ocak 2014), s. 337-371.

SUMER, Ayşe, **Türk Ticaret Kanunu Tasarısında Anonim Ortaklıkların Haklı Nedenle Feshi**, MÜİİBE, 2010, Cilt XXVIII, Sa. 1, s. 171-181.

ŞAHİN, Ayşe, **Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi**, İstanbul, 2013.

ŞENER, Oruç Hami, **Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı**, b. 3, Ankara, 2017.

TEKİNALP, Ünal, Türk Ticaret Kanunundaki Boşluk: Anonim Ortaklığın Feshi, Çoğunluk Gücünün Kötüye Kullanılmasına Karşı Etkili Bir Araç, **İktisat ve Maliye Dergisi**, 1974, C. XXI, Sa. 8, s. 321-326 (Fesih).

TEKİNALP, Ünal, **Anonim Ortaklığın Haklı Sebeplerle Alternatif Çözümlü Feshi Davasının Bazı Usulî Sorunları**, Ersin Çamoğlu'na Armağan, İstanbul, 2013, s. 211-222 (Usulî Sorunlar).

TEKİNALP, Ünal, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, b. 4, İstanbul, 2016 (Sermaye Ortaklıkları).

UYAP Uygulamaları, 16.11.2018.

GANANIN VE FİLDİŞİ SAHİLİ ARASINDAKİ DENİZ SINIRINA İLİŞKİN İTLOS KARARI BAĞLAMINDA DENİZ ALANLARININ SINIRLANDIRILMASINA İLİŞKİN BAZI MESELELER¹

(An Analysis Of Some Maritime Delimitation Problems In The Light Of The Itlos Judgment Concerning The Maritime Boundary Dispute Between Ghana And Cote D'ivoire)

Doç. Dr. Gökhan GÜNEYSU²

ÖZ

Bu çalışma, 23 Eylül 2017 tarihinde Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi tarafından kurulmuş bulunan Özel Daire'nin vermiş olduğu "Gana ve Fildişi Sahili Arasındaki Deniz Sınırına İlişkin Karar" ışığında, Uluslararası Deniz Hukuku'na ve özellikle de Deniz Alanlarının Sınırlandırılması'na ilişkin uygulamada çıkacak temel özellikte bazı problemleri inceleme amacını taşımaktadır. Dava konusu olan olay bağlamında; estoppel ilkesi, eşit uzaklık ilkesinin somut olaylarda uygulanması ve uyuşmazlık konusu alanda yapılan faaliyetlerden ortaya çıkması söz konusu sorumluluk meseleleri ele alınmaktadır. Daire'ye göre; bir Devlet hakkında Estoppel hükümlerinin uygulanması için şartlar söz konusu olayda mevcut değildir. Aynı şekilde, Gana'nın, uyuşmazlık konusu deniz alanında gerçekleştirdiği tek-tarafli eylemlerden dolayı sorumlu olmadığı Daire tarafından kabul edilmiştir. Deniz Alanlarının sınırlandırılması hususunda Daire, eşit uzaklık ilkesini, 3 aşamalı bir süreç ile uygulamıştır. Bu uygulama gereği, ilk olarak tespit edilen geçici hat üzerinde herhangi bir değişiklikte bulunmamayı tercih etmiştir.

Anahtar Kelimeler: Devletler Genel Hukuku, Uluslararası Deniz Hukuku, Estoppel, Deniz Alanlarının Sınırlandırılması, Sorumluluk

ABSTRACT

This paper, in the light of one of the most recent Judgments rendered by a Special Chamber established by The International Tribunal for the Law of the Sea, aims to handle specific problems that arise in connection

1 Bu çalışma, 26 Ekim 2018 tarihinde Yıldız Teknik Üniversitesi'nde düzenlenen 5. Uluslararası Hukuk Sempozyumu'nda sunulan metnin geliştirilmiş, eleştiri ve yorumlar ışığında değiştirilmiş versiyonudur.

2 Doçent Doktor; Anadolu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuku Bölümü, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi; gguneysu@anadolu.edu.tr.

with Maritime Delimitation and International Law of the Sea, in general. Estoppel, practical application of equidistant principle and State's responsibility arising out of unilateral activities in the disputed maritime area are among those subjects to be probed into in this paper. According to the Special Chamber, no State party to this very dispute is estopped from doing anything, since the prerequisites of Estoppel are not met. Special Chamber decided that Ghana was not responsible for its unilateral activities in the disputed area, since this area concerned has been apportioned to Ghana. In this case, Special Chamber used a strict-equidistant method in the now-conventional three-step approach.

Keywords: Public International Law, International Law of the Sea, Estoppel, Maritime Delimitation, International Responsibility.

GİRİŞ

23 Eylül 2017 tarihinde, Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi deniz alanlarının sınırlandırılmasına ilişkin bir karar vermiştir³. Karar, Gana ve Fildişi Sahili Devletleri arasındaki uyuşmazlığa ilişkindir. Mahkeme, vermiş olduğu karar ile söz konusu devletler arasında tek bir deniz sınırına (Single Maritime Boundary) hükmetmiştir. Bu, Mahkeme'nin deniz alanlarının sınırlandırılmasına ilişkin olarak almış olduğu ikinci karardır. Dava, Mahkeme Statüsü'nün' 15. Maddesi 2. Fıkrasına göre kurulmuş Özel Daire (Special Chamber) tarafından yürütülmüş ve karara bağlanmıştır⁴. Daire, kararını verirken Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi'nin ilgili hükümlerine ve deniz alanlarının sınırlandırılmasına ilişkin önceki tarihli kararlara dayanmıştır⁵.

Daire, Gana'nın ileri sürdüğü gibi, önceden yaratılmış *zımni* bir sınır anlaşmasının varlığı problemini ve ayrıca (yine Gana iddialarına göre) Fildişi Sahili'nin *estoppel ilkesi* gereği hareket etmekle yükümlü olup olmadığını incelemiştir. Bunların yokluğuna hükmeden Daire, sonrasında sınırlandırma süreciyle devam etmiştir. Daire burada eşit uzaklık metodunu sert bir şekilde kullanmış ve oluşan geçici hat üzerinde herhangi bir uyarlamaya gitmeden sınırlandırmayı tamamlamıştır. Daire,

3 BEKKER, Pieter / Robert VAN DE POLL. **Ghana and Côte d'Ivoire Receive a Strict-Equidistance Boundary**, American Society of International Law Insights, Volume 21, Issue 11, October, 2017; PEIRIS, Nuwan. **Ghana v. Ivory Coast. Case No. 23**, The American Journal of International Law, Vol. 112:1, s. 88.

4 BEKKER/VAN DE POLL; GAVOUNELI, Maria. **Delimiting delimitation: Lessons learned from the ITLOS Chamber Judgment on the Dispute Concerning Delimitation of the Maritime Boundary between Ghana and Côte d'Ivoire in the Atlantic Ocean**, <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3054575 >, (Son Erişim Tarihi: 28.10.2018), s. 1;

5 GAVOUNELI, s. 1.



Gana'nın petrol ile ilgili faaliyetlerden dolayı uluslararası sorumluluğu olup olmadığı noktasında da kendisini yetkili görmüş ancak neticede Gana Devleti'nin uluslararası hukuk sorumluluğu bulunmadığına hükmetmiştir⁶.

I. TARİHİ GELİŞİM

Eylül 2014'te Gana Fildişi Sahili'ne karşı, BMDHS 7. Ek gereğince, *ad hoc* tahkim usulüne başvurmuştur⁷. 03 Aralık 2014 tarihinde taraflar anlaşmazlığa Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi'nin Özel Dairesi'nin bakmasına karar vermiştir⁸. Mahkeme beş üyeden oluşan bir Özel Daire kurmuştur⁹.

Fildişi Sahili, Şubat 2015'te, BMDHS'nin 290. Maddesinin 1. Fıkrası gereği, Daire'nin geçici tedbirlere hükmetmesi için başvuruda bulunmuştur¹⁰. Fildişi Sahili Daire'den, Gana'nın anlaşmazlık konusu alandaki tüm keşif ve kullanım faaliyetlerine son vermesini sağlanmasını talep etmiştir. Gana ise buna karşılık, Fildişi Sahili'nin tüm taleplerinin reddini Daire'den talep etmiştir¹¹.

Nisan 2015'te geçici bir tedbir kararı alınmıştır. Buna göre; Daire uyuşmazlık hakkında *prima facie* yetki sahibi olduğu görüşünü benimsemiş; Gana'nın, uyuşmazlık konusunu oluşturan alanda yeni kazı ve arama çalışmalarına başlamamasını emretmiştir¹². Bununla beraber, devam etmekte olan çalışmaların durması Gana'dan talep edilmemiştir. Daire'ye göre, başlamış olan çalışmaların da askıya alınması halinde, hem

6 IOANNIDES, Nicholas A. **A Commentary on the Dispute Concerning Delimitation of the Maritime Boundary between Ghana and Côte d'Ivoire in the Atlantic Ocean (Ghana/ Côte d'Ivoire)**, Maritime Safety and Security Law Journal, Issue 3, 2017, s. 49.

7 7. Ek uyarınca tahkim müessesesi hakkında detaylı bilgi için bkz. AKKUTAY, Berat Lale. **1982 Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi Çerçevesinde Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012, s. 60-68.

8 TANAKA, Yoshifumi. **Unilateral Exploration and Exploitation of Natural Resources in Disputed Areas: A Note on the Ghana/ Côte d'Ivoire Order of 25 April 2015 before the Special Chamber of ITLOS**, Ocean Development & International Law, Vol.46, Issue 4, 2015, s. 316. Ayrıca, UDHM ve Daireleri hakkında kapsamlı bilgi için bkz. AKKUTAY, s. 118-126.

9 PEIRIS, s. 88.

10 PEIRIS, s. 88; TANAKA, s. 316.

11 TANAKA, s. 317.

12 BANKES, Nigel. **ITLOS Judgment in the Maritime Boundary Dispute between Ghana and Côte d'Ivoire**, s. 1, < <http://site.uit.no/jclos/2017/10/27/itlos-judgment-in-the-maritime-boundary-dispute-between-ghana-and-cote-divoire/> >, (Son Erişim Tarihi: 28.10.2018); ONELE, Joseph. **Revisiting Unilateral Exploitation of Mineral Resources in Disputed Water under United Nations Convention on the Law of the Sea: Any New Matter Arising?**, Journal of International Dispute Settlement, 2018, s. 11; PEIRIS, s. 89.



Gana hem de Gana'nın imtiyaz tanımış olduğu taraflar ciddi finansal kayıplarla karşılaşacaktır.

Şubat 2017'ye gelindiğinde sözlü duruşma safhası gerçekleştirilmiş ve 23 Eylül 2017'de Karar açıklanmıştır.

A. Zımni Veya Açık Bir Sınırlandırma Adlaşması / Bölgesel Yapılageliş

Gana Devleti'ne göre, somut anlaşmazlıkta gerçek anlamda bir deniz sınırlandırılmasına gidilmesi gereksizdir. Daire'in tek yapması gereken, zaten var olan bir andlaşmanın ve bu anlaşma ile kararlaştırılmış bir deniz sınırının tespitidir¹³. Gana tarafından varlığı ileri sürülen bu zımni andlaşmaya göre, eşit uzaklık ilkesine göre oluşturulmuş bir deniz sınırı mevcuttur. Bu andlaşmanın tarafları yarım yüzyılı aşkın bir süre andlaşma hükümlerine saygı göstermişler ve riayet etmişlerdir¹⁴.

Gana'nın iddiasına göre, ilgili devletlerin 1957-2009 yılları arasında riayet ettikleri bu andlaşma mucibince söz konusu deniz sınırı eşit uzaklık ilkesi gereğince çizilmiş bir sınırdır. Gana bu sınıra "örfi eşit uzaklık sınırı" adını vermektedir¹⁵. Bu nedenle yapılması gereken basit bir tespitten ibarettir; söz konusu andlaşmanın varlığının teyid edilmesi gerekli ve yeterlidir.

Fildişi Sahili ise ortada bir zımni veya açık andlaşmanın varlığından söz edilemeyeceğini, bu nedenle deniz alanlarının sınırlandırılması gerekliliğinin halen var olduğunu ileri sürmüştür. Gana'nın zımni andlaşmanın varlığına ilişkin iddiaları ise temelden yoksundur. Fildişi Sahili'nin iddiasına göre ise, tutarlı bir şekilde sınırlandırmaya ilişkin bir andlaşmayı yapma iradesi bu devlet tarafından ortaya koyulmuş ve ayrıca Gana'nın petrol faaliyetlerine, bir anlaşmanın tamamlanmasına menfi etkide bulunduğu için, itiraz edilmiştir¹⁶. Fildişi Sahili özellikle, 1988 ve 1992 yıllarında gerçekleşmiş iki olaya ve 2008-2014 tarihlerinde arasında ilgili devletlerarasında gerçekleştirilmiş bulunan iki taraflı müzakerelere dikkat çekerek, herhangi bir anlaşmanın varlığından söz edilemeyeceğini vurgulamıştır. Kaldı ki Gana iddiaları terminolojik olarak da sıkıntılıdır. Gana anlaşma ve yapılageliş hukuku kavramlarını karıştırmaktadır. Bu da Gana'nın sınırlandırmaya tabi tutulması gereken bölgeye ilişkin

13 ITLOS, Judgment, para. 100.

14 BEKKER/VAN DE POLL; FRESHFIELDS/BRUCKHAUS/DERINGER. **Ghana and Côte d'Ivoire ITLOS Judgment**, < <https://www.freshfields.com/globalassets/services-page/disputes-litigation-and-arbitration/publication-pdfs/freshfields-briefing---ghana-cdi---itlos-judgment.pdf> >, (Son Erişim Tarihi: 28.10.2018), s. 2; ITLOS, Judgment, para. 102..

15 ITLOS, Judgment, para. 102.

16 ITLOS, Judgment, para. 103.



kendi konumu hakkındaki kafa karışıklığının delili olarak görülmelidir¹⁷. Uluslararası Hukuk'ta "örfi eşit uzaklık sınırı" adıyla bir kavram da mevcut değildir. Bu iddia aslında Gana'nın ileri sürdüğü zımni anlaşma argümanına ek bir argüman da değildir, sadece onun bir devamıdır.

Gana ise "örfi eşit uzaklık sınırı"na ilişkin iddiasının kaynağını ise spesifik bir sınırın 50 yılı aşkın bir zamandır taraflar tarafından; karşılıklı, devamlı ve uyumlu davranışlarının da ışığında, gözetilmesinde görmektedir¹⁸. Burada, Gana'ya göre, iki taraflı bir yapılageliş mevcut değildir. Mevcut olan, kaynağı eşit uzaklık ilkesine uygun olarak zımni anlaşma olan bir sınırdır ve taraflar zaman içinde bu hatta saygı göstermişlerdir. Tarafların petrol imtiyazlarına ilişkin uygulamaları da zaten var olan bu sınırın varlığını teyid etmektedir.

Bu konuda Daire, Gana'nın iddialarının temelini bir zımni anlaşmanın varlığı olduğu kanaatine varmıştır. Daire, bu konuda yapması gerekenin böyle bir anlaşmanın varlığını araştırmak olduğunu ifade etmiştir¹⁹.

Daire ilk olarak Uluslararası Adalet Divanı'nın *Nicaragua v. Honduras* Kararı'na atıfta bulunmuştur. Bu kararda da belirtildiği üzere, "zımni bir hukuki anlaşmanın varlığı "ikna edici delillere" (compelling evidence) dayanmalıdır²⁰. "Sürekli bir deniz sınırının kurulması ciddi önemi haiz bir meseledir ve bir anlaşmanın varlığı kolay bir şekilde farz edilmeyecektir"²¹. Daire'ye göre, Fildişi Sahili'nin dikkat çektiği olaylar ve görüşmeler, Gana'nın tarafların uygulamasının tartışmasız olduğuna ilişkin iddiasının üzerine şüphe düşürür mahiyettedir²². Kaldı ki Daire önündeki tartışmanın yönünü ve sonucunu belirleyen nokta da bu petrol uygulamalarının tartışmasız olması değildir. Daire'nin burada atıfta bulunduğu Uluslararası Adalet Divanı'nın *Nicaragua v. Honduras* Davası Karar'ında, "geçici bir hattın belli bir süre uygun bulunmuş olması halinde bile, bunun uluslararası bir sınırdan ayrı tutulması gerekir" şeklinde bir

17 ITLOS, Judgment, para. 108.

18 ERMOLINA, Natalia / Constantinos YIALLOURIDES. **State Responsibility for Unilateral Hydrocarbon Activities in Disputed Maritime Areas: The Case of Ghana and Côte d'Ivoire and its Implications**, <<http://site.uit.no/jclos/2017/11/23/state-responsibility-for-unilateral-hydrocarbon-activities-in-disputed-maritime-areas-the-case-of-ghana-and-cote-divoire-and-its-implications/>>, (Son Erişim Tarihi: 28.10.2018), s. 1.

19 ITLOS, Judgment, 112.

20 MA, Xuechan. **Ghana v. Côte d'Ivoire: Unilateral Oil Activities in Disputed Marine Areas**, <<http://opiniojuris.org/2017/11/09/ghana-v-cote-divoire-unilateral-oil-activities-in-disputed-marine-areas/>>, (Son Erişim Tarihi: 28.10.2018), s. 1; Peiris, s. 89.

21 ICJ, Judgment, **ICJ Reports 2007 (II)**, para. 253.

22 ITLOS, Judgment, 214.



tespitte bulunmaktadır. Divan'a göre "petrol aranması ve petrole ilişkin diğer uygulamalar deniz sınırına ilişkin zımni bir andlaşmayı tek başına oluşturamaz"²³. Demek oluyor ki uzun zamandır devam eden bir petrol ve imtiyaz uygulamasının varlığından daha fazlası, bir sınırın varlığının delili için aranmalıdır. Daire burada Divan'ın *Indonesia v. Malaysia* Davası'na da atıfta bulunmaktadır. Divan söz konusu kararda, tarafların karşılıklı anlaşmalarına dayanan bir petrol uygulamasının kalıcı bir sınır yaratamayacağını; böyle bir rızaya dayanan uygulamanın en fazla geçici bir hat (a provisional line) yaratabileceğini tespit etmiştir. Divan, ayrıca, petrol imtiyazı uygulamalarında riayet edilen çizgilerin sadece tarafların uygulayageldikleri bir temkine (restraint) de işaret edebileceğini ifade etmektedir²⁴.

Petrol imtiyaz sahalarına ilişkin haritaların petrol imtiyaz sahalarını işaretlemenin ötesinde deniz sınırlarını da gösterdiğine dair Gana iddiasını, Daire ikna edici bulmamıştır²⁵. Daire'ye göre; 1988 ve 1992 tarihli teatiler, tarafların bölgeye ilişkin bir sınırlandırma ihtiyacını gösterir şekilde değerlendirilmelidir²⁶. 2008-2014 yılları arasında gerçekleştirilen iki taraflı müzakereler de taraflar arasında bir deniz sınırının mevcut bulunmadığını onaylamaktadır²⁷. Daire, ayrıca belli amaçlar için gerçekleştirilen eylemlerin, tek deniz sınırı gibi karasularını, münhasır ekonomik bölgeyi ve kıta sahanlığını etkileyen bir olguyla ilişkili görülerek, amacının ötesinde kullanılmasına ve başka başka sahalara teşmil edilmesine de karşı çıkmaktadır. Daire bu konuyla ilgili olarak, Uluslararası Adalet Divanı'nın *Peru v. Chile* kararına atıfta bulunmaktadır. Divan'ın söz konusu kararına göre; "deniz sınırının çok amaçlı doğası karşısında, balıkçılık faaliyetlerine ilişkin deliller tek başına, o deniz sınırının kapsamını" belirleyemeyecektir²⁸.

Tüm bunların ışığında, Daire taraflar arasında; karasularını, münhasır ekonomik bölgeyi ve (200 deniz mili içinde ve ötesinde mevcut) kıta sahanlığını sınırlandıran zımni bir anlaşmanın mevcut olmadığına hükmetmiştir²⁹.

23 ERMOLINA / YIALLOURIDES, s. 1; PEIRIS, s. 89.

24 ICJ, Judgment, *ICJ Reports* 2002, para 79; PEIRIS, s. 89.

25 ITLOS, Judgment, para. 217.

26 ITLOS, Judgment, para. 221.

27 ITLOS, Judgment, para. 222.

28 ICJ, Judgment, *ICJ Reports* 2014, para. 111.

29 ITLOS, Judgment, 228.



B. Estoppel

Estoppel, Uluslararası Hukukun genel prensiplerinden biridir³⁰. Bu ilkeye göre, bir devlet “belli bir vakıya veya hukuki durum karşısındaki tutumlarında tutarlı” olmak zorundadır. Önceden yapılmış olan açıklama veya yargı kararlarıyla tespit edilmiş olgular ile çelişen iddialar bu ilke gereği dinlenemeyecektir³¹. Böylelikle, Devletlerin birbirleriyle olan ilişkilerinde istikrar ve öngörülebilirlik sağlanmış olacaktır³².

Gana, zımni andlaşma iddiasına ilaveten, estoppel ilkesine başvurmuş ve Fildişi Sahili Devleti’nin istikrarlı devlet uygulamasından sapmaktan hukuken men edildiğini (estopped) ileri sürmüştür³³. Gana tezlerine göre “ estoppel, devletlerin karşılıklı ilişkilerinde iyi niyetli davranmaları temel kuralından kaynaklanan, hukukun genel ilkelerinden biri” olarak tanınmaktadır³⁴. Gana’ya göre, estoppel’den bahsedebilmek için üç şartın sağlanmış olması gerekir. Bunlar özel bir durum yaratan devlet uygulaması, bu uygulamaya başka bir devletin iyi niyetli bir şekilde dayanması ve son olarak da bu son devlet aleyhine bir sonucun yaratılmasıdır³⁵. Fildişi Sahili, bölgedeki eşit uzaklık hattını tekrar eder şekilde tanımış ve Gana’nın bu hattı tanımaya ilişkin uygulamasına itiraz etmemesinden dolayı, Gulf of Maine kararında UAD’ın da belirttiği “açık, devamlı ve tutarlı” bir devlet uygulaması oluşmuştur³⁶. Gana’ya göre bu istikrarlı uygulama onyılları aşan bir süredir iki devlet tarafından devam ettirilmiştir. Uzun bir zaman sonra Fildişi Sahili’nin söz konusu istikrara itiraz etmesine izin verilmesinin Gana için sonuçları çok ağır olacaktır³⁷. Bu unsurların ışığında, estoppel ilkesinin şartları açıkça sağlanmıştır ve Fildişi Sahili bu uzun süreli uygulamaya itiraz etmekten alıkonulmalıdır (estopped).

Gana tezlerine göre uygulanması gereken metot, eşit uzaklık ilkesidir ve bu metottan sapmayı haklı kılacak coğrafi şartlar bölgede mevcut değildir.

30 BROWNLIE, *Principles of Public International Law*, 2003, s. 616’dan aktaran OVCHAR, Alexander. **Estoppel in the Jurisprudence of the ICJ: A principle promoting stability threatens to undermine it**, *Bond Law Review*, Volume 21, Issue I, Article 5, 2009, s. 1.

31 AYBAY, Rona / Elif ORAL, **Kamusal Uluslararası Hukuk**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, Temmuz 2016, s. 132.

32 OVCHAR, s. 1.

33 Estoppel ilkesinin altında yatan ilke, hiç kimse kendi istikrarsızlığından yararlanamamalıdır anlamına gelen “allegans contraria non audiendus est”tir; OVCHAR, s. 3.

34 ITLOS, Judgment, para. 230.

35 ITLOS, Judgment, para. 230.

36 ITLOS, Judgment, para. 232.

37 ITLOS, Judgment, para. 233.



Fildişi Sahili'ne göre ise iki devlet arasında herhangi bir yazılı veya zımni andlaşma söz konusu değildir. Yine, deniz alanlarının sınırlandırılması veya tek bir deniz sınırı hakkında, iki devlet arasında uygulanması zorunlu olan bir yapılageliş hukuku da mevcut değildir. Aynı maddi gerçeklikten hareketle, kendisi için estoppel ilkesinin uygulanması da mümkün değildir. Kaldı ki, deniz alanlarının sınırlandırılmasında estoppel uygulanması söz konusu olamaz. Zaten, bu ilke uluslararası uyuşmazlıkların çözümünde az başvurulan, çok itiraz alan ve uygulaması nadir görülen bir ilkedir³⁸. Fildişi Sahili'ne göre, Gana bu ilkeyi, kabul edilmesi zor görünen zımni andlaşma iddiasının yanına ek bir iddia olarak eklemektedir sadece. Fildişi Sahili'ne göre burada Gana'nın amacı estoppel ilkesini de ileri sürerek, kabulü aslında zor görünen zımni andlaşmanın varlığı ilkesine uygulanacak Uluslararası Hukuk hükümlerini dolanmaktadır. Ayrıca, Fildişi Sahili Devleti estoppel ilkesinin tanınması alternatif durumunda dahi ilkenin uygulanmasının önünü açabilecek kümülatif şartların somut olayda sağlanmadığı tezini ifade etmiştir³⁹.

Daire, Mahkeme'nin 2012 tarihli *Bangladesh v. Myanmar* kararında geçen estoppel tanım ve sonuçlarına atıf yaparak konu hakkındaki incelemelerine başlamaktadır. Buna göre "uluslararası hukukta, bir devletin, kendi davranışıyla, belli bir durum görünümü yaratması ve diğer bir devletin de bu davranışa iyi niyetle dayanarak, kendi menfaatinin aleyhine, bir eylemden imtina etmesi veya o eylemi gerçekleştirilmesi halinde estoppel mevcuttur. Estoppel kavramının etkisi, bir devletin, kendi istikrarlı davranışıyla, artık belli bir durumu tanımadığını veya o duruma rıza göstermediğini ileri sürmekten engellenmiş olmasıdır"⁴⁰.

Taraflar arasındaki teatiler ve müzakereler ortada bir anlaşmanın varlığına değil, bilakis yokluğuna işaret etmektedir⁴¹. Fildişi Sahili Devleti; beyanları, eylemleri veya sükutu ile, eşit uzaklık ilkesine dayanan bir anlaşmaya rıza gösterdiğini ortaya koymamıştır. Fildişi Sahili, petrol imtiyaz bloklarının sınırlarının bir deniz yetki alanı sınırlarından farklı olduğunu ifade edecek özeni ise göstermiştir. Bu nedenlerle, Fildişi Sahili'nin estoppel oluşumu için gerekli eylemlerde bulunmadığı hükmüne varılmaktadır⁴². Yukarıda zikredilen hususların ışığında Daire, Gana'nın estoppel'e ilişkin iddialarını reddetmiştir⁴³.

38 ITLOS, Judgment, para. 235.

39 ITLOS, Judgment, para. 236.

40 ITLOS, Judgment, **ITLOS Reports 2012**, s. 42, para 124.

41 ITLOS, Judgment, para. 243.

42 ITLOS, Judgment, para. 244.

43 ITLOS, Judgment, para. 246.



C. Deniz Alanlarının Sınırlandırılması

Daire taraflar arasında zımnî bir anlaşmanın mevcut olmadığına ve olaya estoppel hükümlerinin uygulanamayacağına hükmettiğine göre, deniz alanlarının sınırlandırılmasına geçmek durumundadır.

1. Karasularının Sınırlandırılması

Deniz alanlarının sınırlandırılması konusunda Gana, ilk olarak karasularının sınırlandırılması amacıyla, Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi'nin (BMDHS) 15. Maddesinin anlaşmayı öncelikli bir konumda gördüğünü, bir anlaşmanın yokluğu durumunda ise eşit uzaklık ilkesinin sınırlandırmaya uygulanacağını ileri sürmektedir. Gana'ya göre eşit uzaklık ilkesinden uzaklaşarak, yani bu ilkeyi kullanmadan sınırlandırma yapılabilmesi ancak tarihi hakların varlığı veya özel durumların söz konusu olması hallerinde mümkün olabilir⁴⁴. Gana'ya göre, Daire'ye iki devletin arasında mevcut bulunan bağlayıcı bir yükümlenmeye işaret eden uygulamaya dair yeterli delil sunulmuştur. Bu BMDHS 15. Madde anlamında bir anlaşma olarak görülmelidir. Tarihsel olarak tanımlanmış bu durumdan sapmayı meşru kılacak herhangi bir tarihi hak veya özel bir başka durum mevcut değildir. Gana'ya göre eşit uzaklık sınırından değişik bir sınırı gerekli kılan herhangi bir coğrafi veya jeolojik özellik bulunmamaktadır⁴⁵. Gana, Fildişi Sahili Devleti'nin kullanılmasını gerekli gördüğü bisector (Açıortay) metodunun⁴⁶ yalnızca konvansiyonel metodun (eşit uzaklık ilkesi) kullanımının açıkça uygunsuz veya imkânsız olduğu durumlarda ve çok nadir olarak kullanıldığını da eklemiştir⁴⁷.

Fildişi Sahili ise BMDHS 15. Maddesinin karasularının sınırlandırılması amacıyla eşitlik uzaklık hattının kullanılmasını salıklamaktadır ancak bu temel kural, özel durumların varlığı halinde istisnalara tabi olabilmektedir⁴⁸. Olayda özel durumlar mevcuttur ve bu durum da Daire'nin sınırlandırma için eşit uzaklık metodundan başka bir metodu uygulamasını gerekli kılmaktadır⁴⁹. Bu nedenle, Daire somut olayda bisector metodunu kullanmalıdır. Bu tercihin sebebi ise belli coğrafi ve jeomorfolojik

44 ITLOS, Judgment, para. 75.

45 ITLOS, Judgment. Para. 76.

46 Bu yöntemin kullanıldığı alanların özellikleriyle ilgili olarak bkz. AÇIKGÖNÜL, Yunus Emre. **Deniz Yetki Alanlarının Hakça İlkeler Çerçevesinde Sınırlandırılması**, Legal Hukuk Kitapları Serisi No. 205, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2012, s. 165.

47 ITLOS, Judgment, para. 251 ve 252.

48 ITLOS, Judgment, para. 253.

49 ITLOS, Judgment, para. 254.



özelliklerdir. Bu özellikler yalnızca karasularının sınırlandırılması değil, diğer alanların da sınırlandırılmasını etkilemektedir⁵⁰.

Daire ilk olarak tüm deniz alanları sınırlandırılması sürecinde aynı metodunu kullanması gerektiğine karar vermesinin iki taraf tarafından da talep edildiği yorumunu yapmaktadır. Bununla beraber, farklı deniz alanlarının sınırlandırılmasına farklı kuralların uygulanması gerekmektedir.

Daire'ye göre, sahildar devletlerin karasuları üzerindeki hakları fonksiyonel değildir, ülkeseldir. Bu alan üzerinde egemenliği olan devlet; deniz yatağı, üstündeki su kütlesi ve bunların üzerindeki hava sahasının da üzerinde egemenlik sahibi olacaktır. Ancak, ne Gana ne de Fildişi Sahili egemenlik ile ilgili iddialarda bulunmuştur. Bu ise Daire'nin gözünde, tarafların söz konusu tüm deniz alanları için aynı sınırlandırma metodunun kullanılması konusunda zımnen anlaşığı anlamına gelmektedir. Daire de bu şekilde sınırlandırma yapmayı uygun görmektedir.

2. Karasularının, Münhasır Ekonomik Bölgenin ve 200 Deniz Miline Kadar Olan Kıta Sahaneliğinin Sınırlandırılması

Gana'ya göre; BMDHS'nin 74 ve 83. maddeleri belli bir metodu hakkaniyetli bir sonuç yaratmak için özellikle belirtmemiş olsa da⁵¹, eşit uzaklık / ilgili şartlar metodu uygulamada standart metod olarak ortaya çıkmaktadır⁵². Bu metodun uygulanması için Gana/Fildişi Sahili kıyıları da çok uygun bir yapıdadır. Kıyı hattı neredeyse mükemmel bir şekilde düzdür ve bu özelliği bozacak başka kıyı ve deniz unsurları da mevcut değildir⁵³. Fildişi Sahili tarafından önerilen metodun uygulanmasını gerekli kılabacak nedenler de bu devlet tarafından ileri sürülebilmemiş değildir⁵⁴.

Fildişi Sahili ise hakkani bir sonuç yaratmanın, deniz alanlarının sınırlandırılmasına ilişkin hukukun temelini oluşturduğu iddiasındadır. Bu nedenle tek bir sınırlandırma metodunu zorunlu olarak nitelendirmek yanlıştır. Eşit uzaklık metodu ne zorunlu bir sınırlandırma metodudur ne de bu somut olaya uygulanmaya müsaittir⁵⁵. Fildişi Sahili, geometrik özelliği nedeniyle bu metodun pratik bir avantaj sunduğunun farkında olduğunu belirtmiş ancak somut olayda, makro-coğrafya ve kıyasal mikro-coğrafyanın ve yine esas noktaların sayıca azlığının bisector metodunu

50 ITLOS, Judgment, para. 255.

51 KURAN, Selami. **Uluslararası Deniz Hukuku**, Beta Basım AŞ, 4. Baskı, 2014, s. 231.

52 ITLOS, Judgment, para. 265.

53 ITLOS, Judgment, para. 266.

54 ITLOS, Judgment, para. 268.

55 ITLOS, Judgment, para. 270.



en uygun metot haline getirdiğini ileri sürmüştür. Bu argümana göre, bisector metodunu zorunlu kılan, kıyının coğrafi özelliğidir; dolayısıyla bu seçim objektif unsurlara dayanmaktadır. Bu metot ile kıyıdaki düzensizliklerin orantısız sınırlandırma sonuçları yaratmasının da önüne geçilmiş olunacaktır⁵⁶.

Fildişi Sahili Devleti'nin tezlerine göre, ilgili devletlerin kıyıları konkav ve konvektir. Bu nedenle eşit uzaklık ilkesi hakkaniyetli sonuç yaratamayabilir. Buna dayanarak bisector metodunun Daire tarafından kullanılması talep edilmiştir. Eğer bu metot kullanılırsa, kıyının genel yönü takip edilmiş ve menfaati söz konusu bölge devletlerine de zarar verilmemiş olacaktır. Fildişi Sahili, hakkani bir sonuca ulaşılabilmesi için bisector metodu uygulanmalıdır görüşündedir. Bu metot da, tıpkı eşit uzaklık metodu gibi, *coğrafyaya dayanan* bir deniz alanları sınırlama metodudur. Uluslararası Adalet Divanı kararlarında da "Eşit Uzaklık Metodunu uygulanamadığı durumlarda kullanılmaya uygun bir ilave metot" olarak tanımlanmıştır⁵⁷.

Daire, tarafların BMDHS 74. ve 83. maddelerini bu olaya uygulanabilir hukuk olarak gördüklerinin ifade etmiştir⁵⁸. Bu iki düzenleme de aynı şekilde Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nün 38. Maddesinde belirtildiği şekliyle uluslararası hukuk temeline dayanan anlaşma ile deniz alanlarının sınırlandırılacağını ifade etmektedir. Sınırlandırmanın amacı ise hakkaniyete uygun bir çözümün gerçekleştirilmesidir⁵⁹. Daire, tarafların münhasır ekonomik bölge, 200 deniz mili berisi ve ötesinde kıta sahanlığı alanlarının sınırlandırılması için kullanılacak metodun karasularına da uygulanmasını istediğini hatırlatmıştır. Daire sınırlandırma için özel bir metodolojinin söz konusu maddeler tarafından hususan öngörülmediğini; uygulanmasına karar verilecek metodu hakkaniyete uygun bir sonuç yaratmasının gerekliliğini not etmiştir. Hamburg Mahkemesi'nin daha önceki sınırlandırma kararını (Bangladesh v. Myanmar) hatırlatan Daire, sınırlandırma "bağlamında Mahkeme'yi yönlendiren en büyük amacın işte bu hakkaniyete uygun sonucu yaratmak olduğunu"⁶⁰ bir kez daha teyid etmiştir. Bu sonucu yaratma amacındaki sınırlandırma sürecinde iki temel amaç daha ortaya çıkmaktadır; şeffaflık ve öngörülebilirlik⁶¹.

56 ITLOS, Judgment, para. 272-274.

57 ICJ, Territorial and Maritime Dispute in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Honduras), Judgment, ICJ Reports 2007 (II), para 283.

58 Sınırlandırmanın yapılmasına ilişkin müzakereler ile ilgili bilgi için bkz. GÖKALP, İbrahim. **Milletlerarası Adalet Divanı'nın Deniz Alanlarının Sınırlandırılmasına Dair Kararlarında Dikkate Aldığı İlkeler**, Beta Basım A.Ş., 2008, s. 100-107.

59 ITLOS, Judgment, para. 276-277. Hakkaniyete uygun sonuç kavramı hakkında daha fazla bilgi için bkz. GÖKALP, s. 107-111; KURAN, s. 231-232.

60 ITLOS, Judgment, ITLOS Reports 2012, s. 67, para. 235.

61 ITLOS, Judgment, 282. Öngörülebilirliği hakça ilkelerin kapsamında değerlendiren bir



Daire'ye göre coğrafyaya dayanan tek metot bisector metodu değildir, aynı şekilde eşit uzaklık metodu da coğrafyaya dayanan bir metottur. Daire ayrıca, Fildişi Sahili'nin iddiasının aksine, bisector metodunun tamamen objektif bir usul de olmadığı kanaatinde. Yakın tarihlerde gerçekleştirilen sınırlandırma vakalarında çoğunlukla eşit uzaklık / ilgili şartlar metodu uygulanmıştır. Bu genel uygulamadan sapılarak angle bisector metodunun uygulanmasında ise o davalardaki özel (particular) şartların varlığının bunu gerekli kılması vardır. Daire bu şartları Fildişi Sahili'nin vermiş olduğu örnekler planında teker teker incelemiş ve bazı farklılıkları ortaya koymuştur. Gine ve Gine-Bissau Kararı'nda örneğin coğrafi açıdan karışık unsurlar mevcuttur. Hâlbuki Gana ve Fildişi Sahili kıyıları düzdür, girintili-çıkıntılı bir mahiyette değildir⁶².

Sonuç olarak, Daire eşit uzaklık / ilgili şartlar usulünü kullanmayı tercih etmiştir. Daire'ye göre ancak geçici eşit uzaklık hattının çizilmesini imkânsız kılacak mahiyette zorlayıcı koşulların varlığı halinde başka bir metot tercih edilebilir. Daire'ye göre her vaka biriciktir (unique) ve nihai amaç hakkani sonuca ulaşmak üzere, her vaka özel bir işlemi (treatment) gerektirmektedir. İlaveten, Daire, uluslararası mahkeme ve hakem heyetlerince baskın olarak kullanılagelen metottan ayrılmayı da, şeffaflık ve öngörülebilirlik ilkelerinin ihlali olarak değerlendirmektedir⁶³. Kıyının özel şartları, istikrarsız oluşu gibi Fildişi Sahili'ne ait diğer iddiaları da Daire kabul etmemiş, bahsi geçen tüm deniz alanlarına eşit uzaklık metodunu uygulayacağı kararına varmıştır.

Daire, bu metodu kullanırken, üç-safhalı metodolojiyi takip etmiştir. Taraf devletler de bu usulün uygulanmasının üç safhadan oluştuğunu kabul etmişlerdir. Buna göre öncelikle geçici mahiyette bir eşit uzaklık hattı belirlenmeli, sonrasında bu hattın ilgili şartlar gereğince değiştirilip değiştirilmeyeceği kontrol edilmelidir. Son olarak da ilk iki safha sonunda ortaya çıkan alanların orantısız olup olmadığı kontrol edilmelidir. Daire ilke olarak tarafların, *Romania v. Ukraine Kararı*'nda⁶⁴ geliştirilen usulü kabul ettiklerini not etmiştir.

Bu minvalde, Daire geçici eşit uzaklık hattını belirlemiştir. İkinci safhada Daire, belirlemiş olduğu geçici çizgide değişiklik yapmasını gerekli kılacak şartların varlığına ikna olmamıştır. Daire bu safhada özellikle, Fildişi Sahili'nin kendi kıyısının konkav özellikte olması nedeniyle, Gana'ya ayrılan deniz alanının kendisi için engelleyici/kesici

inceleme için bkz. AÇIKGÖNÜL, s. 56.

62 ITLOS, Judgment, para. 285-287.

63 ITLOS, Judgment, para. 289.

64 ICJ, Maritime Delimitation in the Black Sea (Romania v. Ukraine), Judgment, I.C.J. Reports 2009, para. 106-120 ve para. 122.



bir etki (cut-off effect) yaratacağı iddiasını incelemiştir. Burada yaratılan engellenmenin önemsiz bir seviyede olduğuna hükmeden Daire sırf bu nedenle, hazırlanmış bulunan geçici çizgide oynama yapmayı gereksiz görmüştür⁶⁵.

Son olarak, ortaya çıkan alanların orantısız olup olmadığını sorgulayan Daire orantısız dolayısıyla hakkaniyete aykırı bir sonuç yaratmadığı sonucuna varmıştır.

D. Gana'nın Uluslararası Hukuk Sorumluluğu

Fildişi Sahili Devleti'nin iddiasına göre Gana Devleti'nin uzlaşmazlığın söz konusu olduğu kıta sahanlığı alanına ilişkin faaliyetleri uluslararası hukukun, Sözleşme'nin ve 2015 tarihli Karar'ın ihlali niteliğindedir⁶⁶. Özel Daire'den Gana'nın tek taraflı olarak Fildişi Sahili'ne ait deniz alanında icra ettiği faaliyetlerin, bu devletin BMDHS'den ve yapılageliş hukukundan kaynaklanan haklarının ihlali olduğuna hükmetmesi de talep edilmiştir⁶⁷.

Gana ise Daire'nin bu konulardaki yetkisi konusunda herhangi bir itiraz ileri sürmemiştir⁶⁸.

Daire'nin yetkilendirildiği Özel Anlaşma, uluslararası sorumluluk meselesine ilişkin herhangi bir hüküm içermemektedir⁶⁹. Buna rağmen Daire, BMDHS'nin 293. maddesi gereği kendisinin bu konuda da hüküm inşa etmeye yetkili olduğuna karar vermiştir. Daire, 25 Nisan 2015 tarihli Ara Kararı'nda mevcut geçici tedbirlere uyulmaması konusundaki yetkisinin doğal (inherent) olarak mevcut olduğunu da hatırlatmıştır⁷⁰.

Daire, deniz alanlarına ilişkin ulusal hak taleplerinin çakışması durumunda, aynı alan için iki farklı hak iddiasının bulunduğu dikkat çekmiştir. Burada her taraf için, ilgili kıyılarından kaynaklanan hak iddiaları mevcuttur. Sadece, bir sınırlandırma kararı ile söz konusu kıta sahanlığının hangi bölgesinin kime ait olacağı ortaya konacaktır. Burada verilecek karar bu nedenle kurucu etkiyi haiz bir karardır. Daire bu konuda taraflardan ayrılmaktadır. Taraflar verilecek sınırlandırma kararının açıklayıcı mahiyette olacağı, yani zaten kendilerine ait olan bir kıta sahanlığının bu özelliğinin teyid edileceği fikrindedir. Daire ise, sınırlandırma kararı ile birlikte, bir hak iddiasına (entitlement) diğeri aleyhine olacak şekilde üstünlük kazandırıldığı görüşündedir. Böyle bir karar, Daire'ye göre, elbette kurucu bir karar olarak nitelendirilmelidir.

65 IOANNIDES, s. 52.

66 BANKES, s. 7.

67 BEKKER/VAN DE POLL.

68 BANKES, s. 7.

69 IOANNIDES, s. 52.

70 ITLOS, Judgment, para. 546.



Bu yaklaşımın mantıksal sonucu, Daire'nin yaklaşımına göre; taraflardan birinin, sonradan sınırlandırma kararı ile diğer tarafa verilen alanda icra etmiş olduğu deniz faaliyetlerinin uluslararası hukukun ihlali veya kendisine bu alan verilen devletin sahip olduğu egemen hakların ihlali olarak nitelendirilemeyeceğidir. Elbette bu faaliyetlerin, sınırlandırma kararından önce ve iyi niyetle (in good faith) gerçekleştirilmiş olması gereklidir⁷¹. Dolayısıyla, kararın açıklanmasından sonra veya açıkça kötü niyetli bir kıta sahanlığı faaliyeti söz konusu faaliyeti gerçekleştiren devletin sorumluluğuna neden olabilecektir. Bu yaklaşımla uyumlu olarak Daire, Gana'nın faaliyetlerinin bu devletin sorumluluğuna neden olmadığına karar vermiştir.

Daire sorumluluk bağlamında, Gana'nın, BMDHS'nin 83. maddesini ihlal etmesinden dolayı sorumluluğuna hükmedilmesine ilişkin iddialarını da incelemiştir. Fildişi Sahili'ne göre, Gana söz konusu maddenin 1. ve 3. fıkralarının ihlalinin sorumluluğu tutulmalıdır. Gana'nın tek taraflı faaliyetleri, 1. Fıkranın anlaşma yapma hükmünün ihlalidir. Gana burada anlaşmayı inşa etmeye yönelik iyi niyetle müzakerelerde bulunma davranış yükümlülüğünü ihlal etmiştir⁷². Gana ise bu iddiaları reddetmiştir.

Daire, m. 83/1'de zikredilen yükümlülüğün bir sonuç tekeffülü olarak görülemeyeceğini, burada bir davranış yükümünden bahsetmek gerektiğini, sırf bir tarafın beklemiş olduğu sonucun müzakereler sonucunda hâsıl olmamasının bir ihlalin varlığına neden olmayacağını ifade etmiştir⁷³. İki taraf arasında müzakereler altı yılı aşan bir sürede gerçekleştirilmiştir. Burada, Fildişi Sahili bu toplantıların anlamsız olduğuna dair herhangi bir delil getirebilmiş değildir. Ayrıca, Gana'nın kendisi hakkında avantajlı gördüğü status quo'yu korumak konusunda takındığı diplomatik tavır, iyi niyetle müzakere etme yükümünün ihlali değildir. Yine, ilk zamanlarda Gana'nın hukuki çözüm yollarına başvurulmasına engel olması da kötü niyet delili olarak değerlendirilemez. BMDHS'nin 298. maddesi açık bir şekilde Taraf Devletlerin belli uyuşmazlıkları zorunlu yargılama usulünden müstesna tutmasına izin vermektedir⁷⁴. Netice itibarıyla, 1. Fıkra bağlamında, Fildişi Sahili'nin iddialarını Daire mukni bulmamıştır.

Daire aynı maddenin 3. Fıkrası bağlamında da bir ihlal tespit edebilmiş değildir. Buna göre, söz konusu fıkra taraflara iki ayrı yükümlülük

71 ERMOLINA / YIALLOURIDES, s. 3.

72 ITLOS, Judgment, para. 596-600.

73 ITLOS, Judgment, para. 604.

74 ITLOS, Judgment, para. 604.



getirmektedir⁷⁵. Birincisi, “uygulamaya yönelik geçici düzenlemeler yapmak için her türlü çabayı sarf etme” yükümlüdür. İkincisi ise “bu geçiş sürecinde, nihai anlaşmaya ulaşılmasını tehlikeye sokmama veya engellememe” yükümlüdür⁷⁶. Daire’ye göre, bunlardan ilki de bir davranış yükümlülüğüdür. İlk yükümlülük ile ilgili olarak, Fildişi Sahili Gana’nın kendisiyle geçici mahiyette düzenlemeler yoluna gitmesini bu devletten talep etmemiştir.

İşbu nedenlerle Daire Gana’nın uluslararası hukuk sorumluluğunun bulunmadığına hükmetmiştir. Daire’nin kararı, Daire’ye göre, izhari değil inşai mahiyettedir. Tarafların hak iddiasında buldukları alan üzerindeki sınır, ancak sınırlandırmanın gerçekleştirilmesi sonrasında ortaya çıkmıştır. Bu nedenle yapılan faaliyetler hukuk ihlali olmadığı gibi, diplomatik müzakerelerde bir tarafın kendi pozisyonu hakkında ısrarcı bir tutum takınması da hukuk ihlali olarak betimlenemez.

SONUÇ

Yukarıda da ifade edildiği üzere, Özel Daire 23 Eylül 2017 tarihinde uyuşmazlığa ilişkin kararını vermiştir. Karar oybirliği ile alınmıştır. Özel Daire’ye göre, gerçekten de taraflar arasında, tarafların dikkate aldığı bir hat mevcuttur. Ancak bu hattın işlevi tarafların doğal kaynaklar ile ilişkili faaliyetleri bağlamında söz konusudur. Tarafların akaryakıt faaliyetleri ve petrol mevzuatlarının, taraf deniz alanları arasında ortak bir sınır teşkili konusunda çok büyük bir önemi bulunmamaktadır. Yani, bu hatta riayet edilmesi sadece enerji kaynağı faaliyetleri konusunda inhisar ettirilmiş görünmektedir. Belli bir konuya inhisar ettirilmiş bir uygulamanın daha kapsamlı bir mesele olan deniz alanı problemine teşmil ettirilmesi Özel Daire’ye göre doğru değildir.

Kaldı ki Fildişi Sahili’nin tartışmalı alandaki Gana Faaliyetlerine dair geçmişteki itirazları da Özel Daire tarafından hatırlatılmıştır. Bu itirazların ve aynı şekilde uzlaşmazlığın konusu olan alana dair diplomatik müzakerelerin varlığı zımni bir andlaşmanın varlığına değil, bilakis olmadığına delil teşkil etmektedir.

Karar, diplomatik müzakerelerin önemini böylelikle bir kez daha hatırlatmıştır. Müzakerelerde belli bir konu hakkında ısrarcı olmanın da herhangi bir hukuk kuralını iyi niyetle bağdaşmayacak bir şekilde ihlal etmek anlamına otomatik olarak gelmeyeceği önemli bir husus olarak ortaya çıkmaktadır. Demek oluyor ki bir tarafın iyi niyetle müzakerelere

75 VAN LOGCHEM, Youri. **The Scope for Unilateralism in Disputed Maritime Areas**, (içinde). Clive H. SCHOFIELD, Seokwoo LEE, Moon-Sang KWON (Eds.), **The Limits of Maritime Jurisdiction**, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2014, s. 176.

76 ERMOLINA / YIALLOURIDES, s. 3-5.



katılması ve fakat burada kendi pozisyonunu savunması hukuka aykırı bir eylem olarak nitelendirilemez.

Aynı şekilde, belli bir deniz alanına ilişkin anlaşmazlık içinde bulunan sahil devletlerin iyi niyetle o alanda petrol arama vb. faaliyetlerinin de, kural olarak, sorumluluk doğurmayabileceği hükme bağlanmıştır. Öğretide bu, anlaşmazlık konusu alanlar üzerinde tek taraflı eylemleri cesaretlendirebileceği endişesiyle eleştirilmiştir⁷⁷. Bu eleştiriye göre, böyle bir uyuşmazlığın tarafı devletler, bu Karar'ın da teşviki ile hızlı bir şekilde söz konusu deniz alanlarında ruhsat verme, arama yapma gibi tek taraflı eylemlere girişme konusunda daha cesaretli davranacaklardır. BMDHS 74. ve 83. maddelerinde mevcut bulunan "tehlikeye düşürmeme ve engellememe" yükümleri ile Karar'ın bu duruşu arasında bir tutarsızlıktan bahsetmek mümkün görünmektedir⁷⁸. Bu nedenlerle, deniz alanlarına ilişkin hukuki veya siyasi uyuşmazlıkların tarafı olan devletlerin hızlı bir şekilde davranarak, kendi arama faaliyetlerini başlatmaları, bu Karar sonrasında daha önemli bir konu haline gelmiştir.

Kararda, uygulamada beliren ve sınırlı bir konuya ilişkin olan fiili bir anlaşmanın/uyumun bütün bir deniz alanı üzerinde bağlayıcı etki yaratmasının kolaylıkla kabul edilmemesi gerektiğine işaret edilmektedir. Bu da önemli bir başka husustur. Uygulama sonucu andlaşma oluşması veya örfi bir deniz sınırının tespit edilmesi aşikâr bir dille reddedilmiştir.

Karar'ın bir diğer dikkat çeken yanı da Özel Daire'nin eşit uzaklık metodunu uygulamadaki tutumudur. Özel Daire, ikna edici sebepler olmaması durumunda, uygulamada kendisini kabul ettirmiş saydığı bu metodu uygulayacağını ifade etmiştir. Daire, Fildişi Sahili'nin (Daire'nin görüşüne göre artık konvansiyonel hale gelmiş bulunan) bu usulden sapmak için yeterince ikna edici sebepler ileri sürememesini gerekçe göstererek bu kuralı uygulamıştır. Özel Daire'ye göre deniz alanları sınırlandırmasının yapılma amacı hakkaniyete uygun bir sonuca ulaşılmasıdır. Bu metot; ikna edici deliller, argümanlar ileri sürülmediği müddetçe uygulama bulması gereken ve hakkaniyete uygun sonuçlar yaratmaya da elverişli bir metot olarak değerlendirilmektedir. Fildişi Sahili gibi, bu metodun uygulanmaması konusunda tavır sergileyecek devletlerin neden bu metottan başkasının uygulanmaması gerektiği hususuna ciddi bir hazırlıkla kafa yorması yerinde bir tavsiye olarak ortaya çıkmaktadır.

77 ERMOLINA/ YIALLOURIDES, s. 5-6.

78 ERMOLINA ve YIALLOURIDES, Karar'ı söz konusu "tehlikeye düşürmeme ve engellememe" yükümlünün yanlış değerlendirilmesi (mistreatment) olarak nitelendirmektedir.



KAYNAKLAR

AÇIKGÖNÜL, Yunus Emre. **Deniz Yetki Alanlarının Hakça İlkeler Çerçevesinde Sınırlandırılması**, Legal Hukuk Kitapları Serisi No. 205, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2012.

AKKUTAY, Berat Lale. **1982 Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi Çerçevesinde Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012.

AYBAY, Rona / Elif ORAL. **Kamusal Uluslararası Hukuk**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, Temmuz 2016

BANKES, Nigel. **ITLOS Judgment in the Maritime Boundary Dispute between Ghana and Côte d'Ivoire** < <http://site.uit.no/jclos/2017/10/27/itlos-judgment-in-the-maritime-boundary-dispute-between-ghana-and-cote-divoire/> >, (Son Erişim Tarihi: 28.10.2018)

BEKKER, Pieter / Robert van de POLL. **"Ghana and Côte d'Ivoire Receive a Strict-Equidistance Boundary"**, American Society of International Law Insights, Volume 21, Issue 11, October, 2017.

ERMOLINA, Natalia / Constantinos YIALLOURIDES. **State Responsibility for Unilateral Hydrocarbon Activities in Disputed Maritime Areas: The Case of Ghana and Côte d'Ivoire and its Implications**, <http://site.uit.no/jclos/2017/11/23/state-responsibility-for-unilateral-hydrocarbon-activities-in-disputed-maritime-areas-the-case-of-ghana-and-cote-divoire-and-its-implications/>, (Son Erişim Tarihi: 28.10.2018).

FRESHFIELDS/BRUCKHAUS/DERINGER. **Ghana and Côte d'Ivoire ITLOS Judgment**, <https://www.freshfields.com/globalassets/services-page/disputes-litigation-and-arbitration/publication-pdfs/freshfields-briefing---ghana-cdi---itlos-judgment.pdf>, (Son Erişim Tarihi: 28.10.2018).

GAVOUNELI, Maria. **Delimiting delimitation: Lessons learned from the ITLOS Chamber Judgment on the Dispute Concerning Delimitation of the Maritime Boundary between Ghana and Côte d'Ivoire in the Atlantic Ocean**, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3054575, (Son Erişim Tarihi: 28.10.2018).

GÖKALP, İbrahim. **Milletlerarası Adalet Divanı'nın Deniz Alanlarının Sınırlandırılmasına Dair Kararlarında Dikkate Aldığı İlkeler**, Beta Basım A.Ş., 2008.

INTERNATIONAL TRIBUNAL FOR THE LAW OF THE SEA (ITLOS). **Judgment, Dispute Concerning Delimitation of the Maritime Boundary Between Ghana and Côte d'Ivoire in the Atlantic Ocean (Ghana/ Côte d'Ivoire)**, 23 September 2017, Case No. 23, <https://www.itlos.org/fileadmin/>



itlos/documents/cases/case_no.23_merits/C23_Judgment_23.09.2017_corr.pdf.

IOANNIDES, Nicholas A. **“A Commentary on the Dispute Concerning Delimitation of the Maritime Boundary between Ghana and Côte d’Ivoire in the Atlantic Ocean (Ghana/ Côte d’Ivoire)”**, Maritime Safety and Security Law Journal, Issue 3, 2017, s. 48-61.

KURAN, Selami. **Uluslararası Deniz Hukuku**, Beta Basım AŞ, 4. Baskı, 2014.

MA, Xuechan. **Ghana v. Côte d’Ivoire: Unilateral Oil Activities in Disputed Marine Areas**, <http://opiniojuris.org/2017/11/09/ghana-v-cote-divoire-unilateral-oil-activities-in-disputed-marine-areas/>, (Son Erişim Tarihi: 28.10.2018).

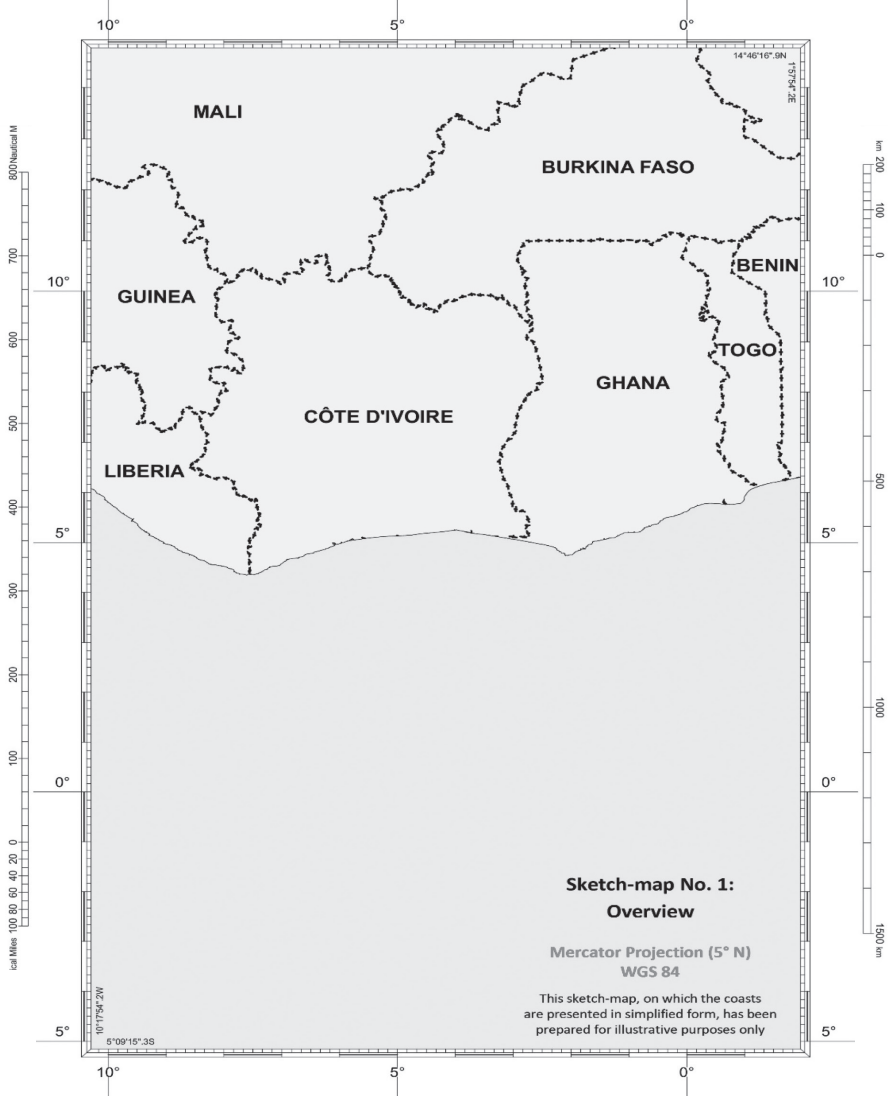
ONELE, Joseph. **“Revisiting Unilateral Exploitation of Mineral Resources in Disputed Water under United Nations Convention on the Law of the Sea: Any New Matter Arising?”**, Journal of International Dispute Settlement, 2018, s. 1-14.

OVCHAR, Alexander. **“Estoppel in the Jurisprudence of the ICJ: A principle promoting stability threatens to undermine it”**, Bond Law Review, Volume 21, Issue I, Article 5, 2009, s. 1-35.

PEIRIS, Nuwan. **“Ghana v. Ivory Coast. Case No. 23”**, The American Journal of International Law, Vol. 112:1, s. 88-93.

TANAKA, Yoshifumi. **“Unilateral Exploration and Exploitation of Natural Resources in Disputed Areas: A Note on the Ghana/ Côte d’Ivoire Order of 25 April 2015 before the Special Chamber of ITLOS”**, Ocean Development & International Law, Vol.46, Issue 4, 2015, s. 315-330.

VAN LOGCHEM, Youri. **“The Scope for Unilateralism in Disputed Maritime Areas”**, (içinde). Clive H. SCHOFIELD, Seokwoo LEE, Moon-Sang KWON (Eds.), **The Limits of Maritime Jurisdiction**, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2014, s. 175-197.



BOŞANMA, EVLİLİĞİN İPTALİ YA DA EŞLERDEN BİRİNİN VEFATININ AİLE KONUTUNA İLİŞKİN TASARRUFUN İPTALİ DAVASINA ETKİSİ

*(Divorce Or Annulment Proceedings To Cancel The Effect Of
Housing Savings For Family Of One Of The Spouses Dies)*

Dr. Ahmet Cahit İYİLİKLİ¹

ÖZ

Türk Medeni Kanunu, kural olarak eşlerin birbiriyle ya da üçüncü kişiler ile hukuki işlem tesisinde serbest olduklarını kabul etmesine karşın (TMK m. 193), müteakip maddede (TMK m. 194) aile konutuna ilişkin hukuki işlemlerde hak sahibi olmayan eşin açık rızasını gerekli görmüştür. Söz konusu hükmün amacı, kayıt sahibi olmayan eş'in açık rızası olmadan, kayıt sahibi eş'in aile konut hakkını sınırlayan ya da sona erdiren hukuki işlemlerini engellemektir. Bir diğer ifadeyle, aile konutunun elden çıkmasına sebebiyet verecek hukuki işlemlerin icrası eşlerin ortak beyanına merbuttur. TMK'nun 194. maddesinde vücut bulan aile konutunun devri ya da sınırlamasında gerekli olan eş rızası, evlilik birliği ve aile konut vasfı devam ettiği sürece hukuki himaye sağlayan, emredici, şahısla kaim, devir ve intikali mümkün olmayan kanundan doğan bir haktır.

Anahtar Kelimeler: Aile Konutu, Tapu İptali ve Tescil, Boşanma, Vefat, Aile Konutunun Konusuz Kalması.

ABSTRACT

Turkish Civil Code, the spouses as a rule, although he admitted that they are free of legal process plant with each other or with third parties (TMK m. 193), in a subsequent article (TMK m. 194) are not entitled to the legal transsactions relating to family housing wife has seen the explicit consent is required. The purpose of the provision in question, the to limit or termimate family housing to prevent the end of the legal proceedings. In other words, families enforcement of legal process that will lead to the loss of housing is appurtenant to the joint declaration of the spouses. TMK 194 cycles of the incarnation family command in substance or family is necessary in limiting the right to housing and spousel consent providing

1 Büyükçekmece Asliye Hukuk Hâkimi
Yargıtay Kararları doğrudan Uyap üzerinden temin edilmiştir.



legal protection mandatory, party to the thick, transfer and inheritance is a right arising from not being able laws

Keywords: Family Housing, Title And Registration Cancellation, Divorce, Decease, No Subject Matter Of The Family Remain

GİRİŞ

Kişilerin şahsi ya da malvarlığı haklarının düzenlendiği özel hukuk alanında kişilerin eşitliği ve irade serbestisi geçerlidir. Aile hukuku anlamında eşler kural olarak işlem ehliyeti zaviyesinden tam ehliyetli olduklarından, gerek birbirleriyle gerekse üçüncü kişilerle olan hukuki ilişkilerinde hiç kimsenin izin ve icazetine tabi olmaksızın hukuki işlem ehliyetini haizdir. Dolayısıyla her bir eş, hukuki işlem yapma noktasında irade serbestisini haiz olduğu gibi, dava ve takip süjesi olarak hukuk önünde eşittir. Hukuk yargılamasının amacı, kişilerin maddi ve manevi malvarlığı haklarının muhafaza ve idamesi noktasında hukuki korunma talep eden hukuk süjelerinin sübjektif haklarını himaye etmeye müncerdir. Nitekim yargılamanın abesle iştigale sebebiyet vermesi düşünülemez. Hukuk yargılamasına konu hadisenin temelini oluşturan vakıalar, tarafların malumu, mahkemeye ise yabancıdır. Vakıadaki her bir ayrıntı ve farklılık, hadiseye uygulanacak kanun ve çözüm yolunu da farklılaştıracaktır. Zira yargılamanın amacı hukuk tarafından korunması gerekli bu vakıalara hukuki varlık ve kimlik kazandırmak olduğundan, hukuki uyuşmazlıklarda matematiksel bir sonuç beklemek muhaldir. Biz bu başlık altında TMK'nun 194. maddesinde geçen Eşlerden birisi, diğerinin açık rızası olmadan "aile konutunu devredemez veya aile konutu üzerindeki hakları sınırlayamaz" hükmünü tetkik edeceğimizden, kira ilişkisi çalışma kapsamımız dışındadır. Bu başlık altında, aile konutunun devri ya da kullanım hakkının kısıtlanması için ikame edilen iptal davası derdest iken, eşlerden birinin vefatı, boşanma ya da evliliğin iptalinin söz konusu olması ihtimalinde aile konutunun devri ya da aile konut hakkının sınırlanması tasarrufuna karşı açılan iptal davasının akıbeti, öğreti görüşleri ile en güncel Yargıtay içtihatları** doğrultusunda ele alınacaktır.

I. AİLE KONUTU KAVRAMI VE EŞ RIZASININ HUKUKİ NİTELİĞİ

Eşler TMK'nun 186. maddesi gereği oturacakları konutu birlikte seçerler. Aile konutu, aile yaşamının merkezi² haline bürünmüş, süreklilik arz eden³

2 SEROZAN Rona, **Aile Konutunun Şerhinde Değişik Bir Yaklaşım**, Zahit İmr'e'ye Armağan, Der Yayınları, İstanbul 2009, s. 281.

3 BARLAS, Nami, **Yeni Medeni Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Eşler Arası Hukuki İşlemi Özgürlüğü Ve Sınırları**, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu için Armağan, Ankara 2004, (s. 115- 143), s. 122.



ve konut olarak kullanmaya elverişli mesken olarak tanımlanabilecektir. Aile konutunun niteliğini, bir diğer ifadeyle, meskene, aile konut vasfının temel karakterini manevi unsur, yani aile bireylerin niyet ve davranışları belirler, zira aile konutu, aile bireylerinin yaşam merkezi olup, bu vasfı, süregelen bir yaşam tarzı ve davranışlar oluşturur. Aile konutu, aile yaşamının yoğunlaştığı⁴ ve eşlerin iradesiyle⁵ onların barınmasına sürekli olarak tahsis edilen ve fiilen yaşanan mesken kavramına vücut verecektir⁶. Dolayısıyla aile konutu ile aile bireyleri arasında bir manevi gönül bağı bulunmaktadır. Her taşınmazdaki mülkiyet hakkı bir aynı haktır, ancak her taşınmazdaki mülkiyet hakkı aile konutu niteliğinde değildir. Aile konutu üzerinde eşlerden birinin kullanımına ilişkin bir alacak ya da aynı hakkı bulunmalı⁷ ve aile bireyleri ile mesken arasında bir ünsiyet ve ülfet bağı kurulmalıdır. Aile konutu için yatay ya da dikey kat mülkiyet veya kat irtifakı kurulması esaslı olmayıp, kapalı⁸ ve aile mahremiyetine elverişli, aile birliğinin devamını sağlamaya medar yapılar da aile konutu niteliğini haizdir. Bu bağlamda, tarla⁹ ya da arsa vasfındaki bir taşınmaz üzerindeki konut, bina, prefabrik, çelik yapı, konteyner, karavan yahut yerine göre bir ağaç ve kütük ev de bu vasa haiz olacaktır¹⁰. Hatta öğretide, taşınır

- 4 GENÇCAN Ömer Uğur, Aile Konutu; Kavramı, Şerhi ve Üzerindeki Haklar, **İBD**, Aile Hukuku Özel Sayı, Mart 2007, s. 23.
- 5 ARMUTÇUOĞLU, Can Yalçın, Aile Konutuna Sağlanan Koruma ve Aile Konutu Şerhinin Hukuki Niteliği, **MÜHF- HAD**, 2011, C. 17, S. 1- 2 s. 415.
- 6 DOĞAN Murat, Medeni Kanunun Getirdiği Yeni Bir Müessese: Aile Konutu, **AÜEHFD**, 2002, C. VI, S. 1- 4, (s. 285- 300), s. 286.
- 7 ARMUTÇUOĞLU, s. 415.
- 8 NEBİOĞLU Öner Şebnem, Aile Konutunun Özellikleri, Unsurları, Koruma Süresi ve Korunma Nedenleri, **TBB Dergisi**, 2011, S. 97, s. 128
- 9 "Somut olayda, her ne kadar dava konusu taşınmaz tarla vasfı ile tapuya kayıtlı ise de taşınmaz üzerinde aile konutu bulunduğu noktasında uyumsuzluk bulunmamaktadır. Davalı eş dava konusu aile konutunun bulunduğu taşınmaz üzerinde diğer davalı şirket lehine ipotek tesis etmiş, bu işlem sırasında davacı eşin açık rızası alınmamıştır. Hukuk Genel Kurulunun 15.04.2015 tarih ve 2013/2-2056 esas, 2015/1201 karar sayılı kararında açıkça ifade edildiği ve Dairemizce de aynen benimsendiği üzere eşin açık rızası alınmadan yapılan işlemin geçerli olduğunu kabul etmek imkânsızdır. Eş söyleyişle eşin "açık rızası alınmadan" yapılan işlemin "geçersiz olduğunu" kabul etmek zorunludur. Gerçekleşen bu durum karşısında yukarıda açıklanan yasal düzenleme ile ilkelere uygun değerlendirme yapılarak davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde ret hükmü kurulması usul ve kanuna aykırı olup bozmayı gerektirmiştir." (2. HD 02.11.2017, 2016/9065, 2017/12106).
- 10 "Davacı kadın; tapuda tarla vasfında olan taşınmaz üzerinde tek katlı ev, depo ve bahçesi bulunduğunu, bu taşınmazın aile konutu olduğunu, davalı eş tarafından kendisinin haberi ve izni olmadan üzerinde ipotek tesis edildiğini ileri sürerek, ipotegin kaldırılmasını talep etmiş (TMK m. 194), mahkemece davanın kabulü ile ipotegin kaldırılmasına karar verilmiştir. Dava konusu taşınmazın tapuda "tarla" vasfıyla kayıtlı olduğu, mandalina bahçesi olarak kullanıldığı ve bu taşınmazda aile konutu olarak kullanılan bağımsız bölüm bulunduğu anlaşılmaktadır. Dava aile konutu olarak kullanıldığı ileri sürülen taşınmaz üzerinde bulunan ipotegin kaldırılmasına yönelik olduğuna göre, öncelikle aile konutu olarak kullanılan bölümün belirlenmesi gerekir.

bir meskenin de aile konutu olabileceği savunulmuştur¹¹. Tapu sicilinde aile konut şerhi bulunmasa, fiilen aile konutu olarak kullanılan mesken, eşlere miras¹² ya da bağışlama yoluyla intikal etse dahi¹³ TMK'nun 194. madde hükmü gereği aile konutu olarak koruma altında olacaktır. İşte bu sebeple, taşınmaz üzerindeki aile konut vasfı, şerhten bağımsız kanundan doğan bir sınırlama olup¹⁴, bunun tapuya şerh verilmesi açıklayıcı niteliği haizdir¹⁵. Aile konutu vasfını haiz mesken, eşlerden birisi adına kayıtlı ise, hak sahibi eş tapu siciline, aile konutu olduğuna dair şerh verilmesini talep edebilir (TMK m. 194/3). Şerhin etkisi, kanundan doğan tasarruf yetkisi kısıtlamasına aleniyet kesbettirip¹⁶, aile konutu üzerinde işlem tarafı olmayan iyiniyetli üçünü kişilerin¹⁷ iyiniyetini bertaraf etmekten¹⁸ öte bir fonksiyonu bulunmadığından¹⁹, ihdasi değil, ihbari niteliği haizdir. Zira kimse sicilde kayıtlı bulunan bir hususun kendisine meçhul olduğunu ileri süremeyecektir. Dolayısıyla üçüncü kişilerin, şerh lehtarına rağmen iyiniyetli hak kazanımları mümkün olmadığı gibi, taşınmaz üzerindeki şerh, şerh lehtarının haklarını ihlal ettiği ölçüde sonradan iktisap edilen hakları mürtefi kılar²⁰. Nitekim aile konutu üzerinde üçüncü kişilerin

Bu durumda, mahkemece yapılacak iş; taşınmazın vasfının tapu kaydında tarla olarak gözüktüğü husus da nazara alınarak, dava konusu taşınmazda usulüne yeniden keşif yapıp, ipotek tesis tarihlerinde ve halen tarafların aile konutu olarak kullandıkları bağımsız bölümün belirlenmesi, uzman bilirkişilerden "Aile konutu" olarak kullanılan bölümün kroki ve harita üzerinde işaretlenmesinin istenmesi, aile konutu olarak kullanılan bu bölümün değerinin belirlenip, bu bölümle sınırlı olacak şekilde ipotegün kaldırılmasına karar verilmesi gerekirken, taşınmazın tamamına yönelik olarak ipotegün kaldırılmasına karar verilmesi doğru olmayıp, bozmayı gerektirmiştir.

- 11 GÜNERGÖK Özcan, Eşlerden Birinin Mülkiyetindeki Tapuya Kayıtlı Aile Konutu Üzerinde Üçüncü Kişilerin Mülkiyet Veya Sınırlı Aynı Hak İktisabı, EÜHFD, C. XIII, S. 1- 2, 2009, (s. 249- 283), s. 250; GÜRSES, s. 70.
- 12 ŞİPKA, Aile Konutu, s. 43. "Miras içinde aile konutu varsa mirasın reddi dahi diğer eşin rızasına tabi bir işlem olacaktır."; Benzer yönde bkz. KAMACI, Aile Konutu, s. 130.
- 13 KILIÇOĞLU Ahmet, **Aile Konutu Ve Konut Eşyası İle Sağlanan Koruma**, Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan, s. 535.
- 14 Barlas, s. 126; BAĞCI, Ömer, Aile Konutu Üzerinde Tasarruf, **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. IV, S. 2, 2007, s. 169; ÇABRİ, Sezer, **Aile Konutu Şerhi**, Prof. Dr. Ergon A. Çetingil ve Prof. Dr. Rayegan Kender'e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, İstanbul 2007, s. 407.
- 15 GÜNERGÖK, s. 276; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 215; ŞİPKA, Aile Konutu, s. 46; CEYLAN, s. 214; GENÇCAN, s. 31.
- 16 ÇABRİ, s. 408.
- 17 YILDIRIM, Tapuya Güven, s. 158. "Aile konutuna ilişkin açıklayıcı nitelikteki şerh, konutun maliki olan eş ile işlem yapanın iyiniyetini ortadan kaldırmak için değil, taşınmazı bu kişiden alacak üçüncü kişilerin iyiniyetini bertaraf etmek için konulur."
- 18 CANSEL, s. 33, 37; Acar, s. 13.
- 19 DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 215; BARLAS, s. 126; KAMACI, Şerh, s. 55; DOĞAN, Tasarruf Yetkisi, s. 15; ŞİPKA, Aile Konutu, s. 47; BAYGIN, s. 457; BAĞCI, s. 167; DÖNMEZ Murat, Aile Konutunun Haczi, **TBB Dergisi** 2008, S. 77, s. 351.
- 20 DOĞAN Murat, **Tapu Sicilinde Tasarruf Yetkisi Kısıtlamasının Şerhi**, Ankara 2004, s. 14.



tapu siciline iyiniyetle güvenerek aynı hak kazanımlarını önlemek için şerh imkanı getirildiği ifade edilmiştir²¹. Söz konusu şerh, taşınmazı, haciz ve cebri icradan varestede kılmayacağı gibi²², kanundan doğan şerh ve tescilleri önleyici kuvvet ve fonksiyonu haiz değildir²³. Talep konusu şerh, yalnızca taşınmazlar üzerindeki aynı haklar için söz konusu olan²⁴ TMK'nun 1010. maddesinde düzenlenen tasarruf yetkisi kısıtlanması şerhidir²⁵. Nitekim TMK'nun 1010/3. bendinde vücut bulan "Aile yurdu kurulması, art mirasçı atanması gibi şerh verilmesi kanunen öngörülen işlemler" ifadesiyle sayılanlar dışında da kanunun öngördüğü tasarruf yetkisi kısıtlaması için şerh verilebileceği belirtilmiştir²⁶. Tasarruf yetkisi kısıtlamaları, şerh verilmekle taşınmaz üzerinde sonradan kazanılan hakların sahiplerine karşı ileri sürülebilecektir (TMK m. 1010/2). Dolayısıyla şerhin fonksiyonu, tasarruf yetkisi kısıtlamasını alenileştirmek ve herkese karşı ileri sürülebilmesini sağlamaktır²⁷. Nitekim söz konusu şerhin tapu sicilini temlike kapatmayı²⁸, şerh lehtarının haklarını ihlal ettiği nispette yapılan devir ve kısıtlamaların geçersiz olması da bu niteliğinin bir tezahürüdür. Öğretide, aile konutu şerhinin tasarruf yetkisini sınırlayan bir niteliği haiz olmayıp, TMK'nun 1011. maddesinde vücut bulan geçici tescil şerhi²⁹, olduğu da savunulmuştur³⁰. TMK'nun 194. maddesinde hak sahibi olmayan eş'e bahşedilen şerhi talep hakkının, taşınmazın maliki olmayan eşin mahkemede yolsuz tapu sicilinin düzeltilmesi davasını açma ve aynı mahkemede geçici tescil şerhini talep etmekle sınırlı olduğu da vurgulanmıştır³¹. Bu görüş bağlamında, ancak geçici tescil marifetiyle yolsuz tescilden sonra TMK'nun 1023. maddesindeki korumanın engellenebileceği dile getirilmiştir³². Zira geçici tescil şerhi, hakka bir aleniyet sağladığından dolayı iyiniyet iddialarının bertaraf edilmesini

21 KILIÇOĞLU, Aile Hukuku, s. 201.

22 DÖNMEZ, s. 351.

23 BARLAS, s. 137; KILIÇOĞLU, Alım Hakkı, s. 35.

24 DOĞAN, Tasarruf Yetkisi, s. 33.

25 DURAL Mustafa/ÖĞÜZ Tufan/GÜMÜŞ Alper, **Türk Özel Hukuku, C.III, Aile Hukuku**, İstanbul 2005, s. 215, 217; DOĞAN, Aile Konutu, s. 295; DOĞAN, Tasarruf Yetkisi, s. 98; ÇABRİ, s. 409.

26 DOĞAN, Aile Konutu, s. 295.

27 DOĞAN, Tasarruf Yetkisi, s. 130.

28 DOĞAN, Tasarruf Yetkisi, s. 137; AYBAY Aydın, **Tapu Sicilinde Muvakkat Tescil**, İstanbul 1962, s. 7; Aksi yönde görüş için bkz. KAMACI, Şerh, s. 54, Cansel, s. 39; aksi yönde görüş için bkz. ÇABRİ, s. 410.

29 Şerhin konusu olan hak sonradan gerçekleştiği takdirde, söz konusu hak, şerh tarihinden itibaren başlayarak üçüncü kişilere karşı ileri sürülmesine hizmet edecektir (TMK m. 1011).

30 SEROZAN, Aile Konutu, s. 285; Armutçuoğlu, s. 435.

31 SEROZAN, Aile Konutu, s. 288.

32 SEROZAN, Aile Konutu, s. 285; Aybay, s. 13, 14, 15.

sağlar³³. Ancak, geçici tescil şerhi için her şeyden önce, iyiniyetli üçüncü kişilerin tapu siciline dayanarak iktisap prensibinden doğan tehlikelere karşı, sicile intikal etmemiş bir aynı hak iddiasına merbut olduğundan, borçlar hukukuna ilişkin talepler geçici tescil şerhine konu olmayacaktır³⁴.

Kural olarak, eşlerin, birbirleriyle ya da üçüncü kişilerle hukuki işlem tesisinde sözleşme serbestisini haiz oldukları kabul görmesine karşın (TMK m. 193)³⁵, eşler arasındaki evlilik tarihi ve mal rejiminin niteliğine bakılmaksızın³⁶, aile konutunun devri ya da aile konut hakkının sınırlanması diğer eşin açık rızasına merbuttur (TMK m. 194)³⁷. Aile konutuna yönelik getirilen bu sınırlama, fiili ya da irade beyanı yerine geçen pasif davranışlardan ziyade hukuki işlemlere mebni ve mahsustur³⁸. Hükmün amacı, malik olmayan eşin açık rızası alınmadan yapılan devir ve konut hakkını sınırlayan işlemlerin geçersiz olacağına³⁹ müncedir. Zira TMK'nun 194. maddesindeki hukuki koruma, evlilik birliği ve çocukların varlığını, kısaca kamu menfaatini koruyan bir düzenlemedir⁴⁰. TMK'nun 194. maddesinde eşin rızasına bağlı işlemlerde, rıza alınmaması halinde geçersizliğin niteliği belirtilmemiş ise de⁴¹, öğretide, tasarruf yetkisindeki eksiklik sebebiyle işlemin geçersiz olacağı⁴², bu geçersizliğin butlan benzeri⁴³ kendine özgü bir hükümsüzlük olarak nitelendirilebileceği savunulmuştur⁴⁴. Kesin hükümsüzlüğün⁴⁵ (Butlan) niteliği gereği, hukuki

33 AYBAY, s. 22.

34 AYBAY, s. 15.

35 ŞIPKA Şükran, **Türk Hukukunda Eşlerin Hukuki İşlem Özgürlüğünün Sınırları, Public And Private International Law Bulletin**, 35 (1) (s. 47–58), s. 49; ŞIPKA Şükran, **Aile Konutu Ve Diğer Eşin Rızasına Bağlı İşlemler, Yeni Medeni Yasanın Aile Hukukuna Getirdiği Yenilikler, TBB**, Ankara 2003, s. 36; KILIÇOĞLU Ahmet, **Türk Medeni Kanunu'nda Diğer Eşin Rızasına Bağlı Hukuksal İşlemler ve Yasal Alım Hakkı**, Ankara 2002, s. 1; DEMİR Mehmet, **Evlilik Birliğinin Temsili ve Aile Konutu İle İlgili İşlemler, Prof. Dr. Turgut Kalpsüz'e Armağan**, Ankara 2005, s. 693.

36 BADUR Emel, **Eşin Rızası, TBB Dergisi**, 2013, S. 109, s. 259; KILIÇOĞLU, Alım Hakkı, s. 6.

37 DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 202, 203; Barlas, s. 128; KAMACI, Şerh, s. 28; BAYGIN Cem, 4721 Sayılı **Yeni Medeni Kanunun Evlenme, Boşanma ve Evliliğin Genel Hükümleri Konusunda Getirdiği Değişiklikler, Prof. Dr. Ünal tekinalp'e Armağan**, İstanbul 2003, s. 455.

38 GÜNERGÖK, s. 255; Armutçuoğlu, s. 416; Dalcı- Özdoğan, s. 146.

39 GÜNERGÖK, s. 266; KILIÇOĞLU, Alım Hakkı, s. 22.

40 DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 203.

41 KILIÇOĞLU, Aile Hukuku, s. 204.

42 DOĞAN, Tasarruf Yetkisi, s. 32.

43 ACAR, s. 11.

44 DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 211; Aksi yönde, yani, eşin rıza verip vermeyeceğinin belli olmayan askı aşamasında iken işlem butlan değil, aksine askıda geçersizlik yani eksiklik yaptırımına tabi olduğuna ilişkin görüş için bkz. Demir, s. 699.

45 SEROZAN, Aile Konutu, s. 281; ŞIPKA, Hukuki İşlem, s. 51; ŞIPKA, Aile Konutu, s. 47. "Buradaki işlem kesin hükümsüz bir işlemdir. Her zaman hükümsüzlük ileri



işlemlerin sonradan yapılacak bir icazet, ekleme ya da zamanın hitamıyla geçerli hale tahvil olmaları söz konusu olmayacaktır⁴⁶. Bu görüşün temeli, TMK'nun 194. maddesindeki sınırlamanın özel çıkarı himaye etmekten ziyade aileyi korumaya yönelmiş kamu hukuku karakterli bir tasarruf yetkisi olduğu kanaatine dayanır⁴⁷. Bu sebeple, başlangıçta rıza alınmadığı için hukuki işlem kesin hükümsüzdür⁴⁸. Bu geçersizlik, TMK'nun 194. maddesi bağlamında aile birliğinin hukuken devamı süresince her zaman ileri sürülebilecektir⁴⁹. Kanaatimizce, hukuki işlemin kurucu unsurları mevcut olup, tasarruf yetkisi sınırlaması sebebiyle diğer eşin izin ya da icazetine ihtiyaç olunan bu durumda hukuki işlem askıda hükümsüz olduğundan⁵⁰, düzelebilir hükümsüzlük hali söz konusudur. Kaldı ki, eşin açıkça rıza göstermediğini beyan etmediği faraziyeyle işlemin kesin hükümsüzlüğünden bahsetmek de doğru olmayacaktır⁵¹. Dolayısıyla işlem sırasında açık rıza alınmamış ise, müteakiben icazet verilebilecektir. Şayet eş, işleme açıkça rıza vermediğini beyan ederse, hukuki işlem geçmişe etkili olarak kesin hükümsüz olacaktır⁵². Tamamlayıcı unsur olan eşin izin ve icazetiyle işlem yapıldığı tarihten itibaren hukuki sonuç doğuracaktır⁵³. Ne var ki, kanun, diğer eşin açık rızasını⁵⁴ aradığından⁵⁵, örtülü beyan⁵⁶,

sürülebilir, belirli bir zamanaşımına bağlı değildir. Ama bu kesin hükümsüzlük askıda hükümsüzlük niteliğindedir.”

46 SEROZAN, s. 282.

47 SEROZAN, s. 282.

48 SEROZAN, s. 282.

49 KAMACI, Aile Konutu, s. 132.

50 DEMİR, s. 699; KAMACI, Aile Konutu, s. 130; Doğan, Tasarruf Yetkisi, s. 92; KAMACI, Şerh, s. 25; ŞİPKA, Aile Konutu, s. 47. “Ama bu kesin hükümsüzlük, askıda hükümsüzlük niteliğindedir.”

51 DALCI- ÖZDOĞAN, s. 151.

52 DALCI- ÖZDOĞAN, s. 153.

53 KILIÇOĞLU, Alım Hakkı, s. 22; KAMACI, Şerh, s. 28; DALCI- ÖZDOĞAN, s. 153.

54 “Somut olayda, davalı eş dava konusu aile konutu üzerinde diğer davalılar adına devir ederek tescil ettirmiş, bu işlem sırasında davacı eşin açık rızası alınmamıştır. Hukuk Genel Kurulunun 15.04.2015 tarih ve 2013/2-2056 esas, 2015/1201 karar günlü kararında açıkça ifade edildiği ve Dairemizce de aynen benimsendiği üzere eşin açık rızası alınmadan yapılan işlemin geçerli olduğunu kabul etmek imkansızdır. Eş söyleyişle eşin “açık rızası alınmadan” yapılan işlemin “geçersiz olduğunu” kabul etmek zorunludur. Gerçekleşen bu durum karşısında yukarıda açıklanan yasal düzenleme ile ilkelere uygun değerlendirme yapılarak davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde ret hükmü kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir.” (2. HD 10.10.2017, 2016/11009, 2017/10821).

55 “Somut olayda, davalı eş dava konusu aile konutu üzerinde diğer davalı banka lehine ipotek tesis etmiş, bu işlem sırasında davalı banka tarafından davacı eşin açık rızası alınmamıştır. Yukarıda açıklanan kurullar çerçevesinde ipotek işleminin, davacı ve davalı eş ile aynı çatı altında oturan müşterek çocukların kullandığı krediye teminat teşkil etmek üzere kurulmuş bulunmasının da önemi bulunmamaktadır. Bu durumda, TMK'nın 194/1 maddesi eşin açık rızasını aradığından, yapılan işlemin geçerli olduğunu kabul etmek imkânsızdır.” (HGK, 15.04.2015, 2013/2- 2056, 2015/1201)

56 “Somut olayda, davalı eş dava konusu aile konutunu, diğer davalıya satmıştır. Bu

iradeyi ortaya koyan davranış⁵⁷ ya da irade karinesi sayılan davranışlar icazet sonucunu doğurmayacaktır⁵⁸. Eşin rızasına ilişkin hüküm emredici nitelikte olup⁵⁹, aksi kararlaştırılmayacağı gibi, aile konutu ile ilgili hukuki bir işlem yok iken, hak sahibi olmayan (Malik dışındaki) eşin rızası hukuki sonuç doğurmayacaktır⁶⁰. Zira doğmamış haktan feragat mümkün olmayacaktır⁶¹. Eşin açık rızasının arandığı hukuki işlemler, sağlar arası⁶² iradi temlik⁶³ ve takyidatlara matuf tasarrufları kapsamına alıp, eşin iradesi dışında cebri satış⁶⁴, imar hukuku, kamulaştırma ve benzeri kamu tasarrufları bundan varestedir⁶⁵. Kanunda geçen eş rızasının hukuki niteliği hususunda öğretilerde farklı görüşler mevcuttur. Doktrindeki baskın görüş,

işlem sırasında davacı eşin açık rızası alınmamıştır. Davacı kadının, evin satışı için başkalarına gösterilmesi sırasında sessiz kalması kadının açık rızası olduğu anlamına gelmez. Bu nedenle davacı kadın davanın açıldığı tarih itibarıyla dava açmakta haklıdır. Yargılama gideri haksız çıkan taraftan alınır (HMK m.326). Vekalet ücreti de yargılama giderlerindedir (HMK m.323). Davacı kadın davasında haklı olduğuna göre yargılamada kendisini vekille temsil ettiren davacı kadın lehine vekalet ücreti verilmesi gerekirken, davalı Serdar ve davalı Onur lehine vekalet ücretine hükmedilmesi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.” (2. HD 16.10.2017, 2016/8010, 2017/11087).

57 OĞUZMAN/BARLAS, s. 187.

58 KAMACI, Şerh, s. 29.

59 ŞİPKA, Hukuki İşlem, s. 57.

60 DOĞAN, Tasarruf Yetkisi, s. 91.

61 KAMACI, Şerh, s. 29.

62 BARLAS, s. 127; KAMACI, Şerh, s. 34; GÜNERGÖK, s. 256. “ Kanunun bu hükmü malik olan eşin ölüme bağlı tasarruf özgürlüğüne herhangi bir kısıtlama getirmemiştir.”

63 “Somut olayda da haciz tarihinde borçlu Birol Halit Uğurlu adına kayıtlı dava konusu taşınmazın dava sırasında cebri icra yoluyla satıldığı, mülkiyetin icra vasıtasıyla yapılan satış sonucu davalı Cevdet Taşdöken’e geçtiği (TMK. md.705/2), davalı Birol Halit Uğurlu tarafından açılan ihalenin feshi davasının da reddedilerek kesinleştiği anlaşılmaktadır. TMK’nın 705. maddesine ilişkin düzenleme dikkate alındığında cebri icra ile yapılan satışlarda mülkiyet tescilden önce alıcıya geçmektedir. Dolayısıyla dava tarihi itibarıyla aile konutu olarak kullanıldığı ileri sürülen taşınmaz iradi olmayan bir tasarruf sonucu aile konutu niteliğini yitirmiş duruma gelmektedir. Bu durumda TMK’nın 194. maddesi uyarınca işlem diğer eşin rızasına bağlı olmaktan çıkmış ve davacının aile konutu korumasından yararlanma olasılığı kalmamıştır.” (HGK, 13.12.2017, 2- 2810/1721).

64 “Somut olayda da, haciz tarihinde borçlu İlhan Birel adına kayıtlı dava konusu taşınmazın dava sırasında cebri icra yoluyla satıldığı, mülkiyetin icra vasıtasıyla yapılan satış sonucu davalı bankaya geçtiği (TMK. md.705/2), davalı İlhan Birel tarafından açılan ihalenin feshi davasının da reddedilerek kesinleştiği anlaşılmaktadır. Cebri icra ile yapılan satışlarda yukarıda anılan TMK’nın 705. maddesine ilişkin düzenleme dikkate alındığında mülkiyet tescilden önce alıcıya geçmektedir. Dolayısıyla dava tarihi itibarıyla aile konutu olarak kullanıldığı ileri sürülen taşınmaz iradi olmayan bir tasarruf sonucu aile konutu niteliğini yitirmiş duruma gelmektedir. Bu durumda TMK’nın 194. maddesi uyarınca işlem diğer eşin rızasına bağlı olmaktan çıkmış ve davacının aile konutu korumasından yararlanma olasılığı kalmamıştır.” (HGK, 13.12.2017, 2- 2935/1722).

65 GÜNERGÖK, s. 255; ÖZUĞUR Ali İhsan, **Mal Rejimleri**, Ankara 2006, s. 213; Badur, s. 262; Barlas, s. 127; KAMACI, **Aile Konutu**, s. 128; ÇABRİ, s. 405.



aile konutunun devri ya da hakkın kullanımının sınırlanmasında diğer eşin rızasının aranmasını tasarruf yetkisi sınırlaması olarak vasıflandırmıştır⁶⁶. Aile konutu üzerinde malik eşin tasarruf yetkisi, hak sahibi olmayan eş lehine kısıtlanmıştır⁶⁷. Bu görüş doğrultusunda malik eş, aile konutuyla ilgili borçlandırıcı işlem yapabilir iken⁶⁸, tasarruf işlemi diğer eşin açık rızasına merbuttur. Tasarruf yetkisi, diğer eşin, geniş anlamda aile birliğinin korunması amacıyla sınırlandırılmıştır⁶⁹. Dolayısıyla söz konusu düzenleme fiil ehliyetini sınırlamayacaktır⁷⁰. TMK'nun 199. maddesinde vücut bulan tasarruf yetkisi sınırlamasına ilişkin düzenleme, aile konutuna ilişkin aranan rızanın tasarruf yetkisi sınırlaması olarak kabulüne engel değildir⁷¹. Eşin işleme icazet vermemesi faraziyesinde, tasarruf işlemi geçersizlikle malul olacağından, borçlandırıcı işlemin geçerli olması hasebiyle sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde satıcının iade sorumluluğunun doğacağı⁷², bu minvalde, geçersiz işlem den

66 GÜNERGÖK, s. 276; Barlas, s. 121; Doğan, Tasarruf Yetkisi, s. 96; Dalcı- Özdoğan, s. 144; Gürses, s. 74; ÇABRİ, s. 406; DEMİRBAŞ Feride, Aile Konutu Şerhinin İyiniyetli Üçüncü Kişilerin aynı Hak Kazanımlarına Etkisi ve Konuya İlişkin Yargıtay Uygulaması, 2017, ASEAD 4, (12), (s. 420- 427), s. 421.

67 DOĞAN, Tasarruf Yetkisi, s. 92.

68 DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 211; BARLAS, s. 139; DOĞAN, Tasarruf Yetkisi, s. 93; ÇABRİ, s. 407; DALCI- ÖZDOĞAN, s. 144.

69 DOĞAN, Aile Konutu, s. 291.

70 ŞİPKA, Hukuki İşlem, s. 51.

71 GÜNERGÖK, s. 276.

72 "Somut uyuşmazlıkta; davacının niza konusu İzmir ili, Aliğa ilçesi, Karakuzu Köyü, Köyiçi Mevkii, 18 pafta, 1042 parselde kayıtlı, 380 m² miktarlı taşınmazı 04/05/2007 tarihinde resmi satış sözleşmesiyle davalı Mehmet Vurgun'dan satın alarak taşınmaza malik olduğu, ancak davalı yanın eşi Fatma Vurgun tarafından Aliğa Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2008/13 Esas sayılı dosyası ile taşınmazın aile konutu olduğu iddiasıyla tapu iptal tescil davası açıldığı, Aliğa Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2011/517 Esas 2011/732 Karar sayılı ilamı ile; dava konusu 1042 parsel sayılı taşınmazın aile konutu olarak kullanıldığı, davalı Hürol Kocatepe'nin de bu yeri aile konutu olarak kullanıldığını bildiği ve devir sırasında iyi niyetli olmadığı, davacı kadının TMK'nun 194. maddesine dayalı olarak açmış olduğu tapu iptal tescil davasının şartlarının oluştuğu gerekçesiyle tapu iptal tescil davasının kabulü ile taşınmazın Mehmet Vurgun adına tesciline karar verildiği, kararın Yargıtay denetiminden geçerek kesinleştiği ve söz konusu taşınmazın 23/02/2013 tarihinde davalı Mehmet Vurgun adına tapuya tescil edildiği; bu itibarla yaptığı ödeme karşılıksız kalan davacının davalıya yönelik yaptığı takibe davalı tarafca itiraz edilmesi üzerine temyize konu iş bu davanın açıldığı anlaşılmıştır. Taraflar arasında 04.05.2007 tarihinde taşınmaz satışı hususunda tapuda resmi satış sözleşmesi yapıldığı hususu çekişmesizdir. Taraflar arasındaki satış sözleşmesi resmi şekilde yapıldığından geçerlidir. Geçerli sözleşmenin ifa edilmemesi nedeniyle davacı, edimin ifasının imkansız hale geldiği tarih (Tapu iptal tescil davasındaki kararın kesinleştiği tarih) itibarıyla taşınmazın rayiç değerini isteyebilir. Bu itibarla; mahkemece davalının ediminin ifasının imkansız hale geldiği tarih saptanıp dava konusu taşınmazın bu tarih itibarıyla rayiç değeri belirlenerek bu bedele hükmedilmesi gerekirken yanılığlı değerlendirme ile; tapuda öngörülen değer tapu tarihindeki

mütevellit tazminat sorumluluğu⁷³ kapsamında cebri icra marifetiyle aile konutunun satılması ve TMK'nun 194. maddesindeki hukuki korumanın akamete uğrayacağı itirazına karşılık, İİK 82/12. fıkra hükmü gereği borçlunun haline münasip evinin (Meskeniyet) haczedilemeyeceğine dair hukuki koruma mekanizması işlerlik kazanacağından, dolaylı bir hukuki himayenin sağlanacağı savunulmuştur⁷⁴. Ancak, bu faraziyede haczedilemezlik şikâyetinin dayanağı o taşınmazın aile konutu olması değil, borçlu ve ailesinin haline münasip evi olmasına⁷⁵ dayanmaktadır⁷⁶. Hukuk yargılaması, önüne getirilen hukuki ve fiili duruma mebni ve sari olarak hüküm tesis edecektir. Dava hakkı maddi hukuka ilişkin bir düzenlemeye dayanması halinde, sübjektif hakkı ihmal, inkâr ya da inkıtaa maruz kalan hukuk süjelerinin mevcut ve hâlihazır hakları her türlü müdahaleden masun şekilde ve bir daha yargılama konusu olmaksızın kesin hüküm otoritesi zırhına bürünerek koruma sağlamayı amaç edinir. Dolayısıyla, müstakbelde, cebri icraya maruz kalınması halinde mevcut hakları göz önüne alınarak, sübjektif haklar himaye edilemeyeceği gibi, müstakbele ve şarta bağlı hukuki çözüm de getirilemeyeceğinden, yukarıdaki görüşe katılmadığımızı belirtmek isterim. Öğretide, TMK'nun 194. maddesinde vücut bulan eşin açık rızasına dair beyanın, fiil ehliyetini sınırladığı⁷⁷ da taraftar bulmuştur⁷⁸. Bu görüş bağlamında aile konutu

güncellenmiş değeri üzerinden değerlendirme yapan mahkeme hükmü isabetsiz olup bozmayı gerektirmiştir.” (3. HD 05.10.2017, 2016/2164, 2017/13355).

73 DURAL/ÖGÜZ/GÜMÜŞ, s. 213. “Aile konutu niteliğine ilişkin olarak, işlem tarafı olan üçüncü bir zarara uğrar ise işlem tarafı üçüncü kişi, uğradığı zararın tazmini, borçlandırıcı işlemin yapılmadığı dönem için culpa in contrahendo sorumluluğu kapsamındaki MK m. 2 kaynaklı bir aydınlatma yükümü ihlaline, borçlandırıcı işlem yapıldıktan sonra akdi bir yan yüküm olarak aydınlatma yükümü ihlaline dayalı olarak malik olan eşten talep edilebilir.”

74 DOĞAN, Aile Konutu, s. 292.

75 DÖNMEZ, s. 352. “Meskeniyet iddiası ile yapılan haciz işlemine karşı şikayet hakkı sadece borçlu malik eş tarafından değil, aynı zamanda aile konutunda yaşayan diğer aile üyeleri ve özellikle de diğer eş tarafından da kullanılabilir.”

76 DÖNMEZ, s. 352.

77 “4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 194/1. maddesine göre, “Eşlerden biri, diğer eşin açık rızası bulunmadıkça, aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini feshedemez, aile konutunu devredemez veya aile konutu üzerindeki hakları sınırlayamaz.” Bu madde hükmü ile aile konutu şerhi “konulmuş olmasa da” eşlerin birlikte yaşadıkları aile konutu üzerindeki fiil ehliyetleri sınırlanmıştır. Sınırlandırma, aile konutu şerhi konulduğu için değil, zaten var olduğu için getirilmiştir. Bu sebeple tapuya aile konutu şerhi verilmesi bile o konut aile konutu özelliğini taşır. Eş söyleyişle şerh konulduğu için aile konutu olmamakta, aksine aile konutu olduğu için şerh konulabilmektedir. Bu nedenle aile konutu şerhi konulduğunda, konulan şerh “kurucu” değil “açıklayıcı” şerh özelliğini taşımaktadır. Anılan madde hükmü ile getirilen sınırlandırma, “emredici” niteliktedir. Dolayısıyla bu haktan önceden feragat edilemeyeceği gibi eşlerin anlaşmasıyla da ortadan kaldırılamaz ve açık rıza ancak “belirli olan” bir işlem için verilebilir.” (2. HD 03.04.2018, 2016/23863, 2018/4434).

78 SEROZAN, Aile Konutu, s. 281; DEMİR, s. 701; ARMUTÇUOĞLU, s. 425, 426, 435.



şerhinin ancak, geçici tescil şerhi niteliğinde olduğu, malik olmayan eşin rızası alınmadan yapılan hukuki işlemin tarafı iyiniyetli olsa dahi kesin hükümsüzlükten mütevellit tescilin de yolsuz olduğu⁷⁹, dolayısıyla aile konut şerhinin, ikame edilen tapu sicilinin düzeltilmesi davasında iyiniyetle aynı hak kazanımına engel olacağı savunulmuştur⁸⁰. Malik eşin, aile konutu ile ilgili işlemlerde diğer eşin rızasının aranması, aileyi ve hak sahibi olmayan eşi korumaya matuf olduğundan⁸¹, aileyi koruyucu nitelik taşıyan tasarruf yetkisi kısıtlanmasının işlemin bünyesine daha denk düştüğü ileri sürülerek⁸² fiil ehliyeti kısıtlamasına ilişkin görüş eleştiriye maruz kalmıştır. Ne var ki, aile konutunun evlilik birliğinin vazgeçilmez bir malvarlığı unsuru olduğu, dolayısıyla aile konutu üzerinde malik eş dışında hak sahibi olmayan diğer eşe yasadan doğan bir katılım hakkı tanındığı⁸³, söz konusu katılım hakkının, hukuki işlemin hüküm doğurmasını sağlayan bir unsur olduğu, bazı hukuki işlemlerde birlikte hareket etme ve karar verme yükümlülüğünden dolayı⁸⁴, aile konutu üzerindeki kullanım ya da mülkiyet hakkını etkileyen hukuksal işlemlerin geçerliliğinde (Borçlandırıcı işlem safhasında), diğer eşin rızasının gerektiği savunulmuştur⁸⁵. Zira aile konutuna ilişkin getirilen bu sınırlama, aile konutunun kaybına sebebiyet verecek devir ve devir tehlikesi oluşturacak işlemlerle önlenmek istenmiştir⁸⁶. Türk Medeni Kanununun 193. maddesi hükmü ile eşlerin birbirleri ve üçüncü kişilerle olan hukuki işlemlerinde özgürlük alanı tanınmış olmakla birlikte Türk Medeni Kanununun 194. madde hükmü ile eşlerin aile konutu ile ilgili bazı hukuksal işlemlerinin diğer eşin rızasına bağlı olduğu kuralı getirilerek eşlerin hukuki işlem özgürlüğü, “aile birliğinin korunması” amacıyla sınırlandırılmıştır. Buna göre, eşlerden biri diğer eşin “açık rızası bulunmadıkça” aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini feshedemez, aile konutunu devredemez ve aile konutu üzerindeki hakları sınırlayamaz. Bu cümleden hareketle, aile konutunun maliki olan eş, diğer eşin açık rızası olmadan aile konutu üzerinde, aile konutunun kaybına sebebiyet verecek nitelikte hukuki işlem tesis edemeyecektir. Dolayısıyla, aile konutunun

79 AYBAY, s. 29. “Yapıldığı anda yolsuz olan tescil, hukuki sebebe dayanmayan veya dayandığı hukuki sebebin batıl olduğu tescildir.”

80 SEROZAN, s. 281, 284, 285.

81 YAKUPPUR, Aile Konutu, s. 781. “ Zira fiil ehliyetinin kısıtlanmasındaki amaç, işlemi yapan ehliyetsizi korumaktır. Halbuki buradaki asıl amaç hak sahibi eşi değil, malik olmayan eşi, çocukları ve dolayısıyla evlilik birliğini korumaktır.”

82 DOĞAN, Aile Konutu, s. 292.

83 ŞİPKA, Hukuki İşlem, s. 51; ŞİPKA, Aile Konutu; SEROZAN, Aile Konutu, s. 281; DEMİR, s. 701.

84 KILIÇOĞLU, Alım Hakkı, s. 3.

85 KILIÇOĞLU, Aile Konutu, s. 528; ARMUTÇUOĞLU, s. 425, 426.

86 KILIÇOĞLU, Aile Hukuku, s. 198; DALCI- ÖZDOĞAN, s. 147.

kaybedilmesine sebebiyet verecek hukuki işlemlerde kayıt sahibi olmayan eşin açık rızası aranacaktır⁸⁷.

TMK'nun 194. maddesindeki aile konutuna ilişkin aranan eş rızası, malik olan eşin tasarruf yetkisini tamamen ortadan kaldırmayıp, kanaatimizce sınırlamaktadır. Dolayısıyla hak sahibi olmayan eşin açık rızası olmaksızın gerçekleşen tescil, tasarruf yetkisi eksikliği nedeniyle yolsuz olacaktır⁸⁸. Zira herkes ancak kendi hakkı üzerinde tasarruf edebileceği ve hakkından fazlasını devredemeyeceği ilkesi gereği aynı haklarda tescilin sıhhat ve muteberliği tasarruf yetkisinin varlığına muhtaçtır⁸⁹. Bu görüş çerçevesinde, malik eş ile işlem yapan tarafın tapu siciline güven ilkesinden faydalanmasının mümkün olmayacağı⁹⁰, aksi takdirde, hükmün koruma amacının gerçekleşmesinin son derece güçlük arz edeceği, buna karşın, iyiniyetli işlem tarafının, TMK'nun 712. maddesi gereği taşınmazı zamanaşımı marifetiyle iktisap edebileceği savunulmuştur⁹¹. Bu görüşe karşılık, aile konutu üzerindeki tasarrufları diğer eşin rızasına merbut kılan TMK'nun 194. madde hükmünün, TMK'nun 1023. maddesindeki tapu siciline güven ilkesini kaldırmadığı, dolayısıyla şartlarının inzımamı halinde işlem tarafının da aynı hak kazanımının korunacağı vurgulanmıştır⁹². TMK'nun 194. maddesinde aranan eş rızası sebebiyle malik eşin tasarruf yetkisinin sınırlandığı görüşü kanaatimizce uygun görülse de gerekçesine katılmak mümkün değildir. Zira tapu siciline güven ilkesi yolsuz tescile dayanarak iyiniyetle aynı hak iktisap eden üçüncü kişilerin bu kazanımları, aynı hakkın iktisabın için gerekli tüm şartların mevcudiyeti halinde TMK'nun 1023. maddesi gereği korunacaktır⁹³. Nitekim TMK'nun 1023. maddesine dayalı hukuki

87 “Somut olayda, ipotek tesis edilirken davacı eşin açık rızası alınmamıştır. Yukarıda açıklanan kurallar çerçevesinde eşin “Açık rızası” alınmadan yapılan işlemin Hukuk Genel Kurulunca da açıkça ifade edildiği üzere “Geçerli olduğunu” kabul etmek imkânsızdır. Eş söyleyişle eşin “Açık rızası alınmadan” yapılan işlemin “Geçersiz olduğunu” kabul etmek zorunludur.” (2. HD 05.04.2018, 2016/24946, 2018/4591).

88 DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 211; CEYLAN Ebru, Yeni Türk Medeni Kanunu'nda Aile Konutunun Önemi, *TBB Dergisi*, 2017, S. 128, s. 214.

89 AYBAY, s. 34.

90 ÇABRİ, s. 407; ACAR, s. 14; DALCI- ÖZDOĞAN, s. 154.

91 DOĞAN, Aile Konutu, s. 294; ŞİPKA, Hukuki İşlem, s. 52; Cansel, s. 19.

92 KILIÇOĞLU, Aile Hukuku, s. 202; Hüseyin, s. 592.

93 ÜSTÜNDAĞ, Saim Tapu Kütüğünün Tashihi Davası, İstanbul 1959, s. 141. “Tashihi davası neticesinde eşya hukukuna müteallik bir hak değişikliği meydana gelmeyecek, mevcut bir tevavüz ortadan kaldırılır. Bu bakımdan hüküm, yolsuz terkin edilmiş bir aynı hakkın mevcudiyetin, makale şamil olarak tesbit eder. Yani, hüküm, bu aynı hakkı, başlangıçtaki tesisi anına göre tesbit etmek zorundadır. Tespit edilen hak tesis anındaki sırayı aynen muhafaza eder. Keza, yolsuz tescil edilmiş bir aynı hakkın terkinine matuf davada alınan hüküm, bu aynı hakkın ademi mevcudiyetini başta beri tesbit etmelidir. Fakat bu arada hüsnüniyetle iktisap edilen aynı haklar mahfuz kalır.”

koruma fiil ehliyetine olan güveni değil, salt tasarruf yetkisi eksikliğini gidereceğinden⁹⁴, aynı hakların iktisabı için geçerli olan tüm kurucu unsurların mevcut olması⁹⁵ ve inzımanı gerekir⁹⁶. Dolayısıyla, malik eşin, aile konutunun devir ve sınırlanmasına ilişkin tasarruflarını diğer eşin açık rızasına merbut kılan düzenlemenin fiil ehliyeti sınırlanması olduğunu kabul eden görüşe göre; tapu siciline güven ilkesi sadece işlemin tarafı değil, üçüncü kişiler bakımından da uygulama alanı bulmayacaktır. Bu konu aşağıda ayrı bir başlık altında incelenecektir.

II. AİLE KONUTUNUN DEVRİ VE KONUT ÜZERİNDEKİ HAKLARI SINIRLAMANIN KAPSAMI

Aile konutu, eşlerin yaşamlarını yoğunlaştırdığı ve ailenin hayat merkezini oluşturan⁹⁷ bir niteliği haiz olup, kural olarak teklik⁹⁸ ve ülkesellik⁹⁹ ilkesini bünyesinde barındırır. TMK'nun 194. maddesi, diğer eşin rızasına bağlı işlemleri aile konutunun devri ya da aile konut hakkının sınırlanması olarak belirlemiş, lakin bu işlemlerin kapsamına giren hukuki işlemleri tahdidi olarak saymamıştır. Dolayısıyla, bu rızanın hangi işlemleri kapsadığını belirlemek için maddi hukuktan faydalanmak icap edecektir. TMK'nun 194. maddesindeki aile konutuna ilişkin devir ya da haklarla sınırlama işlemlerinin diğer eşin rızasına bağlı kılınması, aile konutunun mülkiyetinin eşlerden birisine ait olması faraziyesine hasretmiştir¹⁰⁰. Bu faraziyyede, malik olan eş, diğer eşin açık rızası olmadan aile konutunu başkasına devredemeyeceği gibi, üzerinde sınırlı aynı hak da tesis edemeyecektir¹⁰¹. Şayet eşler arasında paylı mülkiyet söz konusu

94 ÖĞÜZ Tufan, **Taşınmazlar Üzerinde Aynı Hak İktisabında İyiniyetin Korunmadığı Haller**, Yayınlanmamış Yüksek Lisan Tezi, İstanbul 1988, s. 9, 115; YAKUPPUR Sendi, **Aile Konutu Ve Tapu Kütüğüne Güven İlkesi**, Prof. Dr. Özer Seliçi'ye Armağan, 2016, **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 11, S. 145- 146, s. 780; YAKUPPUR Sendi, **Tapu Kütüğüne Güven İlkesi**, İstanbul 2015, s.146; Sirmen Lale, **Eşya Hukuku**, Ankara 2017, s. 201.

95 OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY- ÖZDEMİR, s. 152; Kurt Ekrem, **Tapu Sicilinin Düzeltilmesi**, İstanbul 2004, s. 29; YILDIRIM, **Tapuya Güven**, s. 159.

96 SİRMEN, s. 201; YAKUPPUR, **Tapu Kütüğü**, s. 146.

97 DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 204.

98 DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 205; ÇABRİ, s. 413; GENÇCAN, s. 29; HÜSEYİN İhsan, **Aile Konutu**; Kavram, **Üzerindeki Haklar Ve Korunması**, **AÜHF**, 2018, S. 67,(3), s. 578; KAMACI Mahmut, **Aile Konutu ve Hak Sahibi Eşin Bu Konutla İlgili Tasarruflarına Diğer Eşin Katılma Hakkı**, **Yargıtay Dergisi**, 2004, Ocak- Nisan, S. 1- 2, s. 118.

99 Aile konutuna ilişkin hukuki koruma, Türkiye'nin egemenlik sınırları içinde vuku bulan özel hukuk uyuşmazlıklarında işlerlik kazanıp, Türkiye'de bulunan taşınmazlar için geçerli olacaktır. Türkiye'nin egemenlik sınırları dışındaki taşınmazlar aile konutu korumasından faydalanması söz konusu olmayacaktır. Kaldı ki, taşınmaz hukuku kamu düzeninden sayıldığından, bir başka ülke egemenlik sınırları içerisindeki taşınmazlar için karar da verilemeyecektir.

100 KILIÇOĞLU Ahmet, **Aile Hukuku**, Ankara 2017, s. 199.

101 ACAR Hakan, **Türk Medeni Kanunu m. 194 Kapsamında Aile Konutu Üzerinde**



ise¹⁰², TMK'nun 223. maddesindeki hüküm işlerlik kazanacaktır¹⁰³. Ancak, TMK'nun 223. maddesi edinilmiş mallara katılma rejimi içerisinde ve Türk Medeni Kanunu'nun yürürlüğü girmesinden sonra edinilen mallar hakkında uygulama alanı kesbederken, TMK'nun 194. maddesi evliliğin genel hükümleri içerisinde yer aldığından¹⁰⁴, konutun iktisabına, daha isabetli bir ifadeyle evlilik tarihine bakılmaksızın uygulanan bir hükümdür¹⁰⁵. Kaldı ki, TMK'nun 223. maddesi aile konutundan sürekli faydalanmayı kesin olarak himaye etmekten uzaktır¹⁰⁶. Aile konutunun devri, tapudan devir, bağış, trampa, vakfetme, şirkete aynı sermaye

İyiniyetli Üçüncü Kişilerin Hak Kazanımı, **Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi**, 2008, S. 47- 48, s. 9.

102 "Somut olayda; dava konusu edilen ve satışına karar verilen 8 numaralı bağımsız bölümün tapu kaydının açıklamalar bölümüne 08.01.2008 tarihinde "aile konutu" şerhi konulduğu, taraflar adına ½ şerh payla kayıtlı olduğu anlaşılmaktadır. Bu durumda taşınmazın belli bir amaca özgülediğinin kabulü gerekir. Tapu kaydı üzerindeki bu şerh terkin edilmediği müddetçe ortaklığın giderilmesinin istenmesi mümkün değildir. O halde mahkemece, davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde kabulüne karar verilmesi doğru görülmediğinden hükmün bozulması gerekmiştir." (6. HD 14.04.2010, 13865/4406).

103 Katılma rejiminde eşlerin paylı mülkiyete tabi mülkiyet hakları üzerindeki tasarruf işlemleri diğer eşin rızası olmadan geçerli sayılmayacaktır. Ne var ki, kanun koyucu, bunun güvencesi olarak tapu siciline şerh edilmesine matuf bir hüküm dercetmemiştir. Eşler arasında paylı mülkiyete tabi bir malvarlığı üzerinde tasarrufta bulunmasının diğer eşin rızasına bağlı kılması, ailenin mahremiyeti gereği bir üçüncü kişinin aileye girmesini önlemektir. Kaldı ki, eşin payını üçüncü kişiye devretmesi faraziyesinde diğer eş, önalım hakkını da kullanabilecektir. Ancak, paylı mülkiyette daha başlangıçta bir üçüncü kişi mevcut ise, payın devri TMK'nun 223. maddesi bağlamında diğer eşin rızasına bağlı olmayacaktır. Ayrıca, TMK'nun 223. maddesinde düzenleme emredici nitelikte olmayıp, aksi eşler tarafından kararlaştırılması mümkün olduğundan, tamamlayıcı mahiyettedir.

104 "Davacı, dava dilekçesinde aile konutu olduğunu iddia ettiği dava konusu taşınmaz üzerinde davalı eş tarafından diğer davalı banka lehine rızası dışında ipotek tesis edildiğini ileri sürerek ipoteğin kaldırılmasını talep etmiştir. Mahkemece, ipotek tarihinin 03.08.2001 tarihli olup 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun yürürlüğünden önce olduğunu, 743 sayılı Medeni Kanunda ipotek tesisi için eşin onayını gerektiren hüküm olmadığı ve ayrıca taşınmazın ipotekli haliyle iki kez el değiştirdiği gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir. Toplanan delillerden her ne kadar dava konusu taşınmaz üzerinde konulan ilk ipotek 03.08.2001 tarihli olup 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun yürürlüğünden önce ise de; limit artırımına yönelik ipotek işlemi 30.07.2007 tarihli olup 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun yürürlüğünden sonra gerçekleşmiştir. Bu ipotek işleminde de davacı eş tarafından rızasının alınmadığı iddia edilmektedir. Ayrıca taşınmazın ipotekli olarak el değiştirmesi malikin halen davalı eş olması nedeniyle davanın esasının incelenmesine engel teşkil etmemektedir. O halde; mahkemece tarafların usulüne uygun bildirdikleri deliller toplanıp, tüm deliller birlikte değerlendirilerek işin esası hakkında hüküm kurulması gerekirken, yazılı şekilde hüküm tesisi doğru bulunmamış ve bozmayı gerektirmiştir." (2. HD 18.01.2018, 2016/14250, 2018/804).

105 KAMACI, Aile Konutu, s. 124.

106 KAMACI, Aile Konutu, s. 124.



taahhüdü¹⁰⁷ ve ölünceye kadar bakma akdini; konut üzerindeki hakkın sınırlanması¹⁰⁸ ise; konut mülkiyeti üzerinde intifa, sükna¹⁰⁹, üst hakkı¹¹⁰, ipotek¹¹¹ ve satış vaadi¹¹², sözleşmeye dayalı önalım¹¹³, iştirak hakkı¹¹⁴, arsa payı kat karşılığı inşaat sözleşmesi¹¹⁵ ile kişisel hakların tapuya şerhi işlemlerini kapsar¹¹⁶. Aile konutu üzerinde önalım ve alım hakkı tanınmasının, yenilik doğurucu sözleşme niteliğini haiz¹¹⁷, taşınmaz üzerinde kullanım hakkı tanımadığı gibi¹¹⁸, tasarruf işlemi niteliği de bulunmadığından¹¹⁹, eş rızasına bağlı olmadığı savunulmuştur¹²⁰. Şayet eşlerden biri konut üzerinde intifa, sükna ya da üst hakkı gibi sınırlı aynı hak sahibi ise, bu hakların devri de TMK'nun 194. maddesine göre, diğer eşin rızasına tabidir¹²¹. Söz konusu sınırlı aynı hakların devri ve üzerinde aynı hak kurulması mümkün olmadığından, şerh ihtiyacı da doğmayacaktır. Meğerki, intifa hakkı kurulu aile konutu bir üçüncü kişiye kiralsın¹²². Öğretide, Kanun'da rızaya tabi işlemlerin sadece hakka doğrudan etki yapan ve hakkı nakleden tasarruf işlemlerini kapsadığı¹²³,

107 ŞIPKA, Aile Konutu, s. 42; KAMACI, Aile Konutu, s. 128

108 GÜRSES Davut, Aile Konutu Üzerinde Kurulan İpoteğin Eş Rızası Yokluğu Nedeniyle Yolsuz Hale Gelmesinden Kaynaklanan Zarardan Devletin Sorumluluğu, **Bankacılar Dergisi** 2018, S. 106, s. 69.

109 KAMACI, Aile Hukuku, s. 129.

110 DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 217, 218. "Üst haktan doğan mülkiyet hakkının konusunu oluşturan yapının aile konutu olarak tahsis halinde, üst hakkı sahibi eşin üst hakkını devri veya üst hakkını sınırlayıcı işlemleri diğer eşin iznini gerektireceği gibi; taşınmaz olarak kaydedilen üst hakkına ilişkin tapu kütüğü sayfasına, üst hakkına sahip olan kimsenin eşinin talebiyle aile konutu şerhinin konulması mümkün olmalıdır."

111 Aile konutunu iktisap ederken temin edilen kredi karşılığı konut üzerinde ipotek tesisi bakımından, diğer eşin rızasına gerek olmadığı, zira aile konutu olarak fiilen kullanılmadığı için aile konut vasfı kazanmadığı savunulmuştur. Bkz. DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 208.

112 KILIÇOĞLU, Alım Hakkı, s. 18. "Devir işleminin mutlaka tapuda yapılan bir devir şeklinde olması gerekmez. Tapuda devir borcu doğuracak olan işlemler de buraya girer."

113 Önalım hakkı için öncelikle satım ya da satıma benzer bir hukuki işlem gerektiğinden, diğer eşin rızasının aranmayacağı savunulmuştur. Bkz. DALCI- ÖZDOĞAN, s. 148.

114 GÜNERGÖK, s. 258; DALCI- ÖZDOĞAN, s. 148; Aksi yönde görüş için bkz. DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 209.

115 GENÇCAN, s. 47; Aksi yönde görüş için bkz, DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 207.

116 KILIÇOĞLU, Aile Hukuku, s. 200; KILIÇOĞLU, Alım Hakkı, s. 19. "Aile konutu üzerindeki hakları sınırlandıran işlemler sınırlı bir aynı hakkın tesisi olduğu kadar, konut üzerinde tasarruf yetkisini sınırlandıran ya da mevcut bir aynı ya da şahsi hakkı ortadan kaldıran işlemler de olabilir."

117 KAMACI, Şerh, s. 39; Buz, s. 370.

118 KAMACI, Şerh, s. 39.

119 KAMACI, Şerh, s. 39; Buz, s. 81.

120 KAMACI, Şerh, s. 39.

121 KAMACI, Şerh, s. 39; ŞIPKA, Hukuki İşlem, s. 51; kKmacı, Aile Konutu, s. 126.

122 DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 218; Aksi yöndeki görüş için bkz. KAMACI, Şerh, s. 47.

123 KAMACI, Şerh, s. 35.

bu bağlamda, eşin rızasının aile konutunu devreden ya da sınırlı aynı hak kuran tasarruf işlemleri için geçerli olduğu ileri sürülmüştür¹²⁴. Bir diğer görüşe göre ise, hakkın aynı ya da nisbi olmasının önemli olmadığı, belirleyici olan hususun, kayıt sahibi olan eşin yapmak istediği işlemin aile konut kullanımını engellemesi ya da fevkalade güçleştirmesi olduğu belirtilmiştir¹²⁵. Bu bağlamda aile konutu ile ilgili zilyetlik tesisine bağlı yararlandırma borcu doğuran borçlandırıcı hukuksal işlemler için hak sahibi olmayan eşin rızası gerektiğini savunan görüş, bu işlemleri geniş anlamda tasarruf işlemi olarak nitelendirmiştir¹²⁶.

III. AİLE KONUT HAKKININ HUKUKİ HİMAYE SÜRESİ

Evliliğin genel hükümleri içerisinde yer alan aile konutuna ilişkin emredici düzenlemeler, Türk Medeni Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden önce akdedilen evliliklere de uygulanacaktır¹²⁷. Aile konutu üzerindeki kayıt sahibi eş aleyhine diğer eş lehine getirilen sınırlama kural olarak aile konut niteliği ve evlilik birliği devam ettiği sürece hukuki koruma sağlayacaktır¹²⁸. Bu cümleden olarak, TMK'nun 194. maddesinde aranan eş rızası ve konut şerhi¹²⁹ evlilik hukuken devam ettiği sürece hukuki himayeye mazhar olacağından¹³⁰, eşlerin fiilen ya da mahkeme kararı ile ayrı yaşadığı dönemde dahi aile konut niteliği devam edeceğinden, hukuki himaye devam edecektir. Evlilik birliğinin ölüm ya da mahkeme kararı ile son bulması halinde Türk Medeni Kanunu'nun 194. maddesinin

124 DOĞAN, Aile Konutu, s. 255; ÖZUĞUR, s. 230.

125 GÜNERGÖK, s. 256.

126 DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 207.

127 Kural olarak gerek özel gerekse kamu hukuku alanında, her Kanun yürürlükte kaldıkları sürede meydana gelen hadise, çekişme ve hukuki uyuşmazlıklara uygulanır. Dolayısıyla bir Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce cereyan eden olaylara uygulanmayacağı gibi, yürürlükten kalkan bir Kanun dahi yeni Kanun'un yürürlük süresi içinde meydana gelecek olaylara uygulanmayacaktır. Bu tespit, kanunların yürürlüğe girmesinden önce meydana gelen vakıa ve hadisleri etkilemeyeceği, kanunların geriye etkili (makale şümulü) olmayacağını bir sonucudur. Nitekim bu ilke, hukuki barış ve güvenlik ile hukuk istikrarının bir tezahürüdür. Yürürlükten kalkan bir Kanun'un yürürlük tarihinde iktisap edilen hak ve kesbedilen ilişkilere uygulanmaya devam olunması ise, kanunların geçmişe etkili olmaması ilkesi ile değil, yürürlükten kalkan Kanun'un yeni Kanun zamanında dahi etkisini sürdürmesi ile izah edilecektir. İşte yürürlükten kalkan Kanun'un yeni kanun zamanında dahi hadise, çekişme ve hukuki ilişkilere uygulanmaya devam olunması kamu düzeni ve kamu yararı kavramları mülhahasına dayalı müktesep hak kavramı dayanmaktadır. Buna karşın, henüz iktisap edilmeyen beklenen haklar (muntazar haklar) yeni yürürlüğe giren Kanun'a tabi olacaktır.

128 Barlas, s. 121; Doğan, Tasarruf Yetkisi, s. 91; KAMACI, Aile Konutu, s. 120; Gençcan, s. 35; ÇABRİ, s. 402; NEBİOĞLU- ÖNER, s. 137; DALCI Özdoğan Nurcihan, Aile Konutu Niteliğinin Sona Ermesi İle Diğer Eşin Rızası Alınmadan Yapılan Tasarruf İşlemi kendiliğinden Geçerli Hale Gelir Mi, ERÜHFD, 2018, C. XIII, S. 2, s. 140; Hüseyin, s. 580, 596.

129 KAMACI, Şerh, s. 47.

130 DOĞAN, Tasarruf Yetkisi, s. 98.



“aile konutuna” sağladığı koruma da sona erecektir¹³¹. Zira bu ihtimalde, aile konut niteliği de ortadan kalkmaktadır¹³². Buna karşın, evlilik birliği hukuken devam etmesine karşın, tarafların karşılıklı anlaşarak aile konut niteliğine son vermesi¹³³, aile konut şerhini terkin ettirmeleri, aile konutu üzerinde şahsi ya da aynı hakkı bulunmayan eşin aile konutunu kesin olarak terk etmesi ya da terk etmek zorunda kalması, yeni bir aile konutu edinilmesi¹³⁴ veya eşlerin aile konutunu yeniden aynı konutta kurmalarının mümkün olmaması ihtimalinde, aile konutundan söz edilemeyeceği, dolayısıyla kayıt sahibi eşin aile konutuna ilişkin tasarruflarında eşin rızasına muhtaç olmadığı savunulmuştur¹³⁵. Kanaatimizce bu fiili vakialarda aile konutunun niteliğinden bahsedilemeyeceğine dair görüşe katılmak doğru olmayacaktır. Zira bu fiili durumlar hak sahibi olmayan eşi ve aileyi korumasız bırakacaktır. Hukuken evlilik devam ettiği müddetçe, fiili ayrılık ve harici vakıalar kanunda vücut bulan korumayı kaldıramayacaktır¹³⁶. Aile konutunun deprem, imara aykırılık

131 “Aile konutunun, hak sahibi eş tarafından devri ve konut üzerindeki hakların sınırlandırılması, diğer eşin açık rızasına bağlıdır (TMK m. 194/1). Bu rıza alınmadan konutla ilgili yapılan tasarruf işlemi geçersizdir. Bu geçersizliği, rızası gereken eş, konutun bu vasfını devam ettirmesi koşuluyla ancak evlilik birliği süresince ileri sürebilir. Evlilik ölümle veya boşanma yahut da iptal kararıyla sona ermiş ise, Türk Medeni Kanununun 194. maddesinin “aile konutuna” sağladığı koruma da sona erer ve rıza alınmadan yapılan tasarruf işlemi yapıldığı andan itibaren geçerlilik kazanır. Davacı ile aile konutu üzerinde ipotek tesis ettiren eşi İbrahim’in evliliği, İbrahim’in yargılama devam ederken 31.05.2012 tarihinde ölümü ile sona ermiştir. Evlilik ölüm ile sona erdiğine göre dava konusu taşınmaz aile konutu olma niteliğini kaybetmiştir. Diğer bir ifadeyle evliliğin sonlanmasıyla aile konutu ile kira sözleşmesini feshetme, devretme ve üzerindeki hakları sınırlandırmaya ilişkin kısıtlama “kendiliğinden” ortadan kalkar. Bu husus gözetilerek konusuz kalan dava hakkında “karar verilmesine yer olmadığına” şeklinde karar verilmesi gerekirken, Türk Medeni Kanununun 194. maddesine dayanılmak suretiyle yazılı şekilde “ipoteğin kaldırılmasına” karar verilmesi doğru görülmemiştir.” (2. HD 24.03.2015, 2014/9016, 2015/5407).

132 ÇABRİ, s. 413.

133 DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 206; ÇABRİ, s. 403.

134 KAMACI, Aile Konutu, s. 133.

135 DOĞAN, Aile Konutu, s. 299; Doğan, Tasarruf Yetkisi, s. 99; DALCI Özdoğan, s. 140.

136 “Somut olayda, davacı kadın dava konusu taşınmazın aile konutu olduğunu ve açık rızası alınmadan yapılan satış işleminin geçersiz olduğunu iddia etmiş, davalılar ise dava konusu taşınmazın aile konutu olmadığını savunmuşlardır. Mahkemece tarafların boşanmaları sebebiyle konusuz kalan dava hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar verilmiş, gerekçe belirtilmeksizin yargılama giderlerinin davacı üzerinde bırakılmasına ve davalılar yararına vekalet ücretine karar verilmiştir. Toplanan delillerden ve özellikle de tanık olarak dinlenen tarafların ortak çocuğu Eren Berk’in beyanlarından, davaya konu 96 ada 26 parsel 3 nolu bağımsız bölümün tarafların fiilen ayrıldıkları tarihe kadar aile konutu olarak kullanıldığı anlaşılmaktadır. Tarafların en son olarak birlikte oturdukları konutun davaya konu edilen konut olması karşısında; dava konusu taşınmaz yönünden aile konutu olma şartları gerçekleşmiştir. Davalı eş Tuncer’den dava konusu taşınmazı 07.11.2012 tarihli işleme satın alan davalı Tuncer’in annesi Nafia’nın taşınmazın aile konutu olduğunu bilebilecek durumda olduğu ve satış işlemine davacı kadının açık rızasının bulunmadığı da dikkate alındığında, dava tarihi itibarıyla davacı kadının dava açmakta haklı olduğunun kabulü gerekir. O halde; davacı kadının dava açmakta haklı olduğu gözetilerek yargılama giderlerinin



ya da idari bir karardan dolayı yıkılması dahi aile konutu, yani mesken vasfını kaybettirse de, mülkiyet hakkı devam ettiği müddetçe, aile konutu TMK'nun 194. maddesi kapsamındaki korumadan faydalanmalıdır.

IV. AİLE KONUTUNUN DEVRİ HALİNDE DİĞER EŞİN TAPU İPTALİ VE TESCİL DAVASI İKAMESİ

Aile konutuna ilişkin yapılacak devir ya da aile konutu üzerindeki hakları sınırlamanın diğer eşin açık rızasına bağlı olduğu hüküm altına alınmasına karşın (TMK m. 194), söz konusu eş rızası alınmadan yapılan hukuki işlemin niteliği ve akıbeti belirtilmemiştir. Bir hukuki muamele geçersiz ya da hukuki sebepten yoksun olmasına rağmen yapılan tescil ya da terkin yolsuz mesabesinde olup, tescil yahut terkinden zarar gören taraf, tescilin terkin, tadil veya terkin işleminin iptalini dava edebilecektir. TMK'nun 194. maddesine göre eş rızası olmadan yapılan hukuki işleme karşı, kayıt maliki olmayan eşin, aynı hak sahibi olmadığından naşi TMK 1025. maddesinden referansla tapu iptali ve tescil davası açması hukuki zemine uygun düşmeyecektir. Zira hak sahibi olmayan eş, tapu maliki olmadığı için aynı bir hakkı zedelenmiş mesabesinde değil ise de devirden önce izni alınmamış eş sıfatıyla malik eşinin hakkını takip konusunda TMK'nun 194. maddesi marifetiyle yetkili kılınmış dava yetkinliğini haiz davacı konumundadır¹³⁷. Nitekim gerek öğreti¹³⁸, gerekse Yargıtay içtihatları ile malik olmayan eş'e tapu iptali ve tescili davası marifetiyle yolsuz tescilin düzeltilmesini talep etmekte hukuki menfaati olacağı kabul görmüş¹³⁹ ve TMK'nun 1025. maddesinden kıyasen yararlanılabileceği

davalılar üzerinde bırakılması ve yargılamada kendisini vekille temsil ettiren davacı kadın yararına maktu vekâlet ücretine hükmolunması gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması doğru olmayıp, bozmayı gerektirmiştir." (2. HD 02.04.2018, 2016/23197, 2018/4309).

137 SEROZAN, Aile Konutu, s. 285; ARMUTÇUOĞLU, s. 428.

138 DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 215; KILIÇOĞLU, Alım Hakkı, s. 22; SEROZAN, Aile Konutu, s. 285, 288; gençcan, s. 65; GÜRSES, s. 72; BAĞCI, s. 172; ÇABRİ, s. 411; ARMUTÇUOĞLU, s. 428. "Yolsuz tescilin düzeltilmesi amacıyla dava açması gündeme gelecek kişi, bir aynı hakkı ihlal edilmediği halde, rızası alınmadan işlem yapılan diğer eş olacaktır."

139 "Davacı vekili, müvekkili ile davalı Turgay'ın 30.12.1991 tarihinde evlendiğini, Fransa Nancy Yüksek Aile Mahkemesinin 18.10.2009 tarihli kararı ile boşandıklarını, müvekkili ve davalı eşinin evlilik birliği içinde ortak kazanç ile alıp davalı eş adına kayıtlı beş adet taşınmazın boşanma davasından önce mal kaçırma amacıyla 4.12.2008 tarihinde davalı eş Turgay tarafından kardeşi davalı Fahri Firik'e satıldığını, satışların mal kaçırma amacıyla ve muvazaalı olması nedeniyle iptali ile tapunun davacı ile davalı Turgay Firik adına müştereken tesciline karar verilmesini talep etmiştir. Davalılar vekili, boşanma davası kesinleşmediğinden mal rejimine ilişkin dava açılmayacağını, edinilmiş mallara ilişkin olarak aynı hak talep edilemeyeceğini, muvazaanın ise yazılı delille ispatlanması gerektiğini, dava konusu taşınmazların borç için satıldığını belirterek davanın reddini istemiştir. Mahkemece, iddia, savunma toplanan delillere göre, gerek 713 Sayılı TMK'nun 170. maddesi uyarınca mal rejiminin geçerli olduğu dönemde edinilen mallardan kaynaklanan katkı payı alacağı, gerekse 4721 Sayılı TMK hükümleri gereğince yasal mal rejimi olarak benimsenen edinilmiş mallara katılma



de dile getirilmiştir¹⁴⁰. Dolayısıyla davaya vücut veren hukuki ilişkiden maada, davanın hukuki niteliği ve sonuçları itibariyle söz konusu dava aynı mahiyettedir. Etkin hukuki koruma sağlanması¹⁴¹ ve söz konusu uyuşmazlığın herkes için kesin hüküm niteliğinde bağlayıcı olması bakımından tüm süjelerin¹⁴² davaya dahil edilmesi gerekecektir¹⁴³.

rejiminden doğan katılma alacağı şahsi hak niteliğinde olacak olup mülkiyet hakkı niteliğinde olmadığı, davacının mülkiyet isteme olanağının bulunmadığı, davacının bir akit ilişkisinin varlığı savı ile tapu kaydının kendi adına düzeltilmesini isteyebilmesi için aralarında MK'nun 634.maddeye uygun şekilde bir akdin var olması gerektiği, dava konusu olayda taraflar arasında illiyet bağına sağlayan akti bir ilişki bulunmadığından davacının mülkiyet isteme hakkı bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş; hüküm, davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir. Dava dilekçesindeki açıklamalar ve dosya kapsamına göre; davacı, davada davalı eş Turgay Firik tarafından diğer davalı Fahri Firik'e yapılan satışların muvazaalı olduğu iddiası ile iptali; davalı eşe dönecek tapu kaydının eşler arasındaki mal rejimi gereğince tasfiye edilerek tapu kaydının iptali ile davacı ile davalı eş adına müştereken tesciline karar verilmesini talep etmiştir. Davacının davalı 3.kişi Fahri Firik'e geçen taşınmazlara ait tapu kaydının iptali ile eski malikine yani davalı eş Turgay'a dönüşünün sağlanması ile ilgili davayı açmakta davacının hiç şüphesiz hukuki yararı bulunmaktadır. Anılan taşınmazların tapu kaydının iptali ile eski malike dönüşü sağlandığında açılacak edinilmiş mallara katılma alacağının tahsili sağlanmış olacaktır." (17. HD 18.10.2016, 2015/3662, 2016/9087).

140 Doğan, Aile Konutu, s. 291; Doğan, Tasarruf Yetkisi, s. 93.

141 "Taraf teşkili kamu düzenine ilişkindir. Dava Türk Medeni Kanunu'nun 194. maddesinde düzenlenen aile konutu nedeni ile tapu iptali ve tescil ile aile konutu şerhi talebine ilişkindir. Dava konusu taşınmazın davalılardan davacının eşi Özkan Abalı tarafından dava dışı Naile Sert'e onun tarafından da Muharrem Abalı'ya, Muharrem tarafından Yakup Abalı'ya, Yakup tarafından Muharrem Abalı'ya ve Muharrem tarafından davalılardan Hatice'ye satıldığı, davanın dava konusu taşınmazı daha önce satın alan Nail, Muharrem ve Yakup'a yöneltilmediği anlaşılmaktadır. Dava bu kişilerin hukuki durumunu etkileyeceğinden, davaya dahil edilmeleri, gösterdikleri takdirde delilleri toplanılarak sonucu uyarınca bir karar verilmesi gerekirken, eksik hasımla yargılamaya devam edilip, yazılı şekilde hüküm kurulması doğru olmayıp, bozmayı gerektirmiştir." (2. HD 05.04.2018, 2016/23207, 2018/4583).

142 "Davacı, dava konusu olan taşınmazın aile konutu olduğunu, eşi Hüseyin'in bu taşınmazı kayınpederi Selahattin'e sattığını, bu işleme rızasının bulunmadığı, satış işleminin Türk Medeni Kanununun 194. maddesine aykırı olduğunu ve satışın muvazaalı olduğunu belirterek aile konutu sebebine dayalı ve muvazaalı hukuk işlem sebebi ile taşınmazın tapu kaydının iptali ile davalı eş Hüseyin adına tescilini ve aile konutu şerhinin konulmasını talep etmiş, mahkemece yapılan yargılama sonunda ise davalı Selahattin yönünden davalı sıfatının bulunmaması nedeniyle, davalı eş Hüseyin yönünden ise davasını kanıtlayamadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Dosya kapsamından, tapu iptali ve tescili istenen taşınmaz davalı eş Hüseyin adına kayıtlı iken, Hüseyin'in bu taşınmazı 15.06.2011 tarihinde davalı Selahattin'e sattığı, davalı Selahattin'in de bu taşınmazı 22.04.2015 tarihinde dava dışı Ertan Yortanlıoğlu'na sattığı anlaşılmaktadır. Taraf teşkili kamu düzenine ilişkin olup mahkemece re'sen gözetilmesi gerekir. İş bu davada taşınmazı, davalı Selahattinden satın alan Ertan'ın da davada taraf olması zorunludur. O halde Ertan Yortanlıoğlu'nun davaya dahil edilmesi ve sonucu uyarınca bir karar verilmesi gerekirken, eksik hasım ve eksik inceleme ile yargılamaya devam edilip, yazılı şekilde hüküm kurulması doğru olmamıştır." (2. HD 29.03.2018, 2016/22995, 2018/4191).

143 "Taraf teşkili kamu düzenine ilişkindir. Dava Türk Medeni Kanunu'nun 194. maddesinde düzenlenen aile konutu nedeni ile tapu iptali ve tescil talebi ile aile konutu şerhi konulmasına ilişkindir. Dava konusu taşınmazın davalılardan davacının eşi Emre Mecit tarafından dava dışı İnan Karaarslan'a satıldığı, İnan Karaarslan tarafından



A. Tapu İptali Ve Tescil Davasının İkameden Önce Aile Konut Vasfının Yitirilmesi

Evlilik devam eder iken, malik eş, aile konutunu devreder ise, hak sahibi olmayan eş, mahkemeye başvurarak TMK'nun 194. maddesi referansı ile evleviyetle açık rızası alınmadan yapılan tasarruf işlemi mahiyetindeki tapu sicilinde yapılan devir işleminin iptali ve tapu siciline devreden eş adına tescil edilmesini ve tapu siciline aile konut şerhi verilmesini talep edebilir. Bu faraziyede, hak sahibi olmayan eş, aile konutunun tapusu sicilindeki devir işleminin iptali ile kendi adına tescilini talep edemez. Şayet böylesi bir dava açılmazdan evvel, mesken aile konut vasfını kaybeder, evlilik, boşanma ya da evliliğin iptali marifetiyle son bulursa, evlilik birliği sona ereceğinden, malik eşin tasarruf yetkisindeki noksanlık kendiliğinden zail olup, işlem yapıldığı tarihten itibaren geçerli hale gelecektir¹⁴⁴. Hakikatte bu ihtimalde, hak sahibi olmayan eş, rızası alınmadan yapılan hukuki işleme icazet vermeden önce evlilik birliğinin vefat ya da mahkeme kararı ile son bulması ya da aile konut vasfının yitirilmesinden mütevellit noksanlık oluşturan eş rızası eksikliğinin dayanağı ortadan kalkmıştır¹⁴⁵. Dolayısıyla askıda hükümsüz olan işlem, baştan itibaren geçerli hale tahvil olacaktır¹⁴⁶. Nitekim hak sahibi olmayan eş, işleme icazet vermediğini beyan ettikten sonra yukarıda bahsedilen durumlar gerçekleşirse, işlem baştan itibaren kesin hükümsüz hale dönüşeceğinden, baştan itibaren noksan olan hukuki işlem canlanmayacaktır¹⁴⁷. Bu sebeple, hak sahibi olmayan eşin icazete yönelik beyanda bulunmadığı safhada, aile birliği son bulur ya da aile konut vasfı yitirilirse, hak sahibi olmayan eşin, rızası alınmadan yapılan aile konutunun devrine ilişkin tasarruf işleminin iptali konusunda sıfat ve hukuki menfaati olmadığından, aile konutuna matuf tapu iptali ve tescil davası mesmu olmayacaktır. Zira TMK 194. maddesinde vücut bulan eş rızası, aile konutu niteliğinin devamı ve ancak evlilik birliğinin

da diğer davalı Yusuf Temel'e satıldığı; davanın dava konusu taşınmaz davalı Emre Mecit'den devralan İnan Karaarslan'a yöneltilmediği anlaşılmaktadır. Dava bu kişinin hukuki durumunu etkileyeceğinden, davaya dahil edilmesi, gösterdiği takdirde delilleri toplanarak sonucu uyarınca bir karar verilmesi gerekirken, eksik hasımla yargılamaya devam edilip, yazılı şekilde hüküm kurulması doğru olmamıştır." (2. HD 15.05.2018, 2016/18710, 2018/6233).

144 DURAL/ÖGÜZ/GÜMÜŞ, s. 212; BARLAS Nami, **Yeni Medeni Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Eşler Arası Hukuki İşlemi Özgürlüğü Ve Sınırları**, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu için Armağan, Ankara 2004, (s. 115- 143), s. 129; KAMACI, Aile Konutu, s. 132; Dalcı- Özdoğan, s. 152.

145 BARLAS, s. 129.

146 KAMACI, Aile Konutu, s. 132.

147 BARLAS, s. 129.



devamı şartıyla hukuki koruma sağlayacağından¹⁴⁸, evlilik birliğinin zeval bulması halinde TMK'nun 194. maddesine dayalı aile konut şerh talebi ya da tapu iptali ve tescil davası ikame edilmeyecektir¹⁴⁹. Dolayısıyla devirden ya da aile konut hakkını sınırlayan işlemten sonra evlilik birliği son bulmuş ise, devrin geçersiz olduğu ileri sürülemeyecektir¹⁵⁰. Evlilik vefat ya da hakim kararıyla sona ermişse, tapu sicilinde konutla ilgili şerh de yolsuz hale gelecektir¹⁵¹. Bu faraziyede, aile konut şerhinin şekli olarak varlığını sürdürmesi, hak sahibinin tasarruf yetkisi üzerinde sınırlayıcı bir etkisi bulunmayacaktır¹⁵². Bu sebeple, şekli nitelikteki şerhin üçüncü kişilerin iyi niyetini bertaraf fonksiyonu bulunmayacaktır. Şayet, aile konutunun devrini müteakip, hak sahibi olmayan eş tarafından tapu iptali ve tescil davası açılmazdan evvel, aile konutu deprem ya da idari bir kararla yıkılsa, ya da eşler, devredilen konuttan müşterek kararlar taşınarak aile konutunu başka bir mahalle taşısaya, söz konusuz dava konusuz kalacak mıdır? Kanaatimizce, böylesi fiili bir durum doğrudan tapu iptal ve tescil davasını konusuz bırakmasa da, mahkemece her dava

148 KAMACI, Aile Konutu, s. 120; "İptal ve tescil isteği Türk Medeni Kanununun 194. maddesine dayanmaktadır. Davacı ile davalı Mahsuni 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. 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, hak sahibi eş tarafından aile konutunun devri veya bu konut üzerindeki hakların sınırlandırılması diğer eşin açık rızasına bağlanmıştır. Rızası gereken eş, yapılan devir işleminin geçersizliğini de ancak, evlilik birliği devam ediyorsa ileri sürülebilir. Birliğin sona ermesinden sonra bu sebebe dayanan dava hakkını kaybeder. Öyleyse davanın reddi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru bulunmamıştır." (2. HD 13.01.2010, 2009/19922, 2010/387).

149 "Dosya içerisinde yer alan belgelerden ve tarafların nüfus kayıt örneklerinden davacı ile davalının Ankara 7. Aile Mahkemesinin 2008/1145 esas 2009/1636 karar sayılı 27.5.2011 kesinleşme tarihli ilamıyla boşandıkları anlaşılmaktadır. Evlilik birliğinin boşanmayla sonuçlanmış olması durumunda Türk Medeni Kanununun 194. maddesinden kaynaklanan aile konutu şerhi konulması ve aile konutu nedeniyle tapu iptali ve tescil talep etmeye dair haklar boşanma ile sona erer. Davacının davasının devamı esnasında boşanma ile evlilik birliğinin sona erdiği dikkate alınarak konusuz kalan davada karar verilmesine yer olmadığına ilişkin karar vermek gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi usul ve yasaya aykırıdır." (2. HD 25.02. 2013, 2012/11938, 2013/4787).

150 YILDIRIM, Aile Hukuku, s. 63.

151 "Hemen belirtmelidir ki, Türk Medeni Kanununun 194. maddesinde öngörülen aile konutu şerhi tarafların boşanmaları ve boşanma kararının kesinleşmesi ile dayanağı ve hukuki neticeleri ortadan kalkar. Bir başka deyişle yolsuz niteliğe dönüşür. Şerhin şeklen sicil kaydında yer alması kayıt maliki olmayan boşanan eşe herhangi bir hak bahşetmez. Şerhin eldeki davadan sonra terkin edilmiş olması da neticeye etkili değildir." (1. HD 25.02.2010, 728/2047).

152 KAMACI, Şerh, s. 56.



taleple bağlılık kuralı gereği¹⁵³ ikame edildiği tarihteki fiili ve hukuki duruma göre çözüme kavuşturulacaktır¹⁵⁴.

B. Tapu İptali Ve Tescil Davası Derdest İken Boşanma Veya Evliliğin İptali Kararının Kesinleşmesi

Boşanma ve evliliğin iptali kararları, aile hukukuna ilişkin olduğundan, kesinleşmeden hukuki sonuç doğurmayacak dava türlerindedir (HMK m. 367/2). Zira aile hukukuna ilişkin davalar kamu yararı ve kamu düzeni mülahazasına dayalıdır. Şayet, aile konutunun devrine ilişkin hukuki işleme dayalı açılan tapu iptali ve tescil ile aile konut şerhi talebi derdest iken, boşanma, evliliğin iptali, ya da vefat olayı gerçekleşirse, aile konutunun devrine ilişkin iptal davası konusuz kalacaktır¹⁵⁵. Zira

153 “Kural olarak dava açıldıktan sonra sebebinde, konusunda, delillerde ve diğer hususlarda usulüne ilişkin işlemlerin ıslah yoluyla düzeltilmesi mümkün olduğu gibi davanın konusunda da ıslah mümkündür. Yukarıdaki açıklamalar ışığında somut olaya bakıldığında; davacı taraf dava dilekçesinde “aile konutu niteliğini haiz davalı adına kayıtlı taşınmazın tapu kaydının iptali ile önceki malik Şaban adına tescili” talebini davalı Şaban’ın ölümünden sonra 15.05.2013 tarihli dilekçe ile “taşınmazın aile konutu olduğunun tespitine karar verilmesi” şeklinde ıslah etmiş, böylelikle davanın konusunu değiştirmiştir. Mahkemece talep aşılma suretiyle hem dava dilekçesinde belirtilen aile konutu şerhi konulması, tapu kaydının iptali ile önceki malik adına tescili talepleri hakkında hüküm kurulmuş, hem de ıslah dilekçesi ile talep edilen “aile konutu olduğunun tespitine” yönelik karar oluşturulmuştur. HMK’nın 26/1. (mülga HUMK m.76) maddesi gereğince “hakim tarafların talep sonuçlarıyla bağlıdır; ondan fazlasına veya başka bir şeye karar veremez”. O halde, mahkemece talebin aşılması suretiyle yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir.” (HGK, 10.05.2017, 2- 1603/933).

154 “Mahkemece, yargılamanın iadesi istenilen kararın dava tarihi itibarıyla Meral Karacadağ ve Hasan Vural’ın boşandıkları, kesinleşmiş boşanma kararı nedeniyle aile konutundan söz edilemeyeceği, yargılamanın iadesi şartlarının oluşmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Karar, davacı vekili tarafından süresinde temyiz edilmiş olmakla Tetkik Hâkimi Gülçin Türkay’ın raporu okundu, düşüncesi alındı. Dosya incelendi, gereği görüldüğü düşünülürdü. Dosya içeriğine, toplanan delillere, hükmün dayandığı yasal ve hukuksal gerekçeye ve özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre; davacının yerinde bulunmayan temyiz itirazının reddiyle usul ve yasaya uygun olan hükmün ONANMASINA.” (1. HD 23.05.2018, 2015/11919, 2018/10527).

155 “Aile konutunun, hak sahibi eş tarafından devri ve konut üzerindeki hakların sınırlandırılması, diğer eşin açık rızasına bağlıdır (TMK m. 194/1). Bu rıza alınmadan konutla ilgili yapılan tasarruf işlemi geçersizdir. Bu geçersizliği, rızası gereken eş, konutun bu vasfını devam ettirmesi koşuluyla ileri sürebilir. Davacı ile aile konutunu satış yoluyla devreden eş Ahmet’in evliliği, yargılama devam ederken boşanma ile sona ermiştir. Evlilik boşanma ile sona erdiğine göre dava konusu taşınmaz aile konutu olma niteliğini kaybetmiştir. Diğer bir ifadeyle evliliğin sonlanmasıyla aile konutu ile kira sözleşmesini feshetme, devretme ve üzerindeki hakları sınırlandırmaya ilişkin kısıtlama “kendiliğinden” ortadan kalkar. Bu husus gözetilerek konusuz kalan dava hakkında “karar verilmesine yer olmadığına” şeklinde karar verilmesi ve davanın açıldığı tarihteki tarafların haklılık durumlarına göre yargılama giderleri ile vekâlet ücreti yönünden hüküm kurulması gerekirken, yazılı gerekçe ile davanın kabulüne karar verilmesi doğru görülmemiştir.” (8. HD 29.05.2018, 2015/23350, 2018/13316).



TMK'nun 194. madde hükmü, evliliğin genel hükümleri içerisinde yer aldığından, TMK'nun 194. maddesinin sağladığı hukuki himaye evlilik sona erinceye kadar etkisini idame ettirecektir¹⁵⁶. Evliliğin Türk Medeni Kanunu'nda sayılan hallerden herhangi biri sebebiyle son bulması halinde, aile konutu ile ilgili tasarruflarda diğer eşin, kaldı ki bu aşamada eş sıfatından da bahsedilemeyeceği için rızası aranmayacaktır¹⁵⁷. Evlilik devam ettiği sürece eş rızası gerekli olup, evliliğin, boşanma, yokluğunun tespiti, evliliğin iptali kararının kesinleşmesiyle¹⁵⁸ aile konut niteliği sona ereceğinden¹⁵⁹, TMK'nun 194. madde hükmü işlerliğini ve etkisini yitireceği için, korunması gerekli bir menfaat de kalmayacağından eş rızası da aranmayacaktır¹⁶⁰. Şayet davacı, terditli olarak aile konutuna ilişkin tasarrufun iptali dışında bir talebi var ise, görev hususu da resen göz önüne alınarak¹⁶¹ o hususta yargılamaya devam olunacaktır¹⁶². Davanın

156 KAMACI, Aile Konutu, s. 120; Yıldırım, Tapuya Güven, s. 157.

157 KAMACI, Aile Konutu, s. 120; Hüseyin, s. 596.

158 "Toplanan delillerden; tarafların dava tarihinden sonra 02.10.2015 tarihinde kesinleşen yurtdışında verilen boşanma kararı ile boşandıkları, boşanma kararın tanınmasına ilişkin hükmün 18.01.2018 tarihinde kesinleştiği ve boşanma hükmünün verildiği andan itibaren sonuç doğurduğu anlaşılmaktadır. Evlilik boşanma ile sona erdiğine göre dava konusu taşınmaz aile konutu olma niteliğini kaybetmiştir. Bu husus gözetilerek konusuz kalan davalar hakkında "karar verilmesine yer olmadığına" dair karar vermek ve yargılama giderleri ile vekâlet ücretini, dava tarihi itibarıyla tarafların haklılık durumları dikkate alınarak, tayin ve takdir etmek üzere hükmün bozulmasına karar vermek gerekmiştir." (2. HD 28.06.2018, 3496/8350).

159 HÜSEYİN, s. 595.

160 KAMACI, Aile Konutu, s. 120.

161 "İpotek 13.08.2012 tarihinde tesis edilmiş, dava 13.05.2015 tarihinde açılmıştır. İpotek tesis edilen taşınmaz ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile yapılan takip sonucu 07.04.2015 tarihli ihale ile cebri icra sonucu davalı bankaya satılmış, satış işlemi kesinleşmiştir. Türk Medeni Kanununun 705. maddesinde "taşınmaz mülkiyetinin kazanılması, tescille olur. Miras, mahkeme kararı, cebri icra, işgal, kamulaştırma halleri ile kanunda öngörülen diğer hallerde, mülkiyet tescilden önce kazanılır" hükmü yer almaktadır. Dava konusu taşınmaz cebri icra sonucu satılmakla, davalı erkek adına kayıtlı olmaktan çıkmış, davalı bankanın mülkiyetine geçmiştir. Türk Medeni Kanununun 194. maddesi uyarınca işlem diğer eşin rızasına bağlı olmaktan çıkmış, dava açıldığı tarih itibarıyla taşınmaz aile konutu niteliğini yitirmiş durumdadır. Açıklanan sebeple davacının tapu iptali ve tescil talebinin reddine hükmedilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm tesisi bozmayı gerekmiştir. Davacı, dava dilekçesinde tapu iptali ve tescil isteminin kabul edilmemesi halinde taşınmazın ekonomik karşılığının ödenmesini talep etmiştir. Yukarıda 1. bentte gösterilen sebeple tapu iptali ve tescili isteminin reddi gerektiği nazara alındığında görev hususu da düşünülerek, deliller değerlendirilip davacının taşınmazın ekonomik karşılığının ödenmesi talebi yönünden bir karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirmiştir." (2. HD 11.07.2017, 2016/22562, 2017/8749).

162 "Toplanan delillerden; davacı erkek ile davalı Neslihan'ın 02.09.2016 tarihinde kesinleşen kararlar boşandıkları anlaşılmaktadır. Evlilik boşanma ile sona erdiğine göre dava konusu taşınmaz aile konutu olma niteliğini kaybetmiştir. Türk Medeni Kanununun 194. maddesine dayalı tapu iptal ve tescil ile aile konutu şerhi işlenmesine



derdest olması şekli¹⁶³ ve maddi anlamda kesinleşmeye kadar devam edeceğinden, ilk derece ya da bölge adliye mahkemesince talebin kabulü aşamasından geçse bile temyiz süresinin hitama ermemesi ya da dosyanın kanun yolları safhasında olması konusuz kalmasına engel olmayacaktır. Zira hüküm tesis edilinceye kadar mevcut olan hukuki menfaat, hüküm tesisinden sonra kanun yolları aşamasında ortadan kalkabilir¹⁶⁴. Kaldı ki, hukuki yarar, dava şartı mahiyetiyle hüküm kesinleşinceye değin mevcut olmalıdır¹⁶⁵. TMK'nun 194. maddesine dayalı olarak aile konutunun devrine karşı ikame edilen tapu iptali ve tescil davası, aynı bir dava niteliğiyle ve mutlak hak vasfıyla her zaman ve herkese karşı ileri sürülebilen inhisari bir erk ve iktidar hakkı iken, evlilik ilişkisinin zevale ermesiyle davanın konusuz kalması nasıl izah edilecektir? Öncelikle şunu vurgulamak gerekir ki, TMK'nun 194. maddesinin aile konutuna ilişkin olarak kayıt sahibi olmayan eşe sağladığı hukuki koruma, evlilik süresiyle sınırlıdır¹⁶⁶. Kaldı ki, kayıt sahibi olmayan eş, tapu iptali ve tescil davasını, mülkiyet hakkına dayanarak değil, aile konutunun devrine ilişkin işleme katılma hakkına dayanarak ikame etmiştir. Bir diğer ifadeyle, malik olmayan eş, yolsuz tescilin düzeltilmesine matuf tapu iptali ve tescil davasını, aynı hakkı ihlal edildiği için değil, devir işlemine rızası alınmamasına dayandırmıştır. Dolayısıyla davanın hukuki niteliği ve sonuçları aynı nitelikte olsa da, davaya vücut veren hukuki ilişkinin niteliği herkese karşı ileri sürülebilen mutlak mülkiyet hakkı niteliğinden yoksundur. Bu sebeple, evlilik birliğinin sona ermesiyle, aile konutunun sağladığı hukuki himayede sona ereceğinden¹⁶⁷, tapu iptali ve tescil davası da konusuz

yönelik dava konusuz kalmıştır. Ne var ki davacı erkek dava dilekçesinde dava konusu taşınmazın tapu iptal ve davalı eş adına tescili ile aile konutu şerhi konulmasını olmadığı takdirde ise bedelinin ödetirilmesini talep etmiştir. O halde davacının terditli talebi olan bedel talebi hakkında görev hususunda değerlendirilmek suretiyle bir karar verilmek üzere hükmün bozulmasına karar vermek gerekmiştir.” (2. HD 29.03.2018, 2016/26167, 2018/4101).

163 TANRIVER Süha, *Medeni Usul Hukukunda Derdestlik İtirazı*, Ankara 1998, s. 5, 11, 49.

164 HANAĞASI, s. 341.

165 HANAĞASI, s. 332.

166 KAMACI, *Aile Konutu*, s. 123.

167 “Dava Türk Medeni Kanununun 194. maddesine dayalı tapu iptali ve tescil ile aile konutu şerhi konulması isteğine ilişkindir. Toplanan delillerden; tarafların dava tarihinden sonra 03.01.2018 tarihinde kesinleşen kararlar boşandıkları anlaşılmalıdır. Evlilik boşanma kararı ile sona erdiğine göre, aile konutuna ilişkin hukuki koruma da sona ermiş olup, dava konusuz kalmıştır. Davanın konusuz kalması sebebiyle esas hakkında “karar verilmesine yer olmadığına” karar verilmesi halinde, yargılama giderleri ile bunun kapsamına dahil olan vekalet ücreti (HMK m. 323/1-ğ) hakkında, davanın açıldığı tarihteki tarafların haklılık durumu nazara alınarak hüküm tesis edilmelidir (HMK m. 331/1). O halde; konusuz kalan dava hakkında “karar verilmesine yer olmadığına” karar verilip, davanın açıldığı tarihteki tarafların haklılık durumlarına göre yargılama gideri ve vekalet ücreti hakkında karar vermek üzere hükmün bozulması gerekmiştir.” (2. HD 17.04.2018, 1624/5145).



kalacaktır¹⁶⁸. Zira eşin dava konusu yaptığı hak (Katılma hakkı) ile irtibatı kesilmiştir. Çünkü eş sıfatını yitirmiştir. Hukuki menfaat ortadan kalktığı için davanın esastan karara bağlanması da söz konusu olmayacaktır¹⁶⁹. Nitekim diğer eşin mal rejimi tasfiyesinden doğan alacak talepleri de şahsi hak niteliğinde olduğundan, aynı talepleri mesmu olmayacaktır¹⁷⁰. Buna karşın, TMK'nun 194. maddesinin himayesi her ne kadar evlilik birliğinin devamı boyunca devam etse dahi¹⁷¹, boşanma, evliliğin iptali ya da ölüm

168 "Mahkemece, davanın aile konutundan kaynaklanan tapu iptali ve tescil davası (TMK m. 194) olduğu, davacı eşin açık rızası alınmadan yapılan satış işleminin geçersiz olduğu gerekçesiyle tapu iptali ve tescil davasının kabulü ile taşınmazın davalı eş Yüksel adına tapuya kayıt ve tesciline karar verilmiş, verilen bu karar davalı eş tarafından temyiz edilmiştir. Aile konutunun, hak sahibi eş tarafından devri ve konut üzerindeki hakların sınırlandırılması, diğer eşin açık rızasına bağlıdır. (TMK md. 194). Bu rıza alınmadan konutla ilgili yapılan tasarruf işlemi geçersizdir. Bu geçersizliği, rızası gereken eş, konutun bu vasfını devam ettirmesi koşuluyla ileri sürebilir. Evlilik, boşanmayla sona ermekle, Türk Medeni Kanununun 194. maddesinin "aile konutuna" sağladığı koruma da sona erer ve diğer eşin rıza alınmadan yapılan tasarruf işlemi yapıldığı andan itibaren geçerlilik kazanır. Dava konusu taşınmazın maliki olan davalı eş Yüksel ile davacının, karardan önce Fethiye Aile Mahkemesinin 2013/231 esas, 2014/17 karar sayılı 03.06.2015 tarihinde kesinleşen kararı ile boşanmış oldukları anlaşılmaktadır. Evlilik, karar tarihinden önce boşanma ile sona erdiğine göre, dava konusu taşınmaz aile konutu olmaktan artık çıkmıştır. Bu husus gözetilerek konusuz kalan dava hakkında "karar verilmesine yer olmadığına" şeklinde karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile davanın kabulüne karar verilmesi doğru görülmemiştir." (2. HD 22.02.2018, 334/2407).

169 HANAĞASI, s. 333.

170 "Davacı kadın, aile konutu olan 863 ada 962 parsel sayılı taşınmazı davalı eşinin hileli yollarla birlikle yaşadığı bayanın üzerine devrettiğini yine 03 ER 942 plakalı aracın başkasına devredildiğini, hem evin hem de aracın ortak birikimlerle alındığını, bu nedenle evin ve aracın 1/2'sinin kendi adına tescilini, olmadığı takdirde bedelini istemiştir. Yargılama sırasında davacı kadın ve davalı Halil Rifat arasında görülen boşanma davası kabul edilmiş ve 2010 yılında boşanma kararı kesinleşmiştir. Mahkemece dava mal rejimi hükümlerine göre sonlandırılmış ise de; mal rejimi tasfiyesine ilişkin olarak taraflara ancak alacak hakkı tanınabileceğinden, aracın ve evin aynına ilişkin talepte bulunulmayacağı gerekçesiyle davalılara karşı yöneltilen davanın reddine karar verilmiştir. Somut olayda; davacı kadının aynı talebinin yanı sıra "bedel" istemi de olduğu anlaşılmaktadır. Delillerin bu çerçevede değerlendirilerek sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ile ret kararı verilmesi doğru görülmemiştir." (2. HD 20.06.2016, 1732/11896).

171 "Davacı ile davalı Adnan arasındaki evlilik birliği 03.05.2013 tarihinde kesinleşen boşanma kararı ile sona ermiştir. Türk Medeni Kanununun 194. maddesi "evliliğin genel hükümleri kapsamında yer almakta olup, evlilik devam ettiği sürece uygulanabilecek bir hükümdür. Evliliğin sona ermesiyle konut, aile konutu vasfını kaybeder ve bu hükmün uygulanma imkanı kalmaz. Evliliğin devamı sırasında, hak sahibi eş tarafından aile konutunun devri veya bu konut üzerindeki hakların sınırlandırılması diğer eşin rızasına bağlanmıştır. Rızası gereken eş, yapılan devir işleminin geçersizliğini ancak evlilik birliği devam ediyorsa isteyebilir. Davanın devamı sırasında evlilik birliğinin boşanma ile sona ermiş olması karşısında davanın konusu kalmamıştır. Gerçekleşen bu durum karşısında "konusu kalmayan dava hakkında hüküm verilmesine yer olmadığına" şeklinde karar verilip davanın açılma tarihi itibarıyla davadaki haklılık durumuna göre masraf ve vekalet ücreti konusunda hüküm kurulması gerekirken, bu



halinde aile konutunun devri ya da sınırlanmasına ilişkin iptal davasının konusuz kalması hak sahibi olmayan eşi teminatsız da bırakan bir durum değildir. Zira gerek boşanma davasına bağlı maddi, manevi tazminat ve yoksulluk nafakası gerekse mal rejiminin tasfiyesine bağlı katkı, katılma ve değer artış payı alacağı için, aile konutuna ilişkin dava konusuz da kalsa, söz konusu alacak talepleri için devre konu aile konutunun muvazaalı olarak devrine matuf iptal ve tasarrufun iptali davası marifetiyle, taşınmaz devreden eski eş adına kayıtlıymış gibi, tasarrufun iptali marifetiyle hacze devam ve alacağı tahsil imkânı ortadan kalkmış değildir. Ancak, tasarrufun iptali davasının ön şartı, borcun tasarruftan önce doğmuş olmasına merbut olduğundan¹⁷², mal rejimi, eşlerden birinin ölümü veya başka bir mal rejiminin kabulüyle sona ereceğinden (TMK m. 225), ölüm tarihi ya da boşanma ile birlikte boşanma davasının ikame edildiği tarih yahut mal rejimi tasfiyesine konu taşınmazın iktisap tarihi, borcun doğum tarihi¹⁷³ olarak göz önüne alınacaktır. Bu faraziyede, söz konusu alacak kalemlerini güvence altına almak için, TMK'1010/1. fıkrasının 1. bendi gereği tasarruf yetkisi kısıtlaması şerhine gerek yoktur. Zira taşınmaz aynı münazaalı değildir¹⁷⁴. Kaldı ki, İİK'nun 281/2. fıkrası gereği hakim, iptale tabi tasarrufların konusu olan mallar hakkında alacaklının talebi üzerine ihtiyati haciz kararı verebilecektir. Davanın konusuz kalması halinde, dava esas itibariyle, mahkeme kararının dışında bir başka nedenle konusuz kalmakta, mahkeme uyuşmazlığı maddî hukuk

yön nazara alınmadan “davanın esası ile ilgili” olarak yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmamıştır.” (2. HD 13.03.2014, 2013/22448, 2014/5600).

172 “Dava, İİK'nin 277 ve devamı maddelerine dayalı tasarrufun iptali istemine ilişkindir. Tasarrufun iptali davalarında kural olarak, tasarrufun iptal edilebilmesi için borcun doğum tarihinin iptali istenilen tasarruf tarihinden önce olması gerekir.” (17. HD 28.03.2013, 2012/14204, 2013/4372).

173 “Mahkemece toplanan deliller ve tüm dosya kapsamına göre, davacı ile davalı Ali Rıza arasındaki boşanma davasının 2010 yılında açıldığı, davalılar arasındaki iptali istenen tasarrufun ise tapu kaydından da anlaşılacağı üzere, 03/04/2008 tarihinde yapıldığı, iptale konu tasarrufun, alacağın doğumundan önce yapılmış olduğu, katkı payı alacağına ilişkin davanın ise halen sonuçlanmadığı göz önüne alındığında bu yönden davanın reddine karar verilmiş; hüküm, davacı vekili tarafından süresi içerisinde temyiz edilmiştir. Dava BK'nun 19.maddesine dayalı olarak açılan muvazaalı işlemin iptaline ilişkindir. Davacı dava dilekçesinde ile davalı borçlu arasında İstanbul Anadolu 12. Aile Mahkemesi'nin 2012/651 E sayılı dosya ile görülen katkı payı davası olduğunu ileri sürmüş, yargılama sonrasında dava konusu gayrimenkulde davacının da katkısı olduğu kabul edilerek davacı lehine davanın kabulüne karar verilmesine göre İstanbul Anadolu 12. Aile Mahkemesi'nin 2012/651 E sayılı katkı payı davasının kesinleşip kesinleşmediğinin araştırılarak karar içeriğine göre alacağın doğum tarihi belirlenip sonucuna göre karar verilmesi gerekirken katkı payı dava dosyası incelenmeksizin yazılı olduğu şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.” (17. HD 11.04.2018, 2015/7260, 2018/4019).

174 DOĞAN, s. 51.

açısından çözümlenmemekte, sadece “esasa ilişkin karar verilmesine yer olmadığına” şeklinde bir tespit hükmüyle davayı sona erdirmektedir¹⁷⁵. Buna göre, davacının dava açar iken amacı, kural olarak, uyuşmazlığın maddî hukuk açısından çözümlenmesi ve esasa ilişkin bir nihai karar, yani hüküm verilmesidir. Dava süresince hükme giden yolda, tabiidir ki usule ilişkin nihai karar veya davanın konusuz kalması halinde verilecek kararlar dava sona erer. Bu durumda hükme ulaşılamasa da davanın konusuz kalmasının gerçekleştiğinin tespiti¹⁷⁶, hukuk yargılamasının maddi gerçek amacına katkı sağlayacaktır¹⁷⁷. Zira davanın konusuz kalması, gerçek anlamda dava konusunun her iki unsurunun yani hem talep sonucunun hem de hayat olayının tatmin edilmesi veya ortan kalkması sonucu husule gelecektir¹⁷⁸. Ancak konusuz kalan dava hakkında hüküm verilmesine yer olmadığına dair kararın kesinleşmesinden sonra aynı davanın aynı kişiler arasında ikame edilmesine kesin hüküm engel olacaktır¹⁷⁹. Buna karşın

175 MERİÇ, Tasarruf İlkesi, s. 225; Yavaş, Temyiz, s. 37, 38; HANAĞASI, s. 339.

176 “Öncelikle davanın konusunun kalmaması halinden ne anlamak gerektiğinin ve davanın konusuz kalmasının sonuçlarının irdelenmesi gerekmektedir. Yargılama devam ederken, dava konusu alacağın ödenmesi, tapunun devredilmesi, taşınmazın tahliye edilmesi gibi nedenlerle dava konusuz kalabilir. Bu durumda davanın esas hakkında karar vermeye gerek kalmaz. Mahkemece, davanın konusuz kalması nedeniyle karar verilmesine yer olmadığına şeklinde hüküm kurulmalıdır. Bu kararlar dava konusunun kalmadığının tespiti niteliğinde kararlardır ve aynı konuda aynı taraflar arasında yeni bir dava açılırsa bu dava kesin hüküm nedeniyle red olunmalıdır (HUMK m.237). Davanın konusuz kaldığının kabul edilebilmesi için, tarafların davanın esas hakkında karar verilmesinde hukuki yararının kalmamış olması gereklidir. (Baki Kuru Hukuk Muhakemeleri Usulü 6. Bası İstanbul, 2001 s. 3021) Tarafların davanın esas hakkında karar verilmesinde hukuki yararının devam ediyor olması, bir başka anlatımla, davanın konusuz kaldığının kesin olarak tespit edilmediği durumlarda, kesin hükmün sonuçlarını doğuracak şekilde sonuca gidilmesi olanaklı değildir. Somut olaya döndüğümüzde, davacı, mahkmeden ihtiyati tedbirin kaldırılmasını istemiş, tedbir kalkınca tapunun devredileceğini bildirerek davanın konusunun kalmadığını beyan etmiştir. Yukarıda açıklandığı gibi, davanın konusu olan tapu devri bu beyanlar sırasında gerçekleşmemiştir. Davanın esas hakkında bir karar verilmesinde her iki tarafında güncel yararı devam etmektedir. Davanın konusunun ortadan kalkmadığı anlaşıldığına göre davacının beyanlarının ne şekilde değerlendirileceğinin üzerinde durulmalıdır. HUMK. m.76 uyarınca taraf beyanlarının hukuki nitelendirmesini yapmak hakimnin görevidir. Davacı, tapunun devredileceği inancıyla hareketle, açıklanan şekilde beyanda bulunmuştur. Dava konusu tapu bu beyan sırasında devredilmemiş olduğundan, davacı vekili sözlerini, davayı geri alma olarak değerlendirmek gerekmektedir. (HUMK. m. 185/1-1) Mahkemece açıklandığı şekilde davacı sözlerinin davanın geri alınması olarak nitelendirilerek, davanın geri alınmasına ilişkin karşı tarafın diyeceği sorularak sonucuna uygun bir karar verilmek üzere hüküm bozulmalıdır.” (14. HD 04.10.2005, 5751/8624).

177 MERİÇ, Tasarruf İlkesi, s. 226.

178 MERİÇ, Tasarruf İlkesi, s. 226.

179 “Davanın konusuz kalması halinde, artık dava hakkında yargılama yapılmasına ve hüküm verilmesine gerek kalmaz. Bu halde, mahkemece, dava hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar verilir. Mahkemenin esas hakkında karar verilmesine



öğretide, aynı davanın, yani aynı dava konusunun aynı kişiler arasında aynı sebebe dayanılarak uyuşmazlık konusu yapılması kesin hüküm ya da çelişki yasağı değil, hukuki yarar yokluğu veya talebin mesmu olmaması ile engelleneceği savunulmuştur¹⁸⁰. Bir diğer görüşe göre ise, menfaat yokluğu sebebiyle usulden tesis edilen red kararının sadece menfaat yokluğu hakkında kesin hüküm oluşturacağı, menfaatin daha sonra hasıl olması faraziyesinde esas yönünden incelenebileceği ve kesin hüküm itirazında bulunulamayacağı dile getirilmiştir¹⁸¹. Davanın konusuz kalması sebebiyle davanın esası hakkında bir karar verilmesine gerek bulunmayan hallerde¹⁸² hakim, davanın ikame edildiği tarihteki tarafların haklılık durumuna göre yargılama giderlerini takdir ve hükmedecektir¹⁸³.

yer olmadığına ilişkin kararı, bir tespit hükmü niteliğindedir. Davanın konusuz kalması halinde, mahkeme davayı reddetmemekte, sadece davanın (esasının) konusuz kaldığını tespit etmekle yetinmektedir. Çünkü mahkeme, bu kararı ile aynı zamanda dava konusu yapılmış olan hakkın artık mevcut olmadığını da tespit etmektedir. Konusuz kalan talepler dışındaki asıl ve yardımcı talepler için yargılamaya devam edileceğinden, mahkemenin bu taleplerin kabulüne ilişkin kararı normal bir eda hükmü niteliğindedir. Mahkemenin “esas hakkında karar verilmesine yer olmadığına” ilişkin kararının kesinleşmesinden sonra, o dava konusu hakkında, aynı taraflar arasında, aynı dava sebebine dayanarak yeni bir dava açılmayacaktır; açılırsa, kesin hükümden dolayı reddedilecektir.” (10. HD 04.06.2012, 7889/10238).

180 MERİÇ, Tasarruf İlkesi, s. 226, 227.

181 HANAĞASI, s.325.

182 “Aile konutunun, hak sahibi eş tarafından devri ve konut üzerindeki hakların sınırlandırılması, diğer eşin açık rızasına bağlıdır. (TMK m. 194). Bu rıza alınmadan konutla ilgili yapılan tasarruf işlemi geçersizdir. Bu geçersizliği, rızası gereken eş, konutun bu vasfını devam ettirmesi koşuluyla evlilik birliği süresince ileri sürebilir. Evlilik, ölümle veya boşanma ya da iptal kararıyla sona ermiş ise, Türk Medeni Kanununun 194. maddesinin “aile konutuna” sağladığı koruma da sona erer ve diğer eşin rıza alınmadan yapılan tasarruf işlemi yapıldığı andan itibaren geçerlilik kazanır. Dava konusu taşınmazın maliki olan davalı eş ile davacının, dava tarihinden sonra verilen ve 11.12.2014 tarihinde kesinleşen karar ile boşanmış oldukları anlaşılmaktadır. Evlilik boşanma ile sona erdiğine göre, dava konusu taşınmaz aile konutu olmaktan artık çıkmıştır. Bu husus gözetilerek konusuz kalan dava hakkında “karar verilmesine yer olmadığına” dair karar vermek ve dava tarihindeki haklılık durumuna göre yargılama giderleri ve vekalet ücreti hakkında bir hüküm tesis edilmek üzere hükmün bozulması gerekmiştir.” (2. HD 07.11.2016, 10733714457).

183 “Toplanan delillerden mahkemenin de kabulünde olduğu üzere; tarafların 01.10.2012 tarihinde kesinleşen kararla boşandıkları anlaşılmaktadır. Evlilik boşanma ile sona erdiğine göre dava konusu taşınmaz aile konutu olma niteliğini kaybetmiş, dava konusuz kalmıştır. Davanın konusuz kalması sebebiyle hakkında “karar verilmesine yer olmadığına” karar verilmesi halinde, yargılama giderleri ile bunun kapsamına dahil olan vekalet ücreti (HMK m. 323/1-ğ) hakkında, davanın açıldığı tarihteki tarafların haklılık durumu nazara alınarak hüküm tesis edilmelidir (HMK m.331/1). O halde; konusuz kalan dava hakkında “karar verilmesine yer olmadığına” kararı ile davanın açıldığı tarih itibarıyla tarafların haklılık durumları tespit edilerek yargılama giderleri ve vekalet ücreti konusunda bir karar vermek gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve kanuna aykırı olup, bozmayı gerektirmiştir.” (2. HD 02.04.2018, 2016/23188, 2018/4313).



Boşanma ve fer'i talepleri havi davalarda boşanmaya dair talep bağımsız olduğundan, diğer fer'i taleplerden bağımsız olarak kesinleşmesi mümkündür¹⁸⁴. Bu faraziyede, mahkemece kısmi kesinleştirilmesi yapılması üzerine aile konutuna ilişkin devir ya da sınırlamanın iptali davası şayet derdest ise, konusuz kalacaktır¹⁸⁵.

C. Tapu İptali Ve Tescil Davası Derdest İken Eşlerden Birinin Vefatı

Kayıt maliki eş, hak sahibi olmayan eşin açık rızasını almaksızın aile konutunu tapudan üçüncü bir kişiye devreder ise söz konusu hukuki işlem geçersizliğe duçar olacaktır¹⁸⁶. Hak sahibi olmayan eş, işleme icazet verebileceği gibi, aile konutuna ilişkin devrin iptali ve eşinin adına tapuya tescilini ve aile konut şerhi verilmesini talep edebilir¹⁸⁷. Hak sahibi olmayan eş tarafından tapu iptali ve tescil ve aile konut şerhi verilmesine matuf dava ikame edildikten sonra bu karar şekli anlamda kesinlik kazanmadan önce eşlerden biri vefat ederse, aile konutuna dayalı tapu iptali ve tescil davası konusuz kalacaktır. Zira aile konutuna bağlı hukuki himaye evliliğin varlığına bağlıdır. Her ne kadar, vefat ile birlikte sağ kalan eş için TMK'nun 240 ve 652. maddelerine dayalı aile konutu ya da konut üzerinde intifa ve süknâ talep hakkı mevcut ise de, bu talep, mirasçılara karşı yöneltilecek bir kurucu yenilik doğuran hak niteliğindedir. Nitekim, sağ kalan eşin talep hakkını kullanabilmesi eşlerin birlikte yaşadığı konutun terekeye dahil olmasına merbuttur. Kaldı ki, somut faraziyede, aile konutunun devrinin iptaline ilişkin tapu iptali ve tescil davası derdest iken, evlilik ölüm ile zeval bulmuştur. Dolayısıyla TMK'nun 194. maddesindeki hukuki himaye, evlilik devam ettiği sürece etkisini sürdürecektir¹⁸⁸. Bu sebeple evlilik birliği ölüm ile son bulduktan sonra

184 Mahkemece boşanma ile birlikte velayet, maddi ve manevi tazminat ve çocuklar ile şahsi münasebet tesisi hükümlerine karar verilebilecektir. Tarafların boşanmaya ilişkin hükme karşı kanun yoluna gitmemesi faraziyesinde, taraflardan birinin boşanmaya ilişkin hükmü kesinleştirmeye matuf dilekçesi karşı tarafa da tebliğ edilerek, diğer fer'i taleplerden bağımsız olarak boşanma hükmü kesinleştirilmelidir. Zira boşanmaya yönelik hüküm kanun yoluna götürülmemesi tarafların bu hükme razı olduğu anlamına geleceğinden, kanun yoluna götürülen diğer hükümlerin kesinlemesine kadar tarafları resmi olarak evli tutmak, irade serbestisi ve kamu düzeninden sayılan usul ekonomisine de aykırılık oluşturacaktır.

185 "Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuni gerektirici sebeplere ve özellikle hükmün boşanmaya ilişkin bölümü taraflarca temyiz edilmemiş olup, bu bölümün kesinleşmiş olmasına, evlilik kesinleşen boşanma ile sona erdiğine göre aile konutu ile ilgili talep (MK. md. 194/3) konusuz kaldığından, yerinde bulunmayan temyiz isteğinin reddiyle usul ve kanuna uygun olan hükmün onanması." (2. HD 14.07.2005, 8690/11324).

186 KILIÇOĞLU, Aile Hukuku, s. 204.

187 KILIÇOĞLU, Aile Hukuku, s. 204.

188 NEBİOĞLU- ÖNER, s. 138.



TMK'nun 194. maddesindeki aile konutundaki tasarrufa ilişkin sınırlama hukuki himayeye mazhar ve takdire şayan değildir¹⁸⁹. TMK'nun 194. madde hükmü evliliğin genel hükümlerine ilişkin olup, aile konutunun hukuki koruması, evlilik birliğinin devamı ile sınırlı olduğundan, evlilik birliğinin sona ermesinden sonra aile konutu ile hak sahibi olmayan eşin rızası aranmayacağı, yani aile konutuyla ilgili tasarruf, diğer eşin rızasına bağlı olmaktan varestede olacağı için, kayıt sahibi eşin tasarrufları da geçerli olacaktır¹⁹⁰. Nitekim, eşin rızası, şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğundan, eşin vefatından sonra mirasçılarının buna dayanması ya da işlemin geçersizliğini dava marifetiyle ileri sürmeleri hukuken himaye edilmeyecektir. Buna karşın, hak sahibi eşin vefatıyla aile konut niteliği sona erse dahi sağ kalan eşin, aile konutu ve ev eşyası üzerinde hukuki konumunu düzenleyen Medeni Kanun'un mal rejimi ve miras hukukuna ilişkin (m. 240, 254, 255, 279 ve 652) hükümlerin uygulanacağı savunulmuştur¹⁹¹. Kanaatimizce, evlilik birliği son bulduktan sonraki aile konutunu koruyucu hükümler miras hukukunun iştigal sahasına dahil olup, ölüm tarihi itibarıyla terekedeki mevcut mallarla sınırlı bir koruma sağlayacaktır. Bu konu, aşağıda aile konut hakkının sınırlayan işlemlerin iptali başlığı altında ayrıca ele alınacaktır.

V. AİLE KONUT HAKKININ SINIRLANMASI HALİNDE DİĞER EŞİN İPTAL DAVASI İKAMESİ

TMK'nun 194. maddesi; eşlerden biri, diğer eşin açık rızası bulunmadıkça, aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini feshedemez, aile konutunu devredemez veya aile konutu üzerindeki hakları sınırlayamaz hükmünü havidir. Kanunda aile konut hakkının sınırlandırılmasının diğer eşin rızasına merbut olduğu kaleme alınmakla birlikte, rıza alınmayan hallerde sınırlamaya matuf hukuk işlemin niteliği ve akıbeti ile müeyyidesi belirlenmemiştir. TMK'nun 194. maddesinde geçen "Aile konutu üzerindeki hakların sınırlandırılması" malik eşin yaptığı ve ilerde aile konutu üzerindeki hakkın devri, sınırlandırılması, sona ermesi

189 "Hukuk Genel Kurulunda yapılan görüşmeler sırasında TMK'nın 194.maddesinde tanınan aile konutu korumasının evliliğin ölüm ile sona ermesi durumunda da devam edeceği, sözü edilen hükmün sadece evliliğin korunması için getirilmiş bir hüküm olmadığı, aksi halde malik olmayan eşin TMK'nın 240, 279 ve 652. maddelerinde yer alan haklarını kullanamayacağı, davacının bu davayı açmakta hukuki yararının devam ettiği gerekçesiyle direnme kararının usul ve yasaya uygun olduğu belirtilmiş ise de bu görüş Kurul çoğunluğunca benimsenmemiştir. Yukarıda açıklanan nedenlerle, davalı İbrahim Kılınç'ın ölümü nedeniyle konusuz kalan dava hakkında karar verilmesine yer olmadığına şeklinde hüküm tesisi gerekirken önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır." (HGK, 24.05.2017, 2- 1609/965).

190 KAMACI, Aile Konutu, s. 123.

191 DALCI- ÖZDOĞAN, s. 163; HÜSEYİN, s. 598.



ya da içeriğinin değiştirilmesine matuf borçlanma işlemlerine de sari olmalıdır. Bir diğer ifadeyle, bir hakkı doğrudan doğruya etkileyerek onu devreden, sınırlayan, sona erdiren veya içeriğini değiştiren tasarruf işlemleri¹⁹² dışında, bu tasarruf işlemi yapılması sözünün verildiği¹⁹³ borçlandırıcı işlemler de aile konut hakkını sınırlayacağı için diğer eşin iznine tabi olması gerekecektir. Zira bu işlemler aile konutunu doğrudan sınırlamaz ise de mülkiyet hakkı üzerinde yük teşkil edecektir. Nitekim nisbi hakların şerhi de bu minvalde mülkiyet hakkı üzerinde yük teşkil edeceğinden, dar anlamda tasarruf işlemidir¹⁹⁴. İpotek¹⁹⁵, sınırlı aynı hak vasfıyla, gerek mülkiyet hakkı üzerinde yük teşkil edip, hakkın kullanılmasını icra aşamasında sınırlayacağı gibi, satış vaadi işlemi de her ne kadar borçlandırıcı işlem vasfında olup, mülkiyet hakkı üzerinde yük teşkil edecek ise de, lehtar tarafından dava açılması sonrasında aile konut hakkını ortadan kaldıracak¹⁹⁶ mahiyette olduğu için¹⁹⁷ diğer eşin rızasına tabi olacaktır¹⁹⁸. Buna karşın, hükmün amacının aile konutunu

192 AYİTER Kudret, **Medeni Hukukta Tasarruf Muameleleri**, Ankara 1953, s. 13; VARDAR-HAMAMCIOĞLU, **Medeni Hukuk'ta Tasarruf İşlemi Kavramı**, İstanbul 2014, s. 53; KÖPRÜLÜ Bülent/KANETİ Selim, **Sınırlı Aynı Haklar**, İstanbul 1982- 1983, s. 3; BUZ, s. 80; DOĞAN, **Tasarruf Yetkisi**, s. 17; OĞUZMAN, K/Barlas, N, **Medeni Hukuk, Giriş/ Kaynaklar/Temel Kavramlar**, İstanbul 2011, s. 175; Von Tuhr, A, **Borçlar Hukuku**, C. 1, İstanbul 1952, s. 199.

193 VARDAR- HAMAMCIOĞLU, s. 50.

194 VARDAR- HAMAMCIOĞLU, s. 34.

195 GÜRSES, s. 69.

196 Her ne kadar ipotek doğrudan doğruya aile konutundan faydalanma ve oturma hakkını engellemiyorsa da, hak sahibi eşin kötü niyetli ve muvazaalı işlemleri ile aile konutunun elden çıkarılma tehlikesi nedeniyle ipotek işlemine diğer eşin "Açık rızası" şarttır. Somut olayda, davanın ipoteğin kaldırılmasına yönelik davasında toplanan deliller, yukarıda açıklanan kurallar çerçevesinde değerlendirilerek ipoteğin kaldırılması davası yönünden gerçekleşecek sonucu uyarınca bir karar verilmesi gerekirken, davalı bankanın kötü niyetinin ispatlanmadığı gerekçesiyle yazılı şekilde karar verilmesi usul ve kanuna aykırı olup, bozmayı gerektirmiştir." (2. HD 02.04.2018, 2016/25180, 2018/4327)

197 "Her ne kadar ipotek doğrudan doğruya aile konutundan faydalanma ve oturma hakkını engellemiyorsa da, hak sahibi eşin kötü niyetli ve muvazaalı işlemleri ile aile konutunun elden çıkarılma tehlikesi nedeniyle ipotek işlemine diğer eşin "açık rızası" şarttır. Somut olayda, davalı eş dava konusu aile konutu üzerinde diğer davalı Mehmet Ali lehine ipotek tesis etmiş, bu işlem sırasında davacı eşin açık rızası alınmamıştır. Hukuk Genel Kurulunun 15.04.2015 tarih ve 2013/2-2056 esas, 2015/1201 karar günlü kararında açıkça ifade edildiği ve Dairemizce de aynen benimsendiği üzere eşin açık rızası alınmadan yapılan işlemin geçerli olduğunu kabul etmek imkânsızdır. Eş söyleyişle eşin "açık rızası alınmadan" yapılan işlemin "geçersiz olduğunu" kabul etmek zorunludur. Gerçekleşen bu durum karşısında yukarıda açıklanan yasal düzenleme ile ilkelere uygun değerlendirme yapılarak davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde ret hükmü kurulması usul ve kanuna aykırı olup, bozmayı gerektirmiştir." (2. HD 03.04.2018, 2016/23863, 2018/4434).

198 "Somut olayda, davalı eş dava konusu aile konutu üzerinde diğer davalı şirket lehine

sınırlayan veya sona erdiren tasarruf işlemlerini engellemek olduğundan, borçlandırıcı işlemleri eşin tek başına yapabileceği¹⁹⁹, bu minvalde, satış vaadi sözleşmesinin de borçlandırıcı işlem niteliği gereği, eş rızasını gerektirmediği, sözleşme tarafının TMK'nun 716. maddesine dayalı tescile zorlama davası ikame etmesi ihtimalinde, mahkemenin resen taşınmazın aile konutu niteliğini değerlendirerek diğer eşin rızası olmadığı takdirde, tescile hükmedemeyeceği savunulmuştur²⁰⁰. Kanaatimizce, TMK'nun 194. maddesinde tasarruf işleminden bahsedilmemiş, aile konu hakkını sınırlayan işlemlerden²⁰¹ bahsettiğinden, bu kavram, tasarruf işlemlerini de kapsayan daha geniş bir terim olarak değerlendirilmesi kanun koyucunun amacının gerçekleşmesine hizmet edecektir. Öğretide, TMK'nun 194. maddesinde sayılan hukuksal işlemlerin tasarruf işlemi olduğu, mülkiyeti devretme veya sınırlı ayni hak kurma işlemlerinin tasarruf işlemi olduğu, kira sözleşmesinin feshi işleminin de geniş anlamda tasarruf işlemi olarak kabul görmesi gerektiği savunulmuştur²⁰². Aynı görüş bağlamında, TMK'nun 194. maddesinde eş rızasını gerektiren hukuki işlemlerin mülkiyet hakkının devri ve devrine yönelmiş olan her türlü hukuki işlemi kapsadığı belirtilmiştir²⁰³. Dolayısıyla, kayıt sahibi eş, diğer eşin rızası olmadan, aile konut hakkını sınırlayan bir hukuki işlem tesis ederse, diğer eş, kanundan doğan katılım hakkı gereği, işlem tarafı olan lehtar ve eşini davalı göstererek söz konusu işlemin iptalini talep ve dava edebilecektir²⁰⁴.

ipoteke tesis etmiş, bu işlem sırasında davacı eşin açık rızası alınmamıştır. Hukuk Genel Kurulunun 15.04.2015 tarih ve 2013/2-2053 esas, 2015/1201 karar sayılı kararında açıkça ifade edildiği ve Dairemizce de aynen benimsendiği üzere eşin açık rızası alınmadan yapılan işlemin geçerli olduğunu kabul etmek imkânsızdır. Eş söyleyişle eşin "açık rızası alınmadan" yapılan işlemin "geçersiz olduğunu" kabul etmek zorunludur. Gerçekleşen bu durum karşısında yukarıda açıklanan yasal düzenleme ile ilkelere uygun değerlendirme yapılarak davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde ret hükmü kurulması usul ve kanuna aykırı olup, bozmayı gerektirmiştir." (2. HD 29.03.2018, 2016/23075, 2018/4188); Yıldırım Abdülkerim, Tapuya Güven Yoluyla Ayni Hak Kazanımı, Ankara 2016, s. 155; KAMACI, Şerh, s. 36.

199 ÇABRİ, s. 407; DALCI- ÖZDOĞAN, s. 145.

200 ÇABRİ, s. 407.

201 GÜRSES, s. 71.

202 DOĞAN, Aile Konutu, s. 255.

203 DOĞAN, Aile Konutu, s. 255.

204 "Dava, aile konutu olarak özgülendiği iddia olunan taşınmaz üzerinde, davalı banka lehine tesis edilen ipoteğin iptali isteğine ilişkindir. Dava, sadece lehine ipoteke tesis edilen bankaya karşı açılmıştır. Konutun, aile konutu olduğu iddia edilerek davacı eşin açık rızası alınmadan tesis edilen ipoteğin kaldırılması istendiğine ve dava rızası gereken eş tarafından açıldığına göre, kaldırılması talep edilen ipoteğin akdinin diğer tarafının da davada davalı olarak yer alması zorunludur. Bu bakımdan davacıya konut üzerinde hak sahibi olan ipotek akdinin diğer tarafını oluşturan eşini de davaya dahil etmek üzere uygun süre verilmesi, davaya dahil edildiği ve gösterdiği takdirde delillerinin toplanması ve taraf teşkili bu şekilde sağlandıktan sonra sonuca gidilmelidir. Bu husus nazara alınmadan eksik hasım ve inceleme ile hüküm kurulması usul ve kanuna aykırı olup, bozmayı gerektirmiştir." (2. HD 03.04.2018, 2016/24203, 2018/4441).



Söz konusu dava, aynı mahiyetle aile mahkemelerinde²⁰⁵, mutlak yetki kuralına²⁰⁶ ve iptale konu sınırlamanın değeri üzerinden nisbi harca tabi olacaktır.²⁰⁷ Aile konut hakkını sınırlayan hukuki işlemler, intifa, sükna, üst hakkı ve uygulamada çok sık rastlanan ipotek şeklinde karşımıza çıkacaktır. İpoteğin dayanağı olan genel kredi sözleşmesini “müşterek ve müteselsil kefil” sıfatıyla imzalayan kişi, borç bakiyesini alacaklıya ödedikten sonra, ödediği tutar oranında alacaklının haklarına halef olacaktır. Dolayısıyla, kefilin ödediği tutar oranında alacakla birlikte, fer’i

205 “Görev kamu düzenine ilişkindir. Mahkemece yargılamanın her aşamasında kendiliğinden dikkate alınması gerekir. 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun’un 4. maddesi; 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu’nun ikinci kitabından üçüncü kısım hariç olmak üzere (TMKm.118–395) kaynaklanan bütün davaların Aile Mahkemesinde bakılacağını hükme bağlamıştır. Şu halde Aile Mahkemesi kurulmayan yerlerde Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu’na belirlenen Asliye Hukuk Mahkemelerinde davanın Aile Mahkemesi sıfatı ile görülüp karara bağlanması gerekir. (H.G.K. 16.11.2005 tarih ve 2/673–617 sayılı karar) Bu açıklama karşısında; davaya Aile Mahkemesi sıfatıyla bakılması gerekirken, bu husus düşünülmeden Asliye Hukuk Mahkemesi olarak yargılamaya devam edilip yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirmiştir.” (11. HD 10.04.2017, 2016/732, 2017/2001).

206 “Mahkemece yapılan yargılama sonunda, davacı Abdurrahman Akpınar’a ait dava konusu taşınmaz tapu kayıtlarında aile konut şerhinin işlenmediği, MK’nun 194. maddesindeki düzenleme uyarınca ancak ipotek edilen taşınmazın aile konutu olması halinde eş rızasının alınması gerektiği, MK’nun 1023. maddesindeki tapuya güven ilkesi gereği davalı bankanın üzerinde aile konutu şerhi kaydı bulunmayan dava konusu taşınmaz nedeniyle taşınmaz malikinin eş muvafakatini alma zorunluluğu olmadığı, yapılan ipotek sözleşmesinin geçerli olduğu gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, hüküm davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir. Dava, ipoteğin fekli istemine ilişkin olup, taşınmazın aynına ilişkin olması nedeniyle HMK’nun 12/1.maddesi uyarınca taşınmaz üzerindeki aynı hakka ilişkin davalarda taşınmazın bulunduğu yer mahkemesi kesin yetkili olup ipoteğe konu taşınmazın Kütahya’da bulunduğu anlaşıldığından somut olayda Kütahya Mahkemeleri kesin yetkilidir. Kesin yetki, 6100 sayılı HMK’nun 114. maddesinde dava şartları arasında sayılmıştır. Aynı Kanun’un 115. maddesinde ise dava şartlarının yargılamanın her aşamasında mahkemece kendiliğinden gözetileceği hüküm altına alınmıştır. Bu durumda mahkemece davanın dava şartı noksanlığı nedeniyle usulden reddi gerekirken işin esasına girilerek yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmaması, bozmayı gerektirmiştir.” (19. HD 09.10.2017, 2016/12427, 2017/6756).

207 “Davacı, aile konutu niteliğinde olan taşınmaz üzerine davalılardan şirket lehine tesis edilen ipoteğin kaldırılmasını talep etmiştir. İpoteğin kaldırılması isteği ipotek değeri üzerinden nispi harca tabidir. İpotek bedeli 100.000 TL’dir. İpoteğin kaldırılmasına ilişkin istemler nispi harca tabi olup, davanın değeri ipotek miktarı olduğundan, bu bedel üzerinden nispi harç tamamlanmadan müteakip işlemler yapılamaz (Harçlar Kanunu m. 30–32). Açıklanan nedenlerle davacıya nispi peşin harç noksanlığını tamamlaması için süre verilmesi, tamamlanmaması halinde Harçlar Kanununun 30. maddesi gereğince işlem yapılması, tamamlandığı takdirde ise dosyada mevcut deliller değerlendirilerek hâsıl olacak sonuca göre karar vermek gerekirken harç eksikliği tamamlanmadan yargılamaya devamla karar verilmesi doğru görülmemiştir.” (2. HD 05.04.2018, 2016/23544, 2018/4585).



haklar, bu bağlamda rehin hakları da kefile geçecektir²⁰⁸. Bu faraziyede kefil, halef sıfatıyla aile konutu üzerindeki ipoteğin paraya çevrilmesi suretiyle alacağını tahsil imkânını haiz olacağından, hak sahibi olmayan eş tarafından ikame edilen ipoteğin iptali talebi mesmu olmayacaktır²⁰⁹.

A. Aile Konut Hakkının Sınırlayan İşlemin İptalinden Önce Aile Konutunun Konusuz Kalması

Aile konutuna ilişkin hukuki koruma (TMK m. 194), evlilik birliği devamı boyunca geçerli ve sâridir²¹⁰. Evliliğin boşanma, iptali ya da eşlerden birinin vefatı halinde hukuki koruma da sona erecektir. Lakin boşanma ya da evliliğin iptali davası derdest olduğu sürece dahi TMK'nun 194. maddesindeki tasarruf yetkisi sınırlaması devam edecektir²¹¹. Hak sahibi olmayan eş, açık rızası alınmadan aile konutu üzerine ipotek²¹² ya da mülkiyet kullanımı engelleyen diğer bir sınırlı hak tesis edildiğini, bu bağlamda intifa, sükna yahut üst hakkı tesis edilmesi ihtimalinde hem sınırlı aynı hak lehtarını hem de işlemin tarafı olan eşini davalı göstererek mülkiyet hakkını sınırlayan takyidatın iptalini talep edebilecektir²¹³. Şayet

208 Cansel, s. 51.

209 "Kefil eda ettiği şey nispetinde alacaklının haklarında, ona halef olur (eBK. md. 496, 6098 s. TBK. md. 596/1). Genel kredi sözleşmesini "müşterek ve müteselsil kefil" sıfatıyla imzalayan davalı Murat, borcun bakiyesini alacaklıya ödemediğine göre, ödemediği tutar oranında alacaklının haklarında, ona halef olmuştur. Dolayısıyla, kefilin ödemediği tutar oranında alacakla birlikte, rehin hakları da kefile geçmiştir. Alacaklı, borcu ödeyen kefile haklarını kullanmasına yarayabilecek borç senetlerini teslim etmek ve gerekli bilgileri vermekle yükümlüdür. Alacaklı, kefalet sırasında var olan veya alacak için sonradan sağlanan rehinleri ve diğer güvenceleri de kefile teslim etmek ve bunların devri için gerekli işlemleri yapmak zorundadır (6098 s. TBK. md. 592/3). Halefiyet yoluyla rehin hakları da alacakla birlikte kendisine geçen kefilin, rehne ilişkin hak tesis edilirken, rehin olarak gösterilmiş olan konutun aile konutu olup olmadığını bilmesi beklenemeyeceği gibi, biliyor olsa bile, az önce değinilen yasal zorunluluk gereği alacaklının, rehin verenin eşinin ipotek tesisine muvafakat ettiğine ilişkin verdiği bilgi ve buna ilişkin kendisine teslim edilen belge karşısında yapacağı herhangi bir araştırma da yoktur. Halefiyet yoluyla, ödemediği tutar oranında alacakla birlikte rehin haklarına sahip olan kefilin, muvafakat belgesindeki imzanın rızası gereken eşe ait olup olmadığını araştırma yükümlülüğü de bulunmamaktadır. Bu bakımdan isteğin reddi yerine, borcu ödemediği için alacaklının haklarına halef olan kefilin, rehinin paraya çevrilmesini istemek hakkını ortadan kaldıracak şekilde ipoteğin iptaline karar verilmesi doğru bulunmamıştır." (HGK, 19.06.2015, 2- 528/1713).

210 ÖZUĞUR, s. 216.

211 DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 206; ÇABRİ, s. 404.

212 BADUR, s. 262; ACAR, s. 11.

213 "Dava, aile konutu olarak özgülendiği iddia olunan taşınmaz üzerinde, davalı banka lehine tesis edilen ipoteğin iptali isteğine ilişkindir. Dava, sadece lehine ipotek tesis edilen bankaya karşı açılmıştır. Konutun, aile konutu olduğu iddia edilerek davacı eşin açık rızası alınmadan tesis edilen ipoteğin kaldırılması istendiğine ve dava rızası gereken eş tarafından açıldığına göre, kaldırılması talep edilen ipotek akdinin diğer tarafının da davada davalı olarak yer alması zorunludur. Bu bakımdan davacıya konut üzerinde



aile konut hakkını sınırlayan işlemin iptalinden önce, taşınmaz aile konut vasfını yitirir²¹⁴ ya da evlilik birliği mahkeme kararı yahut ölüm ile sona ererse, eş rızası almaya gerek kalmadığından²¹⁵, iptal davası da hukuki menfaat yokluğundan dolayı dinlemeyecektir. Zira hukuki menfaat tüm dava şartları gibi davanın başından, uyuşmazlığın esastan karara bağlanması sürecine kadar mevcut olmalıdır²¹⁶.

Şayet ipotek yüklü aile konutu, aile konut hakkını sınırlayan ipoteğin kaldırılması davasından önce ya da dava sırasında cebri icra marifetiyle ihale olursa²¹⁷, dava konusuz kalacaktır²¹⁸. Kaldı ki bu ihtimalde, TMK

hak sahibi olan ipotek akdinin diğer tarafını oluşturan eşini de davaya dahil etmek üzere uygun süre verilmesi, davaya dahil edildiği ve gösterdiği takdirde delillerinin toplanması ve taraf teşkili bu şekilde sağlandıktan sonra sonuca gidilmelidir. Bu husus nazara alınmadan eksik hasım ve inceleme ile hüküm kurulması usul ve kanuna aykırı olup, bozmayı gerektirmiştir." (2. HD 03.04.2018, 2016/24203, 2018/4441).

214 "Somut olayda, davalı eş dava konusu taşınmaz üzerinde diğer davalı şirket lehine ipotek tesis etmiş, bu işlem sırasında davacı eşin açık rızası alınmamıştır. Ancak toplanan delillerden; dava konusu taşınmazın davalılardan Cengiz Pelen tarafından 30.04.2010 tarihinde satın alındığı, aynı tarihte davalı banka lehine ipotek tesis edildiği ve tarafların taşınmazı satın aldıkları tarihten bir hafta sonra taşınmaza taşındıkları, dolayısıyla dava konusu İpoteğin tesis edildiği tarihte taşınmazın tarafların aile konutu olmadığı anlaşılmaktadır. Gerçekleşen bu durum karşısında davanın yazılı gerekçe ile reddine karar verilmesi doğru değil ise de, yukarıda açıklanan sebeple ile davanın reddine dair karar sonucu itibariyle doğru olup, gerekçenin değiştirilmek suretiyle hükmün onanması gerekmiştir." (2. HD 06.11.2017, 2016/9661, 2017/12232).

215 GÜRSES, s. 72.

216 HANAGASI Emel, **Davada Menfaat**, Ankara 2009, s. 331.

217 "Davacı, dava dilekçesinde davalılardan Hayati Kahrıman ile evli olduklarını, davalı eşinin aile konutu olarak kullanılan ev ve altında bulunan dükkânı kendisinin haberi olmadan davalı banka lehine ipotek ettirdiğini belirterek söz konusu ipoteğin kaldırılmasını talep etmiş, dava devam ederken taşınmazların icra yoluyla satılması sebebiyle, 04.01.2016 tarihli ıslah dilekçesi ile taşınmazların, davalı ihale alıcısı Türkiye İş Bankası A.Ş ye satışının iptali ile davalı eş adına tapuya tescilini talep ettiğini bildirmiştir. Olayları açıklamak taraflara, hukuki nitelendirme hakime aittir. Öyleyse, bu belirlemeye göre istek, Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine dair 4787 sayılı Kanununun 4 maddesinde yer alan aile hukukundan kaynaklanan dava ve işlerden değildir. İstek yönünden genel mahkemeler görevlidir. Görev, kamu düzenine ilişkin olup, hakim tarafından yargılamanın her aşamasında re'sen gözetilir. Bu bakımdan, mahkemece görevsizlik kararı verilmesi gerekirken, işin esasının incelenmesi doğru bulunmuş ve bozmayı gerektirmiştir." (2. HD 02.05.2018, 2016/18373, 2018/5693).

218 "Davacı, eşinin malik olduğu aile konutu olarak kullanılan taşınmaz üzerine davalı banka lehine ipotek tesis edildiğini, bu işleme rızasının olmadığını ileri sürerek ipoteğin kaldırılması, taşınmaz üzerine aile konutu şerhi konulmasını istemiş; mahkemece davanın reddine karar verilmiştir. İpotek 25.03.2008 tarihinde tesis edilmiş, dava 14.01.2014 tarihinde açılmıştır. İpotek tesis edilen taşınmaz ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile yapılan takip sonucu cebri icra ile satılmış, davalı eşin açtığı ihalenin feshi davası da reddedilip 16.02.2015 tarihinde kesinleşmiştir. Bu durumda, Türk Medeni Kanununun 194. maddesi gereğince işlem diğer eşin rızasına bağlı olmaktan çıkmıştır. Dava konusuz hale gelmiştir. Öyleyse, konusu kalmayan dava hakkında "karar



705. maddesi işlerlik kazanacaktır²¹⁹. Dolayısıyla ipoteğin kaldırılması davasında aile mahkemesinin ipoteğin paraya çevrilmesine yönelik takibi durdurması da rızası alınmayan eşin menfaati icabıdır. Nitekim ipotek yüklü aile konutunun cebri icrada ihale edilmesi halinde, eşin zararının karşılanması gerekecektir²²⁰. Hak sahibi olmayan eş, aile konutu

verilmesine yer olmadığına” şeklinde karar verilmesi ve yargılama giderleri ve vekalet ücretinin de davanın açıldığı tarihteki tarafların haklılık durumu nazara alınarak takdir ve tayin edilmesi (HMK m.331/1) gerekirken bu yön nazara alınmadan yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmayıp, bozmayı gerektirmiştir.” (2. HD 19.06.2018, 2016/25781, 2018/7552).

219 “Davacı, davalı eşinin malik olduğu aile konutu üzerine diğer davalı banka lehine ipotek tesis ettirmiş olduğunu, bu işleme rızasının bulunmadığını belirterek ipoteğin kaldırılmasını istemiştir. İpotek 15.01.2011 tarihinde tesis edilmiş, dava 14.05.2015 tarihinde açılmıştır. İpotek tesis edilen taşınmaz yapılan takip sonucu 26.05.2015 tarihli ihale ile cebri icra sonucu davacıya satılmıştır. Davalı banka tarafından ihalenin feshi istemi ile Görele İcra Hukuk Mahkemesinde açılan davada verilen ret kararı, 27.02.2018 tarihinde kesinleşmekle, satış işlemi kesinleşmiştir. Taşınmazın mülkiyeti cebri icra ile satılmakla, tapu kütüğüne tescil edilmemiş bile olsa mülkiyet ihalenin yapıldığı andan itibaren alıcıya geçmiştir (TMK. md. 705/2). Bu itibarla dava konusu taşınmaz üzerindeki ipotek, işlevini yerine getirmiş ve hukuken ortadan kalkmıştır. Varlığı karar tarihinden önce sona ermiş olan ipoteğin kaldırılmasına karar verilemez. Bu halde davanın konusu kalmamıştır. Açıklanan sebeple mahkemece davanın konusu kalmadığından “karar verilmesine yer olmadığına” şeklinde karar verilmek ve yargılama gideri ile vekalet ücretinin dava tarihi itibarıyla tarafların haklılık durumları dikkate alınarak tayin ve takdir edilmek üzere hükmün bozulması gerekmiştir.” (2. HD 27.06.2018, 3453/8280).

220 “Somut olayda, mahkemenin kabulü ve Küçükçekmece 2. Aile Mahkemesi’nin 2010/1297 esas, 2011/362 karar sayılı dava dosyası da yapılan tespitler uyarınca; Avcılar İlçesi, Mustafa Kemal Paşa mevkii, 5-46 pafta, 8128 parselde kayıtlı 16/300 arsa paylı 2. kat 6 nolu bağımsız bölümün davacı ile dava dışı eşi İsa Akdağ’ın aile konutu olduğu, dava dışı eş İsa Akdağ tarafından, yine dava dışı Özel Millet Hastanesi Sağ. Hiz. ve Tic. Ltd. Şti.’nin davalı bankadan kullandığı kredinin teminatı olmak üzere bu taşınmaz üzerine davalı banka yararına ipotek tesis edildiği, kredi borcunun ödenmemesi nedeniyle davalı banka tarafından başlatılan icra takibinde taşınmazın cebri icra ile 3. şahıslara satıldığı, icra takibi sırasında davacı tarafından Küçükçekmece 2. Aile Mahkemesi’nde ipoteğin fekki istemli olarak 2.12.2008 tarihinde dava açıldığı, bu dava dosyasında talebe rağmen tedbiren satış durdurulması yönünde karar verilmediği sabittir. Bankalar tacir olup basiretli davranma yükümlülükleri uyarınca en hafif kusurlarından dahi sorumludur. Bu nedenle davalı bankanın ipotek tesisi sırasında yukarıda açıklanan yasa hükmü uyarınca ipotek tesis edilecek taşınmazın aile konutu vasfını taşıyıp taşımadığını araştırma, aile konutu niteliğindeki taşınmazlar yönünden malik olmayan eşin açık rızasını alma yükümlülüğü bulunmaktadır. Davalı Banka tarafından davacının ipotek tesisine açık muvafakatinin bulunduğu hususu ispatlanamadığı gibi, bankanın bu yükümlülüğünden kaynaklanan sorumluluğunu ortadan kaldırır nitelikte bir delil de sunulamamıştır. İpotekli taşınmazın cebri icra ile satışı öncesinde davacı tarafından taşınmazın aile konutu olduğu iddiasıyla dava açılmasına karşın davalı tarafından icra takibine devam edilip taşınmazın satılmasına da vesile olunmuştur. Yukarıda yapılan açıklamalar uyarınca aile konutu niteliğindeki taşınmaz üzerine tesis edilen ipoteğin geçersiz olduğu, geçersiz ipotek uyarınca yapılan takip ile davacının zararına sebebiyet verilecek şekilde taşınmazın cebri icra ile satışına sebebiyet verildiği gözetildiğinde mahkemenin davanın reddine ilişkin gerekçesi

üzerindeki ipoteği, malik olan eşin vefatından sonra öğrenmiş ise rızası olmadan ipotek verildiğini ileri sürerek ipoteğin iptalini talep edebilecek midir? Bu ihtimalde vefat olayı ile birlikte aile birliği sona ereceğinden, dava hukuki yarar yokluğu sebebiyle dinlenmeyecektir. Aile konutu üzerinde hak sahibi eşin, intifa ya da sükna hakkı tesis etmesi, TMK'nun 194. maddesi anlamında diğer eşin rızasına tabidir. Şayet bu sınırlamanın iptalinden önce intifa ve sükna hakkı lehtar vefat eder ya da lehtarın tüzel kişi olması ihtimalinde tasfiye olursa, intifa hakkı devir ve tevarüse hukuken müsait olmadığından, iptal davası konusuz kalacaktır. Bir diğer ifadeyle aile konut hakkını sınırlayan intifa ya da sükna hakkı tapuda şekli bir kayıttan öteye gidemeyecektir.

B. Aile Konut Hakkına İlişkin Sınırlamanın İptali Davası Derdest İken Boşanma Veya Evliliğin İptali Kararının Kesinleşmesi

Aile konut hakkının kullanılmasını sınırlayan bir işlem TMK'nun 194. maddesi gereği, diğer eşin rızasına muhtaçtır. Söz konusu rıza, meskenin aile konutu özelliğini sürdürmesi ve ancak aile birliğinin devamı boyunca aranacaktır²²¹. Söz konusu sınırlama daha çok aile konutunun kullanılmasını engelleyen sınırlı aynı haklar için söz konusu olmakla beraber, aile konutu üzerinde yük teşkil eden hukuki işlemlerin geçerliliği de diğer eşin rızasına muhtaçtır. Her ne kadar aile konutunun haczi mümkün ise de söz konusu işlem borçlandırıcı işlem niteliğiyle aile konutu üzerinde yük teşkil edip, cebri icra marifetiyle elden çıkması TMK'nun 194. maddesi koruması altında değildir. İpotek de sınırlı aynı hak vasfıyla aile konut hakkını doğrudan sınırlamasa dahi, aile konutu üzerinde yük teşkil eden sınırlı aynı hak vasfıyla TMK'nun 194. maddesi koruması altında diğer eşin rızasına merbuttur. Aile konut hakkı ipotek, intifa, sükna, üst ve benzeri aynı haklar ile sınırlanır ise, hak sahibi olmayan eş, söz konusu takyidatların iptali için işlem taraflarını da davalı göstererek dava ikame

yerinde olmayıp bu nedenle kararın temyiz eden davacı yararına bozulmasına karar vermek gerekmektedir.” (11. HD 23.05.2016, 2015/15701, 2016/5514).

221 “İptal ve tescil isteği Türk Medeni Kanununun 194. maddesine dayanmaktadır. Davacı ile davalı Mahsuni 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. 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, hak sahibi eş tarafından aile konutunun devri veya bu konut üzerindeki hakların sınırlanması diğer eşin açık rızasına bağlanmıştır. Rızası gereken eş, yapılan devir işleminin geçersizliğini de ancak, evlilik birliği devam ediyorsa ileri sürülebilir. Birliğin sona ermesinden sonra bu sebebe dayanan dava hakkını kaybeder. Öyleyse davanın reddi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru bulunmamıştır.” (2. HD 13.01.2010, 2009/19922, 2010/387).



edecektir. Bu faraziyede, dava derdest iken, evlilik birliği, boşanma ya da evliliğin iptali ile son bulursa, aile konut hakkını sınırlayan işlemin iptali konusuz kalacaktır. Zira hak sahibi olmayan eş, evlilik birliği sona erinceye kadar hukuki korumadan yararlanacağından, evlilik birliğinin boşanma ya da evliliğin iptali nedeniyle sona ermesi halinde söz konusu kararlar kesinleşinceye kadar hukuki himaye devam edecektir²²². Dolayısıyla evlilik birliği yukarıda ifade edilen hukuki işlemlerin gerçekleşmesiyle aile konutuna ilişkin koruma sona erdiğinden, aile konutu ile ilgili olarak diğer eşin rızası aranmayacaktır²²³.

C. Aile Konut Hakkına İlişkin Sınırlamanın İptali Davası Derdest İken Eşlerden Birinin Vefatı

Eşlerden birinin vefatı, aile birliğini sona erdireceğinden, evlilik birliği sona ermekle birlikte sağ kalan eşin aile konutu üzerindeki hak sahipliği TMK'nun mal rejimleri ve miras hukuku hükümlerine göre korunmaya devam edecektir²²⁴. Nitekim eşin vefatı ile sağ kalan eşin mal rejiminden veya miras hukukundan mütevellit aile konut haklarının saklı olduğu savunulmuştur²²⁵. Aile konut hakkını sınırlayan işleme karşı rızası alınmayan eş tarafından açılan iptal davası derdest iken eşlerden biri vefat ederse, söz konusu dava konusuz kalacak mıdır? Bu ihtimalde ilk akla gelen cevap, eşlerden birinin vefatı, aile birliğini sona erdireceğinden, aile konut hakkının sınırlanmasına matuf işlemin iptali davasını konusuz bırakacak olmasıdır. Evliliğin, boşanma veya iptal kararıyla sona ermesi ile eşlerin birinin ölümü sebebiyle sona ermesinin, hukuki sonuçları farklıdır. Zira evliliğin ölümle sona ermesi durumunda sağ kalan eş mirasçı konumundadır. Boşanma halinde ise eşler birbirine mirasçı olacaktır. Ancak, aile konut hakkının sınırlandırılmasına matuf tasarrufun iptali davası devam ederken, eşler arasında aynı zamanda bir de boşanma davası derdest olup²²⁶, bu safha ve faraziyede, eşlerden biri vefat ederse, TMK'nun 181 maddesine dayalı olarak mirasçılar, boşanma davasına devam ederek sağ eşin kusurunu ispatlamaları halinde sağ kalan eş diğer eş'e mirasçı olamayacaktır²²⁷. Özellikle hak sahibi eşin vefatı üzerine mirasçıları, sağ kalan eşe karşı TMK'nun 181. maddesine dayanarak

222 ÖZUĞUR, s. 217.

223 ÖZUĞUR, s. 217, 220.

224 NEBİOĞLU- ÖNER, s. 137.

225 ÖZUĞUR, s. 217, 220.

226 TOPUZ, s. 74.

227 TOPUZ Gökçen, Boşanma Davası Sırasında Eşlerden Birinin Ölmesi Halinde Mirasçıların Davaya Devam Etmelerinin Usul Hukuku Bakımından Yol Açtığı Sorunlar, TAAD, Temmuz 2012, C. 1, S. 10, (s. 69- 94), s. 71.



şekli anlamda kesinleşmemiş boşanma davasına²²⁸ devam edip, sağ kalan eşin kusurunu ispatlamaları halinde, söz konusu hüküm, TMK'nun 194. maddesine dayalı tapu iptali ve tescil ya da aile konutunu sınırlayan tasarrufun ref'ine müncer davaya etki edecek midir? Zira bu ihtimalde, özellikle sağ kalan eş mirasçı olamayacağı²²⁹ için TMK'nun 240 ve 652. maddesindeki haklarını da kullanamayacağı²³⁰ gibi hukuki menfaati de kalmayacaktır²³¹. Evliliğin iptali davası devam eder iken, eşlerden birisinin vefat etmesi faraziyesinde de TMK'nun 159. maddesi gereğince mirasçılar, evliliğin iptali davasına devamlı sağ kalan eşin evlenme sırasında iyiniyetli olmadığını ispatlamaları halinde eşin mirasçılık sıfatı sona ereceğinden, sağ kalan eş, aile konutu ve ev eşyası üzerinde aynı hak talep edemeyecektir²³². Buna karşın, dava konusu taşınmazın aile konutu niteliği, davacı kadın eş açısından, eşinin vefatından sonra da devam etmektedir. Dolayısıyla, Türk Medeni Kanununun 194, 240 ve 652. maddelerindeki açık düzenlemelere göre, aile konutuna sağlanan koruma da sona ermemiştir. Davacı kadın eşin davadaki hukuki yararı devam etmektedir. Çünkü sağ kalan eşin aile konutunu iade ya da takyidatlardan arınmış şekilde terekeye döndürme hakkı bulunduğu düşünülebilecektir. Yargıtay'ın da muhalefet şerhinde²³³ vurguladığı ve Hukuk Genel

228 TOPUZ, s. 76.

229 ŞENOCAK, s. 110. "MK m. 652 çerçevesinde eşlerin birlikte yaşadıkları konut ve ev eşyasının özgülmesi konusunda rüçhan hakkı sağ kalan eşe aittir ve bu hükmün uygulanması sağ kalan eşin isteği ve talebine bağlıdır. Ancak, bunun için, sağ kalan eşin ölenin mirasçısı olması gerekir.

230 CEYLAN, s. 226.

231 Mal rejimlerinde sağ kalan eş, bu hakkını ancak katılma alacağı varsa bu alacağına; mirasta ise terenkin taksiminde sağ kalan eş, miras hakkına mahsuben talep edebilecektir.

232 CEYLAN, s. 226.

233 "Direnme yolu ile Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık, aile konutu niteliğini haiz taşınmazda ipotek tesis eden davalı eşin ölümü üzerine davacı eşin Türk Medeni Kanunu'nun 194. maddesinde sağlanan korumadan yararlanıp yararlanmayacağı, burada varılacak sonuca göre ipotegin kaldırılması talebinin konusuz kalıp kalmayacağı noktasında toplanmaktadır. Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere göre Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Hukuk Genel Kurulunda yapılan görüşmeler sırasında TMK'nın 194. maddesinde tanınan aile konutu korumasının evliliğin ölüm ile sona ermesi durumunda da devam edeceği, sözü edilen hükmün sadece evliliğin korunması için getirilmiş bir hüküm olmadığı, aksi halde malik olmayan eşin TMK'nın 240, 279 ve 652. maddelerinde yer alan haklarını kullanamayacağı, davacının bu davayı açmakta hukuki yararının devam ettiği gerekçesiyle direnme kararının usul ve yasaya uygun olduğu belirtilmiş ise de bu görüş Kurul çoğunluğınca benimsenmemiştir. Yukarıda açıklanan nedenlerle, davalı İbrahim Kılınç'ın ölümü nedeniyle konusuz kalan dava hakkında karar verilmesine yer olmadığına şeklinde hüküm tesisi gerekirken önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır." (HGK, 24.05.2017, 2017/2-1609/965).



Kurulu'nun karar düzeltme talebini kabul ederek, HGK'nun 24.05.2017 gün ve 2017/2- 1609 esas ve 2017/965 kararı sayılı bozma kararını kaldırıp, direnme kararını uygun bulduğu kararında da işaret ettiği²³⁴, aile konutunun maliki olmayan eş yararına aile konutu ile ilgili eşin sağlığında başlayıp, ölümünden sonra da devam eden bir koruma zinciri sağladığı aile konutunun malik eşin ölümünden sonra da sağ kalan eş bakımından ortak konutun aile konutu niteliğinin devam ettiği, ipotek işlemine dayalı başlatılan takibin devamı ve aile konutunun satılması halinde hak sahibi eşe kanunun tanıdığı (TMK 240; 652) imkânları kullanamayacağı ve hak ihlali doğacağına matuf mülahazasına hukuki sonuç bağlamak, malik eşin vefatından sonra dahi sağ kalan eşe ipoteğin kaldırılması davasını açabilme imkanını kabul etmek anlamına gelir ki, bu husus en başta HMK 114/1-(h) maddesinde vücut bulan ve dava şartı olan hukuki yarar ilkesine takılacaktır. Kanaatimizce, aile konutuna dayalı tapu iptali ve tescil ya da aile konut hakkının sınırlamasına yönelik işlemin iptali davası derdest iken eşin vefatı veya boşanma yahut evliliğin iptali kararının kesinleşmesi aile konutuna dayalı ikame edilen iptal davasını konusuz bırakacaktır. Zira hukuki menfaat dava şartı olarak hüküm tesis edilinceye hatta hüküm kesinleşinceye değin mevcut kalmalıdır²³⁵. Nitekim TMK'nun 181. maddesinin işlerlik kazanması da sonuca müessir olmayacaktır.

234 "Somut olayda, dava açıldığı tarihte davalı eş üzerine kayıtlı taşınmaz üzerinde davalı banka lehine konulmuş bir ipoteğin varlığı söz konusu olup, davacı sağ eş dava açarak ipoteğin geçersiz olduğunu ileri sürmüştür. Şayet iddia edildiği gibi açık rıza alınmamış ise bu ipotek işleminin geçersiz olduğu açıktır. Dolayısıyla, geçerli bir işlemin olmadığının kabul edildiği hallerde, malik olan eşin ölümünün bu işleme hukukilik kazandırması düşünülemez. Diğer bir anlatımla ölü olan bir işlem diriltilemez. O hâlde, sağ kalan eşin mirasçı sıfatıyla, yukarıda açıklanan hakları (TMK m. 240 ve 652) bulunmaktadır ve davacının bu davayı açtığı sırada var olan hukuki yararı, yargılama sırasında davalı eşin ölümünden sonra da devam etmektedir. Bunun yanında, hâlen ortada geçersizliği ileri sürülen bir ipotek bulunmaktadır. Bu nedenlerle, evlilik ölümle sona ermekle birlikte davanın konusuz kaldığını söylemek mümkün değildir. Aksi düşünce, davacının davasında haklı olup olmadığı hususunu araştırılmasına olanak sağlanmadan, taşınmazın cebri icra ile satılması sonucunu doğuracak, bu durum ise büyük hak ihlallerine yol açacaktır. Hukuk Genel Kurulunda yapılan görüşmeler sırasında somut olayda davacı kadının yargılama sırasında TMK'nın 240 ve 652. maddeleri kapsamında bir talebinin olmadığı, bu nedenle davacının TMK'nın 194. maddesinde belirtilen aile konutu korumasından yararlanmayacağı, ancak şartları varsa taşınmazın aile konutu olduğunun tespiti davası açabileceği, Hukuk Genel Kurulunun bozma kararının yerinde olduğu görüşü ileri sürülmüş ise de bu görüş Kurul çoğunluğunca benimsenmemiştir. Açıklanan nedenlerle, davacı vekilinin karar düzeltme isteminin kabulü ile Hukuk Genel Kurulunun 24.05.2017 gün ve 2017/2-1609 E., 2017/965 K. sayılı bozma kararının kaldırılması ve direnme kararı uygun olmakla, işin esası yönünden diğer temyiz itirazlarının incelenmesi için dosyanın Özel Daireye gönderilmesi gerekmektedir." (HGK, 13.12.2017, 2017/2- 2906, 2017/1723).

235 HANAĞASI, s. 332.



Kaldı ki, sağ kalan eşin, gerek katılma payına²³⁶ gerekse miras hakkına mahsuben aile konutunun mülkiyet, intifa ya da sükna hakkını talep etmesi mirasçılara karşı ileri sürülebilecektir. Nitekim özellikle vefat üzerine yasal ya da atanmış mirasçılar, mirası kanun gereği kendiliğinden bir bütün olarak hak ve borçlarla birlikte külli halefiyet gereği iktisap edecektir. Sağ kalan eşin, TMK'nun 240 ve 652. maddelerindeki talep haklarının hukuki sonuçlarının aynı olması da sonucu değiştirmeyecek, tereke vefat tarihindeki hukuki ve fiili durumla birlikte intikal edecektir. Şunu da önemle vurgulamak gerekir ki, sağ kalan eşin, TMK'nun 652 ya da 240. maddelerinden neşet eden haklarını kullanabilmesi, eşlerin birlikte yaşadıkları konutun²³⁷ terekeye dahil olmasına merbuttur²³⁸. Öyle ki her iki talep de herkese karşı ileri sürülebilen aynı hak²³⁹ değil²⁴⁰, muhatabına karşı tapu iptali ve tescil davası²⁴¹ şeklinde²⁴² ileri sürülebilen şahsa sıkı sıkıya bağlı²⁴³ rüçhan²⁴⁴ ve ayrıcalıklı talep²⁴⁵ ya da yasal alım hakkı vafındadır. Dolayısıyla kurucu yenilik doğuran hak niteliğiyle²⁴⁶ ancak muhatabına yani mirasçılara karşı ileri sürülerek söz konusu malvarlığının kendisine özgülenmesini sağladığından, mirasçılar dışındaki üçüncü kişilere karşı ileri sürülemeyecektir. Kaldı ki, ölüm faraziyesinde vefat eden eşin mülkiyetinde bulunan konut ve konut eşyası mirasçılara intikal edecektir²⁴⁷. Zira sağ kalan eşe öncelik hakkı veren bir

236 Katılma alacağı, hak sahibi eşe bir alacak hakkı bahşettiğinden, nisbi ve şahsi niteliktedir.

Nitekim bir eşin, herhangi bir alacaklısına karşı olan konumu ile katılma alacaklısı eşine olan konumu da aynı mesabededir. Dolayısıyla, katılma alacaklısı eş, alacağının takip ve tahsili noktasında maddi ve takip hukukunun imkânlarından faydalanacaktır.

237 TMK'nun 240 ve 652. maddelerinde sağ kalan eşe bahşedilen talep hakkının TMK'nun 194. maddesinde aile konutu ile sınırlı olup olmadığı ya da daha geniş bir kavramı ifade edip etmediği noktasında bkz. ŞENOCAK, s. 104, 105, 106, 107.

238 ŞENOCAK Zarife, **Aile Konutu ve Ev Eşyasının Özgülenmesi**, Batider 2009, C. XXV, S. 21, s. 101.

239 NEBİOĞLU- ÖNER, s. 145.

240 GEZDER, s. 247.

241 Tapu iptali ve tescil davasının hukuki niteliği ve sonuçları itibariyle aynı dava olduklarında şüphe bulunmamakla birlikte, davaya vücut veren hukuki ilişki bazen şahsi bazen de aynı hak niteliğinde olabilecektir. Örneğin TMK'nun 716. maddesine dayalı tapu iptali ve tescil davası şahsi hakka dayalıdır. Somut durumda, sağ kalan eşin TMK'nun 240 ya da 652. maddelerine dayalı aile konut talebi hukuki niteliği ve sonuçları itibariyle aynı dava ise de, dayanağı bakımından şahsi hak niteliğindedir.

242 KILIÇOĞLU, **Aile Konutu**, s. 543.

243 ŞENOCAK, s. 104. "Bu hak, şahsa sıkı sıkıya bağlı olduğundan, devredilemez, rehnedilemez veya mirasçılara intikal etmez."

244 ŞENOCAK, s. 103.

245 Karlı, s. 899.

246 KILIÇOĞLU, **Aile Konutu**, s. 542; ŞENOCAK, s. 123; GEZDER Ümit, **Mirasın Paylaşılmasında Aile Konutunun Ve Ev Eşyasının Sağ Kalan Eşe Özgülenmesi** (MK m. 652), **İÜHF** 2007, C. LXV, S. 2, s. 247

247 KILIÇOĞLU, **Aile Konutu**, s. 538.

paylaşım kuralı²⁴⁸ olan, TMK 240 ve 652. maddelerinde vücut bulan bu haklarını, ölüm tarihinden başlayarak terekenin taksim ya da paylaşımına kadar mirasçılara karşı ileri sürebileceğinden²⁴⁹, alacaklılar bu talebin muhatabı olamayacaktır. Dolayısıyla vefat sonrası terekenin mevcut durumu dikkate alınarak sağ kalan eş bu haklarını ancak diğer mirasçılara tevcih edebilecektir. Buna karşın, aile konutu üzerindeki sınırlamanın iptali davası derdest iken eşlerden birinin ölümünün iptal davasını konusuz bırakmayacağı, dava ikamesi ile birlikte kesin hükümsüz hale gelen işlemin baştan itibaren geçerli hale dönüşmeyeceği ve sağ kalan eşin TMK'nun 240 ile 652 maddelerinde bahsedilen haklardan yararlanması gerektiği de savunulmuştur²⁵⁰.

Şayet, boşanma kararından sonra eşlerden birinin vefatı faraziyesinde henüz gerekçeli karar tebliğ edilmemiş ise, boşanma kararının kesinleştirilmesi nasıl yapılacaktır? Kanaatimizce bu aşamada, velayet altında çocuk var ise, sağ kalan eş ile çocuklar arasında menfaat uyuşmazlığı sebebiyle sulh hukuk mahkemesince kayyum atanmasını müteakip, gerekçeli kararın kayyuma yapılması ve kayyumun da, mutlak suretle karara karşı yasa yollarına başvurarak, ilk derece mahkeme kararının kanun yolları ve denetimden geçirilerek savunma ve hukuki dinlenilme hakkının yerine getirilmesi sağlanmış olacaktır. Bu başlık altında ele alınmasını faydalı gördüğümüz bir diğer husus, aile konutu üzerindeki sınırlı ayni hakkın iptalinin, ancak, aile konutunun mülkiyetinin eş uhdesinde iken ikame edilmesi gerektiği, aile konutunun üçüncü bir kişiye tapudan resmi olarak devri halinde, devir iptal edilip, mülkiyet eş uhdesine dönmediği sürece aile konutu üzerindeki sınırlı ayni hakkın iptali talebinde hak sahibi olmayan eşin hukuki menfaati bulunmadığından, salt ayni sınırlamanın iptali davası diğer eşe hukuki koruma sağlamayacaktır. Bu ihtimalde, hak sahibi olmayan eş, öncelikle tapunun iptali davası ikame ederek mülkiyetin hak sahibi eş adına tescilini müteakip, ayni sınırlamanın iptalini istemelidir²⁵¹.

248 KARLI Özlem, *TMK. Mad. 652'ye Göre Aile Konutu Ve Ev Eşyasının Sağ Kalan Eşe Özgülenmesi*, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan, İstanbul 2009, C. 1 s. 899.

249 CEYLAN, s. 227.

250 DALCI- ÖZDOĞAN, s. 163, 164.

251 "Türk Medeni Kanununun 194. maddesi hak sahibi eşin iradi tasarrufları için uygulanır. Aile Konutu olan taşınmazın maliki tarafından üçüncü kişiye devredilmesiyle, taşınmazın aile konutu vasfı sona ermez. Ancak bu halde mülkün devrine ilişkin tasarruf iptal edilmediği sürece, devredenine eşine ait Türk Medeni Kanununun 194/1. maddesinden kaynaklanan mülkiyet hakkını sınırlandırıcı işleme yönelik dava hakkı kendiliğinden ortadan kalkar. Konutun mülkiyeti ipotekle yüklü olarak üçüncü kişiye geçtiğine, diğer bir ifade ile mülk elden çıktığına göre taşınmazın mülkiyeti üçüncü kişide oldukça ipotekle ilgili dava hakkı da kalmaz. Bu bakımdan ipoteğin kaldırılması davasının dinlenebilmesi için taşınmazın mülkiyetinin devrine ilişkin tasarrufun iptali

Aile konutunun, hak sahibi eş tarafından üçüncü bir kişiye devri ya da mülkiyet hakkını sınırlayan bir hukuki işlemde bulunması gerek fiil ehliyetinin sınırlanması gerekse tasarruf yetkisinin kısıtlanması olarak kabul görsün, aile konutunun devri ya da aile konut hakkını sınırlayan hukuki işleme yönelik iptal davası derdest iken eşlerden birinin vefatı ya da boşanma kararının kesinleşmesi halinde konusuz kalması, başlangıçta geçersiz olan hukuki işlemi geçerli hale tahvil etmeyecektir. Zira başlangıçta eşin rızası alınmadığı için askıda hükümsüzlük hali söz konusu olsa dahi²⁵², iptal davası ile işleme icazet verilmediği için işlem geçersiz bir işlem mahiyetine dönüşeceği için, aile konutuna dayalı iptal davasının konusuz kalması geçersizlik müeyyidesine duçar olan hukuki işlemi geçerli hale dönüştürmeyecektir. Zira davanın konusuz kalması ile hukuki işlemin baştan itibaren geçerli hale dönüşmesi farklı hukuki aşamadır. Buna karşın, söz konusu ihtimalde, eşin rızası alınmadan yapılan tasarruf işleminin yapıldığı andan itibaren geçerlilik kazanacağı gerek Yargıtay²⁵³

için davacıya dava açmak üzere kesin süre verilmeli, davanın açılması halinde neticesi beklenmeli, davanın açılmaması halinde ise davacının ipotekle ilgili dava açma hakkının artık kalmadığı gözetilerek ipoteğin kaldırılması davasının reddine karar verilmelidir. Mahkemece bu yön nazara alınmayarak, açıklanan yönde işlem yapılmadan yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmayıp, bozmayı gerektirmiştir.” (2. HD 07.12.2017, 2016/12193, 2017/14136).

252 KAMACI Mahmut, Tapu Kütüğüne Aile Konutu Şerhi'nin Konulması, Şerhin İşlevi, Geçerlilik Süresi Ve Terkin Sorunu, **Yargıtay Dergisi**, Temmuz 2010, C. 36, S. 3, s. 25.

253 “Davacı kadın dava konusu taşınmazın Türkiye’de kullandıkları aile konutu olduğunu ve rızası alınmadan davalı erkek eş Faruk tarafından diğer davalıya satıldığını iddia ederek, taşınmazın 3. kişi adına olan tapu kaydının iptali ile davalı erkek eş adına tescilini ve aile konutu şerhi konulmasını talep etmiş, mahkemece davanın kabulüne karar verilmiştir. Aile konutunun, hak sahibi eş tarafından devri ve konut üzerindeki hakların sınırlandırılması, diğer eşin açık rızasına bağlıdır (TMK m. 194). Bu rıza alınmadan konutla ilgili yapılan tasarruf işlemi geçersizdir. Bu geçersizliği, rızası gereken eş konutun bu vasfını devam ettirmesi koşuluyla evlilik birliği süresince ileri sürebilir. Evlilik, boşanma ile sona ermiş ise, Türk Medeni Kanununun 194. maddesinin “aile konutuna” sağladığı koruma da sona erer ve diğer eşin rızası alınmadan yapılan tasarruf işlemi yapıldığı andan itibaren geçerlilik kazanır.” (2. HD 28.06.2018, 3496/8350); “Dava, aile konutu olduğu ileri sürülen taşınmazın, davacı eşin rızası alınmadan davalı Ümit Nazım Molu tarafından diğer davalı Turhan Ketencioğlu’na satış yoluyla yapılan devir sonucu oluşan tapu kaydının iptali ile yeniden davalı eş Ümit Nazım adına tesciline ilişkin olup, 02.05.2014 tarihinde açılmıştır. Yapılan soruşturma ve toplanan delillerden; davacı ile davalılardan Ümit Nazım’ın yargılama sırasında 03.12.2015 tarihinde kesinleşen Kayseri 6. Aile Mahkemesi’nin 2014/250 esas, 2014/606 karar sayılı ilamıyla boşandıkları anlaşılmaktadır. Aile konutunun hak sahibi tarafından devrine ilişkin tasarruf işlemine rızası gereken eş, işlemin rızası alınmaksızın yapıldığını, konutun bu vasfını devam ettirmesi şartıyla evlilik devam ettiği sürece ileri sürebilir. Evlilik, boşanmayla sona ermekle, Türk Medeni Kanununun 194. maddesinin “aile konutuna” sağladığı koruma da sona erer ve diğer eşin rızası alınmadan yapılan tasarruf işlemi yapıldığı andan itibaren geçerlilik kazanır. Davacının evliliği boşanma kararı ile sona erdiğine göre, aile konutuna ilişkin hukuki koruma da sona ermiş olup, dava konusuz

gerekse öğretide savunulmuştur²⁵⁴. Kanaatimizce, aile konutunun devri ya da konut hakkını sınırlayan işleme karşı hak sahibi olmayan eşin açık rızası alınmaz ise işlem askıda geçersizlik söz konusudur²⁵⁵. Lakin hak sahibi olmayan eş tarafından iptal davası açılması, bu işleme icazet verilmediği anlamına gelir. Şayet eş, işleme rızası olmadığını çok açık beyan ettiği takdirde, söz konusu hukuki işlem, kesin hükümsüz niteliğine dönüşecektir²⁵⁶. İşte somut faraziyede, söz konusu iptal davası derdest iken evliliğin iptal, boşanma ya da vefat sebebiyle aile birliğinin ortadan kalkması, icazet verilmeyen işlemi yapıldığı andan itibaren geçerli hale getirmeyecektir²⁵⁷. Zira kesin hükümsüz hale gelen bir işlemin sonradan dirilmesi yani geçerli hale gelmesi söz konusu olmayacaktır²⁵⁸. Dolayısıyla bu faraziyede, hukuki menfaat yokluğu²⁵⁹ uygulama alanı bulacağından, davanın konusuz kalması söz konusu olacaktır²⁶⁰. Bir hukuki işleme izin ya da icazet tek taraflı yenilik doğuran bir haktır. Zira tek taraflı beyan ile bir işleme kurucu, değiştirici ya da sona erdirici niteliği haizdir. Nitekim sahibine tek taraflı olarak başka bir şahsın hukuk alanında değişiklik

kalmıştır. Öyleyse davanın esası hakkında “karar verilmesine yer olmadığına” karar verilmek, yargılama giderleriyle vekalet ücretinin davanın açıldığı tarihteki tarafların haklılık durumu nazara alınarak takdir ve tayin edilmek üzere hükmün bozulmasına karar vermek gerekmiştir.” (2. HD 29.03.2018, 2016/22993, 2018/4193).

254 Yıldırım Abdülkerim, *Türk Aile Hukuku*, Ankara 2018, s. 63.

255 Demir, s. 699; Doğan, *Tasarruf Yetkisi*, s. 92; Yıldırım, *Tapuya Güven*, s. 156; KAMACI, Şerh, s. 25. “Geçerliliği askıda olan işlem; hukuki işlemin geçerliliğinin başka bir koşul yerine getirilinceye kadar işlemin geçerliliğinin askıda olduğu, geçerliliğin bağlandığı koşulun yerine gelmesiyle işlemin yapıldığı andan itibaren geçerli hale geldiği işlemdir. TMK’nun 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 temsilcilerin rızasıyla yapabilirler. Yasal temsilcinin vereceği izin veya işleme icazeti, işlemi başından itibaren geçerli hale getirecektir. 194. maddedeki düzenleme de bunun gibidir.”

256 ŞIPKA, *Aile Konutu*, s. 47; DALCI- ÖZDOĞAN, s. 154.

257 DALCI- ÖZDOĞAN, s. 155.

258 DALCI- ÖZDOĞAN, s. 155.

259 KAMACI, *Aile Konutu*, s. 120.

260 “Davacı; aile konutu olduğu iddia edilen taşınmazın, rızası olmaksızın davalı eş Nafi tarafından, diğer davalı Mehmet’e satıldığını ileri sürerek taşınmazın satışının iptali ve taşınmazın tapu kaydına aile konutu şerhi konulmasını talep etmiş, mahkemece dava kabul edilmiş, karar davalılarca temyiz edilmiştir. Kayseri 2. Aile Mahkemesinin 09.09.2013 kesinleşme tarihli 2010/848 esas 2012/487 karar sayılı ilamıyla davacı Gülhan ile davalı Nafi’nin boşanmalarına karar verilmiş olup, taraflar arasındaki evlilik birliği boşanma ile sona ermiştir. Evlilik birliğinin sona ermesi ile Türk Medeni Kanununun 194. maddesinden kaynaklanan aile konutuna ilişkin koruma da sona ermiş, böylelikle davanın konusu kalmamıştır. Açıklanan nedenle konusuz kalan dava hakkında karar verilmesine yer olmadığına şeklinde karar verilmek üzere hükmün bozulmasına karar vermek gerekmiştir.” (2. HD 16.09.2014, 17291/17484).



husule getirme iktidarını haiz ve bu yetki kanundan doğmaktadır²⁶¹. TMK'nun 194. maddesinde düzenlenen hak sahibi olmayan eşin rızasına bağlı işlemlerde, rızası bulunmayan eş, işleme icazet verirse işlem baştan itibaren geçerli hale geleceğinden²⁶², bu ihtimalde düzelebilir hükümsüzlük söz konusudur. Nitekim eş işleme rıza ya da icazet verdikten sonra, bu beyanından dönemeyecektir²⁶³. Meğerki iradesini ifsat eden hata, hile ya da ikrah sebepler bulunsun. Hak sahibi olmayan eş, iptal davası açma hakkını kullanmakla işleme icazet vermediğini açıkça beyan ettiğinden, hukuki işlem, askıda hükümsüzlük mesabesinden kesin hükümsüz haline dönüşecektir.²⁶⁴ Dolayısıyla buradaki iptal hakkı niteliği itibariyle bozucu yenilik doğuran bir haktır²⁶⁵. Bu haklar kural olarak, geri almaya elverişli olmayıp²⁶⁶, kullanmakla tükeneceği için²⁶⁷, askıda hükümsüzlük safhasında iken açılan iptal davası işleme icazet verilmediği anlamına geleceğinden, evlilik birliği, evliliğin iptali, boşanma ya da eşlerden birinin vefatı ile sona ereceğinden, hukuki işlemi, geriye dönük olarak yapıldığı andan itibaren geçerli hale getirmeyecektir. Meğerki evliliğin başlangıçtan itibaren hiç kurulmaması sonucunu doğuran yokluk durumu tespit edilsin²⁶⁸. Ancak, öğretilde, TMK'nun 194. maddesinde düzenlenen diğer eşin rızasına merbut işlemlerde, eşin açık rızası, hukuki işlem sırasında alınmaması ihtimalinde, kurucu unsurları tam olan bir hukuki işlemde eş rızasının bulunmamasından mütevellit noksanlık bulunacağı, dolayısıyla hak sahibi olmayan eşin işleme icazet vermesiyle hukuki işlemin yapıldığı tarihten itibaren geçerli hale geleceği, aksi takdirde, yani hak sahibi olmayan eşin, icazet vermemesi ihtimalinde, işlemin başlangıçtan itibaren hükümsüzleşeceği savunulmuştur²⁶⁹. Eşin açık rızası alınmadan yapılan hukuki işlemin geçersizliği²⁷⁰, aile konutunun hukuki himaye

261 BUZ Vedat, **Yenilik Doğuran Haklar**, Ankara 2005, s. 64. "Yenilik doğuran haklar, sözleşme ilkesinin bir istisnasını oluşturur. Yenilik doğuran hak sahibi, tek taraflı bir hukuki işlem ile başka bir şahsın dahil olduğu bir hukuki ilişkiye müdahalede bulunma gücü ile donatılmıştır. Kaynağını kanunda veya sözleşmede bulan bu güce dayanarak, hak sahibi yeni bir hukuki durum yaratma, yani bir hukuki ilişkiyi kurma, bir hukuki ilişkinin içeriğini değiştirme veya bu ilişkiyi sona erdirmeye imkanına sahiptir."

262 ŞİPKA, Aile Konutu, s. 47; Baygın, s. 456; KAMACI, Aile Konutu, s. 130.

263 KAMACI, Aile Konutu, s. 131.

264 KAMACI, Şerh, s. 27.

265 OĞUZMAN Kemal/BARLAS Nami, **Medeni Hukuk Temel Kavramlar**, İstanbul 2011, s. 217.

266 BUZ, s. 89.

267 BUZ, s. 256.

268 ERSÖZ Oğuz/ÖNDER Gizem Şahika, Evliliğin Yokluğu, **Yargıtay Dergisi**, 150. özel Sayısı, S. 3, C. 44, s. 1069.

269 OĞUZMAN/BARLAS, s. 220, 221; BAYGIN, s. 456.

270 "Somut olayda, davalı eş dava konusu aile konutu üzerinde diğer davalı banka lehine ipotek tesis etmiş, bu işlem sırasında davalı eş tarafından davacı eşin açık rızası



süresi içerisinde her zaman ileri sürülebilecektir²⁷¹. Söz konusu hukuki himaye süresi evlilik birliğinin devamına mahsus ve mebnidir. Hak sahibi olmayan eşin aile konutuna ilişkin tasarrufun iptaline ilişkin davanın konusuz kalması halinde, yargılama giderleri dava açılmasına sebebiyet verme ilkesi ışığında değerlendirilecektir²⁷².

VI. MUVAZAA YA DAYALI TASARRUFUN İPTALİ DAVASI

Muvazaa itirazı, taraflar ve üçüncü kişiler tarafından mevcut bir davada savunma olarak ileri sürülebileceği gibi, muvazaaya dayalı bağımsız bir davaya da konu olacaktır²⁷³. Muvazaaya dayalı davalarda, davacının icra

alınmamıştır. Yukarıda açıklanan kurallar çerçevesinde eşin “Açık rızası” alınmadan yapılan işlem Hukuk Genel Kurulunca da açıkça ifade edildiği üzere “Geçerli olduğunu” kabul etmek imkânsızdır. Eş söyleyişle eşin “Açık rızası alınmadan” yapılan işlemin “Geçersiz olduğunu” kabul etmek zorunludur.” (2. HD 25.05.2017, 2016/6976, 2017/6196).

271 KAMACI, Aile Konutu, s. 130.

272 “Davacı; davalı eşinin malik olduğu aile konutu olarak kullanılan taşınmaz üzerine davalı banka lehine ipotek tesis edildiğini, bu işleme rızasının olmadığını ileri sürerek ipotek kaldırılmasını istemiş; mahkemece davanın reddine hükmedilmiştir. İpotek 29.01.2009 tarihinde tesis edilmiş, dava 27.11.2014 tarihinde açılmıştır. İpotek tesis edilen taşınmaz ipotekün paraya çevrilmesi yolu ile yapılan takip sonucu alacağına mahsuben davalı bankaya 05.12.2014 tarihinde cebri icra ile satılmış, ihale 18.02.2016 tarihinde kesinleşmiştir. Türk Medeni Kanununu 194. maddesi gereğince işlem diğer eşin rızasına bağlı olmaktan çıkmıştır. Dava konusuz hale gelmiştir. Davanın konusuz kalması sebebiyle esas hakkında “karar verilmesine yer olmadığına” karar verilmesi halinde, yargılama giderleri ile bunun kapsamına dahil olan vekalet ücreti (HMK m. 323/1-ğ) hakkında, davanın açıldığı tarihteki tarafların haklılık durumu nazara alınarak hüküm tesis edilmelidir (HMK m. 331/1). O halde; konusuz kalan dava hakkında “karar verilmesine yer olmadığına” karar verilip, davanın açıldığı tarihteki tarafların haklılık durumlarına göre yargılama gideri ve vekalet ücreti hakkında karar vermek üzere hükmün bozulması gerekmiştir.” (2. HD 29.05.2018, 2216/6877).

273 “Davacı, istemde bulunurken BK.nun 18. maddesi ile İİK.nun 277. ve devamı maddelerine dayanmıştır. Mahkemece olay İİK. nun 277. ve devamı maddeleri gereğince incelenerek sonuçlandırılmıştır. Muvazaa, tarafların 3. kişileri aldatmak amacıyla kendi gerçek iradelerine uymayan haksız eylem niteliğinde anlaşılmalıdır. Davacı, borçlu davalının borçtan kurtulmak amacıyla taşınmazı diğer davalılara satış gibi gösterdiğini iddia etmektedir. Dava dilekçesinde açıkça muvazaaya dayanıldığı belirtilmiştir. Bu ileri sürülüş biçimi, davanın İİK. nun 277. ve devamı maddelerindeki iptal davasından çok BK.nun 18. maddesinde açıklanan muvazaa hukuksal nedenine dayalı bir dava olduğunu göstermektedir. Muvazaa iddialarında zamanaşımı söz konusu olmaz. Olayda muvazaanın belirlenmesi durumunda İİK.nun 283/1 maddesi benzetme yoluyla uygulanmak suretiyle tapu iptaline gerek olmadan alacağın tahsili için haciz ve satış isteyebilme yönünde hüküm kurulabilir. Şu durum karşısında mahkemece, BK.nun 18. maddesi uyarınca genel hükümlere göre dosyanın incelenip sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, bu yönün gözetilmeden hüküm kurulmuş olması doğru görülmemiş, bu nedenle kararın bozulması gerekmiştir.” (4. HD 09.04.2007, 2654/4665).

takibine geçmesi ve aciz belgesi almasına gerek olmadan²⁷⁴, her zaman²⁷⁵ alacağın yaklaşık ispatı yeterlidir. Muvazaaya dayalı tapu iptali ve tescil davası aynı bir dava olup, yapılan devir hükümsüz kalacağı için, tasarrufa konu mal borçlunun malvarlığından hiç çıkmamış vaziyettedir. Nitekim devir gerçek iradeye uygun olarak arzu edilmemiştir. Kaldı ki, tarafların dışarıya açıkladıkları beyanları, gerçek iradelerine uymayan, üçüncü kişileri aldatmaya matuf haksız fiil niteliğindedir²⁷⁶. Öyle ki, muvazaaya

274 “BK’ nun 18. maddesine dayanılarak açılan iptal davalarında, İİK’nun 277. maddesinde düzenlenen tasarrufun iptali davalarından farklı olarak aciz belgesi bulunması koşulu aranmaz. Davacı trafik kazası nedeniyle, davaya konu edilen taşınmazın ve otunun hükmedilecek tazminattan kurtulmak amacıyla, danışıklı olarak devredildiği iddiası ile eldeki bu davayı açmıştır. Davacının bu davadaki amacı, açtığı tazminat davası sonucu hak kazanacağı alacaklarını alabilmeye yönelik olarak, danışıklı olduğunu ileri sürdüğü hukuki işlemlerin kendisi yönünden geçersizliğini sağlamaktır. Davacı zararının, olay gününde doğduğunun benimsenmesi gerekir. Trafik kazası sorumluları aleyhine davacı tarafından tazminat davası açıldığı dosyadaki bilgilerden anlaşılmaktadır. Yargılama sonunda davaya konu edilen satış işlemlerinin danışıklı olduğunun kanıtlanması halinde davacı, satışa konu edilen maldan da alacağın tahsili için yararlanabilecektir. Ancak, davacının bu hakkı aynı değil, şahsi sonuç doğuracağından, danışıklı işlemin kanıtlanması durumunda tapunun ve otunun tescil kaydının iptaline değil, İcra ve İflas Yasasının 283/1. maddesi benzetme yoluyla (kıyasen) uygulanarak, iptal ve tescile gerek olmaksızın taşınmazın ve otunun haciz ve satışına karar verilecektir. Bu davada güdülen amaçta bu olduğundan, davacının karşılanması gereken bir alacağı bulunup bulunmadığının belirlenmesi gerekir. Bunun için de davacının açtığı tazminat davasının sonucu beklenilmeli ve ona göre karar verilmelidir. O halde somut olayda, satış işlemlerinde danışıklılığın bulunup bulunmadığı konusu araştırılmalı; davalıların danışıklı bir davranış içinde buldukları sonucuna varılması durumunda, davacının açtığı tazminat davasının sonucu beklenilmeli, o dava sonunda davacının tahsili gereken bir alacağı bulunduğu takdirde İcra ve İflas Yasasının 283/1. maddesi benzetme yoluyla uygulanmak suretiyle, tapu ve tescil kaydı iptaline gerek olmadan davacının alacağını alabilmesini sağlamak için dava konusu malların haciz ve satışını isteyebilmeleri yönünde hüküm kurulmalıdır. Yukarıda açıklanan maddi ve hukuki olgular gözetilmeden, yerinde görülmeyen yazılı gerekçeyle, istemin reddedilmiş olması usul ve yasaya uygun düşmediğinden kararın bozulması gerekmiştir.” (4. HD 13.12.2004, 6067/1409).

275 Aday, s. 73.

276 “Dava dilekçesindeki ileri sürülüşe ve yargılama aşamasındaki sözlü açıklamaya göre dava, niteliği itibarıyla BK.nun 18.maddesinde tanınımı bulan muvazaa hukuksal nedenine dayalı iptal davasıdır. Yüzeysel bakıldığında iptal davaları ile muvazaa davaları arasında benzerlik görülmekte ise de, bu benzerlik her iki tür davanın güttüğü amaçtan öte gitmemektedir. İYİ.nun 277. maddesinde sözü edilen iptal davaları borçlu tarafından geçerli olarak yapılmış bazı tasarrufların hükümsüz kılınması için açıdır. Oysa muvazaa davası, borçlunun yaptığı tasarrufu işlemin gerçekte hiç yapılmamış olduğunu tesbit ettirmeyi amaçlar. Kural olarak, muvazaa nedeniyle hakları ihlal olunan ve zarar gören 3. kişiler (olayımızda davacı) tek taraflı veya çok taraflı hukuki işlemlerin geçersizliğini ileri sürebilirler, danışıklı olan bir hukuki işlem ile 3. kişinin zararlandırılması, ona karşı işlenmiş bir haksız fiil niteliğindedir. Ancak 3. kişinin danışıklı işlem ile hakkının zarar gördüğünün benimsenebilmesi için onun danışıklı işlemde bulunandan bir alacağının var olması ve bu alacağın ödenmesini önlemek amacıyla danışıklı bir işlemin yapılması gerekir. Somut olayda, davalı borçlu Ahmet

ilişkin işlemin iptaline karar verilerek, İcra ve İflas Kanunu'nun 283. maddesi referansıya haciz ve satışa imkân tanınmalıdır²⁷⁷. Ne var ki,

hakkındaki 2007/10064 Esas sayılı icra takibi kesinleştiğine göre davacının davalıdan alacaklı olduğu tartışmasıdır. Hatta borçlu 19.12.2007 tarihinde ödemeye taahhüdünde dahi bulunmuş; ancak, herhangi bir ödeme yapmamıştır. Davacının bu davadaki amacı, alacağını tahsil edebilmek için muvazaaya nedeniyle temelde geçersiz olan işlemin hükümsüzlüğünü sağlamaktır. Esasen muvazaaya dayanan bu gibi davalarda davacının icra takibine geçmesi ve aciz belgesi almasına gerek yoktur. Çünkü yukarıda açıklandığı gibi İY.nun 277 ve izleyen maddelerinde iptal davalarına konu olan tasarruflar özünde geçerli olmalarına rağmen kanunun icra hukuku yönünden iptaline imkan verdiği tasarruflardır. Bu davada ise davacı, muvazaalı işlemle kendisinin zararlandırıldığını ileri sürmektedir. İY.nun 277 ve izleyen maddelerinde düzenlenen iptal davası açma hakkı davacının genel hükümlere muvazaaya dayanarak dava açmasına da engel değildir. Davacının iddiasını kanıtlaması durumunda iddiasının alacağın tahsiline yönelik bulunduğu da gözetilerek İİK.nun 283/1 maddesi kıyasen uygulanarak iptal ve tescile gerek olmaksızın davacının dava konusu aracın haciz ve satışını isteyebilmesi yönünden hüküm kurulması gerekecektir." (17. HD 12.05.2009, 2906/3094).

277 "Dava, muvazaalı işlemin iptali istemine ilişkindir. Mahkemece, davanın kabulüne karar verilmiş; hüküm, davalılar tarafından temyiz olunmuştur. Davacının amacı, yaptığı icra takibi sonucunda alacağının tahsili olanağına kavuşmaktır. Her ne kadar, muvazaalı işlem nedeniyle tapu kaydının iptali ve tescil istenilmişse de; çoğun içinde azın da bulunduğu ilkesi gereğince, muvazaalı işlemin yapılan takip yönünden hükümsüz sayılmasının amaçlandığı kabul edilmelidir. Bu bakımdan, İİK'nun 283. maddesindeki düzenleme yol gösterici niteliktedir. Şu durumda, tapu kaydının iptaline gerek kalmaksızın davacının haciz ve satış isteyebilmesi yönünde hüküm oluşturulması gerekir. Karar, bu bakımdan yerinde görülmemiştir." (4. HD 09.06.2008, 2007/13019, 2008/7851); "Dava dilekçesindeki ileri sürüşe ve yargılama sırasındaki sözlü ve yazılı açıklamalara göre dava niteliği itibarıyla TBK 19.maddesinde tanımını bulan muvazaaya hukuksal nedenine dayalı iptal davasıdır. Yüzeysel bakıldığında iptal davaları ile muvazaaya davaları arasında bir benzerlik görülmekte ise de bu benzerlik her iki davanın güttüğü amaçtan öte gitmemektedir. İİK 277.maddesinde sözü edilen iptal davaları borçlu tarafından geçerli olarak yapılmış bazı tasarrufların hükümsüz kılınması için açıdır. Oysa muvazaaya davası borçlunun yaptığı tasarrufları işlemlerin gerçekte hiç yapılmamış olduğunu tespit ettirmeyi amaçlar. Kural olarak muvazaaya nedeniyle hakları ihlal olunan ve zarar gören 3.kişiler tek taraflı veya çok taraflı hukuki işlemlerin geçersizliğini ileri sürebilirler. 3.kişinin danışıklı işlem ile hakkının zarar gördüğünün benimsenebilmesi için onun danışıklı işlemde bulunandan bir alacağının var olması ve bu alacağın ödenmesinin önlemek amacıyla danışıklı bir işlem yapılması gerekir. Davacının bu davadaki amacı alacağın tahsil edebilmek için muvazaaya nedeniyle temelde geçersiz olan işlemin hükümsüzlüğünü sağlamaktır. Muvazaaya dayalı davalarda davacının icra takibine geçmesi ve aciz belgesi almasına gerek yoktur. Çünkü yukarıda açıklandığı gibi İİK 277 ve izleyen maddelerinde iptal davasına konu tasarruflar özünde geçerli olmasına rağmen kanunun icra hukuku yönünden iptaline imkan verdiği tasarruflardır. Muvazaaya dayalı iptal davasında ise davacı muvazaalı işlemle kendisinin zararlandırıldığını ileri sürmektedir. İİK 277 ve izleyen maddelerinde düzenlenen iptal davası açma hakkı davacının genel hükümlere, muvazaaya dayanarak dava açmasına engel değildir. Davacının iddiasını kanıtlaması halinde iddianın dava konusu şeyin aynına ilişkin olmadığı, alacağın tahsiline yönelik bulunduğu da gözetilerek İİK 283/1 maddesi kıyasen uygulanarak iptal ve tescile gerek olmaksızın davacıya haciz ve satış isteyebilmesi yönünden hüküm kurulması gerekecektir." (17. HD 04.11.2014, 2013/7947, 2014/15062).

öğretide muvazaaya dayalı iptal davasının, kabul edilmesi halinde hacze gerek olmadan doğrudan paraya çevirme işlemi marifetiyle alacağın tahsiline imkân sağlayacağı da savunulmuştur²⁷⁸. Hâlbuki taşınmaza ilişkin muvazaa davası, aynı niteliğiyle tapu kaydının düzeltilmesini sağlayacaktır²⁷⁹. Zira muvazaanın ispatlanması halinde dava konusu taşınmaz borçlunun malvarlığından hiç çıkmamış vaziyete dönüşecektir.

Eşlerden biri, gerek boşanma davası derdest iken, gerekse evlilik birliği sona erdikten sonra aile konutu sebebine dayanmaksızın, boşanmaya bağlı maddi/manevi tazminat ve nafaka alacağı ile mal rejimi tasfiyesine bağlı katkı, katılma ve değer artışı alacaklarının tahsili zımında diğer tarafın kendisinden mal kaçırmak amacıyla muvazaalı devir yaptığını ileri sürerek genel mahkemelerde²⁸⁰ tapu iptali ve tescil davası ikame edebilir. Bu dava, özü itibariyle TBK'nun 19. maddesindeki muvazaa olgusuna dayalıdır. Yargıtay, yeni sayılacak bir kararında, karı ya da kocanın kötü niyetle ve muvazaalı olarak devrettiği taşınmaz için müstakbel katkı ya da katılma payı alacağının tahsilinin sağlanması noktasında, taşınmazların tapu kaydının iptali ile eski malike dönmesi için dava ikame eden eşin hukuki menfaati olacağını içtihat etmiştir²⁸¹. Şayet hak sahibi olmayan eş,

278 ADAY, s. 74.

279 Uyar, İptalin Konusu, s. 217.

280 Davacı taraf, evlilik birliği içinde edinilen ve aile konutu olarak kullanılan taşınmazın, davacının mal rejiminin tasfiyesinden kaynaklı alacağını azaltmak kasdıyla boşanma davasından hemen önce davalı eski eş Ahmet tarafından, taşınmazın aile konutu olduğunu bilebilecek durumda olan yakın arkadaşı davalı Ferhat'a muvazaalı olarak devredildiğini açıklayarak muvazaalı ve mal kaçırmaya yönelik satış işleminin iptali tapu kaydının dava dilekçesinde davacı adına, islahen davalı eski eş Ahmet adına tescilini talep etmiştir. Olayları açıklamak taraflara, hukuki nitelendirme hakime aittir. Davacının bu taşınmazla ilgili talebi, dava dilekçesi içeriğinden de anlaşıldığı üzere; muvazaa hukuki sebebine (BK.m. 18; TBK m.19) dayanmaktadır. Öyleyse, bu belirlemeye göre istek, Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine dair 4787 sayılı Kanununun 4. maddesinde yer alan aile hukukundan kaynaklanan dava ve işlerden değildir. İstek yönünden genel mahkemeler görevlidir. Görev, kamu düzenine ilişkin olup mahkemece yargılamanın her aşamasında kendiliğinden dikkate alınması gerekir. Mahkemece, bu talebin görev yönünden reddine, bu istekle ilgili davanın görevli ve yetkili genel mahkemeye gönderilmesine karar verilmesi gerekirken işin esasına girilerek hüküm kurulması doğru değildir." (8. HD 29.05.2018, 2015/23350, 2018/13316).

281 " Davacı vekili, müvekkili ile davalı Turgay'ın 30.12.1991 tarihinde evlendiğini, Fransa Nancy Yüksek Aile Mahkemesinin 18.10.2009 tarihli kararı ile boşandıklarını, müvekkili ve davalı eşinin evlilik birliği içinde ortak kazanç ile alıp davalı eş adına kayıtlı beş adet taşınmazın boşanma davasından önce mal kaçırmaya amacıyla 4.12.2008 tarihinde davalı eş Turgay tarafından kardeşi davalı Fahri Firik'e satıldığını, satışların mal kaçırmaya amacıyla ve muvazaalı olması nedeniyle iptali ile tapunun davacı ile davalı Turgay Firik adına müştereken tesciline karar verilmesini talep etmiştir. Davalılar vekili, boşanma davası kesinleşmediğinden mal rejimine ilişkin dava açılmayacağını, edinilmiş mallara ilişkin olarak aynı hak talep edilemeyeceğini, muvazaanın ise

aile konutuna dayanmaz, kayıt maliki eşinin muvazaalı devirler yaptığını, kendisinden mal kaçırmak için bir takım kötü niyetli devir ve üçüncü kişilerle iş birliğine girdiğini ileri sürerek tapu iptali ve tescil davası ikame ederse, bu davanın hukuki dayanağı TBK'nun 19. maddesi olacağından görevli mahkeme de asliye hukuk mahkemeleri²⁸² olacaktır²⁸³. Aile

yazılı delille ispatlanması gerektiğini, dava konusu taşınmazların borç için satıldığını belirterek davanın reddini istemiştir. Mahkemece, iddia, savunma toplanan delillere göre, gerek 713 Sayılı TMK'nun 170. maddesi uyarınca mal rejiminin geçerli olduğu dönemde edinilen mallardan kaynaklanan katkı payı alacağı, gerekse 4721 Sayılı TMK hükümleri gereğince yazmal rejimi olarak benimsenen edinilmiş mallara katılma rejiminden doğan katılma alacağı şahsi hak niteliğinde alacak olup mülkiyet hakkı niteliğinde olmadığı, davacının mülkiyet isteme olanağının bulunmadığı, davacının bir akit ilişkisinin varlığı savı ile tapu kaydının kendi adına düzeltilmesini isteyebilmesi için aralarında MK'nun 634. maddeye uygun şekilde bir akdin var olması gerektiği, dava konusu olayda taraflar arasında illiyet bağına sağlayan akti bir ilişki bulunmadığından davacının mülkiyet isteme hakkı bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş; hüküm, davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir. Dava dilekçesindeki açıklamalar ve dosya kapsamına göre; davacı, davada davalı eş Turgay Firik tarafından diğer davalı Fahri Firik'e yapılan satışların muvazaalı olduğu iddiası ile iptali; davalı eşe dönecek tapu kaydının eşler arasındaki mal rejimi gereğince tasfiye edilerek tapu kaydının iptali ile davacı ile davalı eş adına müştereken tesciline karar verilmesini talep etmiştir. Davacının davalı 3 kişi Fahri Firik'e geçen taşınmazlara ait tapu kaydının iptali ile eski malikine yani davalı eş Turgay'a dönüşünün sağlanması ile ilgili davayı açmakta davacının hiç şüphesiz hukuki yararı bulunmaktadır. Anılan taşınmazların tapu kaydının iptali ile eski malike dönüşü sağlandığında açılacak edinilmiş mallara katılma alacağının tahsili sağlanmış olacaktır." (17. HD 18.10.2016, 2015/3662, 2016/9087).

282 "Davacı, dava dilekçesinde özetle; davalılardan İhsan ile evli olduklarını, davalı eşinin aile konutu olarak kullanılan taşınmazı mal kaçırmak ve boşanmanın sonuçlarından kurtulmak amacıyla muvazaalı olarak diğer davalı Maşallah'a sattığını, Maşallah'ın taşınmazı değerinin çok altında bir değer ile devraldığını, taşınmazı görmediğini, temlikin muvazaalı olduğunu belirterek muvazaalı ve mal kaçırmaya yönelik satış işleminin iptali ile dava konusu taşınmazın davalı eş adına tesciline karar verilmesini talep etmiş, mahkemece "davacı ile davalı İhsan'ın yargılama devam ederken boşandıkları bu nedenle davanın konusu kalmadığı" gerekçesiyle karar verilmesine yer olmadığına karar verilmiştir. Olayları açıklamak taraflara, hukuki nitelendirme hakime aittir. Davacının bu taşınmazla ilgili talebi, dava dilekçesi içeriğinden de anlaşıldığı üzere; muvazaa hukuki sebebine (TBK m.19) dayanmaktadır. Öyleyse, bu belirlemeye göre istek, Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine dair 4787 sayılı Kanununun 4 maddesinde yer alan aile hukukundan kaynaklanan dava ve işlerden değildir. İstek yönünden genel mahkemeler görevlidir. Görev, kamu düzenine ilişkin olup, hakim tarafından yargılamanın her aşamasında re'sen gözetilir. Bu bakımdan, mahkemece görevsizlik kararı verilmesi gerekirken, işin esasının incelenmesi doğru bulunmamış ve bozmayı gerektirmiştir." (2. HD 29.03.2018, 2016/22992, 2018/4192).

283 "Davacı, dava dilekçesinde davalılardan Hayati Kahrıman ile evli olduklarını, davalı eşinin aile konutu olarak kullanılan ev ve altında bulunan dükkânı kendisinin haberi olmadan davalı banka lehine ipotek ettirdiğini belirterek söz konusu ipotek için kaldırılmasını talep etmiş, dava devam ederken taşınmazların icra yoluyla satılması sebebiyle, 04.01.2016 tarihli ıslah dilekçesi ile taşınmazların, davalı ihale alıcısı Türkiye İş Bankası A.Ş. ye satışının iptali ile davalı eş adına tapuya tescilini talep ettiğini bildirmiştir. Olayları açıklamak taraflara, hukuki nitelendirme hakime aittir. Öyleyse, bu belirlemeye



konutunun muvazaalı olarak üçüncü kişilere devredilmesi ileri sürülerek tasarrufun iptali dava edildiğinde²⁸⁴, görevli mahkeme aile mahkemesi olacağı, zira uyuşmazlığın çözümünde iptale konu taşınmazın aile konutu olup olmadığına aile mahkemesi tarafından değerlendirilmesi gerektiği savunulmuştur²⁸⁵. Ancak, hukuki tavsif mahkemece resen takdir edilecektir²⁸⁶. Eşler, boşanma davasına bağlı maddi, manevi tazminat ve yoksulluk nafakası ile mal rejimi tasfiyesinde ortaya çıkan katkı, katılma ve değer artışı alacak taleplerini TBK'nun 19. ya da İİK'nun 277 ve devamı maddesindeki iptal davası marifetiyle tahsilini sağlayabilecektir. Her iki dava da, alacağın tahsilini güçleştirmek ya da imkansız kılmak için yapılan kötüniyetli ve muvazaalı devirlere mebni olacaktır²⁸⁷. Ancak, söz

göre istek, Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine dair 4787 sayılı Kanununun 4 maddesinde yer alan aile hukukundan kaynaklanan dava ve işlerden değildir. İstek yönünden genel mahkemeler görevlidir. Görev, kamu düzenine ilişkin olup, hakim tarafından yargılamanın her aşamasında re'sen gözetilir. Bu bakımdan, mahkemece görevsizlik kararı verilmesi gerekirken, işin esasının incelenmesi doğru bulunmamış ve bozmayı gerektirmiştir." (2. HD 02.05.2018, 2016/18373, 2018/5693).

284 "Dava, muvazaa nedeni ile tapu iptali ve tescil istemine ilişkindir. Davacının Aile mahkemesinin görev alanına giren, katkı payı istemi veya mal rejiminin tasfiyesini amaçlayan bir talebinin bulunmadığı sadece davalı eşin muvazaalı olarak taşınmazları sattığı iddiası ile tapunun iptali ile davalı Hasan adına tescili talebi olduğu anlaşılmaktadır. Bu nedenle Borçlar Kanunu'ndan kaynaklanan uyuşmazlığın genel görevli Asliye Hukuk mahkemesinde görülüp sonuçlandırılması gerekmektedir. Görev hususu kamu düzenine ilişkin olup mahkemece her aşamada ve resen göz önünde bulundurması gereken dava şartlarından olduğundan HMK'nun 114/c ve 115/1 maddesi gereğince görevsizlik kararı verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır." (17. HD 26.12.2017, 2015/9431, 2017/12125).

285 ÖZUĞUR, s. 223.

286 "Olayları açıklamak taraflara, hukuki nitelendirme hakime aittir. Davacının bu taşınmazla ilgili talebi, dava dilekçesi içeriğinden de anlaşıldığı üzere; mahkemenin de kabulünde olduğu üzere muvazaa hukuki sebebine (BK.m. 18; TBK m.19) dayanmaktadır. Öyleyse, bu belirlemeye göre istek, Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine dair 4787 sayılı Kanununun 4. maddesinde yer alan aile hukukundan kaynaklanan dava ve işlerden değildir. İstek yönünden genel mahkemeler görevlidir. Görev, kamu düzenine ilişkin olup, hakim tarafından yargılamanın her aşamasında re'sen gözetilir. Bu bakımdan, mahkemece görevsizlik kararı verilmesi gerekirken, işin esasının incelenmesi doğru bulunmamış, bozmayı gerektirmiştir." (2. HD 18.01.2018, 2016/15119, 2018/794).

287 "Somut olayda davacı dava dilekçesinde eşi Aysana Yaman'ın ilerde açmayı düşündüğü boşanma davası akabinde muhtemelen açacağı katkı payı ve katılma alacağı davasından bir şey elde edememesi için dava konusu taşınmazı akrabası olan diğer davalıya sattığını öne sürerek tapu kaydının iptali ile davalı Aysana adına tescilini talep etmiştir. Böylece davacının dava açtığı sırada doğmuş bir alacağı olmadığı gibi açılan bir boşanma davasının dahi bulunmadığı anlaşılmaktadır. Dosya içeriğinden de boşanma davasının hüküm verildikten sonra açıldığı anlaşılmaktadır. Bu durumda mahkemece davacının ne gibi bir hukuki yararının olduğunun karar yerinde tartışılması, buna ilişkin taraf delillerinin toplanması ondan sonra hasil olacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı olduğu üzere davanın kabulüne karar verilmesi doğru bulunmamıştır." (17. HD 19.12.2013, 18130/18011).

konusu alacak haklarını güvence altına almak için, taşınmazın aynına yönelik bir muaraza olmadığından²⁸⁸ dolayı TMK'nun 1010. maddesinin 1. bendi anlamında bir tasarruf yetkisi kısıtlaması şerhi verilmesine gerek olmayıp, takip hukuku kuralları çerçevesinde ihtiyati haciz ve tasarrufun iptali davası yolları amaca daha uygundur²⁸⁹. Şayet, boşanma davası devam eder iken, katılma payı alacağının²⁹⁰ akamete uğratmak için devir yaptığı iddiası ile ikame edilen tapu iptali ve tescil davası, şahsi hak niteliğinden ötürü tasarrufun iptali davası olarak işlem görecektir²⁹¹. Zira bu talep, alacağın tahsilini matuftur²⁹². Tasarrufun iptali davasının

288 "Mal rejimi sona erdiğinde eşlerin ya da mirasçılarının tasfiye davası sonucunda katkı payı, değer artış payı ve artık değere katılma alacak hakları doğar. Kural olarak, eşlerden birine ait mal varlığında, diğer tarafın mülkiyet veya başka aynı hak talebi söz konusu olamaz. Mal rejiminin tasfiyesi isteğinde bulunan eşe ya da mirasçılarının tanınan hak aynı olmayıp, şahsi alacak hakkıdır (07.10.1953 gün 8/7 YİBK, 4721 sayılı TMK'nun 227/1, 231, 236/1 m). TMK'nun 239/1. fıkrasında; "katılma alacağı ve değer artış payı ayın veya para olarak ödenebilir..." denilmektedir. 226/3.madde de ise "Eşler karşılıklı borçları ile ilgili düzenleme yapabilirler" hükmüne yer verilmiştir. Anılan kanuni düzenlemelerden de anlaşılacağı gibi, borcun ayın olarak ödenmesi borçlu eşe tanınmış bir haktır. Başka bir anlatımla, tasfiye alacaklısı ayrı durumlardan hariç aynı hak isteğinde bulunamaz, ancak borçlu eş isterse, mal rejiminin tasfiyesine ilişkin dava sonuçlanıncaya kadar borcunu ayın olarak ödemeyi kabul edebilir. Açıklanan bu kuralın istisnaları 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 226/2. maddesinde (alacaklı eşin tasfiyeye konu paylı malda üstün yararını kanıtlaması) ve 240. maddesinde (aile konutu veya eşyanın söz konusu olması) tahdidi olarak belirtilmiştir." (8. HD 01.11.2016, 15386/14885).

289 DOĞAN, s. 51.

290 Söz konusu artık değere katılma alacağı Borçlar Hukuku'nda borçların doğumu kapsamında kanundan doğan bir alacak olup, konusu kural olarak para alacağıdır. Dolayısıyla aynı bir talep olmadığından, alacağın tahsiline matuf bir eda davasıdır. Davanın sonunda da alacak hakkı olarak bir miktar paraya hükmedilecektir. Ayrıntılı bilgi için bkz. ŞİPKA Şükran, Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Tasfiyeyi Ve Katılma Alacağını Talep Hakkına İlişkin Zamanaşımı Süreleri, Bilge Öztan'a Armağan, Ankara 2008, (s. 839- 849).

291 "Aile Mahkemesince anılan taşınmazlar yönünden katkı payı alacağına hükmedilmesi durumunda hükmedilen katkı payı alacağı, boşanma davası sonucu hükmedilen nafaka, maddi ve manevi tazminat alacakları da gözönüne alınarak eldeki dava yönünden dava konusu Kemalpaşa'daki dört taşınmaz yönünden 20.1.2011 tarihli tasarrufların TBK'nun 19 maddesi gereğince iptale tabi olmadığına mevcut delillere göre değerlendirilmesi, iptale tabi olması halinde davacı yararına hükmedilecek katkı payı alacağı ile boşanma davası ile hükmedilen ve kesinleşen nafaka, maddi ve manevi tazminat ve fer'ileriyle sınırlı olarak İİK'nun 283/1 maddesinin kıyasen uygulanarak davacıya haciz ve satış yetkisi verilmesinden ibarettir." (17. HD 01.11.2016, 2014/18519, 2016/9674).

292 "Mal rejimi sona erdiğinde eşlerin ya da mirasçılarının tasfiye davası sonucunda katkı payı, değer artış payı ve artık değere katılma alacak hakları doğar. Kural olarak, eşlerden birine ait mal varlığında, diğer tarafın mülkiyet veya başka aynı hak talebi söz konusu olamaz. Mal rejiminin tasfiyesi isteğinde bulunan eşe ya da mirasçılarının tanınan hak aynı olmayıp, şahsi alacak hakkıdır (07.10.1953 gün 8/7 YİBK, 4721 sayılı TMK'nun m. 227/1, 231, 236/1). TMK'nun 239/1. fıkrasında; "katılma alacağı ve değer artış payı ayın veya para olarak ödenebilir..." denilmektedir. 226/3. madde de ise "Eşler



fonksiyonu alacaklıya icraya devamla haciz ve satış yetkisi tanımak olduğundan²⁹³, eş, davasını ister TBK'nun 19. maddesine ister ise İİK'nun 277 ve devamındaki iptal davasına dayandırсын, davanın kabule mazhar görülmesi ihtimalinde alacaklı eş, tapu iptaline gerek olmadan²⁹⁴, devre konu malvarlığı devreden eşe ait gibi, hacze devamla alacağına kavuşma hakkını haizdir²⁹⁵. Her iki hukuki sebebin şartları mahkemece resen değerlendirilecektir. Nitekim hukuku uygulamak hakimnin görevidir. Eşler arasında münhasıran aile konutuna dayanmaksızın ikame edilen muvazaaya dayalı tapu iptali ve tescil davası aile birliğinin mahkeme kararı ya da ölüm ile son bulması halinde konusuz kalmayacaktır. Zira buradaki hukuki menfaat, aile konutunda olduğu gibi aile birliğinin devamı boyunca değil, muvazaaya dayalı tapu iptali ve tescil talebinin niteliği gereği uyumsuzluğun kesin hüküm otoritesi oluşturacak ve bir daha yargılama konusu olmamasına sari ve merbut olacaktır.

VII. TAPU SİCİLİNE GÜVEN İLKESİNİN İŞLERLİĞİ

TMK'nun 194. maddesinde malik eş bakımından kanundan doğan bir tasarruf yetkisi kısıtlaması mevcut olduğundan²⁹⁶, aile konutu üzerinde

karşılıklı borçları ile ilgili düzenleme yapabilirler" hükmüne yer verilmiştir. Anılan kanuni düzenlemelerden de anlaşılacağı gibi, borcun ayın olarak ödenmesi borçlu eşe tanınmış bir haktır. Başka bir anlatımla, tasfiye alacaklısı ayrı durumlardan hariç aynı hak isteğinde bulunamaz, ancak borçlu eş isterse, mal rejiminin tasfiyesine ilişkin dava sonuçlanıncaya kadar borcunu ayın olarak ödemeyi kabul edebilir." (8. HD 05.07.2018, 2016/6371, 2018/15034)

293 Uyar Talih, İptal Davasının Sonuçları, **DEÜHFD**, C. 12, Özel S. 2010, (s. 1159- 1181), s. 1159.

294 "Kural olarak üçüncü kişiler, danışıklı işlem nedeniyle hakları zarara uğratıldığı takdirde tek taraflı veya çok taraflı olan bu hukuki işlemlerin geçersizliğini ileri sürebilirler. Çünkü, danışıklı bir hukuki işlem ile üçüncü kişilere zarara verilmesi onlara karşı işlenmiş bir haksız eylem niteliğindedir. Ancak üçüncü kişilerin danışıklı işlem ile haklarının zarara uğratıldığı benimsenebilmesi için, onların, danışıklı işlemde bulunandan alacakları bulunmalı ve danışıklı işlem o alacağın ödenmesini önlemek amacıyla yapılmış bulunmalıdır. Davacının bu hakkı aynı değil şahsi sonuç doğuracağından, danışıklı işlemin kanıtlanmış durumunda tapunun iptaline değil kıyasen icra ve iflas Kanununun 283/1. Maddesi gereğince tapu iptali ve tescile gerek olmaksızın taşınmazın haciz ve satışına karar verilecektir. Bu davada güdülen amaç da bu olduğundan davacının karşılanması gereken bir alacağı bulunup bulunmadığının belirlenmesi gerekir. Bunun için de davacının açtığı boşanma ve tazminat (katkı payı alacağı) davacının sonucu beklenilmeli ve ona göre karar verilmelidir." (17. HD 23.04.2016, 2015/14781, 2016/3717).

295 "Kabule göre de; BK.19.maddesi uyarınca açılan davada, İİK.283/1 maddesinin kıyasen uygulanması yoluyla dava konusu taşınmazın Recep Gürek tarafından davalı Fatma Ergül'e satışına ilişkin 12.01.2011 tarihli tasarrufun iptali ile davacıya işbu taşınmaza haciz ve satış isteme yetkisinin tanınmasına karar vermek gerekirken, yazılı şekilde karar verilmiş olması da isabetsiz bulunmuştur." (17. HD 12.12.2106, 2014/21228, 2016/11433).

296 ÇABRİ, s. 406.



şerh bulunmaması esasa müessir olmayıp²⁹⁷, işlem tarafının iyiniyetli olması aynı hak kazanımı sağlamayacaktır²⁹⁸. Zira tapu siciline güven ilkesi (TMK m. 1023), salt mevcut bir tescile dayanak olarak hak elde edilmesine matuf olmayıp, olması gereken bir kaydın tapu sicilinde bulunmaması faraziyesinde de işlerlik kazanacaktır²⁹⁹. Nitekim taşınmazlar için mülkiyet karinesi işlevi gören tapu sicilinde görünmeyen bir aynı hak iyiniyetli üçüncü kişiler bakımından mevcut addedilemez³⁰⁰. Kaldı ki, tapu siciline güven ilkesi, görünürdeki tecil ile maddi hukuk anlamında gerçek hak sahipliğinin birbiriyle örtüşmemesi halinde uygulama alanı kazanacaktır³⁰¹. Ne var ki, tapu siciline güvenin korunması, sadece tescil edilmiş bir hakkın varlığına olan güveni değil, aynı zamanda varlığına ilişkin bir tescil bulunmayan hakkın hukuken var olmadığına yönelik güvenin korunmasına da şamildir³⁰². Aile konut şerhi açıklayıcı bir unsur olduğundan³⁰³, kanundan doğan bir tasarruf yetkisi kısıtlaması

297 DOĞAN, Aile Konutu, s. 294.

298 ÇABRİ, s. 409; Acar, s. 14.

299 GÜNERGÖK, s. 278.

300 CANSEL Erol, **Tapu Siciline İtimat Prensibi**, Ankara 1964, s. 5, 136.

301 ÇABRİ, s. 409.

302 ÖZÇELİK, Ş. Barış, **Tapu Siciline Güvenin Korunması**, Ankara 2016, s. 98.

303 DEMİRBAŞ, s. 422; Acar, s. 13; "4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 194/1. maddesine göre, "Eşlerden biri, diğer eşin açık rızası bulunmadıkça, aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini feshedemez, aile konutunu devredemez veya aile konutu üzerindeki hakları sınırlayamaz." Bu madde hükmü ile aile konutu şerhi "Konulmuş olmasa da" eşlerin birlikte yaşadıkları aile konutu üzerindeki fiil ehliyetleri sınırlandırılmıştır. Sınırlandırma aile konutu şerhi konulduğu için değil, zaten var olduğu için getirilmiştir. Bu sebeple tapuya aile konutu şerhi verilmesi bile o konut aile konutu özelliğini taşır. Zira dava konusu taşınmaz şerh konulmasa dahi aile konutudur. Eş söyleyişle şerh konulduğu için aile konutu olmamakla aksine aile konutu olduğu için şerh konulabilmektedir. Bu nedenle aile konutu şerhi konulduğunda, konulan şerh "Kurucu" değil "Açıklayıcı" şerh özelliğini taşımaktadır. Anılan madde hükmü ile getirilen sınırlandırma, "Emredici" niteliktedir. Dolayısıyla bu haktan önceden feragat edilemeyeceği gibi eşlerin anlaşmasıyla da ortadan kaldırılamaz ve açık rıza ancak "belirli olan" bir işlem için verilebilir. Türk Medeni Kanunu madde 193. hükmü ile eşlerin birbirleri ve üçüncü kişilerle olan hukuki işlemlerinde özgürlük alanı tanınmış olmakla birlikte Türk Medeni Kanunu 194. madde hükmü ile eşlerin aile konutu ile ilgili bazı hukuksal işlemlerinin diğer eşin rızasına bağlı olduğu kuralı getirilerek eşlerin hukuki işlem özgürlüğü, "Aile birliğinin korunması" amacıyla sınırlandırılmıştır. Buna göre, eşlerden biri diğer eşin "Açık rızası bulunmadıkça" aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini feshedemez, aile konutunu devredemez ve aile konutu üzerindeki hakları sınırlayamaz. Bu cümleden hareketle, aile konutunun maliki olan eş, aile konutundaki yaşantıyı güçlüğe sokacak biçimde, aile konutunun ipotek edilmesi gibi "Tek başına" bir aynı hakla sınırlandıramaz. Bu sınırlandırma "Ancak diğer eşin açık rızası alınarak" yapılabilir. Türk Medeni Kanununun 194. maddesi yetkili eşin izni için bir geçerlilik şekli öngörmemiştir. Bu nedenle söz konusu izin bir şekle tabi olmadan, sözlü olarak dahi verilebilir. Ancak maddenin ifadesinden de anlaşılacağı üzere, iznin "Açık" olması gerekir. Her ne kadar ipotek doğrudan doğruya aile konutundan faydalanma ve oturma hakkını engellemiyorsa da, hak sahibi eşin kötüniyetli ve muvazaalı işlemleri

mevcuttur. Dolayısıyla eşin rızası alınmadan yapılan tescil yolsuz bir tescildir³⁰⁴. Yargıtay³⁰⁵ ve öğretide bazı görüşler³⁰⁶, kayıt maliki eş'den aynı

ile aile konutunun elden çıkarılma tehlikesi nedeniyle ipotek işlemine diğer eşin “Açık rızası” şarttır. Somut olayda, ipotek tesis edilirken davacı eşin açık rızası alınmamıştır. Yukarıda açıklanan kurallar çerçevesinde eşin “Açık rızası” alınmadan yapılan işlemin Hukuk Genel Kurulunca da açıkça ifade edildiği üzere “Geçerli olduğunu” kabul etmek imkansızdır. Eş söyleyişle eşin “Açık rızası alınmadan” yapılan işlemin “Geçersiz olduğunu” kabul etmek zorunludur. Hal böyle olunca, mahkemece Hukuk Genel Kurulunca benimsenen yukarıda açıklanan yasal düzenleme ve ilkelere uygun değerlendirme yapılarak davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde ret hükmü kurulması usul ve kanuna aykırı olup, bozmayı gerektirmiştir.” (2. HD 05.04.2018, 2016/24946, 2018/4591).

304 GÜNERGÖK, s. 266; DOĞAN, Tasarruf Yetkisi, s. 93; SEROZAN, Aile Konutu, s. 281; ŞIPKA, Hukuki İşlem, s. 52.

305 Aile konutu olarak özgülenen taşınmaz malın maliki olmayan eş tarafından, tapu kütüğüne konutla ilgili gerekli şerhin verilmemesi halinde, işlem tarafı iyiniyetli üçüncü kişinin 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun 1023.maddesi hükmünden yararlanacağı kabul edilmektedir (HGK. 24.04.2013, E. 2012/2-1567, K. 2013/579). Bu durum aile konutu olarak kullanılan taşınmazın tapu kaydında, konutun bu niteliğini gösteren şerh olmaması hali ile ilgilidir ve taşınmazın aile konutu olduğunu bilmeyen ya da bilemeyecek durumda olan üçüncü kişinin tapuya güven ilkesinden yararlanmasıdır. Bu açıklamalar çerçevesinde somut olay ele alındığında, dava konusu taşınmazın tapu kaydında ipotek tesis edildiği tarihte aile konutu şerhi bulunmadığı açıktır. Ancak, ipotek alacaklısı banka taşınmazın bu niteliğini bilerek, ipotek tesisi sırasında taşınmaz maliki olmayan eşin(kadın) muvafakatini almıştır. Her ne kadar muvafakatnamedeki imza davacı kadına ait olmasa da ipotek tesisi için eşin rızasını alma yönünde girişimi olan Bankanın taşınmazın aile konutu niteliğini bilmediği söylenemez. Dolayısıyla, muvafakat belgesindeki imzanın rızası gereken davacı eşe ait olup olmadığını araştırmadan aile konutu üzerine ipotek tesis ettiren ipotek alacaklısı banka ile halefiyet yoluyla ödediği tutar oranında alacakla birlikte rehin haklarına sahip olan kefilin (davalı Murat Görez'in) TMK m. 1023. de düzenlenen tapuya güven ilkesinden yararlanması mümkün değildir.” (HGK, 19.05.2015, 2- 528/1713); Aksi yönde karar için bkz. “Somut olaya gelince; dava konusu taşınmazın aile konutu niteliği taşıdığı hususunda Özel Daire ve mahkeme arasında uyumsuzluk bulunmamaktadır. Ne var ki, davalı Vedat Batılı adına kayıtlı taşınmaza 05.07.2004 tarihinde davalı şirket aleyhine ipotek tesis edildiği, bu işlem sırasında davalı şirket tarafından davacı eşin açık rızasının alınmadığı anlaşılmıştır. Bu durumda, TMK'nın 194/1. maddesi eşin açık rızasını aradığından, yapılan işlemin geçerli olduğunu kabul etmek imkânsızdır. Hukuk Genel Kurulunda yapılan görüşmeler sırasında tapu kütüğünde aile konutu şerhinin işlenmemiş olduğu durumlarda TMK'nın 1023. maddesinde yer alan düzenleme karşısında iyi niyetli üçüncü kişinin aynı hak kazanımının korunacağı, bu nedenle Özel Daire bozma kararının yerinde olduğu ileri sürülmüş ise de bu görüş Kurul çoğunluğunca benimsenmemiştir. Bu itibarla, aile konutu niteliğinde olduğu hususunda duraksama bulunmayan taşınmaz için davacı kadının bilgi ve onayı dışında, TMK'nın 194/1. maddesine aykırı olarak ipotek tesis edilmesi nedeniyle yerel mahkemece ipoteğin kaldırılmasına karar verilmesinde bir isabetsizlik bulunmadığından bu yöne ilişkin direnme kararı yerindedir.” (HGK, 06.12.2017, 2- 2934/1556)

306 YAKUPPUR, Aile Konutu, s. 795; DEMİRBAŞ, s. 422; KILIÇOĞLU, Aile Konutu, s. 535, 536; KILIÇOĞLU, Alım Hakkı, s. 21. “Buna göre üçüncü kişiler konutla ilgili olarak tapudaki kayda güvenerek bir aynı hak kazanmışlarsa, bu kazanımları koruma bulacaktır. Üçüncü kişiler, tapudaki kayda değil, konutla ilgili işlemler için diğer eşin rızasının verildiğine güvenmişlerse, bu güvenleri korunmayacaktır.”



hak iktisap eden işlem tarafı üçüncü kişinin³⁰⁷ iyiniyetli olması halinde kazanımını koruyucu yönde içtihat geliştirmiştir³⁰⁸. Buna karşın, üçüncü kişi sıfatı, geçerli olmayan tescil muamelesinde taraf olmayan, söz konusu muameleye katılmamış ancak, sicile haksız olarak kaydedilmiş kişiden aynı hakkı iyiniyetle iktisap eden kimsedir³⁰⁹. Nitekim kayıt sahibi eş'den aile konutunu devralan ya da aynı hak iktisap eden kişi, gerçek malikten kazanımda bulunmuş mesabesinde olup, bu aşamada henüz bir yolsuz tescil söz konusu değildir. Bu sebeple, tasarruf yetkisinden yoksun olan eş'den, aile konutunu devralan işlem tarafının iyiniyetli olarak yolsuz tescile dayalı iktisaplarının korunması mümkün değildir³¹⁰. TMK'nun 194. maddesinde, izne yetkili eşin rızası olmadan yapılan işlemin tarafı üçüncü kişinin karşı tarafın tasarruf yetkisine ya da meskenin aile konutu niteliğine matuf iyiniyeti³¹¹ korunmayacaktır³¹². Zira tapu siciline güven ilkesi, salt tasarruf yetkisi eksikliğini gideren ve ancak sicilde görünen³¹³ aynı haklara ilişkin kayıtları kapsamına alıp, bunu dışındaki noksanlıkları himaye etmeyecektir³¹⁴. Bu sebeple, malik eş ile işlem yapan yolsuz

307 Demirbaş, s. 424. "İyiniyetli üçüncü kişi'ler arasında işlemin tarafı olan ve işlemin tarafı olamayan üçüncü kişi şeklinde bir ayırımı yapılması ise isabetli değildir."

308 "Mahkemece toplanan deliller ve tüm dosya kapsamına göre, 3.kişi konumunda bulunan ipotek alacaklısı Ziraat Bankası ipoteği koyduğu tarihte dava konusu gayrimenkul kaydında aile konutu şerhi bulunmaması, tapudaki kayda iyi niyetle güvenen 3.kişi konumunda olduğu, Ziraat Bankasının kötü niyetli olduğu hususunun dosyada ispat edilmemesi nedeni ile davanın reddine karar verilmiş; hüküm, davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir. Dosyadaki yazılara kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına, davalı 3. şahsın banka olması, kötü niyetinin ispat edilememesine göre davacı vekilinin yerinde görülmeyen bütün temyiz itirazlarının reddi ile usul ve yasaya uygun bulunan hükmün ONANMASINA." (17. HD 16.05.2018, 2015/18713, 2018/5100); "Somut olayda, taşınmaz aile konutu olup, davalı eş dava konusu aile konutunu davalılardan Arzu Kutlu Dağlı'ya devretmiştir. Bu işlem sırasında davacı eşin açık rızası bulunmaktadır. Mahkemece dava, taşınmaz devralan davalı Arzu Kutlu Dağlı'nın iyiniyetli olduğu gerekçesiyle reddedilmiştir. Bu durumda taşınmaz devralan üçüncü kişinin iyi niyetli bulunduğuna ilişkin gerekçe yerinde değil ise de; davacı eşin taşınmazın devrine dair açık rızası bulunması sebebiyle ret kararı sonucu itibariyle doğru bulunmakla davacının, davanın reddine yönelik temyiz itirazları yerinde görülmemiş, ret gerekçesinin açıklanan şekilde değiştirilerek ve düzeltilerek onanmasına (HUMK m. 438/son) karar verilmesi gerekmektedir." (2. HD 15.03.2018, 2016/14638, 2018/3368).

309 Cansel, s. 10.

310 DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 215; DOĞAN, Tasarruf Yetkisi, s. 97; YILDIRIM, Tapuya Güven, s. 156; ARMUTÇUOĞLU, s. 430.

311 KAMACI, Aile Konutu, s. 135, 136, "Aile konutunu devralan üçüncü kişi, iyiniyetli ise işlemi yaptığı kişinin evli olduğunu ve yapılan işlemin aile konutuyla ilgili olduğunu bilmeyen veya bilebilecek durumda olmayan kişi iyiniyetlidir ve asıl olan iyiniyetin varlığıdır. (TMK. m. 3) kazanımı korunmalıdır.

312 DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 214, 215.

313 CANSEL, s. 73.

314 CANSEL, s. 27, 73.



tescil lehtarını üçüncü kişiden aynı hak iktisap eden kişiler iyiniyetli³¹⁵ olması faraziyesinde³¹⁶ tapu siciline güven ilkesi (TMK m. 1023), işlerlik kazanacaktır³¹⁷. Meğerki mesken üzerinde aile konut şerhi bulunsun³¹⁸.

SONUÇ

Medeni Kanun anlamında eşler kural olarak tam ehliyetli kabul edilmiştir. Ancak, TMK'nun 194. maddesinde vücut bulan aile konutunun devri ya da aile konut hakkının sınırlanması işleminin geçerliliği hak sahibi olmayan eşin açık rızasına bağlıdır. Söz konusu rıza sağlar arası ve iradi hukuki işlemlere mebni ve mahsustur. Kanun, her ne kadar, aile konutunun devir ve sınırlanmasını hak sahibi olmayan eşin açık rızasına bağlı kılarsa da, rıza bulunmayan hallerde hukuki işlemin akıbeti ve geçersizlik türü belirtilmemiştir. Kural olarak eşler birbirleriyle ve üçüncü kişilerle olan hukuki işlemlerinde irade serbesti ve işlem eşitliğini haiz ise de, aile konutuna ilişkin tasarruf işlemlerinde kayıt malik eşin tasarruf yetkisi sınırlanmıştır. Bu sınırlama, aile konut şerhinin tapu sicilinde aleniyet kesb ettirilmesine bakılmaksızın kanundan doğan, hak sahibinin temlik tasarruflarını yasaklayıcı fonksiyonundan yoksun olup, tapu sicilini temlike

315 "Davacı, dava konusu taşınmazın aile konutu olduğu iddiası ile Türk Medeni Kanununun 194. maddesi uyarınca satışın iptali ve tescil talebinde bulunmuştur. Dava konusu taşınmazın, davacının eşi Ahmet Gödek tarafından 16.03.2013 tarihinde davalılardan Ahmet Öztürk'e devredildiği, Ahmet Öztürk'ün de 13.08.2013 tarihinde taşınmazı davalılardan Şenel Ustabaşı'na devrettiği anlaşılmaktadır. Aile konutu olan taşınmazın, hak sahibi olan eş tarafından üçüncü kişiye devri, davacının açık rızasını gerektirmektedir (TMK m. 194/1) (HGK'nun 24.05.2017 tarih 2017/2-1604 esas, 2017/967 karar sayılı kararı). Bu rıza alınmamıştır. Toplanan delillerden davalılardan Ahmet ve Şenel'in birbirlerini tanıdıkları, taşınmazın aile konutu olduğunu bildikleri, el ve iş birliği içinde kısa süre içinde taşınmazı devrederek, kötü niyetli olarak hareket ettikleri anlaşılmaktadır. Bu sebeplerle davanın kabulü gerekirken, reddine karar verilmesi doğru bulunmamış ve bozmayı gerektirmiştir." (2. HD 20.06.2018, 3649/7760).

316 "Aile konutunun, hak sahibi eş tarafından devri ve konut üzerindeki hakların sınırlandırılması, diğer eşin açık rızasına bağlıdır (TMK m. 194). Bu rıza alınmamıştır. Bu rıza alınmadan konutla ilgili yapılan tasarruf işlemi geçersizdir. Bu durumda taşınmazı ilk devralan Yılmaz'ın kazanımı korunmayacak, Yılmaz'ın üzerindeki tescil, yolsuz tescil niteliğini alacaktır. Ne var ki, taşınmazı ilk devralan Yılmaz, bu taşınmazı Mustafa'ya devretmiştir. Yılmaz'ın Mustafa'ya devrinde Türk Medeni Kanununun 194. maddesi koşulları artık aranmaz. Ancak, taşınmazı en son devralan davalı Mustafa kendisine bu taşınmazı devreden Yılmaz'ın üzerindeki tescilin yolsuz olduğunu biliyor veya bilmesi gerekiyorsa, bu tescile dayanamaz (TMK m. 1024/1). Davalı Mustafa'nın taşınmazı kendisine devreden Yılmaz'ın' üzerindeki tescilin yolsuz olduğunu bildiği veya bilmesi gerektiğine ilişkin bir delil bulunmadığı gibi, Yılmaz'ın diğer davalılarla el ve iş birliği içinde kötü niyetli olarak hareket ettiği de kanıtlanamamıştır. Öyleyse davanın reddi gerekirken, kabulü ile yazılı şekilde hüküm kurulması doğru bulunmamıştır." (2. HD 21.06.2018, 3291/7932).

317 GÜNERGÖK, s. 266; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 215; KAMACI, Aile Konutu, s. 133; ÇABRİ, s. 409; Acar, s. 14

318 ÇABRİ, s. 414.



kapatmayacak ise de, kanuni tasarruf yetkisi sınırlamasından mütevellit yapılan tescil yolsuz olacaktır. Bir hukuki işlemin geçerliliği için diğer eşin izin ya da icazetine muhtaç olunan ihtimallerde, işlem askıda hükümsüzlükle maluldir. Zira eşin açıkça rıza göstermediğini beyan etmediği durumda kesin hükümsüzlükten bahsetmek doğru olmayacaktır. Söz konusu icazet verilirse işlem baştan itibaren geçerli, aksi halde geçersiz olacaktır. Açık rızası alınmadan aile konutu devredilen ya da aile konutunu kullanma hakkı sınırlanan hak sahibi olmayan eş, söz konusu işlemlerin iptali için dava açabilecektir. Tapu iptali ve tescil davalarının, hukuki sonuçları itibariyle aynı dava olmalarında şüphe bulunmamakla birlikte, davanın ikamesine vücut veren vakıaların bir diğer ifadeyle dava açılmasına sebep olan hukuki ilişkinin, yani dava konusu hakkın şahsi ya da aynı hak olması farklı hukuki sonuçlar doğuracaktır. Hak sahibi olmayan eş, bu davayı ikame etmeden önce aile konutu vasfı kaybolur ya da evlilik birliği boşanma, evliliğin iptali ya da vefat sebebiyle sona ererse, artık eş rızasına ihtiyaç olmadığından, aile konutunun devir veya konut hakkının sınırlanmasının iptalinde hukuki menfaati kalmayacaktır. Dolayısıyla başlangıçta rızası bulunmadığı hukuki işleme icazet verilip verilmediği belli olmayan bu aşamada hukuki işlem de baştan itibaren geçerli hale gelecektir. Kaldı ki, bu ihtimalde, aile konutuna dayalı yapılan tasarruf işleminin iptali konusuz kaldığı gibi hukuki menfaatten de varestede olacaktır. Lakin hak sahibi olmayan eş, rızası alınmadan aile konutuna dayalı yapılan devir ya da kullanım hakkını sınırlayan işlemin iptali davasını ikame ettikten sonra ve bu dava derdest iken, aile konutu konusuz kalır yahut evlilik birliği boşanma, evliliğin iptali ya da vefat sebebiyle sona ererse, söz konusu dava, konusuz kaldığından, karar verilmesine yer olmadığına hükmedilecektir. Davanın konusuz kalması, hukuki menfaat yokluğuna dayanacaktır. Zira davada hukuki menfaat, dava şartı olarak yargılamanın sonuna hatta hüküm kesinleşinceye değin mevcut olması gereklidir. Davanın konusuz kalması, hak sahibi olmayan eşin rızası alınmadığı için geçersiz olan işlemi baştan itibaren geçerli hale getirmeyecektir. Nitekim malik olmayan eşin ikame ettiği dava ile birlikte işleme icazet vermediği, bilakis bu tasarrufa rıza göstermediği beyan edilmiştir. Dolayısıyla başlangıçta hak sahibi olmayan eşin rızası bulunmadığı için askıda hükümsüz olan hukuki işlem, aile konutuna ilişkin yapılan tasarruf işlemine vaki iptal davası ile geçersizlik müeyyidesine maruz kaldıktan sonra, evlilik birliğinin ortadan kalkmasıyla konusuz kalmıştır. Nitekim geçersiz olan işlemin yeniden baştan itibaren geçerli hale gelmesi hukuki işlemin genel geçerlilik şartlarına da aykırılık oluşturacaktır. İptal davası ile icazet verilmediği sabit olduğundan, kullanmakla (İptal davası) tüketilen hakkın yeniden canlanması söz konusu olmayacaktır. Bu sebeple, mahkemece konusuz kalan dava hakkında karar verilmesine yer olmadığına yönelik nihai bir karar verilecek olup, bu karar, işlemin baştan itibaren geçerli hale gelmesine değil, hukuki menfaat yokluğuna



dayalı ve aynı taraflar arasında aynı davanın yeniden uyuşmazlık konusu yapılmasına engel mahiyette bir karar olacaktır. Eşlerden birinin vefatı ile sağ kalan eş bakımından TMK'nun 240 ve 652. maddesi gereği katılma payı alacağı ya da miras hissesine karşılık aile konutunun mülkiyeti yahut üzerinde sükna ve intifa hakkı tesisi cihetinden aile konutunun iade ya da takyidatlardan arınmış şekilde terekeye döndürme hakkı noktasında sağ kalan eşin hukuki menfaati olduğu ileri sürülse de, söz konusu talep, vefat tarihi itibarıyla terekedeki mevcut ile sınırlı olarak ancak mirasçılara ileri sürülebileceğinden, evlilik birliğinin vefat ya da mahkeme kararı ile sona ermesi, aile konutuna ilişkin hukuki korumayı sona erdirmesi sebebiyle söz konusu davanın konusuz kalmasını engellemeyecektir. Keza boşanmaya bağlı fer'i mahiyetteki maddi/manevi tazminat, yoksulluk nafakası ile mal rejimi tasfiyesine bağlı katkı, katılma ve değer artışı talepleri şahsi nitelikte alacak hakkı bahsettiğinden, aile konutuna dayalı devir ve aile konut hakkını sınırlayan hukuki işlemin iptaline matuf dava, aile birliğini sona erdiren ölüm ya da mahkeme kararı ile birlikte konusuz kalacağı gibi, boşanmaya bağlı bu haklar, aile konutunun devri ya da sınırlanmasının iptaline ilişkin davaya etki etmesi de söz konusu olmayacaktır. Zira söz konusu talepler, şahsi alacak hakkı niteliğinde olduğundan, aynı etkiden mahrumdur. Meğerki muvazaaya dayalı tapu iptali ve tescil davası mevcut olsun. Bu ihtimalde, söz konusu dava, tapu sicilinde bir değişikliğe mahal vermeden iptale konu taşınmaz mülkiyeti devreden eski eş üzerindeymiş gibi, alacağın tahsiline imkan sağlayacaktır.

Hukuki güvenlik ve işlem barışının tesisi için aile konut şerhinin, kurucu bir unsur olduğu yasal dayanak haline getirilmelidir. Zira TMK'nun 194. maddesiyle aile konutuna getirilen koruma, herkese karşı ileri sürülebilecek ve mutlak bir aynı hak niteliğinden yoksundur. Aile konut niteliği tarafların irade ve fiili yaşam vakıasına göre vücut bulmaktadır. Eşler ortak iradeleriyle her zaman aile konut niteliğini ortadan kaldırılabirler. Bu ise üçüncü kişilere karşı muvazaalı işlem yapmaya müsait bir durumdur. Yani tarafların her zaman aile konut niteliğini ortak iradeleriyle değiştirebilmeleri muvazaaya kapı aralayıp, işlem güvenliğini ortadan kaldıracaktır. Dolayısıyla nasıl ki, kimse tapu sicilinde kayıtlı bir hususun kendisine meçhul olduğunu iddia edemiyor ise, kamuya açıklık fonksiyonunun tapu sicili marifetiyle sağlandığı taşınmazlar bakımından, sicilde var olmayan bir hususun kişilere malum olması ve hukuki durumlarının bundan etkilenmesi; nimet- külfet dengesine aykırılık oluşturduğu gibi, hukuki barış ve istikrar ile işlem güvenliğini de zedeleyecektir. Zira taşınmazlarda mülkiyet karinesi, tapu sicili marifetiyle aleniyet kesbettiğinden, bütün hususiyetlerin kesin ve sarih olması gereklidir. Kaldı ki taşınmaz hukuku kamu düzeni ve kamu yararı mülhazı üzerine kurgulanmıştır.



KAYNAKLAR

ACAR Hakan, Türk Medeni Kanunu m. 194 Kapsamında Aile Konutu Üzerinde İyiniyetli Üçüncü Kişilerin Hak Kazanımı, **Kazanıcı Hakemli Hukuk Dergisi**, 2008, S. 47- 48, (s. 7- 18).

ADAY Nejat, **Taşınmaz Mülkiyetinin Naklinde Muvazaa**, İstanbul 1992.

ARMUTÇUOĞLU Can Yalçın, Aile Konutuna Sağlanan Koruma ve Aile Konutu Şerhinin Hukuki Niteliği, **MÜHF- HAD**, 2011, C. 17, S. 1- 2, (s. 413- 436).

AYBAY Aydın, **Tapu Sicilinde Muvakkat Tescil**, İstanbul 1962.

AYİTER Kudret, **Medeni Hukukta Tasarruf Muameleleri**, Ankara 1953.

BADUR Emel, Eşin Rızası, **TBB Dergisi**, 2013, S. 109.

BAĞCI Ömer, Aile Konutu Üzerinde Tasarruf, **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. IV, S. 2, 2007. (s.145- 175).

BAYGIN Cem, **4721 Sayılı Yeni Medeni Kanunun Evlenme, Boşanma ve Evliliğin Genel Hükümleri Konusunda Getirdiği Değişiklikler**, Prof. Dr. Ünal Tekinalp'e Armağan, İstanbul 2003, (s. 437- 461).

BUZ Vedat, **Yenilik Doğuran Haklar**, Ankara 2005.

CANSEL Erol, **Tapu Siciline İtimat Prensibi**, Ankara 1964.

CEYLAN Ebru, Yeni Türk Medeni Kanunu'nda Aile Konutunun Önemi, **TBB Dergisi**, 2017, S. 128, (s. 203- 230).

ÇABRİ Sezer, **Aile Konutu Şerhi**, Prof. Dr. Ergon A. Çetingil ve Prof. Dr. Rayegan Kender'e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, İstanbul 2007.

DALCI Özdoğan Nurcihan, Aile Konutu Niteliğinin Sona Ermesi İle Diğer Eşin Rızası Alınmadan Yapılan Tasarruf İşlemi kendiliğinden Geçerli Hale Gelir Mi, **ERÜHFD**, 2018, C. XIII, S. 2, (s. 135- 167).

DEMİRBAŞ Feride, Aile Konutu Şerhinin İyiniyetli Üçüncü Kişilerin aynı Hak Kazanımlarına Etkisi ve Konuya İlişkin Yargıtay Uygulaması, 2017, **ASEAD** 4, (12), (s. 420- 427).

DEMİR Mehmet, **Evlilik Birliğinin Temsili ve Aile Konutu İle İlgili İşlemler**, Prof. Dr. Turgut Kalpsüz'e Armağan, Ankara 2005.

DOĞAN Murat, Medeni Kanunun Getirdiği Yeni Bir Müessese: Aile Konutu, **AÜEHFD**, 2002, C. VI, S. 1- 4, (s. 285- 300). (Aile Konutu)

DOĞAN Murat, **Tapu Sicilinde Tasarruf Yetkisi Kısıtlamasının Şerhi**, Ankara 2004, (Tasarruf Yetkisi).

DÖNMEZ Murat, Aile Konutunun Haczi, **TBB Dergisi** 2008, S. 77, (s. 349- 358).



DURAL Mustafa/Öğüz Tufan/Gümüş Alper, **Türk Özel Hukuku**, C.III, Aile Hukuku, İstanbul 2005.

ERSÖZ Oğuz/ÖNDER Gizem Şahika, Evliliğin Yokluğu, **Yargıtay Dergisi**, 150. özel Sayısı, S. 3, C. 44.

GENÇCAN Ömer Uğur, Aile Konutu; Kavramı, Şerhi ve Üzerindeki Haklar, **İBD**, Aile Hukuku Özel Sayı, Mart 2007, (s. 18- 70).

GEZDER Ümit, Mirasın Paylaşılmasında Aile Konutunun Ve Ev Eşyasının Sağ Kalan Eşe Özgülenmesi (MK m. 652), **İÜHFMD** 2007, C. LXV, S. 2, (s. 237- 252).

GÜNERGÖK Özcan, Eşlerden Birinin Mülkiyetindeki Tapuya Kayıtlı Aile Konutu Üzerinde Üçüncü Kişilerin Mülkiyet Veya Sınırlı Ayni Hak İktisabı, **EÜHFMD**, C. XIII, S. 1- 2, 2009, (s. 249- 283).

GÜRSES Davut, Aile Konutu Üzerinde Kurulan İpoteğin Eş Rızası Yokluğu Nedeniyle Yolsuz Hale Gelmesinden Kaynaklanan Zarardan Devletin Sorumluluğu, **Bankacılar Dergisi** 2018, S. 106, (s. 69- 89).

HANAĞASI Emel, **Davada Menfaat**, Ankara 2009.

HÜSEYİN İhsan, Aile Konutu; Kavram, Üzerindeki Haklar Ve Korunması, **AÜHFMD**, 2018, S. 67,(3), s. (577- 604).

KAMACI Mahmut, Aile Konutu ve Hak Sahibi Eşin Bu Konutla İlgili Tasarruflarına Diğer Eşin Katılma Hakkı, **Yargıtay Dergisi**, 2004, Ocak-Nisan, S. 1- 2, s. 113- 138, (Alile Konutu).

KAMACI Mahmut, Tapu Kütüğüne Aile Konutu Şerhi'nin Konulması, Şerhin İşlevi, Geçerlilik Süresi Ve Terkin Sorunu, **Yargıtay Dergisi**, Temmuz 2010, C. 36, S. 3, (Şerh).

KARLI Özlem, **TMK. Mad. 652'ye Göre Aile Konutu Ve Ev Eşyasının Sağ Kalan Eşe Özgülenmesi**, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan, İstanbul 2009, C.

KILIÇOĞLU Ahmet, **Aile Hukuku**, Ankara 2017, (Aile Hukuku).

KILIÇOĞLU Ahmet, **Aile Konutu Ve Konut Eşyası İle Sağlanan Koruma**, Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan, (Aile Konutu).

KILIÇOĞLU Ahmet, **Türk Medeni Kanunu'nda Diğer Eşin Rızasına Bağlı Hukuksal İşlemler ve Yasal Alım Hakkı**, Ankara 2002. (Alım Hakkı).

KÖPRÜLÜ Bülent/KANETİ Selim, **Sınırlı Ayni Haklar**, İstanbul 1982- 1983.

KURT Ekrem, **Tapu Sicilinin Düzeltilmesi**, İstanbul 2004.

MERİÇ, Nedim, **Medeni Yargılama Hukukunda Tasarruf İlkesi**, Ankara 2011.

NEBİOĞLU Öner Şebnem, Aile Konutunun Özellikleri, Unsurları, Koruma Süresi ve Korunma Nedenleri, **TBB Dergisi**, 2011, S. 97, (s. 117- 154).



OĞUZMAN, Kemal/BARLAS, Nami, **Medeni Hukuk, Giriş/ Kaynaklar/Temel Kavramlar**, İstanbul 2011.

ÖZUĞUR Ali İhsan, **Mal Rejimleri**, Ankara 2006.

SEROZAN Rona, **Aile Konutunun Şerhinde Değişik Bir Yaklaşım, Zahit İmre'ye Armağan**, Der Yayınları, İstanbul 2009, (Aile Konutu).

SİRMEN Lale, **Eşya Hukuku**, Ankara 2017.

ŞENOCAK Zarife, **Aile Konutu ve Ev Eşyasının Özgülenmesi**, Batider 2009, C. XXV, S. 21.

ŞIPKA Şükran, Aile Konutu Ve Diğer Eşin Rızasına Bağlı İşlemler, Yeni Medeni Yasanın Aile Hukukuna Getirdiği Yenilikler, **TBB**, Ankara 2003, (Aile Konutu).

ŞIPKAŞükran, **Türk Hukukunda Eşlerin Hukuki İşlem Özgürlüğünün Sınırları, Public And Private International Law Bulletin**, 35 (1) (s. 47-58), (Hukuki İşlem).

TANRIVER Süha, **Medeni Usul Hukukunda Derdestlik İtirazı**, Ankara 1998.

TOPUZ Gökçen, Boşanma Davası Sırasında Eşlerden Birinin Ölmesi Halinde Mirasçıların Davaya Devam Etmelerinin Usul Hukuku Bakımından Yol Açtığı Sorunlar, **TAAD**, Temmuz 2012, C. 1, S. 10, (s. 69-94).

UYAR Talih, **İcra ve İflas Hukukunda Tasarrufun İptali Davasının Konusu**, ABD, 2011/1, (s. 211- 231).

ÜSTÜNDAĞ Saim, **Tapu Kütüğünün Tashihi Davası**, İstanbul 1959.

VARDAR- Hamamcıoğlu Gülşah, **Medeni Hukuk'ta Tasarruf İşlemi Kavramı**, İstanbul 2014.

VON Tuhr, A, **Borçlar Hukuku**, C. 1, İstanbul 1952.

YAKUPPUR Sendi, Aile Konutu Ve Tapu Kütüğüne Güven İlkesi, Prof. Dr. Özer Seliçi'ye Armağan, 2016, **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 11, S. 145- 146 (Aile Konutu).

YAKUPPUR Sendi, **Tapu Kütüğüne Güven İlkesi**, İstanbul 2015 (Tapu Kütüğü).

YAVAŞ Murat, **Medeni Usul Hukukunda Temyiz**, Ankara 2015.

YILDIRIM Abdülkerim, **Türk Aile Hukuku**, Ankara 2018, (Aile Hukuku).

YILDIRIM Abdülkerim, **Tapuya Güven Yoluyla Aynı Hak Kazanımı**, Ankara 2016 (Tapuya Güven).

BİR MECRA OLARAK SOSYAL MEDYANIN REKLAM HUKUKU AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

(Evaluation of Social Media as a Medium in Terms of Advertising Law)

Dr. Öğr. Üyesi Semih Sırrı ÖZDEMİR¹

Arş. Gör. M. Zahid DOĞANAY²

ÖZ

İnternet kullanımının yaygınlaşması, bu mecraı kullanıcıların sadece hedef kitle olmakla sınırlı kalmadığı, artık içerik de paylaşabildiği bir alan haline getirmiştir. Bu açıdan özellikle internet reklamcılığı, reklamın daha fazla sayıda kişiye, daha etkin ve uygun maliyetlerle iletilebilmesine katkı sağlamakta ve bu yönüyle hızlı bir gelişme göstermektedir. Belirtilen durum, sosyal medyanın bir reklam mecrası olarak ve hukuki yönleriyle değerlendirilmesi ihtiyacını doğurmaktadır. Özellikle de, kişiselleştirilmiş reklamlar, gizli marka temsilciliği, yayılmacı reklamlar ve ünlü desteği gibi yöntemlerle sunulan iletilerin, reklam hukukuna dair ilkeleri ihlal etme ihtimali ve bunların denetimi sürecinde karşılaşılan sorunlar, bu gereksinimi daha da arttırmaktadır. Çalışmanın amacı, reklam kavramının, bir mecra olarak sosyal medyanın, sosyal medyada öne çıkan platformların ve reklam yöntemlerinin, ilgili ihlallerin ve bunlardan dolayı hukuken sorumlu kişilerin değerlendirilmesidir.

Anahtar Kelimeler: Sosyal Medya, Reklam Hukuku, Haksız Rekabet, Yayılmacı Reklam, Ünlü Desteği

ABSTRACT

The spread of the internet use made this medium an area, where users are not only limited to be a target group, but also able to generate content. Especially in this respect, internet advertising contributes to the conveying of advertisement to more people in a more effective and cost-efficient way and therefore, it shows a rapid growth. Aforementioned condition is a cause for the requirement of evaluating social media as an advertising medium and with its legal aspects. Particularly, the possibility of violating the principles of advertising law with the messages presented

1 Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, semihozdemir@hacettepe.edu.tr

2 Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, zdoganay@cu.edu.tr

by methods such as personalized advertising, brand pushing, viral advertising and celebrity endorsement and the problems encountered in their inspection process further increase this requirement. The aim of the study is to evaluate the concept of advertising, social media as a medium, the platforms and advertising methods that are prominent in the social media, concerning infringements and the persons legally liable for them.

Keywords: Social Media, Advertising Law, Unfair Competition, Viral Advertising, Celebrity Endorsement

GİRİŞ

Reklam, mevcut rekabet ortamı içerisinde varlığını sürdürebilmek ve tüketicileri bilgilendirmek isteyen kişi veya işletmelerin, ürün ve hizmetlerinin pazarlanmasında kullandıkları her türlü iletişim yöntemidir³. Reklam, tüketicileri bilgilendirme ve rekabeti sağlama işlevi sayesinde ekonomiye katkı sağlamaktadır. Ancak reklamın bazı durumlarda, birtakım ihlal iddialarına neden olması mümkündür. Rekabet ortamı içerisinde rakiplerini saf dışı bırakmayı amaçlayan bazı işletmelerin, tüketicilere yönelik saldırgan veya aldatıcı reklamlara başvurmaları buna örnek olarak gösterilebilir. Bu durum, bir yandan haksız rekabete vücut verirken diğer yandan tüketicilerin zarar görmesine neden olmaktadır. Rekabet ortamının sağlanması ve tüketicilerin haksız ticari reklamlara karşı korunması amacıyla ülkemizde ve dünyada reklama ilişkin hukuki düzenlemeler getirilmektedir.

Teknolojide meydana gelen gelişmeler neticesinde, iletişimde farklı boyutlara ve bilginin daha hızlı yayılmasına olanak tanıyan yeni iletişim mecraları ortaya çıkmıştır. Gazete, dergi, radyo ve televizyon gibi tüketicinin edilgen durumda olduğu geleneksel iletişim araçları, yerlerini tüketicinin aktif olarak kendini ifade edebildiği; düşünce, beğeni ve tercihlerini ortaya koyma imkânı bulduğu sosyal paylaşım ağlarına bırakmaktadır. Tüm bu gelişmeler, bu yeni mecraların geleneksel olanlara nazaran etkisini önemli ölçüde arttırmaktadır.

3 Reklama ilişkin öğretide yapılan tanımlar için bkz. ADAK, Agâh, “Türk Hukuku Açısından Haksız Rekabet Müessesesi ve Reklam Yolu ile Haksız Rekabet”, *Adana İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Dergisi*, S. 4, 1975, s. 361; İNAL, Emrehan, *Reklam Hukuku ve Aldatıcı Reklamlar*, İstanbul, 2000, s. 13-14 (“*Reklam Hukuku*”); BOZBEL, Savaş, *Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Karşılaştırmalı Reklam Hukuku*, Ankara, 2006, s. 31; DİŞBUDAK, Aylin, *Türk Hukukunda Aldatıcı Reklamlar*, (Yayınlanmamış YL Tezi), Ankara, 2007, s. 8; ÖZSUNAY, Ergun, “Karşılaştırmalı Reklamlar”, *Uluslararası Reklam Hukuku Sempozyumu*, 2009, s. 137; AYDOĞDU, Murat, *Tüketici Hukuku Dersleri*, Ankara, 2015, s. 81-82.



Özellikle sosyal medya⁴ kavramının ortaya çıkışıyla birlikte pazarlama ve reklamcılık anlayışında köklü değişiklikler meydana gelmiştir. Tek yönlü ve genele yönelik reklam anlayışına göre, daha çok karşılıklı etkileşime dayalı ve kişiye özgülenen bu reklam anlayışı da reklamcılık uygulamasında yer bulmaya başlamıştır. Reklam sektöründeki belirtilen köklü değişimin hukuki sonuçlarının incelenmesi amacını taşıyan bu çalışma, mecraya özgü karşımıza çıkabilecek yeni ihlallerin, mevzuattaki sınırlandırmaların bu mecra açısından etkinliğinin ve alana ilişkin düzenlemelerin önleyiciliğinin değerlendirilmesini hedeflemektedir.

I. REKLAM KAVRAMI

A. Tanımı

Reklam kavramına ilişkin mevzuatımızda birden çok tanım yer almaktadır. 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da reklam "...ticaret, iş, zanaat veya bir meslekle bağlantılı olarak; bir mal veya hizmetin satışını ya da kiralanmasını sağlamak, hedef kitleyi oluşturanları bilgilendirmek veya ikna etmek amacıyla reklam verenler tarafından herhangi bir mecrada yazılı, görsel, işitsel ve benzeri yollarla gerçekleştirilen pazarlama iletişimi niteliğindeki duyurular..." olarak tanımlanmıştır (TKHK m.61/1). Bu tanım, Reklam Kurulu Yönetmeliği'nin m. 3/1-ı bendi ile Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği'nin m. 4/1-n bendinde de aynı şekilde kaleme alınmıştır. 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun'da ise "*Taşınmazlar, hak ve yükümlülükler dâhil olmak üzere mal veya hizmetlerin teminini teşvik etmek, bir amaç veya düşünceyi yaymak veya başka etkileri oluşturmak amacıyla ticaret, iş, zanaat veya bir meslekle bağlantılı gerçek ve tüzel kişi tarafından, bir ücret veya benzeri bir karşılıkla yapılan her türlü duyuru veya öz tanıtım yayını*" ifadesine yer verilmiştir (m. 3/1-ş).

Uluslararası Ticaret Odası (International Chamber of Commerce) tarafından ilk olarak 1937 yılında yayımlanan Uluslararası Reklam Uygulama Esasları'nda ise reklam "...mecralarda bir ücret ya da bir değer karşılığı yayımlanan her türlü pazarlama iletişimi" olarak tanımlanmıştır⁵.

4 Sosyal medya sadece bir iletişim mekanizması olarak değil, aynı zamanda bir elektronik ticaret, bilgi paylaşımı ve reklam mecrası olarak da cazip hale gelmiştir. Ancak bu mecra, yasadışı veya hukuka aykırı faaliyetlere karşı bildiğimiz internet ortamından daha korunaklı değildir. Dolayısıyla sosyal medya diğer pek çok disiplinin yanında hukuk öğretisinin de inceleme alanlarından biri haline gelmiştir. Bu konuda örnek olarak bkz. BRUNTY, Joshua L. / HELENEK, Katherine, **Social Media Investigation for Law Enforcement**, Oxford-Waltham, 2013, s. 71; KAYA, Mine, "Sosyal Medya ve Sosyal Medyada Üçüncü Kişilerin Kişilik Haklarının İhlali", **TBB Dergisi**, S. 119, 2015, s. 277-278, ("*Sosyal Medya*").

5 Uluslararası Reklam Uygulama Esasları, ICC tarafından 2011 yılında revize edilmiştir.

Öğretiye baktığımızda da birbirinden ayrılan tanımlara rastlamak mümkündür. Bunlara örnek olarak reklam, Adak tarafından “belli bir mala veya işletmeye karşı talep yaratmak amacı ile yapılan her türlü beyan”⁶; Özsunay tarafından ise “genel olarak, mal ve hizmetleri tanıtmak ve satışlarını arttırmak amacıyla, üretici veya satıcı tarafından bir bedel ödenerek herhangi bir vasıta ile yayımlanan her çeşit mesaj” olarak tanımlamıştır⁷. Diğer bir tanıma göre ise reklam, “alıcıyı şu an veya gelecekte harekete geçirmek için ikna etmek üzere tasarlanmış, bilinen bir kaynaktan gelen, ücretli ve vasıtalı bir iletişim şeklidir”⁸. Bu yaklaşımlardan da anlaşılacağı üzere, reklam mecralarında yaşanan gelişmeler, farklı reklam yöntemleri ve reklama konu ürün ile hizmetlerin çeşitliliği, reklama ilişkin genel geçer bir tanımın yapılmasını zorlaştırmaktadır⁹.

B. Reklamın Unsurları

Reklamın en temel unsuru tüketiciye yönelik bir mesajın varlığıdır¹⁰. Bir reklam çoğunlukla ürün veya hizmetlerin tüketicilerce tanınması, işletmenin marka değerinin artırılması gibi amaçlarla hazırlanır¹¹. Dolayısıyla reklam, esasen içeriğinde tüketicilere yönelik bir veya birkaç mesaj içerebilmektedir¹². Reklam ile verilmek istenen mesaj genele yönelik olabileceği gibi bireysel de olabilir¹³. Nitekim internet ve sosyal medyada kullanılan kişiselleştirilmiş reklam uygulamaları mesajın bireysel olabileceğini göstermektedir. Buna karşın gazete, dergi, radyo ve televizyon gibi geleneksel mecralarda yayımlanan reklamlarda mesajın genele yönelik olduğu görülmektedir.

<https://cdn.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2011/08/ICC-Consolidated-Code-of-Advertising-and-Marketing-2011-English.pdf> (Erişim: 21.03.2018).

6 ADAK, s. 361.

7 ÖZSUNAY, s. 137.

8 RICHARDS, Jef I. / CURRAN, Catharine M., “Oracles on “Advertising”: Searching for a Definition”, *Journal of Advertising*, Vol. 31, No. 2, 2002, s. 74.

9 ÖZDEMİR, Semih Sırrı, **Haksız Rekabet Kavramı Açısından Dürüstlük Kuralına Aykırı Reklamlar**, İstanbul 2013, s. 39.

10 ÖZDEMİR, S, s. 44; TEKELİOĞLU, Numan, **Tüketicinin Korunması Açısından Hukuka Aykırı Reklamlar**, İstanbul, 2016, s. 12.

11 ÖZDEMİR, S., s. 40.

12 TEKELİOĞLU, s. 12.

13 BOZBEL, s.31-32; ÖZDEMİR, S, s. 45; AYDOĞDU, s. 82; TEKELİOĞLU, s.13-14; Reklam mesajının genele yönelik olması gerektiği görüşü için bkz. GÖLE, Celal, **Ticaret Hukuku Açısından Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması**, Ankara, 1983, s.36; İNAL, Reklam Hukuku, s. 15; ÖZDEMİR, Hayrunnisa, “Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicilerin Korunması”, *AÜHF*, C. 53, S.3, 2004, s. 67; DİŞBUDAK, s. 9-10; İNAL, Emrehan/BAYSAL, Başak, **Reklam Hukuku ve Uygulaması**, İstanbul, 2008, s. 7; İMRAK, İsmet, **Reklam Hukuku ve Aldatıcı/Yanıltıcı Reklamlar**, (Yayımlanmamış YL Tezi), İzmir, 2009, s. 19; ÜREY, Yelda, **Türk Hukukunda Karşılaştırmalı Reklamlar**, (Yayımlanmamış YL Tezi), İstanbul, 2010, s. 22; ASLAN, İ. Yılmaz, **Tüketici Hukuku**, Bursa, 2015; EROL, Arzu, **Türk Hukukunda Örtülü Reklam**, İstanbul, 2018, s. 35.



Reklamın bir mecra da yayınlanması için mecra kuruluşuna ödenen ücret bir diğer unsur olarak karşımıza çıkmaktadır¹⁴. Gerçekten geleneksel reklam mecralarında mecra kuruluşlarına belirli bir ücret ödenmektedir¹⁵. Ancak ücret unsuru reklamın zorunlu unsurlarından birisi değildir¹⁶. Zira sosyal medyada yayınlanan birçok reklam için sosyal paylaşım sitelerine herhangi bir ücret ödenmemektedir¹⁷.

Reklamın, çalışmamızın da üzerine yoğunlaştığı, bir diğer unsuru ise mecra unsurudur. Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği'nde yapılan tanıma göre mecra *“reklam ve tanıtım mesajını ileten ve o mesajı alma durumunda olan kişi, grup ya da topluluğun bulunduğu yeri ve ortamı; televizyon, her türlü yazılı basın, internet, telefon, radyo, sinema gibi iletişim kanalları ile açık hava, basılı materyal gibi iletişim araçlarını”* (m.4/1-1) ifade etmektedir. Bu tanım, sosyal medya gibi yeni iletişim araçlarını ve hatta gelecekte ortaya çıkması muhtemel iletişim araçlarını da kapsayacak şekilde kaleme alınmıştır¹⁸.

II. MECRA OLARAK SOSYAL MEDYA

A. Sosyal Medya Kavramı

İnternetin ve akıllı telefonların yaygınlaşmasıyla birlikte milyarlarca¹⁹ aktif kullanıcı tarafından kullanılan sosyal medya, esasen oldukça yeni bir mecradır. Bununla birlikte, sosyal medya ile ilgili öğretilerde birçok farklı tanıma rastlamak mümkündür. Bir tanıma göre sosyal medya, *“içeriği kullanıcılar tarafından oluşturulan ve değiştirilebilen, web 2.0’ın fikri ve teknolojik*

14 DİŞBUDAK, s. 12; ÜREY, s. 25; ÖZDEMİR, S., s. 50-51; TEKELİOĞLU, s. 17.

15 ÖZDEMİR, S., s. 50; TEKELİOĞLU, s. 17.

16 ÖZDEMİR, S., s. 50-51; TEKELİOĞLU, s. 17; ÖZDEMİR, H., s. 66; EROL, s. 29. Karşı görüş için bkz. DİŞBUDAK, s. 12; ÜREY, s. 25.

17 ÖZDEMİR, S., s. 51.

18 TEKELİOĞLU, s. 15.

19 *“We Are Social”* ve *“Hootsuite”* kuruluşları tarafından dünya genelinde *‘Digital in 2017’* adlı bir rapor yayınlanmıştır. Bu rapora göre dünya genelinde sosyal medya kullanan kişi sayısı 2,789 milyar (%37), dünya genelinde sosyal medyayı mobil uygulama üzerinden kullanan kişi sayısı ise 2,549 milyar (%34) olarak kayıtlara geçmiştir. Aynı rapora göre 2017 yılı itibarıyla ülkemizde sosyal medyayı 48 milyon (%60) kişi kullanırken, sosyal medyayı mobil uygulama üzerinden kullanan kişi sayısı 42 milyon (%52) olarak kaydedilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. <https://wearesocial.com/special-reports/digital-in-2017-global-overview> (Erişim: 28.03.2018). Aynı kuruluşlar, 2018 yılı için *‘Digital in 2018’* raporunu da yayınlamıştır. Bu rapora göre dünya genelinde sosyal medyayı aktif olarak kullanan kişi sayısı 3,196 milyara (%42), mobil uygulamalar üzerinden sosyal medya kullanan kişi sayısı ise 2,958 milyara (%39) ulaşmıştır. *‘Digital in 2018’* raporuna göre ülkemizde bir kişinin günlük internet kullanım süresinin ortalama 7 saate, sosyal medya kullanım süresinin ise ortalama 3 saate ulaştığı tespit edilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. <https://wearesocial.com/blog/2018/01/global-digital-report-2018> (Erişim:28.03.2018).

altyapısı üzerine kurulmuş bir internet tabanlı uygulamalar grubu” olarak tanımlanmaktadır²⁰. Thornley’e göre sosyal medya, “bireylerin, okuyucu(hedef kitle) ve yazar(kaynak) rolleri arasında akıcı ve esnek bir şekilde geçiş yaptığı çevrimiçi iletişim ortamları”dır²¹. Kietzmann ve diğerleri bu kavramı, “yüksek etkileşimli ortamlar oluşturmak için bireylerin ve toplulukların, kullanıcı tarafından üretilen içeriği paylaştıkları, birlikte oluşturdukları, tartıştıkları ve değiştirdikleri mobil ve web tabanlı teknolojiler” olarak açıklamaktadır²². Boyd/ Ellison sosyal medyayı, “bireylerin, sınırlı bir sistem içerisinde genele açık ya da yarı açık profiller oluşturmalarına, bağlantı paylaştıkları diğer kullanıcıların listesini oluşturmalarına ve sistem içerisinde başkaları tarafından oluşturulmuş bağlantı listelerini görüntüleme ve inceleme imkânı sağlayan web tabanlı hizmetler” olarak tanımlamaktadır²³. Kaya ise sosyal medyayı, “internet altyapısı ve web 2.0 teknolojisine dayanan, kişilerin ortak ilgi, bilgi, duygu ve düşünceleri bağlamında karşılıklı etkileşim, iletişim, paylaşım, işbirliği, topluluk oluşturma ve kendi içeriklerini yaratmasını sağlayarak sosyalleşmesine imkan tanıyan ortam ve araçların bütünü” olarak ifade etmektedir²⁴.

Çevrimiçi iletişim ve teknoloji ile bağlantılı birçok kavram gibi, sosyal medya kavramını da dar sınırlar üzerinden tanımlamak, bu alanın zaman içindeki gelişme ve dönüşüm gösterme olasılığı ile tam olarak örtüşmeyecektir. Kavrama ilişkin, güncel her uygulamayı kapsamayı hedefleyen bir tanımın, gelecekte karşılaşılabilecek alana ilişkin yeni gelişmeler karşısında güncelliğini yitirmesi, dikkate alınması gereken bir ihtimaldir. Bu nedenle, yapılacak tanımın mümkün olduğunca bu mecraya ilişkin baskın unsurlarla sınırlı tutulması yerinde olacaktır. Kanaatimizce, bu ise anılan kavramın bazı açılardan Thornley tarafından da ileri sürülüne benzer bir şekilde, “kullanıcıların içerik üretmelerine ve diğer kullanıcılar tarafından üretilen içeriklere erişmelerine imkân tanıyan ve genellikle çevrimiçi bir ara birim üzerinden ulaşılan mecra” olarak tanımlanmasını mümkün kılmaktadır.

20 KAPLAN, Andreas M. / HAENLEIN, Micheal, “Users of the World, unite! The challenges and opportunities of Social Media”, **Business Horizons**, Vol. 53, No. 1, 2010, s. 61.

21 THORNLEY, Joseph, **What is social media?**, <http://propr.ca/2008/what-is-social-media/> (Erişim: 21.03.2018).

22 KIETZMANN, Jan H. / HERMKENS, Kristopher / MCCARTHY, Ian P. / SILVESTRE, Bruno S., “Social Media? Get serious! Understanding the functional building blocks of social media”, **Business Horizons**, Vol. 54, No. 3, 2011, s. 241.

23 BOYD, Danah M. / ELLISON, Nicole, “Social Network Sites: Definition, History, and Scholarship”, **Journal of Computer-Mediated Communication**, Vol. 13, No. 1, 2007, s. 211.

24 KAYA, Mine, **Elektronik Ortamda Kişilik Hakkının Korunması**, Ankara, 2015, s. 76, (“Kişilik Hakkı”).



Günümüzde sosyal medyayı oluşturan birçok araç ve ortam bulunmaktadır. Bunlar, sosyal ağlar, bloglar, wikiler (bilgi veritabanları), podcastler, forumlar, içerik toplulukları ve mikrobloggerlerdir²⁵. Bir diğer sınıflandırmaya göre ise sosyal medya sosyal ağ sitelerini, sanal dünyaları, sosyal haber sitelerini, forumları, wikileri ve blogları kapsayan bir şemsiyedir²⁶.

Sosyal ağlar kullanıcıların kişisel profil sayfaları oluşturmaları ve arkadaşlarıyla içerik paylaşma ve iletişim kurmaları için bağlantı sağlayan sitelerdir²⁷. Bloglar ve mikrobloggerler ise, kullanıcılara çeşitli konular üzerinde fikir ve düşüncelerini temelde metin üzerinden ifade etme olanağı tanıyan, içeriğin video, ses ve fotoğraflarla desteklenebildiği içerik yönetim sistemleridir²⁸. Wikiler, insanların sahip oldukları bilgileri ekleyebildikleri ya da düzenleme yapabildikleri ortak bir belge veya veritabanı gibi faaliyet gösteren sitelerdir²⁹. Sosyal medyanın türevlerinden biri olan içerik toplulukları, kullanıcıların fotoğraf, video, makale, kısa hikâye, oyun ve sunum gibi tüm içerik türlerinde birbirleriyle paylaşım yapabilmesine izin veren ortamlardır³⁰. Sanal dünyalar, kullanıcıların birer avatar oluşturduğu ve bu sayede birbirleriyle etkileşim kurduğu uygulamalardır³¹. Forumlar ise sosyal medya kavramından önce ortaya çıkan, üyelerinin belirli başlıklar ve ilgi alanları etrafında tartıştıkları ve görüş bildirdikleri çevrimiçi alanlardır³².

B. Sosyal Medya ve Reklam

Sosyal medya, reklam sektörü açısından değerlendirildiğinde çok sayıda tüketiciye, etkili bir şekilde ulaşma olanağı sağladığı için işletme ve şirketler açısından özel bir önem arz etmektedir. Geleneksel medyadan daha ucuz ve hızlı iletişim imkânı sağlayan bu mecraanın, işletmeler tarafından her geçen gün daha yoğun bir şekilde tercih edildiği görülmektedir³³.

25 MAYFIELD, Antony, **What is Social Media? (e-book)**, http://www.icrossing.com/uk/sites/default/files_uk/insight_pdf_files/What%20is%20Social%20Media_iCrossing_ebook.pdf (Erişim: 05.05.2018), s. 6.

26 TÜZEL URALTAŞ, Nazlım / BAHADIRLI, L. Serah, "Elektronik Perakendecilik ve Bir Reklam Mecrası Olarak Sosyal Ağ Siteleri", **Sosyal Medya Akademi**, Tolga Kara & Ebru Özgen (ed.), İstanbul, 2012, s. 41.

27 MAYFIELD, s. 6; Üye sayıları itibarıyla Facebook ve Google+ popüler sosyal ağ siteleridir.

28 BRUNTY / HELENEK, s. 4; Twitter öne çıkan mikroblogger sitelerinden birisidir.

29 MAYFIELD, s. 6; 15 Ocak 2001 tarihinden bu yana faaliyet gösteren Wikipedia (Vikipedi) tipik wikilerden biridir, <https://www.wikipedia.org> (Erişim: 15.01.2019).

30 BRUNTY / HELENEK, s. 5; Youtube ve Flickr popüler içerik topluluklarıdır.

31 BRUNTY / HELENEK, s. 7.

32 MAYFIELD, s. 6; DonanımHaber, Frmrtr ve ShiftDelete öne çıkan forum siteleridir.

33 Reklamcılar Derneği ve Deloitte işbirliğiyle hazırlanan 2017 Medya ve Reklam Yatırımları Raporu'na göre Dünya genelinde reklam yatırımlarının %37,3'ü dijital mecralara

Ayrıca sosyal medyanın sahip olduğu etkileşim özelliği ile işletmeler, müşterilerine doğrudan ulaşabilmektedirler. Müşterilerinin dönüş ve tepkilerini değerlendirme fırsatı bulan işletmelerin, onların talepleri doğrultusunda daha etkin bir pazarlama yürütmeleri mümkündür. Örneğin, tüketiciye bir dizi teklif sunan bir reklamda, müşterilerin önemli bir kısmı belirli bir tekliften sonra reklamı kapatıyorsa, bu işletme açısından müşteri ilgisinin korunabilmesi için hangi teklif veya tekliflerde değişiklik yapılması gerektiği açısından bir işaret olarak değerlendirilebilir. Ya da, şirketin sunduğu tekliflerin internetteki belirli yaş gruplarından kullanıcılar tarafından daha yoğun ilgi görmesi, bunlara özgü farklı ürünlerin geliştirilmesi veya kampanyaların başlatılması yönünde bir karar alınmasına imkân sağlayabilir. Geleneksel medyanın karşısında edilgen konumda olan hedef kitle, bu mecra sayesinde daha etkin bir rol üstlenmekte ve bu da, reklamın amacına uygun bir şekilde planlanması ve reklam yayım süreçlerinin daha verimli bir şekilde yönetilmesine katkı sunmaktadır. Hatta bazı durumlarda bu, reklamda yer verilen linklerin (bağlantıların) tıklanması yoluyla, reklamın doğrudan hedef kitlenin satın alma aracı haline dönüştürülmesine de olanak vermektedir³⁴. Bunun yanı sıra, sosyal paylaşım sitelerinde reklamın, işletmelerin ürün/marka tanınırlığını arttırdığı ve kurumsal itibarlarına olumlu yönde katkı sağladığı da kabul edilmektedir³⁵.

C. Sosyal Medyada Reklamın Hukuki Boyutu

Sosyal medya, internet kullanıcılarının karşılıklı etkileşimini kolaylaştırmakta ve farklı iletişim yöntem ile ara yüzlerinin kullanımına imkân tanımaktadır. Bu durumun, hukukun farklı alanları açısından yeni değerlendirmeleri gerekli kılan ve sürekli gelişen bir yapı arz ettiği savunulabilir. Kişisel verilerin korunması veya haberleşmenin gizliliği ilkesinin ihlali, fikri mülkiyet haklarının ihlal edilmesi ile çevrimiçi

yapılmıştır. Böylece, dijital mecralar yatırım oranında televizyonu (%34,3) geride bırakmıştır. Türkiye’de ise reklam yatırımlarında ilk sırada %47,8 ile televizyon, ikinci sırada %25,9 ile dijital mecralar gelmektedir. Ancak, 2016 yılına göre kıyaslandığında dijital mecralara yapılan yatırımlar %19,7 artarken, televizyon açısından bu artış %4,2 oranı ile sınırlı kalmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. <http://rd.org.tr/haber/2017-medya-ve-reklam-yatirimlari-raporu-aciklandi> (Erişim: 25.09.2018).

34 Ürünlerini bu mecrada pazarlamak isteyen kişiler, özellikle Instagram sayfalarında paylaştıkları ürün görsellerine bazı üçüncü taraf uygulamaları (Like2Buy, Soldsie vb.) yardımıyla bağlantılar yerleştirerek müşterilerine satın alma konusunda kolaylık sağlamaktadır. Bu konuda bkz. LINDSEY-MULLIKIN, Joan / BORIN, Norm, “Why strategy is key for successful social media sales”, **Business Horizons**, Vol. 60, No. 4, 2017, s. 474.

35 AKTAŞ, Hasret / AKTAN, Ercan, “Sosyal medya reklamları ve tüketici tutumları: Bir reklam mecrası olarak Facebook”, **Dijital İletişim Etkisi Uluslararası Akademik Konferans Bildiri Kitabı**, İstanbul, 2014, s. 425-426.



davranışsal reklamcılık uygulamalarıyla kişi mahremiyetinin göz ardı edilmesi gibi ihtimaller bunlara örnek olarak gösterilebilir³⁶.

Reklam hukuku özelinde incelendiğinde sosyal medya, yasal düzenlemelerin yetersiz olduğu ve denetimin sınırlı olarak yapıldığı bir mecradır. Bu durum özellikle örtülü ve aldatıcı reklamlar gibi hukuka aykırı reklam uygulamalarının önünü açmaktadır. Amacımız, bu yeni mecranın reklam hukuku anlamında ne tür ihlalleri beraberinde getirdiği hususuna dikkat çekmektir. Bu nedenle çalışmamızda, sosyal medyayı oluşturan bazı platformların teknik özellikleri hakkında genel bilgiler verilmiştir. Böylece, hangi tür pazarlama yönteminin hangi platformlarda uygulanabileceği ve kullanılan yöntemlerin ne gibi hukuki sorunlara yol açacağı daha iyi ifade edilmek istenmiştir.

D. Sosyal Medyada Öne Çıkan Platformlar

1. Facebook

4 Şubat 2004 tarihinde Amerika Birleşik Devletleri'nde kurulan popüler bir sosyal paylaşım sitesi olan Facebook'un (Facebook INC.) 2,13 milyar aktif kullanıcısı bulunmakta³⁷ ve kazancının büyük çoğunluğunu reklam gelirleri oluşturmaktadır³⁸. Instagram ve mesajlaşma programı Whatsapp, bu şirketin yan kuruluşlarıdır.

Facebook, kullanıcılarının profil oluşturmalarına, metin, fotoğraf veya video formatında içerikler paylaşmalarına, belirli amaçları gerçekleştirmek için gruplar kurmalarına, tercih ettikleri kişilerle iletişim halinde olmalarına imkân tanıyan çevrimiçi ücretsiz bir sosyal paylaşım sitesidir³⁹. Site içinde yer alan oyunlar ve üretilen çeşitli formatlardaki içerik, bu sitenin birçok reklam yönteminin uygulanabildiği bir mecra kuruluşu olarak karşımıza çıkmasına olanak tanımaktadır⁴⁰.

36 KAYA, Kişilik Hakkı, s. 298.

37 31 Aralık 2017 tarihi itibarıyla erişilen rakamlardır. Bu konuda bkz. <https://newsroom.fb.com/company-info/> (Erişim: 24.07.2018).

38 <https://investor.fb.com/investor-news/press-release-details/2018/Facebook-Reports-Fourth-Quarter-and-Full-Year-2017-Results/default.aspx> (Erişim: 25.09.2018).

39 KAYA, Sosyal Medya, s. 285.

40 Özellikle Facebook'un diğer sosyal paylaşım sitelerinden farklı olarak kullanıcılara oyun deneyimi sunması, oyun içi reklam (in-game-advertising) ve oyun reklam (advergame) gibi reklam yöntemlerinin de kullanılmasına olanak tanımaktadır. Oyun içi reklam ve oyun reklam kavramları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. TERLUTTER, Ralf / CAPELLA, Michael L., "The Gamification of Advertising: Analysis and Research Directions of In-Game Advertising, Advergames, and Advertising in Social Network Games", *Journal of Advertising*, Vol. 42, No. 2-3, 2013, s. 95-96.

Bu sitenin geniş etki alanıyla da bağlantılı olarak sitede yapılan reklama ilişkin açıklamaların, fikri mülkiyet haklarının ihlaline⁴¹, haksız rekabete⁴², veya mesleki ilkelere aykırılık iddialarına⁴³ konu olduğu örneklerle karşılaşılmaktadır.

2. Youtube

Merkezi Amerika Birleşik Devletleri'nin Kaliforniya eyaletinde bulunan Youtube LLC, 15 Şubat 2005 tarihinde kurulmuştur⁴⁴. Google INC. tarafından Kasım 2006'da hisseleri devralınan Youtube, günümüzde Google'a bağlı bir şirket olarak faaliyet göstermektedir⁴⁵.

Youtube, video yayınlama, depolama ve izleme olanağı sağlayan

41 Yargıtay 11. HD, T. 25.06.2018, E. 2016/13769 - 2018/4746; 11. HD, T. 07.05.2018, E. 2016/10778 - K. 2018/3273; 11. HD, T. 22.01.2018, E. 2016/6607 - K. 2018/484 (www.kazanci.com).

42 "Davacı vekili, son zamanlarda görsel basında ve medyada ortaya çıkan ve zehirli olarak adlandırılan ayakkabıların fotoğraflarının davalı tarafından sosyal paylaşım sitesi olan www.facebook.com adlı internet sitesinde ... profil adı altında paylaşılarak müvekkil şirketi hakkında TCK ve TTK'nın haksız rekabete dair hükümleri anlamında suç teşkil eden eylemlerde bulunularak "...dan ayakkabı alanların sonu budur. Herkesi Türkiye'de üretilen ayakkabıları almaya davet ediyoruz" şeklinde gerçeği yansıtmayan ağır ithamlarda ve iddialarda bulunduğunu, davalıya ihtarname gönderildiğini, davalının amacının müvekkili şirketin itibarını zedelemek ve tüketicileri haksız bir biçimde kendi işyerine yönlendirerek satışlarını artırmakta olduğunu ileri sürerek davalının haksız rekabet teşkil eden eylemlerinin men'ini, haksız rekabet sonucu oluşan maddi durumunun ortadan kaldırılmasını, kusur varsa zarar ve ziyanın tazminini, 10.000,00 TL manevi tazminatın davalıdan tahsilini istemiştir.

Mahkemeye iddia, savunma, bilirkişi raporu ve tüm dosya kapsamına göre; davalının, davacının ürettiği ve onun ürünleri ile ilgili olarak tüketicilerde ve internet kullanıcılarında bir yanlış zehap ve görüntü oluşturmaya elverişli olacak şekilde, internette koyduğu ve zehirli ayakkabılar diye tabir edilen ayakkabıların verdikleri zararlara dair hastalıklı birkaç ayak resminin oluşturduğu görsel etkiden de yararlanmak sureti ile bu haberin içeriğinin doğruluğunu hiçbir şekilde araştırmaksızın davacı tüzel kişi tacire karşı onun iş ve ürünleri hakkında yanlış ve yanıltıcı haberler yaptığı, bu suretle haksız rekabet içerisine girdiği, davacının üretimi ve ürünlerinin karalandığı, kişilik haklarına da bu şekilde hukuka aykırı olarak saldırıda bulunduğu anlaşıldığından, işlenen eylemin niteliği, tarafların dosya kapsamından anlaşılan sosyal ve ekonomik durumları ve ticari büyüklükleri de nazara alınarak 5.000,00 TL manevi tazminatın davalıdan alınarak davacıya ödenmesine karar verilmiştir." Yargıtay 11. HD, T. 18.12.2017, E. 2016/5129 - K. 2017/7334; Buna benzer örnekler için ayrıca bkz. 11. HD, T. 07.05.2018, E.2016/10778 - K.2018/3273; 11. HD, T. 22.01.2018, E. 2016/6607 - K. 2018/484; 11.HD, T. 22.01.2018, E. 2016/6601 - K. 2018/513; 11. HD, T. 02.06.2016, E. 2015/12196 - K. 2016/6137; 11. HD, T. 16.12.2015, E. 2015/6175 - K. 2015/13533 (www.kazanci.com).

43 Bu hususta verilen Reklam Kurulu kararları için bkz. Dosya No: 2018/1472, 2018/1983, 2018/2979, 2018/3095. Ayrıca bkz. Türkiye Barolar Birliği Disiplinin Kurulu T. 03.01.2016, E. 2015/864 - K. 2016/28. Bu konuda ayrıca bkz. Özdemir, Semih Sırrı, Sağlık Hizmetlerinde Reklama Yönelik Sınırlandırmalar ve Hukuki Sonuçları, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S. 34, Y. 9, 2018, s. 253-282.

44 MILLER, Michael, **Youtube for Business**, Indiana, 2011, s. 6.

45 http://www.nbcnews.com/id/15196982/ns/business-us_business/t/google-buys-youtube-billion/ (Erişim: 26.07.2018).



bir medya paylaşım sitesidir. “Broadcast Yourself” (Kendini Yayınla) sloganıyla yola çıkan Youtube, kayıtlı kullanıcıların çektikleri ya da tasarladıkları videoları herkesin erişebileceği şekilde yükleyip paylaşımlarına izin vermektedir⁴⁶. Youtube’da sadece video formatında paylaşımlara izin verilmektedir. Diğer bir ifadeyle metin, fotoğraf, hareketli resim gibi video harici içerikler paylaşılabilir.

Youtube’da yayınlanan içerikler çoğunlukla kullanıcılar tarafından üretilmektedir. Kullanıcılar, açtıkları kanallar aracılığıyla hem önceden hazırlamış olduğu video formatındaki içerikleri yayınlama hem de canlı yayın yapma olanağına sahiptir. Ayrıca Youtube’a yüklenen videolar diğer sosyal paylaşım sitelerinde de kolayca paylaşılabilir. Böylece, Youtube aracılığıyla yayınlanan reklamların kullanıcıların arasında yayılması ve yayılcı (viral) etki⁴⁷ oluşturması kolaylaşmaktadır. Videoların uzunluğu konusunda herhangi bir sınırlama bulunmamaktadır⁴⁸. Dolayısıyla işletmeler, televizyon reklamlarının her saniyesine yüksek bedeller ödemek yerine, Youtube aracılığıyla süre kısıtlaması olmadan düşük maliyetlerle tüketiciye ulaşabilmektedir⁴⁹.

3. Twitter

2006 yılında kurulan⁵⁰ ve merkezi Amerika Birleşik Devletleri’nin Kaliforniya eyaletinde bulunan⁵¹ Twitter’ın günümüzde yaklaşık 330 milyon aktif kullanıcısı bulunmaktadır⁵². Twitter, kullanıcılarının kısa mesajlar paylaştıkları ve karşılıklı etkileşimde buldukları popüler bir mikroblog sitesidir. “Tweet” adı verilen bu mesajlar en fazla 280 karakter⁵³ olacak şekilde paylaşılabilir. Kullanıcılar beğendikleri

46 KAYA, Sosyal Medya, s. 286.

47 İçeriğin kolay paylaşılabilir olmasının, yayılmayı olumlu yönde etkilediğine dair bkz. GUEDE, J.R. Sarmiento / CURIEL, J. de Esteban / ANTONOVICA, A., “Viral Communication through Social Media: Analysis of its Antecedents”, *Revista Latina de Comunicación Social*, No:72, 2017, s. 75-76.

48 Youtube’a 1 saniyeden daha kısa videolar yüklenebildiği gibi günlerce süren videolar da eklenebilir.

49 Televizyon reklamlarının maliyeti için bkz. <https://ekonomist.co/ekonomist/ekonomi/televizyon-kanallarında-reklam-vermenin-maliyeti-1400/> (Erişim:26.09.2018); <https://www.myproduksiyon.com/2018-televizyon-reklam-fiyatları-listesi/> (Erişim: 26.09.2018).

50 <https://twitter.com/jack/status/20> (Erişim: 19.01.2019).

51 <https://twitter.com/en/privacy> (Erişim:19.01.2019).

52 <https://www.statista.com/statistics/282087/number-of-monthly-active-twitter-users/> (Erişim: 19.01.2019).

53 Twitter’ın ilk dönemlerinde 140 olan azami karakter sayısı, 7 Kasım 2017 tarihinde 280’e çıkarılmıştır, https://blog.twitter.com/official/en_us/topics/product/2017_tweetingmadeasier.html (Erişim: 20.09.2018).

tweetleri kendi sayfalarında paylaşmak için 'retweet' etmekte, kolayca tekrar ulaşabilmek için "favorilere ekle" seçeneğini kullanmaktadırlar.

Gündeme ilişkin bir konuda fikir beyan etmek veya bir haber paylaşmak ya da sıfırdan gündem oluşturmak isteyen kullanıcılar, tweetlerinde "hashtag⁵⁴" olarak adlandırılan bir araç kullanmaktadırlar. Twitter, metin odaklı bir sosyal paylaşım sitesi olmasına rağmen sınırlı da olsa fotoğraf, hareketli resim ve video paylaşımı yapılabilir.

4. Instagram

Kullanıcılarının fotoğraf ve video paylaşabildiği bir sosyal paylaşım sitesi olan Instagram 2010 yılında faaliyete başlamıştır⁵⁵. Video paylaşımını desteklemesine rağmen bu özellik 60 saniye ile sınırlıdır. Bu nedenle Instagram, daha çok fotoğraf paylaşımı için kullanılan bir platformdur. Kullanıcılar çektikleri fotoğrafları Instagram'ın çeşitli filtreleme özelliklerini kullanarak paylaşabilmektedir⁵⁶. Ayrıca Instagram, hashtag özelliği sayesinde benzer içerikli fotoğraflara daha rahat erişme olanağı sağlamaktadır⁵⁷.

E. Sosyal Medyada Kullanılan Başlıca Reklam Yöntemleri

Sosyal medyanın kullanıcılarına sağlamış olduğu özgürlük, içeriğin kullanıcılar tarafından üretilmesi, anlık iletişim ve etkileşim imkânı, onu diğer mecralardan ayırmaktadır. Kullanıcıların edilgen birer izleyici olmaktan çıkıp içerik üreticisi konumuna gelmesi ve karşılıklı etkileşimi mümkün kılan yapısı, sosyal medyanın reklamcılığa yeni bir boyut getirmesine yol açmıştır. Bu yeni mecra ile birlikte yeni pazarlama ve reklam yöntemleri ortaya çıkmıştır⁵⁸. Bunlardan başlıcaları kişiselleştirilmiş reklam (personalized advertising), gizli marka temsilciliği (brand pushing), viral reklam (viral advertising) ve ünlü desteği (celebrity endorsement) yöntemleridir.

54 Türkçeye 'etiket' olarak çevrilen hashtag, bir kelimenin veya arada boşluk kullanılmaksızın yazılan kelime grubunun önüne '#' işaretinin eklenmesiyle oluşturulmaktadır. Örnek olarak #reklam veya #reklamhukuku şeklinde hashtag oluşturulabilmektedir. Bu sayede aynı hashtag'in kullanıldığı tüm tweetlere ulaşılabilir.

55 <https://instagram-press.com/our-story/> (Erişim: 24.01.2019); 2012 yılında Facebook tarafından satın alınan Instagram INC, günümüzde Facebook INC.'nin bağlı şirketi olarak faaliyet göstermektedir, <https://dealbook.nytimes.com/2012/04/09/facebook-buys-instagram-for-1-billion/> (Erişim: 24.01.2019).

56 KAYA, Sosyal Medya, s. 284.

57 Örneğin, Instagram üzerinde '#ad' etiketi ile arama yapıldığında kullanıcılar tarafından paylaşılan reklam amaçlı gönderilere ulaşılabilir.

58 TÜZEL URALTAŞ / BAHADIRLI, s. 36 vd.



1. Kişiselleştirilmiş Reklam

a. Kavram ve Uygulanılan Yöntemler

Kişiselleştirilmiş reklamcılık (ilgi alanına dayalı reklamcılık ya da çevrimiçi davranışsal reklamcılık⁵⁹), tüketici ile reklam arasındaki ilgi düzeyini geliştirmek ve reklamdan alınan verimi arttırmak için reklam içeriğinin belirli kişilere özel üretilmesi ve sunulmasıdır⁶⁰. Bunu yaparken tüketicilerin web hareketliliklerinden ve ilgi alanlarına ilişkin verilerden yararlanılmaktadır. Tüketicilere ait bilgilerin en rahat toplanacağı ortamlardan biri de sosyal paylaşım siteleridir⁶¹.

Sosyal medya, kullanıcılara ait belirli verilerin depolanmasına ve mecra kuruluşları ile onların yetkilendirdiği şirket ve işletmelerce işlenmesine olanak tanıyan devasa bir veri bankası gibi işlev görmektedir. İşlenen veriler arasında kullanıcıların hesap veya profillerini oluştururken bildirdikleri kişisel bilgiler, yapılan paylaşımlar, diğer web site ve uygulamalardaki eylemler, mobil cihazlardan elde edilen konum bilgileri gibi bilgiler yer almaktadır⁶². Kullanıcıların ilgi alanları ve web hareketlilikleri çerez⁶³, piksel⁶⁴ ve yerel depolama⁶⁵ gibi araçlar sayesinde takip edilebilmektedir.

59 ICC'nin yayınladığı Reklam Uygulama Esasları'nda bu kavram, "Online Behavioural Advertising" (OBA) yani çevrimiçi davranışsal reklam olarak ifade edilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. <https://cdn.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2011/08/ICC-Consolidated-Code-of-Advertising-and-Marketing-2011-English.pdf> (Erişim: 21.03.2018), s.32.

60 <https://support.google.com/adwordspolicy/answer/143465?hl=tr> (Erişim: 29.03.2018).

61 Sosyal medya platformlarında elde edilen verilerden, veri madenciliği yöntemiyle değerli bilgiler çıkarılmaktadır. Veri madenciliği, "büyük miktarlardaki verilerden ilgi çekici örüntüler ve bilgiler çıkarma süreci" olarak tanımlanmaktadır, HAN, Jiawei / KAMBER, Micheline / PEL, Jian, **Data Mining: Concepts and Techniques**, Morgan Kaufmann Pub., 3rd. Edition, Waltham, 2012, s. 8.

62 KAYA, Kişilik Hakkı, s. 181.

63 Çerezler, kullanıcıların internet sitelerine giriş yaptıkları esnada siteler tarafından cihazlarına yerleştirilen küçük metin dosyalarıdır. Bunlar bir internet sitesine ilk kez girildiğinde tarayıcı aracılığıyla cihaza yerleştirilmektedir. Bu dosyalarda, kullanıcıların site içerisinde inceledikleri mal veya hizmetler, yaptıkları alışverişler gibi bilgiler kaydedilir. Kaydedilen bu veriler sayesinde internet sitesine aynı cihazla tekrar giriş yapıldığında kullanıcılar kişiselleştirilmiş bir sayfa ile karşılaşmaktadır, <https://help.twitter.com/tr/rules-and-policies/twitter-cookies> (Erişim: 03.04.2018).

64 Pikseller, ziyaretçi hareketliliklerini ölçmek için internet sitelerine eklenen küçük parça kodlarıdır. Bu kodlar, kullanıcıların sosyal paylaşım sitelerine reklam veren şirket ve işletmelerin internet sitelerini ziyaret edip etmediklerini tespit etmek için kullanılmaktadır. Pikseller bir yandan reklamın başarısı hakkında bilgi verirken diğer yandan reklamların kişiselleştirilmesine olanak sağlamaktadır, <https://help.twitter.com/tr/rules-and-policies/twitter-cookies> (Erişim: 03.04.2018).

65 Yerel depolama, bir internet sitesinin ya da mobil uygulamanın kullanıcının cihazında yerel olarak bilgi depolanmasına olanak tanıyan bir teknolojidir. Bu teknoloji sayesinde, sosyal paylaşım sitelerindeki kullanıcı hareketleri, kullanıcıların cihazlarında

Reklamlar ve sunulan diğer hizmetler, bu teknolojiler ile elde edilen veriler doğrultusunda kişiselleştirilmektedir⁶⁶. Bu sayede örneğin, pazara yeni sunulacak dağcılık ayakkabısına ilişkin reklamlar, önceden dağcılık çadırı veya dağcılık sporu hakkında arama yapan kişilere gösterilebilmektedir⁶⁷. Ya da, tüketicilerin sahip oldukları araçları değiştirmeleri halinde sunulan indirimle ilişkin kampanya, “araba arızası”, “araba servisi”, “araba bakımı” gibi kelimeleri arayan kişilere sunulmaktadır.

Daha önce işletmeler tarafından ancak büyük bütçeli araştırmalarla elde edilebilen verilere, bu araçlar sayesinde hızlı, masrafsız ve doğru bir şekilde erişilmeye başlanmıştır⁶⁸. Ayrıca, insanların şahsi bilgilerini dahi sosyal paylaşım sitelerinde gönüllü olarak paylaşmaları, bu sürecin etkinliğini arttırmaktadır. Dolayısıyla sosyal medyada elde edilen veriler, işletmeler açısından reklamcılık faaliyetleri hakkında daha güvenilir bilgiler sağlamaktadır⁶⁹. Geleneksel mecraların yüksek maliyetlerine ve genele yönelik reklamın barındırabileceği verimsizliğe karşın, bu yeni mecra reklam verenlere sunduğu düşük maliyetler ve kişilerin ihtiyaçları doğrultusunda imkân tanıdığı hedefli (nokta atışlı) pazarlama yöntemi sayesinde öne çıkmaktadır⁷⁰.

kaydedilmektedir, <https://help.twitter.com/tr/rules-and-policies/twitter-cookies> (Erişim: 03.04.2018).

66 KAYA, Kişilik Hakkı, s. 181.

67 Kelime eksensli reklamcılık hakkında bkz. KÖHLER, H. / BORNKAMM, J. / FEDDERSEN, J., **Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb: UMG**, 37. Auflage 2019, 4.31-4.31.b.

68 BALTA PELTEKOĞLU, Filiz, “Sosyal Medya ve Sosyal Değişim”, **Sosyal Medya Akademi**, Tolga Kara & Ebru Özgen (ed.), İstanbul, 2012, s. 7.

69 a 2013 yılında Cambridge Üniversitesi’nde yapılan bir araştırmada Facebook beğenileri analiz edilmiş ve ortaya çıkan veriler ışığında kullanıcıların etnik kökenleri %95, cinsiyetleri %93, cinsel tercihleri %88 ve siyasi tercihleri %85 oranında doğru tahmin edilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. KOSINSKI, Michal / STILLWELL, David / GRAEPEL, Thore, “Private Traits and Attributes are Predictable from Digital Records of Human Behavior”, **PNAS**, Vol. 110, No. 15, 2013, s. 5802.

b Cambridge Üniversitesi’nde yapılan bir diğer araştırmada ise, geliştirilen bir yazılım sayesinde Facebook ortamındaki 70 beğeni bilgisi ile kişi hakkında en yakın arkadaşından, 150 beğeni bilgisi ile ailesinden, 300 beğeni bilgisi ile eşinden daha iyi kişilik analizi yapılabildiği ortaya konulmuştur. Ayrıntılı bilgi için bkz. YOUYOU, Wu / KOSINSKI, Michal / STILLWELL, David, “Computer-based personality judgments are more accurate than those made by humans”, **PNAS**, Vol. 112, No. 4, 2015, s. 1036.

c Dünyanın önde gelen bilişim teknolojisi şirketlerinden biri olan IBM’in Twitter üzerine yaptığı bir araştırmada, kullanıcılar hakkında makul bir psikolojik analiz yapılabilmesi için 50 ila 200 arasında iletinin (tweet) yeterli olduğu sonucuna ulaşılmıştır, <https://www.economist.com/the-economist-explains/2013/05/30/how-can-twitter-reveal-your-personality> (Erişim: 25.09.2018); IBM daha sonra kişiselleştirilmiş müşteri hizmetleri ve daha iyi hedeflenmiş tanıtım mesajları sunmak için kullanıcıların iletilerini analiz eden bir yazılım geliştirmiştir, <https://mashable.com/2013/11/08/ads-determine-personality-through-twitter/#PGfCgBnm6iqL> (Erişim: 25.09.2018).

70 Ancak kullanıcılara ait kişisel bilgilerin onlardan habersiz ve rızaları alınmaksızın ticari



b. Kişiselleştirilmiş Reklamlar Aracıyla Yapılan İhlaller

Türk hukukunda reklamların kişiselleştirilebilmesi için depolanan verilerin 24.03.2016 tarih ve 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu (KVKK) m.4'te belirtilen genel ilkeler⁷¹ ışığında işlenmesi gerekmektedir. Kişisel verilerin bu ilkelere aykırı işlenmesi, hedef kitlenin öngörülen sınırlar dışında analiz edilebilmesi veya daha etkili reklamlar üretilebilmesi gibi amaçlar taşıyabilir. Anılan düzenlemeye aykırılık taşıyan kişiselleştirilmiş ticari reklamların, iş şartı⁷² olarak değerlendirilebilecek bir düzenlemeyi ihlal etmeleri nedeniyle, haksız rekabete yol açacakları anlaşılmaktadır (TTK m. 55/1-e)⁷³.

Kişisel verileri ticari amaçlarla kullanan mecra kuruluşları genel ilkelerin yanı sıra, KVKK m.12'de düzenlenen veri güvenliğine ilişkin yükümlülüklerle⁷⁴ de uymalıdır. Anılan düzenlemeler, sosyal paylaşım siteleri açısından da büyük önem arz etmektedir. Karşılaştırmalı hukuk

amaçlarla kullanılması konusu etik açıdan da tartışmalıdır. Bu hususta bkz. KALAN, Özlem, "Yeni Medyada Reklam ve Etik Sorunlar", *Atatürk İletişim Dergisi*, S. 10, 2016, s. 78 vd.

- 71 Kişisel veriler; hukuka ve dürüstlük kurallarına uygun, belirli, açık ve meşru amaçlarla doğru ve gerektiğinde güncel olacak şekilde işlenmelidir. Ayrıca belirlenen amaçla bağlantılı, sınırlı ve ölçülü olarak işlenmeli ve ilgili mevzuatta öngörülen veya işleme amacı için gerekli olan süre boyunca muhafaza edilmelidir (KVKK m. 4/2). Bu hususta bkz. KORKMAZ, İbrahim, "Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Hakkında Bir Değerlendirme", *TBB Dergisi*, C. 29, S. 124, 2016, s. 99 vd.; Ayrıca kişisel veriler ancak kanunda öngörülen durumlarda veya açık rıza ile işlenebilir. Aksi takdirde kişilik haklarına saldırı kapsamında değerlendirilebilecektir, OGUZMAN, M. Kemal / SELİÇİ, Özer / OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe, *Kişiler Hukuku*, İstanbul, 2016, s. 192-194.
- 72 TEOMAN, Ömer, "İş Yaşamı Koşullarına Uymamaya Dayalı Haksız Rekabet Davası (TTK m. 57, Bent 10) Sadece Rakipler Tarafından mı Açılabilir?", *Tüm Makalelerim C. 1-2*, İstanbul, 2012, s. 1096; NOMER ERTAN, N. Füsün, *Haksız Rekabet Hukuku*, İstanbul, 2016, s. 339, ("*Haksız Rekabet*"); DOMANIÇ, Hayri/ULUSOY, Erol, *Ticaret Hukukunun Genel Esasları*, İstanbul, 2007, s. 275-276; POROY, Reha/ YASAMAN, Hamdi, *Ticari İşletme Hukuku*, İstanbul, 2017, s. 390-391; TEKİL, Fahiman, *Ticari İşletme Hukuku*, 3. Bası, İstanbul, 1997, s. 233; NOMER ERTAN, Füsün (ÜLGEN, Hüseyin/HELVACI, Mehmet/KENDİGELEN, Abuzer/KAYA, Arslan), *Ticari İşletme Hukuku*, İstanbul, 2015, s. 561; KARAHAN, Sami, *Ticari İşletme Hukuku*, Konya, 2015, s. 249; ŞENER, Oruç Hami, *Ticari İşletme Hukuku*, Ankara, 2016, s. 645 vd.; BOZER, Ali/GÖLE, Celal, *Ticari İşletme Hukuku*, Ankara, 2017, s. 209-210; ARKAN, Sabih, *Ticari İşletme Hukuku*, Ankara, 2018, s. 358; AYHAN, Rıza/ÇAĞLAR, Hayrettin, *Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar*, Ankara, 2018, s. 377; SEVEN, Vural, "Sosyal Paylaşım Sitelerinin (youtube-facebook-twitter) Haksız Rekabet Karşısındaki Durumu", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 16, Özel Sayı, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, 2014, s. 3347.
- 73 Yargıtay 11.HD, T. 21.10.2014, E. 2014/8583-K. 2014/16086; 11.HD, T. 01.12.2005, E. 2004/12541-K.2005/11797; 11.HD, T. 09.12.2003, E. 2003/5014-K. 2003/11697; 11.HD, T. 26.02.1999, E. 1999/1155-K.1999/1574 (www.kazanci.com).
- 74 Bu hususta bkz. KORKMAZ, s. 134 vd.

açısından, ABD seçimlerinde yaklaşık 87 milyon Facebook kullanıcısının kişisel verilerinin izinsiz bir şekilde ele geçirilip, seçmenlerin iradelerini etkileme maksadıyla kişiselleştirilmiş reklamlarda kullanıldığı iddiası, buna örnek olarak gösterilebilir⁷⁵.

2. Gizli Marka Temsilciliği

a. Kavram ve Uygulanılan Yöntemler

Bir ürün ya da hizmet hakkında bilgi almanın yollarından birisi de, o ürünü satın alıp tecrübe etmektir. Ancak bu her zaman mümkün olmadığı için insanlar satın almak istedikleri ürün veya hizmetler hakkında çevrelerindeki insanlara danışmak ve onların tecrübelerinden faydalanmak isterler. Tüketiciler genellikle ağızdan ağıza (word of mouth)⁷⁶ iletişimi elde ettiği bu bilgiler ışığında tercihlerini yaparlar⁷⁷.

⁷⁵ İleri sürülen iddialara göre, bir araştırmacının Facebook üzerinden kullanıma sunduğu bir kişilik testi uygulamasının yaklaşık 300 bin kişi tarafından kullanıldığı; uygulamada bulunan bir açık sayesinde araştırmacı tarafından yalnızca uygulamayı kullanan kişilerin verilerine değil, onların arkadaş listelerindeki diğer kullanıcıların verilerine de erişim sağlandığı belirtilmektedir. Yaklaşık 87 milyon kişinin kişisel verisinin elde edilmesi sonucunu doğuran bu durum sayesinde, anılan bilgilerin veri ve davranışsal psikoloji analizleriyle kullanıcı tercihlerini etkileme ve değiştirme üzerine çalışan bir şirkete satıldığı ve bunların ABD ve Brexit seçimlerinde seçmenlere yönelik kişiselleştirilmiş siyasi reklamlar sunulması amacıyla kullanıldığı iddia edilmektedir, <https://www.theguardian.com/uk-news/2018/may/06/cambridge-analytica-kept-facebook-data-models-through-us-election> (Erişim: 20.09.2018); <https://digitalage.com.tr/facebook-kisisel-veri-skandali-hakkinda-bilmeniz-gereken-her-sey/> (Erişim: 20.09.2018). Kurucusu Mark Zuckerberg'in bu iddiaları kabul etmesiyle Facebook, kullanıcılar nezdinde büyük itibar kaybetmiştir, <https://www.theguardian.com/technology/2018/mar/21/mark-zuckerberg-response-facebook-cambridge-analytica> (Erişim: 20.09.2018). Tüm bu gelişmeler neticesinde Mark Zuckerberg, 10 Nisan 2018 tarihinde Amerika Birleşik Devletleri Senatosu (Ticaret ve Yargı Komiteleri) önünde ifade vermiştir, <https://www.judiciary.senate.gov/meetings/facebook-social-media-privacy-and-the-use-and-abuse-of-data> (Erişim: 31.01.2019). Ayrıca, bu skandalın sonra Twitter'ın da kullanıcılara ait kişisel verileri sattığı iddia edilmiştir, <https://www.telegraph.co.uk/technology/2018/04/28/twitter-caught-cambridge-analytica-data-scandal/> (Erişim: 22.09.2018).

⁷⁶ Kavram ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. BONE, Paula Fitzgerald, "Determinants of Word-Of-Mouth Communications During Product Consumption", **Advances in Consumer Research**, John F. Sherry, Jr. & Brian Sternthal (ed.), Vol. 19, s. 579 vd.; AKAR, Erkan, "Pazarlama Bağlamında Geleneksel ve İnternette Ağızdan Ağıza İletişim: Kuramsal Bir Çerçeve", **Erciyes Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi**, S. 32, 2009, s. 114 vd.

⁷⁷ DAHAN, Gresi Sanje, "Sanal Dünyada E-Ağızdan Ağıza Pazarlama Üzerine Bir İnceleme", **Sosyal Medya Akademisi**, Tolga Kara & Ebru Özgen (ed.), İstanbul, 2012, s. 83; SILVERMAN, George, **The Secrets of Word-of-Mouth Marketing**, New York, 2011, s. 29.



Ağızdan ağıza iletişim, “hiçbir pazarlama kaynağını temsil etmeyen iki ya da daha fazla birey arasında gerçekleşen yorum, düşünce ve fikirlerin paylaşıldığı bir grup fenomeni” olarak tanımlanmaktadır⁷⁸. Geleneksel ağızdan ağıza iletişim, iletişimin yüz yüze yapılması ve danışılan kişinin işletmeden bağımsız olduğunun algılanması esasına dayanmaktayken, internet ve sosyal medyanın ortaya çıkışı kavramın yeniden değerlendirilmesine neden olmuştur⁷⁹.

İnternette ağızdan ağıza iletişim, “pek çok insan ve kurumun internet aracılığıyla ulaşabildiği, bir ürün veya şirket hakkında potansiyel, mevcut ya da eski müşteriler tarafından yapılan olumlu ya da olumsuz beyan” olarak ifade edilmektedir⁸⁰. Geleneksel ağızdan ağıza iletişimin aksine, internette ağızdan ağıza iletişim sözle değil yazı ile yapılmaktadır. Bu durum zaman sınırını ortadan kaldırarak daha kalıcı bir iletişim imkânı sağlamaktadır⁸¹. Ancak internette ağızdan ağıza iletişimde danışılan kişinin işletmeden bağımsız olup olmadığını tespit etmek her zaman mümkün olmamaktadır.

Her geçen gün reklamlara daha fazla maruz kalınması, tüketicilerin reklamlara karşı savunma mekanizması geliştirmelerine yol açmaktadır. Bu sebeple işletmeler, tüketicilerin bu yaklaşımlarının ötesine geçmek için farklı yöntemlere başvurmaktadır. Bu yöntemlerden biri olan gizli pazarlama⁸² (stealth marketing), ağızdan ağıza iletişimin en etkili tanıtım şekli olduğu ve diğer insanların tavsiyelerinin mükemmel bir pazarlama aracı olduğu fikrine dayanmaktadır⁸³. Hatta bu yöntemin pazarlama alanında en güçlü etken olduğu kabul edilmektedir⁸⁴.

b. Gizli Marka Temsilcileri Kullanılarak Yapılan İhlaller

Marka temsilcilerinin kullanılması gizli pazarlamanın önemli tekniklerinden birisidir⁸⁵. Önceden belirlenmiş bu temsilciler,

78 BONE, s. 579.

79 AKAR, s. 116.

80 HENNIG-THURAU, T. / GWINNER, K. P. / WALSH, G. / GREMLER, D. D., “Electronic Word-of-Mouth via Consumer-Opinion Platforms: What Motivates Consumers to Articulate Themselves on the Internet?”, **Journal of Interactive Marketing**, Vol.18, No. 1, s. 39; Diğer bir tanım için bkz. LITVIN, S.W./GOLDSMITH, R.E/PAN, B., “Electronic word-of-mouth in hospitality and tourism management”, **Tourism Management**, Vol. 29, No. 3, s. 461.

81 AKAR, s. 123.

82 Gizli Pazarlama ve örtülü reklam kavramları birbiriyle karıştırabilir. Ancak örtülü reklam, belirli açılardan, gizli pazarlamayı da içine alan genel bir kavramdır (TKHK m. 61/4; RYön m. 4/1-k).

83 KAIKATI, Andrew M./ KAIKATI, Jack G., “Stealth Marketing: How to Reach Consumers Surreptitiously”, **California Management Review**, Vol. 46, No. 4, 2004, s. 6.

84 SILVERMAN, s. 20.

85 Gizli pazarlamanın diğer teknikleri; viral pazarlama, ünlü pazarlama, yem (tuzak)

insanları belirli bir marka, ürün ya da hizmet hakkında etkilemekle görevlendirilmektedir⁸⁶. Bu kişiler fiziki ortamlarda olduğu gibi sanal ortamlarda da faaliyetlerini icra edebilmektedir. Sosyal medyanın sağlamış olduğu gizlilik özelliği marka temsilcilerinin işlerini kolaylaştırmıştır.

Gizli marka temsilcileri açtıkları sahte hesaplarla ya da müstear isim kullanarak bir marka, ürün ya da hizmet hakkında olumlu veya olumsuz yorumlarda bulunabilmektedir. Bir forum sitesinde bir ürün hakkında o ürünü kullandığını iddia edip yorumlarıyla diğer insanları etkilemeye çalışan kimliği belirsiz kişilerin yürüttükleri faaliyet, bu duruma örnek olarak gösterilebilir. Yapılan araştırmalar da olumsuz yorumların olumlu yorumlardan daha etkili olduğunu göstermektedir⁸⁷. Bu durum karşısında işletmelerin, forumlar ve tüketici şikâyet siteleri gibi yerlerde rakipleri hakkında olumsuz yorumlar yaptırılmaları ihtimali göz ardı edilmemelidir. Anılan ihtimal, pazarın dar ve faaliyet gösteren işletme sayısının sınırlı olduğu hallerde, daha da yükselmektedir. Özellikle de, belirtilen yorumların paylaşılması öncesinde buna ilişkin ispatlayıcı belgelere ihtiyaç duyulmaması ve diğer kullanıcıların da yorumları vasıtasıyla bu şikâyeti daha fazla kullanıcı ile paylaşması olasılığı, bu yöntemin etkisini arttırmaktadır.

Gizli marka temsilcilerinin, adına faaliyet gösterdikleri işletmelerin yararına gerçek dışı ve yanıltıcı nitelikteki açıklamalar yapması (TTK m. 55/a-2) veya bu işletmelerin rakipleri hakkında yanlış, yanıltıcı veya gereksiz yere incitici olumsuz beyanlarda bulunması (TTK m.55/a-1) haksız rekabete neden olacaktır⁸⁸. Bu kapsamda, haksız rekabetin gerçekleştiği çevrimiçi platformun işletmecisi, talep edildiği takdirde açıklamada bulunan kullanıcının kayıt olurken sunduğu bilgileri vermekle yükümlüdür (TTK m. 58/1-b). Nitekim bir tüketici şikâyet sitesinde davacı aleyhine kimin tarafından yapıldığı bilinmeyen gerçeğe aykırı açıklamalar hakkında açılan davada, Yargıtay failin kimliğini bildirmeyen tüketici şikâyet sitesine karşı dava açılabilmesine hükmetmiştir⁸⁹.

pazarlama, video oyunlarla pazarlama, (pop ve rap gibi) müziklerle pazarlamadır, KAIKATI / KAIKATI, s. 9.

86 DAHAN, s. 89.

87 ARNDT, Johan, "Role of Product-Related Conversations in the Diffusion of a New Product", **Journal of Marketing Research**, Vol.4, No.3, 1967, s. 292.

88 İstanbul BAM 14. HD, T. 07.06.2018, E. 2018/12- K. 2018/627 (www.kazanci.com).

89 "Davacı vekili, davalının işletmiş olduğu www.....com.tr web sitesinde müvekkilini haksız, gerçek dışı, göndericisi belli olmayan, karalayıcı yorumlar yayımlayarak müvekkilini zarara uğratmak istediğini ve haksız rekabet yaptığını iddia ederek, haksız rekabeti men'ine karar verilmesini talep ve dava etmiştir... Dava, basın vasıtasıyla gerçekleştirilen haksız rekabet nedeniyle, haksız rekabetin tespiti ve men'ine ilişkindir... Dava konusu olayda yazı sahibinin kim olduğu sorulmasına rağmen davalı tarafca bildirilmemiştir. Bu nedenle davalının



3. Yayılımacı (Viral) Reklam

Yayılımacı reklam, “internet ortamında kimin tarafından yapıldığı bilinen, kışkırtıcı ve etkileyici bir içeriğe sahip, izleyicide başkalarıyla paylaşma isteği uyandıran, kullanıcılar arasında ücretsiz bir şekilde gerçekleşen iletişim” olarak tanımlanmaktadır⁹⁰. Bu yöntem genellikle video formatında hazırlanan reklam içeriğinin e-posta yoluyla veya sosyal paylaşım sitelerinde kullanıcılar arasında hızlıca yayılması esasına dayanır. Yayılımacı reklamların en önemli özelliği mal, hizmet veya marka tanıtımını reklam formatından uzak bir şekilde yapmalarıdır. Amaç, izleyicileri reklam algısından uzak tutarak eğlendirmek ve izleyicilerin reklamlara karşı olan ilgisizliğini aşarak, onlara daha etkin bir şekilde ulaşabilmektedir. Bu sayede, hem kullanıcının reklamı kendi iradesiyle diğer kişilerle paylaşması, hem de sunulan ürün, hizmet ya da markaya ilişkin olumlu düşüncelere sahip olması amaçlanır⁹¹.

Bu reklamlar genellikle, işletmeler tarafından konusunda uzman kişilere ürettirilse de⁹², bazı örneklerde reklamın özellikle tüketiciler tarafından çekilmiş gibi gösterilmeye çalışıldığı ve bu sayede içeriğin reklam görünümünden uzaklaştırılmasının amaçlandığı görülmektedir. Türkiye’de konuya ilişkin ilk örneklerden birisi olarak, bir çevrimiçi satış (pazarlama) sitesinin 2009 yılında yayınlanan bu yöndeki reklamı gösterilebilir⁹³. Türkiye’de reklamcılık uygulamasının da, bu alanda içerik üreten uzmanların da etkisiyle, dikkate değer bir gelişme gösterdiği savunulabilir⁹⁴.

sorumluluğunun açıklanan madde uyarınca değerlendirilerek sonucuna göre karar vermek gerekirken yazılı gerekçeyle davanın reddine karar verilmesi doğru görülmemiş, davacı vekilinin temyiz itirazının kabulü ile hükmün bozulması gerekmiştir.” Yargıtay 11. HD, T.17.12.2012, E. 2011/14366 - K. 2012/21009.

90 PORTER, Lance / GOLAN, Guy J., “From Subservient Chickens to Brawny Men: A Comparison of Viral Advertising to Television Advertising”, **Journal of Interactive Advertising**, Vol. 6, No. 2, s. 29.

91 KALAN, s. 83.

92 TÜZEL URALTAŞ / BAHADIRLI, s. 39.

93 “Fulya’nın intikamı” başlıklı bu reklam filmi, arkadaşına kızan bir kişinin onun şahsi eşyalarını satışına dair izleyicilerin ilgisini çekebilecek kurgulanmış bir hikâyeye dayanmakta ve yapılan açıklamalar, bu satış sitesinde ikinci el eşyaların hızlı ve kolay bir şekilde satılabildiği fikrini izleyiciye benimsetme amacını taşımaktadır. Bu konuda bkz. ÖZDEMİR, S., s. 47-48, dn. 42.

94 Alandaki öne çıkan reklam ekiplerinden birisinin kendi kurumsal sayfasında şu açıklamalara yer verilmektedir: “Batesmotelpro, online/viral video üretmek amacıyla kurulmuş kreatif bir prodüksiyon ekibidir. Marka talepleri doğrultusunda yüksek izlenme ve paylaşım rakamları hedefleyen reklam filmleri üretir... Bu zamana kadar ürettiği video ve reklam filmleri tüm mecralarda 400.000.000’un üstünde izlenmiştir.” <http://www.batesmotelpro.com/biz-kimiz-ki> (Erişim: 10.01.2019).

Yayılmacı reklamların başarılı olmasının başlıca nedenlerinden biri amatörce çekilmiş izlenimi uyandırması, bu sayede doğal ve samimi görünmeleridir. Bir diğer neden ise insanların ilginç buldukları, beğendikleri veya faydalı olacağını düşündükleri şeyleri kendi sosyal ağlarındaki kişilerle paylaşma arzularının varlığıdır⁹⁵. Ayrıca yayılmacı reklamlar, televizyon reklamlarına oranla daha fazla cinsellik, çıplaklık veya şiddet unsuru içermeye ihtimali taşıdıkları için ilgi çekmektedir⁹⁶. Diğer bir anlatımla, yayılmacı reklamların başarısı televizyonda yayınlanması mümkün olmayan şeyleri içermelerinden de kaynaklanmaktadır⁹⁷.

a. Yayılmacı Reklam Uygulamalarının Örtülü Reklam ile İlişkisi

Düşük maliyetli ve kullanıcıların ilgisini çekmekte etkin bir yöntem olduğu için internet ve sosyal medyada birçok yayılmacı reklam örneğiyle karşılaşmaktadır⁹⁸. Bunların bir kısmı örtülü reklam şüphesini üzerine çekmektedir. Zira tüketicilerin bu içerikleri samimi ve doğal bulmaları için çoğu zaman reklam verenden bağımsız olarak hazırlandığı imajı oluşturulmaya çalışılmaktadır. Yayılmacı reklamların reklam olduğu çoğu zaman anlaşılmamaktadır. Reklamların belirsiz olmasının işletmeler açısından birçok avantajı bulunmaktadır. Ancak bu durum hem reklam etiği⁹⁹ açısından hem de reklam hukuku açısından bir takım sakıncaları da beraberinde getirmektedir.

Her ne şekilde ve hangi mecrada yayınlanırsa yayınlansın, bir reklamın reklam olduğunun açıkça anlaşılması gereği reklam hukukunun temel prensiplerinden biridir¹⁰⁰. Bu prensibin ihlali halinde örtülü reklam uygulamaları söz konusu olmaktadır. 6502 sayılı TKHK'da örtülü reklamlar, *“reklam olduğu açıkça belirtilmeksizin yazı, haber, yayın ve programlarda, mal veya hizmetlere ilişkin isim, marka, logo veya diğer ayırt edici şekil veya*

95 TÜZEL URALTAŞ / BAHADIRLI, s. 38-39.

96 PORTER / GOLAN, s. 30.

97 ECKLER, Petya / BOLLS, Paul, “Spreading the Virus: Emotional Tone of Viral Advertising and its Effect on Forwarding Intentions and Attitudes”, **Journal of Interactive Advertising**, Vol. 11, No. 2, 2011, s. 3.

98 Ülkemizdeki başarılı kabul edilebilecek bazı yayılmacı reklam örnekleri için bkz. Gittigidiyor reklamı: <https://youtu.be/aX4GEIDNT70> (Erişim: 02.04.2018); Türk Hava Yolları Miles&Smiles reklamı: <https://youtu.be/RWC1EHpsJxw> (Erişim: 02.04.2018); Lassa reklamı: https://youtu.be/_RZa811YaGk (Erişim: 02.04.2018); Cambly reklamı: <https://youtu.be/kzZelqGsMco> (Erişim: 29.09.2018).

99 Viral reklam uygulamalarının reklam etiği açısından değerlendirilmesi hususunda ayrıntılı bilgi için bkz. KALAN, s. 83-84.

100 Ticari Reklam Ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği m. 6/1; İNAL, Emrehan, “Türk Hukuku’nda Aldatıcı ve Örtülü Reklamlar”, **Uluslararası Reklam Hukuku Sempozyumu**, 2009, s. 95, (“Örtülü Reklamlar”); AKTEKİN, Uğur / GÜRBÜZ, Başak, “Türkiye’de Örtülü Reklamlar ve Uygulamadaki Durum”, **Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi**, C. 9, S. 4, 2009, s. 42.



ifadelerle ticari unvan veya işletme adlarının reklam yapmak amacıyla yer alması ve tanıtıcı mahiyette sunulması örtülü reklam olarak kabul edilir.” şeklinde tanımlanmıştır (m.61/4 – c. 1). Aynı fıkranın devamında “Her türlü iletişim aracında sesli, yazılı ve görsel olarak örtülü reklam yapılması yasaktır.” ifadesi ile örtülü reklamlar açıkça yasaklanmıştır(m. 61/4 - c. 2).

Örtülü reklamların tespit edilmesi amacıyla öğretiyeye bir takım kıstaslar ortaya konulmuştur¹⁰¹. Yayılmacı reklam uygulamaları açısından bakıldığında ise, örtülü reklamın tespiti için öne çıkan ölçüt, reklam yapma iradesinin varlığıdır. Bazı hallerde, geniş kitlelere ulaşan bir videonun (veya içeriğin) gerçekten de, bir kullanıcının mizahi veya ilginç bir yaklaşımı neticesinde üretilmiş olması mümkündür¹⁰². İşte bununla, reklam vasfı taşıyan ileti, görsel veya videolar arasındaki farkı oluşturan, reklam yapma iradesidir. İçeriğin bir reklam ajansı veya işletmenin reklam bölümü tarafından üretilmiş olması veya içerikle işletme arasında doğrudan veya dolaylı bir bağın bulunması, bu kanaatin oluşmasına katkı sunacaktır. Videoyu paylaşanlara çekilişle bazı işletme ürünlerinin ödül olarak verileceğinin beyan edilmesi, içeriğin video paylaşım sitelerinde reklam başlığı altında gösterilmesi veya içeriğin işletme kurumsal hesaplarından paylaşılması, bu anlamda destekleyici kanıtlar arasında gösterilebilir.

b. Reklam Sınırlamalarının ve Yasaklarının İhlali Aracı Olarak Yayılmacı Reklamlar ve Bunların Hukuki Denetiminin Olası Sınırları

Yayılmacı reklamlar yapıları gereği, genellikle geleneksel reklam mecralarının dışında yayınlanmakta ve reklam olduğuna dair bir ibare içermemektedir. Bu içeriğin bir video, görsel, ilgi çekici bir cümle ve hatta bir beste olarak karşımıza çıkması dahi mümkündür. Bu halde, anılan reklamların, reklam verenle ilişkisinin ispatı çoğunlukla zorlu bir süreci içermektedir. Anılan durum, reklam hukuku açısından, özellikle de reklamı yasaklanan veya sınırlanan ürünlere/hizmetlere yönelik yayılmacı reklamlar açısından hukuki denetimin nasıl yürütülmesi gerektiğinin sorgulanmasına neden olmaktadır.

101 Örtülü reklamın tespiti için ortaya konulan kıstaslar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. İNAL, Örtülü Reklamlar, s. 96 vd.; TEKELİOĞLU, s. 83 vd.; AKTEKİN / GÜRBÜZ, s. 44 vd.; EROL, s. 54 vd.

102 Bu tür popüler içeriklere ilişkin yayın hakkının, içeriğin yayınından sonra işletmeler tarafından satın alınması da mümkündür. Bu durumda, anılan içeriklerin yeniden üretimi veya reklam kampanyaları ile ilişkilendirilmesi nedeniyle, reklam yapma iradesinin varlığı kabul edilmelidir. Bu konuda örnek olarak, bir mobil iletişim şirketi tarafından, yöresinde bulunan bir şelaleyi açıklayan kişinin çok sayıda izlemeye ulaşan videosuna dayalı olarak reklam yapılması gösterilebilir. (bkz. <https://youtu.be/wsOPIBQ8gl0> (Erişim: 11.02.2019)).

Uygulama incelendiğinde, konuya ilişkin bir dizi örnekle karşılaşılmaktadır. Alkollü içeceklerle ilişkin yasalarla getirilen reklam yasağına rağmen¹⁰³, bunı ihlaleden yayılcı reklam örneklerinin çevrimiçi video paylaşım sitelerinde yayına devam edildiği görülmektedir¹⁰⁴. Ya da, yasadışı bahis sitelerinin reklamlarının yapılmasına izin verilmemesi rağmen¹⁰⁵, anılan sitelerde buna ilişkin videolar izlenmeye açık durumdadır¹⁰⁶. Sigara tüketimine, sağlık hizmetlerine veya yasaklanan/sınırlandırılan diğer başlıklara ilişkin benzeri reklamların da kurgulanması her zaman için mümkündür¹⁰⁷.

Türk reklam hukuku açısından, Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği'nde mecra tanımının interneti de kapsar bir şekilde, geniş olarak yapıldığı (m. 4/1-1); ticari reklamın ise herhangi bir mecra yapılabileceğini belirttiği (m. 4/1-n) görülmektedir. Bu haliyle, internette yer alan herhangi bir sitede yapılan reklamın mecra kapsamı içinde yer aldığı anlaşılmaktadır. Bununla birlikte, verilen örneklerin yayımına devam edilmesi, konuya ilişkin önleyiciliğin ve hukuki denetimin yeniden gözden geçirilmesini gerekli kılmaktadır.

Anılan durumun öncelikli nedenlerinden birisi, yayılcı reklamın yapısı gereği reklam olarak tespitinin zorluğudur. Ayrıca, reklamın bir kere reklam veren veya reklam ajansı tarafından paylaşım sitelerine yüklenmesi sonrası, bunun reklam verenle ilgisi olmayan kullanıcılar tarafından da paylaşılması ve farklı sitelere de yüklenmesi ihtimali bulunmaktadır. Bu, Reklam Kurulu tarafından durdurma kararı alınması halinde dahi¹⁰⁸, reklamın internet ortamından tam olarak kaldırılabilmesi sürecini zorlaştırmaktadır. Buna ek olarak, video örneği üzerinden

103 1942 tarih ve 4250 sayılı İsperto ve İspirtolu İçkiler İhisarı Kanunu m. 6: "Alkollü içkilerin her ne surette olursa olsun reklamı ve tüketicilere yönelik tanıtımı yapılamaz". Ayrıca 15.02.2011 tarih ve 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun (RATEK) m. 11/1: "Alkol ve tüütün ürünleri için hiçbir şekilde ticari iletişime izin verilemez."

104 "Buz gibi biraderler" başlıklı videoda, alkollü içeceklerin tüketimine dair alkol üreticisi bir şirket tarafından başlatılan bir kampanyaya özgü oluşturulan mizahi besteye yer verilmektedir. Bu konuda bkz. <http://www.batesmotelpro.com/video/buz-gibi-biraderler> (Erişim: 10.01.2019).

105 29.04.1959 tarih ve 7258 sayılı Futbol ve Diğer Spor Müsabakalarında Bahis ve Şans Oyunları Düzenlenmesi Hakkında Kanun hükmü uyarınca kanunun verdiği yetkiye dayalı olmaksızın, yasadışı bahis oynamak, oynatmak, oynamaya teşvik etmek ve bunların reklamını yapmak yasaklanmıştır (7258 sayılı Kanun m. 5).

106 <https://www.youtube.com/watch?v=JAlm6Hrv9y0> (Erişim: 10.01.2019).

107 Bununla birlikte, belirtilen reklam yasaklarının uygulama sınırlarının nasıl belirlenmesi gerektiği üzerine öğretide yürütülen teorik tartışmaların bu çalışma başlığının konusu altına dâhil edilmediği özellikle vurgulanmalıdır.

108 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, m. 63/1.



devam edilirse, reklamın zaten çok kısa süre içinde önemli düzeyde ve hedeflenen izleyici sayısına ulaşması ihtimalinin yüksekliği, durdurma kararının sonuçları açısından etkinliğini sınırlamaktadır. Kaldı ki, Reklam Kurulu'nun yayımlacı reklamlar hakkında verdiği durdurma cezalarının uygulanmadığı örneklerle bile karşılaşılmaktadır¹⁰⁹.

Reklamın, herhangi bir internet kullanıcısı tarafından değil de, reklam veren veya onun ajansı tarafından üretildiğinin ispatı da, karşılaşılabilecek bir diğer zorluktur. İlgili ürünün veya hizmetin açıkça reklamın merkezine alınmaması ve buna ilişkin mesajın dolaylı yoldan iletilmesi, bunun temel nedenidir. Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği'nde reklam verenin, "*içinde firmasının ya da markasının yer aldığı reklamları yayımlatan...*" kişi olarak tanımlanması (m.4/1-m), bu tanımın dar olarak yorumlanması durumunda, markasıyla ilgili dolaylı görsellere yer veren bir reklam videosu hazırlatan kişilerin, reklam veren vasfını taşımadığı sonucuna ulaşılmasını mümkün kılabilir. Belirtilen nedenle, kanaatimizce, anılan hüküm geniş yorumlanmalı ve reklamın bütünü itibarıyla, ilgili firmanın veya markanın öne çıktığı iletiler, belirtilen koşulu sağlamış kabul edilmelidir. Bununla birlikte, (reklamın yayını için ödenen) ücretin Yönetmelik'te reklamın asli unsuru olarak sayılmamasının yerinde bir tercih olduğu¹¹⁰ ve belirtilen reklamların da hukuki denetim kapsamına alınabilmesine katkı sağladığı vurgulanmalıdır.

Reklam hukuku denetiminin sınırlarına rağmen, ilgililerin haksız rekabete ilişkin hükümler çerçevesinde haksız rekabetin tespiti, men'i, maddi durumun ortadan kaldırılması ve zarar ve ziyanın tazminine ilişkin davaları açabilecekleri açıktır. Özellikle de reklamına izin verilmeyen bir ürünün üreticilerinden birisi tarafından, anılan yasağın ihlali amacıyla yayımlacı reklam yapılmasının, kanunla rakiplere de yüklenmiş olan bir iş şartına aykırılık taşıdığı ve haksız rekabet oluşturacağı savunulabilir (TTK m. 55/1-e)¹¹¹.

109 Örneğin, çeşitli kavramların mizahi bir dille açıklanması üzerine yoğunlaşan bir Youtube kanalında, 2017 yılında paylaşılan "*Evlence Nedir*" başlıklı videoda bir takım markalara yönlendirme yapıldığı ve bu markaların örtülü reklamının yapıldığı gerekçesiyle, Reklam Kurulu tarafından bu videoya ilişkin durdurma cezası verilmiştir. (Dosya No: 2017/2625, Toplantı Sayısı: 271, Toplantı Tarihi: 17.04.2018). Ancak bu karara rağmen bahsi geçen videoya halen erişilebilmektedir, https://youtu.be/c8Xzak_h-Zc (Erişim: 16.01.2019).

110 Reklam verenin hazırladığı videoyu, video paylaşım sitelerine kurumsal hesabıyla veya herhangi bir kullanıcı adıyla yüklemesi veya yükletmesi durumu, mecra yayını için ücret ödenmemesine örnek olarak gösterilebilir. Bu konuda bkz. ÖZDEMİR, S., s. 50-51.

111 Haksız rekabet kavramı açısından iş şartlarına aykırılık hakkında bkz. TEOMAN, s. 1096; NOMER ERTAN, Haksız Rekabet, s. 339; DOMANIÇ/ULUSOY, s. 275-276; POROY / YASAMAN, s. 390-391; TEKİL, s. 233; NOMER ERTAN (ÜLGEN / HELVACI /

4. Ünlü Desteği

a. Reklamcılık Açısından Ünlü Kavramı

Reklamcılık uygulamasında, tüketicileri etkilemek için kullanılan en yaygın araçlardan birisi de ürün, hizmet ya da markaların öne çıkarılması için ünlü kişilerden yararlanılmasıdır. Etkili bir teknik olduğu için reklamcılık tarihi boyunca ünlülerden yararlanılmıştır¹¹². Tüketiciler, ünlülere attettikleri değerle bağlantılı olarak bu değer yargısını onların kullandıkları ürün ve markalara da yansıtır ve böylece bunların kaliteli olduklarını düşünürler¹¹³. Tüketicilerin bu algısı nedeniyle işletmeler, ürün veya markalarını öne çıkarmak için ünlülerle işbirliği yapma yolunu tercih etmektedir. Bu yöntem, ünlünün açıkça reklam kampanyasında yer alması gibi aleni veya ünlünün günlük hayatında bu ürünleri kullanması veya övücü açıklamalar yapması gibi örtülü şekilde gerçekleştirilebilir¹¹⁴.

Ünlü, Türk Dil Kurumu sözlüğünde “ün salmış olan, şöhretli, meşhur, şanlı, namlı, namdar” şeklinde tanımlanmaktadır. Hukuki anlamda ünlü denilince akla hiç şüphesiz kamuya mal olmuş kişi kavramı gelmektedir. Kamuya mal olmuş kişi, “*kamu hayatında önemli rol oynayan ve günün meşhurları arasında bulunan şahıslar*” olarak tanımlanmaktadır¹¹⁵. Bir diğer tanıma göre ise, “*toplumsal hayatın çeşitli alanlarında öne çıkarak toplumun ilgisini üzerinde toplayan kişi*” olarak ifade edilmektedir¹¹⁶. Avrupa Konseyi

KENDİGELEN / KAYA), s. 561; KARAHAN, s. 249; ŞENER, s. 645 vd.; BOZER, /GÖLE, s. 209-210; ARKAN, s. 358; AYHAN / ÇAĞLAR, s. 377; SEVEN, s. 3347.

112 KERTZ, C. L. / OHANIAN, R., “Recent Trends in the Law of Endorsement Advertising: Infomercials, Celebrity Endorsers and Nontraditional Defendants in Deceptive Advertising Cases”, **Hofstra Law Review**, Vol. 19, Iss. 3, 1991, s. 603-604.

113 KHAN, Marium Mateen, “The Effect of Celebrity Endorsement on Consumer Purchase Intention – Evidence From Q Mobile Linq Advertisement”, **Pakistan Business Review**, Vol. 19, No. 4, 2018, s. 1066.

114 Örneğin, bir içecek firmasının ünlü bir kişiye, örtülü şekilde reklamını yapması için 550.000 dolar ücret ödediği iddia edilmektedir, <https://www.adweek.com/digital/selena-gomezs-social-media-posts-are-evidently-worth-550000-apiece-172552/> (Erişim: 17.01.2019).

115 TANDOĞAN, Haluk, “Şahsiyetin Akit Dışı İhlallere Karşı Korunmasının İşleyiş Tarzı ve Basın Yoluyla Olan İhlallere Karşı Özel Hayatın Korunması”, **AÜHFD**, C. 20, S. 1, 1963, s. 31.

116 KURT, Leyla Müjde, “Kamuya Mal Olmuş Kişi Kavramı”, **AÜHFD**, C. 66, S. 3, 2017, s. 581. Münferit ve güncel bir olay nedeniyle toplumun ilgisini geçici olarak üzerinde toplayan kişiler de geniş anlamda kamuya mal olmuş kişi kavramı içerisinde değerlendirilmektedir (KURT, s. 586). Fakat, geçici olarak kamuya mal olmuş kişilerin toplum nezdinde bir ürün veya hizmeti öne çıkarmasıyla genellikle karşılaşılmamaktadır. Gerçekten, bir kazanın veya suçun mağduru, bir suçun faili veya tanığı ya da bir doğal afetin mağduru olan kişinin bu yönde bir faaliyet yürütmesi ancak nadiren mümkündür. O halde, kamuoyunun sürekli olarak ilgisini çeken mutlak kamuya mal olmuş kişi kavramı ile pazarlama alanında kullanılan ünlü kavramının genel olarak örtüştüğü savunulabilir.



Parlamente Meclisi'nin 26.06.1998 tarih ve 1165 sayılı kararının 7. paragrafında bu kavram *"kamu görevi yürüten ve/veya kamu kaynaklarını kullanan ve daha kapsamlı bir ifadeyle siyasette, ekonomide, sanatta, toplumsal alanda, sporda ya da başka herhangi bir alanda rol oynayan bütün kişiler"* olarak tanımlanmıştır¹¹⁷.

Müziyenler, oyuncular, sporcular ve benzeri kişiler ünlülerin kapsamına dâhil edilebilir. Gerçek kişilerin yanı sıra, çizgi film, animasyon filmi veya spor kulübü maskotu gibi hayali karakterlerden de, reklam yüzü olarak yararlanılması mümkündür. Sosyal paylaşım sitelerinin geniş bir kullanıcı sayısına ulaşmasıyla birlikte, bu alanda etkisi, görünürlüğü ve takipçi sayısı oldukça fazla olan belirli kişilerin de ünlü olarak kabul edilmeye başlandıkları görülmektedir¹¹⁸. Her halde, sosyal paylaşım sitelerinde yapılan reklamların, günümüzde giderek artan bir görünürlüğe eriştiği ve bunun da, reklam hukuku açısından önemli sonuçlar doğurduğu savunulabilir.

Anılan reklamlar, verilen mesajın açıklığı açısından, açık ünlü desteği, örtülü ünlü desteği ve ürün ve ünlünün birlikte görünmesi şeklinde üçe ayrılmaktadır¹¹⁹. Açık ünlü desteğinde ünlüler söz konusu ürünü desteklerini açıkça beyan etmekte iken; örtülü ünlü desteğinde ise, ünlüler söz konusu ürünü sadece kullandıklarını ifade etmektedirler¹²⁰.

b. Ünlü Desteği ve Örtülü Reklam İlişkisi

Ünlü kişilerin algısının reklam verenlere sağladığı katkıların yanı sıra, sosyal paylaşım sitelerinin ilgili ünlünün çok sayıdaki takipçisine aynı anda ileti gönderme imkânı sağlaması ve bunun genellikle takipçiler tarafından ilgiyle izlenmesi gibi nedenlerle oldukça yaygınlaşmaktadır. Bunun yanı sıra, reklam ile hedef kitlenin olabildiğince örtüşmesi için, reklama konu ürün ile bunun tanıtımını yapacak kişiler arasında olumlu bir bağın bulunması aranmaktadır. Bu sayede, tanıtımın daha etkin olarak

117 <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=16641> (Erişim: 10.09.2018).

118 Bu kişiler, Türkçe'de genellikle fenomen olarak adlandırılmakta ve yabancı kaynaklarda ise *influencer* olarak geçmektedir. Bu genel kavramın yanı sıra, ilgili kişilerin etkin oldukları sosyal paylaşım sitesine göre özel isimler aldıkları da görülmektedir. Örneğin, Youtube fenomenlerine *youtuber* denilirken, Instagram fenomenlerine *insta-famous* denilmektedir. Bu kişilerin reklam anlaşmalarına örnek olarak bkz. <http://www.bbc.co.uk/newsbeat/article/42395224/evan-edinger-the-five-ways-youtubers-make-money> (Erişim: 10.01.2019).

119 AVCILAR, Mutlu Yüksel / AÇAR, Fatih, "Sosyal Medya Reklamlarında Ünlü Desteği Kullanımı: Mikro-Ünlülerin Yükselişi", **15. Uluslararası Türk Dünyası Sosyal Bilimler Kongresi**, Komrat, 2017, s. 6.

120 AVCILAR / AÇAR, s. 6.

yürütülmesi amaçlanmaktadır¹²¹. Sağladığı bu katkılar sayesinde, anılan mecra da yapılan reklamlar nedeniyle ünlülere dikkate değer bir ücret ödendiği görülmektedir¹²².

Reklam içeriğinin kişinin günlük hayatının akışında paylaştığı içeriğin içine gizlenmesi, reklam hukuku açısından bunun örtülü reklam olma vasfı açısından değerlendirilmesini gerekli kılmaktadır. Bir ünlünün reklam verenin otelinden veya restoranından görseller paylaşması veya reklam verenin içecek ve kıyafet gibi ürünlerini kendi şahsi paylaşımları içine anılan amaçla dâhil etmesi, buna örnek olarak verilebilir¹²³. Bu durum karşısında, reklamın hedef kitlesi genellikle karşılaştığı içeriğin reklam olduğu konusunda herhangi bir bilgi sahibi olmamakta; aksine, bunun takip ettiği kişinin samimi deneyimlerinin ve günlük hayat akışının doğal bir parçası olduğu kanaatini taşımaktadır.

Türk hukuku açısından bakıldığında, bu yöntemde reklam olduğu açıkça belirtilmeksizin, hedef kitleye tanıtım yapıldığı ve bunun bir örtülü reklam olarak değerlendirilebileceği anlaşılmaktadır¹²⁴. Her ne kadar anılan Yönetmelik'te örtülü reklamın tanımı yapılırken ilgili mecralar “yazı, haber, yayın ve programlarda” olarak sıralansa da, bu Yönetmelik'te yapılan mecra tanımının interneti ve hatta “her türlü iletişim kanalı(nı)” da kapsamı (m. 4/1-1) karşısında, kanaatimizce bu sıralama internet ve “sosyal paylaşım siteleri” mecralarını anılan sınırlamanın dışında tutmamaktadır. Yönetmelik m. 22'de, örtülü reklam yapılmasının “her türlü iletişim aracında” yasak olduğunun belirtilmesi de bu kanaati doğrulamaktadır.

121 Bu konuda bkz. <https://www.forbes.com/sites/theyec/2018/07/30/understanding-influencer-marketing-and-why-it-is-so-effective/#563a4eec71a9> (Erişim: 10.01.2019).

122 Bir ünlünün, şahsi Instagram hesabında yayınladığı her bir reklam için 1 milyon USD talep etmesi, bu duruma örnek olarak gösterilebilir, <https://www.cnbc.com/2018/07/31/kylie-jenner-makes-1-million-per-paid-instagram-post-hopper-hq-says.html> (Erişim: 10.01.2019).

123 Bu açıdan, ünlü kişinin belirli bir markaya yönelik hayatının akışı içinde yaptığı paylaşımın veya kişisel beğenisini ifade etmesinin her hâlükârda reklam amacı taşımayabileceği ihtimali de göz ardı edilmemelidir. İletinin hayatın olağan akışı ile uyup uymaması, ürün veya hizmetin tanıtım işlevinin öne çıkması veya iletide ürün veya hizmetin tercih edilmesi talebine vurgu yapılması reklam vasfına ağırlık kazandırmaktadır. Ünlünün takipçilerine indirim düzenleneceğinin duyurulması veya ünlü tarafından indirim veya promosyon kodu/linki paylaşılması da uygulamada sıklıkla karşılaşılan reklam yöntemleridir.

124 Örtülü reklam: Reklam olduğu açıkça belirtilmeksizin yazı, haber, yayın ve programlarda, mal veya hizmetlere ilişkin isim, marka, logo ya da diğer ayırt edici şekil veya ifadelerle ticaret unvanı ya da işletme adlarının reklam yapmak amacıyla yer almasını ve tanıtıcı mahiyette sunulmasını, (RYön. m. 4/1-k).



Türk reklamcılık uygulamasında sosyal paylaşım sitelerinde anılan yöntemle yapılan reklamcılığın önemli bir düzeye eriştiği ve sadece 2017 yılında bu yöndeki bütçenin 30 milyon TL'ye ulaştığı anlaşılmaktadır¹²⁵. Anılan reklam kampanyalarının önemli bir kısmının örtülü reklam olarak yürütüldüğü¹²⁶ ve buna karşın, Reklam Kurulu kararlarında bunlara ilişkin aynı ölçekte yaptırım kararı ile karşılaşmadığı dikkate alındığında, bu reklamcılık yönteminin reklam mevzuatındaki açık hükümlere rağmen etkin bir şekilde denetime tabi tutulmadığı sonucuna ulaşılmaktadır. Bunda, anılan reklamlarda içeriğin reklam amacı taşıdığı her durumda açıkça tespit edilebilmesinde yaşanan zorluk kadar, bu geniş alana yönelik denetimin büyük ihtimalle Reklam Kurulu'nun fiziki imkânlarını da aşan bir iş yükünü gerekli kılması da etkilidir.

Bu reklamcılık yöntemi ile örtülü reklam yapılmasının bazı hukuk sistemleri açısından da ihlal olarak değerlendirildiği ve bunlara ilişkin denetim mekanizmalarının işletildiği görülmektedir¹²⁷. Federal Ticaret Komisyonu (FTC) tarafından, Amerika Birleşik Devletleri'ndeki 90'dan fazla ünlünün, bir ürün ya da markanın reklamını yapmaları halinde bunun reklam olduğunu açıkça beyan etmeleri gerektiği konusunda uyarılması, buna örnek olarak verilebilir¹²⁸. Bu uyarı üzerine ünlüler, eski paylaşımları da dâhil olmak üzere ünlü desteği reklamlarına ('#ad' ibaresi gibi) bunun bir reklam olduğunu gösterecek ifadeler eklemişlerdir¹²⁹. Yaptırım

125 <https://webrazzi.com/2018/02/21/turkiyede-influencer-marketing-pazarinin-buyuklugu-30-milyon-tlyi-buldu/> (Erişim: 13.01.2019).

126 Türkiye'deki ünlü desteği örnekleri için bkz. <https://www.instagram.com/p/9vMjZZS9Uw/>, <https://www.instagram.com/p/67zX4MO12s/> <https://www.instagram.com/p/BfOPGZh1P4/>, <https://www.instagram.com/p/BijctyQAF5K/>, (Erişim: 20.09.2018).

127 Amerika Birleşik Devletleri Federal Ticaret Komisyonu 90'dan fazla ünlü ve fenomene birer mektup göndererek örtülü reklam yapmalarını konusunda uyarmıştır, <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2017/04/ftc-staff-reminds-influencers-brands-clearly-disclose> (Erişim: 24.01.2019). Birleşik Krallık'ta ise Rekabet ve Piyasa Otoritesi (Competition and Markets Authority) sosyal medya ünlülerinin bir ürün veya hizmetin reklamını yapmaları karşılığında herhangi bir menfaat elde edip etmediklerini belirlemek için 16 Ağustos 2018 tarihinde soruşturma başlatmıştır. Eğer bir menfaat karşılığında ünlü desteği reklamlarını yapıyorlarsa, bunun tüketicilere açıklanması gerektiği vurgulanmıştır. Soruşturma sonucunda herhangi bir yaptırım uygulanmamış, ünlülerden ve sosyal medyada popüler olan kişilerden reklam için menfaat elde etmeleri halinde bunu açıklayacaklarına dair taahhüt alınmıştır, <https://www.gov.uk/cma-cases/social-media-endorsements> (Erişim: 24.01.2019); <https://www.gov.uk/government/news/celebrities-pledge-to-clean-up-their-act-on-social-media> (Erişim: 24.01.2019). Yasaya göre aykırılık halinde yaptırım olarak 2 yıla kadar hapis ve para cezası öngörülmektedir (The Consumer Protection from Unfair Trading Regulations 2008, Part. 3, Art. 13).

128 Ayrıntılı bilgi için bkz. <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2017/04/ftc-staff-reminds-influencers-brands-clearly-disclose> (Erişim: 24.01.2019).

129 Örnek olarak Selena Gomez, <https://www.instagram.com/p/BHF4NdhOmc/> (Erişim:03.04.2018); Kim Kardashian, <https://www.instagram.com/p/BUZvH2KFJg1/>

ihtimali karşısında, takipçi sayısı düşük olan kullanıcıların dahi bu kurala riayet etmeye başladıkları görülmektedir. Buna karşın ülkemizde mevzuattaki açık hükümlere rağmen, yaptırım ile karşılaşılması ihtimalinin düşüklüğü nedeniyle, anılan reklamcılık uygulamalarına yoğun bir şekilde devam edildiği anlaşılmaktadır. Sosyal medyanın eriştiği kişi sayısı, etkisi ve kısa süre içinde sonuç doğurma kabiliyeti dikkate alındığında, alana dair düzenlemelere dayalı olarak ihlallere ilişkin yaptırımların daha sistematik olarak uygulanmasının ve bunun için gereken kurumsal altyapının oluşturulmasının yerinde olacağı savunulabilir.

F. Reklam Hukukunda Getirilen Sınırlandırmalar Açısından Sosyal Paylaşım Reklamları

Sosyal paylaşım sitelerinde yapılan reklamın örtülü yapısı ve kişilerin şahsi beyanlarından ayırt edilmelerinin zorluğu, bu mecranın istenilen düzeyde denetime tabi tutulamaması sonucunu doğurmaktadır. Belirtilen durum özellikle reklam mevzuatı ile getirilen sınırlandırmalar yönünden, bu mecranın ayrıca değerlendirilmesini gerekli kılmaktadır.

Bu açıdan en önemli ihlal ihtimali, mecranın reklamı yapılması yasaklanmış ürün ve hizmetlerin reklamı amacıyla kullanılmasıdır. Bir sigara veya alkol firması tarafından¹³⁰, hedef kitlesi itibariyle gençleri etkileme ve yönlendirme olanağı bulunan bir şarkıcının Instagram paylaşımlarında düzenli olarak ilgili ürünü tüketmesi ve arka planda küçük de olsa ürün markasına yer vermesi yönünde bir sözleşme yapması buna örnek olarak verilebilir¹³¹. Bu durumun tespiti halinde reklam mevzuatından ve üretim alanına ilişkin mevzuattan doğan yaptırımların uygulanabileceği açıktır¹³². Bunun yanı sıra, iş şartı niteliğindeki reklam

(Erişim: 03.04.2018); Fenomen bir hesap, https://twitter.com/kburton_25/status/982749835760578560 (Erişim: 09.04.2018).

130 a Tütün ürünlerinde reklam yasağı için bkz. 4207 Sayılı Tütün Ürünlerinin Zararlarının Önlenmesi ve Kontrolü Hakkında Kanun m. 3/6: "Televizyonda yayımlanan programlarda, filmlerde, dizilerde, müzik kliplerinde, reklam ve tanıtım filmlerinde, sinema ve tiyatrolarda gösterilen eserlerde tütün ürünlerinin kullanılması ve görüntülerine yer verilmesi ya da internet, topluma açık olan sosyal medya veya benzeri ortamlarda ticari gaye ile veya reklam amacıyla tütün ürünlerinin kullanılması ve görüntülerine yer vermesi yasaktır."

b Alkollü ürünlerde reklam yasağı için bkz. 4250 Sayılı İspirto ve İspirtolu İçkiler İnhisarı Kanunu m. 6.

131 Bazı sigara üreticilerinin sosyal paylaşım sitelerindeki ünlülerle, örtülü biçimde reklam yapılması için anlaşmalar yaptığı yönündeki iddia için bkz. <https://truthinitiative.org/news/investigation-reveals-tobacco-companies-are-secretly-using-social-media-promote-smoking> (Erişim: 13.01.2019). Alkol reklamları açısından bkz. NILAND, Patricia / MCCREANOR, Tim / LYONS, Antonia C. / GRIFFIN, Christine, "Alcohol Marketing on Social Media: Young Adults Engage with Alcohol Marketing on Facebook", *Addiction Research & Theory*, Vol. 4, No. 25, 2016.

132 a 4250 sayılı Kanun m. 7/1-a bendinde "Birinci ve ikinci fıkralarında belirtilen yasakların her birine aykırı hareket edenlere ve ilgili işletme sahiplerine, beş bin Türk Lirasından iki yüz bin Türk Lirasına kadar" idari para cezası verileceği öngörülmüştür.



yaşağının ihlali nedeniyle, eylemin haksız rekabet iddiasına da neden olması mümkündür¹³³.

Ayrıca, sosyal medyada yapılan paylaşımda, kişinin gerçek hayatında ürünü tecrübe etmemesine veya tüketmemesine rağmen ürünün iyi yönlerine tanıklığını beyan etmesi (RYön. m. 16/1)¹³⁴, tüketicilerin çevreye ilişkin duyarlılıklarının istismar edilmesi (RYön. m. 17)¹³⁵ veya ürünün satın alınması için çocukların yönlendirilmesi (RYön. m. 24/1-i)¹³⁶ gibi durumların da, reklam mevzuatına aykırılık taşıyacakları kabul edilmelidir.

G. Hukuka Aykırı Reklamlardan Sorumlu Olan Başlıca Kişiler

1. Kullanıcılar

Sosyal medyada, içeriğin büyük oranda paylaşım sitelerinde hesap sahibi olan kişiler tarafından üretildiği, sunulduğu ve paylaşıldığı görülmektedir. Bu, kişinin kendi ismini¹³⁷ kullanması vasıtasıyla olabileceği gibi; kişinin, bundan doğan anlamlı veya anlamsız bir kısaltmayı veya tamamen hayali bir kullanıcı ismini seçmesi de mümkündür. Sosyal medyanın kendine özgü yapısı, yaptığı paylaşımların ilgi çekiciliği ile de bağlantılı olarak, hayali bir kullanıcı adıyla dahi çok sayıda kullanıcı

b 4207 sayılı Kanun m. 5/3: “3 üncü maddenin birinci, üçüncü, dördüncü, beşinci, onbeşinci fıkralarındaki yasakların her birine aykırı hareket edenler, ellibin Türk Lirasından ikiyüzellibin Türk Lirasına kadar idarî para cezası ile cezalandırılır. Bu cezaya karar vermeye Tütün, Tütün Mamulleri ve Alkollü İçkiler Piyasası Düzenleme Kurulu yetkilidir.”

c 4207 sayılı Kanun m. 5/4: “3 üncü maddenin altıncı fıkrasındaki yaşağın görsel yayım yoluyla ihlal edilmesi hâlinde, yaşağa aykırı yayım yapan medya hizmet sağlayıcı kuruluşa ihlalin ağırlığı ve yayımın ortamı ve alanı göz önünde bulundurularak, ihlalin tespit edildiği aydan bir önceki aydaki brüt ticari iletişim gelirinin yüzde birinden üçüne kadar idari para cezası verilir. İdari para cezası miktarı, on bin Türk lirasından az olamaz. Bu cezaya karar vermeye Radyo ve Televizyon Üst Kurulu yetkilidir.”

133 TEOMAN, s. 1096; NOMER ERTAN, Haksız Rekabet, s. 339; DOMANIÇ/ULUSOY, s. 275-276; POROY / YASAMAN, s. 390-391; TEKİL, s. 233; NOMER ERTAN (ÜLGEN/ HELVACI/KENDİGELEN/KAYA), s. 561; KARAHAN, s. 249; ŞENER, s. 645 vd.; BOZER, /GÖLE, s. 209-210; ARKAN, s. 358; AYHAN / ÇAĞLAR, s. 377; SEVEN, s. 3347.

134 Bir sanatçının vegan olduğu halde restoranın et ürünlerini çok lezzetli olduğunu beyan etmesi veya kilolarının aslında hiç kullanmadığı bir diyet ürünü sayesinde verdiği beyan etmesi, örnek olarak verilebilir. Bu konuda bkz. ÖZDEMİR, S., s. 86.

135 Ürünün satın alınması ile sağlanan çevre katkısı arasında hiçbir doğrudan ilişki olmamasına rağmen, ürünün çevrenin korunması ile ilişkilendirilmesi, buna örnek olarak verilebilir. Bu konuda bkz. ÖZDEMİR, S., s. 89.

136 Çocukların sıklıkla takip ettiği bir Youtube yayıncısının, çocukları yeni bir oyuncakın veya oyun aboneliğinin satın alınması için teşvik etmesi, buna örnek olarak verilebilir.

137 İşletmeler açısından, ticaret unvanının veya ürün veya hizmete yönelik markanın da kullanılması mümkündür. Örnek olarak bkz. Reklam Kurulu Dosya No: 2018/1853 ve 2018/1350. Hatta, reklam amacıyla, bir TV reklam kampanyasında oluşturulan hayali karakterlere yönelik sosyal medya hesapları da açılabilir.

tarafından takip edilen bir hesabı yürütmeyi mümkün kılmaktadır¹³⁸. Bunun konumuz açısından dikkat çeken yönü ise, reklam düzenlemelerine aykırılık taşıyan eylemlerde bulunan ve hayali ya da kimliğini tam olarak tespiti imkân tanımayan isimler kullanan kişilerin, uygulanacak yaptırımlar açısından nasıl tespit edilebileceğidir.

Sosyal medya kullanıcıları, 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'a göre içerik sağlayıcısı konumundadır¹³⁹. Bu kapsamda, sosyal medya kullanıcıları, kendi hesaplarından yayınladıkları her türlü içerikten sorumludurlar (5651 sayılı Kanun m. 4/1)¹⁴⁰. Konuya reklamlar açısından yaklaşıldığında da, Reklam Kurulu'nun sosyal medyadaki iletileri denetim kapsamında değerlendirdiği anlaşılmaktadır. Bunu, paylaşılan iletinin yanı sıra, buna eklenen görseller, karşılaştırma tabloları, linkler (bağlantılar) ve kullanıcı tarafından sonradan yapılan yorumları da dâhil eder biçimde, bir bütün olarak değerlendirmek gerekmektedir. Paylaşılan görsellerin¹⁴¹, iddiaların¹⁴², kampanya duyurularının¹⁴³ ve logoların¹⁴⁴ dahi Reklam

138 Türkiye'de en fazla takip edilen Twitter hesapları incelendiğinde aralarında, hayali isimli kullanıcıların da bulunduğu görülmektedir. Bu konudaki 2017 yılına ait bir araştırma için bkz. <https://www.cnnturk.com/sosyal-medya/turkiyede-en-cok-takip-edilen-twitter-hesaplari?page=1> (Erişim: 11.02.2019).

139 İçerik sağlayıcısı, "internet ortamı üzerinden kullanıcılara sunulan her türlü bilgi veya veriyi üreten, değiştiren ve sağlayan gerçek veya tüzel kişiler" olarak tanımlanmaktadır (5651 sayılı Kanun m. 2/1-f).

140 İçerik sağlayıcıların sorumluluğu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. KAYA, Kişilik Hakkı, s. 238 vd.

141 "... firmaya ait "... hesap adlı Facebook, Twitter ve Instagram gibi sosyal medya internet adreslerinde yayımlanan görsellerde, çok sayıda küçük çocuk ve bebek fotoğrafı ile birlikte küçük çocuk ve bebeklerin firma ürünlerini tüketimine ilişkin ifade, tanıtım ve tavsiyelere yer verildiği... annenin çocuğuna bir kaşık ile firmanız ürününden yedirdiği, firmanız ürünü ile beslenen kız çocuğunun etrafında koruyucu bir kalkan oluştuğu ve başı üzerinde "Anti-oksidan" ifadesinin belirdiği... yer alan görüntü ve ifadelerin, mevzuatta izin verilen sağlık beyanlarının dışına çıkan tüketicileri yanıltıcı sağlık beyanları olarak değerlendirildiği" (Reklam Kurulu, 2017/4148).

142 "Türkiye'nin HER yerinde büyük ölçekli inşaat projeleri için ulusal ve uluslararası anlamda satış süreci yönetimi veya danışmanlık hizmetleri sunduğu...şeklindeki iddialardan, ..."Türkiye'nin HER yerinde" ifadesine ilişkin olarak 22 il, 7 bölge ve 100 firma açıklamasının anılan iddianın mevcut aykırılığını ortadan kaldırmayacağı...Söz konusu ispat edilen sayısal veriler dışında kalan sayısal verilerin de herhangi bir hukuki belge ile açıklığa kavuşturulmadığı...Sonuç olarak anılan tanıtımların tüketicileri ve franchise hakkı almak isteyen girişimcileri yanıltıcı olduğu ve diğer benzer şekilde faaliyet gösteren firmalar açısından haksız rekabet yaratıcı olduğu" (Reklam Kurulu, 2017/2438).

143 "Instagram" isimli sosyal mecra; "... çok özel Sevgililer Günü hediyesi! Zemin kattaki kalbin altında resimlerini çekip paylaşan 3 ÇİFT'e deniz uçağı ile İstanbul turu davetiyesi veriyoruz... Paylaşılan resimde 10 arkadaşınızı etiketleyip #sevğininKalesinde yazmayı unutmayın. Bol şans bol aşk." İfadelerine yer verildiği tespit edilmiştir..." (Reklam Kurulu, 2018/1971).

144 "...internet sitesi ve başta instagram olmak üzere çeşitli sosyal medya sitelerinde, Göç İdaresi



Kurulu tarafından değerlendirmeye alındığı görülmektedir. Reklamda yer verilen ifadelerin haksız rekabet iddiasına konu olması durumunda da, bilişim aracında görüntülenen sosyal medya iletilisinin sahibinin bundan doğan sorumluluğuna gidilebileceği açıktır (TTK m. 58).

Belirtilen açıdan, gerçek ismiyle veya kendisini işaret eden bir kullanıcı ismiyle sosyal medyada paylaşımında bulunan kişilerin, sundukları içerikten sorumlu olacakları anlaşılmaktadır. İşletmenin, işletmeye ait markanın veya işletme pazarlama ofisinin reklam paylaşımları bu kapsamda değerlendirilebilir. Reklam veren, kendisi paylaştığı içeriklerden kullanıcı olarak, çalışanlarının paylaştığı reklam içeriklerinden ise adam çalıştıran sıfatıyla sorumlu olacaktır¹⁴⁵. Yine, bu reklamların reklam ajansı veya reklamı hazırlamakla görevlendirilen çalışanlar tarafından paylaşılmış olması da muhtemeldir¹⁴⁶. Kişilerin, sosyal medya sitesi tarafından kullanıcının gerçekten de anılan kişi olduğu doğrulanmış hesaplar kullanması, ihlalin anılan kişi tarafından yapıldığı iddiasının ispatını kolaylaştıracaktır¹⁴⁷. Bununla birlikte, kullanıcı adından paylaşımı yapan kişinin bilgilerine erişmek mümkün değilse de, mahkeme tarafından bu bilgilerin sosyal medya sitesinden talep edilmesi mümkündür. Haksız rekabete ilişkin ihlal iddiası karşısında, kullanıcının gerçek kimliğini paylaşmayan şikâyet paylaşım sitesi aleyhine dava açılabileceğini kabul eden 2011 tarihli Yargıtay kararı da, bu yönde değerlendirilebilir¹⁴⁸.

Bu kapsamda değerlendirilmesi gereken bir başka husus, reklam amacını taşıyan iletiyi kendi hesabı üzerinden paylaşan veya bu iletiyi beğendiğini işaretleyen kişilerin, anılan iletinin ortaya koyduğu ihlallerden

Genel Müdürlüğü'nün ünvan ve logosuna yer verilmek suretiyle ve "ikamet için en uygun fiyat, yabancı uyruklu vatandaşlar için ikamet (oturma) ve kaçak işlemleri en uygun fiyata yapılır. Bizden bilgi ve fiyat almadan karar vermeyin!" şeklindeki ifadelere yer verildiği, bu durumun da tüketicileri yanıltıcı nitelikte olduğu, tüketicilerin satın alma kararını etkileyen söz konusu uygulamanın aldatıcı ve yanıltıcı nitelikte olduğu değerlendirilmiştir. (Reklam Kurulu, 2018/520).

145 GÖLE, s. 192-193; ÖZDEMİR, S., s. 96-97.

146 Reklam ajansı: "Reklamı, reklam verenin talebi doğrultusunda hazırlayan veya reklam veren adına yayınlanmasına aracılık eden gerçek ya da tüzel kişiyi" ifade etmektedir (RYön. m.4/1-1). Reklam verenin talimatlarına veya aralarındaki sözleşmeye aykırı hareket etmesi halinde reklam ajansının da sorumluluğu doğabilecektir. GÖLE, s. 197; İNAL, Reklam Hukuku, s. 122-123; ÖZDEMİR, S., s. 98-99.

147 Kamuoyunun ilgisini çekebilecek bir kişi veya markaya ait hesabın sosyal medya platformu tarafından gerçekten o kişi veya markaya ait olduğunun doğrulanması söz konusu olabilmektedir. Bu doğrulama platforma özgü bir işaretlerle belirtilmektedir. Bazı sosyal medya sitelerinin doğrulama politikaları için bkz. Instagram: <https://help.instagram.com/854227311295302> (Erişim: 18.02.2019); Twitter: <https://help.twitter.com/tr/managing-your-account/about-twitter-verified-accounts> (Erişim: 18.02.2019); Facebook: <https://www.facebook.com/help/1288173394636262> (Erişim: 18.02.2019).

148 Bu hususta bkz. 11. HD, T.17.12.2012, E. 2011/14366 - K. 2012/21009.

sorumlu olup olmayacaklarıdır. 5651 sayılı Kanun uyarınca, ilgilinin yalnızca içeriği paylaşmış olmasının (paylaşılan başkasına ait içerik dolayısıyla) sorumluluk doğurmayacağı; bununla birlikte, paylaşılan içeriği benimsediğinin açıkça anlaşılmasına imkân tanıyan ibareler varsa, genel hükümlere göre bundan sorumlu olacağı belirtilmektedir (m. 4/2). Anılan hüküm ceza hukukuna yönelik olmakla birlikte, reklam hukuku ihlalleri açısından da, bir başka hesap sahibi tarafından yalnızca içeriğin paylaşılmasının reklam hukuku kaynaklı bir sorumluluk doğurmayacağı savunulabilir. İnternet ortamına yüklenen yayılcı (viral) reklamların veya reklam hukukuna aykırılık taşıyan iletilerin, başka hesap sahipleri tarafından yeniden paylaşılması bu duruma örnek olarak gösterilebilir. Bununla birlikte, yeniden paylaşımın aslında önceden planlanan reklam organizasyonunun bir parçası olması veya ilgili hesap sahibinin bu reklam kampanyasında etkin bir rol üstlenmesi durumunda, somut olayın şartlarına göre, en azından reklamın durdurulması yaptırım çerçevesinde sorumluluğuna gidilmesi mümkün olabilir¹⁴⁹.

2. Mecra Kuruluşları

Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği'ne göre sosyal medya platformları birer mecra kuruluşudur¹⁵⁰. Bu açıdan Facebook, Youtube, Twitter, Instagram gibi sosyal paylaşım sitelerinin, genellikle kazancı reklamlara dayalı olan ticaret şirketleri oldukları görülmektedir¹⁵¹. 5651 sayılı Kanuna göre, yer sağlayıcı kavramı, “*hizmet ve içerikleri barındıran sistemleri sağlayan veya işleten gerçek veya tüzel kişiler*” olarak tanımlanmaktadır (5651 sayılı Kanun m. 2/1-m). Anılan bu platformların da bu kapsamda nitelendirilmesi mümkündür.

Sosyal medya platformları, kullanıcılarının yayımlandığı içeriği kontrol etmek veya hukuka aykırı bir faaliyetin söz konusu olup olmadığını araştırmak zorunda değildir (5651 sayılı Kanun m. 5)¹⁵². Bu platformlara üye olan aktif kullanıcı sayısı, üretilen içeriğin genişliği ve bu içeriğin anlık olarak değişmesi ihtimali dikkate alındığında, Kanun

149 Yayılcı reklamlar açısından, iletinin yayılmasının sağlanması için ilk aşamada kitlelere duyurulması veya kitlelerin dikkatinin çekilmesi çok önemlidir. Bu amaçla, reklam organizasyonunda yer alan kişilerin, kendilerinin veya başkalarının hesabından, forumlarda veya sosyal medya hesaplarında duyuruda bulunması, bu kapsamda değerlendirilebilir.

150 Mecra Kuruluşu, “*Reklamın yayımlandığı ve hedef kitleye ulaştırıldığı her türlü mecranın sahibi olan veya bunları işleten ya da kiraya veren gerçek veya tüzel kişi*” şeklinde tanımlanmıştır (RYön m.4/1-i).

151 SEVEN, s. 3347.

152 Yer sağlayıcıların sorumluluğu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. KAYA, Kişilik Hakkı, s. 229 vd.



tarafından benimsenen yaklaşımın faaliyetin doğasından kaynaklandığı da savunulabilir. Bununla birlikte, yer sağlayıcı konumundaki bu platformların hukuka aykırı içerikle ilgili bildirim yapıldığı takdirde bu içeriği yayından kaldırmakla yükümlü oldukları açıktır (5651 sayılı Kanun m. 5/2)¹⁵³. Ancak Yüksek Mahkeme yer sağlayıcıya yapılacak bildirim tek başına yeterli görmemekte, ayrıca söz konusu içeriğin hukuka aykırı olduğunun da ispatlanmasını istemektedir¹⁵⁴.

Bu yönüyle Kanun tarafından bir ön denetim zorunluluğu getirilmemiş; bunun yerine, bildirim üzerine yayından kaldırma yükümlülüğü kabul edilmiştir. Belirtilen düzenleme, anılan platformların ülke hukukunun izin verdiği sınırlar içinde kendi yayın ilkelerini benimsemelerini ve bunu ihlal eden iletileri kendiliğinden yayından kaldırmalarına engel teşkil etmemektedir. Facebook reklam ilkeleri çerçevesinde, ayrımcılığa veya nefret suçlarına yönelik içeriğe sahip reklamların yayınlanmayacağına beyan edilmesi¹⁵⁵, bu kapsamda değerlendirilebilir. Buna göre, sosyal medya platformunun, kurumsal ilkelerine aykırılığı yayın öncesi gözünden kaçan bir reklamı, sonradan yayından kaldırması mümkündür¹⁵⁶.

SONUÇ

Yeni bir mecra olarak internet, reklamcılık uygulaması açısından hedef kitlenin taleplerinin daha etkin tespiti, kişiselleştirilmiş reklamların sunulması ve reklam maliyetlerinin azaltılması gibi birçok imkân sunmaktadır. Bu mecraın gelişimi ve sağladığı olanaklarla bağlantılı

153 "Ancak, 5651 sayılı Kanun'un 5/1. maddesi uyarınca yer sağlayıcı olan davalılar yer sağladığı içeriği kontrol etmek veya hukuka aykırı bir faaliyeti araştırmakla yükümlü olmamakla birlikte, aynı maddenin 2. fıkrasına göre aynı kanunun 8 ve 9. maddeleri uyarınca ihtarname tebliğ edilmesi ve teknik olarak bulunması ölçüsünde yer sağlayıcı hukuka aykırı içeriği kaldırmakla yükümlüdür." Yargıtay 11.HD, T. 16.12.2014, E. 2014/13384 – K. 2014/19869 (www.kazanci.com).

154 "Mahkemece, iddia, savunma, bilirkişi raporu ve tüm dosya kapsamına göre; davalı şirketin 'www.sikayetvar.com' adlı internet sitesinin yer sağlayıcı olduğu, yer sağlayıcılarının internet sitesinde yayımlanan içeriği kontrol etme veya hukuka aykırı bir faaliyetin söz konusu olup olmadığını araştırma yükümlülüklerinin bulunmadığı, ancak davalının 5651 Sayılı Kanun'un 5. maddesi uyarınca yer sağladığı hukuka aykırı içeriği hakkında haberdar edilmesi hâlinde yayından çıkarmakla yükümlü olduğu ve davacı tarafından davalıya ihtarname gönderildiği, fakat davaya konu internet sitesindeki içeriklerde tüketicilerin almış oldukları hizmetler ile ilgili karşılaştıkları olumsuzlukları ve sorunları belirttikleri, bu durumun ifade özgürlüğü kapsamında olduğu ve TTK uyarınca kötüleme yoluyla haksız rekabet teşkil etmeyeceği ve ayrıca davaya konu içeriklerin gerçeği yansıtmadığının da davacı tarafca kanıtlanmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir." 11.HD, T. 10.09.2018, E. 2016/14151 - 2018/5088 (www.kazanci.com).

155 Our Advertising Principles (Facebook), 27.11.2017, <https://newsroom.fb.com/news/2017/11/our-advertising-principles/> (Erişim: 13.02.2019).

156 Düzenlemede bu bildirim hangi şekilde yapılması gerektiğine dair açık bir sınırlama bulunmamaktadır (5651 sayılı Kanun m. 9/1).

olarak, farklı reklam yöntemleri de kendine yer bulmuştur. Mecranın, reklamcılık açısından bugüne kadar çoğunlukla edilgen konumda olan tüketiciyi, daha etkin bir konuma taşınması ve sosyal paylaşım siteleri vasıtasıyla görüşlerin hızlı ve kolaylıkla paylaşımını mümkün kılması, reklamcılık uygulamasını dikkate değer ölçüde değiştirmiştir.

Reklam hukuku açısından, çalışmada da yer verilmesi amaçlandığı üzere, bu gelişimin değerlendirilmesini gerekli kıldığı konu geleneksel reklamcılık uygulaması esas alınarak yapılan düzenlemelerin ve buna bağlı yaptırımların etkinliğidir. Her ne kadar, 2018 yılında yapılan düzenleme öncesinde RTÜK'ün anılan sosyal paylaşım platformlarına ve özellikle de Youtube gibi video yayınına özgülenenlere yönelik yaptırım yetkisi tartışma konusu edilse de, anılan mecraların bu kapsama alınmaması¹⁵⁷, Türk hukuk sisteminde belirtilen konuda Reklam Kurulu'nun yetkisinin devam ettiği sonucuna ulaştırmaktadır¹⁵⁸.

Bununla birlikte, sosyal medyada üretilen içeriğin kapsamı ve anlık olarak değişikliğe uğrama kabiliyeti, Kurul'un denetim süreci açısından olası iş yükünü arttırmakta ve ihlallerin tespit edilebilirlik oranının azalmasıyla bağlantılı olarak yaptırımların önleyiciliğini sınırlamaktadır¹⁵⁹. Ayrıca, sosyal paylaşım sitelerindeki veri dağılım hızı nedeniyle, reklamın amaçlanan etkisinin zaten kısa süre içinde elde edilmesi olasılığı, reklamın durdurulması gibi yaptırımların etkinliğini azaltmaktadır¹⁶⁰. Buna, özellikle de yayımcı reklam videoları açısından, durdurma kararına

157 02.02.2018 tarih ve 553 sıra sayılı Vergi Kanunları İle Bazı Kanun Ve Kanun Hükmünde Kararnelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Tasarısı'nın 73.maddesinde RTÜK denetiminin Youtube gibi sosyal medya platformlarını da kapsamına alacak şekilde düzenlenmekteydi. Ancak Komisyon aşamasında RATEK m.29/A-4 maddesi eklenerek sosyal medya platformları ve bu platformlardaki bireysel paylaşımlar kapsam dışına çıkarılmıştır. Anılan hüküm şu şekildedir: "*Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunun görev ve yetkileri saklı kalmak kaydıyla, bireysel iletişim bu madde kapsamında değerlendirilmez ve radyo, televizyon ve isteğe bağlı yayın hizmetlerini internet ortamından iletmeye özgülenmemiş platformlar ile radyo, televizyon ve isteğe bağlı yayım hizmetlerine yalnızca yer sağlayan gerçek ve tüzel kişiler bu maddenin uygulanmasında platform işletmecisi sayılmaz.*" (RATEK m. 29/A-4).

158 Reklam Kurulu'nun yakın tarihli konuya ilişkin kararlarına örnek olarak bkz. 21.11.2017 tarih ve 266 sayılı toplantı, Dosya No: 2017/482; Reklam Kurulu 21.11.2017 tarih ve 266 sayılı toplantı, Dosya No: 2017/1291; Reklam Kurulu 21.11.2017 tarih ve 266 sayılı toplantı, Dosya No:2017/2702; Reklam Kurulu 10.10.2017 tarih ve 265 sayılı toplantı, Dosya No: 2016/1613.

159 Kurul karar alma süreci hakkında değerlendirmeler için bkz. ÖZDEMİR, S., s. 107-113.

160 Bir yayımcı reklam videosunun veya reklam sınırlamalarına aykırılık taşıyan bir videonun, amaçladığı etkiyi oluşturma ve hedef kitlesine ulaşma gayesini oldukça kısa süre içinde yerine getirmiş olması mümkündür. Bu durumda, Kurul tarafından, ilgili süreçler nedeniyle ancak bu süreç tamamlandıktan çok daha sonra alınmış olan bir durdurma kararının, reklamın amaçladığı etkinin önüne geçemeyeceği ileri sürülebilir.



rağmen reklam videosunun aynı paylaşım sitesi altında farklı kullanıcılar tarafından aynı veya farklı başlıklarla yüklenmesi veya videonun başka bir paylaşım sitesine yüklenmesi ihtimali de dâhil edildiğinde, sosyal medya reklamcılığı karşısında geleneksel yaptırımların önleyiciliğinin sorgulanması gereksinimi ortaya çıkmaktadır.

Mecranın hızı, bu yönde çalışan herhangi bir denetim kurulunun, personel sayısı ve teknik imkânları ne olursa olsun, anlık müdahalede bulunması imkânını oldukça daraltmaktadır. Bununla birlikte, Reklam Kurulu'nun sosyal medya reklamlarına daha etkin müdahalesine imkân tanıyan kurumsal bir yapı ile desteklenmesi belirtilen konuda daha hızlı bir şekilde değerlendirme yürütülmesine katkı sağlayacaktır. İkinci olarak, doğrudan internet ve bunun dâhilinde sosyal medya reklamcılığına yönelik ilkeleri belirleyen bir düzenlemenin yapılması¹⁶¹ öncelikli olarak alınabilecek önlemler arasında sayılabilir.

Üçüncü olarak ise, yaptırımların etkinliğinin sağlanmasına yönelik önlemlerin alınması yerinde olacaktır. Sosyal medyadaki reklamların ilk aşamadaki hızlı yayılma gücü dikkate alındığında, önleyiciliğin sağlanmasında esas unsur olarak, reklamın durdurulması değil, ihlale dayalı olarak uygulanan idari para cezası öne çıkmaktadır. Düzenlemede, internet mecrasına yönelik idari para cezasının ulusal radyo kanallarıyla eşdeğer olarak belirlendiği görülmektedir¹⁶². Özellikle geniş kitleler

161 Örnek olarak Avustralya Rekabet ve Tüketici Komisyonu (ACCC), sosyal medya reklamları ile ilgili bir takım kurallar belirlemiştir, <https://www.accc.gov.au/business/advertising-promoting-your-business/social-media> (Erişim: 25.09.2018); Amerika Federal Ticaret Komisyonu (FTC) tarafından bir yönetmelik çıkarılmıştır, <https://www.ftc.gov/tips-advice/business-center/guidance/ftcs-endorsement-guides-what-people-are-asking> (Erişim: 25.09.2018).

162 Aykırılık; a) Yerel düzeyde yayın yapan televizyon kanalı aracılığı ile gerçekleşmiş ise on bin Türk Lirası, b) Ülke genelinde yayın yapan televizyon kanalı aracılığı ile gerçekleşmiş ise iki yüz bin Türk Lirası, c) Süreli yayınlar aracılığıyla gerçekleşmiş ise (a) ve (b) bentlerinde belirtilen cezaların yarısı, ç) Yerel düzeyde yayın yapan radyo kanalı aracılığı ile gerçekleşmiş ise beş bin Türk Lirası, d) Ülke genelinde yayın yapan radyo kanalı aracılığı ile gerçekleşmiş ise elli bin Türk Lirası, e) İnternet aracılığı ile gerçekleşmiş ise elli bin Türk Lirası, f) Kısa mesaj aracılığı ile gerçekleşmiş ise yirmi beş bin Türk Lirası, g) Diğer mecralar aracılığı ile gerçekleşmiş ise beş bin Türk Lirası, idari para cezası verilir. Reklam Kurulu, idari işleme konu ihlalin bir yıl içinde tekrar edilmesi hâlinde yukarıda belirtilen idari para cezalarını on katına kadar uygulayabilir. (6502 sayılı Kanun, m. 77/12). 2019 yılı itibarıyla yerel düzeyde yayın yapan televizyon kanalı aracılığı ile yapılmışsa 17.094 TL, ülke düzeyinde yayın yapan televizyon kanalı aracılığıyla gerçekleşmişse 341.921 TL olarak uygulanacaktır. Söz konusu ihlal, ülke düzeyinde süreli yayın aracılığıyla yapılmışsa 170.960 TL, ülke düzeyinde yayın yapan radyo ve internet aracılığıyla gerçekleşmişse 85.480, yerel düzeyde radyo ve kısa mesaj aracılığıyla gerçekleşmiş ise 8.546 TL olarak güncellenmiştir, <https://tuketici.ticaret.gov.tr/haberler/2019-yilinda-6502-sayili-kanun-kapsaminda-uygulanacak-idari-para-cezaları-yeniden-degerlendirme-oraninda-arttirildi> (Erişim: 19.02.2019).



tarafından izlendiği veya görüldüğü tespit edilebilen internet reklamları açısından Kurul'a ulusal TV reklamları için öngörülen idari para cezasının uygulanması yetkisinin verilmesi, bu kapsamda yerinde bir adım olacaktır. Buna ek olarak, reklam içeriğinin reklamı yasaklanan ürünlerin reklamının yapılması veya reklam sınırlamalarının ihlal edilmesi amacıyla özellikle kurgulandığının tespiti halinde, anılan idari para cezasının belirli oranlarda arttırılması yetkisinin verilmesi de bir yöntem olarak benimsenebilir.

Her hâlükârda, internet reklamcılığının sürekli bir gelişim ve değişiklik içerisinde olduğu anlaşılmaktadır. Geleneksel reklamcılık açısından getirilen kural ve ilkelerin, anılan mecra açısından da uygulanabilirliğini sağlamak ve yaptırımların sonuç açısından etkinliğini muhafaza etmek için, mecranın yapısından doğan ihtiyaçlar ve düzenlemelerin bunlar karşısındaki konumu belirli aralıklarla değerlendirilmeli ve gereken düzenlemelerin yapılması sağlanmalıdır.



YARARLANILAN İNTERNET SİTELERİ

<https://www.accc.gov.au>

<https://www.facebook.com>

<https://www.ftc.gov>

<https://www.gov.uk/>

<https://www.instagram.com>

<https://www.kazanci.com>

<https://www.twitter.com>

<https://wearesocial.com/>

<https://www.wikipedia.org>

<http://rd.org.tr>

<https://www.theguardian.com/>

<https://www.youtube.com>

<https://cdn.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2011/08/ICC-Consolidated-Code-of-Advertising-and-Marketing-2011-English.pdf> (Erişim: 21.03.2018).

<http://www.ito.org.tr/itoyayin/0003901.pdf> (Erişim: 28.03.2018).

https://blog.twitter.com/official/en_us/topics/product/2017/tweetingmadeeasier.html (Erişim: 20.09.2018).

<http://tr.euronews.com/2018/03/21/facebook-un-kurucusu-hatas-n-kabul-etti> (Erişim: 03.04.2018).

<https://support.google.com/adwordspolicy/answer/143465?hl=tr> (Erişim:29.03.2018).

<https://newsroom.fb.com/company-info/> (Erişim: 24.07.2018).

http://www.nbcnews.com/id/15196982/ns/business-us_business/t/google-buys-youtube-billion/ (Erişim: 26.07.2018).

<https://www.independent.co.uk/life-style/gadgets-and-tech/news/twitter-280-characters-tweets-start-when-get-latest-a8042716.html> (Erişim: 26.04.2018).

<https://dealbook.nytimes.com/2012/04/09/facebook-buys-instagram-for-1-billion/> (Erişim: 26.07.2018).

<https://www.statista.com/statistics/282087/number-of-monthly-active-twitter-users/> (Erişim: 20.08.2018).

<https://www.bbc.co.uk/news/technology-37234385> (Erişim:10.09.2018).

<https://digitalage.com.tr/facebook-kisisel-veri-skandali-hakkinda-bilmeniz-gereken-her-sey/> (Erişim: 20.09.2018).

<https://www.telegraph.co.uk/technology/2018/04/28/twitter-caught-cambridge-analytica-data-scandal/> (Erişim: 22.09.2018).

<https://investor.fb.com/investor-news/press-release-details/2018/Facebook-Reports-Fourth-Quarter-and-Full-Year-2017-Results/default.aspx> (Erişim: 25.09.2018).

<https://www.economist.com/the-economist-explains/2013/05/30/how-can-twitter-reveal-your-personality> (Erişim: 25.09.2018).

<https://mashable.com/2013/11/08/ads-determine-personality-through-twitter/#PGfCgBnm6iqL> (Erişim: 25.09.2018).

<http://www.batesmotelpro.com/biz-kimiz-ki> (Erişim: 10.01.2019).

<https://webrazzi.com/2018/02/21/turkiyede-influencer-marketing-pazarinin-buyuklugu-30-milyon-tlyi-buldu/> (Erişim: 13.01.2019).

<https://www.forbes.com/sites/theyec/2018/07/30/understanding-influencer-marketing-and-why-it-is-so-effective/#563a4eec71a9> (Erişim: 10.01.2019)

<https://www.cNBC.com/2018/07/31/kylie-jenner-makes-1-million-per-paid-instagram-post-hopper-hq-says.html> (Erişim: 10.01.2019).

<http://www.bbc.co.uk/newsbeat/article/42395224/evan-edinger-the-five-ways-youtubers-make-money> (Erişim: 10.01.2019).

<https://truthinitiative.org/news/investigation-reveals-tobacco-companies-are-secretly-using-social-media-promote-smoking> (Erişim: 13.01.2019).

<https://www.adweek.com/digital/selena-gomezs-social-media-posts-are-evidently-worth-550000-a-piece-172552/> (Erişim: 17.01.2019).

<https://www.cnnturk.com/sosyal-medya/turkiyede-en-cok-takip-edilen-twitter-hesaplari?page=1> (Erişim: 11.02.2019).

<https://newsroom.fb.com/news/2017/11/our-advertising-principles/> (Erişim: 13.02.2019).

<https://tuketici.ticaret.gov.tr/haberler/2019-yilinda-6502-sayili-kanun-kapsaminda-uygulanacak-idari-para-cezalari-yeniden-degerlendirmelerinin-arttirildi> (Erişim: 19.02.2019).



KAYNAKLAR

ADAK, Ağâh, “Türk Hukuku Açısından Haksız Rekabet Müessesesi ve Reklam Yolu ile Haksız Rekabet”, **Adana İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Dergisi**, S. 4, 1975, s. 351-366.

AKAR, Erkan, “Pazarlama Bağlamında Geleneksel ve İnternette Ağızdan Ağıza İletişim: Kuramsal Bir Çerçeve”, **Erciyes Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi**, S. 32, 2009, s. 113-134.

AKTAŞ, Hasret / AKTAN, Ercan, “Sosyal medya reklamları ve tüketici tutumları: Bir reklam mecrası olarak Facebook”, **Dijital İletişim Etkisi Uluslararası Akademik Konferans Bildiri Kitabı**, İskenderiye Kitap, İstanbul, 2014, s. 422 – 434.

AKTEKİN, Uğur / GÜRBÜZ, Başak, “Türkiye’de Örtülü Reklamlar ve Uygulamadaki Durum”, **Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi**, C. 9, S. 4, 2009, s. 41-55.

ARKAN, Sabih, **Ticari İşletme Hukuku**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 24. Bası, Ankara, 2018.

ARNDT, Johan, “Role of Product-Related Conversations in the Diffusion of a New Product”, **Journal of Marketing Research**, Vol. 4 No. 3, 1967, s. 291-295.

ASLAN, İ. Yılmaz, **Tüketici Hukuku**, Ekin Basım Yayın, 5. Baskı, Bursa, 2015.

AVCILAR, Mutlu Yüksel / AÇAR, Fatih, “Sosyal Medya Reklamlarında Ünlü Desteği Kullanımı: Mikro-Ünlülerin Yükselişi”, **15. Uluslararası Türk Dünyası Sosyal Bilimler Kongresi**, Komrat, 2017.

AYDOĞDU, Murat, **Tüketici Hukuku Dersleri**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.

AYHAN, Rıza/ÇAĞLAR, Hayrettin, **Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar**, Yetkin Yayınları, 11. Bası, Ankara, 2018.

BALTA PELTEKOĞLU, Filiz, “Sosyal Medya ve Sosyal Değişim”, **Sosyal Medya Akademi**, Tolga Kara & Ebru Özgen (ed.), Beta Yayıncılık, İstanbul, 2012, s. 3-8.

BONE, Paula Fitzgerald, “Determinants of Word-Of-Mouth Communications During Product Consumption”, **Advances in Consumer Research**, John F. Sherry, Jr. & Brian Sternthal (ed.), Vol. 19, s. 579-583.

BOYD, Danah M. / ELLISON, Nicole, “Social Network Sites: Definition, History, and Scholarship”, **Journal of Computer-Mediated Communication**, Vol. 13, No. 1, 2007, s. 210-230.

BOZBEL, Savaş, **Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Karşılaştırmalı Reklam Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006.

BOZER, Ali / GÖLE, Celal, **Ticari İşletme Hukuku**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 4. Bası, Ankara, 2017.

BRUNTY, Joshua L./HELENEK, Katherine, **Social Media Investigation for Law Enforcement**, Anderson Publishing, 1st. Edition, Oxford-Waltham, 2013.

ÇAMDERELİ, Mete / KOCABAY ŞENER, Nihal, “Örtülü Reklamın Örtüsünü Aralamak”, **Akdeniz Üniversitesi İletişim Fakültesi Dergisi**, S.25, 2016, 211-224.

DAHAN, Gresi Sanje, “Sanal Dünyada E-Ağızdan Ağıza Pazarlama Üzerine Bir İnceleme”, **Sosyal Medya Akademisi**, Tolga Kara & Ebru Özgen (ed.), Beta Yayıncılık, İstanbul, 2012, s. 83-112.

DİŞBUDAK, Aylin, **Türk Hukukunda Aldatıcı Reklamlar**, (Yayımlanmamış YL Tezi), Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2007.

DOMANIÇ, Hayri / ULUSOY, Erol, **Ticaret Hukukunun Genel Esasları**, Arıkan Yayınları, 5. Bası, İstanbul, 2007.

ECKLER, Petya / BOLLS, Paul, “Spreading the Virus: Emotional Tone of Viral Advertising and its Effect on Forwarding Intentions and Attitudes”, **Journal of Interactive Advertising**, Vol. 11, No.2, 2011, s. 1-11.

EROL, Arzu, **Türk Hukukunda Örtülü Reklam**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.

GÖLE, Celal, **Ticaret Hukuku Açısından Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1983.

GUEDE, J.R. Sarmiento / CURIEL, J. de Esteban/ANTONOVICA, A., “Viral communication through social media: analysis of its antecedents”, **Revista Latina de Comunicación Social**, No.72, 2017, s. 69-86.

HENNIG-THURAU, T./GWINNER, K.P./WALSH, G./GREMLER, D.D., “Electronic Word-of-Mouth via Consumer-Opinion Platforms: What Motivates Consumers to Articulate Themselves on the Internet?”, **Journal of Interactive Marketing**, Vol.18, No. 1, 2004, s. 38-52.

İMRAK, İsmet, **Reklam Hukuku ve Aldatıcı/Yanıltıcı Reklamlar**, (Yayımlanmamış YL Tezi), Ege Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2009.

İNAL, Emrehan / BAYSAL, Başak, **Reklam Hukuku ve Uygulaması**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2008.

İNAL, Emrehan, “Türk Hukuku’nda Aldatıcı ve Örtülü Reklamlar”, **Uluslararası Reklam Hukuku Sempozyumu**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2009, s. 87-104, (“Örtülü Reklamlar”).



İNAL, Emrehan, **Reklam Hukuku ve Aldatıcı Reklamlar**, Beta Basım Yayın, İstanbul, 2000, (“*Reklam Hukuku*”).

KALAN, Özlem, “Yeni Medyada Reklam ve Etik Sorunlar”, **Atatürk İletişim Dergisi**, S. 10, 2016, s. 71-89.

KAPLAN, Andreas M. / HAENLEIN, Micheal, “Users of the World, unite! The challenges and opportunities of Social Media”, **Business Horizons**, Vol. 53, Iss. 1, 2010, s. 59-68.

KARAHAN, Sami, **Ticari İşletme Hukuku**, Mimoza Yayınları, 27. Baskı, Konya, 2015.

KAYA, Mine, “Sosyal Medya ve Sosyal Medyada Üçüncü Kişilerin Kişilik Haklarının İhlali”, **TBB Dergisi**, C. 28, S. 119, 2015, s. 277-306. (“*Sosyal Medya*”)

KAYA, Mine, **Elektronik Ortamda Kişilik Hakkının Korunması**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015, (“*Kişilik Hakkı*”).

KERTZ, C. L. / OHANIAN, R., “Recent Trends in the Law of Endorsement Advertising: Infomercials, Celebrity Endorsers and Nontraditional Defendants in Deceptive Advertising Cases”, **Hofstra Law Review**, Vol. 19, Iss.3, 1991, s. 603-656.

KHAN, Marium Mateen, “The Effect of Celebrity Endorsement on Consumer Purchase Intention – Evidence From Q Mobile Linq Advertisement”, **Pakistan Business Review**, Vol. 19, No. 4, 2018, s. 1065-1082.

KIETZMANN, Jan H. / HERMKENS, Kristopher / MCCARTHY, Ian P. / SILVESTRE, Bruno S., “Social Media? Get serious! Understanding the functional building blocks of social media”, **Business Horizons**, Vol. 54, Iss. 3, 2011, s. 241-251.

KORKMAZ, İbrahim, “Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Hakkında Bir Değerlendirme”, **TBB Dergisi**, C. 29, S. 124, 2016, s. 81-152.

KOSINSKI, Michal / STILLWELL, David / GRAEPEL, Thore, “Private traits and attributes are predictable from digital records of human behavior”, **PNAS**, Vol. 110, No. 15, 2013, s. 5802-5805.

KÖHLER, H. / BORNKAMM, J./FEDDERSEN, J., **Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb: UMG**, 37. Auflage, 2019.

LINDSEY-MULLIKIN, Joan / BORIN, Norm, “Why strategy is key for successful social media sales”, **Business Horizons**, Vol. 60, Iss. 4, 2017, s. 473-482.

LITVIN, S.W / GOLDSMITH, R.E / PAN, B., “Electronic word-of-mouth in hospitality and tourism management”, **Tourism Management**, Vol. 29, No.3, s. 458-468.

MAYFIELD, Antony, **What is Social Media?** (e-book), http://www.icrossing.com/uk/sites/default/files_uk/insight_pdf_files/What%20is%20Social%20Media_iCrossing_ebook.pdf (Erişim: 05.05.2018).

MILLER, Michael, **Youtube for Business**, Que Publishing, 2nd. Edition, Indiana, 2011.

NILAND, Patricia / MCCREANOR, Tim / LYONS, Antonia C. / GRIFFIN, Christine, "Alcohol Marketing on Social Media: Young Adults Engage with Alcohol Marketing on Facebook", **Addiction Research & Theory**, Vol. 4, No. 25, 2016, s. 1-12.

NOMER ERTAN, N. Fusun: **Haksız Rekabet Hukuku**, On iki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016. ("*Haksız Rekabet*")

OĞUZMAN, M.Kemal / SELİÇİ, Özer / OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe, **Kişiler Hukuku**, Filiz Kitabevi, 16. Bası, İstanbul, 2016.

ÖZDEMİR, Hayrunnisa, "Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicilerin Korunması", **AÜHFD**, C. 53, S. 3, 2004, s. 61-90.

ÖZDEMİR, Semih Sırrı, "Sağlık Hizmetlerinde Reklama Yönelik Sınırlandırmalar ve Hukuki Sonuçları", **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, S. 34, Y. 9, 2018, s. 253-282.

ÖZDEMİR, Semih Sırrı, **Haksız Rekabet Kavramı Açısından Dürüstlük Kuralına Aykırı Reklamlar**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013.

ÖZSUNAY, Ergun, "Karşılaştırmalı Reklamlar", **Uluslararası Reklam Hukuku Sempozyumu**, On İki Levha Yayıncılık, 1. Bası, İstanbul, 2009, s.135-166.

POROY, Reha / YASAMAN, Hamdi, **Ticari İşletme Hukuku**, Vedat Kitapçılık, 16. Bası, İstanbul, 2017.

PORTER, Lance / GOLAN, Guy J., "From Subservient Chickens to Brawny Men: A Comparison of Viral Advertising to Television Advertising", **Journal of Interactive Advertising**, Vol. 6, No. 2, 2006, s. 26-33.

RICHARDS, Jef I. / CURRAN, Catharine M., "Oracles on "Advertising": Searching for a Definition", **Journal of Advertising**, Vol. 31, No. 2, 2002, s. 63-77.

SEVEN, Vural, "Sosyal Paylaşım Sitelerinin (youtube-facebook-twitter) Haksız Rekabet Karşısındaki Durumu", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 16, Özel Sayı, Prof.Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, 2014, s. 3343-3350.

SILVERMAN, George, **The Secrets of Word-of-Mouth Marketing**, American Management Association (AMACOM), 2nd. Edition, New York, 2011.



ŞENER, Oruç Hami, **Ticari İşletme Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.

TANDOĞAN, Haluk, “Şahsiyetin Akit Dışı İhlallere Karşı Korunmasının İşleyiş Tarzı ve Basın Yoluyla Olan İhlallere Karşı Özel Hayatın Korunması”, **AÜHFĐ**, C. 20, S.1-4, 1963, s.1-36.

TEKELİOĞLU, Numan, **Tüketicinin Korunması Açısından Hukuka Aykırı Reklamlar**, On İki Levha Yayıncılık, 1. Bası, İstanbul, 2016.

TEKİL, Fahiman, **Ticari İşletme Hukuku**, 3. Bası, İstanbul, 1997.

TEOMAN, Ömer, “İş Yaşamı Koşullarına Uymamaya Dayalı Haksız Rekabet Davası (TTK m. 57, Bent 10) Sadece Rakipler Tarafından mı Açılabilir?”, **Tüm Makalelerim C. 1-2**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012, s. 1095-1102.

TERLUTTER, Ralf / CAPELLA, Michael L., “The Gamification of Advertising: Analysis and Research Directions of In-Game Advertising, Advergames, and Advertising in Social Network Games”, **Journal of Advertising**, Vol. 42, No. 2-3, 2013, s. 95-112.

THORNLEY, Joseph, **What is “social media?”**, <http://propr.ca/2008/what-is-social-media/> (Erişim: 21.03.2018).

TÜZEL URALTAŞ, Nazlım / BAHADIRLI, L. Serah, “Elektronik Perakendecilik ve Bir Reklam Mecrası Olarak Sosyal Ağ Siteleri”, **Sosyal Medya Akademi**, Tolga Kara & Ebru Özgen (ed.), Beta Yayıncılık, İstanbul, 2012, s. 21-56.

ÜLGEN, Hüseyin / HELVACI, Mehmet / KENDİGELEN, Abuzer / KAYA, Arslan/NOMER ERTAN, Füsün, **Ticari İşletme Hukuku**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 5. Tıpkı Bası, 2015.

ÜREY, Yelda, **Türk Hukukunda Karşılaştırmalı Reklamlar**, (Yayımlanmamış YL Tezi), Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2010.

YOUYOU, Wu / KOSINSKI, Michal / STILLWELL, David, “Computer-based personality judgments are more accurate than those made by humans”, **PNAS**, Vol. 112, No. 4, 2015, s. 1036-1040.

UNUTULMA HAKKININ AVRUPA BİRLİĞİ'NİN GENEL VERİ KORUMA TÜZÜĞÜ ÇERÇEVESİNDE İNCELENMESİ

(Examining The Right To Be Forgotten In The Framework Of The European Union's General Data Protection Regulation)

Dr. Tamer SOYSAL¹

ÖZ

Unutulma hakkı, tarihsel perspektif içinde bireyin özel hayatının gizliliği ve bilhassa bilginin geleceğini belirleme hakları ile birlikte incelenmiş ve yorumlanmıştır. Dijital çağda iletişim olanakları artmış ve şirketler açısından da yeni fırsatlar doğmuştur. Bununla birlikte, bu yeni ortamda bireylerin kişisel verilerinin korunabilmesi için de yepyeni bir çerçevenin kabulünün gerektiği kabul edilmelidir. Avrupa Birliği, Genel Veri Koruma Tüzüğü (GDPR), bu işlevi yerine getirmek üzere kabul edilmiştir. GDPR ile unutulma hakkı ilk kez açık bir şekilde düzenlenmiştir. Yeni düzenlemeler, veri kontrolörü ve veri işleyicisi niteliği taşıyan şirketler açısından da yeni ve ağır yükümlülükler getirmektedir. Makalede, daha detaylı olarak, bu yeni yükümlülükler inceleme konusu yapılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Unutulma Hakkı (Silme Hakkı), Genel Veri Koruma Tüzüğü (GDPR), Veri İşleyicileri, Veri Kontrolörleri, GDPR Uyumluluğu, Sosyal Medya Şirketleri, Arama Motorları, Yükümlülükler, Sorumluluk.

ABSTRACT

The right to be forgotten has been examined and interpreted in the historical perspective with the right of privacy and especially with the informational self-determination. In the digital age, communication opportunities have increased and new opportunities have emerged for companies. However, it should be accepted that a new framework should be adopted in order to protect the personal data of individuals in this new environment. The European Union, General Data Protection Regulation (GDPR) has been accepted to perform this function. With GDPR, the right to be forgotten is clearly arranged for the first time. The new regulations also impose new and severe obligations for companies that are data

1 Dr. Hakim. 2802 sayılı Kanun'un 50 nci maddesi uyarınca Malta Valetta Büyükelçiliği nezdinde ve 'Uluslararası Adalet ve Hukukun Üstünlüğü Enstitüsü'nde (IJ Malta) 'Kıdemli Hukuk Danışmanı (Senior Judicial Advisor)' sıfatı ile görevli.

controllers and data processors. In this Article, these new obligations are examined in more detail.

Keywords: Right to be Forgotten (Right to Erasure), General Data Protection Regulation-GDPR, Data Processors, Data Controllers, GDPR Compliance, Social Media Companies, Search Engines, Obligations, Liability.

I. DİBACE

“But if you cannot remember that, she answered, smiling, ‘only recollect how you have drunk today of Lethe, and if from seing smoke we argue there is fire then this forgetfulness would clearly prove your faulty will had been directed elsewhere’² (Dante, Divine Comedy, Purgatoria, XXXIII, 94-97)³

Unutulma hakkı nedir? Geleneksel olarak temel hak ve özgürlüklere bakıldığında, unutulma hakkına doğal haklar arasında rastlanmadığını görüyoruz. Unutulma hakkına ilişkin internet bağlantısız bir kaynak (offline analogue) bulunmamaktadır. Örneğin 1789 tarihli İnsan ve Vatandaş Hakları Bildirgesi’nde bu neviden bir hakka rastlanmaz.⁴

Hakkın terim olarak yeniliği, anlamsal olarak da yeni olduğunu düşündürmemelidir. Unutulma hakkı, çevrimdışı (offline) zamanlar için de ihtiyaç duyulan bir araçtı. Sık olarak bilinen anlamı ile arama motorları tarafından endekslenen sayfalarda yer almama ve bu şekilde çevrimiçi (online) olarak sürekli hatırlanmak durumunda kalmamak şeklinde özetlenebilecek bu hak ile bireyler genel olarak ‘itibar yönetimi’⁵ çerçevesinde kendileri ile ilgili itibar azaltacak haber, yorum, içeriklere ulaşılabilirliği azaltmak istemektedirler. Çevrimdışı ortamlar için bu

2 “Anımsamamakta haklı olabilirsin, çünkü bugün Lethe’nin suyundan içtin; duman nasıl ateşi belli ederse, bu unutuş da isteğinin başka yere yönelişinin göstergesi...” (İlahi Komedya, Araf, XXXIII, 94-97). Bkz. ALIGHIERI Dante, İlahi Komedya, Türkçesi: Rekin Teksoy, Oğlak, 2011.

3 ALIGHIERI Dante, **Divine Comedy, Purgatorio**, Translator: Robert Hollander; Jean Hollander, Doubleday Publishing, 2004, New York.

4 O’HARA Kieron; SHADBOLT Nigel; HALL Wendy; **A Pragmatic Approach to the Right to Be Forgotten**, Global Commission on Internet Governance, Paper Series: 26, March 2016., s. 2.

5 Genel olarak marka ve kurumların itibar yönetimlerinden (reputation management) bahsedilirken, dijital dönemler ile birlikte günümüzde kişilerin itibar yönetiminden de bahsedildiği ve buna ilişkin çözümler sunulduğu görülmektedir. Kurumsal itibar yönetimi için bkz. URAL Ebru Güzelcik, İtibar Yönetimi, Değer Yaratan Bir Halkla İlişkiler Çalışması Olarak İtibar Yönetimi, İstanbul Ticaret Üniversitesi Dergisi, V. 1, 2002, (s. 83-93).; Digital çağda itibar yönetimi için bkz. JAMALI Hamid R.; NICHOLAS David; HERMAN Eti, **Scholarly Reputation in the Digital Age and the Role of Emerging Platforms and Mechanisms**, Research Evaluation, Oxford, 2016 (s. 37-49).



durum, dedikodunun ve kötü şöhretin önüne geçmeye çalışmak olarak ifade edilebilir.

Genellikle köy gibi küçük yerleşim yerlerinde herhangi birisiyle ilgili bir anlatı onlarca yıl devam eder, hatta onun lakabı haline gelir ve kendinden sonraki kuşakları da içine dahil ederek 'kötü nam' devam ettirilir. Unutmak, böyle zamanlar için adeta insanın derdine şifa gibidir. Unutmak, bu yönüyle faniliğe dair bir hususiyettir. Yunan mitolojisinde, Hades'in beş ırmağından birisi de unutmaya ırmağı olarak geçen Lethe'dir. Lethe'nin suyundan içen, faniler, dünya hayatına dair yaşamış oldukları herşeyi unuturlar ve sonsuza ulaşırlar. Dante, İlahi Komedi eserinde, pek çok yerde Lethe ırmağından bahseder ve Lethe'yi suyundan içenlere geçmişlerini unutturan bir ırmak olarak tasvir eder.

Doğu anlatılarında Binbir Gece Masalları'nda geçen ve Tüccar Hasan⁶ olarak da bilinen Ebu'l Hasan'ın başından geçtiği rivayet edilen masal⁷ anlatısı, unutulma hakkına duyulan ihtiyacı farklı bir şekilde ifade eder:

"Efsaneye göre; genç yaşta eşi vefat eden Ebu'l Hasan, yeniden evlenmeye karar verir. Ebu'l Hasan düğünü sırasında hiç beklenmeyen bir anda odadaki tüm sesi bastıran ve duvardan duvara ekolanan bir ses çıkarır. Bu öylesine bir utanca neden olur ki, Ebu'l Hasan alır başını ve oradan Doğu'ya gider. 10 yıl hiç gelmez. Ancak yaşadığı yerlerden bu kadar uzun ayrılık zordur ve memleketini özlemiştir. Ancak o utanç anından beri, bir türlü yeniden dönmeye cesaret edememektedir. Nihayetinde kendini dönmeye ikna eder. İçinden artık o utanç verici olayın unutulduğunu ummaktadır. Öyle ya nihayetinde dünyevi, geçici bir hata yapmıştır ve bu kadar zaman sonra kim bunu hatırlayacaktır. Ancak memleketine geldiğinde, anne ile kızı arasındaki şu konuşmaya şahit olur: "Kız: Anne ben kaç yaşındayım?, Anne: Kızım, sen on yaşında olmalısın, çünkü sen Ebu'l Hasan'ın çıkardığı o sesin olduğu gün doğmuştun. Bu sözleri işiten Ebu'l Hasan, hemen oradan uzaklaşır ve bir daha memleketine hiç dönmeyerek sürgünde bir hayat yaşamayı tercih eder."

Ebu'l Hasan da kendisinde utanca neden olan bu kötü anıların unutulmasını dilerdi ancak bazen toplumsal hafıza kişilerin kontrolü dışında olayları tahmin edilmeyecek ölçüde belirginleştirebilmektedir. Aynı durum, günümüzün dijital dünyası için de geçerlidir. Bazen yaşanan küçük hadiseler, umulmayan şekilde sosyal medya veya diğer internet içeriği sayesinde topluma mal olabilmektedir. Hatta siz bu olayı arama

6 SEZEN Engin, *Binbir Gece Masalları, Tüccar Hasan*, Gonca Yayınları, İstanbul 2002.

7 How Abu Hasan Brake Wind, The Book of Thousand Nights and a Night, <http://www.gutenberg.org/cache/epub/3439/>

motorlarının endekslenen sonuçlarından çıkartmayı başarsanız bile bu durum bir şekilde online içerikte yer almaya ve hatırlanmaya devam eder.

Bu çerçeve içinde öncelikle unutulma hakkının hangi zaman diliminden itibaren dünya genelinde konuşulmaya başlandığı ve resmi olarak hangi kararlarla tanınmaya başlandığı ile Avrupa Birliği'nin (AB) yeni Genel Veri Koruma Tüzüğü sonrasında, hakkın dönüşümü ve genişlemesi ele alınacaktır. Genel Veri Koruma Tüzüğü'nün genel felsefesi ve çerçevesi ortaya konulmadan unutulma hakkının da değerlendirilmesi mümkün olmayacaktır. Bu nedenle Veri Koruma Tüzüğü'nün ortaya koyduğu yenilikler, ilkeler ve genel çerçevesi ortaya konulacaktır. GDPR ile oluşan yeni unutulma (silme) hakkının bilhassa veri kontrolörü şirketler açısından oluşturacağı yeni yükümlülükler ile birlikte şirketlerin de bu haktan yararlanıp yararlanamayacağı üzerinde durulacaktır. Konuyla ilgili Avrupa Adalet Mahkemesi (CJEU) ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) güncel kararlarına da yeri geldikçe temas edilecektir.

II. UNUTULMA HAKKININ ORTAYA ÇIKIŞINA SEBEP OLAN OLAYLAR, YARGI KARARLARI VE YASAL DÜZENLEMELER

A. Unutulma Hakkının Temel Felsefesine İlişkin Atıf Yapılan Alman Federal Mahkemesi Kararları Ve Bilgilerin Geleceğini Belirleme Hakkı

Unutulma hakkının genellikle birlikte incelendiği kişisel verilerin korunması hususunda, temel alınan en önemli karar Alman Federal Mahkemesi tarafından 15 Aralık 1983 tarihinde verilen Census Act kararı olmuştur.⁸

Bu dönemde henüz veri korumaya ilişkin özel bir düzenlemeler olmadığından, kişisel verilerin korunması Alman Anayasa Mahkemesi (Bundesverfassungsgericht-BVerfG) tarafından Alman Anayasası (German Grundgesetz-GG) çerçevesinde verilen kararlar ile yön buluyordu.⁹ 1970'li yıllarda kişisel verilere ilişkin temel hususlar, Census Act kararı öncesinde, özel hayatın korunması hakkı çerçevesinde Alman Anayasa Mahkemesince belirlenmiştir. Kişisel istatistiklerin devlet kurumları tarafından anonim

8 KODDE Claudia; *Germany's Right to be Forgotten'-between the freedom of expression and the right to informational self-determination*, International Review of Law, Computers & Technology, V. 30, I. 1-2, 2016 (s. 17-31).

9 LAUTH Mechtild, *Thematic Legal Study on assesment of data protection measures and relevant institutions in Germany*, February 2009, <https://fra.europa.eu/sites/default/files/role-data-protection-authorities-2009-de.pdf>, s. 2.



olarak toplanması ile ilgili verilen Karar uyarınca, Anayasa'nın 2/1¹⁰ ve 1/1¹¹ maddesi çerçevesinde, kamu kurumlarının kişilerin rızası dışında onlara ait bilgileri kayıt edip, işlemesi, bilgiler anonim olsa dahi, kişinin onur ve saygınlığını zedeleyici olarak kabul edilmiştir.¹²

Almanya'da nüfus sayımı konusu diğer ülkelere göre her zaman farklı bir açıdan ele alınmış ve değerlendirilmiştir.¹³ Gerek Nazi iktidarı döneminde yahudilere yönelik gerçekleştirilen soykırım (holocaust), gerekse soğuk savaş döneminde 1961 yılında inşa edilen Berlin Duvarı ile birlikte Doğu ve Batı Almanya şeklinde ikiye bölünmüşlük olgusu Alman halkının nüfus sayımı ve kişisel verilerin toplanmasına ilişkin özel bir hassasiyet sergilemelerine neden olmuştur. Öyle ki Doğu Almanya'da resmi nüfus sayımı 1950, 1964, 1971 ve 1981 yıllarında; Batı Almanya'da ise 1950, 1956, 1961, 1970, 1987 ve 2011 yılları arasında yapılabilmektedir. Bilhassa Batı Almanya'da 1970-2011 arasındaki 41 yıllık periyotta yapılan tek nüfus sayımı 1987 tarihli nüfus sayımı olmuştur. İşte bu ortam içinde Batı Almanya'da hükümet 1980 yılında resmi nüfus sayımı için yasa hazırlığına girişmiş ancak 5 Ekim 1980 tarihinde yapılan seçimler nedeniyle bu yasa Parlamento'dan geçmemiştir. Seçimden sonra, uzun süredir ülkede nüfus sayımı yapılmaması nedeniyle bu yasaya öncelik verilmiş ve 25 Mart 1982 tarihinde Alman Nüfus Sayımı Kanunu (Volkszählungsgesetz-VolkszählungsG/Census Act) Parlamento'da

10 Federal Alman Anayasası'nın söz konusu 2/1 maddesi 'Kişisel Özgürlükler' başlığı ile şu şekilde düzenlenmiştir: "Herkes başkalarının haklarını ihlal etmemek, anayasal düzene veya ahlâk kurallarına aykırı olmamak koşuluyla, kişiliğini serbestçe geliştirme hakkına sahiptir." ("Every person shall have the right to free development of his personality insofar as he does not violate the rights of others or offend against the constitutional order or the moral law.")("Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt.") Türkçe metin için bkz. Federal Alman Anayasası, Adalet Bakanlığı, <http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/ulkeana/pdf/08-ALMANYA%20209-276.pdf>; İngilizce Almanca metinler için bkz. The Federal Government, <https://www.bundesregierung.de/breg-en/chancellor/basic-law-470510>

11 Federal Alman Anayasası'nın söz konusu 1/1 maddesi 'İnsan Onuru' başlığı ile şu şekilde düzenlenmiştir: "İnsan onur ve haysiyeti dokunulmazdır. Tüm devlet erki ona saygı göstermek ve onu korumakla yükümlüdür." ("Human dignity shall be inviolable. To respect and protect it shall be the duty of all state authority.")("Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt.") Bkz. Dipnot 10'da geçen kaynaklar.

12 Germany/Bundesverfassungsgericht/Judgment of 16 July 1969 case no.: 1 BvL 19/63 'Mikrozensusurteil', Judgment on the Micro Census, BVerfGE 27, 1 (6)

13 DITTRICH Stefan; KOERNER Thomas, **The Combined Census Model in Germany, Origins, Lessons Learned and Future Perspectives**, United Nations Economic Commission for Europe, Conference for European Statisticians, Nineteenth Meeting, 4-6 October 2017, <https://www.unece.org/fileadmin/DAM/stats/documents/>

oybirliği ile kabul edilmiştir.¹⁴ Kanun ile Batı Almanya'da yapılacak nüfus sayımı sırasında vatandaşların kimlik bilgileri, medeni durumları, işleri ve çalışma zamanları, eğitim bilgileri gibi kişisel verilerinin sorulacak sorular vasıtasıyla toplanması ve elde edilen bütün bilgilerin Alman İstatistik Kurumu tarafından derlenmesi imkanı getirilmiştir. Ayrıca toplanan istatistiki bilgilerden bölgesel planlama, yerel yönetimler ve çevre düzenlemeleri gibi alanlarda da faydalanılabilecektir. Esasen, nüfus sayımında elde edilen bu tür bilgilerin, ülkelerin istatistik kurumları tarafından anonim olarak derlenmesi ve değerlendirilmesi istatistik biliminin özünü oluşturmaktadır. Bununla birlikte biraz önce bahsedilen olgular nedeniyle bilgilerin bu şekilde toplanması kamuoyu nezdinde endişelere neden olmuştur. Çünkü kişilerin bilgilerini içeren anket formlarından kişilere ulaşılmasının verilen kod numaraları aracılığıyla mümkün olduğu anlaşılmıştı.¹⁵

Alman Anayasa Mahkemesi tarafından 15 Aralık 1983 tarihinde verilen Karar'da, Nüfus Sayımı Kanunu'nun genel amacı Anayasa uygun bulunmuş ancak yasanın vatandaşların temel hak ve özgürlüklerini korumak için gerekli güvenceleri sağlamadığına dikkat çekilmiştir.¹⁶ Karar'da ilk kez "bilgilerin geleceğini belirleme hakkı (Informationelle Selbst-bestimmung/informational self-determination)" kavramından bahsedilmiştir.¹⁷ Mahkeme'ye göre;

"Gelişen bilgisayar teknolojileri vasıtasıyla verilerin işlenmesi hususunda, kişilerin bilgilerinin sınırsız bir şekilde toplanması, depolanması, kullanılması ve kişisel verilerinin ifşasına ilişkin korunması, Alman Anayasası'nın kişilik haklarını koruyan temel hükümleri kapsamında kalmaktadır. Burada kişinin kendi kişisel verisinin kullanımı ve ifşasına ilişkin genel prensipleri tespit etme hakkı garanti altına alınmaktadır. Kişinin bu tür bir enformasyonel kendi kaderini

14 1983 Census Act of 25 March 1982, Federal Law Gazette Bundesgesetzblatt, BGB.

15 KÜZECİ Elif, İstatistiki Birimler ve Bilgilerin Geleceğini Belirleme Hakkı, Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü, İnsan Hakları Yıllığı, C. 32, 2014 (s. 53-75), s. 55.

16 Küzeci, a.g.m., s. 55.

17 Esasen Alman Anayasası'nın 2.1 maddesinin, AİHS'in 8 inci maddesinin bugün yerine getirdiği işleve benzer bir işleve evrilmesi ve genişletici bir şekilde yorumlanması 16 Ocak 1957 tarihinde verilen Elfes Kararı ile başlamıştır. Bu Karar'da Alman Anayasa Mahkemesi, kişilerin herhangi bir düzenlenmiş hak kapsamına girmeyen eylemlerinin hukukun korunmasına olanak tanıyan 'auffang-grundrech (toplayıcı temel hak)' terimini kullanmış ve bu şekilde Anayasa'nın 2.1 maddesinin kapsamını genişletici bir yorum yapmıştır. Ancak bu yorum, süper-anayasal bir hak oluşturduğu için doktrinde tartışmalara da konu olmuştur. Bkz. BERG Manfred; GEYER Martin H., **Two Cultures of Rights, The Quest for Inclusion and Participation in Modern America and Germany**, Cambridge 2002., s. 108.; Karar için bkz. Elfes Case, 1957, 6-BVerfGE 32, <https://germanlawarchive.iuscomp.org/?p=9>



tain hakkına ilişkin sınırlandırmalar (limitations to this informational self-determination/Einschränkungen dieses Rechts auf informationelle Selbstbestimmung) ancak kamu yararının ihlal edilmemesi amacıyla yapılabilecektir.”¹⁸

Bilginin özerkliği (informational autonomy) de denilen bilginin kendi kaderini tayin hakkı, bir kişinin kendisiyle ilgili olan bilginin kontrolüne de sahip olması ve hangi bilgilerin kimlerle, ne ölçüde ve ne amaçla paylaşılabilmesine karar verebilmesini ifade eder. Burada bilginin kontrol edilmesi sadece bilginin kullanımıyla sınırlı olarak anlaşılmalı, bilginin akıbetini takip edebilmesi ve belirleyebilmesini de içerir şekilde düşünölmelidir.¹⁹

Census Act kararından sonra Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi'nin 428/1970 sayılı Kitle İletişim Medyası ve İnsan Hakları başlıklı Deklarasyonu metninde²⁰ mahremiyet hakkı, “bir kişinin en az müdahale ile kendi hayatını yaşama hakkı” şeklinde tanımlanmıştır. Bu Deklarasyon'dan 30 yıl sonra, 1165/1998 sayılı Deklarasyonda²¹ yeni iletişim teknolojilerinin kişisel verilerin depolanması ve kullanımını mümkün kıldığı belirtilerek, kişinin kendi bilgilerini kontrol hakkının bu tanıma eklendiği belirtilmiştir.²²

Avrupa'da genel olarak kişinin kendi bilgileri üzerindeki geleceğini belirleme hakkı, özel hayat ve kişisel verilerin korunması hakları bağlamında ele alınmış ve korunmuştur. AİHM öteden beri kişisel veri kavramını özel hayata saygı hakkının düzenlendiği 8 inci madde kapsamında incelemiş ve değerlendirmiştir.²³ AİHM kararlarında “bilgilerin geleceğini belirleme hakkı (informational self-determination)” teriminin geçtiği ilk Karar bir karşı oy yazısında 2 Ağustos 1984 tarihinde

18 BundesVerfassungsgericht, 15.12.1983, Volkszählungsurteil, BVerfGE Bd. 65, S. 1. Kararın Almanca orijinali için bkz. <https://openjur.de/u/268440.html>; Kararın İngilizcesi için bkz. <https://freiheitsfoo.de/census-act/>

19 TERWANGNE Cécile de, **The Right to be Forgotten and the Informational Autonomy in the Digital Environment**, European Commission Joint Research Centre, Institute for the Protection and Security of the Citizen, 2013., s. 4., http://publications.jrc.ec.europa.eu/repository/bitstream/JRC86750/jrc86750_cecile_fv.pdf

20 Resolution 428/1970, Declaration on mass communication media and Human Rights, 23 January 1970, 18th Sitting, <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=15842&lang=en>

21 Resolution 1165/1998, Final Version, Right to Privacy, 26 June 1998, 24th Sitting, <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=16641&lang%20=en>

22 Terwangne, agm., s. 5.,

23 Bkz. Case of Amann v. Switzerland, Application No. 27798/95, 16 February 2000; Case of Rotaru ve Romania, Application No. 28341/95, 4 May 2000.

olmuştur.²⁴ Daha sonra çeşitli Kararlar'da²⁵ bu terimden yine karşı oy yazılarında bahsedilmiştir. 24 Nisan 2018 tarihinde verilen Benedik v. Slovenya kararında ise bu haktan açık olarak bahsedilmiştir.²⁶

Benedik v. Slovenya Kararı'nda, başvuranın internet abonelik verilerinin mahkeme kararı olmaksızın temin edilmesi ve ardından bu delile dayanarak başvuran hakkında dava açılması söz konusu edilmiştir. Slovenya Kranj Bölge Savcılığı, başvuran hakkında yürütülen çocuk pornografisi indirmek suçu kapsamında, ilgili internet servis sağlayıcıdan başvuranın belirli bir tarihteki IP bilgilerini ve adres bilgilerini herhangi bir mahkeme kararına dayanmaksızın temin etmiştir. Slovenya Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 149b/1 maddesine göre elektronik haberleşme ağlarını kullanan kişiler hakkındaki soruşturma kapsamında, makul şüphe üzerine elektronik haberleşme ağının operatöründen kullanıcılara ait sayı, tür, tarih, zaman, süre, miktar bilgilerinin 'hakim kararıyla' temin etmek mümkündür. Slovenya Ceza Kanunu'nun 149b/3 maddesine göre ise şayet failin re'sen soruşturulmasına neden olan suçun işlendiğine veya işleneceğine ilişkin makul şüphe hali bulunmaktaysa ve ilgili kişinin söz konusu iletişim ağında olduğuna ilişkin bilgi bulunmaktaysa, polis suçu ortaya çıkarmak için, elektronik haberleşme ağının operatöründen ilgili kişinin bilgisinin kendisine verilmesini yazılı olarak isteyebilecektir. Bu düzenlemeye dayanarak Slovenya Polisi başvurana ait kimlik ve adres bilgilerini temin etmiştir. Başvurucu, kendisine ilişkin elde edilen IP adresinin 'dinamik IP adresi' olduğunu, dinamik IP adresinin, bilgisayar her açıldığında kullanıcıya atanan yeni bir IP adresi olduğunu, bu tür

24 Case of Malone v. The United Kingdom, Application No. 8691/79, 2 August 1984. Karar, bir antika satıcısının kimlerle telefon konuşması yaptığı ve bu telefon konuşmalarının süreleri ve zamanının kayıt edilmesine ilişkindi. Başvuran, başka bir suçtan yürütülen soruşturma kapsamında kendi ev telefonunun yasa dışı olarak tespit edildiğini iddia etmektedir. AİHM, hırsızlık malı elinde bulundurma suçundan yürütülen soruşturma kapsamında, başvuranın ev telefonlarında herhangi bir yasal dayanak olmaksızın tespit yapıldığını belirterek başvuranın özel hayatına saygıyı düzenleyen 8 inci maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir. Fransız Yargıç Louis-Edmond Pettiti (1916-1998), karara katılmış ancak mutabık görüş yazısında, verilerin işlenmesi yöntemlerinin bilgisayarlaşma ile birlikte arttığına dikkat çekmiş ve Alman Anayasa Mahkemesi tarafından verilen Census kararına atıfla kişinin kendisine ait bilginin ne dereceye kadar kamuya ifşa edileceğini belirleme hakkı olan 'bilgilerin geleceğini belirleme hakkında' bahsetmiştir.

25 Case of Satakunnan v. Finland, Application No. 931/13, 27 June 2017.; Case of Magyar Helsinki Bizottsag v. Hungary, Application No. 18030/11, 8 November 2016.; Case of Youth Initiative For Human Rights v. Serbia, Application No. 48135/06, 25 June 2013.

26 Case of Benedik v. Slovenia, Application No. 62357/14, 24 April 2018, § 103. " Article 8 of the Convention thus provides for the right to a form of informational self-determination, allowing individuals to rely on their right to privacy as regards data which, albeit neutral, are collected, processed and disseminated collectively and in such a form or manner that their Article 8 rights may be engaged."



verilerin trafik verisi olarak kişisel veri kapsamında olduğunu ve hakim kararı olmaksızın elde edilemeyeceğini iddia ederek AİHM'e başvuru yapmıştır.

AİHM, Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın (CJEU) 24 Kasım 2011 tarihli *Scarlet Extended* kararına²⁷ da atıf yaparak, IP adreslerinin, kullanıcıların tam olarak tespit edilmesine imkan tanıyan kişisel veri niteliğinde korumaya esas olduğunu belirlemiştir. AİHM'e göre belirli bir kişi hakkında bir veri toplandığı zaman, kişisel verilerin bir işleme tabi tutulması ya da kullanılması ya da yayınlanmasının Sözleşme'nin 8 inci maddesini ihlal ettiğine dair yerleşik içtihatlar bulunduğunu, Sözleşme'nin 8 inci maddesinin, kolektif olarak toplanan, işlenen ve yayılan verilerle ilgili kendi kaderini tayin hakkını da içerdiğinin altını çizmiştir.

AİHM, netice olarak Slovenya Ceza Kanunu'nun 149b/3 maddesinin yeterli ve etkili güvenceler içermediğini, ayrıca maddenin dinamik IP adreslerine yönelik olmadığı, elektronik iletişim aracının sahibi veya kullanıcısı hakkında bilgi talebine ilişkin olduğu, Slovenya Anayasası'nın 37 nci maddesine göre iletişimin gizliliğine yapılacak müdahalelerin mahkeme kararı ile yapılması gerektiğini, Slovenya Ceza Kanunu'nun 149b/3 maddesinin keyfi müdahalelere karşı yeterli korumayı içermediğini belirterek Sözleşme'nin 8 inci maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.²⁸

Bilginin geleceğini belirleme hakkının yeniden güçlü bir şekilde ele alınmasının ve unutulma hakkı ile bağlantı kurulmasının temelinde günümüzde iletişim teknolojilerinin gelişimi nedeniyle bilginin her zamankinden çok daha fazla kolay kaydedilebilmesi, depolanabilmesi ve yayılabilmesi yatmaktadır. Gerçekten de, bugün internet sınırsız şekilde bilgiyi depolayabilmektedir. Bilhassa sosyal medya aracılığıyla kişinin geçmişine ait enstantaneler, yorumlar saklanabilmektedir. İnsanın bilgi üzerinde kontrolünü bu kadar yitirdiği bir dönemde, insanın kendisine ait kişisel bilgileri üzerinde bilginin akıbetini belirleme hakkından bahsedilmesi de gayet doğal karşılanmalıdır.

Unutulma hakkının özünde belirli bir zaman süreci sonrasında, kişinin kendisine ait bilgilerin farklı bağlamlarda kullanılmasına karşı çıkabilme hakkı yer alır. Bu anlamda unutulma hakkı, bilgilerin özerkliği (informational autonomy) ile doğrudan bağlantılıdır. Kişiyi ait geçmişte yer alan herhangi bir bilgi, gerçekleştiği tarihte kişiyi

²⁷ Judgment of the Court, Third Chamber 24 November 2011, *Scarlett Extended SA*, C-70/10.

²⁸ Case of *Benedik v. Slovenia*, Application No. 62357/14, 24 April 2018.

rahatsız etmeyebilmektedir. Ancak geçen süre sonunda, internet üzerinde arama motorları tarafından çok farklı kelime aramalarında bu bilgilerin endekslenmesi kişi açısından sakıncalar doğurabilmektedir. Bu anlamda unutulma hakkı, kişinin tasavvurlarını değiştirebilme veya söz konusu bilgilerden pişman olabilme hakkını da içermektedir. Kişi elbette kendisiyle ilgili herhangi bir bilginin sürekli olarak hatırlanmasını istemeyebilecektir. Bu anlamda, unutulma hakkı kişiye, kontrolünü yitirdiği bilgiler üzerinde yeniden kontrol sağlama imkanı vermeyi sağlayan bir araç işlevi görmektedir.

B. Avrupa Birliği'nde Unutulma Hakkının Ortaya Çıkışı ve ABD Yaklaşımı

1. GDPR Öncesi Dönemde Unutulma Hakkı

Avrupa Birliği'nin veri korumasına ilişkin 20 Şubat 1995 tarihinde kabul edilen ve 1998 yılında yürürlüğe giren 95/46 sayılı Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Serbest Dolaşımı Bakımından Bireylerin Korunmasına İlişkin Direktif'te²⁹ unutulma hakkına ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte, Direktif'in bazı maddelerinde verilerin silinmesinden bahsedildiği görülmektedir. Direktif'te erişim hakkının düzenlendiği 12 nci maddede bu alandaki yetkilendirilmiş veri öznelerinin (data subjects), Direktif hükümlerine göre uygun olmayan şekilde işlenmesi halinde, verilerin düzeltilmesi, engellenmesi veya silinebileceğinden (erasure) bahsedilmektedir. Ayrıca verilerin kamu veya meşru menfaatler için işlenmesi halinde, veri sahibinin 14 üncü maddeye göre belirli durumlarda itiraz hakkı mevcuttur ve itiraz sonucu söz konusu verilerin 12 inci maddesi çerçevesinde silinmesi de sözkonusu olabilecektir.

Avrupa Konseyi'nin geçmiş mevzuatında unutulma hakkının geçtiği ancak kavramın 'silinme hakkı (right to be erasure)' olarak anlaşıldığı belgelere, 95/46 sayılı Direktif öncesi de rastlamak mümkündür.

Avrupa Konseyi, Bakanlar Komitesi'nin üye ülkelerin hukuk alanında işbirliğini yürütmek üzere 1963 yılında oluşturduğu Hukuk Alanında İşbirliği Komitesi'nin³⁰ oluşturduğu veri koruma uzmanlar

29 Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, Official Journal, L 281, 23/11/1995, p. 31-50. (Data Protection Directive)

30 European Committee on Legal Co-operation-CDCJ.



komitesi³¹ tarafından yeni teknolojiler karşısında kişisel verilerin nasıl korunabileceğine ilişkin oluşturulan 1989 tarihli çalışmada, bu alanda oluşturulacak bir düzenlemede dikkate alınması gereken unsurlar sayılırken açık bir şekilde ‘unutulma hakkı (right to be forgotten)’ kavramından da bahsedilmiş ve unutulma hakkı saklanan verilerin belirlenecek belirli bir süre sonunda silinmesi şeklinde ifade edilmiştir.³²

Bir başka açıdan ceza soruşturmasına/kovuşturmasına/müeyyideye maruz kalan kişilerin gerçekleştirdiği eylemler veya işlemiş oldukları suçlara ilişkin basının öteden beri uyması gereken temel ilkeler arasında kişilerin mahremiyetine saygı gösterilmesi de yer almaktadır.³³ Bu hakkın temelinde de, kişilerin masumiyet karinelerine saygı gösterilmesi ile cezadan sonra topluma yeniden kazandırılma ilkesi çerçevesinde kişiye ilişkin bir takım bilgilere basında yer verilmemesi bulunmaktadır.³⁴ Bu anlamda da -bugünkü uygulamasından farklı olarak- unutulma hakkı/silinme hakkının öteden beri uygulanabildiği belirtilmelidir.

Unutulma hakkı kavram ve felsefe olarak esasen yeni bir hak değildir. Geçmişte pek çok akademik makalede benzer felsefeye sahip haklardan farklı isimlerle; bilginin silinmesi hakkı (right to have information deleted),³⁵ bilinmeme³⁶ hakkı (right to oblivion),³⁷ toplumsal unutkanlık (social forgetfulness)³⁸ şeklinde bahsedildiği görülmüştür.³⁹ Ancak

31 Committee of Experts on Data Protection-CJ-PD.

32 New Technologies: A Challenge to Privacy Protection, Study Prepared by the Committee of Experts on Data Protection (CJ-PD) under the authority of the European Committee on Legal Co-operation (CDCJ), Strasbourg, 1989., s. 11. <https://rm.coe.int/1680684607> (Son Erişim Tarihi: 20.10.2018).

33 Council of Europe, Committee of Ministers, Recommendation 2003/13 on the provision of information through the media in relation to criminal proceedings, 10 July 2003.

34 HOBOKEN Joris Van, **The Proposed Right to be Forgotten Seen From the Perspective of Our Right to Remember, Freedom of Expression Safeguards in a Converging Information Environment**, Amsterdam, May 2013., s. 3 (http://www.law.nyu.edu/sites/default/files/upload_documents/)

35 CONLEY Chris, **The Right to Delete**, Association for the Advancement of Artificial Intelligence-AAAI Spring Symposium Series, 2010, <https://www.aaai.org/ocs/index.php/SSS/SSS10/paper/viewFile/1158/1482>

36 Kelime anlamı olarak ‘oblivion’ kelimesi de, ‘unutulma’ olarak çevrilebilmekle birlikte, unutulma hakkından (right to be forgotten) farklı bir kullanım olduğunu vurgulamak için terim ‘bilinmeme hakkı’ şeklinde ifade edilmiştir.

37 WARNER L., **The Right to Oblivion: Data Retention from Canada to Europe in Three Backward Steps**, University of Ottawa Law and Technology Journal, V. 2, 2005. Aktaran; Van Hoboken, agm., s. 2, dipnot, 2.

38 BLANCHETTE Jean-François; JOHNSON Deborah G., **Data Retention and the Panoptic Society: The Social Benefits of Forgetfulness, The Information Society**, 18:1, 2002, <http://www.dourish.com/classes/readings/Blanchette-Forgetfulness.pdf>

39 Van Hoboken, agm., s. 2-3.

temelinde özel hayatın gizliliği haklarına dayanan bu anlatımlar ile silinme hakkına ilişkin önceki kullanımların, unutulma hakkının bugün internet ile birlikte kazandığı anlamından farklı yönleri içerdiği görülmektedir.

Avrupa Birliği Komisyonu, bu ihtiyaçları gözönünde bulundurarak 95/46 sayılı Direktif'te kapsamlı değişiklikler yapılmasını içeren bir Öneri hazırlamış ve 25 Ocak 2012 tarihinde yayımlamıştır.⁴⁰ Söz konusu Öneri'yi Avrupa Komisyonu adına Başkan Yardımcısı Viviane Reding aynı gün kamuoyuna açıklamıştır. Reding, açıklamasında 17 yıl önce Avrupa'da internet kullananların oranının yalnızca % 1 olduğunu bugün ise büyük miktarda verilerin saniyeler içinde kıtalar arasında aktarıldığını, Öneri'nin sektörün sağlıklı büyümesini temin ederken, bireylerin dijital ortamda kişisel verilerinin korunmasını da güçlendireceğini vurgulamıştır.⁴¹ Öneri'de unutulma hakkı (right to be forgotten) da silinme hakkı ile birlikte açık bir şekilde ele alınmıştır. Unutulma hakkı (right to be forgotten), "bireylerin kişisel verilerinin artık meşru amaçlar için gerekli olmadığı durumlarda işlenmesine izin verilmemesi ve silinmesi hakkı" şeklinde ifade edilmiştir.⁴²

2. Avrupa Adalet Divanı'nın 13 Mayıs 2014 Tarihli C-131/12 Sayılı Kararı

Unutulma hakkına ilişkin ilk uygulamaların Google'un kurulmasından üç yıl önce kabul edilen 95/46 sayılı Direktif'in 12 nci maddesi çerçevesinde yapıldığı ifade edilmişti. Unutulma hakkına ilişkin dönüm noktasını

40 Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data (General Data Protection Regulation), Sec (2012), Brussels, 25 January 2012, C-7-0025/12, [http://www.europarl.europa.eu/RegData/docs_autres_institutions/commission_europeenne/com/2012/0011/COM_COM\(2012\)0011_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/docs_autres_institutions/commission_europeenne/com/2012/0011/COM_COM(2012)0011_EN.pdf)

41 Commission proposes a comprehensive reform of data protection rules to increase users' control of their data and to cut costs for businesses, 25 January 2012, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-12-46_en.htm Ülkemizde de, bu Açıklama sonrasında konuyu açık bir şekilde ele alan ilk makale aynı yıl içinde Türkiye Barolar Birliği Dergisi'nde yayımlanmıştır. Bkz. GÜLENER Serdar, Dijital Hafızadan Silinmeyi İstemek: Temel Bir İnsan Hakkı Olarak "Unutulma Hakkı", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 102, Eylül-Ekim 2012 (s. 219-240). Unutulma hakkına ilişkin 2016 bir de yüksek lisans tezi tamamlanmıştır. Basılı eser için bkz. YAVUZ Can, İnternetteki Arama Sonuçlarından Kişisel Verilerin Kaldırılması, Unutulma Hakkı, Seçkin, 2016. Unutulma hakkına ilişkin ayrıca bkz. SÖZÜER Eren, **Unutulma Hakkı, İnsan Hakları Hukuku Perspektifinden Bir İnceleme**, On İki Levha Yayıncılık, Ekim 2017.; TURHAN Ayşe Melek, **Kişiliğin Korunması ve Veri Koruma Hukuku Kapsamında Unutulma Hakkı**, İstanbul Medipol Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2018.

42 TERWANGNE, agm., s. 2.



Avrupa Adalet Mahkemesi (CJEU)⁴³ tarafından 13 Mayıs 2014 tarihinde verilen Karar⁴⁴ oluşturmuştur. Unutulma hakkına ilişkin üçüncü önemli hususu ise GDPR'ın yürürlüğe girmesi teşkil etmektedir.

Unutulma ve silinme hakkı, CJEU önüne de gelmiştir.⁴⁵ İspanya'da yaşayan Mario Costeja Gonzales isimli bir avukatın, mali durumu bozulunca bir kısım malları satışa çıkarılır. Buna ilişkin açık artırma ilanı, İspanya'da günlük bir gazetede 1998 yılında yayınlanır.⁴⁶ Mario Costeja daha sonra mali durumunu düzeltir ancak İspanya'da Vanguardia gazetesinde iki açık artırma satış ilanı yer almaya devam etmektedir. Mario Costeja, 2010 yılında Google'da kendi ismi girilerek yapılan aramalarda halen 1998 yılındaki bu ilanın çıktığını, ilan nedeniyle kişisel saygınlığının zarar gördüğünü belirtir ve Google'dan ilgili bilgilerin çıkarılmasını ister. Google'un talebi karşılamaması üzerine, 5 Mart 2010 tarihinde İspanya Verilerin Korunması Kurumu'na⁴⁷ başvuruda bulunur ve Google İspanya ve ilgili İspanyol gazetesini şikayet eder.

İspanya Veri Koruma Kurumu (AEPD), başvurudan itibaren yaklaşık 4,5 ay sonra, 30 Temmuz 2010 tarihinde verdiği Karar'da günlük gazetenin yasal olmayan bir ilan yayınladığını, açık artırmanın İspanya'nın resmi bir organı (Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı) tarafından yapıldığını, dolayısıyla ilgili Vanguardia gazetesinin sorumluluğunun bulunmadığına

43 Court of Justice of the European Union, CJEU. CJEU, Avrupa Birliği bünyesinde yer alan en yüksek yargı organıdır. AB'nin yedi temel kurumundan (Avrupa Parlamentosu, Avrupa Devlet ve Hükümetler Başkanı Konseyi, Avrupa Birliği Bakanlar Konseyi, Avrupa Merkez Bankası, Avrupa Sayıştay ve Avrupa Adalet Divanı (CJEU), birisidir. CJEU, iki mahkemeden oluşmaktadır: Avrupa Adalet Mahkemesi (Court of Justice) ve Avrupa Genel Mahkemesi. Avrupa Adalet Mahkemesi'nde her AB üyesi devletten bir hakim ve sekiz Hukuk Sözcüsü (advocates-general) altı yıllık bir süre için yer alırlar. Avrupa Adalet Mahkemesi, ulusal mahkemelerce Birlik mevzuatının yorumlanması, iptali ve kararın yeniden incelenmesi amacıyla başvuru bir yargı mercidir. Genel Mahkeme ise 1 Eylül 2016 tarihine kadar 28 hakimden oluşmaktayken, bu tarihten itibaren 47 hakimden oluşmuştur. Genel Mahkeme, 1 Ocak 2019 tarihinden itibaren ise her bir üye devletten ikişer hakim olmak üzere 56 hakimden oluşmaktadır. Genel Mahkemelere, genellikle bireyler/topluluklar başvurur. Ulusal mahkemelerin de başvuru hakkı bulunmaktadır. Markalar, rekabet hukuku, ticaret, tarım, sübvansiyonlar gibi konularda inceleme yapar. Bkz. The Court of Justice of the European Union, http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/en/FTU_1.3.9.pdf; EU Institutions and Bodies in Brief, https://europa.eu/european-union/about-eu/institutions-bodies_en (Son Erişim Tarihi: 10.10.2019).

44 Judgment of the Court (Grand Chamber), C-131/12, 13 May 2014, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62012CJ0131>

45 YAVUZ, age., s. 68-85.

46 Başvuran Mario Costeja Gonzales ile ilgili olarak İspanyol La Vanguardia gazetesindeki açık artırma ilanının gazetesinin 19 Ocak 1998 tarihli fiziki nüshasında 23. sayfada dört satır; online nüshada ise 9 Mart 1998 tarihinde beş satır olarak yer aldığı ve bu dokuz satırın tarihi değiştirdiği vurgulanmaktadır. Bkz. Nine Lines that changed history-at least on the internet, 13 September 2017, <https://euobserver.com/digital/138958>

47 Agencia Espanola de Proteccion de Datos-AEPD (Spanish Data Protection Agency), <https://www.aepd.es/>

karar vermiştir.⁴⁸ Buna karşılık Google ilgili kişinin verilerini işleyen olarak sorumlu tutulmuştur. Google, başvuruya rağmen bu ilanı arama sonuçlarından çıkartmadığı için sorumludur. Google, kararı İspanya Yüksek Mahkemesi önüne taşır. Yüksek Mahkeme, konuyu Avrupa Adalet Mahkemesi'ne götürür.

CJEU, incelemesini 95/46 sayılı AB Direktifi ile Avrupa Birliği Temel Haklar Bildirgesi hükümlerine göre yapar. Mahkeme öncelikle, Google'un arama sonuçlarını listelerken kişisel veri ayırımı yapmaksızın bu bilgileri listelediği belirlemesini yapmıştır. 95/46 sayılı Direktif'in 2/b maddesine göre otomatik ya da otomatik olmayan araçlarla yapıp yapılmadığını bakılmaksızın; kişiye ait bilgilerin toplanması, kayıt edilmesi, organize edilmesi, depolanması, uyarlanması veya değiştirilmesi, kurtarma, değerlendirilmesi, kullanılması, iletme sunulması, dağıtılması veya diğer bir şekilde başkalarının ulaşabileceği şekilde sunulması, kombinasyonu veya sıralanması, bloklanması, silinmesi veya tahrip edilmesi eylemleri kişisel verilerin işlenmesi (processing of personal data) olarak nitelendirilecektir. Google'un bu anlamda kişisel verileri işlediğinde şüphe bulunmamaktadır. Mahkeme ikinci aşamada arama motorlarının ve bu kapsamda Google'un 95/46 sayılı Direktif'in 2/d maddesi anlamında veri denetleyicisi olup olmadığını incelemiş ve arama motorlarının kişisel verilerin işlenmesindeki belirleyici rolleri nedeniyle bu anlamda veri kontrolörü (data controller) olduklarına karar vermiştir.⁴⁹

CJEU, Google'un ABD merkezli bir şirket olmasına rağmen pek çok Avrupa ülkesinde ve İspanya'da da tüzel kişiliği haiz kuruluş olarak ticari faaliyetlerini sürdürmektedir. Bu yüzden 95/46 sayılı Direktif'in 4/1-a bendi kapsamında ulusal mahkemeler yetkili kabul edilmiştir.⁵⁰

İspanyol Yüksek Mahkemesi'nin, CJEU'ye sorduğu sorulardan bir tanesi de unutulma hakkına ilişkindir. Buna göre Yüksek Mahkeme, Avrupa Adalet Divanı'na şu soruyu sormuştur:⁵¹

“Veri öznesinin, verinin eksik veya hatalı işlenmesi nedeniyle, Veri Kontrolöründen (Google) verilerin engellenmesi, silinmesi veya düzeltilmesini isteyebileceğini düzenleyen 95/46 sayılı Direktif'in 12/b maddesi ile verilerin işlenmesine ilişkin özel durumlarda itiraz etme hakkını düzenleyen 14/1-a maddelerine dayanarak silme hakkı (right of erasure), itiraz hakkı (right to object) ve unutulma hakkı (right to be

48 C-131/12, paragraf 12.

49 C-131/12, paragraf 41.

50 C-131/12, paragraf 60.

51 C-131/12, paragraf 20 ve 89.



forgotten/derecho al olvido) ile bağlantılı olarak başvuranın Google tarafından kendi ismi arandığında endesklenmeme şeklinde bir talepte bulunma hakkı bulunmakta mıdır?"

CJEU, genel olarak bu soru üzerinde yoğunlaşmış ve arama motoru şirketlerinin, verinin bizatihi içeriğini hazırlamadığı durumlarda, veriler üzerinde insiyatif kullanıp kullanamayacağı hususunu sorgulamıştır. CJEU'ya göre arama motorlarında kişilerin isimleri üzerinden yapılan aramalarda, arama motorları kişiye ait tüm verileri yapılandırarak sonuçları ekrana getirmektedir. Arama motorları olmaksızın, aranan anahtar kelimeler vasıtasıyla sonuçlara ulaşmak mümkün olmamaktadır. Arama motorlarının bilgiyi yapılandırarak ekrana getirdiği sonuçlar, doğru bile olsa bu verilerin sürekli listelenmesi bir süre sonra toplandıkları ve işlendikleri amaçtan kopmasına yol açabilmektedir. Bu nedenle, söz konusu verinin arama motoru sonuçlarında yer alması bir süre sonra bilginin işlenmesi amacı ile ilgisiz, yetersiz veya orantısız bir hale dönüşebilecektir.⁵² Bu nedenle Google İspanya, Yunanistan, Avusturya ve Polonya Devletleri'nin olumsuz görüşüne rağmen Direktif'in 12 (b) ve 14 üncü maddeleri çerçevesinde başvuran arama sonuçlarındaki bilgilerin çıkarılmasını talep edebilir. Bu veriler kişinin kişilik hakkı ve özel hayatı, veri denetleyicisi şirketin ekonomik çıkarları ve toplumun bilgiye erişim hakkı çerçevesinde değerlendirilmeli ve kişinin kişilik haklarına potansiyel olarak zarar verilme durumunun oluşması ve bilhassa toplumun bilgi edinme hakkına ilişkin özel çıkarlar bulunmaması halinde söz konusu veriler arama sonuçlarından çıkarılmalıdır.⁵³

CJEU'yu göre kişinin bu yöndeki çıkarı, arama motoru şirketinin ekonomik menfaatlerine göre ağır basmaktadır. Somut olayda, başvuranın ekonomik durumuna ilişkin bu geçici durumun, aradan geçen 16 yıllık süreye rağmen halen arama sonuçlarında yer alması kişinin kişilik haklarına potansiyel zarar verici nitelikte bulunmuştur. Bu hususta toplumun bilgi edinmesinde özel bir menfaat de bulunmamaktadır. Avrupa Birliği Temel Haklar Bildirgesi'nin özel ve aile yaşamına saygıyı düzenleyen 7 ve kişisel verilerin korunmasına ilişkin 8 inci maddeleri hükmünü de esas alan CJEU, 13 Mayıs 2014 tarihinde verdiği Karar ile, başvuranın arama sonuçlarından söz konusu bilgilerin çıkarılmasını, bu şekilde kamu için erişilebilir olmaktan çıkarılmasını isteme hakkının olacağına karar vermiştir.⁵⁴ Karar'ın sonuç metninde 'unutulma hakkı'ndan açık olarak bahsedilmese de, verilen bu Karar ile 2012 yılında hazırlanan GDPR

52 C-131/12, paragraf 92-94.

53 C-131/12, paragraf 80-88.

54 C-131/12, paragraf 97-99.

Önergesi sonrasında, bireylerin arama motoru sonuçlarından çıkarılma hakkı olabileceği açık bir şekilde hükme bağlanmıştır.⁵⁵

CJEU tarafından “yasal olan içeriğe” ilişkin verilen bu Karar internet çevrelerince eleştirilmiştir.⁵⁶ CJEU'nin bu kararının, bireylerin arama sonuçlarında hoşuna gitmeyen tüm verilerin kaldırılmasını isteyebileceği sonucunu doğurabileceğini ve bu şekilde ifade özgürlüğü hakkının kısıtlanacağı belirtilmiştir. Bu Karar'ın akabinde Google tarafından Avrupa Birliği ülkesi vatandaşlara, yapılan arama ile ilgisi bulunmayan veya üzerinden çok zaman geçmiş sonuçları çıkartabilmelerine imkan tanıyan bir form sunulmaya başlamıştır.⁵⁷ Formun sunulması ile birlikte ilk gün 12.000, beş gün sonunda 41.000 ve 20 günün sonunda 50.000 kişi, arama sonuçlarında listelenen bazı bilgilerin silinmesi için Google'a başvuru yapmıştır.⁵⁸ 22 Ocak 2019 tarihi itibarıyla ise Google'a 2.949.436 URL için toplam 765.827 adet arama sonuçlarından çıkarılma talebi (delist) yapıldığı, bu taleplerin ancak % 44.1'inin kabul edildiği, % 55.9'sunun ise kabul edilmediği anlaşılmaktadır.⁵⁹

3. ABD Yaklaşımı

Yeni iletişim olanaklarının insanlar için fırsat ve kolaylıklar oluşturduğu kadar can sıkıcı durumlarda oluşturabileceği sık olarak ifade edilmektedir. Sosyal medyada, paylaşılan her bir mesajımızın bir şekilde dijital hafızada yer etmesi nedeniyle insanların sürekli olarak profesyonel bir bakış açısı ile hareket etmesi gerekmektedir. Bu kapsamda unutulma hakkı için referans yapılan ve sık olarak anlatılan olaylardan birisi de ABD'de yaşayan ve öğretmen olmak isteyen Stacy Snyder isimli kişinin 2006 yılında My Space sosyal ağında paylaştığı alkollü bir fotoğrafının, okul idaresi tarafından hoş karşılanmadığı ve sırf bu nedenle Snyder'in

55 25/01.2019 tarihi itibarıyla Google Arama Motoru'nda yapılan sorguda “Mario Costeja Gonzales” yazıldığı zaman 27.500 sonuç ekrana gelmektedir. Bu sonuçların elbette büyük kısmı Avrupa Adalet Divanı'ndaki başvuruya ilişkindir. Bu davanın amacına hizmet etmediği ve Mario Costeja Gonzales'in geçmişte mali zorluklar yaşadığının herkesçe biliniyor kılındığı düşünceleri yanında; dava sayesinde işin aslının kamu tarafından öğrenildiği, başvuranın başka çaresi kalmadığı için dava yoluna başvurduğu, dava sonucunda Mario Costeja Gonzales'in önemli bir tanınırlık kazandığı ve bunun işlerine de olumlu yansıtacağı da bir düşünce olarak ifade edilebilecektir.

56 Open Rights Group-ORG, ECJ Google Spain Ruling Raises Concerns Online Free Speech, May 13, 2014, <https://www.openrightsgroup.org/press/releases/ecj-google-spain-ruling-raises-concerns-for-online-free-speech>

57 'Right to be Forgotten': Google Launches form to allow users delete their 'inadequate' data, May 30, 2014, <http://rt.com/news/162448-google-europe-right-forgotten/>

58 Google poised to act on 'right to be forgotten' requests, after 50.000 are filed, June 19, 2014, <http://www.zdnet.com> (Son Erişim Tarihi: 10.10.2018)

59 Google Transparency Report, 22 January 2019, <https://transparencyreport.google.com/eu-privacy/overview?hl=en>



öğretmen yapılmadığı şeklindeki anlatıdır.⁶⁰ Oysa gerçekler başkadır.⁶¹ Snyder, Conestoga Valley Yüksek Okulu'nda, öğretmen olmak için eğitim görmektedir. Ancak burada başarılı olamamıştır. Snyder, dört yıllık eğitimini tamamlayabilmek için Millersville Üniversitesi'nde kredilerini tamamlamaya çabalamaktadır. Snyder'e öğretmenlik diplomasını verecek olan Millersville Üniversitesi değildir. Stacy Snyder'in My Space'deki alkollü fotoğrafının okul idaresinin hoşuna gitmediği doğru gibi görünmektedir. Ancak Snyder'in öğretmenlik yapamaması ile bu olayın bir bağlantısı olmamasına rağmen Snyder'in avukatı Millersville Üniversitesi'ne dava açmıştır. Davayı inceleyen Mahkeme, Stacy Snyder hakkında Conestoga Valley Yüksek Okulu'nda, öğrenci öğretmenlik performansına ilişkin raporları kararına almıştır. Buna göre Snyder, bilgi birikimi, konuya hakimiyeti, gramer ve aktarma gibi hususlarda yetersiz bulunmuştur. Ayrıca öğrenciler üzerinde hakimiyet kurmada da yetersiz bulunmuştur. Bu gerekçelerle, My Space'deki yayımlanan fotoğraf ile Snyder'in öğretmen olamaması arasında rabıta olmadığını belirleyen Mahkeme, davayı reddetmiştir. Bu olay yaygın bir yanlış anlatı da olsa, internetin ve sosyal medyanın gücünü göstermesi açısından dikkate değer olduğunda kuşku bulunmamaktadır.

Bugün ABD uygulamasında unutulma hakkını tanıyan bir mevzuat, mahkeme kararı veya idari karar mevcut değildir. Çeşitli kaynaklarda yer alan, ABD'de unutulma hakkı tanındığına ilişkin pek çok başvuru ise içerik sağlayıcıların (content providers/originators) sorumluluğuna ilişkin olup, arama motorlarının listelediği sonuçların çıkarılmasına ilişkin değildir. Bununla birlikte ABD kamuoyunda unutulma hakkının tanınması gerektiğine ilişkin % 88 oranında bir destek bulunduğu,⁶² Consumer Watch gibi çeşitli sivil toplum oluşumları tarafından bu hakkın ABD'de

60 PANAGOPOULOU-KOUTNAZI Fereniki, **The Right to be Forgotten in the Digital Era**, June 2012,

[https://icil.gr/download.php?fen=years/2012/downloads/speakers/043-panagopoulou-koutnatzi-ful_text-en-v001%20\(1\).pdf](https://icil.gr/download.php?fen=years/2012/downloads/speakers/043-panagopoulou-koutnatzi-ful_text-en-v001%20(1).pdf), s. 10; WEBER Rolf H., **The Right to be Forgotten, More Than a Pandora's Box?**, Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law, 2, 2011, (s. 120-130), <https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-2-2-2011/3084/jipitec%20%20-%20a%20-%20weber.pdf>, s. 120.; ROSEN Jeffrey, **The Web Means the End of Forgetting**, July 21, 2010, <https://www.nytimes.com/2010/07/25/magazine/25privacy-t2.html> (Son Erişim Tarihi: 01.03.2019)

61 HERLOCKER Jack, **Stacy Snyder and the Untruth That Won't Die**, September 22, 2015, <https://medium.com/@jherlocker/stacy-snyder-and-the-untruth-that-won-t-die-549c2f525661> (Son Erişim Tarihi: 01.03.2019)

62 Public wants 'right to be forgotten' online, April 2018, <https://www.forbes.com/sites/rebeccaheilweil1/2018/03/04/how-close-is-an-american-right-to-be-forgotten/#1c9d86b626e>

de tanınması gerektiğine ilişkin girişimler devam etmektedir.⁶³ ABD'de bu konuda kabul edilmiş bir yasal düzenleme bulunmamakla birlikte bazı eyaletlerde unutulma hakkını yasalaştırmaya ilişkin çeşitli girişimler yaşanmıştır. New York eyaletinde yapılan kanun teklifi, unutulma hakkına benzer düzenlemeler içermektedir. Ne var ki, bu Teklif belirsiz ve ifade hürriyetine aykırı bulunmuştur.⁶⁴ 1 Ocak 2015 tarihinde Kaliforniya'da yürürlüğe giren 'Çocuklar için Çevrimiçi İçerikleri Silme Kanunu' ise mobil uygulamalar dahil internet içerik sağlayıcılara çocuklara ilişkin utanç verici fotoğraf ve içeriği silme yükümlülüğü getirmektedir. Kanun, unutulma hakkına benzemekle birlikte arama motoru sonuçlarına ilişkin olmayıp, ilgili içeriğin tamamen kaldırılmasına yönelik düzenlemeler getirmektedir.⁶⁵ Bununla birlikte ABD'de kişilerin geçmişlerine ait yasal durumlardan dolayı affedilmeleri ve rehabilitasyonunu içeren düzenlemeler olmadığı söylenemez. Örneğin Dürüst Kredi Raporlama Kanunu'na⁶⁶ göre kişinin iflasına ilişkin bilgiler 10 yıl, diğer finansal bilgilerin ise 7 yıllık süreden sonra, tüketici raporlarında yer almayacağı düzenlemesi mevcuttur. Kaliforniya'da kişinin araç kullanımına ilişkin yaptırımların 10 yıllık süreden sonra silineceği düzenlemesi yer almaktadır.⁶⁷

ABD'de özel hayat korumasına yaklaşım, Avrupa yaklaşımına göre daha esneklerdir. ABD'de mahremiyet hakkı ilk olarak, 1888 yılında Thomas M. Cooley tarafından haksız fiillere ilişkin kitabında, "yalnız bırakılma hakkı (to be let alone)" olarak ifade edilmiştir.⁶⁸ Ardından Yargıç Samuel Warren ve Louis Brandeis tarafından Cooley tarafından ortaya atılan düşünceler, 1890 yılında Harvard Hukuk Fakültesi Dergisi'nde yayınlanan "Mahremiyet Hakkı (The Right to Privacy)" başlıklı makale ile genişletilmiş ve bu şekilde "mahremiyet hakkı" ABD'de ilk kez formüle edilmiştir.⁶⁹

63 HEILWEIL Rebecca, **How Close is an America Right-to-Be-Forgotten**, 4 March, 2018, <https://www.consumerwatchdog.org/news-story/how-close-american-right-be-forgotten>

64 HEILWEIL agm. (Son Erişim Tarihi: 20.02.2019)

65 Kaliforniya'nın ilgili Kanun metni için bkz. California, Senate Bill No. 568, Chapter 336, http://leginfo.legislature.ca.gov/faces/billNavClient.xhtml?bill_id=2013201405B568

66 Fair Credit Reporting Act, 15 USC & 1681, <https://www.ftc.gov/enforcement/rules/rulemaking-regulatory-reform-proceedings/fair-credit-reporting-act>

67 NEVILLE Andrew, **Is it a Human Right to be Forgotten, Conceptualizing the World View**, Santa Clara Journal of International Law, V. 15, I. 2, 2017, (s. 157-172), s. 167.

68 NORDHAUS Jamie E., **Celebrities' Rights to Privacy: How Far Should the Paparazzi Be Allowed to Go?**, The Review of Litigation, Vol. 18:2, 1999 (s. 285-315), s. 287.

69 ÖNCÜ Gülay Arslan, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Özel Yaşamın Korunması Hakkı**, Beta, Mart 2011., s. 1.



ABD’de bu konuya ilişkin ilk uyuşmazlıklar, 1900’lü yılların başlarında çıkmış ve mahkemelerce tartışılmaya başlamıştır.⁷⁰ 1902 yılında New York, temyiz mahkemesi, reklamlarda güzel bir bayanın rızası olmaksızın resimlerinin kullanılması uyuşmazlığında, Warren ve Brandeis’in ortaya attığı “mahremiyet hakkını” kabul etmemiştir.⁷¹ Mahkeme, böyle bir hak olmadığını, iddia edilen zararın da ancak zihinlerde oluştuğunu belirtmiştir. Buna karşılık 1905 yılında karara bağlanan ve benzer şekilde bir sigorta şirketinin bir bayanın ismi ve fotoğrafını ondan izinsiz kullanmasına ilişkin uyuşmazlıkta, “mahremiyet hakkı (right to privacy)” olduğu kabul edilmiş ve ihlale karar verilmiştir.⁷² Bu Karar, mahremiyet hakkı konusunda ABD’deki ilk karar kabul edilmektedir.⁷³

ABD tarihinde kişilerin geçmişlerinin mahremiyet hakkı kapsamında kalıp kalmayacağına yönelik iki önemli karardan da ABD yaklaşımını göstermesi açısından bahsetmek uygun olacaktır. 1931 yılında Kaliforniya Temyiz Mahkemesi tarafından karara bağlanan Melvin v. Reid uyuşmazlığında, sonradan daha dürüst ve sakin bir hayat yaşayan kişinin, hayatının önceki döneminde uygunsuz bir hayat yaşaması ve ardından cinayetle suçlanmasına ilişkin hususların gündeme getirilmesinden rahatsızlığına ilişkin talepleri kişinin kişilik, sosyal durum ve şöhretine saldırı olarak nitelendirilmiştir.⁷⁴ 1940 yılında karara bağlanan Sidis v. F R Publishing uyuşmazlığında ise Dünya’nın en zeki insanı olduğu söylenen William James Sidis’in⁷⁵ geçmişinde gazetelerde çıkan harika ve zeki çocuk haberlerinin halen devam ettirilmesinden dolayı mahremiyet hakkının ihlal edildiğini iddia edilmiştir. Ancak İkinci Daire, olayda basın özgürlüğü ve ifade özgürlüğü haklarına üstünlük tanımış ve kişinin sadece istediği için şöhretli geçmişini yok sayamayacağını belirtmiştir.⁷⁶

70 PROSSER William L., **Privacy**, California Law Review, Vol. 48, No. 3, 1960 (s. 383-423), http://www.californialawreview.org/assets/pdfs/misc/prosser_privacy.pdf, s. 384 vd.

71 Roberson v. Rosheter Folding Box Co., 171 N.Y., 538, 64 N.E., 442 (1902).

72 Pavesich v. New England Life Insurance Co., 122 Ga., 190, 50 S.E., 68 (1905).

73 ÖNCÜ Arslan, age., s. 1.

74 Melvin v. Reid, Court of Appeal of California, Fourth District, 112 Cal. App. 285, February 28, 1931, <https://casetext.com/case/melvin-v-reid>

75 William James Sidis (1898-1944), 1,5 yaşında okumayı öğrendiği, 8 yaşındayken 7 farklı dil konuştuğu, 11 yaşında Harvard’a alındığı belirtilen Dünya’nın en zeki insanlarından kabul edilen kişi. Gençlik döneminde ateizm ve sosyalizmi seçmesi nedeniyle hapis cezası almış, ömrünün son yıllarında herkesten uzak bir hayat yaşamıştır. Bkz. BARBAS Samantha, **The Sidis Case and the Origins of Modern Privacy Law**, Columbia Journal of Law & The Arts, 36 (1), 2012 (s. 21-69). Ayrıca bkz. William James Sidis, <https://www.uh.edu/engines/epi969.htm>

76 Sidis v. FR Publication Corp., 113 F. 2d 806, 2d Circuit, July 22, 1940., <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/113/806/1509377/>

ABD'de bu tür bir unutulma hakkının tanınmamasına ilişkin birden fazla faktörün etkili olduğu ifade edilmelidir. Öncelikle unutulma hakkının en büyük yükümlüsü Google'un ve diğer önemli bilgi kontrolörü şirketlerin merkezi ABD'de bulunmaktadır. ABD'nin öteden beri internetin gelişiminde merkez rolünü üstlenmesi ve Kaliforniya merkezli ICANN ve IANA gibi kurumlar aracılığıyla internetin yönetişimine ilişkin hakim durumunu devam ettirmesi nedeniyle⁷⁷ internet ortamında ifade özgürlüğü haklarını zedeleyici bu tür düzenlemeleri yürürlüğe koyması güç görünmektedir. Öte yandan ABD geleneğinde ifade özgürlüğüne yaklaşım daima Avrupa yaklaşımına göre daha güçlü ve kayıtsız olmuştur.⁷⁸ Avrupa'da ise bilhassa 2. Dünya Savaşı sonrasında kişisel verilerin paylaşılmasına yönelik güvenlik kaynaklı endişeler baskın olmuştur. Bu nedenle, AB ve pek çok ülke tarafından tanınan unutulma hakkı benzeri bir hakkın ABD'de tanınması bu aşamada bize göre mümkün görünmemektedir.

III. AVRUPA BİRLİĞİ'NİN GENEL VERİ KORUMA TÜZÜĞÜ (GDPR)⁷⁹

A. Yürürlüğe Girmesi Süreci

Avrupa Birliği'nde kişisel veri alanında ilk önemli düzenleme, 1995 yılında 95/46 sayılı Direktif ile yapılmıştır.⁸⁰ Bu Direktif 20 yıl yürürlükte kaldıktan sonra, 2016 yılında kabul edilen Genel Veri Koruma Tüzüğü (GDPR), 25 Mayıs 2018 tarihinden itibaren uygulanmaya başlamıştır. Avrupa Birliği müktesabatında, kurucu antlaşmalar, katılım antlaşmaları ve bu antlaşmaların ekleri olan protokoller birincil hukuk kaynaklarını oluştururken; tüzükler, direktifler, kararlar ise ikincil hukuk kaynaklarını oluşturmaktadır. Tüzükler (regulations) ile yönergeler (directives)⁸¹

77 Bu konuda ayrıntılı bilgi ve değerlendirmeler için bkz. SOYSAL Tamer, İnternet Alan Adları Hukuku (Domain Name Law), Adalet, Eylül 2014, s. 215-236. (Kısaltması, Soysal, Domain Name Law)

78 NEVILLE, agm., s. 167 vd.; TADDEO Mariarosaria; FLORIDI Luciano; **The Debate on the Moral Responsibilities of Online Service Providers**, Science & Engineering Ethics, 22, 1575, 2016, s. 18-19.

79 Makalede, Avrupa Birliği, Genel Veri Koruma Tüzüğü'nün kısaltması olarak, uluslararası alanda kullanılan Tüzük kısaltması olan 'GDPR' kısaltması tercih edilecektir.

80 Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, Official Journal, L 281, 23/11/1995, p. 31-50. (Data Protection Directive)

81 Türkçe ifadesi 'yönerge' olarak tercüme edilebilecek olan 'directives' anlaşılabilirliği ve artık Türkçe'de de bu şekilde kullanılması nedeni ile 'Direktif' olarak ifade edilecektir.



etkileri itibariyle birbirinden farklıdır.⁸² AB Direktifleri, AB üyesi ülkelerin mevzuatlarını belirli bir konuda, somut ilke ve amaçlar doğrultusunda yaklaştırmak ve uyumlu hale getirmek amacıyla AB Bakanlar Konseyi ve AB Komisyonu tarafından çıkarılan yasal metinleri ifade eder. Direktif'e mutatap üye devletler, belirlenen süreler çerçevesinde kendi ulusal mevzuatları ile gerekli düzenlemeleri yapmakla yükümlüdürler. Ancak Direktif hükümleri üye ülkelerde doğrudan uygulama kabiliyetine sahip değildir. Buna karşılık AB Bakanlar Konseyi tarafından çıkarılan Tüzükler, genel kapsama sahiptir ve tüm AB üyesi ülkelerde doğrudan doğruya uygulanırlar. Tüzükler, Topluluk Resmi Gazetesi'nde yayımlandıktan sonra, yürürlük tarihinde tüm üye ülkeler için bağlayıcı metin halini alır.⁸³ Üye ülkeler bu metinleri doğrudan uygularlar. GDPR, 95/46 sayılı Direktif'ten farklı olarak 'Tüzük (Regulation)' olarak düzenlenmiştir ve bu yönüyle tüm üye ülkeler için doğrudan bağlayıcı bir yasal metin niteliğindedir.

AB'nin yürürlüğe koyduğu yeni Genel Veri Koruma Tüzüğü, 95/46 sayılı Direktif ile kıyaslandığında bireyi daha merkeze alan anlayışı, kırtasiyecilik ve bürokrasiyi devre dışı bırakıp doğrudan uygulamaya ve sonuç almaya yönelik düzenlemeleri ve coğrafi olarak geniş uygulama alanı nedeni ile veri koruma alanında Kopernik devrimi benzeri bir etki yaratacağı ifade edilmiştir.⁸⁴ Yeni Tüzük'ün bu çerçevede birey haklarını öne çıkaran yeni bir anlayış getirdiğı vurgulanmaktadır.⁸⁵

Yaşanan teknolojik gelişmeler ile birlikte bireylerin verilerinin korunmasına her zamankinden daha çok ihtiyaç duyulması karşısında daha 2011 yılının Haziran ayında 95/46 sayılı Direktif'in yenilenmesi ihtiyacından bahsedilmiştir.⁸⁶ 2012 yılı başında AB Komisyonu, bu konuda değişiklik teklifi hazırlamıştır. Ardından Madde 29 Çalışma

82 TAPAN Mehmet Nuri, Avrupa Birliğiğ (AB) Hukukunun Kaynakları ve Ulusal Hukuka Etkileri, Avrupa Adalet Divanı, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 3, Y. 1998 (s. 971-1020), s. 993 v.d. (<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m1998-19983-879>)

83 TAPAN, agm., s. 994.

84 KUNER Christopher, **The European Commission's Proposed Data Protection Regulation: A Copernican Revolution in European Data Protection Law**, Privacy and Security Law Report, June 2012, http://robertgrzeszczak.bio.wpia.uw.edu.pl/files/2012/12/Kuner_A-Copernican-Revolution-in-European-Data-Protection-Law.pdf (Son Erişim Tarihi: 10.02.2019)

85 ELLIMAN Dave, **GDPR: It is time to rethink your approach to privacy**, August 11, 2017, <https://www.thoughtworks.com/insights/blog/gdpr-it-s-time-rethink-your-approach-privacy>

86 Comprehensive Approach on Personal Data Protection in the European Union, June 2011, https://edps.europa.eu/data-protection/our-work/publications/opinions/comprehensive-approach-personal-data-protection_en

Grubu,⁸⁷ veri koruma alanında yapılacak reforma ihtiyaç duyulduğunu belirtmiştir.⁸⁸ 12 Mart 2014 tarihinde GDPR Taslağı, AB Parlamentosu tarafından kabul edilmiştir.⁸⁹ AB Konseyi, 15 Haziran 2015 tarihinde Taslak ile ilgili görüşlerini açıklamış, sonraki süreçte müzakereler devam etmiş ve süreç sonunda 27 Nisan 2016 tarihinde GDPR kabul edilerek 4 Mayıs 2016 tarihinde AB Resmi Gazetesi'nde yayımlanmıştır.⁹⁰ Tüzük'ün yürürlük tarihi olarak ise GDPR'ın 99/2 maddesi ile 25 Mayıs 2018 tarihi belirlenmiştir. Tüzük, bu tarihte yürürlüğe girmiştir.

B. Genel Çerçeve ve 95/46 Sayılı Direktif'e Göre Yenilikler

AB Komisyonu tarafından 95/46 sayılı Direktif'in yerini almak üzere açıklanan Genel Veri Koruması Tüzüğü 11 bölüm, 99 madde ve 173 gerekçeden (recitals)⁹¹ oluşmaktadır. Tüzüğün ikinci maddesinde, Tüzüğün kişisel verilerin tamamen ya da kısmen otomatik araçlarla işlenmesine ve kişisel verilerin otomatik araçlar haricinde bir dosyalama sisteminin parçasını oluşturan veya bir dosyalama sisteminin parçasını

87 Article 29 Working Group (WP 29). 1998 yılında yürürlüğe giren 95/46 sayılı Direktif'in 29 uncu maddesi uyarınca AB üyesi ülkelerin veri koruma otoriteleri, Avrupa Veri Koruma Denetçiliği (European Data Protection Supervisor) ve Avrupa Komisyonu (European Commission) temsilcilerinden oluşan çalışma grubunu ifade eder. Bu Çalışma Grubu karar verici olmamakla birlikte çalışmalarında bağımsızdır ve veri koruma alanında ortaya çıkan sorunların çözümü, güncel konularda görüş hazırlamak gibi yönlendirici bir etkiye sahiptir. GDPR'ın yürürlüğe girmesiyle birlikte Madde 29 Çalışma Grubu sona ermiş ve yerine Avrupa Veri Koruma Kurulu (The European Data Protection Board-EDPB) kurulmuştur. GDPR'ın 68 inci maddesiyle oluşturulan yeni Kurul, AB üyesi ülkelerin veri koruma otorite başkanları ve temsilcileri ile Avrupa Veri Koruma Denetçiliği temsilcilerinden oluşmaktadır. Bkz. European Data Protection Board, https://edpb.europa.eu/about-edpb/about-edpb_en

88 EDPS, The History of the General Data Protection Regulation, https://edps.europa.eu/data-protection/data-protection/legislation/history-general-data-protection-regulation_en (Son Erişim Tarihi: 10.03.2019)

89 Progress on EU Data protection reform now irreversible following European Parliament vote, Strasbourg, 12 March 2014, http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-14-186_en.htm

90 Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation), Official Journal of the European Union, L119/1, 4 May, 2016, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.2016.119.01.0001.01.ENG (Son Erişim Tarihi: 10.03.2019)

91 Recitals, bir yasal metin ile ilgili beyan, açıklama ve gerekçeleri içerebilmektedir. AB müktesabatında 'recitals' politik düşünceler ile normatif dil olmaksızın, yasal metnin gerekçelerini içeren kısmı ifade etmektedir. Genellikle 'Whereas (iken, dışından anlamı verir)' ile başlarlar. Bkz. KLIMAS Tadas; VAICIUKAITE Jurate, **The Law of Recitals in European Community Legislation**, ILSA Journal of International & Comparative Law, V. 15, 2008, https://www.researchgate.net/publication/228152770_The_Law_of_Recitals_in_European_Community_Legislation



oluşturması amaçlanan araçlarla işlenmesine uygulanacağı belirtilmiştir. Tüzük, AB hukuku kapsamına girmeyen bir faaliyetler ile AB üyesi devletler tarafından AB Antlaşması'nın Beşinci Başlığının İkinci Bölümü⁹² kapsamına giren faaliyetlere ilişkin olarak kişisel verilerin işlenmesi halinde uygulanmayacaktır. Ayrıca tamamen kişisel veya ev faaliyetleri esnasında bir gerçek kişi tarafından kişisel verilerin işlenmesi ile kamu güvenliğine yönelik tehditlere karşı güvence sağlanması ve bu tehditlerin önlenmesi de dahil olmak üzere suçların önlenmesi, soruşturulması, tespiti veya kovuşturulması ya da cezaların infaz edilmesiyle ilgili olarak yetkili makamlar tarafından kişisel verilerin işlenmesi halinde de Tüzük uygulanmayacaktır (GDPR, m. 2/2).

Kişisel verilerin işlenmesine ilişkin temel ilkeler şu şekilde belirlenmiştir (GDPR, m. 5):

i. Hukuka uygunluk, Adalet ve Şeffaflık (lawfulness, fairness, transparency): Kişisel veriler hukuka uygun ve adalet-şeffaflık ilkeleri çerçevesinde işlenecektir. Bu ilkeler, 95/46 sayılı Direktif'te başlıklar halinde ifade edilmemekle birlikte açıklamalar ile yer almaktadır. Bu ilke, Direktif'te 'adil ve hukuka uygun (fairly and lawfully)' şeklinde ifade edilmiştir.

ii. Amaç ile Sınırlılık (purpose limitation): Kişisel veriler belirtilen açık ve meşru amaçlara uygun şekilde toplanır ve bu amaçlar dışında işlenemez. Bu ilke 95/46 sayılı Direktif'te 'belirli, açık ve meşru amaçlara uygunluk (specified, explicit and legitimate purposes)' şeklinde ifade edilmiştir.

iii. İlgililik ve Orantılık (Data minimisation): Kişisel veriler işlendikleri amaçlarla ilgili olarak yeterli, yerinde ve gerekli olanla sınırlı şekilde (*adequate, relevant and limited to what is necessary*) işlenmelidir. Bu ilke 95/46 sayılı Direktif'te '*yeterli, ilgili ve aşırı olmayan şekilde (adequate, relevant and not excessive)*' şeklinde ifade edilmiştir. Kişisel veriler ancak işlendikleri amacın başka araçlarla makûl şekilde yerine getirilememesi halinde işlenebilecektir. Verilerin asgari ölçüde işlenmesi ilkesi öncelikle verilerin saklanma süresinin, kesin bir minimum süre ile sınırlandırılmasını gerekli kılar. Bu kişisel verilerin gerekli olandan daha uzun tutulmasının önüne geçmek üzere, kontrolörün periyodik olarak bu verileri gözden geçirmesi ve gerektiğinde silinmesi gerekir (GDPR, rec. 39). Bu ilke GDPR'ın veri koruması alanında getirdiği önemli dönüşümlerden birini temsil etmektedir.⁹³

92 Avrupa Birliği Andlaşması, Beşinci Başlık, İkinci Bölümü, AB ortak dış ve güvenlik politikasına ilişkin özel hükümleri içerir. Bkz. Consolidated Version of The Treaty on European Union, Official Journal of the European Union, C 326/13, 26.10.2012.

93 European Union Agency for Fundamental Rights and Council of Europe, Handbook on European Data Protection Law, 2018 Edition, <https://www.echr.coe.int/Documents/>

iv. Doğruluk (accuracy): Kişisel veriler doğru ve güncel şekilde tutulmalıdır. Doğru olmayan veriler gecikmeksizin silinir veya düzeltilir, bu konuda makûl tüm adımlar atılmalıdır. Bu ilke, 95/46 sayılı Direktif'te 'doğru (accurate)' şeklinde yer almıştı.

v. Süreyle Sınırlılık (storage limitation): Kişisel veriler, toplanma amacına uygun olarak veri sahiplerinin kimliğinin belirlenmesini sağlayan bir şekilde saklanır. Tarihsel, istatistiksel veya bilimsel amaçlarla daha uzun süreli saklanması gereken veriler bakımından uygun teknik ve düzenlemeye ilişkin tedbirler alınmak suretiyle daha uzun süreler boyunca veriler saklanabilir. İlke, 95/46 sayılı Direktif'te 'gerekli olandan daha uzun olmayan bir süre (no longer than is necessary)' şeklinde ifade edilmişti.

vi. Bütünlük ve gizlilik (integrity and confidentiality): Kişisel veriler yetkisiz veya yasa dışı işlemeye veya kazara ile kaybına, yok olmasına veya zarar görmesine karşı koruma da dahil olmak üzere uygun tedbirler alınmak suretiyle işlenmeli ve saklanmalıdır. Bu ilke, 95/46 sayılı Direktif'te ilkeler arasında sayılmamakla birlikte Direktif'in 16 ncı maddesiyle verilerin işlenmesinin gizliliği düzenlenmişti.

Kişisel veri tanımı GDPR'da, 95/46 sayılı Direktif'e göre daha geniş şekilde düzenlenmiştir. GDPR'da kişisel veri tanımlanmış veya tanımlanabilir bir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi şeklinde tanımlanmışken; 95/46 sayılı Direktif'te kişisel veri konusu kişi ve kişilik özellikleri ile sınırlı şekilde tanımlanmıştı (95/46, m. 2/1-a). GDPR kapsamında kişiye ait isim, kimlik numarası, konum verileri, çevrimiçi tanımlayıcı ya da söz konusu gerçek kişinin fiziksel, fizyolojik, genetik, ruhsal, ekonomik, kültürel veya toplumsal kimliğine özgü bir ya da daha fazla sayıda faktörü de bu kapsamda belirtmiştir (GDPR, m. 4/1). Takma ad şeklinde kullanılan veriler de korunabilir kişisel veriler kapsamına dahil edilmiştir.

GDPR'in 4/5 maddesiyle takma ad kullanımı (pseudonymisation), kişisel verilerin tanımlanmış veya tanımlanabilir bir gerçek kişiyle ilişkilendirilmemesinin sağlanması amacı ile ek bilgilerin ayrı şekilde tutulması ile teknik/organizasyonel tedbirlere tabi tutulması koşuluyla, kişisel verilerin söz konusu ek bilgiler kullanılmaksızın spesifik bir veri sahibiyle artık ilişkilendirilemeyecek şekilde işlenmesi olarak tanımlanmıştır. Takma ad kullanımı ile oluşturulan veriler de GDPR kapsamında kişisel veriye dahil kabul edilmiştir (GDPR, rec. 26). Çünkü bu veriler ek bilgiler ile yeniden tanımlanabilir ve kişiye atfedilebilir



niteliktedir. Bu açıdan anonimleştirme, takma ad kullanımından farklıdır. Anonimleştirilmiş veriler, veri konusu tanımlanamayacak hale getirilmiş verileri ifade eder. Bu nedenle GDPR veri koruma ilkeleri istatistiksel ve araştırma amaçları dahil olmak üzere, anonimleştirilmiş veriler için geçerli bir koruma sistemi getirmez (GDPR, rec. 26).⁹⁴

Kişisel verilerin işlenmesi için gerekli olan rıza 95/46 sayılı Direktif'in 7/1 maddesinde net şekilde (unambiguously) verilmesi ve açık şekilde (explicit consent) verilmesi (95/46, Rec. 33) şeklinde düzenlenmişti. GDPR'da ise rıza hususu çok daha ayrıntılı ve iradeyi esas alır şekilde düzenlenmiştir.⁹⁵ GDPR'ın 7/2 maddesine göre veri sahibinin rızasını yazılı bir beyan ile vermesi durumunda, rıza talebinin diğer hususlardan açık bir şekilde ayırt edilebilecek bir şekilde, anlaşılır ve kolay bir şekilde erişilebilir bir biçimde (clearly distinguishable from the other matters, in an intelligible and easily accessible form), açık ve sade bir dil (clear and plain language) kullanılarak sunulması gerekir. Rızanın varlığını bilgi kontrolörü (controller) ispatlamalıdır (GDPR, m. 7/1). Rızanın özgür bir şekilde verilirken değerlendirilirken, herşeyden önce rızanın bir hizmetin sağlanması da dahil olmak üzere bir sözleşmenin ifası ile ilgili olarak verilirken dikkate alınmalıdır (GDPR, m. 7/4). GDPR'ın 32. gerekçesinde de rızanın serbest bir şekilde, belirli, bilgilendirilmiş şekilde ve tereddüte mahal bırakmayacak açıklıkta (clear affirmative act establishing a freely given, spesific, informed and unambiguous indication) şekilde yazılı, elektronik yolla veya sözlü olarak verilebileceği düzenlenmiştir.⁹⁶ Veri sahibinin çocuk olması hali de Tüzük'ün 8 inci maddesinde özel olarak düzenlenmiştir. Öncelikle veri sahibinin çocuk olması halinde, veri sahibinin kişisel verilerinin korunmasını gerektiren menfaatleri veya temel hakları ve özgürlüklerinin bir kontrolör veya üçüncü bir kişi tarafından gözetilen meşru menfaatlara ağır basmaması gerekir ve veri işlemenin söz konusu menfaatler doğrultusunda gerekli olması gerekir (GDPR, m. 6/1-f). Veri sahibi çocuğun geçerli rızası için en az 16 yaşında olması gerekir. Çocuğun 16 yaşından küçük olması halinde, söz konusu veri işleme faaliyeti, ancak rızanın çocuk üzerinde velayet hakkı bulunan kişi tarafından verilmesi ve onaylanması halinde ve bu onay devam ettiği müddetçe hukuka uygun olacaktır (GDPR, m. 8/1).

94 Handbook on European Data Protection, s. 94.

95 EUGENIA Politou; EFTHIMIOS Alepis; CONSTANTINOS Patsakis, **Forgetting personal data and revoking consent under the GDPR: Challenges and proposed solutions**, Journal of Cybersecurity, V. 4, I. 1, January 2018, <https://academic.oup.com/cybersecurity/article/4/1/tyy001/4954056>

96 Handbook on European Data Protection, s.112 vd.

95/46 sayılı Direktif'te yer almayan bir düzenleme olarak GDPR'in 20 nci maddesiyle veri sahibinin, kendisiyle ilgili veriyi başka bir kontrolöre taşıma hakkı (right to data portability) düzenlenmektedir.

Verilerin güvenliğinin korunması hususu da 95/46 sayılı Direktif'te ayrı bir madde olarak düzenlenmemiş, giriş kısmında işleme sisteminin tasarımı zamanında (at the time of the design of the processing system), uygun teknik ve kurumsal tedbirlerin (technical and organizational measures-TOM) alınması şeklinde ifade edilmişti. GDPR ise mahremiyet artırıcı teknolojileri (Privacy Enhancing Technologies-PETs) açık bir şekilde benimsemiş ve düzenlemiştir. PETs, kullanıcıların kişisel verilerini, kullandıkları hizmet ve uygulamalarda, işlevlerini kaybetmeksizin hukuka uygun olarak koruması metodlarını içerir.⁹⁷ Herşeyden önce bu koruma, tepkisel ve çözümsel değil (not reactive and remedial), önleyici ve proaktif olacaktır. (preventative and proactive).⁹⁸ GDPR'ın 25 inci maddesiyle de mahremiyet artırıcı teknolojilerin iki yöntemi 'tasarımla veri koruması (privacy by design)' ve 'olağan veri koruması (privacy by default)' yöntemi benimsenmiştir.⁹⁹

95/46 sayılı Direktif'te verilerin AB dışındaki üçüncü ülkelere aktarılmasına ancak üçüncü ülkenin yeterli koruma seviyesini sağlaması halinde mümkün olduğu belirtilmiştir (95/46, m. 25/1). GDPR'de ise verilerin üçüncü ülkelere ve uluslararası kuruluşlara veri aktarılmasına ilişkin kural ve şartlar beşinci bölümde (44 ve 50 inci maddeler arasında) ayrıntılı olarak nisbeten kolaylaştırılmış şekilde düzenlenmiştir.¹⁰⁰

C. Unutulma Hakkının Düzenlenişi

95/46 sayılı Direktif'te unutulma hakkına ilişkin münferit bir düzenleme yer almamaktaydı. Direktif'te veri sahiplerinin erişim hakkının (right of access) düzenlendiği 12 nci maddede bilhassa verinin eksik veya doğru olmaması gibi Direktif hükümlerine uymayan durumlarda, veri sahibinin veri kontrolöründen işlenen verilerin düzeltilmesi, silinmesi veya engellenmesi (rectification, erasure or blocking) talebinde bulunabileceği hususu yer almaktaydı. GDPR öncesi unutulma hakkına ilişkin taleplerde, genellikle bu düzenleme esas alınmaktaydı. Avrupa Konseyi'nin güncellenen 108 sayılı Sözleşmesi'nin 9/1-e maddesiyle de her

97 Privacy Enhancing Technologies, <https://www.enisa.europa.eu/topics/data-protection/privacy-enhancing-technologies>

98 Seven Principles of Privacy by Design, <https://medium.com/searchencrypt/7-principles-of-privacy-by-design-8a0f16d1f9ce>

99 Aşağıda 'Veri Kontrolörlerinin Yükümlülükleri' kısmında daha ayrıntılı incelenecektir.

100 Handbook on European Data Protection, s. 249-265.



gerçek kişinin kendisiyle ilgili hatalı, yanlış ve yasadışı işlenen verilerin silinmesini isteyebileceği açık bir şekilde düzenlenmiştir.¹⁰¹

GDPR'nin Üçüncü Bölümü "Düzeltilme ve Silme (Rectification and Erasure)" başlığı ile düzenlenmiş ve bu kısımda yer alan 16. madde 'Düzeltilme Hakkı (Right to Rectification)'; 17 nci madde 'Silme Hakkı (Unutulma Hakkı)/Right to Erasure (right to be forgotten)'; 18 inci madde 'İşlemenin Sınırlandırılması Hakkı (Right to restriction of processing)'; 19 uncu madde 'Kişisel Verilerin Düzeltilmesi ya da Silinmesine veya İşlenmesinin Sınırlandırılmasına İlişkin Bildirim Yükümlülüğü (Notification obligation regarding rectification or erasure of personal data or restriction of processing)'; 20 nci madde 'Veri Taşınabilirliği Hakkı (Right to data portability)' başlığı ile yer almıştır. Böylece veri sahibine etkin bir veri koruma mekanizması sağlanmaya çalışılmıştır.

AB Komisyonu'nun 2010 yılında yaptığı basın açıklamasında ismen yer alan 'unutulma hakkının (right to be forgotten)' Tüzük'te de bu şekilde yer alması yönünde büyük çabası olmuştur. Avrupa Parlamentosu ise daha çok 95/46 sayılı Direktif'in 12 nci maddesindeki düzenlemeye uygun şekilde 'silme hakkı (right to erasure)' teriminin kullanılmasını uygun bulmuştur. Uzun müzakereler sonrasında, AB Konseyi'nin de unutulma hakkı ifadesinin Tüzük'te yer almasını uygun bulmasıyla Tüzük'ün 17 nci maddesi hem silme hakkı hem unutulma hakkını içerir şekilde düzenlenmiştir. Bu ifadeden, online ortamda bilhassa arama motoru şirketlerine ilişkin yapılan taleplerin yerleşmiş bir terim olarak 'unutulma hakkı (right to be forgotten)' şeklinde ifade edilmeye devam edileceği düşünülebilir. Bununla birlikte yeni düzenlemeyle kavramın arama motorlarının endesklediği arama sonuçlarından çıkarılma hakkından daha geniş bir anlamı içermeye başladığı da vurgulanmalıdır.¹⁰²

GDPR düzenlemesine göre veri sahibinin verinin silinmesi talebinde bulunması durumunda, veri kontrolörü şu hallerde verilerin gecikmeksizin silinmesi yükümlüğü altında olacaktır (GDPR, m. 17/1):

101 Council of Europe, European Treaty Series, ETS No. 108, Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data, as it will be amended by its Protocol CETS No. 223, <https://rm.coe.int/16808ade9d>

102 Kimilerine göre ise 95/46 sayılı Direktif'in 12/b maddesinde silinme hakkının tüm Direktif hükümlerine aykırılık hali esas alınmak suretiyle düzenlendiği, GDPR 17 nci maddesinde ise sayılan yedi durum ile sınırlı bir silme hakkından bahsedildiği ifade edilmektedir. GDPR 17 nci maddesi ve GDPR felsefesi birlikte incelendiğinde, gerek 17/1 maddesindeki geniş anlamlar içeren ifadeler, gerekse GDPR'ın genel uygulamasının hakkı daraltmak bir yana uygulamasını artıracakı söylenebilecektir. Bkz. The GDPR and The Right to be Forgotten: Myth or Reality, <http://blog.eurodpn.net/the-gdpr-and-the-right-to-be-forgotten-myth-or-reality/> (Son Erişim Tarihi: 20.03.2019)

i. Kişisel verilerin toplanma veya işleme amaçlarıyla bağlantılı olarak artık gerekli olmaması (no longer necessary),

ii. Veri sahibinin Tüzük'ün 6/1-a (veri sahibinin verilerin işlenmesine onay vermesi) ve 9/2-a (açık bir şekilde rıza) maddeleri kapsamında verdiği onay/rızayı geri çekmesi (withdraws consent) ve verilerin işlenmesine ilişkin başka yasal bir gerekçe bulunmaması,

iii. Veri sahibinin Tüzük'ün 21/1 maddesi uyarınca itiraz hakkını (right to object) kullanması ve verilerin işlenmesine ilişkin meşru sebeplerin bulunmaması hali ile Tüzük'ün 21/2 maddesinde düzenlenen kişisel verilerin doğrudan pazarlama amaçlı olarak işlenmesi ve veri sahibinin buna itiraz etmesi hali,

iv. Kişisel verilerin yasa dışı olarak işlenmesi (unlawfully processed),

v. Veri kontrolörünün tabi olduğu AB veya üye devlet hukukunda yer alan yasal bir yükümlülük gereği verinin silinmesinin zorunlu olması hali,

vi. Kişisel verilerin Tüzük'ün 8/1 maddesiyle atıfta bulunulan bilgi toplumu hizmetlerinin sağlanması ile ilgili olarak toplanmış olması hali,

vii. 65. Gerekçede yer alan şekilde veri sahibinin çocuk olması ve rızası olmasına rağmen veri işlenmesine ilişkin risklerin ayırtında olmaması ve ardından bu tür bir kişisel verinin başta internet olmak üzere yer almasını istememesi hali.

Buna karşılık bu şartlar olduğunda dahi, unutulma hakkının uygulanması sınırsız değildir. Bilginin işlenmesinin kamu yararını haiz olması, bilgi edinme ve ifade özgürlüğü hakları gibi sebeplerle kullanılması gerektiği durumlarda unutulma hakkı kısıtlanacaktır. Tüzük'ün 17/3 maddesine göre bu haller şu şekilde sayılmıştır:

i. İfade ve bilgi edinme hakkının kullanılması (exercising the right of freedom of expression and information)

ii. Veri kontrolörünün tabi olduğu AB veya üye devlet hukuku kapsamında bilginin işlenmesinin yasal yükümlülük veya kamu yararına bir görevin yerine getirilmesi veya veri kontrolörünün resmi bir yetkiyi kullanmasının sonucu olarak gerçekleşmiş olması,

iii. Tüzük'ün 9/2-h ve 9/2-i ile 9/3 maddeleri uyarınca halk sağlığına ilişkin kamu yararı sebepleri ile verinin işlenmiş olması,

iv. Kamu yararı sebebi ile arşivleme, bilimsel veya tarihsel araştırma amaçları veya istatistiksel amaçlar nedeniyle (bu durumda unutulma hakkının kullanılmasının bu hakların kullanılmasını imkansızlaştırması veya ciddi şekilde azaltması aranır)



v. Yasal iddialarda bulunulması, uygulanması veya savunulması (establishment, exercise or defence of legal claims)

durumlarında unutulma hakkı ile bu haklar arasında bir denge kurulması gerekecektir (GDPR, m. 17/3).

Unutulma hakkına konu içerik bizzat veri sahibi tarafından yüklenebileceği gibi üçüncü bir şahıs tarafından da yüklenmiş olabilecektir (GDPR, rec. 65).

Veri kontrolörünün kişisel verileri kamuya açıklamış olduğu ve 17/1 maddesi uyarınca kişisel verileri silmekle yükümlü olduğu durumlarda, kontrolör, mevcut teknoloji (available technology) ve uygulama maliyetine göz önünde bulundurarak, veri sahibinin talep etmiş olduğu kişisel verileri işleyen diğer kontrolörleri söz konusu kişisel verilere yönelik her türlü bağlantı veya bu verilerin her türlü nüshası ya da çoğaltılmasının silinmesi hususunda bilgilendirme ve teknik tedbirler de dahil olmak üzere makul adımları (reasonable steps) atmakla yükümlü kılınmıştır (GDPR, m. 17/2, GDPR rec. 66).

GDPR'ın 21 inci maddesinde düzenlenen veri sahibinin verilerin işlenmesine itiraz hakkı bulunması ve itiraz sonucu verilerin işlenmesinin durdurulmasına karar verilmesi de gözetildiğinde, 21 inci maddenin de 17 nci madde düzenlenen unutulma/silme hakkını güçlendirici bir etki doğuracağı belirtilmelidir.

IV. GENEL VERİ KORUMA TÜZÜĞÜ VE ŞİRKETLER

A. GDPR Kapsamında Şirketler Hak Sujesi Olabilir Mi?

Avrupa Birliği'nin Veri Koruması Tüzüğü'nün başlığında "Gerçek Kişilerin Verilerinin İşlenmesine İlişkin Korunmasından (protection of natural persons with regard to processing of personal data)" bahsedilmiştir. GDPR'da gerçek kişinin uyruğu ve ikameti ne olursa olsun başta kişisel verilerinin korunması olmak üzere temel hak ve özgürlüklerine saygı gösterilmesi gereğinden (GDPR, rec. 2), gerçek kişilerin değişen teknolojik gelişmeler ve küreselleşme karşısında giderek daha fazla kişisel verisini global şekilde kamu ile paylaşmasından (GDPR, rec. 6), gerçek kişilerin kendi kişisel verilerinin kontrolüne sahip olması gerektiğinden (GDPR, rec. 7), Tüzük hükümlerinin ikamet ve uyruklarına bakılmaksızın gerçek kişilere uygulanması gereğinden (GDPR, rec. 14) bahsedilmektedir. Aynı şekilde GDPR'ın konusunu düzenleyen 1 inci maddesi açık bir şekilde, Tüzük hükümlerinden sadece gerçek kişilerin faydalanacağı hususunu düzenlemektedir. Şirketlerin de hukuki bir kişilik olarak korunmaya değer verileri olduğunda şüphe bulunmamaktadır. Bununla birlikte AB

veri koruma hukukunda, mahremiyet gerçek kişilerin bir hususiyeti olarak kabul edilmiş ve uygulanmıştır. 95/46 sayılı Direktif de bu esas üzerine düzenlenmişti.

GDPR'nin 14 üncü Gerekçesinde açık bir şekilde tüzel kişilerin ve girişimlerinin kişisel verilerinin işlenmesini kapsamadığı belirtilmiştir. Bu kapsamda tüzel kişi veya girişimin yasal isimleri, kuruluşları, irtibat bilgileri de verilerin işlenmesi olarak kabul edilmeyecektir (GDPR, rec. 14).

GDPR'ın 4 üncü maddesinde kişisel veri (personal data), tanımlanmış veya tanımlanabilir bir gerçek kişiye (veri sahibi/data subject) ilişkin her türlü bilgi olarak ifade edilmiştir. Bu kapsamda kişinin şu özelliklerle doğrudan veya dolaylı olarak tanımlanabileceği belirtilmiştir: Bir isim, kimlik numarası, konum verileri, çevrim içi tanımlayıcı ya da söz konusu gerçek kişinin fiziksel, fizyolojik, genetik, ruhsal, ekonomik, kültürel veya toplumsal kimliğine özgü bir ya da daha fazla sayıda faktör.

Bu tanım ile 95/46 sayılı Direktif'e göre daha geniş bir veri sahibi/sujesi tanımı benimsenmiştir.

Bununla birlikte doktrinde şirketlerin de insan haklarından ve bu kapsamda özel hayatın gizliliği haklarından faydalanabileceği görüşü dile getirilmektedir.¹⁰³ Amerikan hukukunda çeşitli defalar verilen kararlarla «kişisel mahremiyet (personal privacy)» kavramına şirketlerin girmedikleri ve Anayasa'nın Dördüncü Düzenlemesinde yer alan mahremiyet hakkının şirketler için söz konusu olmadığı yönünde kararlar verilmiştir.¹⁰⁴

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) içtihat hukukunda sözleşmenin temelinde şirketlerin de bu temel haklardan yararlanmaları yönünde bir bakış açısı olduğu, Sözleşme'nin 34 üncü maddesindeki başvuru yapabilecek kimseler arasında sayılan "hükümet dışı örgütler (non-governmental organization)" kapsamına şirketlerin de girebileceği belirtilmesine rağmen, AİHM'in bu yönde kararlı ve açık bir uygulaması oluşmamıştır. AİHS'in 'Özel ve Aile Hayatına Saygı (Right to respect for

103 POLLMAN Elizabeth, **A Corporate Right to Privacy**, *Minnesota Law Review*, 99:27, 2014 (s. 27-88), http://www.minnesotalawreview.org/wp-content/uploads/2014/12/Pollman_MLR1.pdf; Winfried H.A.M. VAN DEN MUIJSENBERGH; Sam Rezai, **Corporations and European Convention on Human Rights**, *Global Business & Development Law Journal*, V. 25, 2012 (s. 43-68), https://www.mcgeorge.edu/documents/Conferences/GlobJune2012_Corporationsandthe.pdf; VISEKRUNA Aleksandra, **Protection of Rights of Companies Before the European Court of Human Rights, EU and Comparative Law Issues and Challenges**, 2018 (s. 111-126), <https://hrcak.srce.hr/ojs/index.php/eclic/article/download/6524/3433/>

104 Bu kararlar için bkz. *United States v. Morton Salt Co*, 338 U.S. 632, 1950; *California Bankers Ass'n v. Shultz*, 416 U.S. 21, 1974.; *Arnold v. Pa. Dep't of Transp.*, 477 F 3d, 3d Circuit, 2007. Bkz. Pollman, agm., s. 38, dipnot 43'te zikredilen kararlar.



private and family life)' başlıklı 8 inci maddesinde herkesin (everyone) şu dört temel hakkın korunmasını isteyebileceği düzenlenmiştir: i. Özel hayat (private life), ii. Aile hayatı (family life), iii. Konutunun korunması (home/domicile), iv. Yazışmalarının gizliliği (correspondence).

AIHM, 2002 yılında verdiği *Société Colas Est v. France* kararında¹⁰⁵ bu haktan şirketlerin yararlanıp yararlanmayacağı hususunda kısmi bir inceleme yapmıştır. Fransa'dan bir şirketin yaptığı başvuruda, şirket ve eklentilerinde yapılan mahkeme kararı veya rıza bulunmaksızın yapılan aramanın AIHS'in 8 inci maddesine aykırı olduğu iddia edilmiştir. AIHS'in 8 inci maddesinde geçen 'home' ibaresi esas alındığında, şirketin taşınmazlarının bu kapsamda değerlendirilmesi güçtür. Bununla birlikte AIHM, AIHS'in Fransızca metninde geçen 'domicile' ifadesini esas almıştır. Bu ifade 'ev (home)' ifadesine göre daha geniş bir anlam içermektedir. Amaçsal yorum yapan AIHM, bu şekilde başvuran şirketin mülklerinde yapılan haksız aramanın 8 inci maddenin ihlali olduğuna karar vermiştir.

AIHM, 1992 yılında verdiği bir başka kararda 'ev (home)' kavramını yine geniş yorumlamış ve kişinin çalışma alanını da bu kapsamda kabul etmiştir.¹⁰⁶ AIHM'in *Société Colas Est v. France* kararını da bu kapsamda değerlendirmek doğru olacaktır. Şirketlerin de ticari gizliliklerinin ve işyerlerinin korunması menfaatleri bulunduğu ancak bunun şirketleri de özel hayatın gizliliği hakkının öznesi yapmayacağı belirtilmiştir.¹⁰⁷ Ayrıca AIHM'in şirketlerin özel hayat haklarından veya unutulma hakkından yararlanabileceğine ilişkin herhangi bir kararı bulunmamaktadır. Buna karşılık mülkiyet hakkı, adil yargılanma hakkı gibi usuli haklardan şirketlerin de yararlanabileceği konusunda tereddüt bulunmamaktadır.¹⁰⁸ AIHM, Rusya tarafından el konulan petrol şirketi Yukos'un yaptığı başvuru sonucunda Yukos şirketinin adil yargılanma (AIHS, m. 6) ve mülkiyet haklarının (AIHS, Ek Protokol, m. 1)¹⁰⁹ ihlal edildiğine karar vermiş ayrıca Rusya hakkında 2.5 milyar Avro para cezası vermiştir.¹¹⁰

105 Case of *Société colas est and Others v. France*, 37971/97, 16 April 2002, <https://www.legal-tools.org/doc/5ae00/pdf/>

106 Case of *Niemietz v. Germany*, 13710/88, 16 December 1992, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-57887%22%7D>

107 SCOLNICOV Anat, **Lifelike and Lifeless in Law: Do Corporations Have Human Rights**, University of Cambridge Faculty of Law Research, Paper No. 13/2013, <https://papers.ssrn.com>, s. 12.

108 VISEKRUNA, agm., s. 15.

109 AIHS Ek Protokollerinde düzenlenen mülkiyet hakkına ilişkin bkz. SOYSAL Tamer, İnternet Alan Adlarının 'Hak' Niteliği ve AIHM'in *Paeffgen v. Almanya* Kararı Çerçevesinde Alan Adları Üzerinde Mülkiyet Hakkı Tesisi, Adalet Bakanlığı, **Adalet Dergisi**, S. 54, Ocak 2016 (s. 1-25), <http://www.yayin.adalet.gov.tr/adaletdergisi/54.sayi/3.pdf>

110 Case of *OAO Neftyanaya Kompania Yukos v. Russia*, 14902/04, 31 July 2004. Dava

9 Mart 2017 tarihinde CJEU tarafından karara bağlanan bir uyuşmazlıkta İtalya'da bir inşaat şirketi sahibi, şirkete ait kişisel verilerin Lecce Ticaret Odası şirket veri tabanında yayımlanması nedeni ile Lecce Ticaret Odasına unutulma hakkını da içeren taleplerde bulunmuştur. Davaya konu olayda inşaat şirketi, bir turizm kompleksi inşaatı yapmaktadır. Ancak başarılı bir satış gerçekleşmemiştir. Şirket sahibi, satışların gerçekleşmediğini çünkü Lecce Ticaret Odası şirket kayıtlarında kendisinin önceki iki şirketi hakkında 1992 yılında iflas ettiği ve 2005 yılında zarara uğradığı bilgisinin yer aldığını iddia etmiştir. Lecce Mahkemesi, şirkete ait bu verilerin kayıtlarda anonim hale getirilmesini ve Lecce Ticaret Odasının zararların bir kısmının tazminine karar vermiştir. Temyiz Mahkemesi, kararı CJEU önüne taşımıştır. CJEU, şirket kayıtlarının halka açık yapısının, şirketler ile üçüncü kişiler arasında güven ve hukuki kesinliği sağlamak için önemli bir araç olduğunu, şirket kayıtlarında sınırlı sayıda bilginin yer aldığını, olayda satışların yapılmamasının bu bilgilere üçüncü kişiler tarafından erişilmemesini haklı göstermeyeceğine karar vermiştir. CJEU ayrıca bu belirlemelere rağmen şirketlere ait eski bilgilerin hangi süreler boyunca saklanacağına ilişkin ulusal düzenlemeler yapılabileceği hususunu da vurgulamıştır.¹¹¹

B. Şirketlerin Veri Kontrolörleri ve Veri İşleyicisi Olma Durumları ve Sorumluluk Rejimleri

1. Tanımlar ve Değişen Sorumluluk Rejimi

GDPR'de unutulma hakkını düzenleyen 17 nci maddede veri sahibinin silinmesini talep edeceği taraf, veri kontrolörü olarak belirlenmiştir. Veri kontrolörü (data controller), verileri işleyenden (processor) farklıdır. Kontrolör (controller) ve verileri işleyen (processor) gerçek kişi, tüzel kişi (şirketler), kamu otoritesi (public authority), ajansı veya başka bir yapı (other body) olabilecektir.

Kontrolör, tek başına veya başkalarıyla birlikte kişisel verilerin işlenmesine ilişkin amaçlar ve yöntemleri belirleyen kişi/topluluktur (GDPR, m. 4/7). İşleyici (processor) ise kontrolör adına kişisel verileri işleyen kişi/topluluk olarak ifade edilmiştir (GDPR, m. 4/8).¹¹² 95/46 sayılı

hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. van den Muijsenbergh; Rezai, agm., s. 60-68.

111 Judgment of the Court (Second Chamber), 9 March 2017, Case C-398/15, Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Lecce, Salvatore Manni.

112 Bu tanımlar 95/46 sayılı Direktif'in 2 nci maddesindeki tanımlarla benzerdir. 95/46 sayılı Direktif'te yer alan kontrolör tanımı da Avrupa Konseyi'nin veri koruması alanındaki ilk önemli sözleşme kabul edilen 108 sayılı Sözleşmesi'nin 2/d maddesinde yer alan 'dosya kontrolörü (controller of the file)' tanımından alınmıştır. Bkz. European Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data,



Direktif'te de yer alan bu farklılık, GDPR'de de korunmakla birlikte 95/46 Direktif'te sorumluluk sadece veri kontrolörleri açısından getirilmişken, GDPR ile her ikisine de belirli ölçüde sorumluluk getirilmiştir. Veri sahipleri, GDPR'ın 79 uncu maddesi uyarınca hem kontrolör hem işleyiciye karşı dava açma hakkına sahiptir. GDPR'ın 82 nci madde uyarınca veri sahibinin her ikisine karşı tazminat davası açma hakkı da bulunmaktadır. Ayrıca örneğin denetim makamına veri ihlalinin gecikmeksizin (without undue delay) bildirilmesi yükümlülüğü hem veri kontrolörleri, hem işleyiciler için getirilmiştir (GDPR, m. 33/1-2). Bu şekilde işleyiciler açısından da genişleyen bir sorumluluk rejimi kabul edilmiştir.

2. Sosyal Medya ve Arama Motorları Şirketlerinin Veri Kontrolörü Olma Durumları

a. Ön Sorun: Sosyal Medya Kullanıcısı Bireyler Veri Kontrolörü Olarak Nitelendirilecek Midir?

Günümüzde sosyal medya, iletişim modellerini tümüyle dönüştüren bir hal almıştır. Edward Herman¹¹³ ve Noam Chomsky¹¹⁴ 1988 yılında yayınladıkları “Kitle Medyasının Ekonomi Politikası, Rızanın İmalatı”¹¹⁵

28 January 1981, ETS No. 108, <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/108> Sözleşme'nin 223 sayılı Sözleşme ile güncellenen versiyonunda ise veri kontrolörü, tek başına veya diğerleriyle birlikte veri işleme konusunda karar verme yetkisine sahip olan gerçek veya tüzel kişi, kamu otoritesi, hizmeti, ajansı veya diğer herhangi bir yapı şeklinde tanımlanmıştır. Bkz. Güncellenen 108 sayılı Sözleşme, <https://rm.coe.int/16808ade9d>, m. 2/d.

113 HERMAN Edward Samuel (d. 1925-2017). 1945 yılında Pennsylvania Üniversitesi 'Sosyal Bilimler (Bachelor of Arts)' bölümünü bitirmiş, 1953 yılında Kaliforniya Üniversitesi'nde iktisat üzerine doktorasını bitirmiştir. Pennsylvania'da bulunan Wharton Üniversitesi'nden emekli olmuştur. Bkz. <https://www.britannica.com/biography/Edward-Herman>

114 CHOMSKY Avram Noam (d. 1928), Amerikalı dilbilimci, düşünür. Modern dilbiliminin kurucusu olarak da isimlendirilir. Pensilvanya Üniversitesi'nde felsefe ve dil bilimi alanında eğitim almış, 1955 yılında doktorasını bu alanda tamamlamıştır. Massachusetts Teknoloji Enstitüsü'nde (MIT) dil bilimi alanında profesör unvanını elde etmiştir. 2002 yılında buradan emekli olmuştur. Bkz. <https://www.britannica.com/biography/Noam-Chomsky>

115 “Rıza imalatı (manufacturing consent)” tabirini ilk olarak Walter Lippmann 1921 yılında yazdığı “Kamu Oyu (Public Opinion)” başlıklı kitabında kullanmıştır. Kavram temel olarak devletlerin ve şirketlerin normal koşullarda karşı çıkılacak konulara insanları nasıl yönlendirdiklerini konu edinir. Bu sayede insanlar istemedikleri şeyi istiyor gibi veya ihtiyaç duymadıkları şeyi ihtiyaç duyuyor gibi hissedebilirler. Bu süreçte Lippmann “rıza imalatı” demiştir. Lippmann'a göre “rızanın oluşturulması” kavramı yeni değildir, demokrasi ile birlikte gelişmiştir. Ancak zaman içinde ortadan kalkması beklenirken iletişim araçlarının gelişmesi ile birlikte analitik yöntemler sayesinde daha da etkin hale gelmiştir. Lippmann kavramı, daha çok Lenin döneminde toplumun yönlendirilmesi ve yönetilmesi bağlamında kullanmıştır. Bkz. LIPPMANN Walter, **Public Opinion**, 1921, <http://wps.pearsoncustom.com/wps/media/objects/2429/2487430/pdfs/lippmann.pdf>

kitabıyla, iletişim alanında propaganda ve etkileşimin boyutlarını tartışmışlardır.¹¹⁶ Sosyal medya bugün iletişim ve pazarlama gibi öne çıkan unsurlarının yanı sıra propogandanın ve rıza imalatının yapıldığı bir mecra olarak da varlığını sürdürmektedir. Günümüzde Twitter saniyede yaklaşık 6000, günde 500 milyon twit atılan, her ay yaklaşık 350 milyon kullanıcının aktif olarak yer aldığı bir platform olmuştur. Bir fotoğraf/video paylaşım ortamı olan Instagram'da ayda 1 milyarı aşkın aktif kullanıcı yer almakta ve günde 400 milyon hikayenin (story), ayda 4.2 milyar Instagram beğenisinin (like) gönderildiği bir platforma dönüşmüştür.¹¹⁷ Bir diğer önemli sosyal medya ağı Facebook'ta ise ayda 2.3 milyar aktif kullanıcı yer almaktadır. Günde 10 milyon paylaşım/like yapılmaktadır.¹¹⁸ Ülkemizde de sosyal medya yoğun olarak kullanılmaktadır. Ülkemizde Ocak 2019 tarihi itibariyle 43 milyon Facebook, 38 milyon Instagram ve 9 milyon Twitter aktif kullanıcısı bulunmaktadır.¹¹⁹ Her gün pek çok ileti gönderen kullanıcıların da gönderdikleri fotoğraflar, bilgiler ve videolar ile başkalarına ait kişisel verileri işlediği ve kontrol ettiği söylenebilmektedir.

Günlük twit atan veya instagramda arkadaşlarının fotoğraflarını paylaşan kişiler veri kontrolörü olarak kabul edilerek, GDPR sorumluluk rejimine tabi olacak mıdır?

Bu konuda GDPR'nin 18. Gerekçesinde bir düzenleme yapılmıştır. Buna göre, kişisel verilerin mesleki veya ticari bir faaliyetle bağlantı olmaksızın (professional or commercial activity) tamamen kişisel (purely personal) veya eve ilişkin faaliyetler (household activity) esnasında bir gerçek kişi tarafından işlenmesi durumunda GDPR uygulanmayacaktır. Kişisel veya eve ilişkin faaliyetler (personal or household activities) kavramını netleştirmek üzere sonraki cümlede örnek verilmiştir. Bu kapsamda yazışmalar, adreslerin tutulması ya da sosyal ağ sitelerinin çevrim içi olarak bu tür faaliyetlerde bulunulması GDPR uygulaması dışında kalacaktır. Ancak bu halde dahi, yani tamamen kişisel veya eve ilişkin faaliyetler için ortam sağlayan sosyal medya şirketleri veri kontrolörü veya işleyicisi olarak duruma göre sorumlu olabileceklerdir (GDPR, rec. 18, son cümle).

(Son Erişim Tarihi: 20.10.2018)

116 HERMAN Edward S.; CHOMSKY Noam, **Kitle Medyasının Ekonomi Politikası: Rızanın İmalatı**, Türkçesi: Ender Abadoğlu, Aram Yayıncılık, Mart 2006., s. 15 vd.

117 Twitter ve Instagram istatistikleri için bkz. <https://www.omnicoreagency.com/instagram-statistics/> (Son Erişim Tarihi: 20.02.2019)

118 Rakamlar için bkz. <https://zephoria.com/top-15-valuable-facebook-statistics/> (20.02.2019)

119 Rakamlar için bkz. <https://www.statista.com/statistics/268136/top-15-countries-based-on-number-of-facebook-users/>; <https://www.statista.com/statistics/578364/countries-with-most-instagram-users/>; <https://www.statista.com/statistics/242606/number-of-active-twitter-users-in-selected-countries/> (Son Erişim Tarihi: 20.02.2019)



Aynı husus Tüzük'ün kapsamını belirleyen 2 nci maddede “tamamen kişisel veya ev faaliyeti esnasında bir gerçek kişi tarafından kişisel verilerin işlenmesine Tüzük'ün uygulanmayacağı” şeklinde yer almıştır (GDPR, m. 2/2-c).

Ancak bu düzenleme, kişisel kullanıcılar açısından sorunu tamamen çözmektedir. Burada kullanıcının iletiyi sınırlı bir kitleye mi, yoksa herkesin görebileceği şekilde mi gönderdiği üzerinde durulmaktadır. Örneğin bir kişi, bir arkadaşının fotoğrafını gönderdi. Bu halde kişinin veri kontrolörü veya işleyicisi olarak sorumlu olmaması için, bu verinin kapalı bir ortamda (closed group) gönderilip gönderilmediğine bakılmalıdır. CJEU'nun Lindqvist kararını¹²⁰ da esas alan, bu görüş sahiplerine göre herkesin görebileceği şekilde başkasına ait kişisel verileri gönderen kişi, en azından veri işleyicisi olarak sorumlu olmalıdır.¹²¹

Bu konuda İngiltere Veri Otoritesi şu görüşü belirtmiştir: “Eğer bir kişi çevrimiçi bir forumu tamamen kendi kişisel veya eğlence amacı için kullanmış ise, bu halde bu gerçek kişi veri sorumlusu olarak dikkate alınmaz. İletilerin ne kadar adaletsiz, aşağılayıcı veya üzücü olabileceği önemli değildir.”¹²² Bir veri koruma otoritesi uzmanı, bu konuda kişisel kullanım istisnasının, ilk bakışta (prima facie) ihlal riski taşımayan bireysel iletileri de kapsamına alması gerektiğini belirttikten sonra, ihlal riski taşıdığını söylediği şu üç örneği vermiştir: *i. açık bir şekilde aşağılayıcı nitelikteki iletiler (clearly pejorative posts), örneğin bir öğrencinin isim vermek suretiyle bir öğretmenini açıkça eleştirmesi, ii. bir başkasının özel hayatına ilişkin çok özel ve hassas detayların açıklanmış olması, iii. taciz düzeyinde tekrarlayan ve hedef alan yorumlar.*

Bu hallerde, kişinin veri işleyicisi olarak sorumlu olabileceğinin altı çizilmektedir. Konuya ilişkin AB Madde 29 Çalışma Grubunun yorumu ise şu şekildedir: “Bir kullanıcı, bilinçli bir şekilde, bir iletiyi seçilmiş

120 Bodil Lindqvist v. Aklagarkammaren I. Jonkoping, C-101/01, 2003, Judgment of the Court, 6 November 2003. GDPR'in 2/2-c ve 18. Gerekçe'de yer alan “tamamen kişisel ve eve ilişkin faaliyetler” istisnası, 95/46 sayılı Direktif'in de 3/2 maddesinde yer almaktaydı. Lindqvist kararında bu düzenlemeye ilişkin olarak bu istisnanın internette belirsiz sayıda kişiye gönderilen iletileri kapsamayacağı belirtilmişti. Bkz. C-101/01, paragraf 47.

121 BRIMBLECOMBE Fiona; PHILLIPSON Gavin, **Regaining Digital Privacy? The New 'Right to be Forgotten' and Online Expression**, Canadian Journal of Comparative and Contemporary Law, 4 (1), 2018 (s. 1-66), <http://dro.dur.ac.uk/25618/1/25618.pdf>, s. 22.

122 UK, Information Commissioner's Office-ICO, Social Networking and Online Forums - When Does the Data Protection Act (DPA) Apply?, Version 1, <https://ico.org.uk/media/for-organisations/documents/1600/social-networking-and-online-forums-dpa-guidance.pdf>, s. 15.

arkadaşlarının ötesinde bir gruba gönderiyor ise artık veri kontrolörü sorumluluklarının devreye girmesi gerekir.”¹²³

Bize göre gücünü kullanıcıdan alan sosyal medya şirketlerinin, kişisel kullanım istisnasını olabildiğince geniş şekilde yorumlayacağını ve veri otoritelerinin de daha çok bu şirketlerin sorumluluğunu esas alacaklarını düşünüyoruz. Bununla birlikte herhangi bir kullanıcı sınırlaması olmaksızın, herkesi görebileceği iletilerin arama motoru taramalarında endekslenmesi de dikkate alındığında, sosyal medya kullanıcılarının şayet hesapları herkese açık ise, üçüncü kişilere ait kişisel veri niteliğindeki paylaşımlarının veri koruması açısından sorumluluklarına yol açabileceği esasını düşünerek hareket etmeleri gerekecektir. Bu hususta GDPR uygulamasının CJEU ve AİHM kararları ile de şekilleneceğini söylemek mümkündür.

b. Sosyal Medya Şirketleri

Sosyal medya şirketleri genel olarak kişilere ait pek çok verinin işlenmesine ilişkin amaç ve yöntemleri belirlemektedirler. Bu amaç ve yöntemlere ilişkin esasları her bir sosyal medya platformu kendi web sitesinde ilan etmektedir. Sosyal medya şirketlerinin herhangi bir verinin işlenmesinin amaç ve yöntemlerini belirleyen gerçek veya tüzel kişi adına hareket ettiği zamanlarda ise ‘işleyici’ olarak sorumlu olacağı belirtilmelidir. Değişen yeni sorumluluk rejiminde, sosyal medya şirketleri, ‘asgari veri işleme ilkesi (data minimisation)’ çerçevesinde; *i. Olabildiği ölçüde az veriyi toplamalıdır. ii. Toplanan bu asgari veriler, mümkün olan en az süre için saklanmalıdır.* Süre sınırlaması GDPR’ın hem 5/1-c hem de 5/1-e maddeleri uyarınca gereklidir ve sıkı bir şekilde uygulanır. Oysa 95/46 sayılı Direktif döneminde ‘aşırı olmayan (not excessive)’ tüm kişisel veriler toplanabilmekteydi.

Sosyalmedyaşirketlerinin,biraracıservissağlayıcıolaraksorumlulukları hususunda kimileri AB’nin 2000/31 sayılı E-Ticaret Direktifi¹²⁴ ile internet servis sağlayıcılarına ilişkin benimsenen sorumluluk rejiminin¹²⁵ uygulanabileceğini belirtmektedir.¹²⁶ Bununla birlikte bu Direktif’te

123 Article 29 Data Protection Working Party, Opinion 5/2009 on online social networking, Adopted on 12 June 2009, https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2009/wp163_en.pdf, s. 6.

124 Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market (“Directive on Electronic Commerce”), Official Journal L 178, 17/07/2000, p. 0001-0016.

125 Bu konuda bir inceleme için bkz. SOYSAL Tamer, İnternet Servis Sağlayıcılarının Hukuki Sorumlulukları, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 61, 2005 (s. 304-339).

126 KELLER Daphne, *The Right Tools: Europe’s Intermediary Liability Laws and the EU*

bireylerin kişisel verilerinin korunması hususunun kapsamadığı açık bir şekilde belirtilmiştir (2000/31 Direktif, rec. 14). 2000/31 sayılı Direktif bilhassa telif hakkı ihlallerine ilişkin olarak aracı servis sağlayıcılarının sorumluluğunu “uyar ve kaldır (notice and takedown)” ilkesini esas almak suretiyle genellikle daha hafif bir sorumluluk rejimi benimsemek suretiyle düzenlemiştir.¹²⁷ Buna karşılık, günümüz sosyal ağ şirketlerinin, kişisel verilerinin korunması konusundaki sorumluluk durumları bundan daha belirgin olarak öne çıkmaktadır. Her ne kadar bu tür bir sorumluluktan dolayı bireylerin bilgiye ulaşmaları, kullanıcıların ifade özgürlüklerini kullanmaları ve sosyal medya şirketlerinin ticari faaliyetlerinin etkilenmesi söz konusu ise de,¹²⁸ bu konuda dengeye dayalı bir sorumluluk rejiminin benimsenmesi kaçınılmazdır.¹²⁹

Bu kapsamda yaygın sosyal medya ağlarına ilişkin bu kurallar dahilinde şu belirlemeler yapılmalıdır:

aa. Facebook

Facebook başlangıçta sadece Harvard Üniversitesi öğrencilerine açık bir sosyal ağ olarak Mark Zuckerberg tarafından Şubat 2004’te kurulmuştur. Sonraki süreçte diğer üniversite öğrencilerine de açılan ağ, zamanla tüm kullanıcılara açık bir sosyal ağ olarak faaliyet göstermeye başlamıştır. 2004 yılı sonunda 1 milyon aktif kullanıcısı olan site, 2005 yılı sonunda 5,5 milyon, 2006 yılı sonunda 12 milyon ve Ekim 2007’de de 50 milyon kullanıcıya ulaşmıştır. Günümüzde ise Dünya genelinde 2.3 milyar aktif kullanıcıya sahip bir sosyal ağ sitesi haline gelmiştir.¹³⁰ Facebook, pek çok üyesine ait çok özel bilgi, fotoğraf ve iletileri barındırdığından dolayı GDPR’ın 4/7 maddesi uyarınca ‘veri kontrolörü’ niteliğinde bir şirket olarak sorumlulukları haizdir.

2016 General Data Protection Regulation, Berkeley Technology Law Journal, 287, V. 33, 2018, (s. 287-364), http://btlj.org/data/articles2018/vol33/33_1/Keller_Web.pdf, s. 351 vd.
 127 KELLER, GDPR ile kişilerin bilgi edinme ve ifade özgürlüğü haklarının, mahremiyet hakları karşısında güç kaybettiğini ifade etmekte ve sosyal medya şirketlerinin sorumluluğunun belirlenmesinde ‘uyar ve kaldır’ sisteminin elverişli bir araç olarak uygulanabileceğini önermektedir. Bkz. Keller, agm., s. 327 vd.; Kuczerawy ve Ausloos ise 2016 yılında yazdıkları makalelerinde CJEU’nun Google İspanya kararı sonrası oluşan bu yeni hibrit mekanizmayı ‘Uyar ve Kaldır Sisteminden, Uyar ve Listeden Çıkarmaya Geçiş’ şeklinde nitelendirmiştir. Bkz. KUCZERAWY Aleksandra; AUSLOOS Jef, **From Notice-and-Takedown to Notice-and-Delict: Implementing Google Spain**, Colorado Technology Law Journal, V. 14:2, 2016 (s. 219-258), s. 235.

128 KELLER, agm., s. 309.

129 BRIMBLECOMBE; PHILLIPSON, agm., s. 24-26.

130 Number of Monthly Active Facebook Users Worldwide, <https://www.statista.com/statistics/264810/number-of-monthly-active-facebook-users-worldwide/> (Son Erişim Tarihi: 12.03.2019)

Facebook, kullanıcıların rızaları olmaksızın kişisel verilerinin toplanması ve işlenmesine ilişkin olarak hem ABD hem Avrupa'da en çok tartışılan şirketlerden birisi konumundadır. İngiliz Analiz Şirketi Cambridge Analytica tarafından Facebook için geliştirilen bir uygulama sayesinde Facebook'un bu uygulamayı indiren kullanıcılar ile arkadaşlarının kişisel verilerini izinsiz olarak topladığının ortaya çıkması nedeniyle Facebook'un kişisel veri konusundaki güvensizliği had safhaya çıkmıştır. Facebook'un kullanıcılarına ve onların irtibatlarına ilişkin topladığı ayrıntılı kişisel veriler sayesinde gelirin büyük kısmını reklamcılıktan elde ettiği bugün artık herkesçe bilinen bir gerçek haline almıştır.¹³¹ Geçmişte verilen kararlarda Facebook'un web sayfasının ziyaret edilmesi sırasında oluşturulan kullanıcılara ait kişisel verilerin (cookies/ çerezlerden) kullanıcıların rızası olmaksızın kullanılması nedeniyle Fransa, Belçika, Almanya ve İspanya'da mahkemelerce veya veri koruma otoriteleri tarafından Facebook'a çeşitli cezalar verilmiştir.¹³²

GDPR'ın yürürlüğe girmesi sonrasında, Facebook da diğer sosyal medya şirketleri gibi internet sayfasında GDPR ile ilgili sorumluluğu açıklayıcı bilgiler bulundurmaktadır.¹³³ Facebook, genel olarak faaliyetlerinden dolayı 'veri kontrolörü' olduğunu kabul etmekle birlikte, işletmeler ve diğer üçüncü taraflarla çalışırken 'veri işleyicisi' olarak da kabul edildiğini ifade etmektedir. Veri işleyicisi kabul edilebileceği durumlara ilişkin olarak Facebook şu konuları belirtmiştir:¹³⁴

- *Veri Dosyası Özel Hedef Kitleleri*: Facebook, reklam kampanyaları için özel hedef kitle oluşturmak üzere işletmenin Müşteri İlişkileri Yönetimi (Customer Relation Management-CRM) çerçevesinde bu verileri kullanması halinde veri işleyicisi olacağını belirtmektedir.

- *Ölçüm ve Analizler*: Facebook, reklam kampanyalarının performansını ve erişimini ölçmek ve reklamı gören ve reklama etkileşime geçen kişilere ilişkin istatistikler sunmak için reklam veren tarafın adına bu verileri işleyeni olduğunu açıklamaktadır.

131 Bu husus Cambridge Analytica skandalı sonrasında, Facebook'un CEO'su Mark Zuckerberg tarafından Nisan 2018'de ABD Senatosu'nda açıklaması sırasında, çeşitli senatörler tarafından da dile getirilmiştir. Bkz. Mark Zuckerberg Testimony: Senators Question Facebook's Commitment to Privacy, April 10, 2018, The New York Times, <https://www.nytimes.com/2018/04/10/us/politics/mark-zuckerberg-testimony.html>

132 HOUSER Kimberly A.; VOSS W. Gregory, **GDPR: The End of Google and Facebook or a new Paradigm in Data Privacy**, July 2018, University of Richmond School of Law, Journal of Law and Technology, 25, (1), 2018 (s. 1-67), s. 24-26.

133 Facebook, GDPR, <https://www.facebook.com/business/gdpr> (Son Erişim Tarihi: 15.03.2019)

134 Facebook, GDPR, <https://www.facebook.com/business/gdpr>



- *Facebook'tan İşyeri (Workplace) Uygulamaları Kullanımı*: Bir şirkette insanların Facebook'un araçlarını kullanarak çalışma arkadaşlarıyla ortak çalışmalar yapmasına olanak sağlaması halinde Facebook, kendisinin veri işleyicisi olduğunu açıklamaktadır.

Bu hallerde, Facebook 'veri işleyicisi' olarak, verileri kontrol eden kullanıcı ise 'veri kontrolörü' olarak sorumlu olacaktır. Facebook hangi tür verileri topladığını web sitesinde açıklamaktadır¹³⁵ Bu kişisel veriler açısından Facebook GDPR uyarınca veri kontrolörü olarak sorumlu olacaktır. Herhangi bir Facebook kullanıcısı, işlenen bu kişisel verilerine ait bir silme talebinde bulunduğu anda, GDPR'ın 17 nci maddesinin birinci fıkrasındaki şartların oluştuğunun tespiti durumunda, Facebook bu verileri gecikmeksizin silmekle yükümlü olacaktır.

GDPR'ın 5/1-c maddesinde düzenlenen verilerin asgari ölçüde işlenmesi ilkesi nedeniyle kişisel veriler ancak gerekli olan ile sınırlı şekilde toplanabilecektir. Dolayısıyla bu ilke, kullanıcılara ait doğum tarihi, yaşadığı yer, çalıştığı yer, meslek, arkadaşları, ilgi alanları, ailesinden uzaklığı gibi pek çok kişisel veriyi toplayan Facebook gibi sosyal medya şirketleri açısından önemli bir aşamayı içermektedir. Kontrolör niteliği taşıyan sosyal medya şirketlerinin veri sahibinin haklarını kullanabilmesini teminen şeffaf bir şekilde kullanıcıyı, topladığı verilere ilişkin bilgilendirmesi, işlenen verilere ilişkin veri tabanını sunması zorunludur (GDPR, m. 12). Facebook'un kullanıcılara ilişkin tuttuğu kabul edilen bu verilerin, olayların gerçekleşme tarihlerinin, saklanan sayısız fotoğrafın ve kullanıcıların kontak listelerine ilişkin verilerin GDPR'ın 4/1 maddesi uyarınca kişisel veri olduğunda şüphe bulunmamaktadır. Dolayısıyla Facebook kullanıcıları, bu verilerin Facebook tarafından işlenmesinin ve saklanmasının GDPR'ın 5/1-c ve 5/1-e maddelerinde düzenlenen ilkeler çerçevesinde unutulma hakkının düzenlendiği 17 nci maddeye göre «artık gerekli olmadığını» belirterek silinmelerini talep edebileceklerdir. Bu tür taleplerde, Facebook'un bir veri kontrolörü olarak GDPR'ın 17 nci maddesinin gecikmeksizin uygulanmasından sorumlu olduğu, aksi takdirde 83 üncü maddede düzenlenen müeyyidelerle karşılaşabileceği söylenebilecektir.

bb. Twitter

Mikroblog sitelerinden en tanınmış Twitter olmuştur. Twitter, kullanıcıları bir profil oluşturmaya ve 'tweet' oluşturmaya davet etmektedir. Tweet, "şu anda ne yapıyorsunuz" sorusuna, 140 karakteri¹³⁶

¹³⁵ Facebook, Veri İlkesi, <https://www.facebook.com/about/privacy/update>

¹³⁶ Bir mikro-blogger'ın çoğunlukla telefon üzerinden mesajlaşacağı ve SMS'ler için telefon

geçmeyecek şekilde cevap yazmaktır. Twitter, 7 Kasım 2017 tarihinden itibaren Çince, Japonca ve Korece dışındaki dillerde karakter sınırını 280 karaktere çıkarmıştır. Kayıtlı kullanıcılar twit atabilecek, beğeni (like) ve yeniden gönderim (retweet) yapabilecekler, kayıtlı olmayan internet kullanıcıları ise ancak bu iletileri (twit'leri) okuyabileceklerdir.¹³⁷

Twitter kurulduktan kısa bir süre sonra, sitedeki günlük giriş yapılan mesaj (tweet-twit) sayısı 20.000'i bulmuştur. 2008 yılında sitenin aylık ziyaretçi sayısı 6 milyon iken, bu rakam 2009 yılında 18 milyona çıkmıştır.¹³⁸ Twitter, bugün ayda 326 milyon aktif kullanıcı, günde 500 milyon twit atılan bir sosyal ağ şirketi olarak faaliyetlerini sürdürmektedir.¹³⁹

Twitter internet sitesinde, GDPR'ın yürürlüğe girmesi sonrasında bu hususta kullanıcıları bilgilendirici bir sayfa yer almaktadır.¹⁴⁰ Twitter, kullanıcılarına GDPR'ın getirdiği yükümlülükler uyacağını ve şeffaflığı sağlayacağını taahhüt etmekle birlikte kullanıcılarının kişisel verilerinin ve anonimliğinin sağlanması ve korunmasının yaptıkları işin kalbini oluşturduğunu bildirmektedir.¹⁴¹

Twitter, genel olarak bir veri kontrolörü olduğunu kabul etmekle birlikte çeşitli durumlarda veri işleyicisi olduğunu da belirtmektedir. Bu hallere örnek olarak, kullanıcıların özel kitlelere gönderdiği mesajların (tailored audiences), kullanıcıların hedef kitlenin veri kontrolörü, kendisinin ise veri işleyicisi olduğu durumu vermektedir.¹⁴² Bu durumda, kullanıcıların veri kontrolörü olarak, kendisinin ise veri işleyicisi olarak GDPR anlamında sorumlu olduğu belirtilmektedir.

Twitter tarafından bilhassa kullanıcılara ait bilgilerin ve iletilerin içeriklerine göre tarama yapmalarına olanak sağlandığı durumlarda, veri kontrolörü olarak unutulma hakkı taleplerine muhatap olacakları açıktır. Buna karşılık, tüm kullanıcılara açık olarak gönderilmeyen, bilhassa Tüzük'ün 2 nci maddesi anlamında "tamamen kişisel veya ev faaliyeti esnasında bir gerçek kişi tarafından kişisel verilerin işlenmesi" halinde

şirketlerinin genel olarak 160 karakter sınırlaması koymasını nedeniyle, Twitter kullanıcı isimleri dikkate alınarak '140 karakter' sınırlaması tercih edilmiştir. WATERS John K., **The Everything Guide to Social Media**, Adams Media, Avon, Massachusetts, 2010., s. 29. 7 Kasım 2017 tarihinden itibaren karakter sayısı 280'e çıkarılmıştır.

137 A Brief History of Twitter, <http://gigaom.com/2009/02/01/a-brief-history-of-twitter/>

138 Twitter Statistics, <http://womeninbusiness.about.com/od/twittertips/a/twitter-statistics.htm>

139 Twitter by the Numbers, Stats, Demographics & Fun Facts, <https://www.omnicoreagency.com/twitter-statistics/> (Erişim Tarihi: 14.03.2019)

140 Welcome to Twitter's GDPR Hub, <https://gdpr.twitter.com/en.html>

141 Welcome to Twitter's GDPR Hub, <https://gdpr.twitter.com/en.html>

142 Twitter for Business, Frequently Ask Questions, <https://gdpr.twitter.com/en/faq.html>



unutulma/silme hakkı taleplerinin reddedileceği, aynı şekilde genel olarak kişilerin ifade ve bilgi verme hakları çerçevesinde kullanılan ve kişisel verilerin toplanma/işlenme amaçlarıyla ilişkili olan iletilerin de bu tür talepler nedeniyle silinmeyeceği ifade edilmelidir. Yine Twitter'ın sürekli retweet edilen ve dolaşımında olan doğası gereğince kayıtlı kullanıcıların, kendi rızaları ile paylaştıkları bilhassa herkese açık şekilde gönderilen kişisel verilerinin belli ölçüde işlenmesine ilişkin makul beklenti (reasonable expectation) içinde hareket ettikleri de kabul edilmelidir (GDPR, rec. 47).

Twitter tarafından uzun bağlantıları kısaltma hizmeti olarak kullandığı 'http://t.co' hizmeti hakkında, bir veri uzmanı tarafından, kısaltılan bağlantının kullanıcı tarafından tıklanması sonrasında, ne kadar kişisel veri toplandığına ilişkin Twitter'dan GDPR kapsamında bilgi talep edilmiştir. Veri uzmanı, kısaltılmış bağlantılar nedeniyle Twitter'ın daha fazla sayıda 'çerez/cookies' topladığını ve bu sayede belirsiz sayı/nitelikte kişisel veriye erişebildiğinden şüphelenmekteydi. Ancak Twitter, bu tür bir talebin aşırı nitelikte olduğunu ve GDPR'a uygun olmadığını belirterek talebi ret etmiştir. Talepte bulunan kişi, bu ret üzerine İrlanda Veri Koruma Otoritesi'ne¹⁴³ başvuruda bulunmuştur.¹⁴⁴ Konuya ilişkin bir karar verilmemekle birlikte talep üzerine GDPR'ın 12 ve 15 inci maddeleri uyarınca Twitter'ın bu bilgiyi sağlaması gerektiği söylenebilecektir.

cc. Instagram

Ekim 2010'da Kevin Systrom ve Mike Krieger tarafından oluşturulan Instagram, bir fotoğraf/video paylaşım sitesi olarak faaliyetlerini sürdürmektedir. Site 2010 yılında faaliyete geçmesi sonrasında, iki ayda 1 milyon kullanıcıya, Nisan 2012'de ise 100 milyon kullanıcıya ulaşmıştır. Nisan 2012'de Instagram, Facebook tarafından yaklaşık 1 milyar dolara satın alınmıştır. Instagram bugün ayda 1 milyar aktif kullanıcının bulunduğu, günde 100 milyondan fazla fotoğraf/videonun paylaşıldığı ve paylaşılan toplam fotoğraf sayısının 50 milyarı aştığı bir internet sitesi haline gelmiştir.¹⁴⁵

Instagram sitesi de, kullanıcılarına ilişkin kişisel verilerin işlenmesine ilişkin amaç ve yöntemleri belirlediğinden dolayı veri kontrolörü niteliğinde bir şirkettir. Şirket'in web sitesinde GDPR ve veri korumasına

143 Data Protection Commission, <https://www.dataprotection.ie/>

144 Has Twitter violated the GDPR, 31 October 2018, <https://www.rudebaguette.com/2018/10/has-twitter-violated-the-gdpr/>

145 Instagram by the Numbers, Stats, Demographics & Fun Facts, <https://www.omnicoreagency.com/instagram-statistics/> (Ziyaret Tarihi: 14.03.2019)

ilişkin Facebook açıklamalarına yollama yapılmakla yetinilmiştir.¹⁴⁶ Bununla birlikte veri tabanı, işletilmesi ve kullanımı Facebook'tan farklı olan Instagram'a özgü açıklamaların yer almasının gerekli olduğunu düşünüyoruz. Instagram kullanıcılarının, kendilerinin ilettiği kişisel nitelikteki veriler nedeniyle 'veri kontrolörü' veya 'veri işleyicisi' olarak sorumlu olmayacakları bununla birlikte Instagram'ın bu veriler nedeniyle GDPR'ın 17 nci maddesi anlamında silme taleplerine muhatap olabilecekleri düşünülmelidir. Bilhassa verilerin yasa dışı işlenmesi veya işlenme amaçları için artık gerekli olmadığını takdir edilmesi durumunda, bu verilerin de silme talebine konu olacağı dikkate alınmalıdır.

dd. LinkedIn

LinkedIn 5 Mayıs 20013 tarihinden beri faaliyette olan iş dünyasına yönelik kişilerin birbirleriyle ilişki kurmalarını sağlayan, girilen özgeçmişler ve özellikler aracılığıyla şirketlerin profesyonel eleman teminine olanak sağlayan bir iş ağıdır. 2018 yılı itibariyle 200 farklı ülkeden 590 milyon kayıtlı kullanıcısı olan LinkedIn üyelerine ilişkin kişisel kayıtları kendi kuralları doğrultusunda sakladığından ve paylaştığından dolayı GDPR'ın 4/7 maddesi anlamında 'veri kontrolörü' niteliği taşımaktadır. LinkedIn platformunun taşıdığı mesleki ve ticari nitelik gereği, kullanıcıların kişisel kullanım istisnasından yararlanmaları daha sınırlı olacaktır. Bu yönüyle kişisel nitelikte olmayan kullanım sahipleri de veri işleyicisi olacaklardır.

LinkedIn üyeleri, üye olurken kendi kişisel verilerini kendi istekleri ile vermiş olduklarından ve platformun kullanım şeklini bildikleri varsayıldığından, kişisel verilerinin belirli ölçüde işlenmesine ilişkin makul beklenti (reasonable expectation) hareket ettikleri kabul edilmelidir (GDPR, rec. 47). Tüm kayıtlı üyeler, demografi verilerinin, reklam hedeflenmesinde kullanılmasını engelleme seçeneğine sahiptirler. Kullanıcılar, reklam hedeflemesi için LinkedIn'e sağladıkları tüm kişisel verilerle ilgili kendileri sorumlu olacaklardır. Reklam verenler tarafından LinkedIn'de saklanan kişisel veriler (kitle e-posta adresleri gibi), üzerinde bir düzenleme işlemi yapılmaması veya aktif olarak bir kampanyada kullanılmaması durumunda 90 gün sonra otomatik olarak silinmektedir.¹⁴⁷

Kullanıcılar, LinkedIn'de yapılan yayınlar, paylaşımlar, lisanslar, davetler ve konulara ilişkin olarak GDPR'ın 17 nci maddesi çerçevesinde silme talebinde bulunabileceklerdir.¹⁴⁸

146 Instagram, <https://help.instagram.com/2000935033561463> (Son Erişim Tarihi: 15.03.2019)

147 LinkedIn, LinkedIn Pazarlama Çözümleri ve Genel Veri Koruma Düzenlemesi, <https://www.linkedin.com/help/linkedin/answer/87080> (Son Erişim Tarihi: 15.03.2019)

148 LinkedIn, <https://www.linkedin.com/help/linkedin/topics/6701/6702/87192?lang=tr> (Son Erişim Tarihi: 15.03.2019)

c. Arama Motoru Şirketleri

Tüm dünyayı kapsayan bir iletişim ve elektronik nesne değişim ortamı olan İnternet, aynı zamanda dünyanın en büyük kütüphanesidir. Sürekli büyüyen bu kütüphanede bilgiye ve nesnelere erişim arama motorları aracılığıyla mümkün olmaktadır. Arama katalogları web sitelerini başlık ve içeriklerine göre gruplayıp aranılan sitelere ulaşılmasını sağlar. Bu bir çeşit dizin sınıflandırmasıdır. Arama motorları ve web sayfası hazırlayanlar tarafından kullanılan bilgisayar kodlarına ‘metatag’ adı verilmektedir. Web sayfası hazırlayanlar, kendi sitelerinin arama motorlarında daha kolay bir şekilde listelenmesi için anahtar kelimeler (keywords) oluştururlar.¹⁴⁹ Arama motorları dizinlemeyi azaltmak için, verilen belgeleri olduğu gibi listelemez. Genel olarak bir web sayfasının başlık kısmı ile üst veri belirteçlerinin (metadata tags) içerikleri ve tam metnin ilk paragrafı listelenir. Bu üst veri belirteçleri görüntülenebilir olmayıp tamamen tarama motorlarına hitap etmektedir. Ancak arama motorlarının aranılan kelimeleri sorgulama (searching) ve listeleme (indexing) esasları farklı olmakta ve genellikle sonuçlar oluşturulan anahtar kelimeler (keywords) dışında içeriğe göre yapılan tarama sonucu listelenmektedir.¹⁵⁰

Web üzerinde kullanılan ilk arama motoru (search engine), 1993 yılında MIT’de (Massachusetts Institute of Technology) görev yapan Matthew Gray tarafından geliştirilen Wandex olmuştur. Daha sonra aynı yıl içinde ALIWEB (Archie Like Indexing for the Web) oluşturulmuştur. Bu arama motorları sadece başlıklara göre arama yapmaktaydı. 1994’te geliştirilen ‘WebCrawler’ ile web sayfalarında yer alan tüm metni tarayan yazılımlar geliştirilmiştir. Bu yazılım arama motorları tarihinde bir dönüm olmuş ve bundan sonra Lycos, Magellan, Excite, Infoseek, Altavista ve Yahoo gibi arama siteleri ortaya çıkmıştır.¹⁵¹

1998’de Google’un kurulması ile arama motorlarında Google devri başlamıştır. Google kendi geliştirdiği ve patent ve marka hakkını tescil ettirdiği ‘PageRank (SayfaDizini)’¹⁵² isimli tarama algoritması ile web içindeki anahtar kelimeleri değil, sayfaları derecelendirmeye dayalı

149 İnternet ve arama motorlarında anahtar kelime kullanımı ve oluşturduğu ihlal türleri hakkında bkz. SOYSAL Tamer, Marka Hukuku Perspektifinden İnternet Ortamında Anahtar Kelime (Meta-Tagging) ve Adwords Reklamcılık Uygulamaları, **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, S. 12, Aralık 2018, (s. 693-722).

150 SOYSAL, Domain Name Law, s. 114 vd.

151 Bkz. http://en.wikipedia.org/wiki/Search_engine (Son Erişim Tarihi: 15.03.2019)

152 PageRank için bkz. <http://en.wikipedia.org/wiki/PageRank>

arama işlemini kullanmış ve kısa sürede sektörün lideri olmuştur. Google 1998'de Larry Page¹⁵³ ve Sergey Brin¹⁵⁴ tarafından geliştirilmiştir.¹⁵⁵

Ekim 2018 tarihi itibarıyla ABD'de gerçekleştirilen aramalarda Google'un payı % 63.1, Bing'in (Microsoft) payı % 24.3, Verizon Media (Oath) payı % 11.6, InterActive Şirketine ait Ask.Com payı ise % 1 olarak belirtilmiştir.¹⁵⁶ ABD'de 1999 yılında arama motorlarında yılda 1 milyar tarama yapılırken, bu rakam 2000 yılında 14 milyar, 2008 yılında 73 milyar, 2009 yılında 365 milyar, 2015 yılında 1.2 trilyon, 2016 yılında 2 trilyon sorgu sayısına yükselmiştir. Günümüzde ABD'de ayda yaklaşık 20 milyar tarama gerçekleştirildiği ifade edilmektedir.¹⁵⁷ Google'da saniyede 40.000, günde 3.5 milyar ve yılda 1.2 trilyon tarama yapılmaktadır.¹⁵⁸ Arama motorları, internetin bireyler tarafından kullanılmasında en önemli araç konumuna gelmişlerdir.¹⁵⁹ Öyleki günümüzde 'googling' ve 'google' kelimeleri sözlüklerde arama yapmayı ifade eden bir fiil olarak uluslararası sözlüklerde yer almaktadır. Sözcükler 2006 yılında ünlü Oxford ve Merriam-Webster Sözlükleri'nde yer almaya başlamıştır.¹⁶⁰

153 LawrenceEdward (Larry) Page (d. 1973), Babası Carl Victor Page'da bir bilgisayar mühendisi olan Larry Page, Michigan Üniversitesi Bilgisayar Mühendisliği bölümünü bitirdikten sonra Stanford'da bilgisayar bilimlerinde master derecesi aldı. Daha sonra aynı yerde doktora programında Sergey Brin ile tanışarak Google'u kurdu. Page için bkz. http://en.wikipedia.org/wiki/Larry_Page

154 Sergey Mikhailovich Brin (d. 1973), Moskova'da doğdu. Anne ve babası matematik profesörüydü. 6 yaşında ABD'ye taşındılar. Brin, 1993 yılında University of Maryland'de bilgisayar bilimleri ve matematik bölümünü bitirdi. Daha sonra Stanford'da master derecesi aldı ve doktora başladı. Ancak bu dönemde Larry Page ile tanıştı ve birlikte Google'u kurdular. Brin için bkz. http://en.wikipedia.org/wiki/Sergey_Brin

155 Soysal, Domain Name Law, 116.

156 Share of Search Queries handled by leading U.S. search engine providers as of October 2018, <https://www.statista.com/statistics/267161/market-share-of-search-engines-in-the-united-states/> (Son Erişim Tarihi: 15.03.2019)

157 comScore Search Engine Statistics, June 2018, <https://seattleorganicseo.com/comscore-search-engine-market-share-june-2018-vs-may-2018/> (Son Erişim Tarihi: 15.09.2019)

158 Internet Live Stats, Google Search Statistics, <http://www.internetlivestats.com/google-search-statistics/> (Son Erişim Tarihi: 15.03.2019)

159 Bununla birlikte Google tarafından taranabilen web sitesi sayısının 4.5 milyar civarında olduğu, derin net (deep internet) olarak bilinen ve arama motorlarınca endekslenemeyen kısmın ise bu rakamdan 400-500 kat daha büyük olduğu belirtilmektedir. Bkz. The Deep Web is the 99% of the Internet You Can't Google, May 22, 2018, <https://curiosity.com/topics/the-deep-web-is-the-99-of-the-internet-you-cant-google-curiosity/> (Son Erişim Tarihi: 15.03.2019)

160 Google now a Verb in the Oxford English Dictionary, 29 June 2006, <https://searchenginewatch.com/sew/news/2058373/google-now-a-verb-in-the-oxford-english-dictionary> (Son Erişim Tarihi: 15.09.2019)



Arama motorlarının unutulma hakkı nedeniyle sorumluluğuna ilişkin ilk dava 2009 yılında Avustralya’da Melbourne’de yaşayan 62 yaşındaki Milorad (Michael) Trkulja tarafından Google ve Yahoo’ya yönelik olarak açılmıştır. Söz konusu uyuşmazlıkta, davacı Google ve Yahoo’da uyuşturucu baronu olarak bilinen “Tony Mokbel” isminin aranması ile çıkan sonuçlar arasında kendi isminin de yer aldığını, bunun kişilik haklarını zedelediğini iddia etmiştir. Milorad Trkulja, geçmişte silahla vurulmuş ancak bu olayın uyuşturucu baronlarıyla ilgisi kanıtlanmamıştır. Buna rağmen Google aramalarında, buna ilişkin sonuçlar çıkmaktadır. Google, kendisinin içerik sağlayan olmadığını, arama sonuçlarının haberi yapan sitelerden otomatik olarak çekildiğini belirtmiştir. Avustralya mahkemesi, Google’un sunulan içerikten sorumlu olmadığını ancak davacının Google’a yaptığı başvuru sonrasında, Google’un bu içeriği listelememesi gerektiğini belirtmiş ve Trkulja’yı haklı bularak Google’un 208.000 dolar tazminat ödemesine karar vermiştir. Bu Karar, unutulma ve silinme hakkına yönelik arama motoru şirketlerine verilen ilk önemli karar olmuştur.¹⁶¹

CJEU’nun 13 Mayıs 2014 tarihli Costeja Gonzales v. Google İspanya kararıyla, arama motorlarının kişisel verilerin yasalara uygun şekilde ve adil olarak işlenmesini temin etmekle yükümlü oldukları ve şartların oluşması halinde unutulma hakkının yükümlüsünün de veri koruma hukuku açısından ‘kontrolör’ niteliği taşıyan arama motoru işleticisi şirketler olduğu hususu vurgulanmıştır.¹⁶² Bu esaslar GDPR düzenlemeleri ile de devam ettirilmektedir. GDPR’ın 4/7 maddesi anlamında arama motoru şirketleri ‘kontrolör’ niteliği taşımaktadır ve 17/1 maddesindeki şartların oluşması ve 17/3 maddesindeki istisnaların bulunmaması durumunda, talep edilen kişisel verileri gecikmeksizin silmekle yükümlüdürler. Bununla birlikte CJEU’nun Google İspanya kararında arama motorlarının unutulma hakkı taleplerine ilişkin bilgiyi barındırılan yerden silmekle yükümlü olmadıkları, talep konusunun arama sonuçlarında endekslenmemesi yükümlülüğü bulunduğunun altı çizilmiştir.

İspanya Yüksek Mahkemesi, 2015 yılında verdiği bir Karar’da Google tarafından sunulan ‘blog’ hizmetine ilişkin olarak blogda geçen ifadelerden dolayı Google’un ‘kontrolör’ olarak sorumlu olmayacağını,

161 Trkulja v. Google Inc. LLC & Anor (No. 5), 2012, VSC 533, Australia Supreme Court of Victoria 12.11.2012, <http://censorshipcases.wordpress.com/2013/02/16/australia-trkulja-v-google-inc-llc-anor-no-5-2012-vsc-533-supreme-court-of-victoria12-11-2012/>(Son Ziyaret Tarihi: 15.10.2018)

162 C -131/12, paragraf 41.

asil sorumlunun içeriği yayınlayan 'blogger' olacağını, bu yüzden ulusal veri koruma otoritesinin Google'den bloglarda yer alan içerik ile ilgili unutulma hakkını uygulamasını isteyemeyeceğine karar vermiştir.¹⁶³

GDPR ile ortaya konulan temel hususlardan bir tanesi de CJEU'nun Costeja Gonzales v. Google İspanya kararı sonrasında oluşan unutulma/silme hakkı taleplerinin asil sorumlusunun arama motorları olduğu şeklindeki sorumluluk algısının, sosyal medya şirketleri gibi diğer veri kontrolörü şirketlerin de açık bir şekilde unutulma/silme hakkından sorumlu olmasını gerektiren düzenlemeler karşısında değişime uğrayacak olmasıdır. Arama motorlarının temel olarak yeniden listelemeye (delisted) yönelik sorumlulukları ise 17/3 maddesindeki denge unsurları çerçevesinde devam edecektir.¹⁶⁴

3. Veri Kontrolörü Şirketlerinin Yükümlülükleri

GDPR, bilginin işleme faaliyetinin AB içerisinde gerçekleşip gerçekleşmediğine bakılmaksızın, AB topraklarındaki bir kontrolör veya işleyicinin işletmesinin faaliyetleri kapsamında kişisel verilerin işlenmesine uygulanacaktır (GDPR, m. 3/1).

Veri kontrolörleri, kişisel verileri pazarlama, insan kaynakları, bilimsel araştırma, müşteri hizmetleri gibi sayısız sebeplerle düzenleyen gerçek kişi veya organizasyon/şirket olabilecektir.

Veri kontrolörü şirketlerin sorumlulukları hususunda ilk önemli adım bu şirketlerin 95/46 sayılı Direktif sonrasında GDPR'ın yürürlüğe girdiğini ve kontrolörlere ağır yükümlülükler getirdiğinin farkında olarak¹⁶⁵ GDPR ilke ve kurallarına uyum sağlamaları (GDPR Compliance) konusundaki yaklaşımları olacaktır. Bu bağlamda GDPR'ın 5 inci maddesinde sayılan kişisel verilerin işlenmesine ilişkin ilkeler önem taşımaktadır. Kontrolör bu ilkelere teknik ve organizasyonel açıdan uygun davrandığını gösterebilmelidir (GDPR, m. 5/2). Kişisel veri ihlalinin uygun ve zamanında ele alınmadığı takdirde, gerçek kişilerin fiziksel, maddi veya maddi olmayan zararlar görmesi söz konusu olabilecektir. Bu nedenle, veri kontrolörü kişisel veri ihlalden haberdar olduğu andan itibaren gecikmeksizin ve mümkünse en geç 72 saat içinde ihlali denetim otoritesine bildirmelidir veya GDPR'ın 5/2 maddesinde düzenlenen

163 Spain: The Right to be Forgotten Does Not Apply to Blogger, March 4, 2015, <http://cyberlaw.stanford.edu/blog/2015/03/spain-right-be-forgotten-does-not-apply-blogger>

164 MIYASHITA Hiroshi, **The Right to be Forgotten and Search Engine Liability**, Brussels Privacy Hub, Working Paper, V. 2, No. 8, December 2016, <https://brusselsprivacyhub.eu/BPH-Working-Paper-VOL2-N8.pdf>, s. 13 (Son Erişim Tarihi: 15.03.2019)

165 GDPR Awareness, A matter of people, culture, leadership and acting now, <https://www.i-scoop.eu/gdpr/gdpr-awareness/> (Son Erişim Tarihi 15.03.2019)



'hesap verebilirlik (accountability)' ilkesine uygun olarak kişisel veri ihlalinin gerçek kişilerin hak ve özgürlükleri için bir risk oluşturma ihtimali olmadığını ortaya koymalıdır (GDPR, rec. 85). Şayet bu bildirim 72 saat içinde yapılamazsa, gecikme nedenleri ve süreç hakkında bilgi de, ihlal bildirimini ile birlikte yapılmalıdır (GDPR, rec. 85).

Bu esaslar dahilinde veri kontrolörlerinin GDPR kapsamında yükümlülükleri şu şekilde incelenebilecektir:

a. Veri Koruma Değerlendirmesi Yükümlülüğü (Data Protection Assessments)

Veri kontrolörü şirketler, daha GDPR yürürlüğe girmeden önce GDPR uyumluluğu için gerekli hazırlıkları yapmaya başlamışlardır. Bu kapsamda, kontrolör öncelikle teknolojinin mevcut durumu, uygulama maliyeti, işleme faaliyetinin niteliği, kapsamı, bağlamı ve amaçlarının yanı sıra işleme faaliyetinin gerçek kişilerin hak ve özgürlükleri bakımından içerdiği riskleri dikkate alarak hem verinin işleme yönteminin belirlenmesi hem de işleme faaliyeti sırasında, uygun teknik ve organizasyonel tedbirleri uygulamalı (takma ad kullanımı gibi), veri koruma prensiplerinin etkili bir şekilde uygulanmasını temin etmeli (asgari düzeyde veri işlenmesi ilkesi/data minimisation gibi) ve bu şekilde veri sahiplerinin haklarını koruma altına almalıdır (GDPR, m. 25/1).

Bu esaslar dahilinde kişisel verinin işlenmesinin, o kişinin hakları ve özgürlükleri açısından yüksek bir riske sebebiyet vermesi ihtimalinin bulunması halinde (likely to result high risk), veri kontrolörü, henüz verinin işlenmesinden önce, bu işleme faaliyetinin kişisel verilerin korunmasına etkisine ilişkin bir 'veri koruma etki değerlendirme (data protection impact assesment-dpia)' yapmakla yükümlüdür (GDPR, m. 35/1). Bu değerlendirme asgari olarak şu hususları içermelidir (GDPR, m. 35/7):

- Öngörülen işleme faaliyeti ve işleme amaçlarına ilişkin sistematik açıklama
- İşleme faaliyetinin amaç ile kıyasla gerekliliği ve orantılılığına ilişkin değerlendirme,
- Veri sahibinin hak ve özgürlüklerine ilişkin risklere yönelik değerlendirme,
- Veri sahibinin kişisel verilerinin korunmasına yönelik tedbirler ve mekanizmalar.

Dolayısıyla, veri kontrolörü şirket kişisel verilerin korunmasına ilişkin asgari şartları sağlamalı ve gerektiğinde veri koruma etki değerlendirmesi

yapmakla yükümlüdür. Veri işleyicileri de kendisinden talep edilmesi veya gerekli olan durumlarda, veri koruma etki değerlendirmesi konusunda veri kontrolörüne yardım etmekle yükümlü kılınmıştır (GDPR, rec. 95).

b. Kayıtlar ile ilgili Yükümlülükler (Documentation Requirements)

aa. Veri Koruma Politikaları Oluşturulması

Veri kontrolörü, veri işleme faaliyetinin GDPR hükümlerine uygun olarak gerçekleştirilmesini sağlamak ve bu şekilde gerçekleştirildiğini gösterebilmek için uygun teknik ve organizasyonel tedbirleri almalı ve uygulamalıdır (GDPR, m. 24/1). Bu amaçla uygun veri koruma politikalarını uygulayacaktır (GDPR, m. 24/2). Şirketlerin uygun veri koruma politika kuralları amaçlar, anahtar terimlerin tanımları, temel ilkeler ve kişisel veri işleminin amaçları, sorumluluklar ve bu konulardaki ana denetleyici otoriteyi içermelidir.¹⁶⁶

bb. Mahremiyet Bildirimi (Privacy Notice)

Veri kontrolörü kişisel verilerin işlenmesine ilişkin her türlü bildirim kısa, öz, şeffaf, anlaşılır ve kolay erişilebilir bir biçimde veri sahibine yazılı/elektronik/sözlü olarak sunabilmelidir (GDPR, m. 12/1). Aynı şekilde veri sahibinin kişisel verilerinin toplanması durumunda, kontrolör kendi kimlik ve irtibat bilgileri, veri koruma görevlisinin irtibat bilgileri, veri işleminin yasal dayanağı, buna ilişkin varsa meşru menfaatler, kişisel verilerin alıcıları, kişisel verilerin üçüncü bir ülke/uluslararası kuruluşa aktarılıp aktarılmayacağı ile buna ilişkin güvenceleri veri sahibine sunmalıdır (GDPR, m. 13/1, 14/1). Yine verilerin kişisel verilerin saklanacağı süre, bu sürenin net olmaması halinde buna ilişkin kullanılan kriterler, verilerin taşınabilirliğine, düzeltilmesine, kısıtlanmasına ve silinmesine ilişkin açıklamalar, veri işlenmesine ilişkin rızanın geri çekilme hakkı, bir denetim makamına şikayet hakkı gibi hususlar da veri sahibine sunulmalıdır (GDPR, m. 13/2). Bu bilgiler genel olarak veri kontrolörü şirketlerin verilerini işlediği müşterilere ilişkin açıklayıcı ve anlaşılır nitelikte olmalıdır. Şirketler bu açıklamaları web sitelerinde de sunabilecektir.

cc. Veri Saklama ve İşleme Kayıtları (Data Retention/Records of processing activities)

Veri kontrolörü işlenen kişisel verilere ilişkin yazılı (elektronik dahil) bir kayıt tutmakla yükümlü kılınmıştır (GDPR, m. 30/1). Bu kayıtlarda

¹⁶⁶BHATIA Punit, *Contents of Data Protection Policy according to GDPR*, <https://advisera.com/eugdpracademy/knowledgebase/contents-of-the-data-protection-policy-according-to-gdpr/> (Son Erişim Tarihi: 18.03.2019)



veri kontrolörü, veri koruma görevlisi, veri işleme amaçları, veri sahibi ve kişisel veri kategorileri, alıcılar, veri aktarımları, verilerin silinmesine ilişkin süre sınırları gibi açıklamalar yer alacaktır (GDPR, m. 30/1-2).

dd. Veri Öznesi Rıza Formu

Veri işleminin rızaya dayalı olduğu hallerde, rıza talebi açık bir şekilde ayırt edilebilir, anlaşılır ve kolay erişilebilir bir biçimde açık ve sade bir dil kullanılmak suretiyle sunulmalıdır (GDPR, m. 7/2). Rıza, yazılı form dışında elektronik veya sözlü olarak da sunulabilecektir (GDPR, rec. 32). Rıza, bir internet sitesini ziyaret esnasında kutuyu işaretleme şeklinde olabilecek, buna karşılık sessizlik (silence), önceden işaretlenen kutucuklar (pre-ticked boxes) veya hareketsizlik (inactivity) rıza olarak yorumlanamayacaktır. İşlenen her bir veri için ayrı rıza gereklidir. Rızanın verildiği durumlarda, veri kontrolörü veri öznesinin rızası bulunduğunu ispatlayabilmelidir (GDPR, rec. 42).

Veri öznesinin çocuk olduğu durumlarda rızanın geçerli olabilmesi için çocuğun en az 16 yaşında olması gerekir (GDPR, m. 8/1). Veri öznesinin 16 yaşından küçük olduğu durumlarda, rızanın velayet hakkı sahibi tarafından verilmesi veya çocuk tarafından verilir velayet hakkı sahibi tarafından onaylanması şarttır (GDPR, m. 8/1).

Önceden işaretlenen kutucukların geçerli bir rıza olup olmamasına ilişkin CJEU önünde bir uyuşmazlık bulunmaktadır. Buna göre 'dein-macbook.de' internet sitesi online ortamda promosyon amaçlı çekilişler yaparak alışveriş yapan kullanıcılara hediyeler dağıtmaktadır. Bunun için kullanıcıların isim, adres bilgileri gibi kişisel verileri kayıt edilmektedir. Kullanıcılar, bu bilgileri sponsorluk yapan kuruluşlara da önlerine çıkan kutucuğu işaretlemek suretiyle (pre-ticked boxes) vermeyi kabul etmektedirler. Çekilişe katılım Planet49 isimli şirketin, tüketicilerin davranışlarını takip etmesi ve hedefli reklamlarını kullanabilmesi için çerezlere izin verilmesine ilişkin kutucuk işaretleme ile mümkün oluyordu. Olayın, GDPR'ın yürürlüğe girdiği dönem öncesi olması nedeniyle davanın Hukuk Sözcüsü (Advocate General), 95/46 sayılı Direktif'e göre de bir değerlendirme yapmıştır. Hukuk Sözcüsüne göre 95/46 sayılı Direktif'in 2/h maddesine göre rızanın "özgürce ve bilgilendirilme sonrası" verilmesinin gerekmesi, 7/a maddesine göre rızanın "açık, net ve kesin" biçimde yapılmasının gerekmesi nedeni ile bu tür önceden işaretlenmiş kutucuklar yolu ile kişisel verilerin işlenmesine rıza gösterilmesi geçersizdir Madde 29 Çalışma Grubu'nun da rızaya ilişkin görüşü bu doğrultadır. Ayrıca GDPR ile rıza hususu çok daha açık ve kesinlik gerektiren şekilde düzenlenmiştir. Uyuşmazlıkta, kullanıcı çekilişe katılmak için kutucuğu işaretlemek zorunda bırakılmıştır. Bu

işaretleme ile de, kullanıcı çerez (cookies) kullanımına izin vermektedir. GDPR'ın 7/4 üncü maddesiyle kullanıcıyı asıl hizmetten yararlanmak için bu tür aceleyle getiren rıza alma şekilleri (bundling) yasaklanmıştır. Dolayısıyla Sözcü'ye göre kullanıcılar önceden işaretlenen bu kutucukların sonuçları hakkında yeterli kadar bilgilendirilmemiştir ve bu tür alınmış bir rıza geçerli bir rıza olarak değerlendirilmemelidir.¹⁶⁷ CJEU'nun kararının da bu yönde olacağını düşünüyoruz. Çünkü yeterli bilgilendirme yapılmaksızın bilhassa hizmetten yararlanmayla eşzamanda yapılan işaretlenen kutucuklar hem 95/46 sayılı Direktif hem de GDPR'ın 7 ve 42. Gerekçesi uyarınca geçerli bir rıza olarak yorumlanamaz.

ee. Veri İşleme Antlaşması

Veri kontrolörü kendi adına veri işleme faaliyetinin gerçekleştirilmesini istemesi durumunda, işleyiciye spesifik ve yazılı onay vermelidir. Bu onayın verildiği durumlarda kontrolör, işleyicilerden GDPR gereksinimleri olan teknik ve organizasyonel tedbirleri uygulamak için gerekli olan uzman bilgisi, güvenilirlik ve kaynaklar gibi konularda yeterli güvenceleri sağlamasını bekleyecektir. Bu tür durumlarda veri kontrolörü ve işleyicisi, veri işleme konusu, süresi, amacı, işlenen kişisel verinin çeşidi, veri öznelerinin kategorileri gibi konularda Sözleşme ve AB mevzuatı/AB üyesi ulusal mevzuatına uymakla yükümlü olacaklardır. Veri kontrolörü adına işlemenin tamamlanmasından sonra, işleyici, işlenen verinin AB mevzuatı veya Üye ülke mevzuatı uyarınca saklanması gerektiği sürece, silmekle veya temin ettiği yere iade ile yükümlü olacaktır (GDPR, rec. 81).¹⁶⁸

ff. Veri İhlali Açıklaması ve Bildirimi

Kişisel veri ihlalinin gerçek kişilerin hakları ve özgürlükleri açısından yüksek bir riske sebebiyet vermesinin muhtemel olduğu hallerde, kontrolör kişisel veri ihlalini gereksiz bir gecikmeye mahal vermeden veri sahibine iletmekle yükümlüdür (GDPR, m. 34/1). Bir kişisel veri ihlali olması durumunda, veri kontrolörü ihlalden haberdar olduğu andan itibaren en geç 72 saat içinde, kişisel veri ihlalini denetim makamına

¹⁶⁷ Opinion of Advocate General Szpunar, delivered on 21 March 2019 (1), Case C-673/17, Planet 49 GmbH v. Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbande-Verbraucherzentrale Bundesverband e.V., <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=212023&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=5537788> (Son Erişim Tarihi: 22.03.2019)

¹⁶⁸ Veri kontrolörünün, GDPR 28/2 maddesine göre işleyici ile yapabileceği Veri İşleme Antlaşması örneği için bkz. http://www.fastviewer.com/demo/FV-ADV_Kunden_EN.pdf (Son Erişim Tarihi: 19.03.2019)



bildirmekle yükümlüdür (GDPR, m. 33/1). Yapılan veri ihlali bildiriminde şu hususlara dikkat edilecektir (GDPR, m. 33/3):

- İlgili veri sahibi ve veri kaydı kategorileri ve sayısına ilişkin açıklamaların yer aldığı veri ihlalinin niteliği açıklanmalıdır.
- Veri koruma görevlisi veya daha fazla bilginin elde edilebileceği diğer irtibat noktasına ilişkin isim ve gerekli bilgiler sağlanmalıdır.
- Kişisel veri ihlalinin olası sonuçları açıklanmalıdır.
- Veri ihlalinin olası olumsuz etkilerinin azaltılmasına yönelik alınan/ önerilen tedbirler açıklanmalıdır.

Bu bilgilerin aynı zamanda sağlanmasının mümkün olmadığı durumlarda, bilgiler gereksiz ek bir gecikmeye mahal vermeksizin, aşamalı olarak da sağlanabilecektir (GDPR, m. 33/4).

c. Veri Koruma Görevlisi (Data Protection Officer)

GDPR ile kabul edilen önemli yeniliklerden birisi de belirli ölçekteki veri kontrolörü/işleyici şirketlerin, kişisel verilerin korunması konularına müdahil olabilecek (GDPR, m. 38/1), veri koruma mevzuatı ve uygulaması konusunda uzman olan (GDPR, rec. 97) bir kişiyi veri koruma görevlisi olarak bulundurmaya yükümlü kılmasıdır. Veri koruma görevlisi, denetim makamları ile veri özneleri ve veri kontrolörü/işleyicisi arasında bağlantıyı sağlar ve GDPR uyumluluğunu sağlamayı kolaylaştırdığı için de kontrolör/işleyici şirketlerin sorumluluğunda köşe taşı olarak kabul edilir.¹⁶⁹ Veri kontrolörü/işleyicisi şirketler veri koruma görevlisine gereken kaynakları sağlamalıdır. Veri koruma görevlisi, veri işleme ile uğraşan kişi/grup/organizasyonlar için önemli bir destekçi/katkı sağlayıcı olarak görülmelidir. Veri koruma görevlisinin görevleri şu şekilde belirlenmiştir (GDPR; m. 39/1):

- Kontrolör/İşleyici ile işleme faaliyetleri gerçekleştiren çalışanların GDPR ve diğer ulusal veri koruma mevzuatı uyarınca yükümlülükler hususunda bilgilendirilmeleri ve onlara tavsiyede bulunulması,
- İşleme faaliyetlerine müdahil personelin bilinçlendirilmesi ve eğitimi ile ilgili denetimler dahil olmak üzere kontrolör/işleyicinin kişisel verilerinin korunmasına ilişkin politikalarına uyumluluğun izlenmesi,
- Talep üzerine veri koruma etki değerlendirmesine ilişkin tavsiyede bulunmak,
- Denetim makamıyla işbirliği yapmak

¹⁶⁹ Handbook on European Data Protection Law, s. 175.

- İşleme faaliyetine ilişkin konularda (ön istişare dahil) denetim makamına yönelik bir temas noktası olmak ve uygun olan durumlarda konuya ilişkin danışılması.

Veri koruma görevlisi, işleme faaliyetinin niteliği, kapsamı, bağlamı ve amaçları ile işleme faaliyetlerinin risklerini gözönünde bulundurarak görevlerini yerine getirmelidir (GDPR, m. 39/2). Veri koruma görevlisi, veri kontrolörü/işleyicinin bir çalışanı olabilir ve hizmet sözleşmesine dayalı olarak görevini yerine getirebilir (GDPR, m. 37/6). Kontrolör, veri koruma görevlisinin irtibat bilgilerini yayımlamak ve denetim makamına iletmekle yükümlüdür (GDPR, m. 37/7).

d. Mahremiyet Artırıcı Teknolojilerin Benimsenmesi (Privacy by default/by design)

Yeni bilgi teknolojileri, karşılaştığımız mahremiyet ve veri koruma risklerini artırırken öte yandan bu riskleri bertaraf etmek için ortaya konulan yöntemleri de geliştirmektedir. Mahremiyet artırıcı teknolojiler (privacy enhancing technologies-PETs) adı verilen bu yöntemlerle, teknolojiyi kullanan bireylerin kişisel bilgilerinin gizli tutulması sağlayan araçlar çeşitlendirilir ve etkinleştirilir. Bunu yaparken de, araçların hukuka uygun olması ve teknolojik sistemlerin işlevselliğinin devam ettirilmesi amaçlanır. Bu kapsamda toplanan kişisel verileri asgari düzeye indirmek, anonimlik sağlamak için takma ad kullanımı veya anonim veri bilgileri kullanmak, kullanıcının bilinçli surette rızasının alınması gibi yöntemler tercih edilir.

GDPR'nin 25 inci maddesi mahremiyet artırıcı teknolojilerin iki yöntemi olan "Tasarımla Veri Koruması (Privacy by Design)" ve "Olağan Veri Koruması (Privacy by Default-Varsayılan Ayarlarla Veri Koruması)" hususu düzenlemiştir. Buna göre tekniğin bilinen durumu, uygulama maliyeti ve verinin işleme mahiyeti, kapsamı ve amaçları ile riskler dikkate alınmak suretiyle, veri koruma ilkelerinin etkili bir şekilde uygulanması amacıyla tasarlanan takma ad kullanımı gibi uygun teknik ve kurumsal tedbirler (Technical and Organizational Measures-TOM) veri kontrolörü tarafından uygulanacak ve bu şekilde veri sahiplerinin hakları koruma altına alınacaktır (GDPR, m. 25/1). Olağan durumda koruma özellikle, veri sahibinin müdahalesi olmaksızın, kişisel verilerin belirsiz sayıda kişinin erişimine açılmamasını sağlayacaktır (GDPR, m. 25/2). Bu maddenin gerekliliklerinin yerine getirilmesinde, veri kontrolörlerinin standartlarının yeterliliklerinin tespiti için GDPR'nin 42 nci maddesine uygun şekilde onaylı bir belgelendirme mekanizması benimsenebilecektir.



Veri kontrolörü ve işleyici tekniğin bilinen durumu (son teknoloji), uygulama maliyetleri ve işleme faaliyetinin niteliği, kapsamı, bağlamı ve amaçlarının yanı sıra gerçek kişilerin hak ve özgürlükleri açısından riskleri dikkate alarak, uygun güvenlik seviyesi sağlamak üzere teknik ve organizasyona ilişkin şu tedbirleri uygulayacaktır (GDPR, m. 32/1):

- Kişisel verilerde takma ad kullanımı ve şifreleme,
- İşleme sistemleri ve hizmetlerinin gizliliği, bütünlüğü, elverişliliği ve esnekliğinin sürekli surette sağlanabilmesi,
- Fiziksel veya teknik bir durumda, kişisel verilerin elverişliliğinin ve kişisel verilere erişimin vakit kaybetmeksizin (timely) eski haline getirilebilmesi,
- İşleme faaliyetinin güvenliliğinin sağlanmasına yönelik olarak teknik ve organizasyonel tedbirlerin etkililiğinin düzenli olarak sınanması, ölçülmesi ve değerlendirilmesine ilişkin süreç.

Veri güvenliğinin sağlanması açısından dikkate alınması gereken tekniğin bilinen durumu (state of the art) kavramı GDPR'da tanımlanmamıştır. Patent hukukunda tekniğin bilinen durumu, patent başvurusu tarihinden önce, yazılı veya sözlü tanıtım vasıtasıyla, kullanım veya başka herhangi bir yolla kamuya sunulan herşeyi (everything made available to the public) kapsamaktadır.¹⁷⁰ Cambridge Sözlüğü'nde tekniğin bilinen durumu "çok modern en yeni fikir ve yöntemlerin kullanıldığı" şeklinde tanımlanmıştır.¹⁷¹ Buna karşılık Wikipedia'da tekniğin bilinen durumu "genel gelişmenin, cihaz, teknik veya bilimsel alanda belirli bir zamanda başarılan en yüksek seviye" şeklinde ifade edilmiştir.¹⁷² Tekniğin bilinen durumunun en önemli özelliği zamana göre değişmesi ve dinamik bir kavram olmasıdır. Veri koruma alanında tekniğin bilinen durumu ise daha çok siber güvenlik ile ilişkilendirilmekte ve etkin güvenlik yöntem ve teknolojilerinin sürekli surette geliştirilmesinin öncüsü olan inovasyonu ifade eder şekilde anlaşılmaktadır.¹⁷³ Bu yenilikler dikkate alınırken uygulama maliyeti (the costs of implementation) de dikkate alınmak zorundadır (GDPR, m. 25/1, 32/1). Dolayısıyla kontrolör ve işleyiciler

170 Bu konuda bkz. SOYSAL Tamer, **Tarımda Biyoteknoloji Uygulamaları ve Patent Hakları (Agricultural Biotech Patent Law)**, Adalet Yayınevi, 2019.

171 Cambridge Dictionary, <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/state-of-the-art> (Son Erişim Tarihi: 19.03.2019)

172 Wikipedia, https://en.wikipedia.org/wiki/State_of_the_art (Son Erişim Tarihi: 19.03.2019)

173 Solving the GDPR Puzzle, Data Protection with State of the Art Cybersecurity, <https://www.softcat.com/assets/uploads/pdfs/gdpr/Solving-the-GDPR-puzzle.pdf>, s. 16 (Son Erişim Tarihi: 19.03.2019)

de bu yeni olanakları uygulayan yetkin güvenlik şirketleri ile çalışmak durumunda olacaklardır.

e. Güçlü İhlal Uygulamaları (Stronger Enforcement of Infringements)

GDPR ile getirilen en önemli yeniliklerden bir tanesi de sorumluluğun kapsamının genişletilmesi ile birlikte verilebilecek para cezalarının da dikkate değer şekilde artırılmış olmasıdır. GDPR düzenlemelerini ihlal eden şirketler yıllık 20 milyon Avro veya ihlalde bulunan şirketin bir önceki mali yılı, yıllık dünya çapındaki cirosunun % 4'üne kadar idari para cezasına tabi olma riski bulunmaktadır (GDPR, m. 83/5). Bu müeyyide hem kontrolör hem işleyici şirketlere karşı uygulanabilecektir. Bir kontrolör veya işleyicinin aynı veya bağlantılı işleme faaliyetlerine yönelik olarak GDPR hükümlerini kasıtlı (intentionally) veya ihmalkarlıkla (negligently) ihlal etmesi durumunda, toplam idari para cezası meblağı en ağır ihlal için belirtilen 20 milyon Avro'yu aşamayacaktır (GDPR, m. 83/3 ve 83/5).

İdari para cezası kesilmesine karar verilirken ve para cezasının miktarı belirlenirken şu hususlar dikkate alınacaktır:

i. İlgili işleme faaliyetinin niteliği, kapsamı, amacı dikkate alındığında ihlalin niteliği, ciddiyeti ve süresinin yanı sıra etkilenen veri sahibi sayısı ve veri sahiplerinin yaşadığı zarar düzeyi,

ii. İhlalin kasıt veya ihmâl ile işlenmesi durumu,

iii. Veri sahiplerinin zararının azaltılması için kontrolör veya işleyici tarafından gerçekleştirilen işlemler,

iv. GDPR 25 ve 32 nci maddeleri uyarınca uygulanan teknik ve organizasyona ilişkin tedbirler gözönünde bulundurulmak suretiyle, kontrolör veya işleyicinin sorumluluk derecesi,

v. Kontrolör veya işleyicinin geçmişte konuyla ilgili diğer ihlal durumları,

vi. İhlalin düzeltilmesi ve ihlalin olası olumsuz etkilerinin azaltılması amacı ile denetim makamı ile gerçekleştirilen işbirliği derecesi,

vii. İhlalden etkilenen kişisel veri kategorileri,

viii. Kontrolör veya işleyicinin ihlali bildirip bildirmediği, denetim makamının ihlalden haberdar edilme şekli,

ix. GDPR 58/2 maddesine uygun alınan diğer tedbirlere uyum durumu,

x. İhlal nedeniyle doğrudan veya dolaylı olarak elde edilen maddi menfaatler veya kaçınan zararlar gibi halin icabına göre geçerli diğer ağırlaştırıcı ve hafifletici nedenler,



xi. Kontrolör/İşleyicinin GDPR 40 ve 42 nci maddelerinde düzenlenen onaylı belgelendirme mekanizmalarına uygun hareket edip etmedikleri.

Her denetim makamı, 83 üncü maddede sayılan idari para cezaları verilmesinin, her münferit durumda etkin (effective), orantılı (proportionate) ve caydırıcı (dissuasive) olmasını sağlamakla yükümlü tutulmuştur (GDPR, m. 83/1).

GDPR ile şirketlerin durumunu ağırlaştıran bir diğer husus da, veri kontrolörü şirket/işleyicilerin veri işlemenin rızaya dayandığı hallerde, rızanın varlığını ispat ile yükümlü tutulmalarıdır (GDPR, m. 7/1, rec. 42). Kontrolör ayrıca GDPR'ın 5/1 inci maddesinde düzenlenen ilkelere uygun davrandığını ortaya koymakla yükümlü tutulmuştur (GDPR, m. 5/2, rec. 24). Bu hususların da GDPR ile getirilen güçlü ihlal araçlarını tamamlayıcı nitelikte olduğu söylenebilir.

GDPR ihlalden dolayı ilk para cezaları da verilmeye başlamıştır. Avusturya'da bir bahis şirketi, güvenlik nedeniyle koyduğu kameranın görüş açısının geniş olması ve GDPR kapsamında korunan kamuyu görüntülemesi nedeni ile 4800 Euro; Portekiz'de bir hastane kendi çalışanı olmadığı halde 985 fizik tedavi doktoruna ait aktif bilgileri barındırması nedeni ile bilgi güvenilirliği, bütünlüğü ve asgari düzeyde veri işleme ilkelerine aykırı davranmak nedeni ile iki kez 150.000 Euro ve bir kez 100.000 Euro para cezası ile cezalandırılmıştır. Son olarak Almanya'da Knuddels.de sosyal ağ şirketi, 1.8 milyon kayıtlı kullanıcıya ait e-posta ile kullanıcı adı ve şifrelerinin sızdırılması nedeni ile 20.000 Euro para cezası ile cezalandırılmıştır.¹⁷⁴

f. Ortak Kontrolörlük (Joint Controllers)

Ortak kontrolörlük (joint controllers) terimi GDPR ile getirilen önemli yeniliklerden bir tanesidir. Bununla birlikte 95/46 sayılı Direktif'te yer alan kontrolör tanımında da "kişisel verilerin işleme araçlarını ve amaçlarını tek başına veya diğerleriyle ortaklaşa belirleyen" ifadesi ile birden fazla kontrolör olması halinden bahsedildiği görülmektedir.

GDPR'ın 26 ncı maddesi 'ortak kontrolörler (joint controllers) başlığı ile düzenlenmiştir. Maddeye göre iki ya da daha fazla sayıda kontrolör şayet verilerin işleme amaçlarını ve yöntemlerini birlikte belirlemişlerse, bu halde ortak kontrolör olarak nitelendirileceklerdir. Eğer bir şirket, kişisel verilerin hangi araçlarla (how) ve hangi amaçlar için (why) işleneceğini

¹⁷⁴How much are the first fines for GDPR infringement, December 12, 2018, <https://www.pandasecurity.com/mediacenter/news/first-sanctions-gdpr-infractions/> (Son Erişim Tarihi: 15.03.2019)

belirliyor ise o takdirde, veri kontrolörü olarak kabul edilmektedir. Eğer birden fazla şirket, bu süreci birlikte yerine getiriyor ise, şirketler 'ortak kontrolörler (joint controllers)' olarak nitelendirilecektir (GDPR, m. 26). Bu anlamda örneğin bir şirket faaliyet alanı ile ilgili bir alt şirkete çalışanlarının muhasebe işlerini yaptırıyor ise, bu alt muhasebe şirketi verileri işleyen (processor), asıl şirket ise veri kontrolörü (controller) olarak çalışanların kişisel verilerinden sorumlu olacaktır. Bir başka örnek olarak online ortamda bebek bakıcılığı hizmetleri sunan bir şirket, bir başka şirket ile de bebek için gerekli olan oyun, DVD gibi araçların kiralanması için sözleşme yapmış olabilir. Her iki şirket de, hizmetlerin sunulduğu web sitesinin teknik kurulumunda yer almaktaysalar, her iki şirket 'ortak kontrolör (joint controller)' sıfatı ile müşterilerinin kişisel verilerinin korunmasından sorumlu olacaklardır.¹⁷⁵

Kontrolörlerin sorumlulukları AB hukuku veya üye devlet hukukunca belirlenmediği takdirde, ortak kontrolörlerin sorumlulukları ve GDPR kapsamındaki yükümlülüklerine uygunlukları, aralarında yapacakları anlaşmayla şeffaf bir şekilde belirlenecektir. Bununla birlikte, veri sahibi GDPR kapsamındaki haklarını her kontrolör açısından ve her birine karşı kullanabilir. Bu belirlemenin sorumluluğun açık bir şekilde tayinine imkan verecek şekilde yapılması gerekir (GDPR, rec. 79). Bu nedenle aralarındaki sorumluluk belirleme anlaşmasının yazılı yapılması 26 ncı madde ile şart koşulmamakla birlikte, şeffaflık, açıklık, sorumluluğun tayini ve ispat açısından yazılı yapılmasında fayda bulunmaktadır.

Gerçek kişinin kişisel verilerinin ihlalinden doğan zararlardan hem işleyiciler hem kontrolörler birlikte sorumlu olacaklardır. Ortak kontrolörlerin bulunduğu aynı işlemlerden doğan zararlardan, her kontrolör veya işleyici tüm zarardan sorumlu olacaktır (GDPR, rec. 146 ve m. 82/4). Bununla birlikte ortak kontrolörler aynı adli sürece katılmışlar ise, iç düzenlemelerindeki sorumluluklarına göre zararın tazmin edilmesine karar verilebilecektir (GDPR, rec. 146 ve m. 82/5).

CJEU nezdinde karara bağlanan bir uyuşmazlıkta, hem Facebook hem de Facebook üzerinde fan sayfasını yöneten şirket 'ortak sorumlu' olarak veri işlenmesinden sorumlu tutulmuşlardır.¹⁷⁶ Karara konu olayda Alman şirketi

175 Örnekler için bkz. What is a Data Controller or a Data Processor, https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/reform/rules-business-and-organisations/obligations/controller-processor/what-data-controller-or-data-processor_en#references

176 Judgment of the Court (Grand Chamber), C-210/16, 5 June 2018, Unabhängiges Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein v. Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein GmbH, Interveniers: Facebook Ireland Ltd., Vertreter des Bundesinteresses beim Bundesverwaltungsgericht.



Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein Şirketi, Facebook'ta yer alan fan sayfaları aracılığıyla eğitim hizmetleri sunmaktadır. Facebook Insights uygulaması ile fan sayfasını ziyaret eden kullanıcıların bilgisayarlarına çerez/cookies yerleştirilmekte ve bu sayede Alman şirket ve Facebook kullanıcılara ait kişisel bilgileri toplamaktadır. Bu ihlal nedeniyle Almanya'nın Schleswig-Holstein eyaleti Veri Koruma Otoritesi'ne (Unabhängiges Landeszentrum für Datenschutz-ULD) başvuru yapılır ve 2011 yılında ULD, Şirketin, Facebook fan sayfasının kullanımını durdurmasını çünkü kullanıcıların rızası alınmaksızın Facebook ve şirket tarafından kişisel verilerin kayıt edildiğini belirtir. Şirket, olayda kişisel verileri işleyenin kendisi değil Facebook olduğunu belirterek yargı yoluna başvurur ve mahkeme olayı CJEU önüne taşır. CJEU, 5 Haziran 2018 tarihinde verdiği Karar'da hem Wirtschaftsakademie Şirketinin hem de Facebook'un 'ortak kontrolör (joint controller)' niteliği taşıdığını ve sorumlu olduğuna karar vermiştir. Wirtschaftsakademie Şirketi, Facebook'ta fan sayfasının parametrelerini tanımlayarak ve bu fan sayfasını yönetmek ve kullanıcılara tanıtmak sureti ile ortak sorumlu olmuştur. Facebook Insights uygulaması ile toplanan kişisel verilere ilişkin ne Facebook tarafından ne de Wirtschaftsakademie şirketi tarafından kullanıcılar bilgilendirilmemiştir. Burada toplanan kişisel veriler, fan sayfasının ne zaman ziyaret edildiği, hangi ülkeden ziyaret edildiği, yaş grupları, kişilere ilişkin diğer kişisel verilerden oluşmaktadır. CJEU, Wirtschaftsakademie Şirketinin, kişisel verileri kendisi toplaması dahi Facebook Insights uygulaması sayesinde kişisel verilerin işlenmesini talep edebileceğini ayrıca toplanan bu verilerden kendi faaliyetlerinde faydalanabileceğini belirlemiştir. Bu nedenle hem Facebook İrlanda, hem de Wirtschaftsakademie Şirketinin veri ihlalinin dolaylı ortaklaşa sorumlu olduğuna karar verilmiştir. Eylemin oluş zamanı itibarıyla 95/46 sayılı Direktif'in ortak sorumluluk esası uygulanmış ve GDPR'ın 26 ncı maddesi uygulanmamıştır. Ancak CJEU'nun GDPR 26 ncı maddesine yaklaşımının da bu tür durumlarda birlikte sorumluluk şeklinde değerlendirilebileceği anlaşılmaktadır. Bununla birlikte CJEU, sorumluluğun eşit derecede olmayacağını da altını çizmiştir.¹⁷⁷

g. GDPR'nın Uygulama Alanı ve Kontrolör/İşleyicinin Temsilci Ataması

GDPR'ın önemli yeniliklerinden bir tanesi de uygulama alanının (territorial scope) genişletilmiş olmasıdır (extraterritorial scope).

Avrupa Konseyi'nin 10 Ocak 1985 tarihinde yürürlüğe giren 108 sayılı Sözleşmesi'nin birinci maddesiyle uygulama alanı açısından üye ülke

¹⁷⁷ CJEU, C-210/16, paragraf 43.

toprakları esas alınmıştır. Buna göre uyuşu ve ikameti ne olursa olsun, “her bir Taraf ülkedeki gerçek kişinin hakları” güvence altına alınmaktadır. Bununla birlikte 108 sayılı Sözleşme'nin değişen koşullara uyarlanması amacıyla oluşturulan 2014 tarihli Taslak'ta “ülkesel (territorial)” yaklaşım yerine, veri işleme öznelerinin yargılama yetkileri (jurisdiction) esas alınmıştır. Bu yeni ifade, Sözleşme'nin 10 Ekim 2018 tarihinde güncellenen 223 sayılı Sözleşme'de kabul edilmiştir.¹⁷⁸ Bu ifade tanımlanmamakla birlikte, Sözleşme'nin ilk haline göre uygulama alanını her üye ülkenin yargılama yetkilerinin yorumuna göre genişleteceği muhakkaktır.¹⁷⁹

95/46 sayılı Direktif'te uygulama alanını düzenleyen 4/a bendi ile kontrolörün yerleşik olduğu yer, 4/c bendi ile ise veri işlemede kullanılan otomatik cihazların bulunduğu yer esas alınmıştır. 95/46 sayılı Direktif'in 4/a bendinin uygulanması için ilk olarak kontrolörün AB üyesi ülkelerde bulunması hali, ikinci aşamada ise veri işleme faaliyetinin bu kontrolörün faaliyetlerinden kaynaklanmış olması hali dikkate alınmıştır.¹⁸⁰

GDPR'da konunun düzenlendiği 3 üncü maddenin birinci fıkrasında öncelikle AB topraklarındaki bir kontrolör/işleyicinin faaliyetleri esas alınmıştır. Bu düzenleme 95/46 sayılı Direktif'in 4/1 maddesi ile uyumludur. Ancak bendde yer alan “işleme faaliyetinin Birlik içerisinde gerçekleşip gerçekleşmediğine bakılmaksızın” ifadesi de uygulama alanını genişletici etki doğurabilecektir. Çünkü AB topraklarında yer alan bir kontrolörün AB toprakları dışındaki veri işleme faaliyetleri esas alındığında da uygulanacaktır.

GDPR'ın 3/2 maddesi ise veri kontrolörleri ve işleyicilerin AB dışında faaliyet göstermesi durumunda da GDPR'ın uygulama alanı bulmasını sağlamaktadır. Buna göre veri kontrolörü/işleyicisi şirketin merkezi ve faaliyet alanı AB dışında olsa dahi, şayet AB topraklarında bir mal ve hizmet sunumunda bulunuyor ise bu şirketin olası kişisel veri ihlali durumunda GDPR hükümleri uygulanabilecektir. Bu ihtimalde, veri sahibine herhangi bir ödemede bulunulması şartı da aranmamaktadır (GDPR, m. 3/2-a). Bu durum, internetin söz konusu olduğu günümüzde GDPR uygulamasını aşırı genişletici bir etki doğurmaktadır.¹⁸¹ Çünkü herhangi bir web sitesine dünyanın her yerinden girilebilmektedir. Örneğin

178 Protocol amending the Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data, ETS No. 223, Strasbourg, 10.X. 2018, <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/>

179 HERT Paul de; CZERNIAWSKI Michal, Expanding the European data protection scope beyond territory: Article 3 of the General Data Protection Regulation in its wider context, *International Data Privacy Law*, V. 6, No. 3, 2016 (s. 230-243), s. 232.

180 HERT; CZERNIAWSKI, agm., s. 233.

181 HERT; CZERNIAWSKI, agm., s. 237.

ABD’de faaliyet gösteren bir seyahat şirketinin web sitesini kullanan bir AB vatandaşı, bu site aracılığıyla ABD’de bir otele rezervasyon yapmış olsa, bu takdirde ABD şirketi bu kişi açısından GDPR uygulaması ile karşılaşabilecektir. Aynı şekilde Türkiye’de faaliyet gösteren şirketler de, bu olasılıkları dikkate alarak GDPR uyumluluğunu sağlamakla yükümlü olabileceklerdir. Bu geniş uygulama alanı hem ülkeler ve bu ülkelerde faaliyet gösteren şirketler açısından hem de hakları ihlal edilen bireyler bakımından belirsizlik oluşturabilecek niteliktedir. Çünkü ne zaman hangi ülke hukuku ile karşılaşılacağı birey açısından da net değildir. Bu gibi durumlarda, GDPR’nın uygulama alanının belirlenmiş olması diğer ulusal kanunları devre dışı bırakmayacaktır ve kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanması kaçınılmaz olacaktır.¹⁸² GDPR’da bu uygulama gerçek kişilerin GDPR’nın koruma haklarından mahrum olmamaları için konulduğu belirtilmekte ve bu tür bir kontrolör/işleyicinin AB içindeki veri öznelerine mal/hizmet sunup sunmadığının belirlenmesi için bunun öngörülüp öngörülmediğinin (envisages) öncelikle belirlenmesi gerektiği ifade edilmektedir (GDPR, rec. 23). Kontrolör/işleyicinin sadece web sitesinin AB içinden erişilebilir olması durumunda, şirketin e-posta adresi, diğer iletişim ayrıntıları, kullanılan dil, kullanılan para birimi ve AB içindeki müşterilerin yorumları gibi değerlendirmeler dikkate alınabilecektir. Şirketin nerede kurulmuş olduğu bu belirlemeleri yapmak için yeterli olmayacaktır (GDPR, rec. 23). Bununla birlikte, GDPR’ın 3/2-a maddesiyle getirilen AB vatandaşlarının korunmasına yönelik bu yetki düzenlemesinin, GDPR’ın 23 üncü gerekçesiyle yumuşatıldığı ve internet şirketlerine GDPR dışına çıkma şansı verdiği ifade edilmektedir. Buna örnek olarak AB dışından örneğin bir Çin şirketi, global ölçekte oluşturduğu internet sitesinde ürün kataloglarını sergiler. Bu kataloglara dünyanın her yerinden erişim sağlanabilir. Bu aşamada kullanıcılar herhangi bir kişisel verisini kayıt ettirmeksizin, bu katalogları inceleyebilmektedir. Dolayısıyla bir AB vatandaşı bu kataloglardan bir ürün beğense, bu aşamada henüz GDPR uygulanması mümkün olmaz. Ne zamanki kullanıcı ürünü seçip almak için bağlantıyı tıklar. Bu halde kullanıcının önüne üçüncü kişiye ait yeni bir web sitesi açılır. Bu sitede 23 üncü gerekçeye uygun araçlar bulunmaz. Örneğin para birimi Euro değil, ABD dolarıdır. Kullanıcı kişisel verilerini bu yeni web sitesinde kayıt ettirir. Bu üçüncü kişiye ait web sitesi, GDPR kapsamında olmadığını iddia edebilir çünkü AB üyesi ülkelere mal ve hizmet sunumu yapan bu site değil, Çin menşeli şirkete ait ilk web sitesidir. Dolayısıyla bu siteden bir mal ve hizmet sunumu gerçekleşmemiştir. Dolayısıyla GDPR

¹⁸² İnternet üzerinden işlenen haksız fiil ve diğer ihlal hallerinde uygulanacak hukuk ve yetki meselesine ilişkin bkz. Soysal, age., s. 1050-1075.

yetkisini doğuran olayın sadece mal ve hizmet sunumuna indirgenmesi eleştirilmiştir. Oysa bu ifade “pazarlama (marketing) ile bağlantılı (related to marketing)” veya “mal/hizmet tedariki (supply of goods or services)” şeklinde ifade edilse yahut daha basit şekilde “AB içindeki veri öznesi ile bağlantılı” şeklinde ifade edilse, GDPR uygulama alanının daha net ve kesin olacağı ifade edilmiştir.¹⁸³

GDPR'ın 3/2-b maddesiyle AB dışında merkezi olan sosyal medya şirketlerinin hedef alındığı açık olan bir düzenleme yer almaktadır. Buna göre davranışların AB içinde gerçekleştiği ölçüde, AB içindeki tüketicilerin (veri sahiplerinin) davranışlarının izlenmesi durumunda GDPR uygulama alanı bulacaktır. Dolayısıyla AB içinde müşteri tabanı bulunan ve online davranışsal reklamcılık faaliyetinden faydalanan tüm sosyal ağ şirketleri, arama motoru şirketleri veya diğer şirketler bu madde düzenlemesi nedeniyle GDPR uygulamasına muhatap olabileceklerdir. Bu düzenlemede yer alan “davranışların AB içinde gerçekleştiği ölçüde (as far as their behaviour takes place within the Union)” ifadesi, veri kontrolörü ile veri sahibi arasında tek bağlantının veri sahibinin AB üyesi ülkelerde ikamet etmesi olduğu, gevşek bağlantılı durumlarda GDPR'ın uygulanmasının önüne geçecektir.

Veri işleme faaliyetinin “veri sahiplerinin davranışlarının izlenmesi” olarak nitelendirilebilmesi için, başta veri sahibinin kişisel tercihleri, davranışları ve tutumlarını analiz etmek veya tahmin etmek veya o kişiyle ilgili kararlar almak için bir gerçek kişinin profilinin çıkarılması gibi kişisel veri işleme tekniklerinin kullanımını içeren internette gerçek kişilerin izlenmesi olup olmadığı tespit edilmelidir (GDPR, rec. 24). Bu kapsamda Facebook, Google, Twitter gibi şirketlerin GDPR uygulama alanına dahil olduğu açıktır.

95/46sayılı Direktif'in 4/2 maddesine göre, kontrolörün AB topraklarında yerleşik olmaması ve işleme amaçları için AB topraklarındaki otomatik cihazlar kullanılmış ise, kontrolör kendisine karşı açılacak davalara zarar vermeksizin, o üye ülke topraklarında yerleşik bir temsilci atamakla yükümlü kılınmıştır.

GDPR'nın 4/17 nci maddesine göre temsilci AB içerisinde kurulu bulunan, 27 nci madde uyarınca kontrolör veya işleyici tarafından yazılı olarak belirlenen, GDPR kapsamındaki yükümlülükleri ile ilgili olarak kontrolör veya işleyiciyi temsil eden gerçek veya tüzel kişi şeklinde tanımlanmıştır. Dolayısıyla temsilci ataması yazılı olarak yapılmalıdır.

183 ROBERT Madge, **Five Loopholes in the GDPR**, August 27, 2017, <https://medium.com/mydata/five-loopholes-in-the-gdpr-367443c4248b> (Son Erişim Tarihi: 20.03.2019)



Ayrıca temsilci olarak gerçek kişiler gibi tüzel kişiler de atanabilecektir (GDPR, rec. 80).

Kişisel verileri kendilerine mal veya hizmetlerin sağlanması ile ilgili olarak işlenen veya davranışı izlenen (GDPR, m. 3/2) veri sahiplerinin bulunduğu üye devletlerde faaliyet gösteren kontrolör/işleyiciler temsilci atamakla yükümlüdür (GDPR, rec. 80, m. 27/3).

Temsilci, işleme faaliyeti ile ilgili tüm hususlarda, GDPR'a uygunluk sağlanması amacıyla özellikle denetim makamları ve veri sahipleri tarafından kontrolör veya işleyiciye ek olarak veya bunlar yerine muhatap kabul edilmek üzere yetkilendirilir (GDPR, m. 27/4).

4. Unutulma Hakkının Gerekli Olduğu Ölçüde Uygulanmadığı Haller (GDPR M. 17/3)

GDPR'ın 17 nci maddesinde unutulma hakkı düzenlendikten sonra 17/3 maddesinde unutulma hakkının sıralanan amaçlar doğrultusunda gerekli olduğu ölçüde uygulanmayacağı belirtilmiştir. Dolayısıyla GDPR'ın 17/1 maddesi anlamında unutulma hakkı talebi geçerli bir talep olarak nitelendirilse dahi, sürecin tamamlanabilmesi için talebin 17/3'de sayılan istisna hallerine girmemesi gerekir. Eğer talep buna rağmen 17/3 kapsamında da "gerekli" olarak nitelendirilmiş ise artık talep edilen kişisel veri gecikmeksizin silinecektir. Bu haller aşağıda sırasıyla incelenmiştir:

a. İfade Özgürlüğü ve Bilgi Edinme Hakkının Kullanılması (for exercising the right of freedom of expression and information)

GDPR'ın 17/3-a maddesine göre unutulma hakkına konu bilgi, ifade özgürlüğü ile bilgi edinme hakkının kullanılması amacı doğrultusunda gerekli olarak nitelendirilmedikçe, silinemeyecektir. Benzer bir düzenleme 95/46 sayılı Direktif'in 9 uncu maddesi ile 17 ve 37 nci gerekçelerinde de yer almaktaydı.¹⁸⁴

Veri koruması ile ifade özgürlüğü hakları daima çakışan hak kategorileri olarak ele alınmış ve incelenmiştir. Daniel Solove bu iki haktan birini öne çıkarmanın yanlışlığını vurgular ve mahremiyetin korunmaması halinde İnternet özgürlüğünün bizi daha az özgür kılabileceğini belirtir ve bu yüzden mahremiyetin korunması ile ifade özgürlüğü hakları arasında mutlaka bir denge kurulması gerektiğini ifade eder.¹⁸⁵ Solove'a göre her iki

¹⁸⁴95/46 sayılı Direktif düzenlemesinde, GDPR'da yer alan "akademik amaçlar" yer almamaktaydı.

¹⁸⁵Daniel J. Solove, *The Future of Reputation: Gossip, Rumor, and Privacy on the Internet*, Yale University Press, 2007. Aktaran; POLITOU Eugenia; ALEPIS Efthimios; PATSAKIS Constantinos, **Forgetting personal data and revoking consent under the GDPR:**

hak kategorisi de temel bir değeri içermektedir ve mahremiyetin korunması da çoğu zaman ifade özgürlüğü hakları ile aynı şekilde ilerlemektedir. Eğer ifade özgürlüğü haklarını öne çıkarır ve mahremiyeti ona feda ederse, ifade özgürlüğü haklarını meşrulaştıran bazı amaçlar önemli ölçüde zedelenebilir. Bu konuda bir başka araştırmacı David Lindsay iki hakkın birbirinin zıttı gibi algılanmasının doğru olmadığını, bireylerin kendi kişisel verileri üzerinde kontrollerinin olduğuna inanmaları durumunda, bu verileri paylaşmasının da daha olası olacağını belirtir. Öte yandan eğer insanlar online ortamda yaptıkları ve söylediklerinin herkes tarafından daima ulaşılabilir olduğunu düşünüyorlarsa, kendi düşüncelerine oto-sansür uygulama olasılıklarının da daha yüksek olacağı açıktır.¹⁸⁶ Üstelik konu unutulma hakkı olduğunda, unutulma hakkının silme haklarından farklı bir uygulaması olduğunu, bilgiyi kaynağında silme yerine endekslenmemesinin sağlanması fikrinin öne çıktığını, bu yüzden ifade özgürlüğü haklarını ortadan kaldırma gibi bir durum olmadığı ifade edilmektedir.¹⁸⁷

GDPR'da unutulma hakkının, ifade özgürlüğü ve basının bilgi verme haklarına karşı baskın çıkmaması için gerekli düzenlemelerin de yer aldığı belirtilmektedir. Buna göre 17/3 maddesindeki bu istisna haricinde, GDPR'ın 85 inci maddesiyle kişisel verilerin gazetecilik amaçlı işlenmesi ile akademik, sanatsal ve edebi ifade amaçları ile işlenmesine ilişkin üye ülkelerin düzenleme yapması gereği vurgulanmıştır. GDPR'ın 2/2-c maddesiyle tamamen kişisel ve ev faaliyeti esnasında bir gerçek kişi tarafından kişisel verilerin işlenmesi halinde de GDPR koruma mekanizmalarının işlemeyeceği düzenlemesi yapılmıştır. Bu düzenleme de unutulma hakkının ifade özgürlüğü haklarına karşı baskın olmasını engelleyici olarak yorumlanmalıdır.

CJEU, Google İspanya kararında genel bir kural olarak, kişilerin temel haklarından olan kişisel verileri üzerindeki haklarının, internet kullanıcılarının arama motoru sonuçları üzerindeki bilgi edinme haklarına oranla daha korunmaya değer olduğunu ancak bunun için bazı hususların dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir. Buna göre unutulma hakkına konu bilginin niteliği, bilginin veri sahibinin özel hayatı üzerindeki etkisi,

Challenges and proposed solutions, Journal of Cybersecurity, V. 4, I. 1, March 2018, <https://academic.oup.com/cybersecurity/article/4/1/tyy001/4954056> (Son Erişim Tarihi: 15.09.2019).

186 Politou; Alepis; Patsakis, <https://academic.oup.com/cybersecurity/article/4/1/tyy001/4954056> (Son Erişim Tarihi: 15.09.2019).

187 Politou; Alepis; Patsakis, <https://academic.oup.com/cybersecurity/article/4/1/tyy001/4954056> (Son Erişim Tarihi: 15.09.2019).



kamunun bilgiye ulaşmadaki menfaati, özellikle veri sahibinin kamu hayatında önemli bir role sahip olduğu haller, dikkate alınmalıdır.¹⁸⁸

İrlanda Yüksek Mahkemesi tarafından Şubat 2018’de verilen bir karara¹⁸⁹ konu olayda unutulma hakkı talep eden, İrlanda’da yerel bir politikacıdır. Bu politikacının ismi Google’de arandığı zaman listelenen sonuçlardan bir tanesi de bir forumda yazılan “Kuzey Dublin’in Homophobic Adayı (North County Dublin’s Homophobic Candidate)” başlığıdır. İrlanda Veri Koruma Otoritesi, kişinin kamu önünde bir kişi olması, talebe konu bilginin kamunun bilgi edinme menfaatine dahil olduğunu ve forumda kişilerin ifade özgürlüklerinin kullanılmasından ibaret olduğunu belirterek talebi reddetmiştir. İlk derece mahkemesi, söz konusu bilginin bir gerçek olgudan ziyade bir düşünce açıklaması olduğundan, Google’un bunu belirtir şekilde “Tırnak veya parantez içinde, bu cümleyi verebileceğini” belirtir. İrlanda Yüksek Mahkemesi ise arama motorlarına bu tür bir yükümlülük yüklemenin onlara editörlük görevi verilmesi olduğunu ve sorumluluğu ağırlaştıracağını ve pratikte uygulanamaz hale getireceğini belirtmiş ve talep sahibinin konumunu ve ifade özgürlüğü esaslarını dikkate alarak talebin reddine karar vermiştir.¹⁹⁰

Nisan 2018 tarihinde İngiltere Yüksek Mahkemesi önüne gelen unutulma hakkına ilişkin talep iki suçlunun Google’da endekslenen tutuklanmalarına ilişkin bilgiye ilişkindir. Mahkeme kişilerin kişisel verilerinin korunmasını dikkate alarak isimlerini açıklamaksızın NT1 ve NT2 kodlarıyla kararını açıklamıştır. NT1 iş adamıdır ve bir gayrimenkul satışında dolandırıcılık nedeniyle ceza almış ancak cezası zamanaşımına uğramıştır. Kişi, halen bu suçuna ilişkin bilginin Google’da ismi arandığında çıktığını belirterek bu bilginin listelenmemesini istemektedir. Mahkeme, söz konusu bilginin kişinin özel yaşamıyla değil, iş yaşamıyla ilgili olduğunu ve kamu tarafından öğrenilmesinde kamunun menfaati olduğunu belirtmiş ve talebi reddetmiştir. İkinci talep NT2’nin suçu ise ironik şekilde başkalarının telefonunu dinleme, bilgisayar hackleme gibi mahremiyet ihlaline ilişkindir. NT2, bu suçlar nedeniyle herhangi bir finansal kazanç elde etmemiştir. Ayrıca NT1’in aksine suçunu kabul etmemektedir. NT2’nin okul çağında küçük bir çocuğu bulunmaktadır. Mahkeme bu hususu da dikkate almış ve kişinin suçunun kamu tarafından

188 Case C-131/12, paragraf 91-96.

189 Savage v. The Data Protection Commissioner, Anor, 2018, IEHC, 122.

190 Data Commissioner, Google win appeal over ‘right to be forgotten’, February 16, 2018, <https://www.irishtimes.com/news/crime-and-law/courts/high-court/data-commissioner-google-win-appeal-over-right-to-be-forgotten-1.3395053>

öğrenilmeye devam edilmesinde kamunun bir menfaatinin bulunmaması nedeniyle NT2'nin talebinin kabulüne karar vermiştir.¹⁹¹

GDPR'ın 95/46 sayılı Direktif'e oranla daha katı hükümler öngördüğü ve 17 nci maddede düzenlenen unutulma hakkının sadece arama motorlarına veya verinin yeniden listelenmesine yönelik olmadığı, tüm veriye ilişkin, kontrolör niteliğindeki şirketleri silme yükümlülüğü getirdiği belirtilmekte ve bu düzenlemelerin ifade özgürlüğü haklarına zarar verdiği de ifade edilmektedir.¹⁹² Bize göre de, GDPR 17 nci madde düzenlemesi, online ortama özgü unutulma hakkını genişletici niteliktedir. Ancak bu durum, veri koruma otoritelerinin ve mahkemelerin 17/3 maddesindeki istisnaları dengeye dayalı olarak yorumlamasına engel değildir. Her somut olayda, kişinin kamuya mâl olmuş bir kişi olup olmadığı, silinme talebine konu bilginin niteliği, kişinin bilginin yayılmasındaki tavrı, kamunun bu bilginin ulaşılabilir olmasındaki menfaati hususları dikkate alınarak ifade özgürlüğü ve bilgi edinme hakları ile özel hayatın gizliliği hakları arasında bir denge gözetilmeye çalışılmalıdır. GDPR'da bu yoruma izin vermektedir. GDPR'ın 153 üncü Gereğesinin son cümlesi, "*Her demokratik toplumda ifade özgürlüğü hakkının öneminin dikkate alınabilmesi için, ifade özgürlüğüne ilişkin kavramların, gazetecilik (journalism) gibi, geniş yorumlanması gereklidir.*" şeklinde düzenlenmiştir. Dolayısıyla bu kapsamda Facebook, Twitter gibi sosyal medya mecralarında yayımlanan ve kamuya düzenli olarak bilgi vermeyi amaçlayan içerik de gazetecilik amaçlı olarak değerlendirilebilecek ve muafiyetten faydalanabilecektir. GDPR'da istisnaların düzenlendiği maddelerde bu faaliyetleri yerine getirene göre değil, "*gazetecilik, akademik gibi*" faaliyetin niteliğine göre bir belirleme yapıldığından, 153 üncü Gereğ'e'nin son cümlesini de esas alarak geniş bir yorum yapmak yerinde olacaktır. Ayrıca 17 nci maddenin geniş anlamına rağmen arama motorlarının gerçekleştirdiği faaliyet dikkate alınarak arama motorlarına yönelik yükümlülüğün anahtar kelime sonucu çıkan sonuçlardan çıkarılma (delisted) şeklinde devam edeceği, bunun ise ifade özgürlüğü haklarına daha az zedeleyici olduğunu düşünüyoruz.

191 MCCARTHY Hugh, **Part I: the GDPR, freedom of expression and a right to remember, Data Protection Ireland**, V. 11, I. 3, 16 November, 2018 (s. 6-8)., <http://www.arthurcox.com/wp-content/uploads/2018/07/Part-1-the-GDPR-freedom-of-expression-and-a-right-to-remember-Hugh-McCarthy-Arthur-Cox.pdf>, s. 8.

192 MASNICK Mike, **Dear Europe: Please Don't Kill Free Speech in the name of 'Privacy Protection'**, May 8, 2017, <https://www.techdirt.com/articles/20170505/17475037310/dear-europe-please-dont-kill-free-speech-name-privacy-protection.shtml> (Son Erişim Tarihi: 15.09.2019)



b. Yasal Bir Yükümlülüğe Uyulması Amacıyla (for compliance with legal obligation)

GDPR'ın 17/3-b maddesinde yer alan bu türden bir istisnaya 95/46 sayılı Direktif'in 33 üncü Gerekçesinde de yer verilmiştir. Düzenleme ile AB üyesi ülkelerin ulusal hukuklarınca veya Birlik hukukunca, kişisel verinin işlenmesine ilişkin yasal bir yükümlülük bulunmaktaysa, bu işleme faaliyeti konusu bilginin silinmeye/unutulmaya konu olmaması amaçlanmıştır. Bu tür yasal işlemenin hukuka uygun olduğu GDPR'ın 6/1-c maddesinde belirtilmiştir. Örneğin kişilerin sabıka kayıtlarının işlenmesi bu türden bir kişisel veri işlemesidir. GDPR düzenlemesi bir AB mevzuatı olmakla, AB mevzuatı veya AB üyesi ülkeleri dışındaki üçüncü ülke hukuklarında yapılan düzenlemelere dayanan kişisel veri işlemleri bu madde istisnasından yararlanamayacaktır.

c. Kamu Yararı Çerçevesinde Yerine Getirilen Bir Görevin Yerine Getirilmesi veya Kontrolöre Verilen Resmi Bir Yetkinin Uygulanması Amacıyla (For The Performance Of A Task Carried Out In The Public Interest Or In The Exercise Of Official Authority Vested In The Controller)

GDPR'ın 17/3-b maddesinde yer alan düzenlemeye benzer bir istisnaya 95/46 sayılı Direktif'in 30 uncu Gerekçesinde ve 8/4 maddesinde de yer verilmiştir.

Kişisel verilerin işlenmesi, milli güvenlik, savunma, kamu güvenliği, suçların önlenmesi, soruşturulması, kovuşturulması, cezaların infaz edilmesi, ile bir AB üyesi devletin genel kamu yararı (general public interest) sebepleri ile sınırlandırılabilir (GDPR, m. 23/1, rec. 73). Elbette bu sınırlandırmaların AIHS ve Avrupa Temel Haklar Bildirgesi'ne uygun olması gerekir. Bu türden bir veri işleminin hukuka uygun olduğu GDPR'ın 6/1-e maddesiyle de güvence altına alınmıştır. Dolayısıyla sosyal medya şirketlerine, AB üyesi ülke ulusal veri koruma otoriteleri tarafından veya diğer kurumları tarafından verilen resmi işleme yetkisi çerçevesinde verilerin işlenmesi halinde, unutulma hakkı uygulanmayacaktır. Ancak bu yetkinin mutlaka amaçları belirtilmek kaydıyla yasalar ile tevdi şarttır (GDPR, rec. 45).

d. Halk Sağlığı Alanındaki Kamu Yararına Esas Sebepler (On The Grounds Of Public Interest In The Area Of Public Health)

GDPR'ın 9/1 maddesiyle kişisel verilerin ırk veya etnik köken, siyasi görüşler, dini/felsefi inançlar ya da sendika üyeliğinin ifşa edildiği şekilde işlenmesi veya bir gerçek kişinin kimlik teşhisinin yapılması amacıyla genetik/biyometrik verilerin ya da sağlık ile ilgili verilerin veya bir gerçek

kişinin cinsel yaşamı ve eğilimine ilişkin verilerin işlenmesinin yasak olduğu düzenlenmiştir. Bununla birlikte sağlığa yönelik ciddi sınır ötesi tehditlere karşı koruma sağlanması veya sağlık hizmetleri, tıbbi ürünler ya da tıbbi cihazlara ilişkin yüksek kalite ve emniyet standartları sağlanması gibi halk sağlığı (public health) alanında kamu yararına yönelik işleme faaliyetlerine bu yasak uygulanmayacaktır. Ancak bunun için mesleki gizlilik başta olmak üzere veri sahibinin hakları ve özgürlüklerine ilişkin güvence sağlanması, uygun spesifik tedbirlerin alınması şart kılınmıştır (GDPR, m. 9/2-i).

Bu düzenlemeyle uyumlu olarak unutulma hakkının uygulanmayacağı hallerden birisi de 17/3-c düzenlemesi ile halk sağlığı alanındaki kamu yararı sebeplerinden dolayı kişisel verilerin işlenmesi durumunda, unutulma/silme hakkı uygulanmayabilecektir.

GDPR'ın 4/15 inci maddesiyle sağlıkla ilgili veriler sağlık hizmetlerinin sağlanması da dahil olmak üzere bir gerçek kişinin sağlık durumuyla ilgili bilgilerin açıklandığı ve söz konusu gerçek kişinin fiziksel veya ruhsal sağlığına ilişkin kişisel verilerdir ve korunmaya değer kişisel veri kategorilerinden birini oluşturur.

Bununla birlikte konulan bu istisnai düzenlemeler nedeniyle 'halk sağlığı alanındaki kamu yararı' esas alınarak kişisel verilerin işlenmesi mümkündür. Bu tür bir durum olduğu, kontrolör/işleyici tarafından ortaya konulmalıdır. Bunun için gerekli olduğu hallerde ulusal sağlık otoritelerinden ve Dünya Sağlık Örgütü'nden de bilgi/belge sağlanması mümkündür.

e. Kamu Yararına Arşivleme Amaçları (For Archiving Purposes In The Public Interest)

Kamu yararına arşivleme amaçları ile tutulan kayıtlar da GDPR kapsamında verilerin işlenmesine ilişkin istisnalar arasında kabul edilmiştir (GDPR, m. 5/1-e, 9/2-j, 89/1). Bu durum aynı zamanda GDPR'ın 17/3-d maddesi uyarınca unutulma hakkının uygulanmayacağı haller arasında sayılmıştır.

Kamu yararına arşivleme amaçları, bilimsel veya tarihi araştırma amaçları ya da istatiki amaçlar doğrultusunda işleme faaliyeti GDPR uyarınca veri sahibinin hakları ve özgürlükleri açısından uygun güvencelere tabi kabul edilmiştir (GDPR, m. 89/1). Bu tür kayıtları arşivleyen kamu/özel organizasyonlarının genel kamunun yararı için kalıcı değer kayıtlarının edinilmesi, korunması, değerlendirmesi, düzenlenmesi, açıklanması, iletilmesi, yayılması ve erişimi gibi konularda yasal yükümlülüğe sahip olması gerekir (GDPR, rec. 158). Bu istisnadan



çok çeşitli gruplar faydalanabilir: şirketler, kamu kurumları, gönüllülük esasına göre hareket eden sivil toplum oluşumları gibi. Önemli olan arşivin niteliğinden çok arşivi tutan kurumun GDPR'ın 158 inci gerekçesine uygun olarak yetkilendirilmiş olmasıdır.¹⁹³

Üye devletler, diğer bazı konularda da kişisel bilgilerin arşivleme amaçlı işlenmesine izin verebilecektir. Bu konulara örnek olarak eski totaliter devlet rejimleri altındaki politik davranışlar, soykırım, holokost veya savaş suçları gibi insanlığa karşı suçlara ilişkin spesifik bilgiler sağlanması amacıyla arşivlemeye izin verildiği haller gösterilmiştir (GDPR, rec. 158).

Arşivleme hizmetinde bulunan organizasyonlar bu istisnadan yalnızca arşivlemeye esas bilgiler açısından yararlanırlar. Arşiv servisleri tarafından kayıt edilen diğer tüm kişisel bilgiler örneğin kütüphane, konferans ve eğitim faaliyetlerine gelen öğrencilerin kişisel verileri gibi, GDPR kuralları kapsamında korumaya değer olacaktır.¹⁹⁴

Bir diğer önemli nokta, kamu yararına arşivleme amaçlı istisna sadece bu amaç ile sınırlı olarak (GDPR, m. 5/1-b) ve bu arşivlemenin gerektirdiği en az seviyede veri işleme ilkesine uygun olarak (data minimisation, GDPR, m. 5/1-c) kullanılmalıdır. Bu husus 17/3-d maddesinde, “unutulma hakkının kullanılmasının, ilgili işleme amaçlarının sağlanmasını imkansız hale getirmesi veya sağlanmasına ciddi şekilde zarar vermesinin muhtemel olduğu ölçüde (in so far as ...likely to render impossible or seriously impair the achievement of the objectives of that processing)” şeklinde ifade edilmiştir. Dolayısıyla eğer kişisel verinin silinmesi halinde kamu yararına arşivleme hizmeti imkansız hale gelmiyor veya ciddi şekilde zarar görmüyor ise silme işlemi gerçekleştirilmelidir. Bu ölçütler çerçevesinde, bireylerin unutulma/silme hakkı taleplerinin de olumlu karşılanmaması mümkün olacaktır.

AİHM'de 28 Haziran 2018 tarihinde karara bağlanan bir uyuşmazlıkta¹⁹⁵ kişisel bilgilerin internette yayımlanması nedeni ile AİHS kapsamında başvuruda bulunulup bulunulamayacağı ile tarihsel araştırma ve bilgi edinme kapsamında internet arşivlerinin önemine dikkat çekilmiştir. Söz

193 European Archives Group, Guidance on Data Protection for Archive Services, October 2018, https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/eag_draft_guidelines_1_11_0.pdf, s. 10. (Son Erişim Tarihi: 19.03.2019)

194 European Archives Group (EAG), Guidance on Data Protection for Archive Services, EAG Guidelines on the implementation of the General Data Protection Regulation in the archive sector, October 2018, https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/eag_draft_guidelines_1_11_0.pdf, s. 11.

195 Court of Human Rights, Fifth Section, Case of ML. and WW v. Germany, 60798/10 ve 65599/10, June 28, 2018, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-184438> Karar Fransızca verilmiştir.

konusu başvuru Almanya'da meşhur bir aktör olan 64 yaşındaki Walter Sedlmayr'ın 14 Temmuz 1990 tarihinde bir cinayet sonucu öldürülmesinin ardından Wolfgang Werle ve Manfred Lauber isimli iki üvey kardeşin bu cinayet nedeniyle tutuklanmasının ardından 2007 ve 2008 yıllarında şartlı tahliye edilmeleri sonrasında, kendileriyle ilgili haberlerin internette yer almamasına ilişkin talepleri üzerine verilen karara ilişkindir. Almanya Federal Mahkemesi (Bundesgerichtshof), farklı yerel mahkemelerin kararlarına ilişkin olarak kamuoyunun ilgisine mâl olmuş bir cinayet nedeniyle geçmişte yapılan haberlerin, yeni bir haber olmadığı ilk bakışta anlaşılması halinde ve potansiyel okuyucuların ilgili haberlere ulaşmalarının arşivden mümkün olduğu durumlarda, bu tür haberlerin internette ve tarihi hafızalardan silinmesi için yeterli sebeplerin mevcut olmadığına karar vermiştir. Bu nedenle talepleri reddedilen iki kardeş 15 ve 29 Ekim 2010 tarihlerinde AİHS'in 8 inci maddesinde düzenlenen özel hayatın gizliliği haklarının ihlal edildiği iddiasıyla AİHM'e başvuruda bulunmuşlardır.

AİHM'e göre Sözleşme'nin 8 inci maddesinde düzenlenen 'özel yaşam' kavramı sınırlayıcı değil, geniş bir kavramdır ve kişinin kendi rızası bulunmaksızın basılı bulunan ve yayımlanmakta olan kişisel bilgileri de içerir.¹⁹⁶ Bununla birlikte, 8 inci maddenin ihlal edildiğinin kabulü için kişisel itibara yönelik saldırının belirli bir ciddiyet derecesinde olması ve zarar verici nitelik taşıması şarttır. Ayrıca cezai suçlara ilişkin itibara zarar verici içerik katlanılabilir kabul edilmelidir.¹⁹⁷ AİHM'e göre bu tür bir ihlal iddiası bir taraftan başvuru sahiplerinin özel yaşam haklarına saygı ile davaya müdahil olarak katılan radyo istasyonu ile basın kuruluşlarının ifade özgürlüğü hakları ile kamunun bilgi edinme hakları arasında uygun bir denge bulunmasını gerektirmektedir. AİHM'e göre, yargı önüne taşınmış konuların bu alandaki uzmanlık dergilerinde veya basında ya da kamuoyunda tartışılmayacağı söylenemez. Medyanın bu tür bilgi ve fikirleri iletme rolü ile kamunun bu bilgiye ulaşma hakkı birbirini tamamlamaktadır. Aksinin kabulü, basının vazgeçilmez rolü olan bekçi (watchdog) rolünü yerine getirmesini engelleyecektir.¹⁹⁸ Basının bu birincil rolüne ek olarak daha önce yayımlanmış bilgilerden arşivler oluşturma ve bu arşivleri kamuya açık halde tutma gibi önemli bir yan işlevi daha bulunmaktadır. Bu kapsamda internet üzerindeki arşivlerin kamuoyu için ulaşılabilir kılınmasının, haberlerin ve bilgilerin korunmasına büyük katkıda bulunduğu açıktır. Dijital arşivler de,

196 Case of ML. and WW v. Germany, 60798/10 ve 65599/10, paragraf 6.

197 Case of ML. and WW v. Germany, 60798/10 ve 65599/10, paragraf 88.

198 Case of ML. and WW v. Germany, 60798/10 ve 65599/10, paragraf 89.



öğretme ve tarihsel araştırmalar için değerli bir kaynaktır.¹⁹⁹ İnternette yayınlanmış kişisel bilgilerin kişinin özel hayatı açısından taşıdığı risk ve önem kabul edilirken, bu bilgilerin dijital bir arşiv olarak kamunun geçmiş ve gelecekteki olayları öğrenmek ve günümüz tarihi açısından taşıdığı değerin de yadsınamayacağı belirtilmiştir. İnternet arşivinde başvurularla ilgili yer alan haberlerin içeriği de, başvuranların kişilik haklarına zarar verme amaçlı değildir. Bu bilgilerin dolaşımı da sınırlı düzeydedir. AİHM, internette yer alan bir bilginin sürekli erişilebilir olduğunun farkında olmakla birlikte, başvuranların bu hususta arama motorlarına bir başvuruda bulunmadığını tespit etmiştir. Sonuç olarak AİHM, Alman Federal Mahkemesi kararının yerine geçecek bir karar tesis etmeye gerek duymamış ve başvuranların 8 inci maddede dzenlenen haklarının ihlal edilmediğine karar vermiştir.²⁰⁰

f. Bilimsel veya Tarihi Araştırma Amaçları ya da İstatistik Amaçlar Doğrultusunda (For Scientific Or Historical Research Purposes Or Statistical Purposes)

Bilimsel veya tarihi araştırma amaçları ya da istatistik amaçlar doğrultusunda tutulan kayıtlar da GDPR kapsamında verilerin işlenmesine ilişkin istisnalar arasında kabul edilmiştir (GDPR, 5/1-e, m. 9/2-j, 89/2). Bu durum aynı zamanda GDPR'in 17/3-d maddesi uyarınca unutulma hakkının uygulanmayacağı haller arasında sayılmıştır.

Kamu yararına arşivleme amaçları, bilimsel veya tarihi araştırma amaçları ya da istatistik amaçlar doğrultusunda işleme faaliyeti GDPR uyarınca veri sahibinin hakları ve özgürlükleri açısından uygun güvencelere tabi kabul edilmiştir (GDPR, m. 89/1).

Veri toplanması sırasında, bilimsel araştırma amaçlı kişisel veri işlemenin amacını belirlemek mümkün olmayabilecektir. Bu nedenle, veri sahipleri, bilimsel araştırma için kabul görmüş etik standartlara uygun olarak bilimsel araştırmaların belli alanlarına rıza göstermeleri gerekir. Ayrıca veri sahiplerinin, yalnızca belirli araştırma alanlarına veya bölümlerine, bilimsel araştırmanın amaçları ile orantılı şekilde izin verebilmesi de mümkün olmalıdır (GDPR, rec. 33). Bununla birlikte bilimsel araştırma için kabul görmüş etik standartlar konusunda da bir netlik bulunmamaktadır. Bu alanda yeni dijital etik ilkelerin oluşturulması çabaları da bulunmaktadır.²⁰¹

199 Case of ML. and WW v. Germany, 60798/10 ve 65599/10, paragraf 90.

200 Case of ML. and WW v. Germany, 60798/10 ve 65599/10, paragraf 116.

201 EDPS starts work on a New Digital Ethics, 28 January 2016, https://edps.europa.eu/sites/edp/files/edpsweb_press_releases/edps-2016-05-edps_ethics_advisory_group_en.pdf



GDPR kapsamında bilimsel araştırma kapsamı da teknolojik gelişim ve ispat, temel araştırma, uygulamalı araştırma ve özel olarak finanse edilen araştırmalar dahil olmak üzere geniş olarak yorumlanmaktadır (GDPR, rec. 159). Bilimsel araştırma amaçları, halk sağlığı alanındaki kamu yararına yapılan çalışmaları da içermektedir.

g. Yasal İddialarda Bulunulması, Uygulanması veya Savunulması Açısından (For The Establishment, Exercise Or Defence Of Legal Claims)

GDPR'ın 17/3-e maddesinde unutulma hakkının uygulanmayacağı hallerden sonuncusu yasal iddialarda bulunulması, yasal iddiaların uygulanması ve savunulması olarak belirtilmiştir. Bu ifadelere GDPR'da spesifik durumlara özgü derogasyonların düzenlendiği 49 uncu maddede yer verilmiştir. Buna göre üçüncü bir ülkeye veya uluslararası bir kuruluşa veri transferi hallerinden bir tanesi de transferin yasal iddialarda bulunulması, bu iddiaların uygulanması veya savunulması açısından gerekli olması halidir (GDPR, m. 49/1-e). GDPR'ın 111 inci Gereğesinde, transferin yapılma hallerine ilişkin olarak şu husus belirtilmiştir: Transfer, yargısal, idari veya mahkeme dışı herhangi bir prosedür kapsamında gerçekleşip gerçekleşmediğine bakılmaksızın, örneğin düzenleyici kurumlar nezdindeki prosedürler de dahil olmak üzere, yasal bir talep veya sözleşmeye dayalı bir talep ile kesintili meydana gelse de gerekli olarak nitelendirilmiş ise, bu takdirde veri üçüncü bir ülkeye veya uluslararası kuruluşa transfer edilebilecektir. Dolayısıyla yasal talep (legal claim), yargısal, idari, mahkeme dışı veya düzenleyici kurumlar (regulatory bodies) kaynaklı olarak doğabilecektir. Ayrıca cezai veya idari nitelikte olabilecektir. Bu nedenle 'yasal talep/iddia (legal claims)' ifadesini geniş olarak yorumlamak gerekmektedir.

GDPR'da yasal dayanak (legal basis) veya yasal önlem (legislative measure) ifadesinden de, sadece bir parlamento tarafından kabul edilen yasama eylemi sonucu oluşan yasal metinlerin anlaşılacağı, 'açık (clear)' ve 'kesin (precise)' niteliği taşıyan, ayrıca hedef aldığı kişiler için öngörülebilir (foreseeable) olan CJEU ve AİHM içtihatlarına uygun metinleri de kapsayacağı belirtilmiştir (GDPR, rec. 41).

SONUÇ

95/46 sayılı Direktif 24 Ekim 1995 tarihinde kabul edildiğinde, internet ve teknoloji alanında yaşanan gelişmeler bugünkünün çok uzağındaydı. 1995 yılında dünya nüfusunun yalnızca % 0,4'ü internet kullanıcısı idi. Ülkemizde ise o dönemler kullanıcı sayısı sadece binlerle ifade

ediliyordu.²⁰² Arama motorlarının öncüsü Lycos 1994, Altavista ve Yahoo ise 1995 yılında 95/46 sayılı Direktif'in kabul edilmesinden kısa süre önce faaliyete geçmişlerdir. İnternette önemli bir değişimi getirecek Google ise o tarihlerde henüz yoktur.²⁰³ 1994 yılında yalnızca 3.000 olan web sitesi sayısı unutulma hakkında ilişkin CJEU kararının verildiği 2014 yılında 1 milyar olmuştur. Günümüzde ise dünya üzerinde yaşayan 7.7 milyar insanın 4.3 milyarının internet kullanıcısı olduğu, 2.7 milyar kişinin akıllı telefon kullandığı, her gün 2.5 ketilyon²⁰⁴ baytlık verinin oluşturulduğu, sadece son 2 yılda, toplam verinin % 90'ı kadar verinin yeniden oluşturulduğu bir çağı yaşamaktayız.²⁰⁵ 2012 yılında Davos'ta yapılan Dünya Ekonomik Forumu'nda tıpkı para, altın gibi varlıklara ek olarak, yeni bir ekonomik değer olarak 'büyük veri' den bahsedilmiştir.²⁰⁶ 2011 yılında ABD'de 17 endüstri sektöründen 15'inden şirket başına düşen veri miktarı, ABD'nin Kongre Kütüphanesi'nin sakladığı 235 terabayt²⁰⁷ veriden daha büyük olduğu açıklanmıştır. Tüm dünya üzerindeki verinin % 90'ının son iki yılda üretildiği belirtilmektedir.²⁰⁸ Büyük veri (big data) ile birlikte günümüzde asla ölçülemeyen, saklanamayan, analiz edilemeyen ve paylaşılamayan şeylerin büyük çoğunluğu verileştirilmeye başlanmıştır. Büyük veri genel olarak kullanılan programların saklama, yönetme ve işleme kapasitesinin ötesindeki veri kümelerini anlatmak kullanılan bir terimdir.²⁰⁹ Büyük veri problemi nedeniyle şirketlerin sahip oldukları verinin ancak % 12'sini analize edebildikleri belirtilmektedir. Büyük veri problemi sadece şirketler açısından çözülmesi ve yönetilmesi gereken

202 Ülkemizde internet tarihi ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Soysal, age., s. 225-228.

203 Arama motorları için bkz. Soysal, Domain Name Law, s. 84-87.

204 Quin-tillion, 10 üzeri 18'e eşit büyük sayıyı ifade eder. Bkz. <http://www.math.com/tables/general/numnotation.htm>

205 Rakamlar için bkz. Internet Worldstats, <https://www.internetworldstats.com/>; Number of Smartphone Users Worldwide from 2014 to 2020, <https://www.statista.com/statistics/330695/number-of-smartphone-users-worldwide/>; How Much Data Do We Create Every Day? The Mind-Blowing Stats Everyone Should Read, May 21, 2018, <https://www.forbes.com/sites/bernardmarr/2018/05/21/how-much-data-do-we-create-every-day-the-mind-blowing-stats-everyone-should-read/#982e2ca60ba9> (Son Erişim Tarihi: 20.03.2019)

206 World Economic Forum, Big Data, Big Impact: New Possibilities for International Development, 2012, http://www3.weforum.org/docs/WEF_TC_MFS_BigDataBigImpact_Briefing_2012.pdf (Son Erişim Tarihi: 20.03.2019)

207 Dijital bilgide kullanılan 10 üzeri 12'ye eşit 1 trilyon baytlık büyüklüğü ifade eder. Bkz. <https://en.wikipedia.org/wiki/Terabyte>

208 Büyük veri ile ilgili rakamlar için bkz. 10 Eye-opening Stats About the Growth of Big Data, August 20, 2018, <https://www.attunity.com/blog/10-eye-opening-stats-about-the-growth-of-big-data/> (Son Erişim Tarihi: 20.03.2019)

209 DOĞAN Korcan; ARSLANTEKİN Sacit, Büyük Veri: Önemi, Yapısı ve Günümüzdeki Durum, **Ankara Üniversitesi, Dil ve Tarih-Coğrafya Fakültesi Dergisi**, 56, (1), 2016 (s. 15-36), s. 22.

bir olguya değil, her gün sayısız veri bombardımanına tutulan birey açısından da sağlıklı, dengeli ve saygınlığını sağlayıcı bir duruma olan ihtiyacı işaret etmektedir. İnternetteki bilgi sadece erişilebilir (accessible) değil, aynı zamanda da ölümsüz (eternal) olarak nitelendirilmiştir.²¹⁰ Bu yüzden bireyin, bu yeni dönemde kendisine ait bilgilerinin geleceğini belirleme hakkı her zamankinden daha zor ve önemli hale gelmiştir.

25 Mayıs 2018 tarihinde yürürlüğe giren Avrupa Birliği'nin Genel Veri Koruma Tüzüğü'nü de bu çerçevede okumak ve değerlendirmek gerekir. GDPR, veri koruma rejiminin elden geçirilmesi ve modernleştirilmesidir. Bireyler açısından yeni koruma ve güvence mekanizmaları getiren bu yeni araç, her gün sayısız veri işleyen, depolayan ve kullanıcılara sunan şirketler açısından ise yeni yükümlülükler getirmektedir. Üstelik GDPR'ın genişleyen uygulama alanı nedeniyle sadece AB şirketleri değil, AB dışındaki şirketler açısından da bu yeni duruma uyum sağlamak zorunlu bir hâl almıştır.

Veri kontrolörü/işleyicisi şirketler açısından yeni dönemde en önemli ilke bize göre kişisel verilerin işlendikleri amaçla kıyaslandığında yeterli, yerinde ve gerekli olan kadar işlenmesini ifade eden asgari düzeyde veri işlenmesi ilkesi olacaktır. Bunun dışında şirketler kişisel veri ihlalden haberdar olduğu andan itibaren kural olarak 72 saat içinde ihlali denetim otoritesine bildirmekle yükümlü kılınmışlardır. Veri kontrolörlerinin verinin işlenmesine ilişkin rızanın verildiğini ispat ile yükümlü olmaları da artan sorumluluğun bir diğer yönünü ifade etmektedir. Şirketler GDPR 17 nci maddesinde düzenlenen unutulma hakkının da sorumlusu olabilecektir. Bize göre GDPR'ın 17/1 maddesiyle sayılan geniş kapsamlı haller nedeniyle yeni durumda unutulma hakkının da uygulama alanı genişlemiştir. Ayrıca 17/2 maddesiyle benimsenen aynı verileri işleyen diğer kontrolörlerin de bilgilendirilmesi ve onlarında söz konusu verileri silmekle yükümlü olması hakkın kapsamını önemli ölçüde genişletmektedir. Bununla birlikte 17/3 maddesindeki istisnalar ile hakkın dengeye dayalı uygulamasının temin edilmesi amaçlanmıştır. Burada unutulma hakkının 'gerekli olduğu ölçüde uygulanmayacağı' şeklindeki vurgu da dengeye dayalı yaklaşımı vurgulamaktadır.

GDPR'ın 83 üncü maddesiyle benimsenen ağır idari para cezaları da dikkate alındığında, şirketlerin GDPR uyumluluğunun sağlanmasının önemi daha açık şekilde ortaya çıkmaktadır.

210 ALESSI Stefanie, *Ethernal Sunshine: The Right to be Forgotten in the European Union after the 2016 General Data Protection Regulation*, Emory International Law Review, V. 32, 2017 (s. 145-171)., http://law.emory.edu/eilr/_documents/volumes/32/1/alessi.pdf, s. 155.



Dijital çağ, bilgiye nasıl erişileceği ve kullanılacağına ilişkin tüm bilinenleri değiştirmiştir. Amerikalı iletişim uzmanları Jerry Berman ve Deirdre Mulligan 1999 yılında yazdıkları makalede, mahremiyetimizi etkileyen üç önemli gelişme yaşandığından bahsederler:²¹¹ i. Bilgi oluşturulmasında ve toplanmasındaki muazzam artış ile birlikte bireyin nerdeyse her modern etkileşiminin kayıt altına alınması, ii. Veri pazarının küreselleşmesi ve her bireyin bu büyük veriyi karşılaştırıp, incelemesi imkanına sahip olması, iii. Dijital verinin korunmasına yönelik kontrol mekanizmalarının bulunmaması.

Bu süreç, milenyum ile birlikte inanılmaz bir ivme ile artmıştır. Birey kendi mahremiyetine ilişkin kontrolsüz depolanan, yayılan ve değiştirilen bu veri üzerinde her zamankinden daha çaresiz kalmıştır. İşte, unutulma hakkının bireyin bu çaresizliğine karşı kendi verileri üzerinde kontrol hakkının yeniden tesisi için icat edilmiş bir hak olduğu iddia edilmektedir.²¹²

Bize göre, unutulma/silinme hakkı, bireyi yeni dijital çevreye intibak ettirmeye yönelik bir çaba olarak değerlendirilmelidir. Şirketler ise bu sorun yumağının tam orta yerinde durmaktadırlar. Çünkü bir yandan kendi faaliyetlerini icra ederek kâr maksimizasyonunu sağlamaya çalışmaları, öte yandan yeni ortaya çıkan fırsatları değerlendirmeye çalışmaları, bunları yaparken de yeni mevzuat konseptine uyum sağlamaları gerekmektedir. GDPR ile getirilen yükümlülükler bu açıdan önem taşımaktadır.

211 BERMAN Jerry; MULLIGAN Deirdre, **Privacy in the Digital Age: Work in Progress**, Nova Law Review, V. 23, 1999 (s.551-582), <https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3132&context=facpubs>, s. 554 vd.

212 CAMPOSECO Juan Estheiman Amaya, **The Right To Be Forgotten: A Descriptive Overview of the Right To Be Forgotten**, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, Bachelor's Final Dissertation, 2017, s. 5. (<https://repositori.upf.edu/bitstream/handle/10230/33160/AmayaCamposecoTFG.pdf?sequence=1&isAllowed=y>)

KAYNAKLAR

Kitap ve Makaleler

AKGÜL, Mustafa; **Internet, Sunucu Araçları ve Yönetimi**, Bilkent Üniversitesi, Ankara 1999.

ALESSI, Stefanie; **Eternal Sunshine: The Right to be Forgotten in the European Union after the 2016 General Data Protection Regulation**, Emory International Law Review, V. 32, 2017 (s. 145-171)., http://law.emory.edu/eilr/_documents/volumes/32/1/alessi.pdf

ALIGHIERI, Dante; **Divine Comedy, Purgatorio**, Translator: Robert Hollander Jean Hollander, Doubleday Publishing, 2004, New York.

ALIGHIERI, Dante; İlahi Komedyâ, Türkçesi: Rekin Teksoy, Oğlak, 2011.

BARBAS, Samantha; **The Sidis Case and the Origins of Modern Privacy Law**, Columbia Journal of Law & The Arts, 36 (1), 2012 (s. 21-69), <https://papers.ssrn.com>

BERG, Manfred; GEYER, Martin H.; **Two Cultures of Rights, The Quest for Inclusion and Participation in Modern America and Germany**, Cambridge 2002. <https://germanlawarchive.iuscomp.org/?p=9>

BERMAN, Jerry; MULLIGAN, Deirdre; **Privacy in the Digital Age: Work in Progress**, Nova Law Review, V. 23, 1999 (s.551-582), <https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3132&context=facpubs>

BHATIA, Punit; **Contents of Data Protection Policy according to GDPR**, <https://advisera.com/eugdpracademy/knowledgebase/contents-of-the-data-protection-policy-according-to-gdpr/> (Son Erişim Tarihi: 18.03.2019)

BLANCHETTE, Jean-François; JOHNSON, Deborah G.; **Data Retention and the Panoptic Society: The Social Benefits of Forgetfulness**, The Information Society, 18:1, 2002, <http://www.dourish.com/classes/readings/Blanchette-Forgetfulness.pdf>

BRIMBLECOMBE, Fiona; PHILLIPSON, Gavin; **Regaining Digital Privacy? The New 'Right to be Forgotten' and Online Expression**, Canadian Journal of Comparative and Contemporary Law, 4 (1), 2018 (s. 1-66), <http://dro.dur.ac.uk/25618/1/25618.pdf>

CAMPOSECO, Juan Estheiman Amaya; **The Right To Be Forgotten: A Descriptive Overview of the Right To Be Forgotten**, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, Bachelor's Final Dissertation, 2017, <https://repositori.upf.edu/bitstream/handle/10230/33160/AmayaCamposecoTFG.pdf?sequence=1&isAllowed=y>



CONLEY, Chris; **The Right to Delete**, Association for the Advancement of Artificial Intelligence-AAAI Spring Symposium Series, 2010, <https://www.aaai.org/ocs/index.php/SSS/SSS10/paper/viewFile/1158/1482>

PITTRICH, Stefan; KOERNER, Thomas; **The Combined Census Model in Germany, Origins, Lessons Learned and Future Perspectives**, United Nations Economic Commission for Europe, Conference for European Statisticians, Nineteenth Meeting, 4-6 October 2017, <https://www.unece.org/fileadmin/DAM/stats/documents/>

DOĞAN, Korcan; ARSLANTEKİN, Sacit; **Büyük Veri: Önemi, Yapısı ve Günümüzdeki Durum**, Ankara Üniversitesi, Dil ve Tarih-Coğrafya Fakültesi Dergisi, 56, (1), 2016 (s. 15-36).

ELLIMAN, Dave; **GDPR: It is time to rethink your approach to privacy**, August 11, 2017, <https://www.thoughtworks.com/insights/blog/gdpr-it-s-time-rethink-your-approach-privacy>

EUGENIA, Politou; EFTHIMIOS, Alepis; CONSTANTINOS, Patsakis, **Forgetting personal data and revoking consent under the GDPR: Challenges and proposed solutions**, Journal of Cybersecurity, V. 4, I. 1, March 2018, <https://academic.oup.com/cybersecurity/article/4/1/tyy001/4954056>

GÜLENER, Serdar; **Dijital Hafızadan Silinmeyi İstemek: Temel Bir İnsan Hakkı Olarak "Unutulma Hakkı"**, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 102, Eylül-Ekim 2012 (s. 219-240).

HEILWEIL,, Rebecca; **How Close is an America Right-to-Be Forgotten,,** 4 March, 2018, <https://www.consumerwatchdog.org/news-story/how-close-american-right-be-forgotten>

HERLOCKER, Jack; **Stacy Snyder and the Untruth That Won't Die**, September 22, 2015, <https://medium.com/@jherlocker/stacy-snyder-and-the-untruth-that-won-t-die-549c2f525661>

HERMAN,, S. Edward, CHOMSKY, Noam; **Kitle Medyasının Ekonomi Politikası: Rızanın İmalatı**, Türkçesi: Ender Abadoğlu, Aram Yayıncılık, Mart 2006.

HERT, Paul de; CZERNIAWSKI, Michal; **Expanding the European data protection scope beyond territory: Article 3 of the General Data Protection Regulation in its wider context**, International Data Privacy Law, V. 6, No. 3, 2016 (s. 230-243).

HOUSER, Kimberly A.; VOSS, W. Gregory; **GDPR: The End of Google and Facebook or a new Paradigm in Data Privacy**, July 2018, University of Richmond School of Law, Journal of Law and Technology, 25, (1), 2018 (s. 1-67).

JAMALI, R. Hamid; NICHOLAS, David; HERMAN, Eti; **Scholarly Reputation in the Digital Age and the Role of Emerging Platforms and Mechanisms**, Research Evaluation, Oxford, 2016 (s. 37-49).

KELLER, Daphne; **The Right Tools: Europe's Intermediary Liability Laws and the EU 2016 General Data Protection Regulation**, Berkeley Technology Law Journal, 287, V. 33, 2018, (s. 287-364), http://btlj.org/data/articles2018/vol33/33_1/Keller_Web.pdf

KLIMAS, Tadas; VAICIUKAITE, Jurate; **The Law of Recitals in European Community Legislation**, ILSA Journal of International & Comparative Law, V. 15, 2008, https://www.researchgate.net/publication/228152770_The_Law_of_Recitals_in_European_Community_Legislation

KODDE, Claudia; **Germany's Right to be Forgotten'-between the freedom of expression and the right to informational self-determination**, International Review of Law, Computers & Technology, V. 30, I. 1-2, 2016 (s. 17-31).

KUCZERAWY, Aleksandra; AUSLOOS, Jef; **From Notice-and-Takedown to Notice-and-Delict: Implementing Google Spain**, Colorado Technology Law Journal, V. 14:2, 2016 (s. 219-258), <https://core.ac.uk/download/pdf/45291251.pdf>

KUNER, Christopher; **The European Commission's Proposed Data Protection Regulation: A Copernican Revolution in European Data Protection Law**, Privacy and Security Law Report, June 2012, http://robertgrzeszczak.bio.wpia.uw.edu.pl/files/2012/12/Kuner_A-Copernican-Revolution-in-European-Data-Protection-Law.pdf

KÜZECİ, Elif; **İstatistikî Birimler ve Bilgilerin Geleceğini Belirleme Hakkı**, Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü, İnsan Hakları Yıllığı, C. 32, 2014 (s. 53-75).

LAUTH, Mechtild; **Thematic Legal Study on assesment of data protection measures and relevant institutions in Germany**, February 2009, <https://fra.europa.eu/sites/default/files/role-data-protection-authorities-2009-de.pdf>

MASNICK, Mike; **Dear Europe: Please Don't Kill Free Speech in the name of 'Privacy Protection'**, May 8, 2017, <https://www.techdirt.com/articles/20170505/17475037310/dear-europe-please-dont-kill-free-speech-name-privacy-protection.shtml>

MCCARTHY, Hugh; **Part I: the GDPR, freedom of expression and a right to remember**, Data Protection Ireland, V. 11, I. 3, 16 November, 2018 (s. 6-8), <http://www.arthurcox.com/wp-content/uploads/2018/07/Part-1-the-GDPR-freedom-of-expression-and-a-right-to-remember-Hugh-McCarthy-Arthur-Cox.pdf>



MIYASHITA; Hiroshi; **The Right to be Forgotten and Search Engine Liability**, Brussels Privacy Hub, Working Paper, V. 2, No. 8, December 2016, <https://brusselsprivacyhub.eu/BPH-Working-Paper-VOL2-N8.pdf>

NEVILLE, Andrew; **Is it a Human Right to be Forgotten, Conceptualizing the World View**, Santa Clara Journal of International Law, V. 15, I. 2, 2017, (s. 157-172), <https://digitalcommons.law.scu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1221&context=scujil>

NORDHAUS, Jamie E.; **Celebrities' Rights to Privacy: How Far Should the Paparazzi Be Allowed to Go?**, The Review of Litigation, Vol. 18:2, 1999 (s. 285-315), https://www.jumpjet.info/Emergency-Preparedness/Disaster-Mitigation/Civil/Celebrities_Rights_to_Privacy.pdf

O'HARA, Kieron; SHADBOLT, Nigel; HALL, Wendy; **A Pragmatic Approach to the Right to Be Forgotten**, Global Commission on Internet Governance, Paper Series: 26, March 2016, https://www.cigionline.org/sites/default/files/gcig_no26_web.pdf

ÖNCÜ ARSLAN, Gülay; **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Özel Yaşamın Korunması Hakkı**, Beta, Mart 2011.

PANAGOPOULOU-KOUTNAZI, Fereniki; **The Right to be Forgotten in the Digital Era**, June 2012, [https://icil.gr/download.php?fen=years/2012/downloads/speakers/043-panagopoulou-koutnatzi-ful_text-en-v001%20\(1\).pdf](https://icil.gr/download.php?fen=years/2012/downloads/speakers/043-panagopoulou-koutnatzi-ful_text-en-v001%20(1).pdf)

POLITOU, Eugenia; ALEPIS, Efthimios; PATSAKIS, Constantinos; **Forgetting personal data and revoking consent under the GDPR: Challenges and proposed solutions**, Journal of Cybersecurity, V. 4, I. 1, January 2018, <https://academic.oup.com/cybersecurity/article/4/1/tyy001/4954056>

POLLMAN, Elizabeth; **A Corporate Right to Privacy**, Minnesota Law Review, 99:27, 2014 (s. 27-88), http://www.minnesotalawreview.org/wp-content/uploads/2014/12/Pollman_MLR1.pdf

PROSSER, William; **Privacy**, California Law Review, Vol. 48, No. 3, 1960 (s. 383-423), http://www.californialawreview.org/assets/pdfs/misc/prosser_privacy.pdf

ROBERT Madge, **Five Loopholes in the GDPR**, August 27, 2017, <https://medium.com/mydata/five-loopholes-in-the-gdpr-367443c4248b>

ROSEN, Jeffrey; **The Web Means the End of Forgetting**, July 21, 2010, <https://www.nytimes.com/2010/07/25/magazine/25privacy-t2.html>

SCOLNICOV, Anat; **Lifelike and Lifeless in Law: Do Corporations Have Human Rights**, University of Cambridge Faculty of Law Research, Paper No. 13/2013, <https://papers.ssrn.com>

SEZEN, Engin; **Binbir Gece Masalları, Tüccar Hasan,,** Gonca Yayınları, İstanbul 2002.

SOYSAL, Tamer; İnternet Alan Adları Hukuku (Domain Name Law), Adalet, Eylül 2014, s. 215-236. **(Kısaltması: Soysal, Domain Name Law)**

SOYSAL, Tamer; İnternet Alan Adlarının 'Hak' Niteliği ve AİHM'in Paeffgen v. Almanya Kararı Çerçevesinde Alan Adları Üzerinde Mülkiyet Hakkı Tesisi, Adalet Bakanlığı, **Adalet Dergisi**, S. 54, Ocak 2016 (s. 1-25), <http://www.yayin.adalet.gov.tr/adaletdergisi/54.sayi/3.pdf>

SOYSAL, Tamer; İnternet Servis Sağlayıcılarının Hukuki Sorumlulukları, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 61, 2005 (s. 304-339).

SOYSAL, Tamer; **Marka Hukuku Perspektifinden İnternet Ortamında Anahtar Kelime (Meta-Tagging) ve Adwords Reklamcılık Uygulamaları**, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, S. 12, Aralık 2018, (s. 693-722).

SOYSAL, Tamer; **Tarımda Biyoteknoloji Uygulamaları ve Patent Hakları (Agricultural Biotech Patent Law)**, Adalet Yayınevi, Nisan 2019.

SÖZÜER, Eren; **Unutulma Hakkı, İnsan Hakları Hukuku Perspektifinden Bir İnceleme**, On İki Levha Yayıncılık, Ekim 2017.

TADDEO, Mariarosaria; FLORIDI, Luciano; **The Debate on the Moral Responsibilities of Online Service Providers**, Science & Engineering Ethics, 22, 1575, 2016, <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/26613596>

TAPAN, Mehmet Nuri; **Avrupa Birliği (AB) Hukukunun Kaynakları ve Ulusal Hukuka Etkileri**, Avrupa Adalet Divanı, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 3, Y. 1998 (s. 971-1020), <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m1998-19983-879>

TERWANGNE de Cécile; **The Right to be Forgotten and the Informational Autonomy in the Digital Environment**, European Commission Joint Research Centre, Institute for the Protection and Security of the Citizen, 2013, http://publications.jrc.ec.europa.eu/repository/bitstream/JRC86750/jrc86750_cecile_fv.pdf

TONTA, Yaşar; BİTİRİM, Yıltan; SEVER, Hayri; **Türk Arama Motorlarında Performans Değerlendirme**, Total Bilişim Ltd. Şti. Ankara, Bölüm 3, <http://yunus.hacettepe.edu.tr/~tonta/yayinlar/kitap/icindekiler.htm>

TURHAN, Ayşe Melek; **Kişiliğin Korunması ve Veri Koruma Hukuku Kapsamında Unutulma Hakkı**, İstanbul Medipol Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2018.



URAL GÜZELCİK, Ebru; **İtibar Yönetimi, Değer Yaratan Bir Halkla İlişkiler Çalışması Olarak İtibar Yönetimi, İstanbul Ticaret Üniversitesi Dergisi**, V. 1, 2002, (s. 83-93).

VAN DEN MUIJSENBURGH, Winfried H.A.M.; Rezai, Sam; **Corporations and European Convention on Human Rights**, Global Business & Development Law Journal, V. 25, 2012 (s. 43-68), https://www.mcgeorge.edu/documents/Conferences/GlobeJune2012_Corporationsandthe.pdf

VAN HOBOKEN, Joris; **The Proposed Right to be Forgotten Seen From the Perspective of Our Right to Remember, Freedom of Expression Safeguards in a Converging Information Environment**, Amsterdam, May 2013, http://www.law.nyu.edu/sites/default/files/upload_documents/

VISEKRUNA, Aleksandra; **Protection of Rights of Companies Before the European Court of Human Rights, EU and Comparative Law Issues and Challenges**, 2018 (s. 111-126), <https://hrcak.srce.hr/ojs/index.php/eclic/article/download/6524/3433/>

WALTER Lippmann, **Public Opinion**, 1921, <http://wps.pearsoncustom.com/wps/media/objects/2429/2487430/pdfs/lippmann.pdf>

WARNER, L.; **The Right to Oblivion: Data Retention from Canada to Europe in Three Backward Steps**, University of Ottawa Law and Technology Journal, V. 2, 2005, <https://www.researchgate.net/>

WATERS, K. John; **The Everything Guide to Social Media**, Adams Media, Avon, Massachusetts, 2010.

WEBER, Rolf H.; **The Right to be Forgotten, More Than a Pandora's Box?**, Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law, 2, 2011, (s. 120-130), <https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-2-2-2011/3084/jipitec%20%20-%20a%20-%20weber.pdf>

YAVUZ, Can; **İnternet'teki Arama Sonuçlarından Kişisel Verilerin Kaldırılması, Unutulma Hakkı**, Seçkin, 2016.

Yazarı Olmayan İnternet Kaynakları:

A Brief History of Twitter, <http://gigaom.com/2009/02/01/a-brief-history-of-twitter/>

Article 29 Data Protection Working Party, **Opinion 5/2009 on online social networking, Adopted on 12 June 2009**, https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2009/wp163_en.pdf

Big Data, **10 Eye-opening Stats About the Growth of Big Data**, August 20, 2018, <https://www.attunity.com/blog/10-eye-opening-stats-about-the-growth-of-big-data/>



BundesVerfassungsgericht, 15.12.1983, Volkszählungsurteil, BVerfGE Bd. 65, S. 1. <https://openjur.de/u/268440.html>;

BundesVerfassungsgericht, 15.12.1983, Volkszählungsurteil, BVerfGE Bd. 65, S. 1. <https://freiheitsfoo.de/census-act/>

California, Senate Bill No. 568, Chapter 336, http://leginfo.legislature.ca.gov/faces/billNavClient.xhtml?bill_id=201320140SB568

Cambridge Dictionary, <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/state-of-the-art>

Case Text, **Legal Research Engine**, <https://www.casetext.com/>

Case Law of the Court of Justice, <http://curia.europa.eu/juris/recherche.jsf?language=en>

Commission proposes a comprehensive reform of data protection rules to increase users' control of their data and to cut costs for businesses, 25 January 2012, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-12-46_en.htm

Comprehensive Approach on Personal Data Protection in the European Union, June 2011, https://edps.europa.eu/data-protection/our-work/publications/opinions/comprehensive-approach-personal-data-protection_en

comScore Search Engine Statistics, June 2018, <https://seattleorganicseo.com/comscore-search-engine-market-share-june-2018-vs-may-2018/>

Council of Europe, European Treaty Series, ETS No. 108, **Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data**, as it will be amended by its Protocol CETS No. 223, <https://rm.coe.int/16808ade9d>

Data Commissioner, **Google win appeal over 'right to be forgotten'**, February 16, 2018, <https://www.irishtimes.com/news/crime-and-law/courts/high-court/data-commissioner-google-win-appeal-over-right-to-be-forgotten-1.3395053>

Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market ("Directive on Electronic Commerce"), Official Journal L 178, 17/07/2000, p. 0001-0016.

EDPS starts work on a New Digital Ethics, 28 January 2016, https://edps.europa.eu/sites/edp/files/edpsweb_press_releases/edps-2016-05-edps_ethics_advisory_group_en.pdf

EDPS, The History of the General Data Protection Regulation, https://edps.europa.eu/data-protection/data-protection/legislation/history-general-data-protection-regulation_en



Elfes Case, 1957, 6-BVerfGE 32, <https://germanlawarchive.iuscomp.org/?p=9>

EU Institutions and Bodies in Brief, https://europa.eu/european-union/about-eu/institutions-bodies_en

European Archives Group, **Guidance on Data Protection for Archive Services**, October 2018, https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/eag_draft_guidelines_1_11_0.pdf

European Court of Human Rights, **HUDOC**, <https://hudoc.echr.coe.int/>

European Data Protection Board, <https://edpb.europa.eu/>

Facebook Statistics, <https://zephoria.com/top-15-valuable-facebook-statistics/>

Facebook, GDPR, <https://www.facebook.com/business/gdpr>

Facebook, Veri İlkesi, <https://www.facebook.com/about/privacy/update>

Fair Credit Reporting Act, 15 USC & 1681, <https://www.ftc.gov/enforcement/rules/rulemaking-regulatory-reform-proceedings/fair-credit-reporting-act>

Federal Alman Anayasası, Adalet Bakanlığı, <http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/ulkeana/pdf/08-ALMANYA%20209-276.pdf>;

GDPR Awareness, A matter of people, culture, leadership and acting now, <https://www.i-scoop.eu/gdpr/gdpr-awareness/>

Google now a Verb in the Oxford English Dictionary, 29 June 2006, <https://searchenginewatch.com/sew/news/2058373/google-now-a-verb-in-the-oxford-english-dictionary>

Google poised to act on ‘right to be forgotten’ requests, after 50.000 are filed, June 19, 2014, <http://www.zdnet.com>

Google Transparency Report, 22 January 2019, <https://transparencyreport.google.com/eu-privacy/overview?hl=en>

Has Twitter violated the GDPR, 31 October 2018, <https://www.rudebague.com/2018/10/has-twitter-violated-the-gdpr/>

How much are the first fines for GDPR infringement, December 12, 2018, <https://www.pandasecurity.com/mediacenter/news/first-sanctions-gdpr-infractions/>

How Much Data Do We Create Every Day? The Mind-Blowing Stats Everyone Should Read, May 21, 2018, <https://www.forbes.com>



Instagram by the Numbers, Stats, Demographics & Fun Facts, <https://www.omnicoreagency.com/instagram-statistics/>

Internet Live Stats, Google Search Statistics, <http://www.internetlivestats.com/google-search-statistics/>

Judgment of the Court (Grand Chamber), C-131/12, 13 May 2014, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62012CJ0131>

Justia US Law, <https://law.justia.com/cases/>

LinkedIn, **LinkedIn Pazarlama Çözümleri ve Genel Veri Koruma Düzenlemesi**, <https://www.linkedin.com/help/linkedin/answer/87080>

Mark Zuckerberg Testimony: Senators Question Facebook's Commitment to Privacy, April 10, 2018, The New York Times, <https://www.nytimes.com/2018/04/10/us/politics/mark-zuckerberg-testimony.html>

New Technologies: A Challenge to Privacy Protection, Study Prepared by the Committee of Experts on Data Protection (CJ-PD) under the authority of the European Committee on Legal Co-operation (CDCJ), Strasbourg, 1989., s. 11. <https://rm.coe.int/1680684607>

Nine Lines that changed history-at least on the internet, 13 September 2017, <https://euobserver.com/digital/138958>

Open Rights Group-ORG, **ECJ Google Spain Ruling Raises Concerns Online Free Speech**, May 13, 2014, <https://www.openrightsgroup.org/press/releases/ecj-google-spain-ruling-raises-concerns-for-online-free-speech>

Privacy Enhancing Technologies, <https://www.enisa.europa.eu/topics/data-protection/privacy-enhancing-technologies>

Progress on EU Data protection reform now irreversible following European Parliament vote, Strasbourg, 12 March 2014, http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-14-186_en.htm

Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data (General Data Protection Regulation), Sec (2012), Brussels, 25 January 2012, C-7-0025/12, [http://www.europarl.europa.eu/RegData/docs_autres_institutions/commission_europeenne/com/2012/0011/COM_COM\(2012\)0011_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/docs_autres_institutions/commission_europeenne/com/2012/0011/COM_COM(2012)0011_EN.pdf)

Public wants 'right to be forgotten' online, April 2018, <https://www.forbes.com/sites/rebeccaheilweil/2018/03/04/how-close-is-an-american-right-to-be-forgotten/#21c9d86b626e>

Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard



to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation), Official Journal of the European Union, L 119/1, 4 May, 2016, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.2016.119.01.0001.01.ENG

Resolution 1165/1998, **Final Version, Right to Privacy**, 26 June 1998, 24th Sitting, <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=16641&lang%20=en>

Resolution 428/1970, **Declaration on mass communication media and Human Rights**, 23 January 1970, 18th Sitting, <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=15842&lang=en>

Right to be Forgotten': Google Launches form to allow users delete their 'inadequate' data, May 30, 2014, <http://rt.com/news/162448-google-europe-right-forgotten/>

Seven Principles of Privacy by Design, <https://medium.com/searchencrypt/7-principles-of-privacy-by-design-8a0f16d1f9ce>

Solving the GDPR Puzzle, Data Protection with State of the Art Cybersecurity, <https://www.softcat.com/assets/uploads/pdfs/gdpr/Solving-the-GDPR-puzzle.pdf>

Spain: The Right to be Forgotten Does Not Apply to Blogger, March 4, 2015, <http://cyberlaw.stanford.edu/blog/2015/03/spain-right-be-forgotten-does-not-apply-blogger>

Statista, Statistics, <https://www.statista.com>

The Book of Thousand Nights and a Night, How Abu Hasan Brake Wind, <http://www.gutenberg.org/cache/epub/3439/>

The Deep Web is the 99% of the Internet You Can't Google, May 22, 2018, <https://curiosity.com/topics/the-deep-web-is-the-99-of-the-internet-you-cant-google-curiosity/>

The Federal Government, <https://www.bundesregierung.de/breg-en/chancellor/basic-law-470510>

The GDPR and The Right to be Forgotten: Myth or Reality, <http://blog.eurodpo.net/the-gdpr-and-the-right-to-be-forgotten-myth-or-reality/>

Trkulja v. Google Inc. LLC & Anor (No. 5), 2012, VSC 533, Australia Supreme Court of Victoria 12.11.2012, <http://censorshipcases.wordpress.com/2013/02/16/australia-trkulja-v-google-inc-llc-anor-no-5-2012-vsc-533-supreme-court-of-victoria12-11-2012/>

Twitter by the Numbers, Stats, Demographics & Fun Facts, <https://www.omnicoreagency.com/twitter-statistics/> (Erişim Tarihi: 14.03.2019)

Twitter Creator Jack Dorsey Illuminates the Site's Founding Document, Part 1, February 18, 2009, Los Angeles Times, <http://latimesblogs.latimes.com/technology/2009/02/twitter-creator.html>

Twitter for Business, Frequently Ask Questions, <https://gdpr.twitter.com/en/faq.html>

Twitter Statistics, <http://womeninbusiness.about.com/od/twittertips/a/twitter-statistics.htm>

Twitter, Instagram Statistics, <https://www.omnicoreagency.com/instagram-statistics/>

UK, Information Commissioner's Office-ICO, Social Networking and Online Forums - When Does the Data Protection Act (DPA) Apply?, Version 1, <https://ico.org.uk/media/for-organisations/documents/1600/social-networking-and-online-forums-dpa-guidance.pdf>

Union Agency for Fundamental Rights and Council of Europe, **Handbook on European Data Protection Law**, 2018 Edition, https://www.echr.coe.int/Documents/Handbook_data_protection_02ENG.pdf, (Handbook on European Data Protection Law)

Welcome to Twitter's GDPR Hub, <https://gdpr.twitter.com/en.html>

What is a Data Controller or a Data Processor, https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/reform/rules-business-and-organisations/obligations/controller-processor/what-data-controller-or-data-processor_en#references

Wikipedia, <https://en.wikipedia.org/>

World Economic Forum, **Big Data, Big Impact: New Possibilities for International Development**, 2012, http://www3.weforum.org/docs/WEF_TC_MFS_BigDataBigImpact_Briefing_2012.pdf

İnternet kaynaklarına erişim tarihi dipnotlarda gösterilmiştir. Dipnotta tarihi belirtilmeyen kaynaklara son erişim tarihi **15 Mart 2019**'dur.

AİLENİN KORUNMASI VE KADINA KARŞI ŞİDDETİN ÖNLENMESİNE DAİR KANUN ÜZERİNE BİR İNCELEME¹

*(An Examination On The Law On The Protection Of The
Family And The Prevention Of Violence Against Women)*

Dr. Öğr. Üyesi H. Kübra ERCOŞKUN ŞENOL²

ÖZ

Kadına yönelik şiddet ve ev içi şiddet olaylarına sıklıkla rastlanmakta ve bu durum toplumda ciddi bir huzursuzluk yaratmaktadır. Aslında bu tür şiddet yasalarla çeşitli yaptırımlara tabi tutulmuştur. Örneğin, eşinden fiziksel şiddet gören bir kadın haklı sebeple boşanma davası açarak evlilik birliğini sona erdirebilecek (Türk Medeni Kanunu -TMK- m. 162, 166/1), maddi ve manevi tazminatın yanı sıra diğer koşullar da uygunsa yoksulluk nafakası talep edebilecektir (TMK m. 174 vd.). Yine kasten yaralama suçu (Türk Ceza Kanunu -TCK- m. 86 vd.) kapsamında yer alan bu davranış nedeniyle şikâyet aranmaksızın adli mercilerce re'sen soruşturma ve kovuşturma yürütülecek ve hükmedilecek ceza, suçun eşe karşı işlenmesinden dolayı yarı oranında artırılabilecektir (TCK m. 86/3-a). Ancak temel yasalarda yer alan düzenlemelerin büyük bir çoğunluğu şiddet uygulandıktan sonra uygulanan yaptırımlar içermektedir. Hâlbuki şiddetin cezalandırılması kadar önlenmesi de önemli bir husustur. Bu nedenle 8 Mart 2012 tarihinde 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun kabul edilmiştir. Ancak gerek öğretilerde gerekse uygulamada bu Kanun'a karşı birçok eleştiri yöneltilmektedir. Bu çalışmanın amacı da 6284 sayılı Kanun'un, bu Kanun'a yöneltilen eleştiriler çerçevesinde genel hatlarıyla incelenmesidir. Bu arada çeşitli çözüm yolları da ileri sürülecektir.

Anahtar Kelimeler: Kadına yönelik şiddet, Ev içi şiddet, Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun

ABSTRACT

Violence against women and domestic violence are frequently encountered and this creates a severe social unrest. Such violence is

1 Bu çalışma ASOS 5. Uluslararası Hukuk Sempozyumu'nda (Yıldız Teknik Üniversitesi/İSTANBUL) 26 Ekim 2018 tarihinde yapılan sözlü bildirin tam metnidir.

2 Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, kubra.ercoskun@atauni.edu.tr

actually subjected to various sanctions by the laws. For example, a woman, who is exposed to violence by her husband, can end her union of marriage by filing a divorce case for justifiable reasons (Turkish Civil Code -TCC- a. 162, 166/1), can also demand welfare allowance as well as pecuniary and non-pecuniary damages if other conditions are suitable (TCC a. 174 vd.). Due to this behavior within the scope of malicious injury crime (Turkish Penal Code -TPC- a. 86 vd.), the direct investigation shall be carried out and legal proceedings shall be taken by judicial authorities without seeking for complaint and the punishment judged shall be increased by one-half of it since the crime has been committed against spouse (TPC a. 86/3-a). However, a large majority of regulations in the basic laws include sanctions imposed after the violence is committed. However, prevention of violence is also important issue as well as its being sentenced. Therefore, the Law on the Protection of the Family and the Prevention of Violence against Women no 6284 was adopted on March 8th, 2012. However, much criticism is directed against this Law both in discipline and in practice. The aim of the present study is to examine the Law no 6284 within the framework of the criticism directed against this Law. Meanwhile, various solutions shall be brought forward.

Keywords: Violence against women, domestic violence, the Law on the Protection of the Family and the Prevention of Violence against Women

GİRİŞ

Kadına karşı şiddet, uluslararası platformlarda ilk kez 1980'li yıllarda gündeme getirilmiş ve kadına karşı şiddetin önlenmesi için çeşitli tedbirlerin alınmasının gerekli olduğuna değinilmiştir³. Kadınların insan haklarından eşit olarak yararlanabilmelerini sağlamak amacıyla 1979 yılında kabul edilen Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi'nde⁴ (CEDAW) dahi doğrudan kadına karşı şiddet konusuna değinilmemiştir⁵. Birleşmiş Milletler Genel

3 BOZKURT-ŞENER Ekin, *Kadına Yönelik Aile İçi Şiddeti Önlemede 4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun ve Değerlendirilmesi*, T.C. BAŞBAKANLIK Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü, Ankara, 2011, s. 25; ÖZTÜRK Necla, "Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanunun Getirdiği Bazı Yenilikler ve Öneriler", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 8, Sayı: 1, 2017, s. 3.

4 Bu Sözleşme, 11 Haziran 1985 tarih ve 3232 sayılı Kanun'un (25 Haziran 1985 tarih ve 18792 sayılı Resmi Gazete) verdiği yetkiyle, 24 Temmuz 1985 tarih ve 85/9722 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile onaylanmıştır. 14 Ekim 1984 tarih ve 18858 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Sözleşme, Türkiye bakımından 19 Ocak 1986 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

5 ERTÜRK Şükran/ÖZDAMAR Demet, "Kadınlara Karşı Şiddet ve Ayrımcılık", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 11, Özel Sayı, 2009, s. 1174; MOROĞLU Nazan, "Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesi 6284 sayılı Yasa ve İstanbul Sözleşmesi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2012/99 s. 359; SEVER, D. Çiğdem, "Kadına Karşı



Kurulu tarafından kadına karşı şiddetin önlenmesi amacıyla kabul edilen ilk belge 20 Aralık 1993 tarihli Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Bildirge'dir⁶. Hukuki bir bağlayıcılığa sahip olmayan bu Bildirge'nin yine de devletleri olumlu yönde etkilediği ve onları kadına karşı şiddet konusunda iç hukuklarında çeşitli düzenlemeler yapmaya yönlendirdiği ifade edilmektedir⁷. Türkiye'de bu olumlu gelişmelerden nasibini almış mevzuatta bulunan kadın-erkek eşitliğine aykırı hükümlerle ilgili gerekli değişiklikleri yapmıştır⁸. Bunun yanı sıra 14 Ocak 1998 tarihinde 4320 sayılı (Mülga) Ailenin Korunmasına Dair Kanun⁹ kabul edilmiş ve 17 Ocak 1998'de yürürlüğe girmiştir¹⁰.

Kadına karşı şiddetin önlenmesi hususunda bağlayıcı nitelik taşıyan ilk uluslararası sözleşme, 11 Mayıs 2011 tarihinde İstanbul'da imzaya açılan ve buna atıfla İstanbul Sözleşmesi olarak da anılan Kadına Yönelik Şiddetin ve Ev İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi'dir¹¹. 1 Ağustos 2014 tarihinde yürürlüğe giren İstanbul Sözleşmesi'ni ilk imzalayan ülke de Türkiye'dir¹².

Eviçi Şiddette Devletin Sorumluluğu ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Opuz v. Türkiye Kararı", **Atılım Sosyal Bilimler Dergisi**, Cilt: 1, Sayı: 2, 2012, s. 23-24; UÇAR Ayhan, "İstatistikî Verilerle Ulusal Basında Kadına Karşı Şiddet", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 7, Sayı: 2, 2016, s. 344; BOZKURT-ŞENER, s. 25, 29.

- 6 KARINCA Eray, "Boşanmış veya Nikâhsız Birliktelik Yaşayan Kadının 4320 Sayılı Kanun Kapsamında Korunması", **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Yıl: 1, Sayı: 2, 2010, s. 507-508; CEYLAN Ebru, "Türk Hukukunda Aile İçi Şiddet ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesiyle İlgili Yeni Düzenlemeler", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 2013/109, s. 16; MOROĞLU, s. 360; BOZKURT-ŞENER, s. 26, 31.
- 7 MOROĞLU, s. 361, CEYLAN, *Yeni Düzenlemeler*, s. 16.
- 8 BOZKURT-ŞENER, s. 44, 58. TMK'da yapılan bazı önemli değişiklikler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.; YÜKSEL Sera Reyhani, "Türk Medenî Kanunu Bakımından Kadın-Erkek Eşitliği", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 18, Sayı: 2, 2014, s. 175 vd.; AKINCI Şahin, "Medenî Kanun'da Kadın ve Aile", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 8, Sayı: 1-2, 2004, s. 15 vd.; BAŞPINAR Veysel, "Türk Medeni Kanunu ile Aile Hukukunda Yapılan Değişiklikler ve Bu Konuda Bazı Önerilerimiz", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 52, Sayı: 3, 2003, s. 79 vd.; BOZKURT-ŞENER, s. 49-53.
- 9 17 Ocak 1998 tarih ve 23233 sayılı Resmi Gazete.
- 10 HATEMİ Hüseyin/KALKAN-OĞUZTÜRK Burcu, **Aile Hukuku**, 4. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s. 95; KÖSEOĞLU Bilal/KOCAAĞA Köksal, **Aile Hukuku ve Uygulaması**, 2. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2011, s. 596; TIĞLI Hüseyin, "Ailenin Korunmasına Dair Kanunda Yer Alan Tedbirler ve Bunların Uygulanması", **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Yıl: 1, Sayı: 5, 2011, s. 489-490.
- 11 BAKIRCI Kadriye, "İstanbul Sözleşmesi", **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl: 73, Sayı: 4, 2015, s. 134; ÖZKAN Gizem, "Kadına Yönelik Şiddet - Aile İçi Şiddet ve Konuya İlişkin Uluslararası Metinler Üzerine Bir İnceleme", **Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 7, Sayı: 1, 2017, s. 555; SEVER, s. 25; MOROĞLU, s. 366; UÇAR, s. 345; CEYLAN, *Yeni Düzenlemeler*, s. 16.
- 12 Bu Sözleşme, 24 Kasım 2011 tarih ve 6251 sayılı Kanun'un (29 Kasım 2011 tarih ve 28127 sayılı Resmi Gazete) verdiği yetkiyle, 10 Şubat 2012 tarih ve 2012/2816 sayılı Bakanlar

4320 sayılı (Mülga) Kanun'a yöneltilen birçok eleştiri, 26 Nisan 2007 tarihinde kabul edilen 5636 sayılı Kanun'la¹³ yapılan değişikliklerle giderilse de¹⁴, 4320 sayılı Kanun'un yine de günümüzün ihtiyaçlarına yeterince cevap veremediği görülmüştür¹⁵. Bu nedenle 8 Mart 2012 tarihinde 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun¹⁶ kabul edilerek 4320 sayılı Kanun yürürlükten kaldırılmıştır (6284 sayılı Kanun m. 23/1).

I. 6284 SAYILI KANUN'A YÖNETİLEN ELEŞTİRİLER

A. 4320 sayılı Kanun Karşısında 6284 sayılı Kanun'un Gerekliliği

6284 sayılı Kanun'a yöneltilen ilk eleştiri, aslında 6284 sayılı Kanun'a ihtiyaç olmadığıdır. Bu görüşteki yazarlara göre 4320 sayılı Kanun 14 yıldır uygulandığından, eksiklikleri ve uygulamada yol açtığı sorunlar bilinmekteydi. Bu nedenle 6284 sayılı Kanun'u yürürlüğe koymak yerine, kısa ve öz bir kanun olan 4320 sayılı Kanun'da değişiklik yapmak daha uygun olabilirdi¹⁷. Bu görüşe karşı, gittikçe artan kadına karşı şiddet olayları karşısında yeni bir kanuna ihtiyaç duyulduğu da ileri sürülmektedir¹⁸.

Kurulu Kararı ile onaylanmış ve 8 Mart 2012 tarih ve 28227 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

- 13 Ailenin Korunmasına Dair Kanunda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, 4 Mayıs 2007 tarih ve 26512 sayılı Resmi Gazete.
- 14 MOROĞLU, s. 371; TIĞLI, s. 532. Bu değişikliğin 4320 sayılı Kanunla ilgili sorunları gideremediği görüşünde; AYATA Gökçeçiçek/ERYILMAZ Sevinç/KALEM Seda, **Ailenin Korunmasına Dair Kanun Kimi ve Neyi Koruyor? Hâkim, Savcı, Avukat Anlatıları**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2011, s. 139; ATEŞ Mustafa, "4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun ve Bu Kanundaki Değişiklikler Üzerine Düşünceler", **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl: 65, Sayı: 3, 2007, s. 162; ÖZTÜRK, s. 4; CEYLAN, *Yeni Düzenlemeler*, s. 18-19. Bu esaslı değişikliğin yeni bir kanun çıkarılmaksızın yapılmasının ilginç bir yasama tercihi olduğu görüşünde; BADUR Emel, "Ailenin Korunması Alanındaki Son Gelişmeler", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 2009/84, s. 65.
- 15 6284 sayılı Kanun'un Genel Gerekçesi de, "Aile içi şiddetin önlenmesi amacıyla hazırlanan ve 1998 yılında yürürlüğe giren 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanunun günümüzün ihtiyaçlarına cevap vermediği görüldüğünden kadınların, çocukların, aile bireylerinin ve tek taraflı ısrarlı takip mağduru olan kişilerin korunması ve şiddetin önlenmesi amacıyla alınacak tedbirlerle ilişkin esas ve usulleri kapsayan ve düzenleyen bu Tasarı hazırlanmıştır." ifadelerini içermektedir.
- 16 20 Mart 2012 tarih ve 28239 sayılı Resmi Gazete.
- 17 UĞUR Hüsamettin, "Kadın ve Ailenin Şiddete Karşı Ceza Hukuku Araçlarıyla Korunması", İnsan Hakları Standartlarının Etkili Uygulanması Bağlamında Kadına Yönelik Şiddetle Mücadele Uluslararası Sempozyumu, İstanbul, 2012, s. 587; MOROĞLU, s. 375. Bu görüşteki MOROĞLU, yine de yeni yasada düzenlenen koruyucu ve önleyici tedbirlerle şiddetle mücadelede yolunda olumlu adımlar atılabileceğini ifade etmektedir.
- 18 ATEŞ, s. 172; ÖZTÜRK, s. 5.



Kanaatimizce 4320 sayılı Kanun yürürlükten kaldırılarak, yerine İstanbul Sözleşmesi'nde yer alan ilkelere daha uygun ve daha geniş kapsamlı bir Kanun'un yürürlüğe konulması yerindedir. Ancak 6284 sayılı Kanun'un bu açıdan ne kadar başarılı olduğu maalesef tartışmalıdır.

B. Kanun'un Yeterince Üzerinde Durulmadan Çok Kısa Sürede Yürürlüğe Konulması

6284 sayılı Kanun'a yöneltilen eleştirilerden biri de, yeterince üzerinde durulmadan, çok kısa bir sürede yürürlüğe konulmasıdır¹⁹. Gerçekten de bu Kanunla ilgili Yönetmelik²⁰, Kanun'un kabul tarihinden yaklaşık bir yıl sonra yürürlüğe girebilmiştir. Hâlbuki uygulama yönetmeliği olmayan, alt yapısı yeterince oluşturulmayan ve muhatapları yeterli bilgiye sahip olmayan bir kanunun uygulanması bakımından büyük sorunların ortaya çıkacağı açıktır²¹.

C. Kanun Metni Üzerinde Tam Bir Mutabakatın Olmaması

6284 sayılı Kanun'un hazırlık aşamasında geniş bir kesimin dikkatine sunulduğu, özellikle kadın örgütlerinin bu aşamada "Şiddete Son Platformu" altında aktif bir rol oynadıkları söylenebilir de²², nihai metin üzerinde bir mutabakatın bulunmadığı da bir gerçektir²³. Bu durum Kanun'un üzerinde yeterince tartışılmadan, çok kısa bir sürede yürürlüğe konulmasının bir sonucudur.

D. Kanun'un Adı

6284 sayılı Kanun'un adında "*ailenin korunması*"na vurgu yapılmış olsa da, bu Kanun'un amacının "*aile içi şiddete maruz kalan kişiyi korumak*" olduğundan bahisle, burada bir uyumsuzluğun söz konusu olduğu ileri sürülmektedir²⁴. Aile içi şiddete maruz kalan kişilerin korunması dolaylı

19 MOROĞLU, s. 378.

20 6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanuna İlişkin Uygulama Yönetmeliği, 18 Ocak 2013 ve 28532 sayılı Resmi Gazete. Çalışmada geçen "*Yönetmelik*" kavramı bu Yönetmeliği ifade etmektedir.

21 AKDENİZ Hilal, "Kadına Yönelik Şiddetle Mücadelede Hukuki Düzenlemelerin Yeterliliği ve Etkililiği", İnsan Hakları Standartlarının Etkili Uygulanması Bağlamında Kadına Yönelik Şiddetle Mücadele Uluslararası Sempozyumu, İstanbul, 2012, s. 556; MOROĞLU, s. 378.

22 ŞENER Ülker, "6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun Ne Getiriyor?", Türkiye Ekonomi Politikaları Araştırma Vakfı, 2012, Erişim Tarihi: Eylül 2018, http://www.tepav.org.tr/upload/files/13330268091.6284_Sayili_Ailenin_Korunmasi_ve_Kadina_Yonelik_Siddetin_Onlenmesine_Dair_Kanun_Ne_Getiriyor.pdf, s. 2; ÖZTÜRK, s. 6; MOROĞLU, s. 374.

23 AYDIN-ŞAFAK Ayşe, *Feminist Bir Bakışla Türk Aile Hukukunda Kadın Bedeni*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 80; MOROĞLU, s. 374; ŞENER, s. 2.

24 BADUR, s. 65-66.

olarak ailenin korunmasına da hizmet ettiği²⁵, burada önemli bir sorun yokmuş gibi gözükse de, aslında bu adlandırma aile içi şiddete maruz kalan kişilerin korunmasının sadece ailenin korunmasının bir aracı değil, başlı başına bir amaç olduğunu²⁶ göz ardı ettirebilecek niteliktedir.

6284 sayılı Kanun'un adı ile ilgili diğer bir sorun da, burada kadına karşı şiddetin önlenmesi kavramına ailenin korunması kavramından sonra gelmek üzere ikinci sırada yer verilmesidir. Bu sıralama, Kanun'un özellikle kadına karşı şiddeti önleme amacıyla uyumlu olmadığı gibi, kadının sadece ailenin bir bireyi olarak ve aileyi korumak amacıyla korunduğu şeklinde bir izlenim yaratmaktadır²⁷. Elbette ailenin korunması da oldukça önemli bir husustur. Nitekim Anayasanın 41. maddesinin ilk iki fıkrasında kadın-erkek eşitliğine dayanan ailenin Türk toplumunun temeli olduğu ve devletin, ailenin huzur ve refahı ile özellikle "ananın" ve çocukların korunması için gerekli tedbirleri alıp, teşkilatı kurmak zorunda olduğu belirtilmiştir. Ancak kadının Anayasa'da ve 6284 sayılı Kanun'un başlığında vurgulandığı üzere "ana" ve "aile bireyi" sıfatlarının dışında da, bir birey olarak korunması gerektiği açıktır²⁸. Hâlbuki Tasarı hazırlandığında adı, "Kadın ve Aile Bireylerinin Şiddetten Korunması Yasa Tasarısı" şeklindeyken, TBMM'ye sevk edilirken, "Ailenin Korunmasına ve Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun Tasarısı" şeklinde değiştirilmiştir²⁹. Yine bu Kanun'un esas aldığı İstanbul Sözleşmesi'nin orijinal başlığı, tam da olması gerektiği şekilde, "Kadınlara Yönelik Şiddet ve Ev İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi" dir.

Yeri gelmişken, 6284 sayılı Kanun'a yöneltilebilecek bir diğer eleştiri de, İstanbul Sözleşmesi'nin orijinal başlığı, Kadınlara Yönelik Şiddet ve Ev İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi olmasına rağmen, Türkçe'ye Kadınlara Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi

25 UĞUR Hüsamettin, "Kadın ve Aile Bireylerine Yönelik Şiddete Karşı 6284 Sayılı Kanunun Getirdikleri", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 2012/101, s. 335; BOZKURT-ŞENER, s. 84.

26 BOZKURT-ŞENER, s. 85.

27 ÖZBİLEN Arif Barış/SOYGÜT-ARSLAN Mualla Buket, "6284 Sayılı "Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun"un Değerlendirilmesi", İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 10. Yıl'a Armağan, Yıl: 11, Sayı: 22, 2012, s. 385; MOROĞLU, s. 374-375; ŞENER, s. 3.

28 BADUR, s. 64; MOROĞLU, s. 375. En azından kadına ayrıca yer vermesi bakımından 6284 sayılı Kanun'un adı, 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun'dan çok daha isabetlidir.

29 MOROĞLU, s. 374; ÖZBİLEN/SOYGÜT-ARSLAN, s. 385.



Sözleşmesi olarak çevrilmiş olmasıdır (6284 m. 1/2 - a)³⁰. “Ev içi şiddet” yerine “Aile içi şiddet” kavramının kullanılması sanki aralarında evlilik bağı olmaksızın birliktelik yaşayan partnerlerin kapsama alınmadığı izlenimini uyandırmaktadır. Öğretide bu durumun büyük ölçüde politik tercihlerden kaynaklandığı belirtilmektedir³¹. Gerçi 6284 sayılı Kanun’un tanımlara ilişkin 2. maddesinin b bendinde aile içi şiddetin değil, ev içi şiddetin tanımı yapılmıştır. Ancak bu tanım da oldukça muğlak ifadeler içermektedir.

E. Kanun’un Amacı

6284 sayılı Kanun’un amacı, 1. maddesinin ilk fıkrasında “şiddete uğrayan veya şiddete uğrama tehlikesi bulunan kadınların, çocukların, aile bireylerinin ve tek taraflı ısrarlı takip mağduru olan kişilerin korunması ve bu kişilere yönelik şiddetin önlenmesi amacıyla alınacak tedbirlere ilişkin usul ve esasları düzenleme” şeklinde belirtilmiştir.

6284 sayılı Kanun’un genel gerekçesine göre de, bu Kanun öncelikle en temel insan hakkı olan yaşam hakkının korunması, kadın cinayetlerinin son bulması amacıyla kurumların şiddetle mücadelenin her aşamasında aktif rol almasını sağlamayı hedeflemektedir. Yine bu Kanun’da Devletin şiddeti önlemesi, şiddete uğrayanı çok yönlü koruması ve şiddet uygulayan veya şiddet uygulama ihtimali bulunan kişinin, verilecek koruyucu tedbir kararları ile rehabilite edilmesi amaçlanmıştır.

F. Kanun’un Esas Aldığı Temel İlkeler

6284 sayılı Kanun’un uygulanmasında ve gereken hizmetlerin sunulmasında esas alınacak ilkeler, Kanun’un 1. maddesinin 2. fıkrasında dört bent halinde sayılmıştır: “a) Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ile Türkiye’nin taraf olduğu uluslararası sözleşmeler, özellikle Kadınlara Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi ve yürürlükteki diğer kanuni düzenlemeler esas alınır. b) Şiddet mağdurlarına verilecek destek ve hizmetlerin sunulmasında temel insan haklarına dayalı, kadın erkek eşitliğine duyarlı, sosyal devlet ilkesine uygun, adil, etkili ve süratli bir usul izlenir. c) Şiddet mağduru ve şiddet uygulayan için alınan tedbir kararları insan onuruna yaraşır bir şekilde yerine getirilir. d) Bu Kanun kapsamında kadınlara yönelik cinsiyete dayalı şiddeti önleyen ve kadınları cinsiyete dayalı şiddetten koruyan özel tedbirler ayrımcılık olarak yorumlanamaz.”. İç hukukumuzun bir parçası

30 BAKIRCI, s. 137; AYDIN-ŞAFAK, s. 80 dn. 108.

31 BAKIRCI, s. 137.

olan³² İstanbul Sözleşmesine ayrıca atıfta bulunan bu hüküm son derece isabetlidir³³.

G. Kanun'un Şiddet Tanımı

6284 sayılı Kanun'da şiddet; kişinin, fiziksel, cinsel, psikolojik veya ekonomik açıdan zarar görmesiyle veya acı çekmesiyle sonuçlanan veya sonuçlanması muhtemel hareketleri, buna yönelik tehdit ve baskıyı ya da özgürlüğün keyfi engellenmesini de içeren, toplumsal, kamusal veya özel alanda meydana gelen fiziksel, cinsel, psikolojik, sözlü veya ekonomik her türlü tutum ve davranış şeklinde tanımlanmaktadır (m. 2/1-d). Bu tanımda kamusal veya özel alan ifadelerine yer verilmişken, ayrıca toplumsal alan ifadesine de yer verilmesi gereksizdir³⁴.

Kadına yönelik şiddetin ise kadınlara, yalnızca kadın oldukları için uygulanan veya kadınları etkileyen cinsiyete dayalı bir ayrımcılık ile kadının insan hakları ihlaline yol açan ve bu Kanun'da şiddet olarak tanımlanan her türlü tutum ve davranışı ifade ettiği belirtilmektedir (m. 2/1-ç)³⁵.

32 7 Kasım 1982 tarih ve 2709 numaralı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'na (9 Kasım 2011 tarih ve 17863 sayılı Resmi Gazete) göre usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır (m. 90/5).

33 MOROĞLU, s. 375-376, 378; ŞENER, s. 2.

34 UĞUR, 6284 Sayılı Kanun, s. 346; UÇAR, s. 360.

35 İstanbul Sözleşmesi'ne göre, kadına karşı şiddetten, kadınlara karşı bir insan hakları ihlali ve ayrımcılık anlaşılacak ve bu terim, ister kamu ister özel yaşamda meydana gelsinler, söz konusu eylemlerde bulunma tehdidi, zorlama veya özgürlüğün rastgele bir biçimde kısıtlanması da dâhil olmak üzere, kadınlara fiziksel, cinsel, psikolojik veya ekonomik zarar ve acı verilmesi sonucunu doğuracak toplumsal cinsiyete dayalı tüm şiddet eylemleri olarak anlaşılacaktır (m. 3/a). Yine bu Sözleşmeye göre toplumsal cinsiyet, herhangi bir toplumun, kadınlar ve erkekler için uygun olduğunu düşündüğü sosyal anlamda oluşturulmuş roller, davranışlar, faaliyetler ve özelliklerdir (m. 3/c). Nihayet kadınlara karşı toplumsal cinsiyete dayalı şiddet, bir kadına karşı, kadın olduğu için yöneltilen veya kadınları orantısız bir biçimde etkileyen şiddettir (m. 3/d). İstanbul Sözleşmesi'nin aksine 6284 sayılı Kanun'da toplumsal cinsiyet ve kadınlara karşı toplumsal cinsiyete dayalı şiddet kavramlarının tanımlanmamış ve bu kavramlara gerekli vurgunun yapılmamış olması eleştirilmektedir. ÇIRAK Ezgi, "6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun'un Getirdiği Yenilikler ve Eksiklikleri Üzerine Çözüm Önerileri", **Umut Vakfı Hukukun Gençleri Sempozyumları Dizisi 6: Şiddetin Mağdurlarının Yaşamlarına Olan Etkisi**, 2015, Erişim Tarihi: Ekim 2018, <http://www.umut.org.tr/userfiles/files/PDFler/Ezgi%20C%CC%A7%C4%B1rak.pdf>, s. 4; ÖZBİLEN/SOYGÜT-ARSLAN, s. 376, 385; CEYLAN, *Yeni Düzenlemeler*, s. 25.



Nihayet ev içi şiddet, şiddet mağduru ve şiddet uygulayanla aynı haneyi paylaşmasa da aile veya hanede ya da aile mensubu sayılan diğer kişiler arasında meydana gelen her türlü fiziksel, cinsel, psikolojik ve ekonomik şiddet şeklinde tanımlanmaktadır (m. 2/1-b). Açıkçası bu tanım ne ifade ettiğini anlamak pek de mümkün değildir³⁶.

H. Kanun Kapsamında Korunan Kişiler

6284 sayılı Kanun kapsamında korunan kişiler, şiddete uğrayan veya şiddete uğrama tehlikesi bulunan kadınlar, çocuklar, aile bireyleri ve tek taraflı ısrarlı takip mağduru olan kişilerdir (m. 1/1). Şiddete uğrayanların yanı sıra şiddete uğrama tehlikesi bulunanların da Kanun kapsamına alınmasının yerinde bir düzenleme olduğu ileri sürülmektedir^{37, 38}. Ancak şiddete uğrama tehlikesinin varlığını tespit etmek güç olduğundan, hükümde tehlikenin açık ve yakın bir tehlike olması gerekliliğine işaret edilmemiş olması da eleştirilmektedir³⁹. Bu noktada Kanun'u uygulayacak olanların somut olayın özelliklerine göre şiddet tehlikesinin varlığını titizlikle değerlendirmeleri gerekmektedir⁴⁰.

Burada dikkat edilmesi gereken bir diğer husus, şiddete uğrayan veya uğrama tehlikesi bulunan herkesin değil, sadece "*cinsiyete dayalı*" olarak şiddete uğrayan veya uğrama tehlikesi bulunan kadınların, "*cinsiyetlerine bakılmaksızın*" çocukların, aile bireylerinin ve tek taraflı ısrarlı takip mağduru olan kişilerin 6248 sayılı Kanun kapsamında korunduklarıdır⁴¹. Buna göre bir apartman sakinlerinin apartman sorunları nedeniyle

36 SERDAR İlknur, "6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun Kapsamında Şiddet", **Yeni Yasal Düzenlemeler Işığında Bedensel Zararın Tazmini Esasları ve Usulü Kongresi**, Ankara, 2013, s. 524; ÖZBİLEN/SOYGÜT-ARSLAN, s. 376.

37 MOROĞLU, s.375; ÖZBİLEN/SOYGÜT-ARSLAN, s. 376, 385; CEYLAN, *Yeni Düzenlemeler*, s. 21, 22.

38 4320 sayılı Kanun'un yürürlükte olduğu dönemde de şiddete uğrayanların yanı sıra şiddete uğrama tehlikesi altında olanların da Kanun kapsamına alınması gerektiği ileri sürülmekteydi. KAHVECİ Nâlan, "4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun'da 5636 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler", *İzmir Barosu Dergisi*, Yıl: 72, Sayı: 3, 2007, s. 278; KARINCA Eray, "Kadının Eş Şiddetinden Korunması İçin 4320 Sayılı Kanunda Yapılabilecek İyileştirmeler", **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Yıl: 1, Sayı: 3, 2010, s. 336-337. Hatta 4320 sayılı Kanun'un mevcut haliyle bile şiddete uğrama tehlikesi altında olanları kapsadığı savunulmaktaydı. TIĞLI, s. 495. Bu görüşün aksine sadece şiddete uğrama tehlikesinin söz konusu olduğu hallerde dahi 4320 sayılı Kanun'a başvurabilme imkânının, "*bana kötü kötü bakıyor*" gibi gerekçelerle hâkime başvurulabilmesinin önünü açacağı da belirtilmekteydi. BADUR, s. 76-77.

39 UĞUR, *6284 Sayılı Kanun*, s. 348, 360-361; CEYLAN, *Yeni Düzenlemeler*, s. 21-22; ÖZTÜRK, s. 7.

40 ÖZTÜRK, s. 7.

41 ÖZTÜRK, s. 6, 25

birbirlerine uyguladıkları şiddet 6284 sayılı Kanun kapsamında yer almaz⁴².

6284 sayılı Kanun'un uygulanması bakımından, "cinsiyete dayalı olarak" şiddete uğrayan veya şiddete uğrama tehlikesi bulunan kadının yaşının⁴³, medeni halinin⁴⁴, vatandaşlığının⁴⁵, cinsel tercihlerinin⁴⁶ veya şiddetin aile/ ev içinde ya da dışında gerçekleşmesinin⁴⁷ hiç bir önemi bulunmamaktadır. Yine bu Kanun'daki kadın ifadesi, doğuştan kadın olanları kapsadığı gibi, doğuştan erkek olan cinsiyetini TMK m. 40 uyarınca kadın olarak değiştiren bireyleri de kapsamına almaktadır.

3 Temmuz 2005 tarih ve 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'na⁴⁸ göre çocuklar, daha önce ergin olsalar bile onsekiz yaşını doldurmamış bireylerdir (m. 3/1-a). 6284 sayılı Kanun'dan yararlanmak bakımından çocuğun cinsiyetinin, medeni halinin, vatandaşlığının⁴⁹ veya şiddetin aile/ ev içinde ya da dışında gerçekleşmesinin hiç bir önemi bulunmamaktadır.

Aile bireyleri ifadesinden ne anlaşılması gerektiği 6284 sayılı Kanun'da açıkça belirtilmiş değilse de, kanaatimizce yasal düzenlemelerde yer alan ev içi şiddet tanımından yola çıkmak mümkündür. 6284 sayılı Kanun'da da doğrudan ev içi şiddet tanımına yer verilse de, daha önce de belirtildiği gibi, bu tanım oldukça muğlaktır. Bu nedenle İstanbul Sözleşmesi'nde yapılan ev içi şiddet tanımını ele almak daha uygundur. Buna göre ev içi şiddet; failin, şiddet mağduruyla, aynı ikametgâhu şuan veya daha önce paylaşmış paylaşmadığına bakılmaksızın aile içinde veya ev içinde veya eski ya da şu anki eş veya partnerler arasında meydana gelen, fiziksel, cinsel, psikolojik ve ekonomik her türlü şiddeti ifade eder (m. 3-b). Bu

42 Bu ve benzeri örnekler için bkz.; ÖZTÜRK, s. 6-7.

43 YAĞCIOĞLU Ali Haydar, "6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 19, Özel Sayı: Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan, 2017, s. 919; GÜNAY Mehmet, "6284 Sayılı Kanuna Göre Koruyucu ve Önleyici Tedbirler", **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Yıl: 3, Sayı: 10, 2012, s. 652. İstanbul Sözleşmesi'nde 18 yaşından küçük kız çocuklarının da kadın kapsamında sayılacağı belirtilmiştir (m. 3/f).

44 ŞENER, s. 2; YAĞCIOĞLU, s. 919; GÜNAY, s. 652.

45 Yönetmeliğin tanımlara ilişkin hükmünde, şiddet mağdurunun mütakabiliyet ilkesi çerçevesinde yuruşuna bakılmaksızın, Kanun'da şiddet olarak tanımlanan tutum ve davranışlara doğrudan veya dolaylı olarak maruz kalan ya da kalma tehlikesi bulunan kişiyi ve şiddetten etkilenen veya etkilenme tehlikesi bulunan kişiyi ifade ettiği (m. 3/n) belirtilmiştir. Buna göre kadının coğrafi olarak Türkiye sınırları içerisinde şiddete uğraması veya şiddete uğrama tehlikesinin olması Kanun'un uygulanabilmesi için yeterlidir. ÖZTÜRK, s. 6 dn. 26.

46 ŞENER, s. 2; YAĞCIOĞLU, s. 920.

47 YAĞCIOĞLU, s. 919; GÜNAY, s. 652.

48 5 Temmuz 2005 tarih ve 258763 sayılı Resmi Gazete.

49 Bkz.; dn. 43.

sayede aynı evi paylaşsın veya paylaşmasın aile içindeki her bir bireyin bir diğerine uyguladığı şiddetin⁵⁰ yanı sıra, aile bireyi olmasalar bile aynı evde yaşayan kişilerin birbirlerine uyguladıkları şiddet⁵¹ de 6284 sayılı Kanun kapsamına girer. Ayrıca aynı evi paylaşsın veya paylaşmasın, resmi nikâh olmaksızın birliktelik yaşayan partnerler^{52,53} (ve bu arada nişanlılar^{54,55})

- 50 DEMİR Şamil, “Arabuluculuk ile Aile İçi Şiddet ve Uzlaşmaya Tabi Suçların İlişkisi”, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl: 72, Sayı: 2, 2014, s. 217; GÜNAY, s. 654.
- 51 DEMİR, s.217; YAĞCIOĞLU, s. 925-926; GÜNAY, s. 654. Aile olmamakla birlikte aynı evi paylaşan kişilerin aralarında mekân paylaşımı dışında duygusal, sosyal, ekonomik paylaşım da mevcutsa, 6284 sayılı Kanun kapsamında oldukları; ancak aralarında mekânsal paylaşım dışında başka bir paylaşım bulunmayan kişilerin, 6284 sayılı Kanun kapsamında olmadıkları görüşünde; SERDAR, s. 526.
- 52 BÖRÜ Levent, “Kadına Karşı Şiddette Arabuluculuk Kurumuna İlişkin Bazı Değerlendirmeler”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 2017/Özel Sayı, s. 179; UĞUR, *6284 Sayılı Kanun*, s. 346-347; CEYLAN, *Yeni Düzenlemeler*, s. 21; DEMİR, s. 217; YAĞCIOĞLU, s. 925-926.
- 53 4320 sayılı Kanun’un yürürlükte olduğu dönemde, öğretide, bu Kanun’un aralarında evlilik olmaksızın birlikte yaşayan kadın ve erkeği kapsamına almadığı ileri sürülmekteydi. RUHİ Ahmet Cemal, “Ailenin Korunmasına Dair Kanun Çerçevesinde Eş ve Çocukların Aile İçi Şiddete Karşı Korunması”, **Atatürk Üniversitesi Erzurum Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 8, Sayı: 1-2, 2004, s. 531-532; DOĞAN İzzet, “Kadına Yönelik Şiddet, Uluslararası Belgeler, 4320 Sayılı Ailenin Korunmasına İlişkin Yasa ve Bu Yasada Yapılan Değişiklikler Üzerine Bir İnceleme”, *İstanbul Barosu Dergisi*, Cilt: 82, Sayı: 3, 2008, s. 1225; TUNÇ Mehmet, “4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanunun Değerlendirilmesi”, **V. Aile Şurası “Aile Destek Hizmetleri” Bildirileri**, T. C. Başbakanlık Aile ve Sosyal Araştırmalar Genel Müdürlüğü, Ankara, 2008, s. 273, 275; ERDEM, s. 51; BADUR, s. 73; SEVER, s. 30, 42; TIĞLI, s. 492-493. Bu görüşteki ATEŞ, 4320 sayılı Kanun’un amacının aileyi korumak olduğunu, bu nedenle aralarında evlilik olmaksızın birlikte yaşayan kadın ve erkeğin 4320 sayılı Kanun’dan yararlandırılmasının amacına uygun olmadığı ve bunun aksine verilen yargı kararlarının Kanun’a aykırı olduğunu savunmuştur. ATEŞ, s. 162-163. Ancak bu görüşün aksine, nikâhsız bir birliktelikte şiddet gören aile bireylerinin de 4320 sayılı Kanun kapsamında korunmalarının gerekli olduğu ve bu yöndeki yargı kararlarının isabetli olduğu da ileri sürülmekteydi. AKIN Ali, “Kadına Karşı Şiddet ve 4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun Açısından Konuya Bakış”, **Adalet Dergisi**, S. 30, 2008, s. 273; GÜNİNDİ-ERSÖZ Aysel, “Ailenin Korunmasına Dair Kanunun Uygulanmasında Karşılaşılan Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, **V. Aile Şurası “Aile Destek Hizmetleri” Bildirileri**, T. C. Başbakanlık Aile ve Sosyal Araştırmalar Genel Müdürlüğü, Ankara, 2008, s. 292; ERTÜRK/ÖZDAMAR, s. 1199; KARINCA, *İyileştirmeler*, s. 331, 340 vd.; KARINCA, *4320 Sayılı Kanun*, s. 507 vd. KÖSEOĞLU ise nikâhsız birliktelik halinde de kadının Aile Mahkemesinden koruma talep edebileceğini, ancak bu taleplerin 4320 sayılı Kanun’a göre değil, doğrudan İstanbul Sözleşmesi hükümlerine dayanılarak tedbirlere konu edilebileceğini savunmuştur. KÖSEOĞLU Bilal, “Ailenin Şiddetten Korunması”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 2008/77, s. 329; KÖSEOĞLU/KOCAĞA, s. 597.
- 54 BÖRÜ, s.44. Nişanlıların ve nişanlılıkları sona eren kişilerin aile bireyi kapsamında değerlendirilemeyecekleri görüşünde; ÖZBİLEN/SOYGÜT-ARSLAN, s. 371.
- 55 4320 sayılı Kanun’un yürürlükte olduğu dönemde nişanlıya yönelik şiddetin 4320 sayılı Kanun kapsamında olmadığı görüşünde; TIĞLI, s.492-493.

veya evliliklerinin butlanına karar verilmiş ya da boşanmış kişiler^{56,57} arasında gerçekleşen veya gerçekleşme ihtimali olan şiddet olayları da 6284 sayılı Kanun kapsamına girmektedir. Kanaatimizce partnerlerin eşcinsel olmaları onları Kanun'un kapsamı dışında bırakmamaktadır^{58,59}.

Tek taraflı ısrarlı takip kavramına mevzuatımızda ilk kez 6284 sayılı Kanun'da yer verilmesine rağmen^{60,61} burada bu ifadeden ne anlaşılması gerektiği bildirilmemiştir. İstanbul Sözleşmesi'nde ısrarlı takip ile az çok benzeşecek şekilde taciz amaçlı takip kavramına yer verilmiş (m. 36)⁶² ve bir kişiye yönelik olarak gerçekleştirilen ve bu kişiyi, kendisini güvende hissetmesini önleyecek şekilde korkutacak, kasıtlı bir biçimde

56 DEMİR, s. 217; GÜNAY, s. 654. Evlilikleri sona ermiş kişilerin aile bireyi kapsamında değerlendirilemeyecekleri görüşünde; ÖZBİLEN/SOYGÜT-ARSLAN, s. 371.

57 4320 sayılı Kanun'un yürürlükte olduğu dönemde de evlilikleri sona ermiş kişiler arasındaki şiddet olaylarının 4320 sayılı Kanun kapsamında olduğu ileri sürülmekteydi. BADUR, s. 73-74; KARINCA, İyileştirmeler, s. 331, 340 vd.; KARINCA, *4320 Sayılı Kanun*, s. 507 vd.; GÜNİNDİ-ERSÖZ, s. 292. TIĞLI'da ülkemizde özellikle kadınların, boşanma sonrasında da önceki eşleri tarafından rahatsız edildikleri ve önceki eşlerinin şiddet içerikli eylemlerine maruz kaldıkları görüldüğünden, boşandıktan sonra eski eş tarafından kendisine şiddet uygulanan kişinin de 4320 sayılı Kanun hükümlerinden yararlandırılması gerektiğini belirtmiştir. TIĞLI, s. 498. Buna karşı, evliliğin boşanma veya iptal gibi bir nedenle sona ermesinden sonra, eski eşlerin 4320 sayılı Kanun kapsamından çıktıkları da savunulmaktaydı. RUHLI, s. 531-532; DOĞAN İzzet, *4320 sayılı Yasa*, s. 1230; ERDEM, s. 52; TIĞLI, s. 493; SEVER, s.30, 42. SEVER, boşandıktan sonra eski eş tarafından katledilen Ayşe PAŞALI örneğini vererek, 4320 sayılı Kanun'da bu kadınların öngörülebilir bir şiddetten korunmamalarının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin açıkça ihlali anlamına geldiğini belirtmiştir. SEVER, s. 42.

58 DEMİR, s. 217; YAĞCIOĞLU, s. 926-927. 6284 sayılı Kanun'dan eşcinsellerin de yararlanabilecekleri görüşünde; ÖZTÜRK, s. 6; UĞUR, *6284 Sayılı Kanun*, s. 346-347. Açıkça belirtilmedikleri için eşcinsellerin 6284 sayılı Kanun'dan yararlanamayacakları görüşünde; YILDIZ Ferhat, "6284 sayılı Kanunun Getirdikleri ve Anayasaya Aykırılık Sorunu", *Adalet Dergisi*, Sayı: 50, 2014, s. 101.

59 4320 sayılı Kanun'un yürürlükte olduğu dönemde, Türk hukukunda aile olarak kabul edilmeyen bir birlikelik kurmuş aynı cinsiyetten kişilerin ve bunların çocuklarının 4320 sayılı Kanun'dan yararlanabilecekleri görüşünde; YASAN Candan, *Milletlerarası Özel Hukukta Aynı Cinsiyetten Kişilerin Birliktelikleri*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, s.197-198.

60 UYUMAZ Alper/AKDAĞ İdris, "Türk Özel Hukukunda Şiddet ve İsrarlı Takip Kavramı ile İsrarlı Takip Mağdurunun Korunması", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 19, S. 2, 2015, s. 59; DOĞAN Recep, "Kadına Yönelik Şiddetin Bir Türü Olarak, İsrarlı Takip (Stalking) Kavramı ve Suçu", *Ankara Barosu Dergisi*, Y. 72, S. 2, 2014, s. 149; ÖZTÜRK, s. 7.

61 4320 sayılı Kanun'da ısrarlı takibe ilişkin bir düzenleme olmamakla birlikte, bu Kanun'un yürürlükte olduğu dönemde öğretilerde bir şiddet türü olan ısrarlı takibe karşı 4320 sayılı Kanun'da öngörülen tedbirlerin alınabileceği ileri sürülmekteydi. TÜRKMEN Ahmet, "Yeni Bir Hukukî Olgu Olarak İsrarlı Takip ve Taciz (Stalking) ve Bunun Türk Medenî Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 11, Özel Sayı: Prof. Dr. Bilge UMAR'a Armağan, 2010, s. 1400.

62 UYUMAZ/AKDAĞ, s. 47-48, dn.6; GÜNAY, s. 655.



tekrarlanan tehditkâr davranışlar şeklinde tanımlanmıştır. Yönetmeliğin 3. maddesinin (ş) bendinde ise tek taraflı ısrarlı takibin “*Aralarında aile bağı veya ilişki bulunup bulunmadığına bakılmaksızın, şiddet uygulayanın, şiddet mağduruna yönelik olarak, güvenliğinden endişe edecek şekilde fiziki veya psikolojik açıdan korku ve çaresizlik duygularına sebep olacak biçimde, içeriği ne olursa olsun fiili, sözlü, yazılı olarak ya da her türlü iletişim aracını kullanarak ve baskı altında tutacak her türlü tutum ve davranışı*” ifade ettiği bildirilmiştir⁶³. Bu tanımlardan yola çıkarak, ısrarlı takibin ancak tek taraflı olarak icra edilebileceği söylenebilir. Bu da öğretilerde de isabetle belirtildiği gibi, ısrarlı takibin başında “*tek taraflı*” ibaresini kullanmayı yersiz kılmaktadır⁶⁴.

I. Kanun Kapsamında Alınabilecek Tedbirler

6284 sayılı Kanun’da, şiddet mağduru olan kişilerle ilgili koruyucu tedbirler ve bu kişilere şiddet uygulayan veya şiddet uygulama ihtimali bulunan kişilerle ilgili önleyici tedbirler ayrı maddelerde düzenlenmiştir.

1. Koruyucu Tedbirler

Yönetmeliğin 3. maddesinin k bendine göre, koruyucu tedbir kararı, Kanun kapsamında belirtilen merciler tarafından korunan kişi hakkında olayın niteliği dikkate alınarak hükmedilecek tedbirlere ilişkin kararı ifade eder.

Koruyucu tedbirlere hâkim tarafından karar verilebilirken (6284 m. 4), bazı koruyucu tedbirlere mülki amir (m. 3/1) ve hatta gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ilgili kolluk amirleri⁶⁵ tarafından da (m. 3/2) karar verilebilmektedir. Hâkimin yanı sıra mülki amirlere ve hatta kolluk amirlerine de bazı koruyucu tedbir kararları verebilme yetkisi tanınmasının karışıklıklara sebebiyet verebileceği ileri sürülse de⁶⁶, kısa sürede acil karar verme zorunluluğu karşısında bu düzenlemenin oldukça isabetli olduğu söylenebilir⁶⁷. Uygulamada yaşanabilecek sorunların, mülki amirlerin ve kolluğun konu hakkında iyi eğitim almalarıyla aşılacağı de aşıkârdır⁶⁸.

63 İsrarlı takip kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.; UYUMAZ/AKDAĞ, s. 2 vd.; Recep DOĞAN, s. 138-139, 151 vd.

64 Recep DOĞAN, s. 150; UYUMAZ/AKDAĞ, s. 88; YAĞCIOĞLU, s. 927. YAĞCIOĞLU, Yönetmelikteki tanımdan yola çıkarak, takip niteliğindeki eylemin, tekrarlı olması aranmaksızın, tek seferde gerçekleşmiş olmasının da yeterli görülmesi gerektiğini ve bu nedenle sadece “*takip*” ifadesinin kullanılmasının yeterli olduğunu da ileri sürmektedir. YAĞCIOĞLU, s. 928.

65 Yönetmeliğe göre kolluk amiri, hakkında tedbir kararı verilen kişilerin yerleşim yeri veya bulunduğu ya da tedbirin uygulanacağı yerdeki Jandarma Genel Komutanlığı, Emniyet Genel Müdürlüğü ve Sahil Güvenlik Komutanlığı tarafından atamalarındaki usule göre konu ile yetkili ve görevli kolluk biriminin komutanını/amirini ifade eder (m. 3-1).

66 UĞUR, 6284 Sayılı Kanun, s. 350.

67 ÖZTÜRK, s. 9; MOROĞLU, s. 376; AKDENİZ, s.549; ÖZBİLEN/SOYGÜT-ARSLAN, s. 385; CEYLAN, Yeni Düzenlemeler, s. 29.

68 MOROĞLU, s. 379; AKDENİZ, s. 550.

Her kim tarafından verilirse verilsin, koruyucu tedbir kararlarının verilebilmesi için, şiddetin uygulandığı hususunda delil veya belge aranmaması da Kanun'da açıkça belirtilen (m. 8/3 c. 1) çok önemli bir husustur^{69,70}. Buna göre koruyucu tedbir kararının verilebilmesi için, şiddet mağduru olduğunu iddia eden kişinin beyanı yeterlidir. Bu düzenlemenin kötüye kullanılması riski olsa da⁷¹, çoğu şiddet olayında bir delil göstermenin güçlüğü ve ciddiye alınmayarak müdahale edilmeyen olayların -defalarca acı bir biçimde tecrübe edildiği üzere- bir facia ile sonuçlanması riski karşısında son derece isabetli bir düzenleme olduğu söylenebilir. Öğretide hakkın kötüye kullanılmasını önlemek amacıyla, hâkimin somut olayı değerlendirmesi ve asgari olasılık koşulunu araması gerektiği ileri sürülmektedir⁷². Kanaatimizce de 6284 sayılı Kanun'u uygulayacak kişi ve kurumlar şiddet ihtimalinin en az olasılıkla söz konusu hallerde dahi uygun koruyucu tedbirleri almak zorundadırlar.

a. Mülki Amir Tarafından Verilebilecek Koruyucu Tedbir Kararları

6284 sayılı Kanun'un 3. maddesinin ilk fıkrasına göre, bu Kanun kapsamında korunan kişilerle ilgili olarak aşağıdaki tedbirlerden birine, birkaçına veya uygun görülecek benzer tedbirlere mülkî amir tarafından karar verilebilir:

a) Kendisine ve gerekiyorsa beraberindeki çocuklara, bulunduğu yerde veya başka bir yerde uygun barınma yeri sağlanması⁷³,

69 EROL Emin, "6284 Sayılı Yasa ve Uygulama", İstanbul Barosu Dergisi, C. 90, S. 2, 2016, s. 283; MOROĞLU, s. 377; ÖZBİLEN/SOYGÜT-ARSLAN, s. 385.

70 4320 sayılı Kanun'da buna benzer bir düzenleme olmamakla birlikte, bu Kanun'un yürürlükte olduğu dönemde buna benzer bir düzenlemenin yapılmasının zorunlu olduğu ileri sürülmekteydi. KARINCA, İyileştirmeler, s. 336; SEVER, s. 43; ATEŞ, s. 165. Gerçi o dönemde de 01 Mart 2008 tarihli (26803 sayılı Resmi Gazete) Ailenin Korunmasına Dair Kanunun Uygulanması Hakkında Yönetmeliğin 6. maddesinde şiddetin belgelenmesine gerek olmadığı hükmüne yer verilmişti. Ayrıca Kanun'un özünün şiddetin uygulandığı hususunda delil aranmamasını gerektirdiği de ileri sürülmekteydi. KARINCA, İyileştirmeler, s. 336; BOZKURT-ŞENER, s. 159; İzzet DOĞAN, 4320 sayılı Yasa, s. 1234. Ancak delil aranıp aranmamasına verilecek tedbirin ağırlığına göre karar verilmesi gerektiği de savunulmaktaydı. KAHVECİ, 4320 Sayılı Kanun, s. 291-292.

71 UĞUR, 6284 Sayılı Kanun, s. 361; UĞUR, Kadın ve Ailenin Şiddete Karşı Korunması, s. 593-594.

72 ÖZTÜRK, s. 13-14.

73 3 Temmuz 2005 tarih ve 5393 sayılı Belediye Kanunu'na (13 Temmuz 2005 tarih ve 25874 sayılı Resmi Gazete) göre büyükşehir belediyeleri ile nüfusu 100.000'in üzerindeki belediyeler, kadınlar ve çocuklar için konukevleri açmak zorundadır. Diğer belediyeler de mali durumları ve hizmet önceliklerini değerlendirerek kadınlar ve çocuklar için konukevleri açabilirler (m. 14/1-a). Yine (5 Ocak 2013 tarih ve 28519 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan) Kadın Konukevlerinin Açılması ve İşletilmesi Hakkında Yönetmelikte Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığının yörelinin ihtiyacına, sosyo-kültürel



b) Diğer kanunlar kapsamında yapılacak yardımlar saklı kalmak üzere, geçici maddi yardım yapılması⁷⁴,

c) Psikolojik, meslekî, hukukî ve sosyal bakımdan rehberlik ve danışmanlık hizmeti verilmesi⁷⁵,

ç) Hayatî tehlikesinin bulunması hâlinde, ilgilinin talebi üzerine veya resen geçici koruma altına alınması⁷⁶,

d) Gerekli olması hâlinde, korunan kişinin çocukları varsa çalışma yaşamına katılımını desteklemek üzere dört ay, kişinin çalışması hâlinde ise iki aylık süre ile sınırlı olmak kaydıyla, kreş imkânının sağlanması⁷⁷.

Devlete birçok pozitif yükümlülük yükleyen⁷⁸ bu hükümde yer alan “uygun görülecek benzer tedbirlere...karar verilebilir” ifadesi bu sayımın tahdidi olmadığını göstermektedir. Somut olayın gösterebileceği özellikler nedeniyle, alınabilecek tedbirler bakımından tahdidi bir sayımın yapılmaması oldukça isabetlidir⁷⁹. Ancak öğretilerde 6284 sayılı Kanun’un

yapısına göre uygun görülecek il ve ilçelerde konukevi açacağı belirtilmiştir. Büyükşehir belediyeleri ile nüfusu yüzünü geçen belediyelerin ihtiyaca cevap verebilecek nitelik ve sayıda konukevi açacakları bildirildikten sonra İl özel idareleri ile sivil toplum kuruluşlarının da konukevi açabilecekleri düzenlenmiş ve gerçek kişiler tarafından konukevi açılması yasaklanmıştır (m. 4/1). Konukevlerinin kapasitelerinin yeterli olmaması ihtimaline karşı, şiddet mağdurunun barındırılması sorunu ile ilgili olarak Yönetmeliğin 7. maddesinde ayrıntılı bir düzenleme de yapılmıştır.

74 Bir geliri olmayan ve özellikle maddi yönden şiddet uygulayan kişiye bağımlı olan şiddet mağdurları bakımından büyük bir önem taşıyan bu koruyucu tedbir kararının nasıl uygulanacağı hakkında Kanun’un 17. ve Yönetmeliğin 8. maddelerinde ayrıntılı bir düzenleme yapılmıştır.

75 Bu koruyucu tedbir kararı hakkında Yönetmeliğin 9. maddesinde ayrıntılı bir düzenleme yapılmıştır. Şiddet mağdurunun hayatını idame ettirebilmesi ve sağlıklı bir biçimde yeniden topluma kazandırılabilmesi için, bu tedbiri uygulayacak kişilerin titiz bir çalışma yürütmelerinin çok önemli olduğunun altı çizilmelidir.

76 Bu koruyucu tedbir kararı hakkında Yönetmeliğin 10. maddesinde ayrıntılı bir düzenleme yapılmıştır. Bu düzenlemenin 3. fıkrasına göre, korunan kişinin ne şekilde koruma altına alınacağı, şiddet mağduruna yönelik muhtemel tehdit ve risk göz önüne alınarak şiddet mağduru ve şiddet uygulayanın durumunun değerlendirilmesi suretiyle 11/11/2008 tarihli ve 27051 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Cumhuriyet Başsavcılıkları ve Mahkemelerde Alınacak Tanık Koruma Tedbirlerine İlişkin Esas ve Usuller Hakkında Yönetmelikte yer alan fiziki koruma tedbirleri hâkim veya mülki amir tarafından, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kolluk tarafından belirlenir.

77 Bu koruyucu tedbir kararı hakkında Yönetmeliğin 11. maddesinde ayrıntılı bir düzenleme yapılmıştır. Öğretilerde haklı olarak, kreş imkânından yararlanma süresinin şiddet mağdurunun elde ettiği gelire göre belirlenmesi gerektiği ileri sürülmektedir. ŞENER, s. 4. Yine haklı olarak, konukevlerinde, mağdurların çocuklarının bakımının sağlanabileceği bir mekânın bulunmasının yerinde olacağı belirtilmektedir. ÖZTÜRK, s. 11.

78 ÖZBİLEN/SOYGÜT-ARSLAN, s. 380.

79 AKDENİZ, s. 549; ÖZTÜRK, s. 18.



amacı, tarafların barışmasını sağlamak değil, sadece şiddet mağdurunu korumak olduğundan bahisle, 6284 sayılı Kanunu uygulayacak mülki amirin, tarafların barışmasına yönelik bir tedbir kararı vermesinin kanunun ruhuna tamamen aykırı olduğu da ileri sürülmektedir⁸⁰. Kanaatimizce de özellikle fiziksel şiddetin ya da buna yönelik bir tehdidin söz konusu olduğu hallerde, sadece bu şekilde bir tedbir kararı ile yetinilmesi bir facia ile karşı karşıya kalınması riskinin göze alındığı anlamına gelir.

Mülki amirlere önemli görevler veren ve geniş yetkiler tanıyan bu düzenlemeye rağmen, uygulamada mülki amirlerin gerekli tedbirleri almak hususunda isteksiz davrandıkları, mahkemelere intikal eden birçok olayda şiddet mağdurunun mülki amir tarafından alınabilecek tedbirleri istemediğini, sadece hâkim tarafından alınacak tedbirlerin uygulanmasını talep ettiğini belirten matbu bir evraka imza atıldığı belirtilmektedir⁸¹. Hâlbuki acilen koruyucu bir tedbirin alması gerektiği halde, bunu yapmaktan kaçınan bir mülki amirin bu sayede sorumluluktan kurtulamayacağı çok açıktır.

b. İlgili Kolluk Amirlerince Verilebilecek Koruyucu Tedbir Kararları

6284 sayılı Kanun'un 3. maddesinin 2. fıkrasına göre, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde şiddet mağduruna ve gerekiyorsa beraberindeki çocuklara, uygun barınma yeri sağlanması ve hayatî tehlikesinin bulunması hâlinde, geçici koruma altına alınması tedbirleri ilgili kolluk amirlerince de alınabilir. Ancak kolluk amiri evrakı en geç kararın alındığı tarihi takip eden ilk işgünü içinde mülkî amirin onayına sunar. Mülkî amir tarafından kırksekiz saat içinde onaylanmayan tedbirler kendiliğinden kalkar⁸².

Çoğu zaman şiddet mağduru ile ilk teması gerçekleştirecek kolluk kuvvetlerine bazı koruyucu tedbir kararları alabilme yetkisinin tanınmasının son derece isabetli olduğunun altı bir kez daha çizilmelidir⁸³.

c. Hâkim Tarafından Verilebilecek Koruyucu Tedbir Kararları

Hâkim tarafından verilebilecek koruyucu tedbir kararları 6284 sayılı Kanun'un 4. maddesinde düzenlenmiştir. Bu hükme göre, bu Kanun kapsamında korunan kişilerle ilgili olarak aşağıdaki koruyucu tedbirlerden birine, birkaçına veya uygun görülecek benzer tedbirlere hâkim tarafından karar verilebilir:

80 ÖZTÜRK, s. 18-19.

81 EROL, s. 278-279.

82 Bu hükmün uygulamada sorunlara yol açabileceği görüşünde; MOROĞLU, s. 378.

83 YAĞCIOĞLU, s. 936-937.



- a) İşyerinin değiştirilmesi⁸⁴,
- b) Kişinin evli olması hâlinde müşterek yerleşim yerinden ayrı yerleşim yeri belirlenmesi⁸⁵,
- c) Türk Medenî Kanunundaki şartların varlığı hâlinde ve korunan kişinin talebi üzerine tapu kütüğüne aile konutu şerhi konulması⁸⁶,
- ç) Korunan kişi bakımından hayatî tehlikenin bulunması ve bu tehlikenin önlenmesi için diğer tedbirlerin yeterli olmayacağına anlaşılması hâlinde ve ilgilinin aydınlatılmış rızasına dayalı olarak Tanık Koruma Kanunu hükümlerine göre kimlik ve ilgili diğer bilgi ve belgelerinin değiştirilmesi⁸⁷.

Hükümde yer alan uygun görülecek benzer tedbirlere ifadesi bu sayımın tahdidi olmadığını göstermektedir. Buna göre hâkimin mülki amir tarafından verilebilecek koruyucu tedbir kararlarına evleviyetle hükmedebileceği belirtilmelidir⁸⁸. Yönetmelikte de bu hususa açıkça işaret edilmiştir (m. 12). Bunun dışında da hâkim, somut olayın özelliklerine göre uygun göreceği benzer tedbirlere hükmedebilecektir. Örneğin velayet yetkisi olmayan eşin ortak çocuğu, velayet sahibi eşe teslim etmeyerek kaçırması da bir tür şiddet eylemi olduğundan hâkim, çocuğun bulunduğu yerden alınarak velisine teslim edilmesine yönelik bir tedbir kararı verebilir⁸⁹. Ancak daha önce de değinildiği üzere, 6284 sayılı Kanun'un amacı, tarafların barışmasını sağlamak değil, sadece şiddet mağdurunu korumak olduğundan, hâkimin tarafların barışmasına yönelik bir tedbir kararı vermesi kanunun ruhuna tamamen aykırıdır. Özellikle de fiziksel şiddetin ya da buna yönelik bir tehdidin söz konusu olduğu hallerde, sadece bu şekilde bir tedbir kararı ile yetinilmesi bir facia ile karşı karşıya kalınması riskinin göze alındığı anlamına gelir.

84 Bu koruyucu tedbir kararı hakkında Yönetmeliğin 13. maddesinde ayrıntılı bir düzenleme yapılmıştır. Öğretide somut olayın özellikleri dikkate alınarak, gerektiğinde şiddet uygulayanın işyerinin değiştirilmesine de karar verilebilmesi gerektiği ileri sürülmektedir. ÖZTÜRK, s. 12.

85 Bu koruyucu tedbir kararı hakkında Yönetmeliğin 14. maddesinde ayrıntılı bir düzenleme yapılmıştır.

86 Bu koruyucu tedbir kararı hakkında Yönetmeliğin 15. maddesinde de bir düzenleme yapılmıştır. Bu şerh sayesinde şiddet uygulayan kişinin aile konutu üzerindeki tasarruf yetkisi kısıtlanmış olur. Ancak CEYLAN'a göre 6284 sayılı Kanun kapsamında konuttan kasıt, sadece aile konutu niteliğine sahip konut değildir, ailenin belirli amaçlarla ortak kullandığı her türlü konut kapsama girmektedir. CEYLAN Ebru, "Yeni Türk Medeni Kanunu'nda Aile Konutunun Önemi", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 2017/128, s. 205.

87 Bu koruyucu tedbir kararı hakkında Yönetmeliğin 16. maddesinde ayrıntılı bir düzenleme yapılmıştır.

88 ÖZBİLEN/SOYGÜT-ARSLAN, s. 383.

89 KÖSEOĞLU, s. 332-333; KÖSEOĞLU/KOCAAĞA, s. 600-601.

2. Önleyici Tedbirler

Yönetmeliğin 3. maddesinin p bendine göre önleyici tedbir kararı, Kanunda belirtilen merciler tarafından şiddet uygulayan veya uygulama tehlikesi bulunan kişi hakkında, olayın niteliği dikkate alınarak hükmedilecek tedbirlere ilişkin kararı ifade eder. 6284 sayılı Kanun'a göre şiddet uygulayan, bu Kanun'da şiddet olarak tanımlanan tutum ve davranışları uygulayan veya uygulama tehlikesi bulunan kişileri ifade eder (m. 2/g). Öğretide şiddeti doğrudan uygulayan veya uygulama tehlikesi bulunan kişiler kadar, dolaylı yoldan uygulayan veya uygulama tehlikesi bulunan kişiler aleyhine de önleyici tedbir kararı verilebilmesi gerektiği, haklı olarak ileri sürülmektedir⁹⁰. Buna göre oğlunu, çalışmak veya ailesini ziyarete gitmek isteyen karısına karşı şiddet uygulamaya teşvik eden bir kayıvalide hakkında da önleyici tedbir kararına hükmedilebilmesi mümkün ve gereklidir.

Önleyici tedbirlere hâkim tarafından karar verilebilirken (6284 m. 5/1-3-4), gecikmesinde sakınca bulunan hallerde bazı önleyici tedbirlere ilgili kolluk amirleri tarafından da (m. 5/2) karar verilebilmektedir.

6284 sayılı Kanun'un 8. maddesinin 3. fıkrasının ilk cümlesinde koruyucu tedbir kararı verilebilmesi için, şiddetin uygulandığı hususunda delil veya belge aranmayacağı açıkça bildirildiği halde, benzer bir düzenleme önleyici tedbir kararları bakımından yapılmamıştır. Hükmün devamında sadece önleyici tedbir kararının, geciktirilmeksizin verilmesi gerektiği (c. 2) ve kararın verilmesinin, Kanun'un amacını gerçekleştirmeyi tehlikeye sokabilecek şekilde geciktirilmeyeceği (c. 3) bildirilmiştir. Kanaatimizce bu durum, önleyici tedbir kararlarının şiddet uyguladığı iddia edilen kişinin kişilik haklarına yoğun bir müdahale içermesinden kaynaklanmaktadır⁹¹. Ancak öğretide de isabetle belirtildiği üzere, önleyici tedbir kararı verilebilmesi için kesin deliller aranmamalıdır. Sadece şiddetin veya şiddet tehlikesinin varlığına işaret eden emarelerin bulunması yeterlidir⁹².

90 ÖZBİLEN/SOYGÜT-ARSLAN, s. 384. Bu görüşteki Yazarlar, şiddet uygulayana ilişkin tanımın, bu Kanun'da şiddet olarak tanımlanan tutum ve davranışları doğrudan veya dolaylı olarak uygulayan veya uygulama tehlikesi bulunan kişiler şeklinde değiştirilmesi gerektiğini ileri sürmektedirler.

91 CEYLAN'a göre de önleyici tedbir kararları kişi hak ve özgürlükleriyle ilgili önemli sınırlamalar yarattığından ve kötüye kullanılmaya müsait olduğundan, bu tür bir kararın verilebilmesi için şiddet uygulandığı hususunda delil gösterilmesi gerekmektedir. CEYLAN, *Yeni Düzenlemeler*, s. 36.

92 ÖZTÜRK, s. 18; UĞUR, *Kadın ve Ailenin Şiddete Karşı Korunması*, s. 589; UĞUR, *6284 Sayılı Kanun*, s. 352; CEYLAN, *Yeni Düzenlemeler*, s. 44. Şiddet uygulandığı hususunda delil ve belge aranmaması hükmünün önleyici tedbir kararlarının verilebilmesi için de evleviyetle geçerli olduğu görüşünde; ÇIRAK, s. 10. Özellikle şiddete uğrama



a. Hâkim Tarafından Verilebilecek Önleyici Tedbir Kararları

6284 sayılı Kanun'un önleyici tedbir kararları ile ilgili 5. maddesinin ilk fıkrasına göre, şiddet uygulayanlarla ilgili olarak aşağıdaki önleyici tedbirlerden birine, birkaçına veya uygun görülecek benzer tedbirlere hâkim tarafından karar verilebilir:

- a) Şiddet mağduruna yönelik olarak şiddet tehdidi, hakaret, aşağılama veya küçük düşürmeyi içeren söz ve davranışlarda bulunmaması⁹³,
- b) Müşterek konuttan veya bulunduğu yerden derhâl uzaklaştırılması ve müşterek konutun korunan kişiye tahsis edilmesi⁹⁴,
- c) Korunan kişilere, bu kişilerin buldukları konuta, okula ve işyerine yaklaşmaması⁹⁵,
- ç) Çocuklarla ilgili daha önce verilmiş bir kişisel ilişki kurma kararı varsa, kişisel ilişkinin refakatçi eşliğinde yapılması, kişisel ilişkinin sınırlandırılması ya da tümüyle kaldırılması⁹⁶,

tehlikesi mevcutsa, hâkimin, olayın aciliyetine ve somut koşullara göre gerektiğinde delil aramadan önleyici tedbir kararı vermesi gerektiği görüşünde; YAĞCIOĞLU, s.949. Uyarı temeline dayanan önleyici tedbirlerde delil toplanmaksızın karar verilmesi gerektiği, ancak evden uzaklaştırma, tedbir nafakası, kişisel ilişkinin sınırlandırılması veya kaldırılması yönündeki tedbir kararları ile Çocuk Koruma Kanunu ve Türk Medeni Kanunu hükümleri çerçevesinde velayet, kayyım, nafaka ve kişisel ilişki kurulmasına ilişkin karar verilirken delil toplama yoluna gidilmesinin uygun olacağı görüşünde; KAHVECİ Nâlan, "6284 Sayılı Kanun Kapsamında Tedbir Kararları", **Yeni Yasal Düzenlemeler Işığında Bedensel Zararın Tazmini Esasları ve Usulü Kongresi**, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2013, s. 461.

93 Bu önleyici tedbir kararı hakkında Yönetmeliğin 18. maddesinde de bir düzenleme yapılmıştır.

94 Bu önleyici tedbir kararı hakkında Yönetmeliğin 19. maddesinde ayrıntılı bir düzenleme yapılmıştır. Bu düzenlemede dikkat çeken hususlardan biri de, bu tedbirin uygulanmasının, şiddet uygulayanın uzaklaştırıldığı konutun kira, elektrik, su, telefon, doğalgaz ve benzeri giderlerini karşılamaya devam etmesine engel teşkil etmeyeceği hususudur. Yine hâkim şiddet uygulayanın, koruma kararı süresince aile konutunun kira sözleşmesini feshetmemesine veya kamu konutu tahsisinin kaldırılması yönünde talepte bulunmamasına ve uygun göreceği diğer tedbirlere de karar verebilir (f. 3). Uzaklaştırma tedbirine aykırı davranışın konut dokunulmazlığını ihlal suçunu oluşturacağı görüşünde; HACIOĞLU Caner Burhan, "4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun'la İhdas Edilen "Ailenin Korunmasına Dair Kanun'a Muhalefet Suçu" Üzerine Bir İnceleme", **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 3, S. 1, 1999, s. 42-43.

95 Bu önleyici tedbir kararı hakkında Yönetmeliğin 20. maddesinde de bir düzenleme yapılmıştır. Hâkim, bu önleyici tedbir kararını verirken korunan kişilere hangi mesafeye kadar yaklaşamayacağını da belirtebilir. Ancak böyle bir belirleme yapılmamışsa, yaklaşmama kararının korunan kişiler tarafından görülmeyecek bir alanı kapsadığı ileri sürülmektedir. ERDEM, s. 63; ÖZTÜRK, s. 16; TIGLI, s. 518.

96 Bu önleyici tedbir kararı hakkında Yönetmeliğin 21. maddesinde de bir düzenleme yapılmıştır

d) Gerekli görülmesi hâlinde korunan kişinin, şiddete uğramamış olsa bile yakınlarına, tanıklarına ve kişisel ilişki kurulmasına ilişkin hâller saklı kalmak üzere çocuklarına yaklaşmaması⁹⁷,

e) Korunan kişinin şahsi eşyalarına ve ev eşyalarına zarar vermemesi⁹⁸,

f) Korunan kişiyi iletişim araçlarıyla veya sair surette rahatsız etmemesi⁹⁹,

g) Bulundurulması veya taşınmasına kanunen izin verilen silahları kolluğa teslim etmesi¹⁰⁰,

ğ) Silah taşınması zorunlu olan bir kamu görevi ifa etse bile bu görevi nedeniyle zimmetinde bulunan silahı kurumuna teslim etmesi¹⁰¹,

97 Bu önleyici tedbir kararı hakkında Yönetmeliğin 22. maddesinde de bir düzenleme yapılmıştır.

98 Bu önleyici tedbir kararı hakkında Yönetmeliğin 23. maddesinde de bir düzenleme yapılmıştır. İlgili düzenlemelerde her ne kadar “*korunan kişinin şahsi eşyaları*” ifadesine yer verilse de öğretilerde, haklı olarak, korunan kişinin şahsına ait olmayıp da ona emanet bırakılmış bir eşyaya zarar vermenin de bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiği ileri sürülmektedir. ÖZTÜRK, s. 16. Hükümde geçen “*ev eşyaları*” ifadesinden anlaşılması gereken ise mülkiyetinin kime ait olduğuna bakılmaksızın ailenin/ev halkının ortak kullanıma özgülenen tüm eşyalardır. Ayrıca bkz.; GÜVEN Kudret, “4320 Sayılı “Ailenin Korunmasına Dair Kanun’un” Getirdiği Hukuki Tedbirler”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 2, S.1-2, 1998, s. 25; ERDEM Mehmet, “Aile İçi Şiddet ve 4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 2007/73 s. 63; BOZKURT-ŞENER, s. 99; TIĞLI, s. 520; KAHVECİ, *4320 Sayılı Kanun*, s. 297; GÜNAY, s. 667. Bu tedbire aykırı davranışın mala zarar verme suçunu oluşturacağı görüşünde; HACIOĞLU, s. 43.

99 Bu önleyici tedbir kararı hakkında Yönetmeliğin 24. maddesinde de bir düzenleme yapılmıştır. Bu tedbirin geniş yorumlanması gerektiği görüşünde; ÖZTÜRK, s. 16-17; ERDEM, s. 64. Kanaatimizce de şayet korunan kişiyi rahatsız ediyorsa, kendisine her gün çiçek göndermenin dahi bu kapsamda değerlendirilmesi gerekir.

100 Bu önleyici tedbir kararı hakkında Yönetmeliğin 25. maddesinde de bir düzenleme yapılmıştır. Öğretilerde haklı olarak, bu tedbirin uygulanabilmesi için, teslim edilecek silahın şiddet uygularken kullanılmış veya bu yönde bir tehdidin yapılmış olmasının gerekli olmadığı belirtilmemektedir. ÖZTÜRK, s. 17; ERDEM, s. 64; TIĞLI, s. 522; UYUMAZ/AKDAĞ, s. 83. Yine silah kavramının geniş yorumlanması gerektiği, ateşli silahların yanında delici-kesici aletlerin de silah kapsamına dâhil olduğu ileri sürülmektedir. ÖZTÜRK, s. 17; BOZKURT-ŞENER, s. 101. Kanaatimizce sadece bulundurma veya taşıma ruhsatı olan ateşli silahlar hükmün kapsamında yer alır. Zira birçok eşya bir şiddet eyleminde kesici ve delici alet olarak kullanılabilir. Bu nedenle şiddet uygulayanın neredeyse tüm eşyalarını kolluğa teslim etmesine hükmetmek rasyonel değildir. Benzer görüşte; TIĞLI, s. 524. Ruhsatsız ateşli silahlar hakkında ise derhal müsadere işlemi yapılmalıdır.

101 Bu önleyici tedbir kararı hakkında Yönetmeliğin 26. maddesinde de bir düzenleme yapılmıştır. 4320 sayılı Kanun’da görevi nedeniyle silah taşınması zorunlu olan kişiler

h) Korunan kişilerin buldukları yerlerde alkol ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanmaması ya da bu maddelerin etkisinde iken korunan kişilere ve bunların buldukları yerlere yaklaşmaması, bağımlılığının olması hâlinde, hastaneye yatmak dâhil, muayene ve tedavisinin sağlanması¹⁰²,

ı) Bir sağlık kuruluşuna muayene veya tedavi için başvurması ve tedavisinin sağlanması¹⁰³.

Hükümde yer alan “*uygun görülecek benzer tedbirler*” ifadesi bu sayımın tahdidi olmadığını göstermektedir. Somut olayın gösterebileceği özellikler nedeniyle, alınabilecek tedbirler bakımından tahdidi bir sayımın yapılmaması oldukça isabetlidir.

6284 sayılı Kanun’un 5. maddesinin 3. fıkrasında bu Kanun’da belirtilen tedbirlerle birlikte hâkimin, Çocuk Koruma Kanununda yer alan koruyucu ve destekleyici tedbirler ile Türk Medeni Kanunu hükümlerine

hakkında bu tedbirin nasıl uygulanacağı hakkında bir hüküm bulunmuyordu. Bu nedenle öğretilerde ve uygulamada konuya ilişkin farklı görüşler mevcuttu. Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz.; BOZKURT-ŞENER, s. 101-102.

102 Bu önleyici tedbir kararı hakkında Yönetmeliğin 27. maddesinde ayrıntılı bir düzenleme yapılmıştır. Buna göre hakkında önleyici tedbir kararı verilen kişinin, bir sağlık kuruluşunda muayene veya tedavi olmasının sağlanması ve sonuçları ile tedbirin kişi üzerindeki etkilerinin takibi ŞÖNİM tarafından ilgili kurum veya kuruluş ile koordinasyon içerisinde yerine getirilir. ŞÖNİM olayın özelliğine göre bu kararın yerine getirilmesi sırasında kolluktan yardım isteyebilir (f. 2). Hakkında tedbir kararı verilen kişinin sağlık kuruluşunda tedaviyi reddetmesi halinde durum tutanakla tespit edilerek ivedilikle Cumhuriyet başsavcılığına ve ŞÖNİM’e bildirilir (f. 3). Bu düzenlemelerden anlaşılacağı üzere, bu tedbir kararına uyulmasının sağlanması için gerekli önlemler alınmıştır. Alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı kişinin kısıtlanmasını (TMK m. 406) gerektiriyorsa hâkimin yetkili vesayet makamına durumu bildirmesinin gerekli olduğu da gözden kaçırılmamalıdır. Ayrıca bkz.; ERDEM, s. 67.

103 Bu önleyici tedbir kararı hakkında Yönetmeliğin 28. maddesinde ayrıntılı bir düzenleme yapılmıştır. Buna göre şiddet uygulayanın muayene ve tedavisinin sağlanmasına karar verilmesi halinde, illerde il halk sağlığı müdürlüğüne, ilçelerde toplum sağlığı merkezine başvurulması zorunludur (f. 2). Şiddet uygulayan, illerde il halk sağlığı müdürlüğü varsa ruh sağlığı şubesi tarafından, ilçelerde toplum sağlığı merkezi tarafından kamuya ait sağlık kuruluşuna sevk edilir. İlgilinin tedaviyi sürdürüp sürdürmediği ve yapılan işlemin sonucu bu birimler tarafından ŞÖNİM’e bildirilir (f. 3). Hakkında tedbir kararı verilen kişinin sağlık kuruluşunda tedaviyi reddetmesi halinde durum tutanakla tespit edilerek ivedilikle Cumhuriyet başsavcılığına ve ŞÖNİM’e bildirilir (f. 4). Bu düzenlemelerden anlaşılacağı üzere, bu tedbir kararına uyulmasının sağlanması için gerekli önlemler alınmıştır. Özellikle bir akıl hastalığının veya akıl zayıflığının etkisi nedeniyle şiddet uygulandığı hallerde şiddet uygulayanın kısıtlanması (TMK m. 405) gerekiyorsa, hâkimin yetkili vesayet makamına durumu bildirmesinin gerekli olduğu da gözden kaçırılmamalıdır. Ayrıca bkz.; ERDEM, s. 67. Ancak akıl hastası olmadığı veya aklında bir zayıflık olmadığı halde şifke kontrolünü sağlayamadığı için şiddet uygulayan kişiler de bulunmaktadır. Öğretilerde, Ülkemizde şiddet uygulayanın şifke kontrolü ve stres yönetimi gibi tedavi yöntemlerine katılımının isteğe bağlı olması eleştirilmekte ve bu tür tedavi programlarına katılımın zorunlu olması gerektiği ileri sürülmektedir. ÖZTÜRK, s. 27.

göre velayet, kayyım, nafaka ve kişisel ilişki kurulması hususlarında karar vermeye yetkili olduğu bildirilmiştir¹⁰⁴.

6284 sayılı Kanun'un 5. maddesinin 4. ve son fıkrasında ise şiddet uygulayan, aynı zamanda ailenin geçimini sağlayan yahut katkıda bulunan kişi ise Türk Medeni Kanunu hükümlerine göre nafakaya hükmedilmemiş olması kaydıyla hâkimin, şiddet mağdurunun yaşam düzeyini göz önünde bulundurarak talep edilmese dahi tedbir nafakasına hükmedebileceği düzenlenmiştir^{105, 106}.

b. Kolluk Amirleri Tarafından Verilebilecek Önleyici Tedbir Kararları

6284 sayılı Kanun'un 5. maddesinin 2. fıkrasına göre gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ilgili kolluk amirlerince verilebilecek önleyici tedbir kararları da mevcuttur. Şiddet mağduruna yönelik olarak şiddet tehdidi, hakaret, aşağılama veya küçük düşürmeyi içeren söz ve davranışlarda bulunmaması, müşterek konuttan veya bulunduğu yerden derhâl uzaklaştırılması ve müşterek konutun korunan kişiye tahsis edilmesi, korunan kişilere, bu kişilerin buldukları konuta, okula ve işyerine yaklaşmaması ve gerekli görülmesi hâlinde korunan kişinin, şiddete uğramamış olsa bile yakınlarına, tanıdıklarına ve kişisel ilişki kurulmasına ilişkin hâller saklı kalmak üzere çocuklarına yaklaşmaması bu tür tedbirlerdendir. Kolluk amiri evrakı en geç kararın alındığı tarihi takip eden ilk işgünü içinde hâkimin onayına sunar. Hâkim tarafından yirmidört saat içinde onaylanmayan tedbirler kendiliğinden kalkar¹⁰⁷.

104 4320 sayılı Kanun'da velayete ilişkin bir düzenleme bulunmamasıyla birlikte, hâkimin gerektiğinde bu hususta da hüküm verebileceği görüşünde; BOZKURT-ŞENER, s. 80. Ayrıca bkz.; ERDEM, s. 67. Yine 4320 sayılı Kanun'da kişisel ilişki kurulmasına dair bir düzenleme bulunmamasıyla birlikte, hâkimin gerektiğinde bu hususta da hüküm verebileceği görüşünde; TIĞLI, s. 527.

105 6284 sayılı Kanun'un 18. maddesine göre, bu Kanun hükümlerine göre nafakaya karar verilmesi hâlinde, kararın bir örneği, resen nafaka alacaklısının veya borçlusunun yerleşim yeri icra müdürlüğüne gönderilir (f. 1, Yönetmelik m. 43/1). Nafaka ödemekle yükümlü kılınan kişinin Sosyal Güvenlik Kurumu ile bağlantısı olması durumunda, korunan kişinin başvurusu aranmaksızın nafaka, ilgilinin aylık, maaş ya da ücretinden icra müdürlüğü tarafından tahsil edilir. İcra müdürlüklerinin nafakanın tahsili işlemlerine ilişkin posta giderleri Cumhuriyet başsavcılığının suçüstü ödeneğinden karşılanır (f. 2, Yönetmelik 43/3-4). Bu hükmün TMK uyarınca verilen nafaka kararları hakkında da uygulanmasının yararlı olacağı görüşünde; DOĞAN İzzet, "Türk Medeni Kanununun Düzenlemelerine Göre Tedbir, Yoksulluk ve İştirak Nafakası", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, C. 35, S. 1, 2015, s. 65.

106 4320 sayılı Kanun'un benzeri düzenlemesinin uygulama kabiliyeti zayıf bir düzenleme olduğu görüşünde; ATEŞ, s.167-168; BOZKURT-ŞENER, s. 158. Şiddet mağduru lehine nafakaya hükmedildiğinde, bu nafakanın takip ve tahsilinde karşılaşılabilecek güçlüklerle karşı bir fon oluşturulması gerektiği ve nafakanın mağdura bu fondan öndendikten sonra mağdur adına Devlet tarafından tahsilatın yapılması gerektiği görüşünde; ATEŞ, s. 168; KARINCA, *İyileştirmeler*, s. 339; TIĞLI, s. 535.

107 Tatil günleri ya da hâkimin herhangi bir nedenle bulunmaması durumunda bu hükmün telafisi mümkün olmayan sonuçlar yaratabileceği görüşünde; MOROĞLU, s. 378-379.



Daha önce de değinildiği üzere, çoğu zaman şiddet mağduru ile ilk teması gerçekleştirecek kolluk kuvvetlerine de bazı önleyici tedbir kararları alabilme yetkisinin tanınması isabetlidir.

3. Tedbir Kararlarına Ait Ortak Özellikler

a. Başvuru ve İhbar

6284 sayılı Kanun'a göre tedbir kararı ilgilinin talebi, Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı veya kolluk görevlileri ya da Cumhuriyet savcısının başvurusu üzerine verilir (m. 8/1 c. 1). Yönetmelikte mülki amir ve hâkim tarafından koruyucu tedbir kararlarının resen verilebileceğine de işaret edilmiştir (m. 6, 12). Açıkça belirtilmemiş olsa da kanaatimizce, hâkimin önleyici tedbir kararlarını da resen verebilmesi mümkündür¹⁰⁸.

Şiddet veya şiddet uygulanma tehlikesinin varlığı hâlinde herkes durumu resmi makam veya mercilere ihbar edebilir ve ihbarı alan kamu görevlileri 6284 sayılı Kanun kapsamındaki görevlerini gecikmeksizin yerine getirmek ve uygulanması gereken diğer tedbirlere ilişkin olarak yetkilileri haberdar etmekle yükümlüdürler (m. 7). Bu hükümde belirtilen yükümlülüklerini yerine getirmeyen kamu görevlilerinin sorumluluğu hakkında özel düzenlemeler yapılmasının gerekli olduğu da ileri sürülmektedir¹⁰⁹. Bu hükümde belirtilen yükümlülüklerini yerine getirmeyen kamu görevlilerinin görevi kötüye kullanma (TCK m. 257) ve suçu bildirmeme (TCK m. 279) kapsamında yargılanmaları da söz konusu olabilir¹¹⁰.

b. Yetkili ve Görevli Mercî

6284 sayılı Kanun'a göre tedbir kararları en çabuk ve en kolay ulaşılabilecek yer hâkiminden¹¹¹, mülkî amirden ya da kolluk biriminden talep edilebilir (m. 8/1 c. 2).

Bu hükümde geçen hâkim, aile mahkemesi hâkimini ifade etmektedir (6284 m. 2/c).

108 6284 sayılı Kanun uyarınca hâkimin, Kanun'da belirtilen ya da kendisinin resen gerekli gördüğü önlemleri herhangi bir talebe gerek kalmadan alabileceği görüşünde; EROL, s. 281; UYUMAZ/AKDAĞ, s. 63.

109 AKDENİZ, s. 554. Kadın hayatını kaybetmişse, görevini yapmayan kolluğun işten çıkarılması ve ayrıca cezalandırılması gerektiği görüşünde; HATEMİ/KALKAN OĞUZTÜRK, s. 96.

110 EROL, s. 282.

111 4320 sayılı Kanun'da benzeri bir düzenleme bulunmamakla birlikte o dönemde de öğretide, tedbir kararı çabukluk gerektiren bir karar olması nedeniyle kararın Türkiye'de herhangi bir yer mahkemesinden istenebileceği ileri sürülmekteydi. ERDENK Erdem, "4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanunun Kavram ve Uygulama Bakımından İncelenmesi", *Manisa Barosu Dergisi*, Y. 19, S. 75, 2000, s. 38; AKIN, s. 273; RUHİ, s. 532.

c. Tedbir Kararının Süresi

Tedbir kararı ilk defasında en çok altı ay için verilebilir. Ancak şiddet veya şiddet uygulanma tehlikesinin devam edeceğinin anlaşıldığı hâllerde resen, korunan kişinin ya da Bakanlık veya kolluk görevlilerinin talebi üzerine tedbirlerin süresinin veya şeklinin değiştirilmesine, bu tedbirlerin kaldırılmasına¹¹² veya aynen devam etmesine karar verilebilir (6284 m. 8/2).

Her tedbir türü için altı aylık bir süre sınırı getirilmesi eleştirilmekte ve örneğin, şiddet mağduruna yönelik olarak şiddet tehdidi, hakaret, aşağılama veya küçük düşürmeyi içeren söz ve davranışlarda bulunulmaması tedbirinin aslında bir süre ile sınırlı olamayacağı ileri sürülmektedir. Gerçekten bir kişinin her zaman için diğer kişilere karşı şiddet tehdidi, hakaret, aşağılama veya küçük düşürmeyi içeren söz ve davranışlarda bulunmaması gerekir¹¹³. Gerçi şiddet veya şiddet uygulanma tehlikesinin devam edeceğinin anlaşıldığı hâllerde tedbirin aynen devamına karar verilmesi de mümkündür.

d. Tedbir Kararının Tefhimi veya Tebliği

Tedbir kararı, korunan kişiye ve şiddet uygulayana tefhim veya tebliğ edilir. Tedbir talebinin reddine ilişkin karar ise sadece korunan kişiye tebliğ edilir. Gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde ilgili kolluk birimi tarafından verilen tedbir kararı şiddet uygulayana bir tutanakla derhâl tebliğ edilir (6284 m. 8/4). Ancak tedbir kararının ilgililere tefhim veya tebliğ edilmemesi, kararın uygulanmasına engel teşkil etmez (6284 m. 10/5). Kararın tefhim veya tebliğ edilmesinde yaşanabilecek güçlükler nazara alınır şiddet mağdurunun etkin bir biçimde korunması bakımından bu düzenlemenin son derece isabetli olduğu söylenebilir¹¹⁴.

e. Tedbir Kararına Karşı İtiraz

6284 sayılı Kanun hükümlerine göre verilen kararlara karşı tefhim veya tebliğ tarihinden itibaren iki hafta içinde ilgililer tarafından aile mahkemesine itiraz edebilme imkânı da mevcuttur (m. 9/1)¹¹⁵. Lehine

112 Tedbir re'sen kaldırma yetkisinin, tedbirin uygulanmasına gerek kalmadığını gösteren kuvvetli emarelerin varlığı koşuluna bağlanması gerektiği görüşünde; ÖZBİLEN/SOYGÜT-ARSLAN, s. 384.

113 KÖSEOĞLU, s. 330-331; KÖSEOĞLU/KOCAAĞA, s. 599. Bu görüşe karşı, bu tedbirlerin süresiz olarak kabul edilmesinin yaşam boyunca tedbirin infazı anlamına geleceği ve bu nedenle çok ağır bir yaptırımın söz konusu olacağı da ileri sürülmektedir. TIĞLI, s. 508.

114 Ayrıca bkz.; BOZKURT-ŞENER, s. 138.

115 4320 sayılı Kanun'da tedbir kararlarına itiraz edilebileceğine ilişkin açık bir düzenleme bulunmamasıyla birlikte, öğretilerde çeşitli gerekçelerle itirazın yapılabilmesi gerektiği ileri sürülmekteydi. BALO Yusuf Solmaz, "Ailenin Korumasına Dair Kanun ve Uygulanması", **Aile ve Toplum**, Y. 5, C. 2, S. 6, 2003, s. 25; ATEŞ, s. 171; BADUR, s. 83;



ve aleyhine tedbir kararı verilen kişiler ilgili sıfatıyla bu karara itiraz edebilecekleri gibi, Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı'nın da ilgili sıfatını haiz olduğu unutulmamalıdır¹¹⁶. Zira 6284 sayılı Kanun'a göre, Bakanlık, gerekli görmesi hâlinde kadın, çocuk ve aile bireylerine yönelik olarak uygulanan şiddet veya şiddet tehlikesi dolayısıyla açılan idarî, cezaî, hukukî her tür davaya ve çekişmesiz yargıya katılabilir (m. 20/2).

Hâkim tarafından verilen tedbir kararlarına itiraz üzerine dosya, o yerde aile mahkemesinin birden fazla dairesinin bulunması hâlinde, numara olarak kendisini izleyen daireye, son numaralı daire için birinci daireye, o yerde aile mahkemesinin tek dairesi bulunması hâlinde asliye hukuk mahkemesine, aile mahkemesi hâkimi ile asliye hukuk mahkemesi hâkiminin aynı hâkim olması hâlinde ise en yakın asliye hukuk mahkemesine gecikmeksizin gönderilir (m. 9/2)¹¹⁷. Ancak bu düzenleme eleştirilmekte ve itirazın tedbir kararını veren mahkemeye yapılmasının daha uygun olacağı ileri sürülmektedir. Gerçekten de 6284 sayılı Kanun kapsamında şiddetin uygulandığı hususunda belge veya delil aranmaksızın ve gecikmeksizin karar vermek zorunda olan hâkimin, bu kararına yönelik itirazı bu kez gerekli inceleme ve değerlendirmeyi de yaparak bizzat inceleyebilmesinin daha isabetli olduğu söylenebilir¹¹⁸.

İtiraz mercii kararını bir hafta içinde verir. İtiraz üzerine verilen kararlar kesindir (m. 9/3)¹¹⁹.

BOZKURT-ŞENER, s. 142-143; KÖSEOĞLU, s. 336, 338-340; KÖSEOĞLU/KOCAAĞA, s. 606-608; TIĞLI, s. 511; ERDEM, s. 70-71; KAHVECİ, 4320 Sayılı Kanun, s. 293. Aksi görüşte; PEKER Ömer Lütfi, "Ailenin Korunmasına Dair Kanuna Göre Verilecek İhlâmların İcrası", *Yargıtay Dergisi*, C. 26, S. 4, 2000, s. 653.

116 YAĞCIOĞLU, s. 951-952; GÜNAY, s. 676.

117 Hüküm sadece hâkim tarafından verilen tedbir kararlarına itiraza ilişkindir. Mülki amir tarafından verilen koruyucu tedbir kararlarında itiraz merci ise sadece bir Yönetmelik hükmü ile düzenlenmiştir (m. 33).

118 YILDIZ, s. 100; AKDENİZ, s. 553-554. Aksi görüşteki YAĞCIOĞLU'na göre, delil aranmadan koruyucu tedbire hükmedilmesi söz konusuysa da, uygulamada asıl önemli yer teşkil eden önleyici tedbir kararları açısından, yaklaşık ispat ölçüsünde delil aranmakta ve bu ölçüde nispeten ayrıntılı inceleme yapılmaktadır. Bu nedenle tedbir kararının, başka bir mahkemenin denetiminden geçmesinde bir sakınca yoktur. YAĞCIOĞLU, s. 952.

119 4320 sayılı Kanun'da, bu Kanun'a göre verilen kararların kesin olduğuna ilişkin açık bir düzenleme bulunmamasıyla birlikte, öğretide kararların kesin olması gerektiği ileri sürülmekteydi; RUHİ, s. 545. Yargıtay'da bu Kanun'a göre verilen kararların temyiz edilemeyeceği yönünde kararlar verilmekteydi. 2. HD. 09.07.1998, E: 1998/7229, K: 1998/8655; 2. HD. 16.01.2003, E: 2002/14276, K:2003/344; 2. HD. 30.04.2007, E: 2007/7154, K: 2007/6992. Bu kararların 4320 sayılı Kanun'un uygulanması ile ilgili içtihat gelişmesine engel olduğu görüşünde; ATEŞ, s. 161; BADÜR, s. 83 dn. 41; BOZKURT-ŞENER, s. 123. 4320 sayılı Kanun kapsamında alınabilecek tedbirlerin TMK m. 195 vd.daki tedbirlerle eşit bir konumda olduğu gerekçesiyle, temyizlerinin mümkün olması gerektiği görüşünde; DURAL Mustafa/ÖĞÜZ Tufan/GÜMÜŞ Mustafa Alper, *Türk Özel Hukuku Cilt: 3: Aile Hukuku*, 6. Baskı, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2012, s. 187.

Öğretide haklı olarak, itirazın kararın uygulanmasına engel teşkil etmeyeceği ileri sürülmektedir. Tedbir kararının ilgililere tefhim veya tebliğ edilmemesi bile, kararın uygulanmasına engel teşkil etmiyorsa (6284 m. 10/5), aynı durumun itiraz halinde de söz konusu olduğunu söylemekte bir sakınca yoktur¹²⁰.

f. Tedbir Kararlarının Uygulanmasında Teknik Araç ve Yöntemler

6284 sayılı Kanun hükümlerine göre verilen tedbir kararlarının uygulanmasında hâkim kararı ile teknik araç ve yöntemler kullanılabilir (m. 12/1 c. 1). Bu çerçevede panik butonu¹²¹ veya elektronik kelepçe¹²² gibi araç ve yöntemlerden faydalanmak mümkündür. Ancak teknik araç ve yöntemlerin kullanılması suretiyle, kişilerin ses ve görüntüleri dinlenmesi, izlenmesi ve kayda alınması mümkün değildir (m. 12/1 c. 2).

g. Tedbir Kararına Aykırı Davranılması

6284 sayılı Kanun hükümlerine göre hakkında tedbir kararı verilen şiddet uygulayan, bu kararın gereklerine aykırı hareket etmesi hâlinde, fiili bir suç oluştursa bile¹²³ ihlal edilen tedbirin niteliğine ve aykırılığın ağırlığına göre hâkim kararıyla üç günden on güne kadar zorlama hapsine tabi tutulur¹²⁴. Tedbir kararının gereklerine aykırılığın her tekrarında, ihlal

120 YAĞCIOĞLU, s. 953.

121 ÖZTÜRK, s. 22; BOZKURT-ŞENER, s. 163.

122 BOZKURT-ŞENER, s. 163; GÜNAY, s. 681.

123 Tedbir kararına aykırı davranış aynı zamanda bir suç teşkil ediyorsa, failin bu suç nedeniyle ceza almasının yanı sıra zorlama hapsine de tabi tutulmasının bir fiilden dolayı birden fazla kez cezalandırılma yasağına aykırı olduğu düşünülebilir. Bu görüşte; YILDIZ, s. 107. Ancak Anayasa Mahkemesi bu hususta "Zorlama hapsi, hukuki niteliği itibarıyla tedbir kararına uyma yükümlülüğünü yerine getirmeye zorlayan ve bu yükümlülüğün ihlali hâlinde öngörülen bir disiplin hapsidir. Bu nedenle zorlama hapsi, bir hapis cezası olmayıp, şiddet uygulayanı tedbirlere uymaya zorlayarak neticesi ağır suçların işlenmesinden önce suçun önlenmesini amaçlayan bir yaptırım olduğundan ceza kavramı dışında değerlendirilmesi gerekir. İtiraz konusu kuralda, zorlama hapsi yaptırımına bağlanan eylem, tedbir kararına uymama eylemi olup tedbir kararına aykırı davranan kişi kamu otoritesi tarafından verilen bir karara aykırı davrandığı için zorlama hapsi yaptırımı ile karşılaşmaktadır. Kişinin tedbir kararına aykırı davranışı, aynı zamanda bir suç oluşturuyor ise bu durum, hukuk düzeninin koruduğu farklı hukuksal menfaatlerin ihlali sonucunu doğuracağından mükerrer cezalandırmadan söz edilemez." şeklinde bir karar vermiştir. 28.11.2013 tarih ve E: 2013/119, K: 2013/141 satılı karar, 27.03.2014 tarih ve 28954 sayılı Resmi Gazete.

124 4320 sayılı Kanun'da Cumhuriyet Başsavcılığının koruma kararına uymayan kişi hakkında Sulh Ceza Mahkemesinde kamu davası açacağı (m. 2/3) ve fiili başka bir suç oluştursa bile, koruma kararına aykırı davranan kişi hakkında ayrıca üç aydan altı aya kadar hapis cezasına hükmolunacağı düzenlenmişti (m. 2/4). Tedbir kararına aykırı davranılması halinde, yıllarca sürebilecek bir ceza yargılaması yerine 6284 sayılı Kanun'da derhal uygulanabilecek zorlama hapsinin getirilmesi son derece isabetlidir. UĞUR, 6284 Sayılı Kanun, s. 341. Ancak hâkimin her türlü tedbire aykırılık halinde zorlama hapsi verme zorunluluğunda olması da eleştirilmektedir. YILDIZ, s. 101.



edilen tedbirin niteliğine ve aykırılığın ağırlığına göre zorlama hapsinin süresi onbeş günden otuz güne kadardır. Ancak zorlama hapsinin toplam süresi altı ayı geçemez (m. 13/1-2).

Tedbir kararının tefhim ve tebliğ işlemlerinde, tedbir kararına aykırılık hâlinde şiddet uygulayan hakkında zorlama hapsinin uygulanacağı ihtar da yapılmalıdır (6284 m. 8/5). Yönetmelikte ise, zorlama hapsine karar verilebilmesi için şiddet uygulayana, tedbir kararına aykırı davranması halinde hakkında zorlama hapsi uygulanacağına dair ihtarın da yer aldığı tedbir kararının tefhim veya tebliğ edilmiş olması gerektiği düzenlenmiştir (m. 38/3)¹²⁵.

6284 sayılı Kanun'da zorlama hapsine ilişkin karara karşı kanun yoluna gidilip gidilmeyeceğine ilişkin bir düzenleme yapılmamış olması haklı olarak eleştirilmektedir¹²⁶. Bu hususta sadece Yönetmelikte bir düzenleme yapılmış ve zorlama hapsi kararlarına karşı, tefhim veya tebliğ tarihinden itibaren iki hafta içinde ilgililer tarafından aile mahkemesine itiraz edilebileceği belirtilmiştir (m. 34/1)¹²⁷. Buna karşı, zorlama hapsine ilişkin kararın kesin olması ve şiddet uygulayanın derhal bir yere kapatılarak şiddete yönelik davranışlarının önlenmesi gerektiği de ileri sürülmektedir¹²⁸. Kanaatimizce savunma hakkının ihlaline yol açacak bu görüşe katılmak mümkün değildir.

6284 sayılı Kanun'da hakkında tedbir kararı verilen şiddet uygulayanın, bu kararın gereğine aykırı hareket etmesinin yaptırımını düzenlenmiş olmasına rağmen, bizzat şiddete uğrayanın tedbir kararına aykırı hareket etmesinin yaptırımını düzenlenmemiştir. Bu nedenle örneğin, şiddet mağdurunun yerleştirildiği barınma yerinden hayati tehlikesi bulunmasına rağmen gizlice ayrılması¹²⁹ veya müşterek konuttan uzaklaştırılan

125 4320 sayılı Kanun'da tedbir kararının tefhimi veya tebliği ile ilgili açık bir düzenleme yapılmamış olmakla birlikte, tedbir kararına aykırı davranması halinde şiddet uygulayanın tutuklanacağı ve hakkında hapis cezasına hükmedileceğinin kendisine ihtar edileceği düzenlenmişti (m. 1/3). 4320 sayılı Kanun'un yürürlükte olduğu dönemde öğretilen, tedbir kararına aykırı davranan şiddet uygulayanın cezalandırılabilmesi için, tedbir kararının kendisine usulüne uygun bir biçimde tebliğ edilmiş olması gerektiği ileri sürülmekteydi. ATEŞ, s. 169; BADUR, s. 82-83.

126 UĞUR, *6284 Sayılı Kanun*, s. 359, 362-363; UĞUR, *Kadın ve Ailenin Şiddete Karşı Korunması*, s. 592-593, 594; EROL, s. 285; YILDIZ, s. 103.

127 Haklı olarak, itirazın infazı durdurulmaması gerektiği görüşünde; UĞUR, *6284 Sayılı Kanun*, s. 360; UĞUR, *Kadın ve Ailenin Şiddete Karşı Korunması*, s. 593.

128 ÇETİN Ali, "Kadına Yönelik Şiddete Karşı Hukuki Yaptırımlar ve Şiddet Mağduru Kadının Sahip Olduğu Olanaklar", İnsan Hakları Standartlarının Etkili Uygulanması Bağlamında Kadına Yönelik Şiddetle Mücadele Uluslararası Sempozyumu, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, İstanbul, 2012, s. 616.

129 Yönetmeliğe göre, resen hakkında barınma yeri sağlanması tedbirine karar verilen kişinin barınma yerinde kalmak istememesi halinde aydınlatılmış rızası alınarak kalmak istediği yere

şiddet uygulayanla kendi rızasıyla ortak hayatı yeniden tesis etmesi halinde ne şekilde hareket edilmesi gerektiği belli değildir. Son örnek bakımından, 6284 sayılı Kanun'un amacı şiddet uygulayan kişiyi aileden tamamen uzaklaştırarak aileyi bölmek olmadığından, müşterek konuttan uzaklaştırma tedbirinin varlığına rağmen, şiddet uygulayanın şiddet mağdurunun rızasıyla müşterek konutta yaşamaya devam etmesinin tedbir kararının ihlali olarak değerlendirilmemesi gerektiği ileri sürülmektedir¹³⁰. Gerçekten tarafların uzlaşması sayesinde şiddet tehlikesinin tamamen ortadan kalktığı hallerde, tedbir kararının uygulanmasının devamında bir yarar kalmadığı için tedbirlerin kaldırılması gerekir. Diğer yandan şiddet tehlikesi devam ettiği halde ve hatta şiddeti körükleyecek şekilde şiddet mağdurunun kendi rızasıyla tedbir kararına aykırı davrandığı hallerde, aynen tedbir kararına aykırı davranan şiddet uygulayan gibi bir yaptırımla karşılaşacak olması makul karşılanabilir¹³¹.

Şiddet mağdurunun kendi rızasıyla tedbir kararına aykırı davranması gibi sorun yaratabilecek bir diğer husus da, 6284 sayılı Kanun kapsamında yapılan başvuruya rağmen, kendisi veya şiddet uygulayan hakkında herhangi bir tedbir kararı verilmesini istemediğini veya mevcut tedbirin kaldırılmasını talep ettiğini bildirmesidir. Öğretide, hukuki süreç başladıktan sonra bundan geri dönüş olamayacağı yönündeki katı bir yaklaşımın isabetli olmadığı haklı olarak belirtilmektedir¹³². Bununla birlikte şiddet mağdurunun bu yöndeki iradesinin gerçek bir irade olup olmadığı da üzerinde titizlikle durulması gereken bir husustur¹³³. Zira bazı şiddet mağdurları şiddet uygulayan tarafından ve hatta bizzat kendi yakınları tarafından başvurusundan vazgeçmeye zorlanabilmektedirler. Ayrıca tedbir kararı verilebilmesi için mutlaka mağdurun talebinin gerekli olmadığı, tedbir kararının Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı veya kolluk görevlileri ya da Cumhuriyet savcısının başvurusu üzerine yahut hâkim tarafından resen verilebileceği de unutulmamalıdır. Yani şiddet veya şiddet uygulama tehlikesinin sona erdiği kuvvetli emarelerle ortaya konulmadığı sürece sadece mağdurun tedbir kararı verilmesini istemediğine ilişkin bildirim, tedbir kararının verilebilmesine engel olmaz. Yine tedbir kararı ilk defasında en çok altı ay için verilebilse de şiddet veya şiddet uygulanma tehlikesinin devam edeceğinin anlaşıldığı hâllerde korunan kişinin

ŞÖNİM tarafından ulaştırılır. Kişinin hayatı tehlikesinin bulunması halinde kolluk refakati talep edilir (m. 7/6).

130 BEYAZIT Özgür/BEYAZIT Arzu, "4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun Üzerine Değerlendirmeler", Erişim Tarihi: Eylül 2018, http://psikiyatricsosyalhizmet.com/wp-content/uploads/2010/02/4320_degerlendirme.pdf, s. 55.

131 Bu hususta çeşitli ülkelerin uygulamaları hakkında bilgi için bkz.; ÖZTÜRK, s. 26 dn. 91.

132 ÖZTÜRK, s. 26; ATEŞ, s. 163-164, 172.

133 TIĞLI, s. 505; ÖZTÜRK, s. 26; EROL, s. 283-284.

talebinin yanı sıra, Bakanlık veya kolluk görevlilerinin talebi üzerine veya hâkim tarafından resen tedbirlerin süresinin veya şeklinin değiştirilmesine veya bu tedbirlerin aynen devam etmesine karar verilebilir. Yani şiddet veya şiddet uygulama tehlikesinin sona erdiği kuvvetli emarelerle ortaya konulmadığı sürece sadece mağdurun mevcut tedbirin kaldırılmasını talep etmesi de tedbirin kaldırılmasını gerektirmez¹³⁴. Bu noktada Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 2009 yılında Türkiye aleyhine verdiği OPUZ kararından çıkarılacak birçok ders bulunmaktadır¹³⁵.

h. Zorunlu Tutuklama

Öğretide 6284 sayılı Kanun'da koruma tedbirleri şiddet uygulayan tarafından ihlal edildiğinde veya şiddet mağduru fiziksel olarak yaralandığında ya da silahla tehdit edildiğinde zorunlu tutuklama şeklinde bir tedbire yer verilmemiş olması eleştirilmektedir¹³⁶. Yine ülkemizde kolluk güçlerinin tutuklama yetkisi bulunmamakla birlikte, özellikle kadına karşı şiddet olaylarında kolluğa zorunlu gözaltına alma yetkisinin verilmesinin yerinde olabileceği de ileri sürülmektedir¹³⁷.

1. Karşılıklı Tedbir Kararı

Her ne kadar 6284 sayılı Kanun'da açıkça düzenlenmiş olmasa da, öğretide şiddetin karşılıklı olarak uygulandığı durumlarda her iki taraf için de karşılıklı tedbir kararına hükmedilebilmesi gerektiği ileri sürülmektedir^{138, 139}. Genellikle bir tarafın sözel ve/veya fiziksel şiddetine karşın, diğer tarafın da sözel ve/veya fiziksel şiddete başvurduğu görüldüğünden kanaatimizce de öğretide ileri sürülen bu görüş son derece isabetlidir.

134 Ayrıca bkz.; YAĞCIOĞLU, s. 946.

135 Kocası Hüseyin OPUZ'dan şiddet gören Nahide OPUZ'un boşanmayı gündeme getirmesi üzerine Hüseyin OPUZ, kayınvalidesine de şiddet uygulamaya başlamıştır. Bıçaklama ve arabayla ezme dâhil olmak üzere yedi şiddet olayı adli makamlara da yansımıştır. Ancak bu olaylarla ilgili soruşturma ve kovuşturmalar sırasında Nahide OPUZ ve annesi şikâyetlerini geri çekerek ya da ifadelerini değiştirerek Hüseyin OPUZ'un ceza almamasına neden olmuşlardır. Olaylar sırasında Nahide OPUZ'un annesi hayatının tehlikede olduğunu savcılığa bildirmişse de Hüseyin OPUZ'un ifadesinin alınmasıyla yetinilmiş ve H. OPUZ, sonunda kayınvalidesini öldürmüştür. Hâlbuki bu olayın, o dönem yürürlükte bulunan 4320 sayılı Kanun'un etkin bir biçimde uygulanması ile önlenebileceği açıktır. SEVER, s. 38. OPUZ vakasının tipik bir ısrarlı takip vakası olduğu görüşünde; RECEP DOĞAN, s. 149.

136 ÖZTÜRK, s. 26-27.

137 ÖZTÜRK, s. 27.

138 ÖZTÜRK, s. 28.

139 4320 sayılı Kanun'da da karşılıklı tedbir kararına ilişkin bir düzenleme olmamakla birlikte, bu Kanun'un yürürlükte olduğu dönemde hâkimin her iki taraf için de tedbire hükmedebileceği savunulmaktaydı. BOZKURT-ŞENER, s. 78; ERDEM, s. 60; TIĞLI, s. 515-516.

J. Şiddet Önleme ve İzleme Merkezleri

6284 sayılı Kanunla getirilen en önemli yeniliklerden bir diğeri de şiddet önleme ve izleme merkezleridir (ŞÖNİM)¹⁴⁰. Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığına bağlı olarak yedi gün yirmi dört saat esasına göre çalışan ve tercihan kadın personelin istihdam edildiği bu merkezlerde, şiddetin önlenmesi ile koruyucu ve önleyici tedbirlerin etkin olarak uygulanmasına yönelik destek ve izleme hizmetleri verilmektedir (m. 14).

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'na göre aile içi şiddet iddiasını içeren uyuşmazlıklar arabuluculuğa elverişli değildir (m. 1/2 c. 2)¹⁴¹. Yönetmelikte de koruyucu veya önleyici tedbir kararlarının alınması ve yerine getirilmesi aşamasında şiddet mağduru ile şiddet uygulayan arasında uzlaşmanın¹⁴² ya da arabuluculuğun önerilemeyeceği açıkça ifade edilmiştir (m. 35/3 c. 2)¹⁴³. Ancak bu düzenleme, öğretide eleştirilmekte ve kanaatimizce de haklı olarak, bu husustaki ihtiyari arabuluculuk hizmetinin ŞÖNİM tarafından yürütülmesinin kabulünün isabetli olabileceği ileri sürülmektedir¹⁴⁴. Gerçekten de İstanbul Sözleşmesi'nde kadına karşı şiddet ve ev içi şiddet olaylarında sadece zorunlu alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin yasaklanması gerektiği belirtilmekte (m. 48/1)¹⁴⁵, ihtiyari arabuluculuğa başvurulmasını engelleyen bir düzenleme ise bulunmamaktadır.

K. Diğer Kamu Kurum ve Kuruluşları ile Gerçek ve Tüzel Kişilere Yüklenen Görevler

Kadına karşı şiddet ve ev içi şiddet sadece soyut hukuki düzenlemelerle çözülebilecek bir sorun olmadığından¹⁴⁶, 6284 sayılı Kanun'da kamu kurum ve kuruluşları ile diğer gerçek ve tüzel kişiler, bu Kanunun

140 MOROĞLU, s. 377; ŞENER, s. 2; ÖZBİLEN/SOYGÜT-ARSLAN, s. 385; ÇIRAK, s. 5.

141 Adalet Komisyonunu gerekçesine göre, "Arabuluculuk sırasında yapılan müzakereler, tarafların herhangi bir korku veya baskı altında kalmaması ve tarafların eşitliği prensibine dayanır. Arabuluculuk, tarafların kendilerini güvende hissedecekleri bir ortamda gerçekleştirilmelidir. Yapılan araştırmalara aile içi şiddet olaylarının varlığı, taraflardan birinin diğerini tehdit etmesi veya benzeri nedenlerin varlığı halinde, tarafların kendilerini güvende hissedemeyeceklerini ve eşitlik prensibinin hayata geçemeyeceğini göstermektedir. Bu nedenle aile içi şiddet iddiası içeren uyuşmazlıkların arabuluculuğa uygun olmadığı sonucuna varılmıştır."

142 Uzlaşma kurumu Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 253. maddesinde düzenlenmiştir.

143 Yönetmelikte yer alan bu düzenlenin doğrudan 6284 sayılı Kanun'da yapılmamış olması eleştirilmektedir. ŞENER, s. 4.

144 ÖZTÜRK, s. 24. Aile içi şiddet olaylarında da tarafların ihtiyari arabuluculuğa başvurularının önünün açılması gerektiği görüşünde; DEMİR, s. 220-221. Aile arabuluculuğunun kadına karşı şiddet ve ev içi şiddeti önlemede bir yöntem olarak kullanılabilirliği görüşünde; BÖRÜ, s. 190 vd. Benzer görüşte; KARINCA, İyileştirmeler, s. 334-335.

145 BÖRÜ, s. 189, 193-194; DEMİR, s. 220.

146 MOROĞLU, s. 379; ÖZTÜRK, s. 29; ŞENER, s. 5; UÇAR, s. 362.



uygulanmasıyla ilgili olarak kendi görev alanına giren konularda işbirliği ve yardımda bulunmak ve alınan tedbir kararlarını ivedilikle yerine getirmekle yükümlü tutulmuşlardır (m. 16/2 c. 1). Bu noktada özellikle ilköğretim ve ortaöğretim müfredatına, kadının insan hakları ve kadın erkek eşitliği konusunda eğitime yönelik dersler konulmasına ilişkin düzenleme (6284 m. 16/6) çok önemli ve anlamlıdır¹⁴⁷.

L. Tazminat Sorunu

Şiddet mağdurlarının maddi ve manevi zararlarının tazmini hususunda 6284 sayılı Kanun'da özel bir düzenlemeye yer verilmemesi öğretide eleştirilmektedir¹⁴⁸. Şiddet mağdurunun genel hükümlere göre haksız fiil tazminatı talep etmesinin yeni şiddet olaylarına zemin hazırlayabileceği ve şiddet uygulayanın hükmedilen tazminatı ödeyecek mali güce sahip olmaması iki önemli sorun olarak belirtilmektedir¹⁴⁹.

Aslında İstanbul Sözleşmesi'nin "Tazminat" başlıklı 30. maddesinde bu hususta Devlete önemli görevler yüklenmiştir. Anılan hüküm: "*Taraflar mağdurların bu Sözleşmede belirlenen herhangi bir suç nedeniyle faillerden tazminat talep etme hakkına sahip olmasını temin etmek üzere gerekli yasal veya diğer tedbirleri alacaklardır. Hasarın fail, sigorta şirketi veya finansmanı devletçe sağlanan sağlık ve sosyal sigorta hükümlerince karşılanmaması halinde, ciddi bedensel yaralanma veya sağlık bozukluğuna uğrayanlara yeterli Devlet tazminatı sağlanacaktır. Bu durum, mağdurun emniyetine gereken dikkat sarfedilmesi koşuluyla, Tarafların, söz konusu tazminatın, fail tarafından verilen tazminat kadar azaltılması talep etmesini ihtimal dışı bırakmaz. 2. fıkra uyarınca alınacak tedbirler, tazminatın makul bir süre içinde verilmesini teminat altına alacaktır.*" şeklindedir.

SONUÇ

Öğretide ve uygulamada 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun'a birçok eleştiri yöneltilmektedir. Birçoğuna katıldığımız bu eleştirilere rağmen, 6284 sayılı Kanun'un mevcut haliyle uygulanması bile kadına karşı şiddet ve aile içi şiddet olaylarını büyük ölçüde önleyebilecek niteliktedir. Ancak 6284 sayılı Kanun'un ne bu Kanun kapsamında korunan ne de bu Kanun'u uygulamak zorunda olan kişi ve kurumlar tarafından yeterince bilinmediği de bir gerçektir.

147 MOROĞLU, s. 377; ÖZBİLEN/SOYGÜT-ARSLAN, s. 385.

148 Şiddet mağduruna geçici maddi yardım yapılması tedbirinin tazminat fonksiyonunun olduğu görüşünde; KAHVECİ, 6284 Sayılı Kanun, s. 457.

149 HAVUTÇU Ayşe, "Mukayeseli Hukuktaki Gelişmeler Işığında Aile İçi Şiddet Yönünden Bedensel Zararların Tazmini", **Yeni Yasal Düzenlemeler Işığında Bedensel Zararın Tazmini Esasları ve Usulü Kongresi**, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2013, s. 409 vd.; YAĞCIOĞLU, s. 957-958.



Bu nedenle şiddetle mücadelede öncelikli olarak ele alınması gereken hususlardan biri de, 6284 sayılı Kanun'un tanıtımına gereken özenin gösterilmesidir.

6284 sayılı Kanun'da da bu Kanun'un tanıtımına yönelik hükümlere yer verilmiştir. Bu kapsamda tüm kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının, personel ve üyelerinin bu Kanun'un etkin bir biçimde uygulanması amacıyla Bakanlığın hazırlayıp koordine edeceği, kadının insan hakları ile kadın erkek eşitliği konusunda eğitim programlarına katılmasını sağlayacağı hükme bağlanmıştır (m. 16/5).

Medya, halkın bilgilendirilmesinde ve yönlendirilmesinde çok etkili bir araç olduğu için olsa gerek, 6284 sayılı Kanun'da Türkiye Radyo ve Televizyon Kurumu ile ulusal, bölgesel ve yerel yayın yapan özel televizyon kuruluşları ve radyoların, ayda en az doksan dakika kadınların çalışma yaşamına katılımı, özellikle kadın ve çocukla ilgili olmak üzere şiddetle mücadele mekanizmaları ve benzeri politikalar konusunda Bakanlık tarafından hazırlanan ya da hazırlattırılan bilgilendirme materyallerini yayınlamak zorunda oldukları hükme bağlanmıştır (m. 16/3 c. 1). Bu hükmün devamı da, *"Bu yayınlar, asgari otuz dakikası 17.00-22.00 saatleri arasında olmak üzere 08.00-22.00 saatleri arasında yapılır ve yayınların kopyaları her ay düzenli olarak Radyo ve Televizyon Üst Kuruluna teslim edilir. Bu saatler dışında yapılan yayınlar aylık doksan dakikalık süreye dâhil edilmez. Bu süreler Radyo ve Televizyon Üst Kurulu tarafından denetlenir. Televizyon kuruluşları ve radyolarda yayınlanacak bilgilendirme materyalleri, Bakanlık birimleri tarafından üniversiteler, ilgili meslek kuruluşları ve sivil toplum kuruluşlarının da görüşleri alınarak hazırlanır."* şeklindedir. Kanaatimizce bu bilgilendirme materyallerinin yayınlanmasından daha da önemli olan husus, kadına karşı şiddeti ve aile içi şiddeti meşrulaştıran ve buna teşvik eden yayınların bir an önce engellenmesidir.



KAYNAKLAR

AKDENİZ Hilal, “Kadına Yönelik Şiddetle Mücadelede Hukuki Düzenlemelerin Yeterliliği ve Etkililiği”, İnsan Hakları Standartlarının Etkili Uygulaması Bağlamında **Kadına Yönelik Şiddetle Mücadele Uluslararası Sempozyumu**, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, İstanbul, 2012, s. 545-557.

AKIN Ali, “Kadına Karşı Şiddet ve 4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun Açısından Konuya Bakış”, **Adalet Dergisi**, S. 30, 2008, s. 271-278.

AKINCI Şahin, “Medenî Kanun’da Kadın ve Aile”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 8, S. 1-2, s. 15-31.

ATEŞ Mustafa, “4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun ve Bu Kanundaki Değişiklikler Üzerine Düşünceler”, **Ankara Barosu Dergisi**, Y. 65, S. 3, 2007, s. 161-172.

AYATA Gökçeçiçek/ERYILMAZ Sevinç/KALEM Seda, **Ailenin Korunmasına Dair Kanun Kimi ve Neyi Koruyor? Hâkim, Savcı, Avukat Anlatıları**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2011.

AYDIN-ŞAFAK Ayşe, **Feminist Bir Bakışla Türk Aile Hukukunda Kadın Bedeni**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014.

BADUR Emel, “Ailenin Korunması Alanındaki Son Gelişmeler”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 2009/84, s. 63-90.

BAKIRCI Kadriye, “İstanbul Sözleşmesi”, **Ankara Barosu Dergisi**, Y. 73, S. 4, 2015, s. 133-204.

BALO Yusuf Solmaz, “Ailenin Kounmasına Dair Kanun ve Uygulanması”, **Aile ve Toplum**, Y. 5, C. 2, S. 6, 2003, s. 23-32.

BAŞPINAR Veysel, “Türk Medeni Kanunu ile Aile Hukukunda Yapılan Değişiklikler ve Bu Konuda Bazı Önerilerimiz”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 52, S. 3, 2003, s. 79-101.

BEYAZIT Özgür/BEYAZIT Arzu, “4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun Üzerine Değerlendirmeler”, Erişim Tarihi: Eylül 2018, http://psikiyatricsosyalhizmet.com/wp-content/uploads/2010/02/4320_degerlendirme.pdf, s. 42-58.

BOZKURT-ŞENER Ekin **Kadına Yönelik Aile İçi Şiddeti Önlemede 4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun ve Değerlendirilmesi**, TC. Başbakanlık Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü, Ankara, 2011.

BÖRÜ Levent, “Kadına Karşı Şiddette Arabuluculuk Kurumuna İlişkin Bazı Değerlendirmeler”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 2017/Özel Sayı, s. 173-198.

CEYLAN Ebru, “Türk Hukukunda Aile İçi Şiddet ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesiyle İlgili Yeni Düzenlemeler”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 2013/109, s. 13-54. (*Yeni Düzenlemeler*)

CEYLAN Ebru, “Yeni Türk Medeni Kanunu’nda Aile Konutunun Önemi”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 2017/128, s. 203-230.

ÇETİN Ali, “Kadına Yönelik Şiddete Karşı Hukuki Yaptırımlar ve Şiddet Mağduru Kadının Sahip Olduğu Olanaklar”, İnsan Hakları Standartlarının Etkili Uygulaması Bağlamında Kadına Yönelik Şiddetle Mücadele **Uluslararası Sempozyumu**, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, İstanbul, 2012, s. 597-618.

ÇIRAK Ezgi, “6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun’un Getirdiği Yenilikler ve Eksiklikleri Üzerine Çözüm Önerileri”, **Umut Vakfı Hukukun Gençleri Sempozyumları Dizisi 6: “Şiddetin Mağdurlarının Yaşamlarına Olan Etkisi”**, 2015, Erişim Tarihi: Ekim 2018, <http://www.umut.org.tr/userfiles/files/PDFler/Ezgi%20C%CC%A7%C4%B1rak.pdf>, s. 1-12.

DEMİR Şamil, “Arabuluculuk ile Aile İçi Şiddet ve Uzlaşmaya Tabi Suçların İlişkisi”, **Ankara Barosu Dergisi**, Y. 72, S. 2, 2014, s. 211-228.

DOĞAN İzzet, “Kadına Yönelik Şiddet, Uluslararası Belgeler, 4320 Sayılı Ailenin Korunmasına İlişkin Yasa ve Bu Yasada Yapılan Değişiklikler Üzerine Bir İnceleme”, **İstanbul Barosu Dergisi**, C. 82, S. 3, 2008, s. 1223-1235. (*4320 sayılı Yasa*)

DOĞAN İzzet, “Türk Medeni Kanununun Düzenlemelerine Göre Tedbir, Yoksulluk ve İştirak Nafakası”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 35, S. 1, 2015, s. 59-95.

DOĞAN Recep, “Kadına Yönelik Şiddetin Bir Türü Olarak, Israrlı Takip (Stalking) Kavramı ve Suçu”, **Ankara Barosu Dergisi**, Y. 72, S. 2, 2014, s. 135-154.

DURAL Mustafa /ÖĞÜZ Tufan/GÜMÜŞ Mustafa Alper, **Türk Özel Hukuku Cilt: 3: Aile Hukuku**, 6. Baskı, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2012.

ERDEM Mehmet, “Aile İçi Şiddet ve 4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 2007/73, s. 46-77.

ERDENK Erdem, “4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanunun Kavram ve Uygulama Bakımından İncelenmesi”, **Manisa Barosu Dergisi**, Y. 19, S. 75, 2004, s. 35-42.

EROL Emin, “6284 Sayılı Yasa ve Uygulama”, **İstanbul Barosu Dergisi**, C. 90, S. 2, 2016, s. 275-286.

ERTÜRK Şükran/ÖZDAMAR Demet, “Kadınlara Karşı Şiddet ve Ayrımcılık”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 11, Özel Sayı, 2009, s. 1169-1218.



GÜNAY Mehmet, “6284 Sayılı Kanuna Göre Koruyucu ve Önleyici Tedbirler”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Y. 3, S. 10, 2012, s. 647-686.

GÜNİNDİ-ERSÖZ Aysel, “Ailenin Korunmasına Dair Kanunun Uygulanmasında Karşılaşılan Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, **V. Aile Şurası “Aile Destek Hizmetleri” Bildirileri**, T. C. Başbakanlık Aile ve Sosyal Araştırmalar Genel Müdürlüğü, Ankara, 2008, s. 283-294.

GÜVEN Kudret, “4320 Sayılı “Ailenin Korunmasına Dair Kanun’un” Getirdiği Hukuki Tedbirler”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 2, S.1-2, 1998, s. 1-28.

HACIOĞLU Burhan Caner, “4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun’la İhdas Edilen “Ailenin Korunmasına Dair Kanun’a Muhalefet Suçu” Üzerine Bir İnceleme”, **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 3, S. 1, 1999, s. 39-47.

HAVUTÇU Ayşe, “Mukayeseli Hukuktaki Gelişmeler Işığında Aile İçi Şiddet Yönünden Bedensel Zararların Tazmini”, **Yeni Yasal Düzenlemeler Işığında Bedensel Zararın Tazmini Esasları ve Usulü Kongresi**, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2013, s. 403-450.

KAHVECİ Nalan, “4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun’da 5636 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler”, **İzmir Barosu Dergisi**, Y. 72, S. 3, 2007, s. 272-312. (4320 Sayılı Kanun)

KAHVECİ Nalan, “6284 Sayılı Kanun Kapsamında Tedbir Kararları”, **Yeni Yasal Düzenlemeler Işığında Bedensel Zararın Tazmini Esasları ve Usulü Kongresi**, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2013, s. 451-466. (6284 Sayılı Kanun)

KARINCA Eray, “Boşanmış veya Nikâhsız Birliktelik Yaşayan Kadının 4320 Sayılı Kanun Kapsamında Korunması”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Y. 1, S. 2, 2010, s. 507-528. (4320 Sayılı Kanun)

KARINCA Eray, “Kadının Eş Şiddetinden Korunması İçin 4320 Sayılı Kanunda Yapılabilecek İyileştirmeler”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Y. 1, S. 3, 2010, s. 325-348. (İyileştirmeler)

KÖSEOĞLU Bilal, “Ailenin Şiddetten Korunması” **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 2008/77, s. 307-341.

KÖSEOĞLU Bilal/KOCAAĞA Köksal, **Aile Hukuku ve Uygulaması**, 2. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2011.

MOROĞLU Nazan, “Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesi 6284 sayılı Yasa ve İstanbul Sözleşmesi”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 2012/99, s. 357-380.

ÖZBİLEN Arif Barış/SOYGÜT-ARSLAN Mualla Buket, “6284 Sayılı “Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair

Kanun"un Değerlendirilmesi", **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi** 10. Yıl'a Armağan, Y. 11, S. 22, 2012, s. 365-387.

ÖZKAN Gizem, "Kadına Yönelik Şiddet - Aile İçi Şiddet ve Konuya İlişkin Uluslararası Metinler Üzerine Bir İnceleme", **Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 7, S. 1, 2017; s. 533-564.

ÖZTÜRK Necla, "Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanunun Getirdiği Bazı Yenilikler ve Öneriler", **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 8, S. 1, 2017, s. 1-32.

PEKER Ömer Lütfi, "Ailenin Korunmasına Dair Kanuna Göre Verilem İlâmların İcrası", **Yargıtay Dergisi**, C. 26, S. 4, 2000, s. 647-659.

RUHİ Ahmet Cemal, "Ailenin Korunmasına Dair Kanun Çerçevesinde Eş ve Çocukların Aile İçi Şiddete Karşı Korunması", **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 8, S. 1-2, 2004, s. 529-562.

SERDAR İlknur, "6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun Kapsamında Şiddet", **Yeni Yasal Düzenlemeler Işığında Bedensel Zararın Tazmini Esasları ve Usulü Kongresi**, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2013, s. 517-539.

SEVER D. Çiğdem, "Kadına Karşı Eviçi Şiddette Devletin Sorumluluğu ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Opuz v. Türkiye Kararı", **Atılım Sosyal Bilimler Dergisi**, C. 1, S. 2, 2012, s. 19-46.

ŞENER Ülker, "6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun Ne Getiriyor?", **Türkiye Ekonomi Politikaları Araştırma Vakfı**, 2012, Erişim Tarihi: Eylül 2018, http://www.tepav.org.tr/upload/files/1333026809-1.6284_Sayili_Ailenin_Korunmasi_ve_Kadina_Yonelik_Siddetin_Onlenmesine_Dair_Kanun_Ne_Getiriyor.pdf, s. 1-5.

TİĞLİ Hüseyin, "Ailenin Korunmasına Dair Kanunda Yer Alan Tedbirler ve Bunların Uygulanması", **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Y. 1, S. 5, 2011, s. 487-538.

TUNÇ Mehmet, "4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanunun Değerlendirilmesi", **V. Aile Şurası "Aile Destek Hizmetleri" Bildirileri**, T. C. Başbakanlık Aile ve Sosyal Araştırmalar Genel Müdürlüğü, Ankara 2008, s. 271-

TÜRKMEN Ahmet, "Yeni Bir Hukukî Olgu Olarak Israrlı Takip ve Taciz (Stalking) ve Bunun Türk Medenî Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 11, Özel Sayı: Prof. Dr. Bilge UMAR'a Armağan, 2009, s. 1387-1434.

UÇAR Ayhan, "İstatistikî Verilerle Ulusal Basında Kadına Karşı Şiddet", **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 7, S. 2, 2016, s. 315-363.



UĞUR Hüsamettin, “Kadın ve Ailenin Şiddete Karşı Ceza Hukuku Araçlarıyla Korunması”, İnsan Hakları Standartlarının Etkili Uygulaması Bağlamında Kadına Yönelik Şiddetle Mücadele **Uluslararası Sempozyumu**, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, İstanbul, 2012, s. 573-596. (*Kadın ve Ailenin Şiddete Karşı Korunması*)

UĞUR Hüsamettin, “Kadın ve Aile Bireylerine Yönelik Şiddete Karşı 6284 Sayılı Kanunun Getirdikleri”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 2012/101, s. 333-366. (*6284 Sayılı Kanun*)

UYUMAZ Alper/AKDAĞ İdris, “Türk Özel Hukukunda Şiddet ve Israrlı Takip Kavramı ile Israrlı Takip Mağdurunun Korunması”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 19, S. 2, 2015, s. 45-94.

YAĞCIOĞLU Ali Haydar, “6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlemesine Dair Kanun ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 19, Özel Sayı: Prof. Dr. Şeref ERTAŞ’a Armağan, 2017, s. 913-966.

YASAN Candan, **Milletlerarası Özel Hukukta Aynı Cinsiyetten Kişilerin Birliktelikleri**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013.

YILDIZ Ferhat, “6284 sayılı Kanunun Getirdikleri ve Anayasaya Aykırılık Sorunu”, **Adalet Dergisi**, S. 50, 2014, s. 90-111.

YÜKSEL Sera Reyhani “Türk Medenî Kanunu Bakımından Kadın-Erkek Eşitliği”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 18, S. 2, 2014, s. 175-200.

FRANSIZ MİLLİ VE MİLLETLERARASI TAHKİM HUKUKUNDA TAHKİM REFORMUNA DAİR KARARNAME (Madde 1442 – 1462) İLE TÜRK TAHKİM HUKUKU (HMK, MTK) HÜKÜMLERİNİN MUKAYESESİ (KARŞILAŞTIRILMASI)

*(La Comparaison du Decret Reformant de L'arbitrage Interne et
International en Droit Français et Les Dispositions de L'arbitrage Turc.)*

Dr. Öğr. Üyesi Alim TAŞKIN¹

ÖZ

Tahkim Reformuna Dair Kararname, Fransız milli tahkim hukukunu olduğu kadar, Fransız milletlerarası tahkim hukukunu da çağdaştırmaktadır. Tahkim anlaşması, hakem kurulu kararlarının tenfizi ve tebliğine ilişkin hükümleri yumuşatmaktadır. Taraflar hakkında ihtiyati haciz ve teminat hariç olmak üzere ihtiyati tedbir ve ara kararı verebilme konusunda hakem kurulunun yetkisini açıklamaktadır. Tahkim anlaşması, bir tahkim şartı şeklinde veya bir anlaşma şeklinde olabilir. Tahkim şartı, aralarında bir veya birden çok sözleşme olan tarafların bu sözleşmelerden birinden veya birkaçından doğabilecek uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülmesi konusunda yaptıkları anlaşmadır. Anlaşma, halihazırda doğmuş olan bir uyuşmazlığın taraflarının bu uyuşmazlığı tahkime tabi tutmak konusunda yaptıkları sözleşmedir. Kendisine hakemlik önerilen kimse, bu görevi kabul etmeden önce tarafsızlık ve bağımsızlığından şüpheliyi gerektirebilecek hal ve şartları açıklamak yükümlülüğündedir. Hakem aynı şekilde görevinin kabulünden sonra ortaya çıkabilecek durumları da gecikmeksizin taraflara bildirmek yükümlülüğündedir. Bağımsızlık ve tarafsızlık hakkındaki hükümler tahkim yasaları ve yönetmeliklerinin çoğunda bazen birlikte bazen de ayrı olarak düzenlenmiş bulunmaktadır.

Anahtar Kelimeler: tahkim şartı, tahkim sözleşmesi, hakemlerin bağımsızlığı, hakemlerin seçilmesi, hakemlerin azli, hakemlerin görevden çekilmesi, iç tahkim, uluslararası tahkim, tahkim reformu.

SOMMAIRE

Le décret modernise le droit français de l'arbitrage tant interne qu'international. Il assouplit les règles relatives au compromis d'arbitrage,

1 Dr. Öğr. Üy., Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra – İflas Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi. E-posta taskin@gazi.edu.tr, Ankara/TÜRKİYE.



a l' exequatur et a la notification des sentences arbitrales. Il affirme l'autorité de la juridiction arbitrale, en lui permettant notamment de prononcer a l'égard des parties a l'arbitrage des mesures provisoires ou conservatoires, a l'exception dessaisies conservatoires et suretés judiciaires. La convention d'arbitrage prend la forme d'une clause compromissoire ou d'un compromis. La clause compromissoire est la convention par laquelle les parties a un ou plusieurs contrats s'engagent a soumettre a l'arbitrage les litiges qui pourraient naitre relativement a ce ou a ces contrats. Le compromis est la convention par laquelle les parties a un litige se soumettent celui-ci a l'arbitrage. Il appartient a l'arbitre, avant d'accepter sa mission, de révéler toute circonstance susceptible d'affecter son indépendance ou son impartialité. Il lui est également fait obligation de révéler sans délai toute circonstance de même nature qui pourrait naitre après l'acceptation de sa mission. En cas de différend sur le maintien de l'arbitre, la difficulté est réglée par la personne chargée d'organiser l'arbitrage ou, a défaut, tranchée par le juge d'appui, saisi dans le mois qui suit la révélation ou la découverte du fait litigieux. Ces notions d'indépendance et d'impartialité sont également présentes dans nombre de lois sur l'arbitrage et de règlements institutionnels, ou elles sont visées parfois ensemble, parfois séparément.

Mots-clés: clause compromissoire, convention d'arbitrage, indépendance des arbitres, designation des arbitres, Revocation des arbitres, Demission des arbitres, arbitrage interne, arbitrage international, Reforme d'arbitrage.

GİRİŞ

Fransız hukukunda 13 Ocak 2011 tarihli ve 2014-48 numaralı Tahkim Reformuna Dair Kararname² ile tahkim hukuku reformu yapılmıştır. 1 Mayıs 2011'de yürürlüğe giren kararname ile Fransız Medeni Usul Kanunu'nun dördüncü kitabında yer alan tahkim hükümleri değiştirilmiştir³.

Kararname Fransız Medeni Kanunu ve özellikle 2059-2061. maddeleri ile, Medeni Usul Kanunu ve özellikle dördüncü kitabı göz önünde bulundurularak çıkarılmıştır. Kararnamede özetle "Kararname Fransız milli tahkim hukukunu olduğu kadar, Fransız milli tahkim hukukunu da çağdaştırmaktadır. Tahkim anlaşması, hakem kurulu kararlarının tenfizi ve tebliğine ilişkin hükümleri yumuşatmaktadır. Taraflar arasında ihtiyati haciz ve teminat hariç olmak üzere ihtiyati tedbir ve ara kararı verebilme

2 Decret n 2011-48 du 13 Janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage NOR:JUSC 1025421D.

3 14 Ocak 2011 tarihli Fransız Cumhuriyeti Resmi Gazetesi, metin 9/177 (14 Janvier 2011 JOURNAL OFFICIEL DE LA REPUBLIQUE FRANÇAISE, Texte 9 Sur 177).

konusunda tahkim mahkemesinin yetkisini açıklamaktadır. Kararname, Fransız hâkiminin tahkim yargılamasındaki yerini “yardımcı hâkim” olarak belirtmektedir. Tahkim yargılamasına karşı başvurulabilecek kanun yolları hakkında kuralları netleştirerek daha da iyileştirilmektedir” denilmektedir.

Çıkarılan kararname ile Fransız Medeni Usul Kanunu’nun 1508-1519 arasındaki maddeleri sırasıyla 1570-1582 olarak değiştirilmiştir.

Fransız doktrininde, 13 Ocak 2011 tarihli 2011-48 sayılı Kararname ile, Fransız tahkim hükümlerinin modernize edildiği, Fransız mahkeme içtihatlarından kazanımlar sağlandığı, uygulayıcılar ve taraflar için daha iyi bir yorum ve uygulama imkanı yanında verimlilik de sağlandığı, tahkim hukuku reformu ile tahkim usulünün basitleştirilerek ve verimliliği artırılarak, ulusal yargıca müdahale izni verilerek, tahkimin usule uygun olarak yürütülmesi ve adil yargılanmanın sağlanmasının böylelikle garanti edildiği, reformun yenilikçi yapısı gereği ayrıca “competence-competence” ilkesinin⁴ (Fransız Usul Kanunu m. 1466) uygulanmasında, sadece hakemin kendi yargı yetkisine sahip olduğu, otuz yıllık bir uygulamadan sonra reformun gerekli olduğu, içtihadi kazanımların sağlamlaştırılmasının bu temel üzerinde geliştiği ve sağladığı verimliliği geliştirmek amacıyla yabancı hukuk hükümlerinden esinlendiği, yararlı olduğu ve sonuç olarak kararname ile hem ulusal tahkim alanında hem de uluslararası tahkim alanında reform hedeflendiği ifade edilmektedir⁵.

Tahkim reformuna dair kararname de milli tahkim (milli tahkime ilişkin hükümler 1442-1503) altı bölüm, milletlerarası tahkim (milletlerarası tahkim madde 1504-1527) ise dört bölüm halinde düzenlenmiştir. Tahkim Reformuna Dair Kararname’nin Birinci Bölümü “Tahkim Anlaşması” başlığını taşımaktadır. Madde 1442 tahkim anlaşması ve şartını düzenlemektedir.

Fransız hukukunda Kararname ile getirilen tahkim düzenlemelerinin reformist ve yenilikçi yapısının Türk tahkim hukuku ile karşılaştırılması bir gereklilik olarak ortaya çıktığından, hukukumuz bakımından da

4 Competence-competence, hakem mahkemesinin kendi yetkisi hakkında hüküm vermesi ; Alman hukukunda, kompetenzprüfung durch das Schiedsgericht (Hukuki kavram hakkında bkz: TAŞKIN Alim: Hakem Mahkemesinin Kendi Yetkisi Hakkında Karar Vermesi, **GÜHFD** C.II, S. 1-2, 1998, 116-125, s. 159 vd; YEŞİLOVA, Bilgehan: Tahkim İlk İtirazı Üzerine Hakemlerin Yargı Yetkisiyle İlgili Olarak Mahkemelerce Yapılacak Denetim ve Sonuçları (Milletlerarası Tahkim Kanunu m. 5/1), **DEÜHFD**, C.11, Özel Sayı:2009, 739-818, s.742; YEŞİLİRMAK Ali: **Doğrudan görüşme, Arabuluculuk, Hakem – Bilirkişilik ve Tahkim**, 1. Baskı-İstanbul, Nisan 2011, s,81 vd.

5 BROUSSELE, Yves: **Petites Officces ob avril 2011 n** ⁶⁸, P.15- s. 1.



Kararnamenin muhtelif hükümlerinden yararlanmak suretiyle tahkime ilişkin hükümleri bir adım daha ileriye taşımak gayreti ve düşüncesi bu çalışmanın temel etkenini ve amacını oluşturmaktadır.

I.FRANSIZ TAHKİM HUKUKUNDA TAHKİM SÖZLEŞMESİ VE TAHKİM ŞARTI

Kararname'nin 1442'nci maddesine göre *“Tahkim anlaşması bir tahkim şartı şeklinde veya bir anlaşma şeklinde olabilir.*

Tahkim şartı, araların bir veya birden çok sözleşme olan tarafların bu sözleşmelerden birinden ya da birkaçından doğabilecek uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülmesi konusunda yaptıkları anlaşmadır.

Anlaşma hali hazırda doğmuş olan bir uyuşmazlığın tarafların bu uyuşmazlığı tahkime tabi tutmak konusunda yaptıkları sözleşmedir”.

12.01.2011 tarihli ve 6100 sayılı HMK, 1 Ekim 2011'de yürürlüğe girmiştir. HMK m. 412 tahkim sözleşmesinin tanımı ve şekli başlığını taşımaktadır⁶. HMK m. 412'de *“tarafların, sözleşme veya sözleşme dışı (TBK m. 49 vd., 77 vd.) bir hukuki ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların tamamı veya bir kısmının çözümünün hakem veya hakem kuruluna bırakılması hususunda yaptıkları anlaşma”* ifadesinde geçen *“sözleşme dışı doğabilecek uyuşmazlık ”* ibaresi, Tahkim Reformu Kanunu'nda bulunmamaktadır. Türk tahkim hukukunda bu hüküm, sözleşme dışı bir hukuki ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların tamamı ya da bir kısmını tahkim sözleşmesinin konusu olarak tahkim anlaşması yapmalarına imkân sağlamakta, tahkim yargılamasına başvurulabilecek uyuşmazlıklar bakımından daha geniş ve esnek hüküm içermekte, tahkime konu olabilecek uyuşmazlıklar bakımından tahkim sözleşmesinin konusu ve uygulama alanını genişletmektedir. Tahkim Reformunda (m. 1442) tahkim

6 Tahkim sözleşmesinde hakem sözleşmesinin tanımı hakkında bakınız: TAŞKIN, Alim, **Hakem Sözleşmesi**, 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2005, s.7-9; EKŞİ, Nuray, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Tahkim**, s. 95 vd.; tahkim sözleşmesinin ve tahkim şartı ayrımının sonuçları ile ilgili olarak gerek tahkim sözleşmesinin gerekse tahkim şartının aynı hukuki sonucu doğurduğu, tahkim sözleşmesi ile mevcut bir uyuşmazlığın çözümü, tahkim şartı ile de gelecekte ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklar için yapılabileceği, tahkim sözleşmesinin bağımsız bir sözleşmeyle, tahkim şartının ise esas itibariyle sözleşmeye konulabilecek bir madde ile gerçekleştirilebileceği, doğuracağı hüküm ve sonuçlar bakımından fark olmamakla birlikte yapılaş şekli ve zaman bakımından bir ayrım bulunduğu hakkında Bkz. KARADAŞ, İzzet:**6100 sayılı HMK'da Düzenlenen Ulusal (İç) Tahkim**, Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s. 63-64; Doktrindeki kabulün aksine, müstakbel veya muhtemel hukuki ilişkilerden doğabilecek uyuşmazlıklar hakkında tahkime başvurulamayacağı hakkında bkz. KALPSÜZ, Turgut: **Türkiye'de Milletlerarası Tahkim**, Ankara, 2010,s.36;Uluslararası ticari tahkimin tanımı ve hukuki rejimi hakkında bkz. ŞANLI Cemal: **Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları**, İkinci Bası, Beta, Nisan-2002- İstanbul,s.211vd.



anlaşmasının bir tahkim şartı şeklinde de yapılabileceği ifade edildikten sonra, tahkim şartının ayrıca tanımında yer verilmiştir. HMK'da (m. 412) tahkim şartına yer verilmeyle birlikte, tahkim şartının tanımına yer verilmemiştir. Yargıtay; uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümleneceği yolunda tahkim sözleşmesi yada tahkim şartı yoksa tahkim yoluna başvurmanın mümkün olmadığı, bunun da asıl sözleşmeye konulan tahkim şartı ya da ayrı bir tahkim sözleşmesiyle kararlaştırılabileceği, tahkim şartı bulunan veya tahkim sözleşmesi yapılan hallerde, asıl sözleşme fesh edilse dahi, fesh edilen sözleşmeden kaynaklı uyuşmazlıkların tahkim şartı yada sözleşmesi gereği hakemde görülebileceği, bununla birlikte dikkat edilmesi gereken bir diğer hususun da uyuşmazlığın tahkim şartı bulunan sözleşmeden doğmuş olması gerektiği, fesh edilen sözleşmeden doğmayan uyuşmazlıkların fesh edilen sözleşmedeki tahkim şartı ya da o sözleşme ile ilgili yapılan tahkim sözleşmesi nedeniyle hakemde görülemeyeceği görüşünde olmakla birlikte, HMK'da (m. 412) tahkim şartının tanımına yer verilmemesi, bir yasal düzenleme eksikliği olarak görülebilir⁷. Tahkim Reformunda (m. 1442) tahkim sözleşmesi tanımlanmakla birlikte kanuni rejimi de düzenlenmektedir. Buna göre tahkim şartının ve tahkim sözleşmesinin kanuni rejimi aynı tanımlama altında düzenlenmiştir. Türk tahkim hukukunda (m. 412/3) *"...Asıl sözleşmenin bir parçası hâline getirilmek amacıyla tahkim şartı içeren bir belgeye yollama yapılması hâlinde de tahkim sözleşmesi yapılmış sayılır"* hükmü ile Tahkim Reformuna Dair Kararname (m. 1442) ile benzer düzenleme içerdiği söylenebilecektir⁸.

7 15.HD, 2017/776 E, 2017/2981 K; Yargıtay tarafından tarafların tahkim iradelerinin yorumu ile ilgili olarak; *"..HMK.m.408 uyarınca tahkim iradesi tahkim sözleşmesinin kurucu unsuru olup, tahkim iradesinin bulunmadığı uyuşmazlıkların tahkime elverişli olduğunu kabul edebilmek mümkün değildir. Dairemizin yerleşik uygulamalarında da tahkim iradesinin mutlak ve kesin olması ve hiçbir duraksamaya yer vermemesi gerektiği, özellikle tahkim şartından sonra bazı ihtilafların çözümü hakkında mahkemelerde çözümlü konusunda anlaşma yapılması halinde tahkim iradesinin mutlak ve kesin olmadığı şeklinde yorumlanmaktadır..."* (Y.11.HD, 2016/3383 E, 2017/5688 K; Aynı yönde diğer kararlar hakkında bkz.19.HD, 2016/10552 E,2018/256 K; 15.HD, 2017/1523 E, 2017/3532 K; Y.19HD, 2016/1164 E, 2016/10350 K; Yargıtay kararında *"...Tahkim şartının hususi bir mukavele ile yapılabileceği gibi herhangi bir mukaveleye madde olarak konulabileceği..."*de ifade edilmektedir. (Y.11.HD.27.06.2011, Ta:2010/442-2011/7772 Sa. K. (KARADAŞ s. 61 dn. 49 Naklen).

8 Konu Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 4. Maddesinde *"tahkim anlaşması, asıl sözleşmeye konulan tahkim şartı veya ayrı bir sözleşme ile yapılabilir"* denilmektedir. Uygulamada tarafların sıklıkla ayrı bir tahkim sözleşmesi yapmak yerine, tahkim şartı düzenledikleri, tahkim şartı yerine tahkim sözleşmesi yapılmasının istisnai nitelikte olduğu hakkında bkz. AKINCI, Ziya: **Milletlerarası Tahkim**, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2007, s. 82.



II. TAHKİM SÖZLEŞMESİNİN ŞEKLİ VE GEÇERSİZLİĞİ

Tahkim Reformuna Dair Kararnamede (m. 1443) “*Tahkim anlaşması yazılı yapılmadıkça geçersiz sayılır. Tahkim anlaşması taraflar arasında teati yazışmaların veya asıl sözleşmede yollama yapılan bir belgenin sonucu olabilir.*” Hükümüne yer verilmiştir. Bu hükmün karşılığına hukukumuzda HMK m. 412/3’de yer verilmiştir.

Tahkim Reformuna Dair Kararnamede “*Tahkim anlaşması yazılı yapılmadıkça geçersiz sayılır*” denilmekte, tahkim sözleşmesinin yazılı yapılmamasının müeyyidesi düzenlenmektedir. Oysa HMK m. 412/3’de “*Tahkim sözleşmesi yazılı şekilde yapılır*” denilerek yazılı şekil şartının yerine getirilmesinin gereklerine ve şartlarına ayrıntılı olarak yer verilmekle birlikte, yazılı şekil şartının yerine getirilmemesinin müeyyidesine (geçersizliğine) yer verilmemiştir⁹. Her ne kadar yazılı şekil şartına (TBK m. 13 vd.) müeyyideleri maddi hukukta düzenlenmiş olsa da uygulamada ortaya çıkabilecek sorunlar ve yorum farklılıklarının izolesi bakımından hukukumuzda da, ayrıca yasal düzenleme konusu olması isabetli olacaktır.

9 HUMK’da “tahkimin yazılı olarak kararlaştırılması” şartı esas itibariyle bir sıhhat/ geçerlilik şartı olarak düzenlenmiştir. HUMK m. 517/2’ye göre tahkim şartı ve sözleşmesinin yazılı olarak yapılmaması “keenlem yekun” olduğu ifade edilmiştir. Bu anlamda 4686 sayılı Kanun’la da kanun koyucunun aynı esastan hareketle aynı sonucu benimsediği görülmektedir. Tahkim anlaşması hakkında geniş bilgi için bkz: KALPSÜZ, Turgut: **Tahkim Anlaşması, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp’e Armağan**, C. II, İstanbul, 2003, s. 1031; HUMK bakımından tahkim sözleşmesinin geçersizliği hakkında bkz: DAYINLARLI, Kemal: **HUMK’da Düzenlenen İhtiyari İç Tahkim** (m. 516-536), 2. Baskı, Ankara, 2004, s. 33 vd; Tahkim şartı veya sözleşmesinin yazılı olmaması halinde yaptırım konusunda NEW York Sözleşmesine (m. V(1) (a, b) maddelerine göre tahkim sözleşmesi veya tahkim şartının yazılı şekilde yapılmamasının müeyyidesinin New York Sözleşmesine göre tenfiz edilemeyeceği hakkında bkz. AKINCI Ziya: **Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmeleri**, İzmir-1996, s.159; Tahkim anlaşmasının şekli ile ilgili olarak, MTK hükümlerinin UNCITRAL Model Kanun ve iki temel uluslararası düzenleme ile tamamen uyumlu olduğu ifade edilmektedir. ERDOĞAN Feyiz: **Uluslararası Hukuk ve Tahkim**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2004, s.204; Tahkim anlaşmasının geçerliliği ile ilgili en önemli sorunların tahkim anlaşmasının şekli ve irade bozukluğu olduğu hakkında bkz. BOZKURT YÜKSEL Armağan Ebru; **Patent Uyuşmazlıklarının Çözüm Yolları**, Milletlerarası Tahkim ve Devlet Yargısı, Yetkin Yayınları, Ankara 2009, s.301; Tahkim anlaşmasının şekil bakımından geçerli olup olmaması, özellikle yabancı hakem kararlarının tenfizi bakımından da önem taşıdığı, hakem kararının tenfizi aşamasında, MÖHUK m.45/f ve New York Sözleşmesi m.V/1(a) ya göre anlaşmanın taraflarınca tabi kılındığı hukuka veya hukuk seçimi yapılmayan hallerde tahkim yeri hukukuna göre karar bağlanacağı hakkında bkz; ŞİT Banu: **Kurumsal Tahkim ve Hakem Kararlarının Tanınması Ve Tenfizi**, İmaj Yayınevi, Ankara 2005, s,206.



III. HAKEMLERİN SEÇİMİ (TAYİNİ) VE SEÇİM USULÜ

Tahkim Reformuna Dair Kararname m. 1444'de *"Tahkim anlaşması, gerektiği takdirde bir tahkim yönetmeliğine yollama yaparak hakem veya hakemleri belirler veya bunların seçim usulünü öngörür. Aksi takdirde, 1451-1454 arası maddelerine uygun olarak hareket edilir"* hükmüne yer verilmiştir. Hakemlerin seçimi HMK m. 416'da düzenlenmiştir. Hakem veya hakemlerin seçimi veya seçim usulünü düzenleyen maddede, açıkça tahkim anlaşmasıyla gerektiği takdirde bir tahkim yönetmeliğine yollama yaparak hakem veya hakemleri belirler veya bunların seçim usulünü öngörür şeklinde açık hükme kanunda yer verilmemiştir. Tarafların hakem veya hakemlerin seçim usulünü tespit etmekte serbest olduğu ilke olarak kabul edilmiş ve 416/2-c'de *"Hakem seçimi ile yetkilendirilen üçüncü kişi, kurum veya kuruluş, hakemi ya da hakem kurulunu seçmezse"* denilerek *"dolaylı olarak"* bir tahkim yönetmeliğine yollama yaparak (kurumsal tahkimde tahkim kurumu tahkim kurallarına yollama yaparak) hakem veya hakemleri belirlemeleri veya bunların seçim usulünü tayin ve tespit etmeleri önünde bir engel yoktur.

Uygulama özellikle yabancı ülkelerde daha çok tahkim yargısına başvuru hallerinde hakem veya hakemlerin belirlenmesi veya seçim usulü ilgili tahkim hükümlerine yollama yapılmak suretiyle belirlenmektedir¹⁰. Bu anlamda hakemlerin seçimine ilişkin ayrıntılı hükümler arasında, kurumsal tahkim hükümlerine yollama yapılmak suretiyle hakem veya hakemlerin belirlenmesi, seçim usulüne açıklık getirmek bakımından eksiklik olmasa da açıklık ve belirlilik bakımından isabetli olacaktır. Tahkim hükümlerine göre hakem seçimi ile ilgili davalarda olduğu gibi mahkemelerde verilecek kararlarda görevli mahkeme ile ilgili olarak Yargıtay tarafından verilen kararlarda, hakem seçimi davalarında görevli mahkemenin bölge adliye mahkemeleri olduğu sonucuna ulaşmanın

10 UNCITRAL Tahkim hükümlerinde ve ICC tahkim tüzüğünde (m. 8/3-4) (LCIA Rules, m. 54; AAA International Rules, m. 63), hakem tayini için tayin makamı bulunduğu, farklı tahkim hükümlerinde ise hakem seçimi konusunda tarafların anlaşma yapılmayan hallerde devlet mahkemesince hakem tayin edildiği (Uncitral Model Law, m. 11; Swiss Law on Private International Law , m. 179/2; English Arbitration Act. 1996, 16-18, Federal Arbitration Act (9 v.s.c. 206) devlet mahkemesinin tahkime müdahalesini en aza indirmek amacıyla tayin makamının görevinin mahkeme, kişi veya kurum tarafından ifa edileceği hakkında bkz: DAYINLARLI, s. 58 vd; ICSID tahkiminde hakem heyetinin oluşumu hakkında bkz. TUYGUN, Salih: **ICSID Tahkimine İlişkin Hakem Kararlarının İcra Edilmesi**, İzmir, 2007, s.90 vd; Çok taraflı hakem yargılamalarında hakem mahkemesinin oluşması ile ilgili Fransız mahkeme içtihatları hakkında bkz, KESER BERBER Leyla: **Uluslararası Ekonomik Tahkimde Çok Taraflı Tahkim Sorunu**, Alfa, İstanbul 1999, s.137vd.



hukuken mümkün olmadığı, asliye ticaret mahkemesinin görevli mahkeme olarak belirlendiği ifade edilmektedir¹¹.

Hakemlerin tayini ve atanma şekli bakımından gerek Tahkim Reformuna Dair Kararname’de (m. 1444, 1451-1454) gerek HMK’da (m. 416) tarafların tahkim sözleşmesinde öngörmedikleri hakem tayini veya atanma usullerini geçersizlik sebebi veya butlan sebebi olarak tanımlanmaması, taraf iradelerine üstünlük tanınarak alternatif çözümler düzenlenmesi her iki ülke tahkim hükümleri bakımından bir gelişme olduğu söylenebilir.

IV. TAHKİM ANLAŞMASININ GEÇERSİZ SAYILMASI

Tahkim Reformuna Dair Kararname m. 1445’de “ *Tahkim anlaşması uyuşmazlığın konusunu belirlemedikçe geçersiz sayılır*” denilmiştir. Tahkim anlaşmasıyla uyuşmazlık konusunun belirlenmesine önem atfedilmekte, uyuşmazlık konusunun belirlenmemesinin müeyyidesi geçersizlik olarak düzenlenmiştir. Bu hükmün m. 1442 ile birlikte değerlendirilmesi

11 Yargıtay kararında “...6545 Sayılı kanunun45. Maddesi ile Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş Görev ve Yetkileri Hakkında Kanununun 5. maddesinin 2. fıkrası yeniden düzenlenmiş ve asliye ticaret mahkemeleri tahkim ile ilgili konularda görevli mahkeme olarak belirlenmiştir. HMK’nın 410 maddesinin lafzı ile bağlı kalıp buna göre yorum yapılarak sonraki değişikliği yok saymak suretiyle hakem seçimi davalarında görevli mahkemenin Bölge Adliye Mahkemeleri olduğu sonucuna ulaşmak hukuken mümkün değildir...” (Y.15.HD, 2018/113 E, 2018/119 K); Türk hukukunda aynı yönde doktrin görüşler için bkz aynı karar; Yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizine yönelik davalarda tenfizi istenen para ile ölçülebilen miktara bakılmaksızın asliye ticaret mahkemelerinin görevli olduğu hakkında bkz, 20 HD, 2017/7998 E, 2017/7167 K; Yargıtay tarafından verilen bir diğer kararda “...Temyizi kabil olan kararlar, bölge adliye mahkemelerinin temyizi kabil nihai kararları ile ilk derece mahkemelerinden verilen hakem kararlarının iptali davalardır. Aksine yorum ve düşünce tahkimden beklenen süratli yargılama ve sonuca bir an önce ulaşma amacıyla bağdaşmayacaktır. Hakem kararının iptali davalarında görevli mahkeme ilk derece mahkemesi olup, ilk derece mahkemelerinden verilen bu kararlara karşı da temyiz kanun yoluna başvurulması mümkün görülmektedir...” Y 15.HD,2017/2168 E, 2017/3986 K; Hakem kararlarına karşı kanun yollarına başvurabilmeyle ilgili mukayeseli hukuktaki düzenlemeler hakkında bkz. ÖZBAY İbrahim. **Hakem Kararlarının Temyizi**, Yetkin Yayınları, Ankara 2004,s.88vd; Mahkemece verilecek kararların onanmasına veya bozulmasına ilişkin kararlara karşı karar düzeltme yoluna başvurulamayacağı hakkında bkz, Y. 23.HD, 2017/2184 E, 2017/2438 K; Tahkim anlaşmasıyla hakemlerin seçimi üçüncü kişiye, kurum veya kuruluşa bırakılabileceği, Türkiye’de bu uygulamanın sıklıkla, üçüncü hakemin İsviçre Federal Mahkemesi Başkanı veya ICC Milletlerarası Tahkim Divanı tarafından seçimin kararlaştırıldığı hakkında bkz: KALPSÜZ, Milletlerarası Tahkim, s. 54; Milletlerarası Tahkim Kanunu m. 15/1-a’ya göre “Başvuruyu yapan taraf; Tahkim anlaşmasının taraflardan birinin ehliyetsiz ya da tahkim anlaşmasının tarafların anlaşmaya tabi kıldıkları hukuka veya böyle bir hukuk seçimi yoksa Türk hukukuna göre geçersiz olduğunu” ispat ederse hakem kararı iptal edilir.”

gerekmektedir. Bu maddede tahkim anlaşmasının bir tahkim şartı şeklinde veya anlaşma şeklinde olabileceği ifade edilmekle birlikte, anlaşmanın konusu “*halihazırda doğmuş olan bir uyuşmazlık*” olması gerektiği düzenlenmiştir. Oysa aynı maddede tahkim şartının konusunun “*aralarında bir veya birden çok sözleşme olan tarafların, bu sözleşmelerin birinden veya birkaçından doğabilecek uyuşmazlıklar*” olması gerektiği düzenlenmiştir.

Tahkim anlaşması olma özelliği her iki durum bakımından ortak olmakla birlikte anlaşmanın konusu “*halihazırda doğmuş olan bir uyuşmazlık*”, tahkim şartının konusu “*sözleşme veya sözleşmelerden doğabilecek uyuşmazlık*”tır. Anlaşma bakımından uyuşmazlığın konusunu belirlemek sorun olmayacağını belirlemek sorun olamayacağını söylemek mümkün ise de doğabilecek uyuşmazlıkların konusu belirlemek bakımından aynı sonuca varmak güçtür. Bu ayırımın ilk bakışta önemli olmadığı düşünülebilir olsa da, m. 1445’deki geçersizlik müeyyidesinin uygulanıp uygulanmaması bakımından önem arz etmektedir. Şöyle ki gerek sözleşme gerekse tahkim şartıyla uyuşmazlık konusunun belirlenmemesi, tahkim anlaşmasını geçersiz kılmaktadır. Bu durum ve ortaya çıkarabileceği sorun Türk tahkim hukuku bakımından daha önemli hale gelmektedir.

Buna göre HMK m. 412/1’de doğabilecek uyuşmazlıkların bir kısmı veya tamamı için dahi tahkim sözleşmesi yapabileceğini düzenlemektedir. Yine HMK m. 412/4’de tahkim sözleşmesinin henüz doğmamış olan bir uyuşmazlığa ilişkin olduğu itirazında bulunulamaz, hükmü de yer almaktadır. 1445. maddede düzenlenen hüküm, HMK’da bu açıklıkta ve doğrudan düzenlenmemiştir. HMK’da tahkim anlaşmasının geçersizliği ya da geçersizlik halleri veya nedenleri konusunda açık bir hükümle düzenlenmemiştir. Kanunda dolaylı olarak düzenlenen m. 439/2-a’ya göre “*Tahkim sözleşmesinin taraflarından birinin ehliyetsiz ya da tahkim sözleşmesinin geçersiz olduğu*” tespit edilirse hakem kararları iptal edilebilir¹². Bu yönüyle

12 Doktrinde tahkim anlaşmasının geçerliliği ile ilgili olarak öne çıkan sorunun tahkim anlaşmasının şekli meselesi olduğu Konunun Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun 4. maddesinde düzenlendiği şekil dışındaki sorunlar arasında irade bozuklukları, tahkim anlaşmasının yetkili temsilci tarafından imzalanması, tahkime elverişlilik, tahkim anlaşmasının ismen tayin edilen hakemin görev yapmamasında tahkim anlaşmasının geçerliliği ile ilgili kurallar olmakla birlikte kavram ve sonuçları bakımından tahkim anlaşmasının geçerliliği konusundan farklı ele alındığı hakkında bkz : AKINCI, Milletlerarası Tahkim, s. 215; WIPO Tahkim Kuralları’nın 59 (c) maddesi ile tahkim anlaşmasının geçerliliği, şekli ve kapsamı yönü itibarıyla tahkimin esas ve usulüne uygulanacak hukuka uygun olması aranmaktadır. YÜKSEL, Armağan Ebru Bozkurt: **Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü (WIPO) Tahkim Sistemi**, Adalet Yayınevi, Ankara-2010, s.25; MTK uyarınca tahkim anlaşmasının geçersizliğinin hakem kararının iptali nedeni olduğu, tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun seçilmediği hallerde tahkim anlaşmasının geçerliliği hakkında Türk hukukunun uygulanacağı savunulmaktadır. AKINCI Ziya: **Milletlerarası Tahkim**, s.214.



benzeri bir hükme HMK'da da yer verilmesi isabetli olacaktır. Bu yönü itibariyle tahkim sözleşmesini düzenleyen 412. madde bir yönüyle eksik bir düzenleme görünümündedir. Fransız tahkim hukuku bakımından m. 1445'deki düzenleme kendi içinde tutarlı bir düzenlemedir. Bir hukuki ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıklar anlaşmanın veya tahkim şartının konusu değilse tahkime gidilemeyeceği için, m. 1445'deki geçersizlik müeyyidesinin de uygulanması söz konusu olmayacaktır. Ayrıca Kararname hükümleri gereği, anlaşmaya veya tahkim şartına sözleşmeden doğmayan veya doğabilecek nitelikte olmayan sözleşme dışı uyuşmazlıklar tahkim anlaşmasına konu olmayacak ve tahkime gidilemeyecektir. Oysa hukukumuzda (HMK m. 412/1,4) sözleşme dışı bir hukuki ilişkiden doğmuş ya da doğabilecek uyuşmazlıkların tamamı veya bir kısmı tahkim sözleşmesine veya tahkim şartına konu olabilecek ve bu konularda tahkim yargısına gidilebilecektir.

Sonuç itibariyle, Fransız tahkim hukukundaki (m. 1445, m. 1442) hükümleri bakımından, anlaşma ve tahkim şartı konusu bakımından sözleşme veya sözleşmelerin konusu olmayan sözleşme dışı ihtilaflar bakımından tahkime gidilemeyecektir. Zira tahkim anlaşmasının konusu daraltılmış olup sadece *“hali hazırda doğmuş bir uyuşmazlık ve sözleşme veya sözleşmelerden doğan veya doğabilecek uyuşmazlık”* tahkim anlaşmasının konusunu teşkil edebilir. Hukukumuz bakımından, tahkim anlaşmasının konusu oldukça geniş tutulmuş olup, Fransız tahkim hukuku bakımından muhtemel ortaya çıkabilecek sorun veya sorunlar, hukukumuz bakımından pek olası görünmemektedir. Fransız tahkim hukuku bakımından (m. 1445) tarafların uyuşmazlığın konusunu belirtmek zorundadır. Aksi takdirde tahkim anlaşması geçersiz sayılmaktadır.

V. TARAFLARCA YARGILAMA SIRASINDA TAHKİM ANLAŞMASI YAPILMASI

Tahkim Reformuna Dair Kararname'nin 1446. maddesinde *“Taraflar hali hazırda başlamış olan bir yargılama sırasında dahi tahkim anlaşması yapabilirler.”* denilmiştir. HMK.m.212/(5) de aynı yönde bir düzenlemeye yer verilmiştir. Düzenlemeye göre ayrıca bu halde mahkemenin *“Yargılama sırasında taraflar tahkim yoluna başvurma konusunda anlaşmaları halinde dava dosyası dava dosyası mahkemeye ilgili hakem ya da hakem kuruluna gönderilir”* usul bakımından yapılacak iş ve işlemler konusunda da düzenleme yapılmıştır¹³. Kararname m. 1446'daki düzenlemeye göre yargılama sırasında bile taraflar uyuşmazlığın tahkim yargılamasında çözümlenmesi

13 HMK m. 412/4 ile ilgili hükümet gerekçesinde *“...Beşinci fıkrada, bir uyuşmazlığın halli için mahkemeye başvurulmuş olmasının o meselenin çözümü için tahkime gidilemeyeceği anlamına gelmeyeceği hususu düzenlenmiştir”*.

konusunda anlaşmaya varabilirler. HMK hükümleri bakımından m. 412/5 hükmünü “hüküm verilmeye kadar” şeklinde anlamak gereklidir. HMK hükümlerine göre davacı davalının rızası olmaksızın davasını geri alamayacağından yargılama sırasında veya hüküm verilmeye kadar tarafların tahkim yoluna başvurma konusunda anlaşmaları halinde anlaşmanın açık muvafakat olarak değerlendirilebileceğini gözden uzak tutmamak gerekir. Bu durum davacı bakımından davasından feragat anlamına gelmez.

VI. TAHKİM ANLAŞMASININ ASIL SÖZLEŞMEDEN BAĞIMSIZLIĞI VE TAHKİM ANLAŞMASININ HÜKÜMSÜZLÜĞÜNÜN TAHKİM ŞARTINA ETKİSİ

Kararname m. 1447’de “Tahkim anlaşması ana sözleşmeden bağımsızdır ve ana sözleşmenin geçersizliğinden etkilenmez.

Tahkim anlaşmasının hükümsüz olması halinde tahkim şartı hiç yazılmamış sayılır.” denilmiştir. HMK m. 412/4’de “Tahkim sözleşmesine karşı, asıl sözleşmenin geçerli olmadığı veya tahkim sözleşmesinin henüz doğmamış olan bir uyuşmazlığa ilişkin olduğu itirazında bulunulamaz” denilerek tahkim sözleşmesinin asıl sözleşmeden bağımsızlığı dolaylı olarak ifade edilmektedir¹⁴. HMK m. 412/2’de “Tahkim sözleşmesi, taraflar arasındaki sözleşmenin bir şartı veya ayrı bir sözleşme şeklinde yapılabilir.” denilmekle birlikte tahkim anlaşmasının hükümsüz olması halinde tahkim şartının hukuki akıbetinin ne olacağına ilişkin bir hükme yer verilmemiştir¹⁵. Bununla birlikte hakemin kendi yetkisi hakkında karar vermesini düzenleyen m. 422/1’de “bir sözleşmede yer alan tahkim şartı, sözleşmenin diğer hükümlerinden bağımsız olarak değerlendirilir. Hakem veya hakem kurulunun asıl sözleşmenin hükümsüzlüğüne karar vermesi, tahkim sözleşmesinin kendiliğinden hükümsüzlüğü sonucunu doğurmaz”¹⁶. Buna göre tahkim anlaşmasının

14 Milletlerarası Tahkim Kanunu m. 4/5’e göre “Tahkim anlaşmasına karşı, asıl sözleşmenin geçerli olmadığı veya tahkim anlaşmasının henüz doğmamış olan bir uyuşmazlığa ilişkin olduğu itirazında bulunulamaz”.

15 Bir görüşe göre “Asıl sözleşme ile tahkim şartının birbirinden müstakil olması sonucunda ne asıl sözleşme ne tahkim şartı diğerinin akıbetine tabi olur. Hükümsüzlük sadece taalluk etmekte olduğu sözleşmeye intizar eder ve onu geçersiz kılar. Bu prensip icabı halinde, hakemin asıl sözleşmenin geçersizliğini de karara bağlayabilmesi için kabulü zorunlu bir esastır. Zira yapılacak tahkim yargılaması sonucunda ihtilafın kendisinden doğduğu asıl sözleşmenin geçerli olmadığı sonucu ortaya çıkarsa, tahkim şartının asıl sözleşmeden müstakil olmadığı kabul edildiği takdirde, asıl sözleşmenin fer’i olarak tahkim şartı da muteber sayılmak gerekeceğinden, hakemlerin uyuşmazlığı hal yetkisi sona erecektir” KALPSÜZ, Milletlerarası Tahkim, s. 76-77’den naklen.

16 HMK m. 422’nin gerekçesine göre “Hakemin kendi yetkisi konusunda karar vermesi ve tahkim şartının esas sözleşmeden ayrı sayılması, yani tahkim şartının bağımsızlığı, tahkim kurumunun başarıya ulaşması için kabul edilmiş ilkelerdir. Amaç tahkim



hükümsüzlüğü halinde, tahkim şartının¹⁷ tahkim anlaşmasından bağımsız olduğu söylenemeyecektir. Tahkim anlaşmasının hükümsüzlüğü, dolaylı olarak tahkim şartının yokluğu olarak yorumlamak gerekir. Bu anlamda tahkim anlaşmasının hükümsüzlüğünün bağımlı etkisi, tahkim şartı bakımından hiç yazılmamış sayılma olarak ortaya çıkacaktır. Tahkim anlaşmasının ana sözleşmeden bağımsızlığı ve ana sözleşmeden etkilenmemesi tahkim sözleşmesinin özerklik ilkesini pekiştirmektedir.

VII. MAHKEMENİN YETKİSİZLİK KARARI, YETKİSİZLİĞİN RESEN İLERİ SÜRÜLEMESİ

Kararnamenin 1448. maddesi *“Tahkim anlaşmasına bağlanmış bir uyuşmazlık, devlet mahkemesi önüne getirildiğinde, hakem kuruluna henüz başvurulmadığı ve tahkim anlaşmasının açık olarak batıl veya uygulanmaz olduğu haller dışında mahkeme yetkisizlik kararı verecektir. Devlet mahkemesi yetkisizliğini re’sen öne süremez. Bu maddeye aykırı olan bütün sözleşme hükümleri hiç yazılmamış sayılır.”* şeklinde düzenlenmiştir. Bu maddenin karşılığı HMK m. 413’de *“tahkim itirazı”* başlığı altında düzenlenmiştir. Buna göre tahkim sözleşmesine konu teşkil eden uyuşmazlığın çözümü için mahkemede dava açılan hallerde, karşı tarafın tahkim ilk itirazında bulunabileceği ifade edilmiş ve hangi hallerde mahkeme tarafından tahkim ilk itirazı olarak kabul edilerek, davanın usulden reddedilebileceği haller düzenlenmiştir. Buna göre *“Tahkim sözleşmesi hükümsüz, etkisiz veya uygulanması imkansız değilse”* denilerek bu hallerin varlığı halinde mahkemenin itirazı kabulde davayı usulden reddedebileceği düzenlenmiştir¹⁸. Ayrıca tahkim itirazı ile ilgili olarak da tahkim itirazında bulunulmasının tahkim yargılamasına engel teşkil etmediği ifade edilmiştir.

Kanun’un 413/2. maddesinde düzenlenen tahkim ilk itirazının tahkim yargılamasına engel teşkil etmediği hususu, tahkim yargılanmasına

şartının geçersizliğini ileri sürerek tahkimi bertaraf etmenin önüne geçmektedir”. Tahkim sözleşmesinin geçersizliğine ilişkin New York Sözleşmesi hükümleri ve uygulanması hakkında bkz. AKINCI Ziya: **Milletlerarası Ticari Hakem Kararları ve Tenfizi**, Ankara-1994, s118 vd.

- 17 Tahkim veya tahkim şartının, tarafların müşterek iradeleri ile kurulan bir delil sözleşmesi olduğu, bu niteliği gereği tahkim şartının taraflar için bağlayıcı olduğu hakkında bkz: DAYINLARLI, İç Tahkim, s. 41.
- 18 Maddenin hükümet gerekçesinde *“Maddenin birinci fıkrasıyla tahkim sözleşmesinin konusunu oluşturan bir uyuşmazlıkla ilgili dava mahkemede açılmışsa tahkim ilk itirazında bulunulabileceği; bu durumda tahkim sözleşmesi geçersiz, tesirsiz ve uygulanması imkansız değilse, mahkemenin tahkim itirazını kabulde davayı usulden reddedeceği düzenlenmiştir. İkinci fıkrada ise tahkim ilk itirazının yapılmasının tahkim yargılamasına başlamaya ve tahkim yargılamasının devamına engel olmadığı belirtilmiştir”*.



başlanmaya veya tahkim yargılanmasının devamına, şeklinde anlaşılmaktadır. Zira 413/2 hükmündeki “*tahkim yargılaması*” ifadesi, hem tahkime başvurulması hem de yargılamanın devamını içerecek tarzda genel ifadeye yer verilmiştir.

Kararname(m.1448)devlet mahkemesinin yetkisizlik kararı verebileceği halleri düzenlemektedir. Yetkisizlik kararı verilecek haller HMK m. 413’de tahkim itirazının kabulü ve davanın usulden reddi sebepleri olarak düzenlenmektedir. Hakem yargılamasına henüz başvurulmamış olması ve tahkim anlaşmasının açıkça batıl veya uygulanamaz olduğu haller devlet mahkemesinde incelenecek olup, mahkemenin incelemesi sonucunda hakem kuruluna henüz başvurulmadığı ve tahkim anlaşmasının açıkça batıl veya uygulanamaz olduğunun tespiti halinde mahkeme yetkisizlik kararı veremeyecektir.

Tahkim ilk itirazında bulunulduğunda “*hakem kuruluna henüz başvurulmaması halinde*” mahkemenin tahkim itirazını kabulle davayı usulden reddetmesi, HMK bakımından da mümkün olabilecek midir? Bu durum Kararname’de diğer durumlarla birlikte aynı hukuki sonuca matuf olarak bir durum olarak açıkça düzenlenmişken, HMK’da yer verilmemiştir. Kararname’de açıkça düzenlenen bu durumun HMK bakımından düzenlenmemesi yasal bir düzenleme eksikliği olarak görülebilir. Zira HMK m. 413 bakımından hakem kuruluna henüz başvurulmamış olması halinde, tahkim itirazının kabulüyle, davanın usulden reddine karar verilebileceğini söylemek güçtür.

Kararnamede (m. 1448) “*Bu maddeye aykırı sözleşme hükümleri hiç yazılmamış sayılır*” denilmekte, hakem kuruluna henüz başvurulmadığı ve tahkim anlaşmasının açık olarak batıl veya uygulanamaz olduğu hallerde, uyuşmazlığın tarafları arasında yapılan sözleşme hükümlerinin akıbetinin hukuki sonuçlarının ne olacağı da açıkça amir bir hükümle düzenlenmemiştir. Buna göre bu halde bütün sözleşme hükümleri hiç yazılmamış sayılacaktır. Kanunumuzda da (HMK m. 413) aynı durumda taraflar arasındaki sözleşme hükümlerinin akıbetinin ne olacağı yasal düzenlemeye tabi tutulmuş değildir.

Fransız hukukunda Kanun’un daha ayrıntılı düzenleme yaparak muhtemel ortaya çıkabilecek hukuksal sorunlar bakımından daha öngörülü ve çözümleyici olduğu söylenebilir. HMK’daki tahkime ilişkin hükümlerin hangisi ya da hangilerinin amir hüküm olduğu, sözleşme ile aksinin kararlaştırılıp kararlaştırılmayacağı, bazı hallerde yorum bakımından sorunlara yol açar tarzda düzenlenmiştir. Fransız hukukunun bu konuda sorunu da çözümleyici nitelikte açık ve net olduğu söylenebilir. Kararnamede bu maddeye ait sözleşme hükümleri (m. 1448)



hiç yazılmamış sayılır, denilmekle açık bir amir hükümlerle düzenleme yapılmış, konu yoruma muhtaç olmaktan çıkmıştır.

Sonuç itibariyle Kararname'deki durum (m. 1448) bakımından, taraflar arasında tahkim sözleşmesinin varlığı halinde, bu sözleşme hükümlerle açıkça batıl veya uygulanmaz değilse, devlet mahkemesi tahkime konu uyuşmazlığa bakamaz. Tahkim yargısına henüz başvurulmamışsa ve tahkim anlaşmasının açıkça batıl veya uygulanamaz olması halinde devlet mahkemesi yetkisizlik kararı veremeyecek, kural olarak uyuşmazlığın tahkim yargısında görülmesi yönünde hüküm verilecektir. Kararnamenin bu maddesi (1448) esas itibariyle "competence-competence" ilkesinin olumsuz etkisini düzenleyen hüküm olarak değerlendirilebilir. Zira bu ilkenin olumlu etkisinin Kararnamenin 1465. maddesinde düzenlendiği görülmektedir.

Tahkim itirazı HMK 116/1-b'de "Uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülmesi gerektiği itirazı" ilk itirazlar arasında sayılmıştır. Tahkimi düzenleyen HMK m. 413'de ayrıca düzenlenmiştir. HMK'nın "uygulanmayacak hükümler" başlığı altında düzenlenen 444. Maddesiyle getirilen düzenlemeye göre, 407-444 arasında düzenlenen konularda aksine hüküm bulunmayan hallerde HMK hükümlerinin uygulanmayacağı, bir başka deyişle kıyasen uygulamaya dahi kanun koyucunun izin vermediği görülmektedir. Bu hükümden hareketle tahkim itirazında esas alınacak ve uygulanacak hüküm HMK'nın 413. maddesidir. Tahkim sözleşmesinin konusunu oluşturan bir uyuşmazlığın çözümü için tahkim yargısı yerine devlet mahkemesinde dava açılması halinde, davalı taraf tahkim ilk itirazında bulunabilecek ve bu halde ilk itirazların cevap dilekçesinde ileri sürülmesi gereğine ilişkin HMK'nın 117/1. maddesi uygulanacaktır. Zira tahkim ilk itirazının nasıl ileri sürülebileceği ve sonuçları ile ilgili hüküm HMK m. 408-444. maddeleri arasında düzenlenmiştir.

Kanundaki düzenleme esas alındığında (m. 413) tahkim itirazı bir ilk itiraz olarak düzenlenmiş olup, ilk itirazlara ilişkin HMK hükümlerine (m. 116/1-b, 117) tabiidir. İlk itirazın ileri sürülmesi ve incelenmesi HMK m. 117'de açıkça düzenlenmekle birlikte doktrinde¹⁹ ve Yargıtay

19 KURU, Baki: İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Yetkin Yayınları, Ağustos 2017, s. 662-663; YILMAZ, Ejder: **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, Cilt 2, 71-224, Ankara 2017, s. 1755,1760; PEKCANITEZ, Hakan: **Medeni Usul Hukuku Usul**, C.II, 15. Bası, İstanbul 2017, s. 1219-1222; UMAR, Bilge: **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, Yetkin Yayınları, 2011, s. 339-342, 1154-1156; GÖRGÜN, Şanal, **Medeni Usul Hukuku**, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 686-687; Bir görüşe göre HMK m. 117/1'den hareketle tahkim itirazının ilk itiraz olarak süresinde ileri sürülmemesi, sonradan yapılmasının karşı tarafın açık muvafakati ile mümkün olduğu, süresinden sonra yapılan tahkim itirazına karşı davacının sessiz kalması



kararlarında²⁰ farklı yorumlandığı görülmektedir. Yargıtay'a göre; "... Tahkim şartı veya sözleşmesi bulunmasına rağmen, tarafların hakem yerine devlet mahkemelerinde dava açmaları halinde dava şartı ya da sözleşmesinin uygulanmasından vazgeçmiş olduklarının kabulü gerekir. (...Hukuk Dairesinin ...03.2010 gün2010/1581 Esas, 2010/1652 Karar ve 09.2011 gün 2011/5332 Esas, 2011/5055 Karar sayılı ilamları) TMK'nun dürüstlük kurallarına uymak zorundadırlar. Taraflar ayrı ayrı genel mahkemede dava açmak suretiyle sözleşmede kararlaştırılan tahkim şartının uygulanması olanağını kaldırmışlardır..." Yargıtay'ın verdiği karara katılmak bir yönüyle güçtür. Tarafların ayrı ayrı genel mahkemede dava açmalarının tahkim şartının uygulanması olanağını kaldırdığını söylemek, tarafa tanınan ilk itirazda bulunma hakkının tanınması ve kullanılması yasal imkanı (HMK. m.413, MTK.m.5) karşısında söylemek zordur. Kanun, tahkim yargısında görülecek bir uyuşmazlık hakkında devlet mahkemesinde dava açılması halinde, yapılacak ilk itiraz hakkının kullanılabilmesi için, sadece bir tarafın devlet mahkemesinde dava açması hali ve koşuluna bağlamış değildir. İlk itiraz yoluna başvurmak bakımından, tarafın veya tarafların devlet mahkemesinde dava açması arasında bir ayırım yapılmamıştır. O halde her iki tarafında devlet mahkemesinde dava açması halinde taraf veya tarafların ilk itiraz haklarını kullanamayacağını veya kullanılması halinde dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edeceği yorumu, ilk itiraza ilişkin kanun hükümlerinin konuluş amacına aykırılık teşkil eder. Tahkim iradesini ayakta tutmak suretiyle uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümlenmesi tahkimin amacı ve gereklerindedir. Bu halde yasal hakkın kullanılması ve ilk itiraz yoluna başvurulması, kural olarak hakkın kötüye kullanılması şeklinde değerlendirilemez ve yorumlanamaz. Bunun dışındaki istisnai durumlar bakımından dürüstlük kuralı ve uygulanması değerlendirilebilir ve uygulanabilir. Kanunların (HMK. m.413 ve MTK. m.5) uygulanmasında bu anlamda genellik esas olup, sadece taraf değil taraflar bakımından da uygulanması esastır. Sonuç olarak bu halde tahkim iradesinin, tahkim şartının ortadan kalktığı yolunda, tarafların farazi iradelerinin bulunduğu

halinde, yapılan itirazın mahkemece dikkate alınmasına HMK m 117/1 maddesinin engel teşkil edeceği, cevap dilekçesiyle tahkim itirazı yapılmaya hallerde ...-- Yoluyla tahkim itirazının yapılabileceği hakkında bkz. EKŞİ, s. 128.

- 20 Y.15.HD, 2016/5600 E, 2017/512 K; Yargıtay'ın cevap dilekçesinde öncelikli olarak davanın esasına ilişkin cevapların verilmesinden sonra ilk itirazların yapılmış olmasının, ilk itirazların ileri sürülmemiş sayılması sonucunu doğurmayacağı hakkındaki kararı için bkz: İBK. 29.3.1944, E. 36, K.10, (RG, 19.6.1944, No:5734: "Tahkim itirazı teknik anlamda bir ilk itiraz olmayıp savunma vasıtası olduğundan davacının muvafakati ile sonradan ileri sürülebilir. Bu muvafakat açık olabileceği gibi zımni de olabilir..." 11.HD, E. 2011/15015, K. 2012/178, T.16.01.2012 (EKŞİ, s. 122, dn. 39'dan naklen).



(varlığı) söylenemez. Doktrindeki ağırlıklı görüş, uyuşmazlığında tahkim yoluyla çözümlenmesi gerektiği itirazı (tahkim itirazı) ancak bir ilk itiraz olarak ileri sürülebileceği²¹; tahkim ilk itirazının ileri sürülmesinin tahkim yargılamasına engel teşkil etmeyeceği (m. 413/2), tahkim ilk itirazı usul yönüyle dava dilekçesinin tebliğinden itibaren iki hafta içinde (m. 127) ileri sürülebilmesi ve bu sürenin hak düşürücü nitelikte olduğu ve daha sonra ileri sürülmesinin mümkün olmadığı ve cevap dilekçesinin verilmesinden sonra, karşı tarafın rızası ya da ıslah yoluyla dahi ileri sürülemeyeceği (m. 117/1), zımnen bir anlaşmanın ileri sürülmesinin mümkün olmadığı, cevap dilekçesi verilmesinden sonra ileri sürülen ilk itirazın dinlenemeyeceği, süresi geçtikten sonra yapılan ilk itiraz, karşı taraf karşı koymasa dahi mahkemece kendiliğinden dikkate alınarak sonradan yapılan ilk itirazın reddedileceği, ilk itirazda bulunma süresinin hak düşürücü nitelikte olduğu bu nedenle süresinde ileri sürülmeyen ilk itirazın ıslah yoluyla yani cevap dilekçesi vererek öne sürülmesi olanağının bulunmadığı, tarafın açık rızasıyla dahi sonradan ileri sürülemeyeceği noktalarında toplanmaktadır.

VIII. HAKEM KURULU OLUŞTURULMADAN TAHKİM ANLAŞMASININ VARLIĞI HALİNDE, DEVLET MAHKEMESİNDE İHTİYATİ TEDBİR TALEBİNDE BULUNULABİLMESİ

Kararname 1449. maddeye göre “Tahkim anlaşmasının varlığı, henüz hakem kurulu oluşturulmadığı sürece, taraflardan birinin bir devlet mahkemesinden ihtiyati karar, ihtiyati tedbir veya ara karar talebinde bulunmasına engel değildir. İhtiyati haciz ve teminatlara ilişkin maddeler saklı kalmak kaydıyla, bu talep, madde 145’deki düzenlemeler çerçevesinde ihtiyati tedbir ve ara karar konusunda yetkili “Tribunal de Grande Instance” – Asliye Hukuk Mahkemesi veya “Tribunal de Commerce” – Ticaret Mahkemesi başkanına yapılır, durumun acil olması halinde ise taraflarca tahkim anlaşmasına ilişkin talep edilen ihtiyati tedbir ve ara karar hakkında da karar verilebilir”. Konu HMK’da (m. 414) ihtiyati tedbir ve delil tespiti başlığı altında düzenlenmiştir. Taraflar arasında tahkim anlaşması var olmakla birlikte, henüz hakem kurulunun oluşturulmadığı süreçte,

21 Tahkim itirazının ilk itiraz olmasının doğal karşılanması gerektiği, mahkemenin tahkim sözleşmesini veya şartını resen nazarı itibara almasının isabetli olmayacağı ancak tarafın itirazı üzerine dikkate alınabileceği, bu itirazın işin esasına girilmeden yapılması halinde gereksiz zaman kaybı önenebileceği ve tarafların mahkemeyi gereksiz yere meşgul etmelerinin engellenmiş olacağı ve tahkim yolunun tahkikata başladıktan sonra kapalı sayılması gerektiği hakkında bkz: PEKCANİTEZ Usul, s.1221; Tahkim il itirazının yerinde olmadığı konusuna karar veren mahkemenin, tahkim ilk itirazının reddine karar vererek davaya devam edeceği, davanın esası hakkında ön inceleme yapacağı, tahkim sözleşmesinin hükümsüz, tesirsiz veya uygulanmasının imkansız olmadığı hallerde mahkemenin tahkim ilk itirazını kabul ederek davayı usulden reddedeceğine ilişkin bkz: KURU, Ders Kitabı, s. 662-663.



tarafardan birinin devlet mahkemesinden ihtiyati tedbir talebinde bulunup bulunamayacağı Fransız hukukunun aksine açık bir şekilde düzenlenmiş değildir. Kanun'da (m 414/4) "*Tahkim yargılaması öncesi veya tahkim yargılaması sırasında taraflardan birinin talebi üzerine mahkemece verilen ihtiyati tedbir kararı...*"denilmekle bu tahkim yargılaması öncesinde ihtiyati tedbir talebinde bulunulabileceğinin dolaylı olarak düzenlendiği görülmektedir. Sonuç olarak hakem kurulu oluşturulmadığı veya tahkim yargılaması öncesinde devlet mahkemesinde ihtiyati tedbir talebinde bulunulmasına yasal bir engel bulunmadığı hem Türk hukuku hem de Fransız hukuku bakımından söylenebilecektir. Türk tahkim hukukunda ihtiyati tedbirlerle ilgili düzenlemenin daha ayrıntılı olduğu söylenebilir. Kanunda (HMK m. 414) tahkim yargılaması öncesi ve tahkim yargılaması sırasında taraflardan birinin talebi üzerine verilecek ihtiyati tedbir kararından söz edilebilmektedir²². Oysa Kararname'de hakem kurulunun oluşturulması öncesi ve sonrası ayırımının yapıldığı görülmektedir. Tahkim yargılaması daha genel bir kavram olduğu için Kararname'de olduğu gibi hakem kurulunun oluşturulmasından önce ve sonra ayırım yapılması daha spesifik ve belirleyici olmak bakımından daha isabetlidir.

22 HMK m. 414'de getirilen düzenlemenin doktrindeki bir görüşe göre çirkin ve münasebetsiz olduğu hakkında bkz: UMAR, (Şerh) s. 1158; MTK hükümlerine göre, tedbir kararı için mutlaka ve öncelikle hakem veya hakem kuruluna başvurulması zorunluluğunun bulunmadığı hakkında bkz. NÖMER Ergin/Ekşi Nuray/ ÖZTEKİN GELGELGÜNSELİ: **Milletlerarası Tahkim Hukuku**, Cilt I, 3. Bası-Haziran 2008-İstanbul, s.37. Hakem mahkemesi ve devlet mahkemesi arasındaki yetki dağılımı bakımından, ICC ScdO'ya (Art.23) göre verilecek ihtiyati tedbir kararları bakımından, hakemler ile devlet mahkemesi hakimi arasında pragmatik ve mantıklı bir yetki dağılımına ilişkin hükümlere yer verildiği ifade edilmektedir. KESER BERBER, Leyla: **Uluslararası Ticaret Odası (ICC) Tahkim Tüzüğü Uygulaması**, Seçkin Yayınevi, Ankara-1999, s.115vd;Devlet mahkemeleri ile tahkim mahkemelerinin geçici hukuki korumayı sağlamada birlikte yetkili oldukları ve yetkilerinin yarıştığı, geçici hukuki korunma için devlet mahkemelerine mi yoksa tahkim mahkemesine mi başvurmanın daha doğru olacağı konusunda; somut olayın özelliklerine göre hareket edilmesi gerektiği hakkında bkz, DEREN-YILDIRIM Nevhis: **Milletlerarası Tahkimin Esaslı Sorunları**, Alkım Yayınevi,2004,s.80-81; HMK m.414/f.3'te devlet mahkemelerinin kanunda yazılı istisnai durumlar dışında ancak hakemlerin izniyle ihtiyati tedbir kararları verebileceği, ve yetkilerinin tali bir yetki olduğu, kanundaki hükümlerle devlet mahkemelerinin yetkilerinin sınırlandırıldığı, bu sınırlamanın MTK ve UNCITRAL Model Kanunda karşılığının bulunmadığı hakkında bkz. YÜCEL Müjgan Tunç: **HMK Uyarınca Tahkimde İhtiyati Tedbir ve Delil Tespiti**, Ekim - 2013,s.98-99; Ulusal ve uluslararası tahkime ilişkin düzenlemelerde hukuki koruma önlemine ilişkin çoğunlukla hakem kurulu ve mahkemelerin birlikte yetkili olması sistemini benimsendiği ve hakem kurullarının yetkisini tamamen kaldıran veya münhasıran belirleyen hükümlerin bulunmadığı, serbest seçim modelinin olumlu yanlarının yanı sıra olumsuz yanlarının da bulunduğu ve kötüye kullanılmaya müsait bir sistem olduğu hakkında bkz. ERTEN Rifat: **Milletlerarası Ticari Tahkim Hukukunda Geçici Hukuki Korum Önlemleri**, Ankara 2010, s.58-59.



Kanun'da (HMK m. 414) ihtiyati tedbir ve delil tespiti ile ilgili olarak geçerli ve yetkili mahkemeye ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu durumda kıyasen HMK'daki ihtiyati tedbir ve delil tespitine ilişkin hükümlere göre mi hareket edileceği yoksa tahkimde görevli ve yetkili mahkemeyi düzenleyen 410. madde hükmünün uygulanıp uygulanamayacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. HMK m. 414/1 "*aksi kararlaştırılmadıkça tahkim yargılaması sırasında*" ifadesi ile başlamaktadır. Buna göre m. 414/1,2,3'e göre tahkim yargılaması sırasında, ihtiyati tedbir talebi bakımından görevli ve yetkili mahkemeye ilişkin HMK m. 410 uygulanacaktır. Buna göre kanunda, (HMK.m.410) tahkim yargılamasında mahkeme tarafından yapılacağı belirtilen işlerde görevli ve yetkili mahkeme tahkim yeri bölge adliye mahkemesidir. Tahkim yeri belirlenmemiş ise görevli ve yetkili mahkeme, davalının Türkiye'deki yerleşim yeri, oturduğu yer veya iş yeri bölge adliye mahkemesidir denilmektedir.7101 sayılı kanunla 28/2/2018 tarihinde yapılan değişiklikle, HMK'nun.410 uncu maddesinin birinci fıkrası; "(1) Tahkim yargılamasında mahkeme tarafından yapılacağı belirtilen işlerde görevli ve yetkili mahkeme, konusuna göre tahkim yeri asliye hukuk veya asliye ticaret mahkemesidir. Tahkim yeri belirlenmemiş ise görevli mahkeme, konusuna göre asliye hukuk veya asliye ticaret mahkemesi, yetkili mahkeme ise davalının Türkiye'deki yerleşim yeri, oturduğu yer veya iş yeri mahkemesidir." şeklinde değiştirilmiştir. Milletlerarası Tahkim Kanununun 15. maddesi hakem kararlarına karşı kanun yolu, iptal davası ve hakem kararlarının icra edilebilir hale gelmesini düzenlemektedir. Bu maddede, İcra ve İflas Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunla (Kanun No. 7101, Kabul Tarihi: 28/2/2018) değişiklik yapılmıştır. Değişikliğe göre; MTK'nun15. maddesinin (A) fıkrasının birinci bendinin ikinci cümlesi, ikinci bendin (2) numaralı alt bendinde yer alan "mahkeme " ibaresi "bölge adliye mahkemesi" şeklinde ve yedinci bendinin birinci cümlesi, "İptal davası, 3 üncü madde uyarınca yetkili asliye hukuk mahkemesinin bulunduğu yer yönünden yetkili bölge adliye mahkemesinde açılır öncelikle ve ivedilikle görülür." "İptal davası hakkında verilen kararlara karşı HMK hükümlerine göre temyiz yoluna başvurulabilir." Kanunda ki ek madde 1 de " Bu kanunda asliye hukuk mahkemesine verilen görev ve yetkiler, uyuşmazlığın konusuna göre asliye hukuk veya asliye ticaret mahkemesi tarafından kullanılır". Tahkim yargılaması genel bir hukuki terim olarak kullanılmakta ancak bazı maddelerde tahkim yargılaması öncesi ve tahkim yargılaması sırasında (HMK m. 414/4) ifadeleri kullanılmaktadır. O halde tahkim yargılaması terimini tahkim yargılaması öncesi, tahkim yargılaması sırasında ve tahkim yargılaması sonrası olarak tamamını içerecek şekilde



anlaşılması, doğabilecek tereddüt ve sorunların giderilmesi bakımından bir bütün olarak tahkim yargılaması olarak yorumlanması gerekmektedir. Aksi takdirde tahkim yargılaması öncesinde ihtiyati tedbir talebinde bulunulması halinde görevli ve yetkili mahkeme bakımından 410'un uygulanıp uygulanmayacağına ilişkin sorunlar ortaya çıkabilecektir.

Kanun hakem veya hakem kurulu oluşturulmasına rağmen devlet mahkemesinden tedbir talebinde bulunmayı olanaklı hale getirmekte ve bunu da tahkim şartlarına (örneğin hakem veya hakem kurulunun ya da taraflarca görevlendirilecek bir başka kişinin zamanında ve etkin olarak hareket edemeyecek olduğu hallerde) bağlamaktadır. Kanundaki ifade muğlak olup bu hallerin gerçekleşip gerçekleşmediği konusunda ihtilafların çıkması olanak dahilindedir. Kanuna göre *“bu haller mevut değilse mahkemeye başvuru, sadece hakem ya da hakem kurulundan alınacak izne veya tarafların bu konudaki yazılı sözleşmesine dayanarak yapılır”* denilmektedir. Kanun tahkim yargısında ihtiyati tedbir talebinde bulunmak bakımından oldukça ayrıntılı hükümler getirmiş, bu konuda esas ve usulleri düzenlenmekte, tahkim yargılaması sırasında dahi duruma göre devlet mahkemesinden ihtiyati tedbir talebinde bulunulabilmesini olanaklı hale getirmekle birlikte, kanımca hakem kurulu oluşturduktan sonra ihtiyati tedbir için mahkemeye başvurulmasının oldukça esnek ve olanaklı hale getirilmesi, tahkim yargısının devlet yargısından hızlı olduğu varsayımına ve bu yöndeki düşünce ve eğilimlere ve tahkim yargısının doğasına ters düşer görünmektedir. Ancak bununla birlikte bu konuda da tarafların yazılı iradesine de sınır getirmemek gerekir.

IX. HAKEMLİK GÖREVİNİN YALNIZCA TAM EHLİYETLİ BİR GERÇEK KİŞİ TARAFINDAN YERİNE GETİRİLMESİ

Kararnamenin 1450. maddesine göre *“Hakemlik görevi yalnızca tam ehliyetli bir gerçek kişi tarafından yerine getirilebilir. Tahkim anlaşmasının hakem olarak bir tüzel kişiyi belirlemiş olması halinde, bu kişi yalnızca tahkimi organize etmek yetkisine sahiptir”*. Konu HMK m.416/1-a'da *“Ancak gerçek kişiler hakem seçilebilir”*²³. Hakemlik görevini yerine getirecek kişinin ehliyeti konusunda açık bir hüküm yoktur. Tahkim anlaşması ile veya hakem sözleşmesi ile hakem olarak bir tüzel kişinin belirlenip belirlenemeyeceği konusunda da açık bir hüküm bulunmamaktadır.

23 *“Yasalarla belli edilen hakemler dışında hâkimlerin hakem olamayacaklarına ve bu yasağın mahkemelerce doğrudan doğruya (re’sen) uygulanacağına; ücretin taraflarca belli edilmemiş olması halinde, hakemlerin kendi ücretlerini belli edemeyeceklerine...”* (İBK, 13.05.1964, 01/03:RG 08.07.1964, sa.11748).



HMK m. 416/1-c'deki hükümden hareketle, üçüncü kişi, kurum veya kuruluşun hakem seçimi için yetkilendirilebileceği, ifade edilmektedir. Kanundaki (HMK m. 416/1-a) düzenlemeden hareketle, ancak gerçek kişilerin hakem olarak seçilebileceği, tüzel kişilerin hakem olarak seçilemeyeceği sonucuna varılabilir. Ancak Türk hukukunda tahkim anlaşması ile veya hakem sözleşmesi ile hakem olarak bir tüzel kişinin belirlenmiş olması halinde seçilen tüzel kişinin, hakemlik yapamayacağı açık olmakla birlikte, seçilen tüzel kişinin yalnızca tahkimi organize etmek yetkisine sahip olduğu şeklinde yorumlamak ta sorunlara neden olabilir. Zira kanunda, kararnamede olduğu gibi açık bir düzenleme bulunmadığı için böyle bir durumda hakem olarak tayin edilen kişinin hakem seçmek üzere tayin edildiği sonucuna da varmak oldukça zorlama bir yorum olabilecektir.

Tahkimde ehliyet kavramının açıkça düzenlenmemiş olması Türk Hukuku bakımından bir eksiklik değildir. Sorun iç hukukta maddi hukuk hükümlerine göre yorumlanıp değerlendirilecektir²⁴.

X. HAKEMLERİN SAYISI VE HAKEM TAYİNİ

Kararname m. 1451'e göre; “ *Hakem kurulu toplam sayı tek bir rakam olmak üzere bir veya birden çok hakemden oluşur. Tahkim anlaşmasının hakemlerin toplam sayısını çift bir rakam olarak belirlenmiş olması halinde hakem kuruluna bir kişi daha eklenecektir. Tarafların ek bir hakem atanması konusunda anlaşamaması halinde hakem kurulu tarafların seçmiş olduğu hakemleri kabul etmelerinden başlayarak otuz günlük bir süre içerisinde tarafların seçmiş olduğu hakemler tarafından tamamlanır; aksi takdirde hakem kuruluna m.1459'da belirtilen yardımcı hâkim tarafından ek hakem atanır*”²⁵.

Konu HMK m.415'te “Hakem Sayısı” başlığı altında düzenlenmiştir. İçerik olarak hakemin tek sayı olarak belirleneceği ve birden çok hakemin tayininin mümkün olabileceği noktasında içerik olarak aynı düzenleme olduğu söylenebilir. Aynı olmakla birlikte hakemlerin çift sayıda olacağı kararlaştırılan hallerde ne olacağına ilişkin HMK'da bir düzenleme yoktur. Fransız hukukunda bu ihtimale binaen tahkim anlaşmasının hakemlerin toplam sayısını çift bir rakam olarak belirlemiş olması halinde “ hakem kuruluna bir kişi daha ekleneceği” ek hakemin, belirlenmesi konusunda

24 TAŞKIN, Hakem Sözleşmesi s. 56; Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 7. maddesi gereği ancak gerçek kişilerin hakem seçilebileceği; madde ile hakem seçiminde esas olan prensiplerin belirtildiği, bu prensiplerin emredici nitelik taşımadığı, taraflarca aksinin kararlaştırılabileceği konusunda bkz: AKINCI, Milletlerarası Tahkim, s. 105, dn. 181;

25 Hükümet Gerekçesi: “Taraflara hakemlerini belirlemek serbestisi, bu sayının tek olması kaydıyla tanınmıştır. Bu serbesti kullanılamaz ise her bir tarafa kendi hakemini seçme hakkı tanınmış ve üç hakem atanacağı belirtilmiştir”.

anlaşmazlığın ortaya çıkması halinde otuz günlük süre içinde seçilmiş hakemlerin ek hakem belirleyeceği ve hakem kurulunun bu yöntemle tamamlanacağı, aksi takdirde kararname m. 1459'da belirtilen "Yardımcı Hâkim" tarafından ek hakem atanacağı düzenlenmiştir. Fransız tahkim hukukunun genelinde kural; kural dışılık ve kuralın uygulanmasında ortaya çıkan uyuşmazlık ve alternatif çözüm yöntemi bağlamında hükümler ve çözümler getirildiği görülmektedir. Kanun yapma tekniği bakımından basit ama fevkalade önemli olduğunun altını çizmek gerekir.

Hakemlerin seçimini düzenleyen m. 416'da hakemlerin çift sayı olarak belirlendiği hallerde, ek hakemin nasıl seçileceği konusunda hüküm yoktur. Fransız Hukukunda konu ile ilgili hükümler açıkça ve ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Bu düzenleme, tahkim ve hakem seçimi konusunda muhtemel ihtilafların önüne geçmek için alternatif ihtimallere çözüm getirmek bakımından daha isabetlidir. Türk Tahkim Hukukunun düzenlenmesindeki tedvin bakımından genel eğilim, kural ve kural çerçevesinde ve hükümlerin düzenlenmesi ve fevkalade hallerde istisnai kural dışı durumlar ile ilgili düzenlemeler yapmak şeklinde hükümler ihdas edilmektedir. Oysa Fransız Hukukunda muhtemel ortaya çıkabilecek ve ihtilaflara neden olabilecek durumlar da öngörülerek, bunlara ilişkin çözümler sunan düzenlemelere yer verilmiş olmasıdır. Daha isabetli bir yöntem ve kanunlaştırma hareketi olduğu söylenebilir.

XI. TARAFLARIN HAKEMLERİN VEYA HAKEMİN SEÇİMİ KONUSUNDA ANLAŞMAMALARI HALİNDE HAKEM VEYA HAKEMLERİN SEÇİM USULÜ

Kararname m.1452'ye göre, "Tarafların hakemin veya hakemlerin seçimi usulü konusunda anlaşmamış olması halinde;

1. Hakem Kurulu bir hakemden oluşuyor ise ve taraflar, hakem seçiminde anlaşamazlarsa, hakem tahkimi organize etmekle görevli olan kişi tarafından; böyle bir kimse yoksa, yardımcı hâkim tarafından belirlenir.

2. Hakem Kurulu üç hakemden oluşuyor ise, taraflardan her biri bir hakem seçer; bu şekilde seçilen iki hakem üçüncü hakemi belirler. Taraflardan biri, diğer tarafın bu yoldaki isteminin kendisine ulaşmasından itibaren bir ay içinde hakemi seçmese veya iki hakem seçilmelerinde sonraki bir ay içinde üçüncü hakemi belirleme konusunda anlaşamazlarsa bu hakemin seçimi tahkimi organize etmekle görevli olan şahıs tarafından; böyle bir kimse yoksa yardımcı hâkim tarafından yapılır"²⁶.

26 Hükümet Gerekçesi: "Maddede, hakemlerin atanmasında tarafların serbest olduğu kabul edilmiş, tarafların hakemlerin seçimi usulünü belirlemelerine karşın, hakem seçiminin yapılamaması durumunda, taraflardan birinin istemi üzerine hakem veya



Konu HMK m.412/1,2'de düzenlenmiştir. Fransız Tahkim Hukukundan farklı olarak Türk Tahkim Hukukundan “ tahkimi organize etmekle görevli kişi” ve “yardımcı hâkim kişi” bulunmamaktadır. Kanundaki bu hükümlere göre hakem seçimi yapılmayan veya yapılamayan hallerde hakem veya hakem kurulunun seçimi, taraflardan birinin talebi üzerine mahkeme tarafından yapılmaktadır (HMK m.416/2-c).

X. UYUŞMAZLIĞIN İKİDEN FAZLA TARAFI İLGİLENDİRMESİ HALİNDE HAKEM SEÇİMİ

Kararname m. 1453'e göre “*Uyuşmazlık ikiden fazla tarafı ilgilendiriyor ve taraflar hakem kurulunun seçim usulü hakkında bir anlaşmaya varamıyor ise tahkimi organize etmekle görevli şahıs veya böyle bir kimsenin bulunmaması halinde yardımcı hâkim, hakem veya hakemleri belirler*”²⁷. Türk tahkim hukukunda, Fransız tahkim hukukundan farklı olarak hakemin seçimi tek bir maddede (m. 416) düzenlenmiş olup, hakem seçimine etkisi bakımından “*uyuşmazlığın ikiden fazla tarafı ilgilendirmesi halinde*” ayrımı yapılarak hakem ya da hakemlerin seçiminin usulüne yer verilmemiştir. Fransız tahkim hukukunda her ne kadar bu ihtimal ayrıca değerlendirilmiş ve ayrı bir maddede bu halde hakemlerin seçimi, belirlenmesinin nasıl yapılacağı konusunda açıkça hüküm getirilmiş olmakla birlikte, hakem seçimi usulü yine 1452'deki usulle aynı olmakla birlikte, “*uyuşmazlığın ikiden fazla olması*” ihtimalinin açıkça kararnamede yer verilmesi dikkat çekicidir.

XI. HAKEM VEYA HAKEMLERİN SEÇİMİ İLE İLGİLİ ANLAŞMAZLIK HALİNDE HAKEMLERİN SEÇİM USULÜ

Kararname m. 1454'e göre “*Hakem kurulunun oluşturulmasına ilişkin diğer tüm anlaşmazlıklar, tarafların anlaşamaması halinde, tahkimi organize etmekle görevli kişi tarafından veya böyle bir kimsenin bulunmaması halinde yardımcı hâkim tarafından sonuca bağlanır*”²⁸. Konu HMK'da tek bir maddede (m. 416) düzenlendiği halde, Kararname'de konu ile ilgili üçüncü bir maddeyle de hüküm getirildiği “*hakem kurulunun oluşturulmasına ilişkin tüm anlaşmazlıklar*” denilerek, 1452 ve 1453'de düzenlenen durumlar dışında

hakem kurulunun seçiminin mahkeme tarafından yapılabileceği belirtilmiş ve bu seçimde esas alınacak hususlara yer verilmiştir. Tahkimde hakemlerin atanması büyük önem taşıdığı için atanma usulü açıkça belirlenmiştir. Mahkeme tarafından seçim yapılacak ise mahkeme, varsa seçime ilişkin taraf sözleşmesine uymalı ve hakemlerin tarafsız ve bağımsız olmasını temin edecek şekilde seçim yapmalıdır. Aksi hâlde hakem seçimine ilişkin karara itiraz edilemeyecek; ancak verilen hakem kararının iptali mümkün olacaktır”.

27 MTK, m. 7.B

28 MTK, m. 7, B,3



tüm ihtimal dahilindeki anlaşmazlıklar halinde, tüm ihtimaller gözetilmiş ve hakem kurumunun oluşturulmasına ilişkin çözüm getirilmiştir.

Kanun'da sadece (HMK m. 416) sayılı ve belirli durumlarda hakem seçiminin hangi usulde yapılacağı belirlenmiş olup, hakem kurulunun oluşturulmasına ilişkin sayılan ve düzenlenen ihtimaller dışında diğer tüm anlaşmazlıklar halinde ne olacağına ilişkin açık bir düzenlemeye yer verilmiş değildir. Bununla birlikte bu gibi ihtimali durumlar bakımından 416/2-c hükmünün uygulanacağını, yeni seçimin taraflardan birinin talebi üzerine mahkeme tarafından yapılacağı söylenebilir²⁹. Kararname ile hakemlerin seçimi ve dolayısıyla hakem kurulunun kuruluş ve kompozisyon zorlukları dikkate alınmakta ve çözüm getirilmektedir.

XII. TAHKİM ANLAŞMASININ AÇIK BİR ŞEKİLDE BATIL VEYA AÇIKÇA UYGULANAMAZ OLMASI HALİNDE HAKEM VEYA HAKEMLERİN SEÇİLEMEMESİ

Kararname m. 1455'e göre "*Tahkim anlaşmasının açık bir şekilde batıl veya açıkça uygulanamaz olması halinde yardımcı hâkim, hakemlerin seçilmesine yer olmadığını bildirir*"³⁰. Konu HMK'da açıkça düzenlenmiş değildir. Hakemlerin seçimini düzenleyen m. 416/2-c'de hakem veya hakem kurulunun seçimi, taraflardan birinin talebi üzerine, mahkeme tarafından yapılacağı, mahkemenin tarafları dinledikten sonra bu fıkra hükümlerine karar vereceği düzenlenmektedir. Kanun'da Kararname'de düzenlendiği şekilde, hakem seçimi için mahkemeye başvurulduğunda, mahkemenin hakem seçiminde esas teşkil eden tahkim anlaşmasının açık bir şekilde batıl veya uygulanamaz olduğunun tespit edilmesi halinde, hakem seçimi ile ilgili talebe karşı, talebin kabulü, reddi veya hakem seçilmesine yer olmadığına dair karar verip veremeyeceği bir başka ifadeyle, mahkemenin hakem tayini talebi karşısında, hakem tayini talebinin kabulü, reddi veya hakem seçimine yer olmadığına dair karar verebilmesi için tahkimle ilgili hangi esas ve usulleri incelemek suretiyle karar verebileceği, hakem tayini bakımından esas alınabilecek etken ve nedenlerin ne veya neler olduğu Kanun'da düzenlenmiş değildir.

Kanun'da (m. 408) tahkime elverişli olmayan uyuşmazlık konusunda, tahkim yargılamasına gidilmesi ve hakem seçimi konusunda mahkemeye talepte bulunulması halinde, mahkemenin neleri esas alacağı ve

29 Hakemlerin seçimi ile ilgili bkz: AKINCI, Milletlerarası Tahkim, s. 106 vd; ERDOĞAN, s. 208 vd; YILMAZ, Şerh, s.3641 vd; UMAR, Şerh, s. 1160 vd; KARADAŞ, s. 124 vd; EKŞİ, s. 1564 vd; KALPSÜZ, Milletlerarası Tahkim, s. 53 vd; UNCITRAL Tahkim Kurallarına göre hakem seçimi ve hakemlerin değiştirilmesi hakkında bkz. DAYINLARLI Kemal: **UNCITRAL Kurallarına Göre Uzlaşma ve Tahkim**, Ankara 2007, s.59- 62vd.

30 Broussolle, s.5



inceleyeceği, talebi ne yönde karara bağlayacağı hususu düzenlenmiş değildir. Keza Kanun'da (HMK m. 408) tahkime elverişli olmayan hallerde hakem tayini konusu bakımından da konu daha da önemli hale gelmektedir.

Kararname'deki hüküm (m. 1455) tahkim yargılamasında muhtemel ortaya çıkabilecek bir sorun karşısında (hakem tayini konusunda) mahkemenin neye karar verebileceğini düzenlemek bakımından isabetli bir hükümdür. Bu hükme hakemlerin seçimini düzenleyen maddede (m. 416/2-c) kanunumuz bakımından da yer verilmesi isabetli olacaktır. Zira Kararname'de düzenlenen bu ihtimallerin varlığı halinde mahkemenin neye karar verebileceğinin açıkça düzenlenmiş olması isabetli ve yerinde olacaktır.

XIII. HAKEM KURULUNUN KURULMASI VE HAKEM KURULUNA BAŞVURULMUŞ SAYILMASI

Kararname m. 1456'ya göre *“Hakem kurulu kendilerine verilen görevi kabul etmeleriyle kurulmuş ve bu tarihte uyuşmazlıkla ilgili hakem kuruluna başvurulmuş sayılır.*

Kendisine hakemlik önerilen kimse, bu görevi kabul etmeden önce tarafsız ve bağımsızlığından şüphe etmeyi gerektirecek hal ve şartları açıklamak yükümlülüğündedir. Hakem, aynı şekilde, görevinin kabulünden sonra ortaya çıkabilecek durumları da gecikmeksizin taraflara bildirmek yükümlülüğündedir.

Hakemin halinden bir uyuşmazlık çıktığı takdirde bu uyuşmazlık, tahkimi organize etmekle görevli kişi tarafından veya böyle bir kimse yoksa durumun ortaya çıktığı ve öğrenildiği tarihten itibaren bir ay içinde başvurularak yardımcı hâkim tarafından çözülür”³¹. Konu HMK'da açıkça düzenlenmiş değildir. Kararname esas itibarıyla uyuşmazlıkla ilgili hakem kuruluna ne zaman başvurulmuş sayılacağı düzenlenmektedir. Buna göre hakem kurulu kendilerine verilen görevi kabul etmeleriyle kurulmuş ve bu tarihte uyuşmazlıkla ilgili hakem kuruluna başvurulmuş sayılacaktır.

Uyuşmazlıkla ilgili hakem kuruluna başvurulması için bir aydan önce, hakem kurulunu oluşturan hakemlerin hakemlik görevini kabul etmeleri ön koşuldur. Hakemlerin hakemlik görevini kabul etmeleri

31 Hükümet Gerekçesi: “Birinci fıkrada, tahkim davasının açıldığı veya açılmış sayılacağı tarihin belirlenmesinde taraf serbestisi kabul edilmiştir. Bu fıkra ayrıca, taraf anlaşmasının bulunmadığı haller için yedek hukuk kuralları içermektedir. Eğer taraflar aksini kararlaştırmamışlar ise bu yedek hukuk kurallarına uyulması gereklidir. İkinci fıkrada ise ihtiyatî tedbir veya ihtiyatî haciz kararlarının geçicilik niteliğine uygun olarak, uyuşmazlığın esasının çözülmesine ilişkin adımların belirlenen süre içinde atılması gerektiği düzenlenmiştir”.

kurulu oluşmakta ve hakem kurulunun görevi kabul tarihinde hakem kuruluna başvurulmuş sayılmakta, bir başka ifadeyle başvurulmuş kabul edilmektedir. Sonuç itibariyle hakemlerin hakemlik görevini kabulle hakem kurulu oluşmakta ve hakemlik görevleri başlamaktadır.

Tahkim yargılamasıyla ilgili hakemlerin görevlerinin başlaması, hakemlik görevini kabul etmeleriyle, tek hakem seçilmesiyle hakemin görevi kabulüyle gerçekleşmektedir. Uyuşmazlığın taraflarının uyuşmazlıkla ilgili hakeme ya da hakem kuruluna başvurma tarihi hakem kurulunu oluşturan hakemlerin hakemlik görevini kabul tarihidir.

Tahkim yargılamasında tahkim davasının ne zaman açılmış sayılacağı, HMK'nın 426.maddesinde düzenlenmiştir. Tarafların aksini kararlaştırabileceği kararlaştırılmamışsa tahkim davasının hangi tarihte açılmış sayıldığı çeşitli ihtimallere göre düzenlenmiştir.

Dava tarihini düzenleyen hüküm emredici nitelikte değildir, zira tarafların aksini kararlaştırabileceği, aksi kararlaştırılmadığı sürece maddede düzenlenen ihtimali durumlara göre davanın açılmış sayılacağı ifade edilmektedir. Uyuşmazlığın tarafları bu maddenin aksini gerek tahkim sözleşmesiyle atf yaptıkları ve dahil ettikleri tahkim merkezi kurallarıyla gerekse tahkim sözleşmesine konulacak özel tahkim kurallarıyla kararlaştırılabilir.

Tahkim yargılamasında dava tarihini düzenleyen hüküm (m. 426) tamamlayıcı (yedek) hukuk kuralı niteliği gereği, taraflar dava tarihini kararlaştırabilirler. Davanın açılma tarihi ile ilgili hüküm isabetli bir düzenleme olmadığı söylenebilir. Hakem seçimi ile ilgili usulde henüz hakem verilen görevi kabul etmeden (örneğin kanun hakem seçimi için "başvuruyu" esas almıştır), karşı tarafça talebin alındığı tarih, gibi kriterler esas alınmıştır, oysa henüz hakem seçilmemiş sadece tarafa ve üçüncü kişiye mahkemeye başvuru esas alınmıştır. Bu hallerde, ihtimali durumlarda henüz hakemin hakemlik görevini kabul etmesi veya hakem kurulunun hakemlik görevini kabulle sonuçlanması sonucu oluşmuş değildir. Kanundaki düzenlenen ihtimali durumlar, tayinin henüz daha kabulle sonuçlanmamış başlangıç (girişim) safhalarıdır. Hakemlerin hakemlik görevini kabul edip hakem kurulu oluşmadan tahkim yargılamasında davanın açılmamış sayılmasını kabul etmek, isabetli değildir. Bu anlamda Fransız tahkim hukukunda düzenlendiği gibi, hakemlerin görevinin başlamasını ve tahkim davasının açılma tarihinin, hakemlerin hakemlik görevini kabulle, hakem kurulunun oluştuğu, kurulduğu ve tarihin hakemin veya hakem kurulunun görevinin ve taraflar bakımından da dava tarihi olarak kabulü isabetli olacaktır.



Milli (iç-ulusal) tahkimde dava tarihi kural olarak henüz hakemler hakemlik görevini kabul etmeden, çeşitli ihtimallere göre belirlenmiştir. Hakemlerin hakemlik görevini henüz kabul etmeden (tarafların hakemlerin seçimi için mahkemeye başvuru tarihi veya tarafların sözleşmesine göre hakem seçecek olan kişi, kurum ya da kuruluşa başvurulduğu ve eğer sözleşmeye göre hakemlerin seçimi iki tarafa ait ise davacının hakemini seçip kendi hakemini seçmemesini diğer tarafa bildirdiği tarihte, sözleşmeden hakem veya hakem kurulunu oluşturan hakemlerin ad ve soyadları belirtilmiş ise uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülmesi talebinin karşı tarafça alındığı tarih, tahkim davasının açıldığı tarihtir.) dava tarihini çeşitli ihtimali durumlara göre belirlemek isabetli olmayacaktır.

Tahkim yargılamasında dava tarihi, hakemlerin görevi kabulü hakem kurulunun oluşması ve bu tarihin dava tarihi olarak kabulü yerinde olacaktır. Dava tarihini hakem ya da hakemlerin hakemlik görevini kabul etmeden önceki bir tarihe çekilmesi birçok sorunları da beraberinde getirecektir. Özellikle bu durumun önemi, hukuki himaye tedbirleri bakımından da daha da belirgin olarak öne çıkmaktadır.

Kararname m. 1456/2'ye göre “Kendisine hakemlik önerilen kimse, bu görevi kabul etmeden önce tarafsız ve bağımsızlığından şüphe etmeyi gerektirecek hal ve şartları açıklamak yükümlülüğündedir. Hakem, aynı şekilde, görevinin kabulünden sonra ortaya çıkabilecek durumları da gecikmeksizin taraflara bildirmek yükümlülüğündedir”. Maddede düzenlenen durum HMK m.417'de düzenlenmiştir. Buna göre “Kendisine hakemlik önerilen kimse, bu görevi kabul etmeden önce tarafsızlık ve bağımsızlığından şüphe edilmeyi haklı gösteren durum ve koşulları açıklamak zorundadır. Taraflar önceden bilgilendirilmemiş oldukları takdirde hakem, daha sonra ortaya çıkan durumları da gecikmeksizin taraflara bildirir.

Hakem, taraflarca kararlaştırılan niteliklere sahip olmadığı, taraflarca kararlaştırılan tahkim usulünde öngörülen bir ret sebebi mevcut bulunduğu veya tarafsızlığından şüphe edilmeyi haklı gösteren durum ve koşullar gerçekleştiği takdirde reddedilebilir. Taraflardan birisinin kendisinin atadığı veya atanmasına katıldığı hakemi reddetmesi, yalnızca hakemin atanma tarihinden sonra öğrenilen ret sebeplerine dayanılarak yapılabilir”. Aynı konu HMK m. 416/2-c'de “Mahkeme, hakem seçiminde tarafların sözleşmesini ve hakemlerin bağımsız ve tarafsız olması ilkelerini göz önünde bulundurur. Üçten fazla hakem seçilecek hâllerde de aynı usul uygulanır” şeklinde düzenlenmiştir.

Fransız tahkim hukukunda kendisine hakemlik teklifi yapılan kimsenin, hakemlik görevini kabul etmeden önce tarafsızlık ve bağımsızlığından şüphelyi gerektirebilecek her türlü halleri, koşulları açıklaması, hakem için

bir yükümlülük olduğu açıkça ifade edilmiştir. Hakemin bu yükümlülüğü sadece hakemlik görevini kabulden önce değil aynı zamanda görevin kabulünden sonra da ortaya çıkan ve çıkabilecek durumlar, bağımsızlığı ve tarafsızlığı etkileyebilecek ise en kısa ve uygun zamanda taraflara bildirimde bulunmak durumunda olup, bu yükümlülüğü devam etmektedir. Hakemin tarafsızlık ve bağımsızlığından şüphe edilmeyi haklı gösteren durumların ve koşulların açıklanması, hakem seçiminden önce ve sonra olmak üzere bir “zorunluluk” olarak düzenlenmişken Fransız tahkim hukukunda bu durum bir “yükümlülük” olarak düzenlenmiştir. Yükümlülük olarak düzenlenmesi hakem sözleşmesinden kaynaklanan hukuki ve cezai sorumluluk bakımından daha önemli hale gelmektedir.

Milli tahkim bakımından bu durum zorunluluk olarak düzenlenmiş ve hakemin reddini gerektiren sebeplerden sayılmıştır. Kanun metninde “zorunluluk” olarak ifade edilen durum hükümet gerekçesinde “yükümlülük” olarak ifade edilmiştir³². Taraflar bakımından hakemin halinden tarafsızlığı ve bağımsızlığı konusunda şüpheyi gerektiren hal ve şartlar, gerek hakem veya hakemlerin önce veya sonra beyanlarından gerekse beyan olmaksızın taraf veya tarafların tespiti, duyumu, bilgi edinmesi, bizzat olaya tanık olunması vs. sonucu ortaya çıkabilir. Taraflar arasında hakemin tarafsızlığı ve bağımsızlığı sorgulanır ve fikir ayrılığı ortaya çıkması halinde, uyuşmazlık tahkimi organize etmekle görevli kişi tarafından veya böyle bir kimse yoksa durum öğrenildiği veya ortaya çıktığı tarihten itibaren bir ay içinde başvurmak suretiyle yardımcı hâkim tarafından çözülecektir. Hakemin tarafsızlığı ve bağımsızlığından şüpheyi gerektiren hal ve durumlar “ret sebepleri” başlığı altında düzenlenmiş olup, hakemin halindeki ihtilaf ve hakemin reddi sebebidir. Hakemin reddi usulü 418. madde ile ayrıca düzenlenmiştir³³. Hakemin reddini

32 Hükümet Gerekçesi: “Maddenin birinci fıkrasında, hakemin reddi sebepleri belirtilmiş; tahkim yargılamasının özelliği gözetilerek, hakemlik önerilen kimsenin, tarafsızlık ve bağımsızlığından şüphe edilmesini haklı gösterecek durum ve şartları varsa, görevi kabul etmeden önce bunları açıklama yükümlülüğüne yer verilmiştir. İkinci fıkrada, hakemin, taraf serbestisi gereği, tarafların belirlediği niteliklere sahip olması ile tarafsızlığı ve bağımsızlığı teminat altına alınmıştır. Belirtilen ret sebepleri, taraflarca aksi kararlaştırılmamış ise doğal olarak “Yasaklılık sebepleri” başlıklı 39 uncu maddede belirtilen hâkimin yasaklılık hâllerini de kapsar. İkinci fıkranın son cümlesi ile hakemin kötünüyetle reddi suretiyle tahkimin geciktirilmesinin önlenmesi istenmiştir”.

33 Fransız doktrininde, hakemin tarafsızlığının kanun gereği mecburi bir zorunluluk olup olmadığı sorgulamakta ve bu konuda hakemin şeffaf olmasının gereği ve önemi vurgulanmaktadır. FÉRIER, Didier: **La transparence : une exigence raisonnable pour l'indépendance de l'arbitrage?**; **Recueil Dalloz** 2015 p.29, vd; Milli kanunlarda ve milletlerarası kurumların tahkim kurallarında çoğunlukla “bağımsızlık ve tarafsızlık” kelimelerinin birlikte kullanıldığı, ancak bu kelimelerin “müteradif olmadığı” hakkında bkz: KALPSÜZ (Milletlerarası Tahkim), s. 55; Hakem kurulu üyelerinin çoğunluğunun reddinin asliye hukuk mahkemesinden istenebileceği, bu halde mahkemenin vereceği



gerektiren bir durumun ortaya çıktığını öğrendiği tarihten itibaren iki hafta içinde ret talebinde bulunabilecek, talebe rağmen hakemin kendiliğinden çekilmemesi veya diğer taraf reddi kabul etmez ise, ret hallerine hakem kurulunca karar verileceği düzenlenmiştir. Hakem kurulunca ret talebinin kabul edilmediğini öğrenen taraf, bu tarihten itibaren karara karşı bir ay içinde mahkemeye başvurarak bu kararın kaldırılmasını talep edebilir. Yargıtay; ilk derece mahkemesi tarafından hakem heyetinin reddine ilişkin verilen kararlara karşı doğrudan temyiz yoluna başvurulamayacağı içtihadında bulunmuştur.³⁴

Hakemin reddi usulü bakımından mahkeme reddi istenen hakemin veya hakem kurulunun tamamını veya karar çoğunluğunu ortadan kaldıracak sayıda hakemin ret talebinin kabulü kural olarak tahkimin sona ermesi nedeni olarak düzenlenmiştir. Reddi istenen hakem veya hakemlerin isimlerinin belirlenmediği hallerde, tahkimin sona ermeyeceği ve yeniden hakem seçimi yoluna gidilecektir³⁵.

kararın kesin olduğu ve karar çoğunluğunu oluşturan hakemlerin reddine karar verilen hallerde tahkim sona erecektir. KALPSÜZ, Turgut: **Türkiye’de Milletlerarası Tahkim**, Ankara,2007, s.42; Hakemin bağımsızlığı ve tarafsızlığı konusunda şüpheli vakıaları araştırması ve ifşada bulunmaması halinde, hakem kararı verildikten sonra ortaya çıkan hususlar nedeniyle verilen kararın iptal edilmesi gerektiği ve tarafların bu nedenle uğradığı zararların tamamından hakemin sorumlu tutulması gerektiği ve güvensiz ortamda yargı barışının sağlanamayacağı savunulmaktadır. REİNER Andreas: Hakemin Bağımsız ve/veya Tarafsız Olmadığının veya İfşa Yükümlülüğünü Yerine Getirmediğinin Sonradan Tespit Edilmesinin Verilen Hakem Kararlarına Etkisi,(çeviren Müslüm YILMAZ), **Milletlerarası Ticari Uyuşmazlıkların Tahkim Yoluyla Çözümüne İlişkin İstanbul Konferansı**, 15 Kasım 2007,Beta, s.78.

34 Yargıtay kararına göre "...Doktrinde sıçrama yoluyla temyiz olarak adlandırıldığı üzere ilk derece mahkemesinin hakem kararının iptaline ilişkin kararlarda istinaf yolu atlanmak suretiyle temyiz yoluna başvurulması gerekecek ve ayrıca Yargıtay tarafında verilen karara karşı da karar düzeltme yoluna gidilemeyecek ve bu şekilde kanun yolu tamamlanmış olacaktır. Ancak somut uyuşmazlıktaki talep, hakem kararının iptali istemine ilişkin olmayıp sadece hakem heyetinin reddi istemine ilişkindir. Bu nedenle hakem heyetinin reddine ilişkin talep sonucunda ilk derece mahkemelerince verilen kararların 6100 Sayılı HMK'nın361/1 ve 439/6 maddeleri uyarınca değerlendirilmesi mümkün olmadığından bu kararlar için doğrudan temyiz yoluna başvurulamayacaktır..." Y.11,HD,2017/3116 E, 2017/4895 K.

35 Uluslararası tahkimde hakemlerin reddi ile ilgili kabul edilen temel prensiplerin MTK'da da aynen benimsendiği hakkında bkz: ERDOĞAN, s. 271; Hakemlerin taraflarca seçildiği durumlarda her iki tarafın uzlaşmaya vardığı tarafsız olan ve sır saklama yükümlülüğünü yerine getiren hakemin bulunmasında güçlük olduğu, doktrinde hakemlerin tarafsızlığını sağlamak bakımından en iyi yöntemin üç hakemden oluşan kurul olduğu, ancak bu durumun hakemlerin tarafsızlığını korumayarak yargılama sürecinde sekteye uğraması olasılığı kaldırmadığı hakkında bkz: YILDIRIM, Nevhis Deren, Tahkimin Olumlu ve Olumsuz Yönleri, Ankara Barosu Dergisi, 2002-4, s. 43; Milletlerarası tahkimde hakemlerin tarafsızlığı ve bağımsızlığı hakkında TMTK'nun 7/C ve 7/D maddesi hakkında bkz: KAPLAN, Yavuz, Uluslararası Tahkim, Türkiye Açısında Yeni Gelişmeler ve Önemi, **İstanbul Barosu Dergisi**, C.77, S.3, Y.2003, s. 614.



Hakemin reddi usulü bakımından kanun koyucu reddi istenen hakem ve hakemler ayırımına gitmiş, duruma göre hakemlerin reddi için doğrudan hakem kuruluna ve onun verdiği karara karşı bir ay içinde mahkemeye gidilebileceğini veya kanunda belirtilen durumların varlığı halinde ancak doğrudan, yani hakem kuruluna gitmeden mahkemeye başvurulabileceği düzenlenmiştir.

Hakemin reddine ilişkin hükümlerin tahkimi geciktirmek suretiyle kötüye kullanılmasını önlemek amacıyla, hakem veya hakemlerin reddi talebi öncelikle hakem kuruluna yapılmakta ve karara bağlanmaktadır. Seçilen hakemin ya da hakem kurulunun tamamının ya da karar çoğunluğunu ortadan kaldıracak sayıda hakem veya hakemlerin reddi için öncelikle ve ilk olarak mahkemeye başvurma zorunluluğu vardır.

Kanun koyucu bu şekilde reddedilen hakemlerin kendi ret talepleri hakkında karar verme durumunda kalmalarının önüne geçilmiş olacağı ve bu çekinceye binaen, reddetmek için öncelikle mahkemeye başvuru zorunluluğu getirilmiştir. Fransız tahkim hukukunda (m. 1456-1459) tahkimin kurulması esnasında hakemin veya hakemlerin reddi, hakemlik engeli ve hakemin istifasına ilişkin kurallar basitleştirilmek suretiyle uygulanma kabiliyeti arttırılmıştır.

Kararnamenin 1456. maddesindeki düzenleme gereği olarak hakem veya hakemler kendilerine verilen görevi kabul etmekle hakem kurulu oluşturulmuş sayılmakta ve hakem kurulunun oluştuğu tarih itibariyle de hakem kurulunda dava açılmış sayılmaktadır.

Hakemlik görevinin kabulünden önce veya sonra, hakem veya hakemlerin kendi bağımsızlığı ve tarafsızlığını etkileme ihtimali olan durumlarla karşı karşıya gelmesi halinde bütün bunları bildirme yükümlülüğü altına girdiği düzenlenmektedir.

XIV. HAKEMLERİN GÖREVLERİNİ DEVAM ETTİRME YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Kararname m. 1457'e göre *“Hakemler haklı bir engel ya da meşru olarak görevden çekilme veya sakınma sebebi olmadıkça görevlerini sonuna kadar devam ettirmekle yükümlüdür.”*

Öne sürülen sebebin gerçekliği konusunda uyuşmazlık olması halinde bu uyuşmazlık, tahkimi organize etmekle görevli kişi tarafından veya böyle bir kimse yoksa durumunda ortaya çıktığı veya öğrenildiği tarihten itibaren bir ay içinde başvurularak yardımcı *hâkim tarafından çözümlür*”. Konu HMK'nın 420. maddesinde görevin yerine getirilmemesi



başlığı altında düzenlenmiştir³⁶. Taraflar arasında çekilme sebeplerinin varlığı konusunda ihtilaf olursa mahkemeden hakemin yetkisinin sona erdirilmesi konusunda karar verilmesi istenebilir. Bu durum hakemlik görevinin sona ermesi olarak düzenlenmiştir. Görevden çekilen hakem bakımından bu durumun haklı bir engel veya meşru olarak görevden çekilme durumu halinde hakem için bir yükümlülük olup olmadığı noktasında HMK m. 419'da hüküm bulunmamaktadır. Hakemlerin sorumluluğu bakımından kural olarak görevi kabul eden hakem haklı bir neden olmaksızın görevini yerine getirmekten kaçınması halinde bu durum hakemin veya hakemlerin hukuki sorumluluğunu gerektirmekte ve bu nedenle tarafların uğradığı zararları tazmine mahkum olmaktadır. Kanunda hakemlerin bu türden sorumluluğunu ortadan kaldıran neden "taraflarca aksinin kararlaştırılmış olmasıdır".

Hakemin görevinden çekilmesi veya diğer tarafın hakemin yetkisinin sona ermesine muvafakat etmesi, hakemin reddi sebebi veya hakemin reddi anlamında yorumlanamaz ve hakemin reddi sebeplerinin kabulü anlamına gelmez. Hakem veya hakemlerce görevin hiç veya zamanından yerine getirilememesi, hukuki veya fiili sebeplerden kaynaklanması halinde, gerek çekilme gerekse tarafların bu konuda anlaşmaları hakemlik görevinin sona ermesi sonucunu ortaya çıkarmaktadır.

Fransız tahkim hukukuna göre (m. 1457), kendisine verilen görevi yerine getiren hakem, görevi kabul ettiği andan itibaren görevin sonuna kadar tahkim yargılamasını yürütmek zorunluğundadır. Görevi yerine getirme bakımından getirilen yükümlülüğün istisnaları, hakemin istifası, görevin yerine getirilememesine ilişkin meşru bir neden veya haklı, meşru bir mazereti engel göstermesidir.

Hakemlik görevini sonuna kadar devam ettirmek yükümlülüğüne istisna teşkil eden neden veya nedenlerin iddia edilmesi halinde veya öne sürülen nedenin gerçekliği sorgulanır olması ve bu konuda taraflar arasında uyuşmazlığın varlığı halinde, bu uyuşmazlık tahkimi organize etmekle görevli kişi tarafından çözülecektir. Tahkimi organize edecek olan kişinin olmaması halinde yardımcı hâkim (destekleyici yargıç) tarafından

36 Hükümet Gerekçesi: "Maddenin birinci fıkrasında, bir hakemin hukukî veya fiili sebeplerle görevini hiç ya da zamanında yerine getirmesi imkânı olmadığı durumlarda, doğal olarak o hakeme sorumlu tutulmaksızın çekilme hakkı tanınmıştır. Yine, bahsedilen durumlarda taraflara da anlaşarak o hakemin hakemlik görevini sona erdirip, tahkimi tekrar işler hâle getirme imkânı tanınmıştır. İkinci fıkrada, hakemin yetkisinin sona ermesi konusunda tarafların anlaşamaması ihtimaline karşı, son söz mahkemeye bırakılmıştır. Tahkimde sürati sağlamak için, mahkemenin bu konuda vereceği kararın nihaî olduğu belirtilmiştir. Maddenin üçüncü fıkrasında ise hakemin görevden çekilmesi veya diğer tarafın hakemlik yetkisinin sona ermesine muvafakat etmesi durumunun, farklı bir şekilde yorumlanması engellenmek istenmiştir".



uyuşmazlık çözümlenecektir. Kararnamede düzenlenen bu mekanizma hakem veya hakemlerin reddi veya uyuşmazlık konusunda taraflarca ortak karar alınamayan hallerde de geçerlidir.

XV. HAKEMLERİN GÖREVİNDEN ALINMASI

Kararname m. 1458'e göre "*Hakem yalnızca tarafların oy birliği ile görevinden alınabilir, oybirliğine ulaşılamaması halinde, 1456. maddenin son fıkrasına göre hareket edilir*". Konu HMK'nın 420. maddesinde "*Görevin Yerine Getirilememesi*" başlığı altında düzenlenmiştir³⁷. Hakemlik görevi, çekilme veya tarafların bu yönde anlaşmaları suretiyle sona ereceği düzenlenmiştir. Kanun'da "*tarafların anlaşması suretiyle sona ereceği*" ifadesi kullanılmakta, Kararname'de "*hakemin yalnızca tarafların oybirliği ile görevinde alınacağı*" söylenmektedir.

Hakemlerin çekilmesini gerektiren nedenlerin varlığı durumunda, taraflar arasında uyuşmazlık çıkması halinde, taraflar mahkemeye başvurabilirler ve bu konuda mahkemenin vereceği karar bağlayıcı olup kesindir.

XVI. TAHKİMDE YETKİLİ MAHKEMENİN BELİRLENMESİ

Kararname m. 1459'a göre "*Yetkili yardımcı hâkim "Tribunal de Grande Instance" başkanıdır.*

Bununla birlikte tahkim anlaşmasının açıkça öngördüğü takdirde, "Tribunal de Commerce" başkanı da 1451-1454 maddelerinin öngördüğü hususlar uyarınca talep edilenler hususunda yetkilidir. Bu durumda hâkim madde 1455 hükümlerini uygulayabilir.

Yer bakımından yetkili mahkeme tahkim anlaşması ile belirlenen mahkemedir, anlaşmada belirtilememesi halinde yetkili mahkeme hakem kurulunun merkezi olarak belirlenen yerin yetkili bölgesi mahkemesidir. Anlaşmada herhangi bir bilginin bulunmaması halinde yer bakımından yetkili mahkeme davalı veya davalılardan birinin ikametgâh yeri mahkemesi, davalı Fransa'da ikamet etmiyorsa davacının ikametgâh yeri mahkemesidir."

Konu HMK m. 410'da düzenlenmiştir³⁸. Tahkimde görevli ve yetkili mahkemeyi düzenleyen söz konusu maddede yetkili mahkeme

37 MTK. 3, I, HMK m. 40

38 Hükümet Gerekçesi: "Maddede, tahkime uygulanacak emredici mahiyette olmayan kurallara veya tahkim sözleşmesinin herhangi bir hükmüne, tahkim yargılaması esnasında uyulmaz ise ilgili tarafa bu aykırılığa itiraz etme hakkı tanınmıştır. Ancak bu itiraz makul bir süre, yani onbeş gün içinde yapılmaz ise ilgili taraf itiraz hakkından feragat etmiş sayılır. Aksi durum iyiniyet ilkesine aykırı olur".

Adalet Komisyonu Gerekçesi: "Tasarının 413. maddesinde geçen "on beş gün" ibaresi, sürelerin hesabından kolaylık sağlanması ve uygulamadan kaynaklanan sorunların giderilmesi amacıyla "iki hafta" olarak değiştirilmiştir".



bakımından tarafların yetkili mahkemeyi belirlemesi ve yetki sözleşmesi yapma olanağı tanınmaktadır. Kararnamede ise (m. 1459) yetkili mahkeme tahkim anlaşmasıyla belirlenebilmektedir. Kararname ile getirilen düzenleme ile kural yer bakımından yetkili mahkeme tahkim anlaşması ile belirlenen mahkemedir. Anlaşmada belirtilmeyen hallerde yetkili mahkeme 1459’da düzenlenen mahkeme olacaktır.

Kararnamedeki yetkiye ilişkin düzenlemeden farklı olarak HMK m. 410’daki hükümle taraf iradeleri dikkate alınmaksızın yetkili ve görevli mahkeme kanunla tayin ve tespit edilmiştir.

Bu anlaşmada yetki konusunda kararname ile HMK m. 410 aynı içerikli konuyu görevli ve yetkili mahkemeyi farklı düzenlemekte ve farklı hükümler taşımaktadır. Kararname 1459 ve 1460’ncı maddeleri de usule ilişkin hükümler düzenlemektedir. Hakem kurulunun anlaşmasından tahkim yargılaması süreci içinde karşılaşılan zorlukların hangi esas ve usuller çerçevesinde çözümlenmesi konusunda yetkilendirilmekte ve kendisine çözüm odaklı misyon üstlendiği görülmektedir. Tahkim anlaşmasında açıkça öngörülen ve kararlaştırılan hallerde ticaret mahkemesi (Tribunal de Commerce) başkanı hakem kurulunun oluşmasında ve tahkim yargılamasında kanunda düzenlenen hallerde yetkilidir. Kararnameye göre tahkim anlaşmasında açıkça öngörülen hallerde ticaret mahkemesi başkanı kararname m. 1451-1454’de öngörülen ve düzenlenen hususlarda talep halinde ticaret mahkemesi başkanı yetkili kılınmıştır.

Kararname ile tahkimde usule ilişkin sorunların çözümünde, asliye hukuk mahkemesi başkanına, yetkili yardımcı hâkime (Tribunal de Grande Instance) çözüm yetkisi verilmektedir. Kararnamede örneğin (m. 1463) sürenin uzatılması ile ilgili olarak yetkili yardımcı hâkime yetki tanınmaktadır. Fransız tahkim hukukunda kararname ile tahkim usulü ile ilgili konularda tahkimin kuruluşundan, hakem kurulunun oluşması, hakemin reddi, hakemin çekinmesi, istifası ve tahkim sürecinin uzatılması gibi konularda asliye hukuk mahkemesi başkanı tahkim usulü ile ilgili konular başta olmak üzere ifade edilen konular da dahil olmak üzere yetkilendirildiği görülmektedir.

XVII. TARAFLARDAN BİRİNİN VEYA HAKEM KURULUNUN VEYA ÜYELERDEN BİRİNİN YARDIMCI HAKİME BAŞVURMASI

Kararname m. 1460’a göre, *“yardımcı hâkime taraflardan biri veya hakem kurulu ya da hakem kurulunun üyelerinden biri başvurabilir. Talep ihtiyati karar başvurularında olduğu gibi düzenlenir, bildirilir ve karara bağlanır. Yardımcı hâkim kesin ve yargı yoluna kapalı karar verir. Bununla birlikte bu karara karşı temyiz yoluna md. 1455’de öngörülen sebeplerden birinin gerçekleşmesi ile hâkimin hakemlerin seçilmesine yer olmadığını bildirmesi halinde başvurulabilir”*.



Kararname m. 1460'da yardımcı hâkime kimlerin başvurabileceği hususu düzenlenmiştir. Yardımcı hâkime, taraflardan biri başvurabileceği gibi, hakemlerden biri veya hakemler kurulu başvurabilecektir. Yardımcı hâkime başvuruyu düzenleyen hüküm kural olarak genel nitelikte olup, tahkimle ilgili mahkemeye (yardımcı hâkime) başvurulması gereken her bir durum için geçerlidir. Reform kapsamında, tahkim usulüncü yardımcı hâkim (asliye hukuk mahkemesi başkanı) tahkimin kuruluşu ve oluşumundan, hakemin veya hakemlerin reddine, hakemlerin çekinmesi veya istifasından tahkim süresinin uzatılması gibi kanunda mahkemeye başvuruyu düzenleyen hükümlere göre yetkili olduğu görülmektedir. Kararname; düzenlenen hükümlerle usule ilişkin hükümlere açık bir şekilde yer vermekte, yardımcı hâkimlerin tahkimin oluşumundaki rolü ve hakem heyetinin kurulmasında tahkim yargısında karşılaşılan güçlüklerin, sorunların ne şekilde çözümleneceğine ilişkin hükümleri düzenlemektedir.

Kararnamede düzenlenen durum, HMK m. 410'da tahkim yargılamasında, *“mahkeme tarafından yapılacağı belirtilen işlerde görevli ve yetkili tahkim yeri bölge adliye mahkemesidir. Tahkim yeri belirlenmemiş ise, görevli ve yetkili mahkeme davalının Türkiye'deki yerleşim yeri, oturduğu yer veya iş yeri bölge adliye mahkemesidir”* denilmek suretiyle düzenlenmiştir³⁹.

Tahkime başvurulmuş hallerde mahkemenin yardımı ayrıca HMK m. 411'de *“tahkim yargılamasına mahkemelerin yardımı bu kısımda açıkça izin verilen hallerde mümkündür”* denilmek suretiyle mahkemeye başvurmak kanunla sınırlı ve açıkça izin verilen hallerde mahkemeye başvurulabileceği düzenlenmiştir.

Mahkemelerin tahkim yargılamasına müdahalelerini düzenleyen bu hükme göre, hükümet gerekçesinde de aynen ifade edildiği gibi, *“tahkim yargılaması niteliği ve yargılama kurallarının tahkim sözleşmesinin taraflarınca kararlaştırılabildiği göz önünde bulundurularak, mahkemelerin tahkim yargılamasına müdahalesi bu kısımda sayılan hallerle sınırlı tutulmuştur”*. Kanunda geçen *“yardım”*, *“müdahale”* ibaresine açıklık sağlanması amacıyla kullanılmıştır. Mahkemelerin tahkim yargılamasına yardımında tahdidilik ilkesinden hareket edildiği görülmektedir⁴⁰.

39 Tahkim davasının ticari dava niteliği taşıdığı hallerde hakem tayini davanın ticaret mahkemesi hâkimliğinde açılması gerektiği, görevli olmayan mahkemelerde açılan davanın kanuna aykırı olacağı hakkında bkz: KARADAŞ, s.129.

40 Mahkemelerin tahkim yargılaması bakımından müdahale ve yardımda bulunabilecekleri hususlar hakkında bkz: EKŞİ s.153-154.



Kararnameye göre kural olarak yardımcı hâkimin kararı yargı yoluna (kanun yolu) kapalı olup kesindir. Yardımcı hâkimin kararı kesin olmakla birlikte, istisnaen verilen karara karşı temyiz yoluna kararnamenin 1455'inci maddesinde düzenlenen sebeplerden birinin gerçekleşmesi halinde ve bu sebeplere hasren hakemlerin seçilmesine yer olmadığına dair verilen kararlara karşı temyiz yoluna başvurulabilir.

6100 sayılı HMK m. 416/ 2-c'de "Hakem seçimi ile yetkilendirilen üçüncü kişi, kurum veya kuruluş, hakemi ya da hakem kurulunu seçmezse, hakem veya hakem kurulunun seçimi, taraflardan birinin talebi üzerine mahkeme tarafından yapılır. Mahkemenin, gerektiğinde tarafları dinledikten sonra bu fıkra hükümlerine göre verdiği kararlara karşı kanun yoluna başvurulamaz" hükmü bulunmaktadır.

Hakem tayini için kanun gereği mahkemeye başvuru hallerde, talebin konusu hakem seçimi olduğundan, mahkeme, hakem seçimine esas teşkil edecek esas ve usulleri, hakem tayinini gerektiren nedenlerin var olup olmadığını araştırmak durumundadır.

Mahkemenin inceleme görevi çerçevesinde taraflar arasındaki asıl (temel) sözleşme ve tahkim sözleşmesinin ibrazı gerekir. Hakem tayinine ilişkin talep ve talebin inceleme sırasında, tahkim sözleşmesinin açık bir şekilde batıl olduğunun veya açıkça uygulanamaz olduğunun ileri sürülmesi halinde mahkemenin ileri sürülen talep veya talepleri savunmayı incelemesi gerekeceğinden, sonucuna göre gereken hallerde hakem veya hakemlerin seçilmesine yer olmadığına da karar verebilir. Bu ihtimal kararnamede açıkça kurala bağlanmış ve verilen karara karşı diğer sebeplere binaen kanun yoluna gidilemeyeceği kabul edilmiş olmakla birlikte, tahkim anlaşmasının açıkça batıl veya açıkça uygulanamaz olması kuralına istisna olarak düzenlenmiş ve sadece bu hale özgü olarak temyiz yoluna başvurulabileceği hükme bağlanmıştır.

Kanunda HMK m. 416/ 2-c'de, Kararnamedeki düzenlemeden farklı olarak, hiçbir istisnaya yer verilmeksizin temyiz yoluna (kanun yoluna) başvurulamayacağı hükmüne yer verilmiştir. Kararnamedeki düzenleme (m. 1460 ve atıf yapılan 1455) hakem veya hakemlerin tayini talebine karşın mahkemenin, tahkim anlaşmasının açıkça batıl veya açıkça uygulanamaz olması nedeni veya nedenleriyle sınırlı olarak, hakemlerin seçilmesine yer olmadığını bildirmesi ve bu karara karşı temyiz yolunun açık tutulması kanun yoluna (temyiz) başvurulabilir olması isabetli bir düzenlemedir. Tahkim yargılamasında bu konunun önemi, özellikle tahkim anlaşmasının açık bir şekilde batıl olması veya açıkça uygulanamaz olması (örneğin taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklardan veya tarafların iradelerine tabi olmayan işlerden kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkime elverişli



olmaması gibi durumlarda) HMK m. 408, veya tahkim sözleşmesinin yazılı şekilde yapılmaması HMK m. 412/ 3 (zira yazılı şekil anlaşmanın geçerlilik şartı olarak düzenlenmiştir) tahkimi ortadan kaldıran sebepler olmak bakımından fevkalade önemli olup, önemine binaen kanun yolunun açık olmasını ve mahkemenin vereceği kararın denetlenmesinin gereğini ortaya koymaktadır.

Kararnamedeki hükme hukukumuz bakımından da yer verilmesi isabetli olacaktır. İncelenen konuyla bağlantısı, ilişkisi bakımından işaret etmek gerekir ki, iptal davasını düzenleyen hükümde (m. 439/ 2-a, "tahkim sözleşmesinin taraflarından birinin ehliyetsiz ya da tahkim sözleşmesinin geçersiz olduğu", (m. 439/ 2-g, "hakem veya hakem kurulu kararına konu uyuşmazlığın Türk hukukuna göre tahkime elverişli olmadığı" iptal sebebi olup, ayrıca HMK m. 439/ b, "iptal davası hakkında verilen kararlara karşı temyiz yoluna başvurulabilir..." hükümlerine yer verilmiş olup, iptal davası hakkında verilen kararlara karşı temyiz yolu (m. 361 vd.) açıktır.

Tahkim yargılamasında iptal davası ile ilgili olarak, Yargıtay tarafından verilen bir kararda; "...Dava hakem heyeti kararının iptali istemine ilişkin olup, davada 4686sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununun15/A maddesine dayanılarak asliye hukuk mahkemesinin görevli olduğu gerekçesiyle görevsizlik kararı verilmiştir. Gerçekten de 05.01.2001 yürürlük tarihli 4686 sayılı MTK. 15/A maddesinin ikinci cümlesinde, hakem kararına karşı açılacak iptal davasında görevli mahkemenin asliye hukuk mahkemesi olduğu belirtilmiştir. Ancak 5235 sayılı kanunun 5. maddesinde 18.06.2014 tarih, 6545 sayılı kanunun 45. maddesi ile yapılan değişiklikle, 4686 sayılı MTK'na göre yapılan tahkim yargılamasında; tahkim şartına ilişkin itirazlara, iptal davalarına, hakemlerin seçimi ve reddine yönelik davalar ile yabancı hakem kararlarının tanıma ve tenfizine yönelik davalara ilişkin tüm yargılama safhalarının, asliye ticaret mahkemesince, bir başkan ve iki üye ile toplanacak heyetçe yürütüleceği ve sonuçlandırılacağı hüküm altına alınmıştır."⁴¹

Hakem kararı verilmesinden önceki hakem tayini aşamasındaki neden veya nedenlere karşı kanun yolu kapalı tutulmuş olmakla, aynı neden veya nedenlerin hakem kurulunun oluşmasından sonra ortaya çıkması halinde kanun yolunun açık olması bir çelişki olarak ortaya çıkmaktadır. Konu diğer bir yönüyle de tahkim yargısının önünü kapatmak, işleyişini ve işlevselliğini engellemek bakımından oldukça önemlidir. Bu bağlamda hakem veya hakemleri tayin eden mahkemenin tahkim anlaşmasının

41 11HD,2016/1593E,2016/2463K.



açık bir şekilde batıl veya uygulanamaz olduğu cihetle hakemlerin seçilmesine yer olmadığı gerekçesiyle, hakem tayini için başvuran tarafın talebini reddetmesi ve talebin reddine esas ve gerekçe teşkil eden tahkim anlaşmasının açık bir şekilde batıl veya açıkça uygulanamaz olduğuna ilişkin değerlendirmesinde, hukukî tavsifinde yanılması, bir başka deyişle, gerçekte tahkim anlaşmasının geçerli veya uygulanabilir olması, kanun yoluna gidilebilir olması halinde, bir başka ifadeyle ortaya çıkması mümkün veya ihtimal dahilinde olması halinde, kanun yolunun kapalı olmasının ve doğuracağı sakıncalar konuyu daha da önemli hale getirmektedir. Sonuç itibarıyla kararnamedeki düzenlemeye HMK bakımından ihtiyaç olduğu söylenebilir.

SONUÇ

Fransız hukukunda, 14 Ocak 2011 tarihinde Fransız Cumhuriyeti Resmi Gazetesinde yayımlanmak suretiyle yürürlüğe giren ve 13 Ocak 2011 tarihli ve 2011-48 numaralı Tahkim Reformuna Dair Kararname; Fransız milli tahkim hukukunu ve Fransız milletlerarası tahkim hukukunu da çağdaşlaştırmak amacıyla hazırlanmıştır. Kararnameyle yapılan tahkim hukuku reformu ile tahkim usulü (prosedürü) basitleştirilmekte ve verimlilik artırılmak istenmekte ve tahkim hukukunda da adil yargılanma hakkı garanti edilmeye çalışılmakta ve amaçlanmaktadır.

Reformun yenilikçi yapısının gereği olarak, otuz yıllık tahkim uygulamasından sonra reform artık bir ihtiyaç ve gereklilik olarak görülmüş, Fransız hukukundaki mahkeme içtihatları da esas alınmak suretiyle düzenleme yapmak yoluna gidilmiştir. Tahkim reformunda ayrıca verimliliğin sağlanması için yabancı hukuk hükümlerinden de esinlenilmiştir. Milli ve milletlerarası tahkim hükümleri birlikte aynı Kararnamede düzenlenmiştir.

HMK. m.12 de geçen "sözleşme dışı doğabilecek uyuşmazlık" ifadesi Kararnamede bulunmamaktadır. Hukukumuz bakımından Kararnamede olduğu gibi tahkim hükümlerine aykırılık halinde uygulanacak yaptırımın (müeyyidenin) ne olacağına ilişkin düzenlemelere yer verilmesi isabetli olacaktır.

Hakemlerin tayini ve atanma şekilleri bakımından, gerek Kararnamede gerekse kanunlarımızda (HMK, MTK) tarafları tahkim sözleşmesinde öngörmedikleri hakem tayini ve atanma usullerini geçersizlik sebebi veya butlan sebebi olarak tanımlanmaması, taraf iradelerine üstünlük tanımak suretiyle alternatif çözümlere yer vermesi her iki ülke tahkim hükümleri bakımından bir gelişme olduğu söylenebilir.



“Hakem kuruluna henüz başvurulmayan hallerde” tahkim itirazında bulunulabilmesi ve mahkemenin tahkim itirazını kabulle davayı usulden reddedebilmesi için HMK bakımından da, Kararnamede olduğu gibi açıklık getirilmesi isabetli olacaktır.

Fransız tahkim hukukunda Kararnamede olduğu gibi daha ayrıntılı düzenleme yapılarak muhtemel ortaya çıkabilecek hukuksal sorunlar bakımından daha öngörülü ve çözümleyici hükümlere kanunumuz bakımından da ihtiyaç duyulduğu düşünülmektedir. Fransız tahkim hukukunun genelinde kural, kural dışılık kuralın uygulanmasında ortaya çıkan uyuşmazlık ve alternatif çözüm yöntemi bağlamında getirilen hükümler ve eşlik eden çözümlerin hukukumuzda kazandırılması isabetli olacaktır.

Kararname; Fransız hakiminin tahkim yargılamasında yerini “juge d’appui – yardımcı hakim ” olarak belirlemektedir. Kararnamede yetkili “yardımcı hakim” tahkim hükümlerinin icrası bakımından çözüm odaklı misyon üstlenmekte, etkin bir fonksiyon icra etmektedir. Türk hukukuna yabancı olan bu kavramın hukukumuzdaki tahkim hükümleri bakımından üzerinde durulmasının gerekliliğine önemle işaret etmek gerekir.

Hakemin bağımsızlığından şüphe etmeyi haklı gösteren durumların ve koşulların Kararname’de olduğu gibi “yükümlülük” olarak düzenlenmesi gereği, özellikle hakem sözleşmesinden kaynaklanan hukuki ve cezai sorumluluk bakımında önemli hale gelmektedir.

Kanunda (HMK. m.416/2-c) Kararnamedeki düzenlemeden farklı olarak ve hiçbir istisnaya yer vermeksizin kanun yoluna başvurulamayacağı yolundaki hüküm isabetsizdir. Fransız hukukunda Kararname ile yapılan düzenlemede (m.1460 ve atıf yapılan1455) olduğu gibi, yapılacak bir kanun değişikliği ile; hakem veya hakemlerin tayini talebine karşı mahkemenin tahkim anlaşmasının açıkça batıl veya açıkça uygulanamaz olması neden veya nedenleriyle sınırlı olarak, hakemlerin seçilmesine yer olmadığını bildirmesi ve bu karara karşı kanun yolunun açık tutulması, kanun yoluna başvurulabilir olması hukukumuz bakımından da isabetli bir düzenleme olacaktır. Tahkim hukukunda konunun önemine binaen hukukumuz bakımından da kanun yolunun açık olması ve hakimince vereceği kararın denetlenmesi gereğini ortaya koymakta olup, Kararnamedeki hükme hukukumuz bakımından da yer verilmesi isabetli olacaktır.



KAYNAKLAR

AKINCI, Ziya: **Milletlerarası Tahkim**, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2007, (Milletlerarası Tahkim)

AKINCI Ziya: **Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmeleri**, İzmir-1996, (İnşaat Sözleşmeleri)

AKINCI Ziya: **Milletlerarası Ticari Hakem Kararları ve Tenfizi**, Ankara-1994, (Tenfizi)

BROUSOLE, Yves: **Petites Offices ob avril 2011 n⁶⁸, P.15**

DAYINLARLI, Kemal: **HUMK'da Düzenlenen İhtiyari İç Tahkim** (m. 516-536), 2. Baskı, Ankara, 2004, (İç Tahkim)

DAYINLARLI Kemal; **UNCITRAL Kurallarına Göre Uzlaşma ve Tahkim**, Ankara 2007, (Uzlaşma ve Tahkim)

DEREN-YILDIRIM Nevhis: **Milletlerarası Tahkimin Esaslı Sorunları**, Alkım Yayınevi,2004.

EKŞİ, Nuray: **Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Tahkim**, 2013, İstanbul.

ERDOĞAN Feyiz: **Uluslararası Hukuk ve Tahkim**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2004.

ERTEN Rifat: **Milletlerarası Ticari Tahkim Hukukunda Geçici Hukuki Korum Önlemleri**, ANKARA 2010.

FERİER Didier: **La transparence : une exigence raisonnable pour l'indépendance de l'arbitre**, Recueil Dalloz 2015 p.29.

GÖRGÜN, Şanal, **Medeni Usul Hukuku**, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.

KALPSÜZ, Turgut: **Türkiye'de Milletlerarası Tahkim**,2. Baskı, Yetkin Yayınları Ankara 2010, (Milletlerarası Tahkim)

KALPSÜZ, Turgut: **Tahkim Anlaşması, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekialp'e Armağan**, C. II, İstanbul, 2003, (Tahkim Anlaşması)

KAPLAN, Yavuz, **Uluslararası Tahkim, Türkiye Açısında Yeni Gelişmeler ve Önemi**, İstanbul Barosu Dergisi, C.77, S.3, Y.2003.

KARADAŞ, İzzet: **6100 sayılı HMK'da Düzenlenen Ulusal (İç) Tahkim**, Adalet Yayınevi, Ankara 2013.

KESER BERBER, Leyla: **Uluslararası Ticaret Odası (IIC) Tahkim Tüzüğü Uygulaması**, Seçkin Yayınevi, Ankara-1999, (Tahkim Tüzüğü)

KESER BERBER Leyla: **Uluslararası Ekonomik Tahkimde Çok Taraflı Tahkim Sorunu**, Alfa, İstanbul 1999, (Tahkim Sorunu)

KURU, Baki: **İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı**, Yetkin Yayınları, Ağustos 2017.

NOMER Ergin/EKŞİ Nuray/ÖZTEKİN GELGEL Günseli: **Milletlerarası Tahkim Hukuku**, cilt I, 3.Bası-Haziran 2008-İstanbul.



ÖZBAY İbrahim: **Hakem Kararlarının Temyizi**, Yetkin Yayınları, Ankara 2004.

PEKCANITEZ, Hakan: **Medeni Usul Hukuku**, Pekcanitez Usul, C.II, 15. Bası, İstanbul 2017.

RAİNER Andreas : Hakemin Bağımsız Ve/Veya Tarafsız Olmadığının Veya İfşa Yükümlülüğünü Yerine Getirmediğinin Sonradan Tespit edilmesinin Verilen Hakem Kararlarına Etkisi, (Çev. Yıldız Müslüm), **Milletlerarası Ticari Uyuşmazlıkların Tahkim Yoluyla Çözümüne İlişkin İstanbul Konferansı**, 15 Kasım 2007, Beta Yayınları.

ŞANLI Cemal: **Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması**, 2. Bası, İstanbul Nisan-2002

ŞİT Banu: **Kurumsal Tahkim Ve Hakem Kararlarının Tanınması Ve Tenfizi**, İmaj Yayınevi, Ankara 2005.

TAŞKIN, Alim: **Hakem Sözleşmesi**, 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2005, (Hakem Sözleşmesi)

TAŞKIN, Alim: Hakem Mahkemesinin Kendi Yetkisi Hakkında Karar Vermesi, **GÜHFD C.II, S. 1-2**, 1998, 116-125, (Hakem Mahkemesinin)

TUYGUN. Salih: **ICSID Tahkimine İlişkin Hakem Kararlarının İcra Edilmesi**, İzmir, 2007.

UMAR, Bilge: **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, Yetkin Yayınları, 2011.

YEŞİLOVA, Bilgehan: Tahkim İlk İtirazı Üzerine Hakemlerin Yargı Yetkisiyle İlgili Olarak Mahkemelerce Yapılacak Denetim ve Sonuçları (Milletlerarası Tahkim Kanunu m. 5/1), **DEÜHFD, C.11, Özel Sayı:2009**, 739-818.

YEŞİLİRMAK Ali: **Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem – Bilirkişilik ve Tahkim**, 1.Baskı-İstanbul,Nisan 2011.

YILDIRIM, Nevhis Deren: Tahkimin Olumlu ve Olumsuz Yönleri, **Ankara Barosu Dergisi**, 2002-4.

YILMAZ, Ejder: **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, Cilt 2, 71-224, Ankara 2017.

YÜCEL Müjgan Tunç: **HMK Uyarınca Tahkimde İhtiyati Tedbir ve Delil Tespiti**, Seçkin, Ekim -2013.

BOZKURT YÜKSEL, Armağan Ebru: **Patent Uyuşmazlıklarının Çözüm Yolları Milletlerarası Tahkim ve Devlet Yargısı**, Yetkin Yayınları, Ankara 2009.

YÜKSEL, Armağan Ebru Bozkurt: **Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü(WIPO)** ,Adalet Yayınevi, Ankara-2010.

UYUŞTURUCU VEYA UYARICI MADDE KULLANMA SUÇLARI YÖNÜNDEN KAMU GÖREVLİSİ İLE SAĞLIK MESLEK MENSUPLARININ SUÇU BİLDİRMEMESİNE YÖNELİK DÜZENLEMENİN ETKİN PİŞMANLIK KURUMUNA ETKİSİ

*(The Impact of the Regulation on the Non-Disclosure of Crime by
Public Officials and Health Professionals in Terms of Sedative or
Stimulant Substances on the Effective Remorse)*

Dr. Hüseyin TURAN¹
Osman KODAL²

ÖZ

Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan kişi, hakkında kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın almak, kabul etmek veya bulundurmaktan dolayı soruşturma başlatılmadan önce resmi makamlara veya sağlık kuruluşlarından birisine başvurarak tedavi ettirilmesini isterse, Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) 192. maddesinin dördüncü fıkrası gereğince hakkında herhangi bir cezaya hükmolünmeyeceği hüküm altına alınmıştır. Bu düzenlemeye karşın TCK'nın 279. ve 280. maddelerinde ise kamu görevlileri ve sağlık meslek mensuplarının suçlu bildirmemeleri halinde cezalandırılacağına ilişkin düzenleme bulunmaktadır. Uyuşturucu madde kullanan kişilerin herhangi bir soruşturmaya maruz kalmadan tedavi edilmelerinin sağlanması, bu bağlamda etkin pişmanlık hükmünün işlerliğinin artırılması amacıyla uyuşturucu kullanan kişilerin tedavi olmak için kamu görevlilerine ve sağlık mensuplarına başvurmaları hâlinde bu kişilerin suçlu bildirmeme yükümlülüğünün doğmayacağına ilişkin düzenleme getirilmiştir. Getirilen bu düzenlemede kanun koyucunun, uyuşturucu madde kullanan kişilerin cezalandırılmasından ziyade tedavi edilerek topluma kazandırılmasını hedeflediğini göstermektedir.

Anahtar Kelimeler: Uyuşturucu madde kullanmak, etkin pişmanlık, suçlu bildirmeme, tedavi olmak, cezalandırılmama.

ABSTRACT

According to Article 192/4 of the Turkish Penal Code (TPC), If the person –who uses the sedative or stimulant substances- applies to one of the public authorities or health institutions before the criminal investigation

1 Hâkim, Anayasa Mahkemesi Raportörü

2 Hâkim, Anayasa Mahkemesi Raportörü



is started, It was decided that no penalty shall be imposed. Despite this regulation, Articles 279 and 280 of the TPC stipulate that the civil servant and health professionals will be punished if they fail to report an offence. In order to ensure that the drug users are treated without being subjected to any criminal investigations, in order to increase the functionality of the effective remorse, a regulation has been introduced to ensure that the persons who use drugs do not have an obligation not to report the offense if they apply to public official and health members to be treated. This arrangement shows that the legislator aims at providing the community with treatment rather than being punished.

Keywords: The Use of Sedative or Stimulant Substances, Effective Remorse, Failure to Report an Offence, Treatment, Exemption from Punishment

GİRİŞ

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) özel hükümler kitabında topluma karşı suçlara ilişkin üçüncü kısmın *"kamunun sağlığına karşı suçlar"* başlıklı üçüncü bölümünde, 191. maddede, *"kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın almak, kabul etmek veya bulundurmak ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanmak"* suçu düzenlenmiştir. Bu düzenlemenin hemen ardından Kanun'un 192. maddesinde ise bu suçlar için uygulanabilecek etkin pişmanlık hükümlerine yer verilmiştir³.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasa'sının 58. maddesinin ikinci fıkrasında *"Devlet, gençleri alkol düşkünlüğünden, uyuşturucu maddelerden, suçluluk, kumar ve benzeri kötü alışkanlıklardan ve cehaletten korumak için gerekli tedbirleri alır."* hükmü bulunmaktadır⁴.

Uyuşturucu madde kullanımı, genel itibarıyla bütün devletler tarafından etkili bir şekilde mücadele edilmeye çalışılan bir sorundur⁵. Uyuşturucu maddelerle ilgili suçların önlenmesi yanında, bu maddeleri kullanan kişilerin topluma kazandırılması, sağlıklarının korunması, kendilerine zarar vermelerinin önlenmesi ya da yaşam haklarının pozitif anlamda devletçe korunması zorunluluğu da mücadelenin en önemli unsurlarından birisini oluşturmaktadır. Bu bağlamda kanuni düzenlemeler çerçevesinde, işlenen suçlara ilişkin ceza yaptırımları ve uygulanacak

3 26/9/2004 tarihli ve 5237 Sayılı Kanun, R.G. S. 25611, T.12/10/2004. Kanun'un 191. maddesinin başlığı 18/6/2014 tarihli ve 6545 sayılı Kanun'un 68.maddesiyle bugünkü halini almıştır.

4 7/11/1982 tarihli ve 2709 Sayılı Kanun, R.G. S. 17863 (Mükerrer), T. 9/11/1982.

5 DOĞAN, Fatma Karakaş: **Türk Ceza Hukukunda Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Suçları**, Legal Yayıncılık, İstanbul, Ocak 2015, s. 269.



güvenlik tedbirleri belirlenirken uyuşturucuyla mücadelenin çok yönlü yapısına uygun tercihlerde bulunulması doğaldır⁶.

Bu tercihlerden birisi şüphesiz uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan ve tedavi olmak isteyen kişileri için getirilmiş olan etkinlik pişmanlık hükümlerine ilişkin TCK'nın 192. maddesinin dördüncü fıkrasındaki düzenlemedir. Bu düzenlemeye göre eğer uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan kişi, hakkında kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın almak, kabul etmek veya bulundurmaktan dolayı soruşturma başlatılmadan önce resmi makamlara veya sağlık kuruluşlarından birisine başvurarak tedavi ettirilmesini isterse, hakkında herhangi bir cezaya hükmolünmayacaktır.

Kanun koyucu, bu düzenlemeden daha iyi bir sonuç alınabilmesi ve bu suçla daha etkin bir şekilde mücadele edilebilmesi için bunu destekleyici mahiyette bir kural daha kabul etmiştir. 24/11/2016 tarihinde kabul edilen bu düzenleme ise 6763 sayılı Kanun'un 17. maddesiyle TCK'nın 192. maddesinin dördüncü fıkrasına eklenen cümledir. Bu cümleye göre tedavi olmak isteyen uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan kişinin, hakkında bir soruşturma başlatılmadan önce resmi makamlara veya sağlık kuruluşlarına başvurarak tedavi ettirilmesini isterse, bu tedaviyi yapan kamu görevlileri ile sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirme yükümlülüğü doğmayacaktır⁷.

6763 sayılı Kanun'un 17. maddesiyle TCK'nın 192. maddesinin dördüncü fıkrasına eklenen bu cümlenin iptali istemiyle Anayasa Mahkemesine başvuruda bulunulmuştur. Anayasa Mahkemesi (AYM), getirilen bu düzenlemenin Anayasaya aykırılık oluşturmadığına karar vermiştir⁸.

Bu çalışmada; uyuşturucu ve uyarıcı madde kullanan kişilerin tedavi olmak amacıyla sağlık kuruluşlarına başvurmaları hâlinde, kamu görevlilerinin ve sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirme yükümlülüğünü ortadan kaldıran bu kuralın uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanma suçuyla etkin bir şekilde mücadele, bu suçu işleyenlerin topluma kazandırılması ve anayasada düzenlenen diğer haklar yönünden incelenmesi amaçlanmıştır. Bunun için öncelikle uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanma suçu hakkında genel bilgilere yer verilecek, sonrasında bu suç için öngörülmüş etkin pişmanlığın şartlarına değinilecek ve

6 Anayasa Mahkemesi (AYM) 27/5/2015 tarih ve E.2014/155, K.2015/52. Bu ve diğer AYM kararları için bkz. <http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/kararlar/kbb.html>

7 24/11/2016 tarihli ve 6763 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun. R.G. 2/12/2016.

8 AYM, E.N: 2017/32, K.S. 2018/81, K.T. 11/7/2018, R.G. T. 14/11/2018, S.30595.



kamu görevlilerinin ve sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmeme yükümlüğünden muaf tutulmasının ceza ve anayasa hukuku açısından bir değerlendirmesi yapılacaktır. Son olarak incelemede Anayasa Mahkemesinin konuyla ilgili değerlendirmesine de yer verilecektir.

I. UYUŞTURUCU VEYA UYARICI MADDE KULLANMA SUÇU

TCK'nın 191. maddesinde; kullanmak için uyuşturucu ve uyarıcı madde satın almak, kabul etmek veya bulundurmak ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanmak suç olarak düzenlenmiştir. Bu suç, diğer uyuşturucu veya uyarıcı madde suçlarından farklı olarak, düzenlendiği yer itibarıyla genel sağlığı korumaya yönelik olmasının yanında bireyin sağlığını da doğrudan koruma altına almıştır⁹. Her ne kadar uyuşturucu ve uyarıcı madde suçları topluma karşı işlenmiş suçlar arasında yer almakta ise de kanun koyucu bu suç tipiyle aynı zamanda uyuşturucu ve uyarıcı madde kullanan kişiyi de koruma altına almaktadır¹⁰. Zira suç tipine bakıldığında cezalandırılanın da doğrudan ya da dolaylı olarak korunanın da aynı kişi olduğu görülmektedir. Dolayısıyla kanun koyucu, uyuşturucu ve uyarıcı maddeler bakımından kullanıcı bireylerin sağlığını korurken aynı zamanda bu kullanmadan toplumun görebileceği zararı veya karşı karşıya kalabileceği tehlikeyi önlemek istemiştir¹¹. Bir toplumda uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanmanın yaygın olması, aynı zamanda o toplumun sağlıklı bir toplum olmadığı anlamına gelmektedir¹².

Kullanmak için uyuşturucu ve uyarıcı madde satın almak, kabul etmek veya bulundurmak ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanmak suçunun faili herkes olabilir. Bu herkes içine yabancılar da dâhildir¹³. Ayrıca suçun kanuni tanımında fail olmak için özel bir durum belirtilmemiştir. Bir başka ifadeyle suçun faili olmak için belli bir özelliğe veya sığata sahip olmak şart değildir¹⁴. Suçun faili ile mağduru aynı kişi gibi görünse de kanun koyucu sadece faili değil tüm toplumu suçun mağduru olarak kabul etmektedir¹⁵. Suçun faili olabilmek için uyuşturucu veya uyarıcı maddeyi ilk kez kullanıyor olmakla bağımlılık derecesinde kullanıyor olmanın arasında bir fark da bulunmamaktadır¹⁶.

9 DOĞAN, s.280.

10 ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/BACAKSIZ, Pınar/TEPE, İlker: **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Seçkin Yayınevi, Eylül 2017, Ankara, s.789.

11 DOĞAN, s.281.

12 SOYASLAN, Doğan: **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 12. Baskı, Yetkin, Ankara 2018, s. 497.

13 DOĞAN, s.281.

14 ELMAS, Birsen: **Uyuşturucu ve Uyarıcı Madde Suçları**, Adalet Yayınevi, 3. Baskı, Ankara 2018, s.396.

15 ELMAS, s.396.

16 ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s.791.



Failin uyuşturucu veya uyarıcı maddeyi kendi kişisel kullanımı için satın aldığı, kabul ettiği, bulundurduğu veya kullandığının belirlenmesi hâlinde bu suç oluşmaktadır¹⁷. Uyuşturucu veya uyarıcı madde miktarının az olması kullanmak amacıyla bulundurmamak suçunun gerçekleşmesine engel değildir. Burada dikkate alınması gereken husus eser miktardaki maddenin kullanmaya elverişli nitelikte olduğunun tespit edilmesidir. Bu tespit yapılabiliyorsa suç oluşur¹⁸. Eğer bu bulundurma tıbbi nedenlerle, tedavi amacıyla ise fiil suç olmaz¹⁹. Kendi aralarında seçimlik olarak düzenlenen bu fiillerden herhangi birisinin meydana gelmesi ile suç tamamlanmaktadır²⁰.

Kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın almak, kabul etmek ve bulundurmamak suçları sadece kasten işlenebilen suçlardır. Fail uyuşturucu veya uyarıcı maddeyi kullanmak için satın almalı, bulundurmalı ve kabul etmelidir. İradeyi etkileyen failin kullanma isteğidir²¹. Dolayısıyla bu suç için olası kast yeterli görülmemektedir²². Satın alma, kabul etme veya bulundurmanın kullanmak için olması gerektiğinden bu suç ancak özel kastla işlenebilir²³. Taksirle ise bu suçun işlenmesi mümkün değildir²⁴.

Failin uyuşturucu veya uyarıcı maddeyi kullanmak amacıyla mı satın aldığı, bulundurduğu ve kabul ettiğinin yoksa başka bir amaçla mı bulundurduğunun belirlenmesinde rol oynayan temel etmen bulundurmanın amacıdır. Bu amaç, failin uyuşturucu veya uyarıcı maddeyi başkalarına tedarik etmek için alındığı, kabul edildiği ve bulundurulduğuna yönelik olması halinde fiil TCK'nun 188. maddesindeki uyuşturucu madde ticareti suçunu oluşturacaktır²⁵. Failin amacının belirlenmesinde uyuşturucu veya uyarıcı maddenin ele geçiriliş şekli, paketleme miktarı, paketlenmiş şekli, yakalanma zamanı ve yerleri²⁶ gibi pek çok sayıda etmen birlikte dikkate alınmaktadır²⁷.

17 DOĞAN, s.282.

18 ELMAS, 398.

19 SOYASLAN, s.498.

20 ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, s.792.

21 SOYASLAN, s.497.

22 ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, s.796. Aksi görüşte bkz. TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/ ÖNOK, R.Murat: **Teori ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 16. Baskı, Seçkin, Ankara, 2018, s.919.

23 TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.919.

24 ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, s.795, DOĞAN, s.288, ELMAS, 405.

25 ELMAS, s.406, TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.919, 897.

26 10.C.D., 11/7/2017, E.2013/7864, K. 2017/3480. 10.C.D., 02/06/2015, E.2013/4055, K.2015/31624. 10.C.D., 13/6/2017, E.2013/2410, K.2017/2719.

27 ELMAS, s.407, TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.898.



Kanun koyucu, izlediği suç politikasının bir gereği olarak Kanun'un 191. maddesinin ikinci fıkrasında, madde metninde sayılı seçimlik hareketleri kullanmak amacı ile gerçekleştiren veya bizzat kullanan fail hakkında Ceza Muhakemesi Kanunu'nun²⁸ (CMK) 171. maddesinde yer alan koşulları aramaksızın beş yıl süreyle kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar vermesi hususunda Cumhuriyet Savcısına görev vermiştir. şüphelinin çocuk olması halinde 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun (ÇKK) 19. maddesi gereğince erteleme süresi üç yıldır. Ertelemenin gereklerine uygun davranarak deneme süresini iyi halli geçiren fail hakkında kovuşturmaya yer olmadığına karar verilecektir. Ertelemenin süresini iyi halli geçirmeyen failer hakkında kamu davası açılarak yargılama yapılacaktır²⁹.

CMK'nın 171. maddesinde denetimli serbestlik tedbirlerinin soruşturma aşamasında Cumhuriyet Savcısı tarafından verilmesiyle birlikte uyuşturucu ve uyarıcı madde kullanan kişinin daha erken bir aşamada tedavi sürecine girmesi ve bu kişi için öngörülen tedbirlerin daha etkili takip edilebilmesi amaçlanmıřtır³⁰.

TCK'nın 191. maddesinin üçüncü fıkrasında erteleme süresi zarfında şüpheli hakkında asgari bir yıl süreyle denetimli serbestlik tedbiri uygulanacağı belirtilmiştir. Bu süre Cumhuriyet Savcısının kararı ile üçer aylık sürelerle en fazla bir yıl daha uzatılabilecektir. Hakkında denetimli serbestlik tedbiri verilen kişi gerek görülmesi halinde denetimli serbestlik süresi içinde tedaviye tabi tutulabilir.

Hakkında kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verilen ve denetimli serbestlik tedbirine tabi tutulan kişi erteleme süresi dâhilinde kendisine yüklenen yükümlülöklere veya uygulanan tedavinin gereklerine uygun davranmamakta ısrar etmesi, tekrar kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın alması, kabul etmesi veya bulundurması, uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanması hallerinde 191. maddenin dördüncü fıkrası gereğince hakkında kamu davası açılır. Buna karşın şüpheli kendisi hakkında verilen kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı çerçevesinde öngörülen süreyi, kendisine tayin edilen yükümlülöklere ve yasalara uygun bir şekilde geçirirse bu durumda kovuşturmaya yer olmadığına karar verilir. TCK'nın 191. maddesinde aksine düzenleme bulunmayan durumlarda CMK'nın kamu davasının açılmasının ertelenmesine ilişkin 171. maddesi veya hükmün

28 4/12/2004 tarihli ve 5271 Sayılı Kanun, R.G. S. 25673, T.17/12/2004.

29 ELMAS, s.447.

30 ÖZBEK/DOğAN/BACAKSIZ/TEPE, s.789.



açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin 231. maddesindeki hükümler uygulanacaktır³¹.

II. ETKİN PİŞMANLIK

Kanundagösterilen bazı suçların bütün unsurlarıyla tamamlanmasından sonra failin bazı pişmanlık gösteren hareketler yapması durumunda, bu hareketler dolayısıyla faile ceza verilmemesini veya cezasında indirim yapılmasını ifade eden kuruma etkin pişmanlık (faal nedamet, faal pişmanlık),³² denir³³.

Bu açıdan bakıldığında etkin pişmanlık, gönüllü vazgeçmenin tamamlanmış suçlardaki görünüm şekli olarak nitelendirilebilir. Fakat gönüllü vazgeçmeye bir sonuç bağlanabilmesi için, bir başka ifadeyle ceza sorumluluğunu kaldıran bir sebep olarak kabul edilebilmesi için suçun tamamlanmamış olması gerekir³⁴. Gönüllü vazgeçme TCK'nın genel hükümler kısmında düzenlendiğinden bütün suçlar bakımından geçerlidir³⁵. Oysa etkinlik pişmanlık, TCK'nın genel hükümler kısmında değil kanun koyucu tarafından ilgili her suç tipinin niteliğine uygun olarak o suç tipinde ayrı ayrı düzenlenmiştir. Bu sebepten etkin pişmanlık, kanunun buna imkân tanıdığı her suç tipinde o suçun karakterine uygun bir görünüm kazanır³⁶. Etkin pişmanlık hükümleri sadece düzenledikleri suçlar bakımından uygulanabilecektir³⁷. Bir başka ifadeyle kanunilik ilkesi gereği etkin pişmanlığın uygulama alanını genişletmek mümkün değildir.

TCK'da etkin pişmanlık, iki temel unsuru bünyesinde taşır. Birincisi, failin işlediği suçtan pişmanlık duyması, ikincisi ise suçun olumsuz etkilerini giderici aktif bir tutum takınmasıdır. Bu aktif tutum değişik şekillerde ortaya çıkabilir. Bunlar; suçla mücadelede etkin bir işbirliği

31 TCK. Madde 191/9.

32 ÖZGENÇ, İzzet: **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayınevi, 13. Bası, Ankara 2017, s.67. DEMİRBAŞ, Timur: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayınevi, 8. Baskı, Ankara, 2012, s.449.

33 HAKERİ, Hakan: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Adalet Yayınevi, 11. Baskı, Ankara 2011, s.429. ÖZGENÇ, s.80.

34 KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan: **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayınevi, 4. Baskı, Eylül 2011, Ankara, s.366. DEMİRBAŞ, s.443.

35 Madde 36-(1) Fail, suçun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçer veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlerse, teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz; fakat tamam olan kısım esasen bir suç oluşturduğu takdirde, sadece o suça ait ceza ile cezalandırılır.

36 BABA, Yasemin: **Türk Ceza Kanunu'nda Etkin Pişmanlık**, İstanbul Ceza Hukuku ve Kriminoloji Arşivi, On İki Levha Yayınları., 1. Baskı, İstanbul, 2013, s.22.

37 ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/BACAĞIZ, Pınar/TEPE, İlker: **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayınevi, 7. Baskı, Ekim 2017, Ankara, s.582. ÖZGENÇ, s.80.



sağlama, bilgi vererek suçun aydınlatılmasına katkı sağlama ve resmi makamlara başvurarak tedavi ettirilmeyi istemedir³⁸.

Etkin pişmanlık hükümleriyle ulaşılmak istenen temel amaç, suçun işlenmesiyle ortaya çıkan mağduriyetlerin etkilerinin ya da ekonomik zararların mümkün olduğunca azaltılmasıdır³⁹. Etkin pişmanlık halinde işlenen fiilin suç niteliğinde ve haksızlık muhtevasında herhangi bir değişiklik ve azalma meydana gelmemektedir⁴⁰.

Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanmak suçuna özgü etkin pişmanlık durumu, suçun düzenlendiği kısımda “*Etkin pişmanlık*” başlıklı TCK’nın 192. maddesinin dördüncü fıkrasında özel olarak düzenlenmiştir. Bu suçu işleyen genel itibarıyla toplum sağlığını tehdit emekte ise de öncelikle aslında kendi sağlığını kaybetme tehlikesiyle karşı karşıya kalmaktadır. Kanun koyucu bu amaçla uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan kişilerin öncelikle tedaviye ve denetimli serbestlik tedbirine tabi tutulmasını, tedavi olmayı kabul etmesi ve tedavi olması durumunda da bu halinin etkin pişmanlık olarak değerlendirileceğini hüküm altına almıştır.

Etkinlik pişmanlık haline yer verilen bazı suç tiplerinde etkinlik pişmanlık, şahsi cezasızlık (cezayı kaldıran bir neden) olarak kabul edilmiş iken diğer bazı suç tipleri açısından ise cezada indirim nedeni kabul edilmiştir⁴¹. Dolayısıyla TCK bakımından etkin pişmanlık, hukuki niteliği itibarıyla cezayı kaldıran ya da azaltan şahsi bir sebep olarak ortaya çıkmaktadır⁴². Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanma suçlarında şahsi cezasızlık nedeni olan etkin pişmanlık hususunu içeren TCK’nın 192. maddesinin ikinci fıkrasına göre kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın alan, kabul eden veya bulunduran kişi, resmi makamlar tarafından haber alınmadan önce bu maddeyi kimden nerede ve ne zaman temin ettiğini merciine haber vererek suçluların yakalanmalarını veya uyuşturucu veya uyarıcı maddenin ele geçirilmesini kolaylaştırırsa hakkında cezaya hükümlenmez⁴³. Bu durum, etkin pişmanlık halinde fiilin hukuka aykırılığının ortadan kalkmamasının kanuni bir neticesi olduğunu göstermektedir. Fiil suç olarak devam ettiği için fail hakkında

38 BABA, s.51.

39 ÖZGENÇ, s.85.

40 ÖZGENÇ, s.234. KOCA/ÜZÜLMEZ, s.356.

41 ÖZGENÇ, s.663. DEMİRBAŞ, s.450.

42 ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.507. Baba, s.21.

43 ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s.800. SOYASLAN, s.495.



beraat kararı verilememektedir⁴⁴. Bu hükmün şahsi cezasızlık nedeni olabilmesi için failin işlediği uyuşturucu kullanma suçunu ortaya çıkarması gerekir. Fail kendi kişisel kullanımının başka nedenlerle ortaya çıkmasından sonra suçuna ilişkin açıklamalarda bulunursa hakkında bu şahsi cezasızlık hâli uygulanmayacaktır.

Kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın almak, kabul etmek veya bulundurmaya ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanmak suçuna karışmış ve resmi merciler tarafından suçların işlendiğinin öğrenilmesinden sonra resmi makamlarla işbirliğinde bulunan kullanıcı fail hakkında ceza indirimine gidilmesi mümkündür. TCK'nın 192. maddesinin üçüncü fıkrasına göre bu suçlar haber alındıktan sonra gönüllü olarak suçun meydana çıkmasına veya diğer suç ortaklarının yakalanmasına hizmet ve yardım eden kişi hakkında verilecek ceza, yardımın niteliğine göre dörtte birden yarısına kadar indirilir⁴⁵. Bu fıkra hükümlerinin failin lehine uygulanabilmesi için bazı koşulların birlikte gerçekleşmiş olması aranır. Öncelikle failin, suçun haber alınmasından hüküm aşamasına kadar geçen süre içinde hizmet ve yardım olarak nitelendirilebilecek aktif bir davranışta bulunmuş olması gerekir. Failin ortaya koyduğu bu tavrın ayrıca suçun meydana çıkmasına katkı sağlaması ve diğer suç ortaklarının ortaya çıkarılması ve yakalanmasına katkı sağlamış olması da gerekir⁴⁶.

III. TEDAVİ OLMAK İSTEYEN KULLANICILAR HAKKINDA ETKİN PİŞMANLIK

TCK'nın 192. maddesinin dördüncü fıkrasına göre uyuşturucu ve uyarıcı madde kullanan kişi, kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın almak kabul etmek veya bulundurmaktan dolayı hakkında soruşturma başlatılmadan önce resmi makamlara başvurarak tedavi ettirilmesini isterse hakkında cezaya hükmolunmaz. Söz konusu bu düzenleme, TCK'nın 192. maddesinin ikinci fıkrasından ayrı olarak bir başka etkin pişmanlık hali olarak değerlendirilebilir⁴⁷. Buradaki temel

44 ÖZGENÇ, s.668. Ayrıca belirtmek gerekir ki Ceza Muhakemesi Kanununun 223. maddesinin 4. fıkrası da buna ilişkin bir düzenlemeyi ihtiva etmektedir.5237 sayılı TCK'nın 223. Maddesinin 4. Fıkrası şöyledir:

Madde 223- (4) İşlenen fiilin suç olma özelliğini devam ettirmesine rağmen;

a) Etkin pişmanlık, b) Şahsî cezasızlık sebebinin varlığı, ... Dolayısıyla, faile ceza verilmemesi hallerinde, ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilir.

45 SOYASLAN, s.495.

46 GÜNAY, Meryem: "Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde İmal ve Ticareti Suçlarında Etkin Pişmanlık", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Yıl:2017, S.133, s.150. vd.

47 ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE; s.801.



fark, failin tedavi isteğinin bulunmasıdır⁴⁸. Kanun koyucu bu hükümlerle uyuşturucu ve uyarıcı madde kullananları azaltmak, bu kimselerin tedavi edilmelerini sağlamak ve yakını uyuşturucu ve uyarıcı madde kullanan kimselerin yakınıları üzerinde tedavi görmeleri hususunda etkili ve ikna edici olmak suretiyle onların topluma kazandırılmalarını sağlamak istemiřtir⁴⁹.

Kanuni düzenlemeye bakıldığında uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan kişi hakkında etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanabilmesi için bazı şartların birlikte gerçekleşmiş olması aranır. İlk olarak kullanmak amacıyla uyuşturucu ve uyarıcı madde satın almak, kabul etmek ve bulundurmak suçunun işlenmiş olması gerekir. İkinci olarak bu suçu işleyen failin kendisi tarafından başvurunun yapılmış olması aranır. Üçüncü olarak başvurunun resmi makamlara ya da bir sağlık kuruluşuna yapılmış olması gerekir. Dördüncü olarak başvurunun tedavi olmak amacıyla yönelik olması ve son olarak herhangi bir soruşturma açılmadan bir başka ifadeyle uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan kişi hakkında bir soruşturma başlatılmadan önce bu başvurunun yapılmış olması gerekir.

A. Failin Kullanmak Amacıyla Uyuşturucu ve Uyarıcı Madde Satın Almak, Kabul Etmek ve Bulundurmak Suçunu İşlemiş Olması

İlk olarak uyuşturucu ve uyarıcı madde kullanan kişi hakkında etkin pişmanlık hükmünün uygulanabilmesi için kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın almak kabul etmek veya bulundurmak suçunun işlenmiş olması gerekir. Uyuşturucu ve uyarıcı maddeyi kullanmamış ancak kullanmak için satın almış, kabul etmiş veya bulundurmuş fail hakkında TCK'nın 192. maddenin dördüncü fıkrasında belirtilen bu hükmün uygulanması mümkün değildir. Çünkü buradaki amaç uyuşturucu kullanan kişinin tedavi edilmesinin sağlanmasıdır. Failin işlediği suç kullanmak amacıyla uyuşturucu ve uyarıcı madde satın almak, kabul etmek veya bulundurmak değil de uyuşturucu madde imal ve ticareti suçu kapsamına giren suçlardan birisi ise bu fail hakkında da TCK'nın 192. maddesinin dördüncü fıkrasındaki hüküm uygulanmaz. Bu durumda ancak maddenin birinci veya üçüncü fıkrasındaki hükümler uygulanabilir. Etkin pişmanlıkta bulunmak üzere başvuran failin uyuşturucu ve uyarıcı maddeyi kullanmış olması gerekli ise de bu kullanımın alışkanlık veya iptila derecesine ulaşması şart deđildir⁵⁰.

48 BABA, s.76.

49 YAşAR, Osman/GÖKCAN, Hasan Tahsin/ARTUÇ, Mustafa: **Yorumlu ve Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, Adalet Yayınevi, Ankara 2014, s.5979.

50 ELMAS, s.574.



B. Başvurunun Fail Tarafından Yapılması

Etkin pişmanlığın uygulanabilmesi için resmi makamlara veya sağlık kuruluşlarına başvurunun bizzat fail tarafından yapılması gerekir. Ancak failin gelemediği başvuru yapamayacağı haklı nedenlerin varlığı halinde failin istemi ile yakınında bulunan kişiler tarafından yapılan başvurular da kabul edilebilmelidir. Örneğin fail uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanmakta, ancak yatalak ise veya ayağa kalkamayacak oranda bağımlı ise bu durumda kendi istemiyle yakınlarının başvurusu kabul edilmelidir⁵¹.

C. Başvurunun Resmi Makamlara veya Sağlık Kuruluşlarına Yapılması

Fail hakkında etkin pişmanlık hükmünün uygulanabilmesi için bu tedavi başvurusunun mutlaka resmi bir kuruma yapılması gerekmektedir. Kanunda geçen resmi makam tabirinden anlaşılması gereken devlet ve üniversite hastaneleri, belediye hastaneleri, askeri hastaneler, cumhuriyet savcılıkları, valilikler, kaymakamlıklar emniyet ve jandarma birimleri akla gelmektedir⁵².

Kanun'da belirtilen sağlık kuruluşlarından asıl kasıt özel sağlık kuruluşları olmalıdır. Zira resmi sağlık kuruluşları aynı zamanda resmi makam olarak da değerlendirilebileceğinden bu kuruluşlara yapılacak başvurular yönünden her hangi bir tereddüt bulunmamaktadır. Özel sağlık kuruluşlarının madde kapsamına girip girmediği noktasında tereddüt duyulabilir. Ancak Kanun metninde başvuru yapılabilecek sağlık kuruluşları arasında herhangi bir ayırım yapılmadığından özel sağlık kuruluşları da başvuru yapılacak kuruluşlar arasındadır⁵³. Örneğin özel hastaneler bu kapsama girmektedir⁵⁴.

TCK'nun 192. maddesinin 4. fıkrasında etkin pişmanlık sadece failin tedavi edilmesi şartına bağlı tutulduğu için ayrıca bu tedavinin olumlu sonuçlanması, etkinlik pişmanlıktan faydalanmak için zorunlu görülmemiştir⁵⁵.

D. Başvurunun Soruşturma Başlamadan Önce Yapılması

Ceza soruşturması, CMK'nın 2. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendine göre "Kanuna göre yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden

51 YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s.5980.

52 BABA, s.76.

53 TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.923.

54 ELMAS, s.575. PARLAR, Ali/HATİPOĞLU, Muzaffer: *Türk Ceza Kanunu Yorumu*, III, 3.Bası, Seçkin, 2010, s.3065.

55 DURMUŞ/ERDEM/ÖNOK, s.923.



iddianamenin kabulüne kadar geçen süreyi” ifade eder. Dolayısıyla fail hakkında yetkili makamlar tarafından kendisinin uyuşturucu ve uyarıcı madde kullandığına, bu nedenle satın aldığına, kabul ettiğine veya bulundurduğuna ilişkin bir şüphenin veya bilginin öğrenilmesinden önce bu başvurunun yapılmış olması gerekir.

Kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın almak, kabul etmek veya bulundurmamak ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanmak suçunun faileri esasında tedavi edilmesi gereken kişilerdir. Bağımlıların tedavisinin sağlanması, onları bu sebeple cezalandırmaktan daha etkili bir yoldur. Bu nedenle faile bu imkânın soruşturma başladıktan sonra da tanınmalıdır⁵⁶. Fakat işlenen suç nedeniyle bir soruşturma açılmasından sonra tedavi amacıyla başvuruda bulunulur ise bu durumda faille ilgili bu madde hükümleri değil şartları olduğu takdirde aynı maddenin üçüncü fıkrasındaki hükümler uygulanacaktır.

E. Failin Başvuruyu Tedavi Edilmek İsteğiyle Yapması

Failin TCK'nın 192. maddesinin dördüncü fıkrasında belirtilen etkin pişmanlıktan yararlanabilmesi için tedavi olmak amacıyla başvuruda bulunması gerekir. Maddenin 2. fıkrasındaki etkin pişmanlıktan yararlanabilmek için kişinin yani uyuşturucu maddeyi bulandıran, satın alan ve kabul edenin mutlaka suçluların yakalanması veya uyuşturucu veya uyarıcı maddenin ele geçirilmesine katkısı olması aranır. Dolayısıyla burada başvurunun amacı önem taşımaktadır.

Etkin pişmanlık hükmünün uygulanabilmesi için uyuşturucu ve ya uyarıcı madde kullanmanın bağımlılık derecesine varması aranmadığından bu maddeyi bir kez kullanan ve tedaviye ihtiyacı olmayan kişi de bu etkin pişmanlık hükmünden yararlanabilir. Tedaviye gerek görülmesi hâlinde fail hakkında TCK'nın 191. maddesinin ikinci ila beşinci fıkralarına göre tedavi ve denetimli serbestlik tedbirine hükmolunacaktır.

Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan kişi aslında tedavi ve terapiye ihtiyaç duyan bir kişidir. Çünkü uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanmakla kişiler aslında kendi sağlıklarını kaybetmektedirler. Bu nedenle madde hükmü uyarınca uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan kişi, bu suçtan dolayı soruşturma başlatılmadan önce resim makamlara ve sağlık kuruluşlarına başvurarak tedavi ettirilmesini isterse ve hakkında uygulanan tedavinin ve denetimli serbestlik tedbirinin gereklerine uygun davranırsa bu nedenle cezalandırılmayacaktır⁵⁷.

56 BABA, s.76.

57 PARLAR, Ali: **Türk Ceza Kanunu Şerhi 2. Cilt**, Bilge Yayınevi Ankara 2015, s.2247.



Fail tedavinin gereklerine uymaz ise örneğin tedavi tamamlanmadan önce sağlık kuruluşundan ayrılır ise bu durumda Cumhuriyet Savcısı tarafından hakkında dava açılacak ve mahkeme tarafından TCK'nın 191. maddesinin beşinci fıkrası da nazara alınarak cezaya hükmolunacak ve bu aşamada artık etkin pişmanlık hükümleri de uygulanmayacaktır⁵⁸. Kanun koyucu, tüm bu tedbirlere rağmen cezanın caydırıcılık özelliğini her zaman bir kenarda tutmaktadır.

IV. BAŞVURUNUN RESMİ MAKAMLARA VEYA SAĞLIK KURULUŞLARINA YAPILMASI HALİNDE SUÇU BİLDİRMEME

Suçların bildirilmemesinin bir suç olarak düzenlendiği kanun hükümleri, esasında sır saklama yükümlülüğüne getirilmiş birer istisnai hükümler olarak kabul edilir ve bu suç tipleri kanuni bildirim yükümlülüğü kapsamında ele alınır⁵⁹. Bu kapsamda TCK'da kanuni bildirim yükümlülüğünü düzenleyen birden çok suç tipi bulunmaktadır. İnceleme konumuz olan kamu görevlisinin suçu bildirmemesi suçu (TCK m.279) ve sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi suçu (TCK m.280) bunlardan bazılarıdır. Kanunlarda bu tür suçlar, suç ve suçlukla mücadele amacına hizmet etmek amacıyla düzenlenmiştir⁶⁰.

TCK'nın "Etkin pişmanlık" başlıklı 192. maddesinin dördüncü fıkrasında, uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan kişi, kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın almak, kabul etmek veya bulundurmaktan dolayı soruşturma başlatılmadan önce resmi makamlara veya sağlık kuruluşlarına başvurarak tedavi ettirilmesini isterse, hakkında cezaya hükmolunmayacağı düzenlenmiştir.

Diğer yandan TCK'nın 279. maddesinde kamu görevlisinin suçu bildirmemesi suç olarak düzenlenmiştir. Bu düzenlemede, kamu görevlisinin kamu adına soruşturma ve kovuşturmayı gerektiren bir suçun işlendiğini göreviyle bağlantılı olarak öğrenip de yetkili makamlara bildirimde bulunmayı ihmal eden veya bu hususta gecikme gösteren kamu görevlisinin altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı belirtilmiştir. Aynı Kanun'un 280. maddesinde ise sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi ayrı bir suç olarak düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre ise görevini yaptığı sırada bir suçun işlendiği yönünde bir belirti ile karşılaşmasına rağmen, durumu yetkili makamlara bildirmeyen veya bu hususta gecikme gösteren sağlık mesleği mensubu, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılmaktadır.

58 YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s.5982.

59 ERBAŞ, Rahime: *Türk Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmeme Yükümlülüğü*, İstanbul Ceza Hukuku ve Kriminoloji Arşivi, On İki Levha Yayınları, 1.Baskı, İstanbul, 2015, s. 42.

60 TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.1256. ERBAŞ, s.52.



TCK'nun 280. maddesinin ikinci fıkrasında sağlık mensubu deyiminden ne anlaşılması gerektiğine ilişkin açıklama yapılmıştır. Bu kavramdan; tabip, diş tabibi, eczacı, ebe, hemşire ve sağlık hizmeti veren diğer kişiler anlaşılacağı maddede belirtilmiştir. Madde gerekçesinde ise söz konusu ihbar yükümlülüğünün madde metninde sayılan sağlık mensupları ile sınırlı olmadığı, örneğin bir tıbbi tahlil laboratuvarında görev yapan kişilerin de bu kapsamda görülmesi gerektiği ifade edilmiştir⁶¹. Sağlık hizmeti veren diğer kişiler kavramına klinik psikolog, bir adli tıp teknikeri veya bir ağız ve diş sağlığı teknikeri de dâhildir. Keza veterinerler de bu suçun faili olabilir. Zira kanun koyucu burada tüm sağlık meslek mensuplarını sınırlayıcı bir biçimde belirtmek yerine sağlık hizmeti veren diğer kişiler kavramını tercih etmiştir⁶².

Suçu bildirmeme yönünden sorumlu tutulan sağlık mesleği mensubu Kanuna göre herhangi bir sağlık mensubu değildir. Bir başka ifadeyle her yerde çalışan sağlık mensubu bu yükümlülükten sorumlu tutulamaz. Bu sonuç, hem maddenin içeriğinden hem de gerekçesinden anlaşılmaktadır. 280. maddenin birinci fıkrasında geçen "Görevini yaptığı sırada" ibaresi, sağlık mesleği mensubunun bir kamu görevlisi, kamuda çalışan bir sağlık mensubu olması gerektiğini ortaya koymaktadır. Bu sonuç maddenin gerekçesinde açık bir biçimde ifade edilmiştir. Gerekçede, sağlık mesleği mensubunun "devlet eliyle işletilen sağlık kuruluşlarında görev yapan" kamu görevlileri olduğu, bu kişilerin kamu görevi sıfatını taşımaları nedeniyle suçu bildirmeme yükümlülüğüne aykırı davranışları halinde cezalandırılacağı belirtilmiştir⁶³. Buna karşılık öğretide sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi suçunun oluşması açısından sağlık mesleği mensubunun aynı zamanda kamu görevlisi olmasının bir öneminin bulunmadığı dile getirilmiştir⁶⁴. Dolayısıyla kamu görevlisi olmayan sağlık mesleği mensubunun suçu bildirmemesi halinde yine de TCK'nun 280. maddesindeki suç oluşacaktır. Zira her iki suça da özel olma niteliğini veren failin sıfatıdır. Bu nedenle kamu görevlisi olan sağlık mesleği mensubu tarafından bildirimde bulunmaması durumunda fikri içtima hükümleri uygulanmalıdır⁶⁵.

Uyuşturucu ve uyarıcı madde kullanan kişi, kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın almak kabul etmek veya bulandırmaktan dolayı hakkında soruşturma başlatılmadan önce tedavi olmak amacıyla resmi

61 ARTUK, Mehmet Emin/ GÖKCEN, Ahmet/ YENİDÜNYA, Ahmet Caner: **TCK Şerhi, Özel Hükümler**, 5.Cilt, Tuhan Kitabevi, Ankara 2009, s. 5538.

62 ERBAŞ, s.11.

63 ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, s.5538.

64 TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.1257.

65 TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.1261.Farklı görüşte Erbaş, s.185. Yazara göre asli-tali norm ilişkisi çerçevesinde meseleye bakılmalı asli norm olan TCK'nun 279. hükmü uygulanmalıdır.



makamlara başvuruda bulunduğunda, başvuru resmi makamlar veya sağlık kuruluşlarında görevli olan kişilerin TCK'nın 279. maddesindeki kamu görevlisinin suçu bildirmeme ve aynı kanunun 280. maddesindeki sağlık mesleği mensubunun suçu bildirmemesi suçları karşısında bu görevlilerin nasıl hareket etmeleri gerektiği hususunda bir takım tereddütler duymaları kaçınılmazdır⁶⁶.

Buna ilaveten kamu görevlilerinin veya sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirme yükümlülüğünün bulunması nedeniyle uyuşturucu veya uyarıcı madde kullananların bir adli takibatla karşı karşıya kalma endişesiyle tedavi olmaktan kaçınmaları olağandır. Zira bu usule başvurduğunda aslında kişi kendi kendini ihbar eder konumda olmaktadır. Yine bir tarafta tedavi olmak isteyen kişi, diğer tarafta bunu tedavi etmek zorunda olan sağlık mesleği mensubunun diğer bir zorunlu olduğu suçu bildirme durumu, uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan kişiler ile sağlık mesleği mensupları arasında bir güvensizliğin oluşmasına neden olmaktadır⁶⁷.

İşte bu tereddütleri ve sorunları gidermek için kanun koyucu TCK'nın "Etkin pişmanlık" başlıklı 192. maddesinin dördüncü fıkrasına 6763 sayılı Kanun'un 17. maddesiyle "Bu durumda kamu görevlileri ile sağlık mesleği mensuplarının 279 uncu ve 280 inci maddeler uyarınca suçu bildirme yükümlülüğü doğmaz" şeklinde bir cümle eklemiştir. Bu düzenleme ile uyuşturucu ve uyarıcı madde kullanan kişi TCK'nın 191.maddesi gereğince hakkında bir soruşturma başlamadan önce tedavi olmak için başvurursa ilgili kamu görevlileri ile sağlık mesleği mensuplarının TCK'nın 279. ve 280. maddelerinde belirtilen suçu bildirme yükümlülüğü -bu maddelerde belirtilen kişiler için- doğmayacaktır⁶⁸. Aslında burada suçu bildirmeme suçuna bir istisna getirilmiştir.

Bu düzenlemeyi pekâlâ TCK'nın 25. maddesinin 1. fıkrası anlamında hakkın kullanılması hukuka uygunluk sebebi olarak da ele almak mümkündür⁶⁹. Değişiklik gerekçesine bakıldığında yukarıda ifade edilen hususların düzenlemenin yapılmasında etkili olduğu söylenebilir. Değişiklik gerekçesinde⁷⁰ ilk olarak TCK'da uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanma suçuyla ilgili hükümlerinde ıslah ve tedavi amacının, cezalandırarak caydırma amacına göre daha ön planda tutulduğu ifade edilmiştir. Eğer uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanımına devam edilmesi ve söz konusu tedavi amacının gerçekleştirilememesi hâlinde

66 ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s.802.

67 ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s.802.

68 ELMAS, s.577.

69 ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s.802.

70 <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss438.pdf>



toplum ve failin hayatı bakımından tehlikelilik arz eden bu eylemin cezalandırılması kaçınılmaz olacaktır.

Madde gerekçesinde ikinci olarak TCK'da bulunan suçu bildirme yükümlülüğünün bu suçlarda tedaviyi zorlaştırdığı ve aynı zamanda hasta hekim arasındaki güven ilişkisini zedelediği şu şekilde ifade edilmiştir. "... Kamu görevlileri ile sağlık mesleği mensuplarının işlendiğini öğrendikleri suçları ihbar etme yükümlülüklerinin bulunması ve bu yükümlülüğe uymayanlar hakkında, statülerine göre 5237 sayılı Kanununun 279 uncu veya 280 inci maddeleri uyarınca soruşturma ve kovuşturma yapılması, uyuşturucu kullananların, özellikle bağımlıların tedavi amacıyla resmi makamlara veya sağlık kuruluşlarına bizzat müracaat ederek tedavi yolunu seçmelerini engellemektedir. Ayrıca, sağlık mesleği mensuplarının, uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan kişiler bakımından varlığı kabul edilen ihbar yükümlülükleri dolayısıyla hasta-hekim arasındaki güven ilişkisi zedelenmektedir."

Gerçekten uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan kişi, tedavi amacıyla resmi makamlara veya sağlık kuruluşlarına başvurduğunda, tedavi edecek kişinin kendisini ihbar edeceğini ve bunun sonunda bir cezai müeyyideye muhatap olacağını düşündüğünde tedavi olmaktan kaçınacaktır. Tedavi olmaya hiç gitmemesi bile söz konusu olabilecektir.

Kanun koyucu son olarak uyuşturucu ve uyarıcı madde ile mücadelede tedavi ve ıslah amacının gerçekleştirilmesi için uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan ancak tedavi olarak bağımlılıktan kurtulmak isteyenler yönünden bir istisna tanınmasının zorunlu olduğunu belirtmiştir. Kanun koyucunun suçu bildirmeme yükümlülüğünün doğmayacağına dair kabul ettiği bu özel hükmü bu nedenlerle yerinde bir düzenleme olmuştur⁷¹.

V. DEĞİŞİKLİĞİN ANAYASAYA UYGUNLUK YÖNÜNDEN DEĞERLENDİRMESİ

6763 sayılı Kanun'un 17. maddesiyle TCK'nın "Etkin pişmanlık" başlıklı 192. maddesinin (4) numaralı fıkrasına eklenen "Bu durumda kamu görevlileri ile sağlık mesleği mensuplarının 279 uncu ve 280 inci maddeler uyarınca suçu bildirme yükümlülüğü doğmaz." cümlesinin Anayasaya aykırılığı nedeniyle Anayasa Mahkemesine iptal başvurusunda bulunulmuştur.

İptal başvurusunda özetle; dava konusu kuralla uyuşturucu madde kullanan kişilerin tedavi edilmek üzere resmi makamlara ve sağlık kuruluşlarına başvurmaları hâlinde ilgili kamu ve sağlık personelinin suçların soruşturulması için yetkili makamlara bildirimde bulunma yükümlülüklerinin ortadan kaldırıldığı, hâlbuki etkin pişmanlık hükmünün koşullarını değerlendirmesi görevinin sağlık mesleği

71 TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.922.



mensuplarına yerine adli mercilere ait olduğu, devletin işlenen suçlardan hukuka aykırı eylemlerden haberdar olmasında kamusal menfaatin bulunduğu, uyuşturucu kullanımı ile mücadele açısından bildirim yükümlülüğünün zaruri olduğu, kuralın etkin pişmanlık hükmünün konuluş amacıyla çeliştiği, düzenlemenin uyuşturucu ve uyarıcı madde suçlarının ortaya çıkarılması ve önlenmesi bakımından zafiyet meydana getirebilecek nitelikte olduğu, devletin temel amaç ve görevleriyle uyumlu olmadığı belirtilerek kuralın Anayasa'nın 5. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

AYM, 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesi⁷² uyarınca Anayasa'nın 5, 56. ve 58. maddeleri yönünden başvuruyu incelemiştir.

Anayasa'nın 5. maddesinde *"Devletin temel amaç ve görevleri, Türk Milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır."* denilmektedir.

Anayasa'nın 56. maddesinin birinci fıkrasında herkesin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşam hakkına sahip olduğu hüküm altına alınmış, üçüncü fıkrasında ise devlete herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenlemek ödevi verilmiştir. Sağlık hakkı, insanların sağlıklarının korunması, hastalandıklarında iyileşmeleri, tıbbi bakım görebilmeleri ve tedavi edilebilmeleri için devletin sağladığı her türlü imkândan yararlanma hakkıdır. Sağlık hakkı, insanların doğuştan kazandıkları vazgeçilemez ve devredilemez haklardan birisidir⁷³.

Anayasa'nın 58. maddesinin ikinci fıkrasında *"Devlet, gençleri alkol düşkünlüğünden, uyuşturucu maddelerden, suçluluk, kumar ve benzeri kötü alışkanlıklardan ve cehaletten korumak için gerekli tedbirleri alır."* denilmektedir.

Kanun'un 191. maddesinin dördüncü fıkrasında uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan kişinin, hakkında kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın almak, kabul etmek veya bulandırmaktan dolayı soruşturma başlatılmadan önce resmi makamlara veya sağlık kuruluşlarına başvurarak tedavi ettirilmesini istemesi hâlinde cezaya hükmolünmeyeceği öngörülmek suretiyle uyuşturucu ve uyarıcı madde kullanan kişiler yönünden etkin pişmanlık hükmü düzenlenmiştir. Bu

72 30/3/2011 Tarih ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunu, R.G. 3.4.2010 Tarih ve No:27894.

73 AYM, 23.9.2017 tarih ve E.2016/125, K.2017/143.



düzenlemeye göre etkin pişmanlıktan yararlanılabilmesi için kullanmak amacıyla uyuşturucu ve uyarıcı madde satın almak, kabul etmek ve bulundurmak suçunun işlenmiş olması, resmi makamlara ve sağlık kuruluşlarına bizzat başvurulması, başvurunun soruşturma başlatılmadan önce ve tedavi edilmek isteğiyle yapılması gerekmektedir.

Kanun'un 192. maddesinin dördüncü fıkrasında öngörülen etkin pişmanlık düzenlemesinin içeriğinden uyuşturucu ve uyarıcı madde kullanmak suçunu işleyenlerin cezalandırılması yerine tedavilerinin gerçekleştirilerek topluma kazandırılmalarının hedeflendiği anlaşılmaktadır.

Diğer taraftan Kanun'un "*Kamu görevlisinin suçu bildirmemesi*" başlıklı 279. maddesinin birinci fıkrasında kamu adına soruşturma ve kovuşturmayı gerektiren bir suçun işlendiğini göreviyle bağlantılı olarak öğrenip de yetkili makamlara bildirimde bulunmayı ihmal eden veya bu hususta gecikme gösteren kamu görevlisinin altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı; "*Sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi*" başlıklı 280. maddesinin birinci fıkrasında görevini yaptığı sırada bir suçun işlendiği yönünde bir belirti ile karşılaşmasına rağmen, durumu yetkili makamlara bildirmeyen veya bu hususta gecikme gösteren sağlık mesleği mensubunun, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı hükme bağlanmıştır.

Kanun koyucunun, Anayasa ile kendisine verilen uyuşturucuyla mücadele etmek için gerekli tedbirleri alma yükümlülüğü kapsamında kanuni düzenlemeler yapabileceği kuşkusuzdur. Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan kişilerin tedavi olmak amacıyla resmi makamlara veya sağlık kuruluşlarına başvurmaları hâlinde kamu görevlilerin ve sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirme yükümlülüğünün doğmayacağına öngörülmesi de uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanımının azaltılması ve bu kişilerin topluma kazandırılmasına yönelik tedbirler kapsamında kalmaktadır.

Dava konusu kuralla uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan kişinin, hakkında kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın almak, kabul etmek veya bulundurmaktan dolayı soruşturma başlatılmadan önce resmi makamlara veya sağlık kuruluşlarına başvurarak tedavi ettirilmesini istemesi hâlinde kamu görevlileri ile sağlık mesleği mensuplarının 279. ve 280. maddeler uyarınca suçu bildirme yükümlülüğünün doğmayacağına öngörülme suretiyle uyuşturucu ve uyarıcı madde kullanan kişilerin bir cezai müeyyideye muhatap olabilecekleri hususundaki duyabilecekleri tereddütler kaldırılarak bu kişilerin tedavi olmak amacıyla resmi makamlara veya sağlık kuruluşlarına başvurmaları teşvik edilmektedir.



Bu bağlamda Kanun'un 192. maddesinin dördüncü fıkrasında düzenlenen etkin pişmanlık hükmünün etkili bir şekilde uygulanmasına diğer bir ifadeyle işlerlik kazanmasının sağlanmasına yönelik olduğu anlaşılan kural Anayasa'nın 5., 56. ve 58. maddelerinde belirtilen devletin pozitif yükümlülüklerinin bir sonucudur.

Öte yandan kamu görevlilerinin ve sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirme yükümlülüğüne uyuşturucu ve uyarıcı madde kullanan kişilerin tedavi olmak amacıyla sağlık kuruluşlarına başvurması hâlinde istisna getiren kuralla hasta-hekim arasındaki güven ilişkisinin zedelenmesinin de önüne geçilmek istenildiği anlaşılmaktadır.

Bu itibarla uyuşturucu ve uyarıcı madde kullanan kişilerin tedavi olmak amacıyla başvurmaları hâlinde kamu görevlilerin ve sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirme yükümlülüğünü ortadan kaldıran kuralın devletin temel amaç ve görevlerine, gençleri uyuşturucu maddelerden koruma görevine ve sağlık hakkına aykırı bir yönünün bulunmadığı ifade edilerek kuralın Anayasaya aykırı olmadığı sonucuna varılmıştır⁷⁴.

SONUÇ

Ceza hukukunda genel olarak suçlar için öngörölmüş cezadan amaç cezanın caydırıcılık fonksiyonudur⁷⁵. Kanun koyucu uyuşturucu ve uyarıcı madde kullanan failer hakkında da bu anlamda bir yaptırım öngörmüştür. Bu yaptırım, iki yıldan beş yıl kadar hapis cezasıdır. Kamusal ve ekonomik yönleri son derece güçlü olan bu suçlarda kanun koyucunun cezanın caydırıcılık (uyarıcı) fonksiyonunu önde tutmaya devam ettiği görölmektedir⁷⁶. Buna karşılık suçun TCK'da düzenlendiği kısım ve niteliği dikkate alındığında tedavinin/denetimli serbestlik tedbirinin de hiçbir zaman unutulmadığı dikkatten kaçmamaktadır.

Belirtmek gerekir ki uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan kişi, aslında tedavi ve terapiye ihtiyaç duyan kişidir. Zira suçun mağduru öncelikle failin kendisidir. Uyuşturucu ve uyarıcı madde kullanımıyla ilgili suçlarla mücadelede failin tedavi edilmesi halinde bir taraftan failin bu suçu tekrar işlemesi önlenmiş olacak ve fail bu hastalıktan kurtulmuş olacak, diğer taraftan ise tüm suçlarda olduğu gibi bu suçta da mağdur olan tüm toplum ve toplumun sağlığı korunmuş olacaktır. Kanun koyucu, bu suçla etkin mücadele edilebilmesi bakımından failin hakkında bir soruşturma başlatılmadan önce tedavi olmak istemesi durumunda hakkında herhangi bir cezaya hükmolünmayacağını düzenlemiştir. Bu aslında özel bir pişmanlık hükmüdür, ancak failin eylemi suç olmaya da

74 AYM, 11.7.2018 tarih ve E.2017/32, K.2018/81.

75 Cezanın asıl amacı hakkındaki değerlendirmeler için bkz. ÖZGENÇ, s.35.

76 DOĞAN, s.280.



devam etmektedir. Kanun koyucu bu düzenleme ile yetinmemiş, etkinlik pişmanlık hükmünün etkili ve sağlıklı kullanılabilmesi ve amacına ulaşması için tedavi olmak için bir sağlık kuruluşuna giden faili tedavi etmek isteyen hekime ya da kamu görevlisine de bu suçlar bakımından bir muafiyet tanımıştır. Zira kural olarak kamu görevlileri ve devlet eliyle işletilen sağlık kuruluşlarında görev yapan sağlık mensupları bir suçla karşılaştıklarında, bu suçu yetkili resmi makamlara bildirmekle yükümlüdürler. Bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi hâlinde ise bu kişiler yönünden cezai hükümler öngörülmüştür. Ancak getirilen son düzenlemeyle, uyarıcı ve uyuşturucu madde kullanan kişilerin tedavi olmak için resmi makamlara veya sağlık mensuplarına başvurmaları hâlinde bu görevlilerin suçu bildirmeme yükümlülüğü doğmayacaktır.

Bu düzenlemenin iki tür yansıması bulunmaktadır. Bunlardan birincisi uyarıcı ve uyuşturucu kullananlar yönünden olup, bu kişilerin soruşturma geçirecekleri yönünde duyabilecekleri kaygıyı ortadan kaldırarak tedavi olmak amacıyla sağlık kuruluşlarına rahatlıkla başvuruda bulunmalarını sağlamasıdır. İkinci yansıması ise sağlık mensupları yönünden olup kendilerine tedavi olmak amacıyla gelen uyuşturucu kullanan kişilerin bu suçunu yetkili makamlara bildirme yükümlülüğünden kurtararak bu kişilerin asıl görevleri olan uyuşturucu kullanan kişilerin tedavilerine odaklanmalarının sağlanması ve hasta-hekim arasındaki güven ilişkisinin zedelenmesinin önüne geçilmesidir.

Dolayısıyla kanun koyucunun uyuşturucu madde suçlarıyla ilgili öngörülen etkin pişmanlık düzenlemesinin uygulanmasında ortaya çıkabilecek sorunları gözetererek etkin pişmanlık hükmünün etkin bir şekilde uygulanmasının sağlanması diğer bir anlatımla uyuşturucu suçlarıyla mücadele çerçevesinde öngörülen düzenlemenin işlevsel hale getirilmesi için tedbirler aldığı, bu bağlamda söz konusu uyuşturucu kullanma suçu yönünden sağlık mensuplarının suçu bildirmeme yükümlülüğünün doğmayacağını öngördüğü anlaşılmaktadır.

Anayasa Mahkemesi de uyuşturucuyla mücadele kapsamında da Devletin pozitif yükümlülüğünün bulunduğunu, bu pozitif yükümlülükler içinde bulunan düzenlemenin de uyuşturucu suçlarıyla mücadele noktasında temas ettiği yönleri geniş açıdan değerlendirerek kuralın Anayasa'ya aykırı olmadığına karar vermiştir.

Sonuç olarak 6763 sayılı Kanun'un 16. maddesiyle getirilen düzenlemenin yukarıda belirtilen yönleriyle ve özellikle uyuşturucu suçlarıyla mücadele kapsamında tedavinin ön planda tutulması ve bu amacın gerçekleştirilmesine katkı sağlayacağı düşünüldüğünden yerinde bir düzenleme olduğu kabul edilmelidir.



KAYNAKLAR

ARTUK, Mehmet Emin/ GÖKCEN, Ahmet/ Yenidünya, Ahmet Caner: **TCK Şerhi, Özel Hükümler**, 5.Cilt, Tuhan Kitabevi, Ankara 2009.

BABA, Yasemin: **Türk Ceza Kanunu'nda Etkin Pişmanlık**, İstanbul Ceza Hukuku ve Kriminoloji Arşivi, On İki Levha Yayınları. 1. Baskı, İstanbul, 2013.

DEMİRBAŞ, Timur: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayınevi, 8. Baskı, Ankara, 2012.

DOĞAN, Fatma Karakaş: **Türk Ceza Hukukunda Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Suçları**, Legal Yayıncılık, İstanbul, Ocak 2015.

ELMAS, Birsen: **Uyuşturucu ve Uyarıcı Madde Suçları**, Adalet Yayınevi, 3. Baskı, Ankara, 2018.

ERBAŞ, Rahime: **Türk Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmeme Yükümlülüğü**, İstanbul Ceza Hukuku ve Kriminoloji Arşivi, On İki Levha Yayınları, 1.Baskı, İstanbul, 2015.

GÜNAY, Meryem: "Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde İmal ve Ticareti Suçlarında Etkin Pişmanlık", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Yıl:2017, S.133.

HAKERİ, Hakan: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Adalet Yayınevi, 11. Baskı, Ankara 2011.

<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss438.pdf>

<http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/kararlar/kbb.html>

KOCA, Mahmut/ ÜZÜLMEZ, İlhan: **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayınevi, 4. Baskı, Eylül 2011, Ankara.

ÖZBEK, Veli Özer/ DOĞAN, Koray/ BACAKSIZ, Pınar/ TEPE, İlker: **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Seçkin Yayınevi, Eylül 2017, Ankara.

ÖZBEK, Veli Özer/ DOĞAN, Koray/ BACAKSIZ, Pınar/ TEPE, İlker: **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayınevi, 7. Baskı, Ekim 2017, Ankara.

ÖZGENÇ, İzzet: **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayınevi, 13. Bası, Ankara 2017.

SOYASLAN, Doğan: **Türk Ceza Hukuku Öze Hükümler**, 12. Baskı, Yetkin, Ankara 2018.

PARLAR, Ali/HATIPOĞLU, Muzaffer: **Türk Ceza Kanunu Yorumu**, III, 3.Bası, Seçkin, 2010.



PARLAR, Ali: **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, 2. Cilt, Bilge Yayınevi, Ankara 2015.

TEZCAN, Durmuş/ ERDEM, Mustafa Ruhan/ ÖNOK, R.Murat: **Teori ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 16. Baskı, Seçkin, Ankara, 2018.

YAŞAR, Osman/ GÖKCAN, Hasan Tahsin/ARTUÇ, Mustafa: **Yorumlu ve Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, Adalet Yayınevi, Ankara 2014.

GENEL İŞLEM ŞARTLARININ İÇERİK DENETİMİNİN SONUÇLARI

(Results of The Content Control of The Standard Terms)

Dr. Öğr. Üyesi Akın ÜNAL¹
Arş. Gör. Emre KÖROĞLU²

ÖZ

Genel işlem şartları, bir sözleşme yapılırken kullananın, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir (TBK m. 20/ f. 1 - c. 1). Genel işlem şartlarının denetimi; yürürlük denetimi (TBK m. 21, 22) yorum denetimi (TBK m. 23) ve içerik denetimi (TBK m. 24, 25) olmak üzere üç aşamadan oluşmaktadır. Genel işlem şartlarının içerik denetiminin düzenlendiği TBK m. 25'e göre, genel işlem şartlarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamaz. Bununla birlikte sözleşmede bu tür hükümlere yer verilmesi durumunda, bunun sonuçlarının ne olacağı düzenlenmemiştir.

Çalışmamızda genel işlem şartlarının içerik denetiminin sonuçları inceleme konusu yapılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Türk Borçlar Kanunu m. 25, Genel İşlem Şartları, Genel İşlem Şartlarının Denetimi, İçerik Denetimi, İçerik Denetiminin Sonuçları.

ABSTRACT

Standard Terms are contractual conditions, which have been prepared solely by the user and submitted to the other party in advance of a contract is concluded so as to be used in many similar contracts subsequent (TCO art. 20/ p. 1 - s. 1). The control of the standard terms consists of three stages: validity control (TCO art. 21, 22), interpretation control (TCO art. 23) and content control (TCO art. 24, 25). According to TCO art. 25, where the content control of the standard terms is regulated, the provisions which are against the interests of the other party or aggravating the condition of

- 1 Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi
- 2 Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, emre_koroglu@erciyes.edu.tr

other party cannot be amended in standard terms against of good faith. However, in the event of such provisions to be included in the contract, this results are not what happens.

In our study, results of the content control of the standard terms are examined.

Keywords: Turkish Code of Obligations art. 25, Standard Terms, Control of The Standard Terms, Content Control, Results of Content Control.

GİRİŞ

Genel işlem şartları, bir sözleşme yapılırken kullanılan, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir (TBK m. 20/ f. 1 - c. 1). Genel işlem şartlarının denetimi; yürürlük denetimi (TBK m. 21, 22) yorum denetimi (TBK m. 23) ve içerik denetimi (TBK m. 24, 25) olmak üzere üç aşamadan oluşmaktadır³. Çalışmamızın hareket noktasını oluşturan TBK m. 25 hükmüne göre, genel işlem koşullarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamaz⁴. TBK m. 25 hükmü çerçevesince

3 ATAMER, Yeşim, “Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi -TKHK m. 6 ve TTK m. 55, F. 1, (f) İle Karşılaştırmalı Olarak”, **Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, 8 Nisan 2011**, Ankara 2012, s. 11; Ayrıca bkz. Y. 11. HD., 28.04.2016 T., E. 2015/ 9764, K. 2016/ 4814 (<https://emsal.yargitay.gov.tr>, E.T., 26.02.2019); Y. 11. HD., 24.10.2018 T., E. 2017/ 910, K. 2018/ 6620 (<https://emsal.yargitay.gov.tr>, E.T., 26.02.2019).

4 Alman Hukuku’nda ise, 2002 yılında yapılan Borçlar Hukuku Reformu sonrası genel işlem şartlarının içerik denetimi üç ayrı maddede düzenlenmiştir. BGB.m.307’de içerik denetimine ilişkin genel kural, BGB m. 308’de gri liste olarak da adlandırılan sözleşmede yer verilmesi yasak olabilecek genel işlem şartları ve BGB m. 309’da ise kara liste olarak da adlandırılan sözleşmede yer verilmesi yasak olan genel işlem şartları düzenlenmiştir. Almanya’da mahkemeler tarafından genel işlem şartlarının içerik denetimi yapılırken ilk olarak söz konusu genel işlem şartlarının kara listenin (BGB m. 309) kapsamına girip girmediğine bakılmaktadır. Eğer genel işlem şartları kara listenin kapsamına girmiyorsa bu sefer gri listenin (BGB m. 308) kapsamına girip girmediğine ve en nihayetinde de genel kuralın (BGB m. 307) kapsamına girip girmediğine bakılmaktadır. Eğer bir genel işlem şartı BGB m. 309 ve m. 308’in kapsamına giriyorsa, artık BGB m. 307 uygulama alanı bulmamaktadır (LARENZ, Karl/ WOLF, Manfred, **Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts**, 9. Auflage, München 2004, s. 786, N. 54, s. 787, N. 59, s. 791, N. 75; MEDICUS, Dieter / PETERSEN, Jens, **Bürgerliches Recht, Eine nach Anspruchsgrundlagen geordnete Darstellung zur Examensvorbereitung**, 26. Auflage, München 2017, s. 31, N. 71; WOLF, Manfred/ NEUNER, Jörg, **Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts**, 11. Auflage, München 2016, s. 584, N. 65; LORENZ, Stephan/ GARTNER, Franz, “Grundwissen – Zivilrecht: Allgemeine Geschäftsbedingungen” **JuS**, 3 (2013), s. 201; BROX, Hans/ WALKER, Wolf Dietrich, **Allgemeiner Teil des BGB**, 42. Auflage, München 2018, s. 113-114, N. 18; ZERRES, Thomas, “Principles



içerik denetiminin yapılabilmesi için genel işlem şartlarının, sırasıyla yürürlük ve yorum denetimlerinden geçmiş olmasına bağlıdır. Yürürlük ya da yorum denetiminden geçmemiş olan genel işlem şartlarının içerik denetimine tabi tutulması teknik olarak mümkün değildir⁵.

I. İÇERİK DENETİMİ

Türk Borçlar Kanunu 25. maddede genel işlem şartlarının içerik denetimi için iki ölçüt esas alınmıştır. Bunlar “dürüstlük kuralına aykırı olma” ve “karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte olma”⁶ ölçütleridir.

of The German Law on Standard Terms of Contract”, s. 13, 14; BREHM, Wolfgang, **Allgemeiner Teil des BGB**, 6. Auflage, Stuttgart 2008, s. 315, N. 549; KÖHLER, Helmut, **BGB Allgemeiner Teil**, 42. Auflage, München 2018, s. 243, N. 28; BOEMKE, Burkhard/ ULRICI, Bernhard, **BGB Allgemeiner Teil**, 2. Auflage, Berlin/ Heidelberg 2014, s. 244, N. 87; MEDICUS, Dieter/ PETERSEN, Jens, , **Grundwissen zum Bürgerliches Recht, Ein Basisbuch zu den Anspruchsgrundlagen**, 11. Auflage, München 2019, s 34, N. 21; LORENZ, Stephan/ RIEHM, Thomas, **Lehrbuch zum neuen Schuldrecht**, München 2002, s. 52, N. 98); Görüldüğü üzere, Alman hukukunda genel işlem şartlarının içerik denetimine özel bir önem atfedilerek daha kapsamlı bir düzenleme yapılmıştır.

- 5 GAUCH, Peter/ SCHLUEP, Walter R./ SCHMID, Jörg, **Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil**, 10. Auflage, Zürich 2014, s. 269, N. 1128 vd., s. 280, N. 1144 vd., s. 281, N. 1146; ATAMER, Yeşim, **Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi**, 2. Bası, Beta Kitabevi, İstanbul 2001, s. 81 vd., 124 vd., 143 vd.; ATAMER, Yeşim, “Genel İşlem Şartlarının Denetiminde Yeni Açılımlar”, **Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan**, Ankara 2004, s. 292; NOMER, Halûk N., **Borçlar Hukuku, Genel Hükümler**, Gözden Geçirilmiş, Genişletilmiş On Dördüncü Baskı, İstanbul 2015, s. 74; Y. 11. HD., 28.04.2016 T., E. 2015/ 9764, K. 2016/ 4814 “...Genel işlem koşullarının denetim ise üçe ayrılmıştır. Yürürlük denetimi (TBK'nın 21 ve 22. maddesi), yorum denetimi (TBK'nın 23. maddesi) ve içerik denetimi (TBK'nın 24 ve 25. maddesi)'dir. TBK'nın 21. maddesinde genel işlem şartının yazılmamış sayılması, 22. maddesinde yazılmamış sayılmasının sözleşmeye etkisi, 23. maddesinde ise genel işlem koşulunun yorumlanması hükmü düzenlenmiştir. Bu durumda mahkemece, genel işlem koşulu olduğu kabul edilen cezai şarta ilişkin hükmün öncelikle TBK'nın 21, 22 ve 23. maddeleri çerçevesinde değerlendirilip sonucuna göre karar verilmesi gerekirken yanılığlı değerlendirme ile TBK'nın 25. maddesine göre değerlendirilmesi de doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir.” (<https://emsal.yargitay.gov.tr>, E.T. 05.03.2019); Y. 11. HD., 27.06.2018 T., E. 2016/ 13461, K. 2018/ 4893 “Bir sözleşme hükmünün genel işlem koşulu niteliğinde olduğunun anlaşılması halinde, genel işlem koşullarının üç aşamalı denetime tabi tutulması gerekir. Söz konusu denetim aşamaları; yürürlük (kapsam) denetimi, yorum denetimi ve içerik denetimidir. ... Sözleşmede, yürürlük denetiminin aşılması ve yorumu gerektirecek bir belirsizliğin bulunmaması veya bulunsa bile düzenleyen aleyhine yorum yapılmış olmasından sonra, sözleşmenin bir de “içerik” denetimine tabi tutulması gerekmektedir.” (<https://emsal.yargitay.gov.tr>, E.T. 03.05.2019).
- 6 Doktrinde haklı olarak “karşı tarafın durumunu ağırlaştırma” ibaresinin, niteliği itibariyle zaten “karşı taraf aleyhine” anlamına geleceği, bu sebeple anlamsız bir tekrar ve fazlalık olduğu ve TBK m. 25'te bu ifadeye yer verilmesine hiç gerek olmadığı ifade edilmiştir. Bkz. EREN, Fikret, “Genel İşlem Şartlarında İçerik Denetimi”, *İzmir Barosu Dergisi*, Yıl 2015, Sayı 3, s. 296.

Anılan maddeye göre “dürüstlük kuralına aykırı olma” durumu içerik denetiminde temel ölçüt olarak kabul edilmiştir. Ancak madde metninde dürüstlük kuralına aykırılıktan neyin anlaşılacağına ilişkin herhangi bir kıstasa yer verilmemiştir. Doktrinde bu durumun bilinçli bir tercih olduğu ileri sürülmüştür⁷. Diğer yandan doktrin de bu ölçütün sözleşmenin amacına göre belirleneceği ve sözleşmenin doğasından kaynaklanan en uygun hak ve borç dağılımı paritesinin denetim ölçütü olarak kabul edilmesi gerektiği de ifade edilmiştir⁸. Yargıtay ise, genel işlem şartı olduğu ileri sürülen hükmün dürüstlük kuralına aykırı olup olmadığı belirlenirken, mahkemece her somut olaya göre bu durumun tartışılacağı ve değerlendirileceğini belirtmektedir⁹. Bununla birlikte bir anlamda TBK m. 25’in kaynağını oluşturan BGB m. 307/ f. 2’de ise dürüstlük kuralına aykırılıktan neyin anlaşılması gerektiğine ilişkin ölçütlere açık biçimde yer verilmiştir¹⁰. BGB m. 307/f. 2 hükmü “Genel işlem şartları içerisinde yer

7 ANTALYA, Gökhan, **Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Cilt I**, İstanbul 2015, s. 436.

8 AYDIN, Ramazan, “Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar (TKHK m. 5)”, **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl 2016, Cilt 11, Sayı 1, s. 106. Yine aynı yönde olmak üzere doktrinde TBK m. 25’te hüküm içi bir boşluğun bulunduğu ve bu boşluğun 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu m. 55/ f. 1, b. (f) hükmü dikkate alınarak doldurulması gerektiği ifade edilmiştir. Buna göre “doğrudan veya yorum yoluyla uygulanacak olan kanuni düzenlemeden önemli ölçüde ayrılan” veya “sözleşmenin niteliğine önemli ölçüde aykırı haklar ve borçlar dağılımını öngören” genel işlem şartları dürüstlük kuralına aykırı sayılmalıdır; ATAMER, TBK’ya Göre Genel İşlem Koşulları, s. 41-43; ATAMER, Yeşim, “6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Çerçevesinde Fiyat Denetimi”, **Yeni Tüketici Hukuku Konferansı (Makaleler-Tebliğler)**, İstanbul 2015, s. 36-37; Aynı yönde; İNCEOĞLU, M. Murat/ ATAMER, Yeşim M., “Das neue türkische Obligationenrecht vom 11. Januar 2011 - ein Überblick zu den wichtigsten Änderungen”, **Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins**, Jahr 2013, Band 149, Heft 1, s. 72; HAVUTÇU, Ayşe, “Genel İşlem Şartlarının Sözleşme İle İlişkilendirilmesi, İçeriklerinin Denetlenmesi”, **Tüketici Hukuku Konferansı, 5-6 Aralık 2015, Makaleler- Tebliğler**, Ankara 2016, s. 100; GÜMÜŞ, Mustafa Alper, **6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Cilt 1 (Madde 1-46)**, İstanbul 2014, s. 58; AYDOĞDU, Murat, **Türk Borçlar Hukukunda Genel İşlem Koşullarının ve Tüketici Hukukunda Haksız Şartların Denetimi**, Ankara 2014, s. 126; AYDOĞDU, Murat, İstanbul Şerhi, Türk Borçlar Kanunu, İstanbul 2017, s. 297-298; BAŞ, Ece, “6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Genel İşlem Koşulu Kavramı ve İçerik Denetimi”, **Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan**, İstanbul 2013, s. 293-294.

9 Y. 11. HD., 27.06.2018 T., E. 2016/ 13461, K. 2018/ 4893 “İçerik denetimi yapılırken, genel işlem koşulu olduğu ileri sürülen hükmün “dürüstlük kuralı” na aykırı olup olmadığı, karşı tarafın aleyhine ve onun şartlarını ağırlaştırıcı nitelikte olup olmadığına bakılacaktır. Hangi tür sözleşme hükümlerinin dürüstlük kuralına aykırı ve diğer tarafın şartlarını ağırlaştırıcı nitelikte olduğu hususu kanunda düzenlenmemiş olup, mahkemece her somut olayda bu durumun tartışılması ve değerlendirilmesi gerekir.”. (<https://emsal.yargitay.gov.tr>, E.T. 03.05.2019).

10 Bu konu hakkında bkz., JAUERNIG, Othmar/ STADLER, Astrid, **Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar**, 17. Auflage, München 2018, BGB § 307, s. 419 vd., N. 10-11, BGB § 307, s. 423 vd., N. 12; LORENZ/ RIEHM, s. 56, N. 107.



alan bir kayıt; 1. Kendisinden ayrılan kanuni düzenlemenin temelinde yatan esas düşünceden ayrılmıyorsa veya 2. Sözleşmenin doğasından kaynaklanan temel hak ve borçları, sözleşmenin amacına ulaşmasını tehlikeye düşürecek ölçüde sınırlandırıyor, bu kayda, tereddüt durumunda, kullananın karşısında yer alan sözleşme tarafını dürüstlük kuralına aykırı düşecek ölçüde mağdur ettiği kabul edilir” şeklindedir.

Diğer yandan ikinci ölçüt olarak TBK m. 25’te karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte olan genel işlem şartlarının sözleşmeye konulamayacağı belirtilmiştir. Buna karşın söz konusu genel işlem şartlarının sözleşmeye konulması halinde bunun sonuçlarının ne olacağı ilgili hükümde düzenlenmemiştir¹¹.

Bu sebeple aşağıda genel işlem şartlarının içerik denetiminin sonuçları ele alınmış ve buna ilişkin düşünceler ortaya konmuştur.

II. İÇERİK DENETİMİNİN SONUÇLARI

A. Genel Olarak

Genel işlem şartlarında yapılan içerik denetiminin sonucunda iki farklı ihtimalle karşı karşıya kalınabilir. İlk ihtimalde karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler dürüstlük kuralına uygun bulunabilir¹². Böyle bir durumda içerik denetimine tabi tutulmuş olan genel işlem şartlarının taraflar arasındaki sözleşmeye uygulanabilir nitelikte hükümler olduğu tespit edilmiş olacağı için bunlar geçerliliklerini sürdürmeye devam ederler¹³. Diğer ihtimalde ise, içerik denetimine tabi tutulan karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümlerin dürüstlük kuralına aykırı olduğu tespit edilebilir¹⁴. TBK m. 25’te bu nitelikteki genel işlem şartlarının sözleşmeye konulamayacağı belirtilmiş, ancak söz konusu genel işlem şartlarına sözleşmede yer verilmesi durumunda bunun yaptırımının ne olacağı madde metninde açık bir şekilde düzenlenmemiştir¹⁵. Sadece TBK m. 25’in gerekçesinde “Bu tür hükümlerin yaptırımı, Tasarımın 27’nci maddesinin ikinci fıkrasının

11 HAVUTÇU, İçerik Denetimi, s. 102; AYDOĞDU, İstanbul Şerhi, s. 306.

12 OĞUZMAN, Kemal/ ÖZ, Turgut, **Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Cilt 1**, Gözden Geçirilmiş 15. Bası, İstanbul 2017, s. 167; TİFTİK, Mustafa/ ÖZCAN, Zeynep, “Türk Borçlar Kanunu’na Göre Standart Sözleşmelerde İçerik Denetimi”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, Yıl 2015, Cilt 31, Sayı 1, s. 39; ASLAN, İ. Yılmaz, **Tüketici Hukuku Dersleri**, Güncellenmiş 5. Baskı, Bursa 2014, s. 166; YELMEN, Adem, **Türk Borçlar Kanunu’na Göre Genel İşlem Şartları**, Ankara, s. 2014, s. 157.

13 OĞUZMAN/ ÖZ, s. 167; TİFTİK/ ÖZCAN, s. 39; ASLAN, s. 167; YELMEN, Genel İşlem Şartları, s. 157.

14 OĞUZMAN/ ÖZ, s. 167; YELMEN, Genel İşlem Şartları, s. 157.

15 Bkz. ATAMER, TBK’ya Göre Genel İşlem Koşulları, s. 61.

birinci cümlesi anlamında kesin hükümsüzlük olacaktır.” şeklinde ifadelerle yer verilmiştir. Bununla birlikte 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 5/ f. 2’de ise dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe sebep olan haksız şartların kesin hükümsüz olacağı açık bir şekilde düzenlenmiştir. Diğer yandan TBK m. 25’in kaynağını oluşturan BGB m. 307/ f. 1 - c. 1’de de dürüstlük kuralına aykırı ve karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte olan genel işlem şartlarının sözleşmeye konulması durumunda bunların geçersiz (kesin hükümsüz) olacağı açık bir şekilde belirtilmiştir. Kanaatimizce TBK m. 25’te de söz konusu hükümlerde olduğu gibi açık bir düzenlemeye yer verilmesi daha uygun olurdu.

İçerik denetimine ilişkin TBK m. 25 hükmü, yine ilgili maddenin gerekçesinde de değinildiği üzere emredici bir hüküm niteliğindedir¹⁶. Zira TBK m. 25 hükmü ile genel işlem şartlarını kullanan tarafın önceden tek taraflı olarak hazırladığı veya hazırlattığı ve pazarlık etmeden sözleşmede yer verdiği hükümlere karşı sözleşmenin zayıf durumundaki diğer tarafın korunması amaçlanmaktadır. Bu sebeple, sözleşmede yer verilmek istenilen genel işlem şartları emredici hukuk kurallarına aykırı olamaz; yani bu kuralları ortadan kaldıramaz. Eğer TBK m. 25 hükmüne rağmen sözleşmeye, dürüstlük kuralına aykırı genel işlem şartları konulursa, bunun yaptırımını TBK m. 27 hükmü gereğince kesin hükümsüz olur¹⁷.

16 Nitekim kanun koyucu TBK m. 25’in gerekçesinde: “...genel işlem koşullarının tâbi olduğu geçerlilik kuralları, bunlara aykırılığın yaptırımları ve genel işlem koşullarının yorumlanması gibi konuların açıklığa kavuşturulması amacıyla, bütün sözleşmeleri kapsayacak emredici genel hükümler şeklinde düzenlenmesi zorunlu görülmüştür” şeklinde bu hususu ifade etmiştir. Söz konusu hükmün emredici nitelikte bir hüküm olduğu yönünde ayrıca bkz.: ATAMER, TBK’ya Göre Genel İşlem Koşulları, s. 61; ANTALYA, Borçlar Hukuku, s. 432; BAŞ, s. 302; EREN, Fikret, **6098 sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku, Genel Hükümler**, 16. Baskı, Ankara 2014, s. 220; HAVUTÇU, Ayşe, “6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Genel İşlem Şartlarına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, İzmir Barosu Dergisi, Yıl 2011, Sayı 2, s. 45; AKİPEK ÖCAL, Şebnem, “6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun Genel İşlem Koşulları Hükümlerinin Konu Bakımından Uygulama Alanı”, İzmir Barosu Dergisi, Yıl 2015, Sayı 3, s. 200; Aynı yönde, Y. 11. HD., 27.06.2018 T., E. 2016/ 13461, K. 2018/ 4893 “İçerik denetimi aşamasında, sözleşme hükmünün dürüstlük kuralına aykırı olduğu ve karşı tarafın şartlarını ağırlaştırdığının tespiti halinde, genel işlem koşulu niteliğindeki bu hükmün, yürürlük denetiminden farklı olarak, kanunun emredici hükmüne açık aykırılık sebebiyle kesin hükümsüz sayılması gerekir.” (<https://emsal.yargitay.gov.tr>, E.T. 03.05.2019).

17 GAUCH/ SCHLUEP/ SCHMID, s. 281, N. 1146a, s. 287, N. 1155; BREHM, s. 322, N. 563; EREN, Borçlar Hukuku, s. 222; OĞUZMAN/ ÖZ, s. 167; HAVUTÇU, Değerlendirme, s. 45; HAVUTÇU, İçerik Denetimi, s. 102; ATAMER, TBK’ya Göre Genel İşlem Koşulları, s. 61; NOMER, s. 74; AKİPEK ÖCAL, s. 197; TİFTİK/ ÖZCAN, s. 41, 52; GÜMÜŞ, s. 59; BAŞ, s. 302; KÖHLER, Helmut, **BGB AT Kompakt**, 2. Auflage, München 2010, s. 122, N. 355; TERCIER, Pierre/ PICHONNAZ, Pascal/ DEVELİOĞLU, H. Murat, **Borçlar Hukuku**,



İçerik denetimi sonucunda sözleşmedeki genel işlem şartlarının tamamı kesin hükümsüz olabileceği gibi, bir kısmı da kesin hükümsüz olabilir¹⁸. Bununla birlikte her iki durumda da genel işlem şartı içermeyen sözleşme hükümleri geçerliliklerini sürdürmeye devam ederler¹⁹. Genel işlem şartı içermeyen sözleşme hükümlerinin geçerliliklerini sürdürmesi sebebiyle sözleşmenin bütünü açısından ise kısmi kesin hükümsüzlük durumu söz

Genel Hükümler, İstanbul 2016, s. 275; GÜNAY, Cevdet İlhan, **Türk Borçlar Kanunu Şerhi**, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Ankara 2015, s. 162; İNAN, Ali Naim/ YÜCEL, Özge, **Borçlar Hukuku, Genel Hükümler**, Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenip, Genişletilmiş 4. Baskı, Ankara 2014, s. 306; ÖZ, Turgut, **Yeni Borçlar Kanununun Getirdiği Başlıca Değişiklikler ve Yenilikler**, 3. Bası, İstanbul 2012, s. 8; ANTALYA, Gökhan, "6098 sayılı TBK'nın 20-25. Maddede Yer Alan "Genel İşlem Şartları" ile 6502 sayılı TKHK'nın 5. Maddesinde Yer Alan "Haksız Şartlar"ın Karşılaştırılması", **Terazi Hukuk Dergisi**, Yıl 2014, Cilt 9, Özel Sayı, s. 45; REİSOĞLU, Safa, **Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler**, 1.7.2012'de Yürürlüğe Giren Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış Yirmi Dördüncü Bası, İstanbul 2013, s. 78; KIRCA, Çiğdem, "Genel İşlem Koşulları İle Kararlaştırılan Ceza Koşulunun Denetlenmesi", **Evensel Hukuk İlkeleri Işığında Türk Medeni Hukukunda Değişimler Sempozyumu, 10-11 Haziran 2016**, Ankara 2016, s. 131; ESENER, Turhan/ GÜNDOĞDU, Fatih, **Borçlar Hukuku I, Sözleşmelerin Kuruluşu ve Geçerliliği (TBK m. 1-48)**, İstanbul 2017, s. 240; YENİOCAK, Umut "Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Genel İşlem Koşullarının Yargısal Denetimi", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Yıl 2013, Sayı 107, s. 94; AKÇAAL, Mehmet, "Borçlar Kanununun Genel İşlem Koşullarına Dair Hükümleri Hakkında Bir İnceleme", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl 2014, Cilt XVIII, Sayı 1, s. 62; Yargıtay'ın bir kararında ise TBK m. 27'ye herhangi bir yollama yapılmaksızın "...genel işlem koşullarını düzenleyen 6098 sayılı TBK'nın 20-25. maddelerindeki hükümlerin kamu düzenine ilişkin olduğu ve somut olayda uygulanması gerektiği, sözleşmelerde yer alan komisyon alacağına ilişkin hükümlerin kredi kullanan tarafın aleyhine ve onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte ve dürüstlük kurallarına aykırı olduğu, TBK'nın 25. maddesi uyarınca yazılmaması sayılacağı, bu durumda sözleşmenin yazılmaması sayılan 3.3, 6.1, 6.6, 6.9, 21. Maddeleri dışındaki hükümlerinin geçerliliklerini koruyacakları..." şeklinde yazılmaması sayılma vurgusu yapılmıştır. Bkz. Y. 11. HD., 11.06.2014 T., E. 2014/4733, K. 2014/11174 (<https://emsal.yargitay.gov.tr>, E.T. 02.04.2019).

18 LARENZ/ WOLF, s. 791, N. 77; WOLF/ NEUNER, s. 587, N. 81; HAVUTÇU, Ayşe, **Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması**, İzmir 2003, s. 179.

19 GAUCH/ SCHLUEP/ SCHMID, s. 288, N. 1155b; WOLF/ NEUNER, s. 587, N. 81; MEDICUS/ PETERSEN, Bürgerliches Recht, s. 30, N. 69; LORENZ/ RIEHM, s. 57, N. 109; REİSOĞLU, s. 78; HAVUTÇU, Genel İşlem Şartları, s. 179; TİFTİK/ ÖZCAN, s. 41; AYDOĞDU, İstanbul Şerhi, s. 307; AYDIN, s. 113; AKÇAAL, s. 62; YELMEN, Genel İşlem Şartları, s. 157; ZERRES, s. 16; MARKESINIS, Sir Basil/ UNBERATH, Hannes/ JOHNSTON, Angus, **The German Law of Contract, A Comparative Treatise**, Second Edition, Oxford and Portland, Oregon 2006, s. 179; SCHÄFER, Carsten, **Das neue Schuldrecht**, München 2002, s. 351, N. 19; ÖZEL, Çağlar, **Tüketicinin Korunması Hukuku**, 6502 sayılı Kanuna Göre Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara 2014, s. 79; ENGİN, Baki İlkey, "Schutz des Verbrauchers vor Allgemeinen Geschäftsbedingungen im türkischen Recht", **Annales de la Faculte de Droit d'Istanbul**, Year 2008, Volume 40, Number 57, s. 290; AYDOĞDU, Murat, **Tüketici Kılavuzu - Hukuk Rehberi**, İstanbul 2014, s. 37.

konusu olur. Bu durumda da kısmi kesin hükümsüzlüğe ilişkin TBK m. 27/ f. 2 hükmü uygulama alanı bulur²⁰.

B. Kısmi Kesin Hükümsüzlük

1. Genel Olarak Kısmi Kesin Hükümsüzlük

Bir sözleşmedeki bazı hükümlerin kesin hükümsüz olduğu, diğer hükümlerin ise geçerliliğini koruduğu durumlarda “kısmi kesin hükümsüzlük” söz konusu olmaktadır. TBK m. 27/ f. 2 - c. 1’deki “Sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemez.” hüküm uyarınca da, taraflar arasında yapılan sözleşmenin kesin hükümsüz olan hükümleri dışında kalan kısmı, kural olarak, geçerliliğini korumaktadır. Böylece sözleşmeye asgari düzeyde müdahale edilmiş, tarafların ortak iradelerini yansıtan sözleşme ayakta tutulmaya çalışılmıştır²¹.

Bir sözleşmede kısmi kesin hükümsüzlüğün söz konusu olabilmesi için, TBK m. 27/f. 2 - c. 1’ de belirtildiği üzere, sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması gereklidir. Bununla birlikte “sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmı” ifadesinden neyin anlaşılması gerektiği doktrinde tartışmalıdır. Doktrindeki ilk görüşe²² göre, bu ifade ile sadece sözleşmenin içeriğinde yer alan bireysel kısımlar değil, aynı zamanda sözleşme ile borçlanılmış olan edimin de miktar olarak bir kısmı

20 BGB m. 306/ f. 1’de bu durum “Genel işlem şartlarının tamamı veya bir kısmı sözleşmeye dâhil olmamışsa ya da kesin hükümsüzse, sözleşmenin geriye kalan kısmı geçerliliğini sürdürmeye devam eder.” şeklinde açık biçimde hükme bağlanmıştır. Bu konuda bkz. JAUERNIG/ STADLER, BGB § 306, s. 409-410, N. 2-3; LORENZ/ RIEHM, s. 57, N. 109; Ayrıca bkz. EREN, İçerik Denetimi, s. 303; EREN, Borçlar Hukuku 2017, s. 234; ATAMER, TBK’ya Göre Genel İşlem Koşulları, s. 62; HAVUTÇU, İçerik Denetimi, s. 102; ANTALYA, Borçlar Hukuku, s. 441; ÖZEL, s. 79; TİFTİK/ ÖZCAN, s. 52; AYDOĞDU, Genel İşlem Koşulları, s. 133; AYDOĞDU, Tüketici Kılavuzu, s. 37; BAŞ, s. 302; YELMEN, Genel İşlem Şartları, s. 157; ŞEKER, Muaffer, **Yazılmamış Sayılma**, İstanbul 2015, s. 81; KIRKBEŞOĞLU, Nagehan, **Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük**, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Uyarlanmış, İstanbul 2011, s. 66, 286; YELMEN, Adem, “Değiştirme Yasası”, İzmir Barosu Dergisi, Yıl 2015, Sayı 3, s. 373.

21 ATAMER, Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, s. 222; KIRKBEŞOĞLU, s. 105; EREN, Borçlar Hukuku, s. 337; ATAMER, TBK’ya Göre Genel İşlem Koşulları, s. 62; AYDOĞDU, İstanbul Şerhi, s. 307; ŞEKER, s. 82-83; YELMEN, Genel İşlem Şartları, s. 158; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, **Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, Birinci Cilt, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme**, Yenilenmiş Genişletilmiş Tamamlanmış 4 üncü Bası dan 5 inci Tıpkı Bası, İstanbul 2010, s. 604; BAŞPINAR, Veysel, **Borç Sözleşmelerinin Kısmî Butlanı**, Ankara 1998, s. 4; ATEŞ, Derya, **Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlâka Aykırılık**, Ankara 2007, s. 281.

22 SPIRO, Karl, “Können übermäßige Verpflichtungen oder Verfügungen in reduziertem Umfang ausgehalten werden?”, **ZBJV**, 88 (1952), s. 459, 528; von TUHR, Andreas, **Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, Cilt 1-2**, (Çev. EDEGE, Cevat), Ankara 1983, s. 224.



kastedilmiştir. Bu görüşü benimseyenlere göre, edimin miktar itibariyle bölünmesi mümkünse, edimin kanuni sınırı aşan kısmı kesin hükümsüz sayılır. Böyle bir durumda ise artık edim kanuni sınır üzerinden geçerliliğini sürdürmeye devam eder²³. Doktrindeki diğer görüşe²⁴ göre ise, bu ifade ile sadece sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmı kastedilmiştir. Çünkü TBK m. 27/f. 2 - c. 1' de açık bir şekilde "*borçlanılan edimlerden bir kısmı*" ifadesine değil, "*sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmı*" ifadesine yer verilmiştir. "*Sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmı*" ifadesinden borçlanılan edimlerin miktar olarak bir kısmı çıkarılamaz²⁵. Kaldı ki, borçlanılan edimlerin bir miktarının "*geçerli kısım*", diğer bir miktarının "*geçersiz kısım*" olarak ikiye ayrılması da mümkün değildir²⁶. Yine taraflarca sözleşmede edim niteliği taşımayan hükümlere de yer verilebileceği için, sözleşmenin içerdiği hükümlerin bölünebilirliği kavramı ile edimlerin bölünebilirliği kavramı birbirinden tamamen farklı kavramlardır. Örneğin, sözleşmenin içeriğinde yer alan cezai şarta, feshe, dönmeye, sorumsuzluk kaydına ilişkin hükümler edim niteliğini taşımamalarına rağmen, sözleşmenin içerdiği hükümlerin bir kısmını oluşturmaktadırlar²⁷. Bu sebeple sözleşmede yer alan bu hükümlerden birinin hükümsüz olduğu durumlarda da kısmi kesin hükümsüzlük söz konusu olabilir²⁸.

23 von TUHR, s. 224; SPIRO, s. 459 vd.; EREN, Borçlar Hukuku, s. 338-339; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Hükümsüzlük, s. 31; BAŞPINAR, s. 61; ATAMER, Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, s. 232; KIRKBEŞOĞLU, s. 116; ÇINAR, Ömer, **Tüketici Hukukunda Haksız Şartlar**, İstanbul 2009, s. 187; KARABAĞ BULUT, Nil, **Medeni Kanunun 23. Maddesi Kapsamında Kişilik Hakkının Sözleşme Özgürlüğüne Etkisi**, İstanbul 2014, s. 366; AKBULUT, Pakize Ezgi, **Borçlar Hukukunda Kesin Hükümsüzlük Yaptırımının Amaca Uygun Sınırlama (Teleolojik Redüksiyon) Yöntemi İle Daraltılması**, İstanbul 2016, s. 327; Aynı yönde, Y. 23. HD., 16.06.2014 T., E. 2014/ 4780, K. 2014/ 4622 "... genel kurulca kararlaştırılan faiz oranının yasal oranın iki katını aştığı hallerde, TBK'nın 27/2. maddesi uyarınca kısmi hükümsüzlük kararı verilmesi mümkün bulunduğundan, buna göre bu oranı aşan kısmın iptaline karar verilmesi gerektiğinden, anılan ilkeye aykırılıktan söz edilemez." (www.kazanci.com.tr, E.T., 15.12.2018).

24 BAŞPINAR, s. 62; ATAMER, Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, s. 222-223; KARABAĞ BULUT, s. 361, 366; HÜRLIMANN, Roland, **Teilnichtigkeit von Schuldverträgen nach Art. 20 Abs. 2 OR**, Freiburg 1984, N. 153 vd.

25 BAŞPINAR, s. 62; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, ""Değişik Kısmi Hükümsüzlük" ve "Genişletilmiş Kısmi Hükümsüzlük" Kavramları ile İlgili Düşünceler", **Selim Kaneti'ye Armağan**, İstanbul 1996, s. 30.

26 KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Hükümsüzlük, s. 31; BAŞPINAR, s. 63.

27 BAŞPINAR, s. 63; ATAMER, Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, s. 223; ÇINAR, s. 187.

28 BAŞPINAR, s. 63; ATAMER, Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, s. 223; ÇINAR, s. 187-188.

Bazı durumlarda, sözleşmenin taraflardan birinin, kesin hükümsüz olan hükümler olmadan sözleşmeyi asla yapmak istemeyeceğini ileri sürmesi mümkündür. Bu gibi durumlarda TBK m. 27/f. 2 - c. 2 hükmü uygulama alanı bulur. TBK m. 27/f. 2 - c. 2 hükmünde, kesin hükümsüz olan hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamının kesin olarak hükümsüz olacağı belirtilmiştir. Dolayısıyla taraflar böyle bir durumda artık istemedikleri bir sonuçla karşı karşıya kalmaktan kurtulmuş olacak ve iradelerinin aksine sözleşme ile bağlı tutulamayacaklardır²⁹. Ancak dikkat edilmesi gereken husus, kısmi kesin hükümsüzlük durumunda, sözleşmenin geçerliliğini koruyan hükümler ile ayakta kalması kural olduğu için, bu durumun aksini, yani kesin hükümsüz olan hükümler olmadan sözleşmenin asla yapılmak istemeyeceğini ileri süren taraf, bu iddiasını ispat etme külfeti altındadır³⁰.

TBK m. 27/ f. 2 hükmü emredici nitelikte bir kural değildir; aksine yedek hukuk kuralıdır³¹. Bu sebeple tarafların aralarında yaptıkları sözleşme ile açık olarak, sözleşmenin hükümlerinden bir kısmının kesin hükümsüz olduğu durumlarda, sözleşmenin tamamının kesin hükümsüz olacağını kararlaştırmaları mümkündür³². İşte, tarafların, sözleşmenin hükümlerinden bir kısmının kesin hükümsüz olması durumunda, bu kısmın hükümsüzlüğünün sözleşmenin diğer kısımlarına etkisini düzenledikleri sözleşmeye hükümsüzlük anlaşması denir³³. Hükümsüzlük anlaşmasının bulunduğu durumlarda artık tarafların iradeleri öncelikli olarak dikkate alınacağı için, TBK m. 27/ f. 2 hükmü uygulama alanı bulmaz³⁴. Bununla birlikte taraflar sözleşmede, kısmi kesin hükümsüzlük

29 ATAMER, Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, s. 222; ATAMER, TBK'ya Göre Genel İşlem Koşulları, s. 62; ÇINAR, s. 186.

30 HÜRLIMANN, N. 229; EREN, Borçlar Hukuku, s. 342; ATAMER, Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, s. 223; ŞEKER, s. 85-86.

31 EREN, Borçlar Hukuku, s. 342; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukuku, s. 600; BAŞPINAR, s. 77; KIRKBEŞOĞLU, s. 105, 197; ATEŞ, s. 283; KARABAĞ BULUT, s. 362; KARADAĞ, Özgür, **Türk Borçlar Kanununda Genel İşlem Koşulları ve Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar**, 2. Baskı, Ankara 2015, s. 68.

32 EREN, Borçlar Hukuku, s. 342; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Hükümsüzlük, s. 29; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukuku, s. 601; BAŞPINAR, s. 77; ATAMER, Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, s. 223; ŞEKER, s. 86; KIRKBEŞOĞLU, s. 106, 197; KARABAĞ BULUT, s. 362.

33 Hükümsüzlük anlaşmasının şekli hususunda 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda herhangi bir hüküm öngörülmemiştir. Bu sebeple TBK m. 12/ f. 1'de düzenlenen şekil serbestisi gereği, hükümsüzlük sözleşmesinin yazılı veya sözlü ya da resmi herhangi bir şekilde yapılması mümkündür. Yine taraflar sözleşmede yer verdikleri bir hükümle bu hususu düzenleyebilecekleri gibi, ayrı bir sözleşme ile de düzenleyebilirler (BAŞPINAR, s. 78; KIRKBEŞOĞLU, s. 198; ATEŞ, s. 284).

34 EREN, Borçlar Hukuku, s. 342; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukuku, s. 600-601; BAŞPINAR, s. 77; ATAMER, TBK'ya Göre Genel İşlem Koşulları, s. 62; KIRKBEŞOĞLU, s.



durumunda sözleşmenin tamamının kesin hükümsüz olacağını açık bir şekilde belirtmemiş olabilirler. Bu gibi durumlarda tarafların bu yönde bir iradeleri olup olmadığı değerlendirilirken, taraflar arasındaki sözleşme görüşmelerinden, sözleşme hükümlerinin kaleme alınış şekline ve kesin hükümsüz olan hükmün sözleşmenin tamamı içerisinde yerinden hareket edilir³⁵. Yapılan değerlendirme sonucu, kesin hükümsüz olan hükmün taraflar için büyük önem taşıdığı sonucuna ulaşılabiliyorsa, sözleşmenin bir kısmı değil, tamamı kesin hükümsüz olur³⁶.

2. Genel İşlem Şartlarında Kısmi Kesin Hükümsüzlük

Genel işlem şartları içeren sözleşmelerin içerik denetimine tabi tutulmasından sonra genel işlem şartlarının bir kısmının kesin hükümsüz olması sıkça karşılaşılan bir durumdur. Bu gibi durumlarda, TBK m. 27/f. 2 - c. 2 hükmünün uygulama alanı bulup bulmayacağı hususu önem arz etmektedir. Özellikle genel işlem şartlarını kullanan tarafın sözleşmeyle bağlı kalmak istemediğini ileri sürüp süremeyeceğinin değerlendirilmesi gerekmektedir. Zira içerik denetimi sonucu genel işlem şartlarının bir kısmı kesin hükümsüz olursa, genel işlem şartlarına muhatap olan taraf, aleyhine olan hükümlerden kurtulmuş olacağı için sözleşmeyle bağlı kalmaya devam etmek isteyecek; buna karşılık olarak genel işlem şartlarını kullanan taraf ise, içerik denetimi sonucu lehine olan hükümler kısmi kesin hükümsüz olduğu için, sözleşme ile bağlı kalmaya devam etmek istemeyecektir³⁷.

Kanaatimizce genel işlem şartlarının kesin hükümsüz olması durumunda, genel işlem şartlarını kullanan tarafın TBK m. 27/f. 2 - c. 2 hükmü gereğince sözleşmenin tamamının kesin hükümsüz sayılmasının gerektiğini ileri sürmesi mümkün olmamalıdır³⁸. Aksinin kabulü

198; ATEŞ, s. 283; ÇINAR, s. 189; KARABAĞ BULUT, s. 362; KARADAĞ, s. 68.

35 HÜRLIMANN, N. 229; ATAMER, Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, s. 223.

36 HÜRLIMANN, N. 229; ATAMER, Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, s. 223.

37 ATAMER, Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, s. 224; AKSOY DURSUN, Sanem, **Borçlar Hukukunda Hâkimin Sözleşmeyi Tamamlaması**, İstanbul 2008, s. 184.

38 KÖHLER, Allgemeiner Teil, s. 244, N. 30; LORENZ/GARTNER, s. 202; BREHM, s. 324, N. 566; BROX/WALKER, s. 116, N. 24; HÜRLIMANN, N. 286 vd.; EREN, Borçlar Hukuku 2017, s. 235; İNAN/ YÜCEL, s. 304, 306; HAVUTÇU, Değerlendirme, s. 45; HAVUTÇU, İçerik Denetimi, s. 102; ÖZ, s. 8-9; ATAMER, Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, s. 224; ENGİN, s. 290-291; ESENER/ GÜNDOĞDU, s. 240; GÜNAY, s. 162; NOMER, s. 73-74; AYDOĞDU, İstanbul Şerhi, s. 307-308; AYDOĞDU, Genel İşlem Koşulları, s. 134; AYDOĞDU, Tüketici Kılavuzu, s. 37; AKSOY DURSUN, s. 184; ŞEKER, s. 88, 91; AKBULUT, s. 399-400; YENİOCAK, s. 94; BAŞ, s. 303; ATAMER, GİŞ Denetiminde Yeni Açılımlar, s. 327-328; İPEK İŞLETEN, Mehtap, **Sözleşme Boşluklarının Hâkim Tarafından Doldurulması**, (Yayınlanmamış Doktora Tezi/ Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü), İstanbul 2009, s. 37, 242; BGHZ 90, 73 ff. = NJW 1984, 1177; BGHZ 117, 98 = NJW 1992, 1164; Aksi yöndeki YELMEN, somut durumun niteliği,

durumunda genel işlem şartlarına muhatap olan taraf son derece olumsuz bir durumla karşı karşıya kalacaktır. Zira genel işlem şartlarına sözleşmede yer vererek sözleşmeyi kendi lehine şekillendiren taraf aynı zamanda genel işlem şartlarını kullanan taraftır³⁹. Genel işlem şartlarına muhatap olan tarafın ise bu süreçte hiçbir katkısı bulunmamaktadır⁴⁰. Dolayısıyla genel işlem şartlarına muhatap olan taraf, genel işlem şartlarını kullanan tarafa göre zayıf konumdadır⁴¹. Eğer, sözleşmenin tamamının kesin hükümsüz olacağı kabul edilecek olursa, genel işlem şartlarını kullanan taraf bir nevi ödüllendirilmiş de olacaktır. Çünkü genel işlem şartlarını kullanan taraf bu sayede hem sözleşmede dilediği gibi genel işlem şartlarına yer verme imkânına kavuşmuş olacak, hem de içerik denetimi sonucu bunların bir kısmının kesin hükümsüzlüğüne karar verildiği durumlarda, sözleşmenin tamamının kesin hükümsüz sayılmasını sağlayarak yükümlülüklerinden kurtulmuş olacaktır⁴². Dolayısıyla içerik denetimi sonucunda genel işlem şartlarının bir kısmının kesin hükümsüzlüğüne karar verilirse, TBK m. 27/ f. 2 - c. 2 hükmü burada uygulama alanı bulmaz; sadece TBK m. 27/ f. 1 - c. 1 hükmü uygulama alanı bulur. Nitekim Kanun koyucu da bu konuyla ilgili olarak TBK m. 25'in gerekçesinde şu ifadelerle yer vermiştir: *“Bu tür hükümlerin yaptırımı, Tasarının 27’nci maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesi anlamında kesin hükümsüzlük olacaktır. Başka bir ifadeyle burada, aynı fıkranın ikinci cümlesinin uygulanması söz konusu değildir. Bu sebeple, sözleşmenin kapsamına dâhil edilen hükümlerden genel işlem koşullarına konulması yasak olanlar dışındakiler, geçerliliklerini koruyacaktır.”*. Aslında kanun koyucu TBK m. 25 veya TBK m. 27 hükmünde, kısmi kesin hükümsüzlük durumunda, genel işlem şartlarını kullanan tarafın, kesin hükümsüz olan genel işlem şartları olmasaydı sözleşmeyle bağlı kalmak istemediğini ileri sürme imkânına sahip olmadığını açık bir şekilde düzenlemeliydi⁴³.

adalet ve hakkaniyet gereği, kesin hükümsüz olan genel işlem şartları olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağını açıkça anlaşıldığı durumlarda, sözleşmenin tamamının kesin hükümsüz sayılabileceğini ileri sürmektedir. Bkz. YELMEN, Genel İşlem Şartları, s. 158.

39 REHBINDER, Manfred, “Genel İşlem Şartları ve Tüketicinin Korunması”, (Çeviren, TEOMAN, Ömer), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Yıl 1976, Cilt 42, Sayı 1-4, s. 649; ATAMER, Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, s. 224; AÇIKGÖZ, Osman, **Tüketicinin Korunması Çerçevesinde Mobil Haberleşme Abonelik Sözleşmesinde Genel İşlem Koşulları**, İstanbul 2013, s. 287-288.

40 ATAMER, Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, s. 224; AÇIKGÖZ, s. 287.

41 İNAN/ YÜCEL, s. 306; ATAMER, Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, s. 224; İPEK İŞLETEN, s. 37; AÇIKGÖZ, s. 287.

42 ATAMER, Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, s. 224; AKSOY DURSUN, s. 184; HAVUTÇU, Değerlendirme, s. 45.

43 Aynı yönde, ATAMER, Yeşim, “Revize Edilmiş Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’na İlişkin Değerlendirme ve Teklifler”, **Hukuki Perspektifler Dergisi**, Yıl 2006, Sayı 6, s. 17, 18.



Bununla birlikte genel işlem şartlarına muhatap olan tarafın ise, sözleşmede yer verilen genel işlem şartlarının bir kısmının kesin hükümsüz olması durumunda, sözleşmenin tamamının kesin hükümsüz sayılmasının gerektiğini ileri sürmesi mümkündür⁴⁴. Zira içeriğinde genel işlem şartı yer alan hükümde genel işlem şartlarına muhatap olan taraf için önem arz eden hususlara yer verilmiş olabilir. Bu gibi durumlarda söz konusu genel işlem şartı içeren hükmün kesin hükümsüz olması, sözleşmenin geriye kalan hükümlerle varlığını devam ettirmesini artık genel işlem şartlarına muhatap olan taraf açısından anlamsız kılabilir. Diğer yandan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun genel işlem şartlarına ilişkin hükümleri genel işlem şartlarına muhatap olan tarafı korumak amacıyla düzenlenmiş hükümlerdir. Genel işlem şartlarına muhatap olan tarafın sözleşmenin tamamının hükümsüz olması gerektiğini ileri süremeyeceği kabul edilirse, genel işlem şartlarına muhatap olan taraf korunmaktan ziyade TBK m. 27/ f. 2 - c. 2' deki imkâna göre daha kötü bir durumla karşı karşıya kalmış olur.

Değerlendirilmesi gereken bir diğer husus da; içerik denetimi sonucu dürüstlük kuralına aykırı olduğu tespit edilen genel işlem şartlarının hâkim tarafından kanuni bir sınıra indirilip, sadece kanuni sınırı aşan kısmının kesin hükümsüzlüğüne karar verilip verilemeyeceğidir. Örneğin, sözleşmede yetkili bir makamın belirlediği en yüksek fiyatı aşan genel işlem şartına yer verilmiş olabilir. Böyle bir durumda söz konusu genel işlem şartı yapılan içerik denetimi sonucu en yüksek fiyatı aştığı için kesin hükümsüz sayılacaktır. Ancak burada hâkimin fiyatı kanuni sınıra indirebileceği kabul edilirse sadece en yüksek fiyatı aşan kısmı kesin hükümsüz sayılacak, geriye kalan kısmı ise geçerliliğini sürdürmeye devam edecektir. Kanaatimizce bu gibi durumlarda hâkime böyle bir imkân tanınmamalı, içerik denetiminden geçemeyen genel işlem şartları doğrudan kesin hükümsüz sayılmalıdır⁴⁵. Aksi takdirde genel işlem

44 EREN, İçerik Denetimi, s. 305; EREN, Borçlar Hukuku 2017, s. 235; AYDOĞDU, Genel İşlem Koşulları, s. 134; ÇINAR, s. 104; AKBULUT, s. 400. Ayrıca belirtmemiz gerekir ki, kanun koyucu yürürlük denetimine ilişkin TBK m. 22'nin gerekçesinde şu açıklamaya yer vermiştir: "Tasarının 22'nci maddesinin ikinci cümlesinde ise, düzenleyen tarafından, yazılmamış sayılan genel işlem koşulları olmasaydı asıl sözleşmenin yapılmayacağı ve bu sözleşmeyle bağlı olunmayacağını ileri sürülemeyeceği öngörülmüştür. Bu düzenlemeyle, Alman Medeni Kanununun (BGB) 306'nci maddesinin üçüncü fıkrasından ayrılınmıştır. Böylece sözleşmeyi düzenleyenin Tasarının 27'nci maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesi hükmünden kıyas yoluyla yararlanmasi önlenmiş bulunmaktadır. Sözleşmenin diğer tarafının ise, söz konusu hükümden yararlanabileceğinde duraksama yoktur". Kanun koyucunun yürürlük denetimine ilişkin olarak yapmış olduğu bu açıklamanın kıyasen içerik denetimi ile ilgili olarak da göz önünde bulundurulması mümkündür.

45 Aynı yönde, LARENZ/ WOLF, s. 793, N. 83; LORENZ/ RIEHM, s. 57, N. 109; WOLF, s.

şartlarını kullanan taraf, kanuni sınırı aşan genel işlem şartlarının nasılsa hâkim tarafından kanuni sınıra indirileceğini bildiği için, sözleşmede bu şartlara yer vermekten kaçınmaz⁴⁶. Kaldı ki bu imkân kabul edilirse, hâkimin ister istemez genel işlem şartlarını kullanan taraf menfaatlerini genel işlem şartlarına muhatap olan tarafa göre daha çok korur duruma düşmesi gibi bir durum da ortaya çıkabilir⁴⁷. Olması gereken genel işlem şartlarını kullanan taraf tüm maddenin geçersiz olması rizikosunu kendi üzerinde taşımasıdır⁴⁸. Örneğimize geri dönecek olursak, söz konusu şartın içerik denetimi sonucu tamamen kesin hükümsüz olacağı kabul edilirse, artık sözleşmede bir boşluk ortaya çıkacağı için hâkim tarafından en yüksek fiyatın altında bir fiyat belirlenmesi mümkün olacaktır. Dolayısıyla hâkimin, içerik denetimi sonucu genel işlem şartlarını kanuni sınıra indirmesi mümkün olmamalı, söz konusu hükümlerin doğrudan kesin hükümsüz sayılmasıdır.

Sözleşmede, genel işlem şartlarının bir kısmının kesin hükümsüz olması durumunda sözleşmenin kısmen değil, tamamen hükümsüz olacağına dair hükümlere yer verilmiş olabilir. Bu gibi durumlarda, söz konusu hükümler de kesin hükümsüz sayılmalıdır⁴⁹. Çünkü bu tür hükümler de genel işlem şartlarını kullanan tarafın menfaatlerini korumaya hizmet etmektedir⁵⁰. Bu sebeple hâkim tarafından sözleşmede yer verilen genel işlem şartlarının bir kısmının kesin hükümsüzlüğüne karar verilirken, sözleşmenin tamamen hükümsüz olacağına dair hükümler dikkate

588, N. 87; BROX/ WALKER, s. 117, N. 24; HÜRLIMANN, N. 274-275; KÖHLER, BGB AT, s. 122, N. 355; KÖHLER, Allgemeiner Teil, s. 243, N. 29; SCHÄFER, s. 351, N. 19; BOEMKE/ ULRICI, s. 244, N. 89; ATAMER, Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, s. 232; AKSOY DURSUN, s. 188, dipnot 49; AYDIN, s. 114; KIRKBEŞOĞLU, s. 280; KIRCA, s. 131; STOFFELS, Markus, **AGB Recht**, 3. Auflage, München 2015, s. 254-255, N. 593; SCHWAB, Martin, **AGB Recht**, 3. Auflage, München 2019, s. 211, N. 326; BGHZ 84, 114 ff. = NJW 1982, 2309; BGHZ 85, 305, 312; BGHZ 91, 375, 384; BGHZ 92, 312, 315 = NJW 1985, 319; BGHZ 124, 380 = NJW 1994, 861; BGH NJW 2000, 1110, 1113; Aksi yönde, EREN, Borçlar Hukuku 2017, s. 236; AYDOĞDU kanuni sınırı aşan fiyatın kanuni sınıra çekilmesinin TTK m. 1530/ f. 1 hükmü gereğince mümkün olduğunu belirtmektedir. Bkz. AYDOĞDU, İstanbul Şerhi, s. 310-311. Ancak kanaatimizce TTK m. 1530/ f. 1 hükmü burada uygulama alanı bulmaz. Zira TTK m. 1530/ f. 1 hükmü taraflar arasında pazarlıkla kurulan sözleşmelerde uygulama alanı bulan bir düzenlemedir. Genel işlem şartlarında ise, sözleşmenin diğer tarafı fiyat konusunda sözleşme içeriğine etki edememekte, diğer bir deyişle genel işlem şartlarını kullanan tarafça belirlenen bu fiyatları kabul etmek zorunda kalmaktadır.

46 SCHWAB, s. 211-212, N. 326; STOFFELS, s. 254-255, N. 593; KÖHLER, Allgemeiner Teil, s. 243, N. 29.

47 ATAMER, Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, s. 232; KIRCA, s. 131.

48 LARENZ/ WOLF, s. 793, N. 83.

49 ATAMER, Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, s. 226.

50 ATAMER, Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, s. 226.



alınmamalıdır; aksine sözleşmenin geriye kalan kısmı ile varlığını devam ettireceğine hükmedilmelidir⁵¹.

III. İÇERİK DENETİMİ SONUCUNDA SÖZLEŞMEDE ORTAYA ÇIKAN BOŞLUKLARIN DOLDURULMASI

İçerik denetimi sonucunda sözleşmedeki genel işlem şartlarının bir kısmının kesin hükümsüz olması, sözleşmede herhangi bir boşluğun ortaya çıkmasına sebep olmayabilir⁵². Bu gibi durumlarda, sözleşmenin geriye kalan kısmı ile varlığını sürdürmesi mümkün ise, sözleşmenin tamamlanması hususu gündeme gelmez⁵³. Örneğin, bir taşınır satış sözleşmesinde satıcıya hiçbir gerekçe göstermeksizin tek taraflı olarak sözleşme hükümlerini değiştirme yetkisi tanıyan hükümlerin içerik denetimi sonucunda kesin hükümsüz olması durumunda, sözleşmede herhangi bir boşluk ortaya çıkmaz. Dolayısıyla böyle bir durumda, kesin hükümsüz olan hükmün yerine herhangi bir hüküm koymak gerekmeyeceği için sözleşmedeki boşlukların doldurulmasına da ihtiyaç kalmaz. Bununla birlikte her zaman böyle bir sonuç ortaya çıkmayabilir. İçerik denetimi sonucunda, sözleşmedeki genel işlem şartlarının kesin hükümsüz olması, sözleşmede bir boşluğun ortaya çıkmasına sebep olursa, bu boşlukların doldurulması gerekebilir⁵⁴. Örneğin, bir taşınır satış sözleşmesinde alıcının satıcının ayıptan doğan sorumluluğu durumunda, alıcıya seçimlik hak olarak sadece satış bedelinin indirilmesi hakkı tanınır ve bu da içerik denetimi sonucunda kesin hükümsüz sayılırsa, artık alıcının haklarına ilişkin olarak sözleşmede bir açıklık kalmayacağı için boşluk meydana gelmiş olur ve bunun hâkim tarafından doldurulması gerekir.

Genel işlem şartları içeren maddelerin kesin hükümsüz sayılması sonucu ortaya boşluk çıkması durumunda, hâkim tarafından ilk olarak kesin hükümsüz sayılan hükme ilişkin mevcut bir hukuki düzenlemenin

51 ATAMER, Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, s. 226.

52 STOFFELS, s. 253, N. 591; Sözleşme boşluklarının doldurulması ile ilgili olarak kapsamlı bilgi için bakınız: AKSOY DURSUN, s. 185 vd.; İPEK İŞLETEN, s. 5 vd.; OKTAY, Saibe, "İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşluklarının Tamamlanması", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Yıl 1996, Cilt 55, Sayı 1-2, s. 282 vd.; ATAMER, Yeşim, "Sözleşme Boşluklarının Hâkim Tarafından Doldurulması Sorununa İlişkin Düşünceler", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Yıl 2005, Cilt 63, Sayı 1-2, s. 171 vd.; KAPLAN, İbrahim, **Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi**, Ankara 2007, s. 109 vd.

53 STOFFELS, s. 253, N. 591; ATAMER, Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, s. 227; AKSOY DURSUN, s. 185; ÇINAR, s. 196; İPEK İŞLETEN, s. 242.

54 MARKESINIS/ UNBERATH/ JOHNSTON, s. 179; BROX/ WALKER, s. 116, N. 24; KÖHLER, Allgemeiner Teil, s. 244, N. 31; BREHM, s. 324, N. 566; ATAMER, Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, s. 227; ÇINAR, s. 196; İPEK İŞLETEN, s. 242; KARADAĞ, s. 69.

bulunup bulunmadığına bakılacaktır⁵⁵. Çünkü genel işlem şartları genellikle hukuki düzenlemelerden ayrılan hükümlerden meydana gelmektedir⁵⁶. Hukuki düzenlemeler ise, taraflar arasındaki borç ve yükümlülükleri adaletli ve hakkaniyetli bir şekilde dağıtan hükümlerdir⁵⁷. Dolayısıyla kesin hükümsüz sayılan hükme ilişkin hukuki bir düzenlemenin bulunduğu durumlarda, hâkim sözleşmedeki boşluğu doldururken bu düzenlemeleri esas alacaktır⁵⁸. Örneğin, genel işlem şartlarını kullanan taraf, sözleşmede hafif kusurunun yanı sıra ağır kusurundan da sorumlu tutulamayacağına ilişkin bir hükme yer vermiş olabilir. Böyle bir durumda eğer söz konusu hüküm içerik denetiminden geçemezse, kesin hükümsüz olacaktır ve sözleşmedeki boşluk sorumsuzluk anlaşmasına ilişkin TBK m. 115 hükmü ile doldurulacaktır.

Sözleşmedeki boşlukların doldurulmasında uygulanacak olan hukuki düzenlemeler, genel işlem şartının yer aldığı sözleşme ilişkisine doğrudan uygulanabilecek hükümler olabileceği gibi, kıyas yoluyla uygulanabilecek hükümler de olabilir⁵⁹. Bu sebeple hâkim tarafından ilk olarak içerisinde genel işlem şartı yer alan sözleşmenin kanunda düzenlenmiş bulunan sözleşme tiplerinden birine uyup uymadığı tespit edilecektir⁶⁰. Eğer, söz

- 55 MARKESİNİS/ UNBERATH/ JOHNSTON, s. 179; ZERRES, s. 17; REHBINDER, s. 650; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Hükümsüzlük, s. 26; EREN, Borçlar Hukuku 2017, s. 236; OKTAY, s. 289; HAVUTÇU, Genel İşlem Şartları, s. 179; ATAMER, TBK'ya Göre Genel İşlem Koşulları, s. 44; AKSOY DURSUN, s. 186; ŞEKER, s. 91-92; AYDIN, s. 114; BAŞ, s. 302; YELMEN, Genel İşlem Şartları, s. 159; ULUSAN, İlhan, "Genel İşlem Şartlarında ve Özellikle tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Haksız Şartlara İlişkin İçerik Denetimi", İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 2004, Cilt 3, Sayı 2, s. 42; DEMİR, Mehmet, "2008 Şubat Tarihli Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nın Genel İşlem Koşulları'na İlişkin Maddelerinin (m. 20-25) Değerlendirilmesi ve Çözüm Önerileri", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Yıl 2008, Sayı 76, s. 224; Y. 11. HD., 27.06.2018 T., E. 2016/ 13461, K. 2018/ 4893 "Genel işlem koşulu nedeniyle yazılmamış veya kesin hükümsüz sayılan sözleşme hükmünün, sözleşmenin uygulanmasında boşluk doğurması halinde, ortaya çıkan sözleşme içi boşluğun, hakim tarafından öncelikle yedek hukuk, bu yoksa MK m. 1. uyarınca örf ve adet hukukuyla, bu da yoksa hakimin hukuk yaratması yöntemiyle doldurulması gerekir." (<https://emsal.yargitay.gov.tr>, E.T. 03.05.2019).
- 56 REHBINDER, s. 650; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukuku, s. 256; ATAMER, GİŞ Denetiminde Yeni Açılımlar, s. 305; ATAMER, TBK'ya Göre Genel İşlem Koşulları, s. 44.
- 57 KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukuku, s. 256; ATAMER, Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, s. 228; ATAMER, GİŞ Denetiminde Yeni Açılımlar, s. 305; ATAMER, TBK'ya Göre Genel İşlem Koşulları, s. 45.
- 58 Bu husus BGB m. 306/ f. 2'de "Genel işlem şartlarının geçersiz olması ya da sözleşmeye dâhil olmaması durumunda, sözleşmenin içeriği kanuni düzenlemelere göre belirlenir" şeklinde açık biçimde düzenlenmiştir.
- 59 ATAMER, Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, s. 205, 228; ATAMER, TBK'ya Göre Genel İşlem Koşulları, s. 44, 63.
- 60 Hâkim söz konusu belirlemeyi yaparken, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerini daima göz önünde bulunduracaktır. Çünkü bu hükümler her türlü sözleşme tipinde uygulama alanı bulabilen hükümlerdir. Bunun dışında hâkim



konusu sözleşme, kanunda düzenlenmiş sözleşme tiplerinden birine uyuyorsa, hâkim ilgili sözleşme tipine ilişkin hükümleri uygulayacaktır⁶¹. Bu durumda, ilgili sözleşme tipine ilişkin emredici nitelikteki hükümler doğrudan uygulama alanı bulacaktır⁶²; yedek hükümler ise sözleşmenin bünyesine uygun düştüğü ölçüde uygulama alanı bulacaktır⁶³. Çünkü tarafların somut olayda sözleşmeyi düzenleyiş şekli kanundaki sözleşme tipinden farklı olabilir. Keza taraflar sözleşmede, kanundaki sözleşme tipine göre çok farklı bir menfaat dağılımını da öngörmüş olabilirler⁶⁴. Bazen içerisinde genel işlem şartı yer alan sözleşme kanunda düzenlenen sözleşme tiplerinden herhangi birine uymayabilir. Bu gibi durumlarda hâkim tarafından benzer bir sözleşme tipi için düzenlenmiş bulunan hükümler kıyasen uygulanacaktır⁶⁵.

Genel işlem şartlarının kesin hükümsüz sayılması sonucu sözleşmede ortaya çıkan boşluğun doldurulmasında doğrudan ya da kıyas yoluyla uygulanabilecek bir hukuki düzenleme bulunmayabilir. Böyle bir durumda sözleşmedeki boşluk, örf ve adet hukuku veya hâkimin koyacağı bir kural ile doldurulur⁶⁶. Hâkim sözleşmedeki boşluğu doldururken, taraflar arasında adaletli ve dengeli bir sözleşmenin bulunması gereklerinden hareket eder. Bu kapsamda hâkim kendisini somut olaydan soyutlayarak, tarafların bu sözleşmeyi yapmaktaki amaçlarını, sözleşmenin konusunu

tarafından maddi ve şekli anlamda kanun niteliğini taşıyan her hukuki düzenleme de dikkate alınabilir. Bu kuralların özel hukuka ya da kamu hukukuna ilişkin olması önem arz etmez. Yine, hâkim tarafından belirleme yapılırken pozitif hukuka ilişkin ilkeler ile yabancı hukuk düzenlerinde yaşanan gelişmelerin de göz önünde bulundurulmasına herhangi bir hukuki engel bulunmamaktadır (ATAMER, Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, s. 205-206; ATAMER, TBK'ya Göre Genel İşlem Koşulları, s. 45).

61 ATAMER, Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, s. 205.

62 AKSOY DURSUN, emredici hukuk kurallarının herhangi bir biçimde tartışma konusu edilmeden uygulama alanı bulacağını, dolayısıyla da bu gibi durumlarda boşluk bulunmadığının kabul edilebileceğini belirtmektedir (AKSOY DURSUN, s. 187).

63 KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukuku, s. 602-603; OKTAY, s. 289-290; ATAMER, Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, s. 205, 228; AKSOY DURSUN, s. 187; ATEŞ, s. 289-290; ÇINAR, s. 197.

64 ATAMER, Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, s. 228.

65 ATAMER, Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, s. 205.

66 KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Hükümsüzlük, s. 26, 29; EREN, Borçlar Hukuku 2017, s. 236; OKTAY, s. 290; ATAMER, GİŞ Denetiminde Yeni Açılımlar, s. 306; ATAMER, TBK'ya Göre Genel İşlem Koşulları, s. 46, 63; AYDOĞDU, Tüketici Kılavuzu, s. 37; ÇINAR, s. 198; AKSOY DURSUN, s. 186; İPEK İŞLETEN, s. 242; AYDIN, s. 114; BAŞ, s. 302; KARADAĞ, s. 70; YELMEN, Genel İşlem Şartları, s. 159; Y. 11. HD., 27.06.2018 T., E. 2016/ 13461, K. 2018/ 4893 "Genel işlem koşulu nedeniyle yazılmamış veya kesin hükümsüz sayılan sözleşme hükmünün, sözleşmenin uygulanmasında boşluk doğurması halinde, ortaya çıkan sözleşme içi boşluğun, hakim tarafından öncelikle yedek hukuk, bu yoksa MK m. 1. uyarınca örf ve adet hukukuyla, bu da yoksa hakim tarafından hukuk yaratması yöntemiyle doldurulması gerekir." (<https://emsal.yargitay.gov.tr>, E.T. 03.05.2019).

ve türünü, sözleşmenin ani edimli mi yoksa sürekli edimli mi olduğunu, keza sözleşmenin tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme mi yoksa iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme mi olduğunu dikkate alır⁶⁷. Bu sayede hâkim sözleşmedeki boşluğu doldururken tarafların karşılıklı menfaatlerini de korumuş olur⁶⁸. Bununla birlikte hâkimin burada tarafların farazi iradelerinden hareket ederek sözleşmedeki boşluğu doldurması mümkün değildir. Daha açık bir şekilde ifade etmek gerekirse, hâkim, kesin hükümsüz olan hüküm olmasaydı tarafların sözleşmede nasıl bir hükme yer vereceği esasını dikkate alamaz⁶⁹. Çünkü genel işlem şartlarına yer verilen sözleşmelerde taraflar sözleşme hükümlerini, görüşerek, tartışarak, karşılıklı ödünler vererek oluşturmamaktadır⁷⁰. Genel işlem şartı içeren sözleşmeler sadece genel işlem şartlarını kullanan tarafın iradesini yansıtmakta ve onun lehine hükümler içermektedir⁷¹. Dolayısıyla bu tür sözleşmelerde, genel işlem şartlarına muhatap olan tarafın sözleşme içeriğine müdahale etme imkânı gibi bir durum söz konusu olmamaktadır⁷².

Yine hâkim sözleşmede yer alan boşlukları doldururken bulacağı çözümün sözleşmede yer alan mevcut hükümlerle uyumlu olmasında da dikkat etmelidir. Daha açık bir ifade ile, sözleşmede yer alan boşluğun doldurulmasında kullanılacak olan hüküm, sözleşmenin içerik denetimi sonucunda geriye kalan kısmı ile çelişmemeli, hatta onları değiştirici bir etki yaratmamalıdır⁷³.

67 Yine hâkim kural oluştururken mahkeme kararlarını, doktrin görüşlerini ve karşılaştırmalı hukukta yaşanan gelişmeleri de dikkate alabilecektir (ATAMER, GİŞ Denetiminde Yeni Açılımlar, s. 307; ATAMER, TBK'ya Göre Genel İşlem Koşulları, s. 46).

68 ATAMER, Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, s. 230-231; KIRKBEŞOĞLU, s. 283.

69 ATAMER, Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, s. 229; ATAMER, Sözleşme Boşluklarının Hâkim Tarafından Doldurulması, s. 180-181, 184, dipnot 62; AKSOY DURSUN, s. 189; İPEK İŞLETEN, s. 242; KIRKBEŞOĞLU, s. 287.

70 Y. 13. HD., 20.04.2014 T., E. 2014/ 13315, K. 2014/ 13503 "Konunun uzamanı kişilerce bütün olasılıklar düşünülerek hazırlanan genel işlem koşulları, çoğu kez sadece kendilerinin hazırlanarak kullanan kişinin çıkarlarını kollamakta ve korumaktadır. Buna karşılık sözleşmenin diğer tarafı, söz konusu genel işlem koşullarının varlığından ya da içeriğinden tam olarak haberdar değildir veya söz konusu genel işlem koşullarını tam olarak anlayıp, olası sonuçları ile birlikte değerlendirebilecek donanımda değildir ya da pazarlık gücüne sahip olmadığından zorunlu olarak kabul etmektedir. Gerçekten de kitlelere yönelik bu tür sözleşmelerde, sözleşmenin kurulması aşamasında görüşmeler veya pazarlıklar kesinlikle söz konusu olamamakta veya sadece son derece sınırlı bir iki noktada fiyat, vade vb. olmaktadır." (www.kazanci.com.tr, E.T., 12.12.2018).

71 KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukuku, s. 256; ATAMER, Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, s. 229; İPEK İŞLETEN, s. 145; KIRKBEŞOĞLU, s. 287; AÇIKGÖZ, s. 287.

72 ATAMER, Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, s. 229; AKSOY DURSUN, s. 189; AÇIKGÖZ, s. 287.

73 STOFFELS, s. 267; N. 618.



Özel bir durum olarak, sözleşmede, genel işlem şartı içeren hükmün kesin hükümsüz sayılması durumunda, boşluğun nasıl doldurulacağına ilişkin ayrıca bir genel işlem şartı içeren hükme yer verilmiş olabilir⁷⁴. Bu konuda bir örnek vermek gerekirse, sözleşmede ortaya çıkan boşluğu doldurma yetkisi genel işlem şartı içeren bir hüküm ile genel işlem şartı kullanan tarafa verilmiş olabilir⁷⁵. İşte bu gibi durumlarda sözleşmede yer alan boşluğun söz konusu genel işlem şartı niteliğindeki hüküm dikkate alınarak mı, yoksa doğrudan emredici veya yedek hukuk kuralları ya da hâkimin kendi koyacağı kural dikkate alınarak mı doldurulacağının değerlendirilmesi gerekmektedir. Doktrinde böyle durumlarda sözleşmedeki boşluğun nasıl doldurulacağına ilişkin hükmün içeriğinin belirleyici olacağı belirtilmektedir⁷⁶. Bu bakımdan genel işlem şartı niteliğindeki hükmün içeriği, tarafların menfaat dengesine uygunsa, yani onların menfaatlerini gereği gibi dengeliyorsa burada söz konusu hüküm dikkate alınmalı; tarafların menfaat dengesine uygun değilse kesin hükümsüz sayılarak dikkate alınmamalı ve sözleşmedeki boşluk doğrudan emredici veya yedek hukuk kuralları ya da hâkimin kendi koyacağı kural ile doldurulmalıdır⁷⁷. Burada dikkat edilmesi gereken husus, genel işlem şartı niteliğindeki hükmün içeriğinin tarafların menfaat dengesine uygun görünmesine rağmen, hukuki düzenlemelerde muhatabı daha az mağdur eden alternatif bir hüküm bulunabilir. Böyle bir durumda, hâkimin söz konusu genel işlem şartı içeren hükmü kesin hükümsüz sayıp ve sözleşmede ortaya çıkan boşluğu doldurmasına herhangi bir hukuki engel bulunmamaktadır⁷⁸.

Son olarak belirtmek gerekir ki, çok istisnai durumlarda hâkimin sözleşmede yer alan boşluğu mevcut hukuki düzenlemelerden yararlanarak veya hukuk yaratarak koyarak doldurmasına rağmen tarafların edimleri arasındaki denge sağlanamamış olabilir⁷⁹. İşte böyle bir durumda özellikle genel işlem şartlarını kullanan taraftan sözleşmenin varlığını devam ettirmesine katlanması beklenmeyebilir⁸⁰. Zira hâkim

74 ATAMER, Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, s. 229; AKSOY DURSUN, s. 187.

75 Bu örnek, ATAMER, Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, s. 231' de verilen örnekten yararlanılarak hazırlanmıştır.

76 ATAMER, Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, s. 231; AKSOY DURSUN, s. 187-188.

77 ATAMER, Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, s. 231; AKSOY DURSUN, s. 187-188.

78 ATAMER, Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, s. 231; AKSOY DURSUN, s. 187-188.

79 JAUERNIG/STADLER, BGB § 306, s. 411, N. 6; BROX/WALKER, s. 117, N. 25; KÖHLER, Allgemeiner Teil, s. 244, N. 31; BOEMKE/ULRICI, s. 245, N. 90.

80 JAUERNIG/STADLER, BGB § 306, s. 411, N. 6; BROX/WALKER, s. 117, N. 25; KÖHLER, Allgemeiner Teil, s. 244, N. 31; BOEMKE/ULRICI, s. 245, N. 90; REHBINDER, s. 649; BREHM, s. 324, N. 566; ULUSAN, s. 36, 42; HAVUTÇU, Genel İşlem Şartları, s. 179; ATAMER, Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, s. 234.

tarafından yapılan içerik denetimi zaten genel işlem şartlarını kullanan taraf aleyhine olarak yapılmaktadır. Dolayısıyla taraflar arasında dengenin kurulamadığı durumlarda bir de sözleşmenin tamamının kesin hükümsüz sayılamayacağı kabul edilirse, genel işlem şartlarını kullanan taraf bir kez daha aleyhe bir kararla karşı karşıya kalmış olur. Bu durumda ise genel işlem şartlarını kullanan taraf ölçüsüz bir şekilde mağdur edilmiş olur. Sonuç olarak, içerik denetimi sonucunda hâkim tarafından yapılan müdahaleye rağmen taraflar arasında dengenin kurulamadığı durumlarda, artık sözleşme temelden çöktüğü için sözleşmenin tamamının kesin hükümsüz sayılması mümkün olmalıdır⁸¹. Nitekim BGB m. 306/ f. 3'de bu hususa ilişkin bir düzenlemeye yer verilmiştir. BGB m. 306/ f. 3'e göre "... sözleşmenin içeriğinin belirlenmesiyle ortaya çıkan değişiklik, sözleşmenin taraflarından biri için beklenmedik güçlükler yaratıyorsa, sözleşme tamamen geçersiz duruma gelir."

SONUÇ

Genel işlem şartlarında yapılan içerik denetimi sonucu karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte olan hükümlerin dürüstlük kuralına aykırı olduğu tespit edilirse, bunlar TBK m. 27/ f. 1 hükmü gereğince kesin hükümsüz olur. Ancak, içerik denetimi sonucu sözleşmedeki genel işlem şartlarının tamamının veya bir kısmının kesin hükümsüz olması, genel işlem şartı içermeyen hükümlerin geçerliliklerini sürdürmesine engel olmayacağı için burada bir kısmi kesin hükümsüzlük durumu söz konusu olmaktadır.

Sözleşmede yer verilen genel işlem şartlarının bir kısmının kesin hükümsüz olması durumunda, sözleşmede genel işlem şartlarını kullanan taraf, TBK m. 27/ f. 2 - c. 2 hükmü gereğince sözleşmenin tamamının kesin hükümsüz sayılmasının gerektiğini ileri süremez. Buna karşılık sözleşmenin diğer tarafının sözleşmenin tamamının kesin hükümsüz sayılmasını istemesi mümkündür.

Hâkimin içerik denetimi sonucu dürüstlük kuralına aykırı olduğu tespit edilen genel işlem şartlarını kanuni sınıra indirerek, sadece kanuni sınırı aşan kısmının kesin hükümsüzlüğüne karar vermesi mümkün değildir.

81 JAUERNIG/ STADLER, BGB § 306, s. 411, N. 6; GAUCH/ SCHLUEP/ SCHMID, s. 288, N. 1155c; LARENZ/ WOLF, s. 791, N. 77; LORENZ/ RIEHM, s. 57, N. 109; STOFFELS, s. 272-273, N. 632-633; BROX/ WALKER, s. 117, N. 25; KÖHLER, BGB AT, s. 122, N. 356; KÖHLER, Allgemeiner Teil, s. 244, N. 31; BOEMKE/ ULRICI, s. 245, N. 90; REHBINDER, s. 649; BREHM, s. 324, N. 566; ULUSAN, s. 36, 42; HAVUTÇU, Genel İşlem Şartları, s. 179; HAVUTÇU, Değerlendirme, s. 42-43, 46; ATAMER, Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, s. 234.



İçerik denetimi sonucunda, sözleşmedeki genel işlem şartlarının kesin hükümsüz olması, sözleşmede bir boşluğun ortaya çıkmasına sebep olursa, bu boşluklar hâkim tarafından doldurulacaktır. Hâkim sözleşmede yer alan boşlukları doldururken ilk olarak mevcut hukuki düzenlemelerden hareket edecektir. Bu düzenlemeler genel işlem şartının yer aldığı sözleşme ilişkisine doğrudan uygulanabilecek hükümler olabileceği gibi, kıyas yoluyla uygulanabilecek hükümler de olabilir. Bununla birlikte sözleşmede ortaya çıkan boşlukların doldurulmasında uygulanabilecek herhangi bir hukuki düzenleme bulunmayabilir. Böyle bir durumda hâkim sözleşmede yer alan boşlukları doldururken tarafların farazi iradelerinden hareket edemez; aksine taraflar arasında adaletli ve dengeli bir sözleşmenin bulunması gereklerinden hareket eder.

Çok istisnai durumlarda sözleşmede yer alan boşlukların hâkim tarafından doldurulmasına rağmen tarafların edimleri arasında denge sağlanamamış olabilir. Bunun sonucunda da genel işlem şartlarını kullanan taraftan sözleşmenin varlığını devam ettirmesine katlanması beklenmeyebilir. İşte böyle bir durumda sözleşmenin tamamının kesin hükümsüz sayılması mümkün olmalıdır.



KISALTMALAR

BGB	Alman Medeni Kanunu (Bürgerliches Gesetzbuch)
b.	Bent
c.	Cümle
E.	Esas
E.T.	Erişim Tarihi
f.	Fıkra
HD.	Hukuk Dairesi
K.	Karar
m.	Madde
N.	Paragraf Numarası
No.	Number
RG.	Resmi Gazete
s.	Sayfa
S.	Sayı
T.	Tarih
TBK	6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TCO	Turkish Code of Obligations
TKHK	6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TTK	6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
Vol.	Volume
Y.	Yargıtay
YHGK.	Yargıtay Hukuk Genel Kurulu



KAYNAKLAR⁸²

AÇIKGÖZ, Osman, **Tüketicinin Korunması Çerçevesinde Mobil Haberleşme Abonelik Sözleşmesinde Genel İşlem Koşulları**, İstanbul 2013

AKBULUT, Pakize Ezgi, **Borçlar Hukukunda Kesin Hükümsüzlük Yaptırımının Amaca Uygun Sınırlama (Teleolojik Redüksiyon) Yöntemi İle Daraltılması**, İstanbul 2016

AKÇAAL, Mehmet, “Borçlar Kanununun Genel İşlem Koşullarına Dair Hükümleri Hakkında Bir İnceleme”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl 2014, Cilt XVIII, Sayı 1

AKİPEK ÖCAL, Şebnem, “6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun Genel İşlem Koşulları Hükümlerinin Konu Bakımından Uygulama Alanı”, **İzmir Barosu Dergisi**, Yıl 2015, Sayı 3

AKSOY DURSUN, Sanem, **Borçlar Hukukunda Hakimin Sözleşmeyi Tamamlaması**, İstanbul 2008

ANTALYA, Gökhan, **Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Cilt I**, İstanbul 2015 (Borçlar Hukuku)

ANTALYA, Gökhan, “6098 sayılı TBK’nın 20-25. Maddede Yer Alan “Genel İşlem Şartları” ile 6502 sayılı TKHK’nın 5. Maddesinde Yer Alan “Haksız Şartlar”ın Karşılaştırılması”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Yıl 2014, Cilt 9, Özel Sayı (Genel İşlem Şartları İle Haksız Şartların Karşılaştırılması)

ASLAN, İ. Yılmaz, **Tüketici Hukuku Dersleri**, Güncellenmiş 5. Baskı, Bursa 2014

ATAMER, Yeşim, **Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi**, 2. Bası, İstanbul 2001 (Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi)

ATAMER, Yeşim, “Genel İşlem Şartlarının Denetiminde Yeni Açılımlar”, **Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan**, Ankara 2004 (GİŞ Denetiminde Yeni Açılımlar)

ATAMER, Yeşim, “Sözleşme Boşluklarının Hâkim Tarafından Doldurulması Sorununa İlişkin Düşünceler”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Yıl 2005, Cilt 63, Sayı 1-2 (Sözleşme Boşluklarının Hâkim Tarafından Doldurulması)

ATAMER, Yeşim, “Revize Edilmiş Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’na İlişkin Değerlendirmeler ve Teklifler” **Hukuki Perspektifler Dergisi**, Yıl 2006, Sayı 6 (TBK’ya İlişkin Değerlendirme ve Teklifler)

82 Dipnotta yer verilen eserler yazarlarının soyadları ile anılmıştır. Bununla birlikte aynı yazarın birden fazla eserine yapılan atıflar ile aynı soyadına sahip yazarlara yapılan atıflar kısaltılmış şekilleriyle parantez içerisinde gösterilmiştir.

ATAMER, Yeşim, “Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi -TKHK m. 6 ve TTK m. 55, F. 1, (f) İle Karşılaştırmalı Olarak”, **Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, 8 Nisan 2011**, Ankara 2012 (TBK’ya Göre Genel İşlem Koşulları)

ATAMER, Yeşim, “6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Çerçevesinde Fiyat Denetimi”, **Yeni Tüketici Hukuku Konferansı (Makaleler-Tebliğler)**, İstanbul 2015 (Fiyat Denetimi)

ATEŞ, Derya, **Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlâka Aykırılık**, Ankara 2007

AYDIN, Ramazan, “Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar (TKHK m. 5)”, **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl 2016, Cilt 11, Sayı 1

AYDOĞDU, Murat, **Türk Borçlar Hukukunda Genel İşlem Koşullarının ve Tüketici Hukukunda Haksız Şartların Denetimi**, Ankara 2014 (Genel İşlem Koşulları)

AYDOĞDU, Murat, **Tüketici Kılavuzu - Hukuk Rehberi**, İstanbul 2014 (Tüketici Kılavuzu)

AYDOĞDU, Murat, **İstanbul Şerhi, Türk Borçlar Kanunu**, İstanbul 2017

BAŞ, Ece, “6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Genel İşlem Koşulu Kavramı ve İçerik Denetimi”, **Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan**, İstanbul 2013

BAŞPINAR, Veysel, **Borç Sözleşmelerinin Kısmî Butlanı**, Ankara 1998

BOEMKE, Burkhard / ULRICI, Bernhard, **BGB Allgemeiner Teil**, 2. Auflage, Berlin/ Heidelberg 2014

BREHM, Wolfgang, **Allgemeiner Teil des BGB**, 6. Auflage, Stuttgart 2008

BROX, Hans/ WALKER, Wolf Dietrich, **Allgemeiner Teil des BGB**, 42. Auflage, München 2018

ÇINAR, Ömer, **Tüketici Hukukunda Haksız Şartlar**, İstanbul 2009

DEMİR, Mehmet, “2008 Şubat Tarihli Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’nın Genel İşlem Koşulları’na İlişkin Maddelerinin (m. 20-25) Değerlendirilmesi ve Çözüm Önerileri”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Yıl 2008, Sayı 76

ENGİN, Baki İlkay, “Schutz des Verbrauchers vor Allgemeinen Geschäftsbedingungen im türkischen Recht”, **Annales de la Faculte de Droit d’İstanbul**, Year 2008, Volume 40, Number 57



EREN, Fikret, **6098 sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku, Genel Hükümler**, 16. Baskı, Ankara 2014 (Borçlar Hukuku)

EREN, Fikret, “Genel İşlem Şartlarında İçerik Denetimi”, **İzmir Barosu Dergisi**, Yıl 2015, Sayı 3 (İçerik Denetimi)

EREN, Fikret, **Borçlar Hukuku, Genel Hükümler**, 21. Baskı, Ankara 2017 (Borçlar Hukuku 2017)

ESENER Turhan/GÜNDOĞDU Fatih, **Borçlar Hukuku I, Sözleşmelerin Kuruluşu ve Geçerliliği (TBK m. 1-48)**, İstanbul 2017

GAUCH, Peter/ SCHLUEP, Walter R./ SCHMID, Jörg, **Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil**, 10. Auflage, Zürich 2014

GÜMÜŞ, Mustafa Alper, **6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Cilt 1 (Madde 1-46)**, İstanbul 2014

GÜNAY, Cevdet İlhan, **Türk Borçlar Kanunu Şerhi**, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Ankara 2015

HAVUTÇU, Ayşe, **Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması**, İzmir 2003 (Genel İşlem Şartları)

HAVUTÇU, Ayşe, “6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Genel İşlem Şartlarına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, **İzmir Barosu Dergisi**, Yıl 2011, Sayı 2 (Değerlendirme)

HAVUTÇU, Ayşe, “Genel İşlem Şartlarının Sözleşme İle İlişkilendirilmesi, İçeriklerinin Denetlenmesi”, **Tüketici hukuku Konferansı, 5-6 Aralık 2015, Makaleler- Tebliğler**, Ankara 2016 (İçerik Denetimi)

HÜRLIMANN, Roland, **Teilnichtigkeit von Schuldverträgen nach Art. 20 Abs. 2 OR**, Freiburg 1984

İNAN, Ali Naim/ YÜCEL, Özge, **Borçlar Hukuku, Genel Hükümler**, Türk Borçlar Kanunu’na Göre Güncellenip, Genişletilmiş 4. Baskı, Ankara 2014

İNCEOĞLU, M. Murat/ ATAMER, Yeşim M., “Das neue türkische Obligationenrecht vom 11. Januar 2011 - ein Überblick zu den wichtigsten Änderungen”, **Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins**, Jahr 2013, Band 149, Heft 1

İPEK İŞLETEN, Mehtap, **Sözleşme Boşluklarının Hâkim Tarafından Doldurulması**, (Yayınlanmamış Doktora Tezi/ Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü), İstanbul 2009

JAUERNIG, Othmar/ STADLER, Astrid, **Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar**, 17. Auflage, München 2018

KAPLAN, İbrahim, **Hâkimin Sözleşmeye Müdahalesi**, Ankara 2007

KARABAĞ BULUT, Nil, **Medeni Kanunun 23. Maddesi Kapsamında Kişilik Hakkının Sözleşme Özgürlüğüne Etkisi**, İstanbul 2014

KARADAĞ, Özgür, **Türk Borçlar Kanununda Genel İşlem Koşulları ve Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar**, 2. Baskı, Ankara 2015

KIRCA, Çiğdem, "Genel İşlem Koşulları İle Kararlaştırılan Ceza Koşulunun Denetlenmesi", **Evrensel Hukuk İlkeleri Işığında Türk Medeni Hukukunda Değişimler Sempozyumu**, 10-11 Haziran 2016, Ankara 2016

KIRKBEŞOĞLU, Nagehan, **Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük**, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Uyarlanmış, İstanbul 2011

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, "'Değişik Kısmi Hükümsüzlük" ve "Genişletilmiş Kısmi Hükümsüzlük" Kavramları ile İlgili Düşünceler", **Selim Kaneti'ye Armağan**, İstanbul 1996 (Hükümsüzlük)

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, **Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, Birinci Cilt, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme**, Yenilenmiş Genişletilmiş Tamamlanmış 4 üncü Bası dan 5 inci Tıpkı Bası, İstanbul 2010 (Borçlar Hukuku)

KÖHLER, Helmut, **BGB AT Kompakt**, 2. Auflage, München 2010 (BGB AT)

KÖHLER, Helmut, **BGB Allgemeiner Teil**, 42. Auflage, München 2018 (Allgemeiner Teil)

LARENZ, Karl/ WOLF, Manfred, **Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts**, 9. Auflage, München 2004

LORENZ, Stephan/ GARTNER, Franz, "Grundwissen – Zivilrecht: Allgemeine Geschäftsbedingungen" **JuS**, 3 (2013)

LORENZ, Stephan/ RIEHM, Thomas, **Lehrbuch zum neuen Schuldrecht**, München 2002

MARKESINIS, Sır Basıl/ UNBERATH, Hannes/ JOHNSTON, Angus, **The German Law of Contract, A Comparative Treatise, Second Edition**, Oxford and Portland, Oregon 2006

MEDICUS, Dieter/ PETERSEN, Jens, **Bürgerliches Recht, Eine nach Anspruchsgrundlagen geordnete Darstellung zur Examensvorbereitung**, 26. Auflage, München 2017 (Bürgerliches Recht)

MEDICUS, Dieter/ PETERSEN, Jens, **Grundwissen zum Bürgerliches Recht, Ein Basisbuch zu den Anspruchsgrundlagen**, 11. Auflage, München 2019 (Grundwissen)



NOMER, Halûk N., **Borçlar Hukuku, Genel Hükümler**, Gözden Geçirilmiş, Genişletilmiş Ondördüncü Baskı, İstanbul 2015

OĞUZMAN, Kemal/ ÖZ, Turgut, **Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Cilt 1**, 6098 sayılı Gözden Geçirilmiş 15. Bası, İstanbul 2017

OKTAY, Saibe, “İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşluklarının Tamamlanması”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Yıl 1996, Cilt 55, Sayı 1-2

ÖZ, Turgut, **Yeni Borçlar Kanununun Getirdiği Başlıca Değişiklikler ve Yenilikler**, 3. Bası, İstanbul 2012

ÖZEL, Çağlar, **Tüketicinin Korunması Hukuku**, 6502 sayılı Kanuna Göre Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara 2014

REHBINDER, Manfred, “Genel İşlem Şartları ve Tüketicinin Korunması”, (Çeviren, ÖMER TEOMAN), **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Yıl 1976, Cilt 42, Sayı 1-4

REİSOĞLU, Safa, **Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler**, 1.7.2012’de Yürürlüğe Giren Yeni Türk Borçlar Kanunu’na Göre Hazırlanmış Yirmidördüncü Bası, İstanbul 2013

SCHÄFER, Carsten, **Das neue Schuldrecht**, München 2002

SCHWAB, Martin, **AGB Recht**, 3. Auflage, München 2019

SPIRO, Karl, “Können übermäßige Verpflichtungen oder Verfügungen in reduziertem Umfang augrechterhalten werden?”, **ZBJV**, 88 (1952)

STOFFELS, Markus, **AGB Recht**, 3. Auflage, München 2015

ŞEKER, Muzaffer, **Yazılmamış Sayılma**, İstanbul 2015

TERCIER, Pierre/ PICHONNAZ, Pascal/ DEVELİOĞLU, H. Murat, **Borçlar Hukuku, Genel Hükümler**, İstanbul 2016

TİFTİK, Mustafa/ ÖZCAN, Zeynep, “Türk Borçlar Kanunu’na Göre Standart Sözleşmelerde İçerik Denetimi”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, Yıl 2015, Cilt 31, Sayı 1

von TUHR, Andreas, **Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, Cilt 1-2**, (Çev. CEVAT EDEGE), Ankara 1983

ULUSAN, İlhan, “Genel İşlem Şartlarında ve Özellikle tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Haksız Şartlara İlişkin İçerik Denetimi”, **İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl 2004, Cilt 3, Sayı 2 (<http://www.iku.edu.tr/TR/userfiles/huk/71.pdf>, E.T., 21.12.2018)

YELMEN, Adem, **Türk Borçlar Kanunu’na Göre Genel İşlem Şartları**, Ankara, s. 2014 (Genel İşlem Şartları)

YELMEN, Adem, “Değiştirme Yasağı”, **İzmir Barosu Dergisi**, Yıl 2015, Sayı 3 (Değiştirme Yasağı)



YENİOCAK, Umut, “Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Genel İşlem Koşullarının Yargısal Denetimi”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Yıl 2013, Sayı 107

WOLF, Manfred/ NEUNER, Jörg, **Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts**, 11. Auflage, München 2016

ZERRES, THOMAS, “Principles of The German Law on Standard Terms of Contract”, (http://www.jurawelt.com/sunrise/media/mediafiles/14586/German_Standard_Terms_of_Contract_Thomas_Zerres.pdf, E. T., 20.12.2018)

İÇTİHAT FARKLILIKLARININ TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLER YÖNÜNDEN DEĞERLENDİRİLMESİ

*(The Evaluation of Conflicting Case-law In Terms
of Fundamental Rights and Freedoms)*

Yunus Emre YILMAZOĞLU¹

ÖZ

İstinaf usulünün uygulanmaya başlanmasıyla adli ve idari yargıda iş yükünün büyük bir kısmı bölge idare mahkemeleri ve bölge adliye mahkemelerinin üstüne geçmiştir. Birçok dava istinaf denetimi sonucunda kesin nitelikteki kararlarla sonuçlanmaktadır. Bölge idare mahkemeleri ve bölge adliye mahkemelerinin birden çok sayıda olmaları nedeniyle aynı hukuki soruna farklı yaklaşımlar getirilebilmektedir.

Bu üç dereceli yeni sistemde temyiz mercii olan yüksek mahkemelerden içtihat belirleyici bir rol üstlenmeleri beklenmektedir. Yüksek mahkemelerin bölge mahkemelerinin farklı yaklaşımlarını birleştirmeleri ve kendi içlerinde aynı hukuki soruna ortak bir çözüm bulmaları hukuk güvenliğinin gerçekleşebilmesi açısından hayati önem kazanmıştır. Bu beklentiye aykırı bir biçimde yüksek mahkemelerin içtihatlarında derin ve süregelen farklılıklar bulunması ve bunların giderilmesini sağlayacak mekanizmaların işletilmemesi hukuki güvenliği ortadan kaldırmaktadır. Bu nedenle bireyler içtihat farklılıklarının temel hak ve özgürlüklerini ihlal ettiği gerekçesiyle Anayasa Mahkemesine ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine bireysel başvuruda bulunmaktadır.

İçtihat farklılıklarından doğan şikâyetlerin bireysel başvuru yoluyla incelenme yöntemini Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararları bağlamında değerlendirmek ve ulaşılan sonuçlarla ilgili yargı mercilerine katkı sunmak bu makalenin konusunu oluşturmaktadır.

Anahtar Kelimeler: İçtihat Farklılığı, Adil Yargılanma Hakkı, Hukuki Belirlilik, Hukuk Güvenliği

ABSTRACT

A large part of the workload in judicial and administrative jurisdiction has interchanged the regional administrative courts and regional courts of

¹ Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu Kıdemli Tetkik Hâkimi

justice, with the implementation of the appeal procedure. It is anticipated that many lawsuits result in definitive decisions as a result of appellate review in this new system. Since the regional administrative courts and the regional courts of justice are of multiple numbers, different approaches could be showed to the same legal problem.

It is expected that higher courts take a precedent-setting role in this three-tier new system. The unification of different aspects among regional courts of appeal by higher courts and the finding of a common solution to the similar legal matters within higher courts is of great significance, in order to realize the principle of legal security. In contrast to this expectation, the existence of deep and lasting differences among higher courts' jurisprudence and the nonfunctioning mechanisms expected to iron out those differences sweeps legal security. For that reason, the individuals lodge applications to the Constitutional Court and to the European Court of Human Rights alleging that such jurisprudential differences violate their fundamental rights and freedoms.

This article, in this respect, intends to evaluate the methods for examination of individual complaints arisen from jurisprudential differences in the context of the Constitutional Court and the European Court of Human Rights decisions.

Keywords: Jurisprudential difference, right to fair trial, legal certainty, legal security

GİRİŞ

Görece yakın bir zamanda istinaf ile ilgili kanun değişikliklerinin uygulanmaya başlamasıyla Türk yargı sisteminde yeni bir sayfa açılmıştır. Bu bağlamda davaların büyük bir kısmının istinaf incelemesi yapan bölge idare mahkemeleri ve bölge adliye mahkemelerinde kesinleşmesi hedeflenmektedir. Ayrıca yeni sistemde Danıştay ve Yargıtay'ın bir içtihat mahkemesi hüviyetine bürünmesi arzu edilmektedir.

Ne var ki yargıdaki bu dönüşüm sonrasında aynı hukuki sorunu inceleyerek birbirinden farklı yaklaşımlar benimseyen farklı bölge idare mahkemeleri ve adliye mahkemelerinin kesin kararları arasında çıkabilecek içtihat farklılıkları olması da mümkündür. Bu durum sistemin en önemli sorunlarından birini teşkil etmektedir. İçtihatlardaki farklılık daha önceki sistemde yüksek mahkemelerin aynı hukuki sorunu inceleyen birden fazla dairesi arasında da mevcuttu. Yeni sistemin şu ana kadar ki uygulamasında da yüksek mahkemelerin kendi içindeki bu farklılıkların devam ettiği gözlemlenmektedir.



Farklı yargı kararlarının mevcudiyeti, hukukun dinamizmini ve mahkemelerin yaklaşımlarını yaşanan gelişmelere uyarlama kabiliyetlerini yansıtmaktadır. Önceki karardan daha farklı bir karar verilmesi yargı organlarının takdiridir. Bu durum yargı mercisinin maddi olay ya da hukuk kurallarının yorumunu tekrar ele alması sonucunda önceki çözümünü tatminkâr bulmadığı anlamına gelmektedir.² Ancak yerleşmiş içtihattan neden dönüldüğünün gerekçelendirilmesi de gerekir.³ Ne var ki maddî olayların yorumlanması ve hukuk kurallarının uygulanması noktasında birlikteliği sağlamaları beklenen yüksek mahkemeler içinde yer alan dairelerin benzer davalarda tatmin edici bir gerekçe göstermeksizin farklı sonuçlara ulaşmaları sık gözlemlenen bir hal almaya başlamıştır. Bu durum yargı mercii yönünden açıklanması pek kolay olmayan, ihtimale dayalı ve birbirine zıt sonuçları ortaya çıkartmaktadır. Böylesi bir yargı uygulaması ise yargılamanın muhatabı bireyler açısından hukuki belirliliği ve öngörülebilirliği ortadan kaldırmaktadır. Ayrıca böyle bir algının toplumda yerleşmesi bireylerin yargı sistemine ve mahkeme kararlarına duymaları beklenen güvenin zarar görmesine yol açacaktır.⁴ Yargı mercilerinin aynı hususta daha önce çıkan kararlardan farklı bir hüküm kurması hâlinde bu farklılaşmaya ilişkin makul bir açıklama getirmeleri gerekmektedir.⁵

Anayasa Mahkemesi hukuki güvenlik ve belirlilik kavramının mahkeme kararlarında makul bir istikrarın sağlanması hususu ile de doğrudan ilgili olduğunu belirtmektedir. Yargı makamlarının benzer davalarda daha önceki kararlarıyla kabul edilebilir oranda uyumlu kararlar vermesi beklenmektedir. Önceki karardan farklı hüküm kurulması halinde ise mahkeme kararlarında, istikrarlı değerlendirmelerin dışındaki yaklaşımın hukukun dinamik yorumuyla uyumlu ve gelişmeye yönelik olarak verildiğinin yeterli ve makul gerekçeyle açıklanması gerektiği vurgulanmaktadır.⁶

2 S.S. Balıkcılaşme Beldesi Tarım Kalkınma Kooperatifi ve diğerleri/Türkiye, B. No: 3573/05 ... 17293/05, 30/11/2010, § 28

3 Stoilkovska/Makedonya Eski Yugoslav Cumhuriyeti, B. No: 29784/07, 18/7/2013, § 49; AİHM, hukuki belirlilik şartının ve meşru beklentilerin korunması gereğinin yerleşik içtihadın sürdürülmesini içermediğinin altını çizmekte ancak iyi temellere oturmuş yerleşik içtihadın varlığının yüksek mahkemeye içtihattan ayrılmayı haklı kılan daha sağlam gerekçeler açıklama görevi yüklediğini ifade etmektedir. AİHM'e göre yüksek mahkemenin yerleşik içtihattan farklı karar verilmesinin sebebi hakkında başvurucuya detaylı açıklama yapma sorumluluğu bulunmaktadır (Atanasovski/Makedonya Eski Yugoslav Cumhuriyeti, B. No: 36815/03, 14/1/2010, § 38)

4 Ercan Din, B. No: 2014/94, 8/6/2016, §§ 59, 60; Semra Bekiroğlu ve diğerleri, B. No: 2013/6717, 16/12/2015, § 69; Ahmet Gül ve diğerleri, B. No: 2014/1182, 22/9/2016, § 48

5 Türkan Bal [GK], B. No: 2013/6932, 6/1/2015, §§ 53, 55, 64

6 Ahmet Acar, B. No: 2014/19936, 21/9/2017, § 58

Hukukun dinamik yorumu ve gelişimi bağlamında farklı bir sonuca ulaşıldığının tatmin edici gerekçeyle ortaya konulmadığı hallerde, içtihat farklılıklarının süregelmesi ve derinleşmesi neticesi ile karşılaşılabılır. Bu sorunu giderecek mekanizmaların kurulmadığı ya da bu mekanizmaların hiç veya gereği işletilmediği hallerde bu süregelen ve derin farklılıklar hukuka güven duymayı bekleyen bireyleri bu güvenden yoksun kılar. Bu bağlamda içtihat farklılıkları hukuki belirliliğin ortadan kalkmasına neden olmaktadır. Hukuki belirliliğin mevcut olmaması ve bu nedenle meydana gelen öngörülemezlik ise bir yandan yargıya duyulan kamusal güvenin sarsılmasına yol açmakta diğer yandan bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin ihlal edilmesine neden olabilmektedir.

Temel hak ve özgürlüklerin korunabilmesi hukuki belirlilik ve öngörülebilirliğin hem norm düzeyinde hem idari ve yargısal uygulamada sağlanmasını gerekli kılar. Gerek bölge idare ve adliye mahkemelerinin istinaf denetimi gerek Yargıtay ve Danıştay'ın temyiz denetimi sonucu verdikleri kararlar arasında süregelen ve derin içtihat farklılıkları maddi olayın değerlendirilmesi veya hukuk normlarının yorumlanması ve uygulanması noktasında bireylerin sahip olmayı bekledikleri hukuk güvenliğini tehdit edici niteliktedir. Bu nedenle içtihat farklılıklarından doğan şikâyetlerin bireysel başvuru yoluyla incelenme yöntemi ihlalin tespitin ve giderim yönteminin belirlenmesi açısından büyük önem arz etmektedir.

Çalışmanın ilk bölümünde içtihat farklılığından doğan şikâyetin bireysel başvuruda incelenme yöntemi üzerinde durulacaktır.

Bu bağlamda öncelikle içtihat farklılığından doğan şikâyetlerin kural olarak yargılama usulüne ilişkin güvenceler sunan adil yargılanma hakkı bağlamında mı yoksa maddi bir hak (mülkiyet hakkı, ifade özgürlüğü, özel hayata saygı hakkı, vb.) bağlamında mı incelenmesi gerektiği sorusuna yanıt aranacaktır.

İçtihat farklılığından doğan şikâyetler Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi uygulamasında kural olarak adil yargılanma hakkı kapsamında hakkaniyete uygun yargılanma hakkı bağlamında incelenmektedir. Buna rağmen Anayasa Mahkemesi *Ford Motor Company* (B. No: 2014/13518, 26/10/2017) başvurusunda içtihat farklılığından doğan hukuki belirsizliğin müdahalenin kanuniliği bağlamında bir sorun teşkil ettiği gerekçesiyle mülkiyet hakkı bağlamında ihlal kararı vermiştir. Ayrıca incelemenin iki haktan birden yapılıp yapılamayacağı da bu bağlamda tartışılması gereken bir başka husustur. İncelemenin hangi haktan yapılacağı, tespit edilecek ihlalin giderim yönetiminin belirlenmesi açısından büyük önem taşımaktadır. İçtihat farklılığından



doğan farklı muamelenin ayrımcılık yasağı kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği de bu bölümde yanı aranacak başka bir sorundur.

İçtihat farklılıklarının adil yargılanma hakkı bağlamında incelemesinde benimsenen kriterler inceleme yöntemi konusunda ikinci sorunu oluşturmaktadır. Bu bağlamda, önce farklı yargı kolları arasındaki sonra da aynı yargı kolu içindeki içtihat farklılıklarının değerlendirilmesine ilişkin AİHM ve Anayasa Mahkemesi kararları incelenecek, böylece bireysel başvuruda bu mahkemelerin meseleye yaklaşımı ortaya konulmaya çalışılacaktır. Adil yargılanma hakkı bağlamında içtihat farklılığı incelemesi açısından benimsenen kriterler bu bölümde incelenecek son hususu oluşturmaktadır. Bu bağlamda derin ve süregelen içtihat farklılığının ne olduğu, bu farklılıkları gidermeye yönelik bir yargısal mekanizma kurulup kurulmadığı, bu mekanizmanın işletilip işletilmediği, mekanizma işletilmiş ise hangi sonuçlara ulaşıldığı değerlendirilmeye çalışılacaktır.

İkinci bölümde ise içtihat farklılığı nedeniyle bir ihlal kararı verilmişse bunun giderim yönetimi irdelenecektir. Bu bağlamda ihlal tespiti, bunun giderimi için atılacak adımlar incelenecektir. Ulaşılan sonuçlardan yargı mercilerine yön gösterici çıkarımlarda bulunması amaçlanmaktadır.

I. İÇTİHAT FARKLILIKLARINDAN DOĞAN ŞİKÂyetLERİN BİREYSEL BAŞVURUDA İNCELEME YÖNTEMİ

A. Bireysel Başvuru İncelemesi Hangi Temel Hak ve Özgürlük Bağlamında Yapılmalıdır?

1. Sorunun Tespiti

İçtihat farklılığından doğan şikâyetlerde temel olgu, başvurucunun davasında maddi olay ya da hukuk normunun yorumlanmasındaki farklılığın oluşturduğu hukuki belirsizliktir. Farklı yargı mercilerinin aynı konuda farklı kararlar vermesi ve bu durumun süregelmesi hukuk güvenliğini ortadan kaldırmaktadır.

Anayasa Mahkemesi ve AİHM kararlarında bir maddi hak incelemesinde Devletin müdahalesinin ihlal oluşturup oluşturmadığı değerlendirilirken, öncelikle müdahalenin hukuki bir temele dayanıp dayanmadığı araştırılmaktadır. Anayasa Mahkemesi, bu hukuki temeli Anayasa'nın 13. maddesi gereği kanuni bir düzenlemenin varlığı olarak algılamaktadır. Kararlarda şeklen bir kanunun varlığı yeterli görülmemekte aynı zamanda kanuni düzenlemenin ulaşılabilir, öngörülebilir ve belirli olması gerektiği de vurgulanmaktadır. Bir müdahalenin bu kaliteye (ulaşılabilirlik, öngörülebilirlik ve belirlilik) sahip bir kanuni temelini

bulunmadığına karar verildiği takdirde müdahalenin meşruluğu ya da ölçülülüğü irdelenmeksizin ilgili maddi hakkın ihlal edildiğine karar verilmektedir.

Bir hukuk normunun yorumu ve uygulanmasındaki derin ve süregelen farklılıklar elbette normun sahip olması gereken öngörülebilirliği ve belirliliği ortadan kaldırır. Bu da bir maddi hakkın kanuni temelini bulunmadığı sonucuna ulaşılmasını sağlayabilir. Ne var ki, derin ve süregelen içtihat farklılıklarında usule ilişkin bir sorunun varlığı kanunun kalitesi noktasındaki esasa ilişkin söz konusu problemde daha öncelikli hale gelebilir. Bu problem, içtihat birliğini sağlayacak mekanizmanın hiç ya da gereği gibi işletilmemiş olmasından kaynaklanmaktadır.

Anayasa Mahkemesi'nin *Ford Motor Company* (B. No: 2014/13518, 26/10/2017) başvurusuna ilişkin kararının karşılıyunda bu problem ve olası sonuçları yakından irdelenmiştir. Karşıyoda, Anayasa Mahkemesinin içtihat farkını ortaya koyan görüşlerden hangisinin daha isabetli olduğu hususunda bir yorum yapma hususunda bir görevi bulunmadığına dikkat çekilmiştir. Buradan hareketle, temel haklara müdahale iddiasının bir kanuna dayanması hâlinde, sorun içtihat farklılığından kaynaklanıyorsa kanunun belirli ve öngörülebilir olup olmadığının tespit edilmesi yerine, içtihat farklılıkları temelinde adil yargılanma hakkının ihlal edilip edilmediğinin incelenmesinin daha isabetli olduğu ifade edilmiştir.⁷

Karşıyoda, müdahale iddiası temelinde problem, “*ıçtihat farklılıklarının ortadan kaldırılmasını sağlamak üzere oluşturulmuş olan ve başvuru tarafından müracaat edilen içtihatları birleştirme mekanizmasının işletilmemesi ve buna ilişkin karar beklenmeden karar düzeltme talebinin reddedilmesi suretiyle yargı kararının kesinleştirilmesi*” olarak belirlenmiştir. Bu nedenle başvurunun adil yargılanma hakkının ihlal edildiği iddiası bakımından kabul edilebilir olduğu ifade edilmiştir. Karşıyoda göre, mülkiyet hakkından inceleme yapılması mevzuatın uygulanmasında derece mahkemelerince yapılan yorumlardan birine üstünlük tanınması sonucunu doğurabilecek niteliktedir. Kararda ulaşılan mülkiyet hakkının ihlal edildiği yönündeki sonuç ise hukukî belirsizliğin hâlen giderilmemiş olmasından dolayı hukuk güvenliği ilkesine uygun bir çözüm de sunamamaktadır.

İçtihat farklılığını giderecek bir mekanizma bulunmasına rağmen hukuki belirsizlik nedeniyle müdahalenin kanunilik unsurunu taşımadığı gerekçesiyle mülkiyet hakkının ihlaline karar verilmesi -yukarıda yer verilen karşıyodaki görüşte de ifade edildiği üzere- bu farklılığın giderilmemesi sonucuna yol açacaktır. Bir başka ifadeyle bu halde

7 Anayasa Mahkemesi Üyesi M. Emin Kuz'un karşıyodaki gerekçesi



kanunilik unsurundan ihlal kararı verilmiş olması içtihat farklılığından doğan hukuki belirsizliği giderebilecek nitelikte değildir. Bu husus, içtihat farklılığını giderebilecek bir mekanizmanın bulunmasına rağmen hiç ya da gereği gibi işletilmemiş olmasına dayalı şikâyetlerde mülkiyet hakkından ihlal kararı verilmesinin en büyük sakıncasını ortaya koymaktadır.

Karşıoyun dayandığı bir diğer hukuksal neden de mülkiyet hakkından inceleme yapılmasının mevzuatın uygulanmasında derece mahkemelerince yapılan yorumlardan birine üstünlük tanınması sonucunu doğurmasıdır.

Hukuk mahkemelerindeki yargılamalarda bu çıkarım kendini daha belirgin bir şekilde ortaya koymakla birlikte, her idari davada bu durum gerçekleşmeyebilir. Nitekim idari bir uyuşmazlık nedeniyle yapılan bireysel başvuru sonucunda içtihat farklılığı nedeniyle ihlal kararı verilip yeniden yargılamaya hükmedildiğinde yargılamayı yapacak idari yargı mercii görüşlerden birine üstünlük sağlama amacıyla hareket etmeyecektir. Bu durumda idari mahkeme salt içtihat farklılığından kaynaklanan hukuki belirsizlik nedeniyle idari işleminin sebep unsurunun sakatlandığı sonucuna ulaşmakla yetinebilecektir. Elbette bu halde de idari işlemin hukuka aykırı olduğu sonucuna ulaşmakla birlikte kararın dayanacağı gerekçe içtihat farkını oluşturan görüşlerden farklı olabilecektir.

Bu tespit de içtihat farklılığını giderebilecek bir mekanizmanın bulunmasına rağmen hiç ya da gereği gibi işletilmemiş olmasına dayalı şikâyetlerde incelemenin neden mülkiyet hakkından yapılmaması gerektiğini ortaya koymaktadır. Öyle ki, bu durumda idari yargı mercileri ileride doğması muhtemel ihlalleri önlemek için içtihat farklılığının oluştuğunu tespit ettikleri her halde idari işlemin sebep unsurunun sakatlandığı gerekçesiyle idari işlemi iptal edebilirler. Yargı uygulamasından kaynaklı bu sıkıntının idareye ve idari işleme bu yolla intikal ettirilip ettirilemeyeceği ayrı bir tartışma konusudur.

2.Çözüm Önerisi

İnceleme ve giderim yöntemiyle ilgili bu sakıncaları giderebilmek adına, içtihat farklılığında incelemenin hangi haktan yapılacağı sorununa, içtihat farklılığını giderecek bir mekanizmanın bulunmaması veya bu mekanizmanın bulunmasına rağmen hiç ya da gereği gibi işletilmemiş olması temelinde farklı bir yaklaşım da geliştirilebilir.

a. İçtihat Farklılığını Giderecek Bir Mekanizmanın Bulunmaması

Bu durumda Devletin hukuki belirsizliği ortadan kaldıracak mekanizmayı kurma yönündeki pozitif yükümlülüğünü yerine

getirmemesi söz konusudur. Bu mekanizma kurulmadığından ki, farklı içtihatlar nedeniyle davaların bir kısmı bireyler lehine, kalan kısmı aynı durumdaki bireyler aleyhine neticelenmektedir.

İçtihat farklılığını giderecek bir mekanizma bulunmadığından farklılığı yaratan iki yargı merciinden biri içtihadını değiştirmedeği müddetçe bu farklılığın yargı sistemi içinde yargı mercilerini zorlayıcı ve bağlayıcı bir tedbirle giderilmesi imkânı da bulunmamaktadır. Maddi olayın değerlendirilmesi veya hukuk normlarının yorumlanması ve uygulanması noktasında oluşan hukuki belirsizliğin hukuk güvenliğini ortadan kaldıracak biçimde sürmesi kuvvetle muhtemel olduğundan bu halde iki tür inceleme yapılmasının uygun olacağı değerlendirilmektedir.

aa. Adil Yargılanma Hakkı

Öncelikle derin ve süregelen bir içtihat farklılığı bulunduğu ancak bunu giderecek herhangi bir mekanizmanın bulunmadığı tespit edilerek adil yargılanma hakkı bağlamında hakkaniyete uygun yargılanma hakkının ihlal edildiği tespit edilebilir.

bb. Maddi Hak

Adil yargılanma hakkı bağlamında ulaşılan bu sonuç birey yönünden oluşan hukuki belirsizlikten kaynaklı ihlali gidermeye yeterli olmayabilir. Çünkü bu halde ihlal kararı, çelişen yorumların hukuki belirsizlik oluşturduğuna ilişkin olup bunu giderecek mekanizmanın bulunmaması nedeniyle sistemsel eksikliği tespit eder niteliktedir. Adil yargılama hakkı, yargılama süreciyle ilgili usule ilişkin güvenceleri kapsamakla birlikte, yargılamada keyfilik ya da bariz takdir hatası saptanmadığı müddetçe, kural olarak sonuç garantisi içermemektedir. Bu nedenle Anayasa Mahkemesinin içtihat farklılıklarında adil yargılanma hakkı yönünden sırf bir hukuk kuralının belli bir yorumunun benimsenmiş olması sebebiyle ihlal kararı vermesi mümkün değildir. Aksinin düşünülmesi adil yargılanma hakkının maddi bir hak gibi telakki edilmesine yol açabilir ki böyle bir karmaşaya lüzum yoktur. Nitekim maddi haklar söz konusu olduğunda Anayasa Mahkemesinin birey yönünden değerlendirmede eli daha geniştir.

aaa. Negatif Yükümlülük İncelemelerinde

Negatif yükümlülük incelemelerinde içtihatların birleştirilmesine ilişkin bir mekanizmanın bulunmadığını saptadığı takdirde Anayasa Mahkemesi, bir hukuk kuralının bireyin ilgili maddi hakkını zedeleyen yorumunun uygulanmasını kanunilik ilkesi veya yerine göre ölçülülük ilkesi bağlamında hak ihlali oluşturduğunu tespit edebilir. Bu nedenle



ayrıca maddi haktan da inceleme yapılarak müdahalenin belirli ve öngörülebilir bir kanuna dayanmaması nedeniyle ihlal sonucuna ulaşılması böylece bireysel bir sonucun doğmasının da sağlanması elverişli bir yöntem olarak gözükmektedir.⁸ Böylece bir yandan hem bireysel giderimin sağlanması için somut bir adım atılmış olacak hem de hukuki belirsizliği gidermek adına Devlete bir adım atma yükümlülüğü yüklenecektir.

bbb. Pozitif Yükümlülük İncelemelerinde

Kişisel uyumsuzluklarla ilgili pozitif yükümlülük incelemelerinde ise içtihatların birleştirilmesine ilişkin bir mekanizmanın bulunmaması durumunda maddi hak yönünden ölçülülük bağlamında usule ilişkin güvencelerin sağlanmadığı tespit edilebilir. Böylece bireysel bir sonucun da doğması sağlanmış olur. Ancak bu halde yargılamanın karşı tarafı bireysel başvuruda taraf sıfatına sahip olmadığından verilecek kararın onun usuli müktesep haklarına hanel getirmemesi de gerekir. Bu durumda usule ilişkin güvencelerin sağlanmadığından bahisle kamu gücünün ihmali nitelikteki tasarrufunun (içtihat farklılıklarını giderecek mekanizma oluşturulmama) ölçüsüz olduğu sonucuna ulaşıldığından giderim tazminatla sağlanabilir.

ccc. Ayrımcılık Yasağı

İçtihat farklılıklarını giderecek bir mekanizmanın bulunmaması halinde bir maddi hakla bağlantılı olarak farklı muamele nedeniyle ayrımcılık yasağının ihlal edilip edilmediği de değerlendirilebilir. Nitekim AİHM'e içtihat farklılıklarından doğan hukuki belirsizlik nedeniyle yapılan başvurularda ayrımcılık yasağının da ihlal edildiği ileri sürülebilmektedir.⁹ AİHM'in *Beian/Romanya* (no. 1) kararında bu yönde bir değerlendirme yer almaktadır. Kararda olaydaki farklı muamelenin nesnel ve makul bir gerekçeye dayandırılmadığı belirtilerek mülkiyet hakkıyla bağlantılı olarak ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine karar verilmiştir.¹⁰

Gerçekten içtihat farklılıklarında başvuru sahipleri kendilerine benzer durumda oldukları diğer kişilerden daha farklı bir muamelenin yapıldığını ve bunun bir ayrımcılığa neden olduğunu ileri sürebilirler. Böyle bir iddianın varlığı halinde ve ayrımcılık temeli tespit edilebildiği takdirde

8 Anayasa Mahkemesi Üyesi Sayın Kadir Özkaya'nın *Hakan Altınca* ([GK], B. No: 2016/13021, 17/5/2018) kararındaki karşıoyunda yer alan belirlemelerden yararlanmıştı.

9 *Beian/Romanya* (no. 1), B. No: 30658/05, 6/12/2007 (bu kararda AİHM ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine de karar vermiştir.); *Perez Arias/İspanya*, B. No: 32978/03, 28/6/2007; *Schwarzkopf ve Taussik/Çek Cumhuriyeti* (k.k.), B. No: 42162/02, 2/12/2008

10 *Beian/Romanya* (no. 1), B. No: 30658/05, 6/12/2007, §§ 55-65

kamu gücünün başvurucuya muamelesinde objektif ve makul bir neden ortaya koyması gerekir. Farklı muamelede objektif ve makul bir nedene dayanılmamışsa ya da muamele ulaşılmak istenen meşru amaç karşısında başvurucuya aşırı bir külfet yükleyen ölçsüz bir müdahale biçimini almışsa bu halde ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine karar verilebilir.¹¹

b. İçtihat Farklılıklarının Giderecek Bir Mekanizmanın Bulunması

Bu halde hukuki belirsizlik, söz konusu mekanizmanın hiç ya da gereği gibi işletilmemiş olmasından kaynaklanır. Dolayısıyla bu halde de süregelen bir hukuki belirsizlik olmakla birlikte söz konusu belirsizlik hukuken öngörülmüş bir usulün hiç ya da gereği gibi işletilmemesinden kaynaklanmakta, ihlal kararından sonra giderimin sağlanabilmesi amacıyla bu usulün harekete geçirilmesi halinde ise belirsizliğin sona erdirilme imkânı bulunmaktadır.

Bu durumda inceleme, usule ilişkin güvenceler sağlayan adil yargılanma hakkı kapsamında hakkaniyete uygun yargılama hakkı bağlamında yapılmalı ve hukuki mekanizmanın işletilmemiş olması nedeniyle ihlal kararı verilmelidir.

Adil yargılanma hakkından verilecek ihlal kararının ve bu kapsamda ihlalin giderilmesine yönelik tedbirlerin somut olayın şartları bağlamında başvurucu yönünden etkin bir giderim imkânı sunamayacağı öngörülyorsa maddi hak yönünden de inceleme yapılarak ihlal kararı verilebilir. Ancak adil yargılanma hakkı bağlamında verilecek ihlal kararı üzerine işletilecek mekanizmanın *aynı durumda bulunan herkes için* hukuki belirsizliği sona erdirebilecek etkiye sahip olduğu gözetildiğinde ihlalin giderilebileceği mekanizmaların bulunması halinde maddi hak incelemesine istisnai olarak başvurulması gerektiği düşünülmektedir.

Adil yargılanma hakkı kapsamında hakkaniyete uygun yargılanma hakkı bağlamında bulunan ihlalin giderimi ise öngörülen mekanizmanın işletilmesi suretiyle sağlanabilir. Böylece yüksek mahkemeye bir kez daha içtihadını gözden geçirme fırsatı verilmiş olur. Mekanizmanın işletilmesi yoluyla içtihatların birleştirilmesi neticesinde hukuki belirlilik yeniden tesis edilir. Bu durumun etkileri daha çok kamuya dönüktür ve henüz bir bireysel tatmin (hukuki yarar) sağlanamamış olması muhtemeldir. Bu nedenle adil yargılanma hakkından verilecek ihlal kararında belirtilen giderim yönteminin sadece mekanizmaların işletilmesini sağlamaya yönelik olmaması bunun yanında bireysel hukuki yararı da tesis edecek

11 Ayrımcılık yasağıyla ilgili Anayasa Mahkemesi'nin benimsediği ölçütlerin aktarıldığı kararlar için bkz, *Tuğba Arslan* [GK], B. No: 2014/256, 25/6/2014; *Reis Otomotiv Ticaret ve Sanayi A.Ş.* [GK], B. No: 2015/6728, 1/2/2018



biçimde başvuru hakkındaki davanın yeniden görülmesini sağlaması gerekir.

İçtihatlar birleştirildiğinde yargı mercilerinin uymakla mükellef olduğu aslî ve bağlayıcı bir hukuk kaynağı ortaya çıkacaktır. Bireysel başvuruda ihlal kararı üzerine davayı tekrar ele alan yargı mercii, içtihadı birleştiren bu karar doğrultusunda, yaptığı bireysel başvuru ihlal kararıyla sonuçlanan bireyin davasını tekrar ele alarak sonuçlandıracaktır. Kararın lehine olması halinde bireysel tatmin sağlanmış olacaktır. Karar bireyin yine de aleyhine çıktığında ikinci kez bireysel başvuruda bulunabilir. Ancak bu ikinci bireysel başvuruda inceleme, adil yargılanma hakkının sağladığı diğer güvencelerin olayda gerçekleşip gerçekleşmediğine ya da maddi hak incelemesine ilişkin olacaktır.

B. İçtihat Farklılıklarının İncelenmesinde Kriterler

İçtihat farklılıklarının adil yargılanma hakkı bağlamında incelemesinde benimsenen kriterler bu bölümde değerlendirilecektir. Bu bağlamda, önce farklı yargı kolları arasındaki sonra da aynı yargı kolu içindeki içtihat farklılıklarının değerlendirilmesine ilişkin AİHM ve Anayasa Mahkemesi kararları incelenecektir.

İçtihat farklılıklarının değerlendirilmesinde AİHM'in temel kararlarından biri *Nejdet Şahin ve Perihan Şahin/Türkiye* ([BD], B.No: 13279/05, 20/10/2011) diğeri *Hayati Çelebi ve diğeri Türkiye* (B.No: 582/05, 9/2/2016) kararıdır. Bu kararlarda içtihat farklılıklarına ilişkin incelemenin şartları ve yöntemi ile değerlendirmede esas alınması gereken ilkeler daha önce bu konuda verilmiş kararların derlenmesi sonucunda toplu bir biçimde tespit edilmiştir.

Nejdet Şahin ve Perihan Şahin/Türkiye kararında uyuşmazlık farklı yargı kolları arasındaki içtihat farklılıklarının AİHM'nin 6. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkını ihlal edip etmeyeceği noktasındadır. Anayasa Mahkemesi de farklı yargı kolları arasındaki içtihat farklılıklarını *Engin Selek* (B. No: 2015/19816, 8/11/2017) kararında incelemiştir.

AİHM'in *Hayati Çelebi ve diğeri/Türkiye Beian/Romanya (no. 1)*, *Jordan Jordanov ve diğeri/Bulgaristan*, *Ştefan ve Ştef/Romanya*, *Schwarzkopf ve Taussik/Çek Cumhuriyeti*, *Perez Arias/İspanya* kararlarında ise aynı yargı kolu içindeki içtihat farklılıkları ihtilafa konu olmuştur. Bu bağlamda aynı konu Anayasa Mahkemesi'nin *Türkan Bal* ([GK], B. No: 2013/6932, 6/1/2015), *Ford Motor Company* (B. No: 2014/13518, 26/10/2017) ve *Hakan Altınca* ([GK], B. No: 2016/13021, 17/5/2018) kararlarında irdelenmiştir.



Bu kararlar incelendikten sonra adil yargılanma hakkı bağlamında içtihat farklılığı incelemesi açısından benimsenen kriterler değerlendirilecektir.

1. AİHM ve Anayasa Mahkemesi Uygulaması

a. Farklı Yargı Kolları Arasındaki İçtihat Farklılıklarının Değerlendirilmesi

aa. AİHM'nin *Nejdet Şahin ve Perihan Şahin/Türkiye Kararı*

Bu karara konu olayda başvuruçular, askeri idari yargı ile idari yargının arasında aynı olaya ilişkin yorum farklılıklarının adil yargılanma haklarını ihlal ettiğini ileri sürmektedirler. Askeri pilot olan oğullarının uçak kazasında ölmesi üzerine başvuruçular, 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun 21. maddesinde öngörülen haktan yararlanmak ve kendilerine bu hüküm uyarınca aylık bağlanmasını sağlamak üzere idareye başvuruda bulunmuşlardır. Başvuruçular, başvurunun reddi üzerine açtıkları davanın reddine ilişkin Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin kararının idare mahkemesi ve Danıştay'ın yorumuna aykırı düşen çelişkili yargı kararı anlamına geldiğini ileri sürmüştür (§§ 10, 11, 16, 39).

Başvuruçulara göre, oğulları ile aynı uçak kazasında ölen kazazedelerin aileler benzer iddialarda bulunmuş ve idari mahkemeler önünde davalarını kazanmışlardır (§ 35). Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, benzer davalarda verilmiş idare mahkemesi kararlarını dikkatine sunulmuş olmasına rağmen görmezden gelmiştir. Başvuruçular aynı ülkedeki iki yüksek mahkeme arasındaki yorum farklılığının vatandaşları haklarından mahrum bırakmaması gerektiğini ileri sürmektedir. Bu bağlamda, idare mahkemeleri ile askeri idare mahkemesi arasındaki yorum farkının, hukuki istikrar ilkesini geri dönülemez biçimde ihlal ettiği iddiası başvuruçular tarafından yinelenmiştir (§ 40). Başvuruçular çelişkili yorumların hukukun genel ilkeleri yanında hukuk güvenliği ilkesine de zarar verdiğini belirtmektedirler (§ 41).

AİHM bu başvuruyu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin (AİHS) 6. maddesi bağlamında adil yargılanma hakkının sağladığı güvenceler kapsamında incelemiştir. AİHM kararında öncelikle başvuruya konu şikâyetle ilgili genel ilkeleri tespit etmiştir:

aaa. İçtihat Farklılıkları İncelemesinde Genel İlkeler

1. AİHM, başlangıçta, yerel mahkemelerin yerini almasının görevi olmadığı yinelemektedir. İç hukukun yorumlanması ile ilgili sorunları öncelikle ulusal makamlar, özellikle de mahkemeler çözmelidir (§ 49).¹²

12 Kararda AİHM kararlarına yapılan atıflar: *Brualla Gómez de la Torre/İspanya*, B. No: 26737/95,



Bireysel başvurunun temel felsefesini yansıtan bu ilkeye göre Mahkeme, bir uyuşmazlıkta iç hukuk kuralları kapsamında hangi yorumun benimsenmesine ya da hangi yoruma üstünlük tanınmasına karar vermeyi kendi görev alanı haricinde görmekte ve iç hukukun yorumlanmasını yerel mahkemelere bırakmaktadır.

2. AİHM'in görevi bu yorumun etkisinin AİHS ile uyumlu olup olmadığını doğrulamaktır (§ 49).¹³ Öyle ki, açık bir keyfilik durumu haricinde, iç hukukun ulusal mahkemeler tarafından yorumunu sorgulamak Mahkemenin görevi değildir (§ 50).¹⁴ Aynı şekilde, bu konuda, görünüşte benzer yargılama süreçlerinde verilmiş olsa bile, ulusal mahkemelerin farklı kararlarını karşılaştırmak ilke olarak Mahkemenin işlevi değildir; yerel mahkemelerin bağımsızlığına saygı gösterilmelidir (§ 50).¹⁵

Bir başka ifadeyle AİHM, sadece iç hukukun yorumlanmasıyla ulaşılan sonuçların AİHS'te güvence altına haklara etkisini değerlendirmektedir. Anayasa Mahkemesi de bireysel başvuruda aynı yaklaşımı benimsemiştir.¹⁶

Özellikle içtihat farklılıkları söz konusu olduğunda bireysel başvuruları çözüme kavuşturmakla görevli mercilerden hukuk normunun yorumlanmasıyla ulaşılan sonuçlardan hangisinin daha doğru olduğu konusunda bir hakem görevi görmesi beklenmemelidir. Bu halde AİHM ve Anayasa Mahkemesi sadece içtihat farklılığın derin ve süregelen nitelikte olup olmadığını ve bu durumun hukuk güvenliğini tehdit edip etmediğini saptamaya yönelmektedir.

3. AİHM, mahkeme kararlarının çelişme olasılığının, kendi yargılama alanı konusunda otoriteye sahip yargılama ve temyiz mahkemeleri ağına dayanan

19/12/1997, § 31; *Waite ve Kennedy/Almanya* [BD], B. No: 26083/94, 18/2/1999, § 54; *Saez Maeso/İspanya*, B. No: 77837/01, 9/11/2004, § 22

13 *Kararda AİHM kararlarına yapılan atıflar: Kuchoglu/Bulgaristan*, B. No: 48191/99, 10/5/2007, § 50; *Işyar/Bulgaristan*, B. No: 391/03, 20/10/2008 § 48

14 *Kararda AİHM kararına yapılan atıf: Adamsons/Letonya*, B. No: 3669/03, 24/6/2008, § 118

15 *Kararda AİHM kararlarına yapılan atıflar: Engel ve diğerleri/Hollanda*, B. No: 5100/71, 8/6/1976, § 103; *Gregório de Andrade/Portekiz*, B. No: 41537/02, 14/11/2006, § 36; *Adamsons/Letonya*, B. No: 3669/03, 24/6/2008, § 118

16 "Hukuk kurallarının ne şekilde yorumlanacağı veya birden fazla yorumunun mümkün olduğu durumlarda bu yorumlardan hangisinin benimseneceği derece mahkemelerinin yetkisinde olan bir husustur. Anayasa Mahkemesinin, bireysel başvuruda derece mahkemelerince benimsenen yorumlardan birine üstünlük tanınması veya derece mahkemelerinin yerine geçerek hukuk kurallarını yorumlaması bireysel başvurunun amacıyla bağdaşmaz. Anayasa Mahkemesinin kanunilik ilkesi bağlamındaki görevi, hukuk kurallarının birden fazla yorumunun hukuki belirlilik ve öngörülebilirliği etkileyip etkilemediğini tespit etmektir." (koyu vurgu yazara aittir) *Mehmet Arif Madenci*, B. No: 2014/13916, 12/1/2017, § 81; *Ford Motor Company*, B. No: 2014/13518, 26/10/2017, §§ 57, 66; *Engin Selek*, B. No: 2015/19816, 8/11/2017, § 53; *Hakan Altıncan* [GK], B. No: 2016/13021, 17/5/2018, § 46

herhangi bir yargı sisteminin doğal karakteri olduğunu kabul etmiştir. Bu farklılıklar aynı mahkeme içinde de ortaya çıkabilir. Bu durum, başlı başına, AİHS'ye aykırı olarak değerlendirilemez (§ 51).¹⁷

4. Çelişkili mahkeme kararlarıyla ilgili davaları incelemesi AİHM'den birkaç sefer talep edilmiştir (§ 52).¹⁸ Böylece, AİHM, yerel yüksek mahkemelerin çelişen kararlarının, AİHS'nin 6/1 maddesinde öngörülen adil yargılama gerekliliğini ihlal ettiği şartlar hakkında kararını bildirme fırsatı bulmuştur (§ 52).¹⁹

5. Böyle yaparak, **bir yüksek mahkemenin içtihadında “derin ve uzun süreli farklılıkların” bulunup bulunmadığını, iç hukukun bu tutarsızlıkların üstesinden gelmek için bir mekanizma sağlayıp sağlamadığını, bu mekanizmanın işletilip işletilmediğini ve gerekli görüldüğü takdirde bunun etkisinin ne olduğunu** tespit etmeyi içeren değerlendirmesini yönlendiren kriterleri açıklamıştır (§ 53).²⁰

6. Mahkemeden ayrıca, tek bir temyiz mahkemesi²¹ veya son derece olarak karar veren farklı bölge mahkemeleri²² tarafından verilebilecek çelişen kararlar hakkında kararını bildirmesi istenilmiştir. Bu konudaki ayrılıkların “derin ve uzun süreli” mahiyetine ek olarak, söz konusu mahkemelerin uygulamasındaki tutarsızlıktan kaynaklanan hukuki belirsizliğin ve çelişkili kararların çözülmesine yönelik mekanizma eksikliğinin de adil yargılanma hakkını ihlal ettiği düşünülmüştür (§ 54).²³

7. Bu bağlamda, AİHM, her fırsatta, mahkeme uygulamalarında tutarlılığı ve mahkemelerin içtihadının bütünlüğünü sağlamak için elverişli mekanizmaların kurulmasının önemini yinelemiştir (§ 55).²⁴ Aynı şekilde, çelişen hükümlerin

17 Kararda AİHM kararına yapılan atıf: Santos Pinto/Portekiz, B. No: 39005/04, 20/5/2008, § 41

18 Kararda AİHM kararlarına yapılan atıflar: diğerleri arasında, Zielinski ve Pradal ve Gonzalez ve diğerleri/Fransa [BD], B. No: 24846/94, 34165/96, ...34173/96, 28/10/1999; Păduraru/Romanya, B. No: 63252/00, 1/12/2005; Beian/Romanya (no. 1), B. No: 30658/05, 6/12/2007; Iordan Iordanov ve diğerleri/Bulgaristan, B. No: 23530/02, 2/7/2009

19 Kararda AİHM kararlarına yapılan atıflar: Perez Arias/İspanya, B. No: 32978/03, 28/6/2007, § 25; Beian/Romanya (no. 1), B. No: 30658/05, 6/12/2007, §§ 3440; Ştefan ve Şteff/Romanya, B. No: 24428/03, 26977/03, 27/1/2009, §§ 3336; Iordan Iordanov ve diğerleri/Bulgaristan, B. No: 23530/02, 2/7/2009, §§ 4849; Schwarzkopf ve Taussik/Çek Cumhuriyeti (k.k.), B. No: 42162/02, 2/12/2008

20 Kararda AİHM kararına yapılan atıf: Iordan Iordanov ve diğerleri/Bulgaristan, B. No: 23530/02, 2/7/2009, §§ 4950

21 Tudor Tudor/Romanya, B. No: 21911/03, 24/3/2009

22 Ştefănică ve diğerleri/Romanya, B. No: 38155/02, 2/11/2010

23 Kararda AİHM kararlarına yapılan atıflar: Tudor Tudor/Romanya, B. No: 21911/03, 24/3/2009, §§ 30-32, Ştefănică ve diğerleri/Romanya, B. No: 38155/02, 2/11/2010, §§ 37-38

24 Kararda AİHM kararına yapılan atıf: Schwarzkopf ve Taussik/Çek Cumhuriyeti (k.k.), B. No: 42162/02, 2/12/2008



kabullenilmesini önleyecek şekilde yasal sistemlerini düzenlemenin de Devletlerin sorumluluğunda olduğunu beyan etmiştir (Ş 55).²⁵

8. AİHM'in incelemesi için önüne getirilen koşullara yönelik değerlendirmesi, her zaman AİHS'nin tüm maddelerinde yer alan ve hukukun üstünlüğünün temel yönlerinden birini oluşturan hukuk güvenliği ilkesine dayanmaktadır (Ş 56).²⁶ Gerçekten de belirsizlik -yasal, idari ya da yetkililerin uygulamalarından kaynaklansın- Devletin tutumunu incelerken dikkate alınması gereken bir faktördür (Ş 56).²⁷

9. Bu bağlamda, AİHM, adil yargılanma hakkının, hukukun üstünlüğünün Akit Devletlerin ortak mirasının bir parçası olduğunu beyan eden AİHS'nin Dibacesi ışığında yorumlanması gerektiğini tekrarlamaktadır. Hukukun üstünlüğünün temel yönlerinden biri, diğerlerinin yanı sıra, hukuki durumlarda belirli bir istikrarı garanti eden ve mahkemelere duyulan kamu güvenine katkıda bulunan (Ş 57)²⁸ hukuk güvenliği ilkesidir (Ş 57).²⁹ Öte yandan, çelişkili mahkeme kararlarının süre gelmesi, yargı sistemine kamu güvenini azaltabilecek bir hukuki belirsizlik hali yaratabilirken, bu güven, açıkça, hukukun üstünlüğüne dayanan bir devletin temel bileşenlerinden biridir (Ş 57).³⁰

10. Ancak Mahkeme, hukuk güvenliğinin gerekliliklerinin ve halkın meşru güvenliğinin korunmasının, içtihatların tutarlılığına dair kazanılmış bir hak vermediğini belirtmiştir (Ş 58).³¹ İctihatların gelişimi, başlı başına, adaletin muntazam yönetiminin hilafına değildir, çünkü dinamik ve gelişmekte olan bir

25 Kararda AİHM kararlarına yapılan atıflar: *Vrioni ve diğerleri/Arnavutluk*, B. No: 2141/03, 24/3/2009, Ş 58; *Mullai ve diğerleri/Arnavutluk*, B. No: 9074/07, 23/3/2010, Ş 86; *Brezovec / Hırvatistan*, B. No: 13488/07, 29/3/2011, Ş 66

26 AİHM kararlarına yapılan atıflar: *Beian/Romanya (no. 1)*, B. No: 30658/05, 6/12/2007, Ş 39; *Iordan Iordanov ve diğerleri/Bulgaristan*, B. No: 23530/02, 2/7/2009, Ş 47; *Ştefănică ve diğerleri/Romanya*, B. No: 38155/02, 2/11/2010, Ş 31

27 Kararda AİHM kararlarına yapılan atıflar: *Păduraru/Romanya*, B. No: 63252/00, 1/12/2005, Ş 92; *Beian/Romanya (no. 1)*, B. No: 30658/05, 6/12/2007, Ş 33; *Ştefănică ve diğerleri/Romanya*, B. No: 38155/02, 2/11/2010, Ş 32

28 Kararda AİHM kararına yapılan atf: *gerekli değişikliklerin yapılması koşuluyla, Ştefănică ve diğerleri/Romanya*, B. No: 38155/02, 2/11/2010, Ş 38

29 Kararda AİHM kararına yapılan atf: *Brumărescu/Romanya [BD]*, B. No: 28342/95, 28/10/1999, Ş 61

30 Kararda AİHM kararlarına yapılan atıflar: *Păduraru/Romanya*, B. No: 63252/00, 1/12/2005, Ş 98; *Vinčić ve diğerleri/Srbistan*, B. No: 44698/06..., 1/12/2009, Ş 56; *Ştefănică ve diğerleri/Romanya*, B. No: 38155/02, 2/11/2010, Ş 38

31 Kararda AİHM kararına yapılan atf: *Unédic/Fransa*, B. No: 20153/04, 18/12/2008, Ş 74; Anayasa Mahkemesi'nin *Engin Selek* (B. No: 2015/19816, 8/11/2017, Ş 30) kararında aynı ilke "Diğer yandan bireylerin makul güvenlerinin korunması ve hukuki güvenlik ilkesi, içtihadın değişmezliği şeklinde bir hak bahsetmemektedir." şeklinde açıklanmıştır.

yaklaşımı sürdürmedeki başarısızlık reformu veya iyileştirmeyi engelleyecektir (Ş 58).³²

bbb. İlkelerin Somut Olaya Uygulanması

AİHM, bu karara konu olayda aynı yargı düzeni içindeki mahkemelerin çelişen kararlarının söz konusu olmadığını, birbiriyle hiyerarşik ilişkisi olmayan, farklı ve bağımsız mahkemeler arasında bir içtihat farklılığının bulunması nedeniyle bahsi geçen kriter ve prensiplerin aynen bu olaya uygulanamayacağını belirtmiştir. AİHM bu yeni hukuki sorunla ilgili hükmetme fırsatını bulduğuna değindikten sonra, bununla birlikte söz konusu ilkelerin, bu davadaki durumun değerlendirilmesine rehberlik edebileceğini açıklamıştır. Bu bağlamda AİHM bu davada öncelikle mevcut davada çelişkili mahkeme kararları olup olmadığını; eğer varsa, bu durumda, bu davanın belirli koşulları ışığında, çelişkili kararlar nedeniyle AİHS'nin 6 Ş 1 maddesinin ihlal edilip edilmediğini inceleyeceğini belirtmiştir (ŞŞ 59-60).

AİHM, daha önce çeşitli başvurular vesilesiyle içtihat farklılıklarına ilişkin belirlediği genel ilkelerin farklı yargı düzenine tabi mahkemeler arasındaki içtihat farklılıklarında aynen uygulanamayacağını ifade etmiştir. Bu tür farklılıklarda bir üst (dikey) gözden geçirme mekanizması kurulmasını talep etmenin AİHS'in 6 Ş 1 maddesinde belirtilen adil yargılanma gerekliliklerinin ötesine geçeceği belirtilmektedir. AİHM'e göre birbirinden farklı yargı düzenlerinin bulunduğu bir yargısal sistemde hukuki tutarlılığa ulaşmak zaman alabilecektir. Bu nedenle çelişkili içtihatların hüküm sürmesine ancak hukuk güvenliğine zarar verilmeden tahammül edilebilecektir. Farklı yüksek mahkemelerin aralarındaki içtihat farklılıklarını aynı yaklaşımı seçmeye karar vererek ya da kendi yargılama alanlarının sınırlarına saygı göstererek ve hukukun aynı alanına müdahale etmekten kaçınarak giderme ihtimalinin bulunduğu belirtilmiştir. Olayda başvurucular tarafından şikâyet edilen kararların kararı veren mercilerin kendi yargılama alanı içinde kaldığı, yargılamanın adillliğini etkileyecek herhangi bir unsur ya da keyfilik bulunmadığı, bu nedenle AİHM'in müdahale etmesinin gerekmediği tespit edilmiştir. AİHM, bu tür uyuşmazlıklar yönünden bireysel başvurunun, iç hukukta doğabilecek içtihat ihtilaflarının üstesinden gelinmesi veya ortadan kaldırılmasının bir aracı veya farklı yerel mahkemelerin kararlarındaki

32 Kararda AİHM kararına yapılan atıf: *Atanasovski/Eski Yugoslav Makedonya Cumhuriyeti*, B. No: 36815/03, 14/1/2010, Ş 38; Anayasa Mahkemesi'nin *Engin Selek* (B. No: 2015/19816, 8/11/2017, Ş 30) kararında aynı ilke "*Mahkemelerin yorumlarında dinamik ve evrilen bir yaklaşımın sürdürülebilmesi reform ya da gelişimi engelleyeceğinden kararlardaki değişim, adaletin iyi idaresine aykırılık teşkil etmez.*" şeklinde ifade edilmiştir.

tutarsızlıkları gidermek için bir gözden geçirme mekanizması olarak kullanulamayacağını belirterek adil yargılanma hakkının ihlal edilmediğine karar vermiştir.³³

- 33 Kararın İlkelerin somut olaya uygulanmasına ilişkin bölümünün (*Nejdet Şahin ve Perihan Şahin/Türkiye* [BD], B.No: 13279/05, 20/10/2011, §§ 61-96) resmi olmayan çevirisi (metinde hâkim olan işaretlemeye uymak için bazı değişiklikler yapılmıştır) şu şekildedir:
61. AİHM, iki ihtilafta farklı yaklaşım sergilemenin, dava konusu olan olaylarla ilgili bir fark vesilesiyle haklı gösterildiğinde çelişkili içtihatlarla yol açacağı düşünülmemeyeceğini yinelemektedir (bkz, Erol Uçar / Türkiye (k.k.), B. No: 12960/05, 29/9/2009) Mevcut davada, AİHM önündeki delillerden başvuranların şikâyet ettikleri farkın, farklı yerel mahkemeler tarafından incelenen dava konusu olaylarda değil -ki bunlar aynıdır-, davanın esasına ilişkin maddi hukukun uygulanmasında ve kesin hükümle sonuçlanmasında olduğu görülmektedir.
62. Bu bağlamda AİHM, tarafların, başvuranların oğluyla aynı uçak kazasında ölen askerlerin aileleriyle ilgili ulusal mahkemeler tarafından çeşitli kararlar sunduklarını belirtmiştir. Bu kararları incelerken öncelikle ilgili askerlerin iki kategoriye ayrıldığını not eder: görevi terörizmle mücadele etmek olanlar ve uçak mürettebatı (bkz, §§ 17, 25-26).
63. Ayrıca, idare mahkemeleri önüne taşınan ve başvuru sahiplerinin iddialarında dayandıkları farklı davaların, söz konusu kaza mağdurlarının aileleri tarafından Türk Emekli Sandığına 3713 sayılı Kanun kapsamında aylık bağlanması talebiyle başvuruların reddi yönündeki idari işleme karşı açıldığını not eder.
64. Son olarak, AİHM, dava dosyasındaki bilgi ve belgelerden, mağdurların ailelerinin açtıkları davaların dövrünün, vefat eden askerlerin yaptıkları görev türü bakımından herhangi bir ayırım yapmaksızın uçak kazası ile terörle mücadele arasında nedensel bir bağlantı kuran - 3713 sayılı Kanununun 21 inci maddesinde belirtilen haklara hak kazanmanın olmazsa olmaz bir koşuludur- idari mahkemeler tarafından esas yönünden incelendiğini gözlemlemiştir (bkz, §§ 25-26).
65. Bu nedenle idare mahkemeleri, başvuranların lehine karar vermiştir; idare mahkemelerinin 3713 sayılı Kanunun başvuru şartlarına ilişkin yorumu, başvuranların davasında böyle bir nedensellik bağı bulunmayan ve Emekli Sandığı'nın işleminin iptali talebini reddeden Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'nden farklıdır (bkz, § 16).
66. Bu yorum farklılığı, esasen benzer olan davalarda iki tür mahkeme tarafından farklı hukuki muamele ile neticelenmiştir. Bu nedenle, idare mahkemeleri (Ankara İdare Mahkemesi ve Danıştay) ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi tarafından tam tersi sonuçlara ulaşıldı. Hükümet ayrıca, bu farklı yorumların varlığını kabul etmiştir (§ 47) Burada, başvuranların davasında Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'nin açıkladığı kararda, davalarını idare mahkemeleri tarafından incelenen davalardan ayırabilecek herhangi bir farklılıktan söz edilmediği not edilmeye değerdir (bkz, § 16).
67. Şüphesiz, bu nedenle, AİHM, aynı olayın -bir uçak kazası- koşullarının ve sonuçlarının yerel mahkemelerce farklı yorumlandığı çok nadir bir dava ile karşı karşıyadır. Bununla beraber, yalnızca içtihatlarda çelişki bulunmasının, AİHM'nin 6. maddesinin ihlal etmesi yönünden başlı başına yeterli olmadığı unutulmamalıdır. Mahkeme, çelişkili içtihatların etkisini, adil yargılama prensibi ve özellikle hukuk güvenliği kistası yönünden ölçmek zorundadır.
- (c) Çelişkili kararların Sözleşme'nin 6 § 1 maddesinin ihlaline yol açıp açmadığı
68. AİHM, her şeyden önce, mevcut dava koşullarında çelişkili kararlar konusunun, genel yargılama yetkisine sahip idare mahkemelerinin özel yargılama yetkisine sahip askeri idare mahkemesiyle bir arada yer aldığı Türk yargı sisteminin teşkilat yapısıyla bağlantılı olduğunu gözlemler (bkz, § 20, 21, 45). Bununla birlikte, bu sistem, diğerleri arasında Avrupa'da var olan çeşitli yasal sistemlerinin sadece bir örneğidir ve bunları standartlaştırmak AİHM'in kendi görevi değildir (bkz, gerekli değişikliklerin yapılması koşuluyla, *Taxquet/Belçika* [BD], B.No: 926/05, 16/11/2010, § 83).

69. Üstelik, bireysel başvurulardan kaynaklanan davalarda, kuramsal olarak, ilgili mevzuatı veya ihtilafa konu uygulamayı gözden geçirmek AİHM'in görevi değildir. Bunun yerine, mümkün olduğu kadar, genel bağlamı gözden kaçırmadan, kendini davanın gündeme getirdiği sorunları incelemekle sınırlanmalıdır (bkz, diğerleri arasında N.C./İtalya [BD], B. No: 24952/94, 18/12/2002, § 56; Taxquet/Belçika [BD], B.No: 926/05, 16/11/2010, § 83).
70. Bu nedenle, AİHM'in görevi, soyut olarak, iki farklı tipteki idare mahkemesiyle Türkiye'nin yargı sisteminin AİHS ile uyumluluğunu gözden geçirmek değildir, somut olarak, sonuçta ortaya çıkan çelişkili içtihadın AİHS'nin 6 § 1 maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkına etkilerini tespit etmektir (bkz, örneğin ve gerekli değişikliklerin yapılması koşuluyla, Padovani/İtalya, B. No: 13396/87, 26/2/1993, § 24, Seri A no. 257B).
71. Mahkeme, her şeyden önce, 3713 sayılı Kanununun 21inci maddesinin yorumlanmasına ilişkin şikâyet edilen çelişkili yargı kararlarının, idare mahkemeleri ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin esasen aynı konudan kaynaklanan davalardaki eşzamanlı müdahalelerinin sonucu olduğunu gözlemler (bkz, §§ 62-66) Bu, aynı yasal konuda paralel olarak yargıya varması istenilen bu iki mahkeme türü arasında bir yargılama yetkisi uyumsuzluğunu ortaya koymaktadır.
72. Bu nedenle Mahkeme, Daire'nin, başvuranların şikâyet ettiği çelişkili kararların kökeninin, bu farklı mahkemelerin kendi yetki alanlarının sınırlarına uymadığı gerçeğinden kaynaklandığı sonucuna varmaktadır (bkz. Daire kararı, § 57).
73. Bununla beraber, Hükümetin, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'nin söz konusu davada yargı yetkisine sahip olduğuna dair hiçbir şüphe olmadığı yönündeki iddiaları dikkate alınarak (bkz, § 45) Mahkeme, -diğerlerinin yanı sıra, idari ve askeri mahkemeler arasındaki yargılama yetkisi ihtilaflarını çözümlmek için kurulan (bkz, §§ 22, 24)- Uyuşmazlık Mahkemesinin idare mahkemelerinin ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin yargılama alanı sorunuyla ilgili hükmetme fırsatı bulduğunu belirtir.
74. Bunu yaparken, Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin askeri emekli aylıkları veya ödeneklerle ilgili davalarda yargı yetkisine sahip olduğuna karar vermiştir (bkz, §§ 31-32). Nitekim, Ankara 4. İdare Mahkemesi, başvurucuların açtığı davanın kendi görev alanı dışında olduğuna ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'nin görev alanında kalan bir mesele olduğuna karar verdiğinde (bkz, § 14), Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 14 Mayıs 2001 tarihli kararına atıfta bulunmuştur (bkz, § 31).
75. Daire, bu bağlamda, Uyuşmazlık Mahkemesi'nin müdahalesinin, kendi yetki alanları konusunda idare mahkemeleri ile askeri idare mahkemesinin pozisyonları arasındaki farklılıkların giderilmesine, prensip olarak, idare mahkemesinin askeri idare mahkemesinin yargılama alanına müdahalesinin sona erdirilmesine yardımcı olduğunu tespit etmiştir (bkz. Daire kararı, §§ 57-58).
76. Ancak, Büyük Daire varılan bu sonuca katılmamaktadır. Taraflarca sunulan deliller dikkate alındığında, Uyuşmazlık Mahkemesinin müdahalesine ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin söz konusu davada yargı yetkisine sahip olduğuna karar vermesine rağmen, idari mahkemelerin başvuranlarınkine benzer davaları kabul etmeye ve esas hakkında hükmetmeye devam ettiğini gözlemlemektedir (bkz, §§ 25-27).
77. Hükümetin Büyük Daire önündeki duruşmada yaptığı açıklamalara göre, Uyuşmazlık Mahkemesinin yargı yetkisine ilişkin "ilke kararları" bağlayıcı nitelikte olmakla birlikte, diğer kararları, yerel mahkemelere emsal davalarda yalnızca rehberlik etme değeri ve yetkisine sahiptir. Bir karar gerçekte öyle olduğu belirlendiği zaman "ilke"dir.
78. Mevcut davada Mahkeme, Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin yargılama yetkisini lehine Hükümetin atıfta bulunduğu Uyuşmazlık Mahkemesi kararlarının (bkz. §§ 44-45) ilke kararları olmadığını ve başvurucularınkine benzer iddiaları incelemeye ve (bunların ileri sürülmesine) izin vermeye devam eden tüm idare mahkemelerine tüm ikna etme güçleriyle dayatılmasında başarısız olduğunu belirtir (bkz, §§ 25-27).
79. Bununla beraber, söz konusu Uyuşmazlık Mahkemesi kararlarına idari mahkemelerinin ne kadar önem verdiğine bakılmaksızın, AİHM, herhangi bir durumda, Uyuşmazlık Mahkemesinin

rolünün içtihat uyusmazlıklarını çözmek olmadığını vurgulamaktadır. Her ne kadar farklı mahkemeler arasında hüküm uyusmazlıklarını çözmeye yetkisine sahip olsa da, bunu yalnızca hükümlerin icrasının ilgili taraf için adaletin tesis edilmemesiyle sonuçlanabileceği kadar bağdaştırılmaz olduğu istisnai durumlarda yapar ki bu durum mevcut davada bulunmamaktadır. Dolayısıyla Uyuşmazlık Mahkemesinin müdahalesinin, başvuranların AİHM önüne getirdiği şikâyete hiçbir etkisi yoktur.

80. AİHM, bir kez tanımlandıktan sonra, prensip olarak, içtihat farklılıklarının izlenecek yorumların saptanması ve içtihatların bu tür yetkilerle donatılan mekanizmalar aracılığıyla uyumlaştırılması yoluyla çözülmesi gerektiğine hali hazırda işaret ettiğini belirtir. (bkz, diğerleri arasında, Beian/Romanya (no. 1), B. No: 30658/05, 6/12/2007, §§ 37, 39) Bununla birlikte, bu prensiplerin Mahkemenin incelemesi gereken farklı yorumların aynı yargı düzeni içinde meydana geldiği davalar için, bir yüksek mahkemenin birleştirici yetkilerini uygulayabileceği yasa hükümleri ile bağlantılı olarak şart koşulduğu belirtilmelidir. (bkz, § 59 - diğerleri arasında Beian/Romanya (no. 1), B. No: 30658/05, 6/12/2007, § 37 ve Schwarzkopf ve Taussik/Çek Cumhuriyeti (k.k.), B. No: 42162/02, 2/12/2008)
81. Bu gibi mülahazalar, çelişkili kararların hiyerarşik bir adli yapı içerisinde ortaya çıktığı durumlarda elde edildiğinden, mevcut davaya aktarılamazlar. Mahkeme, mevcut davada olduğu gibi, karakterize edilen yerel hukuki bağlamda, herhangi bir ortak yargısal hiyerarşiye tabi olmayan birkaç yüksek mahkemenin varlığında, bu mahkemelere bir dikey gözden geçirme mekanizması yaklaşımı uygulanmasının talep edilemeyeceğini dikkate almaktadır. Böyle bir talepte bulunmak, AİHS'nin 6/1 maddesinde belirtilen adil yargılanma gereklilerinin ötesine geçebilecektir.
82. Dahası, AİHM, Yüksek Mahkemeler tarafından paylaşılan ve bu mahkemelerin izlemesi gereken yorumu belirleyebilecek ortak bir düzenleyici otorite eksikliğinin -bu davada Danıştay ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin- Türk yargı sistemine özgü olmadığını belirtir. İki veya daha fazla yüksek mahkemeye sahip olan birçok Avrupa Devletinde böyle bir otorite yoktur. (§ 34) Ancak, tek başına bu durumun AİHS'yi ihlal ettiği kabul edilemez.
83. Mahkeme ayrıca, Türkiye'de olduğu gibi birçok farklı branş mahkemesinin ve birkaç yüksek mahkemenin bir arada bulunduğu ve aynı zamanda ve paralel olarak hukuki yorum vermelerinin gerektiği bir yargı sisteminde, hukuki tutarlılığa ulaşmanın zaman alabileceğini ve bu nedenle çelişkili içtihat periyotlarına hukuk güvenliğine zarar verilmeden tahammül edilebileceğini değerlendirmektedir.
84. İctihadın değişmez nitelikte olmaması, aksine, özünde kademe kademe gelişen nitelikte olması sebebiyle AİHM, adaletin iyi yönetimi ilkesinin katı bir içtihat tutarlılığı gerekliliğini dayatmasının düşünülmeceğini değerlendirmektedir. (bkz, Unédic/Fransa, B. No: 20153/04, 18/12/2008, § 73; Atanasovski/Eski Yugoslav Makedonya Cumhuriyeti, B. No: 36815/03, 14/1/2010, § 38) Bununla birlikte, yargılamaların adaleti veya hukukun üstünlüğünün, tek ve aynı soruya ilişkin farklı mahkemeler tarafından bildirilen çelişkili kararların ortaya çıkardığı belirsizliğe bir son verilmesini engellemek için müdahale etmesini gerektirdiğinde, bu ilkenin uygulanmasını sağlamak Mahkeme'nin görevidir. O zaman ulaşılacak istenen hukuk güvenliği, bununla beraber, AİHS sisteminin temelinde yer alan ikincillik ilkesine uygun olarak, yerel mahkemelerin karar alma özerkliğine ve bağımsızlığına saygı gösterilerek yapılmalıdır.
85. AİHM bu bağlamda, yasaları yorumlamanın yargının görevinin doğasında olduğunu tekrarlamaktadır. Mahkemeye göre yasa hükümleri ne kadar açık düzenlenmiş olursa olsun hukuki yorum önlenemez bir unsurdur. (bkz, Başkaya ve Okçuoğlu/Türkiye [BD], B. No: 23536/94, 24408/94, § 39) Hangi mevzuatın, hangi şartlarda uygulanacağı bu bireyselleştirilmiş yaklaşımın bir parçasıdır.
86. Bu durum, her biri kendi yargı alanı olan ve farklı davaları inceleyen iki mahkemenin benzer nitelikteki olaylardan kaynaklanan aynı türdeki hukuki soruna ilişkin birbirleriyle uyummayan

ancak yine de mantıklı ve gerekçelendirilmiş kararlar verebileceği anlamına gelmektedir. Dolayısıyla mahkemeler arasında ortaya çıkabilecek yaklaşım farklılıklarının, yasal hükümlerini yorumlama ve kapsamı amaçlanan somut durumlara uyarlama sürecinin yalnızca kaçınılmaz bir sonucu olduğu kabul edilmelidir.

87. Bu farklılıklar, yerel yasal sistem onları bağdaştırabildiğinde tolere edilebilir. Mevcut davada, AİHM, söz konusu yüksek mahkemelerin -Danıştay ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin- aynı yaklaşımı seçmeye karar vererek ya da kendi yargılama alanlarının sınırlarına saygı göstererek ve hukukun aynı alanına müdahale etmekten kaçınarak kendi aralarındaki farklılıkları giderme ihtimalinin bulunduğunu değerlendirmektedir.
88. AİHM, üçüncü veya dördüncü derece mahkemesi olarak hareket etmenin ve yerel mahkemelerin yasa hükümlerinin yorumlanmasıyla ilgili tercihlerini ve gerçekleştirilecek tutarsızlıkları gözden geçirmenin kendisine düşmediğini, ayrıca sırf çelişkili mahkeme kararlarının bulunması nedeniyle müdahale etmenin görevi olmadığını vurgulamıştır.
89. AİHM'e göre, keyfiliğe dair hiçbir kanıt bulunmadığında, çelişkili kararların varlığının ve etkisinin incelenmesi, yerel mahkemelerin izlemeyi seçtiği yaklaşımın hikmetinin incelenmesi anlamına gelmemektedir. (bkz, Vinčić ve diğerleri/Sırbistan, B. No: 44698/06, § 56; Işık/Türkiye (k.k.), B. No: 35224/05, 16/6/2009; Ivanov ve Dimitrov/Makedonya Eski Yugoslav Cumhuriyeti", B. No: 46881/06, 21/10/2010, § 32) AİHM'in AİHS'nin 6 § 1 maddesi bakımından rolü, şikâyet edilen kararın açıkça keyfi olduğu durumlar ile sınırlıdır.
90. Bu nedenle, Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin 3713 sayılı Kanununun 21. maddesiyle ilgili yorumu başvuruçuların aleyhine olsa bile, bu yorum, idare mahkemeleri tarafından benimsenen çözümlerle karşılaştırıldığında başvuruçulara ne kadar haksız gözüксе de, başlı başına AİHS'nin 6. maddesini ihlal etmemektedir.
91. -Burada söz konusu olan türdeki uyuşmazlığı incelemekle görevli yargı mercisinin Askeri Yüksek İdare Mahkemesi olduğu yönündeki Uyuşmazlık Mahkemesi'nin ulaştığı sonuç (§§ 31-32) ışığında- bu davanın koşulları uyarınca Ankara 4. İdare Mahkemesinin başvuruçuların davasında yargılama yetkisine sahip olmadığına karar vermesinin keyfi olmadığı ayrıca not edilmelidir.
92. Başvuruçular, uyuşmazlıklarının Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'nde incelenmesi veya onun ulaştığı sonuç dolayısıyla adaletten mahrum bırakıldıklarını da iddia edemezler. Askeri Yüksek İdare Mahkemesi tarafından başvuranların davasında alınan karar, yargı yetkisinin sınırları içinde kalmıştır ve kararda başlı başına AİHM'nin müdahalesini haklı gösterecek hiçbir husus bulunmamaktadır.
93. Başvuruçulara ilişkin kararların, olaylar ve hukuk yönünden usulüne uygun şekilde gerekçelendirildiği ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi tarafından inceleme için sunulan olayların yorumunun keyfi olduğunun, makul olmadığına veya yargılamanın adilliklerini etkileyebilecek nitelikte olduğunun söylenemeyeceği, sadece iç hukukun bir uygulamasından ibaret olduğu belirtilmelidir.
94. Yukarıda belirtilenler ışığında, AİHM, Devletlerin yargısal işlevlerinin tatbikatına veya yargı sistemlerinin organizasyonuna haksız müdahalelerden kaçınması gerektiğini tekrarlamaktadır. Kararlarının tutarlılığına dair sorumluluk öncelikle yerel mahkemelere aittir ve AİHM'nin herhangi bir müdahalesi istisnai olarak kalmalıdır.
95. Mevcut davada AİHM, şartların böyle bir müdahale gerektirmediğini ve AİHS'nin 6 § 1 maddesi uyarınca öngörülen içtihat ihtilafına çözüm arama rolü olmadığını değerlendirmektedir. Her halükarda, AİHM'e bireysel başvuru, iç hukukta doğabilecek içtihat ihtilaflarının üstesinden gelinmesi veya ortadan kaldırılmasının bir aracı veya farklı yerel mahkemelerin kararlarındaki tutarsızlıkları gidermek için bir gözden geçirme mekanizması olarak kullanılamaz.
96. Dolayısıyla, AİHM, AİHS'nin 6 § 1 maddesinin ihlal edilmediği sonucuna ulaşmıştır.



Kararda öne çıkan iki husus bulunmaktadır. Bunlardan ilki, AİHM'in içtihat farklılıklarından doğan şikâyetlerin adil yargılanma hakkı bağlamında incelenmesinde uygulanabilecek genel ilkeleri derli toplu bir şekilde ortaya konulmuş olmasıdır. Ancak somut olayda şikâyet iki farklı yargı kolu arasında çıktığından, AİHM, bu ilkelerin aynen uygulanamayabileceğini belirtmiştir. Diğer önemli husus ise AİHM'in iki farklı yargı kolu arasındaki içtihat farklılıklarına ilişkin şikâyetlerde bu farklılığı gözden geçirip giderebilecek mekanizma kurulmasını talep etmenin AİHS'in 6 § 1 maddesinde belirtilen adil yargılanma hakkının gerekliliklerinin ötesine geçebileceğini vurgulamasıdır. Bu durumda, farklı yargı kollarının yüksek mahkemeleri aralarındaki içtihat farklılıklarını ya aynı yaklaşımı seçmeye karar vererek ya da kendi yargılama alanlarının sınırlarına saygı gösterip hukukun aynı alanına müdahale etmekten kaçınarak gidermeleri muhtemeldir. Buradan hareketle AİHM, başvuruya konu olayda şikâyet edilen kararların kararı veren mercilerin kendi yargılama alanı içinde kaldığını tespit etmiş, yargılamanın adilliğini etkileyecek herhangi bir keyfilik de bulunmadığından başvuruda adil yargılanma hakkının ihlal edilmediği sonucuna ulaşmıştır.

bb. Anayasa Mahkemesi'nin Engin Selek Kararı

Anayasa Mahkemesi bu başvuruda, bedensel zararın tazmini talebiyle açılan davada tazminattan indirilecek unsurların belirlenmesine ilişkin kanun hükmünün uygulanmasında yargı kolları arasındaki içtihat farklılığının yargılamanın hakkaniyetini zedelediği yönündeki şikâyeti incelemiştir.

Başvurucu, Türk Silahlı Kuvvetleri (TSK) emrinde uzman çavuş olarak görev yapmaktayken atışlar sırasında yüksek patlama sesi nedeniyle sol kulağından rahatsızlanmış, işitme kaybına ilişkin sağlık raporu doğrultusunda sözleşmesi feshedilmiştir. Başvurucuya vazife malullüğü aylığı bağlanmış ve Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu'nun ek 79. maddesi uyarınca ek ödeme yapılmıştır.

Olay nedeniyle uğradığı zararların tazmini amacıyla idareye yaptığı başvurunun reddi üzerine maddi ve manevi tazminat talebiyle tam yargı davası açmıştır. Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, maddi ve manevi tazminat taleplerinin kısmen kabulüne karar vermiş ve maddi tazminat miktarını belirlerken 5434 sayılı Kanun'un ek 79. maddesi uyarınca yapılan ek ödemeyi toplam tazminat miktarından indirmek suretiyle hüküm kurmuştur.

Başvurucu, bireysel başvuruda, adli yargıda görülen aynı nitelikteki davalarda 5434 sayılı Kanun'un ek 79. maddesi kapsamında yapılan

ek ödeme maddi tazminat hak edişinden düşülmemesine rağmen AYİM'in 6098 sayılı Kanun'un 55. maddesindeki açık hükme olağanın dışında ve yerleşik Yargıtay içtihadından farklı bir anlam vererek bunu tazminat hesabından düşüğünü belirtmiştir. Başvurucu farklı yargı kolları arasındaki söz konusu içtihat farklılığından dolayı hak arama hürriyetinin ihlal edildiğini ileri sürmüştür.³⁴ Anayasa Mahkemesi başvurusunun iddialarının adil yargılanma hakkının güvencelerinden biri olan hakkaniyete uygun yargılanma hakkı kapsamında incelenmesi gerektiğini belirtmiştir.³⁵

aaa. Anayasa Mahkemesi'nin Belirlediği Genel İlkeler

Anayasa Mahkemesi bu kararında öncelikle adil yargılanma hakkının sağladığı anayasal güvencelere değindikten sonra (§§ 49-50) içtihat farklılıklarının hakkaniyete uygun yargılanma hakkı bağlamında değerlendirilmesine ilişkin ilkeleri tespit etmiştir.

Anayasa Mahkemesi'ne göre hukuk devleti ilkesi, Anayasa'nın tüm maddelerinin yorumlanması ve uygulanmasında gözönünde bulundurulması zorunlu olan bir ilkedir. Norm denetiminde verilen kararlara atıfla Hukuk devletinin gereklerinden birinin hukuk güvenliği ilkesi olduğu belirtildikten sonra hukuki güvenlik ve belirlilik ilkeleri tanımlanmıştır. (§§ 51- 52)

İlerleyen paragraflarda Anayasa Mahkemesinin hukuk kurallarının yorumu bağlamında Anayasa Mahkemesinin görev alanı belirlenmiştir. Buna göre öncelikle "(h)ukuk kurallarının ne şekilde yorumlanacağı veya birden fazla yorumunun mümkün olduğu durumlarda bu yorumlardan hangisinin benimseneceği derece mahkemelerinin yetkisinde olan bir husustur." Anayasa Mahkemesi ise bireysel başvurunun amacı doğrultusunda, bu yorumlar karşısında gözetleyici ve denetleyici bir rol benimsemekte ve mahkemelerce benimsenen bu yorumlardan birine üstünlük tanımak ya da hukuk kurallarını yorumlamakla ilgilenmemektedir. "Anayasa Mahkemesinin kanunilik ilkesi bağlamındaki³⁶ görevi, hukuk kurallarının birden fazla yorumunun hukuki belirlilik ve öngörülebilirliği etkileyip etkilemediğini tespit etmektir."³⁷

34 Engin Sele, B. No: 2015/19816, 8/11/2017, § 45

35 Engin Sele, B. No: 2015/19816, 8/11/2017, § 47

36 Vurgu yazara aittir. Mülkiyet hakkı bağlamında kanunilik incelemesine ilişkin bu paragraf, Ford Motor Company kararından aynen alınarak içtihat farklılıklarının adil yargılanma hakkı bağlamında tartışıldığı Engin Sele ve Hakan Altınca kararlarına taşınmıştır. Ne var ki adil yargı hakkı bağlamındaki bu tür değerlendirmelerde kanunilik incelemesi yapılmadığından bu paragrafın vurgu ile gösterilen kısmına yer verilmemesi beklenirdi.

37 Engin Sele, B. No: 2015/19816, 8/11/2017, § 53; Mehmet Arif Madenci, B. No: 2014/13916, 12/1/2017, § 81



Mahkeme incelemesinde içtihat farklılıklarının nasıl ortaya çıkabileceği sorusuna yanıt aramıştır. Buna göre, aynı mahiyetteki davalarda yargılama yetkisine sahip mahkemeler, uyuşmazlığın çözümü için gerekli olan bir yasa hükmünü uygularken, bir hukuki müesseseyi değerlendirirken ya da uyuşmazlığın çözümünde takip edilecek usulü belirlerken birbirinden farklı ilke ve yorumları benimseyebilmektedirler. Bu farklı yaklaşımların doğal sonucu farklı içtihatlar ortaya çıkabilmektedir. Bu tespitten sonra Mahkeme içtihat farklılığından bahsedilebilmesinin ön koşulunu açıklamış ve içtihat farklılığı oluşturmamayan durumları da bu açıklama doğrultusunda belirlemiştir. Buna göre “(i)çtihat farklılığından söz edilebilmesinin ön koşulu, dava konusu edilen uyuşmazlıkların, özü itibarıyla aynı mahiyette olmasıdır. Dolayısıyla uyuşmazlıkların içeriğinin ve niteliğinin örtüşmediği, esaslı noktalarda ayrıldığı durumlarda, verilen kararlar arasındaki farklılık da içtihat farklılığı olarak değerlendirilemez.”³⁸

Anayasa Mahkemesi’ne göre içtihat farklılığı, aynı yargı kolu içine dâhil mahkemeler arasında oluşabileceği gibi birbirinden tamamen bağımsız, aralarında yargısal anlamda bir hiyerarşi ilişkisi olmayan birden fazla yargı koluna dâhil mahkemeler arasında da oluşabilir. Bu tespit doğrultusunda Mahkeme içtihat farklılığından kaynaklanan adil yargılanma hakkının ihlali iddialarına yönelik olarak yapılacak incelemede yaklaşımının ne olması gerektiğini, söz konusu farklılığın aynı yargı kolu içerisinde ya da ayrı yargı kolları arasında gerçekleşme ihtimaline göre iki başlık altında irdelemiştir.³⁹

Aynı yargı kolu içindeki içtihat farklılıkları, belirli bir yargı kolundaki tek yüksek mahkemenin farklı daireleri tarafından ya da yine aynı yargı kolu içinde fakat son derece mahkemesi sıfatını haiz, nihai hüküm veren çeşitli mahkemeler tarafından verilen kararlar arasında ortaya çıkabilir.⁴⁰ Anayasa Mahkemesi, aynı yargı kolunda meydana gelen içtihat farklılıklarının giderilmesinde, adil yargılanma hakkının güvencelerinden biri olarak, Devletin mekanizma kurma ve bunu etkin şekilde işletme yükümlülüğüne işaret etmiştir.⁴¹

Anayasa Mahkemesi farklı yargı kolları arasındaki içtihat uyuşmazlıklarının ise yargı ayrılığının benimsendiği yargı sistemimizin doğal bir sonucu olduğunu ifade etmiştir. Bu bağlamda AİHM gibi, böyle bir durumda adil yargılanma hakkının, devleti söz konusu mahkemeler arasında içtihat farklılıklarını ortadan kaldıracak

38 *Engin Selek*, B. No: 2015/19816, 8/11/2017, § 54

39 *Engin Selek*, B. No: 2015/19816, 8/11/2017, §§ 55-59

40 *Engin Selek*, B. No: 2015/19816, 8/11/2017, § 56

41 *Engin Selek*, B. No: 2015/19816, 8/11/2017, § 58

nitelikte bir mekanizmayı kurmakla yükümlü kılacak kadar bir güvenceyi sağladığından söz edilemeyeceğini belirtmiştir. Farklı yargı kollarında yüksek mahkemeler özü itibarıyla aynı nitelikteki uyuşmazlıklarda hukuki gerekçelerini de göstererek farklı sonuçlara ulaşabilir. Bu sonuçların zaman içinde birbiriyle tutarlı hâle de gelebilmesi mümkündür. Ne var ki bu tutarlılık zaman içinde sağlanamamış olsa dahi içtihat farklılığının açıkça keyfilik oluşturan bir durumdan kaynaklandığı saptanmadığı sürece bu durum makul kabul edilebilecek ve adil yargılanma hakkının ihlaline yol açmadığı sonucuna ulaşılabilecektir.⁴²

bbb. İlkelerin Somut Olaya Uygulanması

Anayasa mahkemesi öncelikle somut olayda içtihatlar arasında çelişki bulunup bulunmadığını irdelemiştir. Bu bağlamda bedensel zararın tazmini talebiyle açılan davalarda 6098 sayılı Kanun'un 55. maddesinin uygulanması kapsamında 5434 sayılı Kanun'un ek 79. maddesi uyarınca yapılan ek ödemenin tazminattan mahsup edilip edilemeyeceğiyle ilgili AYİM (ve Danıştay) ile Yargıtay'ın yorumunun birbirine taban tabana zıt olduğu tespit edilmiştir. Dolayısıyla somut başvuruda, farklı yargı kolları arasında birbiriyle çelişen içtihatlar bulunmakta ve bu çelişkinin öteden beri devam ettiği hususlarında tereddüt bulunmamaktadır.

Mahkeme daha sonra birbiriyle çelişen içtihatların adil yargılanma hakkının ihlaline neden olup olmadığı sorusuna yanıt aramıştır. Ülkemizde farklı yargı kolları arasındaki içtihat farklılığını birleştirici bir mekanizma bulunmadığını saptayan Anayasa Mahkemesi, Devlete böyle bir mekanizma yükümlülüğü yüklemenin adil yargılanma hakkının gerekliliklerinin ötesine geçtiğine işaret etmiştir. Mahkeme Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'nin şikâyete konu kararının makul bir gerekçe içerdiği ve hukukun üstünlüğü ilkesine zarar verecek şekilde bariz takdir hatası veya keyfilik içermediğini tespit etmiştir. Bu nedenle başvurusunun Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan hakkaniyete uygun yargılanma hakkının ihlal edilmediğine karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesinin farklı yargı kolları arasındaki içtihat farklılığına ilişkin bu değerlendirmesinin AİHM'in *Nejdet Şahin ve Perihan Şahin/Türkiye* kararında benimsediği ilkelerle aynı doğrultuda olduğu göze çarpmaktadır. Anayasa Mahkemesi de farklı yargı kolları arasındaki uyuşmazlıklarda bu farklılığı tespit edip giderebilecek bir üst mekanizma kurulmasını talep etmenin adil yargılama hakkının sağladığı güvencelerin ötesine geçebileceğini belirtmiştir. Anayasa Mahkemesi'ne göre somut olayda başvuru hakkında verilen karar makul bir gerekçeye

42 *Ençin Selek*, B. No: 2015/19816, 8/11/2017, § 59

dayanmaktadır ve keyfilik taşımamaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin bu kararında içtihat farklılıklarının aynı yargı kolu içindeki uyuşmazlıklarda veya farklı yargı kolları arasındaki uyuşmazlıklarda ortaya çıkmasına göre değerlendirme kriterlerinin tespit edilmiş olması önem arz etmektedir.

b. Aynı Yargı Kolu İçindeki İctihat Farklılıklarının Değerlendirilmesi

aa. AİHM'in *Hayati Çelebi ve diğerleri/Türkiye* kararı

AİHM'nin, *Hayati Çelebi ve diğerleri/Türkiye* (B. No: 582/05; 09/02/2016) kararında⁴³ Yargıtay daireleri arasındaki içtihat farklılıkları bağlamında hukuki güvenlik ilkesine ve yargılamanın adilliğine riayet edilip edilmediği ve başvuruçuların adil yargılanma haklarının ihlal edilip edilmediği incelenmiştir. AİHM, aynı yargı mercii–Yargıtay–bünyesindeki içtihadı birleştirme mekanizmasının uygulanmadığını ve dolayısıyla bu mekanizmanın, başvuruçuların şikâyet ettikleri içtihat farklılığına ilişkin soruna bir çözüm getiremediğini tespit etmesi bu davanın öne çıkan yönünü oluşturmaktadır.

Başvuruçuların depremde nedeniyle maruz kaldıkları maddi ve manevi zararları için inşaat şirketi ve ortakları tarafından tazminat ödenmesi yönündeki talepleri Asliye Hukuk Mahkemesince zamanaşımı süresinin dolması nedeniyle reddedilmiştir. Başvuruçular, temyiz taleplerini 4. Hukuk Dairesine sunmuşlardır, ancak dava 13. Hukuk Dairesi tarafından incelenmiştir. Söz konusu Daire 25 Haziran 2002 tarihli kararla ilk derece mahkemesinin kararını onamıştır.

Başvuruçular, depreme ilişkin davalarda zamanaşımının başlangıç noktası hakkında farklı Yargıtay Dairelerinin tutumlarının benzer olmadığını belirterek, Yargıtay Birinci Başkanlığından dosyanın Yargıtay Büyük Genel Kurulu'na gönderilmesi talebinde bulunmuşlardır. Ayrıca başvuruçular, karar düzeltme talebinde bulunmuş ve içtihatların birleştirilmesi yönündeki talebin bekletici mesele yapılmasını istemişlerdir. Sırasıyla karar düzeltme talebi reddedilmiş ve içtihatların birleştirme yoluna gidilmesine gerek olmadığına karar verilmiştir.

Başvuruçular 17 Ağustos 1999 tarihli deprem nedeniyle meydana gelen zararlara ilişkin tazminat ödenmesi yönünde bir talebin sunulması için zamanaşımı süresinin başlangıcı konusunda, Yargıtay'ın farklı daireleri arasındaki içtihat farklılığı nedeniyle, AİHS'nin 6. maddesinin 1. fıkrası anlamında adil yargılanma hakkından yararlanamadıklarını iddia etmektedirler. Ayrıca başvuruçular, temyiz başvurularını

⁴³ Bu karar başvuruçulardan ikisinin başvurunun incelenmesi esnasında ölmesi nedeniyle 24/1/2017 tarihli kararla revize edilmiştir.



Yargıtay 4. Dairesi'ne sunmalarına rağmen, bilinmeyen sebeplerle, temyiz başvurularının Yargıtay 13. Dairesi tarafından incelendiğini ileri sürmektedirler. Başvurucular, kendi bakış açılarına göre, temyiz başvurularının, kendisine başvurulmuş Daire tarafından incelenmiş olması durumunda, söz konusu Daire'nin konuya ilişkin kendi içtihadına uyacağını ve depremin meydana geldiği tarihten itibaren zaman aşımı süresinin işlemlerine karar vereceğini belirtmektedirler. Öte yandan, başvurucular, Yalova Ağır Ceza Mahkemesi'nin, inşaat şirketinin ortaklarını mahkûm eden 24 Nisan 2006 tarihli kararında, ceza sorumluluğuna ilişkin zaman aşımı süresini söz konusu olay tarihinden itibaren başlattığını ve bu durumun aynı zamanda kendi iddialarının lehine olabileceğini ifade etmektedirler.

AİHM, başvuruyu esas yönünden değerlendirirken öncelikle içtihat farklılıklarının konu edildiği başvurulara uygulanabilecek olan ilkeleri hatırlattığı *Nejdet Şahin ve Perihan Şahin/Türkiye* kararına ([BD], No. 13279/05, 20/10/2011, §§ 49-58 ve 61) atıfta bulunmuştur.⁴⁴

aaa. Genel İlkelerin Mevcut Davaya Uygulanması

Bu bağlamda, Mahkeme öncelikle, mevcut davanın, *Nejdet Şahin ve Perihan Şahin/Türkiye* davasından farklı olduğunu belirtmiştir. Zira mevcut dava, aralarında hiyerarşik, ayrı ve özerk bir bağ bulunmayan iki yüksek yargı organının verdiği kararlar arasında içtihat farklılıklarının bulunduğu yönündeki iddialar ile ilgili olmayıp (*Nejdet Şahin ve Perihan Şahin/Türkiye*, § 59) yalnızca Yargıtay'ın içtihadında bulunan çelişkiler ile ilgilidir. Bu nedenle *Beian/Romanya* (No. 1) (B. No: 30658/05, 6/12/2007, § 38) davasında olduğu gibi, başvuranlar tarafından ileri sürülen içtihat farklılığı, yargı düzeni içindeki en yüksek mahkemeden kaynaklanmaktadır.⁴⁵

AİHM, içtihat farklılıklarının, ülkenin en yüksek yargı mercilerinden birinin bünyesinde gerçekleşmesi halinde, söz konusu yargı merciinin, hukuki belirsizlik kaynağı haline geldiğini, hukuk güvenliği ilkesine zarar verdiğini ve toplumun yargısal sisteme olan güvenini azalttığını vurgulamıştır.⁴⁶

Mahkeme, somut olayda zamanaşımının başlangıcı ile ilgili Yargıtay'ın farklı daireleri arasında içtihat farklılığının bulunduğunu tespit etmiştir. Buna göre 4. Hukuk Dairesi, 9. Ceza Dairesi'ni izleyerek zamanaşımı süresinin başlangıcında depremin yaşandığı tarihi ele almış olmasına

44 *Hayati Çelebi ve diğerleri/Türkiye*, B. No: 582/05; 09/02/2016, § 52

45 *Hayati Çelebi ve diğerleri/Türkiye*, B. No: 582/05; 09/02/2016, § 54

46 *Hayati Çelebi ve diğerleri/Türkiye*, B. No: 582/05; 09/02/2016, § 55; *Beian/Romanya* (No. 1), B. No: 30658/05, 6/12/2007, § 39



rağmen, 13. Hukuk Dairesi, çok daha önceki bir tarihi -bina oturma ruhsatının alındığı tarihi- başlangıç tarihi olarak belirlemiştir. Sonuç olarak, 4. Hukuk Dairesi'nin içtihadına göre, tazminat davası açılması halen mümkün iken, 13. Daire'nin kanaatine göre, dava açma süresi depremin gerçekleştiği, dolayısıyla zararların meydana geldiği tarihte sona ermiş durumdur.⁴⁷

AIHM, tazminat davasıyla ilgili zaman aşımı süresinin hesaplanması için başlangıç noktasına ilişkin bu çelişkili yorumların, hukuki güvenlik ilkesini ihlal edecek nitelikte, bir hukuki belirsizlik durumu yarattığını ve bu belirsizliğin, somut olayda başvuranların aleyhine işlediğini saptamıştır.⁴⁸

AIHM, daha sonra Türk hukuk sisteminde Yargıtay'ın farklı daireleri arasında ortaya çıkan bu içtihat farklılığının giderilmesine yönelik bir mekanizma bulunup bulunmadığını araştırmıştır. AIHM, mevzuatta yer alan hükümler çerçevesinde Yargıtay Büyük Genel Kurulu'nun içtihat farklılığını birleştirerek giderme imkânına sahip olduğunu tespit etmiştir. Bununla birlikte, Büyük Genel Kurul önündeki prosedürün uygulanması, Yargıtay Birinci Başkanlığı'nın kararına bağlıdır.⁴⁹

Somut olayda Yargıtay 13. Hukuk Dairesi söz konusu içtihat farklılığı dikkatine sunulmasına rağmen, kararın düzeltilmesine ilişkin talebi reddetmiştir. Hemen akabinde, Yargıtay Birinci Başkanlığı çelişkili kararlar arasında içerik ve olaylar bakımından farklılık bulunduğu gerekçesiyle içtihadın birleştirilmesi yönündeki talebi reddetmiştir.⁵⁰

AIHM, uyuşmazlığın Büyük Genel Kurul önüne taşınmamasının ya da içtihadın birleştirilmesine yönelik talebin sonucu beklenmeksizin karar düzeltme talebinin reddedilmesinin uygunluğunu değerlendirmeye gerek görmemiştir. Bu doğrultuda Yargıtay bünyesindeki içtihadı birleştirme mekanizmasının uygulanmadığını ve dolayısıyla bu mekanizmanın, başvuranların şikâyet ettikleri, içtihat farklılığına ilişkin soruna bir çözüm getiremediğini tespit etmeyi yeterli görmüştür.⁵¹

AIHM'e göre, içtihatlarda mevcut farklılık ve bunun giderilmesine yönelik mekanizmanın işletilmemesinin benzer durumdaki kişilerin açtıkları davaların esası incelenebilmesine rağmen, başvuranların açtıkları tazminat davasının zamanaşımı süresinin dolması nedeniyle

47 *Hayati Çelebi ve diğerleri/Türkiye*, B. No: 582/05; 09/02/2016, §§ 58-59

48 *Hayati Çelebi ve diğerleri/Türkiye*, B. No: 582/05; 09/02/2016, § 60

49 *Hayati Çelebi ve diğerleri/Türkiye*, B. No: 582/05; 09/02/2016, § 61

50 *Hayati Çelebi ve diğerleri/Türkiye*, B. No: 582/05; 09/02/2016, § 64

51 *Hayati Çelebi ve diğerleri/Türkiye*, B. No: 582/05; 09/02/2016, § 65

reddedilmesine yol açtığını tespit etmiştir. Mahkeme, davanın kendine özgü koşullarında, Yargıtay nezdinde adil yargılanma hakkının sağladığı güvencelerin uygulanmadığı sonucuna varmıştır. Dolayısıyla, AİHS'nin 6. maddesinin 1. fıkrası ihlal edildiğine karar verilmiştir.⁵²

Başvuruya konu olayda içtihat farklılıklarını gidermeye yönelik bir mekanizma bulunmasına rağmen bunun işletilmemiş olması nedeniyle hukuki belirsizlik devam etmektedir. Zamanaşımı süresinin başlangıcına ilişkin bu belirsizlik nedeniyle bazı kişilerin davalarının esasını inceleme imkânına kavuştuklarına ancak başvuruçuların bu imkânı sahip olamadığına dikkat çekilmiştir. Somut olay içtihadın birleştirilmesine ilişkin mekanizmaların kâğıt üstüne kalmamasının ve etkin bir şekilde işletilmesinin gerekliliğini ortaya koymaktadır.

bb. AİHM'in *Beian/Romanya (no. 1) Kararı*⁵³

Başvuruya konu olayda başvuruçucu, 1953 yılında, askere alınmış ancak babasının tarım arazilerinin ortak kullanımına karşı olması nedeniyle askeri eğitim görmesine izin verilmemiştir. Bunun yerine, birkaç askeri birliğe inşaatçı olarak atanmıştır. 22 Mayıs 2002 tarihli ve 309 sayılı Kanun, askeri birimler için Çalışma Dairesi yetkisi altında yapılan işleri zorunlu çalışma olarak kabul etmiş ve aylık ödenek, ücretsiz tıbbi tedavi ve televizyon lisans ücretinden muafiyet de dahil olmak üzere tazmin edici önlemler almıştır. Başvuran bu yasadan istifade edememiştir, çünkü askerlik görevini Çalışma Dairesi yetkisi altında olmayan bir askeri birimde yapmıştır. Başvuruçucu Yargıtay'da, Çalışma Dairesi'nin yetkisi altındaki askeri birimlerde zorunlu çalışmaya atanan askere alınmış kişilerle ile benzer görevlere atanmış ancak sadece askeri birlikleri Çalışma Dairesi'nin yetkisi altında işletilmediği için yasadan yararlanamayan askere alınmış kişiler arasında yasada ayrımcılık yapıldığından şikâyetçi olmuştur. Başvuruçucu kendisiyle aynı durumda olan daha önce askere alınmış bir kimsenin 2002 tarihli ve 309 sayılı Kanun hükümleri kapsamında olduğuna dair Yargıtay'dan bir karar aldığını ileri sürmüştür. Yargıtay, başvuranın temyiz başvurusunu, askeri biriminin Çalışma Dairesi yetkisi altındaki askeri birimler listesinde olmadığı gerekçesiyle reddetmiştir.

AİHM, AİHS'in 6 § 1 maddesinde güvence altına alınan adil yargılama hakkının ihlal edildiği iddiasıyla ilgili olarak şu değerlendirmede bulunmuştur:

Başvuruya konu olayda bir dizi kararda Yargıtay'ın, askerlik görevleri sırasında zorunlu çalıştırmaya atanan tüm askerle ilgili, askerliklerinin

⁵² *Hayati Çelebi ve diğerleri/Türkiye*, B. No: 582/05; 09/02/2016, §§ 66-67

⁵³ *Beian/Romanya (no. 1)*, B. No: 30658/05, 6/12/2007; çeviride yasal özetten yararlanılmıştır.



karşılık geldiği hiyerarşiye bakılmaksızın ilgili tazmin edici tedbirler konusunda 309 sayılı Kanun'un kapsamını genişlettiği, aynı dönemde verilen başka bir dizi kararda ise, başvurusunun durumunda olduğu gibi tam tersine karar verdiği görülmektedir.

AIHM, yüksek mahkemelerde uygulama tutarlılığını sağlayacak mekanizma eksikliği nedeniyle, mahkemenin bazen aynı gün, aynı yasanın kapsamına ilişkin tamamen zıt hükümler verdiğini belirtmiştir. Ancak, bir yüksek mahkemenin rolü, tam olarak içtihadındaki bu tür çelişkileri düzenlemektir. AIHM'e göre bu davada Yargıtay, derin ve süregelen farklılıkların kaynağı olmuştur. Ülkedeki en yüksek yargı otoritesi tarafından geliştirilen bu uygulama, kendi başına hukuk güvenliği ilkesine aykırıdır. Görevini yerine getirmek ve izlenecek bir yorum oluşturmak yerine, Yargıtay'ın kendisi bir hukuki belirsizlik kaynağı haline gelmiştir ve böylece yargı sistemine halkın güvenini zayıflatmıştır.

AIHM, hukuk güvenliğinin bulunmaması nedeniyle, başvuru sahibinin, benzer bir durumda olan diğer insanlardan farklı olarak, kanunla öngörülen hakları elde etmek ihtimalinden etkin bir şekilde mahrum edildiği, bu nedenle adil yargılanma hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

Mülkiyet hakkıyla bağlantılı olarak ayrımcılık yasağının ihlal edildiği iddiası hakkında ise AIHM verdiği ihlal kararını şu gerekçeye dayandırmıştır:

Başvurucu, askerlik döneminde yürütülen zorunlu çalışma ile ilgili olarak yetkililerin kendisine 309 sayılı Kanunda öngörülen hakları vermeyi reddetmesinden şikâyetçi olmuştur. Başvurucu askerlik süresi boyunca zorunlu çalışmaya atanmış bulunmakla bu hakları elde etmenin zorunlu koşulunu yerine getirmiştir. Bunların kendisine verilmesinin reddedilmesi, yalnızca hizmet ettiği askeri birimlerin Çalışma Dairesi'nin yetkisi altında işletilmediği olgusuna dayanıyordu. Bununla birlikte, İşçi Dairesi yetkisi dışında zorunlu çalışmaya atanmış kişilere ilişkin yasa da öngörülen hakları veren bir dizi Yargıtay kararı ışığında, başvuranın iddiasının tanınabileceğine ilişkin *meşru bir beklentisi* olduğu görülmüştür. AIHM, bu nedenle 1 No.lu Protokolün 1. maddesini uygulanabilir bulmuştur.

Yargıtay'ın çelişkili içtihadının bir sonucu olarak, başvuru sahibi ile benzer durumdaki diğer insanlar arasında bir muamele farklılığı olmuştur. AIHM'e göre bu sadece, bir dizi yargılama ve temyiz mahkemesi etrafında inşa edilen herhangi bir yasal sistemde doğal olan bir içtihat farklılığı değil, Yargıtay'ın bu tür anlaşmazlıkları çözmedeki rolünün

yerine getirilmesindeki bir eksiklik. Hükümet, bu muamele farkına ilişkin hiçbir objektif ve makul gerekçe sunmamıştır. Bu gerekçeyle AİHM 1 No.lu Protokolün 1. maddesi ile bağlantılı olarak 14. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.

Kararda adil yargılanma hakkı açısından dikkat çeken yön, yüksek yargı mercilerinin hukuk güvenliğini sağlamak yerine farklı içtihatların somutlaştığı tutarsız uygulamaların varlığı ve bunları giderecek bir mekanizmanın bulunmaması nedeniyle derin ve süregelen farklılıkların kaynağı olmasına dikkat çekilmesidir. AİHM bu olayda ayrıca ayrımcılık yasağı bağlamında da bir değerlendirme yaparak ihlal sonucuna ulaşmıştır ki bu da oldukça dikkat çekicidir. Aynı hukuki uyumsuzlukta lehe değerlendirmelerin varlığı başvuruçunun davasını kazanabilmesi açısından meşru bir beklenti oluşturmaktadır. Bu nedenle olayda mülkiyet hakkının uygulanabilir olduğuna hükmedilmiş ve mülkiyet hakkıyla bağlantılı olarak ayrımcılık yasağı incelenmiştir. Bu bağlamda, öncelikle zorunlu çalışmalar hususunda askerler arasındaki farklı muameleye dikkat çekilmiştir. AİHM Hükümet'in itirazlarına karşılık olarak öncelikle 14. maddede belirtilen ayrımcılık temellerine ilişkin listenin belirleyici olduğunu ancak muhtemel bütün ayrımcılık temellerini içermediğini belirtmiştir. Daha sonra AİHM, somut olaydaki problemin basit bir içtihat farklılığından değil yüksek yargının bu farklılıkları düzenleyici işlevini getirmemesinden kaynaklandığına dikkat çekmiştir. AİHM'e göre olaydaki farklı muamele hiçbir objektif ve makul gerekçe ile açıklanamamaktadır. Bu nedenle mülkiyet hakkıyla bağlantılı olarak ayrımcılık yasağının ihlaline neden olduğu vurgulanmıştır.

cc. AİHM'in *Iordan Iordanov ve diğerleri/Bulgaristan Kararı*⁵⁴

Başvuruya konu olayda üç başvuruçusu ve diğer bir kişi, BB, bir iç soruşturma komisyonu tarafından, başsavcının ofisinde tespit etmeyi ihmal ettikleri dinleme ekipmanından sorumlu tutulduktan sonra, İçişleri Bakanlığı'nın işletme ve teknik bilgi hizmetindeki görevlerinden alınmışlardır. Yüksek İdare Mahkemesi nezdinde görevden alınmalarının yasallığına itiraz etmişlerdir. Üç hâkimden oluşan heyet, başvuruçuların, Bulgaristan mevzuatının resmi soruşturmalar için sağladığı ve iç soruşturmalar için de geçerli olması gereken güvencelerden istifade etmedikleri gerekçesiyle işten çıkarmaya ilişkin dört işlemi iptal etmiştir. İçişleri Bakanlığı, kararın hukukiliği ile ilgili temyiz başvurusunda bulunmuştur.

54 *Iordan Iordanov ve diğerleri/Bulgaristan*, B. No: 23530/02, 2/7/2009; çeviride yasal özetten yararlanılmıştır.



Yüksek İdare Mahkemesi, içtihadında, disiplinle ilgili sebeplerle itham edilen bir görevliye, resmi bir soruşturma bağlamında sağlanan usule ilişkin güvencelerin iç soruşturma halinde eşit olarak uygulanabilir olup olmadığı sorusuna iki çözüm getirmiştir. Bazı kararlarda, bu güvencelerin, resmi soruşturmalar için öngörülen usul güvencelerinin kıyas yoluyla iç soruşturmalara uygulandığına karar verirken, diğer davalarda da aksi bir görüş benimsemiştir.

AIHM Sözleşmenin 6 § 1. maddesinin ihlal edildiği iddiası hakkında aşağıdaki değerlendirmede bulunmuştur:

AIHM, hukuk güvenliği ilkesinin, Sözleşmenin tüm maddelerine (üstü kapalı bir şekilde olsa da) dâhil olduğu ve hukukun üstünlüğünün temel öğelerinden biri olduğunu vurgulamıştır. Yargı yetkisinde farklılıklar, kendi yargı alanlarında yetkiye sahip bir takım esasa ilişkin yargılama yetkilisinin bulunduğu herhangi bir yargı sistemine tabii ise, bir yüksek mahkemenin rolü tam olarak bu çelişkileri çözmektir.

AIHM, ilgili iç hukuk hükmünün Yüksek İdare Mahkemesi tarafından yorumlanmasında “derin ve süregelen farklılıklar” bulunduğunu tespit etmiştir. Böylece, başvuruçuların temyiz başvurusunda karar veren hâkim heyeti mevzuatı, usule ilişkin birtakım güvencelerin iç soruşturmalarda uygulanabilirliğini dışlayacak şekilde yorumlamıştır, hâlbuki bir kaç ay önce neredeyse aynı kişilerden oluşan yargı mercii BB’nin davasında tam tersi bir duruş benimsemiştir. Ayrıca AIHM’e göre, Yüksek İdare Mahkemesi’nin ilgili içtihadında ve mevcut davadaki kararların verilmesinden sonra dahi, resmi soruşturmalar ve iç soruşturmaların koşullarını düzenleyen yasanın ilgili hükümlerinin iki farklı şekilde yorumlamaya devam ettiği ortaya çıkmaktadır. İkinci olarak AIHM, iç hukukta Yüksek İdare Mahkemesi Yasası’nın 44. ve 45. maddeleri ile bu durumu düzeltmek için bir mekanizma sağlanmış olmasına rağmen - bu alandaki içtihadın standartlaştırılması için ilgili hükümlerin yorumlanması talebinde bulunma olasılığı - bu prosedürün daha önce hiç uygulanmadığını ve yargısal belirsizliğin devam ettiğini tespit etmiştir. AIHM’e göre süregelen bu belirsizlik, 6/1. madde anlamında adil yargılamanın temel güvencelerinden birinden başvuranları mahrum bırakma etkisine sahiptir.

Bu nedenle AIHM, AIHS’in 6 § 1 maddesinin ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır.

Kararda derin ve süregelen içtihat farklılığının varlığının ve bunu giderebilecek nitelikteki mekanizmanın işletilmediğinin tespit edilmesi göze çarpmaktadır.

dd. AİHM'nin *Ştefan ve Ştef/Romanya* Kararı⁵⁵

Başvuru konusu olayda başvurucular on yılı aşkın süredir kurumsal avukatlık yaptıklarını ve bu nedenle 1995 tarihli ve 51 sayılı Kanun'un 16/2. maddesi uyarınca baroya sınavsız kayıt yaptırma hakkına sahip olduklarını belirterek Maramureş Barosu'na başvuruda bulunmuşlardır. Yapılan görüşme ve yazılı sınav sonucunda olumsuz görüş sunulması sonucunda başvurucuların talebi kabul edilmemiştir (§§ 6-8).

Başvurucular bu işlemlere karşı dava açmışlardır. Mahkeme başvurucuların sınava girmeden baroya kaydolmak için kanunda aranan bütün koşulları taşıdıkları gerekçesiyle davaları kabul etmiştir. Mahkeme, yazılı teste başvurucuların soruları doğru cevapladıklarını, buna rağmen açıklanan olumsuz görüşün keyfi olduğunu, bu sonucun objektif temelden yoksun ve başvurucuların baroya sınava girmeden kayıt olma haklarını ihlal eder nitelikte olduğunu belirtmiştir (§§ 9-10).

Avukatlar Birliği ve Baro bu kararları temyiz etmiş ve Avukatlık Kanunu uyarınca baroya sınavsız kayıt olabilmek için en az on yıllık bir hukuki tecrübeye sahip olunması ve mesleğin pratiğine ve organizasyonuna ilişkin bir sınavın geçilmesi gerektiğini ancak başvurucuların bu sınavı geçemediklerini ileri sürmüştür. Yüksek Mahkeme 30/1/2003 tarihinde temyiz başvurularını kabul etmiştir. Mahkeme, Kanun'un 32. maddesine dayanarak, Kanun hükümlerinin bir imkân sunduğunu ve sınavsız kayıt hakkı vermediğini belirtmiş, sınavı geçme şartına vurgu yapmıştır (§§ 11-14).

Başvurucular ikamet ettikleri yerden uzakta bulunan başka barolara başvuruda bulunmuştur. İlk başvurucu, sınava girmeksizin baroya kayıt yaptırmış ve avukatlığa başlamıştır. İkinci başvurucunun sınavsız kayıt yaptırma başvurusu reddedilmiş ve buna karşı yaptığı itiraz da kabul edilmemiştir. Ancak mahkemenin başvurucunun baroya kayıt için tüm gereklilikleri karşıladığına hükmetmesi üzerine 1/11/2005 tarihinde Yüksek Mahkeme bu kararı onamış, ikinci başvurucu da baroya kayıt yaptırmıştır (§§ 15-19).

Bu arada yasal danışman olarak çalışan CO, başvurucuların ilk kez başvuruda bulunduğu Maramureş Barosu'na sınavsız kayıt yaptırma başvurusunda bulunmuş ancak başvurusu reddedilmiştir. Mahkeme başvurucuların davasındaki gerekçelerle başvuruyu kabul etmiş, Avukatlar Birliği bu kararı temyiz ederek baroya sınavsız kaydın bir hak değil imkân olduğunu ve baroların kontrolüne tabi olduğunu ileri sürmüştür. Yüksek

55 *Ştefan ve Ştef/Romanya*, B. No: 24428/03, 26977/03, 27/1/2009



Mahkeme 25/2/2003 tarihli bir karar ile bir aday kanunda aranan mesleki tecrübeye sahipse ve uygun olmayan bir durum içinde değilse baroya kayıt hakkının kanundan kaynaklandığı ve Birliğin bunun uygulanmasını engelleyemeyeceği gerekçesine dayanmıştır (§§ 22-25).

Ayrıca Yüksek Mahkemenin 22/11/1996, 6/3/1998, 23/5/2000, 10/12/2002, 29/1/2003, 16/9/2004, 27/1, 25/2 ve 23/3 2005 tarihlerinde verdiği kararlarda, kanunda belirtilen koşulları taşıyan herkes için, baroya sınavsız kaydolmanın bir hak olduğuna ve Birliğin takdir yetkisine bırakılmış bir imkân olmadığına hükmettiği görülmektedir (§ 26).

Başvurucular Yüksek Mahkemenin kendi davalarında verdiği kararın içtihatlarına aykırı olduğunu belirterek adil yargılanma haklarının ihlal edildiğinden şikâyet etmektedirler. Başvurucular, 25/2/2003 tarihli Yüksek Mahkeme kararı ile Maramureş Barosu'na sınavsız kabul edilme hakkı tanınan CO ile aynı durumda olduklarını belirtmektedirler. Dolayısıyla, 30/1/2003 tarihinde Yüksek Mahkeme tarafından davalarında sergilenen yaklaşımın hukuk güvenliği ilkesini zedelediğini düşünmektedirler (§§ 29-30).

AİHM, içtihatlardaki farklılıkların, kendi alanlarında yargılama yetkisine sahip olma esasına göre karar veren mercilere dayanan herhangi bir yargı sisteminin doğası gereği olduğunu yinelemiş; bununla birlikte, bir yüksek mahkemenin rolünün tam olarak bu çelişkileri ele almak olduğunu vurgulamıştır. Bu nedenle, AİHM, ülkenin en yüksek yargı otoritesi içinde farklı uygulamalar geliştirilirse, kendisinin de bir hukuki belirsizlik kaynağı haline geleceğini ve böylece hukuk güvenliği ilkesini zedeleyeceğini ve yargı sistemine halkın güvenini azaltacağını ifade etmiştir (§§ 32-33).

Bu somut davada, AİHM, Yüksek Mahkeme'nin bir dizi kararda, 1995 tarihli ve 51 sayılı Kanun hükümlerini on yıldan fazla süredir çalışan kurum avukatlarının giriş sınavı olmaksızın baroya kayıt yaptırma hakkına sahip olduğu şeklinde yorumladığını belirtir. Bununla birlikte, AİHM, başvuranların davalarında, bu hakkın kabul edilmesi konusundaki yerleşik içtihadın aksine, Yüksek Mahkeme'nin tamamen zıt bir çözüm benimsediğini gözlemlemiştir (§ 34).

Ancak, 30 Ocak 2003 tarihli iki kararın, yasanın yeni bir yorumuna dayanan bir içtihat değişikliği olarak nitelendirilemeyeceği kanısındadır. Gerçekten de, Yüksek Mahkeme, yaklaşımındaki değişimin nedenlerini açıklamamış ve daha sonra yerleşik içtihadına geri dönmüştür. Bu bağlamda, başvuranların 51/1995 sayılı Kanun hükümlerinden yararlanma hakkını reddeden iki karar münferit ve keyfi görünmektedir (§ 35).

AIHM, başvuranların davalarının reddedilmesine yol açan içtihat belirsizliğine ek olarak en yüksek mahkemenin dahi kendi içindeki uygulama tutarlılığını sağlayacak bir mekanizmanın olmayışı sonucunda, benzer durumdaki diğer kişiler bu haklarını elde ederken, başvuranların baroya sınavsız üye olma haklarından yoksun kalmış olduklarını belirtir. (Ş 36)

AIHM, bu gerekçeyle AIHS'nin 6 Ş 1. maddesinin ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır.

Kararda içtihat farklılığı yanında bunu giderebilecek nitelikte bir mekanizmanın bulunmadığının vurgulanması göze çarpmaktadır.

ee. AIHM'in *Schwarzkopf ve Taussik/Çek Cumhuriyeti Kararı*⁵⁶

31/10/1995 tarihinde, başvuru, 1991 tarihli ve 87 sayılı Yargı Dışı Eski Hale Getirme Kanunu altında daha önce atalarına ait olan mülklerin iadesi için başvuruda bulunmuşlardır. İkinci Dünya Savaşı sırasında Yahudi zulmü mağdurlarından olan atalarından ikisi toplama kampında ölürken diğer ikisi ülkeyi terke mecbur bırakılmıştır. 1940 yılında söz konusu mülkler üzerindeki mülkiyet hakkı Jihlava belediyesine devredilmiştir. Bu transferler işgal rejiminin (30/9/1938 ila 4/5/1945 arasında) baskısı altındaki tüm mülkiyet hakkı devirlerini ulusal, ırksal veya politik zulüm nedeniyle iptal eden ve mağdurlara ekonomik haklarını ileri sürme ve mülkiyet hakları ile malların iadesini 17/6/1949 tarihine kadar talep etme imkânı veren 1945 tarihli ve 5 sayılı Başkanlık Kararnamesi ile 1946 tarihli ve 128 sayılı Kanuna uygun olarak hükümsüz sayılmıştır.

Jihlava Mahkemesi 31/10/1997 tarihinde başvuru, 1991 tarihli ve 87 sayılı Yargı Dışı Eski Hale Getirme Kanunu altında daha önce atalarına ait olan mülklerin iadesi için başvuruda bulunmuşlardır. İkinci Dünya Savaşı sırasında Yahudi zulmü mağdurlarından olan atalarından ikisi toplama kampında ölürken diğer ikisi ülkeyi terke mecbur bırakılmıştır. 1940 yılında söz konusu mülkler üzerindeki mülkiyet hakkı Jihlava belediyesine devredilmiştir. Bu transferler işgal rejiminin (30/9/1938 ila 4/5/1945 arasında) baskısı altındaki tüm mülkiyet hakkı devirlerini ulusal, ırksal veya politik zulüm nedeniyle iptal eden ve mağdurlara ekonomik haklarını ileri sürme ve mülkiyet hakları ile malların iadesini 17/6/1949 tarihine kadar talep etme imkânı veren 1945 tarihli ve 5 sayılı Başkanlık Kararnamesi ile 1946 tarihli ve 128 sayılı Kanuna uygun olarak hükümsüz sayılmıştır.

Jihlava Mahkemesi 31/10/1997 tarihinde başvuru, 1991 tarihli ve 87 sayılı Yargı Dışı Eski Hale Getirme Kanunu altında daha önce atalarına ait olan mülklerin iadesi için başvuruda bulunmuşlardır. İkinci Dünya Savaşı sırasında Yahudi zulmü mağdurlarından olan atalarından ikisi toplama kampında ölürken diğer ikisi ülkeyi terke mecbur bırakılmıştır. 1940 yılında söz konusu mülkler üzerindeki mülkiyet hakkı Jihlava belediyesine devredilmiştir. Bu transferler işgal rejiminin (30/9/1938 ila 4/5/1945 arasında) baskısı altındaki tüm mülkiyet hakkı devirlerini ulusal, ırksal veya politik zulüm nedeniyle iptal eden ve mağdurlara ekonomik haklarını ileri sürme ve mülkiyet hakları ile malların iadesini 17/6/1949 tarihine kadar talep etme imkânı veren 1945 tarihli ve 5 sayılı Başkanlık Kararnamesi ile 1946 tarihli ve 128 sayılı Kanuna uygun olarak hükümsüz sayılmıştır.

56 *Schwarzkopf ve Taussik/Çek Cumhuriyeti* (k.k.), B. No: 42162/02, 2/12/2008



Başvurucular, Bölge Mahkemesi kararının çok kritik bir yasal öneme sahip olduğunu ileri sürerek kararı temyiz etmişlerdir. Anayasa Mahkemesi (Ústavní soud) II 3/S 3/98 ve II 66S 66/98 no'lu kararlarına ve Yüksek Mahkemenin 28 Cdo 655/2000 sayılı kararına atıfta bulunarak, tam olarak 87/1991 sayılı Kanunun 2 § 1 c maddesinde belirtilen sebeplerden dolayı atalarının ırkçı zulümle tehdit edildiğini, 5/1945 sayılı Kararname ve 128/1946 sayılı Kanun uyarınca iddialarını ileri süremediklerini vurgulamışlardır.

2000 yılında Yüksek Mahkeme, başvurucuların temyiz başvurusunun, Bölge Mahkemesi kararının çok kritik bir yasal öneme sahip olmadığı gerekçesiyle kabul edilemez olduğuna karar vermiştir. İlgili içtihatların hızla geliştiğini belirterek, 87/1991 tarihli Kanun'un 3 § 2. maddesinin yorumlanmasına ilişkin 24/8/2000 tarihli ve 28 Cdo 1726/2000 sayılı kararından anlaşıldığı üzere, 1945 tarihli Kararname ve 1946 tarihli Kanununa dayanan bir iddianın varlığının tek başına yeterli olmadığını ve minimal olgular ile bu iddianın yetkililerin kararlarına sunulduğunu göstermenin gerekli olduğunu belirtmiştir. Mahkemeye göre, savaştan sonra yasa kapsamında başvuruda bulunmamak 87/1991 sayılı yasa ile tashih edilemez.

9 Nisan 2002 tarihinde, Anayasa Mahkemesi, bu davada Yüksek Mahkeme'nin kararına ve bu karar ile Yüksek Mahkeme'nin 26/4/2000 tarihinde verilen 28 Cdo 655/2000 sayılı kararı arasındaki çelişkilere itiraz edilen anayasa şikâyetini açıkça dayanaktan yoksun bularak reddetmiştir. Diğer otoritelerin faaliyetlerine müdahaleyi en aza indirme ilkesine dayanarak Yüksek Mahkemenin kararını sorgulamak için hiçbir sebep bulamamıştır.

29 Mayıs 2002 tarihinde, Anayasa Mahkemesi, başvurucuların, alt mahkemelerin bu davada verdikleri kararları karşı ikinci anayasal şikâyetini açıkça dayanaktan yoksun bularak reddetmiştir. Kararda özellikle şu hususlar belirtilmiştir:

"(...) bireylerin (başvuranların ataları dahil) mülklerinin iadesi, 5/1945 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ve 128/1946 sayılı Kanun ile düzenlenmiştir. Bu özel düzenlemeden dolayı, başvurucuların ataları kanun gereği tanınan eski mülkiyet haklarını geri kazanamamışlardır, ancak (o sırada Çekoslovakya'nın dışında olsalar bile) savaş sonrası iade taleplerini usulüne uygun şekilde yetkili makamlara sunmalıydılar. Bu bağlamda, Anayasa Mahkemesi kendi ve alt mahkemelerin içtihadına atıfta bulunur. Sadece savaştan sonra iade taleplerini tamamlamış olan başvurucular (onların ataları) iadeye hak kazanmış sayılabilir [87/1991 sayılı kanun uyarınca]. Bu nedenle, asgari olgusal unsurların yardımıyla, bu iddiaların yetkililerin kararına sunulduğunu göstermek gereklidir.

Bu nedenle, Anayasa Mahkemesi, savaştan sonra mevzuattan yararlanamamanın 87/1991 sayılı Kanun'un 3 § 2. maddesi uyarınca tashih edilemeyeceğine ilişkin 24 Ağustos 2000 tarihli ve 1726/2000 sayılı Yüksek Mahkemenin verdiği kararın gerekçesini desteklemektedir."

Başvurucular adil yargılanma hakkı ile ayrımcılık yasağının ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir. İfadeye ilişkin sürecin adaletsizliği şikâyetinde başvuru, 87/1991 sayılı kanunun 3 § 2 maddesinin yorumlanmasında ulusal mahkemelerin çelişkili kararlarından yakınmaktadır.

AIHM, Sözleşmenin Akit Devletlere, Sözleşmeyi onaylamadan önce sebep oldukları adaletsizlikleri veya zararları tazmin etme konusunda özel bir yükümlülük getirmediğine dikkat çekmektedir.⁵⁷ Bununla birlikte, eğer devletler geçmişte işlenen haksızlıkların yol açtığı mağduriyetleri telafi etmek için yasalar çıkarmaya karar verirse, bu yasalar ilgili yasal konulardaki hukuki belirsizliği önlemek için makul bir açıklık ve tutarlılıkla uygulanmalıdır. Bu bağlamda, belirsizliğin, yasal, idari veya yargısal olsun, Devletin davranışını değerlendirirken dikkate alınması gereken önemli bir faktör olduğu vurgulanmalıdır.⁵⁸

Mahkeme ayrıca, Sözleşme'nin 19. maddesi uyarınca görevinin, Akit Devletlerin Sözleşme kapsamındaki yükümlülüklerini yerine getirmesini sağlamak olduğunu hatırlatmaktadır. Öncelikle, iç hukukun yorumlanması ve uygulanması, mahkemeler dahil olmak üzere, ulusal makamların sorumluluğundadır.⁵⁹ Bir ulusal mahkemenin bir karar yerine başka bir karar almasına neden olan, Sözleşme hükümleriyle uyumluluk incelemesine tabi tutulan olayları değerlendirmek Mahkemeye düşmez. Aksi takdirde, üçüncü veya dördüncü derece mahkemesi olarak kendisini tanımlamış ve görevinin sınırlarını göz ardı etmiş olur.⁶⁰ AIHS'nin Sözleşme'nin 6. maddesi uyarınca tek işlevi, ulusal mahkemelerin bu hüküm tarafından sağlanan belirli usul güvencelerine uymadığını veya işlemlerin bir bütün olarak yürütülmesinin başvurucuya adil yargılamayı garanti etmediğini iddia eden başvuruları incelemektir.⁶¹

AIHM, Yüksek Mahkeme'nin 1991 tarihli ve 87 sayılı Kanun'un 3 § 2. maddesinin 1994 tarihinde Çek Hukuk Siteminde yürürlüğe girdikten sonra, ilk önce, iade talebinin 25/2/1948 tarihinden önce mahkemeye

57 bkz, gerekli değişikliklerin yapılması kaydıyla, *Kopecký/Slovakya* [BD], B. No: 44912/98, 28/9/2004, § 35

58 bkz., 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesi bağlamında, *Broniowski/Polonya* [BD], B. No: 31443/96, 28/09/2005, § 151; *Păduraru/Romanya*, B. No: 63252/00, 01/12/2005, § 92

59 diğerleri arasında, *Rotaru/Romanya* [BD], B. No: 28341/95, 4/5/2000, § 53

60 *Contal/Fransa* (k.k.), B. No: 67603/01, 3/9/2000

61 *Sarkisova/Gürcistan* (k.k.), B. No: 73239/01, 6/9/2005



sunulmuş olmasını arayarak, kısıtlı bir şekilde yorumladığını gözlemler. Ardından 24/1/2000 tarihli kararda bir miktar genişlemenin ardından özellikle 30/11/2000 tarihli başvuruçuların davasında verilen karar ve 28 Cdo 1335/2000 sayılı aksi yöndeki karar ile kanıtlandığı gibi, iki farklı pozisyon arasında tereddüt ettiğini belirtmektedir. 2001 ve 2005 yılları arasında Yüksek Mahkeme tarafından kabul edilen kararlarda nihayet daha geniş bir yorum benimsenmiştir.

AİHM bir yüksek mahkemenin rolünün, içtihatları çelişkileri gidermek olduğuna dikkat çekerek⁶², bu somut davada, ihtilaflı farklılıkların kaynağının Yüksek Mahkeme olduğunu belirtmiştir. Ancak, 1991 tarihli ve 335 sayılı Kanun, Yüksek Mahkemede olduğu gibi alt mahkemelerde de uygulamanın tutarlılığını sağlayacak mekanizmalar oluşturmuştur⁶³. AİHM, bu mekanizmaların amacının, yargısal ihtilafların önlenmesinden ziyade düzenlenmesi olduğundan, bu tür bir içtihatları birleşmenin belirli bir zaman gerektirdiğinin kabul edilmesi gerektiği ifade etmektedir. Bu davada, Yüksek Mahkeme çok kritik yasal öneme sahip bir mesele olarak nitelendirdiği için 1991 tarihli 87 sayılı Kanun'un yorumlanmasının bir dereceye kadar 2001'den bu yana istikrar kazandığı açıktır. AİHM, ne kadar üzücü de olsa, bu mahkemenin 2000 yılında başvuranların davasının sonucunda verdiği kararın, henüz yeni ve daha geniş olan bu yaklaşımı yansıtmıyor olmasının tek başına hukuk güvenliği ilkesini ihlal etmeyeceğini belirterek başvuruyu açıkça dayanaktan yoksun bulmuştur.

Kararda bir yasa hükmüyle ilgili uygulamada ortaya çıkan yorum farklılığının giderilerek bir standardın sağlanmış olmasına vurgu yapılması ve bundan hemen önce başvuruçuların davasında farklı yönde karar verilmiş olmasının tek başına hukuk güvenliği ilkesinin ihlal edildiği anlamına gelmeyeceğinin belirtilmesi dikkat çekicidir.

ff. AİHM'nin *Perez Arias/İspanya Kararı*⁶⁴

Başvuruçucu bir trafik kazasında eşi ve çocuğunu kaybetmiştir. Başvuruçucu sürücü hakkında Lugo İl Mahkemesine şikâyetle bulunmuştur. Mahkemesi, 20/11/1999 tarihli kararıyla alkol etkisinde araç kullanan sürücüyü iki yıl hapis cezasına mahkûm etmiştir. Ayrıca eşinin ve oğlunun ölümü nedeniyle 1995 tarihli ve 30 sayılı Kanun'a göre başvuruçuya özel sigorta kapsamında tazminat ödenmesine hükmedilmiştir. Mahkemenin (yasayı) yorumuna göre tazminatın tamamını almaya hak kazanmak

62 Zielinski ve Pradal ve Gonzalez ve diğerleri/Fransa [BD], B. No: 24846/94 ve 34165/96 - 34173/96, § 59

63 *Beian/Romanya* (no.1)(B. No: 30658/05, 6/12/2007, § 36)'in aksine

64 *Perez Arias/İspanya*, B. No: 32978/03, 28/6/2007



için ebeveynlerin ikisinin de hayatta olması gerektiği gerekçesiyle, başvurucuya çocuğun ölümüne nedeniyle kanuna göre belirlenen tarifede ebeveynlere ödenen miktarın yarısı kadar tazminat ödenmiştir (§§ 6-7).

Başvurucu yasanın bu şekilde yorumlanmasına itiraz ederek, kararı temyiz etmiştir. Savcı, Yüksek Mahkeme'ye sunduğu dilekçede, temyiz başvurusunun kabul edilmesini desteklemiştir. Yasanın ruhu ve amacı göz önüne alındığında, söz konusu düzenlemenin kısıtlayıcı bir yorumunu yapmanın mantığa aykırı olduğuna dikkat çekmiştir. Ayrıca, söz konusu yasanın uygulanmasının zaten birçok yargılamada çelişkili kararlara konu olduğunu belirtmiştir. Bu davada savcılık, başvurucunun yasa uyarınca tam tazminat talebinin tamamen haklı olduğunu tespit etmiştir. Yüksek Mahkeme, 5/7/2001 tarihli kararıyla olaydaki hukuki sorun hakkında il mahkemeleri tarafından çelişkili kararlar verildiğini kabul etmiştir. Bununla birlikte, kanun gerekçesinden hareketle, "parents (ebeveynler)" kelimesinin tazminatın bireyselleştirilmesine atıfta bulunduğu yönünde yorumlanması gerektiğini değerlendirmiştir. Dolayısıyla, başvurucunun temyiz başvurusunu reddederek, Lugo İl Mahkemesi kararını onamıştır (§§ 8-9).

Başvurucu, 18/9/2001 tarihinde Anayasa'nın 14. maddesinde düzenlenen ayrımcılık yasağı ile 24. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkının ihlal edildiği iddiasıyla İspanya Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunmuştur (§ 10).

Bu arada Yüksek Mahkeme'nin Genel Kurulu 14/2/2003 tarihinde kanuna göre "ebeveynlere" bağlanan tazminat miktarına ilişkin olarak, söz konusu tutarın bütünüyle iki ebeveyne birlikte verilmiş olduğunun dikkate alınması gerektiği ve bu nedenle, bu miktarı her birine ayrı ayrı vermenin veya ikisinden birinin ölümü halinde miktarı yarıya indirmenin mümkün olmadığı hususunda mutabakata varmıştır (§ 11).

Yüksek Mahkemenin 5/3/2003 tarihli bir kararında Genel Kurul tarafından benimsenen bu yorumda geçen kriterler uygulanmıştır (§ 12).

10/4/2003 tarihinde tebliğ edilen 31/3/2003 tarihli kararında Anayasa Mahkemesi bireysel başvuruyu anayasal içerikten yoksun olduğu gerekçesiyle reddetmiştir. İlk şikâyet ile ilgili olarak, Yüksek Mahkeme, çelişkili çözümü gösteren bir karar temin etmediğinden başvurucunun, davanın olgularına binaen yeterli bir karşılaştırma esası sunmadığını tespit etmiştir. Anayasa Mahkemesi, 24. maddenin ihlaline ilişkin olarak, yasaların seçilmesinin, yorumlanmasının ve uygulanmasının olağan mahkemelerin münhasır yargı yetkisi içinde kaldığını değerlendirmiştir. Bu bağlamda, Anayasa Mahkemesi, Yüksek Mahkemenin yorumunu keyfi ve makul olmayan şekilde niteleyemediğini belirtmiştir (§ 13).



Başvurucu il mahkemesinin tarifeye ilişkin yorumunun, aynı konudaki diğer mahkemelerin yorumu dikkate alındığında ayrımcı muameleye sebep olduğunu belirtmiştir. Başvurucu, ihtilafa konu yasanın metni ve ruhuna göre hayatta kalan bir ebeveyn için tazminat miktarını yarıya düşürmenin geçerli bir sebebinin bulunmadığını AİHS'e Ek 1 No'lu Protokolün 1. maddesi ve AİHS'in 14. maddesi bağlamında dile getirmiştir. AİHM, başvurucular ve Hükümet tarafından ileri sürülenler ile bağlı olmaksızın başvuruya konu olayların yasal nitelendirmesinin kendi elinde olduğunu belirterek, bu davada, başvuru sahibi tarafından 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesi yönünden ileri sürülen şikâyetlerin 6. maddeye ilişkin hususlar ortaya koyduğuna dikkat çekmiş ve değerlendirmesini bu çerçevede yapmıştır (§§ 14-15).

Başvurucu, Yüksek Mahkemenin Genel Kurulunun 14/3/2003 tarihli mutabakatı sonrasında verdiği 5/3/2003 tarihli kararına kadar mahkemelerin çeşitli yorum kriterleri izlediğini; bazı olaylarda hayatta kalan eş için tazminatın tamamına bazı olaylarda ise yarısına hükmedildiğini ve bu karar ile tazminatın tamamının ödenmesi kriteri tercih edilmeye başlandığını belirtmiştir. Sonuç olarak, başvurucunun ayrımcılığın varlığına ilişkin şikâyeti sadece, davasının başka bir il mahkemesi tarafından ele alınmış olsaydı, tazminatın tamamına hak kazanmış olabileceği olgusuna dayanmaktadır. Bu iddiasına destek olarak, Yüksek Mahkemeye sunduğu layihada savcılık bürosunun kendi iddiasını desteklediğini hatırlatmaktadır (§§ 17-18).

Hükümet bu görüşe karşı çıkmaktadır. Yüksek Mahkemenin içtihadındaki değişikliğin makalede şamil bir etkisinin bulunmadığına dolayısıyla başvurucuyla ilgili yargılama sürecine uygulanamayacağına dikkate çekmektedir. Aslında tarifenin yeni yorumu sadece Yüksek Mahkemenin bu konudaki mutabakatının benimsendiği 14/2/2003 tarihinden sonra gerçekleşen olaylara uygulanabilir. Sonuç olarak başvurucunun itirazı sadece yerel mahkemelerin yargılama yetkisi kapsamında kalan iç hukukun uygulanması ile sınırlı kalmaktadır. Nitekim mahkemeler tarifedeki şartlarının tespitinde yetkilidir ve Sözleşmenin 14. maddesi herhangi bir sınır getirmemektedir. Buna ek olarak Hükümet, başvurucunun teorik bir eşitsizliği işaret ettiğini düşünmektedir. Genel Kurulun bahsi geçen mutabakat tarihinden önce meydana gelen herhangi bir somut karşılaştırma sunmamaktadır. Sonuç olarak, iç hukuk yollarının tüketilmemiş olması nedeniyle bu başvurunun reddini önermektedir (§§ 19-20).

AİHM, Sözleşme'nin 14. maddesi tarafından tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanırken her türlü ayrımcılığın yasaklanmasına

rağmen muamelede bir farklılığın objektif bir gerekçeye dayanması ve makul olması (yani meşru bir amaç izlemesi veya kullanılan araçlar ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir orantılılık ilişkisinin bulunması) durumunda ayrımcılık olmadığını hatırlatmaktadır. Ayrıca, AİHM, başvurunun bildirildiği tarihte 6. maddeyle ilgili bir sorun açıkça ortaya konmasına rağmen, iki tarafın da bu konuda açık bir irade sergilemediğine dikkat çekmektedir. Bununla birlikte, başvuruçunun 1995 tarihli ve 30 sayılı Kanunda belirtilen tarifenin yorumlanması sorununu gündeme getirmesinden dolayı, AİHM, bu iddiaların 6. maddenin kapsamına girdiğini düşünmektedir (§§ 21-22).

Bu davadaki şikâyetleri analiz ederken, AİHM, görevinin yerel mahkemelerin yerini almak olmadığını hatırlatmıştır. Yerel mevzuatın yorumlanması öncelikle ulusal üst makamların ve özellikle mahkemelerin sorumluluğundadır. Mahkeme'nin rolü, böyle bir yorumun etkilerinin Sözleşme ile uyumlu olup olmadığını değerlendirmekle sınırlıdır. Gerçekten de, Sözleşme tarafından korunan hak ve özgürlükleri ihlal etmediği sürece, bir mahkemenin işlediği iddia edilen herhangi bir olgu veya hukuk hatasını tanımak AİHM'ye düşmez (§ 23).

Tazminat tarifesini düzenleyen 1995 tarihli ve 30 sayılı Kanun'da yer alan "ebeveynler" kavramının yorumlanması, İspanya mahkemelerine düşen bir meseledir. Bu bağlamda, AİHM, tazminat miktarının, hayatta kalan ebeveyne tam olarak veya yarılanarak verilmesi gerektiği yorumunun her iki durumda da makul bir yorum olduğunu düşünmektedir. Nitekim yapılan yorum Sözleşme ile korunan hak ve özgürlükleri ihlal etmediği sürece, AİHM yerel mahkemelerin yorumlayıcı yetkilerini kullanamaz (§ 24).

Bu davada, AİHM, başvuruçunun, davasıyla ilgili olduğunu değerlendirdiği iddialarını sunabildiği çelişmeli yargılamadan yararlandığını belirtmektedir. Ayrıca söz konusu hükmün yorumu hiçbir durumda keyfi, mantıksız veya yargılamanın adaletini zedeleyecek türden tanımlanamaz. Mahkeme, yerel mahkemelerin 1995 tarihli ve 30 sayılı Kanun'da yer alan "ebeveynler" terimi ile ilgili çelişkili yorumlayıcı kriterler uyguladığının farkındadır, ancak bu konuda en üst mahkeme olarak kabul edilen Yüksek Mahkeme'nin, 5 Mart 2003 tarihli kararında uyulması gereken yorumu belirleyerek soruna getirdiği çözüm memnuniyetle karşılanmaktadır (§ 25).

Geriye Anayasa Mahkemesinin, 5 Mart 2003 tarihinde (yani yirmi bir gün önce) verilen ve takip edilmesi gereken yorumu belirleyen Yüksek Mahkemenin kararını 31 Mart 2003 tarihli kararında dikkate alması gerekip gerekmediğinin değerlendirilmesi kalmaktadır. Bu konu



başvurucu tarafından ileri sürülmemiştir, ancak Mahkeme tarafından ayrımcılık iddiasının bir sonucu olarak yine de değerlendirilecektir. Anayasa Mahkemesi Teşkilat Kanunu'nun 1. maddesi uyarınca Mahkeme, Anayasa'da güvence altına alınan temel hakların en üst düzey yorumlayıcısıdır, diğer yargı organlarından bağımsızdır ve yalnızca Anayasaya ve kendi teşkilat kanununa tabidir. Yürürlükteki mevzuatın itiraz konusu yargı organları tarafından Anayasa ile tutarlı biçimde yorumlanıp yorumlanmadığına bakmakla sınırlıdır (§ 26).

Ayrıca, 5 Mart 2003 tarihli kararın ardından yasanın uygulanmasındaki olası bir eşitsizlikle ilgili olarak, AİHM, başvurunun atıfta bulunduğu davaların aynı yasal çerçeve ya da içtihat altında gerçekleşmemesinden dolayı muameledeki muhtemel farklılıkların karşılaştırılmayacağı ve bu nedenle eşitsizlik kaynağı teşkil etmeyeceği düşüncesine sahiptir. Gerçekten de, hukukun uygulanmasındaki eşitlik ilkesinin sonraki kararlardan ne sonuç çıkacağına genişletilmesi, hukuk güvenliği prensibine aykırı bir tutum olarak, en son kararlarla çelişecek tüm önceki nihai kararların gözden geçirilmesi anlamına gelecektir (§ 27).

Mahkeme, bu davanın dördüncü derece yargılama kapsamında kaldığını değerlendirmektedir ve 1995 tarihli ve 30 sayılı Kanun'un yorumlanmasına ilişkin kriterlerin 14 Şubat 2003 tarihinden önce var olan istikrar eksikliğinin hukuk güvenliğinin yeterli derecede var olmasının önüne geçmediğini tespit etmelidir. Muameledeki farklılık, "objektif ve makul" bir gerekçeye dayandırılmıştır, yani kanunun yorumlanması mahkemelerin takdir marjını aşmamaktadır ve bu nedenle Sözleşme'nin 14. maddesinde geçen gereklere aykırı değildir (§ 28).

AİHM, başvurunun davasında, 1995 tarihli ve 30 sayılı Kanun'un yerel mahkemeler tarafından yapılan yorumunun, AİHS'nin 14. maddesi ile bağlantılı olarak 6. maddesine aykırı olmadığı sonucuna varması için bu unsurların yeterli olduğunu belirtmektedir (§ 29).

gg. Anayasa Mahkemesi'nin Türkan Bal Kararı

Bu başvuruda Anayasa Mahkemesi içtihat farklılıklarının etkisini adil yargılanma hakkı bağlamında ilk kez değerlendirmiştir.

Başvurucu, raporlu olmasına rağmen, iş bırakma eylemine katıldığı gerekçesiyle işten çıkartılmasına karşı açtığı davanın, haksız ve benzer davalarda verilen kararlarla çelişir biçimde Yargıtay tarafından reddedilmesinden şikâyet etmektedir. Başvurucu, aynı hukuki sorunla ilgili Yargıtay dairelerinin birbirinden farklı kararlar verdiğini ileri sürmektedir. Dairelerin kararları arasındaki farklılık, birbirine benzer davalarda sağlık raporu delilinin değerlendirilmesinden ve bununla

bağlantılı olarak ispat yükünün hangi tarafa yöneltmesi gerektiğinden kaynaklanmıştır.

Kararda, öncelikle AİHM'nin tarafından belirlenen ve yukarıda aktarılan ilkelere atıfta bulunulduğu görülmektedir.

Anayasa Mahkemesi, Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin sağlık raporu ve ispat yükü hususlarındaki değerlendirmelerinin, başvurusunun açtığı davaya konu olayların farklılığından kaynaklanmadığı ve Yargıtay 7. Hukuk Dairesinin aynı konudaki verilmiş önceki tarihli ilamlarıyla çelişki oluşturduğu sonucuna ulaşmıştır.⁶⁵

Somut olayın koşulları altında Yargıtay kararlarını inceleyen Anayasa Mahkemesi, bireysel başvurunun doğasından kaynaklanan nedenlerle, hangi içtihadın üstün tutulmasına gerektiğine yönelik bir belirlemede bulunmamış, başvurusunun davasının ne şekilde sonuçlanması gerektiğine dair herhangi bir çıkarım yapmaktan kaçınmıştır. Bununla birlikte, nihai yargılama makamını oluşturan Yargıtay daireleri arasındaki yorum farklılıklarının, benzer nitelikteki davaların karara bağlanması sürecinde hukuki belirsizliğe yol açtığını tespit etmiş ve bu durumun başvuru için öngörülemez olduğunu değerlendirmiştir.⁶⁶

Daha sonra Anayasa Mahkemesi, farklı içtihatları birleştirebilecek bir mekanizmanın var olup olmadığı ve işletilip işletilmediği sorularına cevap aramıştır. Mahkeme, ilgili mevzuat hükümleri uyarınca Yargıtay'ın ilgili dairesinin konuyu Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulundan ziyade, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu önüne getirmesi ve yeknesak bir uygulamanın sağlanmasının mümkün olabileceğini belirtmiştir. Bununla birlikte, Yargıtay daireleri bu gibi durumlarda kendiliğinden içtihatlarını değiştirme yoluna gittiğinden, yasada belirtilen yolun teoride kaldığı ve etkili bir çözüm sunamadığı saptanmıştır.⁶⁷

Bu tespitler ışığında Anayasa Mahkemesi, mevcut yapısal mekanizmanın işletilmesindeki eksiklikle birlikte ele alındığında, Yargıtay dairelerinin ilamlarında yeterli gerekçeyle desteklenmeyen farklılıkların bulunmasının, başvurusunun açtığı davanın görülmesi bakımından hukuki belirsizliğe neden olduğuna ve başvurusunun Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.⁶⁸

65 *Türkan Bal* [GK], B. No: 2013/6932, 6/1/2015, §§ 59-62

66 *Türkan Bal* [GK], B. No: 2013/6932, 6/1/2015, §§ 63-68

67 *Türkan Bal* [GK], B. No: 2013/6932, 6/1/2015, §§ 69-71

68 *Türkan Bal* [GK], B. No: 2013/6932, 6/1/2015, §§ 72-73



hh. Anayasa Mahkemesi'nin Ford Motor Company Kararı

Anayasa Mahkemesi, bu başvuruda Danıştay'ın iki dairesinin aynı hukuki soruna getirdiği farklı yaklaşımlarından doğan içtihat farklılığının hukuki belirsizliğe neden olduğu yönündeki şikâyeti mülkiyet hakkından incelemeyi uygun görmüştür. Bu bireysel başvuruyla ilgili henüz somut olayda çözüme kavuşturulması gereken usule ilişkin bir sorunun varlığı nedeniyle mülkiyet hakkından inceleme yapılmasına katılmadığımızı daha önce ifade etmiştik.

Somut olayda başvurucu öncelikle yatırım indirimi üzerinden yapılan stopajın temettünün vergilendirilmesi olduğunu belirtmektedir. Türkiye ile Amerika Birleşik Devletleri arasındaki Çifte Vergilendirmeyi Önleme Anlaşmasına göre temettünün vergilendirmesinde tevkifat oranı %15 olarak belirlendiğinden %19,8 oranında yapılan tevkifatta fazlaya ilişkin kısmın iade edilmesi istemiyle yapılan başvurunun reddi üzerine açtığı davanın Dördüncü Dairesinin önceki içtihatlarına aykırı olarak reddedilmesinin mülkiyet hakkını ihlal ettiğini ileri sürmüştür.

Başvurucu ayrıca yatırım indirimi tutarı üzerinden yapılan tevkifatın temettü vergilendirmesi niteliğinde olup olmadığı hususunda Dördüncü Dairenin hâlihazırdaki içtihadıyla Üçüncü Dairenin süregelen içtihadını arasında farklılık bulunduğunu belirtmiştir. Başvurucu, içtihatların birleştirilmesi için Danıştay İçtihatları Birleştirme Kuruluna başvuru yapılmasına karşın bu başvurunun sonucu beklenmeksizin karar düzeltme incelemesi reddedildiğinden şikâyet etmiştir.

Anayasa Mahkemesi, incelemesinde mülkiyet hakkını temel aldığı için, somut olaydaki müdahalenin mülkiyet hakkını ihlal edip etmediğini değerlendirmiştir. Bu bağlamda müdahalenin kanuni bir temelinin bulunup bulunmadığı irdelenmiştir. Anayasa Mahkemesi süregelen içtihatlarında müdahalenin şekli bir kanuna dayanması gerekliliği yanında, bu kanunun metninin ve uygulanmasının da belirli ve öngörülebilir olması gerektiğini vurgu yapmaktadır. Bu bağlamda hukuki güvenlik ve belirlilik ilkelerinin önemini vurgulayan Mahkeme, hukuk kurallarının nasıl yorumlanacağına derece mahkemelerince belirleneceğini belirtmiştir. Bu bağlamda incelemesini sınırlandıran Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuruda hukuk kurallarının birden fazla yorumundan birine üstünlük tanınmasının ve derece mahkemelerinin yerine geçerek kurallarını yorumlamasının mümkün olmadığını açıklamıştır. Bu bağlamda Mahkeme, kanunilik ilkesi doğrultusunda sadece bu yorumlarının hukuki belirlilik ve öngörülebilirliği etkileyip etkilemediğini tespit etmekle yetineceğini ifade etmiştir. Anayasa Mahkemesi yeni yürürlüğe giren bir kanun hükmünün mahkemelerce farklı yorumlanmasının mümkün

olduğunu, yüksek yargının ise mahkemelerin uygulamaları arasındaki uyumu ve içtihat birliğini sağlaması gerektiğini vurgulamıştır.⁶⁹

Son olarak Anayasa Mahkemesi, hukukun dinamizmini ve mahkemelerin yaklaşımlarını yaşanan gelişmelere uyarlama kabiliyetlerini yansıtmaları açısından yargısal kararlardaki değişiklikler olumlu olduğunu ifade etmiştir. Ne var ki bu durumun hukuk güvenliğini ortadan kaldırmaması gerektiği de açıktır. Bu bağlamda, Anayasa Mahkemesi uygulamadaki birlikteliği sağlamaları beklenen yüksek mahkemeler içinde yer alan dairelerin benzer davalarda tatmin edici bir gerekçe göstermeksizin farklı sonuçlara ulaşmalarının hukuki belirlilik ve öngörülebilirlik ilkelerine ters düşebileceğini belirtmiştir. Ayrıca böyle bir algının toplumda yerleşmesi hâlinde bireylerin yargı sistemine ve mahkeme kararlarına duymaları beklenen güvenin zarar görebileceğini açıklamıştır.⁷⁰

Danıştay uygulamasında 2013 yılına kadar yatırım indiriminden yararlanan kazançların temettü vergilendirmesi niteliğinde olduğu ve bu nedenle indirimli oranda (% 15) vergiye tutulması gerektiği hususunda bir uyum göze çapmaktadır. Ne var ki, Danıştay Dördüncü Dairesi bu yorumunu daha sonra değiştirmiştir. Dairenin yeni yorumuna göre, yatırım indirimi istisnasından yararlanan kazancın henüz kurum bünyesinde iken stopaja tabi tutulması kurum kazancının vergilendirilmesi mahiyetindedir ve bu nedenle temettü vergilendirmesi niteliğinde değildir. Bu nedenle %19,8 oranında vergiye tabi tutulmalıdır.⁷¹ Hukukun gelişimi açısından içtihatların değişebileceğini kabul eden Anayasa Mahkemesi Dördüncü Dairesinin yeni görüşünü temellendirdiği ve gerekçelendirdiğini gözlemlemiştir. Bununla birlikte Üçüncü Dairenin süregelen görüşünü devam ettirdiğini tespit eden Anayasa Mahkemesi, yatırım indirimi tutarları üzerinden yapılan kesintinin mahiyetine ilişkin iki farklı yaklaşımın benimsenmiş olması nedeniyle içtihat farklılığının oluştuğunu değerlendirmiştir.⁷²

Anayasa Mahkemesi daha sonra, bu yorum farklılığının hukuk sistemi üzerinde meydana getirdiği sonuçları ve özellikle kanunun kalitesi üzerinde yaptığı etkileri ve farklı yorumlarının hukuk kuralının belirliliği ve öngörülebilirliğini etkileyip etkilemediğini inceleyeceğini belirtmiştir.⁷³ Kuralın yürürlüğünden bu yana geçen on yıllık sürenin, söz

69 *Ford Motor Company*, B. No: 2014/13518, 26/10/2017, §§ 49-59

70 *Ford Motor Company*, B. No: 2014/13518, 26/10/2017, § 60

71 *Ford Motor Company*, B. No: 2014/13518, 26/10/2017, § 64

72 *Ford Motor Company*, B. No: 2014/13518, 26/10/2017, § 65

73 *Ford Motor Company*, B. No: 2014/13518, 26/10/2017, § 66

konusu maddenin yorumuna ilişkin içtihadın yerleşmesi ve yeknesaklık kazanması bakımından yeterli uzunlukta olduğunu dikkate alan Anayasa Mahkemesi, bu süre zarfında kanunun yorumunda yeknesaklığın sağlanamamış olmasının, Dairelerin görev sahasına bağlı olarak farklı kararların verilmesi sonucunu doğurduğunu ifade etmiştir.⁷⁴

Anayasa Mahkemesi, yatırım indirimi tutarları üzerinden yapılan kesintinin mahiyetine ilişkin iki farklı içtihadın bulunması ve Kanun'un yürürlüğe girmesinin üzerinden uzun süre geçmesine rağmen ilgili hükmün yorumunda yeknesaklığın sağlanamaması nedeniyle hukuki belirlilik ve öngörülebilirlik ilkeleri zedelendiği sonucuna ulaşmıştır. Müdahale belirlilik ve öngörülebilirlik kriterlerini taşıyan bir kanuna dayanmadığından mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir.⁷⁵

Anayasa Mahkemesi konuyu mülkiyet hakkı bağlamında kanunilik yönünden değerlendirdiğinden hukuki belirlilik ve öngörülebilirliğin bulunmadığını tespit etmekle yetinmiştir. Oysa AİHM'in *Hayati Çelebi ve diğerleri/Türkiye* kararında olduğu gibi, adil yargılanma hakkı yönünden değerlendirme yapılsa idi içtihatların birleştirilmesine ilişkin bir mekanizmanın bulunup bulunmadığı ve varsa işletilip işletilmediğini de değerlendirmek de gerekirdi. Bu bağlamda başvuruçunun içtihatların birleştirilmesi yönündeki talebi değerlendirilmeden karar düzeltme talebinin reddedilmiş olmasına da değinilebilirdi.

11. Anayasa Mahkemesi'nin *Hakan Altıncan Kararı*

Anayasa Mahkemesi, aynı yargı mercii bünyesindeki içtihat farklılıklarının adil yargılanma hakkına etkisini bu kararında değerlendirmekle birlikte incelemesini AİHM, tarafından belirlenen ilkeler kapsamında gerçekleştirmediği gözlemlenmektedir.

Aynı işyerinde benzer koşullarda çalışan işçiler tarafından işçilik alacağı nedeniyle açılan davaların bir kısmının yargı mercilerinin yeni bir yaklaşımı benimsemesi nedeniyle farklı sonuçlanmasının hakkaniyete aykırı olduğu iddiası bu başvurunun konusunu oluşturmaktadır.⁷⁶

Termik santralde çalışmakta olan başvuruçucu bir sendikaya çalıştığı kuruma ait işyeri numarası ile 11/7/2012 tarihinde üye olma talebinde bulunmuş, sendikayı bu talebi kabul edip üyelik formunu göndermesi üzerine kurum, başvuruçunun kendi personeli olmadığını belirterek belgeleri iade etmiştir.

⁷⁴ *Ford Motor Company*, B. No: 2014/13518, 26/10/2017, § 68

⁷⁵ *Ford Motor Company*, B. No: 2014/13518, 26/10/2017, §§ 70-71

⁷⁶ *Hakan Altıncan* [GK], B. No: 2016/13021, 17/5/2018, § 49

Başvurucu 5/4/2013 tarihli dilekçesiyle, sendikaya üye olduğundan şirket ile imzalanan ve hâlen yürürlükte bulunan toplu iş sözleşmesi hükümlerinden yararlanması gerektiğini belirterek toplu iş sözleşmesinden kaynaklanan ücret ve işçilik haklarından fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak kaydıyla alacak davası açmış, 22/4/2014 tarihli dilekçesiyle talebini ıslah etmiştir.

Kütahya İş Mahkemesi 6/6/2014 tarihli kararla, Yargıtay denetiminden geçerek kesinleşen aynı mahiyetteki çok sayıda dosyayı da emsal göstererek hizmet alım ihalesini alan alt işverenlerin değişmesine rağmen başvurusunun çalışmaya devam ettiği, hizmet alımına konu işin asıl iş niteliğinde olduğu ve bu itibarla asıl işveren ile alt işveren arasındaki hizmet alımının muvazaalı olduğu gerekçesiyle davanın kabulüne karar vermiştir.

Kütahya İş Mahkemesinin anılan kararı Mahkemenin benzer nitelikteki çok sayıda kararı ile birlikte temyiz edilmiştir. Yargıtay 22. Hukuk Dairesi 12/11/2014 tarihinde başvuru ile birlikte çok sayıda dosyada benzer şekilde ilk derece mahkemesi kararının bozulmasına karar vermiştir. Bozma kararında elektrik üretimi yapan davalı Şirketin kanuni imtiyazlara sahip olması nedeniyle asıl işin tamamı veya bir kısmını alt işverene devredebileceği tespitinden hareketle somut olayda muvazaalı alt işverenlik ilişkisinden bahsedilemeyeceğinden ilk derece mahkemesi kararı bozulmuştur. Yargıtay bozma kararında alt işverenlik hususunun ilk defa bu madde kapsamında değerlendirildiğine de işaret etmiştir.

Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin bozma kararları üzerine aralarında başvurusunun da bulunduğu bazı işçiler tarafından açılan davalar Kütahya 2. İş Mahkemesine, bazı davalar da Kütahya 1. İş Mahkemesine tevzi edilmiştir.

Kütahya 1. İş Mahkemesi bozma üzerine yapmış olduğu yargılama sonucunda 250'den fazla dosyada direnme kararı vermiş olup bu kararlar da temyiz edilmiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu (HGK) direnme üzerine yapmış olduğu 30/9/2015 tarihli inceleme sonucunda davalı şirket ile alt işveren arasındaki hizmet alım sözleşmesinin muvazaalı olduğu ve başvurusunun asıl işveren şirketin işçisi olduğu gerekçeleriyle direnme kararını yerinde bulmuştur. HGK, Özel Daire tarafından incelenmeyen diğer temyiz itirazlarının incelenmesi amacıyla dosyaları Özel Daireye göndermiştir. Yargıtay 22. Hukuk Dairesi 24/2/2016 tarihinde kamu tüzel kişisi olan davalının imzaladığı alt işverenlik sözleşmesinin muvazaa sebebiyle geçersiz ve davacıların baştan itibaren kamu tüzel kişisinin işçisi olduğu HGK kararıyla kabul edildiğinden uygulama birliği ile hukuki belirlilik ve öngörülebilirlik ilkeleri uyarınca dosyaları onamıştır.



Kütahya 2. İş Mahkemesi ise aralarında başvurucaunun da bulunduğu 232 dosyada Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin 12/11/2014 tarihli bozma ilamına uyarak davanın reddine karar vermiştir.

Anılan hüküm başvuruca tarafından temyiz edilmiştir. Yargıtay 22. Hukuk Dairesi 16/3/2016 tarihinde bozma ilamına uyularak karar verilen diğer dosyalarla benzer şekilde, HGK'nın 30/9/2015 tarihli kararıyla muvazaanın varlığı kabul edilmiş olmakla bozma kararındaki görüşünü korumasına rağmen hukuki istikrar adına HGK'dan geçen dosyaları onadığını belirtmiş ancak kendisi tarafından bozulan ve ilk derece mahkemesince bozmaya uyulması nedeniyle HGK'nın önüne çıkmayan somut olayda davalı lehine usule ilişkin müktesep hak oluştuğundan hükmün onanmasına karar vermiştir.

Bu arada aralarında başvurucaunun vekillerinin de bulunduğu avukatlar tarafından 15/5/2015 tarihli dilekçeyle Yargıtay 7. Hukuk Dairesi ve Yargıtay 9. Hukuk Dairesi ile Yargıtay 22. Hukuk Dairesi kararları arasında asıl işveren ile alt işveren arasındaki iş ilişkisinin muvazaalı olup olmadığı hususunda içtihat aykırılığı bulunduğu ileri sürülerek içtihadın birleştirilmesi talep edilmiştir. Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulu 3/3/2016 tarihli karar ile muvazaa iddiasının her somut olayın özelliğine göre çözümlenmesi gerektiğinden içtihadı birleştirme yoluna gidilmesine gerek olmadığına karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesi, öncelikle, Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin uyuşmazlığa konu hukuki sorunla ilgili yeni bir yaklaşım benimsediğini gözlemlemiştir. Bu yaklaşıma göre, 2008 yılından beri yürürlükte bulunan kanun hükmüne dayalı olarak davalı şirket işin tamamı ya da bir kısmını alt işverene devretme imtiyazına sahip olduğundan asıl işveren ile alt işveren arasındaki hizmet alımı muvazaa oluşturmamaktadır. Anılan tarihten önce bu tür uyuşmazlıkların temyiz mercii olan Yargıtay Daireleri ile direnme üzerine gelen dosyaları inceleyen HGK ise şartları bulunduğu takdirde iş ilişkisinin muvazaalı olduğuna ilişkin kararlar vermiştir.⁷⁷

Anayasa Mahkemesi, Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin hukuk kurallarını yorumlama ve uygulama yetkisine sahip olarak içtihat değişikliğine gitmiş olmasının tek başına adil yargılanma hakkının ihlali olarak kabul edilemeyeceğini belirtmiştir. Ancak, anılan değişikliğin aynı uyuşmazlıkları çözüme bağlayan diğer Daire ve HGK tarafından benimsenmediğini, en üst dereceli mahkeme sıfatıyla Yargıtay'ın kendi içinde tutarlı ve yeknesak bir uygulamanın bulunmadığını saptamıştır.⁷⁸

⁷⁷ Hakan Altıncan [GK], B. No: 2016/13021, 17/5/2018, § 52

⁷⁸ Hakan Altıncan [GK], B. No: 2016/13021, 17/5/2018, § 54



Anayasa Mahkemesi'ne göre başvuruçunun alacak isteği, tutarlı olarak uygulanmayan yeni içtihatla benimsenen esaslara göre değerlendirilmiş olup aynı somut olaydan kaynaklanan uyuşmazlıkların birbirine zıt olacak şekilde neticelenmesi hukuki belirsizliğe yol açmıştır. Başvuruçunun için öngörülemez nitelikte olan bu uygulama nedeniyle yargılamanın hakkaniyetinin zedelendiği sonucuna ulaşılmış ve bu nedenle Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir.⁷⁹

Bu kararda farklı içtihatların hukuki belirsizlik oluşturup oluşturmadığı incelenmiş ancak bu içtihat farklılığının giderilmesine yönelik bir mekanizma bulunup bulunmadığı, varsa bunun işletilip işletilmediği ve işletilmişse bunun sonuçlarının ne olduğu soruları yanıtızsız kalmıştır. Bununla bağlantılı olarak da giderim açısından yeniden yargılama yapılmak üzere kararın bir örneğinin mahkemeye gönderilmesine karar verilmiş ancak hukuki belirliliğin ve hukuk güvenliğinin yeniden tesis edilmesini sağlayacak ve içtihat farklılığını giderebilecek bir mekanizmanın işletilmesi gerektiği yönünde herhangi bir karar alınmamıştır.

2. İçtihat Farklılıklarının Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında İncelenme Kriterleri

İçtihat farklılıklarından doğan hukuki belirsizlik nedeniyle temel hak ve özgürlüklerin ihlal edildiği iddiaları bireysel başvuruya konu yapılmıştır. AİHM ve Anayasa Mahkemesi'nin (*Ford Motor Company* kararı dışında) bu konuyu adil yargılanma hakkı kapsamında inceledikleri bir önceki bölümde ortaya konuldu. AİHM ve Anayasa Mahkemesinin farklı yargı kolları arasında çıkan içtihat uyuşmazlıklarının giderilmesine yönelik bir mekanizma kurulmasını adil yargılanma hakkı kapsamı dışında gördükleri anlaşılmaktadır. Aynı yargı kolu içinde uyuşmazlıklar yönünden ise kendi yargı alanlarında bir takım esasa ilişkin yargılama yetkisine sahip merciin bulunduğu herhangi bir yargı sisteminde farklı yargı kararlarının bulunmasının tabii görüldüğü, ancak o yargı kolundaki yüksek mahkemenin rolünün tam olarak bu farklılıkları gidermek olduğu belirtilmektedir. Bu tespitlerden hareketle bundan sonraki açıklamalarımızı aynı yargı kolu içindeki içtihat farklılıkları bağlamında sürdüreceğiz.

İçtihat farklılığının adil yargılanma hakkı kapsamında hakkaniyete uygun yargılanma hakkının ihlaline sebebiyet verip vermediği dört önemli kriter bağlamında değerlendirilmektedir. İçtihat farklılığı incelemelerinin adil yargılanma hakkı bağlamında yapılması önemli olduğu kadar, bu

⁷⁹ Hakan Altıncan [GK], B. No: 2016/13021, 17/5/2018, §§ 55-56

incelemede de söz konusu kriterlerin değerlendirmeye alınması hukuk güvenliğini sağlama açısından o kadar önemlidir. Elbette AİHM'ın belirlediği bu kriterlere birebir uyulması Anayasa Mahkemesi'nden beklenemez. Ancak bu kriterler *en düşük standart* olarak belirlenerek hukuki belirliliği ve nihayet hukuk güvenliğini sağlayacak daha üst tedbirler belirlenmesine de bir engel bulunmamaktadır.⁸⁰

a. Derece Mahkemelerinin İçtihadında “Derin ve Süreklilik Arz Eden Farklılıkların” Bulunup Bulunmadığı

Derece mahkemelerinin içtihadında “derin ve süreklilik arz eden farklılıkların” bulunup bulunmadığı bu kriterlerden ilkinin oluşturmaktadır. Aynı hukuki sorunla ilgili verilen birbirinden farklı iki karar her zaman adil yargılanma hakkına hâle getirmez. Öncelikle çelişkinin sebebinin irdelenmesi gerekir. Çelişen kararlara konu olayların farklılığı -her ne kadar başvurucular tarafından aksi yönde düşünülse bile- derece mahkemelerince farklı muamele yapılmış olmasını gerekli kılmış olabilir. Dolayısıyla çelişen kararların adil yargılanma hakkının ihlaline sebebiyet vermesi, öncelikle farklı yorumlanan hukuk kurallarının uygulanacağı maddi olayların aynılığını gerekli kılar. Elbette bu halde birebir aynılık gerekmez. Hukuk kuralının farklı yönde tatbikini gerekli kılmayacak kadar maddi olaydaki esas meselenin aynılık taşıması gerekli ve yeterlidir.

İkinci olarak, farklılığın yeni bir kanun hükmünün uygulanmasından mı kaynaklandığı araştırılmalıdır. Yeni kabul edilmiş bir yasanın yorumlanmasında olduğu gibi bazı hâllerde içtihadın müstakar hâle gelmesinin belirli bir zamana ihtiyaç duyacağı açıktır.⁸¹

Hukuk kuralların düzenleme getirilmek istenen alanda meydana gelmesi muhtemel olaylara uygulanabilir kılınması onların yorumlanmaya müsait, esnek ve soyut kavramlar içermesini gerekli kılabılır. Bu esneklik arayışına rağmen soyut kuralların maddi âlemde gerçekleşen her olayın mahiyetinden kaynaklanan sebeplerle birebir örtüşmesi mümkün olmayabilir. Diğer yandan kuralın yürürlüğe girmesinden sonra, kanun

80 Hakan Altınca kararının karşıoyunda Anayasa Mahkemesi Üyesi Sayın Kadir Özkaya bu kriterlerin vurgulanması gerekliliğine dikkate çekmektedir. Ayrıca standartların yükseltilmesinde bireysel başvurunun tarafı bulunmayan davanın diğer tarafının haklarının da gözetilmesi gerektiğini vurgulamıştır. “*Ne var ki içtihat farklılığına ilişkin standardın sadece başvurucular gözetilerek yükseltilmesinin derece mahkemelerinde görülen davanın tarafı olup bireysel başvurunun tarafı bulunmayan diğer kişilerin haklarının ve hukuki güvenliklerinin zedelenmesine yol açacağı dikkatten kaçırılmamalıdır... AİHM'in, içtihat farklılığının derinleşmiş olması ve süreklilik kazanması koşulunu aramasının altında yatan neden, özellikle özel borç ilişkilerinden kaynaklanan uyumsuzluklarda diğer tarafın hak kaybına uğramasına yol açacak müdahalelerde bulunmaktan kaçınmak istemesidir.*”

81 *Schwarzkopf ve Taussik/Çek Cumhuriyeti* (k.k.), B. No: 42162/02, 2/12/2008

koyucu bu hususta ne kadar titiz davranırsa davransın, kuralın ihdas edildiği sırada öngörülemeyen bazı yeni durumların ortaya çıkması da mümkündür. Tüm bu nedenler soyut kuralın maddi olaya uygulanmasında bir yorum faaliyetini gerekli kılabılır. Kuralı uygulayacak idari ya da yargısal otoritelerin farklılığı da aynı hukuki sorunla ilgili kuralın birden fazla şekilde yorumlanmasına yol açabilir. Bir kanun hükmüne ilişkin içtihadın henüz yerleşik hâle gelmediği bu aşamada o hükmün yargı organlarınca farklı biçimlerde yorumlanabilmesinin hukukun doğası gereği olduğu kabul edilmelidir. Dolayısıyla, kuralın yorumlanmasında sergilenen farklı yaklaşımlar ve bu nedenle ortaya çıkan farklı içtihatlar, tek başına kuralın belirsiz ve öngörülemez olduğu yargısına ulaşmayı haklı kılmamaktadır.⁸²

Ne var ki, bu durumun da ilanihaye sürmemesi gerekir. Bu aşamada mahkemelerin uygulamaları arasındaki uyumu ve içtihat birliğini sağlamaya yönelik mekanizmalar önem kazanmaktadır⁸³ ve dolayısıyla istinaf ve özellikle de temyiz mercilerine büyük bir sorumluluk düşmektedir. Yargı kararları arasında doğabilecek içtihat farklılıklarına bir çözüm getirmek yüksek mahkemelerin fonksiyonlarından biridir.⁸⁴

Üçüncü olarak, içtihat farklılığının süregelmesi ve derin olması da gerekir. Burada bir zaman dilimi ve derinlik boyutu belirlemek elbette güç ve belki de gereksizdir. Kuralın uygulanması sonucunda farklılıkların ortaya çıkmış olduğu, müdahale edilmediği müddetçe bu farklılıkların devam edeceğinin ve bu nedenle hukuki belirliliğin ortadan kalkabileceğinin anlaşılabilir olduğu bir aşamada derin ve süregelen içtihat farklılığının oluştuğu kabul edilmelidir. İctihadın bir yönde birleşmeyeceğinin anlaşıldığı bu aşamadan sonra hukuk güvenliğini korumak adına bu farklılığı giderecek mekanizmaların işletilmesi gerekir.⁸⁵

Bu bağlamda Anayasa Mahkemesi, *Ford Motor Company* kararında (bkz, § 68) kanunun yürürlük tarihinden bu yana geçen on yıllık süreyi maddenin yorumuna ilişkin içtihadın yerleşmesi ve yeknesaklık kazanması bakımından yeterli uzunlukta görmüştür.

82 *Mehmet Arif Madenci*, B. No: 2014/13916, 12/1/2017, § 84

83 *İslam Şahin*, B. No: 2014/7280, 21/1/2016, § 54; *Uğur Çelik*, B. No: 2015/20244, 15/6/2016, § 53

84 *İslam Şahin*, B. No: 2014/7280, 21/1/2016, § 55; *Uğur Çelik*, B. No: 2015/20244, 15/6/2016, § 54, *Türkan Bal [GK]*, B. No: 2013/6932, 6/1/2015, § 56

85 “*Ancak az önce ifade edildiği üzere aynı meseleye ilişkin farklı kararların varlığı tek başına Anayasa Mahkemesinin müdahalesine bir zorunluluk zemini oluşturmaz. Belli bir konuya ilişkin içtihat farklılığının Anayasa Mahkemesince sorun olarak görebilmesi için içtihatlar arasındaki farklılaşmanın derinleşmiş ve süreklilik kazanmış olması gerekir.*” *Hakan Altınca* kararında *Kadir Özkaya*'nın karşıoy gerekçesinden alınmıştır.



Dördüncü olarak, içtihat farkının ortaya çıkabilmesinin karşılaştırılabilir durumda olan en az iki kararın varlığını gerekli kıldığı aşikârdır. Bir yüksek yargı merci, içtihadından dönmekle birlikte, önceki içtihadı doğrultusunda bozduğu kararlara yöneltilen temyiz taleplerini sırf mahkemenin bozmaya uygun karar vermiş olması nedeniyle reddediyorsa, bu halde, önceki içtihadıyla aynı yargı merciinin diğer bölümleri arasındaki farklılık adil yargılanma hakkına hanel getirmez. Bu halde Daire önceki içtihadından dönmüş ve yüksek yargı merciinin diğer bölümleri ile uyumlu hale getirmiştir. Dolayısıyla içtihat farklılığına ilişkin mekanizmaların işletilmesini gerekli kılan herhangi bir durum kalmamıştır.

Anayasa Mahkemesi'nin *Hakan Altınca* kararına konu somut olayda Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nin bozma kararındaki görüşünü korumasına rağmen hukuki istikrar adına Hukuk Genel Kurulu'ndan geçen dosyaları onadığını belirttiği görülmektedir. Dairenin Hukuk Genel Kurulu'ndan henüz geçmeyen aynı hukuki soruna ilişkin diğer dosyalarda da Hukuk Genel Kurulu içtihadıyla uyumlu bir karar verdiğini düşünelim. Bu halde salt usuli müktesep hakkın oluştuğundan bahisle bozma kararları üzerine verilen Hukuk Genel Kurulu kararına aykırı ilk derece mahkemesi kararlarını onaması tek başına adil yargılanma hakkının ihlaline sebep olmaz. Dairenin Hukuk Genel Kurulu içtihadıyla uyumlu olmayan ilk derece mahkemesi kararlarını onamasının nedeni kesin bozmaya uyma üzerine diğer taraf lehine usule ilişkin müktesep hakkın oluşmasıdır.⁸⁶ Bu halde farklı muamelenin bireysel başvurunun tarafı olmayan davanın diğer tarafının haklarının korunması gibi objektif ve makul bir gerekçeye dayandığı açıktır, herhangi bir keyfilik unsuru da bulunmamaktadır. Esasen bu halde içtihat farklılığını ortadan kalkmıştır. Dolayısıyla aslında, somut olayın kendine özgü koşulları altında, içtihat farklılığı yaratan karşılaştırılabilir en az iki karar artık bulunmadığı da söylenebilir. Bu koşullar altında, her ne kadar başvurucu aleyhine bir karar verilmiş olsa da AİHM'in *Perez Arias/İspanya* kararında benimsediği yaklaşıma uygun olarak adil yargılama hakkına hanel getiren bir durumun olmadığı söylenebilir.

Ne var ki Daire'nin bozma kararındaki görüşünü koruduğunu ifade etmesi Hukuk Genel Kurulu'ndan henüz geçmeyen aynı hukuki soruna

⁸⁶ Anayasa Mahkemesi Üyesi Sayın Kadir Özkaya'nın bu hususa dikkat çekerek derin ve süregelen içtihat farklılığının bulunmadığı gerekçesiyle karşıoy kullandığı görülmektedir. Ayrıca Sayın Özkaya, Dairenin bu yaklaşımının bir sonucu olarak aynı olay nedeniyle bazı işçilerin açtığı davalar lehlerine sonuçlanırken diğerlerinin açtığı davaların aleyhe sonuçlandığını, bu durum üzüntü verici olsa da adil yargılanma hakkının bireysel mağduriyetleri giderme fonksiyonunun bulunmadığını belirtmiştir.

ilişkin diğer dosyalarda Kurul içtihadıyla uyumlu olmayan, muvazaanın oluşmadığı gerekçesine dayalı olarak karar vermekte ise bu halde Hukuk Genel Kurulu ile bir hukuk dairesinin kararları arasındaki çelişkiden söz edilebilir. Bu durumda Yargıtay Büyük Genel Kurulunca çözülmesi gereken bir içtihat uyuşmazlığı söz konusudur ve bu mekanizma işletilerek soruna bir çözüm bulunması gerekir.

Son olarak, içtihatların birleştirilmesinde derin ve süregelen farklılık koşulunun aranması adil yargılanma hakkının mahiyeti ve sağladığı güvencelerin maddi haklardan farklılığını ortaya koyan bir unsur olarak ön plana çıkmaktadır. Bu koşulanmadan bireysel mağduriyetin gerçekleştiği gerekçesiyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi -ki maalesef Anayasa Mahkemesi'nin *Hakan Altınca* kararı bu yaklaşımı teyit eder niteliktedir- bu hakkın sadece usul güvenceleri sağladığı sonuç güvencesi içermediği dikkate alındığında hakkın kapsamı ve sınırlarının zorlanması anlamına gelebilir. Bu bağlamda Anayasa Mahkemesi'nin, bir hukuk kuralının ilgili maddi hakkı zedeleyen yorumunun uygulanmasını hak ihlali olarak tespit edebileceği; ancak, adil yargılanma hakkı yönünden aynı yaklaşım biçimiyle salt bir hukuk kuralının başvuru lehine olan belli bir yorumunun benimsenmemiş olması sebebiyle ihlal kararı vermesinin mümkün olmadığı düşünülmektedir.⁸⁷

Temyiz talebi bozmaya uygunluk nedeniyle reddedilen kişi bireysel başvuruda bulunursa Anayasa Mahkemesi başvuruyu eğer şikâyete konu edilmişse maddi haktan ya da adil yargılanma hakkının diğer güvencelerinden incelemelidir. İçtihatların birleştirilmesi nedeniyle sonradan ortadan kalkmış olmakla birlikte müdahale tarihindeki hukuki belirsizlik iddiası kanunilik bağlamında bir incelemeyi gerekli kılabilir.

b. İç Hukukun Bu Tutarsızlıkları Ortadan Kaldırmaya Yönelik Mekanizmalar Öngörüp Görmediği

Belirlilik ve öngörülebilirlik gerek metinsel olarak gerek uygulama bağlamında hukuk kurallarının taşıması gereken en önemli özelliktir. Aynı hukuki soruna temas eden birden fazla içtihadın varlığı belirlilik ve öngörülebilirlik ilklerine aykırı bir biçimde bireyin davranışını yönlendirebilme gücünü zayıflatacak bir boyuta ulaşmışsa toplumun yargıya duyduğu kamu güveninin sarsılmış olduğundan söz edilebilir. Bu durumda bireylerin davranışlarını hangi içtihadı göre yönlendirecekleri belirsizleşeceğinden öngörülebilirlik ortadan kalkmıştır.⁸⁸

87 Sayın Kadir Özkaya *Hakan Altınca* kararının karşıoy gerekçesinde bu hususlara ayrıntısıyla değinmektedir.

88 *Mehmet Arif Madenci*, B. No: 2014/13916, 12/1/2017, § 84



İçtihat farklılıklarının hukuk güvenliğini tehdit eder boyuta ulaştığı böyle bir durumda yüksek yargı mercilerinin bu ihtilafa müdahale ederek yorum farklılığına son vermesi gerekir. Elbette yüksek yargının bu işlevini yerine getirebilmesi ilgili mevzuatta içtihat farklılığını giderecek mekanizmaların kurulmuş olmasını gerekli kılar.

Örneğin AİHM, *Beian/Romanya (no. 1)* kararında derin ve süregelen içtihat farklılığının başvurucaju adil yargılanmadan mahrum bıraktığına ve içtihatdaki tutarsızlıkları bertaraf edecek bir mekanizmanın eksikliğine dikkate çekmiştir.⁸⁹

Türk mevzuatında yer alan içtihat farklılığını giderme kapasitesine sahip düzenlemeler şu şekildedir:

aa. Yargıtay

4/2/1983 tarihli ve 2797 sayılı Yargıtay Kanunu'nun 15. maddesinin ilgili kısmı şu şekildedir:

"Hukuk ve Ceza Genel Kurullarının görevleri şunlardır:

...

2. ...

b) Hukuk daireleri arasında veya ceza daireleri arasında içtihat uyuşmazlıkları bulunursa,

c) Yargıtay dairelerinden biri; yerleşmiş içtihadından dönmek isterse, benzer olaylarda birbirine uymayan kararlar vermiş bulunursa,

Bunları içtihatların birleştirilmesi yoluyla kesin olarak karara bağlamak,..."

Aynı Kanunun 16. maddesinin (5) numaralı fıkrasında ise şu düzenlemeye yer verilmiştir:

"Yargıtay Büyük Genel Kurulunun görevleri şunlardır:

...

5. Hukuk Genel Kurulunun benzer olaylarda birbirine aykırı biçimde verdiği kararları ile Ceza Genel Kurulunun yine benzer olaylarda birbirine aykırı olarak verdiği kararları veya Hukuk Genel Kurulu ile Ceza Genel Kurulu; Hukuk Genel Kurulu ile bir hukuk dairesi; Hukuk Genel Kurulu ile bir ceza dairesi veya Ceza Genel Kurulu ile bir ceza dairesi; Ceza Genel Kurulu ile bir hukuk dairesi veya bir hukuk dairesi ile bir dairesi ceza arasındaki içtihat uyuşmazlıklarını gidermek ve içtihatları birleştirmek,..."

⁸⁹ *Beian/Romanya (no. 1)*, B. No: 30658/05, 6/12/2007, § 36



Anılan Kanunun 41 ve 42. maddelerinde Hukuk ve Ceza Genel Kurulları ile Yargıtay Büyük Genel Kurulunun çalışma usulü düzenlenmiştir. Kanunun “İçtihadların birleştirilmesini istemek yetkisi ve bağlayıcılığı” başlıklı 45. maddesinde ise, Yargıtay içtihatlarının birleştirilmesi için izlenecek usul kuralları belirtilmektedir:

“İçtihadların birleştirilmesini Birinci Başkan, doğrudan doğruya veya Yargıtay dairelerinin veya genel kurulların verdikleri karar sonucunda veya Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının bizzat yazı ile başvurması halinde, ilgili kuruldun ister. Bu istemlerin gerekçeli olması zorunludur.

Diğer merci veya kişilerin gerekçe göstererek yazılı başvurmaları halinde, içtihadı birleştirme yoluna gitmenin gerekip gerekmediğine Birinci Başkanlık Kurulu karar verir. Bu karar kesindir.

İçtihadı birleştirme kararlarının değiştirilmesi veya kaldırılmasının istenmesi de yukarıdaki usule bağlıdır.

İçtihadı birleştirme görüşmeleri, alınmış olan ilke kararları çerçevesinde yürütülür ve kararları yazılır.

İçtihadı birleştirme kararları benzer hukuki konularda Yargıtay Genel Kurullarını, dairelerini ve adliye mahkemelerini bağlar.

İçtihadı birleştirme kararlarının niteliğini açıkça belirten özeti, kararın verilmesini izleyen en kısa zamanda Adalet Bakanlığına bildirilir. Adalet Bakanlığı bütün adliye mahkemelerine ve Cumhuriyet savcılıklarına bu kararları gecikmeksizin duyurur.

İçtihadı Birleştirme Kurulları, genel kurulların veya dairelerin kararlarındaki gerekçe ve görüşlerle bağlı olmaksızın sorunu başka bir görüşle karara bağlayabilirler.”

Ayrıca Yargıtay İç Yönetmeliğinin 14 ila 16. maddeleri ile 28. maddesi de içtihatların birleştirilmesi ile ilgili usul kurallarını içermektedir.

Bu düzenlemeler ışığında Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ile Ceza Genel Kurulu’nun hukuk daireleri arasında veya ceza daireleri arasında içtihat uyuşmazlıklarının giderilmesinde öncelikle görevli olduğu, Kanun’da sayılan diğer içtihat uyuşmazlığı hallerinde ise Yargıtay Büyük Genel Kurulu’na bu uyuşmazlıkları giderme görevi verildiği görülmektedir. Ayrıca mevzuatta içtihadı birleştirme kararlarının bağlayıcılığına dikkat çekilmiştir. Bu bağlayıcılık hukuk güvenliğinin yeniden tesisi açısından gereklilik arz etmektedir.

AİHM *Hayati Çelebi ve diğerleri/Türkiye* kararında Yargıtay'ın farklı daireleri arasındaki içtihat farklılığını ortadan kaldırmaya olanak sağlayan bir mekanizma öngörüldüğüne dikkat çekmiştir.⁹⁰

Anayasa Mahkemesi ise *Türkan Bal* 91 kararında Yargıtay'ın ilgili dairesinin bu mekanizmaları işletme olanağına işaret etmiştir.

bb. Danıştay

6/1/1982 tarihli ve 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 18. maddesi şu şekildedir:

"1. İctihatları Birleştirme Kurulu, Danıştay Başkanı, Başsavcı, başkanvekilleri, dava daireleri başkanları ve üyelerinden kurulur.

2. Toplanma ve görüşme yetersayısı en az otuzbirdir. Toplantıda hazır bulunanlar çift sayıda olursa en kıdemsiz üye

Kurula katılmaz.

3. Esas hakkındaki kararlar, birinci toplantıda Kurul üye tamsayısının salt çoğunluğu ile, bu toplantıda karar yetersayısı sağlanamaz ise ikinci toplantıda mevcudun salt çoğunluğu ile verilir. Kurulun diğer kararları oyçokluğu ile verilir.

4. İctihatları Birleştirme Kuruluna yeteri kadar tetkik hakimi ve memur verilir."

Anılan Kanun'un İctihatları birleştirme kurulunun görevleri başlıklı 39. maddesinde şu düzenlemeye yer verilmiştir:

"İctihatları Birleştirme Kurulu, dava dairelerinin veya idari ve vergi dava daireleri kurullarının kendi kararları veya ayrı ayrı verdikleri kararlar arasında aykırılık veya uyumsuzluk görüldüğü veyahut birleştirilmiş içtihatların değiştirilmesi gerekli görüldüğü takdirde, Danıştay Başkanının havalesi üzerine, Başsavcının düşüncesi alındıktan sonra işi inceler ve lüzumlu görürse, içtihadın birleştirilmesi veya değiştirilmesi hakkında karar verir."

Kanun'un İctihatların birleştirilmesini istemeye yetkili olanlar başlıklı 40. maddesinde ise şu kural yer almaktadır:

"1. İctihatların birleştirilmesi veya birleştirilmiş içtihatların değiştirilmesi, Danıştay Başkanı, konu ile ilgili daireler, idari ve vergi dava daireleri kurulları veya Başsavcı tarafından istenebilir.

2. Aykırı kararlarla ilgili kişiler, içtihatların birleştirilmesi için Danıştay Başkanlığına başvurabilirler.

⁹⁰ *Hayati Çelebi ve diğerleri/Türkiye*, B. No: 582/05; 09/02/2016, § 61

⁹¹ *Türkan Bal* [GK], B. No: 2013/6932, 6/1/2015, § 71



3. Kurulun, içtihatların birleştirilmesi veya değiştirilmesi hakkındaki kararları, gönderildikleri tarihten itibaren bir ay içerisinde Resmi Gazete’de yayımlanır.

4. Bu kararlara, Danıştay daire ve kurulları ile idari mahkemeler ve idare uymak zorundadır.”

Ayrıca 31.1.2002 tarihli ve 24657 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Danıştay İçtüzüğü’nün 4. maddesinin (c) işaretli fıkrasında ilgililerin başvurusu halinde veya kendiliğinden içtihatların birleştirilmesi veya birleştirilmiş içtihatların değiştirilmesi isteminde bulunmak Danıştay Başkanının görevleri arasında sayılmıştır. Ayrıca İçtüzüğü’nün 8. maddesinin (c) işaretli fıkrasına göre içtihatların birleştirilmesini veya birleştirilmiş içtihatların değiştirilmesini istemek Başsavcının görevleri arasındadır.

İdari yargı açısından içtihatların birleştirilmesi görevi Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulundadır. Mevzuatta içtihadı birleştirme kararlarına, Danıştay daire ve kurulları ile idari mahkemeler ve idarenin uyma zorunluluğuna işaret edildiği görülmektedir. Hukuk güvenliğinin yeniden tesisi de bunu gerekli kılmaktadır.

Danıştay’a bu görevin verilmiş olması aslında içtihat farklılıklarını gidermek için mevcut bir yapıya işaret etmektedir. İçtihat farklılıklarının mevcudiyeti nedeniyle adil yargılanma hakkının ihlali iddiaları aslında bu yapının gereği gibi işletilmemesinin sonucudur.

cc. Bölge İdare Mahkemeleri

6/1/1982 tarihli ve 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında 3/C maddesinin ilgili kısmı şu şekildedir:

“4. Bölge idare mahkemesi başkanlar kurulunun görevleri şunlardır:

...

c) Benzer olaylarda, bölge idare mahkemesi dairelerince verilen kesin nitelikteki kararlar arasında veya farklı bölge idare mahkemeleri dairelerince verilen kesin nitelikteki kararlar arasında aykırılık veya uyuşmazlık bulunması hâlinde; resen veya ilgili bölge idare mahkemesi dairelerinin ya da istinaf yoluna başvurma hakkı bulunanların bu aykırılığın veya uyuşmazlığın giderilmesini gerekçeli olarak istemeleri üzerine, istemin uygun görülmesi hâlinde kendi görüşlerini de ekleyerek Danıştay Başkanlığına iletmek.

...

5. Dördüncü fıkranın (c) bendine göre yapılacak talepler hakkında 6/1/1982 tarihli ve 2575 sayılı Danıştay Kanununun 39 uncu ve 40 ıncı maddeleri uygulanır...”



Bu hükümlerden, idari yargıda istinaf incelemesi yapan bölge idare mahkemeleri nezdinde doğan ve Kanun'da tanımlanan çelişen kararlarla ilgili ihtilafın giderilmesinin Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu'na verildiği anlaşılmaktadır.

dd. Bölge Adliye Mahkemeleri

26/9/2004 tarihli ve 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un *Başkanlar kurulunun görevleri* başlıklı 35. maddesinin ilgili kısmı şu şekildedir:

“Bölge adliye mahkemesi ceza daireleri başkanlar kurulu ve hukuk daireleri başkanlar kurulu kendi aralarında toplanır ve aşağıdaki görevleri yaparlar:

...

3. *Re'sen veya bölge adliye mahkemesinin ilgili hukuk veya ceza dairesinin ya da Cumhuriyet başsavcısının, Hukuk Muhakemeleri Kanunu veya Ceza Muhakemesi Kanununa göre istinaf yoluna başvurma hakkı bulunanların, benzer olaylarda bölge adliye mahkemesi hukuk veya ceza dairelerince verilen kesin nitelikteki kararlar arasında ya da bu mahkeme ile başka bir bölge adliye mahkemesi hukuk veya ceza dairelerince verilen kesin nitelikteki kararlar arasında uyumsuzluk bulunması hâlinde bu uyumsuzluğun giderilmesini gerekçeli olarak istemeleri üzerine, kendi görüşlerini de ekleyerek Yargıtaydan bu konuda bir karar verilmesini istemek,*

...

(3) *numaralı bende göre yapılacak istemler, ceza davalarında Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına, hukuk davalarında ise ilgili hukuk dairesine iletilir. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı uyumsuzluk bulunduğu kanaat getirmesi durumunda ilgili ceza dairesinden bir karar verilmesini talep eder. Uyumsuzluğun giderilmesine ilişkin olarak dairece bu fıkra uyarınca verilen kararlar kesindir.”*

Bu hükümlerden, adli yargıda istinaf incelemesi yapan bölge adliye mahkemeleri nezdinde doğan ve Kanun'da tanımlanan çelişen kararlarla ilgili ihtilafın giderilmesinin Yargıtay'ın ilgili hukuk ya da ceza dairesine verildiği anlaşılmaktadır.

c. Bu Mekanizmaların İşletilip İşletilmediği

Çelişkili içtihatlar nedeniyle doğan uyumsuzlukların giderilmesine yönelik mevzuatta çeşitli hükümler var olduğunu böylece ortaya koymuş olduk. Ne var ki, mekanizmaların varlığın içtihat farklılıklarının giderilmemesine yetmemektedir. Bunun için söz konusu mekanizmaların etkin biçimde işletilmesi gerekmektedir. Uygulamada ise çok sayıda içtihat farklılığı olmasına rağmen bunların giderilmesini sağlayacak

karar sayısının azlığı bu mekanizmaların yeterince etkin bir şekilde işletilmediğini göstermektedir.

Yukarıda anılan kararlardan *Hayati Çelebi ve diğerleri/Türkiye* kararında AİHM, derin ve süregelen içtihat farklılıklarının giderebilecek bu mekanizmaların işletilmediğine dikkat çekmiştir.⁹² Anayasa Mahkemesi ise *Türkan Bal* kararında bu yönde bir belirlemeye yer vermiştir.⁹³ Yine *Ford Motor Company* kararında M. Emin Kuz'un karşıoyu da Danıştay'da bu mekanizmanın etkili bir şekilde uygulanmadığını tespit etmesi bakımından dikkate değerdir.⁹⁴

Anayasa Mahkemesi'nin *Hakan Altınca* başvurusuna konu olayda Daire yeni yaklaşımı Hukuk Genel Kurulu tarafından uygun görülmemiştir. Bu karar içtihatların birleştirilmesi amacıyla toplanmış bir gündemde değil direnme kararının hukuka uygunluğunun görüşüldüğü bir gündemde alınmıştır. Oysa Hukuk Genel Kurulunun karar verdiği 30/9/2015 tarihinden önce aynı hukuki soruna ilişkin Yargıtay 7. Hukuk Dairesi, 9. Hukuk Dairesi ile 22. Hukuk Dairesi kararları arasında içtihat farklılıkları bulunduğu belirtilerek 15/5/2015 tarihinde içtihatların birleştirilmesi de talep edilmişti. Olaydaki içtihat farklılığını çözmek Yargıtay Kanunu'nun yukarıda anılan 15/2-b maddesi uyarınca öncelikle Hukuk Genel Kurulu'nun işidir. Yargıtay 22. Hukuk Dairesince 16/3/2016 tarihli kararda, *bozma kararındaki görüşün koruduğunu* belirtildiğinden, Hukuk Genel Kurulu kararından sonra Kurul içtihadıyla çelişir şekilde karar vermeye devam etmekte ise bu halde Kanun'un 16. maddesinin (5) numaralı fıkrası uyarınca Yargıtay Büyük Genel Kurulunca ele alınması gereken bir içtihat farklılığının bulunduğu söylenebilir.

Başvuruya konu olayda Birinci Başkanlık Kurulu'nun 3/3/2016 tarihli kararıyla içtihatların birleştirme yoluna gidilmesine gerek olmadığına karar verdiği görülmektedir. Bu kararın Hukuk Genel Kurulu'nun 30/9/2015 tarihli kararından sonra anılan Dairenin Hukuk Genel Kurulu'ndan henüz geçmeyen aynı hukuki soruna ilişkin dosyalarda Hukuk Genel Kurulu içtihadıyla uyumlu karar veriyor olduğunun tespiti üzerine verilmiş olması gerekirdi. Oysa Birinci Başkanlık Kurulu'nun kararı *muvazaa iddiasının her somut olayın özelliğine göre çözümlenmesi gerektiği* gerekçesine dayanmaktadır. Bu nedenle böyle bir tespit yapıp yapılmadığı anlaşılacağı gibi 3/3/2016 tarihli kararda yer verilen ifadelerden sanki böyle bir tespit yapılmasına gerek görülmediği

92 *Hayati Çelebi ve diğerleri/Türkiye*, B. No: 582/05; 09/02/2016, §§ 64-66

93 *Türkan Bal* [GK], B. No: 2013/6932, 6/1/2015, §§ 71-72

94 *Ford Motor Company*, B. No: 2014/13518, 26/10/2017, Sayın M. Emin Kuz'un Karşıoy Gerekçesi



anlaşılmaktadır. Dolayısıyla olayda içtihatların farklılığını gidermeye yönelik mekanizmaların etkin biçimde işletildiğinden bahsetmek mümkün gözükmemektedir.

Unutulmamalıdır ki, çelişen içtihatların doğurduğu hukuki belirsizliğin giderilmesi ve hukuk güvenliğinin yeniden tesisi için bu mekanizmaların varlığının kâğıt üstünde bırakılmaması ve bunların etkin bir biçimde işletilmesi gerekir. Gerekirse mekanizmaların daha etkin bir biçimde işletilmesini sağlayacak yasal ve yargısal tedbirler de alınabilir. Bu bağlamda, içtihatların birleştirilmesine karar verecek organın toplanma ve çalışma usulünde bürokrasiyi azaltarak sadelik sağlayacak tedbirler alınması düşünülebilir.

Bu kapsamda Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu ile Vergi Dava Daireleri Kurulu'na tıpkı Yargıtay'daki emsalinde olduğu üzere içtihatların birleştirilmesi yetkisi tanınabilir. Bu halde bu Kurulların direnme kararlarının hukuka uygunluğunun görüşülmesi amacıyla toplanacağı gündemler yanında içtihatların birleştirilmesi gündemiyle toplanmasına da olanak sağlanabilir. Bu toplantıya mevcut üye yapısından farklı olarak ilgisine göre tüm idari dava daireleri ya da vergi dava daireleri üyelerinin katılımı sağlanabilir.

Hukuk güvenliğinin yeniden tesisinin sağlanması içtihatların birleştirilmesi yönündeki kararların bir an önce yazılmasını ve yayımlanmasını gerekli kılmaktadır.

d. Mekanizmaların İşletilmesinin Etkileri

Şüphesiz içtihatların birleştirilmesine yönelik mekanizmaların etkin bir biçimde işletilmiş olmasının en önemli sonucu hukuki belirsizliğin sona ermesi ve hukuk güvenliğinin sağlanmasıdır. Danıştay ile ilgili mevzuatta açık bir belirleme olmamakla birlikte, Yargıtay ile ilgili mevzuatta İçtihadı Birleştirme Kurullarının, genel kurulların veya dairelerin kararlarındaki gerekçe ve görüşlerle bağlı olmaksızın sorunu başka bir görüşle de karara bağlayabileceği belirtilmiştir. Her hâlükârda, ister içtihat iki görüşten biri yönünde birleştirilsin ya da bunlardan farklı üçüncü bir yorum benimsensin, mekanizmanın etkin bir biçimde işletilmesi sonucunda derin ve süregelen içtihat farklılığını sona erdiren, yüksek mahkemeleri ve derece mahkemelerini bağlayıcı bir hukuk kaynağı ortaya çıkmış olacaktır.

Esasen yüksek yargının rolü de yasal bir belirsizlik kaynağı haline gelmekten ziyade derece mahkemelerince izlenecek bir yorum oluşturmak ve yargı sistemine halkın güvenini tesis etmektir.

İçtihat farklılığını giderecek mekanizmanın işletilmesi sonucunda hukuki belirliliği sağlayacak bağlayıcı bir kararın verilmiş olması adil yargılanma hakkı kapsamında hakkaniyete uygun yargılanma hakkı açısından doğan sorunu ortadan kaldırır.

AIHM, *Schwarzkopf ve Taussik/Çek Cumhuriyeti*⁹⁵ (42162/02, 2 Aralık 2008) kararında, Çek hukukunda içtihatteki tutarsızlıkları giderecek bir mekanizmanın var olduğuna ve bunun başvuru sahiplerinin şikâyet ettiği nihai karardan hemen sonra içtihadın standartlaştırılmasına katkıda bulunduğuna özel önem vererek AIHS'in 6 § 1. maddesi bağlamındaki şikâyeti kabul edilemez bulmuştur. Aynı argüman, İspanya Yüksek Mahkemesinin yasal bir hükmün yorumunu açıkça düzelterek, bu konuda var olan yasal belirsizliği ortadan kaldırdığı *Pérez Arias/İspanya*⁹⁶ kararında AIHS'in 6 § 1. maddesinin ihlal edilmediğinin tespit edilmesinde etkili olmuştur.⁹⁷

II. İÇTİHAT FARKLILIKLARININ BİR TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜĞÜN İHLALİNE NEDEN OLDUĞU SONUCUNA ULAŞILDIĞINDA BU İHLALİN GİDERİM YÖNTEMİ

A. İhlalin Tespiti ve Giderim Yöntemi

Anayasa Mahkemesi yakın tarihli kararlarında ihlal kararı sonrasında yaşanan tereddüt ve kaygıları giderebilmek adına, ihlalin kaynağının ve giderim yönteminin belirlenmesine özel bir önem vermeye başlamıştır. Mahkeme'ye göre bireysel başvuru kapsamında bir temel hak ve hürriyetin ihlal edildiğine karar verildiği takdirde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırıldığından söz edilebilmesi, mümkün olduğunca eski hâle getirmenin, yani, ihlalden önceki duruma dönülmesinin sağlanmasına bağlıdır.

İhlalden önceki duruma dönülmesinin sağlanması bakımından somut olaydaki ihlalin devam edip etmediğinin tespiti büyük önem arz etmektedir. Bu bağlamda, ihlalin halen devam ettiği tespit edilmişse öncelikle ihlalin durdurulması gerekir. İkinci olarak, ihlale konu kararın veya işlemin ve bunların yol açtığı sonuçların ortadan kaldırılması lazımdır. Üçüncü olarak varsa ihlalin sebep olduğu maddi ve manevi zararların giderilmesi, ayrıca bu bağlamda uygun görülen diğer tedbirlerin alınması gerekmektedir.⁹⁸

95 *Schwarzkopf ve Taussik/Çek Cumhuriyeti (k.k.)*, B. No: 42162/02, 2/12/2008

96 *Pérez Arias/İspanya*, B. No: 32978/03, 28/6/2007, § 25

97 *Jordan Jordanov ve diğerleri/Bulgaristan*, B. No: 23530/02, 2/7/2009, § 48

98 *Mehmet Doğan [GK]*, B. No: 2014/8875, 7/6/2018, § 55



Ancak tüm bunların yerine getirilebilmesi her şeyden önce ihlalin kaynağının belirlenmesini gerekli kılmaktadır. İhlale yola açan kamu gücü tasarrufu, yasal, idari ya da yargısal olabilir. İhlalin kaynağının belirlenmesi uygun giderim yolunun belirlenebilmesi bakımından önem taşımaktadır.⁹⁹

İçtihat farklılıklarından doğan incelemenin kural olarak adil yargılanma hakkında yapılması gerektiği daha önce ifade edilmişti. Bu bağlamda bir içtihat farklılığının adil yargılanma hakkının ihlaline neden olduğu tespit edilmişse, öncelikle bunun kamu gücünün yargısal nitelikteki bir tasarrufundan kaynaklandığı söylenebilir. Bu tarz uyuşmazlıklarda genelde içtihat farklılıklarını giderecek bir mekanizmanın bulunmaması ya da var olan mekanizmanın işletilmemesi sorunun temel nedenidir.

1. AİHM Kararlarında Giderim Yöntemi

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi uluslararası bir mahkemedir. Türk hukuk sisteminde usul kanunlarında (12/1/2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yargılamanın iadesine ilişkin 375. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (i) bendi; 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar ilişkin 172. maddesinin (3) numaralı fıkrası; yargılamanın yenilenmesine ilişkin 311. maddesinin (1) numaralı fıkrasının "f" bendi; 6/1/1982 tarihli ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun yargılamanın yenilenmesine ilişkin 53. maddesinin (1) numaralı fıkrasının "ı" bendi) düzenlemelerle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının yargılama sürecine etkisi düzenlenmiştir. İhlal kararının yargılamanın yenilenmesi sebebi oluşturur oluşturmadığı ilgili yargı merciinin takdirindedir.

a. *Beian/Romanya (no. 1) Kararı*

Yargılama sisteminde içtihat farklılıklarının giderilmesine yönelik bir mekanizmanın bulunmadığını gözeten AİHM, AİHS'nin 6 § 1. maddesi ve 1 No'lu Protokolün 1. maddesiyle bağlantılı olarak 14. maddesinin ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır. Başvurucu maddi ve manevi tazminat ödenmesi talebinde bulunmuştur. AİHM, giderim yöntemi olarak başvurana bir araya getirilmiş tüm zararları karşılığında tazminat ödenmesine karar vermiştir.¹⁰⁰

⁹⁹ Mehmet Doğan [GK], B. No: 2014/8875, 7/6/2018, § 57

¹⁰⁰ *Beian/Romanya (no. 1)*, B. No: 30658/05, 6/12/2007, §§ 74-75

b. Hayati Çelebi ve Diğerleri Kararı

AIHM, başvuru konusu olayda içtihat farklılıkları nedeniyle AIHS'nin 6. maddesinin ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır. Başvurucular maddi ve manevi tazminat talebinde bulunmuştur.

AIHM, öncelikle, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 375. maddesinin 1. fıkrasının (i) bendinde, yargılanmanın yenilenmesinin gerekçeleri arasında, AIHS'nin ihlal edildiğinin Mahkeme'nin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmesi hususunun bulunduğu dikkat çemiştir. Bu koşullarda, AIHM, somut olayda tespit edilen Sözleşme ihlalinin en uygun şekilde düzeltilmesinin yargılanmanın yenilenmesiyle mümkün olacağı kanısına varmıştır. Ayrıca ihlalin türünü dikkate alarak başvurululara manevi tazminat ödenmesine de hükmedilmiştir.¹⁰¹

c. Jordan Iordanov ve Diğerleri/Bulgaristan Kararı

AIHM, olaydaki içtihat farklılığını gidermeye yönelik bir mekanizma bulunmasına rağmen bunun daha önce hiç işletilmediğini tespit etmiştir. Olayda iki başvurulular tazminat ve davanın yeniden görülmesi talebinde bulunmuşlardır.¹⁰²

AIHM, yerleşik içtihadı uyarınca, AIHS'nin 6. maddesinin ihlal edildiği olaylarda, mümkün olduğunca bu maddenin gereklilikleri ihlal edilmeseydi, başvuru hangi durumda olacaksa o durumun sağlanması gerektiğini hatırlatmıştır. İhlali tespit eden kararlar sadece ilgili tarafa hükmedilen tazminata miktarının ödenmesini gerektirmez. Aynı zamanda, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin denetiminde AIHS'e taraf devlete AIHM tarafından tespit edilen ihlali sona erdirecek ve mümkün olduğunca önceden var olan koşulların tesis edilmesi sağlayarak ihlalin sonuçlarını ortadan kaldıracak genel ve bireysel tedbirlerin iç hukuk düzeninde benimsenmesi yükümlülüğünü yükler. Özellikle, AIHS'nin 6/1 maddesinin teminatlarından birine uyulmaması durumunda, en uygun giderim, ilke olarak, davanın zamanında ve AIHS'in 6. maddesinin gerekliliklerine uygun şekilde yeniden görülmesini sağlamaktır.¹⁰³

AIHM, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda ilgili tarafın talebi üzerine idari mahkemeler önünde yargılama sürecinin yeniden başlatılmasını sağlayacak hükümlerin bulunduğunu gözlemlemiş ve bu davada en uygun giderimin yargılanmanın yenilenmesi olduğu sonucuna ulaşmıştır.¹⁰⁴

101 *Hayati Çelebi ve diğerleri/Türkiye*, B. No: 582/05; 09/02/2016, § 72

102 *Jordan Iordanov ve diğerleri/Bulgaristan*, B. No: 23530/02, 2/7/2009, §§ 77-79

103 *Jordan Iordanov ve diğerleri/Bulgaristan*, B. No: 23530/02, 2/7/2009, § 83

104 *Jordan Iordanov ve diğerleri/Bulgaristan*, B. No: 23530/02, 2/7/2009, § 84



d. *Ştefan ve Ştef/Romanya*, B. No: 24428/03, 26977/03, 27/1/2009

Kararda ilgili yüksek yargı organı içinde içtihat tutarlılığını sağlayacak bir mekanizmanın bulunmayışına dikkat çekilmiştir. İçtihat farklılığı nedeniyle başvuruçuların adil yargılanma hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşılmıştır.

Bu başvuruda başvuruçular tazminat talebinde bulunmuştur. AİHM başvuruçulara tüm zararları karşılığında tazminat ödenmesine hükmetmiştir.¹⁰⁵

2. İçtihat Farklılıklarını Giderecek Mekanizmanın Varlığı Halinde Giderim Yöntemi

İçtihat farklılıklarını giderecek bir mekanizmanın varlığı halinde ihlal, bu farklılığı giderecek mekanizmanın hiç ya da gereği gibi işletilmemesinden kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla ihlalin giderimi öncelikle bu mekanizmanın işletilmesini sağlayacak nitelikte olmalıdır. Bu giderim yönteminin etkileri yargı sistemi ve bireylerin hukuki durumu üzerinde kendini gösterecektir. Ancak bu yeterli değildir, başvuruçuda da sistemsel bir sonuç elde etmek için ya da kamusal niteliği haiz bir bireysel başvuruda bulunmamıştır. Dolayısıyla bireysel tatminin sağlanması da gerekir. Bu da yargılamanın yenilenmesine bağlıdır. Bunun sonucu haliyle başvuruçunun şikâyet ettiği yargılamaya dönük olacaktır.

Bu durum yargılama sürecinin baştan başlatılmasını ise gerektirmemektedir. Çünkü bu halde ihlal yüksek mahkemenin içtihatları birleştirici fonksiyonunu icra etmemesinden kaynaklandığından yeniden yargılamaya hükmedildiğinde yargılama sürecinin yüksek mahkemede ihlalin olduğu aşamadan başlaması gerekir. Gerekirse bu adımın atılmasını kolaylaştırıcı yasal ve yargısal tedbirler de alınabilir.

Anayasa Mahkemesi kendi teşkilat kanununda zikredilen yeniden yargılama ile usul kanunlarında açıklanan yargılamanın yenilenmesini *Mehmet Doğan* kararında karşılaştırmıştır. Mahkeme uyuşmazlığın yeniden ele alınması sağlama yönünden iki usul arasında benzerlik bulunduğunu ifade etmiştir. Ancak Anayasa Mahkemesinin, ihlalin giderilmesi amacıyla yeniden yargılama yapılmasına hükmettiği hallerde, yargılamanın yenilenmesi kurumundan farklı olarak yargılamanın yenilenmesi sebebinin varlığının kabulü ve önceki kararın kaldırılması hususunda derece mahkemesinin herhangi bir takdir yetkisi bulunmadığını vurgulamıştır. Bu durumda derece mahkemesi Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında belirttiği doğrultuda ihlalin sonuçlarını

¹⁰⁵ Ştefan ve Ştef/Romanya, B. No: 24428/03, 26977/03, 27/1/2009, §§ 39-42

gidermek üzere gereken işlemleri yapmakla yükümlüdür. Bu kapsamda mahkeme öncelikle ilk kararını kaldıracaktır. Daha sonra ihlal usule ilişkin bir eksiklik nedeniyle verilmişse bu eksiliği giderecek şekilde yeniden yargılama yapacaktır. Buna karşılık ihlalin, idari işlem veya eylemin kendisinden ya da derece mahkemesi kararının sonucundan kaynaklandığı tespit edilmişse derece mahkemesinin, usule dair herhangi bir işlem yapmadan doğrudan mümkün olduğunca dosya üzerinden önceki kararının aksi yönünde karar vererek ihlalin sonuçlarını ortadan kaldırması gerekmektedir.¹⁰⁶

a. Ford Motor Company Kararının Eleştirisi

Anayasa Mahkemesi'nin *Ford Motor Company* kararında mülkiyet hakkı bağlamında kanunilik incelemesi yaptığını oysa bu halde adil yargılanma hakkı bağlamında bir inceleme yapılmasının daha elverişli bir yöntem olduğunu daha önce arz etmiştik. İnceleme yapılması gereken hak isabetli tespit edilemediğinden haliyle giderim yöntemi de belirlenen ihlali gidermeye yönelik olmamıştır.

Anayasa Mahkemesinin bu kararında, ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunduğunu tespit ettiği, ihlal kararının bir örneğinin yeniden yargılama yapılmak üzere Danıştay Dördüncü Dairesine gönderilmesine karar verdiği görülmektedir. Bu olayda ihlalin kaynağı dava dairesi içtihatları arasındaki farklılığın yarattığı hukuki belirsizliktir. Oysa Anayasa Mahkemesi hukuki belirsizliğin belirlilik ve öngörülebilirliği ortadan kaldırmış olmasına önem atfetmiş ve mülkiyet hakkının kanunilik ilkesi bağlamında ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır.

İçtihat farklılığının neden olduğu hukuki belirsizlik hukuk güvenliğini ortadan kaldırmaktadır. Dolayısıyla öncelikle bu yargı sistemine ilişkin sorunun gündemden kaldırılması ve hukuki belirliliğin yeniden tesis edilmesi gerekir. Dolayısıyla bu halde adil yargılanma hakkından inceleme yapılması, hakkaniyet uygun yargılama hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi, ihlalin giderimi için içtihatların birleştirilmesine yönelik mekanizmanın çalıştırılması gerekirdi. Bu da 2577 sayılı Kanun'un 40. maddesinde öngörülen yöntemi başlatmak için ilgili dava dairesine ya

106 Mehmet Doğan [GK], B. No: 2014/8875, 7/6/2018, § 59-60:

Buna karşılık ihlalin, idari işlem veya eylemin kendisinden ya da (derece mahkemesince yapılan veya yapılmayan usul işlemlerinden değil de) derece mahkemesi kararının sonucundan kaynaklandığının Anayasa Mahkemesi tarafından tespit edildiği hallerde derece mahkemesinin, usule dair herhangi bir işlem yapmadan doğrudan mümkün olduğunca dosya üzerinden önceki kararının aksi yönünde karar vererek ihlalin sonuçlarını ortadan kaldırması gerekir."



da Danıştay Başkanlığına kararın bir örneğinin gönderilmesini gerekli kılmaktaydı.

Ayrıca karar düzeltme aşamasından başlatılmak üzere yeniden yargılamaya hükmedilerek bireysel bir tatminin de sağlanması gerekirdi. Bu da Dairenin dava dosyasını mahkemesinden tekrar isteyerek karar düzeltme aşamasında yeni bir esasa kaydetmesini gerekli kılıyordu. Bu halde Daire, karar düzeltme istemini sonuçlandırmadan önce Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu'ndan bu yönde bir karar çıkmasını beklemeliydi. İçtihatların hangi yönde birleştirildiğine göre bundan sonraki kurgusal aşama farklılaşmaktadır.

Öncelikle içtihatların birleştirilmesinin hukuki belirliliği yeniden sağlayacağı önemle belirtilmelidir. Eğer içtihatlar başvuru lehine bir yorum yönünde birleştirilmişse Daire karar düzeltme aşamasını buna göre sonuçlandıracak ve başvuru lehine bir karar verecekti. Yargılama sonuçlandığında başvuru davasını kazanmış olacağından tekrar Anayasa Mahkemesi'ne olayın esasının değerlendirilmesine yönelik bir başvuruda bulunmayacaktır. Bu halde eğer koşulları oluşmuşsa sadece makul sürede yargılanma hakkının ihlali gibi bir iddiada bulunmayı tercih edebilir.

Eğer içtihatlar başvuru aleyhine birleşmiş ve bu doğrultuda Daire başvuru aleyhine bir yorum benimsemişse bu halde yargılama sonuçlandığında başvuru Anayasa Mahkemesinden olayın esasının değerlendirilmesine yönelik bir maddi hak şikâyetinde bulunması düşünülebilirdi. Ayrıca teorik kriterleri (ayrımcılık sebebi ve farklı muamelenin varlığı, farklı muamelenin objektif ve makul bir sebebinin bulunmaması, ölçülülük) somut olayda gerçekleşmiş olması halinde başvuru farklı içtihatlardan kaynaklanan muamele farklılığının ayrımcılık oluşturduğu şikâyetinde bulunması da düşünülebilirdi. Nitekim yukarıda incelenen bazı AİHM kararlarında başvuru bu yönde şikâyette buldukları görülmektedir.¹⁰⁷

Anayasa Mahkemesi, bu başvuruda mülkiyet hakkının kanunilik unsuru yönünden ihlal edildiğine karar verdiği haliyle giderim yönteminin belirlenmesinde de kendini sınırlamış ve sadece ihlalin giderimi için Daire'ye kararın bir örneğinin gönderilmesine karar vermiştir. Mülkiyet hakkına ilişkin sonuç sistemsel bir giderimi gerektirmediğinden içtihatların birleştirilmesine yönelik bir adımın

¹⁰⁷ *Beian/Romanya (no. 1)*, B. No: 30658/05, 6/12/2007 (bu kararda AİHM ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine de karar vermiştir.); *Perez Arias/İspanya*, B. No: 32978/03, 28/6/2007; *Schwarzkopf ve Taussik/Çek Cumhuriyeti (k.k.)*, B. No: 42162/02, 2/12/2008

atılması tercih edilmemiştir. Bunun anlamı şudur; olay bağlamında bireysel bir tatmin sağlanabilirse de ihlalin kaynağını oluşturan hukuki belirsizlik hali devam edecektir. Ayrıca mülkiyet hakkı bağlamında böyle bir karar verilmesi, ihlalin giderimini sağlamak adına başvuru içtihat farkının oluşturan yorumlardan başvurucu lehine olanın yargı merciince benimsenmesini zorunlu kılmaktadır. Oysa Anayasa Mahkemesinin içtihat farklılığından doğan hukuki belirsizliğin neden olduğu ihlallerde bu tür esasa yönelik belirleyici bir tavır takınma yetkisinin bulunup bulunmadığı ayrıca tartışılmalıdır.

Anayasa Mahkemesi'nin kararı üzerine yaşanan gelişmeler de bu tereddüdümüz doğrular niteliktedir. Daire, ihlalin gideriminin nasıl yapılacağını 14/3/2018 tarihli kararında tartışmıştır. Kararda ¹⁰⁸ göze çarpan ilk husus Dairenin ihlalin giderimini sağlayacağı tespit edilen yeniden yargılamayı, yargılamanın yenilenmesi olarak algılamasıdır. Bu doğrultuda Daire, 2577 sayılı Kanununun 53. maddesinde yer alan yargılamanın yenilenmesi istemlerinin esas kararı vermiş olan mahkemece karara bağlanacağı yolundaki hükmü dikkate aldığı görülmektedir. Bu bağlamda Daire yargılamanın yenilenmesi isteminin, esas kararı vermiş olan mahkemece incelenerek karara bağlanması gerektiği sonucuna ulaşmış, dosyanın mahkemesine gönderilmesine karar vermiştir. Oysa Anayasa Mahkemesi ihlalin gideriminin Danıştay tarafından sağlanabileceğini öngörmüştü.

Ayrıca bu durum bizce bir garabete de neden olma ihtimalini barındırmaktadır. O da şudur ki; Daire, vergi mahkemesinden Danıştay'ın çelişkili yorumlarının neden olduğu hukuki belirsizliği sona erdirmesini beklemektedir. Vergi mahkemesi önündeki işlemin hukuka uygunluğunu incelerken kendini bu yorumlardan başvuru lehine olanı benimsemek zorunda hissedecektir. Oysa önündeki idari işlemin hukuk uygunluğunu incelerken, yatırım indirimi istisnasından yararlanan kazanca uygulanan stopajın mahiyetini belirlemeye çalışması gerekmektedir. Bu durumda, ihlal kararının giderimini sağlamak için Danıştay'ın yorum farklılığının işlemin hukuki sebebinin ortadan kaldırıldığına hükmedecektir. Ki bu durumun Danıştay'ın içtihatlarında yeknesaklığın bulunmadığı alanlarda benzer yönde kararlar verilmesi tehlikesine yola açabileceği düşünülmektedir. Bir bakıma vergi mahkemesine Danıştay üzerinde gözetleyici rolü verilmiştir ve bu durum sistemde bir karmaşaya yol açabilecek niteliktedir.

108 Danıştay 4. Daire, E. 2018/1305, K. 2018/2611, 14/03/2018 (Yayımlanmamıştır; UYAP'tan edinilmiştir.)



b. Türkan Bal Kararı Giderim Yöntemi Eleştirisi

Başvurunun değerlendirilmesi sonucunda, *mevcut yapısal mekanizmanın işletilmesindeki eksiklikle birlikte ele alındığında, Yargıtay dairelerinin ilamlarında yeterli gerekçeyle desteklenmeyen farklılıkların bulunmasının, başvuru açtığı davanın görülmesi bakımından hukuki belirsizliğe neden olduğu ve başvuru açısından öngörülemez bulunduğu gerekçesiyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşılmıştır.*¹⁰⁹ Ayrıca tespit edilen ihlal kapsamından yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmadığı belirtilmiş ve tazminat ödenmesine karar verilmiştir.¹¹⁰

Kararda ihlalin kaynağının içtihat farklılıklarının neden olduğu hukuki belirsizlik olduğu, Yargıtay'ın içtihat farklılıklarını giderebilecek mekanizmalara sahip olduğu tespit edilmiş olmasına rağmen ihlalin giderim yöntemi olarak sadece başvurucuya tazminat ödenmesine karar verilmesi hukuki belirsizliğin sona ermesine hiçbir katkı sunmamaktadır. Oysa olayda içtihatların birleştirilmesi için ilgili mekanizmanın harekete geçirilmesini sağlayacak şekilde kararın bir örneğinin Yargıtay Birinci Başkanlığına gönderilmesi, bunun yanında yeniden yargılamaya hükmedilerek içtihat birleştirilmesi sonucunda oluşacak hukuki duruma göre yeniden karar verilmesi olması gereken giderim yöntemi bakımından daha etkin bir çözüm sunabilirdi.

c. Hakan Altınca Kararı Giderim Yöntemi Eleştirisi

Anayasa Mahkemesi bu somut olaya ilişkin kararında içtihat farklılığından doğan ve bu çalışma kapsamında irdelenen inceleme yöntemini kullanmadığı görülmektedir. Kararda başvuru davasının içtihat değişikliği sonucunda benimsenen yeni esasa göre değerlendirilmesinin aynı somut olaydan kaynaklanan uyuşmazlıkların birbirine zıt olacak şekilde neticelenmesine ve hukuki belirsizliğe yol açtığı, öngörülebilir nitelikte olmayan bu uygulama nedeniyle yargılamanın hakkaniyetinin zedelendiği sonucuna ulaşılmıştır. Kararda giderim yöntemi olarak, adil yargılanma hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar görülmüş ve bu nedenle kararın bir örneğinin yeniden yargılama yapılmak üzere Kütahya 2. İş Mahkemesine gönderilmesine karar verilmiştir.

Yukarıda ilgili bölümde¹¹¹ Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nin bu olaydaki kararından sonra aynı hukuki soruna ilişkin yaklaşımının

¹⁰⁹ *Türkan Bal*, B. No: 2013/6932, 6/1/2015, § 72

¹¹⁰ *Türkan Bal*, B. No: 2013/6932, 6/1/2015, §§ 77-78

¹¹¹ "bkz, 1.2.2.1. Derece mahkemelerinin içtihadında "derin ve süreklilik arz eden farklılıkların" bulunup bulunmadığı" başlığı altındaki açıklamalar



önemi vurgulanmıştır. Daire kararında “bozma kararındaki görüşünü korumasına rağmen hukuki istikrar adına Hukuk Genel Kurulu’ndan geçen dosyaları onadığını” belirtmesi dikkat çekicidir. Bu bağlamda Daire daha sonraki kararlarında Hukuk Genel Kurulu’nun içtihadıyla olumlu karar vermekte ise artık derin ve süregelen içtihat farklılığından ya da bunun giderimi için bir mekanizmanın çalıştırılması gerekliliğinden bahsedilemez. Ancak sonraki kararlarında Hukuk Genel Kurulu ile uyumlu olmayan eski içtihadını sürdürdüğü anlaşılırsa bu halde içtihat farkından doğan hukuki belirsizlik devam ettiğinden Yargıtay Büyük Genel Kurulunun aracılığıyla bu belirsizliğin giderilmesi gerekir.

Bu değerlendirmeler, olayla ilgili giderim yönteminin tespiti açısından öncelikle Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin hâlihazırdaki tutumunun belirlenmesi gereğini ortaya koymaktadır. Eğer Daire aynı hukuki soruna ilişkin eski içtihadını sürdürmekte ise bu halde giderim için dosyanın Mahkemeye gönderilmesiyle yetinilmesi pek isabetli olmamıştır. Bu halde hukuki belirliliğin sağlanması için Yargıtay Büyük Genel Kurulu’nun da harekete geçirilmesini sağlayacak şekilde Yargıtay Birinci Başkanlığına da bildirimde bulunulması gerekirdi. Mahkeme içtihatların birleştirilmesine yönelik karara göre yargılamayı sonuçlandırmalıydı.

3. İçtihat Farklılıklarını Giderecek Mekanizmanın Yokluğu Halinde Giderim Yöntemi

Yargı sisteminde bir yüksek mahkemenin kendi içindeki içtihat farklılıklarını giderebileceği bir mekanizma bulunmuyorsa adil yargılanma hakkı bağlamında hakkaniyet uygun yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar verilebilir. Bununla bağlantılı olarak sistemdeki eksikliğe işaret edilebilir. Ancak bu başvuru açısından hak ihlalini giderebilecek bir sonuç değildir. Bireysel tatmin iki ayrı ihtimal dâhilinde incelenebilir:

a. Tazminata Hükmetme

Bu halde ilgili maddi hak bağlamında negatif yükümlülük incelemelerinde kanunilik ya da olayın şartlarına göre ölçülülük ilkesinin ihlal edildiği sonucuna ulaşılabilir. Yargı sisteminde mekanizma eksikliği nedeniyle yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayacağından tazminata hükmedilmesi düşünülebilir. Kişiler arası uyuşmazlıklarla ilgili bireysel başvurular bağlamında pozitif yükümlülük incelemesinde ise bireyin maddi hak kapsamında usule ilişkin güvencelerin sağlanmamış olması nedeniyle ölçülülük ilkesinin ihlal edildiği sonucuna ulaşıldıktan sonra yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmadığı gerekçesiyle tazminata hükmedilmesi düşünülebilir.



b. Yeniden Yargılama¹¹²

Maddi hakkın ihlal edildiğine karar verilip tazminata hükmedilmesi önemli bir sorun ortaya çıkarmaktadır. Bu da ihlal sonucuna ulaşılmasına dayanak olan hukuki belirsizliği yaratan başvuru hakkında verilen kararın hukuken varlığını sürdürmesidir. Bu karar mülkiyetin geçişi gibi yeni bir hukuki durum tesis etmiş olabilir. Dolayısıyla tazminat verilmesi ihlalden önceki duruma dönmeye (eski hale getirme) tam olarak imkân sağlamamaktadır. Bu durumda ihlalin bütün sonuçlarının giderildiğinden söz edebilmek için ihlale yol açan yargı kararının da ortadan kaldırılması gerekebilir. Bu da ancak yeniden yargılamaya hükmedilmesi ile olur.

Yeniden yargılama yapılmasının mahsuru ise çalışmada daha önce değinildiği üzere farklı içtihattan birinin benimsenmesi sonucunu doğurmasıdır. Ancak bu, bireysel başvurunun doğal bir sonucu olup sübjektif olarak başvurucuya yönelik ihlalin sonuçları ancak bu şekilde giderilebilir. Bununla birlikte objektif olarak ihlalin sonuçlarının giderimi, yani benzer ihlallere yol açılmaması için ilgili mekanizmanın kurulması gerekir. Bu da kanun koyucunun inisiyatif olarak bu konuda bir düzenleme yapmasını gerektirir. AYM kararlarında ihlalin sonuçlarının giderimi yönünden buna değinilerek bahsedilen sakıncalar aşılabilir.

SONUÇ

Birden fazla yargı kolunun ve bu yargı kolu içinde kendi yetki alanında yargılama yetkisine sahip birden fazla mahkemenin yer aldığı bir yargı düzeninde yargı kararları arasında yorum farklılıklarının bulunması doğaldır. Bu farklılıkların yeknesak bir hale gelebilmesi yeni yürürlüğe giren bir kanunun yorumlanmasında olduğu üzere belli bir zamanın geçmesini gerektirebilir. Ancak yüksek mahkemelerin rolü, aynı hukuki soruna ilişkin uyuşmazlıklarda tutarlı bir yaklaşımın benimsenmesini sağlamaktır.

Yüksek mahkemelerin bu görevi ifa edebilmeleri, aynı hukuki sorunun çözümüyle ilgili içtihat farklılıklarını giderecek mekanizmalarla donatılmış olmasını gerektirir. Bu mekanizmaların salt varlığı yetmez aynı zamanda hukuk güvenliğini sağlayabilecek etkinlikte işletilmeleri de gerekir.

Farklı yargı kollarında yer alan yüksek mahkemeler özü itibarıyla aynı nitelikteki uyuşmazlıklarda hukuki gerekçelerini de göstererek farklı sonuçlara ulaşabilir. Bu sonuçların zaman içinde birbiriyle tutarlı hâle de gelebilmesi mümkündür. Ne var ki bu tutarlılık zaman içinde sağlanamamış olsa dahi içtihat farklılığının açıkça keyfilik oluşturan bir durumdan kaynaklandığı saptanmadığı sürece bu durum makul kabul

¹¹²Yeniden yargılamaya dair bu açıklamalar çalışmayı okuyarak destek veren değerli meslektaşım Özgür Duman tarafından dile getirilmiştir.

edilebilecek ve adil yargılanma hakkının ihlaline yol açmadığı sonucuna ulaşılabilecektir. Farklı yargı kolları arasındaki uyuşmazlıklarda içtihatların birleştirilmesini sağlayacak bir mekanizma kurulmasının talep edilmesi adil yargılanma hakkının sağladığı güvencelerin ötesindedir.

Aynı yargı kolundaki içtihat farklılıklarının adil yargılanma hakkı bakımından değerlendirilmesi ise daha farklıdır. O yargı kolu içinde içtihadı belirleyici konumdaki yüksek mahkemenin aynı konuda karar verme yetkisine sahip farklı birimleri arasındaki çelişen derin ve süregelen içtihat farklılıklarını giderecek mekanizmaların bulunması hukuk güvenliğinin sürdürülebilmesi açısından zorunludur. Bu mekanizmaların etkin biçimde işletilmesi ve bunun sonucunda hukuki belirsizliği sona erdirerek hukuk güvenliğini tesis edecek bir kararın ortaya çıkması adil yargılanma hakkı kapsamında hakkaniyete uygun yargılama hakkının sağladığı güvencelerdendir.

İçtihat farklılıklarından doğan hukuki belirsizlik ve farklı yaklaşımlar sıklıkla bireysel başvuru konusu olmaktadır. Bireysel başvuru incelemelerinde içtihat farklılıklarından kaynaklanan şikâyetlerde gerek incelemenin yapılacağı hakkın ve gerekse ihlalin kaynağı ile giderim yönteminin tespiti kritik önem taşımaktadır.

Bireysel başvuruda, aynı yüksek mahkeme içinde derin ve süregelen içtihat farklılıklarının bulunduğu ancak bunların -mekanizma yokluğu ya da var olan mekanizmanın hiç ya da gereği gibi işletilmemesi neticesinde- giderilmediği tespit edildiği takdirde adil yargılanma hakkının ve olayın koşullarına göre ilgili maddi hak ya da ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine hükmedilebilir. Bu durumda ihlalin etkin bir biçimde giderilmesi, varsa içtihatların birleştirilmesini sağlayacak mekanizmaların çalıştırılmasını da gerekli kılacak şekilde yeniden yargılamaya hükmedilmesini gerektirir. Mekanizmanın işletilmesi ile ortaya hukuki belirliliği sağlayacak bir hukuk kaynağı çıkmış olur. İlgili yüksek yargı birimi, yeniden başlatılan yargılama sürecinde içtihatları birleştiren bu karara göre davayı ele alarak sonuçlandırır. Böylece yüksek yargının uyuşmazlığın çözümünde yetkili merciine başvuruçunun esasa yönelik iddialarının yeniden değerlendirilmesi konusunda bir fırsat daha tanınmış olur. Öte yandan, ilgili yüksek mahkemede bu mekanizmaların var olmadığı ya da etkin biçimde işletilemeyeceği tespit edilirse bu halde yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar görülüyerek başvuruçuya tazminat ödenmesine hükmedilebilir.

İçtihat farklılıklarının giderilmesi bir hukuk devletinde hukuk güvenliğinin ve hukuk üstünlüğünün sağlanmasının en önemli gerekliliklerindendir. Yüksek mahkemelerin bu görevlerini etkin bir biçimde yerine getirmesi hukuki belirliliğin ve hukuk güvenliğinin tesis edilmesine ve halkın yargıya güvenmesine katkıda bulunacaktır.



KAYNAKLAR

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları

1. *S.S. Balıklıçeşme Beldesi Tarım Kalkınma Kooperatifi ve diğerleri/Türkiye*, B. No: 3573/05 ... 17293/05, 30/11/2010
2. *Stoilkovska/Makedonya Eski Yugoslav Cumhuriyeti*, B. No: 29784/07, 18/7/2013
3. *Atanasovski/Makedonya Eski Yugoslav Cumhuriyeti*, B. No: 36815/03, 14/1/2010
4. *Beian/Romanya (no. 1)*, B. No: 30658/05, 6/12/2007
5. *Perez Arias/İspanya*, B. No: 32978/03, 28/6/2007
6. *Schwarzkopf ve Taussik/Çek Cumhuriyeti (k.k.)*, B. No: 42162/02, 2/12/2008
7. *Brualla Gómez de la Torre/İspanya*, B. No: 26737/95, 19/12/1997
8. *Waite ve Kennedy/Almanya [BD]*, B. No: 26083/94, 18/2/1999
9. *Saez Maeso/ İspanya*, B. No: 77837/01, 9/11/2004
10. *Kuchoglu/Bulgaristan*, B. No: 48191/99, 10/5/2007
11. *Işyar/Bulgaristan*, B. No: 391/03, 20/10/2008
12. *Ādamsons/Letonya*, B. No: 3669/03, 24/6/2008
13. *Engel ve diğerleri/Hollanda*, B. No: 5100/71, 8/6/1976
14. *Gregório de Andrade/Portekiz*, B. No: 41537/02, 14/11/2006
15. *Ādamsons/Letonya*, B. No: 3669/03, 24/6/2008
16. *Santos Pinto/Portekiz*, B. No: 39005/04, 20/5/2008
17. *Zielinski ve Pradal ve Gonzalez ve diğerleri/Fransa [BD]*, B. No: 24846/94, 34165/96, ...34173/96, 28/10/1999
18. *Păduraru/Romanya*, B. No. 63252/00, 1/12/2005; *Beian/Romanya (no. 1)*, B. No: 30658/05, 6/12/2007
19. *Iordan Iordanov ve diğerleri/Bulgaristan*, B. No: 23530/02, 2/7/2009
20. *Ştefan ve Ştef/Romanya*, B. No: 24428/03, 26977/03, 27/1/2009
21. *Tudor Tudor/Romanya*, B. No: 21911/03, 24/3/2009
22. *Ştefănică ve diğerleri/Romanya*, B. No: 38155/02, 2/11/2010
23. *Vrioni ve diğerleri/Arnavutluk*, B. No: 2141/03, 24/3/2009
24. *Mullai ve diğerleri/Arnavutluk*, B. No: 9074/07, 23/3/2010
25. *Brezovec /Hırvatistan*, B. No: 13488/07, 29/3/2011
26. *Brumărescu/Romanya [BD]*, B. No: 28342/95, 28/10/1999
27. *Vinčić ve diğerleri/Sırbistan*, B. No: 44698/06..., 1/12/2009



28. *Unédic/Fransa*, B. No: 20153/04, 18/12/2008
29. *Nejdet Şahin ve Perihan Şahin/Türkiye* [BD], B.No: 13279/05, 20/10/2011
30. *Erol Uçar / Türkiye* (k.k.), B. No: 12960/05, 29/9/2009
31. *Taxquet/Belçika* [BD], B.No: 926/05, 16/11/2010
32. *N.C./İtalya* [BD], B. No: 24952/94, 18/12/2002
33. *Padovani/İtalya*, B. No: 13396/87, 26/2/1993
34. *Başkaya ve Okçuoğlu/Türkiye* [BD], B. No: 23536/94, 24408/94, 8/7/1999
35. *Işık/Türkiye* (k.k.), B. No: 35224/05, 16/6/2009
36. *Ivanov ve Dimitrov/“Makedonya Eski Yugoslav Cumhuriyeti”*, B. No: 46881/06, 21/10/2010
37. *Hayati Çelebi ve diğerleri/Türkiye*, B. No: 582/05; 09/02/2016
38. *Kopecký/Slovakya* [BD], B. No: 44912/98, 28/9/2004
39. *Broniowski/Polonya* [BD], B. No: 31443/96, 28/09/2005
40. *Rotaru/Romanya* [BD], B. No: 28341/95, 4/5/2000
41. *Contal/Fransa* (k.k.), B. No: 67603/01, 3/9/2000
42. *Sarkisova/Gürcistan* (k.k.), B. No: 73239/01, 6/9/2005

Anayasa Mahkemesi Kararları

43. *Ercan Din*, B. No: 2014/94, 8/6/2016
44. *Semra Bekiroğlu ve diğerleri*, B. No: 2013/6717, 16/12/2015
45. *Ahmet Gül ve diğerleri*, B. No: 2014/1182, 22/9/2016
46. *Türkan Bal* [GK], B. No: 2013/6932, 6/1/2015
47. *Ahmet Acar*, B. No: 2014/19936, 21/9/2017
48. *Hakan Altınca* [GK], B. No: 2016/13021, 17/5/2018
49. *Tuğba Arslan* [GK], B. No: 2014/256, 25/6/2014
50. *Reis Otomotiv Ticaret ve Sanayi A.Ş.* [GK], B. No: 2015/6728, 1/2/2018
51. *Mehmet Arif Madenci*, B. No: 2014/13916, 12/1/2017
52. *Ford Motor Company*, B. No: 2014/13518, 26/10/2017
53. *Engin Selek*, B. No: 2015/19816, 8/11/2017
54. *İslam Şahin*, B. No: 2014/7280, 21/1/2016
55. *Uğur Çelik*, B. No: 2015/20244, 15/6/2016
56. *Mehmet Doğan* [GK], B. No: 2014/8875, 7/6/2018

