

**Ankara Hacı Bayram
Veli Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi**

ISSN 2651-4141

**Ankara Hacı Bayram
Veli University
Faculty of Law Review**

ISSN (online) 2667-4068

Cilt XXIV, Nisan 2020, Sayı 2

Vol. XXIV, April 2020, No. 2

Ankara 2020

ANKARA HACI BAYRAM VELİ ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

**Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Ankara Hacı Bayram Veli University
Hukuk Fakültesi Dergisi Faculty of Law Review**

Sahibi : Owner :

Prof. Dr. Yusuf TEKİN Prof. Dr. Yusuf TEKİN

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü* Editor in Chief**

Prof. Dr. Cumhuriyet ŞAHİN Prof. Dr. Cumhuriyet ŞAHİN

Editörler*: Editors :**

Prof. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR Prof. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR

Doç. Dr. Neslihan GÖKTÜRK Assoc. Prof. Dr. Neslihan GÖKTÜRK

Doç. Dr. Abdulkemim YILDIRIM Assoc. Prof. Dr. Abdulkemim YILDIRIM

Editör Yardımcıları Deputy Editors

Arş. Gör. Dr. Bilge AYTUĞAR Res. Assist.Dr. Bilge AYTUĞAR

Arş. Gör. Dr. Kamile TÜRKÖĞLU ÜSTÜN Res. Assist.Dr. Kamile TÜRKÖĞLU ÜSTÜN

Yayın Kurulu*: Editorial Board :**

Prof. Dr. Ender Ethem ATAY Prof. Dr. Ender Ethem ATAY

Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ Assoc. Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ

Prof. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR Prof. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR

Doç. Dr. Yaşar SALİHPAŞAOĞLU Assoc. Prof. Dr. Yaşar SALİHPAŞAOĞLU

Bu dergi yılda dört defa yayınlanır. This journal is published four times a year.

Yayın Sekreteri / Secretary of Publication

Günay KANDEMİR

ISSN-2651-4141 ISSN (online) 2667-4068

Tasarım - Dizgi: Kemal ERDOĞAN

Basım Yeri: Asil Organizasyon A.Ş.

Aşağı Öveçler Mahallesi, 1332. Sk. No:7/8, 06460 Çankaya/Ankara

Tel: 0312 911 27 45

Basım Tarihi: Nisan 2020

* Yukarıda adları geçen editörler, editör yardımcıları ve yayın kurulu üyeleri halen Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde görev yapmaktadır.

** Editors, deputy editors and members of editorial board listed above currently work at Ankara Hacı Bayram Veli University Faculty of Law.

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Emniyet Mah. Muammer Bostancı Cad. No: 4 Beşevler/ANKARA, TÜRKİYE

TEL: +90 312 216 20 72 FAKS: +90 312 215 01 69 web: <http://www.hukuk.hacibayram.edu.tr>
e-posta: hukukdergi@hbv.edu.tr - dergihukuk2013@gmail.com, hukukdergi@gazi.edu.tr.

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1997 yılından itibaren yılda 2 sayı, 2011 yılından itibaren ise yılda 4 sayı olarak yayımlanmakta olan hakemli bir dergidir.

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 27.05.2010 tarihinden itibaren TÜBİTAK - ULAKBİM ve 22 Nisan 2020 tarihinden itibaren CiteFactor tarafından taranmaktadır.



DANIŞMANLAR KURULU

Prof. Dr. Şahin AKINCI	İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ali AKYILDIZ	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Rıza AYHAN	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Veysel BAŞPINAR	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Aydın GÜLAN	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. O. Berat GÜRZUMAR	Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Yedigir İZMİRLİ	İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Hasan PULAŞLI	İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Adem SÖZÜER	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Cemal ŞANLI	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Bilge TANRIBİLİR	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Hasan TUNÇ	Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Süha TANRIVER	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mehmet ÜNAL	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

**ANKARA HACI BAYRAM VELİ ÜNİVERSİTESİ HUKUK
FAKÜLTESİ DERGİSİ (AHBVÜ-HFD)
YAYIN İLKELERİ**

1. Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AHBVÜ-HFD), ULAKBİM tarafından taranan “Hakemli Dergi” statüsünde yılda dört sayı olarak yayımlanır. Cilt XX Sayı 3’ten itibaren iki hakemli sisteme geçilmiştir. Ayrıca Cilt XXIII Sayı 1 itibarıyla dergide yayımlanan makalelere DOI numarası verilmektedir.
2. Dergiye gönderilen makaleler başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Makalenin dergimize gönderilmiş olması, yazarın bu konudaki taahhüdü anlamına gelir.
3. Makaleler; “Microsoft Word” programında hazırlanmış olmalıdır. Ana metin Times New Roman 12 punto, normal stil; dipnotlar Times New Roman 10 punto, normal stil olarak hazırlanmış olmalı ve elektronik posta ile gönderilmelidir.
4. Dergiye gönderilen makalelerin metin kısmının, 40 sayfayı veya 15.000 kelimeyi geçmemesi gerekir.
5. Derginin yazı dili esas olarak Türkçe olmakla birlikte, dergide İngilizce, Almanca ve Fransızca makalelere de yer verilmektedir.
6. Dergiye gönderilen makalelerin başına, en az 100 en çok 200 kelimededen oluşan öz ve özün yazıldığı dillerde başlık ve beşer anahtar kelime eklenmelidir. Türkçe makaleler için Türkçe öze ek olarak, İngilizce öz eklenmesi gerekmektedir. Yazar, isterse İngilizce öze ek olarak Almanca ya da Fransızca öz de ekleyebilir. Yabancı dilde makaleler için ise makalenin yazıldığı dilde öz ile Türkçe özün eklenmesi gerekmektedir. Yabancı dildeki makale İngilizce değilse İngilizce özün ve Türkçe özün eklenmesi gerekmektedir.
7. Makalelerde, yazar adları, yazarın çalıştığı kuruluş bilgileri, ORCID numarası ve elektronik posta adresleri açık ve doğru bir şekilde belirtilmelidir.
8. Yazarların dergiye gönderdikleri makalelerin denetimini yapmış oldukları ve bu haliyle “basıma” hazır olarak verdikleri kabul edilir. Editörler kurulunca yapılan ön incelemede, bilimsellik (alan yönünden denetim) ölçütlerine ve dergi yazım kurallarına uyulmadığı veya olağanın üzerinde

yazım yanlışlarının tespit edildiği yazılar geri çevrilir.

9. Editörler kurulunca ön değerlendirmesi yapılan ve intihal tarama programında (bibliyografik materyaller, alıntılar ve %2 oranındaki küçük kaynaklar hariç tutulmak kaydıyla) azamî %10 benzerlik oranına sahip makaleler, kör hakemlik sistemi uyarınca yazar adları metinden çıkarılarak iki hakeme gönderilir. Hakemlere gönderilen makalelere “Makale ID” numarası verilir ve bu numaralar yazarlara bildirilir. Yazarlar, makalenin durumunu makale takip sisteminden görebilir. Yazarlara makalenin hangi hakemlere gönderildiği ile ilgili bilgi verilmez. Hakemlerin raporlarında düzeltme istemesi durumunda yazar, sadece belirtilen düzeltmeler çerçevesinde değişiklik yapabilir. Yazar, hakemler tarafından önerilen düzeltmeleri yaptıktan sonra hakemlerin önerisi doğrultusunda tekrar hakem denetimine başvurulabilir. Hakemlerden biri olumlu, diğeri olumsuz görüş bildirdiğinde makale, üçüncü bir hakeme gönderilir. Hakemlerin raporlarının olumsuz olması durumunda, üçüncü bir hakem incelemesi yapılmaz. Hakem incelemesine göre yayımlanmayan yazılar, yazarına geri gönderilmez. Yazara durum hakkında bilgi verilir.
10. Dergide, hakem denetiminden geçen makaleler ve çeviriler dışında, kitap incelemesi, mevzuat değerlendirmesi, bilgilendirici notlar ve yargı kararı tahliline de yer verilebilir. Bu nitelikteki yazılar editörler kurulunca kabul edilebilir veya geri çevrilebilir.
11. Makaleler yayımlanmak üzere kabul edildiği takdirde, elektronik ortamda tam metin olarak yayımlamak da dâhil olmak üzere tüm yayım hakları Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi’ne ait olur. Yazarlar telif haklarını Üniversite’ye devretmiş sayılır, yazara ayrıca telif ücreti ödenmez.
12. Makalenin sonunda, makalede yararlanılan kaynakların listelendiği kaynakça yer almalıdır. Kaynakça, yazarların soy ismine göre alfabetik olarak, ilk satır asılı şekilde sıralanmalıdır.
13. Yararlanılan kaynaklar kaynakçada şu şekilde yer almalıdır:

Kitaplar:

SOYAD, Ad: **Eserin Adı**, Baskı, Yayınevi, Basıldığı Yer, Yıl.
Örnek: AYHAN, Rıza: **Ticarî İşletme Hukuku**, II. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007.

Makaleler:

SOYAD, Ad: “Makalenin Başlığı”, **Makalenin Yer Aldığı Eserin Adı**, Cilt No., Sayı No., Makalenin Yer Aldığı Sayfa Aralığı.
Örnek: AYHAN, Rıza: “Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun Hukuki Mahiyeti”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi: Prof. Dr. Naci Kınacıoğlu’na Armağan**, C. I, Sa. 2, s. 31-40.
İnternet ortamında bulunan kaynaklar için parantez içerisinde URL ve sayfasına erişim tarihi belirtilmelidir.
Örnek: AYHAN, Rıza: “Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun Hukuki Mahiyeti”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi: Prof. Dr. Naci Kınacıoğlu’na Armağan, C. I, Sa. 2, s. 31-40. (http://www.hukuk.gazi.edu.tr/editor/dergi/1_2_3.pdf, erişim: 13.06.2010)
Birden fazla yazar tarafından hazırlanmış çalışmalarda, tüm yazarların ad ve soyadları tam olarak yazılmalıdır.
Örnek: OĞUZMAN, M. Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe, **Eşya Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 11. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2006.

14.Yararlanılan kaynaklara ilişkin atıflar, her bir sayfa sonunda dipnot olarak gösterilmelidir. İlk atıflar da dahil olmak üzere bir kaynağa yapılacak atıflarda SOYAD, sayfa numarası belirtilmelidir.

Örnek:AYHAN, s. 36.

Aynı yazarın birden çok çalışmasından yararlanılmış ve çalışmaların yılları farklı ise parantez içerisinde çalışmanın yılı belirtilmelidir.

Örnek: AYHAN, (2007), s. 53.

AYHAN, (1997), s. 33.

Yıllar aynı ise, çalışmanın ismi, yazarın diğer çalışmalarından ayırt edilmesini sağlayacak şekilde kısaltılarak kullanılmalıdır.

Örnek: AYHAN, İşletme, s. 76.

AYHAN, Tasarruf, s. 33.

İletişim Adresi: Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Emniyet Mah. Muammer Bostancı Cad. No: 4
(Beşevler Metrosu Yakını) Beşevler/ANKARA

Tel: (312) 216 20 72

Faks: (312) 215 01 69

web: <https://dergipark.org.tr/tr/pub/ahbvuhfd>

e-posta: hukukdergi@hbv.edu.tr - dergihukuk2013@gmail.com

**ANKARA HACI BAYRAM VELİ UNIVERSITY FACULTY OF LAW
REVIEW (AHBVÜ-HFD) EDITORIAL POLICY**

1. Ankara Hacı Bayram Veli University Faculty of Law Review (AHBVÜ-FLR) is published four times per year as a “peer-reviewed journal” and indexed by ULAKBİM. Since Vol. XX No. 3 “double peer-review” system has started to be applied. Also a DOI number is assigned to all articles since Vol. XXIII No. 1.
2. Articles submitted to the Journal should not have been published or submitted elsewhere to be published. Submittal of the article to our Journal constitutes a commitment by the author.
3. Articles should be written in “Microsoft Word” software. Body of the article should be formatted as Times New Roman 12 points, normal style; footnotes should be formatted as Times New Roman 10 points, normal style and submitted via e-mail to the Editor.
4. Text of the articles submitted to the Journal, should not exceed 40 pages or 15.000 words.
5. Articles in Turkish, English, German or French languages are accepted.
6. Articles submitted to the Journal should be accompanied by abstract comprised of minimum 100 maximum 200 words and five keywords in the languages of the abstracts. If the article is in Turkish; an abstract in English must also be supplemented in addition to an abstract in Turkish. When desired, the author will add an abstract in German or French in addition to an abstract in English. If the article is in a foreign language; it must be accompanied by an abstract in this foreign language and an abstract in Turkish. If the article is in a foreign language except English, an abstract in English and in Turkish must also be supplemented.
7. Names of the authors, their ORCID numbers, institutions and e-mail addresses should be provided clearly and correctly along with the article.
8. It is assumed that the authors have submitted the articles to the Journal after proof-reading and the articles are ready to be published. Upon the preliminary audit of the Editorial Board, articles that are determined to be not compliant with scientific standards and/or editorial policy of the Journal or articles that contain mistypes above the ordinary are declined.
9. Following the preliminary audit of the Editorial Board, the articles, which has

a maximum 10% similarity ratio (on condition that bibliographic materials, quoted materials and 2% small sources are excluded) in plagiarism scanning programme, are sent to two peer reviewers without the name of the author in accordance with the blind review format. An “Article ID” number is given to the articles sent to reviewers. Authors are also informed about this number. Authors can see the review process with the help of article tracking system. Authors are not informed regarding the identity of the reviewers. If the reviewers demand corrections, the author may amend the article only in reference to these corrections. Following the corrections made by the author, the article may be re-presented to the reviewer as per the reviewers’ wish. If the article is declined by the reviewers; no subsequent reviews are carried out. If the article is declined by one reviewer but accepted by other, then the article will be sent to third reviewer. Declined articles are not sent back to their authors. The author will be informed regarding the circumstance.

10. Book reviews, opinions on legislation, advisory notes and court decision analyses may also be published in the Journal along with peer reviewed articles and translations. Such materials may be accepted or declined by the Editorial Board.
11. All publishing rights of articles that are accepted to be published, including full-text publication online, but not limited to it, will belong to Ankara Hacı Bayram Veli University. Authors are assumed to have transferred these rights to the University and they are not paid any royalties.
12. A bibliography, comprised of the resource materials cited in the article, should be provided at the end of each article. The bibliography should be arranged alphabetically with regards to the surnames of the authors and the first line hanging.
13. Materials cited in the bibliography should be styled as such:

Books:

SURNAME, Name: **Title**, Edition, Publisher, Place published, Year published.
Example: AYHAN, Rıza: **Ticarî İşletme Hukuku**, 2nd Edition, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007.

Articles:

SURNAME, Name, “Title of the Article”, **Title of the Book/Journal**, Volume, Number, pp.

Example: AYHAN, Rıza: “Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun Hukuki Mahiyeti”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi: Prof. Dr. Naci Kınacıoğlu’na Armağan**, Vol. I, No. 2, pp. 31-40.

URLs of online materials should be indicated in brackets along with the date of access.

Example: AYHAN, Rıza: “Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun Hukuki Mahiyeti”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi: Prof. Dr. Naci Kınacıoğlu’na Armağan**, Vol. I, No. 2, pp. 31-40. (http://www.hukuk.gazi.edu.tr/editor/dergi/1_2_3.pdf, Date accessed: 13.06.2010)

If the material is co-authored; names of each author should be fully provided. Example: OĞUZMAN, M. Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe: **Eşya Hukuku**, Revised 11. Edition, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2006.

14. Citations for referred resources should be added as footnotes at the end of each page. Including first citation all citations to same resource material should be as such: SURNAME, page number. Example: AYHAN, p. 36.

If more than one material by a single author are referred to and the publication years of these materials differ, year for each material should be indicated in brackets.

Example: AYHAN, (2007), p. 53.

AYHAN, (1997), p. 33.

If the years for each material are same, title of the material should be abbreviated to distinguish it from other materials written by the same author.

Example: AYHAN, İşletme, p. 76.

AYHAN, Tasarruf, p. 33.

Contact Information: Ankara Hacı Bayram Veli University

Faculty of Law Emniyet Mah.

Muammer Bostancı Cad. No: 4

(Beşevler Metrosu Yakını)

Beşevler/ANKARA/TURKEY

Tel: +90 312 216 20 72

Fax: +90 312 215 01 69

web: <https://dergipark.org.tr/tr/pub/ahbvuhfd>

e-mail: hukukdergi@hbv.edu.tr, dergihukuk2013@gmail.com

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi

Cilt XXIV

Nisan 2020

Sayı 2

İ Ç İ N D E K İ L E R

MAKALELER*

ÖZEL HUKUK

- Özgürlüğü Bağlayıcı Ceza Sebebiyle Kısıtlanma Hâlinde
Kanunî Temsilciye Tebligat Yapılma Usulü
İbrahim ERMENEK / S. Hilal ÜÇÜNCÜ 3-30
- Tüketici İşlemlerinde Kıymetli Evrak Düzenlenmesi
Abdulkerim YILDIRIM / Bilge AYTUĞAR31-62
- Dondurularak Saklanmış Üreme Hücresinin Veya Embriyonun Eşin
Ölümünden Sonra Ana Rahmine Transferi (Postmortal Döllenme)
Sonucunda Doğan Çocuğun Mirasçılığı
Bahar ÖCAL APAYDIN / Nurten İNCE AKMAN63-108
- Limited Şirketin İşletme Konusunun Gerçekleşmesi
veya Gerçekleşmesinin İmkânsız Hâle Gelmesi ve Süresinin
Dolması Neticesinde Sona Ermesi Bağlamında İki Sorun
Özlem İLBASMIŞ HIZLISOY 109-140
- İkincil Sigorta Sözleşmeleri
Damla KÜÇÜK 141-194
- Anonim Şirketlerde Yönetim Yetkisinin Devri Bağlamında
Yönetim Kurulunun Üst Gözetim Yükümlülüğü
Elif YALÇIN SIRAKAYA 195-220

* Makaleler, yazarların unvanı ve soyadlarına göre sıralanmıştır.

Karşılaştırmalı Hukukta Halka Açık Anonim Ortaklık Yönetim
Kontrolü El Değişikliklerinde Kontrol Priminin Paylaşılması
Barış GÖZÜBÜYÜK.....221-248

KAMU HUKUKU

Cinsel Dokunulmazlığa Karşı İşlenen Suçlar
Bakımından İlgilinin Rızasının Ceza Hukuku
Sorumluluğu Üzerindeki Etkisi
İzzet ÖZGENÇ..... 251-288

Ceza Muhakemesinde Şüphelinin İfadesinin Alınması
ve Sorguya Çekilmesine İlişkin Hükümlerin
Eleştirel Bir Değerlendirmesi
Faruk TURHAN / Murat AKSAN..... 289-332

İdari Yargılama Hukukunda Aleyhe Hüküm
Verme ve Aleyhe Bozma Yasası
F. Ebru GÜNDÜZ 333-360

Unutulma Hakkının Bir “İnsan Hakkı”na Dönüşme Yolculuğu
Yaşar SALİHPAŞAOĞLU
Burcu DEĞİRMENCİOĞLU361-388

İdari Yargılama Usulünde “Karar Verilmesine
Yer Olmadığı” Kararları
Selman Sacit BOZ/Yunus ERASLAN389-424

Çocuğun Özel Yaşamına Saygı Hakkının Avrupa
İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Değerlendirilmesi
Fatmagül KALE ÖZÇELİK425-452

Çevreyi Kirletme Kabahati
Kadir Can ÖZEL..... 453-490

Ankara Hacı Bayram Veli University
Faculty of Law Review

Vol. XXIV

April 2020

Number 2

C O N T E N T S

ARTICLES*

PRIVATE LAW

<i>The Procedure For Notification To Legal Representative Specific To Restriction Because Of Penalty Of Imprisonment.</i> İbrahim ERMENEK / S. Hilal ÜÇÜNCÜ	3-30
<i>Negotiable Instruments Regulation In Consumer Operations</i> Abdulkerim YILDIRIM / Bilge AYTUĞAR	31-62
<i>The Inheritance Rights of the Child Born as a result of the Transfer of the Cryopreserved Gamete or Embryo to the Mother's Uterus After the Death of the Husband (Posthumously Conceived Child)</i> Bahar ÖCAL APAYDIN / Nurten İNCE AKMAN	63-108
<i>Two Problems Regarding Termination Of Limited Liability Company Because Of Achieving Or Impossibility Of Achieving Of The Subject Of The Company And Expiration Of The Period Of The Company</i> Özlem İLBASMIŞ HIZLISOY	109-140
<i>Excess Insurance Contracts</i> Damla KÜÇÜK	141-194
<i>Supervisory Obligation Of The Board Of Directors In The Context Of The Delegation Of Management Authority In Joint Stock Companies</i> Elif YALÇIN SIRAKAYA	195-220

* Articles are drawn up according to the title and surnames of the authors.

Sharing Control Premium In Publicly-Held Corporation Takeovers
Barış GÖZÜBÜYÜK 221-248

PUBLIC LAW

*The Effect of Consent on the Criminal-Law Liability with
Regard to the Crimes Against Sexual Inviolability*
İzzet ÖZGENÇ 251-288

*A Critical Assessment Of The Provisions Regarding The Questioning
And Examination Of The Suspect In Criminal Procedure*
Faruk TURHAN / Murat AKSAN 289-332

*“Reformatio In Peus” And “The Prohibition Of Against
Adjudication” In Administrative Jurisdiction*
F. Ebru GÜNDÜZ 333-360

*The Journey Of Transformation Of The Right
To Be Forgotten To A “Human Right”*
Yaşar SALİHPAŞAOĞLU
Burcu DEĞİRMENCİOĞLU 361-388

*Decision That “There Is No Room For Decision”
In Administrative Trial Procedure*
Selman Sacit BOZ / Yunus ERASLAN 389-424

*Evaluation Of The Child’s Right To Respect For Private
Life Under The European Convention On Human Rights*
Fatmagül KALE ÖZÇELİK 425-452

Misdemeanor Of Environmental Pollution
Kadir Can ÖZEL 453-490

ÖZEL HUKUK >>

BOŞ

ÖZGÜRLÜĞÜ BAĞLAYICI CEZA SEBEBİYLE KISITLANMA HÂLİNDE KANUNÎ TEMSİLCİYE TEBLİGAT YAPILMA USULÜ

İbrahim ERMENEK*

S. Hilal ÜÇÜNCÜ**

ÖZ

Kısıtlama, devletin egemenlik gücü aracılığıyla tam ehliyetli bir kimsenin fiil ehliyetinin mahkeme kararıyla sınırlandırılmasıdır. Kısıtlama sebepleri Türk Medeni Kanununun 405 ilâ 408'inci maddeleri arasında tahdidi olarak sayılmıştır. Söz konusu sebeplerden birinin gerçekleşmesi, kişinin doğrudan doğruya kısıtlanmış olması sonucunu doğurmaz. Bunun için mahkeme tarafından kısıtlama kararı verilmiş ve ayrıca vasi tayin edilmiş olması gerekir. Bir kimse hakkında kısıtlama kararı verilmiş olması, o kimseye yapılacak tebligatlar bakımından da önemli sonuçlar doğurur. Nitekim Tebligat Kanunu'nun 11'inci maddesinin üçüncü fıkrasına göre, kanunî temsilcisi bulunanlara veya bulunması gerekenlere yapılacak tebligat kanunlara göre bizzat kendilerine yapılması gerekmedikçe bu temsilcilere yapılır. Uygulamada bu kapsamda yapılan tebligatlarda fazlaca sorun olduğu Yüksek Mahkeme kararlarının incelenmesinden anlaşılmaktadır. Ayrıca, özellikle özgürlüğü bağlayıcı ceza sebebiyle yapılan kısıtlamalarda daha da spesifik sorunlar olduğu dikkati çekmektedir.

Anahtar Kelimeler: Kısıtlama, kanunî temsilci, vesâyet, tebligat, usulsüz tebligat

THE PROCEDURE FOR NOTIFICATION TO LEGAL REPRESENTATIVE SPECIFIC TO RESTRICTION BECAUSE OF PENALTY OF IMPRISONMENT.

ABSTRACT

The restriction is limitation of capacity to act of a full capable person through a court decision by the sovereignty of a state. The reasons for the restriction are counted

* Doç. Dr., Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra - İflas Hukuku Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi **E-Posta:** ibrahim.ermenek@hbv.edu.tr

ORCID ID: 0000-0002-2823-7646

** Dr., Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra - İflas Hukuku Ana Bilim Dalı Araştırma Görevlisi **E-Posta:** hilal.ucuncu@hbv.edu.tr

ORCID ID: 0000-0001-9969-5612

DOI : 10.34246/ahbvuhfd.733239

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 03/04/2020

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 22/04/2020

between the art. 405 to art. 408 of the Turkish Civil Code as limited. Realization of one of these reasons does not result in the person being restricted directly. For this, the decision of restriction should be decided, and a guardian should be appointed by the court. Given a decision to restriction about someone has significant consequences in terms of notification to him/her. As a matter of fact, according to the 3rd parag. of art. 11 of the Notification Law, notifications to those who have a legal representative or those who should be represented are made to these representatives unless they must be made personally to them according to the law. In practice, it is understood from the decisions of Court of Cassation that there are many problems in the notifications made in this context. It is notable that there are more specific problems especially in restrictions because of imprisonment.

Keywords: *Restriction, legal representative, guardianship, notification, inadequacy of notification.*

GİRİŞ

Kısıtlama, devletin egemenlik gücü aracılığıyla ergin bir kişinin fiil ehliyetinin mahkeme kararıyla sınırlandırılmasıdır¹. Bir kimse hakkında kısıtlama kararı verilmiş olması, onun tam ehliyetli statüsünden sınırlı ehliyetsiz statüsüne geçmesine neden olur ve bu kişi kural olarak hukukî işlemleri bizzat yapamaz. Kısıtlama sebepleri, Türk Medeni Kanununun 405 ilâ 408'inci maddeleri arasında tahdidi olarak sayılmıştır. Bu düzenlemeler birlikte değerlendirildiğinde, bu hükümlerin kısıtlıyı hem kendisine hem de üçüncü kişilere karşı korumak maksadıyla sevk edildiği söylenebilir. Bu çerçevede olmak üzere kısıtlama kararıyla kişinin ehliyetinin sınırlandırılması, hem kısıtlanan kişinin hem de kısıtlanan kişi ile hukukî ilişkiye giren üçüncü kişilerin kişilik ve malvarlığı değerlerinin korunmasına hizmet etmektedir². Hukukî işlemler bakımından işaret ettiğimiz koruma, kısıtlama kararı verilen bir kişinin hukukî işlemlerinin onu temsilen tam ehliyetli bir üçüncü kişi tarafından yapılması suretiyle gerçekleştirilir.

Bir kimse hakkında kısıtlama kararı verilip kendisine kanunî temsilci atanması tebligat hukuku bakımından önemli sonuçlar doğurmaktadır. Tebligat Kanununun 11'inci maddesinin üçüncü fıkrasına göre, kanunî temsilcisi bulunanlara veya bulunması gerekenlere yapılacak tebligat, kanunlara göre

¹ Konu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. DURAL/ OĞUZ/ GÜMÜŞ, s. 469 vd; DOĞA, s. 283 vd; AÇIKGÖZ, s. 30 vd; ÖZTAN, s. 1257 vd; ERTÜRK, s. 3 vd; KOÇ, s. 99 vd; ZEVKLİLER/ ACABEY/ GÖKYAYLA, s. 1089 vd.

² ZEVKLİLER/ ACABEY/ GÖKYAYLA, s. 1090; AÇIKGÖZ, s. 30.

bizzat kendilerine yapılması gerekmedikçe, (tebligat) bu temsilcilere yapılır. Uygulamada bu hükmün, özellikle kısıtlılık sebepleri ile birlikte yorumlanması nedeniyle, birtakım tereddütler ortaya çıktığı gözlemlenmektedir. Uygulamada ortaya çıkan bu tereddütler doktrinde de farklı görüşlerin ileri sürülmesine neden olmuştur.

Bu çalışmada, kısıtlılık sebepleri hakkında kısaca bilgi verilerek, kanunî temsilciye tebligat yapılması kuralı, bu kurala aykırılığın sonuçları ve bu kuralın istisnaları; özellikle özgürlüğü bağlayıcı ceza sebebiyle kısıtlanma hâlinde ortaya çıkan sorunlar ve bu sorunlara ilişkin çözüm önerileri üzerinde durulacaktır. Kısıtlı kişilere atanan kanunî temsilci tarafından kısıtlının işlemlerini yapmak üzere bir vekil tayin edilmişse; bu hâlde tebligat, Tebligat Kanunu madde 11/I ve diğer ilgili kanun hükümleri çerçevesinde yapılacaktır. Vekile tebligat çalışmamız kapsamında olmadığından bu konu üzerinde ayrıca durulmayacaktır.

I. KISITLAMA SEBEPLERİ

A. GENEL OLARAK

Kısıtlama sebepleri, Türk Medenî Kanununun 405 ilâ 408'inci maddeleri arasında tahdidî olarak sayılmıştır. İşaret ettiğimiz hükümlerde kısıtlılık sebepleri, akıl hastalığı veya akıl zayıflığı (TMK m.405); savurganlık, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, kötü yaşama tarzı, kötü yönetim (TMK m.406); özgürlüğü bağlayıcı ceza (TMK m.407) ve yaşlılık, deneyimsizlik veya ağır hastalık sebebiyle işlerini gerektiği gibi yönetemediğini ispat eden ergin kişinin isteği (TMK m.408), şeklinde yer almaktadır. Bu noktada dikkat edilmesi gereken husus, bir kimsenin kısıtlanmasını gerektiren sebeplerden birinin gerçekleşmesinin doğrudan o kişinin kısıtlanmış olması sonucunu doğurmayacağı, bunun için mutlaka bir mahkeme kararının bulunması gerekliliğidir. Nitekim Türk Medenî Kanununun kısıtlılık sebeplerini düzenleyen 405 ilâ 408'inci maddelerinde, “*kısıtlanmış olur*”, “*kısıtlıdır*” ve benzeri bir ifade kullanılmak yerine “*kısıtlanır*” ifadesi kullanılmıştır. Şayet kanun koyucu “*kısıtlıdır*” veya “*kısıtlı sayılır*” gibi bir ifade kullanmış olsaydı; kısıtlılık sebebinin doğmasına doğrudan kanun sonuç bağlamış olur ve ayrıca mahkemelerce kısıtlılık kararı verilmesine gerek kalmazdı. Bu kapsamda kanun koyucunun “*kısıtlanır*” ifadesini kullanmakla, sadece kısıtlamanın maddî koşulunu tespit etmiş olduğu, kısıtlılığın şekli koşulunu ise mahkemeye bıraktığı sonucuna varmak mümkündür.

Mahkeme, isteğe bağlı kısıtlılık hâli hariç olmak üzere, kısıtlama sebeplerinden birisinin gerçekleştiğini tespit ederse re'sen kısıtlama kararı

vermek (kendi görev alanında ise) veya kısıtlama kararı verilmesi için görevli mahkemeye bildirimde bulunmak zorundadır. Konuya ilişkin olarak *bildirme* (*haber verme*) *yükümlülüğü* vesâyet altına almayı gerektiren sebeplerin niteliğine göre Türk Medeni Kanununda ayrı ayrı düzenlenmiştir. İdarî makamlar, noterler ve mahkemeler görevlerini yaparken, ilgili kişilerden birinin fiil ehliyetinin kısıtlanmasını ve vesâyet altına alınmasını gerektiren, küçüklük, akıl hastalığı veya akıl zayıflığı gibi bir kısıtlama nedeninin varlığını öğrenirse derhâl yetkili makamları haberdar etmek zorundadır (TMK m. 404/II; m 405/II)³. Aynı hususa, Türk Medeni Kanununun Velâyet, Vesâyet ve Miras Hükümlerinin Uygulanmasına İlişkin Tüzüğü'nün 6 ve 7'nci maddelerinde de açıkça işaret edilmiştir. İcra ve İflâs Kanununun 57'nci maddesinin birinci fıkrasında da, icraya ait tebliğlerde Tebligat Kanunu hükümlerinin uygulanacağı kabul edilerek, borçlu kendilerine kanunî temsilci tayin olunması gereken kişilerden ise icra memurunun kısa bir zamanda temsilci tayin edilmesini ait olduğu makamdan isteyeceği hüküm altına alınmıştır⁴. Burada "*kısa bir zaman*" ifadesinin içeriğinin doldurulması uygulamaya bırakılmıştır.

Kısıtlama sebepleri her ne kadar kişiye ve olaya göre değişiklik gösterse de, kısıtlama kararının fiil ehliyeti yönünden doğurduğu sonuç bütün kısıtlama sebepleri bakımından aynıdır. Kısıtlama kararı ile birlikte kişi tam ehliyetli statüsünden sınırlı ehliyetsiz statüsüne geçmektedir. Bu sebeple, kısıtlama kararı yenilik doğurucu niteliktedir. Diğer bir ifadeyle, kısıtlama kararı bir inşâî karardır. İnşâî kararlar ya yeni bir hukukî durum yaratırlar ya mevcut

³ "...Dava yargısal faaliyetten dolayı devlet aleyhine açılan tazminat davasıdır. Davacı, C. Savcısı'nın davaname ile kısıtlama talebinde bulunmasının, davaname ekinde kendisine ait kişisel verilerin kullanılmasının, zorla hastaneye sevk edilmesinin açıkça hukuka aykırı işlemler olduğunu ileri sürmektedir. Öncelikle, Cumhuriyet savcısının kendisine bildirilen davacının vesâyet altına alınmayı gerekli kılan bir durumunun olup olmadığı yönündeki ihbarı vesâyet makamına iletmesinde yasal zorunluluk bulunmaktadır (TMK m. 405/2). Cumhuriyet Savcısının vesâyeti gerektiren durumun olup olmadığının tespiti için davaname düzenlemesi bu yönüyle mahkemeye bir bildirim niteliğinde olup, bilinen anlamda dava olmadığı açıktır. Öte yandan, TMK m. 405'den kaynaklanan vesâyete ilişkin davalar resen yürütülen davalardır. Hakimin bu gibi davalarda resen delil toplaması esası geçerlidir. Kaldı ki, TMK m. 405 uyarınca davacının vesâyeti gerektirir bir durumunun bulunup bulunmadığını belirleme açısından, resmi sağlık kurulu raporu almasında yasal zorunluluk bulunmaktadır (TMK m. 409/2). Bu nedenle, muhik bir sebep olmaksızın, rapor için hastaneye gitmekten imtina eden davacının kolluk marifetiyle hastaneye sevkinde usul ve yasaya aykırılık bulunmamaktadır. Davacının önceki yıllarda da benzer şekilde vesâyeti gerektiren bir rahatsızlığının bulunup bulunmadığı yönünde araştırma yapılması, bu araştırmanın gerçekleşen yeni durumlar karşısında yeniden yapılmasına engel değildir..." , Yargıtay HGK, 19.2.2014 T., 2013/ 2-1738 E., 2014/ 114 K., www.kazanci.com.tr, E.T: 11.10.2018.

⁴ İcra tebliğlerine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. UYAR, s. 157 vd; KÜÇÜK, s. 305 vd.

bir durumu değiştirirler ya da mevcut hukukî durumu ortadan kaldırırlar⁵. Kısıtlama kararı niteliği itibariyle değiştirici yenilik doğurucu bir etki gösterir. Yenilik doğurucu etkiye bağlanan sonuç ise, bu kararların bildirici (tespit niteliğinde) değil, kurucu (geleceğe yönelik) sonuçlar doğurmasıdır⁶. Bir kişiye vasi atanabilmesi, öncelikle o kişi hakkında kısıtlama kararı verilmiş olmasını zorunlu kılar. Başka bir ifadeyle, vasi atanmış kişi aynı zamanda kısıtlanmış kişidir. Ancak kısıtlanmış bir kişiye henüz vasi atanmamış olabilir. Uygulamada mahkemeler genellikle kısıtlama kararı ile vasi atanması kararını aynı oturumda vermektedir.

Vasi atanması bakımından görevli ve yetkili mahkeme, vesâyet altına alınacak olan kişinin yerleşim yeri sulh hukuk mahkemesidir. Doktrinde aksi yönde görüşler olmakla birlikte⁷, kanımızca da sulh hukuk mahkemelerinin vesâyete ilişkin işlemleri birer çekişmesiz yargı işidir (HMK 382/II/a/19)⁸. Çekişmesiz yargı neticesinde verilen kararlar ise inşaî (yenilik doğurucu) etki gösterirler. Başka bir ifadeyle, bunlar birer inşaî karardır. İnşaî karar olmaları münasebetiyle, ya yeni bir hukukî durum yaratırlar ya mevcut bir durumu değiştirirler ya da mevcut hukukî durumu ortadan kaldırırlar⁹. Esasen vesâyet işlerini çekişmeli yargı sayan görüş kabul edilse de bu sonuç değişmez. Zira o hâlde de sadece uygulanan yargılama usulü farklı olacak ama sonuçta mahkemenin verdiği karar yine inşaî sonuç doğuracaktır. Sulh hukuk mahkemelerinin vasi atanmasına ilişkin kararı şahsın hukukuna ilişkin olup, şahıs varlığı üzerinde doğrudan sonuç doğurduğundan bu kararın icrası için kesinleşmesi şarttır (HMK m. 350/II; m.367/II).

B. ÖZGÜRLÜĞÜ BAĞLAYICI CEZA SEBEBİYLE KISITLANMA USULÜ

Türk Medeni Kanununun 407'nci maddesine göre, bir yıl veya daha uzun süreli özgürlüğü bağlayıcı bir cezaya mahkûm olan her ergin kısıtlanır.

⁵ ÖNEN, s. 169; PEKCANITEZ, s. 984; KURU, Hukuk Usulü, s. 1468.

⁶ PEKCANITEZ, s. 987; ÖNEN, s. 166, 167; KURU, Hukuk Usulü, s.1472; KURU, Nizasız Kaza, s. 181, dn.44.

⁷ KURU, Nizasız Kaza, s. 82; Doktrinde çekişmesiz yargıya dahil olan vesâyete ilişkin işler Türk Medeni Kanunu m. 398, I; 399, 400, I; 402, 404, 411, 412, 413, 414, 415, 419, 420, 421, 422, 424, 425, 426, 427, 428, 429, 430, 431, 438, 439, 443, 444, 451, II; 453, 454, III; 457, 458, II; 459, 461, 462, 463, 464, 470, 472, 474, 475, 476, 477, II-III; 478, 483, 484, 485, 486, 487, 488, 490, 491 şeklinde sayılmaktadır. Bu yönde bkz., AKİL, s. 925, dp. 3.

⁸ PEKCANITEZ, s. 984; KURU, Nizasız Kaza, s. 80 vd; ÖNEN, s. 121.

⁹ ÖNEN, s. 169; PEKCANITEZ, s. 984; KURU, Hukuk Usulü, s. 1468.

Cezayı yerine getirmekle görevli makam, böyle bir hükümlünün cezasını çekmeye başladığını, kendisine vasi atanmak üzere hemen yetkili vesâyet makamına bildirmekle yükümlüdür. Yukarıda kısıtlama sebeplerinin tamamı bakımından işaret ettiğimiz gibi, Türk Medeni Kanununun 407'nci maddesi ile kısıtlanmanın maddî koşulu, bir yıl veya daha uzun süreli özgürlüğü bağlayıcı bir ceza ile mahkûm edilmiş olmak şeklinde tespit edilmiş olup usulî kısım sulh hukuk mahkemesine bırakılmıştır¹⁰.

Türk Medeni Kanununun 407'nci maddesi bağlamında üzerinde durulması gereken sorunların başında, fiil ehliyetinin kısıtlanabilmesi için mahkûmiyet kararının kesinleşmesinin gerekip gerekmediği hususu gelmektedir. Maddenin ikinci fıkrasında “*Cezayı yerine getirmekle görevli makam, böyle bir hükümlünün cezasını çekmeye başladığını, kendisine vasi atanmak üzere hemen yetkili vesâyet makamına bildirmekle yükümlüdür*” ifadesine yer verilmiştir. Madde metninden de anlaşıldığı üzere, fiil ehliyetinin kısıtlanabilmesi için sadece bir yıl veya daha fazla özgürlüğü bağlayıcı ceza verilmesi yeterli olmayıp, bu cezanın infazına da başlanmış olması gerekir¹¹. Başka bir deyişle, kişi bir yıldan fazla özgürlüğü bağlayıcı ceza ile mahkûm olmuş olsa bile, kaçak durumda olma, ağır hastalık ve benzeri bir nedenden dolayı cezanın infazına başlanamamışsa fiil ehliyeti kısıtlanamaz¹². Üzerinde durduğumuz düzenleme bağlamında dikkat edilmesi gereken diğer bir husus ise, “*hükümlünün*” cezayı çekmeye başlamasından bahsedilmiş olmasıdır. Kişi hakkındaki mahkûmiyet kararı kesinleşmeden cezaevinde bulunuyorsa

¹⁰ “...*Davalı, yargılama devam ederken kasten adam öldürme suçundan mahkum olmuş ve karar kesinleşmiştir. Bir yıl veya daha uzun süreli özgürlüğü bağlayıcı bir cezaya mahkûm olan davalının vesâyet altına alınması gerekmektedir. Davalının vesâyet altına alındığına dair karar dosya içerisinde bulunmadığından vasi atanıp atanmadığının araştırılması, atanmamışsa atanmasının beklenmesi, vasi atandığında kararın vasiye tebliğ edilerek tebliğinin sağlanması gerekir...*”, Yargıtay 2. HD., 2014/ 16538 E., 2015/ 2316 K., www.kazanci.com.tr, E.T: 11.10.2018.

¹¹ Anayasa Mahkemesi'ne yapılan bir bireysel başvuruda, başvuru idare mahkemesinde dava açtığı sırada ceza hükmünün henüz kesinleşmediğini, dolayısıyla davasının görülmesi gerektiğini belirterek adil yargılanma hakkının ihlâl edildiğini iddia etmiştir. Anayasa Mahkemesi bu başvuru hakkında verdiği kararında, idare mahkemesinin dava ehliyeti yönünden başvuru hakkını kısıtladığını araştırdığını, dava sürerken kısıtlılığı öğrenince davanın devam etmesi için vasi davaya icazet vermesini gerekli gördüğünü ve bu süreçte yeni bir işlem yapmayarak önce dava ehliyetini tespiti çalıştığını, vasi tarafından herhangi bir cevap verilmesi üzerine davayı ehliyet yönünden reddettiğini, bu sebeple başvuru mahkemesine erişim hakkının ve adil yargılanma hakkının ihlâl edilmediğini kabul etmiştir. Anayasa Mah. 13.4.2016 T. ve 2013/ 7006 B. No. 'lu kararı, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Basvurular/tr/pdf/2013-7006.pdf>, E.T: 05.02.2020.

¹² ÖZTAN, s. 1285, 1286.

hukukî statüsü “*mahkûm*” ya da “*hükümlü*” değil “*tutukludur*”. Türk Medeni Kanunu, hükümlülük hâlinin aksine tutukluluk hâline fiil ehliyetinin kullanımını kısıtlayacak bir sonuç bağlamamıştır¹³. İşaret ettiğimiz hususlar birlikte değerlendirildiğinde, Türk Medeni Kanununun 407’nci maddesi bağlamında fiil ehliyetinin kısıtlanmasına karar verilebilmesi için öncelikle, “*bir yıl veya daha fazla özgürlüğü bağlayıcı kesinleşmiş bir mahkûmiyet kararının bulunması*” ve “*bu mahkûmiyet kararının infazına başlanmış olması*” şartlarının birlikte gerçekleştiğinin tespit edilmiş olması gerekir¹⁴.

Türk Medeni Kanununun 407’nci maddesiyle bağlantılı olarak üzerinde durulması gereken bir diğer mesele ise, kesinleşmiş mahkûmiyet kararının infazına başlandığı an ile kısıtlama kararının kesinleşme anı arasındaki dönemde hükümlünün ehliyet bakımından hukukî statüsüdür. Bu bağlamında öncelikle Türk Medeni Kanununun “*geçici önlemler*” başlıklı 420’nci maddesi üzerinde durulmalıdır¹⁵. Bu düzenlemeye göre; “*Vesâyet işleri zorunlu kıldığı takdirde vesâyet makamı, vasinin atanmasından önce de re’sen gerekli önlemleri alır; özellikle, kısıtlanması istenen kişinin fiil ehliyetini geçici olarak kaldırabilir ve ona bir temsilci atayabilir*”. Bu madde hükmünde açıkça “*fiil ehliyetinin*

¹³ ÖZTAN, s. 1285.

¹⁴ “...Öte yandan Türk Medeni Kanununun 407. maddesinde, bir yıl veya daha uzun süreli özgürlüğü bağlayıcı bir ceza ile cezalandırılan her erginin kısıtlanacağı yönünde düzenleme varsa da dosyadaki bilgi ve belgelerden; kısıtlanması talep edilen ...’nun 1.1.1951 doğumlu olduğu hâlen kasten adam öldürme suçundan cezaevinde tutuklu bulunduğu,... Ağır Ceza Mahkemesi’nin 2013/34 esas- 2014/28 karar sayılı 24.4.2014 tarihli kararı ile ... hakkında müebbet hapis cezası verildiği ancak bu cezanın henüz kesinleşmediği, sözü edilen madde uyarınca bir kimsenin kısıtlanıp kendisine vasi atanabilmesi için kısıtlanması istenilen kişinin 1 yıl veya daha uzun süreli özgürlüğü bağlayıcı bir ceza ile cezalandırılması ve bu cezanın da infazına başlanmış olması gerektiği bu durumda TMK.’nin 407.maddesinin uygulanma koşulları da oluşmadığı dikkate alınarak davanın reddine karar verilmesi gerekirken adı geçene bu madde kapsamında vasi atanmasına karar verilmesi doğru görülmemiştir...”, Yargıtay 18 HD 4.11.2015 T; 16854 /15862, www.kazanci.com.tr, E.T: 11.10.2018; “...Somut olayda, dava Türk Medeni Kanununun 407. maddesi gereğince vasi atanması, olmaz ise TMK.nun 426. maddesi uyarınca kayyum tayin edilmesi istemine ilişkindir. TMK.nun 407. maddesi gereğince vasi atanması için kısıtlanması istenen kişinin bir yıl veya daha uzun süreli özgürlüğü bağlayıcı bir ceza ile cezalandırılması ve bu cezanın infazına fiilen başlanmış olması gerekir. ...’un firari olması sebebiyle kesinleşmiş cezasının infazına fiilen başlanmadığından vasi atanması koşulları oluşmadığı gibi Türk Medeni Kanununun 426. maddesinde sayılan temsil kayyımı atanmasını gerektiren hâller ve şartlar da bulunmamaktadır. Hâl böyle olunca yukarıda gösterilen yasal düzenlemeler ve yapılan açıklamalar dikkate alındığında, davanın reddine karar verilmesi gerekirken yerinde olmayan gerekçeyle davanın kabulü yönünde hüküm kurulması doğru görülmemiştir...”, Yargıtay 18. HD 24.05.2016 T, 2167/8377, www.kazanci.com.tr, E.T: 11.10.2018.

¹⁵ Konu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. ADAY, s. 816 vd.

geçici olarak kaldırılmasından” bahsedildiğine göre, vasi atanmasına ilişkin yargılama süresince fiil ehliyeti kısıtlanması istenen kişinin ehliyeti tamdır. Dolayısıyla vesâyet makamı bu madde hükmü çerçevesinde geçici bir önlem olarak hükümlünün fiil ehliyetinin kaldırılmasına karar vermemişse, hükümlü tam ehliyetlidir ve yaptığı hukukî işlemler herhangi bir onay veya icazete bağlı olmaksızın geçerlidir¹⁶.

Sulh hukuk mahkemesinin vasi atanmasına ilişkin kararının kesinleşmesi ile hükümlünün fiil ehliyetine yönelik sınırlandırma da kesinleşmiş olur. Ancak mahkemenin bu kararı kurucu nitelikte olduğundan, ara dönemde mahkûm tarafından yapılan işlemlerin geçerliliğine etki etmez. Kısıtlama kararının kesinleşmesinden sonra da bu işlemlerin geçerliliği devam eder¹⁷. Nitekim Türk Medeni Kanununun 410’uncu maddesinde, kısıtlama kararının kesinleşince ilân edileceğine ve kısıtlama kararının ilândan önceki iyi niyetli üçüncü kişileri etkilemeyeceğine açıkça işaret edilmiştir. Burada, ilândan önce iyi niyeti arananlar, kısıtlama kararının kesinleştiği an ile ilân arasında kısıtlı ile işlem yapanlardır¹⁸. Aynı maddenin 3’ncü fıkrasında ayırtım gücü olmayanlar bakımından bir istisna getirilmiştir. Ancak ayırtım gücü olmayanlar medeni hukuk sahasında tam ehliyetsiz sayıldıklarından, onlar bakımından kısıtlama kararı verilip verilmemesinden bağımsız olarak, yaptıkları bütün hukukî işlemler Türk Medenî Kanununun 15’inci maddesi çerçevesinde kesin olarak geçersizdir (TBK m.27)¹⁹.

Avukata verilen vekâlet bakımından ise durum farklıdır. Kısıtlama kararının kesinleşmesi ile birlikte vekâlet ilişkisi sona erer. Zira, hem 1086 sayılı

¹⁶ ADAY, s. 816.

¹⁷ “...Dosyanın incelenmesinden; davacının, Ankara Ağır Ceza Mahkemesinin 9.8.2011 gün ve E: 2008/262, K:2011/184 sayılı kararıyla bir yıldan fazla süre ile özgürlüğü bağlayıcı ceza ile mahkum olduğu ve Nevşehir E Tipi Kapalı Cezaevinde hükümlü bulunduğu, bu halyle işlem ve dava tarihi itibarıyla kısıtlı olması nedeniyle fiil ehliyetinin, dolayısıyla dava açma ehliyetinin bulunmadığı anlaşılmaktadır. Bu durumda, fiil ehliyeti ve bu bağlamda dava ehliyeti bulunmayan davacının, kanunî temsilcisi olan vasisi aracılığıyla veya vasisinin kanunî temsilci sıfatıyla vekalet verdiği bir avukat aracılığıyla dava açması gerekirken, vasi tayin edilmeden verdiği vekaletname ile avukat aracılığıyla açtığı davada, Mahkemece Sulh Hukuk Mahkemesine durumun yazıyla bildirilmesi, vasi atanması prosedürünün tamamlanmasına kadar 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 56’ncı maddesi uyarınca yargılamanın ertelenerek sonucun beklenmesi, vasi tayin edildikten sonra da vesayet makamından izin doğrultusunda yargılamaya devam edilip edilmeyeceği konusunda vasi-den icazet alınması gerekmektedir...”, Danıştay 7. D., 19.11.2018 gün, 2017/ 1090 E., 2018/ 5079 K sayılı Kararı, (Karar yayımlanmamıştır).

¹⁸ ÖZTAN, s. 1297.

¹⁹ ÖZTAN, s.1297, 1298.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 60'ıncı maddesi ile Türk Medeni Kanununun genel hükümlerine hem de 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 72'nci maddesi ile 818 sayılı Borçlar Kanununun temsile ilişkin hükümlerine atıf yapılmış ve bu atıf hükümleri ile davaya vekâlete ilişkin özel hüküm bulunmayan hâllerde temsile ilişkin genel hükümlerin uygulanmasına imkân verilmiştir. Türk Borçlar Kanunu hükümlerine göre, hukukî işlemde doğan temsil yetkisi, aksi taraflarca kararlaştırılmadıkça veya işin özelliğinden anlaşılmadıkça, temsil olunanın veya temsilcinin fiil ehliyetini kaybetmesi hâlinde sona erer (TBK m.43/I). İşaret ettiğimiz bu hükümler nedeniyle hem 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa tabi olarak görülen davalarda hem de 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununa tabi olarak görülen davalarda avukat veya müvekkilden birisinin fiil ehliyetini kaybetmesi hâlinde vekâlet ilişkisi kendiliğinden sona ermektedir²⁰.

Bu noktada sona erme bakımından, “davaya vekâlet” ile “avukatlık sözleşmesinin” birbirinden ayrıldığı ve davaya vekâletin, avukatlık sözleşmesinin sona ermesine rağmen devam edeceğine ilişkin Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 06.03.2007 T; 2007/6-13 E ve 2007/54 K sayılı kararına²¹ dikkati çekmek gerekir. Söz konusu kararda Ceza Genel Kurulu, somut olay bakımından hukuk yargılaması ile ceza yargılamasını birbirinden ayırmış ve bu tespitini sadece ceza yargılaması bakımından yapmıştır. Hukuk yargısında ise bu sürecin daha farklı işlediğine işaret etmiştir²².

²⁰ TANRIVER, s. 550; ATALI/ ERMENEK/ ERDOĞAN, s. 253.

²¹ www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T: 05.02.2020.

²² Kararın ilgili kısmı şu şekildedir: “Avukatlık Yasasının 171. maddesinde (02.05.2001-4667/83 ile değişik) “Avukat üzerine aldığı işi kanun hükümlerine göre ve yazılı sözleşme olmasa bile sonuna kadar takip eder.” şeklinde bir düzenleme bulunmaktadır. Bu düzenlemeyle çıkarılan sonuç şudur; avukat vekâlet sözleşmesi son bulana kadar değil, iş (yani avukatlık sözleşmesi) son bulana kadar takiple mükelleftir. Öyleyse, yazılı sözleşme bulunmayan hâllerde “işin sonu” ne zamandır. Bu sorunun yanıtı, hukuk yargılamasında ve ceza yargılamasında farklıdır. Hukuk Usulü Muhakemesi Yasasının 62. maddesinde; “Kanunen salahiyeti mahsusa itasına mütevakıf hususlar müstesna olmak üzere vekâlet, hüküm katıyet kesbedinceye kadar davanın takibi için icap eden bilumun muameleleri ifaya ve hükümün icrasına ve masarifi muhakemenin tahsiliyle bundan dolayı makbuz itasına ve kendisi aleyhinde de işbu muamelatın kaffesinin ifa edilebilmesine mezuniyeti mutazammındır.” denilmek suretiyle, avukatla vekil arasındaki sözleşmenin hükmün icrası aşamasında dahi devam edeceği düzenlenmiştir. Nitekim, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 02.07.2003 gün ve 442-445 sayılı kararı başta olmak üzere, aynı konuyu vurgulayan çok sayıda yargısal karar bulunmaktadır. Bunlara göre; kesinleşen hükümde taraf kendisini vekille temsil ettirmişse ve bu husus ilamdan anlaşılıyorsa, ilamın infazı işlemlerinde tebligatın bu vekile yapılması zorunludur. Buna rağmen; hukuk davalarında dahi, ilamların infazı aşamasında cezai sonuç doğuracak tebligatların vekile değil asile yapılması gerektiği bir kısım kararlarda vur-

Ceza Genel Kurulu, ceza mahkemesi kararının kesinleşmesi ile avukatlık sözleşmesinin sona ermiş sayılmasını bazı koşullara bağlamıştır. Zira, yukarıda da işaret edildiği gibi, avukatlık sözleşmesinin sona ermesinin vekâlet ilişkisini sona erdirmeyeceği tespitinden hareketle; vekâlet ilişkisi çerçevesinde (yeni bir vekâlet verilmeksizin) avukatın başkaca işler yapabilmesi için yeni bir avukatlık sözleşmesi yapılması gerektiğini; böyle açık bir sözleşme yapılmamış olsa bile, müvekkilin vekile sözlü talimat vermiş ya da eylem ve davranışları ile vekilin davranışlarını onaylamış olması gerektiğini hüküm altına almıştır. Somut olayda ise vekâlet ilişkisi devam etmekle birlikte, müdafî ile hükümlü arasında açık bir avukatlık sözleşmesi yapılmadığı, dosyada müdafîye sözlü olarak talimat verildiğine veya müvekkilin müdafinin işlemine eylem ve davranışları ile onay verdiğine dair bir bilgi bulunmadığı; aksine müdafiden sonra aynı tebligatın kendisine de yapılması üzerine hükümlünün bizzat kendisinin temyiz yoluna başvurduğu; bu hususun da hükümlünün eski müdafisi ile çalışmak istemediği anlamına geldiği tespitlerini yaparak, ceza mahkemesi kararının kesinleşmesi ile müdafinin müdafilik görevinin sona erdiği sonucuna varmıştır²³.

Türk Medeni Kanununun 407'nci maddesi bakımından dikkat çeken bir diğer husus, özgürlüğü kısıtlayıcı hapis cezasına ilişkin olarak, yukarıda belirtmiş olduğumuz haber verme yükümlülüğünün sadece cezayı infaz etmekle görevli cumhuriyet savcısı için öngörülmüş olmasıdır. Velâyet, Vesâyet ve Miras Hükümlerinin Uygulanmasına Dair Tüzüğün 9'uncu maddesi de aynı

gulanmaktadır. (Yargıtay 8. Ceza Dairesi 26.01.1993 gün 297-1133) Ceza yargılamasında ilamların infazı işlemlerinin devlet tekelinde ve genel olarak Cumhuriyet savcısı tarafından yürütüldüğü düşünüldüğünde, cezadaki durumun hukuktakinden daha farklı olması gerektiği ortadadır", Bkz. CGK 06.03.2007 T; 2007/6-13 E ve 2007/54 K sayılı Kararı, www.kazanci.com.tr, E.T: 18.12.2018.

²³ *"Ancak, açıkça sonlandırılmadığı veya diğer sona erme nedenleri bulunmadığı takdirde, vekâlet ilişkisi hâlen devam ediyor olacağından, eğer ki, kesinleşme sürecinden sonraki işlemler için de aynı avukatın işe devam etmesi isteniyorsa, ayrı bir avukatlık sözleşmesi yapılmalıdır. Bu sözleşme, şekle bağlı olarak açıkça yapılabilecektir. Ancak bu şart değildir. Aynı sözleşme, müvekkilin vereceği sözlü bir talimatla kurulabileceği gibi, vekilin müvekkilinin lehine işe girmesi ve müvekkilinin buna izin vermesi ya da ses çıkarmaması şeklinde de ihdas edilebilir....Unutulmamalıdır ki; Hukukun üstünlüğü ve koruyuculuğu ilkesi, kuşkunun var olduğu hâllerde haktan yararlanma hâl ve yeteneğini genişletmeyle gerçekleşir. ...O hâlde; konu olayda, avukatlık sözleşmesinin, kamu davasında verilen hükmün kesinleşmesiyle sona erdiğinin, yazılı, sözlü ya da eylemlî biçimde yenilediğine ilişkin bir hâl gerçekleşmediğinden uyarılama yargılamasında avukatın müdafî sıfatıyla temsil yetkisi olmadığının ve dolayısıyla temyiz süresini geçirme biçimindeki kusurlu davranışının hükümlü aleyhine değerlendirilemeyeceğinin kabulü gerekmektedir...". Bkz. CGK 06.03.2007 T; 2007/6-13 E ve 2007/54 K sayılı Kararı, www.kazanci.com.tr, E.T: 18.12.2018.*

yöndedir. Şu hâlde, bir yıl veya daha fazla özgürlüğü bağlayıcı hapis cezasına mahkûmiyet kararı verilmesi hâlinde mahkemelerin, noterlerin veya diğer idari makamların haber verme (bildirimde bulunma) yükümlülüğü yoktur. Özgürlüğü bağlayıcı ceza sebebiyle kısıtlanması gereken bir kimsenin bir davada taraf olması hâlinde, mahkemenin kendiliğinden harekete geçebilmesi için dosyadan kısıtlama sebebinin varlığının anlaşılması veya bu konuda bir talepte bulunulması gerekir. Ancak tutukluluk hâli kısıtlılık sebebi olarak sayılmadığından, bu durumda mahkemenin bir araştırma yükümlülüğü söz konusu değildir.

Son olarak belirtmek gerekir ki, diğer kısıtlama sebeplerinde vesâyet, Türk Medeni Kanununun 472'nci maddesi gereğince yetkili vesâyet makamının kararıyla sona ererken, Türk Medeni Kanununun 471'inci maddesine göre özgürlüğü bağlayıcı cezaya mahkûmiyet sebebiyle kısıtlı bulunan kişi üzerindeki vesâyet, hapis hâlinin sona ermesiyle kendiliğinden ortadan kalkmaktadır. Görüldüğü gibi, hükümlüler bakımından vesâyet, hapis hâlinin sona ermesiyle, başkaca bir karara gerek kalmaksızın kendiliğinden sona ermektedir. Hapis hâlinin af sebebiyle sona ermesinde de durum böyledir²⁴. Henüz vasi atanmadan hapis hâli sona ererse, hâkim çekişmesiz yargı işinin konusuz kaldığından bahisle yargılama faaliyetine son vermelidir²⁵.

Tebliğat Kanununun madde 11/III hükmü çerçevesinde tebligat yapılabilmesi için tebligatı çıkaran merciin kısıtlılık hâlinin devam edip etmediğini araştırması gerekir. Kısıtlılık hâli sona ermişse tebligat (eski) kanunî temsilciye yapılamaz. Tebligat muhatabı olarak kısıtlılık hâli ortadan kalkan kişi gösterilmek zorundadır. Aksi hâlde, tebligat bizzat kısıtlıya yapılsa bile, tebligatın muhatabı hatalı şekilde gösterilmiş olacağından tebliğ işlemi yoklukla sakat olur.

²⁴ ZEVKLİLER/ ACABEY/ GÖKYAYLA, s. 1129, 1130.

²⁵ Yargıtay'ın konuya ilişkin bir kararında çekişmesiz yargı işi olan vasi atanmasını dava olarak nitelendirdiği ve hapis hâlinin sona ermesi sebebiyle davanın konusuz kaldığından bahisle karar verilmesine yer olmadığına karar verilmesi gerektiğini kabul ettiği görülmektedir: "...Hükümlü Rahmi'nin 30.05.2004 tarihinde, koşullu salıverme hükümlerinden yararlanarak cezaevinden tahliye edildiği anlaşılmaktadır. Hapis halinin sona ermesiyle vesayet kendiliğinden sona erer. (T.M.K.471.mad.) Bu bakımdan davanın devamı sırasında vesayeti gerektiren sebep ortadan kalktığına göre, dava konusuz kalmıştır. Konusuz kalan dava hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar verilmesi gerekirken, cezaevinden çıkmış kişi hakkında hükümlülük sebebiyle vasi tayini karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır..." , Yargıtay 2. HD., 31.5.2005 T., 2005/ 5846 E., 2005/ 8442 K., www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T: 11.02.2020.

II. KURAL: KISITLI KİŞİLERE İLİŞKİN TEBLİGATIN KANUNÎ TEMSİLCİYE YAPILMASI

A. GENEL OLARAK

Tebliğat Kanununun 11'inci maddesinin üçüncü fıkrasına göre, kanunî temsilcisi bulunanlara veya bulunması gerekenlere yapılacak tebliğat, kanunlara göre bizzat kendilerine yapılması gerekmedikçe bu temsilcilere yapılır²⁶. Muhatabın bizzat kendisine tebliğat yapılabilmesi, kural olarak, onun *fiil ehliyetine (medenî hakları kullanma ehliyetine)* sahip olmasına bağlıdır²⁷. Diğer bir ifadeyle, kural olarak fiil ehliyetine sahip olmayan muhatabın bizzat kendisine tebliğat yapılamaz. Bu durumda tebliğatın muhatap yerine kanunî temsilcisine yapılması gerekir. Kanunî temsilciden maksat, veli²⁸, vasi ve kayyımdır²⁹.

Kısıtlama, kişinin vesâyet altına alınmasını gerektiren hâllerden birisidir. Kısıtlama kararı verilmesiyle, kısıtlanan kişi sınırlı ehliyetsiz hâle gelir. Vesâyet altındaki kimselere yapılması gereken tebliğat ise, bunların vasilerine

²⁶ Kanunî temsilciye tebliğata ilişkin olarak bkz. ATALI / ERMENEK / ÜÇÜNCÜ, s. 147 vd; ATALI / ERMENEK / ERDOĞAN, s.303, 304; MUŞUL, s. 249 vd; RUHİ/ RUHİ, s. 130 vd; AKCAN/ ALBAYRAK, s. 109 vd; DELİDUMAN, s. 85 vd; YILMAZ / ÇAĞLAR, s. 225 vd.

²⁷ "...Tebliğatın muhataba yapılabilmesi için, muhatabın medenî hakları kullanma ehliyetine, kısaca fiil ehliyetine sahip olması gerekir. Fiil ehliyetine sahip olmayan kişilere tebliğat yapılamaz. Bu durumda tebliğatın kanunî temsilciye yapılması gerekir..." , Yargıtay 22. HD, 11.12.2017, E. 2016/27238, K. 2017/284/03;www.kazanci.com.tr. E.T: 11.10.2018.

²⁸ Velâyet yetkisini kullanan kişi olan veli, bu yetki çerçevesinde üçüncü kişilere karşı çocuğun kanunî temsilcisidir. Henüz reşit olmayan çocuk velâyet altındadır ve velâyet altında olan çocuğa yapılması gereken tebliğat bunların velilerine yapılır. On sekiz yaşını doldurmamış çocukları anne ve babanın velâyeti altında olup, yasal bir sebep olmadığı sürece velâyet yetki ve hakkının anne ve babadan alınması mümkün değildir. Evlilik devam ettiği sürece anne ve baba velâyet hak ve yetkisine sahip olup, bu hak ve yetkiyi birlikte kullanırlar. Ortak hayatın son bulması veya ayrılık kararı verilmesi ile hâkim, velâyet hak ve yetkisinin anne ya da babadan hangisinin üzerinde kalacağına da karar verir. Türk Medenî Kanununun 336'ncı maddesine göre velâyet, ana ve babadan birinin ölümü hâlinde sağ kalana, boşanmada ise çocuk kendisine bırakılan tarafa aittir. Boşanma durumunda çocuğun velâyetinin anne ve babaya ortak olarak verilmesi de mümkündür. Türk Medenî Kanunu'nun 337'nci maddesine göre, anne ve babanın evli olmaması hâlinde ise velâyet hakkı anneye aittir. Türk Medenî Kanununun 314'üncü maddesi çerçevesinde, ergin olmayan evlatlıklar da evlat edinenin velâyeti altındadır. Çocuklar üzerindeki velâyet çocukların ergin olması ile veya evlenme ile veya mahkeme kararıyla sona erer.

²⁹ Kendisine kayyım tayin edilen kimse için tebliğat, kanunî temsilcisi olan kayyım yapılır. Bir gerçek ya da tüzel kişinin, belirli bir konuda temsil edilmesi, bir işin yapılması ya da bir malvarlığının yönetilmesi amacıyla kişiye kayyım atanabilir.

yapılır³⁰. Kanunî temsilciye tebligat kuralı, vesâyeti gerektiren hâller sona erinceye kadar uygulanır. Tebligat Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmeliğin 19’uncu maddesinin üçüncü fıkrasına göre, kanunî temsilci tayin edilmesi gerekip de henüz kanunî temsilcisi olmayanlara öncelikle kanunî temsilci atanır ve tebligat atan kanunî temsilciye yapılır. Kendisine kanunî temsilci atanan kişiyle ilgili dava veya iş bizzat kanunî temsilci tarafından takip ediliyorsa, tebligatın temsilciye yapılması gerekir. Dava veya iş temsilcinin izni ile kendisine kanunî temsilci atanan kimse tarafından takip ediliyorsa, tebligat bu kişiye yapılır. Buna karşılık, iş veya dava her ikisi tarafından birlikte takip ediliyorsa, tebligatın her ikisine de yapılması gerekir.

Belirtmek gerekir ki, elektronik tebligata ilişkin düzenlemelerde ve ilgili kurum ve kurullar tarafından benimsenen usul ve esaslarda, kendilerine kanunî temsilci atanan kişilerin elektronik tebligat hizmetinden ne şekilde yararlanacaklarına ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Kanımızca bu gibi hâllerde tebligat, Elektronik Tebligat Yönetmeliğinin genel kurallara atıf yapan 16’ncı maddesinden hareketle, tebliğ evrakının kanunî temsilciye ait elektronik tebligat adresine gönderilmesi suretiyle yapılmalıdır³¹.

Ayrıca Tebligat Kanununun, celse esnasında veya kalemde tebligat başlıklı 36’ncı maddesi, “*Celse esnasında veya kalemde, soruşturmaya, davaya ya da takibe ait evrakın, taraflara, ilgili üçüncü kişilere, katılana veya vekillerine tutanağa geçirilmek suretiyle veya imza karşılığında, tebliğ konusu belirtilerek tevdi, tebliğ hükmündedir.*” hükmünü ihtiva etmektedir. Görüldüğü üzere, söz konusu hükümde vekil özel olarak anılmakla birlikte, kanunî temsilciden bahsedilmemektedir. Her ne kadar bu gibi hâllerde kanunî temsilci ilgili üçüncü kişi gibi değerlendirilerek tebligat yapılabilirse de, uygulamadaki tereddütlerin giderilmesi adına, madde metnine açıkça kanunî

³⁰ Alman hukukunda ayrı bir Tebligat Kanunu yoktur. Tebligata ilişkin hükümler § 166- §190 ZPO hükümleri arasında düzenlenmiştir. § 170 ZPO hükmünde, temsilciye tebligat hüküm altına alınmıştır. Anılan hükme göre, “*Dava ehliyetini haiz olmayan kimselerin kanunî temsilcisine tebligat yapılır. Dava ehliyeti olmayan kimseye yapılan tebligat geçersizdir. Muhatap gerçek bir kişi değilse, yöneticiye teslim yeterlidir. Birden fazla kanunî temsilci yahut yönetici varsa, tebligatın bunlardan birine yapılması yeterlidir.*” § 170 ZPO hükmüyle kendisine tebligat yapılacak kişinin dava ehliyetine sahip olmaması yahut gerçek bir kişi olmaması hâlinde kimin doğru muhatap olduğu açıklığa kavuşturulmuştur. Söz konusu hüküm, sadece davanın taraflarına tebligat için değil, aynı zamanda üçüncü kişilere tebligat içinde de geçerlidir. Ayrıntılı bilgi için bkz. MUSIELAK/ VOIT/ WITTSCHIER, ZPO § 170, Rn. 1-4; MüKoZPO/ HÄUBLEIN, ZPO § 170 Rn. 1-10.

³¹ Bu yönde bkz. ATALI/ ERMENEK/ ÜÇÜNCÜ, s. 70.

temsilci ifadesinin eklenmesinin faydalı olacağı kanaatindeyiz³².

Tebliğat Kanununun 11'inci maddesinin üçüncü fıkrasında açıkça belirtildiği üzere, “*kanunî temsilcisi bulunanlara veya bulunması gerekenlere*” yapılacak tebligat kural olarak onların kanunî temsilcilerine yapılır. Bu sebeple, ilgili kişinin vesâyet altına alınmasını gerektiren bir sebep var ise, tebligatın kanunî temsilciye yapılması gerekir³³. Böyle bir durumda öncelikle, kısıtlanmasına karar verilen kişiye kanunî temsilci atanması sağlanmalı ve tebligat bu temsilciye yapılmalıdır. Kısıtlı kişiye tebligat bakımından uygulamada karşılaşılan sorunlardan birçoğu; tebligatın, kanunî temsilcisi olan veya olması gereken bir kişinin kanunî temsilcisi yerine bizzat kendisine yapılmasından kaynaklanmaktadır³⁴.

B. KANUNÎ TEMSİLCİYE TEBLİGAT YAPILMAMASININ SONUÇLARI

Tebliğat Kanununda, tebligatın kanunî temsilciye yapılmasına ilişkin bu Kanunun madde 11/III hükmüne uyulmamış olmasının doğuracağı

³² Bu yönde bkz. ÖZBAY, s. 152, dp.118.

³³ “...*Bu durumda, yukarıda değinilen yasal düzenlemeler ve ilkeler uyarınca, satış ilânı tebliğ tarihinde borçlunun vesâyet altına alınmasını gerektirir bir durum var ise, kısıtlıya yapılan tebliğ, hüküm ve sonuç doğurmaz. Kısıtlıya vasisi temsil edeceğinden ve onun adına itiraz ve şikayet haklarını kullanacağından, İİK.nun 127. maddesi kapsamında çıkarılan satış ilânının vasiye tebliği zorunludur. Bu husus, kamu düzenine ilişkindir. O halde mahkemece, satış ilânı tebliğ tarihi itibarıyla borçlunun vesâyet altına alınmasını gerektirir bir durumun olup olmadığı tam teşekküllü bir hastanenin sağlık kurulu raporu ile tespit edilerek, vesâyeti gerektirir bir durumun olduğunun anlaşılması halinde ihalenin feshine karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz olup, Dairemizce mahkeme kararının belirtilen nedenlerle bozulması gerekirken onandığı anlaşılmalı, borçlu vekilinin karar düzeltme isteminin kabulü gerekmiştir...*”, Yargıtay 12. HD, 14.09.2017 T., 2017/ 4940 E., 2017/ 10692 K., www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T: 23.03.2020.

³⁴ “...*Alacaklı tarafından borçlu A.S.S. aleyhine 5.9.2012 tarihinde genel haciz yoluyla takip başlatıldığı; borçlu vasisinin icra mahkemesine yaptığı başvuruda borçluya usulüne uygun yapılmış ödeme emri tebligatı bulunmadığını ileri sürerek usulsüz tebligat şikayetine bulunduğu, mahkemece istemin borçlunun fiil ehliyeti bulunmadığından takibin iptali talebi olarak nitelendirilerek, fiil ehliyetinin varlığını araştırma görevinin icra mahkemesinin yargı yetkisini aştığı gerekçesiyle şikayetin reddine karar verildiği anlaşılmaktadır. H.M.K.nun 33. maddesi uyarınca, hukukî tavsif hâkime aittir. Borçlanma ehliyeti kamu düzeniyle ilgili olup, yargılamanın her aşamasında re’sen gözetilir. Somut olayda borçlu A. S. S.’nin akıl hastalığı sebebiyle, Konya 1. Sulh Hukuk Mahkemesi’nin 21.2.2008 tarih, 2007/1602 E. 2008/189 K. sayılı kararı ile T.M.K.nun 405. maddesi gereğince vesâyet altına alındığı, takip tarihinin vesâyet kararından sonra olduğu görülmektedir. Bu durumda takip tarihi itibarıyla fiil ehliyeti bulunmayan borçluya ödeme emri tebliği hukukî sonuç doğurmaz. Mahkemece, kısıtlı adına düzenlenen ödeme emrinin iptaline karar verilmesi gerekirken eksik incelemeyle yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir...*”, Yargıtay 12. HD, 06.06.2013 T., 2013/ 12173 E., 2013/ 21203 K., www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T: 23.03.2020.

sonuçlara ilişkin özel bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Doktrinde, Tebligat Kanununun 11'inci maddesine aykırı olarak yapılan tebligatlar daha ziyade vekile tebligat ile sınırlı olarak ele alınıp incelenmektedir³⁵. Bununla birlikte uygulamada, kanunî temsilciye usulüne uygun şekilde tebligat yapılamaması nedeniyle ortaya çıkan sorunlarla da sıklıkla karşılaşılmaktadır. Doktrinde ve uygulamada özellikle kanunî temsilciye usulüne uygun şekilde tebligat yapılmaması hâlinde uygulanacak yaptırımın niteliği konusunda ciddi tereddütlerin yaşandığı dikkati çekmektedir. Bu kapsamda mesele daha ziyade tebligat yokluğu³⁶ ve tebligat usulsüzlüğü³⁷ noktalarından tartışılmaktadır.

Tebliğ yokluğu ve tebliğ usulsüzlüğü kavramları birbirlerinden farklıdır³⁸. Tebliğ olarak nitelendirilebilecek herhangi bir işlemin bulunmaması tebliğ yokluğuna vücut verir. Usulsüz tebligat ise, tebligat mevzuatında belirlenen usule uygun yapılmayan bir tebliğ işleminin varlığı hâlinde söz konusu olur. Tebliğe bağlanan hukukî sonuçların meydana gelmesi için, mutlaka tebliğ olarak nitelendirilebilecek bir işlemin bulunması gerekir. Nitekim, hukukî işlemin sonuç doğurabilmesi, muhatabın kendisine tanınan hakları kullanabilmesi ve sürelerin başlaması tebliğin kanunun belirlediği usullere göre yapılmış olmasına bağlıdır. Tebliğ yokluğunda ise, tebliğe bağlanan hukukî sonuçlar doğmaz. Ancak Tebligat Kanununun 32'nci maddesi ile Tebligat Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmeliğin 53'üncü maddesi gereğince, tebliğ usulüne aykırı yapılmış olsa bile, muhatabı tebliği öğrenmiş ise tebligat geçerli sayılır. Aksi takdirde tebligat yapılmamış sayılır. Muhatap, her ne şekilde olursa olsun tebliğ evrakını veya davetiyeyi alırsa ya da bunların içeriğini öğrenirse, tebliği öğrenmiş sayılır. Muhatabın tebliği öğrendiğini beyan ettiği tarih, tebliğ tarihi olarak kabul edilir. Tebliğin usulüne aykırı yapılmış olması hâlinde, muhatabın tebliği öğrendiğinin ve bunun tarihinin iddia ve ispatı mümkün değildir. Görüldüğü gibi, tebliğ yokluğunda, ortada geçerli bir tebliğ işlemi olmadığı için, muhatap öğrense dahi tebligat geçerli hâle gelmezken³⁹, usulsüz tebligat söz konusu olduğunda, muhatabın tebliğ

³⁵ GÜNEŞ, s. 223 vd; YÖNDER, s. 97 vd.

³⁶ Tebliğ yokluğu konusunda bkz. GÜNEŞ, s. 221 vd.

³⁷ Usulsüz tebligat konusunda bkz. ÖZEKES, s. 56 vd.

³⁸ ATALI/ ERMENEK/ ÜÇÜNCÜ, s. 122.

³⁹ Doktrinde, tebliğ yokluğuna rağmen, tebligatın kendisine yapılması gereken muhatap tarafından işlem yapılması hâlinde, artık tebliğ yokluğunun ileri sürülmesinde hukukî menfaatin kalmayacağı haklı olarak belirtilmektedir. Nitekim bu durumda tebliğ yokluğunun ileri sürülmesi, dürüstlük kuralıyla bağdaşmaz. Bu yönde bkz. GÜNEŞ, s. 228.

konusunu öğrenmesi, tebligatı geçerli hâle getirmektedir. Bu sebeple, tebligatın kanunî temsilci yerine, bizzat kısıtlı kişiye yapılması hâlinde ortaya çıkan sonucun tespit edilmesi gerekir.

Doktrinde, kanunî temsilci yerine tebligatın sınırlı ehliyetsiz kişinin bizzat kendisine yapılması hâlinde, tebliğ işleminin geçersiz olacağını ileri süren görüşler olduğu gibi⁴⁰, bu durumun tebligat usulsüzlüğü teşkil edeceğini ileri süren görüşler de vardır⁴¹. Yargıtay, bazen kanunî temsilcisi olan kişinin bizzat kendisine tebligat yapılması hâlinde, tebligatın yok hükmünde olduğu yönünde kararlar verirken⁴² bazen de bu şekilde yapılan tebligatların usulsüz olduğu yönünde kararlar vermektedir⁴³.

Tebliğat Kanununda kanunî temsilciye yapılması gereken tebligatın kısıtlanan kişinin bizzat kendisine yapılmasının sonucu açık bir şekilde düzenlenmediğinden⁴⁴, çeşitli ihtimaller ayrı ayrı değerlendirilerek soruna

⁴⁰ TANRIVER, s. 521.

⁴¹ Bu yönde bkz. YILMAZ/ ÇAĞLAR, s. 238.

⁴² “*Vesayet altına alınma kararından sonra başlatılan takipte, kısıtlıyı vasisi temsil edeceğinden ve onun adına itiraz ve şikâyet haklarını kullanacağından İİK.nun 61. Maddesi kapsamında çıkarılan ödeme emrinin vasiye tebliği zorunlu olup, kısıtlıya yapılan tebliğ yok hükmündedir...*”, Yargıtay 12. HD., 28.01.2016 T., 2015/ 25942 E., 2016/ 2556 K., www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T: 05.02.2020; Bu yönde bkz. Yargıtay 12. HD. 18.10.2016 T., 2016/ 17508 E., 2016/ 21766 K., www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T: 05.02.2020.

⁴³ “*...6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun, hukuki dinlenilme hakkını düzenleyen 27. maddesi ile medeni hakları kullanma ehliyetine sahip olmayanların davada kanunî temsilcileri tarafından temsil edileceğini düzenleyen 52. maddesi ve dava şartlarını düzenleyen HMK 114/d maddesi birlikte değerlendirildiğinde; vesayet altına alınmış davalı... adına çıkarılan tebligat usulsüz olup, bozma ilamını içeren ve duruşma gününü bildiren tebligatın vasiye tebliğ edilmesi gerekirken, davadan haberdar edilmeyen vasinin yokluğunda, taraf teşkili sağlanmadan davanın kabulüne karar verilmesi, doğru görülmemiştir...*”, Yargıtay 5. HD., 22.01.2020 T., 2019/ 8998 E., 2020/ 1097 K., www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T: 05.02.2020.

⁴⁴ Alman hukukunda, dava ehliyetini haiz olmayan kimselerin kanunî temsilcisine tebligat yapılması gerektiğini düzenleyen § 170 ZPO hükmünde, buna uyulmamasının sonucu açıkça düzenlenmiştir. Hükümde dava ehliyeti olmayan kimseye yapılan tebligatın “*unwirksam*” ifadesi kullanılmak suretiyle geçersiz olacağı belirtilmekle birlikte, doktrinde *Tebliğat Eksikliklerinin Islahı (Heilung von Zustellungsmängeln)* başlıklı § 189 ZPO hükmüyle bu geçersizliğin giderilebileceği belirtilmektedir. Buna göre, fiil ehliyeti sınırlandırılan kişinin korunması amacıyla, § 189 ZPO dar yorumlanmamalıdır. § 189 ZPO’ya göre, evrakın usulüne uygun bir şekilde tebliğ edildiği ispatlanamıyorsa yahut tebliğ tebligata ilişkin hükümler ihlâl edilerek gerçekleştirilmişse, kanun gereği tebligatın yönlendirildiği yahut yönlendirilebileceği kişinin evrakı fiili olarak teslim aldığı tarih, tebliğ tarihi sayılır. Dolayısıyla tebligatın kanunî temsilciye fiilen ulaştığı tarihte tebliğ yapılmış sayılır. WIECZOREK/SCHÜTZE, s.116, Rn. 18; MUSIELAK/ VOIT/ WITTSCHIER, § 189 ZPO, Rn. 1.

tebligatın amacına uygun bir çözüm bulunması gerekir⁴⁵. Tebligat, tebligatın konusu olan hukukî işlemin taraflarının haklarının korunması bağlamında anayasal güvencelerin ve temel usul ilkelerinin gerçekleştirilmesi amacına hizmet eden çok önemli bir araçtır. Tebligatın, tebliğ konusu hakkında muhatabı bilgilendirilme ve bu bilgilendirmeyi belgelendirilme olmak üzere iki temel unsuru vardır. Bu unsurlardan birinde eksiklik olması hâlinde tebligatın usulsüzlüğü değil, yokluğu söz konusu olur⁴⁶. Kısıtlı kişilere ilişkin hukukî işlemler bakımından tebligatın kanunî temsilciye yapılmasındaki temel amaç, tebliğ konusu işlemi onu temsilen yapacak olan kanunî temsilciyi bu işlem hakkında bilgilendirmek ve bu işlemin onun bilgisine sunulduğunu belgelendirmektir. Bu çerçevede kısıtlı kişinin tebliğe konu işlemi öğrenmesi ve o işlemleri bizzat yapması kural olarak geçerli bir işlemin hüküm ve sonuçlarını doğurmayacaktır. Bu sebeple, kanaatimizce, kanunî temsilci adına tebligat çıkarılması gerekirken, kısıtlı kişi adına tebligatın çıkarılması hâlinde, tebliğ yokluğu söz konusu olmalıdır. Zira bu durumda, hukukî işlemin muhatabı olacak kişiden başkası adına tebligat çıkarmakla, tebligatın kurucu unsurlarından birisi eksik bırakılmış ya da hatalı yapılmıştır. Böyle bir hâlde, “-tebliğ yokluğuna rağmen kanunî temsilci tarafından tebliğ konusu olan işlemin yapılması hâli hâriç olmak üzere⁴⁷-, tebligatın kanunî temsilci adına yeniden çıkartılması gerekir. Buna karşılık, tebligat kanunî temsilci adına çıkarılmakla birlikte, kısıtlı kişiye yapılmışsa, usulsüz tebligat söz konusu olmalıdır. Zira bu durumda tebligatın kurucu unsurlarında bir eksiklik veya hata söz konusu olmayıp; sadece tebligat, tebligatı almaya yetkili olmayan bir kimseye yapılmıştır. Bu hâlde kanunî temsilci tebliğe konu işlemi öğrendiğini beyan ederse, tebligat usulüne uygun hâlde gelir (TK m.32).

⁴⁵ Bu konuda bkz. ATALI/ ERMENEK/ ÜÇÜNCÜ, s. 16 vd.

⁴⁶ ATALI/ ERMENEK/ ÜÇÜNCÜ, s. 17.

⁴⁷ Nitekim Yargıtay bir ilamî icra takibinde vekile tebligat yapılması gerekirken muhatap olarak asil gösterilerek tebligatın bizzat asile yapıldığı hâllerde, vekil icra takip işlemlerini devam ettirmişse, daha sonradan şikâyet yolu ile tebligatın hukuka aykırı olduğu gerekçesi ile yapılan işlemlerin iptalinin istenmesinde hukukî yarar olmadığına karar vermiştir. Bu kapsamda Yargıtay görüşünü tebligat ile elde edilmek istenilen amacının gerçekleşmiş olduğu gerekçesine dayandırmıştır; “7201 sayılı Tebligat Kanununun 11, Avukatlık Kanununun 41 ve HUMK.nun 62-68. maddeleri gereğince vekil ile takip edilen işlerde tebligatın vekile yapılması zorunludur. Somut olayda takip dayanağı ilamda borçlunun vekili ile temsil edilmesi nedeniyle icra takibinde tebliğ işleminin adı geçen vekiline yapılması gerekmektedir. Mahkemenin yukarıdaki kuralı açıklayan gerekçesi yasaya uygundur. Ancak, icra emrinin borçlu asile tebliğ edilmesinden sonra, borçlu vekilinin yasal süresi içerisinde İcra Mahkemesine başvurarak, tebligatın asile gönderildiğinden bahisle, icra emrinin iptal istemi yanında, takibin esası ile ilgili şikâyetlerini de ileri sürüldüğünden artık icra emrinin iptalini istemekte hukuki yararının kalmadığının kabulü gerekir”. Bkz., 8 HD 08.05.2012 T; 3700/3954 K sayılı kararı, www.kazanci.com.tr, E.T: 02.01.2020.

C. KANUNÎ TEMSİLCİYE TEBLİGAT BAKIMINDAN ÖZGÜRLÜĞÜ BAĞLAYICI CEZA SEBEBİYLE KISITLAMA HÂLİNDE ORTAYA ÇIKAN ÖZEL DURUMLAR

Uygulamada, bir yıl veya daha fazla özgürlüğü bağlayıcı hapis cezası ile mahkûm olanlara tebligatın yapılma usulüne ilişkin olarak da bazı tereddütler ortaya çıktığı görülmektedir. Tebligat Kanununun 11'inci maddesinin üçüncü fıkrası ve Tebligat Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmeliğin 19'uncu maddesi gereğince, bir yıl veya daha uzun süreli özgürlüğü bağlayıcı cezaya mahkûm olan kişinin kural olarak kanunî temsilcisine tebligat yapılması gerekir⁴⁸.

Tebligat uygulamalarına ilişkin genel kanun 7201 sayılı Tebligat Kanunudur, fakat vergi uyuşmazlıkları ve bazı amme alacakları hakkında uygulanmak üzere 213 sayılı Vergi Usul Kanununda da tebligata ilişkin bazı özel hükümler sevk edilmiştir. Bu çerçevede vergi uyuşmazlıklarında tebligat işlemleri öncelikle 213 sayılı Vergi Usul Kanunu hükümlerine göre yapılacak, şayet burada bir hüküm yok ise genel kanun mahiyetindeki 7201 sayılı Tebligat Kanunu hükümleri uygulanacaktır⁴⁹. Bu husus Tebligat Kanununun 51'inci

⁴⁸ “Ancak, dava dilekçesi ve duruşma günü ana ve babaya tebliğ edilmemiş, ara kararının gereği yerine getirilmemiştir. Küçüğün annesi S.K.'nin uzun süreli özgürlüğü bağlayıcı cezaya mahkum olduğu bildirildiğine göre, cezayı yerine getiren görevli makamdan, ananın hükümlülüğü sebebiyle kısıtlanıp kısıtlanmadığının sorulup tespiti, vesâyet altına alınmış ise buna ilişkin kararın dosyaya alınması ve vasisine tebligat yapılması, vesâyet altına alınmamış ise yetkili vesâyet makamına duruma bildirmesi için cezayı yerine getiren kurumun uyarılması (TMK. m. 407/2) ve vesâyet altına alınmasının sağlanması, babanın merkezi adres kayıt sisteminden adresinin araştırılıp tespit edilmesi, dava dilekçesi ve duruşma gününün babaya usulüne uygun olarak tebliği, göstermesi hâlinde delillerinin toplanması ve tüm delilleri birlikte değerlendirilerek hasil olacak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile hüküm kurulması doğru bulunmamıştır.”, Yargıtay 2 HD., 03.06.2010 .T, 2009/22097 E., 2010/10957 K, www.kazanci.com.tr, E.T: 05.02.2020; “...Dava dilekçesi davalıya tebliğ edilmemiş, yargılama sırasında “hükümlü” olarak cezaevinde bulunduğu bilindiği halde, vasi atanıp atanmadığı ilgili merciiden sorulmakla yetinilmiş, atanmadığı bildirildiği halde hiçbir tebligat yapılmaksızın yokluğunda hüküm kurulmuştur. Kişinin kendisinden habersiz yargılama yapılarak hüküm kurulması kural olarak mümkün değildir. Davalının yargılanmayla ilgili açıklamada bulunma, bu çerçevede savunmalarını ileri sürme ve ispat hakkı mevcuttur. Bu hakkını, ancak kendisine davayla ilgili yasaya uygun şekilde tebligat yapılmasıyla kullanabilir. Davalının, cezaevinde hükümlü olarak bulunması, hukukî dinlenilme hakkı tanınmadan karar verilmesini gerektirmez. Kanunî temsilcisi bulunanlara kanun hükümleri gereğince temsilcisine, bulunmayıp da bulunması gerekenlere usulüne uygun kanunî temsilci tayini yoluna gidilerek, yine temsilcisine usulüne uygun olarak dava dilekçesi tebliğ edilmeden, göstermesi halinde delilleri toplanmadan yokluğunda karar verilmesi hukukî dinlenilme hakkını ihlal eder ve bozma sebebi oluşturur...”, Yargıtay 2. HD, 25.3.2013 T., 2012/ 22094 E., 2013/ 8105 K, www.kazanci.com.tr, E.T: 05.02.2020.

⁴⁹ “Olayda mahkumiyet kararının onandığı 12.12.2012 tarihi itibarıyla hükümlü ve kısıtlı hale

maddesinde “*Mali tebliğler, kendi kanunlarında sarahat bulunmayan hâllerde, bu kanunun umumi hükümlerine tevfikan yapılır.*” şeklinde ifade edilmiştir. Tebligat Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmeliğin 72’nci maddesinde ise, “*Özel kanunlarda tebligata ilişkin bir hüküm bulunmaması hâlinde mali tebliğler, Tebligat Kanunu ve bu Yönetmelik hükümlerine göre yapılır.*” hükmüne yer verilmiştir.

Konuya ilişkin Danıştay’ın bazı kararlarında, ihbarnamenin yükümlüye tebliğinde öncelikle Vergi Usul Kanunu hükümlerinin uygulanacağına, bu kanun hükümleri uygulanmadan Tebligat Kanunu hükümlerinin uygulanamayacağına işaret edilmektedir⁵⁰. Başka bir kararında da Danıştay; idarece tarhiyatın zamanaşımına uğraması için öngörülen beş yıllık yasal sürenin dolmasına kısa bir süre kalmış olması sebep gösterilerek ödeme emrinin dayanağını oluşturan ihbarnamelerin Vergi Usul Kanununda yazılı kurallar yerine Tebligat Kanununda yazılı hükümlere göre doğrudan doğruya mahalle muhtarına imza karşılığı bırakılmak suretiyle tebliğ edilmesinde Vergi Usul Kanununun 102’nci maddesinde yer alan kurallara uyarlık görülmediği, bu nedenle usulüne uygun bir şekilde tebliğ edilen ve kesinleşen bir kamu alacağından söz edilemeyeceğinden ödeme emrine karşı açılan davayı reddeden vergi mahkemesi kararını bozmuştur⁵¹.

Vergi Usul Kanununun 94’üncü maddesinde tebliğ yapılacak kimseler başlığı altında “*Tebliğ mükelleflere, bunların kanunî temsilcilerine, umumi vekillerine veya vergi cezası kesilenlere yapılır.*” hükmüne yer verilmiştir. Ancak Vergi Usul Kanununda hükümlü ve tutuklulara, kendisine kanunî temsilci tayin edilmesi gerekenlere ne şekilde tebligat yapılacağına ilişkin

gelen şahsa atanan vasi tarafından yenilenen davanın süresinde olup olmadığının tespiti, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu, 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu, 7201 sayılı Tebligat Kanunu, 213 sayılı Vergi Usul Kanununun ilgili hükümlerinin değerlendirilmesine bağlıdır. Davacıdan, son derece karmaşık ve ileri derecede hukuki yorum gerektiren söz konusu hükümleri bir arada doğru bir şekilde yorumlamasının beklenmesi, yukarıda değinilen mahkemeye ulaşmayı aşırı derecede zorlaştıran ya da imkânsız hâle getiren bir uygulama olacağından, davanın süre aşımı yönünden reddi yolunda verilen ısrar kararının, uyumsuzluğun esası incelenmek suretiyle yeniden karar verilmek üzere bozulması gerektiği düşünülmektedir...”, Danıştay VDDK, 28.2.2018 T., 2017/ 710 E., 2018/ 104, (Karar yayımlanmamıştır).

⁵⁰ Danıştay 7. D., 4.05.2009 gün, 2008/1216 E., 2009/2313 K., www.kazanci.com, E.T: 05.02.2020.

⁵¹ Danıştay. 9. D., 2.11.2011 gün, 2008/5363 E., 2011/7553 K www.kazanci.com, E.T: 05.02.2020

bir özel hüküm yoktur. Bu nedenle işaret ettiğimiz hâllerde Tebligat Kanunu hükümleri uygulanmalıdır.

Tutuklu ve hükümlülere tebligat yapılması usulüne ilişkin ise hem Tebligat Kanununda hem de Tebligat Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmelikte açık hükümler mevcuttur. Tebligat Kanununun 19'uncu maddesinde mevkuflar ve mahkûmlara ait tebliğlerin, bunların bulunduğu müessese müdür veya memuru tarafından temin edileceğine açıkça işaret edilmiştir. Aynı hususa Yönetmeliğin 28'inci maddesinde ise “(1) Tutuklu ve hükümlülere tebligat yapılmasını, bu kişilerin bulunduğu kurum müdürü, müdür yoksa orayı idare eden memur temin eder. (2) Bir yıl veya daha fazla hürriyeti bağlayıcı ceza ile mahkûm olup kendilerine kanunî temsilci atanmış olanlara ait tebligat, 19 uncu maddeye göre yapılır.(3) Tutuklu ve hükümlüye tebligat yapılamazsa tebliğ mazbatasına müdür veya memur tarafından belirtilen sebep şerh verilir. (4) Tutuklu veya hükümlünün hastanede bulunması hâlinde dahi tebligat, yukarıdaki fıkralar hükümlerine göre yapılır.” şeklinde yer verilmiştir. İşaret ettiğimiz düzenlemelerde yer alan tebligat usulünün mahkûmlar hakkında uygulanabilmesi iki hâlde mümkün olmaktadır. Bunlardan ilki muhatabın kısıtlanmayı gerektirmeyen (bir yıldan az) bir hürriyeti bağlayıcı ceza ile mahkûm olmuş olmasıdır. Diğerisi ise, Tebligat Kanununun 11'inci maddesi çerçevesinde bizzat mahkûma tebligat yapılması gereken bir hâlin bulunmasıdır.

Kısıtlanmayı gerektirmeyen (bir yıldan az) bir hürriyeti bağlayıcı ceza ile mahkûm olmuş olanlar için İcra ve İflas Kanununun 54'üncü maddesinde özel bir tebligat usulü öngörülmüştür. Bu çerçevede icra müdürü icra takip işlemlerinin tebliğine yönelik olmak üzere, kendisine temsilci tayin etmesi için hükümlüye makul bir süre verilmektedir. Bu süre içerisinde temsilci tayin edilmişse icra takip işlemleri hakkındaki tebligatlar temsilciye yapılır. Ancak bizzat hükümlüye yapılması gereken tebligata ilişkin Tebligat Kanunu madde 11/III hükmü burada da saklıdır.

III. TEBLİGATIN KANUNÎ TEMSİLCİYE YAPILAMAYACAĞI HÂLLER

Tebligat Kanununun 11'inci maddesinin birinci fıkrasında vekile yapılacak tebligatlar bağlamında sadece Ceza Muhakemesi Kanununa göre kararların sanıklara tebliğ edilmesine ilişkin hükümler saklı tutulmuştur. Buna karşılık kanunî mümessillere tebligatı düzenleyen aynı maddenin üçüncü fıkrası bizzat asile tebligat yapılması gereken bütün hâlleri saklı tutmuştur.

Yukarıda işaret ettiğimiz Ceza Genel Kurulu kararları dikkate alındığında kararların bizzat sanıklara tebliğ edilme zorunluluğunun müdafii ile temsilin söz konusu hâllerde işlerlik kazandığı, buna karşılık iradi temsilin söz konusu hâllerde kararların vekile tebliği ile yetinildiği anlaşılmaktadır. Bu zorunluluğun arkasında savunma hakkının kutsallığı ve müdafinin avukata nazaran daha bağımsız olduğu düşüncesi yatmaktadır⁵².

Kanunî temsilciye tebligat bakımından her ne kadar Tebligat Kanunu madde 11/III'de Ceza Muhakemesi Kanununun kararların bizzat sanığa tebliğ edilmesine ilişkin hükümleri saklı tutulmamışsa da, aynı hükümde daha genel bir ifade ile kanunlarına göre bizzat kısıtlıya tebligat yapılması gereken hâller saklı tutulduğundan, aynı sonuca bu yolla da ulaşmak mümkündür. İşaret ettiğimiz Ceza Genel Kurulu kararında müdafii için yapılan değerlendirme fazlasıyla, bir yıl veya daha fazla özgürlüğü bağlayıcı ceza alan mahkûm için de geçerlidir.

Üzerinde durduğumuz ihtimal bakımından, kişiye kanunî temsilci atanması için mahkûmiyet kararının kesinleşmesi şartı bulunması nedeni ile Ceza Muhakemesi Kanununda öngörülen istisnaların burada uygulanma kabiliyeti olmadığı ileri sürülebilir. Ancak, bir yıl veya daha fazla özgürlüğü bağlayıcı bir ceza ile mahkûm olup kendisine kanunî temsilci atanan bir kişi başka bir suçtan dolayı yargılanıyor olabilir. Böyle bir ihtimal gerçekleştiğinde Tebligat Kanunu madde 11/I deki istisnai hüküm burada da uygulanmalıdır.

Tebligat Kanununun 11'inci maddesinin üçüncü fıkrası kapsamında, bizzat kısıtlıya tebligat yapılması gereken (kanunî mümessile tebligatın caiz olmadığı) hâllere ilişkin çeşitli kanunlarda örnekler bulmak mümkündür. Bu gibi hâllerde kişiye kanunî temsilci atansa bile, tebligat bizzat kişinin kendisine yapılmak zorundadır. Burada karşılaşılan en yaygın örnek kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların kullanılmasıdır. Kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hakkın kullanılması nedeniyle açılan bir davada tebligat bizzat kısıtlıya yapılmalıdır. Bunun gibi, bir meslek veya sanatla uğraşmaya mezun sayılan ayırt etme gücüne sahip küçükler veya ayırt etme gücüne sahip kısıtlılar, bu meslek ve sanatın icrasından doğan borçlardan bizzat sorumludurlar⁵³. Dolayısıyla

⁵² KESKİN, s. 359 vd.

⁵³ “...Tebligatın muhataba yapılabilmesi için, muhatabın medenî hakları kullanma ehliyetine, kısaca fiil ehliyetine sahip olması gerekir. Fiil ehliyetine sahip olmayan kişilere tebligat yapılamaz. Tebligatın kanunî temsilcisine yapılması gerekir. Ancak bir meslek veya sanatla uğraşan ve ayırt etme gücüne sahip küçükler veya kısıtlılar, bu meslek ve sanatın icrasından doğan borçlardan bizzat sorumlu olduklarından, bizzat bu konuda kendilerine tebligat ya-

Türk Medeni Kanununun 192'nci maddesi ve İcra ve İflâs Kanununun 57'nci maddesinin ikinci fıkrası çerçevesinde, bu borçlarla ilgili olarak yapılacak icra takiplerinde tebligat, kanunî temsilcilerine değil, bizzat kısıtlıya yapılır.

İcra ve İflâs Kanununda özellikle, itirazın geçici kaldırılmasında imza incelemesinin yapılacağı duruşma davetiyesinin (İİK m.68/a/II), asil bakımından Kanunda öngörülen özgürlüğü kısıtlayıcı cezaî sonuçların doğabilmesi için (İİK m. 76, m.337 vd; m.344 gibi) ödeme emri veya icra emrinin bizzat borçluya da tebliğ edilmiş olması gerekir. Kanımızca son hâlde tebligatın genel bir geçersizliğinden söz edilemez. Bu hâldeki tebligatın geçersizliği sadece işaret ettiğimiz cezaî hükümlerin uygulanması bakımındandır. Diğer icra takip işlemleri bakımından tebligat geçerli ve usulüne uygundur.

Aksi yönde görüşler de olmakla birlikte, doktrin ve uygulamada ödeme emrine bizzat vekil tarafından itiraz edilmiş olması hâlinde dahi, itirazın iptali davasına ilişkin dava dilekçesinin asile tebliğ edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir⁵⁴. Bu tartışmaların temelinde, icra takibi bakımından verilen temsil yetkisinin daha sonra açılan davayı da kapsayıp kapsamadığına ilişkin görüş farklılıkları bulunmaktadır. Bu tartışmalardan arı olarak kanımızca bu yaklaşım Tebligat Kanunu madde 11/III çerçevesinde yapılacak tebligatlar bakımından uygulanma alanı bulmaz. Bu hâlde tebligatın mutlaka kanunî temsilciye yapılması gerekir. Zira bu ihtimalde tebligatın bizzat kısıtlıya yapılmasını gerektiren hâllerdeki gerekçelerden hiçbiri söz konusu değildir. Ayrıca tebligatı çıkaracak merciin kısıtlıya kanunî temsilci atanıp atanmadığını re'sen araştırma zorunluluğu da bulunmaktadır.

Hukuk Muhakemeleri Kanununda da bizzat kısıtlıya tebligat yapılması gereken özel hâller öngörülmüştür. Bu hâllere, isticvap davetiyesi gönderilmesi (HMK m.172) ve yemin davetiyesi gönderilmesine ilişkin (HMK m.228) hükümleri örnek olarak verilebilir.

Kısıtlanan kişi ile kanunî temsilci arasında menfaat çatışması olan hâllerde kanunî temsilciye tebligat yapılamaz. Bu gibi durumlarda Türk Medeni Kanununun 426'nci maddesi gereğince kısıtlıya (veya küçüğe) kayyım atanması sağlanıp, tebligatın da kayyım yapılması gerekir⁵⁵.

pılması tebliği usulstüz ve geçersiz kılmaz... ”, Yargıtay 21. HD, 15.10.2015 T., 2015/11096 E., 2015/18478 K., www.kazanci.com.tr, E.T: 15.02.2020.

⁵⁴ EKECİK / DURAN, s. 679; Aksi yönde, YÖNDER, s.111.

⁵⁵ Kayyım atanmasını gerektiren hâller kısıtlı (veya küçük) ile kanunî temsilci arasında menfaat çatışması bulunması ile sınırlı olmayıp, kişiye kayyım atanması şartları TMK'nin 426 vd. maddelerinde düzenlenmiştir. Bu gibi hâllerde tebligatın geçerli olabilmesi için kayyım

SONUÇ

Özgürlüğü bağlayıcı ceza sebebiyle kısıtlama özelinde kanunî temsilciye tebligat yapılması usulünün incelendiği bu çalışmada şu sonuçlara varılmıştır:

1. Türk Medeni Kanununun 405 ilâ 408'inci maddeleri gereğince bir kimsenin kısıtlanmasını gerektiren sebeplerden birinin gerçekleşmesi, doğrudan o kişinin kısıtlanmış olması sonucunu doğurmaz. Bunun için mutlaka bir mahkeme kararının bulunması gereklidir.
2. Kısıtlama sebepleri kişiye ve olaya göre değişiklik göstermekle birlikte, kısıtlama kararının fiil ehliyeti yönünden doğurduğu sonuç aynıdır. Kısıtlama kararı ile birlikte kişi tam ehliyetli statüsünden sınırlı ehliyetsiz statüsüne geçmektedir. Bu sebeple, kısıtlama kararı yenilik doğurucu niteliktedir. Diğer bir ifadeyle, kısıtlama kararı bir inşaî karardır.
3. Vasi atanması bakımından görevli ve yetkili mahkeme, vesâyet altına alınacak olan kişinin yerleşim yeri sulh hukuk mahkemesidir. Sulh hukuk mahkemelerinin vesâyete ilişkin işlemleri birer çekişmesiz yargı işidir (HMK 382/II/a/19). Sulh hukuk mahkemelerinin vasi atanmasına ilişkin kararı şahsın hukukuna ilişkin olup, şahıs varlığı üzerinde doğrudan sonuç doğurduğundan bu kararın icrası için kesinleşmesi şarttır.
4. Türk Medeni Kanununun 407'nci maddesi bağlamında sulh hukuk mahkemesinin fiil ehliyetinin kısıtlanmasına karar verebilmesi için, “bir yıl veya daha fazla özgürlüğü bağlayıcı kesinleşmiş bir mahkûmiyet kararının bulunması” ve “bu mahkûmiyet kararının infazına başlanmış olması” şartlarının her ikisinin de gerçekleşmiş olması gerekir. Ayrıca, vasi atamasına ilişkin yargılama süresince fiil ehliyeti kısıtlanması istenen kişinin ehliyeti tamdır. Dolayısıyla vesâyet makamı Türk Medeni Kanununun 420'nci maddesi hükmü

yapılması zorunludur. “...Somut olaya gelince; davalı E.E'nin kısıtlı olduğu ve vasi olarak kendisine davacı O.E'nin atandığı dosya içerisindeki Erzincan Sulh Hukuk Mahkemesinin 23.05.2012 tarihli 2012/216 Esas-2012/488 Karar ilamından anlaşılmaktadır. Davada taraf olarak gösterilen davalı E. E ile davacı kısıtlının vasisi O.E. arasında menfaat çatışması bulunmaktadır. Kısıtlı E. E'yi bu davada temsil etmek üzere bir kayyum tayin edilmesi ve husumetin kayyuma yöneltilmesi gerekirken, taraf teşkili sağlanmadan işin esasına girilerek yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiş, bu sebeple hükmün bozulması gerekmiştir...”, Yargıtay 14. HD., 3.6.2014 T., 2014/ 6241 E., 2014/ 7335 K., www.kazanci.com.tr, E.T: 01.03.2020.

çerçevesinde geçici bir önlem olarak hükümlünün fiil ehliyetinin kaldırılmasına karar vermemiş ise, hükümlü tam ehliyetlidir ve yaptığı hukukî işlemler herhangi bir onay veya icazete bağlı olmaksızın geçerlidir. Sulh hukuk mahkemesinin vasi atanmasına ilişkin kararının kesinleşmesi ile hükümlünün fiil ehliyetine yönelik sınırlandırma da kesinleşmiş olur. Ancak mahkemenin bu kararı kurucu nitelikte olduğundan, ara dönemde mahkûmun yaptığı işlemlerin geçerliliğine etki etmez. Kısıtlama kararının kesinleşmesinden sonra da bu işlemlerin geçerliliği devam eder. Kısıtlama kararının kesinleşmesi ile birlikte vekâlet ilişkisi sona erer. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 06.03.2007 T; 2007/6-13 E ve 2007/4 K sayılı Kararında sona erme bakımından ceza yargılamasına hasretten “*davaya vekâlet*” ile “*avukatlık sözleşmesini*” birbirinden ayırmış ve avukatlık sözleşmesinin kamu davasında verilen hükmün kesinleşmesiyle sona ereceğini, vekalet ilişkisinin ise bundan bağımsız olarak devam edeceğini kabul etmiştir.

5. Tebligat Kanununun 11’inci maddesinin üçüncü fıkrasına göre, kanunî temsilcisi bulunanlara veya bulunması gerekenlere yapılacak tebligat, kanunlara göre bizzat kendilerine yapılması gerekmedikçe bu temsilcilere yapılır. Bununla birlikte, elektronik tebligata ilişkin düzenlemelerde ve ilgili kurum ve kurullar tarafından benimsenen usul ve esaslarda, kendilerine kanunî temsilci atanan kişilerin elektronik tebligat hizmetinden ne şekilde yararlanacaklarına ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu gibi hâllerde tebligat, kanunî temsilcinin kendisine ait elektronik tebligat adresi vasıtasıyla yapılmalıdır. Ayrıca, uygulamada ortaya çıkan tereddütleri gidermek adına Tebligat Kanununun, celse esnasında veya kalemde tebligat başlıklı 36’ncı maddesine kanunî temsilci ifadesinin de eklenmesi yerinde olur.
6. Tebligatın kural olarak kanunî temsilciye yapılmasına ilişkin hükümlere aykırı hareket edilmesi hâlinde, uygulanacak yaptırımın niteliği konusunda doktrin ve uygulamada bir görüş birliği bulunmamaktadır. Bu konudaki tartışmalar özellikle tebliğ yokluğu ve tebliğ usulsüzlüğü noktalarında toplanmaktadır. Tebligat Kanununda kanunî temsilciye yapılması gereken tebligatın kısıtlanan kişinin bizzat kendisine yapılmasının sonucu açık bir şekilde düzenlenmediğinden, soruna çeşitli ihtimalleri ayrı ayrı değerlendirmek suretiyle tebligatın hizmet ettiği amaca uygun bir çözüm bulmak gerekir. Kanunî temsilci adına

tebligat çıkarılması gerekirken, kısıtlı kişi adına tebligatın çıkarılması hâlinde, tebliğ yokluğu söz konusu olmalıdır. Böyle bir durumda, tebligatın kanunî temsilci adına yeniden çıkartılması gerekir. Bununla birlikte, tebligat kanunî temsilci adına çıkarılmakla birlikte, kısıtlı kişiye tebliğ edilmişse, tebligat usulsüz sayılmalıdır. Nitekim bu hâlde tebligat hukukî işlemin muhatabı adına çıkarılmış; ancak, tebligatı almaya yetkili olmayan bir kimseye tebliğ edilmiştir. Dolayısıyla böyle bir hâlde, kanunî temsilcinin tebliğ konusunu öğrendiğini beyan etmesi tebligatı usulüne uygun hâle getirir.

7. Vergi Usul Kanununun 94'üncü maddesinde tebliğ yapılacak kimseler başlığı altında "*Tebliğ mükelleflere, bunların kanunî temsilcilerine, umumi vekillerine veya vergi cezası kesilenlere yapılır.*" hükmüne yer verilmiştir. Ancak Vergi Usul Kanununda hükümlü ve tutuklulara, kendisine kanunî temsilci tayin edilmesi gerekenlere ne şekilde tebligat yapılacağına ilişkin bir düzenleme yoktur. Bu nedenle böyle hâllerde Tebligat Kanunu hükümleri uygulanmalıdır.
8. Tebligatı çıkaran mercii muhatabın kendisine kanunî temsilci atanması gereken bir kişi olduğunu öğrenirse kanunî temsilci atanması için mahkemeye başvurulmalıdır. Bu durumda mahkemenin kendiliğinden harekete geçebilmesi için dosyadan vesâyeti gerektiren bir hâlin varlığının anlaşılması veya bu konuda bir talepte bulunulması gereklidir. Tutukluluk hâli kısıtlama sebeplerinden hiçbirisine girmediğinden bu durumda mahkemenin bir araştırma yükümlülüğü de söz konusu olamaz.
9. Tebligatın bizzat muhataba yapılması gereken hâllerde kanunî temsilciye tebligat yapılamaz. Kendisine kanunî temsilci atansa bile, ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar, kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları bizzat kullanabilirler. Ayrıca, bir meslek veya sanatla uğraşmaya mezun sayılan ayırt etme gücüne sahip küçükler veya ayırt etme gücüne sahip kısıtlılar, bu meslek ve sanatın icrasından doğan borçlardan bizzat sorumludurlar. Dolayısıyla Türk Medeni Kanununun 192'nci maddesi ve İcra ve İflâs Kanununun 57'nci maddesinin ikinci fıkrası çerçevesinde, bu borçlarla ilgili olarak yapılacak icra takiplerinde tebligat, kanunî temsilcilerine değil, bizzat kendilerine yapılır.
10. Hakkında kısıtlılık kararı verilen kişi ile kanunî temsilci arasında

menfaat çatışması olan hâllerde kanunî temsilciye tebligat yapılamaz. Bu gibi durumlarda Türk Medeni Kanununun 426'ncı maddesi gereğince kısıtlyıya (veya küçüğe) kayyım atanması sağlanıp, tebligat kayyımına yapılmalıdır.

KAYNAKÇA

- AÇIKGÖZ, Aslı: **Dar Anlamda Vesâyeti Gerektiren Hâller ve Vesâyet Altına Almanın İşlem Ehliyeti Bakımından Sonuçları**, İstanbul 2017.
- ADAY, Nejat: **“Vesayet Hukukunda Geçici Hukuki Korumalar ve Vesayet Tedbir Şerhi Uygulaması”**, İstanbul Hukuk Mecmuası, 77 / (2), s. 813-846.
- AKCAN, Recep/ ALBAYRAK, Hakan: **Tebliğat Hukuku**, 3. Baskı, Ankara 2016.
- AKİL, Cenk: **“Vesâyete İlişkin Olanlar Dışında Türk Medeni Kanunu'nda Yer Alan Çekişmesiz Yargı İşleri”**, AÜHFD, 62 (4), 2013, s. 923-970.
- ATALI, Murat/ ERMENEK, İbrahim/ ÜÇÜNCÜ, S. Hilal: **Tebliğat Hukuku**, 2. Baskı, Ankara 2019.
- ATALI, Murat/ ERMENEK, İbrahim/ ERDOĞAN, Ersin: **Medenî Usûl Hukuku**, 2. Baskı, Ankara 2019.
- DELİDUMAN, Seyithan: **Tebliğat Hukuku Bilgisi**, 5. Baskı, Ankara 2014.
- DOĞA, Elçin: **“Vesâyet ve Kısıtlılık Kararı Verilmesine veya Sona Ermesine ve vesâyetin Yürütülmesine Uygulanacak Hukuk, Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi ve Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması”**, AÜHFD, 67 (2) 2018, s. 279-354.
- DURAL, Mustafa/ OĞUZ, Tufan/ GÜMÜŞ, Alper: **Türk Özel Hukuku**, C. III, Aile Hukuku, İstanbul 2018.
- EKECİK, Şükran / DURAN, Osman: **“Hukuk Muhakemeleri Kanunu Madde 73 Kapsamında İcra Emrinin Vekile Tebliğ Edilmesinin Ortaya Çıkardığı Sorunlar”**, Prof. Dr. Ramazan ARSLAN'a Armağan, C.I, Ankara 2014, s. 649-684.

- ERTÜRK, Fatih: **“Türk Hukukunda Vesâyeti Gerektiren Haller, Vasi Tayini ve Vesâyetin Sona Ermesi”**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, GÜSBE, Ankara 2010.
- GÜNEŞ, Derya Belgin: **“Tebliğ Yokluğu”**, İÜHFİM, C. LXXIV, S. 1, 2016, s. 221-231.
- HÄUBLEIN, Martin: **Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung**, 5. Aufl., München 2016, ZPO § 170 Rn. 1-10.
- KESKİN, Serap; **“Ceza Muhakemesinde Müdafie Yapılan Tebligat Sanığa Yapılmış Sayılır mı?”**, İHFİM, C. LV, S. 3, 1997, s. 355-362.
- KOÇ, Nevzat: **“Türk Medeni Kanunundaki Düzenlemeler Işığında Vesâyet Hukukuna Genel Bir Bakış”**, Prof. Dr. İrfan Baştuğ Anısına Armağan, DEÜHFD, C. VII, Özel Sayı, İzmir 2005, s. 99-120.
- KURU, Baki: **Nizasız Kaza**, Ankara 1961, (Nizasız Kaza).
- KURU, Baki: **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, C.II, İstanbul 2001, (Hukuk Usulü).
- KÜÇÜK, Alper Tunga: **“İcra ve İflas Hukukunda Tebligata İlişkin Düzenlemeler”**, İÜHFİM, C. LXXIV, S. 1, 2016, s. 305-329.
- MUŞUL, Timuçin; **Tebliğat Hukuku**, 7. Baskı, Ankara 2018.
- ÖNEN, Ergun: **İnşai Dava**, Ankara 1981.
- ÖZBAY, İbrahim: **“6099 Sayılı Kanun ve Tebligat Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmelik Çerçevesinde Tebligat Hukukundaki Son Değişiklikler”**, EÜHFD, C. XVI, S. 1-2, 2012, s. 115-157.
- ÖZEKES, Muhammet: **“Karar İncelemesi-Usülsüz Tebligat ve Dürüstlük Kuralı”**, Manisa Barosu Dergisi, Y. 17, S. 66, 1998, s. 56-63.
- ÖZTAN, Bilge: **Aile Hukuku**, 6. Bası, Ankara 2015.
- PEKCANİTEZ, Hakan: **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, C.I, İstanbul 2017.
- RUHİ, Canan/ RUHİ, Ahmet Cemal: **Tebliğat Hukuku Bilgisi**, 4. Baskı, Ankara 2018.

TANRIVER, Süha: **Medenî Usûl Hukuku**, C.I, Ankara 2018.

UYAR, Talih: “**İcra Tebliğleri (İİK md. 21)**”, ABD, 2013/ 4, s. 157-240.

WIECZOREK, Berhard/ SCHÜTZE, Rolf A.: **Zivilprozessordnung und Nebengesetze Großkommentar**, 4. Aufl., 2. B., Berlin 2018.

WITTSCHIER, Johannes: Musielak/ Voit ZPO: **Zivilprozessordnung Kommentar Zivilprozessordnung**, 16. Aufl., München 2019, ZPO § 170, Rn. 1-4.

YILMAZ, Ejder/ ÇAĞLAR, Tacar: **Tebliğat Hukuku**, 6. Baskı, Ankara 2013.

YÖNDER, Gizem: “**Vekil Vasıtasıyla Takip Edilen İşlerde Tebliğat**”, Nevşehir Barosu Dergisi, Y. 1, S. 1, 2014, s. 95-131.

ZEVKLİLER, Aydın/ ACABEY, M. Beşir/ GÖKYAYLA, K. Emre: **Zevkliler Medeni Hukuk, Giriş, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku**, 5. Bası, Ankara 1997.

Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr

Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı, www.sinerjimevzuat.com.tr

TÜKETİCİ İŞLEMLERİNDE KIYMETLİ EVRAK DÜZENLENMESİ

Abdulkerim YILDIRIM*

Bilge AYTUĞAR**

ÖZ

Tüketici işlemlerinde tüketiciler, ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden kişilere kıymetli evrak ile borçlanabilmektedir. Bu hususu gözeten kanun koyucu, Türk Ticaret Kanunu'nun kıymetli evrak hukuku hükümlerine ilave olarak Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da, tüketicinin yapmış olduğu işlemler nedeniyle kıymetli evrak niteliğinde sadece nama yazılı ve her bir taksit ödemesi için ayrı ayrı olacak şekilde senet düzenlenebileceği kuralını getirmiş ve bu hükme aykırı olarak düzenlenen senetlerin tüketici yönünden geçersiz olduğunu belirtmiştir (TKHK m. 4/5). Fakat tüketicinin bu geçersizliği senedi devralan üçüncü kişilere karşı da ileri sürüp süremeyeceği öğretide ve uygulamada tartışmalıdır. Gerçekten de Yargıtay'ın ve Bölge Adliye Mahkemelerinin bu hususta yeknesak bir içtihat geliştiremedikleri gözlenmiştir. Aynı belirsizlik, tüketici işlemlerinde düzenlenen kıymetli evraka ilişkin uyumsuzluklarda görevli yargı yeri konusunda da yaşanmaktadır. Makalede her iki konu detaylı bir şekilde incelenerek çözüm önerisinde bulunulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Tüketici, tüketici işlemi, nama yazılı kıymetli evrak, def'i, görevli mahkeme.

NEGOTIABLE INSTRUMENTS REGULATION IN CONSUMER OPERATIONS

ABSTRACT

In consumer operations, consumers may become indebted with negotiable instruments to persons acting for commercial or occupational purposes. The lawmaker who considered this issue brought the rule that only bonds in the name of the holder could be issued separately for each installment payment as negotiable instruments due to the operations carried out by the consumer in the Law on Protection of the

* **Doç. Dr.**, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Medeni Hukuk Bilim Dalı. **E-mail:** abdulkerim.yildirim@hbv.edu.tr.
ORCID: 0000-0003-3913-245X

** **Dr.**, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Ticaret Hukuku Bilim Dalı. **E-mail:** bilge.aytugar@hbv.edu.tr.

ORCID: 0000-0002-6206-1007

DOI : 10.34246/ahbvuhfd.733311

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 03/04/2020

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 04/05/2020

Consumer in addition to the provisions on negotiable instruments law in the Turkish Commercial Code, meaning that bonds issued in violation of this provision would be invalid in terms of the consumer (Art. 4/5). However, whether the consumer may claim this invalidity towards third persons taking over bonds is under debate in the doctrine and in practice. Indeed, it has been observed that the Court of Cassation and Regional Courts of Justice have not been able to develop a complete precedent on this issue. The same ambiguity is experienced regarding the competent court in discrepancies regarding the negotiable instruments issued in consumer operations. In the article, both issues are discussed in detail, and solution recommendations are provided.

Keywords: *Consumer, consumer operation, registered negotiable instruments, defense, competent court.*

I. GİRİŞ

Türk hukukunda tüketicinin kıymetli evrak ile borçlanması konusunda ortaya çıkan kaygılar, tüketici haklarını korumak amacıyla çıkarılan ilk kanun olan 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a¹ (eTKHK) 4822 sayılı Kanunla² eklenen m. 6/A hükmünün 3. fıkrası ile giderilmeye çalışılmıştır. Hükme göre, sadece taksitle satım sözleşmelerinde düzenlenecek kıymetli evrak niteliğindeki senet, her bir taksit ödemesi için ayrı ayrı ve nama yazılı olacak; aksi halde kambiyo senedi geçersiz olacaktır. Kanun'un bir başka hükmünde ise tüketici kredilerinde, ödemelerin bir kıymetli evraka bağlanması yasaklanmış; aksi halde tüketicinin bu kıymetli evrakı geri isteme hakkı olduğu ve kıymetli evrakın ciro edilmesi sebebiyle tüketicinin uğradığı zararın tazmin edileceği hükme bağlanmıştı (eTKHK m. 10/6). AB müktesebatı ve bazı hükümleri hariç 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK) ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK)'nun tüketici hukukuna temas eden düzenlemeleri ile uyumu tesis etmek amacıyla 07.11.2013 tarihinde kabul edilen 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun³ 28.05.2014 tarihinde yürürlüğe girmiştir (TKHK m. 87). Tüketicinin kıymetli evrak ile borçlanması konusu TKHK m. 4/5 hükmünde, bu kez tüm tüketici işlemlerini kapsayacak şekilde eTKHK ile aynı şartlara

¹ RG, T. 08.03.1995, S. 22221.

² RG, T. 14.03.2003, S. 25048.

³ RG, T. 28.11.2013, S. 28835.

bağlanmış; fakat eTKHK'den farklı olarak, Kanun'a aykırı şekilde düzenlenen kıymetli evrakın, sadece tüketici yönünden geçersiz olduğu kabul edilmiştir.

Alman hukukunda tüketici sorunlarını çözmek amacıyla ayrı bir kanun bulunmamaktadır. Sözleşme taraflarını ve bu suretle tüketiciyi de korumaya yönelik düzenlemeler Bürgerliches Gesetzbuch'ta (BGB) yer almaktadır. BGB §496, Abs.3'de; "*Borçlu, borç verenin tüketici kredisi sözleşmesi kapsamındaki talepleri için poliçe taahhüdünde bulunmaya zorlanamaz. Borç veren, tüketici kredisi sözleşmesi uyarınca taleplerini güvence altına almak için borçludan çek kabul edemez. Borçlu, her zaman borç verenden, 1 veya 2 numaralı cümleye aykırı olarak düzenlenmiş bir poliçeyi veya çeki iade etmesini talep edebilir. Borç veren, poliçe veya çekin tedavüle çıkarılmasından dolayı borç alanın uğradığı tüm zararlardan sorumludur*" düzenlemesine yer verilmiştir. Böylece tüketicinin önceden poliçe taahhüdünde bulunmakla yükümlü kılınmayacağı ve çekin, sadece kredi veya teminat aracı şeklinde amacına aykırı kullanılamayacağı açıkça hükme bağlanmıştır⁴. Hükme aykırılık durumunda, bilhassa kredi verenin, senedi, def'i hakkının kaybına yol açacak şekilde iyiniyetli üçüncü kişiye devri halinde borçlunun uğradığı zararlardan sorumlu tutulduğu görülmektedir. Taksitle satışın yer aldığı BGB §510 hükmünde ise tüketici işlemlerinde düzenlenecek kambiyo senedine/senede ilişkin özel bir hüküm öngörülmemiştir.

İsviçre hukukunda tüketicinin korunması, bir dizi özel yasada düzenlenmiştir. Bunlar arasında; 05.10.1990 tarihli Tüketiciyi Bilgilendirme Kanunu (*Konsumenteninformationsgesetz-KIG*), 18.06.1993 tarihli Ürün Sorumluluk Kanunu (*Produktehaftpflichtgesetz-PrHG*), 18.06.1993 tarihli Paket Tur Hakkındaki Kanun (*Bundesgesetz über Pauschalreisen-PauRG*) ve 23.03.2001 tarihli Tüketici Kredisi Kanunu (*Bundesgesetz über den Konsumkredit-KKG*) yer alır⁵. Bununla birlikte tüketici işlemlerinde düzenlenecek senede ilişkin sınırlayıcı bir kural öngörülmemiş; fiil ehliyetini haiz tüm gerçek ve tüzel kişilerin kural olarak kıymetli evrak (*kambiyo senedi*) düzenleyebileceği kabul edilmiştir. Ancak tasarruf sandığı cüzdanlarının sadece bankalar tarafından; ipotekli borç senetlerinin tapu sicili tarafından; malı temsil eden belgelerin yetkili kanton merciin izni ile ve rehinli tahvilin belirli merkezler ve bankalar tarafından verilebileceği öngörülerek kurala bir takım istisnalar getirilmiştir⁶.

⁴ BAMBERGER/ROTH/HAU/POSECK, BGB § 496, N. 7. Çekin ödeme aracı olarak kullanımı ise mümkündür.

⁵ MÜLLER, N. 33.

⁶ HUGGENBERGER/WALDMEYER, s. 322.

Görüldüğü üzere, tüketici işlemlerinde düzenlenecek kıymetli evrakın özellikleri ve Kanun'a aykırılık durumunda hangi hukuki sonuçların ortaya çıkacağı konusunda, mehzaz hukuklardaki düzenlemelerden faydalanmak pek mümkün görünmemektedir. Bu gerekçeyle konu, öğretici görüşleri ve yargı kararları da dikkate alınmak suretiyle Türk hukuku çerçevesinde incelenmiştir. Çalışmamızda özellikle Kanun'da öngörülen esaslara aykırı şekilde düzenlenen kıymetli evrakın nasıl bir etkiyi haiz olacağı hususu, kanun koyucunun tüketiciyi koruma amacı gözetilerek kıymetli evrak hukukunun esasları çerçevesinde ele alınmıştır.

II. TÜKETİCİ VE TÜKETİCİ İŞLEMİ KAVRAMI

“*Tüketici*” kavramı, 19. yüzyıldan sonra sanayi devrimiyle üretim sistemlerindeki değişime paralel olarak ortaya çıkmış yeni bir kavram iken; “*tüketicinin korunması*” 20. yüzyılın başından itibaren üretimin hız kazanması, fiyat artışları ve bu artışlara karşı boykota gidilmesi ile ilk olarak Anglosakson hukuk sistemi içinde gündeme gelmiştir⁷. Türk hukukunda ise tüketicinin korunması fikri, Osmanlı döneminde özellikle ahilik ve loncalık sisteminde ön plana çıkmış; 1970 yılından sonra hukuki zeminde tüketiciyi koruma yönünde daha çok çaba sarf edilmiştir⁸. Tüketici ve tüketici işlemi kavramlarının tanımı da zaman içinde değişime uğramış; yürürlükteki TKHK'de belki daha kısa fakat içerik olarak daha kapsayıcı bir tanımla; ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişi “*tüketici*” olarak tanımlanmıştır (TKHK m. 3/1-k; TTK m. 864/5; karşı. BGB §13; KKG Art. 3). Böylece mal veya hizmet piyasalarında takip edilen amaç, tüketici sıfatının tayininde belirleyici kabul edilmiştir⁹. Her ne kadar tüketici kavramı ve sınırları

⁷ ASLAN, s. 29-30; GEZDER, s. 7 vd.

⁸ GEZDER, s. 10; SİRMEN, s. 2465.

⁹ OZANOĞLU, Tüketici Sözleşmeleri, s. 59; GÜNER, s. 1037. Bu esastan olmak üzere nihai kullanıcı da olsa ticari işletmesiyle ilgili işlemlerde tacirin tüketici kabul edilemeyeceği yönünde bkz. YEŞİLTEPE, s. 26. Olağan tüketimin kapsamının ötesine geçen banka ile yapılan sözleşmelerin tüketici sözleşmelerine dâhil olmadığı; buna yatırımları olan özel müşterilerin sözleşmelerinin de gireceği; sözleşme konusunun değerinin de bir kriter olarak dikkate alınması gerektiği yönünde bkz. HUGGENBERGER, s. 22. Satım konu ürünün niteliğinin, sayı ve miktarının, takip edilen amaç hakkında fikir verebileceği yönünde bkz. TUTUMLU, Dava, s. 50-51. Kişinin dört adet daire satın almasının tüketici sıfatını kaldırmayacağı hakkında Y. 17. HD., T. 16.12.2014, E. 2014/22200, K. 2014/18756 sayılı kararı ve altı adet daire satın alan kişinin tüketici sayılmayacağı yönünde Y. 13. HD., T. 18.03.2015, E. 2015/5232, K. 2015/8680 sayılı kararı için bkz. TUTUMLU, Dava, s. 61. Bir fabrika ve ticarethanenin ısıtılmasında kullanılmak veya makinelerini çalıştırmak amacıyla akaryakıt ve yağ alımında ya da yemekhanesine yiyecek-içecek satın almasında işletme sahibinin tüketici sıfatıyla hareket edeceği yönünde bkz. İNAL, s. 43. Başkasına bağımlı

konusunda henüz fikir birliği tesis edilmemiş ise de hükmün uygulama alanını tespit edebilmek için ticari ve mesleki faaliyetlerden ne anlaşılması gerektiği kısaca açıklığa kavuşturulmalıdır.

Tüketici hukukunda ticari faaliyet tanımlanırken, ticaret hukukunun prensiplerinden bilhassa kişisel ölçütleri belirlemede faydalanılsa da ondan farklı bazı unsurlar da aranmaktadır. Bu bağlamda, işletme ekonomisinin esasları gereği planlı faaliyet gösterilmesi, ivazlı olması ve bağımsız şekilde işletme rizikosunun üstlenilmiş olması önem arz eder¹⁰. Bununla birlikte tacir sıfatını haiz olanların, ticari işletmelerini ilgilendiren işlem ve fiilleri ticari iş olarak kabul edildiğinden kural olarak bu işlemlerde tüketici sayılmamaları gerekir¹¹ (TTK m. 3/1). Nitekim gerçek kişi tacirin borçlarının kural olarak ticari olduğu kabul edilmiştir (TTK m. 19/1). Kuralın istisnası olarak gerçek kişi tacirin, işlemi yaptığı anda bunun ticari işletmesiyle ilgili olmadığını diğer tarafa açıkça bildirmesi veya işin ticari sayılmasına durumun elverişli olmaması gösterilmiş; bu hallerde borcun adi sayılacağı belirtilmiştir (TTK m. 19/1). Tüzel kişi tacirler hakkında ise konu öğretide tartışmalı olup¹² hâkim görüş, tüzel kişi tacirin adi sahasının bulunmadığını; dolayısıyla kanunda aksi öngörülmedikçe ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket edemeyeceklerini kabul etmektedir¹³ (karş. TKHK m. 51/9). Bununla birlikte ticari işletme bulunmaksızın ivaz karşılığı yürütülen bir faaliyet de TKHK'nin

şekilde çalışan ve yaptığı işte kullanmak üzere mal satın alan kişinin tüketici sayılacağı; ancak bağımsız şekilde çalışanların kendi işyerlerindeki üretimde kullanmak amacıyla mal/hizmet satın almaları durumunda tüketici sayılmayacakları yönünde bkz. ZEVKLİLER/ÖZEL, s. 94-95. Karş. ASLAN, s. 34.

¹⁰ OZANOĞLU, Uygulanma Alanı, s. 674.

¹¹ Karş. OZANOĞLU, Uygulanma Alanı, s. 686.

¹² Zayıf tarafı koruma amacı güden tüketici hukukunda tacir tüzel kişilerin tüketici sayılmaması gerektiği yönünde bkz. GEZDER, s. 161. İdeal amaçlarla hareket eden dernek ve vakıf tüzel kişilerinin tüketici kapsamına alınması gerektiği; ancak kamu hukuku tüzel kişilerinin tüketici kabul edilmemesi gerektiği yönünde bkz. BAHTİYAR/BİÇER, s. 408; YILDIRIM, s. 1022-1023. Ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden ticaret şirketlerinin tüketici sayılabileceği; amacına varmak için ticari işletme işleten vakıf ve derneklerin ise sadece işlettiği ticari işletmenin faaliyetlerinden doğan borçlarının ticari olduğu; bu tüzel kişilerin de tüketici sayılabileceği yönünde bkz. AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s. 21. Bazı tüzel kişi tacirlerin adi sahaslarının bulunabileceği; işletmenin rutin işlemlerinde tacir sayılacakları, fakat arızı işlemlerde tüketici olarak korunmaları gerektiği yönünde bkz. BATTAL, Tüketici Sıfatı, s. 329; GÜNER, s. 1044 vd.

¹³ ARKAN, s. 74; ASLAN, s. 34-35; TUTUMLU, Dava, s. 55. YHGK. T. 11.10.2006, E. 2006/684, K. 2006/647 sayılı kararı, (<https://www.corpus.com.tr>, erişim: 10.03.2020). Y. 20. HD., T. 03.07.2015, E. 2015/2820, K. 2015/6850 sayılı kararı için bkz. TUTUMLU, Dava, s. 60; DOĞAN, s. 114.

uygulanmasında ticari faaliyet özelliği taşıyabileceğinden, ticari amaçlarla hareket etme kavramı, rutin işlemler dışında yürütülen kazanç elde etme faaliyetlerini de kapsayacak şekilde geniş yorumlanmalıdır. Benzer şekilde, esnafın da ekonomik faaliyette bulunduğu ve sanat veya ticaretle uğraştıkları dikkate alındığında (TTK m. 15/1) esnaf faaliyeti kapsamındaki işlemler bakımından bu kişilerin de tüketici sıfatını taşımayacağı ifade edilmelidir¹⁴.

Mesleki faaliyet de ticari faaliyetin tespit edilmesinde kullanılan, planlı faaliyet, bağımsızlık ve ivazlı olma unsurları kullanılarak belirlenmektedir¹⁵. İvazlı şekilde yürütülen faaliyetler ticari olabileceği gibi mesleki amaçlarla da icra ediliyor olabilir. Fakat kazanç elde etmek amacıyla yürütülen bir faaliyetin sürekli olmaması durumunda mesleki faaliyet değil; ticari faaliyet söz konusu olur¹⁶.

Bir kişinin mal ve hizmet piyasasında işlem yaparken hem özel amaçlarla hem de ticari veya mesleki amaçlarla hareket etmesi durumunda işlem bir bütün olarak ele alınmakta ve hâkim öğretide kişi tüketici kabul edilmemektedir¹⁷. Kanun'da ziraî amaçlarla hareket eden kişilerin tüketici sayılıp sayılmayacağı konusunda bir açıklık olmasa da kanaatimizce kazanç elde etmek amacıyla hareket edilen hallerde takip edilen amaç ziraî de olsa kişinin tüketici sayılmaması Kanun'un amacına uygun düşecektir¹⁸. Zira tüketici sıfatı, Kanun'da, kazanç elde etmek amacıyla hareket etmeyen, yani sadece kişisel/özel kullanımı için mal ve hizmetten yararlanan ve o mal veya hizmet için ödediği para tekrar geri gelmeyen kişilere izafe edilmiştir¹⁹.

¹⁴ TUTUMLU, Dava, s. 53.

¹⁵ OZANOĞLU, Uygulanma Alanı, s. 675; BAHTİYAR/BİÇER, s. 410-411.

¹⁶ BAHTİYAR/BİÇER, s. 411.

¹⁷ ZEVLİLİLER/ÖZEL, s. 95; İNAL, s. 49. Malın maliyetinin geri dönüp dönmeyeceği kıstasına göre tüketici işlemi sayılamayacağı yönünde bkz. ASLAN, s. 33. Bu yönde bkz. GÜNER, s. 1040; Y. 11. HD., T. 26.06.1997, E. 1997/1815, K. 1997/5112 sayılı karar için bkz. TUTUMLU, Dava, s. 52. Aksi yöndeki kararlardan Y. 17. HD., T. 21.11.2011, E. 2011/10859, K. 2011/10933 sayılı kararı için bkz. TUTUMLU, Dava, s. 52. Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın, sözleşmenin kısmen kişisel ihtiyaçlar kısmen de ticari veya mesleki amaçlarla yapılması durumunda tüketicinin özel hükümlerden faydalanmasını, ticari veya mesleki amacın ihmal edilebilir ölçüde sınırlı olması gerektiğine bağladığı yönünde bkz. BAYRAKTAROĞLU ÖZÇELİK, s. 846. Ticari ve mesleki amacın ağırlıklı olduğu durumlarda tüketiciyi koruyan düzenlemelerin kapsamı dışında tutulması gerektiği yönünde bkz. OZANOĞLU, Uygulanma Alanı, s. 682; OZANOĞLU, Tüketici Sözleşmeleri, s. 61.

¹⁸ Karş. ASLAN, s. 34.

¹⁹ BAHTİYAR/BİÇER, s. 412; ASLAN, s. 32.

Tüketiciler ile ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler arasındaki hukuki işlemler, “tüketici işlemi” kabul edilmiştir²⁰ (TKHK m. 3/1-1). Diğer bir anlatımla tüketici işleminden söz edebilmek için hukuki işlemin bir tarafında, ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden; diğer tarafında ise ticari veya mesleki faaliyetleri kapsamında hareket eden kişilerin bulunması gereklidir. Bununla birlikte tüketicinin karşısında yer alacak kişinin tacir olması gerekli değildir, serbest meslek sahipleri, esnaf veya sanatkârlar da satıcı/sağlayıcı konumunda bulunabilir²¹.

TKHK m. 83/2’de, tüketici işlemi hakkında diğer kanunlarda yer alan düzenlemelerin, işlemin tüketici işlemi sayılmasını ve TKHK’nin görev ve yetkiye ilişkin hükümlerinin uygulanmasını engellemeyeceği belirtilerek TKHK’nin uygulama alanı büyük ölçüde genişletilmiştir²². Bu hüküm gereğince bir işlem hem tüketici işlemi hem ticari işlem olarak kabul edilebilecek; fakat tüketici işlemi de olan bu işlem hakkında TKHK’de hüküm olmayan hallerde genel hükümlerin uygulanması icap edecektir²³. Bilhassa TTK m. 19/2 hükmünün öngördüğü ticari iş karinesinin uygulandığı durumlarda bir işlem aynı zamanda tüketici işlemi ise, öncelikle özel ve sonraki kanun olan TKHK hükümlerine müracaat edilecek; orada hüküm bulunması durumunda ticari işlere dair kanun hükümlerinin uygulanmasına ihtiyaç kalmayacaktır²⁴.

III. TÜKETİCİNİN YAPMIŞ OLDUĞU İŞLEMLER NEDENİYLE SENET DÜZENLENMESİ

Tüketicinin yapmış olduğu işlemler nedeniyle kıymetli evrak niteliğinde senet düzenlenebilir. Mülga Kanun (eTKHK)’da bu husus, sadece taksitle satışlar için öngörülmüştü (m. 6/A, f. 3). Buna ilave olarak bu senedin, kıymetli evrakın devir şekilleri bakımından sadece nama yazılı biçimde ve her bir taksit

²⁰ TKHK’de tüketici işleminin belirlenmesinde, tüketici sıfatının dikkate alınması ile kişisel (*sübjektif*) ölçütün ve yapılan işlemle takip edilen amacın dikkate alınması ile de işlevsellik ölçütünün benimsendiği yönünde bkz. BAHTİYAR/BİÇER, s. 400.

²¹ GÜMÜŞ, s. 15; YEŞİLTEPE, s. 29.

²² Kanun’un uygulama alanının amacı aşan ölçüde genişletildiği yönünde bkz. BAHTİYAR/BİÇER, s. 398.

²³ AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s. 24.

²⁴ AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s. 24; BAHTİYAR/BİÇER, s. 414. Aynı yönde bkz. SÖNMEZ, s. 73. Ticari iş ve tüketici işleminin birbirlerine yabancı olması göz önüne alındığında, ticari iş ile tüketici işleminin karşılaştığı yerlerde ticari hükümlerin uygulanmayacağı yönünde bkz. GÖKTÜRK, s. 41-42.

ödemesi için ayrı ayrı olacak tarzda düzenlenmesi gerekir (TKHK m. 4/5). Senedin nama yazılı olmadığı durumlarda, temel borç ilişkisinden kaynaklanan def'iler, doğrudan ilişki içindeki taraflar dışında iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez. İşte kanun koyucu bu hükümle kambiyo senetlerinin tedavül gücünden dolayı tüketicinin mağdur olmasını engellemeye çalışarak tüketici işlemlerinde, şahsi def'ilerin dermeyeranına imkân veren sadece nama yazılı kambiyo senedi düzenlenebileceğini öngörmüştür²⁵.

Kanun'a aykırı şekilde düzenlenen kıymetli evraka bağlanan hukuki sonuç bakımından 6502 sayılı TKHK'de önemli bir değişiklik yapılmıştır. Gerçekten de eTKHK'de hükme aykırı şekilde düzenlenen kambiyo senedi geçersiz kabul edilmişken; yürürlükteki TKHK'de bu tür senetlerin, sadece tüketici yönünden geçersiz olduğu belirtilmiştir. Fakat senedin “*tüketici yönünden geçersiz*” olması ile neyin kastedildiği konusunda öğretide farklı görüşler ortaya çıkmıştır. Bu görüşleri ve kanaatimizi belirtmeden önce hükmün gerekçesi ve şartlarının ortaya konulmasında yarar vardır.

TKHK m. 4/5'in gerekçesinde; tüketici işlemlerinde düzenlenecek kıymetli evraka ilişkin şartlar belirtilerek, tüketici dışındaki kişiler yönüyle kambiyo senedinin geçerli sayıldığı; böylece dolaşıma giren kambiyo senedi yönüyle işlem güvenliğinin sağlandığı; aynı zamanda da tüketicinin mağdur olmasının önüne geçilmesinin amaçlandığı belirtilmiştir. Metin bu haliyle anlatım bozukluğu taşımaktadır. Esas itibarıyla burada tüketicinin nama yazılı olmayan (*emre veya hamile yazılı*) ve her bir taksit ödemesi için ayrı ayrı değil de tüm borç için toplam meblağ üzerinden tek bir kıymetli evrak düzenlemesi durumlarında, senedin yalnızca tüketici bakımından geçersiz olacağı; tüketici dışındaki kişiler yönünden ise geçerli olduğu anlatılmak istenilmiştir. Diğer bir deyişle kanun koyucu bu düzenlemeyle, tüketici hukukunun ortaya çıkış amacına uygun olarak, güçsüz ve bu nedenle korunmaya muhtaç görülen tüketicinin, güçlü konumdaki satıcı/sağlayıcılarla aynı hukuki duruma sahip olmasını kabul etmeyerek, kambiyo senetlerini tüm yönleriyle düzenleyen TTK hükümlerinden ayrılma pahasına, yeni birtakım şartlar ve hukuki sonuçlar öngörmüştür. TKHK ile her konuda değil; sadece

²⁵ Aynı yönde bkz. ZEVKLİLER/ÖZEL, s. 109-110; ASLAN, s. 194; KENDİGELEN, s. 171; DOĞAN, s. 117. Nitekim 4077 sayılı eTKHK'ye 4822 sayılı Kanunla m. 6/A, 3. fıkraya hükmü olarak eklenen söz konusu düzenlemenin gerekçesinde de kambiyo senedine ilişkin olarak bu ilave düzenlemelerin, “*kambiyo senetlerine özgü sorunların bertaraf edilmesi amacıyla*” getirildiği ifade edilmiştir (Gerekçe 4822 sayılı Kanun m. 8, (<https://www2.tbmm.gov.tr/d22/1/1-0477.pdf>, erişim: 11.03.2020)). 4822 sayılı Kanun çerçevesinde aynı yönde bir değerlendirme için bkz. DEMİR, s. 216.

tüketicinin korunmasının gerekli olduğu durumlarda düzenleme sevk edildiği dikkate alındığında bu yaklaşımın, esasında TKHK'nin özel kanun olmasının beklenen sonucu olduğu söylenebilir. Fakat bunu yaparken de işlem güvenliği elden bırakılmamış ve tedavüle sokulan senet üzerinde imzası bulunan diğer kişilerin sorumluluğunun devam ettiği kabul edilmiştir.

Kanun'un, "...senet düzenlenebilir...aykırı olarak düzenlenen senetler tüketici yönünden geçersizdir" şeklindeki lafzından, tüketici işlemlerinde kıymetli evrakın Kanun'a aykırı şekilde sadece düzenlenmesi/keşide edilmesi durumunda tüketicinin korunacağı sonucuna ulaşılabilir²⁶. Bununla birlikte kıymetli evrak hukukuna hâkim olmayan tüketicinin, kendisine devredilen bir emre/hamile yazılı kıymetli evraki, borcuna karşılık satıcı/sağlayıcıya ciro etmesi muhtemeldir. Kanun koyucu, tüketiciyi korumak amacıyla tüketici işlemlerinde, kamu itimatına mazhar olan emre ve hamile yazılı senetleri tamamen devre dışı bırakmak istemiştir. Bu gerekçeyle tüketicinin, sadece Kanun'a aykırı düzenlenen senetlerin keşidecisi olduğu durumlarda değil; aynı zamanda Kanun'a aykırı düzenlenmiş senetlerde sorumluluk zincirine dâhil olmasına yol açacak diğer kambiyo taahhütlerinde de korunması hükmün amacı gereğidir²⁷. Kanaatimizce kanun koyucu, hükümde geçen "*düzenleme*" kelimesini, kambiyo hukukundaki teknik anlamı ile sadece keşide etmek şeklinde değil; aynı zamanda kambiyo ilişkisine dâhil olmak anlamında kullanmıştır. Yine de bu hususta açık kanuni bir düzenlemenin getirilmesinin tereddütleri gidermek amacıyla faydalı olacağını belirtmeliyiz.

Bir tüketici işleminde satıcı/sağlayıcı, tüketiciden edimine karşılık bir senede avalist sıfatıyla imza atmasını isterse TKHK m. 4/6 hükmüyle birlikte bir değerlendirme yapılması gündeme gelebilecektir. Zira tüketicinin, somut olayda lehine aval verdiği kişi de tüketici ve temel ilişki tüketici işlemi olabilir. TKHK m. 4/6'da tüketici işlemlerinde tüketicinin edimlerine karşılık olarak alınan şahsi teminatların, her ne isim altında olursa olsun adi kefalet sayıldığı belirtilmiştir²⁸. Böylece tüketici işlemlerinde kefil olan kişileri korumak amacıyla tüketicinin borcu için verilen şahsi teminatlara TBK'de yer

²⁶ Bu yönde bkz. BAHTİYAR/HAMAMCIOĞLU, s. 85.

²⁷ Tüketicinin başvuru borçlusu olarak yer aldığı kıymetli evrakın da hükmün uygulama kapsamına gireceği yönünde bkz. GÜMÜŞ, s. 43; CENGİL, s. 64; ÇABRİ, s. 103.

²⁸ "*Buna göre tüketici işlemlerinde, tüketicinin verdiği şahsi teminatlara Türk Borçlar Kanunu'nda yer alan adi kefalet hükümleri uygulanacaktır. Bu düzenlemenin amacı tüketici işlemlerinde kefil olan kişileri korumaktır. Bu doğrultuda tüketici işlemlerinde ancak adi kefaletin kararlaştırılabileceği kabul edilmiştir.*" (Gerekçe TKHK m. 4/6).

alan adi kefalet hükümlerinin uygulanacağı; müteselsil kefalet kararlaştırılmış olsa dahi bunun adi kefalet hükmünde kabul edileceği açıkça ifade edilmiştir. Kambiyo ilişkisinde aval, kambiyo taahhüdünden doğan borcun ödeneceğine yönelik verilen kişisel teminat²⁹ (TTK m. 700/1). Kefalet ve aval işlemleri, her ikisi de teminat sağlama amacı taşısa da şekil, nitelik, sorumluluk ve haklar yönünden önemli farklılıklar barındırırlar³⁰. Kambiyo senetlerine “kefil” ibaresi kullanılarak atılan imzaların, avali gösterdiği kabul edilmektedir³¹. Her ne kadar, her bir taksit ödemesi için ayrı ayrı olacak şekilde aval verilebilecek olsa da (TTK m. 700/1) bilhassa avalistin müteselsil sorumluluğu ile (TTK m. 702/1) adi kefalette kefilin sorumluluğunun ayniyet taşımaması ve adi kefalette eş rızasını arayan TBK m. 584 hükmünün, kambiyo senetlerinin tedavül gücü dikkate alındığında aval verilirken uygulanmayacak olması³² hususları göz önünde bulundurulduğunda, tüketici lehine başka bir kişinin aval verme ehliyetinin kısıtlanmış olduğu sonucuna varılabilir³³.

²⁹ KENDİGELEN/ KIRCA, s. 225, N. 483; BOZER/GÖLE, s. 172; PULAŞLI, s. 205, N. 1; POROY/TEKİNALP, §5, s. 219, N. 288.

³⁰ POROY/TEKİNALP, §5, s. 219, N. 288a; FURTER, Art. 1022 OR, N. 9; ÜLGEN, Kıymetli Evrak, s. 186; ÖZTAN, s. 162; PULAŞLI, s. 206-207, N. 4 vd.

³¹ “...Der Wechselbürge wird nach aussen, gegenüber dem Wechselgläubiger, nicht als Bürge behandelt, sondern ist Solidarschuldner der Wechselverbindlichkeit...” (BGE 96 III 35, E. 1, <https://app.legalis.ch/>, erişim: 25.03.2020). “...Bono niteliğinde olan kambiyo senedinin kefil adı altında imzalanması halinde adi kefalet hükümleri uygulanmaz.” (Y. 12. HD., T. 18.10.1999, E. 1999/11398, K. 1999/12463 sayılı kararı, (<https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay>, erişim: 15.02.2020)). “...Bu durumda kefil hanesinde isim ve imzası bulunanın da aval veren sıfatına sahip olduğu gözetilerek, bu borçlu yönünden de talebin kabulüne karar verilmesi gerekirken...” (Y. 11. HD., T. 30.03.2015, E. 2015/2821, K. 2015/4432 sayılı kararı, (<https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay>, erişim: 01.03.2020)). “...Bono üzerine “kefil” ibaresi konya dahi bu, aval olarak nitelendirilir ve aval veren bononun diğer borçlusunu ile birlikte müteselsilen sorumlu olur (TTK.614). TTK.nun 636. maddesi hükmi gereğince kambiyo senetlerinde müteselsil borçluluk esas olduğundan bu tür senetlerde imzası olan herkes hamile karşı müteselsilen sorumludur.” (Y. 12. HD., T. 15.06.2010, E. 2010/3441, K. 2010/15203 sayılı kararı, (<https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay>, erişim: 07.02.2020)). Kişinin kefalet hükümlerine göre sorumlu olması için, bu yöndeki iradesinin senet üzerinde daha açık belirtilmesi gerektiği yönünde bkz. DEMİRKAPI, s. 79. Senedin, açıkça belirtilerek adi kefil sıfatıyla imzalanmasının mümkün olduğu yönünde bkz. ÖZTAN, s. 165.

³² Yargıtay İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulu’nun 20.04.2018 tarihli kararı uyarınca kefalette eşin rızasına ilişkin hüküm avalde uygulanmaz (T. 20.04.2018, E. 2017/4, K. 2018/5, RG, T. 16.10.2018). Ayrıca bkz. CAN, s. 35 vd.

³³ Avalist, borçlanmaya ehil değilse veya attığı imza kendisini hukuken bağlamıyorsa bu def’iyi ileri sürebileceği yönünde ayrıca bkz. POROY/TEKİNALP, §5, s. 223, N. 295; PULAŞLI, s. 212, N. 19.

TKHK m. 4/6 hükmü açıkça tüketici işlemlerinde tüketici edimine karşılık verilen şahsi teminatların adi kefalet olmasını öngörmüştür. Lehine aval verilen kişinin taraf olduğu temel işlem tüketici işlemi niteliği taşımıyorsa TKHK m. 4/6 hükmü uygulanmayacaktır. Böyle bir durumda tüketicinin verdiği aval, her bir taksit ödemesi için ayrı ayrı ve nama yazılı senet üzerinde ise geçerli sayılacaktır.

A. Kıymetli Evrak Niteliğinde Olması

Kıymetli evrak TTK'nin 645. maddesinde mehoz İsviçre hukukundan tercüme edilmek suretiyle (Art. 965 OR), içerdiği hak, senetten ayrı olarak ileri sürülemeyen ve başkalarına da devredilemeyen senet olarak tanımlanmıştır. Bu tanım göz önünde tutularak kıymetli evrakın unsurları; nitelikli bir borç senedi olması ve içerdiği hak ile senedin sıkı sıkıya bağlanması şeklinde ifade edilmektedir³⁴. Kıymetli evrakın içerdiği hak, bir alacak hakkı, bir hissedarlık ilişkisinden veya eşya hukukundan doğan bir hak olabilir. Bu hakkın senetle bağlanması için senedin, basit (*nama yazılı kıymetli evrak*) veya mevsuf kıymetli evrak kaydı (*emre ve hamile yazılı kıymetli evrak*) taşıması icap eder³⁵.

Kıymetli evrak; senedin içerdiği hakkın türüne göre, alacak senetleri, eşya hukuku senetleri ve hisse senetleri; hakkın senetten önce mevcut olup olmamasına göre, kurucu ve bildirici kıymetli evrak; düzenlenmelerine sebep olan hukuki ilişki ile ilgisine göre, illi ve illetten mücerret kıymetli evrak; kamu itimadına mazhar olup olmamalarına göre, kamu itimadına mazhar olan ve olmayan kıymetli evrak; yatırım amacı taşıyıp taşımadıklarına göre, menkul kıymetler ve yatırım amacı taşımayan kıymetli evrak ve en önemli taksim tarzı olan hak sahibinin tespiti şekline göre, nama, emre ve hamile yazılı kıymetli evrak olarak gruplandırılmaktadır³⁶.

Tüketicinin yapmış olduğu işlemler nedeniyle kıymetli evrak düzenlemesi, sadece kamu itimadına mazhar olmaması (*nama yazılı olması*) şartıyla yukarıda yer verilen herhangi bir tasniflendirme içerisine giren kıymetli evrak türüne ilişkin olabilir. Fakat tüketicinin ivazlı bir işlem karşılığında bu senedi düzenleyeceği dikkate alındığında esas itibarıyla hükmün kapsamına,

³⁴ ÖZTAN, s. 9-19.

³⁵ FURTER, Art. 965 OR, N. 7; ÖZTAN, s. 18; PULAŞLI, s. 7, N. 25.

³⁶ POROY/TEKİNALP, §4, s. 51, N. 33; ÖZTAN, s. 32 vd.; BOZER/GÖLE, s. 25 vd.; PULAŞLI, s. 48 vd., N. 31 vd.; TUNA/GÖÇ GÜRBÜZ, s. 20 vd.

kamu itimadına mazhar olmayan, mücerret, nama yazılı alacak senetlerinin girdiği söylenebilir. Bununla birlikte eşya hukuku senetlerinden ipotekli borç senedi (TMK m. 898) ve irat senedinin (TMK m. 903) de her bir taksit için ayrı ayrı ve nama yazılı olacak şekilde düzenlenebileceği ifade edilebilirse de bu senetlerin genellikle, büyük kredi ihtiyaçları karşılığında aynî teminat sağlayan yatırım aracı oldukları (SPK m. 3/1-i) ve çıkarılmalarındaki formalitelerin güç ve uzun olduğu düşünüldüğünde, tüketiciler tarafından sık başvurulacak senetlerden olmayacağı ifade edilebilir.

TKHK m. 4/5 hükmünün uygulanmasında, nama yazılı, mücerret alacak senetlerinden kambiyo senetlerinin incelenmesi ayrı bir öneme sahiptir³⁷. Kambiyo senetleri, TTK'nin üçüncü kitabının dördüncü kısmında düzenlenmiş olan bono, poliçe ve çeklerdir. Bu senetler alacak senetleri olup kanunen emre yazılı, kurucu nitelikteki kıymetli evraktır. Bu senetlerde imzası olan herkes, hamile karşı müteselsilen sorumlu iken; aynı zamanda beyanların birbirinden bağımsız olduğu (*imzaların istiklâli prensibi*) kabul edilmiştir (TTK m. 677/1). Bu senetler, asıl borç ilişkisinden bağımsız, mücerret bir alacağı gösterirler. Bununla birlikte emre ve hamile yazılı olmayan, yani nama yazılı kambiyo senetleri kamu itimadına mazhar olmadıklarından bu senetlerde, senedin iyiniyetli üçüncü kişilere devri halinde temel borç ilişkisine dayalı def'iler, senedi devralan bu kişilere karşı da ileri sürülebilmektedir³⁸.

B. Sadece Nama Yazılı Olacak Şekilde Düzenlenmesi

Kıymetli evrakın en basit şekli olan nama yazılı kıymetli evrak; belli bir kişinin adına yazılı olan, fakat onun emrine kaydını içermeyen ve kanunen de emre yazılı senetlerden sayılmayan kıymetli evraktır (TTK m. 654/1; Art. 974 OR)³⁹. Bu kanuni tanımda da yer bulduğu üzere, kimi kıymetli evrak (*kambiyo senetleri, makbuz senedi, varant gibi*), belirli bir kişi adına yazılmış olmasına ve emre yazılı olduğuna dair bir kayıt içermemesine rağmen kanunen emre yazılı sayılmıştır. Bu senetler ancak senedi düzenleyen tarafından emre yazılı

³⁷ TKHK'de geçen nama yazılı kıymetli evraktan, özellikle nama yazılı kambiyo senedinin anlaşılması gerektiği yönünde bkz. ZEVKLİLER/ÖZEL, s. 109.

³⁸ FURTER, Art. 974 OR, N. 5, 8; POROY/TEKİNALP, §4, s. 55, N. 38b; KENDİGELEN/KIRCA, s. 123 vd., N. 255 vd.; ÖZTAN, s. 68 vd.

³⁹ Aynı tanımla ihtiva eden mehzaz İsviçre hukukunda nama yazılı kıymetli evrakın mevsuf kıymetli evrak kayıtlarından hamile kaydını da içerebileceği; zira bu suretle eksik nama yazılı kıymetli evrakın düzenlenebileceği; bundan bahsetmeyen Kanun metninin eksik olduğu yönünde bkz. FRICK, Art. 974, N. 1, 3. Adi senetten farkı, nama yazılı senette hakkın senede bağlılığı olduğu yönünde bkz. POROY/TEKİNALP, §2, s. 79, N. 68a. Kıymetli evrak ile adi senetler arasındaki farklar hakkında bkz. BOZER/GÖLE, s. 19 vd.

olmadığına dair bir kayıt (*menfi emre kaydı/negativ Ordreklausel*) konulmak suretiyle nama yazılı kıymetli evrak olarak düzenlenebilir. Kanunen emre yazılı olan kıymetli evrakta borçlu tüketici, “*emre yazılı değildir*” veya buna benzer bir menfi emre kaydıyla -*açıkça belirlenebilir şekilde*⁴⁰- lehtar satıcı/ sağlayıcının adına nama yazılı senet düzenleyebilecektir⁴¹.

Kanunen emre yazılı kıymetli evrak, keşidecinin senet üzerine koyacağı “*ciro edilemez*” kaydı (*menfi emre kaydı*) ile nama yazılı hale gelirken; cirantanın koyduğu ciro yasağı kaydı hakkında aynı sonuca ulaşamaz. İkinci durumda ciranta, sadece ciro ettiği şahıstan sonraki kişilere karşı sorumluluktan kurtulur; senet nama yazılı hale gelmez. Benzer şekilde, ödenmeme protestosundan veya bu protestonun düzenlenmesi için öngörölmüş sürenin geçmesinden sonra yapılan ciro, her ne kadar sadece alacağın temlik hükümlerini doğursa da (TTK m. 690/1) bu durumda da senet nama yazılı şekilde düzenlenmiş kabul edilemeyecektir⁴². Külli halefiyet yoluyla veya emre yazılı bir kıymetli evrakın alacağın temlik işlemi ile⁴³ devri durumlarında da senedin emre yazılı niteliğı değışikliğe uğramayacağından, bu hallerde senedin Kanun’a uygun şekilde düzenlenmediğı söylenebilecektir.

1. Nama Yazılı Kıymetli Evrakın Devri

Nama yazılı kıymetli evrak, alacağın temlik hükümlerini doğuran bir devir beyanı ve kural olarak senedin zilyetliğinin geçirilmesi suretiyle devredilir⁴⁴. Alacağın temlik, belirli bir kişinin adının gösterilmesi suretiyle veya beyaz temlik (*Blankozession*) şeklinde de gerçekleştirilebilir⁴⁵. Emre yazılı senetlerde cironun aksine devir beyanı, senet üzerinde veya başka bir belge üzerinde yer alabilir (TTK m. 647/2).

⁴⁰ FRICK, Art. 974, N. 2.

⁴¹ Tüketicinin bono üzerine “*tüketici senedi*” şeklinde bir ibare yazmasının da senedi nama yazılı hale getirebileceğı yönünde bkz. BAHTİYAR/HAMAMCIOĞLU, s. 71. Aksi yönde bkz. CENGİL, s. 70; SÖNMEZ, s. 69. Bono borçlusunun tüketici olduğunu ispat edebildiğı durumda, bononun kendiliğinden adi senede ya da nama yazılı bonoya dönmüş sayılması ve belirli bir meblağın altındaki bonoların borçlu ile hamil arasındaki ilişki yönünden kanunen zorunlu nama yazılı bono kabul edilebileceğı yönündeki öneriler hakkında bkz. BATTAL, Tüketicinin Korunması, s. 104-105.

⁴² İbraz süresi geçtikten sonra ciro ve ibraz edilen çeklerde, kişisel def’ilerin ileri sürölmesinin mümkün olmayacağı yönünde bkz. PULAŞLI, s. 181, N. 19.

⁴³ FRICK, Art. 967, N. 4.

⁴⁴ Hukuki işlem dışı kazanımlar hariçtir. Bu yönde bkz. KENDİGELEN/ KIRCA, s. 36, N. 82; TUNA/GÖÇ GÜRBÜZ, s. 26.

⁴⁵ ZOBL, Art. 901 ZGB, s. 324, N. 96.

Alacağın temlik işlemi, yazılı şekilde ve devir beyanının devreden tarafından imzalanması suretiyle gerçekleştirilir (TBK m. 184/1). Alacağın temlik beyanının içeriği hakkında bir belirleme yapılmamış olsa da temlik işleminin esaslı içeriğine metinde yer verilmesi gerektiği kabul edilmekte; buna karşılık açıkça “*temlik*” ibaresinin veya devir tarihinin bulunması aranmamaktadır⁴⁶. Bu özelliği ile alacağın devri beyanı mahiyeti itibarıyla ciro olarak kabul edilebilirse de hakkın ciro ile devredilmesinin hukuki sonuçlarını doğurmaz⁴⁷. Ciro ile alacağın temlikinin hukuki sonuçları arasındaki en önemli fark, def’iler ve senedin tasarruf yetkisi olmayan kişiden iktisabının mümkün olup olmadığı konularında karşımıza çıkar. Buna göre, ciro ile senedi devralan iyiniyetli kişiye karşı temel ilişkiden doğan def’iler ileri sürülemezken; alacağın temlik yoluyla gerçekleşen devirde senet borçlusu, her alacaklıya, senedin düzenlenmesine neden olan temel ilişkiden doğan def’ileri iyiniyetli olsalar dahi kural olarak ileri sürebilmektedir (karş. TMK m. 921). Bu özelliği nedeniyle nama yazılı senetlerin, kamu itimadına mazhar olmadığı ve tedavül gücünün büyük ölçüde zayıflamış olduğu ifade edilmelidir. Temel borç ilişkisinden doğan def’ilerin, senedi devralan hamile karşı ileri sürülebilmesi için borç ilişkisinde senede atf yapılmasının gerekli olmadığı; ancak ispat açısından kolaylık sağlayacağı belirtilmelidir⁴⁸. Nihayet emre ve hamile yazılı senetlerin aksine, nama yazılı senetlerin tasarruf yetkisi bulunmayan kişilerden iktisabı mümkün değildir⁴⁹.

2. Nama Yazılı Kıymetli Evrakta Def’iler

a. Def’i kavramı

Dar anlamıyla def’i, borçluya borcunu geçici veya sürekli şekilde yerine getirmekten kaçınma yetkisi veren savunma aracıdır; itiraz, alacaklının hakkının doğmadığını veya sona erdiğini gösteren olaylardır⁵⁰. Kıymetli evrak hukukunda def’i kavramı hem teknik anlamda def’iyi hem de yine teknik anlamda itirazı kapsar. Def’iler, TTK’de genel olarak emre yazılı senetler bölümünde TTK m. 825 hükmünde; özel olarak poliçede TTK m. 687’de ve hamile yazılı senetlerde TTK m. 659’da düzenlenmiştir.

⁴⁶ HUGGENBERGER/WALDMEYER, s. 325; PULAŞLI, s. 58, N. 13a.

⁴⁷ KENDİGELEN/KIRCA, s. 39, N. 89; ÖZTAN, s. 41; PULAŞLI, s. 65, N. 28.

⁴⁸ ZEVKLİLER/ÖZEL, s. 112. Karş. HELVACI, Kıymetli Evrak, s. 63.

⁴⁹ KENDİGELEN/KIRCA, s. 53, N. 121; PULAŞLI, s. 57, N. 11; POROY/TEKİNALP, §2, s. 86, N. 79b.

⁵⁰ EREN, s. 71-76; KENDİGELEN/KIRCA, s. 85, N. 183; SÖNMEZ, s. 31.

b. Def'i türleri

Def'iler, öğretide çeşitli açılardan tasnif edilmiştir. Bu ayrımlardan kanaatimizce en önemlisi, def'ilerin etki ve maddi özelliklerini dikkate alan ayrımdır⁵¹.

Etkilerine göre def'iler; senet borçlusu tarafından herkese karşı ileri sürülebilen “*mutlak def'iler*” ile sadece belirli bir borçlu tarafından ve sadece belirli bir senet alacaklısına karşı ileri sürülebilen “*nispî def'iler*” olarak iki şekilde ele alınmaktadır⁵². Ayrı bir def'i rejimine tâbi olmayan nama yazılı kıymetli evrakta mutlak ve nispî def'iler, kural olarak senedi devralan her hamile karşı ileri sürülebilir (TBK m. 188/1; karşı. TTK m. 680, 686/2, 687).

Maddi özelliklerine göre def'iler ise; senet metninden anlaşılan, senetteki taahhüdün hükümsüzlüğüne ilişkin olan ve şahsî def'iler olarak üç alt ayrımda incelenmektedir⁵³. Senet metninden anlaşılan def'iler, kamu itimatına mazhar olan senetlerde de her alacaklıya karşı ileri sürülebilen, senedin kanunda aranan unsurları ihtiva etmediğine, vadenin gelmediğine, ciro zincirinde kopukluk olduğuna veya senetteki alacağın koşula ya da kayda bağlandığına ilişkin senetten görülebilen hususlardır.

Senetteki taahhüdün hükümsüzlüğüne ilişkin def'iler, senedin hükümsüz olmasına değil; sadece senetle taahhüt altına giren kişinin taahhüdünün etkisiz olmasına yol açar. Bu yönüyle bu tür def'iler nispî etkilidir. Fakat borçlunun korunması gereken kimi hallerde bu def'ilere de mutlak etki bahşedilmiştir⁵⁴. Bu def'ilerin de kendi içerisinde isnat def'ileri ve geçersizlik def'ileri olarak ikili ayrımda incelendiği belirtilmelidir⁵⁵. İsnat def'ileri arasında, imza sahibinin ehliyetsiz olması (*fil ehliyetinin bulunmaması*), adına yetkisiz

⁵¹ HELVACI, Kıymetli Evrak, s. 69; SÖNMEZ, s. 32. Etkilerine göre def'i ayrımının tek başına yeterli olmayacağı yönünde bkz. KENDİGELEN/KIRCA, s. 87, N. 186.

⁵² ÖZTAN, s. 45; KENDİGELEN/KIRCA, s. 87, N. 187; POROY/TEKİNALP, §3, s. 99, N. 101a; UZUNALLI EROĞLU, s. 129; BAHTİYAR/HAMAMCIOĞLU, s. 76; SÖNMEZ, s. 32.

⁵³ ÖZTAN, s. 46; KENDİGELEN/KIRCA, s. 91, N. 196; PULAŞLI, s. 72 vd., N. 17 vd.; POROY/TEKİNALP, §3, s. 102 vd.; N. 105 vd.; TUNA/GÖÇ GÜRBÜZ, s. 33; UZUNALLI EROĞLU, s. 129; BAHTİYAR/HAMAMCIOĞLU, s. 76; SÖNMEZ, s. 33. Karşı. FRICK, Art. 979, N. 4.

⁵⁴ ÖZTAN, s. 47; KENDİGELEN/KIRCA, s. 128, N. 271; HELVACI, Kıymetli Evrak, s. 69, 71; BAHTİYAR/HAMAMCIOĞLU, s. 78; FRICK, Art. 979, N. 4.

⁵⁵ Bu yönde bkz. KENDİGELEN/KIRCA, s. 94-95, N. 206-207. Geçersizlik def'ileri başlığı altında ele alan eserler için bkz. POROY/TEKİNALP, §3, s. 102, N. 105; DOĞAN, s. 120.

temsilci tarafından imza atılması, imzanın sahte/taklit edilmiş olması⁵⁶, imzanın mutlak cebirle (*zor kullanma*) attırılmış olması halleri sayılabilir. Borçlu, bu def'ilere dayanarak taahhüdünün geçersiz olduğu hususunu herkese karşı ileri sürülebilmektedir. Senedin tedavülüne ilişkin anlaşmanın geçersiz olduğu veya hiç bulunmadığına yönelik iddialara dayanan geçersizlik def'ileri kapsamına ise; hata, hile ya da tehdit ile senedin verilmesi, gabin, kumar, bahis sonucu senedin verilmesi, ahlaka aykırı amaçla senedin verilmesi veya muvazaa iddiası girer⁵⁷. Bu hallerde borçlu, yarattığı hukuki görünüşün sonuçlarına katlanması beklendiğinden korunmaya değer bulunmamış; bu nedenle bu def'iler nispi etkili kabul edilmiştir⁵⁸.

Şahsi def'iler ise senet metninden anlaşılan ve senetteki taahhüdün geçersizliğine ilişkin def'iler dışında kalan def'ilerdir. Bu def'iler, senedi iktisap ederken bilerek borçlu zararına hareket edilmiş olması durumu⁵⁹ hariç, senet borçlusu tarafından kural olarak⁶⁰ sadece doğrudan ilişki kurulan kişi/kişilere karşı ileri sürülebilir (TTK m. 686/2, 687/1).

Nama yazılı kıymetli evrakın devri, alacağın temliki hükümlerine tâbi olduğundan bu tür senetlerde borçlu, devri öğrendiği sırada devredene karşı sahip olduğu savunmaları, devralana karşı da ileri sürebilir (TBK m. 188/1). Bu sebeple yukarıda yer verilen etkilerine ve maddi özelliklerine göre tüm def'iler, nama yazılı kıymetli evrakta kural olarak senedin her yetkili hamiline karşı ileri sürülebilir⁶¹. Kanun koyucu, tüketici işlemlerinde sadece

⁵⁶ YHGK'nin T. 19.03.2019, E. 2017/1636, K. 2019/319 sayılı kararı ve T. 09.03.2016, E. 2014/806, K. 2016/298 sayılı kararı, (<https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay>, erişim: 15.02.2020).

⁵⁷ Kişisel olmayan nispi def'iler başlığı altında inceleyen eser için bkz. HELVACI, Kıymetli Evrak, s. 74-75.

⁵⁸ ÖZTAN, s. 47; KENDİGELEN/KIRCA, s. 108, N. 228.

⁵⁹ FRICK, Art. 979, N. 7; ADIGÜZEL, s. 134. Karş. SÖNMEZ, s. 135-139. TTK m. 687/1'in mehzazı ve tarihi gelişimi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. KENDİGELEN/KIRCA, s. 116, N. 245.

⁶⁰ Senedin TMK hükümleri gereği halefiyet yoluyla devralınması, senedin protesto edilmesinden ya da protesto için öngörülen sürenin geçmesinden sonra ciro edilmesi (TTK m. 690/1) ya da tahsil cirosu yapılması (TTK m. 688/2) durumlarında şahsi def'iler ileri sürülebilmektedir. Ayrıca bkz. KENDİGELEN/KIRCA, s. 88, N. 189; PULAŞLI, s. 77, N. 35; YEŞİLTEPE, s. 34; BAHTİYAR/HAMAMCIOĞLU, s. 81; SÖNMEZ, s. 100 vd. Doğrudan def'i olarak ele alan görüş için bkz. POROY/TEKİNALP, §3, s. 106, N. 117. Aynı yönde ve külli halefiyet hallerinde külli halef üçüncü kişi olmadığından bu kapsamda ele alınamaz. Bu yönde bkz. HELVACI, Kıymetli Evrak, s. 74.

⁶¹ BOZER/GÖLE, s. 34; DOĞAN, s. 122. İstisnaları ve bu bağlamda TBK m. 19/2 uyarınca

nama yazılı senet düzenlenebileceğini öngörmekle tüketicinin, devredene karşı ileri sürebileceği şahsi def'ileri, iyiniyetli olsa dahi devralacak kişiye karşı da ileri sürebilmesine imkân sağlamak istemiştir⁶². Diğer bir ifadeyle tüketici işlemlerinde düzenlenecek kıymetli evrakta, senet borçlusu ile hamil arasındaki çıkar çatışmasında borçlu tüketici tercih edilmiştir⁶³.

3. Eksik Nama Yazılı Kıymetli Evrak

Nama yazılı senetlerde borçlu, ancak senedin hamili bulunan ve senette adı yazılı olan veya onun hukuki halefi olduğunu ispat eden kişilere ödeme yapmak zorundadır. Aksi takdirde borçlu borcundan kurtulmuş olmaz (TTK m. 655). Bu bakımdan nama yazılı senetlerde ödeme aşamasında tüketicinin hukuki durumunun zorlaştırılmış olduğu söylenebilir⁶⁴. Zira tüketici, nama yazılı senedi ibraz eden kişinin meşru hamil olup olmadığını, cüz'i halefiyette senedin veya devir beyanını içeren belgenin; külli halefiyette ise senet dışında hak sahipliğini ispata elverişli (mirasçılık belgesi gibi) belgenin ibrazı ile anlayabileceğinden bu hususta kendisine bir araştırma külfeti yüklenmiş olmaktadır.

Nama yazılı senetlerdeki bu dezavantajlı durumu dikkate alan kanun koyucu, senet tedavüle çıkmadan önce eksik nama yazılı senetlerin (*hinkendes Inhaberpapier*) düzenlenebileceğini kabul etmiştir⁶⁵. Bu tür senetler de nama yazılı senetlere ilişkin hükümlere tâbi olmakla birlikte, ödeme yaparken borçluya kolaylık sunma açısından onlardan ayrılmaktadır⁶⁶. Gerçekten

nama yazılı bononun borçlusunun, iyiniyetli alacaklıya karşı senetteki borcun muvazaalı olduğunu ileri süremeyeceği yönünde bkz. KENDİGELEN/KIRCA, s. 89, N. 191; HELVACI, Kıymetli Evrak, s. 74; POROY/TEKİNALP, §2, s. 89, N. 87. Muvazaaya ek olarak senetten anlaşılmadıkça alacağın devredilemez olduğuna ilişkin def'i de ileri sürülemez (TBK m. 183/2). Bu yönde bkz. FRICK, Art. 967, N. 5; FURTER, Art. 974 OR, N. 5. Nama yazılı ipotekli borç senedi ve irat senedi hakkında bkz. TMK m. 901/2, 927/1.

⁶² ÇABRİ, s. 103; AYDOĞDU, s. 206; ZEVLİLİLER/ÖZEL, s. 109-111; ASLAN, s. 194; KENDİGELEN, s. 171; UZUNALLI EROĞLU, s. 126; YEŞİLTEPE, s. 35. İleten mücerret bir kambiyo senedi ile tüketicinin korunmasının mümkün olmadığı yönünde bkz. İNAL, s. 52. Borçlu bakımından en güvenli kambiyo senedinin nama yazılı senet olduğu yönünde bkz. ÇİZMECİOĞLU, s. 268.

⁶³ KENDİGELEN/KIRCA, s. 86, N. 184.

⁶⁴ BOZER/GÖLE, s. 33; ZEVLİLİLER/ÖZEL, s. 111. Bu hususta ayrıca bkz. KENDİGELEN/KIRCA, s. 42, N. 96; PULAŞLI, s. 66, N. 30.

⁶⁵ Bu senetlere “*alternatif hamiline*”, “*topal nama*”, “*topal hamiline*” senetler gibi isimler verildiği yönünde bkz. POROY/TEKİNALP, §2, s. 82, N. 74.

⁶⁶ FRICK, Art. 976, N. 1; HELVACI, Kıymetli Evrak, s. 67; POROY/TEKİNALP, §2, s. 82, N. 74a; KENDİGELEN/KIRCA, s. 43, N. 97; PULAŞLI, s. 66, N. 32-33; FURTER, Art. 976

de burada borçluya, alacaklı sıfatının ispatını aramadan hamile iyiniyetle yapacağı ödeme ile borçtan kurtulabilme imkânı tanınmıştır (TTK m. 656; Art. 976 OR).

Nama yazılı düzenlenebilecek kıymetli evrak içerisine çekler de girer (TTK m. 785/1-b). Çekin ödeme aracı niteliğini işlevsiz hale getirecek Çek Kanunu'ndaki ileri keşide tarihli çek düzenlemelerine dayanarak (m. 2/10, m. 3/8, geçici m. 3/5) tüketicilerin, ödemelerini teminat altına almak amacıyla veya kredi aracı olarak çek düzenlemeleri mümkündür⁶⁷. Buna karşılık belirli bir kişi lehine “*veya hamiline*” kelimelerinin veya buna benzer başka bir ibarenin eklenmesiyle düzenlenen çek, hamiline yazılı çek sayıldığından (TTK m. 785/2) tüketici bu şekilde bir çek keşide edemeyecektir⁶⁸.

C. Her Bir Taksit Ödemesi İçin Ayrı Ayrı Olacak Şekilde Düzenlenmesi

Tüketicinin yapmış olduğu işlemler nedeniyle düzenlenecek nama yazılı kıymetli evrakın her bir taksit ödemesi için ayrı ayrı olması gerekir (TKHK m. 4/5). Bu düzenleme ile satıcı/sağlayıcıların, tek bir taksitin ödenmemesi durumunda borcun tamamına yönelik yapabilecekleri bir takibe ve taksitle satım sözleşmesini tek taraflı olarak peşin satışa dönüştürmelerine engel olmak istenmektedir⁶⁹. Mülga TKHK'de yalnızca taksitli satışlar için öngörülen bu düzenleme⁷⁰ 6502 sayılı TKHK ile taksitle gerçekleştirilen bütün tüketici işlemleri bakımından uygulanacak temel bir ilkeye dönüştürülmüştür. Gerçekten de söz konusu hüküm TKHK'nın “*Genel Esaslar*” başlıklı ikinci kısmının “*Temel İlkeler*” kenar başlığını taşıyan 4. maddesinde yer almaktadır. Bu sebeple TKHK m. 4/5'in uygulanması için tüketici işleminin, mutlaka taksitle satış sözleşmesi olması gerekmektedir⁷¹. Taksitle yapılacak

OR, N. 8; CENGİL, s. 56. Tüketici işlemlerinde eksik nama yazılı senet düzenlenemeyeceği yönünde bkz. KARA, s. 868.

⁶⁷ KENDİGELEN, s. 170; KENDİGELEN/KIRCA, s. 302-305, N. 694-700; POROY/TEKİNALP, §2, s. 83, N. 76; BOZER/GÖLE, s. 321 vd.

⁶⁸ Çek hakkında öngörülen bu hükmün ifa kolaylığı sunmadığı; çeki doğrudan hamile yazılı çek haline getirdiği yönünde bkz. HELVACI, Kıymetli Evrak, s. 67.

⁶⁹ ZEVKLİLER/ÖZEL, s. 110; AYDOĞDU, s. 205; KENDİGELEN, s. 171; UZUNALLI EROĞLU, s. 125.

⁷⁰ Taksitle satım sözleşmesi ile aynı ekonomik amacı takip eden sözleşmelere de taksitle satıma ilişkin hükümlerin uygulanabileceği yönünde bkz. OZANOĞLU, Tüketici Sözleşmeleri, s. 86.

⁷¹ Hükmün, bedelin peşin ödenmediği veresiye satışlar, tüketici kredileri ve kredi kartları

ödemelerin kıymetli evraka bağlanması durumunda da bu senetlerin nama yazılı olarak düzenlenmesi gerekir⁷². Fakat senet nama yazılı da olsa tüm borç için tek senet keşide edilen hallerde Kanun'a aykırılık gerçekleşmiş olur⁷³. Bu esasa aykırı şekilde düzenlenen senet, tüketici yönünden tamamen geçersizdir⁷⁴.

IV. TKHK M. 4/5 HÜKMÜNE AYKIRILIĞA BAĞLANAN HUKUKİ SONUÇLAR

Mülga 4077 sayılı Kanun'a 4822 sayılı Kanun ile 2003 yılında eklenen m. 6/A'da, taksitle satışlarda kıymetli evrak niteliğinde düzenlenecek senedin, her bir taksit ödemesi için ayrı ayrı ve sadece nama yazılı olabileceği belirtilmiş; aksi takdirde, kambiyo senedinin geçersiz olduğu hükme bağlanmıştı. Senedin tamamen geçersiz kabul edilmesi, kambiyo hukuku düzenlemelerine ve ticari hayattaki işlem güvenliğine aykırı olduğu gerekçesiyle eleştirilmişti⁷⁵. 6502 sayılı TKHK m. 4/5'te ise hükme aykırı olarak düzenlenen senetlerin tüketici yönünden geçersiz olduğu belirtilerek bu eleştiriler giderilmeye çalışılmıştır. Fakat kıymetli evrakın "*tüketici yönünden geçersiz*" olması ile neyin kastedildiği konusunda da öğretilerde farklı görüşler ortaya çıkmıştır. Bu hususta ileri sürülen görüşleri; şahsi def'i, şahsi def'inin herkese karşı ileri sürülebilir olması ve senetteki taahhüdün hükümsüzlüğüne ilişkin def'i şeklinde üç ana gruba ayırmak mümkündür.

Şahsi def'i görüşüne göre⁷⁶ tüketici, TKHK m. 4/5'e aykırılık sebebiyle

bakımından da geçerli olduğu yönünde bkz. AYDOĞDU, s. 204. TKHK m. 4/5 hükmünün peşin işlemler için kıymetli evrak düzenleme yasağı öngörmediği yönünde bkz. GÜMÜŞ, s. 43.

⁷² Y. 13. HD., T. 08.12.2011, E. 2011/6182, K. 2011/18446 sayılı kararı için bkz. TUTUMLU, Yargılama, s. 696.

⁷³ İspata ilişkin sorunların önüne geçebilmek amacıyla tüketici sözleşmesinde senetlere ilişkin bilgilere yer verilmesi gerektiği yönünde bkz. BAHTİYAR/HAMAMCIOĞLU, s. 75; AYDOĞDU, s. 204; KARA, s. 868.

⁷⁴ Kısmi butlanın uygulanmasına engel bulunduğu yönünde bkz. GÜMÜŞ, s. 43; ÇABRİ, s. 105.

⁷⁵ ASLAN, s. 194; UZUNALLI EROĞLU, s. 135. Karş. BGB §496, Abs.3. Senedin geçersiz olduğu yönünde Y. 13. HD., T. 07.03.2018, E. 2016/20529, K. 2018/2886 sayılı karar, (<https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay>, erişim: 12.03.2020). Aksi yönde verilmiş kararlardan Y. 12. HD., T. 29.01.2013, E. 2012/26862, K. 2013/2578; T. 05.09.2012, E. 2012/18537, K. 2012/25467 sayılı kararlar, (<https://legalbank.net>, erişim: 11.03.2020).

⁷⁶ Hükmün emredici olduğu ve hâkim tarafından re'sen dikkate alınacağı yönünde bkz. ÇİZMECİOĞLU, s. 268-269, 272. 4077 sayılı TKHK m. 6/A kapsamında konuyu ele alan görüş için bkz. ÜLGEN, Kıymetli Evrak, s. 138. Kambiyo senedi verme anlaşmasının sebebini oluşturan ifa veya teminat amacı anlaşmasının geçersiz olduğu ve bu durumun

senedin geçersiz olduğunu, yalnızca kıymetli evrakın düzenlenmesine neden olan temel ilişkinin diğer tarafına karşı ileri sürebilir; buna karşılık, senedi devralan iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri süremez. Aksinin kabulü kambiyo hukukunun temel prensiplerine ve imzaların bağımsızlığı ilkesine ters düşer. İkinci görüşe göre⁷⁷ TKHK m. 4/5 ile tüketicinin şahsi def'ilerini herhangi bir sınırlamaya tâbi olmadan senedi devralan herkese karşı ileri sürülebilmesine imkân tanınmıştır. Üçüncü ve son görüş⁷⁸ ise buradaki geçersizliği, "senetteki taahhüdün hükümsüzlüğüne ilişkin def'i" olarak görmektedir. Bu görüşe göre,

tüketici tarafından şahsi def'i olarak ileri sürülebileceği yönünde bkz. UZUNALLI EROĞLU, s. 136, 138. Senedin tüketici senedi olarak verildiği belirli değilse nama yazılı olması gerektiği def'inin iyiniyetli sonraki hamillere karşı ileri sürülemeyeceği yönünde bkz. YHGK T. 21.05.2014, E. 2014/12-403, K. 2014/682. Karar için bkz. ÇİZMECİOĞLU, s. 271. YHGK'nin eTKHK m. 6/A hükmü gereğince bu yönde verdiği bir karar için bkz. T. 21.05.2014, E. 2014/407, K. 2014/686 sayılı kararı, (<https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay>, erişim: 10.03.2020). Ayrıca bkz. Y. 12. HD., T. 06.06.2017, E. 2016/16850, K. 2017/8875 sayılı kararı (<https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay>, erişim: 14.03.2020).

⁷⁷ KENDİGELEN, s. 173-174; KENDİGELEN/KIRCA, s. 121, N. 253; YEŞİLTEPE, s. 41-42. Karş. DOĞAN, s. 138.

⁷⁸ GÜMÜŞ, s. 43; BAHTİYAR/BİÇER, s. 418; BAHTİYAR/HAMAMCIOĞLU, s. 83; SÖNMEZ, s. 71-72; CENGİL, s. 62, 64; KARA, s. 81-82, 866-867; aynı yönde ve hükmün nispi emredici nitelikte olduğu yönünde bkz. ZEVKLİLER/ÖZEL, s. 110-111, 216, 226. "... Buna göre tüketicinin taraf olduğu sözleşmelerde tüketici tarafından düzenlenen kambiyo senedinin nama yazılı olarak düzenlenmesi gerektiğinden, senedin nama yazılı olmaması durumunda kambiyo senedi yalnızca tüketici yönünden geçersiz olup senedi ciro yoluyla devralan kişi kendinden önceki cirantalara ve lehtara karşı başvuru hakkına sahiptir. Bu durumda mahkemece, yukarıda anılı hükümler gerekçe gösterilerek dava konusu senetlerin davacı tüketiciye karşı geçersiz olduğu kabul edilerek davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken..." (Y. 13.HD., T. 03.02.2020, E. 2017/3429, K. 2020/1065 sayılı kararı). "... Anılan düzenleme uyarınca taksitli satışlarda senetler, sözleşmede kararlaştırılan her bir taksit ödemesi için ayrı ayrı olacak şekilde ve sadece nama yazılı olarak düzenlenebilecek, aksi halde kambiyo senedi geçersiz olacaktır. Eldeki davaya konu senedin nama yazılı değil emre yazılı olması nedeni ile tüketici yönünden herkese karşı geçersiz olup bu anlamda cirantanın iyiniyetli ya da kötü niyetli olmasının bir önemi yoktur..." (Y. 4.HD., T. 09.12.2019, E. 2019/875, K. 2019/5885 sayılı kararı, (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, erişim: 10.03.2020). Kanun'a aykırı düzenlenen senedin tüketiciyi bağlamayacağı; ancak borçlunun tüketici olduğu gerekçesiyle sorumluluğunun ortadan kaldırılmasının kıymetli evrakın felsefesine uygun düşmediği yönünde bkz. BOZER/GÖLE, s. 31. Karş. ADIGÜZEL, s. 139, dpn. 66. eTKHK m. 6/A hükmü gereği bu yönde verilen bir karar için bkz. Y. 13. HD., T. 29.04.2014, E. 2014/229, K. 2014/13972 sayılı kararı, (<https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay>, erişim: 09.03.2020). Kanundan doğan bir hükümsüzlük hali olduğu yönünde bkz. YHGK, T. 21.05.2014, E. 2014/407, K. 2014/686 sayılı kararındaki karşı oy yazısı. Kanun'a aykırı şekilde düzenlenen senede dayalı olarak tüketiciye başvurulamayacağı yönünde bkz. ÇABRİ, s. 105. Senedin geçersiz olduğu ve bu geçersizliğin -kıymetli evrak hukukuna uygun düşmese de- iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülmesinin mümkün olduğu yönünde bkz. AYDOĞDU, s. 206; Y. 13. HD., T. 17.06.2019, E. 2016/18572, K. 2019/7274 sayılı karar, (<https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay>, erişim: 12.03.2020).

senet geçerlidir; fakat sahte imza veya ehliyetsizlik durumlarında olduğu gibi, tüketicinin Kanun'a aykırı şekilde attığı imzanın dış görünüşe etkisi yoktur.

TKHK m. 4/5'te, hükme aykırı olarak düzenlenen kıymetli evrakın tüketici yönünden geçersiz olduğu açıkça belirtilmiştir. Tüketici dışındaki kişiler yönünden ise senet geçerlidir. Bu suretle kanun koyucu, bir yandan dolaşıma giren kambiyo senedinde işlem güvenliğini sağlamak istemiş; diğer yandan da tüketicinin mağdur olmasının önüne geçmeyi amaçlamıştır⁷⁹. Hükümün gerekçesi de göz önüne alındığında kanun koyucunun, kıymetli evrakın tedavül gücüne ve işlem güvenliğine tüketici lehine istisna getirdiği ve esas amacının tüketiciyi korumak olduğu ifade edilebilir⁸⁰.

Buna karşılık tüketici, senedi, emre ya da hamile yazılı olacak şekilde ya da toplam satış bedeli üzerinden tek bir senet halinde düzenleyerek tedavüle sokarsa, iyiniyetin korunduğu bir hukuki görünüş yaratmış olur. Bu hukuki görünüşe isteyerek sebep olduğu için tüketicinin bundan doğan sonuçlara katlanması beklenir. Bu yönüyle senedin Kanun'a aykırı düzenlendiği yönündeki def'inin şahsi def'i olduğu ve tedavüldeki kamu itimadına mazhar senetlerde aksinin kabul edilmesinin, kıymetli evrak hukukundaki def'i sistemine ve işlem güvenliğine tamamen ters düşeceği düşünülebilir.

Şahsi def'iler, alacaklı ile borçlu arasında doğrudan doğruya var olan ilişkiden ortaya çıkan def'ilerdir. Bu def'iler, kıymetli evrakın düzenlenmesine neden olan temel ilişkiye yönelik (*edimin hiç ya da gereği gibi ifa edilmediği gibi*) olabileceği gibi; tarafların yaptığı ayrı bir anlaşmadan (*vadenin uzatılması anlaşması gibi*) ya da temel ilişki dışındaki başka bir ilişkiden (*takas def'i gibi*) ortaya çıkabilir⁸¹. TKHK m. 4/5 hükmünde öngörülen, senedin nama yazılı olması veya her bir taksit için ayrı ayrı düzenlenmesi gerektiğine ilişkin def'iler, tüketici ile satıcı/sağlayıcı arasındaki temel ilişkiden kaynaklı def'i niteliğinde değildir. Kanun'a aykırılık, senet metninden anlaşamadığı gerekçesiyle kamu itimadına mazhar olan senetlerde şahsi def'i olarak kabul edilirse, kanun koyucunun tüketiciyi koruma amacı devre dışı bırakılmış olacaktır. Zira şahsi def'iler, emre, hamile ve nama yazılı kıymetli evrakta aynı esaslara tâbi olduğundan, kanun koyucunun TKHK'de özel bir hüküm sevk etmeye de ihtiyacı olmayacaktır.

⁷⁹ Gerekçe TKHK m. 4/5.

⁸⁰ Nihai amacın toplum yararı olduğu yönünde bkz. SİRMEN, s. 2467.

⁸¹ HELVACI, Kıymetli Evrak, s. 73; PULAŞLI, s. 76, N. 31; SÖNMEZ, s. 49 vd.

Kanun'a aykırı düzenlenen kıymetli evrakta, tüketicinin şahsi def'ilerini, senedi devralan kişilere karşı ileri sürebileceğine ilişkin çözüm şekline ise senedin nama yazılı olduğu; fakat tüm borç için tek senet düzenlendiği ihtimalde tereddütle yaklaşmaktayız. Kanun koyucu, senedin nama yazılı düzenlenmediği durumlar ile tek senet düzenlendiği halleri aynı hukuki sonuca tâbi kılmıştır. Senedin nama yazılı düzenlenmediği ihtimalde, senet nama yazılı imiş gibi kişisel def'ilerin ileri sürülebilir olduğu kabul edilebilirse de tüm borç için tek senet düzenlendiği durumda, bu durumun kendisinin mi def'i teşkil edeceği; yoksa bu halde de tüketicinin şahsi def'isi varsa ancak onun mu ileri sürülebileceği soruları ortaya çıkacaktır. Kanaatimizce iki durumu da kapsayan aynı hukuki sonuca, tüketicinin yapabileceği işlemler bakımından ehliyetinin kısıtlandığının kabulü ile ulaşılabilecektir. Kaldı ki kanun koyucu, nama yazılı senet düzenlenmiş gibi şahsi def'ilerin her hamile ileri sürülebileceği çözüm şeklini benimsese idi bu hususu Kanun'da "...*bu Kanun hükümleri geçerli olur*" şeklinde açıkça öngörebilirdi.

Burada kanun koyucu, tüketiciyi korumak amacıyla onun kıymetli evrak düzenleme ehliyetini sınırlandırmak istemekte ve bu amaçla özel bir kanun hükmü ile tüketiciye def'i ileri sürme imkânı tanımaktadır. Bu yönüyle def'i, senetten anlaşılmayan, Kanun'daki özel düzenlemeye dayanarak sadece tüketici tarafından ileri sürülebilen bir def'idir. TKHK m. 4/5 hükmünün lafzı ve kanun koyucunun tüketiciyi koruma amacı bir bütün olarak ele alındığında kanaatimizce hükümde, senet ile taahhüt altına giren tüketicinin taahhüdünün geçersiz olduğu hükme bağlanmak istenilmiştir.

Bir tüketici işleminde kıymetli evrakın Kanun'a aykırı düzenlendiği hususunun, senetteki taahhüdün hükümsüzlüğüne ilişkin def'ilerden, senedin tedavülüne ilişkin anlaşmanın geçersizliği söz konusu olmadığından⁸² isnat def'ilerine dâhil olduğunu düşünmekteyiz. Tüketici, özel bir kanunla kıymetli evraktaki taahhüdü hükümsüz sayılmak suretiyle herkese karşı ileri sürebileceği def'i hakkı kazanmıştır. Bununla birlikte önemle ifade edilmelidir ki burada senet nama yazılı senet kabul edilmemekte; kıymetli evrak emre veya hamile yazılı senet olarak tedavül etmeye devam etmektedir. Tüketici bu senetteki taahhüdünün geçersiz olduğunu her hamile karşı ileri sürebilme imkânını elde etmektedir. Böylece kanun koyucu, tüketiciyi *-çoğu zaman kendisine imzalaması için bankalarca sunulan*⁸³- emre ya da hamile yazılı

⁸² İfa veya teminat anlaşmasının geçersiz olduğu; fakat kambiyo senedi verme anlaşmasının geçersiz olmadığı yönünde bkz. YEŞİLTEPE, s. 36.

⁸³ BATTAL, Tüketicinin Korunması, s. 100.

kıymetli evrakta ya da tüm satış bedeli için düzenlenen tek bir senette ehliyetsiz olarak korunmaya değer görmekte; bunun neticesinde tüketiciye mutlak def'i olarak taahhüdünün geçersiz olduğunu her hamile karşı ileri sürebilme imkânı tanımaktadır⁸⁴. Bununla birlikte kıymetli evraktaki taahhüdün geçersiz olması, satıcı/sağlayıcı ile yapmış olduğu temel borç ilişkisinin sıhhatini etkilemeyeceğinden ve senedin tüm ilgililer hakkında geçersiz olmasına yol açmayacağından hükmün, ciddi adaletsiz sonuçlara yol açacağı endişesi haklı görülmemektedir.

Eksik nama yazılı kıymetli evrak, nama yazılı kıymetli evrak olarak kabul edildiğinden, tüketicinin her hamiline ödemek hakkını saklı tutarak nama yazılı düzenlediği kıymetli evrak da her bir taksit ödemesi için ayrı ayrı olacak şekilde düzenlenmişse Kanun'a uygun olacaktır (TTK m. 656).

Kanun'a aykırı şekilde düzenlenen senet nedeniyle TKHK m. 4 hükmünde belirtilen yükümlülöklere aykırı hareket edenler hakkında, aykırılığı tespit edilen her bir işlem/senet için idari para cezası uygulanacağı hükme bağlanmıştır (TKHK m. 77/1). Tüketici işlemlerinde teorik olarak senet tüketici tarafından düzenlenecekse de uygulamada piyasadaki boş bono yapraklarının satıcı/sağlayıcı tarafından doldurulduğu ve tüketici imzasına sunulduğu gözlemlendiğinden, hükme aykırı hareket edenin satıcı/sağlayıcı olması durumlarında idari para cezasının, bu kişiler hakkında uygulanması gerekli olacaktır⁸⁵.

V. TÜKETİCİ İŞLEMLERİNDE DÜZENLENEN KIYMETLİ EVRAKA İLİŞKİN UYUŞMAZLIKLARDA GÖREVLİ MAHKEME

Kanun'da belirlenen parasal değerin altında kalan tüketici uyuşmazlıklarında tüketici hakem heyetine başvuru yapılması zorunlu olduğundan (TKHK m. 68/1) bu başlık altında sadece bu parasal sınırın üzerinde kalan tüketici uyuşmazlıkları hakkında, bilhassa tüketici işlemlerinde düzenlenen kıymetli evraktan doğan uyuşmazlıklarda görevli mahkemenin tespitine çalışılacaktır.

⁸⁴ BAHTİYAR/HAMAMCIOĞLU, s. 83; GÜMÜŞ, s. 43. Ayrıca bkz. Y. 13.HD., T. 03.02.2020, E. 2017/3429, K. 2020/1065 sayılı kararı. İsnat def'ileri olarak gruplandırılan def'ilerde senede karşı kamu güveni esasına değil; borçlunun menfaatinin korunmasına öncelik tanındığı; ehliyetsizlerin korunmasının evrensel bir hukuk ilkesi olduğu yönünde bkz. ÖZTAN, s. 47.

⁸⁵ BAHTİYAR/HAMAMCIOĞLU, s. 76; YEŞİLTEPE, s. 32-33.

Mahkemelerin görevi, kanunla düzenlenir. Göreve ilişkin kurallar, kamu düzeninden kabul edilmiştir (HMK m. 1). Görev konusu, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği bir alan değildir. Mahkemenin görevli olması dava şartıdır (HMK m. 114/1-c). Başka bir anlatımla davanın esastan görülüp karara bağlanabilmesi için, mahkemenin görevli olup olmadığı hususu hâkim tarafından davanın her aşamasında kendiliğinden araştırılmakta ve görevsizliğin bulunduğu durumlarda taraflarca da davanın her aşamasında ileri sürülebilmektedir.

Hukuk mahkemeleri; asliye hukuk mahkemeleri, sulh hukuk mahkemeleri ve özel görevli mahkemeler olmak üzere üçe ayrılmaktadır (5235 sayılı Kanun m. 4, 6). Özel mahkemeler, kanunla belirlenmiş belirli kişiler arasındaki veya bazı konulardaki uyuşmazlıklara bakmakla görevli, kuruluş, işleyiş ve kimi zaman yargılama usulü özellik arz eden ihtisas mahkemeleridir. Görevli mahkeme tespit edilirken, öncelikle uyuşmazlığın genel veya özel mahkemeden hangisinin görev alanına dâhil olduğu incelenmelidir.

Tüketici işlemleri ile tüketiciye yönelik uygulamalardan doğan uyuşmazlıklara ilişkin davalarda tüketici mahkemeleri görevli kabul edilmiştir (TKHK m. 73/1). Tüketici mahkemeleri, ekonomik anlamda güçlü kişilerin karşısında zayıf konumda olan tüketicilerin korunması amacıyla kabul edilen Kanun hükümlerini hayata geçirmek amacıyla kurulmuş özel mahkemelerdir⁸⁶. Bu mahkemeler yasal temellerini, Anayasa'nın 5. ve 172. maddeleri ile TKHK m. 73/1 hükmünde bulmaktadır. TKHK'de tüketici işlemi tanımlanmış (m. 3/1-1); fakat tüketici uyuşmazlığına ilişkin bir tanım getirilmemiştir. Bununla birlikte tüketici mahkemelerinin görev alanını belirleyen TKHK m. 73/1 hükmünden hareketle tüketici işlemleri ile tüketiciye yönelik uygulamalardan doğan uyuşmazlıkların tüketici uyuşmazlığı oluşturduğu kabul edilmiştir⁸⁷. Kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlemler tüketici işlemidir (TKHK m. 3/1-1).

Kanun'da tüketici işlemi ve dolayısıyla tüketici uyuşmazlığı geniş bir şekilde ifade edilmiş olsa da bilhassa tüketici işlemlerinde kıymetli evrak düzenlenmesinde olduğu gibi hem TKHK'de hem de bir başka kanunda

⁸⁶ TUTUMLU, Yargılama, s. 27; ÖZMUMCU, s. 837.

⁸⁷ TUTUMLU, Dava, s. 45.

düzenlenen hususlardan doğan uyuşmazlıkların çözüm yeri konusunda tereddütler ortaya çıkmaktadır. Bu konuda bir görüş, taraflardan birinin tüketici olduğu işlemlerden doğan uyuşmazlıklarda tüketici mahkemelerinin görevli olduğunu, TKHK m. 83/2 hükmü gereği diğer kanunlardaki aksine hükümlerin uygulanmayacağını savunmaktadır⁸⁸. Diğer bir görüş, taraflardan birinin tüketici olmasının, davanın, ticari dava olması durumunda tüketici mahkemesinde görülmesine imkân vermeyeceğini ileri sürmektedir. Bu görüşe göre tüketici mahkemesinde dava açılabilmesi, ihtilafın TKHK hükümlerinin uygulanmasına ilişkin olmasına bağlıdır. Aksi halde mahkemelerin uzmanlık alanları göz ardı edilmiş olur⁸⁹.

Kıymetli evrak, TTK'nin üçüncü kitabında düzenlenmiştir. Kıymetli evraka dayalı uyuşmazlıklar, tarafların tacir olup olmadıklarına bakılmaksızın, sırf TTK'de düzenlendiği için ticari dava olarak kabul edilmiştir (TTK m. 4/1-a). Bu tür davalarda *aksine hüküm bulunmadıkça* asliye ticaret mahkemesi

⁸⁸ BAHTİYAR/HAMAMCIOĞLU, s. 90; DÖNER, s. 160-161; KARA, s. 82, 435-437. Sigorta sözleşmesinden kaynaklanan davalara bakma görevinin tüketici mahkemelerine ait olduğu yönünde bkz. Y. 20. HD., T. 03.12.2015, E. 2015/14498, K. 2015/12180, (<https://www.corpus.com.tr>, erişim: 10.03.2020). Taşıma ve sigorta sözleşmesinden doğan uyuşmazlıkta, davacı tüketici sıfatını taşıyor ise davanın tüketici mahkemesinde açılması gerektiği yönünde bkz. BAHTİYAR/BİÇER, s. 422, 424. Ayrıca YHGK. T. 19.03.2003, E. 2003/117, K. 2003/169 sayılı kararı, (<https://www.corpus.com.tr>, erişim: 10.03.2020); Y. 13. HD., T. 24.11.2015, E. 2015/29415, K. 2015/34392 sayılı kararı, (<https://www.corpus.com.tr>, erişim: 08.03.2020). İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 19. HD., T. 11.04.2019, E. 2019/1062, K. 2019/937 sayılı kararında; kredi kartı sözleşmesinden doğan uyuşmazlığı, ticari dava olarak kabul etmemiş; tüketici işleminden kaynaklandığını belirtmiştir. Fakat Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 3. HD., T. 03.05.2019, E. 2019/856, K. 2019/834 sayılı kararı ile uyuşmazlığı ticari dava olarak kabul etmiştir. Kararlar için bkz. YILMAZ, s. 220-221.

⁸⁹ İNAL, s. 444-445; ASLAN, s. 348. Bonodan kaynaklanan davalarda tüketici mahkemesinin görevli kabul edilmesinin, bononun mücerretliği ilkesi ve mutlak ticari dava kavramıyla bağdaşmadığı yönünde bkz. ÜLGEN/HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN, Ticari İşletme, s. 129. Taşıma işlerinden kaynaklanan davanın, tarafların sıfatına bakılmaksızın mutlak ticari dava olduğu yönünde Y. 11. HD., T. 05.10.1999, E. 1999/5782, K. 1999/7900 sayılı kararı (<https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay>, erişim: 13.03.2020). Y. 20. HD., T. 03.11.2016, E. 2016/9911, K. 2016/10058 sayılı kararı ve T. 13.10.2016, E. 2016/6576, K. 2016/8919 sayılı kararı, (<https://www.corpus.com.tr>, erişim: 15.03.2020). TKHK'nin tüketici mahkemesinin görevine ilişkin hükümleri gereğince, tüketici mahkemelerinin uzman olmadıkları konularda da karar vermek durumunda kalacakları; ancak taşıma, sigortacılık, bankacılık gibi konularda ticaret mahkemelerinin görevli kabul edilmesinin daha uygun olacağı yönünde bkz. ARKAN, s. 119, dpn. 1. Taşıma sözleşmesinden doğan uyuşmazlığa öncelikle taşıma hukuku mevzuatındaki hükümlerin uygulanması gerektiği ve dava, taşıma hukukuna has bir müesseseye dayanıyorsa asliye ticaret mahkemesinde görülmesi gerektiği; tüketici mahkemesinde görülecekse dahi taşıma sözleşmesinin tabi olduğu hukuki rejimin araştırılarak uygulanması gerektiği yönünde bkz. AKSOY, s. 326, 335.

görevli mahkeme olarak belirlenmiştir (TTK m. 5/1). Kanaatimizce olması gereken hukuk açısından eleştirilebilirse⁹⁰ de, tüketici mahkemelerinin görev alanını genişleten TKHK m. 83/2 hükmü karşısında, mutlak ticari dava niteliği de taşısaya, uyuşmazlığın bir tarafında tüketici, diğer tarafında ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden kişi/kişilerin olduğu durumlarda, bu ilişkiden doğan uyuşmazlıklarda tüketici mahkemeleri görevli kabul edilmelidir⁹¹. TTK m. 5/1 hükmünde, ticari davalarda aksine hüküm olmadıkça asliye ticaret mahkemesi görevli kabul edilmiş; tüketici mahkemelerinin görevli olacağına ilişkin TKHK m. 83/2 hükmü ile bu kurala istisna getirilmiştir. Gerçekten de TKHK m. 83/2 uyarınca; “*Taraflardan birini tüketicinin oluşturduğu işlemler ile ilgili diğer kanunlarda düzenleme olması, bu işlemin tüketici işlemi sayılmasını ve bu Kanunun görev ve yetkiye ilişkin hükümlerinin uygulanmasını engellemez.*” TKHK, TTK’ye nazaran özel bir kanun olduğu gibi, yürürlük tarihi itibarıyla de sonraki kanun niteliğindedir. Bu sebeple TKHK m. 83/2’nin TTK m. 5/1’deki hükme istisna oluşturduğu kabul edilmelidir. Öte yandan tüketici mahkemesinin görev alanı belirlenirken, tüketici işleminin tanımlandığı m. 3/1-1 bendinde sayılan hukuki işlem türleri değil; taraflardan birinin tüketici, diğer tarafının ise ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden kişi olması belirleyici olmaktadır⁹². Bu sebeple mevzu hukuk açısından tüketici işlemi nedeniyle düzenlenen kıymetli evraktan doğan uyuşmazlıkların çözüm yeri -TTK’de bu uyuşmazlık mutlak ticari dava olarak kabul edilse de- tüketici mahkemesidir.

VI. SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Tüketici işlemlerinde kıymetli evrak, sadece nama yazılı ve her bir taksit ödemesi için ayrı ayrı olacak şekilde düzenlenebilir. Tüketicuyu korumak amacıyla öngörülen bu esaslara aykırılık durumunda, senedin tüketici yönünden geçersiz olduğu kabul edilmiştir (TKHK m. 4/5). Kanaatimizce kanun koyucu bu düzenlemesi ile kıymetli evrak hukuku alanında tüketicinin

⁹⁰ Hükmün eleştirisi hakkında bkz. İNAL, s. 442; BAHTİYAR/BİÇER, s. 425; ÖZMUMCU, s. 871.

⁹¹ Aynı yönde bkz. AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s. 67; BAHTİYAR/BİÇER, s. 424; ÖZMUMCU, s. 846. *Yılmaz*, tüketici mahkemelerini görevli kabul etmekle birlikte bu kabulün, açılacak davanın ticari dava niteliğine engel olmayacağını da eklemektedir (YILMAZ, s. 233). Maddi hukuka ilişkin atfın usul hükümlerini kapsamadığı; tüketici hukukuna giren tüm uyuşmazlıklarda atfı yapılsa da yapılmasa da tüketici mahkemelerinin görevli olduğu yönünde bkz. DURMAN, s. 83.

⁹² Y. 13. HD., T. 13.04.2015, E. 2015/9567, K. 2015/11649 sayılı kararı için bkz. TUTUMLU, Dava, s. 46. Ayrıca bkz. YILMAZ, s. 229.

işlem ehliyetini kısıtlama yolunu tercih etmiştir. Kıymetli evrakın söz konusu esaslara aykırı olarak düzenlenmesi halinde tüketici, bu geçersizliği “senetteki taahhüdün geçersizliğine ilişkin bir def’i” olarak senedin her hamiline karşı ileri sürebilir. Bu durumun, ticari hayattaki işlem güvenliğini, üçüncü kişi konumundaki hamil bakımından zedelediği ortadadır. Fakat kanun koyucu, TKHK m. 4/5’teki düzenlemesi ile senedi devralan üçüncü kişi ile tüketici arasındaki menfaat çatışmasında tercihini zayıf taraf konumundaki tüketiciden yana kullanmıştır. Başka bir anlatımla kıymetli evrak hukuku alanında, özellikle kambiyo senetleri bakımından temel ilke olan işlem güvenliğinden tüketici lehine vazgeçilmiştir. Fakat bu özel/istisnai nitelikte vazgeçme, yalnızca tüketici bakımındandır. Tüketici dışındaki kişiler yönünden ise senet geçerlidir. Bu bağlamda senedi devralan üçüncü kişi, iyiniyetli de olsa tüketiciye müracaat edemeyecek; imzaların istiklali ilkesi bağlamında senetteki diğer sorumlulara başvurabilecektir. Tüketicinin, Kanun’a aykırı düzenlenen senetlerin keşidecisi olduğu durumların yanında, bu senetlerde ciro zincirine dâhil olmasına yol açacak diğer kambiyo taahhütlerinde de korunması hükmün amacı gereğidir. Öte yandan kıymetli evrakın TKHK m. 4/5’e aykırılığı ve bu sebeple tüketici yönünden geçersiz olduğu hâkim tarafından re’sen dikkate alınmalıdır.

Kanaatimizce olması gereken hukuk açısından TKHK m. 4/5’te revizyona gidilmesi gerekir. Bu bağlamda yapılacak düzenleme ile tüketicinin yine belirli özellikte kıymetli evrak tanzim edebileceği; belirlenen esaslara aykırılık durumunda senedin iadesinin istenebileceği; tedavüle çıkarılması halinde ise, emre ve hamile yazılı kıymetli evrakın kamu itimadına mazhar olmasının gereği olarak, bu aykırılığın senedi devralan üçüncü kişilere karşı ileri sürülemeyeceği, yalnızca satıcı/sağlayıcının tüketicinin uğradığı zarardan sorumlu olacağı öngörülebilir (Karş. BGB §496, Abs.3). Bu suretle ticari hayattaki işlem güvenliği ve kıymetli evrak hukukunun esasları ile uyum sağlanmış olur.

Tüketici işlemlerinde düzenlenen kıymetli evraktan doğan uyumsuzluklarda, TKHK m. 83/2’nin açık hükmü gereği tüketici mahkemeleri görevli kabul edilmelidir. TKHK, TTK’ye nazaran özel bir kanun olduğu gibi yürürlük tarihi itibarıyla de sonraki kanun niteliğindedir. Bu sebeple TKHK m. 83/2’nin TTK m. 5/1’deki hükme istisna oluşturduğu kabul edilmelidir. Bu noktada, tüketici mahkemelerinin kıymetli evrak hukuku alanında uzmanlaşmadığı yönünde bir eleştiri yapılabilir. Fakat aynı eleştiri, bu kez tüketici sıfatının ve tüketici işleminin tespit edilmesi gibi halen tartışmalı olan

konularda, tüketiciyi koruyan özel düzenlemelerin ve Kanun'un amacının dikkate alınmayacağı şeklinde asliye ticaret mahkemelerine de yöneltilebilir. Mer'i hukuk çerçevesinde, ihtisas mahkemesi hâkimlerinin, sadece uzmanlık konusu olan uyuşmazlıklarda değil; hukukun bir bütün olduğu göz önüne alındığında, bu uyuşmazlıklarla ilgili olan fakat diğer kanunlarda düzenlenen hukuki konular hakkında da bilgi sahibi olması beklenmektedir. Tüketici mahkemesi hâkimi, kıymetli evraka dayalı uyuşmazlıklarda konunun TTK'de düzenlendiğini bilecek ve TKHK'nin tüketiciyi koruyan özel düzenlemeleri ile birlikte kıymetli evrak hukuku hükümlerini uygulayacaktır.

KAYNAKÇA

- ADIGÜZEL, Burak: “Yargıtay Kararları Işığında Kambiyo Senetlerinde Bile Bile Borçlu Zararına Hareket”, **Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi**, C. 4, S. 2, 2018, s. 129-148.
- AKSOY, Sami: “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Taşıma Hukukuna Müdahalesi”, **BATİDER**, C. XXXI, S. 2, 2015, s. 305-336.
- ARKAN, Sabih: **Ticari İşletme Hukuku**, B. 25, Ankara 2019.
- ASLAN, İ. Yılmaz: **Tüketici Hukuku Dersleri**, Bursa 2006.
- AYDOĞDU, Murat: **Tüketici Hukuku Dersleri**, Ankara 2015.
- AYHAN, Rıza/ÇAĞLAR, Hayrettin/ÖZDAMAR, Mehmet: **Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar**, Ankara 2019.
- BAHTİYAR, Mehmet/BİÇER, Levent: “Adi İş/Ticari İş/Tüketici İşlemi Ayırımı ve Bu Ayırımın Önemi”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 22, S. 3, 2016, s. 395-436.
- BAHTİYAR, Mehmet/HAMAMCIOĞLU, Esra: “Tüketicinin Kıymetli Evrak ile Borçlanması ve Sonuçları”, **Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. III, S. 1, Haziran 2015, s. 67-92.
- BAMBERGER, Heinz Georg/ROTH, Herbert/HAU, Wolfgang/POSECK, Roman: **BeckOK Bürgerliches Gesetzbuch**, München 2020.

- BATTAL, Ahmet: “Kıymetli Evrakla Borç Altına Giren Tüketicinin Korunması”, **BATİDER**, C. XIX, S. 3, 1998, s. 95-112, (Tüketicinin Korunması).
- BATTAL, Ahmet: “Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Yönünden Tacirlerin Tüketici Sıfatı”, **Prof. Dr. Ali Bozer’e Armağan**, Ankara 1998, s. 313-332, (Tüketici Sıfatı).
- BAYRAKTAROĞLU ÖZÇELİK, Gülüm: “Yabancı Unsurlu Tüketici Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisinin Tayini”, **AÜHFD**, C. 63, S. 4, 2014, s. 833-878.
- BOZER, Ali/GÖLE, Celal: **Kıymetli Evrak Hukuku**, B. 8, Ankara 2018.
- CAN, Mehmet Çelebi: “Türk Borçlar Kanunu’nun 603. Maddesinin Kıymetli Evrak Hukukunda Uygulanabilirliği- Ayalde Eşin Rızası Aranmalı mı?”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XXI, S. 3, 2017, s. 35-73.
- CENGİL, M. Fatih: “Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 05.03.2014 Tarih, 2013/12-2113 Esas ve 2014/210 Kararı Işığında Tüketicinin Yapmış Olduğu İşlemler Nedeniyle Nama Yazılı Senet Düzenlenmesi Zorunluluğu”, **Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Aralık 2014, C. 1, S. 2, s. 49-72.
- ÇABRİ, Sezer: **6502 Sayılı Kanun’a Göre Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi**, Ankara 2016.
- ÇİZMECİOĞLU, Leyla: **Tüketici Hukuku Davaları, Teori-Uygulama**, (Edit.: ŞAHİN MCCARTHY, Oya/DİNÇ, Mutlu), Ankara 2017.
- DEMİR, Mehmet. “4822 Sayılı Kanun ile Tüketici Sözleşmeleri Alanında Getirilen Yenilikler”, **BATİDER**, C. XXII, S. 1, 2003, s. 203-231.
- DEMİRKAPI, Ertan: “Avalin Şekli Şartları”, **DEÜHFD**, C. 6, S. 2, 2004, s. 61-95.
- DOĞAN, Özgür: “Tüketici Senetleri”, **Ankara Barosu Dergisi**, 2018/2, s. 113-141.
- DÖNER, Kemal: “Tüketici Mahkemelerinin Görevli Olduğu Uyuşmazlıklar”, **DÜHFD**, C. 22, S. 36, 2017, s. 137-173.

- DURMAN, Okay: “Tüketici veya Kefili Aleyhine Açılan Davalar ve İcra Takipleri”, **Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Dergisi**, C. 9, S. 24, 2013, s. 73- 90.
- EREN, Fikret: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara 2018.
- FRICK, Thomas A.: **OR Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht**, (Hrsg.: KOSTKIEWICZ, Jolanta Kren/ WOLF, Stephan/ AMSTUTZ, Marc/ FANKHAUSER, Roland), 3. Aufl., 2016.
- FURTER, Robert: **Basler Kommentar Wertpapierrecht**, (Hrsg.: HONSELL, Heinrich/VOGT, Nedim Peter/WATTER, Rolf), 1. Aufl., Basel 2012.
- GEZDER, Ümit: **Tüketici Kredisi Sözleşmeleri**, İstanbul 1998.
- GÖKTÜRK, Kürşat: “Ticari İş Kavramı, Sınırlandırılması ve Faiz Meselesi”, **GÜHFD**, C. XIX, S. 2, 2015, s. 3-44.
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper: **6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi**, C. 1, Madde: 1-46, İstanbul 2014.
- GÜNER, Cemil: “Türk Hukukunda, Bazı Millî Hukuklarda ve Milletlerarası Sözleşmelerde Tüketici Kavramı”, **İş Dünyası ve Hukuk, Prof. Dr. Tankut Centel’e Armağan**, İstanbul 2011, s.1032-1059.
- HUGGENBERGER, Eric, (ABEGG, Philipp/GEISSBÜHLER, Alex/ HAEFELI, Kurt/LARUMBE, Gabriel): **Schweizerisches Bankenrecht Handbuch für Finanzfachleute**, 4. Aufl., 2019.
- HUGGENBERGER, Eric/WALDMEYER, Hanspeter, (ABEGG, Philipp/ GEISSBÜHLER, Alex/HAEFELI, Kurt/LARUMBE, Gabriel): **Schweizerisches Bankenrecht Handbuch für Finanzfachleute**, 4. Aufl., 2019.
- İNAL, Tamer: **Açıklamalı-İçtihatlı Tüketici Kredileri ve Tüketici Kredisi Sözleşmeleri, İsviçre Hukuku-Fransız Hukuku ve Avrupa Birliği Konseyi Yönergeleri Işığında**, Beta 2002.
- KARA, İlhan: **Yeni Kanuna Göre Tüketici Hukuku**, Ankara 2015.
- KENDİGELEN, Abuzer: **Çek Hukuku**, B. 5, İstanbul 2019.
- KENDİGELEN, Abuzer/ KIRCA, İsmail: **Kıymetli Evrak Hukuku**, İstanbul 2019.

MÜLLER, Christoph: **Berner Kommentar, Einleitung in das OR / I. Obligationenrecht von 1911**, (Hrsg.: AEBI-MÜLLER, Regina E./MÜLLER, Christoph), 2018.

OZANOĞLU, Hasan Seçkin: “Mukayeseli Hukuk ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Açısından Tüketiciyi Koruyan Düzenlemelerin Kişi Bakımından Uygulanma Alanı”, **Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan**, İstanbul 2000, s. 663-692, (Uygulanma Alanı).

OZANOĞLU, Hasan Seçkin: “Tüketici Sözleşmeleri Kavramı (Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Maddi Anlamda Uygulanma Alanı)”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 50, S. 1, 2001, s. 55-90, (Tüketici Sözleşmeleri).

ÖZMUMCU, Seda: “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Hükümleri ve Yargıtay Kararları Çerçevesinde Tüketici Mahkemelerinin Görev Alanına Giren Uyuşmazlıklara Genel Bir Bakış”, **DEÜHFD**, C. 16, **Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan**, Özel Sayı 2014, s. 831-871.

ÖZTAN, Fırat: **Kıymetli Evrak Hukuku**, Ankara 2019.

POROY, Reha/TEKİNALP, Ünal: **Kıymetli Evrak Hukuku Esasları**, B. 22, İstanbul 2018.

PULAŞLI, Hasan: **Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları**, B. 7, Ankara 2019.

SİRMEN, Lâle: “Tüketici Hukukunun Amacı ve Özellikleri”, **Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi**, **Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan**, C. III, İzmir 2013, s. 2465-2475.

SÖNMEZ, Numan Sabit: **Kambiyo Senetlerinde Şahsi Defiler**, İstanbul 2019.

TUNA, Ergun/GÖÇ GÜRBÜZ, Diğdem: **Ticaret Hukuku Prensipleri Kıymetli Evrak**, İstanbul 2018.

TUTUMLU, Mehmet Akif: **Tüketici Hukuku Davaları, Teori-Uygulama**, (Edit.: ŞAHİN MCCARTHY, Oya/DİNÇ, Mutlu), Ankara 2017, (Dava).

TUTUMLU, Mehmet Akif: **Tüketici Yargılaması Hukuku**, B. 2, Ankara 2019, (Yargılama).

UZUNALLIEROĞLU, Sevilay: “Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un

Kıymetli Evrak Hukukuna Etkileri”, **DEÜHFD**, C. 6, S. 1, 2004, s. 113-176.

ÜLGEN, Hüseyin/ HELVACI, Mehmet/KAYA, Arslan/NOMER ERTAN, N. Fusun: **Kıymetli Evrak Hukuku**, B. 11, İstanbul 2019, (Kıymetli Evrak).

ÜLGEN, Hüseyin/HELVACI, Mehmet/KAYA, Arslan/NOMER ERTAN, N. FÜSUN: **Ticari İşletme Hukuku**, B. 6, İstanbul 2019, (Ticari İşletme).

YEŞİLTEPE, Salih Önder: “6502 Sayılı TKHK m. 4/5 Çerçevesinde Kıymetli Evrakın Tüketici Yönünden Geçersizliği Meselesi”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 20, S. 2, 2014, s. 23-44.

YILDIRIM, Abdulkerim: “Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı Taslağının Bazı Maddelerine İlişkin Değerlendirmeler”, **GÜHFD**, C. XVII, S. 1-2, 2013, s. 1015-1046.

YILMAZ, Abdülhamit: “Bölge Adliye Mahkemesi Kararları Işığında Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk ve Tüketici Kredisi Sözleşmeleri”, **Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 4, S. 1, Ocak 2018, s. 219-238.

ZEVKLİLER, Aydın/ÖZEL, Çağlar: **Tüketicinin Korunması Hukuku**, Ankara 2016.

ZOBL, Dieter: **BK-Berner Kommentar, Band /Nr. IV/2/5/2, Das Fahrnispfand, Art. 888-906 ZGB, mit kurzem Überblick über das Versatzpfand (Art. 907-915 ZGB)**, 2. Aufl., 1996.

DONDURULARAK SAKLANMIŞ ÜREME HÜCRESİNİN VEYA EMBRİYONUN EŞİN ÖLÜMÜNDEN SONRA ANA RAHMİNE TRANSFERİ (POSTMORTAL DÖLLENME) SONUCUNDA DOĞAN ÇOCUĞUN MİRASÇILIĞI

Bahar ÖCAL APAYDIN*
Nurten İNCE AKMAN**

ÖZ

İsviçre Medeni Kanunu m. 542/f.1, Türk Medeni Kanunu m. 580/f.1 ve Alman Medeni Kanunu § 1923/f.1 hükümleri uyarınca mirasçı olabilmek için mirasbırakanın ölümünde sağ olmak gerekmektedir. Ancak bu hukuk düzenlerinde mirasbırakanın ölümünde ona mirasçı olmak için sağ olunması koşuluna bir istisna tanınmış ve miras açıldığında (mirasbırakanın ölüm anında) ceninin bulunması halinde sağ doğan cenin, mirasçı olarak kabul edilmiştir. Hatta cenin doğana kadar mirasın paylaşımının ertelenmesi imkânı getirilmiştir. Teknolojide ve tıpta meydana gelen gelişmeler aile yapısını da etkilemektedir. Günümüzde yapay döllenmenin tanıdığı imkânlar başta olmak üzere çeşitli sebeplerle hukukun birçok alanını etkileyen yeni sorunların ortaya çıkması muhtemeldir. 1970'li yıllarda bir erkeğin spermelerinin dondurulması ve öldükten sonra kullanılması hususu akla bile gelmezken, tıp alanında meydana gelen gelişmeler karşısında bu durum artık mümkün hale gelmiştir. Kocanın ölümü halinde dondurulmuş embriyonun ana rahmine transferi veya dondurulmuş spermelerinin kullanılmasına bazı hukuk düzenlerinde izin verilmektedir. Dolayısıyla kocanın ölümünden sonra, dondurulmuş embriyonun yahut kocanın sperminin yapay döllenmesi neticesinde sağ ve tam doğan çocuğun miras hukuku bakımından durumu çözülmesi gereken bir mesele olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu çalışmada kocanın ölümünden sonra ana rahmine transfer edilmiş olan embriyonun mirasçılığı karşılaştırmalı hukuk açısından ele alınacaktır.

***Anahtar Kelimeler:** Dondurulmuş Embriyo, Dondurulmuş Sperm, Cenin, Kanuni Mirasçılık, Çocuğun Üstün Yararı*

* **Dr. Öğr. Üyesi,** Osmangazi Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Öğretim Üyesi
E-Posta: bahar.ocalapaydin@ogu.edu.tr.

ORCID NO: 0000-0001-9106-8286.

** **Dr. Öğr. Üyesi,** Marmara Üniversitesi, Siyasal Bilgiler Fakültesi, Hukuk Bilimleri Anabilim Dalı, **E-Posta:** nurten.ince@marmara.edu.tr.

ORCID: 0000-0002-8674-3221.

DOI : 10.34246/ahbvuhfd.733317

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 22/01/2020

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 09/03/2020

THE INHERITANCE RIGHTS OF THE CHILD BORN AS A RESULT OF THE TRANSFER OF THE CRYOPRESERVED GAMETE OR EMBRYO TO THE MOTHER'S UTERUS AFTER THE DEATH OF THE HUSBAND (POSTHUMOUSLY CONCEIVED CHILD)

ABSTRACT

In order to inherit, the heir must be alive at the time of the death of deceased person according to the article 542 of the Swiss Civil Code, article 580 of the Turkish Civil Code and § 1923 of the German Civil Code. However, in these legal systems, an exception was granted to the condition where there is a fetus at the time of succession (at the time of the death of deceased person), accordingly a child is capable of inheriting, providing she or he is subsequently born alive. In fact, the division of the estate may be deferred until the child is born, if on succession the rights of an unborn child need to be taken into consideration. Advances in technology and medicine also affect the family structure, for example nowadays new problems affect many areas of law for various reasons, especially the opportunities afforded by artificial insemination. In the 1970s, it was not even conceivable that a man's sperm could be frozen and used after his death, but in the face of advances in medicine, this has become possible. In certain legal systems, the transfer of the cryopreserved embryo or cryopreserved sperm to the uterus of the mother after the death of husband is permitted. Therefore, the inheritance status of the child who born alive as a result of the transfer of the cryopreserved embryo or the embryo obtained using the cryopreserved sperm of the husband after his death must be determined. In this study, the inheritance rights of the embryo transferred to the mother's uterus after the death of the husband will be examined in terms of comparative law.

Keywords: Frozen embryo, Frozen sperm, Fetus, Statutory Heirs, the Best Interests of the Child

Giriş

Geniş anlamda yapay dölleme, erkek üreme hücresi ve kadın üreme hücresinin tıbbi müdahale ile döllenenmiş olmasıdır. 1978 yılında İngiltere'de yapay dölleme sonucunda ilk defa dünyaya gelen Louise Brown'dan sonra, günümüzde artık pek çok çocuk yapay dölleme sonucunda dünyaya gelmektedir. Örneğin, 2004 yılında Almanya'da açıklanan verilere göre 61.724 aile yapay döllemeye başvurmuş ve bunlardan 9.800 çocuk dünyaya gelmiştir¹.

¹ Deutsches IVF Register Jahresbericht 2004.

1970’li yıllarda bir erkeğin spermelerinin dondurulması ve öldükten sonra kullanılması hususu akla bile gelmezken, tıp alanında meydana gelen gelişmeler karşısında bu durum artık mümkün hale gelmiştir. İsviçre, Fransa, İtalya ve Almanya’da, üreme hücrelerinin sahibinin birinin ölümü halinde elde edilen embriyonun ve ölümden sonra ölen kişinin spermelerinin kullanılması hukuken yasaktır. Buna karşılık Belçika, İngiltere ve Amerika Birleşik devletleri gibi bazı hukuk düzenlerinde ölümden sonra dondurulmuş embriyo yahut dondurulmuş spermin kullanımına izin verilmektedir.

Teknolojide ve tıpta meydana gelen gelişmeler aile yapısını etkilemekte ve günümüzde yapay döllenmenin tanıdığı imkânlar başta olmak üzere çeşitli sebeplerle hukukun birçok alanını etkileyen yeni sorunlar ortaya çıkmaktadır². Hukuk ise tıp alanındaki bu gelişmeler karşısında kayıtsız kalamamaktadır. Zira hâkimin önüne gelen böyle bir meseleyi çözmesi kendisinden beklenmektedir. Örneğin, A ve B evli olup çocuk özlemi çekmektedirler. A ve B İngiltere’ye gidip tüp bebek tedavisine başlarlar ve bu tedavi esnasında Bay A spermelerinin dondurulmasını isteyip ölümü halinde eşinin bu spermeleri kullanabileceğini belirtir. Yurda dönen Bay A geçirdiği bir trafik kazası sonucunda vefat eder. Bayan B ise bu ölüm olayına son derece üzülür ve eşiyile son zamanlardaki en büyük hayali olan çocuk sahibi olmayı hatırlayarak İngiltere’ye gider. Bay A’nın dondurulmuş spermelerini kullanarak oluşturulan embriyo Bayan B’nin rahmine transfer edilir. Bay A’nın ölümünden 400 gün sonra bir kız çocuğu dünyaya gelir. Bay A’nın ölümünden sonra nüfus kayıtları dikkate alınarak mevcut mirasçılar arasında miras paylaşmıştır. Ancak Bayan B artık bir çocukları olduğu için dava açarak mirasın yeniden paylaşılmasını istemektedir³.

Dondurularak saklanmış embriyonun yahut üreme hücresinin, erkeğin ölümünden sonra ana rahmine transfer edilmesinin Türk hukuku bakımından mümkün olup olmadığı bir ön sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Buna karşılık, Türk hukuku bakımından dondurularak saklanmış embriyo yahut üreme hücresinin erkeğin ölümünden sonra transferine izin verilmese dahi, izin veren bir hukuk düzeninde söz konusu transferin gerçekleştirilmesi sonucunda doğan çocuğun hukuki kaderinin belirlenmesi her halde önem arz eder. Mirasbırakanın ölümü sırasında ana rahmine düşmemiş hatta henüz embriyo bile olmayan, daha sonra tam ve sağ doğan ve mirasbırakanın biyolojik

² ÖZDEMİR, s. 879.

³ Davadan uyarlanmıştır.

çocuğu olan kişinin, mirasçı olup olmayacağı çocuğun hukuki kaderinin belirlenmesi bakımından çözülmesi gereken bir meseledir. Dolayısıyla bu çalışmanın amacı, Türk hukuku bakımından erkeğin ölümünden sonra eşinin rahmine transfer edilen sperm yahut yerleştirilen embriyonun gelişimini tamamlayıp sağ ve tam doğmasının miras hukukuna etkisini İsviçre ve Alman hukuku ile karşılaştırmalı olarak incelemektir.

I. Yapay Döllenme ve Eşin Ölümünden Sonra Dondurularak Saklanmış Spermin yahut Embriyonun Kullanılması

A. Genel Olarak Yapay Döllenme Kavramı

Tıp alanında yumurta ve sperm döllenmesi anından başlayarak gebeliğin ilk sekiz haftası boyunca bir “embriyo”dan⁴, bundan sonra doğuma kadar geçecek sürede ise “cenin, fetüs” ya da “dölüt”ten söz edilmektedir. Tıpta genel olarak cinsiyet hücrelerine gamet denilmektedir⁵. Dişi üreme hücresi (yumurta, ovum) ile erkek üreme hücresinin (sperm) bir araya gelmesinden itibaren yaklaşık 24 saat sonra yumurtanın döllendiği kabul edilmektedir. Döllenmiş yumurtaya zigot da denilmektedir⁶.

Embriyo; ana rahminde gerçekleşen doğal bir döllenme sonucunda meydana gelebileceği gibi, yumurtanın sperm ile ana rahmi dışında tıbbî bir müdahale ile döllenmesi sonucunda da oluşabilir. Bu halde “yapay döllenme” söz konusu olmaktadır⁷. Yapay döllenme; erkek üreme hücrelerinin, normal cinsel birleşme olmadan, tıbbi yöntemler ile kadın üreme organına aktarılması suretiyle döllenmenin gerçekleştirilmesi amacıyla yönelik müdahaledir⁸. Insemination (aşılama) işleminde, erkekten alınan sperm örnekleri yıkanarak, iyi hareketli spermler seçilerek kadının rahmine yerleştirilmektedir. Bu yöntemin tercih edilmesinin sebebi, normal yollarla spermlerin yumurtalarla birleşememesidir. In Vitro Fertilizasyon (IVF) işleminde ise kadından cerrahi yollarla alınan yumurta hücreleri spermle deney tüpünde (In Vitro) birleştirilmektedir⁹. Bu şekilde oluşturulan embriyo

⁴ TUĞLACI, s. 240.

⁵ TUĞLACI, s. 301.

⁶ Döllenmeden implantasyon evresine kadar geçen süre içindeki gebelik ürünü genel olarak bu şekilde ifade edilmektedir (TUĞLACI, s. 559 ve 903).

⁷ FRONEMANN, s. 966; ÖZDEMİR, s. 881; HAKERİ, s. 104; ZEYTİN, s. 214.

⁸ FRONEMANN, s. 1; ZEYTİN, s. 215.

⁹ FRONEMANN, s. 1.

kadının rahmine yerleştirilmektedir. Bu yöntem de yapay döllenme olarak nitelendirilmektedir.¹⁰

Günümüzde yapay döllenmenin tamamen yasaklanması düşünülemez. Zira yapay döllenmenin, kişilerin çocuk özleminin dışında, temel bir hak olduğu; ayrıca bireylerin bedensel ve ruhsal gelişimiyle yakından ilgili olduğu kabul edilmektedir¹¹. Ayrıca, yapay döllenmenin yasaklanmasının çocuk isteyen kişilerin kişiliklerini geliştirmelerine engel olacağı da ifade edilmektedir¹². Buna karşılık yapay döllenme türleri bakımından ayırım yapılarak, hukuk düzenlerinde kısmi bir yasaklama yapıldığı görülmektedir.

Yapay döllenme, homolog ve heterolog döllenme şeklinde ikiye ayrılmaktadır. Homolog döllenme evlilik içinde yahut hayat arkadaşlığının tanındığı hukuk sistemlerinde evli olmayan çiftler bakımından yapılan döllenme olup kadına eşinden ya da partner olduğu erkekten alınan üreme hücrelerinin aşılması veya eş yahut çift olan bu kişilerin üreme hücrelerinin in vitro (tüpte) döllenmesi şeklinde gerçekleşmektedir¹³. Bu tip döllenme yoluna tabii döllenmenin imkânsız ya da güç olduğu, eşlerin mekân itibarıyla uzak olduğu durumlarda başvurulmaktadır¹⁴. Evli olmayan kadına herhangi bir erkekten alınan üreme hücrelerinin ya da evli kadına kocasından başka bir erkeğin üreme hücrelerinin aşılması ise heterolog döllenmedir¹⁵. Evli olmayan erkeğin spermelerinin herhangi bir kadının yumurtaları veya evli erkeğin karısından başka birinin yumurtalarının kullanılması durumunda da yine heterolog döllenme söz konusu olur.

Türk hukukunda, 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun¹⁶ (2238 sayılı Kanun) Ek m. 1/f.1 hükmü uyarınca üremeye yardımcı tedavi yöntemleri, sadece evli olan çiftler bakımından uygulanabilir. Ayrıca 2238 sayılı Kanun ek m. 1/f. 2 hükmünde, eşlerden biri ya da her ikisinden alınan üreme hücrelerinin ve bu hücrelerden elde edilen embriyonun başka kişilere uygulanması ve taşıyıcı annelik

¹⁰ ÖZDEMİR, s. 881.

¹¹ ÖZDEMİR, s. 881. Üreme hakkı ve sınırları ile ilgili tartışmalar için ayrıca bkz. ZEYTİN, s. 219 vd.

¹² ÖZDEMİR, s. 881.

¹³ ÖZDEMİR, s. 880 vd; FRONEMANN, s. 11; ZEYTİN, s. 215.

¹⁴ ÖZDEMİR, s. 879.

¹⁵ ÖZDEMİR, s. 880; KIRKBEŞOĞLU, s. 42; ACABEY, s. 176.

¹⁶ R.G. S.16655, T. 03.06.1979.

yasaklanmıştır¹⁷. Dolayısıyla Türk hukuk düzeninde homolog döllenmeye izin verilmiş ve fakat heterolog döllenmeye izin verilmemiştir¹⁸.

İsviçre hukuk düzeninde İsviçre Tıbbi Destekle Üreme Kanunu (FMedG) m. 3/f.1 hükmü uyarınca, çocuğun yararının teminat altına alındığı hallerde yapay döllenmeye izin verilmiştir. FMedG m. 3/f.2 hükmünde, yapay döllenmenin yalnızca İsviçre Medeni Kanunu (İsv.MK) m. 252-263 hükmü uyarınca ebeveyn-çocuk ilişkisini kurma imkanı bulunan çiftler bakımından kabul edildiği ifade edilmektedir. Burada evli ve evli olmayan çiftler bakımından bir ayırım yapılmamış; çocukla soybağı kurulması ihtimaline göre bir değerlendirme yapılmıştır. Ne var ki, yalnızca çiftlere yapay döllenme yoluna başvurma imkânı tanındığından, çocukla soybağı kurması hukuken mümkün olmasına rağmen yalnız bir kadının heterolog döllenme yoluna başvurmasına izin verilmemiştir. Ayrıca (FMedG) m. 3/f. 3 hükmü uyarınca, yalnızca evli çiftler donörden alınmış spermi kullanabilirler.

İngiliz, Alman ve Amerikan hukuklarında ise heterolog döllenmeye izin verilmektedir¹⁹.

B. Eşin Ölümünden Sonra Dondurularak Saklanmış Spermin yahut Embriyonun Kullanılması Meselesi

Eşin ölümünden sonra dondurularak saklanmış üreme hücresi (spermi) yahut dondurularak saklanmış olan embriyonun kullanılması yani postmortal döllenme bazı hukuk düzenlerinde yasaklanmakta; bazı hukuk düzenlerinde ise bu tarz bir kullanıma izin verilmektedir.

¹⁷ Bu yasağa aykırı davranışları gerçekleştirenler hakkında 2238 sayılı Kanun m. 15 hükmü uyarınca hapis ve para cezası öngörülmektedir. Konuyla ilgili ayrıntılı incelemeler için bkz. PARLAK-BÖRÜ, s. 96 vd.

¹⁸ Buna karşılık AİHM önüne taşınan bir uyuşmazlıkta heterolog döllenme yasağı, kişinin üreme hakkı, diğer bir deyişle ebeveyn olma veya olmama hakkına aykırı görülmüştür. Mahkemeye göre, çocuk sahibi olma hakkına sahip bir çiftin üremeye yardımcı tekniklere başvurması, AİHS m. 8 hükmündeki özel yaşama ve aile yaşamına saygı hakkının bir ifadesi olarak kabul edilmiştir. Ne var ki, tıp alanındaki hızlı gelişmeler karşısında toplumların etik ve ahlak anlayışı dikkate alındığında bu konunun ülkelerin takdirine bırakılması gerektiği AİHM tarafından kabul edilmiştir. (AİHM, S.H. ve diğerleri - Avusturya, Başvuru No: 57813/00, T. 01.04.2010; ayrıca bkz. ARSLAN ÖNCÜ, s. 309; HAKERİ, s. 109.

¹⁹ Alman hukuku için bkz. FRONEMANN, s. 23. İngiliz ve Amerikan hukuku için bkz. EROL, s. 44 vd.

İsviçre²⁰, Fransa²¹, İtalyan ve Alman²² hukuk düzenlerinde dondurularak saklanmış üreme hücresi yahut embriyonun kullanımı açıkça yasaklanmıştır.

Türkiye’de 2238 sayılı Kanun Ek m.1/1 hükmünde, üremeye yardımcı tedavi yöntemine ilişkin esaslar düzenlenmekle birlikte kişinin ölümünden sonra elde edilen üreme hücresinin yahut bu hücre de kullanılarak elde edilen embriyonun akıbeti düzenleme altına alınmamıştır. Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik²³ (ÜYTY) m. 20/f. 2 hükmünde, “*ancak tıbbi zorunluluk halinde erkekten elde edilen üreme hücresi ve gonad dokularının saklanmasına*” izin verilmiştir. Tıbbi zorunluluk halleri, “*cerrahi yöntemlerle sperm elde edilmesi; kemoterapi ve radyoterapi gibi gonad hücrelerine zarar veren tedaviler öncesinde; üreme fonksiyonlarının kaybedilmesine yol açacak olan ameliyatlara (testislerin alınması ve benzeri) öncesinde ve çok az sayıda sperm olması (kriptozoospermi) durumu*” şeklinde sayılmıştır (ÜYTY m. 20/f.2-a,b,c,ç). Yönetmelikte erkek üreme hücresinin saklanması bakımından, beş yıllık azami bir süre öngörülmüştür (ÜYTY m. 20/f. 6). ÜYTY m. 20/f. 4 hükmünde ise dondurulan üreme hücreleri ve gonad dokularının, kişinin ölümü halinde imha edileceği düzenlenmiştir.

Belçika²⁴, İngiltere²⁵ ve Amerika Birleşik Devletlerinde²⁶ kişinin ölümünden sonra üreme hücresinin yahut bu hücrenin karşı cinsin üreme

²⁰ İsviçre Tıbbi Destekle Üreme Kanunu (FMedG) m.3/f.4 hükmünde üreme hücresinin kişinin ölümünden sonra kullanılması; FMedG m. 3/f.5 hükmünde ise yapay olarak döllenen yumurta veya embriyonun eşlerden birinin ölümü halinde kullanılması yasaklanmıştır.

²¹ Fransa’da Kamu Sağlığı Kanunu (CSP) m.L2141-2 hükmü uyarınca, embriyonun transfer edilebilmesi için ebeveyn projesini oluşturan kadın ve erkeğin hayatta olması gerekmektedir.

²² Almanya’da Embriyonun Korunması Hakkında Kanun (ESchG) § 4/f.1-3, bir erkeğin ölümü bilindiği halde onun spermi kullanılarak döllemenin gerçekleştirilmesi yasaklanmıştır.

²³ R.G. Sayı: 29135, T. 30.09.2014.

²⁴ Belçika’da Tıbbi Destekli Üreme ve Fazla Embriyo ve Gametlerin Akıbeti Hakkında Kanun (LPMAD) hükümleri uyarınca kişinin ölümünden sonra üreme hücresinin ve bu hücrenin de kullanılması suretiyle elde edilen embriyonun ana rahmine transferine izin verilmiştir.

²⁵ İngiltere’de 2008 tarihli İnsan Fertilizasyonu ve Embriyoloji Kanunu (HFEA) m. 39 hükmü, çiftin evli olup olmasından bağımsız olarak, sperm sahibinin ölümünden sonra sperminin yahut bu spermin de kullanılması suretiyle elde edilen embriyonun transferine imkân tanımaktadır.

²⁶ Amerika Birleşik Devletleri’nde kişinin ölümünden sonra üreme hücresi yahut bu hücrenin de kullanılması suretiyle elde edilmiş embriyonun transferine izin verilmekle birlikte Federal düzeyde düzenlemeler bulunmamaktadır (ROWSSELL, s. 406; STEGMÜLLER, s. 189).

hücresi ile döllenen sonucunda elde edilen embriyonun kullanımına izin verilmektedir²⁷. Bu doğrultuda erkeğin ölümünden sonra üreme hücresinin yahut bu hücrenin de kullanılması suretiyle elde edilen embriyonun transferine izin verilen hukuk düzenlerinde, erkeğin sağlığında ölümünden sonra söz konusu işleme rıza vermesinin arandığı görülmektedir²⁸.

III. Eşin Ölümünden Sonra Üreme Hücresinin yahut Embriyonun Ana Rahmine Transferi Sonucunda Doğan Çocuğun Mirasçılığı

A. Genel Olarak

Yukarıdaki açıklamalar dondurularak saklanmış embriyonun yahut üreme hücresinin, erkeğin ölümünden sonra ana rahmine transfer edilmesine yani postmortal döllenmeye izin veren ülkelerin olduğunu göstermektedir. Dondurularak saklanmış embriyonun yahut spermin, eşin ölümünden sonra ana rahmine transferini açıkça yasaklayan ülke vatandaşı bir kadının buna izin veren ülkede transferi gerçekleştirmesi de mümkündür. Böyle bir durumda eşin ölümünden sonra ana rahmine transfer edilmiş olan embriyonun tam ve sağ doğması halinde doğan çocuğun mirasçılığı incelenmesi gereken önemli bir konu olarak karşımıza çıkmaktadır.

İsviçre Medeni Kanunu m. 542/f.1, Türk Medeni Kanunu m. 580/f.1 ve Alman Medeni Kanunu § 1923/f.1 hükümleri uyarınca mirasçı olabilmek için mirasbırakanın ölümünde sağ olmak gerekmektedir. Ancak bu hukuk düzenlerinde mirasbırakanın ölümünde ona mirasçı olmak için sağ olunması koşuluna bir istisna tanınmıştır. Buna göre miras açıldığında (mirasbırakanın ölüm anında) ceninin bulunması halinde sağ doğan cenin, mirasçı olarak kabul edilmiştir (*conceptus, pro iam nato habetur*)²⁹. Burada sağ doğum koşuluna bağlı olarak ceninin gerek kanuni mirasçılığı gerekse iradi mirasçılığı kabul edilmektedir (İsv.MK m. 544/f.1; TMK m. 582/f.1, Al.MK 1923 II). Bu halde sağ doğan çocuk mirasbırakanın alt soyu ise o takdirde, hem kanuni hem de saklı paylı mirasçı olmaktadır (İsv.MK m. 457/f.11 ve İsv.MK m. 471/f.1; TMK m. 495/f.1 ve m. 506/f.1-1; Al.MK § 1924). Ceninin sağ doğması, mirasçı olması

²⁷ Bu ülkelerin yanı sıra Portekiz, İspanya, Hollanda ve Yunanistan'da da üreme hücresi yahut üreme hücrelerinden elde edilen embriyonun kişinin ölümünden sonra kullanılmasına izin verilmektedir. Her bir ülkedeki uygulama koşulları farklı olmakla birlikte bu hukuk düzenlerine ilişkin değerlendirmeler için bkz. STEGMÜLLER, s. 185-190.

²⁸ STEGMÜLLER, s. 187-189.

²⁹ HRUBESCH-MILLAUER, Art. 544, N. 1; WILDISEN, Art. 544, N. 1; COUCHEPIN/MAIRE, Art. 544, N. 1; SEROZAN/ENGİN, N. 134, s. 114.

için yeterlidir ve ceninin ne kadar yaşadığı mirasçılık sıfatının kazanılması bakımından önem taşımamaktadır³⁰. Cenin sağ doğduğu takdirde, geriye etkili olarak mirasbırakanın öldüğü andan itibaren mirasçı olur³¹. Anılan hukuk düzenlerinde ceninin varlığı halinde mirasın paylaşılmasının erteleneceği de hüküm altına alınmıştır (İsv. MK 605/f.1; TMK m. 643/f.1; A1.MK § 2043).

İsviçre hukuku ve Türk hukukunda evliliğin sona ermesinden başlayarak, 300 gün içinde doğan çocukla babası arasında soybağı kurulması yönünde bir karene mevcuttur (İsv. MK m. 255/f.1; TMK m. 285 f. 1; A1.MK § 1593). Ayrıca mirasbırakanın ölümünden itibaren 300 gün içinde doğanların miras bırakanın ölümünden önce ana rahmine düşmüş olduğu karene olarak kabul edilir ve cenin bu durumda kanunî mirasçı olur (İsv.MK m. 255/f.1 ve TMK m. 285 f. 1 A1.MK § 1593 hükmüne kıyasen)³². Buna göre ceninin babası ölmüşse, cenin babanın ölümünden, yani mirasın açılmasından sonra 300 gün içinde sağ doğmak koşulu ile babanın kanunî mirasçısı olur. Dolayısıyla 300 günlük süre özellikle yapay dölleme bakımından da önem taşır³³. Zira bu halde ana rahmine düşmenin değil de yapay olarak yapılan döllemenin esas alınması gerektiği ileri sürülmektedir³⁴.

Alman, İsviçre ve Türk hukuk düzenlerinde mirasbırakanın ölümünden önce elde edilmiş ancak henüz ana rahmine transfer edilmemiş bir embriyonun bulunması ya da mirasbırakanın ölümünden sonra da kullanılmasına izin verdiği spermlerin bulunması ve kullanılması halinde sağ doğan çocuğun kanuni mirasçı olup olamayacağına ilişkin açık düzenleme bulunmamaktadır. Anılan hukuk düzenlerinde ileride doğacak bir kişinin ancak iradi mirasçı olmasına imkân tanınmıştır (İsv. MK m. 545; TMK m. 583; A1.MK § 2101). Buna göre, mirasın açıldığı anda henüz var olmayan bir kişinin artmirasçı veya art vasiyet alacaklısı olarak mirasbırakan tarafından ölüme bağlı bir tasarrufla belirlenmesi mümkündür.

Yukarıda incelendiği üzere Türk hukukunda, üreme hücrelerinin yahut bu hücrenin de kullanılması suretiyle elde edilen embriyonun kişinin ölümü halinde imhası gerekmektedir. Ne var ki, dondurularak saklanmış embriyonun yahut spermin kullanımına izin veren bir ülkede kocanın ölümünden sonra

³⁰ HRUBESCH-MILLAUER, Art. 544, N. 2; WILDISEN, Art. 544, N. 1.

³¹ COUCHEPIN/MAIRE, Art. 544, N. 4.

³² WILDISEN, Art. 544, N. 2.

³³ WILDISEN, Art. 544, N. 2.

³⁴ WILDISEN, Art. 544, N. 2.

üreme hücresinin yahut bu hücrenin de kullanılması suretiyle elde edilen embriyonun transferi sonucunda doğan çocuğun hukukî durumu açıklığa kavuşturulmalıdır. Nitekim Türkiye’de bu mesele mahkeme önüne taşınmıştır. Davaya konu olayda, Bay D ile Bayan E evli olup çocuk özlemi çekmektedirler³⁵. 2003 yılında çift Londra’daki bir hastaneye tüp bebek tedavisi için başvurur³⁶. Bay D’nin testis dokusunda canlı sperme rastlanır ve bunların dondurularak saklanmasına karar verilir. Bay D kendisine verilen formdaki “*Ölümünüz ya da bitkisel hayata girmeniz durumunda spermlerinizin kullanılmasına izin veriyor musunuz?*” sorusuna evet yanıtı vererek, öldüğünde spermleri kullanacak kişi bölümüne de eşi Bayan E’nin adını yazar. Spermler dondurulur. Bay D, hastane çıkışı eşiyle yaptığı konuşmada başına kötü bir şey gelirse spermleri kullanacağına dair söz vermesini ister. Bayan E söz verir ancak buna gerek kalmayacağını ve uzun süre birlikte ve mutlu yaşayacaklarını belirtir. Bay D ile Eşi E Türkiye’ye dönerler. Bay D trafikte arabasına çarpan ve tartıştığı Bay M’nin kurşunlarına hedef olup 16.08.2003 yılında hayatını kaybeder. Bu olaydan sonra çok üzgün olan Bayan E’nin aklına eşinin dondurulmuş spermleri ve bu spermleri kullanmak için eşi D’ye vermiş olduğu söz gelir. D’nin ölümünden 15 gün sonra spermlerin kullanılması için Bayan E Londra’ya gider. Söz konusu dondurulmuş spermler kullanılarak iki adet embriyo elde edilir. Embriyolar ana rahmine transfer edilir. 17 Temmuz 2004 yılında doğması planlanan bebek bir ay erken dünyaya gelir. Babasının ölümünden itibaren 305 gün sonra tam ve sağ doğan kız çocuğuna A D ismi verilir. Daha sonra Bakırköy 5. Sulh Hukuk Mahkemesi’ne mirasçılık belgesinin iptali ve yeni mirasçılık belgesi verilmesi için dava açılır³⁷. Davacı Bayan E, eşinin 16.08.2003 yılında vefat ettiğini; Bakırköy 3. Sulh Hukuk Mahkemesi’nin³⁸ o dönemin nüfus kayıtlarını dikkate alarak mirasçılık belgesini düzenlediğini; mirasbırakanın kendisinden sonra doğan kızının o tarihlerde nüfus kayıtlarında yer almaması nedeniyle mirastan kendisinin ve mirasbırakanın kardeşlerinin pay aldığını; ancak kızının nüfusa kaydedildiğini ve bu nedenle de daha önce tanzim edilen mirasçılık belgesinin iptali ile yenisinin düzenlenmesini talep

³⁵ Türk hukukunda mirasbırakanın ölümünden sonra kullanılan spermlerin tam ve sağ doğması sonucunda mirasçı olabileceğine yönelik mahkeme kararı olduğuna dair bizi aydınlatan ve bu mahkeme kararına ulaşmamızı sağlayan sayın Prof. Dr. Erol ULUSOY ile Avukat Fırat ARAS’a değerli katkıları için teşekkür etmeyi bir borç biliriz.

³⁶ <http://www.hurriyet.com.tr/kelebek/oldukten-10-ay-sonra-baba-oldu-352029> (Erişim: 07.11. 2019)

³⁷ Dosya No: 2004/778 Karar No: 2008/548.

³⁸ 2003/754-921.

etmiştir. Aynı zamanda Asliye Hukuk Mahkemesi'ne de babalığın tespiti davası açıldığı ve ölen D'nin A D'nin babası olduğuna Yargıtay tetkikatından geçmek suretiyle E. 2004/667 K. 2006/331 sayılı kararı ile hükmedildiğini ifade etmiştir. Mahkeme, A D'nin mirasbırakanın kızı olması nedeniyle davayı kabul etmiştir. Dolayısıyla daha önce verilmiş olan mirasçılık belgesi iptal edilerek, A D'nin de mirasçılığına hükmedilmiştir.

Söz konusu mahkeme kararında spermlerin mirasbırakanın ölümünden sonra kullanılması sonucu sağ ve tam doğan çocuğun mirasçılığına yönelik tartışmalara yer verilmese de mahkemece mirasçılığın kabul edildiği görülmektedir. Bu karar Yargıtay denetiminden geçmeden kesinleşmiştir.

B. Öğretideki Yaklaşımlar

1. Genel Olarak

Yukarıda da ifade edildiği üzere babanın ölümünden sonra dondurularak saklanmış üreme hücresi (sperm) yahut bu hücrenin de kullanılması suretiyle elde edilmiş embriyonun ana rahmine transferi sonucunda doğan çocuğun iradi mirasçılığı konusunda bir tartışma bulunmamaktadır. Hatta incelenen Alman, İsviçre ve Türk hukuk düzenlerinde ileride doğan çocuğun art mirasçı yahut art vasiyet alacaklısı olarak mirasbırakan tarafından ölüme bağlı bir tasarrufla iradi mirasçı olabileceğine ilişkin açık kanun hükmü bulunmaktadır.

Erkeğin ölümünden sonra donmuş üreme hücresi (sperm) yahut bu hücrenin de kullanılması suretiyle elde edilmiş embriyonun ana rahmine transferi sonucunda doğan çocuğun kanuni mirasçılığı konusunda ise İsviçre hukuk öğretisi ve Türk hukuk öğretisinin yanı sıra özellikle Alman hukuk öğretisinde tartışmalar süregelmektedir. Bu hususta iki farklı görüş bulunmaktadır. Bu görüşlerden ilki erkeğin ölümünden sonra dondurulmuş üreme hücresi yahut dondurulmuş embriyonun ana rahmine transferi sonucunda doğan çocuğun mirasçılığını reddetmekteyken, ikinci görüş bu şekilde dünyaya gelen çocuğun mirasçılığını kabul etmektedir.

2. Kanuni Mirasçılığı Reddeden Görüşler ve Dayanakları

Erkeğin ölümünden sonra dondurularak saklanmış üreme hücresi yahut bu hücre kullanılarak elde edilmiş ve dondurularak saklanmış embriyonun ana rahmine transferi sonucunda doğan çocuğun mirasçılığını reddeden bir görüşe göre, mirasbırakanın ölümü anında ceninin ana rahmine düşmüş olması şarttır. Bu sebeple, babanın ölümünden sonra ana rahmine düşmüş/transfer edilmiş olan embriyo onun mirasçısı olmaz. Bu görüş taraftarlarına göre, ancak

döllenmiş olan embriyonun ana rahmine transferi ile bu embriyo bireyselleşip korunacaktır³⁹. Alman hukukunda bu görüş taraftarları, Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin ceninin yaşam hakkının nidasyonla (ana rahmine transferle) başladığını kabul eden yaklaşımını⁴⁰ gerekçe göstermişlerdir.⁴¹ Mirasbırakan sağken, ana rahmine düşmüş ama henüz doğmamış olan çocuk bakımından durumun farklı olduğu; bu hallerde babanın annenin karnındaki gelişmeleri takip ettiği ileri sürülmüştür⁴². O halde embriyo, ancak anne karnına transfer edilerek diğer embriyolardan ayrılıp korunacaktır.⁴³ Yine bu görüş taraftarlarına göre, yapay döllenme sonucu doğan çocuğun evlilik ürünü sayılması için ana rahmi dışında elde edilen bu embriyonun evlilik sona ermeden ana rahmine yerleştirilmiş olması gerekir⁴⁴. Diğer bir deyişle, mirasbırakan ölmeden ve evlilik ölümle sona ermeden embriyonun ana rahmine yerleştirilmesi gerekir, zira ana rahmine yerleştirilmemiş embriyoların akıbeti belli değildir ve bu nedenle birçok hukuki işlemin askıda kalması isabetli olmayacaktır⁴⁵. Ayrıca yapay döllenmede çoğu kez bir embriyo değil, birden fazla embriyonun elde edildiği ve çoğunlukla bu embriyonların hepsinin değil biri ya da birkaçının ana rahmine transfer edildiği unutulmamalıdır. Bu da embriyonun ana karnına nakli ile bireyselleşip korunacağına göstergesidir.

Bu görüş temsilcileri ayrıca, kişinin ölümünden sonra üreme hücresinin yahut bu hücrenin de kullanılması suretiyle elde edilen embriyonun ana karnına transferi neticesinde sağ doğan çocukla baba arasında soybağının kurulamamasını gerekçe göstermektedir⁴⁶. Kişinin ölümünden sonra üreme hücresinin yahut bu hücre kullanılarak elde edilen embriyonun transferinin özellikle İsviçre Medeni Kanunu'nun soybağına ilişkin hükümlerinin ruhuna aykırı olduğu savunulmaktadır⁴⁷.

³⁹ ZIERL, s. 303; SCHREIBER, s. 122.

⁴⁰ BverfGE 39, 1, 37. Ancak Brox'a göre Anayasa Mahkemesi kararında ceninin yaşam hakkının ana rahmine transferi ile başlayacağına dair bir açıklık bulunmamaktadır. Bu görüş taraftarları Brox'a göre mahkeme kararını yorumlamaktadırlar. BROX, s. 974.

⁴¹ ZIERL, s. 303; FRONEMANN, s. 46 vd.

⁴² ZIERL, s. 303; FRONEMANN, s. 46.

⁴³ HERMANN-ENGEL, s. 38.

⁴⁴ ZIERL, s. 303;

⁴⁵ NOMER, s. 580 vd; İMRE/ERMAN, s. 287.

⁴⁶ OTTE, 1923 BGB N. 26; COUCHEPIN/MAIRE, Art. 544, N.10.

⁴⁷ COUCHEPIN/MAIRE, Art. 544, N.10.

Mirasçılığı reddeden yaklaşımı temsil eden bir başka görüşe göre, kanun koyucu aile bireylerinin yaşarken birbirine bakmaları gerektiğinden yola çıkarak aile bireyelerine belli koşullar altında nafaka yükümlülüğü getirmiştir. Öldükten sonra spermleri kullanılan kişinin nafaka alacaklısı ve/veya borçlusu olması nasıl düşünülemez⁴⁸. Ayrıca bu görüşe göre saklı paylar, özellikle teknoloji ve sanayinin gelişmediği dönemlerde aile bireyelerinin ortak kullandıkları tarım arazisi ile işletmelerin mirasbırakanın ölümüyle tamamen üçüncü kişilere devredilmesini engellemek ve geride kalan aile bireyelerini korumak için kanun koyucu tarafından kabul edilmiştir⁴⁹. Saklı payların gerekliliğinin tartışıldığı günümüzde kişi öldüğünde ana rahmine düşmemiş olan ceninin mirasçılığı da kabul edilmemelidir⁵⁰. Bu doğrultuda, aslında miras hukukunun temelinde birbirini destekleyen, yardım eden aile bireyelerinin ödüllendirilmesi düşüncesinin yattığı ve bu mantıkla bakıldığında mirasbırakanla spermlerin kullanılması dışında hiçbir sosyal bağı olmayan çocuğun mirasçılığının kabul edilmesine gerek olmadığı belirtilmiştir⁵¹. Zira miras hukukunun temelinde uzun süre birlikte yaşayan; birbirini destekleyen ve dolayısıyla mirasbırakanın malvarlığını artıran aile bireyelerinin mükâfatlandırılması söz konusudur. Bu görüş taraftarlarına göre, mirasbırakanın ölümünde ana rahmine düşmüş olan ceninin bile miras hakkı olmamalyken; mirasbırakan öldüğünde ana karnına transfer edilmemiş olan embriyonun daha sonra ana rahmine transferi ve tam ve sağlıklı doğması halinde de bunun kabul edilmesi mümkün değildir.⁵²

Erkeğin ölümünden sonra üreme hücresi yahut bu hücre kullanılarak elde edilmiş embriyonun ana rahmine transferi sonucunda doğan çocuğun mirasçılığını reddeden görüşü savunanlar, saklı payın anayasalarda korunan bir hak olmadığını ileri sürmektedirler⁵³. Dolayısıyla mirasçı olmak, beklenen bir hak olmayıp sadece bir ümittir⁵⁴. Bu nedenle Federal Alman Anayasası'nın m. 14'ün amacının mirasçılığı ve aileyi korumak olmadığı belirtilmiştir⁵⁵. O

⁴⁸ OTTE, 1923 BGB N. 26a; FRONEMANN, s. 98 vd.

⁴⁹ STRÄTZ, s. 1559 vd.

⁵⁰ FRONEMANN, s. 98 vd; LEIPOLD, s. 172 vd

⁵¹ FRONEMANN, s. 100 vd .

⁵² STRÄTZ, s. 1560; FRONEMANN, s. 101.

⁵³ FRONEMANN, s. 107 vd; GUTTMANN, s. 208; BLOMBERG, s. 190.

⁵⁴ GUTTMANN, s. 208; BLOMBERG, s. 190.

⁵⁵ OTTE, 1923 BGB N. 26; FRONEMANN, s. 107 vd, 134.

halde, mirasçılığın anayasalarda korunan temel bir hak olduğu gerekçesiyle de böyle durumlarda mirasçılığı kabule gerek yoktur. Ayrıca mirasbırakanın ölümünden sonra spermlerinin kullanılması halinde 300. günden sonra doğacak çocuk kanundaki karinelere yararlanamamaktadır. Dolayısıyla çocukla mirasbırakan arasında soybağının kurulması için babalık davasının açılması gerekmektedir. Bunun sonucunda da kendiliğinden hısım bile olmayan kişinin mirasçı olarak kabul edilmesinin doğru olmadığı ileri sürülmüştür⁵⁶.

Mirasçılığı reddeden görüş taraftarlarınca ayrıca, miras hukukunun amacının mirasbırakana en yakın olan kişilerin mirastan pay almaları olduğu ve sadece biyolojik bağın mirasçı olmak için yeterli olmadığı ileri sürülmüştür. Her ne kadar hukuki soybağı ile genetik soybağının bir arada bulunması arzu edilmekteyse de bunların uyuşmadığı durumlarda kanun koyucunun hukuki soybağına önem verdiği görülmektedir. O halde, spermleri kullanılan babanın biyolojik çocuğu olmasına rağmen ona ölmeden önce hukuki soybağı ile bağlanmayan çocuğun mirasçılık hakkından bahsedilmeyecektir⁵⁷. Miras hukukunda eşin ve bazı kişilerin saklı paylarının tanınması bunların gerçekten mirasbırakanla aralarında bir kan bağı olup olmadığına yönelik değildir⁵⁸.

Bu görüş taraftarlarınca, sırf mirasbırakanın biyolojik çocuğu olmanın mirasçı olmak için yeterli olmadığı ve sırf çocuğun menfaati dikkate alınarak onun mirasçı olduğuna hükmetmenin miras hukukunun temel prensiplerine aykırılık teşkil edeceği ileri sürülmüştür⁵⁹. Örneğin, mirasbırakanın biyolojik çocuğu olmasına rağmen mirasbırakanla arasında soybağı kurulmayan çocuğunun da miras hakkı olmadığı belirtilmiştir⁶⁰. Bu görüşe göre, mirasbırakanın spermleri ile döllenmiş bir embriyonun ana rahmine transfer edilmesi savunulmanın aksine onu kendiliğinden mirasçı yapmayacağı gibi, mirasbırakanın yakını da yapmamaktadır. Mirasbırakanın ölümünden 300 gün sonra tam ve sağ doğan çocuğun mirasbırakanla arasında soybağının kurulması için babalık davasının açılması gerekir⁶¹. O halde ana rahmine düşen ceninin mirasçılığını düzenleyen hükmün kıyasen uygulanması fikri her zaman doğru

⁵⁶ OTTE, 1923 BGB N. 26; FRONEMANN, s. 94.

⁵⁷ LIEDER, 1923 BGB N. 3; STRÄTZ, 1559; FRONEMANN, s. 95 vd.

⁵⁸ FRONEMANN, s. 95.

⁵⁹ OTTE, 1923 BGB N. 26a.

⁶⁰ BRITTING, s. 155.

⁶¹ FRONEMANN, s. 124.

değildir⁶². Bu hallerde tam ve sağ doğan çocuğa mirasçılık tanınmaması eşitlik ilkesine her zaman aykırılık teşkil etmez⁶³. Yumurtaları kullanılan kadın bu yumurtalar başka birine transfer edildiğinde nasıl ki, doğan çocuk ona mirasçı olmayorsa bu durumlarda da mirasçılığın kabul edilmemesi gerekir.⁶⁴

Babanın ölümünden sonra üreme hücresi yahut bu hücre de kullanılarak elde edilmiş embriyonun ana rahmine transferi sonucunda doğan çocuğun mirasçılığını reddeden görüşün diğer bir iddiasına göre, mirasbırakanın ölmesi halinde dondurulmuş embriyonun ve/veya spermlerin uzun süreden sonra kullanılması halinde doğacak olanın mirasçılığını kabul etmek, başka sorunları da beraberinde getirecektir⁶⁵. Spermleri dondurulduktan sonra kullanılıp dünyaya gelen çocuk babaya mirasçı olabiliyorsa, eşitlik ilkesi gereğince yumurtaları dondurulmuş annenin de yumurtalarının kullanılması halinde çocuğun o anneye mirasçı olacağına kabul edilmesi gerekir⁶⁶. Bu kabulün, özellikle taşıyıcı annelik hususunda miras hukukuna dair birçok sorunu beraberinde getireceği belirtilmiştir⁶⁷. Yine mirasbırakanın ölümünde henüz ana rahmine düşmeyen çocuğa mirasçılık tanınması çocuğun büyükanne ve -büyükbabasına da mirasçı olması vb.- anlamına gelir ki, bu da miras hukukunda birçok hükmün yeniden ele alınmasını gerektirir⁶⁸.

Bu görüşü savunanlar, kadının kocasının spermlerini uzun bir süre kullanmamasının, istediğinde kullanmasının ve bu halde doğan çocuğun diğer mirasçıların paylarını etkileme ihtimalinin, mirasçıları büyük bir belirsizlik içinde bırakacağını ileri sürmektedirler⁶⁹. Üstelik bunlar yapılırken, babasını hiç görmeyecek bir çocuk dünyaya getirilmekte olduğu ve bu durumun mirasçıların menfaatlerine uymadığı gibi çocuğun da menfaatlerine uymadığı, bu görüş taraftarlarınınca ifade edilmektedir⁷⁰. Zira ebeveynlerinden birinin daha doğmadan önce ölmesi olgusunun, çocuğun psikolojisini de etkilediği

⁶² SCHMIDT, 1923 BGB N. 13; LIEDER, 1923 BGB N. 3; FRONEMANN, s. 94.

⁶³ OTTE, 1923 BGB N. 26a.

⁶⁴ FRONEMANN, s. 105.

⁶⁵ MÜLLER-CHRISTMANN, 1923 BGB N. 8;

⁶⁶ FRONEMANN, s. 135 vd

⁶⁷ FRONEMANN, s. 117.

⁶⁸ BRITTING, s. 155; MÜNZER, s. 77 vd.

⁶⁹ ZIERL, s. 303; MÜNZER, s. 74; MANSEES, s. 183; OTTE, 1923 BGB N. 26c; SCHLÜTER/RÖTHEL, § 6 N.9.

⁷⁰ FRONEMANN, s. 114 vd; FEGELER, s. 162.

belirtilmiştir⁷¹. Babasız çocukların dünyaya gelmesi yeni sosyal bir takım problemleri de ortaya çıkaracaktır. Dolayısıyla, bu problemleri önlemenin en önemli yolunun bu çocuklara mirasçılık hakkının tanınmaması olduğu savunulmaktadır⁷². Bu görüş taraftarlarına göre tıp alanında meydana gelen gelişmeler sonunda artık doğuran her zaman ana olmamaktadır. Ancak kanun koyucu çocuğu korumak adına bu hususta aksi ispat edilemez bir karine kabul etmiştir. Doğuranın biyolojik anne olmadığı taşıyıcı anne olduğu hallerde de bu karine geçerlidir. Nasıl ki taşıyıcı annelik konusunda çocuğun biyolojik annesiyle soybağının kurulması ve ona mirasçı olması çocuğun menfaati için kabul edilmiyorsa bu durumda da kabul edilmemesi isabetlidir⁷³. Kocasının spermlerini sonradan kullanan kadının evlenmesi halinde evlilik birliği içinde doğan çocuğun babası kocadır. Çocuğun bu karineyi çürütmesi daha sonra ölen bir kişiyle soybağını hukuken kurmaya çalışmasının çocuk üzerinde büyük sıkıntılar yaratacağı ileri sürülmektedir.⁷⁴

Özellikle kişinin birden fazla kez spermlerini bağışlaması ve bu spermlerle elde edilen embriyo ya da spermlerin ölümünden uzun süre geçmesinden sonra kullanılması da söz konusu olabilir. Kaldı ki, erkeğin spermleri her zaman eşi tarafından kullanılmamaktadır⁷⁵. Erkeğin başka yerlere de sperm verdiği düşünülürse ileride bunların da mirasçılığının eşitlik ilkesi gereğince kabul edilmesi gerekir⁷⁶. Bu halde, çok büyük sorunlar ortaya çıkacaktır. Örneğin, mirasın tam olarak hiçbir zaman paylaşılmaması tehlikesi söz konusu olacaktır.⁷⁷ Bir hukuk devletinde hakkaniyetin sağlanması kadar hukuki güvenliğin sağlanması da son derece önemlidir⁷⁸. Bu görüş taraftarlarına göre hukuki güvenlik özellikle miras hukukunda büyük önemi haizdir. Miras hukukuna ilişkin hükümlerin açık, öngörülebilir ve bilenebilir

⁷¹ FRONEMANN, s. 114 vd özellikle 120; FEGELER, s. 162. Mahkeme kararlarında da bu husus tartışılmıştır. OLG München, Endurteil vom 22.2.2017– 3 U 4080/16, NZFam 2017, s. 957 vd.

⁷² FRONEMANN, s. 114 vd; FEGELER, s. 162. Mahkeme kararlarında da bu husus tartışılmıştır. OLG München, Endurteil vom 22.2.2017– 3 U 4080/16, NZFam 2017, s. 957 vd

⁷³ FRONEMANN, s. 117 vd.

⁷⁴ FRONEMANN, s. 122.

⁷⁵ MANSEES, s. 163 vd; FRONEMANN, s. 122 vd

⁷⁶ OTTE, 1923 BGB N. 26c.

⁷⁷ MANSEES, s. 183; LIEDER, 1923 BGB N. 3.

⁷⁸ OTTE, 1923 BGB N. 26 ve 26b, 26c; SCHMIDT, 1923 BGB N. 13; LIEDER, 1923 BGB N. 3; MÜLLER-CHRISTMANN, 1923 BGB N. 8; FRONEMANN, s. 125.

olması gerekir⁷⁹. Miras açıldıktan sonra paylaşımaya kadar, mirasçılar tereke üzerinde elbirliği halinde hak sahibi olduklarından, miras ortaklığını bir an önce sona erdirmeye eğilimleri vardır. Miras ortaklığının sona erip ermeyeceği, kimin mirasçı olacağı ve miras paylarının belirlenmesi ve özgülenmesi önem arz eden meselelerdir. Ana rahmine henüz düşmemiş/transfer edilmemiş olan ve ne zaman transfer edileceği belirsiz potansiyel bir mirasçının olması, miras ortaklığının belirsiz bir süre uzanmasına sebebiyet verecektir⁸⁰. Bu da uzun vadede hukuki güvenliği ve üçüncü kişilerin menfaatlerini zedeleyecektir.

Bu görüş, miras ortaklığı devam ettiği sürece mirasçıların hepsinin ortak kararlarıyla hukuki işlemler yapılacağına altını çizmektedir⁸¹. Sonradan bir mirasçının ortaya çıkması halinde ise diğer mirasçılar tarafından o zamana kadar yapılmış olan hukuki işlemlerin geçersiz olması tehlikesi ortaya çıkacaktır. Zira sonradan mirasçı olan kişinin bu hukuki işlemlere icazet vermemesi durumunda, bu işlemler geçersiz olacaktır. Örneğin, mirasbırakan öldüğünde geriye karısı ve iki çocuğu ile ana karnına henüz transfer edilmemiş bir embriyo bırakmıştır. Mirasbırakanın pul koleksiyonu, miras ortaklığındaki mirasçılar tarafından satılmıştır. Daha sonra embriyo ana rahmine transfer edilerek, cenin sağ doğmuştur. Mirasbırakanın ölümünden sonra doğan çocuğun mirasçılığının kabul edilmesi halinde, bu çocuğunun söz konusu satış işlemine icazet vermesi gerekmektedir. Bu yorum, embriyonun ana rahmine transferi ve çocuğun doğumuna kadar geçen sürede söz konusu satım sözleşmesinin askıda hükümsüz olduğu ancak doğan çocuk tarafından icazet verilmesi halinde geçerli olacağı sonucuna varılması anlamına gelir ki bu durum da hukuki güvenliği tehdit edecektir⁸².

Henüz ana rahmine yerleştirilip yerleştirilmeyeceği bile belli olmayan embriyo için vasi ya da vasiyeti yerine getirme görevlisi atanmasının doğru olmayacağı da savunulmuştur⁸³. Ayrıca miras hukukunda mirasçılık belgesinin önemli olduğu; görevli ve yetkili mahkemenin dondurulmuş embriyonun olup olmadığını araştırarak, daha sonra bir mirasçılık belgesi düzenlenmesinin kendisinden beklenmeyeceği; aksi bir kabulün mahkemelerin iş yükünü çok

⁷⁹ OTTE, 1923 BGB N. 26; ZIERL, s. 303; BRITTING, s. 154; MÜNZER, s. 76.

⁸⁰ SCHMIDT, 1923 BGB N. 13; MANSEES, s. 183; FRONEMANN, s. 57.

⁸¹ SCHLÜTER/RÖTHEL, § 6 N. 9; OTTE, 1923 BGB N. 26b; LIEDER, 1923 BGB N. 3; MANSEES, s. 183; FRONEMANN, s. 161 vd.

⁸² OTTE, 1923 BGB N. 26; LIEDER, 1923 BGB N. 3; MÜLLER-CHRISTMANN, 1923 BGB N. 8; FRONEMANN, s. 59 vd.

⁸³ FRONEMANN, s. 61; VELTE, s. 123.

fazla artıracığı ileri sürülmüştür⁸⁴. Mahkemenin başvuru anındaki durumu dikkate alarak vermiş olduğu mirasçılık belgesinin ana rahmine sonradan transfer edilmiş olan embriyoya mirasçılık tanınması halinde sağ ve tam doğumla birlikte değiştirilmesi gerekir. Mirasçılık belgesinde değişiklik yapılması da hukuki güvenliği ziyadesiyle zedeleyecektir⁸⁵. Al.MK § 2357/f.2 hükmü uyarınca mirasçıların kısmi mirasçılık belgesi almaları mümkündür. Mirasçıların asgari miras miktarını belirleyen bir belge almaları ve bu kısmı üzerinde tasarruf etmeleri mümkünken, henüz ana rahmine düşmemiş düşecek olan miras ya da mirasçıların olması durumunda mirasın paylaşılması mümkün görünmemektedir ve bu da büyük sorunlara yol açmaktadır. Zaten mirasçıların kanunen kendilerini içinde bulmuş oldukları miras ortaklığında belirsiz bir süre sonrasında ortaya çıkma ihtimali olan mirasçının olması nedeniyle sona erdirilmemesi, var olan mirasçıları zor duruma düşürüp onların da miras hakkını etkileyecektir⁸⁶.

Miras hukukunda mirasın reddi ve benzeri hususlarda kesin sürelerin olduğu unutulmamalıdır. Kendisinden başka mirasçı olup olmadığı ve miras payını bilmek mirasçının mirası reddinde önemli bir rol oynamaktadır. Dolayısıyla bu görüş taraftarlarınca, mirasçıların paylarına güvenerek, mirası kabul etmelerinin ardından başka bir mirasçının ortaya çıkmasının, miras haklarını zedeleyeceği ileri sürülmüştür⁸⁷.

Bu görüşe göre ayrıca, henüz ana rahmine bile transfer olmamış; transfer olup olmayacağı bilinmeyen bir üreme hücresi yahut embriyonun yaşayıp yaşamayacağına da belirsiz olması nedeniyle mirasın paylaşılmasının ertelenmesi, menfaat dengelerine ve hakkaniyete uygun olmayacaktır⁸⁸. Belirtmek gerekir ki, miras paylaşımının ertelenmesi kanundan ya da sözleşmeden doğabilir. Kanunen mirasın paylaşımının ertelenmesi için mirasçılar arasında bir ceninin olmalıdır. Bu halde genel olarak ceninin 300 gün içinde doğacağı ve dolayısıyla miras paylaşımının 300 gün ertelenmesinin makul olduğu; ancak henüz ana rahmine transfer edilmemiş ya da dölleniş dölleneceği belli olmayan bir sperm için miras paylaşımının ertelenmemesi

⁸⁴ FRONEMANN, s. 161 vd.

⁸⁵ OTTE, 1923 BGB N. 26b ve 26c; MÜLLER-CHRISTMANN, 1923 BGB N. 8; FRONEMANN, s. 65.

⁸⁶ OTTE, 1923 BGB N. 26b; FRONEMANN, s. 140 vd.

⁸⁷ FRONEMANN, s. 140 vd.

⁸⁸ SCHLÜTER/RÖTHEL, § 6 N. 9; ZIERL, s. 303; MÜNZER, s. 76; EBENROTH, N. 15.

gerektiği savunulmuştur⁸⁹. Ceninin mirasbırakan sağken ana karnına düşmesi ile embriyonun ana karnına sonradan transfer edilmesinin farklı meseleler olduğu ileri sürülmüş.

Bu görüş taraftarları, hukuk düzeninin kişilerin yapmış olduğu irade beyanlarına veya bazı davranışlara sonuç bağladığını ileri sürmüşlerdir⁹⁰. Örneğin, çocuk sahibi olmak aileleri çocuğa bakma, eğitimi üstelenme gibi sorumluluklar altına sokmaktadır. Başka bir deyişle ebeveynler, velayet hakkına sahip olmaları nedeniyle bir takım haklara sahip oldukları gibi aynı zamanda birtakım yükümlülükler altındadırlar.⁹¹ Yapay dölleme neticesinde ebeveyn olan kişilerin çocuğa karşı sorumlulukları vardır; ama ölen ve kişiliği sona ermiş bir kişinin artık sorumluluğundan bahsedilmez. Ölen kişi artık spermlerinin kullanılmasını engelleyemeyeceği gibi bu hususta sorumluluk sahibi de olmayacaktır.

Henüz ana rahmine düşmeyen ceninin mirasçılığını kabul etmenin, aynı zamanda miras bırakanın anayasalar tarafından koruma altına alınmış olunan tasarruf özgürlüğünü ve mülkiyet hakkını kısıtlama sonucunu doğurduğu da ileri sürülmüştür⁹². Mirasbırakanın iradesine öncelik tanınması, özellikle miras hukukunda oldukça önemlidir. Ancak mirasbırakan öldüğünde henüz ana rahmine düşmemiş olan embriyonun mirasçılığının kabul edilmesi halinde, mirasbırakanın son arzularına (iradesine) gereken önem verilmemiş olacaktır⁹³. Bu da ortaya çıkan durumun miras hukukunun mantığı ve temel prensipleriyle çatışması sonucunu doğuracaktır. Örneğin, mirasbırakan M ölmeden önce bir vasiyetname düzenlemiş olabilir. Daha sonra ana rahmine yerleştirilen embriyonun mirasçılığının tanınması halinde söz konusu vasiyetnamenin mirasbırakanın iradesine uygun olarak ifa edilmemesi sonucu doğabilir.⁹⁴ Zira mirasbırakan tarafından bilinmeyen daha sonraki saklı pay sahibi bir mirasçının ortaya çıkması nedeniyle mirasbırakanın yapmış olduğu bu ölüme bağlı tasarrufun tenkisi söz konusu olabilir.

Sonradan doğan çocuğun menfaatinin dikkate alınması, maddi ve manevi varlığının korunması için ona mirasçılık hakkının tanınması da kabul

⁸⁹ SCHLÜTER/RÖTHEL, § 6 N. 9; E BENROTH, N. 15.

⁹⁰ FRONEMANN, s. 102 vd.

⁹¹ OTTE, 1923 BGB N. 26a; FRONEMANN, s. 102 vd.

⁹² FRONEMANN, s. 133 vd.

⁹³ FRONEMANN, s. 136.

⁹⁴ FRONEMANN, s.104 ile 136 vd.

edilmemektedir⁹⁵. Zira bu görüş taraftarlarına göre, hâlihazırda bulunan çocuklarının miras paylarını alamamaları onların da maddi ve manevi gelişimini etkiler.⁹⁶ Kaldı ki, mirasbırakan henüz ana rahmine düşmemiş olan embriyonun mirasçı olmasını istiyorsa, bu durumu ölüme bağlı bir tasarruf ile düzenleyerek ve onu art mirasçı olarak atayabilecektir⁹⁷. Mirasbırakan kendisi bunu yapmadığı halde, mirasbırakan öldüğünde henüz ana rahmine düşmemiş ceninin korunmasına ihtiyaç olmadığı savunulmuştur⁹⁸.

Bu görüş taraftarlarına göre, kanunda aslında bir boşluk ve dolayısıyla mirasbırakanın ölüm anında ana rahmine düşen ceninin mirasçılığını kıyasen uygulanmayı gerektirecek bir durum yoktur⁹⁹. Zira kanun koyucu başka maddelerde henüz doğmayan birinin art mirasçı olarak atanmasını öngördüğü halde bu durumda susmuştur. O halde bu susma bir boşluk olarak nitelendirilmekten ziyade kanun koyucunun bu hallerde olumsuz çözümü benimseyerek, mirasçılığı reddettiğinin göstergesidir¹⁰⁰. Kanun koyucunun henüz doğmayan birinin mirasçılığına sıcak baktığı fikri de eleştirilmiştir¹⁰¹. Zira henüz doğmamış birinin art mirasçı olarak atanmasıyla saklı pay mirasçısı olması durumunun birbirinden farklı olduğu ileri sürülmüştür¹⁰². Art mirasçılıkta mirasbırakanın henüz kendi doğmamış çocuğunun değil; başkasının henüz doğmamış olan çocuğunu art mirasçı olarak atadığı ve art mirasçı atanması halinde mirasın paylaşılması, mirasçıların yapmış olduğu hukuki işlemin geçersizliği gibi sorunların gündeme gelmeyeceği belirtilmiştir. Başka bir ifadeyle henüz doğmamış birinin art mirasçı atanmasının hukuki güvenliği zedelediği ileri sürülmüştür¹⁰³.

Bu görüşe göre ayrıca, haklı gerekçeler varsa, aynı durumda olan kimselere farklı davranılması mümkündür¹⁰⁴. Dolayısıyla hukuk güvenliğinin

⁹⁵ FRONEMANN, s. 122 ve 140

⁹⁶ FRONEMANN, s. 122 ve 140.

⁹⁷ SCHLÜTER/RÖTHEL, § 6 N. 9; OTTE, 1923 BGB N. 26a ve 26b; FRONEMANN, s. 171 özellikle 183.

⁹⁸ SCHUMACHER, s. 314.

⁹⁹ SCHMIDT, 1923 BGB N. 13; MÜLLER-CHRISTMANN, 1923 BGB N. 8; OTTE, 1923 BGB N. 26c; FRONEMANN, s. 174.

¹⁰⁰ BRITTING, s. 153.

¹⁰¹ BRITTING, s. 153; FRONEMANN, s. 174.

¹⁰² FRONEMANN, s. 174, 181.

¹⁰³ FRONEMANN, s. 174.

¹⁰⁴ SCHUMACHER, s. 314; OTTE, 1923 BGB N. 26 vd; FRONEMANN, s. 168 vd.

sağlanması için, ana rahmine mirasbırakanın ölümünden sonra transfer edilen embriyoya mirasçılık hakkı tanınmaması eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmemektedir¹⁰⁵.

3. Kanuni Mirasçılığı Kabul Eden Görüşler ve Dayanakları

Alman hukuk öğretisinin yanı sıra İsviçre ve Türk hukuk öğretisinde mirasbırakanın ölümünden sonra ana rahmine transfer edilen embriyonun sağ doğmasıyla mirasbırakana mirasçı olacağını savunan bir görüş bulunmaktadır.

Bu görüş taraftarlarına göre Medeni Kanun'da her ne kadar ceninin mirasbırakanın ölümünden önce “ana rahmine düşmesinden” söz ediliyorsa da, bu ifade, geniş yorumlanarak, ceninin mirasbırakanın ölümünden önce “döllenmiş olması” biçiminde anlaşılması gerekmektedir¹⁰⁶. Ana rahmine düşmenin sadece cinsel ilişki sonucu olarak yorumlanmaması gerekir. Döllenmenin in vivo (rahim içinde) ya da in vitro (tüpte) olarak her ikisinde de kadın üreme hücresiyle erkek üreme hücresinin karşılaşmasından itibaren yirmi dört saat içinde gerçekleşeceği ve bu andan itibaren hamilelik sürecinin ister rahim içinde isterse tüpte olsun işlemeye başlayacağı ileri sürülmektedir¹⁰⁷. Buna göre, babanın ölümünden önce tüpte döllenme sağlanmışsa, bu yolla elde edilip dondurulan embriyo ana rahmine babanın ölümünden sonra yerleştirilse dahi çocuk sağ doğmak şartıyla babasına mirasçı olabilecektir.¹⁰⁸ Bu görüş taraftarlarına göre ne kanunda ne de mahkeme kararlarında ceninin yaşam hakkının ne zaman başladığına dair bir açıklık bulunmamaktadır.¹⁰⁹ Embriyonun ana rahmine sadece transferi ile bireyselleşeceği kabul edilemez ve çocuğun menfaatine uygun olan durumun seçilmesi daha doğru olacaktır¹¹⁰. Embriyonun ana rahmine transferi embriyonun yaşamı ve oluşumu için gerekli değildir; sadece embriyonun doğal gelişimi için gerekli bir aşamadır¹¹¹. Ayrıca bu görüş taraftarlarına göre, embriyonun yaşam hakkının ne zaman

¹⁰⁵ SCHLÜTER/RÖTHEL, § 6 N. 9; SCHUMACHER, s. 314; OTTE, 1923 BGB N. 26; FRONEMANN, s. 171.

¹⁰⁶ MANSEES, s. 63, 155; BROX, s. 970 vd; SELB, s. 21; KOHLER-VAUDAUX, s. 224 vd; SEROZAN/ENGİN, N. 136, s. 116; KIRKBEŞOĞLU, s. 53; TURAN BAŞARA, s. 399; ÖZSUNAY, s. 30 vd; ÖZDEMİR, s. 888 vd özellikle 891; OKTAY ÖZDEMİR/TEK, s. 922; METİN, s. 489; KURT, s. 186; VELTE, s. 123 vd.

¹⁰⁷ KIRKBEŞOĞLU, s. 53.

¹⁰⁸ SELB, s. 21, 119; BROX, s. 970 vd; ZEYTİN, s. 226.

¹⁰⁹ BROX, s. 974 vd.

¹¹⁰ BROX, s. 970 ve 974 vd.

¹¹¹ BROX, s. 970.

başlayacağı, embriyonun ne zaman bireyselleşeceği miras hukuku bakımından önemli değildir. Neticede mirasbırakanın biyolojik çocuğu ana rahmine transfer edilip tam ve sağ doğduğu için miras hukuku hükümleri uygulama alanı bulacaktır¹¹².

Avusturya Mahkemesi de, babanın spermeleri kullanılarak elde edilmiş ve dondurulmuş iki embriyonun tıpkı cenin gibi değerlendirilmesi ve sağ doğmak kaydıyla babaya mirasçı olabilmesini kabul etmiştir¹¹³.

Konuyu dondurulan spermin ana rahmine baba öldükten sonra transfer edilmesi bakımından ele alan görüş taraftarlarınca ise ölenin rızasıyla spermelerinin dondurulduğu, bu nedenle daha sonra doğacak çocuğun mirasçı olacağı kabulünün hakkaniyetli olacağı belirtilmiştir¹¹⁴. Bu kapsamda kanun koyucunun Roma hukukundan bu yana mirasbırakanın ölümü sırasında ana rahmine düşen cenine sağ doğmak koşuluyla mirasçı olma hakkı tanındığı ancak kanun koyucu tarafından tıpta meydana gelen değişikliklerin önceden tahmin edilmesinin mümkün olmaması nedeniyle kanunda bu hususta açık bir düzenleme olmadığı ileri sürülmüştür¹¹⁵. Bu görüş taraftarlarına göre, kanun koyucunun durumu kanunda açıkça düzenlemediği bu nedenle bu durumlarda tam ve sağ doğan ceninin mirasçı olmayacağı şekilde bir yaklaşım da isabetli değildir¹¹⁶. Kanunda konuya ilişkin bilinçsiz bir boşluğun olduğu bu nedenle de Medeni Kanun'da mirasbırakanın ölümünde ana rahmine düşmesi şartıyla mirasçılık tanıyan hükümlerin kıyasen uygulanabileceği savunulmaktadır¹¹⁷. Medeni Kanunu'nun yürürlüğe girdiği tarihlerde yapay döllenenin yaygın olmadığı ve kanun koyucunun o günün teknolojisi ile tıpta meydana gelen bu değişimleri öngöremediği ancak benzer menfaat durumlarının da dikkate alınarak kıyasen uygulanmaya sıcak bakılması gerektiği savunulmuştur¹¹⁸.

Miras hukuku, aile olan ve birbirine yardımcı olmakla mükellef olan yakınları korumaktadır. Bu görüşü savunanlar, mirasbırakanın iradesine rağmen (aksini istemesine rağmen) tasarruf edemeyeceği bir kısım olduğu, başka bir ifadeyle

¹¹² BROX, s. 974; VELTE, s. 124.

¹¹³ Frankfurter Allgemeine Zeitung, 23 April 1996.

¹¹⁴ ÖZSUNAY, s. 30; ÖZDEMİR, s. 888 vd.

¹¹⁵ BROX, s. 973.

¹¹⁶ BROX, s. 973.

¹¹⁷ BROX, s. 973.

¹¹⁸ BROX, s. 973.

kanunda mirasbırakanın bazı yakınlarının saklı paylı mirasçıları olduğunun altını çizmişlerdir¹¹⁹. Hal böyle olunca biyolojik olarak mirasbırakanın çocuğu olan kişilerin de korunması gerektiği savunulmuştur¹²⁰. Ayrıca biyolojik olarak mirasbırakanın çocuğu olan ve sağ doğan bir kişiyi mirasçı olarak kabul etmemenin hakkaniyetle bağdaşmayacağı belirtilmiştir¹²¹. Dolayısıyla mirasbırakan öldüğü sırada ana rahmine düşmüş olan cenine mirasçılık hakkı tanınmasının temelinde daha doğmamış olan ceninin korunması düşüncesinin yattığı ve aynı düşüncenin henüz ana rahmine transfer edilmemiş ve fakat daha sonra transfer edilecek embriyo için de geçerli olması gerektiğine vurgu yapılmıştır.¹²²

Anayasa'da koruma altına alınan eşitlik ilkesi gereği yapay dölleme ile normal dölleme arasında bir fark yaratılmaması gerektiği, bu nedenle döllenenmiş ancak henüz ana rahmine yerleştirilmemiş embriyonun veya dondurulmuş spermelerin daha sonra kullanılması halinde de eşitliğe aykırı bir durum yaratılmaması için mirasçılığın kabulünün bir zorunluluk teşkil ettiği savunulmuştur¹²³.

Doğan çocuğun biyolojik kökenini öğrenmesinin çocuğun en temel hakkı olduğu¹²⁴, doğduğunda babası çoktan ölmüş olan bir çocuğun da hukuki soybağı ile biyolojik soybağının aynı olmasını isteme hakkı olduğu belirtilmiştir¹²⁵. Dolayısıyla, çocuk ile baba arasında soybağına izin verilmesi ancak çocuğun babaya mirasçı olmaması çelişkili bir durum yaratacaktır¹²⁶. Örneğin anne A ile baba B doğal yollarla çocuk yapamamaktadırlar ve bu nedenle tüp bebek yöntemine başvurmuşlardır. O sırada spermeleri dondurulan babanın ölmesi üzerine anne çocuk istemeye devam etmiş ve babanın ölümünden önce elde edilen embriyo babanın ölümünden iki ay sonra ana rahmine transfer edilmiştir. Daha sonra anne A ile koca K evlenmiş ve K ile evlilik birliği devam ederken, çocuk tam ve sağ olarak doğmuştur. TMK m. 285/f.1, İsv. MK m. 255/f.1 ve Aİ.MK § 1592 hükümlerinde ifadesini bulan babalık

¹¹⁹ MANSEES, s. 155.

¹²⁰ MANSSES, s. 63.

¹²¹ BROX, s. 974.

¹²² MANSEES, s. 63; BROX, s. 970; VELTE, s. 124.

¹²³ BROX, s. 972; LEIPOLD, (2019), § 1923 BGB N. 22.

¹²⁴ BAYSAL, s. 493 vd.

¹²⁵ BROX, s. 974.

¹²⁶ ÖZDEMİR, s. 888.

karinesi uyarınca koca K çocuğun babasıdır. Biyolojik kökenini öğrenen Ç ise K ile olan soybağının reddini talep edip ardından babalık davası açmak isteyebilir. Babalık davası sonucunda Ç'nin hem hukuki hem de biyolojik babası olan B'ye mirasçı olmayacağını savunulması halinde Ç böyle bir davayı açma yoluna gitmeyecektir. Zira bu durumda Ç, ne K ne de biyolojik babası olan B'ye mirasçı olacaktır. Bu görüş taraflarına göre bu örnekten açıkça anlaşılacağı üzere kanun koyucunun arzuladığı husus bu olamaz çünkü soybağına ilişkin hükümler dikkate alındığında kanun koyucunun biyolojik ve hukuki soybağının aynı olmasını arzuladığı anlaşılmaktadır¹²⁷.

Embriyonun ana rahmine sonradan transfer edilmesinin hukuki güvenliği zedelediği fikri bu görüş taraftarlarınca eleştirilmiştir¹²⁸. Mirasbırakan öldüğünde hamile olan karısının durumunda da bir belirsizlik olduğu ancak bu hallerde yine de kanun koyucu tarafından sağ doğan cenine mirasçılık hakkı tanındığı ifade edilmiştir¹²⁹. Ayrıca çocuğun sağ doğup doğmayacağı belirsiz olmasına rağmen, çocuğu korumak amacıyla çocuk lehine mirasın paylaşımının erteleneceği kanunda açıkça düzenlenmiştir. O halde embriyonun mirasbırakanın ölümünden sonra ana rahmine transfer edilmesi halinde de çocuğun sağ doğumuna kadar mirasın paylaşımının ertelenmesi mümkün olmalıdır¹³⁰. Henüz doğmamış olan çocuğun saklı payının olmadığı da bu görüş taraftarlarınca kabul edilmemektedir. Babanın ölümünde henüz doğmamış olan ceninin saklı payı korunuyorsa babanın ölümünden sonra ana rahmine transfer edilen embriyonun da saklı payının korunması gerekir¹³¹.

Bu görüş taraftarlarına göre mirasbırakanın ölümünden sonra doğacak kişinin mirasçı olabileceği gerek Türk ve İsviçre hukuklarında gerek Alman hukukunda düzenlenmiş bir konudur. Anılan ülkelerin Medeni Kanunlarında henüz doğmamış birinin art mirasçı olabileceği düzenlenmiştir¹³². O halde henüz ana rahmine düşmemiş birinin mirasçılığını kanun koyucu mümkün kılmaktadır¹³³. Fakat o zamanın koşullarıyla tıp alanında meydana gelen gelişmeler tam olarak öngörülmemiş ve kanuni mirasçılık hususu kanunda

¹²⁷ İNCE, (2018a), s. 355; BROX, s. 975.

¹²⁸ BROX, s. 972 vd.

¹²⁹ BROX, s. 972 vd; VELTE, s. 124.

¹³⁰ BROX, s. 972 vd; VELTE, s. 124.

¹³¹ VELTE, s. 124.

¹³² VELTE, s. 121 ve 123.

¹³³ ÖZDEMİR, s. 888; BROX, s. 972; VELTE, s. 121.

açıkça düzenlenmemiştir¹³⁴. Ayrıca miras hukukunda koruyucu ıskatta borç ödemekten aciz halinde olan alt soy, mirasbırakan tarafından saklı payının yarısı için ıskat edilip mirastan çıkarılanın payının yarısı onun doğmuş ya da doğacak çocuğuna tahsis edilebilmektedir¹³⁵. O halde miras hukukunda hükümler henüz doğmamış birinin mirasçı olmasına yabancı değildir.

Bu görüşü savunanlarca, mirasbırakanın ölümünden sonra ana rahmine transfer edilen sperm ya da embriyo neticesinde, sağ ve tam doğan kişiye mirasçılığın tanınmasının hukuki güvenliği sarsacağı miras ortaklığı nedeniyle diğer mirasçıların yapacağı hukuki işlemlerin akıbetinin belirsiz olacağı da kabul edilmemektedir¹³⁶. Henüz ana rahmine transfer edilmemiş bir embriyonun bulunması halinde de onun sağ doğup mirasa hak kazanma ihtimali düşünülerek bir vasi atanmasının mümkün olduğu ileri sürülmüştür¹³⁷. Buna göre mirasçılık belgesi verilirken, hâkim tarafından mirasçılara dondurulmuş veya transfer edilecek bir embriyonun bulunup bulunmadığının sorulması yeterlidir. Daha sonra doğan mirasçının olması halinde mirasçılık belgesine güvenerek iyiniyetle mal iktisap etmiş olan bu kişilerin güveni zaten korunacaktır¹³⁸.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (madde 35) ve Federal Almanya Anayasası'nda (madde 14) 9 miras ve mülkiyet hakkı koruma altına alınmıştır¹³⁹. Görüldüğü üzere miras hakkı anayasalarda bir kurum olarak koruma görmektedir. Nasıl ki, aile toplumun en temel çekirdeği olup aile kurumu anayasalarda koruma altına alınmışsa, saklı paylı mirasçıların miras hakkı da koruma altına alınmıştır¹⁴⁰. Miras hukukunun temelinde hısımlık ilişkisine dayanan aile bağı yatmaktadır. Kanuni mirasçılar kanun koyucu tarafından belirlenmiştir ve aile/hısımlık olmayan kimselerin kanuni mirasçı olamayacağı bilinmektedir. O halde mirasbırakanın biyolojik çocuğu olan herkesin mirasçı olacağının kabul edilmesi hem kurumsal bir koruma hem

¹³⁴ BROX, s. 972; VELTE, s. 123.

¹³⁵ ÖZDEMİR, s. 889.

¹³⁶ BROX, s. 970.

¹³⁷ FRONEMANN, s. 61.

¹³⁸ FRONEMANN, s. 65.

¹³⁹ Anayasal koruma miras hakkı bakımından hem miras bırakmayı hem de miras almayı kapsamaktadır (SEROZAN/ENGİN, N. 25, s. 52).

¹⁴⁰ FRONEMANN, s. 87; BVerG NJW 2005 1563; LEIPOLD, s. 467 vd; VELTE, s. 123; SEROZAN/ENGİN, s. N. 25 vd , 52 vd; ANTALYA/SAĞLAM, s. 62 N. 43-44.

de miras hukukunun temel prensipleriyle yakından ilgilidir¹⁴¹. Mirasbırakanın bile serbestçe tasarruf edemeyeceği saklı payların tanındığı bir sistemde, mirasbırakanın ölümünden sonra doğmuş olan biyolojik çocuğuna saklı payının verilmemesi anayasanın miras hakkını düzenleyen hükmü ve kanuni mirasçılık paylarını düzenleyen kanun hükümleriyle çelişmektedir¹⁴². Federal Almanya Anayasa Mahkemesi, vermiş olduğu kararlarda, anayasanın aileyi koruyan hükmüyle miras hakkını düzenleyen hüküm arasında bir bağlantı olduğunu kabul etmiştir¹⁴³. Dolayısıyla bu görüş taraftarlarınca, mirasbırakanın biyolojik çocuğunun ne zaman doğduğuna bakılmaksızın kendisine miras hakkının tanınması gerektiği belirtilmiştir¹⁴⁴. Aksi bir kabulün, Anayasa'ya açıkça aykırılık teşkil edeceği savunulmuştur¹⁴⁵.

Bu görüş, miras hukukunda mirasbırakanın ölümünde ana rahmine düşen cenine mirasçılık tanyan kanun hükmünün yapay döllenmelerde embriyonun ana rahmine babanın ölümünden sonra transfer edilmesinde de kıyasen uygulanması gerektiğini ileri sürmektedir¹⁴⁶. Ayrıca babanın ölümünden sonra ana rahmine transfer edilmiş olan embriyoya mirasçılığın tanınmasının eşitlik ilkesinin bir sonucu olduğu kabul edilmiştir¹⁴⁷. Nasıl ki, artık evlilik içinde veya evlilik dışında doğan çocuk ayrımı yapılmıyorsa diğer ayrımların da yapılmaması gerektiği savunulmuştur¹⁴⁸.

Bireyler kararlarının ve davranışlarının sonuca katlanmalıdır. Bir birey nasıl ki çocuk istemeden girmiş olduğu cinsel ilişki sonucunda cenin ana rahmine düştüğünde bu çocuğa karşı sorumluluklar taşımaktaysa ve bu çocuğun mirasçı olması engellenemiyorsa aynı durum sperminin veya embriyosunun dondurulmasına izin veren mirasbırakan için de geçerli olmalıdır¹⁴⁹. Bu doğrultuda yapay döllenmede de, spermleri veren ve özellikle ölümünden sonra bu spermlerin kullanılmasına izin veren mirasbırakanın bunun sonuçlarına katlanması gerektiği ve bu şekilde hamile olan kadının

¹⁴¹ FRONEMANN, s. 89; OTTE, s. 319; LIPP, s. 2205; SCHLÜTER, s. 1065.

¹⁴² LEIPOLD, (2019), § 1923 BGB N. 22; BROX, s. 970.

¹⁴³ BVerfG. ZEV 2000, s. 399.

¹⁴⁴ FRONEMANN, s. 90; MANSEES, s. 62; OTTE, s. 318 vd.

¹⁴⁵ EBENROTH, N. 60, JUNG, s. 135.

¹⁴⁶ LEIPOLD, s. 473 vd; VELTE, s. 123 vd.

¹⁴⁷ BROX, s. 970; ACABEY, s. 191.

¹⁴⁸ BROX, s. 970.

¹⁴⁹ FRONEMANN, s. 104.

çocuğunun tam ve sağ doğması halinde çocuğun mirasçılığının kabulünün gerekli olduğu ileri sürülmüştür¹⁵⁰.

Dondurulmuş sperm ya da embriyonun ana rahmine transfer edilmesine ilişkin kararı mirasbırakanın ölümü nedeniyle sadece kadının alması ve hatta bu kararı kötüniyetle diğer mirasçılara etkilemek amacıyla alması da sağ doğan cenine mirasçılık hakkının verilmesine engel teşkil etmemelidir¹⁵¹. Bu görüş taraftarlarına göre, dul kalan kadının diğer mirasçılara zarar vermek kastıyla döllenmiş olan embriyoları veya dondurulmuş olan spermleri kullanacağı bu nedenle de böyle durumlarda sağ doğan cenine mirasçılığın tanınmaması kabul edilebilir bir gerekçe değildir¹⁵². Zira çocuğun menfaati gereğince çocuğun mirasçı olup olmayacağı meselesi ayrı bir konudur. Kaldı ki, çocuğun mirasçılığının kabulünü takiben mirasçılara zarar verme kastıyla hareket eden anneden ve bu işlemi yapan hekimden mirasçılarının zararlarını talep etmesi mümkündür¹⁵³. Ancak belirtmek gerekir ki, burada mirasçılarının TBK 49/f. 2 uyarınca ananın zarar verme kastını ispat etmesi gerekmektedir. Zarar verme kastının olmadığı durumlarda, zararın tazmini talep edilemeyecektir¹⁵⁴. Dolayısıyla, eşin ölümünden sonra şiddetli çocuk sahibi olmak isteyen daha önce oluşturulmuş olan embriyonun doğmasını sağlayan ya da ölümünden sonra spermlerini eşinin kullanmasına izin veren mirasbırakanın spermlerini kullanarak onun biyolojik çocuğunu doğuran kadının diğer mirasçılara zarar vermek kastıyla her zaman hareket ettiğini ileri sürmek doğru değildir. Bu gerekçelerle nasıl ve ne zaman doğacağına karar vermeyen çocuğun mirasçılık hakkı yok sayılmamalıdır¹⁵⁵.

Bu görüşe göre, mirasbırakanın ölümünden sonra ana rahmine transfer edilen embriyonun mirasçılığının kabul edilmesi mirasbırakanın tasarruf

¹⁵⁰ FRONEMANN, s. 104.

¹⁵¹ BROX, s. 973; ÖZDEMİR, s. 889.

¹⁵² AYDIN, s. 370; LEIPOLD, s. 467.

¹⁵³ LEIPOLD, s. 467; AYDIN, s. 370; ALTUNKAYA, s. 105; ACABEY, s. 188; EROL, s. 143; KALKAN OĞUZTÜRK, s. 380 vd; ÖZDEMİR, s. 889.

¹⁵⁴ AYDIN, s. 370. Öğretide TBK m. 49/f.2 hükmü uyarınca kadının sorumluluğuna gidilebileceği; ayrıca sağ kalan eşin ölen kocasının dondurulmuş spermini yahut dondurulmuş embriyoyu kullanarak çocuk dünyaya getirmesinin ilgili yönetmeliğe aykırılık teşkil edeceği için TBK m. 49/f.1 hükmünün de uygulama alanı bulabileceği ileri sürülmektedir. Zira yönetmelikte eşin ölümü halinde bunların imhası düzenlenmiştir. (ZEYTİN, s. 226).

¹⁵⁵ TEGELKAMP, § 1923 BGB N. 42; LEIPOLD, (2019), § 1923 BGB N. 22.

serbestisini etkilememektedir¹⁵⁶. Zira kanun koyucu mirasbırakanın iradesine rağmen saklı pay sahibi olan mirasçılarını tanımıştır. O halde mirasbırakanın biyolojik çocuğunun saklı payı vardır. Mirasbırakanın ölümünden 300 günden daha fazla bir süre sonunda doğması da durumu değiştirmez.

Bir hukuk devletinin insan onurunu ve bireyin maddi ve manevi kişiliğinin gelişimini desteklemesi en temel görevidir¹⁵⁷. Çocuğun nasıl ve ne zaman doğduğu hususu çocuğun kendisinin karar vermediği bir durumdur. O halde bu çocuğa mirasçılık hakkı tanınması devletin temel görevidir. Bu görüş taraftarlarına göre miras hukuku normlarının dar yorumlanması suretiyle, çocuğa mirasçılık hakkı verilmemesi kabul edilebilir bir durum değildir, zira miras hukuku istenmeyen yapay döllemenin cezalandırılacağı bir alan değildir¹⁵⁸. Bu görüşü savunanlarca, Medeni Kanun'da yer alan hususlar yorumlanırken elde edilecek sonucun normlar hiyerarşisinde en üst sırada yer alan Anayasa ve Anayasa'da yer alan temel haklara aykırılık teşkil edemeyeceği belirtilmiştir¹⁵⁹. O halde mirasbırakanın ölümünden sonra ana rahmine transfer edilen çocuğun mirasçılığının kanunda açıkça düzenlenmemiş olması çocuğun mirasçılığının kabulüne engel değildir, bilakis mirasçılığın kabulü Anayasa'daki aileyi ve miras hakkını düzenleyen hükümler neticesinde kabul edilmesi gereken bir zorunluluktur¹⁶⁰. Türkiye'nin yanı sıra İsviçre ve Almanya da BM Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin tarafidir. BM Çocuk Hakları Sözleşmesi'nde çocuğun üstün (yüksek) yararından bahsedilmiş ve kamusal ya da özel sosyal yardım kuruluşları, mahkemeler, idari makamlar veya yasama organları tarafından yapılan ve çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde, bu üstün yararın dikkate alınması gerektiği 3. maddede açıkça düzenlenmiştir. Bu sözleşmenin ışığında babanın ölümünden sonra babanın dondurularak saklanmış üreme hücresi yahut bu hücreden elde edilen ve dondurularak saklanan embriyonun ana karnına transferi neticesinde doğan çocuğa mirasçılık hakkı tanınması gerektiği savunulmuştur¹⁶¹. O halde

¹⁵⁶ TEGELKAMP, 1923 BGB N. 42, LEIPOLD, (2019), 1923 BGB N. 22.

¹⁵⁷ TEGELKAMP, 1923 BGB N. 42, LEIPOLD, (2019), 1923 BGB N. 22; LEIPOLD, s. 476 vd

¹⁵⁸ TEGELKAMP, 1923 BGB N. 44, LEIPOLD, (2019), 1923 BGB 23; VELTE, s. 125.

¹⁵⁹ TEGELKAMP, 1923 BGB N. 44, LEIPOLD, (2019), 1923 BGB N. 23; VELTE, s. 125. Özellikle Alman hukukunda anayasanın özel hukuk ilişkilerine etkileri bakımından daha detaylı bilgi için bkz. BELLING/İNCE, s. 1 vd.

¹⁶⁰ AYDIN ÜNVER, s. 60 dn 20; TURAN BAŞARA, s. 400; ZEYTİN, s. 225.

¹⁶¹ SEROZAN, s. 113. Soybağı hususunda çocuğun menfaatinin dikkate alınması gerektiği yönünde ÖZDEMİR, s. 889.

söz konusu mirasçılık meselesi çözüme ulaştırılırken, en fazla korunmaya muhtaç olan çocuğun bağımsız ve onurlu bir birey olarak yaşayabilmesi için onun lehine yorum yapılmalı ve mirasçılık hakkı tanınmalıdır¹⁶².

Bu görüş taraftarlarına göre, kanunda bir boşluk olmadığını savunmak doğru değildir¹⁶³. Zira henüz doğmamış birinin art mirasçı olarak atanması kanuni mirasçılık bahsinde düzenlenmiş bir konu değildir. Ayrıca bu norm kanun koyucunun henüz doğmamış, ana rahmine bile düşmemiş birinin mirasçılığına sıcak baktığını açıkça göstermektedir. O halde bunlardan yola çıkarak, kanunda bir boşluk olduğunu savunmak doğrudur¹⁶⁴. Mirasbırakanın spermlerini vermesi ve öldüğünde bile bu spermlerin kullanılmasına izin vermesi mirasbırakanın iradesinin var olduğunu göstergesidir ve bu hallerde çocuğun mirasçı olacağına kabulü doğal bir sonuçtur¹⁶⁵.

Bu görüşü savunanlarca, miras paylaşımının uzun sürmesinin belirsizlik yaratması riskinin, çocuğun menfaatleri ile kıyaslandığında katlanabilir ve kabul edilebilir olduğu ileri sürülmektedir¹⁶⁶. Mirasbırakanın ölümünden sonra spermlerinin kullanılması durumunda sağ ve tam doğan çocuk ile mirasbırakan arasında soybağı kuruluyorsa mirasçı olması engellenmemelidir¹⁶⁷.

Bu görüş taraftarları ayrıca, Türk Medeni Kanunu'nun 643. maddesinde mirasın açıldığı tarihte mirasçı olabilecek bir cenin varsa paylaşmanın doğuma kadar erteleneceği hükmüne dayanmaktadırlar. . Bu maddenin gerekçesine bakıldığında İsviçre Medeni Kanunu'nun 605. maddesindeki aslında “ana rahmine düşmüş olan çocuk” kavramı yerine “cenin” kavramının kullanıldığı ve bu ifadenin isabetli olduğu, zira tıp alanında çocuğun ana rahminde olması zorunluluğunu ortadan kaldıran henüz ana rahminde olmayıp da ana rahmine yerleştirilecek biçimde embriyonun belirli yerlerde belirli yöntemlerle saklandığı açıkça vurgulanmıştır¹⁶⁸. O halde, 643. maddenin gerekçesi dikkate alındığında kanun koyucunun iradesinin henüz ana rahmine düşmemiş olan

¹⁶² SEROZAN, s. 113. Soybağı hususunda çocuğun menfaatinin dikkate alınması gerektiği yönünde ÖZDEMİR, s. 889; ZEYTİN, s. 225; AYDIN ÜNVER, s. 60 vd.

¹⁶³ BROX, s. 973.

¹⁶⁴ BROX, s. 971.

¹⁶⁵ BROX, s. 972; LEIPOLD, s. 472; ACABEY, s. 191; EROL, s. 143.

¹⁶⁶ BROX, s. 973; LEIPOLD, s. 473; VELTE, s. 125.

¹⁶⁷ BROX, s. 969; LEIPOLD, s. 473.

¹⁶⁸ TURAN BAŞARA, s. 399 vd.

embriyoya mirasçılık tanınması yönünde olduğu anlaşılmaktadır¹⁶⁹.

Öğretide bu şekilde doğan çocuğun mirasçılığının kabul edilebilmesi için ölen kişinin (babanın) spermelerinin ya da dondurulmuş embriyosunun kullanılmasına yazılı izin vermesi gerektiği ve kişinin ölümünden sonra kısa bir süre içinde (örneğin bir yıl içinde) bu spermelerin kullanılması gerektiği savunulmuştur¹⁷⁰. Belirtmek gerekir ki, bu yaklaşım İspanya¹⁷¹, Amerika¹⁷² gibi bazı ülkelerde benimsenmekte ve uygulanmaktadır.

Hemen belirtelim ki çocuğun mirasçılığını kabul eden bu görüşler arasında da farklılıklar bulunmaktadır. Bunlardan bazıları 300 gün sonra dünyaya gelen embriyonun evlilik içinde elde edildiğinin ispatlanması halinde yine mirasçı olabileceğini¹⁷³; bir diğer görüş ise embriyonun değil mirasbırakanın rızasıyla spermelerinin ölümünden sonra kullanılması ve embriyonun bu şekilde elde edilmesinde dahi mirasçılığın kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır¹⁷⁴. Embriyo bakımından döllenenmeden itibaren korunmayı kabul edenler, İsv. MK m. 255/f.2 TMK m. 285/f.2 hükmünde öngörülen karinenin sperm ve yumurta döllenesinin esas alınması suretiyle anlaşılması gerektiğini ileri sürmektedirler. Sperm dondurulması halinde ise baba sağken kendi rızası ile sperm dondurulmuş ve ölümünden sonra kullanımına izin verilmişse yine İsv. MK m. 255/f.2 hükmündeki karinenin işletilmesi gerektiği savunulmuştur¹⁷⁵. Böylece her iki halde de babanın ölümünden 300 gün sonra bile doğsa çocuğun biyolojik babası ile soybağı kurulabilmekte ve doğan çocuk babasının kanuni mirasçısı olabilmektedir.

4. Görüşlerin Türk Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi

Benimsediğimiz görüş uyarınca, Türk hukukunda da kocasının ölümünden önce dondurularak saklanmış embriyo yahut üreme hücrelerini kocanın ölümünden sonra ana rahmine transfer edilmesi halinde sağ doğan çocuk babasının kanuni mirasçısı olabilmelidir. Öncelikle öğretide mirasbırakanın ölümünden sonra ana rahmine transfer edilen embriyoya

¹⁶⁹ EROL, s. 144.

¹⁷⁰ İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s. 467 N. 1448.

¹⁷¹ VELTE, s. 155-157;

¹⁷² ROWSELL, s. 402

¹⁷³ ACABEY, s. 191.

¹⁷⁴ BROX, s. 973 vd.

¹⁷⁵ SANDOZ, s. 99.

mirasçılık hakkı tanınmasının soybağı hükümlerinin özüne aykırılık teşkil edeceği yönündeki iddia kanımızca kabul edilemez. Zira mirasbırakanın ölümünden sonra 300 gün içinde doğan çocuğun mirasçı olacağı zaten kanun koyucu tarafından düzenlenmiştir. Ana rahmine mirasbırakanın ölümünden sonra transfer edilip 300 gün içinde doğan çocuk ile mirasbırakan arasında soybağı karineten kurulmakta ve sağ doğan çocuk mirasçı olabilmektedir¹⁷⁶. O halde mirasçı olmak bu şekilde tesadüfî koşullara bırakılmamalıdır. Başka bir deyişle mirasbırakanın ölümünden sonra bile olsa ana rahmine transfer edilen embriyo 300 gün içinde doğarsa bir tartışmaya yer vermeksizin mirasçılık kabul edilebilecekken, ana rahmine transfer edilen embriyonun mirasbırakanın ölümünden daha uzun bir süre sonra sağ doğması halinde, doğan çocuğun mirasçılığının tanınmaması isabetli değildir. Unutulmamalıdır ki, çocuk ne zaman ve nasıl doğacağını kendisi seçmemektedir.

Çocuğun babasının ölümünden sonra doğmasının onun psikolojisinin olumsuz etkilediği bu nedenle mirasçılığının kabul edilmemesi kanımızca farklı iki konudur. Toplumun ve/veya kanun koyucunun ölen birinin üreme hücrelerinin yapay dölleme yoluyla kullanılmasına izin verip vermemesi ile ne olursa olsun doğmuş bir çocuğun mirasçılığının karara bağlanması farklı konulardır. Öğretide de isabetle belirtildiği gibi, miras hukuku yapay döllemenin cezalandırılacağı bir alan değildir. Türk hukukunda önceden zina suç sayılmaktaydı, zina sonucu ya da evlilik birliği dışında doğan çocukların mirasçılığı tartışılmaktaydı. Evlilik birliği dışında doğan çocukların mirasçı olabilmeleri için, babalarıyla gayri sahih nesep ilişkilerinin kurulması gerekmektedir. Gayri sahih nesep çocukların miras payları sahih nesep çocuklardan daha az olacak şekilde eTMK m. 443 hükmünde farklı şekilde düzenlenmişti¹⁷⁷. Bu düzenleme yöntemi ile kanun koyucu belki de evlilik birliği dışında çocukların dünyaya gelmesini engellemeye çalışmaktaydı. Ancak söz konusu hüküm Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilince yeni düzenlenmenin yapıldığı tarihe kadar mirasçılığın dayandığı esaslar üzerinde tartışmalar yapılmıştır. O dönemde Yargıtay İçtihatları Birleştirme Kurulu¹⁷⁸ soruna 14.09.1990 tarihinde Türkiye tarafından imzalanan 09.12.1994 tarih ve 4058 sayılı kanunla onaylanarak 11.12.1994 tarihinde Resmi Gazete’de yayımlanmak suretiyle yürürlüğe giren Çocuk Hakları Sözleşmesi açısından bakmış ve çocuğun üstün yararının dikkate alınması gerektiğine vurgu

¹⁷⁶ ZEYTİN, s. 225.

¹⁷⁷ Bu konu hakkında detaylı bilgi için bkz. ERDOĞAN, s. 1 vd.

¹⁷⁸ YİBK.E.1996/1, K.1997/1, T. 22.2.1997.

yapmıştır. Kanaatimizce postmortal dölleme de yine çocuğun üstün yararı açısından olaya bakılması gerekmektedir. Bu doğrultuda postmortal dölleme sonucunda doğan çocuğun mirasçılığının kabul edilmemesi, çocuğun üstün yararı ilkesine aykırılık teşkil edeceğinden isabetli değildir. Ayrıca, Türk hukukunda uzun yıllar mahkeme kararlarında boşanmadan sonra velayetin tek bir tarafa, özellikle kadına, verildiği unutulmamalıdır¹⁷⁹. Diğer bir deyişle, ülkemizde boşanan çiftlerin tek başına velayeti kullandıkları bir gerçektir. Bu nedenle çocuğun tek başına anneye yaşayacak olmasının onun psikolojisini bozacağı fikrinden yola çıkılarak çocuğun mirasçılığının reddedilmesi Türk hukuku bakımından yerinde değildir.

Kanımızca kişinin ölümünden sonra üreme hücresinin yahut bu hücreden elde edilen embriyonun ana rahmine transferine izin vermesi akabinde dünyaya gelen çocukla babası arasında soybağının kurulması halinde çocuğun babasına mirasçı olması mümkün olmalıdır. Kişinin ölümünden sonra üreme hücresinin yahut bu hücreden elde edilen embriyonun ana rahmine transferi sonucunda doğan çocukla ölen babası arasında soybağının TMK 285/f.1 hükmündeki karinenin işletilmesi suretiyle kurulması halinde zaten çocuğun kanuni mirasçılığı bakımından bir sorun ortaya çıkmamaktadır. Buna karşılık babanın ölümünden 300 gün sonra doğan çocuk ile ölen babası arasında soybağı, TMK m. 301 hükmü uyarınca mahkeme tarafından babalık hükmü verilmesi halinde söz konusu olur. Bu halde, TMK m. 303 hükmü uyarınca ana ve çocuk tarafından ölen babanın mirasçılara karşı dava açılmak suretiyle ölen baba ile çocuk arasında soybağının kurulması talep edilebilir. Zira TMK m. 303/f.1 hükmü uyarınca babalık davasının, çocuğun doğumundan önce veya sonra açılması mümkündür. Ananın dava hakkı bakımından bir yıllık hak düşürücü süre öngörülmüştür (TMK m. 303/f.1). TMK m. 303/f.2’de yer alan “*çocuğun açacağı babalık davası için bir yıllık hak düşürücü süre, çocuğa doğumundan sonra kayyım atanmışsa atamanın kayyım tebliği tarihinde, kayyım atanmamışsa çocuğun ergin olduğu tarihte başlar*” şeklindeki hüküm Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir¹⁸⁰. İptal kararının, Resmi Gazete’de yayım tarihinden başlayarak bir yıl sonra yürürlüğe girmesi hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla 21/07/2013 tarihinden itibaren, çocuğa kayyım atansın yahut atanmasın çocuk herhangi bir süreye tabi olmadan babalık davası açabilmektedir. Bu dava kapsamında çocuk, genetik inceleme yoluyla doğrudan doğruya ölen erkeğin babası olduğunu ispatlama yoluna başvurabilir

¹⁷⁹ ERLÜLE, s. 26; İNCE, (2018b), s. 219.

¹⁸⁰ AYM, 2011/116E.-2012/39K., T.15/3/2012, RG. T. 21/7/2012, S. Sayı: 28360.

ve bu inceleme sonucunda babalık hükmü verilmesi halinde ölen baba ile çocuk arasında soybağı kurulabilir. O halde dondurulmuş spermin yahut embriyonun kocanın ölümünden sonra ana karnına transferi sonucunda sağ doğan çocuk ile baba arasında babalık hükmü yoluyla soybağı kuruluyorsa çocuğun babaya mirasçı olmaması çelişkili bir durum yaratacaktır. Dondurulmuş spermin yahut emriyonun ana karnına transferi sonucunda sağ doğan ve babalık hükmü yoluyla babası ile soybağı kurulmuş olan çocuğun mirasçılığı Türkiye'nin taraf olduğu BM Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 3. maddesinde de açıkça düzenlenen çocuğun üstün yararı ilkesi nedeniyle kabul edilmelidir. BM Çocuk Hakları Sözleşmesi m. 3 hükmünde düzenlenen çocuğun üstün yararı ilkesi, kamu veya özel sosyal yardım kurumları, mahkemeler, idari merciler veya yasama organları tarafından çocuklarla ilgili eylemlerin tümünde çocuğun üstün yararının öncelikle gözetilmesini teminat altına almaktadır. Aksi bir yaklaşım babası ile soybağı kurulan çocuğun mirasçı olamaması nedeniyle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 1 No'lu Protokolü m.1 ile AİHS m. 8 ve m. 14 hükümlerine aykırılık teşkil edecektir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 1 No'lu Protokolü m.1 hükmü şu şekildedir: “(1)Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle ve yasada öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir. (2)Yukarıdaki hükümler, devletlerin, mülkiyetin kamu yararına uygun olarak kullanılmasını düzenlemek veya vergilerin ya da başka katkıların veya para cezalarının ödenmesini sağlamak için gerekli gördükleri yasaları uygulama konusunda sahip oldukları hakka halel getirmez”. Bu hükümde ifade edilen mülkiyet hakkının, her türlü ekonomik değeri kapsayacak şekilde anlaşılması gerektiği ifade edilmektedir¹⁸¹. Dolayısıyla bu anlamda mülkiyet hakkının, malvarlığı bütünüünün içinde yer alan miras hakkını da içerdiği kabul edilmektedir¹⁸². Bu doğrultuda, Anayasa m. 35 hükmünde miras hakkının, anayasal anlamda mülkiyet hakkının içinde ele alındığı vurgulanmaktadır¹⁸³.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 8 hükmü uyarınca, “(1)Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir; (2) Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik,

¹⁸¹ GEMALMAZ, s. 34.

¹⁸² GEMALMAZ, s. 35.

¹⁸³ GEMALMAZ, s. 35; BOYAR, s. 507.

kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir”. Bu doğrultuda mirasa ilişkin konuların, AİHS m. 8 anlamında aile yaşamıyla yakından ilgili olduğu ifade edilmektedir¹⁸⁴. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de, aile yaşamının sosyal, ahlaki ve kültürel ilişkiler kadar maddi çıkarları ve özel olarak miras haklarını içerdiğini vurgulamaktadır¹⁸⁵.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 14 hükmü uyarınca, “*Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde düzenlenen haklardan ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi ya da başka görüş, ulusal ya da toplumsal köken, bir ulusal azınlığa mensup olma, mülkiyet, doğum ya da diğer statüler gibi herhangi bir temelde ayrımcılık yapılmaksızın, güvence altına alınacaktır”.* Dolayısıyla burada doğum statüsü nedeniyle çocuklar arasında ayrımcılık yapılması yasaklanmıştır. Erkeğin ölümünden sonra donmuş embriyonun ya da spermin spermin ana rahmine transferi sonucunda sağ doğan çocukla babası arasında soybağı kurulmasına rağmen babasının kanuni mirasçısı olabilmesi bakımından babası ile soybağı kurulan diğer çocuklardan farklı muameleye tabi tutulması AİHS m. 14 anlamında ayrımcılık teşkil etmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, evlilik içinde doğan çocuk ile evlilik dışında doğan çocuğun mirasçılığı bakımından konuyu ele almıştır. AİHM, *Marx v Belçika* kararında evlilik dışında doğan çocukla anne arasında evlat edinme yoluyla soybağının kurulduğu, evlilik içinde doğan çocukla evlilik dışında doğan çocuk arasında kanuni düzenleme ile ayrımcılık yapıldığı gerekçesiyle AİHS m.8 ve m. 14 birlikte değerlendirilmek suretiyle evlilik dışı doğan çocuğun temel haklarının ihlal edildiği yönünde karar vermiştir¹⁸⁶. Mirasçılık belgesinin iptali ve mirasçılar arasında gösterilme talebi reddedilen *Fatma Julia Ekinciler*, Anayasa Mahkemesi’ne yaptığı bireysel başvuruda, babası tarafından vasiyetname ile tanınmasına rağmen eTMK m. 292 hükmü nedeniyle babasına mirasçı olamamasından yakınmaktadır. Anayasa Mahkemesi tarafından, eTMK m. 292’deki “*annenin zinasından olma çocuğun tanınamayacağı*” şeklindeki düzenlemenin engellemesi nedeniyle babanın vasiyetname ile tanıdığı evlilik dışı çocuğun babaya mirasçısı olamaması,

¹⁸⁴ ARSLAN ÖNCÜ, s. 318.

¹⁸⁵ AİHM, Marx- Belçika, Başvuru No: 6833/74, T.13.06.1979. Ayrıca bkz. ARSLAN ÖNCÜ, s. 318.

¹⁸⁶ AİHM, Marx- Belçika, Başvuru No: 6833/74, T.13.06.1979.

AİHS m. 8 hükmünde ifadesini bulan özel hayata saygı kapsamında değerlendirilmiş ve ihlal kararı verilmiştir¹⁸⁷. Öğretide, söz konusu başvuruda özel hayata saygı yerine mülkiyet hakkı bakımından muhakeme yapılabileceği ifade edilmektedir¹⁸⁸.

Maurek v Fransa kararında ise AİHM, evlilik dışı birliktelikten doğan çocuk ile evlilik birliği içinde doğan çocuk arasında Fransız Medeni Kanunu gereğince, miras payı bakımından yapılan ayırım nedeniyle AİHS 1 no'lu Protokol m.1 ile AİHS m. 14 hükmünü birlikte değerlendirmek suretiyle ihlal kararı vermiştir¹⁸⁹. O halde gerek Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 1 No'lu Protokolü m.1 ile AİHS m. 8 ve m. 14 hükümleri gerek AİHM tarafından bu zamana kadar verilmiş olan kararlar incelendiğinde postmortal döllemelerde de çocuğa mirasçılık hakkı tanınması isabetli olacaktır.

Belirtmek gerekir ki, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda bireylerin maddi ve manevi kişiliğini geliştirme hakkı ve miras hakkı düzenlenmiştir. Çocuğun maddi ve manevi varlığını geliştirmesi için alacağı miras payı önem arz etmektedir. Elbette ki saklı pay mirasçısı olacak çocuk külli halefiyet ilkesi gereğince sadece haklara sahip olmamakta aynı zamanda mirasbırakanın borçlarından sorumlu olmaktadır. Dolayısıyla terekenin borca batık olduğu durumlarda mirasçılığını ve miras payını öğrenen çocuğun mirası reddetme hakkının olduğu unutulmamalıdır.

Mirasbırakanın ölümünden sonra kullanılan sperm ya da ana rahmine transfer edilen embriyonun gelişip sağ doğması halinde bu çocuğa mirasçılık hakkının tanınmasının diğer mirasçıların haklarını ve hukuk güvenliğini zedelediği iddiası da kanımızca kabul edilemez. Zira her zaman ortada bir miras ortaklığı olmayabilir. Miras ortaklığı, birden fazla kanuni ve/veya atanmış mirasçı olması halinde söz konusu olmaktadır. Diğer mirasçıların haklarının zedelenmemesi için nasıl ve ne zaman doğacağına karar veremeyen çocuğun miras hakkının kabul edilmemesi isabetli değildir. Zira kanımızca postmortal dölleme sonucu doğmuş çocuğa nazaran diğer mirasçıların haklarını daha fazla koruyacak haklı bir neden bulunmamaktadır. Ayrıca dondurulmuş sperm ya da embriyonun ana karnına transferi sonucunda sağ doğan çocuğa mirasçılık tanınması halinde, hukuk düzeni tarafından hâlihazırda korunan bir değer olan çocuğun üstün yararı, hukuk güvenliğine

¹⁸⁷ AYM, Fatma Julia Ekinciler Başvurusu, No. 2013/2758, T. 17/2/2016.

¹⁸⁸ GEMALMAZ, s. 35, dn. 81.

¹⁸⁹ AİHM, Mazurek- Fransa, Başvuru No: 34406/97, T. 01.02.2000.

tercih edilebilmektedir. Kanun koyucu tarafından hukuk güvenliğini de gözeten bir kanuni düzenleme yapılmadığı müddetçe, çocuğun menfaatinin üstün tutulması Türkiye'nin taraf olduğu BM Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin bir gereğidir. Babanın ölümünde soybağı kurulmamış olan evlilik dışı çocuğun babalık hükmü ile babası ile soybağı kurulması halinde nasıl ki, sonradan babası ile soybağı kurulan çocuğun mirasçılığının tanınması hukuk güvenliğine tercih ediliyorsa, dondurulmuş embriyo yahut spermin erkeğin ölümünden sonra ana rahmine transferi halinde sağ doğan çocuğun mirasçılığının tanınması hukuk güvenliğine tercih edilmelidir. Kaldı ki, sağ kalan eş embriyonun yahut spermin dondurulduğundan haberdar olduğu için hukuk güvenliğinin sağlanması adına, miras hukukunda kabul edilmiş koruma önlemlerini de mahkemeden talep edebilir. Günümüzde tıp biliminde yaşanan gelişmeler göz önüne alındığında mahkeme tarafından sağ kalan eşe böyle bir soru da yöneltilmek suretiyle, koruma önlemlerinin etkin bir biçimde kullanılması sağlanabilir. Zira dondurulmuş sperm yahut embriyo ana rahmine transfer edildikten sonra sağ doğum gerçekleştiği takdirde babası ile soybağı kurulmuş ve mirasçı olduğu tespit edilmişse, bu çocuk mirasın açıldığı andan itibaren mirasçı sıfatını kazanır. Paylaşma yapılmadan evvel dondurulmuş sperm ya da embriyonun transferi gerçekleşmiş ise, doğuma kadar paylaşmanın ertelenmesi söz konusu olabilir. Babanın ölümünden sonra dondurulmuş spermin yahut bu spermden elde edilmiş embriyonun ana karnına transferi neticesinde doğan ve babası ile soybağı kurulmuş olan çocuğun kanuni mirasçı olarak kabul edilmesi, paylaşma bakımından bir sorun teşkil etmez. Paylaşma yapıldıktan sonra kanuni mirasçı olduğu kabul edilen çocuğun istihkak davası açması mümkündür¹⁹⁰.

Öğretideki dondurulmuş embriyonun olup olmadığını araştırarak, daha sonra bir mirasçılık belgesi düzenlenmesinin mahkemeden beklenmeyeceği; aksi bir kabulün mahkemelerin iş yükünü çok fazla artıracığı ve mirasçılık belgesinin değiştirilmesinin hukuki güvenliği zedeleyeceği fikrine katılmak mümkün değildir. Zira mirasçılık belgesi İsviçre ve Türk hukukunda aksi ispat edilebilir bir karine yaratmaktadır. Örneğin, sonradan ortaya çıkan evlilik dışı çocuk ile baba arasında, baba öldükten sonra babalık davası kurulduğu takdirde önceden verilmiş mirasçılık belgesinin iptali söz konusu olacaktır. Bu halde mirasçılık belgesinin aksi ispat edilecek ve yenisi düzenlenecektir.

Çocuğa bu hallerde mirasçılık hakkının tanınmasının mirasbırakanın

¹⁹⁰ KOHLER-VADAUX, s. 242; KURT, s. 201; ZEYTİN, s. 226.

anayasalarda tanınmış olan tasarruf serbestisini etkileyeceği iddiası da kabul edilemez. Saklı payların tanındığı bir hukuk sisteminde hısımlık, evlatlık yahut evlilik ilişkisine dayanılarak hem kanuni mirasçılık tanınmış hem belirli oranlar üzerinde mirasbırakanın tasarruf serbestisi kısıtlanmıştır. Saklı payların miras hukukunda kabul gerekliliği veya saklı pay oranlarının nasıl olması gerektiği tartışılabilir. Ama saklı payların tanındığı bir hukuk düzeninde mirasbırakanla sonradan da olsa soybağı kurulan çocuğun mirasçılığı engellenmemelidir. Ayrıca mirasbırakanın ölümünden önce embriyonun elde edilmesi halinde, mirasbırakanın bu çocuğu istediği ve onun saklı paylı yasal mirasçısı olduğundan haberdar olduğunu kabul etmek gerekir. Yine ölümden sonra spermlerin kullanılmasına izin veren birçok ülkede olduğu gibi erkek ölümünden sonra spermlerinin kullanılması yönünde irade beyanında bulunabilmektedir. Erkeğin tüp bebek merkeziyle yaptığı sözleşmede ya da ölüme bağlı bir tasarrufta (örneğin vasiyetnamede) dondurulmuş spermlerin ölümünden sonra kullanılmasını istediği çoğunlukla görülmektedir.

Sağ kalan eşin sırf diğer mirasçıların miras paylarını zedelemek için dondurulmuş üreme hücrelerini kullanacağı varsayımı da kanaatimizce itibar edilmemesi gereken bir varsayımdır. Bir çocuğun dünyaya getirilmesi ve tek ebeveyn tarafından bakılıp büyütülmesi son derece meşakkatli bir iştir. Böyle bir işe ise sırf miras payı için girilmesi son derece istisnai bir durumdur. Kaldı ki, bu halde zarar gören mirasçıların TBK m. 49/f.2 hükmü gereğince anneden tazminat istemesi mümkündür. Bu halde söz konusu davranışla ilgisi olmayan çocuğun miras hakkının yok sayılması düşünülemez.

Alman ve İsviçre hukuk düzenlerinde 19. yy sonu ve 20. yy başında yürürlüğe girmiş Medeni Kanun hükümlerinde yapay dölleme teknolojisi dikkate alınarak düzenlemeler yapılması beklenemez. Buna karşılık Türk Medeni Kanunu 2002 yılında yürürlüğe girmiştir. Hatta TMK m. 643 hükmünün gerekçesinde kanun koyucu yapay döllemeyi dikkate aldığı için “ana karnına düşme” ifadesini kullanmamayı seçtiğini ifade etmiştir. Dolayısıyla yapay dölleme teknolojisinin farkında olan Türk kanun koyucusu postmortal döllemelerde çocuğun mirasçılığını tamamen yasaklamadığı gibi ana karnına düşme gibi dar ifadelerden de kaçınmıştır. Madde gerekçeleri bağlayıcı olmasa da kanun koyucunun yapay döllemeyi dikkate alarak bazı maddeleri daha geniş yorumlanacak şekilde iradesini ortaya koyması açısından bu durum önemlidir. Konumuz açısından kanun koyucunun olaya dar bakmadığı görülmektedir.

Kanun sistemine göre, kişinin ölümünden sonra dondurulmuş üreme

hücresi yahut bu hücreden elde edilmiş embriyonun ana rahmine transferi neticesinde doğan çocuk ancak baba tarafından art mirasçı olarak atanmışsa yahut art vasiyet alacaklısı olarak tayin edilmişse mirasçı olabilmektedir. Kişinin ölümünden sonra dondurulmuş üreme hücresinin yahut bu hücreden elde edilmiş embriyonun transferi neticesinde doğan çocuğun yalnızca art mirasçı atama ya da art vasiyet alacaklısı şeklinde iradi mirasçı olabilmesi çocuğun menfaati ile çelişebilmektedir. Zira saklı paylı mirasçılar olması halinde, çocuk lehine yapılan ölüme bağlı tasarrufu tenkis tehlikesi beklemektedir. Ayrıca kişinin ölümünden sonra üreme hücresinin ya da bu hücreden elde edilen embriyonun ana karnına transferi neticesinde doğan çocuğun babalık davası sonucunda ölen babasıyla soybağının kurulması mümkündür. Bu çocuğun babasına kanuni mirasçı olamaması, çocuğun üstün yararı ilkesine aykırılık teşkil eder. Kanun koyucunun mirasbırakanın ölümü halinde henüz doğmamış olan birinin mirasçılığına imkân tanıdığı ve iradi mirasçılıkta bu konuyu düzenlediği görülmektedir. O halde miras hukukuna ilişkin mevcut düzenlemelerden yola çıkılarak henüz ana rahmine düşmemiş birinin mirasçılığının hukuk sistemimize yabancı olmadığını savunmak mümkündür.

Sonuç

Tıp alanında meydana gelen gelişmelerin, toplum ve aile yapısı üzerinde önemli etkileri olmuştur ve olmaya devam etmektedir. 70'li yıllarda akla gelmeyen birçok husus örneğin embriyoların, yumurta ve spermlerin dondurulması artık mümkündür. Dondurulan üreme hücresi yahut bu hücrenin karşı cinsin üreme hücresiyle döllenmesi sonucunda elde edilmiş embriyonun kişinin ölümünden sonra kullanılıp kullanılmayacağı, farklı hukuk düzenlerinde farklı şekillerde düzenlenmiştir. İsviçre, Fransa ve İtalya'da dondurulan üreme hücresi yahut bu hücrenin karşı cinsin üreme hücresiyle döllenmesi ile elde edilen embriyonun kişinin ölümünden sonra kullanılması kanuni düzenlemelerle açıkça yasaklanmıştır. Buna karşılık Belçika, İngiltere ve Amerika Birleşik Devletlerinde kişinin ölümünden sonra üreme hücresinin yahut bu hücreden elde edilen embriyonun kullanılmasına bazı koşullar altında izin verilmektedir. Türkiye'de kişinin ölümünden sonra üreme hücresinin yahut bu hücreden elde edilen embriyonun kullanılması kanun hükmü ile yasaklanmamış; yönetmelikle kişinin ölümünden sonra üreme hücresinin veya bu hücreden elde edilen embriyonun imha edileceği düzenlenmiştir. Almanya'da ise öldüğü bilinen birinin spermlerinin kullanılması cezai yaptırıma bağlanmıştır. Bu hallerde spermleri kullanan tüp bebek merkezine

cezaî yaptırım uygulanacağı Embriyonun Korunması Hakkında Kanun'da (ESchG) § 4/f.1-3. maddede düzenlenmiştir. Bunun haricinde edilen embriyonun akıbeti düzenlenmemiştir. Almanya'da önüne gelen uyuşmazlıkta mahkeme, erkek hayattayken elde edilen embriyonun ölümünden sonra kadın tarafından tüp bebek merkezinden istenebileceği yönünde karar vermiştir¹⁹¹.

Kişinin ölümünden sonra üreme hücresi yahut bu hücrenin de kullanılması suretiyle elde edilen embriyonun ana karnına transferine izin vermeyen bir hukuk düzeninde bile, mirasbırakanın ölümünden önce elde edilmiş olan embriyonun mirasbırakanın ölümünden sonra ana rahmine transfer edilmesi halinde sağ ve tam doğan çocuğun mirasçı olup olmayacağı sorusu ortaya çıkmaktadır. Hatta mirasbırakanın ölümünden önce dondurulan spermelerin kullanılması ve bu şekilde çocuğun tam ve sağ doğması hususunun mirasçılığa etkisi de tartışmalıdır. 2006 yılında Bakırköy 5. Sulh Hukuk Mahkemesi'nde görülen bir dava, söz bu meselelerin teoride kalmadığını ve uygulamada da çözülmesi gerektiğini açıkça gözler önüne sermektedir.

İsviçre hukuku, Türk hukuku ve Alman hukukunda kişinin ölümünden sonra dondurulmuş olan üreme hücresinin yahut bu hücrenin de kullanılmasıyla embriyonun ana karnına transferi neticesinde sağ doğan çocuğun kanuni mirasçı olup olmayacağı hususunda kanunda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Buna karşılık, bu hukuk düzenlerinde mirasçı olacak kişinin mirasbırakanın ölümü anında sağ olması gerektiği kanunda açıkça düzenlenmiştir. Söz konusu kurala istisna getirilmek suretiyle, bu hukuk düzenlerinde ceninin sağ doğmak kaydıyla mirasçı olduğu kabul edilmekte ve şayet mirasçı olabilecek bir cenin varsa, mirasın paylaşılmasının erteleneceği hüküm altına alınmaktadır.

Tıp alanındaki gelişmeler karşısında dondurulmuş sperm yahut bu sperm yumurta ile döllenmesi sonucunda elde edilen embriyonun mirasbırakanın ölümünden sonra ana karnına transferi sonucunda sağ doğan çocuk babasının mirasından mahrum bırakılmamalıdır. Hâlihazırdaki normlarda, iradi mirasçılıkta doğacak birinin (henüz ana rahmine düşmeyen birinin) mirasçılığının hukuk sistemimize yabancı olmadığı görülmektedir. Erkeğin ölümünden sonra dondurulmuş sperm yahut bu sperm yumurta ile döllenmesi sonucunda elde edilmiş olan embriyonun ana karnına transferi neticesinde doğan çocuk ile babası arasında babalık hükmü yoluyla soybağı kurulabilmektedir. Kanaatimizce baba ile soybağı kurulan çocuğa kanuni mirasçılık hakkı tanınmalıdır. Bu yaklaşım aynı zamanda hem Anayasa'ya

¹⁹¹ OLG München, Endurteil vom 22.2.2017– 3 U 4080/16, NZFam 2017, s. 957 vd.

hem de Türkiye'nin taraf olduğu temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmelere uygun bir yorum olacaktır. Gerek kanunlar gerek yönetmeliklerin normlar hiyerarşisinde en üstte olan Anayasa'ya aykırılık teşkil etmemesi gerektiği son derece açıktır. Eşitlik ilkesi başta olmak üzere Anayasa'da düzenlenen temel ilkeler ve taraf olunan BM Çocuk Hakları Sözleşmesi dikkate alındığında çocuğun maddi ve manevi gelişimi için mirasçılığının tanınması çocuğun üstün yararı ile uyumlu olacaktır. Postmortal döllemenin önüne geçilmesi meselesi ile çocuğun mirasçılığı meselesinin ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekir. Nasıl ve ne zaman doğacağına karar veremeyen çocuğun korunması ve ona biyolojik babasına mirasçı olma hakkı tanınması isabetli olacaktır.

KAYNAKÇA

- ACABEY, M. Beşir: **Soybağının Kurulması, Genel Olarak Sonuçları, Özellikle Evlilik Dışında Doğan Çocukların Mirasçılığı**, İzmir, 2002.
- ALTUNKAYA, Mehmet: "Tabii Olmayan Yollarla Çocuk Sahibi Olmanın Soybağına Etkisi", **IMGB, Organ ve Doku Naklinde Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sorunları, I. Uluslararası Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Kongresi Bildiri Kitabı**, İstanbul, 2007, s. 98-118.
- ANTALYA, Osman Gökhan/Sağlam, İpek: **Miras Hukuku Cilt III, Genişletilmiş 4. Bası, Seçkin Yayıncılık, İstanbul 2019.**
- AYDIN ÜNVER, Tülay: **Cenin Hukuki Konumu**, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011.
- AYDIN, Öztürk: "Homolog Dölleme Yoluyla Elde Edilen Tüpteki Embriyonun Yasal Mirasçılığı" **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 22, Sayı: 3, Prof Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan**, İstanbul, 2016, s. 349-374.
- BAYSAL, Başak Zeynep: "Çocuğun Kökenini Öğrenme Hakkı", **Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 493-533.
- BELLING, Detlev, W./İNCE, Nurten: "Türk-Alman Hukukunda Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi", **LHD, C. 12, Sa. 137, 2014**, s. 1-58.

- BLOMBERG, Eva Maria: **Freiheit und Bindung des Erblässers**, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen, 2011.
- BRITTING, Eva: **Die postmortale Insemination als Problem des Zivilrechts**, Peter Lang Verlag, Frankfurt a.M, 1989.
- BOYAR, Oya: **Mülkiyet Hakkı, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme**, (Editör: Sibel İnceoğlu), Avrupa Konseyi, Ankara 2013.
- BROX, Hans: “Die Künstliche Befruchtung der Ehefrau durch den Samen des Ehemannes nach dessen Tod und das Erbrecht des Kindes nach seinem Vater”, **Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels**, Heidelberg, 1993, s. 965-979.
- COUCHEPİN, Gaspard/MAIRE, Laurent: **Commentaire du droit des successions (art. 457-640 CC; art. 11-24 LDFR)**, SHK - Stämpfli Handkommentar (Edité par Antoine Eigenmann, Nicolas Rouiller), 2012 Stämpfli Verlag AG.
- ERDOĞAN, İhsan: “Evlilik Dışı Çocuğun Tabii Babası Kolu Hısımlarına Mirasçı Olması ve Baba Kolu Hısımlarının Ona Mirasçı Olması”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 2, S. 1-2, 1998, s. 1-9. (http://www.hukuk.gazi.edu.tr/editor/dergi/2_3.pdf (12.12. 2019))
- EBENROTH, Carsten Thomas: **Erbrecht**, C.H. Beck Verlag, München, 1992.
- ERLÜLE, Fulya: **İsviçre’de Yapılan değişiklikler Işığında Boşanmada Birlikte Velayet**, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- EROL, Yasemin: **Yapay Dölllenme Yöntemleri ve Taşıyıcı Annelik**, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2012.
- FEGELER, Susanne: **Der Maßstab des Wohls des Kindes, des Mündels, des Pfleglings und des Betreuten bei der gerichtlichen Kontrolle ihrer Interessenvertreter**, Nomos Recht Verlag, Baden-Baden, 2000.
- FRONEMANN, Esther: **Der Beginn der Erbfähigt in Fällen extrakorporaler Befruchtung**, Kovac Verlag, Hamburg, 2004.
- GEMALMAZ, Burak: **Mülkiyet Hakkı, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları** Serisi-6, Avrupa Konseyi, Ankara 2018.
- GUTTMANN, Thomas: **Freiwilligkeit als Rechtsbegriff**, C. H. Beck Verlag, München, 2001.

- HAKERİ, Hakan: “Türk Hukukunda Yapay Döllenme”, **Tıp Hukuku Dergisi**, **Sa. 8, Yıl 2015**, s. 103-128.
- HERMANN-ENGEL, Karl Josep: **Die rechtliche Berücksichtigung des Menschen vor der Zeugung. Eine Untersuchung zum deutschen französischen und englischen Zivilrecht**, Universitätsverlag Rasch V Osnabrück, 1997.
- HRUBESCH-MILLAUER, Stephanie: **ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, OFK - Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch)**, (Herausgeber Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz, Roland Fankhauser), 2016 Orell Füssli Verlag AG.
- İMRE, Zahit/ERMAN, Hasan: **Miras Hukuku**, 8. Bası, Der Yayınları, İstanbul, 2011.
- İNAN, Ali Naim/ERTAŞ, Şeref/ ALBAŞ, Hakan: **Miras Hukuku**, 10. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.
- İNCE, Nurten: “İki Baba Bir Çocuk (Alman Medeni Kanunu’nun 1686a Maddesi Uyarınca Biyolojik Babanın Haklarında Meydana Gelen Değişikliklerin Değerlendirilmesi)”, **4. Uluslararası Hukuk Sempozyumu 3-4-5 Mayıs 2018, Tam Metin Bildiriler Kitabı**, s. 353-372 (İNCE, (2018a)).
- İNCE, Nurten: “Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Evlilik Birliğinin Boşanma ile Sona Ermesi Durumunda Birlikte Velâyet” **TAAD, Sa. 9 (4), Nisan 2018**, s. 189-229 (İNCE, (2018b)).
- JUNG, Eberhard: “Reformbestrebungen im Erbrecht“, **FamRZ 1976**, s.134-137.
- KALKAN OĞUZTÜRK, Burcu: **Türk Medeni Hukuku’nda Biyoetik Sorunlar**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011.
- KARAN, Ulaş: **Yaşam Hakkı, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme**, (Editör: Sibel İnceoğlu), Avrupa Konseyi, Ankara 2013.
- KIRKBEŞOĞLU, Nagehan: **Soybağı Alanında Biyoetik ve Hukuki Sorunlar**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006.
- KOHLER-VAUDAUX, Maryam: **Le début de la personnalité juridique et la situation juridique de l’enfant à naître: Etude de droit suisse et aperçu des droits français et allemand**, Schulthess Juristische Medien AG 2006.

- KURT, Leyla Müjde: “Ceninin Mal Varlığı Hakları”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 2, Sa.1, 2011, s. 177-207.
- LEIPOLD, Dieter: ”Erbrechtliche Aspekte der künstlichen Befruchtung und der künstlichen Verlängerung des Lebens” **Festschrift für Winfried Kralik**, Wien, 1986, s .467-484.
- LEIPOLD, Dieter: **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**, Verlag C.H. Beck, München, 2019 (LEIPOLD, (2019)).
- LIEDER, Jan: **Erman BGB, Kommenar, Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar mit AGG, EGBGB (Auszug), ErbbauRG, HausratsVO, LPartG, ProdHaftG, UKlaG, VAHRG und WEG** Herausgeber_ Harm Peter WESTERMANN, 15. Auflage, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 2017.
- LIPP, Volker: “Finanzielle Solidarität zwischen Verwandten im Privat-und im Sozialrecht”, **NJW 2002**, s. 2201-2207.
- MANSEES, Norbert: **Das Erbrecht des Kindes nach künstlicher Befruchtung**, Duncker & Humblot Verlag, Berlin, 1991.
- METİN, Sevtap: **Biyo-Tıp Etiği ve Hukuk**, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2010.
- MÜLLER-CHRISTMANN, Bernd: **BeckOK BGB**, Herausgegeben von: Heinz Georg BAMBERGER/Herbert ROTH/Wolfgang HAU/Roman POSECK, 53.Edition, Verlag C.H. Beck Münschen, 2020.
- MÜNZER, Ulrich: **Fortpflanzungsmedizin und Zivilrecht: Eine vergleichende Darstellung bundesdeutschen, englischen und französischen Rechts**, Aachen Shaker Verlag, Tübingen, 1991.
- NOMER, Haluk N.: “Suni Döllenme Dolayısıyla Ortaya Çıkabilecek Nesep Problemleri”, **M.Kemal Oğuzman Anısına Armağan**, İstanbul, 2000, s. 545–594.
- OKTAY ÖZDEMİR, Saibe/ TEK, Gülen Sinem: “Türk Hukukunda Tıp Bilimindeki Gelişmelerin Soybağına Etkileri” **Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2013, s. 909-931.
- OTTE, Gerhard: “Das Pflichtteil- Verfassungsrechtsprechung und Rechtspolitik”, **AcP 2002**, s. 317-362.
- OTTE, Gerhard: **J.von Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen**

Gesetzbuch, Übersicht Einleitung zum Erbrecht; §§ 1922-1966, 2017.

ÖZDEMİR, Hayrünnisa: “Yapay Dölllenme ve Soybağı” **Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2013, s. 875-908.

ÖZSUNAY, Ergun: “Hayatın Başlangıcı ve Sonuna İlişkin En Önemli Hukuksal Sorunlar Sorunlar”, **Prof. Dr. Bülent Davran’a Armağan**, İstanbul 1998, s. 1-58.

PARLAK-BÖRÜ, Şafak: “Aile Hukukunda Zor Bir Dönemeç: Karşılaştırmalı Hukuk Bakış Açısıyla Taşyıcı Anneliğe İlişkin Güncel Gelişmeler”, **Public and Private International Law Bulletin, Sa. 39(1)**, s. 63-110.

ROWSELL, Jamie: “STAYIN’ ALIVE: Postmortem Reproduction and Inheritance Rights.” **Family Court Review**, Vol. 41, No. 3, July 2003, s. 400-415.

SANDOZ, Suzette: Quelques problèmes de filiation en relation avec la procréation médicalement assistée, **Zeitschrift für Vormundschafswesen, Konferenz für Kindes- und Erwachsenenschutz**, Schulthess Juristische Medien AG 2000.

SCHMIDT, Manuela: **Juris Praxiskommentar BGB, Band 5 Erbrecht**, 8. Auflage, Saarbrücken 2017.

SCHLÜTER, Wilfried: “Die Änderung der Rolle des Pflichtteilsrechts im sozialen Kontext,“ **50 Jahre Bundesgerichtshof Festgabe aus der Wissenschaft Band I. Bürgerliches Recht**, München, 2000, s. 1047-1075.

SCHLÜTER, Wilfried/RÖTHEL, Anne: **Erbrecht**, 17. Auflage C.H. Beck, München 2015.

SCHREIBER, Hans-Ludwig: ”Der Schutz des Lebens durch das Recht an seinem Beginn und an seinem Ende”, **Medizinrecht — Psychopathologie — Rechtsmedizin Diesseits und jenseits der Grenzen von Recht und Medizin Festschrift für Günter Schewe**, Berlin u. a. 1991, s. 120-133.

SCHUMACHER, Klaus: “Fortpflanzungsmedizin und Zivilrecht” **FamRZ 1987**, s. 313-324.

SELB, Walter: **Rechtsordnung und künstliche Reproduktion des Menschen**, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen, 1987.

- SEROZAN, Rona: **Çocuk Hukuku**, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2005.
- SEROZAN, Rona/ENGİN, Baki İlkey: **Miras Hukuku**, Güncellenmiş 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2019.
- STEGMÜLLER Tiffaine: L'interdiction suisse de la procréation post-mortem face au droit comparé, **Le droit comparé et le droit suisse**, (Herausgeber: Rashid Bahar, Thomas Kadner Graziano) Schulthess Editions romandes 2018, s. 177-198.
- STRÄTZ, Hans-Wolfgang: "Rechtspolitische Gesichtspunkte des gesetzlichen Erbrechts und Pflichtteilsrechts nach 100 Jahre BGB" **FamRZ 1998**, s. 1553-1567.
- TEGELKAMP, Martin: **Beck-online Grosskommentar**, Verlag, C.H. Beck, München, 2019.
- TUĞLACI, Pars: **Tıp Sözlüğü**, Ar Basın Yayın, İstanbul, 1983.
- TURAN BAŞARA, Gamze: "Miras Hukuku Bakımından Ceninin Durumunun Değerlendirilmesi" **Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 1, Sa. 2, Ekim 2016, s. 389-410.
- VELTE, Gianna: **Die Postmortale Befruchtung im deutschen und spanischen Recht**, Springer Verlag, Berlin Heidelberg, 2015.
- WILDISEN, Christoph : **Erbrecht Art. 457-640 ZGB, CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht**, (Herausgeber Peter Breitschmid, Alexandra Jungo), Schulthess Juristische Medien AG 2016.
- ZEYTİN, Zafer: "Üreme Tıbbı, Soybağı ve Hukuki Sonuçları", **Tıp Hukuku Dergisi**, Sa. 8, Yıl 2015, s. 211-232.
- ZIERL, Gerhard: "Zivilrechtliche Aspekte artifizieller Reproduktion", **DRiZ 1986**, s. 302-307.

LİMİTED ŞİRKETİN İŞLETME KONUSUNUN GERÇEKLEŞMESİ VEYA GERÇEKLEŞMESİNİN İMKÂNSIZ HÂLE GELMESİ VE SÜRESİNİN DOLMASI NETİCESİNDE SONA ERMESİ BAĞLAMINDA İKİ SORUN

Özlem İLBASMIŞ HIZLISOY*

ÖZ

Limited şirketin genel sona erme nedenlerinin sayıldığı TTK m. 636.1 ile anonim şirketin genel sona erme sebeplerinin düzenlendiği TTK m. 529.1 karşılaştırıldığında, TTK m. 636.1'den farklı olarak TTK m. 529.1'de işletme konusunun gerçekleşmesi veya gerçekleşmesinin imkânsız hâle gelmesinin ve esas sözleşmede öngörülen sürenin sona ermesinin genel sona erme sebepleri arasında ayrıca ve açıkça sayılmış olduğu görülmektedir. Yine, TTK m. 529.1.a'da anonim şirketin esas sözleşmede öngörülen süresi sona ermesine rağmen işlerine fiilen devam etmesi hâlinde belirsiz süreli hâle geleceği, dolayısıyla sona ermeyeceği belirtilmiştir.

Bu çalışmada, iki hüküm arasındaki yukarıda bahsi geçen farklılığın limited şirketler bakımından doğurabileceği sorunlar ele alınacaktır. Bu kapsamda, işletme konusunun gerçekleşmesinin veya gerçekleşmesinin imkânsız hâle gelmesinin limited şirketler açısından ifisah nedeni teşkil edip etmeyeceği ve şirket sözleşmesinde öngörülen sürenin sona ermesinin limited şirketler bakımından ifisah nedeni oluşturup oluşturmayacağı, bu bağlamda özellikle limited şirketin şirket sözleşmesinde öngörülen süresinin sona ermesine rağmen işlerine fiilen devam etmesi durumunda belirsiz süreli hâle gelip gelmeyeceği hususları inceleme konusu yapılacaktır.

Anahtar Kelimeler: İşletme Konusu, İmkânsızlık, Süre, İfisah, Limited şirket

TWO PROBLEMS REGARDING TERMINATION OF LIMITED LIABILITY COMPANY BECAUSE OF ACHIEVING OR IMPOSSIBILITY OF ACHIEVING OF THE SUBJECT OF THE COMPANY AND EXPIRATION OF THE PERIOD OF THE COMPANY

ABSTRACT

When TCC Art. 636.1 that determines the general termination causes of limited liability company and Art. 529.1 that regulates the general termination reasons

* Dr. Öğr. Üyesi, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku ABD, e-posta: ilbasmis@erciyes.edu.tr

ORCID ID: 0000-0003-0560-4498.

DOI : 10.34246/ahbvuhfd.733321

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 09/01/2020

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 12/03/2020

of corporation are compared, it is figured out that in Art. 529.1, unlike Art. 636.1, achieving or impossibility of achieving of the subject of the company and the expiry of the period stipulated in the articles of incorporation are separately and explicitly counted as general reasons for termination. In addition, in TCC Art. 529.1.a it is stated that corporation will become a corporation of indefinite period, and therefore will not terminate if it continues its activities despite the expiration of the duration stipulated in the articles of incorporation.

In this study, the problems that may be caused by the above mentioned difference between the two provisions in terms of limited liability companies will be discussed. In this context, it will be examined whether achieving or impossibility of achieving of the subject of the company will constitute cause of dissolution for limited liability companies and whether the expiration of the period stipulated in the company contract will constitute a cause of dissolution for limited liability companies, within this context especially whether the limited liability company will become a company of indefinite period if it continues its activities in spite of the expiry of the duration specified in the company contract.

Key Words: *Subject of the Company, Impossibility, Period, Dissolution, Limited Liability Company*

GİRİŞ

Limited şirketin sona erme (fesih/infisah) sebepleri esas itibariyle TTK m. 636.1, 2 ve 3'te hükme bağlanmıştır¹. TTK m. 636'nın birinci fıkrasında limited şirketin sona erme hâlleri genel olarak sayılmıştır. Buna göre limited şirket, şirket sözleşmesinde öngörülen sona erme sebeplerinden birinin

¹ TTK m. 636.1, 2 ve 3 ve bu hükümlerin 6762 sayılı TTK'daki karşılığını teşkil eden m. 504.2 ve 549 düzenlemeleri karşılaştırıldığında, TTK'da haklı sebeple fesih davasında hâkime alternatif çözümlere karar verilebilme imkânı tanınmış olması, şirketin ortak sayısının bire düşmesinin fesih sebebi olmaktan çıkarılmış bulunması ve şirketin feshine ilişkin alınacak genel kurul kararı için gerekli karar yetersayısının 6762 sayılı TTK düzenlemesinden farklı belirlenmiş olması dışında bahsi geçen hükümlerin aynı olduğu söylenebilir. Yine, 6762 sayılı TTK'nın 549. maddesinin kenar başlığı "*İnfisah sebepleri*" şeklindeken ve hükümde burada sayılan hâllerde şirketin infisah edeceği düzenlenmişken, TTK m. 636'nın kenar başlığı "*Sona erme sebepleri ve sona ermenin sonuçları*" şeklindedir ve hükümde burada zikredilen hâllerde şirketin sona ereceği düzenlenmiştir. Bu açıdan TTK'nın ilgili düzenlemesi 6762 sayılı TTK'nın hükmüne nazaran daha isabetlidir. Zira gerek 6762 sayılı TTK m. 549'da gerekse TTK m. 636'da sadece infisah sebepleri değil hem infisah hem de fesih nedenleri, dolayısıyla sona erme sebepleri düzenlenmiştir [6762 sayılı TTK döneminde, gerek 6762 sayılı TTK m. 549 gerekse TTK m. 636'nın Tasarı hâli ile ilgili olarak aynı yönde bkz. CERİT, s. 6, dñn. 6]. Sona ermenin fesih ve infisah olmak üzere iki şekilde gerçekleştiği hususunda, ayrıca fesih ve infisah sebepleri için bkz. ÇAMOĞLU (POROY/TEKİNALP), (2017), s. 552 vd.

gerçekleşmesiyle, genel kurul kararıyla, iflasın açılmasıyla veya Kanunda öngörülen diğer sona erme hâllerinde sona erer. Söz konusu hüküm, mehz İsvBK m. 821.1'in çevirisi şeklindedir. Diğer taraftan, TTK m. 636'nın ikinci fıkrasında limited şirketin organ eksikliği nedeniyle feshi davası, üçüncü fıkrasında ise limited şirketin haklı sebeple feshi davası düzenlenmiştir. Bu fıkralarda limited şirketin özel sona erme sebepleri pozitif düzenlemeye kavuşturulmuştur².

Hemen eklemek gerekir ki, TTK m. 636.1'in d bendinde, limited şirketin Kanunda öngörülen diğer sona erme hâllerinde hitam bulacağı belirtilmiştir. Bu hükümden de açıkça anlaşılacağı üzere, limited şirketin sona erme sebepleri TTK m. 636'da sayılanlardan ibaret değildir³. Örneğin, TTK m. 210.3 gereğince kamu düzenine veya işletme konusuna aykırı işlemlerde veya bu yönde hazırlıklarda ya da muvazaalı iş ve faaliyetlerde bulunduğu belirlenen bir limited şirket hakkında Ticaret Bakanlığı tarafından açılan fesih davası neticesinde mahkemece şirketin feshine karar verildiğinde şirket sona erer⁴. Yine TTK m. 644.1.b'de, anonim şirketlere ilişkin TTK m. 353'ün limited şirketlere de uygulanacağı hükme bağlanmıştır. TTK m. 353.1'e göre, şirketin kuruluşunda kanun hükümlerine aykırı hareket edilmek suretiyle alacaklıların, ortakların veya kamunun menfaatleri önemli bir şekilde tehlikeye düşürülmüş veya ihlâl edilmiş olursa, müdürlerin, Ticaret Bakanlığı'nın, ilgili alacaklının veya herhangi bir ortağın istemi üzerine şirket merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesince şirketin feshine karar verilir.

Anonim şirketin genel sona erme (fesih/infisah) sebepleri ise, TTK m. 529.1'de düzenlenmiştir. Buna göre anonim şirket, sürenin sona ermesine rağmen işlere fiilen devam etmek suretiyle belirsiz süreli hâle gelmemişse esas sözleşmede öngörülen sürenin sona ermesiyle, işletme konusunun gerçekleşmesiyle veya gerçekleşmesinin imkânsız hâle gelmesiyle, esas

² Limited şirketin sona erme sebeplerini düzenleyen mehz İsvBK m. 821'nin üçüncü fıkrasında limited şirketin haklı sebeple feshi davası hükme bağlanmıştır. İsvBK m. 819 ve 821.1.4 gereğince limited şirketlere de uygulanan İsvBK m. 731b'de ise, TTK m. 636.2 benzeri bir düzenleme mevcuttur. İsvBK m. 731b'ye göre, limited şirketin organ eksikliği durumunda dava açabilecek kişiler (ortaklar, şirket alacaklıları, ticaret sicili müdürü) mahkemeye gerekli tedbirlerin alınması için başvurabilecek, bu durumda hâkim özellikle şirkete hukuka uygun durumun yeniden tesisi için fesih tehdidi altında bir süre verebilecek veya eksik olan organı veya kayyım tayin edebilecek yahut şirketi feshedip iflasa ilişkin hükümlere göre tasfiyesine karar verebilecektir. Ayrıntılı bilgi için bkz. ŞENER, s. 945-946.

³ 6762 sayılı TTK döneminde, TTK m. 636'nın 6762 sayılı TTK'daki karşılığı olan m. 549 bakımından aynı yönde bkz. KARAYALÇIN, s. 386.

⁴ Aynı örnek için bkz. TEKİNALP, s. 538.

sözleşmede öngörölmüş herhangi bir sona erme sebebinin gerçekleşmesiyle, genel kurul kararıyla, iflasına karar verilmesiyle yahut kanunlarda öngörölen diğ er hâllerde sona erer. Öte yandan, TTK m. 530'da anonim şirketin organ eksikliği nedeniyle feshi davası, TTK m. 531'de ise anonim şirketin haklı sebeple feshi davası özel sona erme hâlleri olarak pozitif düzenlemeye kavuşturulmuştur⁵. Limited şirkette olduğu gibi⁶ anonim şirketin de kanunlarda öngörölen diğ er hâllerde sona ereceğ i düzenlenmiş olduğu (TTK m. 529.1.f) için, anonim şirketin sona erme hâllerinin de burada sayılanlardan ibaret olmadığı aş ikârdır. Nitekim yukarıda limited şirketler için bu bağ lamda verdiğ imiz örnekler (TTK m. 210.3 ve TTK m. 353) anonim şirketler için de sona erme nedenidir. Diğ er taraftan, anonim şirketin sona erme sebeplerinin düzenlendiğ i İsvBK m. 736.1 hükmüne göre anonim şirket, esas sözleşmeye göre, genel kurul kararıyla, iflasın aç ılmasıyla, haklı sebeple feshe ilişkin mahkeme kararıyla veya kanunlarda öngörölen diğ er hâllerde sona erer. Yine anonim şirkette organ eksikliği durumu için, İsvBK m. 731b'de TTK m. 530 benzeri bir düzenleme öngörölmüştür⁷.

Genel sona erme sebepleri ile sınırlı bir değ erlendirme yapıldığında, limited şirketin genel sona erme sebeplerinin sayıldığ ı TTK m. 636.1 ile mehaz İsvBK m. 821.1'in aynı olduğu görölecektir. Yine anonim şirketin sona erme sebeplerinin düzenlendiğ i İsvBK m. 736.1'in de (*esasen özel sona erme sebebi olan anonim şirketin haklı sebeple feshinin bu fıkranın bir alt bendi olarak düzenlenmiş olması dışında*) genel sona erme sebepleri açısından bu hükümlerle aynı olduğu söylenebilir. Buna karş ın, anonim şirketin genel sona erme sebeplerinin düzenlendiğ i TTK m. 529.1'e bakıldığ ında ise, hükümde daha ayrıntılı düzenlemeler bulunduğu göze ç arpmaktadır. TTK m. 529.1'in yukarıda bahsi geç en hükümlerden farklılığına değ inmeden önce benzerliğini

⁵ Genel Olarak Sona Erme Sebepleri-Özel Sona Erme Fesih Sebepleri ayrımı için yine bkz. PULAŞ LI, s. 2388-2472.

⁶ TTK m. 636.1.d'de limited şirketin "*Kanunda öngörölen diğ er sona erme hâllerinde*" sona ereceğ i düzenlenmiş ken, TTK m. 529.1.f'de anonim şirketin "*Kanunlarda öngörölen diğ er hâllerde*" sona ereceğ i hükmüne bağ lanmıştır. İsvBK m. 821.1.4 ve İsvBK m. 736.1.5'de kullanılan ifadeler de aynı şekildedir. Bu düzenleme tarzı nedeniyle limited şirketlerin sadece TTK'da düzenlenen, anonim şirketlerin ise gerek TTK'da gerekse TTK dış ındaki diğ er kanunlarda düzenlenen diğ er sona erme hâllerinde sona ereceğ i ileri sürölebilir. Ancak bu konuda limited şirket ile anonim şirket arasında bir ayırım yapılmasını gerektiren haklı bir sebep bulunmamaktadır. Bu nedenle, TTK m. 636.1.d'deki hükmü de kanunlarda öngörölen diğ er hâllerde şeklinde anlamak daha uygun olacaktır. Nitekim TTK m. 636.1.d'deki Kanun teriminin sadece TTK'yı değ il, diğ er kanunları da kapsadığ ı yönünde bkz. TEKİNALP, s. 538.

⁷ Bkz. yuk. dpn. 2.

vurgulamak gerekirse, anılan hükümde yukarıda zikredilen hükümlerde sayılan genel sona erme sebeplerinin tamamı sayılmıştır. Ancak söz konusu Kanun hükmünde yukarıda bahsi geçen hükümlerde sayılanlara ek olarak işletme konusunun gerçekleşmesi veya gerçekleşmesinin imkânsız hâle gelmesi ve esas sözleşmede öngörülen sürenin sona ermesi, genel sona erme sebepleri arasında ayrıca sayılmıştır.

Hatta 6762 sayılı TTK m. 434.1'de anonim şirketin maksadının gerçekleşmesi veya gerçekleşmesinin imkânsızlığı bir infisah nedeni olarak düzenlenmişken, TTK m. 529.1.b ile isabetli bir şekilde anonim şirketin işletme konusunun gerçekleşmesiyle veya gerçekleşmesinin imkânsız hâle gelmesiyle sona ereceği düzenlenmiştir. Böylece anonim şirketin infisahı, TTK m. 529.1.b'nin gerekçesinde de belirtildiği gibi şirketin kâr elde etme (*ve paylaşırma*) amacına ulaşması veya ulaşmasının imkânsız hâle gelmesi gibi nesnel olarak belirlenemeyecek bir olgu yerine, genel amaca ulaşmak için icra edilen faaliyetlerin gerçekleşmiş olmasına veya gerçekleşmesinin imkânsız hâle gelmesine bağlanmıştır. Yine, esas sözleşmede öngörülen sürenin dolmasıyla anonim şirketin sona ermesi bağlamında, TTK m. 529.1.a'nın gerekçesinde de belirtildiği gibi, bu hüküm ile 6762 sayılı TTK dönemindeki yargı kararları ve doktrindeki tartışmaları sona erdiren bir kural getirilmiştir. Buna göre, eğer anonim şirket esas sözleşmede öngörülen süre sona ermesine rağmen işlere fiilen devam ederse belirsiz süreli hâle gelir, dolayısıyla sona ermez.

Türk hukukunda limited şirketler açısından anonim şirketler için öngörülmüş olan TTK m. 529.1.a ve b benzeri hükümlere yer verilmemesinin bu hususta bir takım tereddütlerin doğmasına neden olabileceği kanaatini taşımaktayız. Bu bağlamda akla gelebilecek ilk soru, işletme konusunun gerçekleşmesinin veya gerçekleşmesinin imkânsız hâle gelmesinin limited şirketler açısından infisah nedeni teşkil edip etmeyeceğidir. Akla gelebilecek ikinci soru ise, esasen kolaylıkla olumlu yanıt verilebilecek bir soru olan şirket sözleşmesinde öngörülen sürenin sona ermesinin limited şirketler bakımından infisah nedeni oluşturup oluşturmayacağıdır. İkinci soru bağlamında tereddüt uyandırabilecek asıl husus ise, limited şirketin şirket sözleşmesinde öngörülen süresinin sona ermesine rağmen işlerine fiilen devam etmesi durumunda belirsiz süreli hâle gelip gelmeyeceğidir. Bu son hususun, 6762 sayılı TTK döneminde yoğun bir şekilde yapılan ve TTK ile bu konuda özel bir hükmün (m. 529.1.a) getirilmesi suretiyle anonim şirketler açısından sona erdirilen bir tartışmanın fitilini limited şirketler bakımından biraz farklı bir şekilde de olsa hâlen ateşleyebilecek nitelikte olduğu düşüncesindeyiz.

I. İşletme Konusunun Gerçekleşmesi veya Gerçekleşmesinin İmkânsız Hâle Gelmesi

Yukarıda da ifade edildiği üzere, TTK m. 529.1.b'de anonim şirketin işletme konusunun gerçekleşmesiyle veya gerçekleşmesinin imkânsız hâle gelmesiyle sona ereceği düzenlenmiştir. Dolayısıyla, TTK m. 529.1.b ile, işletme konusunun gerçekleşmesinin veya gerçekleşmesinin imkânsız hâle gelmesinin anonim şirketler için infisah nedeni teşkil ettiği açıkça hükme bağlanmıştır. Buna bağlı olarak, anonim şirketler açısından işletme konusunun gerçekleşmesinin objektif nitelikteki imkânsızlığının infisah nedeni teşkil edeceği, işletme konusunun gerçekleşmesinin subjektif nitelikteki imkânsızlığının ise TTK m. 531 anlamında haklı sebep olarak nitelendirilebileceği kabul edilmektedir⁸.

Diğer taraftan, TTK'da anonim şirketin aksine limited şirketin işletme konusunun gerçekleşmesini veya gerçekleşmesinin imkânsız hâle gelmesini infisah sebebi olarak düzenleyen bir hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle, işletme konusunun gerçekleşmesinin veya gerçekleşmesinin imkânsız hâle gelmesinin limited şirketler açısından infisah nedeni teşkil edip etmeyeceği sorununun çözüme kavuşturulması gerekir.

Sorunu ele almaya başlamadan önce İsviçre hukukundaki durumu incelemekte fayda vardır. Zira daha önce de ifade edildiği üzere, İsvBK'da gerek anonim gerekse limited şirketin işletme konusunun gerçekleşmesini veya gerçekleşmesinin imkânsız hâle gelmesini infisah sebebi olarak düzenleyen bir hüküm bulunmamaktadır.

İsviçre bilimsel öğretisinde (anonim şirketlerle ilgili olmak üzere) bir kısım yazarlar, işletme konusunun gerçekleşmesinin veya gerçekleşmesinin imkânsız hâle gelmesinin, esas sözleşmeden kaynaklanan infisah nedeni teşkil edeceğini ifade etmektedirler⁹. *Schucany*, bir taraftan bu görüşe uygun

⁸ UZUNALLI, s. 157; ERDEM, s. 142-143; ŞAHİN, s. 237, 239 vd.; İLBASMIŞ HIZLISOY, s. 148-149, 150 vd. Kâr elde etme (*ve paylaşırma*) amacının gerçekleşmesinin imkânsız hâle gelmesi, TTK m. 531 anlamında haklı sebep olarak nitelendirilebilecektir [BAHTİYAR, (2019), s. 379; ERDEM, s. 143-144; ŞAHİN, s. 237, 243 vd.; İLBASMIŞ HIZLISOY, s. 149-150, 153].

⁹ BÜRGI, Art. 736, N. 4; METZLER, s. 4. Bu görüşü savunanlardan *Bürgi*'ye göre, infisah nedeni teşkil ettiği esas sözleşmede açıkça belirtilmemiş olsa bile, esas sözleşmede belirlenmiş işletme konusunun gerçekleşmesi veya gerçekleşmesinin imkânsız hâle gelmesi mantıken infisah nedeni olarak nitelendirilebilir, zira bu hâllerde şirket esas sözleşmede öngörülen varlık sebebinin yitirir (Art. 736, N. 4). *Metzler*, esas sözleşme ile işletme konusunun gerçekleşmesi yoluyla şirketin devamı için bir sınır belirlenebileceğini, bu

şekilde işletme konusunun gerçekleşmesini veya gerçekleşmesinin imkânsız hâle gelmesini şirketin esas sözleşme gereğince sona erme hâlleri arasında değerlendirmekte¹⁰, diğer taraftan ise işletme konusunun gerçekleşmesinin imkânsızlığını fesih davasında haklı sebep teşkil edebilecek hâller arasında saymaktadır¹¹. Diğer bir görüşe göre ise, anonim şirketin işletme konusunun gerçekleşmesi veya gerçekleşmesinin (objektif olarak) imkânsız hâle gelmesi fesih davasında haklı sebep teşkil edebilecektir, zira anonim şirketler için işletme konusunun gerçekleşmesinin imkânsız hâle gelmesi Kanunda infisah nedeni olarak düzenlenmemiştir¹². Ancak hem anonim hem de limited şirketler açısından anılan görüşü savunan *von Steiger*, bir taraftan bu görüşü savunmakla birlikte diğer taraftan (limited) şirketin tescili ve husule gelmesi için şart olan bir idari iznin geri alınması hâlini kanunda öngörülen diğer sona erme sebepleri arasında zikretmektedir¹³. Doktrinde diğer bazı yazarlar ise, işletme konusunun gerçekleşmesinin veya gerçekleşmesinin objektif olarak imkânsız hâle gelmesinin infisah sebebi, işletme konusunun gerçekleşmesinin subjektif imkânsızlığının ise fesih davasında haklı sebep oluşturabileceğini belirtmişlerdir¹⁴.

İsviçre bilimsel öğretisindeki konuya ilişkin limited şirketlerle ilgili görüşlere gelince, birinci görüş, limited şirketin işletme konusunun gerçekleşmesinin veya gerçekleşmesinin (objektif olarak) imkânsız hâle gelmesinin fesih davasında haklı sebep teşkil edebileceği yönündedir¹⁵. Bu görüş taraftarları, anılan sonuca işletme konusunun gerçekleşmesinin imkânsız hâle gelmesinin limited şirketler için infisah nedeni teşkil ettiğinin Kanunda

durumda işletme konusu gerçekleşir veya gerçekleşmesi imkânsız hâle gelirse şirketin sona ereceğini ifade etmektedir (s. 4).

¹⁰ SCHUCANY, Art. 736, N. 2.

¹¹ SCHUCANY, Art. 736, N. 5.

¹² von STEIGER, Art. 820, N. 15. *Benedick/Habegger*, işletme konusunun gerçekleşmesinin imkânsız hâle gelmesinin fesih davasında haklı sebep teşkil edebileceğini belirtmişlerdir (BENEDICK/HABEGGER, Art. 736, N. 8).

¹³ von STEIGER, Art. 820, N. 22 vd., özellikle N. 27.

¹⁴ BERTSCH, s. 130-131; HABEGGER, s. 93-94. Bu hususta eklemek gerekir ki, işletme konusunun gerçekleşmesini veya gerçekleşmesinin objektif olarak imkânsız hâle gelmesini *Habegger* esas sözleşme gereğince, *Bertsch* ise kanunen infisah sebebi olarak kabul etmektedir.

¹⁵ KÜNG/CAMP, Art. 821, N. 10; von STEIGER, Art. 820, N. 15; SIFFERT/FISCHER/PETRIN, Art. 821, N. 12.

belirtilmemiş olmasından yola çıkarak varmaktadır¹⁶. Ancak yukarıda da ifade edildiği üzere *von Steiger*, limited şirketlerle ilgili olarak da bir taraftan anılan görüşü savunmakla birlikte diğer taraftan ise limited şirketin tescili ve husule gelmesi için şart olan bir idari iznin geri alınması hâlini kanunda öngörülen diğer sona erme sebepleri arasında zikretmektedir¹⁷. Yine anılan görüş taraftarlarından *Siffert/Fischer/Petrin* ise, bir yandan bu görüşü savunmakla birlikte diğer yandan bazı şirket amaçlarına ulaşamamasını şirket sözleşmesinde belirtilen sona erme sebeplerine örnek olarak saymaktadır¹⁸. Bazı yazarlar ise, işletme konusunun gerçekleşmesini şirket sözleşmesinde belirtilen sona erme sebeplerine örnek olarak saymakta¹⁹, ancak işletme konusunun gerçekleşmesinin imkânsız hâle gelmesinin fesih davasında haklı sebep teşkil edebileceğini kabul etmektedirler²⁰. *Bügler*'e göre ise, (idari iznin geri alınması durumunda olduğu gibi) limited şirketin işletme konusunun gerçekleşmesinin imkânsız hâle gelmesi veya işletme konusunun gerçekleşmesi adi şirketler için öngörülmuş İsvBK m. 545.1.1 hükmüne kıyasen diğer sona erme sebeplerindedir²¹.

Limited şirketler ile ilgili olarak Türk hukukundaki görüşleri inceleyecek olursak, bir görüşe göre, limited şirketin işletme konusunun gerçekleşmesi veya gerçekleşmesinin objektif olarak imkânsız hâle gelmesi, sona erme sebeplerini düzenleyen TTK m. 636'da sayılmamış olsa da infisah sebebidir²². Buna göre, işletme konusunun gerçekleşmesinin veya gerçekleşmesinin imkânsız hâle gelmesinin adi şirket bakımından TBK m. 639.1.1'de sona erme sebebi olarak düzenlenmiş olması nedeniyle, hangi şirket türü söz konusu olursa olsun her şirket bir amaç için kurulduğundan ve bu amacın

¹⁶ KÜNG/CAMP, Art. 821, N. 10; von STEIGER, Art. 820, N. 15.

¹⁷ von STEIGER, Art. 820, N. 22 vd., özellikle N. 27. *Janggen/Becker* de bir taraftan işletme konusunun gerçekleşmesinin imkânsız hâle gelmesinin fesih davasında haklı sebep teşkil edeceğini kabul etmekte, diğer taraftan ise işletme konusunun gerçekleşmesinin imkânsız hâle gelmesini özellikle şirketin varlığının bağlı olduğu bir idari iznin geri alınması durumunda olduğu gibi diğer kanuni sona erme sebepleri arasında saymaktadırlar (JANGGEN/BECKER, Art. 820, N. 13 ve N. 2).

¹⁸ SIFFERT/FISCHER/PETRIN, Art. 821, N. 1.

¹⁹ SANWALD, Art. 821, N. 2; MÜLLER, s. 18.

²⁰ SANWALD, Art. 821, N. 21; MÜLLER, s. 23.

²¹ BÜGLER, s. 158.

²² YALÇIN SIRAKAYA, s. 15-22. 6762 sayılı TTK döneminde aynı görüş için bkz. KAYA, s. 27-30; CERİT, s. 7-9. 6762 sayılı TTK döneminde (tartışmaya değinmeksizin) maksat ve gayenin elde edilmesinin veya elde edilmesinin imkânsız hâle gelmesinin limited şirket bakımından infisah sebebi olduğu yönünde bkz. BİRKAŞ, s. 199.

elde edilmesi veya elde edilmesinin imkânsız hâle gelmesi şirketin varoluş nedeninin ortadan kalkması anlamına geleceğinden²³, TTK m. 126'nın atfı çerçevesinde amacın gerçekleşmesi veya gerçekleşmesinin imkânsız hâle gelmesi bütün şirketlerin, dolayısıyla limited şirketin de sona ermesine neden olacak genel bir sebeptir²⁴. Bu husustaki tartışmaya değinmeksizin, *Çamoğlu (Poroy/Tekinalp)*, limited şirketin amacına ulaşmasını veya amacına ulaşmasının imkânsız hâle gelmesini yasal infisah sebebi²⁵; *Tekinalp* ise, limited şirketin işletme konusunun gerçekleşmesini veya gerçekleşmesinin imkânsız hâle gelmesini şirket sözleşmesiyle örtülü şekilde öngörölmüş infisah sebebi (TTK m. 636.1.a)²⁶ olarak nitelendirmektedirler.

Türk hukukunda diğeri bir görüş ise, limited şirketin işletme konusunun gerçekleşmesinin veya gerçekleşmesinin imkânsız hâle gelmesinin fesih davasında haklı sebep olarak kabul edilmesi gerektiği yönündedir²⁷. Bu görüş taraftarlarından *Şener*, bu hususta şahıs şirketlerinin aksine limited şirketin işletme konusunun gerçekleşmesinin veya gerçekleşmesinin imkânsız hâle gelmesinin Kanunda doğrudan bir sona erme/infisah sebebi olarak düzenlenmemiş olduğuna vurgu yapmaktadır²⁸. Anılan görüşü

²³ Amacın elde edilmesiyle şirketin varlığına neden olan konu ortadan kalkmış olacağı ve artık bir şirketten söz etmeye imkân kalmayacağı için amacın elde edilmiş olmasının (adi şirketin) en doğal sona erme nedeni olduğu yönünde bkz. ÖZENLİ, s. 115. Amacın elde edilmesiyle şirketin infisahının şirket sözleşmesinin mahiyetinden doğan bir infisah sebebi olduğu yönünde bkz. ARSLANLI, (1960), s. 472; KAYA, s. 28.

²⁴ YALÇIN SIRAKAYA, s. 15. 6762 sayılı TTK döneminde aynı görüş için bkz. KAYA, s. 27; CERİT, s. 8. Yine, TBK m. 639.1.1'in 818 sayılı BK'daki karşılığını teşkil eden m. 535.1.1 gereğince adi şirket bakımından sona erme sebebi teşkil eden işletme konusunun gerçekleşmesinin veya gerçekleşmesinin objektif olarak imkânsız hâle gelmesinin bütün şirket türleri için söz konusu olacak genel ve haklı bir sebep olduğu yönünde bkz. POROY (TEKİNALP/ÇAMOĞLU), (2010), s. 70. Keza TBK m. 639.1.1'in 818 sayılı BK'daki karşılığını teşkil eden m. 535.1.1 gereğince adi şirketi sona erdiren bir neden olan ortaklaşa amacının elde edilmesinin objektif olarak imkânsız hâle gelmesinin sadece adi şirket için değil, bütün şirketler için geçerli bir neden olduğu yönünde bkz. ÖZENLİ, s. 116. Limited şirketin sona erme sebeplerini sayarken şirketin gayesinin gerçekleşmesi veya gerçekleşmesinin imkânsız hale gelmesinin genel sona erme sebebi olarak limited şirketler bakımından da geçerli olduğu yönünde bkz. TEKİL, (1974), s. 75; TEKİL, (1981), s. 440-441.

²⁵ ÇAMOĞLU (POROY/TEKİNALP), (2017), s. 553, 555.

²⁶ TEKİNALP, s. 538.

²⁷ ŞENER, s. 984-986; YILDIRIM, s. 153-154; UZUNALLI, s. 157.

²⁸ ŞENER, s. 986. Yazar ayrıca bu hususta anonim şirketler ile limited şirketler arasındaki uyumsuzluğa da işaret etmektedir. Yazarın bu konuda benimsediği çözüm önerisi ise, TTK ile anonim şirketlerin de artık haklı sebeple feshi için dava açılabilmesi için işletme konusunun gerçekleşmesini veya gerçekleşmesinin imkânsız hâle gelmesini anonim şirketler

savunanlardan *Yıldırım*, limited şirketin işletme konusunun gerçekleşmesinin veya gerçekleşmesinin imkânsız hâle gelmesinin zamansal olarak tespitinde yaşanacak güçlükleri görüşüne dayanak olarak göstermektedir²⁹. *Uzunalli* da yine işletme konusunun fiilen gerçekleştirilebilir olup olmadığının tespitinin güçlüğünü ve anonim şirketten farklı olarak limited şirket için işletme konusunun gerçekleşmesini veya gerçekleşmesinin imkânsızlığını infisah nedeni olarak düzenleyen açık bir hükmün bulunmamasını gerekçe göstererek *Yıldırım*'ın bu görüşünün haklı olduğunu ifade etmektedir³⁰.

Hemen belirtmek isteriz ki, zaten İsviçre hukukunda *anonim şirketlerle ilgili olarak işletme konusunun gerçekleşmesinin veya gerçekleşmesinin objektif olarak imkânsız hâle gelmesinin infisah sebebi, işletme konusunun gerçekleşmesinin subjektif imkânsızlığının ise fesih davasında haklı sebep oluşturacağı* yönündeki görüşü savunan yazarlar da benzer tespitte bulunmuşlardır. Şöyle ki anılan yazarlar, bir şirketin işletme konusunun gerçekleşmesinin objektif olarak imkânsız hâle geldiği tespitinin yapılmasının güç olduğundan bahisle, işletme konusunun gerçekleşmesinin subjektif imkânsızlığı, dolayısıyla işletme konusunun imkânsızlığının fesih davasında haklı sebep teşkil etmesi hâliyle uygulamada daha sık karşılaşılabileceğini ifade etmişlerdir³¹. Bu durum kanaatimizce işletme konusunun gerçekleşmesinin objektif olarak imkânsız hâle geldiğinin tespit edilebildiği hâllerde, bunun infisah nedeni olarak kabul edilebilmesine engel teşkil etmemelidir. Zira bir hususun tespitinin zor olmasının o hususu farklı bir hukuki sonuca tabi kılmayı gerektirmeyeceği düşüncesindeyiz.

Bu noktada konuyla ilgili görüşümüzü belirlemekte fayda vardır. Anonim şirketlerde olduğu gibi limited şirketlerde de işletme konusunun gerçekleşmesinin veya gerçekleşmesinin objektif olarak imkânsız hâle gelmesinin infisah sebebi, işletme konusunun gerçekleşmesinin subjektif imkânsızlığı ve kâr elde etme (*ve paylaşırma*) amacının gerçekleşmesinin imkansız hâle gelmesinin ise TTK m. 636.3 anlamında haklı sebep teşkil edebileceği düşüncesini paylaşmaktayız.

bakımından infisah sebebi olarak kabul eden TTK m. 529.1.b'nin Kanundan çıkarılması yönündedir. Zira yazara göre limited şirketler için bile sadece fesih davasında haklı sebep teşkil edebilecek bir durumun anonim şirketlerde infisah nedeni olarak kabul edilmesi isabetli değildir (ŞENER, s. 986).

²⁹ YILDIRIM, s. 153-154.

³⁰ UZUNALLI, s. 157.

³¹ HABEGGER, s. 94; BERTSCH, s. 130-131.

Öncelikle, TTK’da limited şirketin işletme konusunun gerçekleşmesini veya gerçekleşmesinin imkânsız hâle gelmesini infisah sebebi olarak düzenleyen açık bir hükmün bulunmaması karşısında, limited şirketin işletme konusunun gerçekleşmesinin subjektif nitelikteki imkânsızlığı ile kâr elde etme (*ve paylaşırma*) amacının gerçekleşmesinin imkânsız hâle gelmesinin infisah nedeni teşkil etmeyeceği, ancak TTK m. 636.1 anlamında haklı sebep olarak nitelendirilebileceği hususunda herhangi bir tereddüt duyulmaz. Zira yukarıda da ifade edildiği üzere, işletme konusunun gerçekleşmesinin veya gerçekleşmesinin imkânsız hâle gelmesinin açıkça infisah nedeni olarak düzenlenmiş olduğu anonim şirketlerde dahi işletme konusunun gerçekleşmesinin subjektif nitelikteki imkânsızlığı ile kâr elde etme (*ve paylaşırma*) amacının gerçekleşmesinin imkânsız hâle gelmesinin TTK m. 531 anlamında haklı sebep oluşturabileceği kabul edilmektedir. Burada asıl tereddüt uyandırabilecek husus, limited şirketin işletme konusunun gerçekleşmesinin veya gerçekleşmesinin objektif nitelikteki imkânsızlığının infisah nedeni teşkil edip etmeyeceğidir.

Limited şirketlerde konuyla bağlantılı olabilecek tek hüküm limited şirketin şirket sözleşmesinde öngörülen sona erme sebeplerinden birinin gerçekleşmesiyle sona ereceğini düzenleyen TTK m. 636.1’dir. Diğer yandan, TTK’da esaslı noktaları belirtilmiş ve tanımlanmış bir şekilde şirketin işletme konusunun limited şirket sözleşmesinde bulunması gereken zorunlu kayıtlardan biri olduğu hükme bağlanmıştır (m. 576.1.b). Dolayısıyla her limited şirketin şirket sözleşmesinde esaslı noktaları belirtilmiş ve tanımlanmış bir şekilde şirketin işletme konusu yer alacaktır. Bu iki hüküm beraber değerlendirildiğinde, şirketin işletme konusunun gerçekleştiğinin veya gerçekleşmesinin objektif olarak imkânsız hâle geldiğinin net bir şekilde tespit edilebildiği (yani bu durumların aşikâr olduğu) hâllerde, bu durumların esas sözleşme gereğince sona erme hâli kabul edilerek TTK m. 636.1 gereğince infisah nedeni teşkil edeceği yönündeki görüşün haklılığı da anlaşılmaktadır. Diğer yandan, TTK’da işletme konusunun gerçekleşmesi veya gerçekleşmesinin imkânsız hâle gelmesinin anonim şirketler açısından özel olarak infisah nedeni olarak sayılmış olmasına karşın limited şirketler bakımından bu yönde özel bir düzenlemenin bulunmamasının da bu sonuca varılmasını engellemeyeceği düşüncesindeyiz. Zira bu konuda limited şirket ile anonim şirket arasında bir ayırım yapılmasının haklı bir gerekçesinin bulunmadığı kanaatini taşımaktayız. Nitekim yukarıda da zikredildiği üzere, İsvBK’da anonim şirketin işletme konusunun gerçekleşmesini veya gerçekleşmesinin imkânsız hâle gelmesini infisah nedeni olarak düzenleyen

açık bir hüküm bulunmamasına karşın, doktrinde anonim şirketin işletme konusunun gerçekleşmesini veya gerçekleşmesinin imkânsız hâle gelmesini infisah nedeni olarak kabul eden görüşler mevcuttur.

Ayrıca kanun koyucu, anonim şirketler için öngörölmüş olan TTK m. 529.1.b hükmü³² dışında, işletme konusunun gerçekleşmesini veya gerçekleşmesinin imkânsız hâle gelmesini diğer şirketler açısından da infisah nedeni olarak kabul etmektedir. Zira adi ortaklıklara, TTK m. 243.1'in yollamasıyla kollektif şirketlere ve TTK m. 328 ve 243.1'in yollamasıyla komandit şirketlere uygulanacak olan TBK m. 639.1.1'e göre de şirket, şirket sözleşmesinde öngörülen amacın gerçekleşmesi veya gerçekleşmesinin imkânsız hâle gelmesiyle sona erer³³. O hâlde, TTK'da limited şirketin işletme konusunun gerçekleşmesini veya gerçekleşmesinin imkânsız hâle gelmesini infisah sebebi olarak düzenleyen bir hükmün bulunmaması bir kanun boşluğudur. Ancak bu boşluk olumsuz bir boşluk olarak nitelendirilmemelidir. Zira bu yönde bir düzenlemenin bulunmayışı ile kanun koyucunun bu konuda limited şirketler açısından diğer şirketlerden farklı bir çözümü tercih ettiği sonucuna varılmasını gerektirecek haklı bir gerekçe bulunmamaktadır. O hâlde bu boşluğu doldurmak üzere TTK m. 126'nın atfıyla TBK m. 639.1.1'in uygulanabileceği düşüncesi yerindedir. Şöyle ki, TTK'da işletme konusunun gerçekleşmesi veya gerçekleşmesinin imkânsız hâle gelmesinin sermaye şirketi olarak anonim şirketler açısından dahi açıkça infisah nedeni olarak düzenlenmiş olması karşısında limited şirketin sermaye şirketi olması nedeniyle TBK m. 639.1.1'in limited şirket türünün niteliğine uygun düşmeyeceği, dolayısıyla limited şirketin sermaye şirketi olmasının TBK m. 639.1.1'in limited şirketlere uygulanmasının önünde bir engel teşkil edeceği de ileri sürülemeyecektir.

Sonuç olarak, bir sermaye şirketi olarak limited şirketlerde de anonim şirketlerde olduğu gibi işletme konusunun gerçekleşmesi veya gerçekleşmesinin objektif nitelikteki imkânsızlığı infisah nedeni teşkil eder. İşletme konusunun gerçekleşmesinin sübjektif imkânsızlığı (*ki daha önce de vurgulandığı üzere bu durumda imkânsızlığın tespiti daha zordur.*) ve kâr elde etme (*ve paylaşırma*) amacına ulaşılmasının imkânsızlığı ise TTK m. 636.3 anlamında haklı sebep oluşturabilir.

³² Bu hüküm, TTK m. 565.2 gereğince sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlere de uygulanacaktır.

³³ Bkz. ve karşı. 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu m. 81'in özellikle birinci fıkrasının yedinci bendi ve ikinci fıkrası.

II. Şirket Sözleşmesinde Öngörülen Sürenin Dolması

Yukarıda da ifade edildiği üzere, TTK m. 636.1 ile TTK m. 529.1 karşılaştırıldığında, limited şirket sözleşmesinde öngörülen sürenin dolması ile ilgili tereddüt uyandırabilecek iki husus mevcuttur. Bunlar, şirket sözleşmesinde öngörülen sürenin sona ermesinin limited şirketler bakımından infisah nedeni oluşturup oluşturmayacağı ve limited şirketin şirket sözleşmesinde öngörülen süresinin sona ermesine rağmen işlerine fiilen devam etmesi durumunda belirsiz süreli hâle gelip gelmeyeceğidir.

Bahsi geçen soruları ele almaya başlamadan önce bu konuda yine daha ayrıntılı bir düzenlemeye sahip olan anonim şirketlerdeki durumu tekrar hatırlatmakta fayda vardır. Yukarıda da ifade edildiği üzere, anonim şirketler açısından bu iki husus TTK m. 529.1.a ile açıklığa kavuşturulmuştur. Şöyle ki, anılan hüküm ile ilk olarak esas sözleşmede öngörülen sürenin sona ermesinin anonim şirketler için infisah nedeni olduğu açıkça düzenlenmiştir. İkincisi, bu hüküm ile anonim şirketin esas sözleşmede öngörülen süresi sona ermesine rağmen işlerine fiilen devam etmesi hâlinde belirsiz süreli hâle geleceği, dolayısıyla sona ermeyeceği belirlenmiştir. Limited şirketler açısından ise TTK'da, m. 529.1.a benzeri bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

A. Şirket Sözleşmesinde Öngörülen Sürenin Dolmasının İnfisah Nedeni Teşkil Edip Etmeyeceği

Burada öncelikle (*yukarıda da ifade edildiği gibi esasen kolaylıkla olumlu yanıt verilebilecek bir soru olan*) şirket sözleşmesinde öngörülen sürenin sona ermesinin limited şirketler bakımından infisah nedeni oluşturup oluşturmayacağı sorusu ele alınacak olursa, bu konudaki tereddüdü ortaya çıkarabilecek belki iki husus akla gelebilir. Birincisi, TTK'da sürenin (*yukarıda incelenen işletme konusunun aksine*) limited şirket sözleşmesinin zorunlu kayıtları arasında sayılmamış olması, ikincisi ise limited şirketin genel sona erme sebeplerinin düzenlendiği TTK m. 636.1'de şirket sözleşmesinde öngörülen sürenin sona ermesinin bir infisah sebebi olarak sayılmamış olmasıdır. Bu iki durumun limited şirketler açısından şirket sözleşmesinde öngörülen sürenin sona ermesini infisah nedeni saymaya engel teşkil edip etmeyeceğinin ele alınması gerekir.

Anonim şirket esas sözleşmesini düzenleyen 6762 sayılı TTK m. 279'un ikinci fıkrasının sekizinci bendinde, anonim şirket bir süre ile sınırlandırılmışsa bu sürenin esas sözleşmeye yazılacağı hükme bağlanmıştı. Aynı şekilde anonim şirket esas sözleşmesinin içeriğini düzenleyen TTK m. 339'un ikinci

fıkrasının 1 bendine göre de anonim şirket bir süre ile sınırlandırılmışsa bu süre esas sözleşmeye yazılır. TTK m. 339'un ikinci fıkrasının gerekçesinde, bu fıkranın esas sözleşmenin asgari zorunlu içeriğini gösterdiği ifade edilmektedir. Limited şirket sözleşmesinde bulunması gereken zorunlu kayıtları hükme bağlayan 6762 sayılı TTK m. 506'nın birinci fıkrasının beşinci bendinde, şirketin süresinin şirket sözleşmesinde açıkça yazılması gerektiği öngörülmüştü. Bahsi geçen son iki düzenlemenin de şirketin süresinin esas sözleşmenin/şirket sözleşmesinin asgari zorunlu içeriğine dâhil olduğunu kabul etmesi nedeniyle benzer oldukları düşünülebilirse de bu iki hüküm esasen önemli bir farklılığı bünyelerinde barındırmaktadırlar. Şöyle ki, anonim şirketle ilgili TTK hükmü *anonim şirket bir süre ile sınırlandırılmışsa* şeklinde bir şart içerdiği için ancak bu durumda süre anonim şirket esas sözleşmesinin asgari zorunlu içeriğine dâhil olacaktır. Ancak limited şirketle ilgili 6762 sayılı TTK hükmünde ise böyle bir şart öngörülmezsizin şirketin süresinin şirket sözleşmesinde açıkça yazılması gerektiği belirtilmişti³⁴. 6762 sayılı TTK m. 506.1.5 nedeniyle, 6762 sayılı TTK döneminde limited şirketlerin belirsiz süreli olarak kurulamayacakları, yani limited şirketlerin tamamının belirli süreli olarak kurulacakları kabul edilmekteydi³⁵. Nitekim o dönemde Ticaret Bakanlığı, şirket sözleşmesinde süre maddesi bulunmayan (veya belirsiz süreli olduğu açıklanan) limited şirketlerin kuruluşuna izin vermemekteydi³⁶. Yine şirket sözleşmesinde süreye ilişkin bir hüküm bulunmayan limited şirketlerin tescil talebi de ticaret sicil memurunca reddedilirdi³⁷.

Hemen belirtmek gerekir ki, limited şirket sözleşmesinin zorunlu kayıtlarını düzenleyen TTK m. 576'da (6762 sayılı TTK m. 506.1.5'in aksine) şirketin süresi zorunlu kayıtlar arasında sayılmamıştır³⁸. Diğer

³⁴ Bu hususa ilişkin eleştiriler için bkz. DOMANIÇ (ARSLANLI), s. 726; CERRAHOĞLU, s. 10, dpn. 26. *Öcal*, 6762 sayılı TTK'da limited şirketin süresinin şirket sözleşmesinde belirtilmesi gerekliliğinin öngörülme sebebinin, limited şirket ortaklarının sorumluluklarının getirmeyi taahhüt ettikleri sermaye ile sınırlı olması ve sayılarının azami 50 olabilecek olması nedeniyle şirketin nispeten sınırlı bir sermayeye sahip olabilmesi ihtimali karşısında üçüncü kişilerin bilgilendirilmesi gereği olabileceğini belirtmektedir (ÖCAL, s. 606-607). Bahsi geçen bu sebebin de düzenlemeyi anlamlı hâle getirmediği yönünde bkz. YALÇIN SIRAKAYA, s. 31-32, dpn. 107.

³⁵ BAŞTUĞ, s. 174-175; ÖCAL, s. 607; YALÇIN SIRAKAYA, s. 31; KAYA, s. 40; CERİT, s. 84.

³⁶ CERRAHOĞLU, s. 10, dpn. 26; ÖCAL, s. 607.

³⁷ ÖCAL, s. 607; KAYA, s. 40, dpn. 108.

³⁸ Böylece limited şirketlerin belirsiz süreli olarak kurulabilmelerinin mümkün hâle gelmesinin TTK'nın en önemli yeniliklerinden birisi olduğu yönünde bkz. YALÇIN SIRAKAYA, s.

taraftan, 6762 sayılı TTK'da karşılığı bulunmayan TTK m. 577'de, limited şirket sözleşmesinde öngörüldükleri takdirde bağlayıcı kayıtlar sayılmıştır³⁹. TTK m. 577 incelendiğinde, bu hükümde de esasen şirket için bir süre öngörülmesine ilişkin kaydın açıkça sayılmadığı görülecektir. Ancak TTK'nın 577. maddesinin birinci fıkrasının m bendinde *Kanunda belirtilenler dışında öngörülen sona erme sebeplerine dair hükümlerin* şirket sözleşmesinde öngörüldükleri takdirde bağlayıcı hükümlerden olduğu düzenlenmiştir. Şirketin belirli bir süreyle sınırlandırılmasına ilişkin hükmün de (TTK m. 577.1.m kapsamında Kanunda belirtilenler dışında öngörülebilecek bir sona erme sebebine dair bir hüküm olarak) şirket sözleşmesinde öngörüldüğü takdirde bağlayıcı hükümlerden olduğu söylenebilir⁴⁰. Zaten, TTK m. 587.1.c'de de şirket sözleşmesinde şirketin süresine ilişkin bir hüküm varsa, şirket sözleşmesinin tescil ve ilanı ile birlikte sözleşmenin bu hükmüne TTK m. 36.1'in uygulanacağı düzenlenmiştir⁴¹.

Hâl böyle olunca, TTK'da sürenin limited şirket sözleşmesinin zorunlu kayıtları arasında sayılmamış olmasının limited şirketler açısından şirket sözleşmesinde öngörülen sürenin sona ermesini infisah nedeni saymaya engel teşkil etmeyeceği aşikârdır. Limited şirket, şirket sözleşmesinde bir süre ile sınırlandırılmışsa süreye ilişkin bu hüküm bir şirket sözleşmesi hükmü olacağı için, bu süre dolduğunda şirket, şirket sözleşmesinde öngörülen bir sebebin gerçekleşmesiyle sona erecektir⁴². Diğer bir deyişle, bu durumda limited

31. Buna karşılık, *şirketin süresi veya süresiz olduğuna* ilişkin bir kaydın TTK m. 576.1 kapsamında şirket sözleşmesinde açıkça yer alması zorunlu kayıtlar arasında sayılması gerektiği yönünde bkz. MOROĞLU, s. 358-359. *Şirketin süresine* ilişkin kaydın en azından TTK m. 577'de düzenlenen şarta bağlı kayıtlar arasında sayılması gerektiği yönünde bkz. KENDİGELEN, s. 485.

³⁹ Bu maddenin gerekçesinde, anılan hükümle yeni bir sistem getirildiği vurgulanmıştır. Bahsi geçen hükmün gerekçesinde, bir limited şirketin kurulabilmesi için şirket sözleşmesinde bulunması zorunlu kayıtların 576. maddede gösterildiği, kurucuların şirket sözleşmesine emredici kurallara aykırı olmamak kaydıyla istedikleri hükümleri koyabilecekleri, ancak bazı hükümlerin bağlayıcı olabilmeleri için şirket sözleşmesinde öngörülmesi gerektiği, aksi halde şirketler hukuku yönünden bağlayıcı olmayacağı, bu tür hükümlerin şirket sözleşmesi dışında öngörülmesi durumunda ancak bir borçlar hukuku sözleşmesinin hükümlerini doğuracağı belirtilmiştir. Yine hükmün gerekçesinde, bu hükmün söz konusu kayıtları sınırlı sayıda gösterdiği ifade edilmiştir.

⁴⁰ Bkz. ŞENER, s. 935-936.

⁴¹ TTK m. 587.1.c çerçevesinde, öngörülmüşse süreye ilişkin kaydın da şirket sözleşmesinde yer alması gerektiği yönünde bkz. KENDİGELEN, s. 485.

⁴² ŞENER, s. 936. Keza belirli süreli kurulmuş bir limited şirketin süresinin dolmasının ve dolmadan önce süre hükmünün değiştirilmemiş olmasının şirket sözleşmesiyle örtülü bir

şirketin TTK m. 636.1.a gereğince infisahı söz konusu olacaktır.

Yine limited şirketin genel sona erme sebeplerinin düzenlendiği TTK m. 636.1'de anonim şirketlere ilişkin TTK m. 529.1.a'dan farklı olarak şirket sözleşmesinde öngörülen sürenin sona ermesinin bir sona erme sebebi olarak sayılmamış olmasının da bu sonuca varmaya engel oluşturmayacağı düşüncesindeyiz.

Evvela, yukarıda da ifade edildiği üzere, TTK m. 636, f. 1'in d bendinde limited şirketin Kanunda öngörülen diğer sona erme hallerinde sona ereceği belirtilmiş, dolayısıyla limited şirketin sona erme hâllerinin TTK m. 636'da sayılanlardan ibaret olmadığı vurgulanmıştır. Bu bağlamda, tasfiyeden dönme müessesesini hükme bağlayan TTK m. 548.1 de bu hususta açık bir hüküm teşkil edebilir. Şöyle ki, TTK m. 548.1, c. 1'e göre, şirket sürenin dolmasıyla sona ermişse, pay sahipleri arasında şirket malvarlığının dağıtımına başlanılmış olmadıkça genel kurul şirketin devam etmesini kararlaştırabilir. Anonim şirketler için öngörülmüş olan bu hüküm, TTK m. 643.1 gereğince limited şirketlere de uygulanır⁴³. Dolayısıyla bu hükme göre, sürenin dolması limited şirketler için sona erme sebebidir.

Kaldı ki, tasfiyeden dönmeye ilişkin bahsi geçen düzenlemenin bulunmadığı 6762 sayılı TTK döneminde (6762 sayılı TTK'nın limited şirketin infisah sebeplerini düzenleyen m. 549.1 hükmünde, TTK m. 636.1'de olduğu gibi, şirket sözleşmesinde öngörülen sürenin dolması açıkça bir sona erme sebebi olarak sayılmamış olmasına rağmen⁴⁴) limited şirketin şirket sözleşmesinde öngörülen süresinin sona ermesi, 6762 sayılı TTK m. 549.1.1'deki şirketin "*şirket mukavelesinde yazılı sebeplerle*" infisahı kapsamında kabul edilmekteydi⁴⁵. 6762 sayılı TTK m. 434.1.1'de sürenin sona

şekilde öngörülmüş bir infisah sebebi olduğu yönünde bkz. TEKİNALP, s. 538.

⁴³ ŞENER, s. 1180.

⁴⁴ 818 sayılı BK ve 6762 sayılı TTK döneminde diğer şirket türleri için sürenin bitmesinin açıkça bir sona erme sebebi olarak düzenlenmiş olmasına (818 sayılı BK m. 535.1.5, 6762 sayılı TTK m. 185.1, 267, 434.1.1, 476.2) rağmen sürenin belirlenmesinin zorunlu olduğu limited şirketler için bu yönde bir düzenlenmenin mevcut olmamasının bir eksiklik teşkil ettiği hususunda bkz. ÖCAL, s. 608.

⁴⁵ TÜRK, s. 136-137; BAŞTUĞ, s. 269. Öcal ise, bu hususta ya 6762 sayılı TTK'nın limited şirketin "*şirket mukavelesinde yazılı sebeplerle*" infisahına ilişkin m. 549.1.1 hükmüne ya da 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun adı şirkete ilişkin hükümlerine atıf yapan 6762 sayılı TTK m. 138 hükmüne dayanılabileceği ve buna bağlı olarak limited şirketin süre bitiminde kendiliğinden sona ereceğini belirtmektedir (ÖCAL, s. 608). Diğer taraftan, limited şirketin sona erme sebeplerini sayarken şirketin süresinin dolmasının genel sona erme sebebi olarak

ermesinin anonim şirketler için ayrıca bir infisah sebebi olarak öngörölmüş olmasının nedeninin, 6762 sayılı TTK m. 434'ün çeşitli infisah sebeplerini 1882 tarihli İtalya Krallığı Ticaret Kanunu'nun 189. maddesinden alan 865 sayılı Ticaret Kanunu'nun 442. maddesini bir fıkra eklemesiyle aktarmış olması, limited şirketlerin infisah sebepleri arasında süre bitimine açıkça yer vermemiş olan 6762 sayılı TTK m. 549'un ise İsvBK m. 820⁴⁶'den çevrilmiş olması olduğu, bu nedenle de derleme bir kanun olan 6762 sayılı TTK bakımından lafzi yorumlarla her zaman mantıklı sonuçlara ulaşılamayacağı ifade edilmektedir⁴⁷.

Zaten anonim şirketler için öngörölmüş olan TTK m. 529.1.a hükmü⁴⁸ yanında, kanun koyucu tarafından diğer şirketler açısından da benzer çözüm kabul edilmiştir. Şöyle ki, adi ortaklıklara, TTK m. 243.1'in yollamasıyla kollektif şirketlere ve TTK m. 328 ve 243.1'in yollamasıyla komandit şirketlere uygulanacak olan TBK m. 639.1/5'e göre şirket, ortaklık için kararlaştırılmış olan sürenin bitmesiyle sona erer⁴⁹.

B. Şirket Sözleşmesinde Öngörülen Süresi Dolmasına Rağmen İşlerine Fiilen Devam Eden Limited Şirketin Belirsiz Süreli Hâle Gelip Gelemeyeceği

Şirket sözleşmesinde öngörülen sürenin sona ermesinin limited şirketler açısından infisah nedeni olduğunun tespiti ile bu kez de limited şirketin şirket sözleşmesinde öngörülen süresinin sona ermesine rağmen işlerine fiilen devam etmesi durumunda belirsiz süreli hâle gelip gelmeyeceği meselesinin açıklığa kavuşturulması ihtiyacı ortaya çıkar.

limited şirketler bakımından da geçerli olduğu yönünde bkz. TEKİL, (1974), s. 75; TEKİL, (1981), s. 440-441.

⁴⁶ Hâlihazırda İsvBK m. 821'de hükme bağlanmış olan limited şirketin sona erme sebepleri o dönemde İsvBK m. 820'de düzenlenmişti.

⁴⁷ TÜRK, s. 136-137. 865 sayılı Ticaret Kanunu döneminde, bu Kanunda limited şirket sözleşmesinin neleri içermesi gerektiğini veya limited şirketin hangi hâllerde infisah edeceğini düzenleyen açık bir hüküm bulunmamasına rağmen, şirketin devamı bir süre ile sınırlandırılmışsa bu sürenin şirket sözleşmesine kaydolunması gerektiği ve limited şirketin sözleşmede belirlenen sürenin bitmesiyle sona ereceği ifade edilmekteydi (HİRŞ, s. 342, 348).

⁴⁸ Bu hüküm, TTK m. 565.2 gereğince sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlere de uygulanacaktır.

⁴⁹ Bkz. ve karşı. 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu m. 3.1.2, m. 5.1.5 ve m. 81.

Sorunu incelemeye başlamadan önce, 6762 sayılı TTK döneminde konuyla ilgili önce anonim şirketlerdeki daha sonra da limited şirketlerdeki durumu ve doktrindeki görüşleri ele almak faydalı olacaktır.

Bilindiği üzere, 6762 sayılı TTK m. 434.1.a'da anonim şirketlerin akdolundukları sürenin sona ermesiyle infisah edeceği düzenlenmişti. 6762 sayılı TTK döneminde anonim şirketin esas sözleşmesinde öngörülen süresi sona ermesine rağmen işlerine fiilen devam etmesi durumunda belirsiz süreli hâle mi geleceği yoksa infisah etmiş mi sayılacağı ve esas sözleşmede öngörülen süresi sona eren bir anonim şirketin genel kurulunun süre bitiminden sonra devama karar verip veremeyeceği hususları tartışılmalıydı. Bilimsel öğretide bir görüş, anonim şirketin esas sözleşmesinde öngörülen süresi sona ermesine rağmen işlerine fiilen devam etmesi hâlinde belirsiz süreli hâle geleceği yönündeydi⁵⁰. Bu görüşü savunanlar anılan sonuca, süresi dolmasına rağmen işlerine devam eden adi şirketin belirsiz süreli hâle geleceğini düzenleyen 818 sayılı BK m. 536.2, c. 3 hükmünün 6762 sayılı TTK m. 138 atfıyla

⁵⁰ OKÇUOĞLU, (ÜNAL, Ana Sözleşmelerindeki Süreleri Biten ve Sürelerini Uzatmamış Olan Anonim Şirketlerin Hukukî Durumu) ile ilgili Tartışmalar, s. 106-107; OKÇUOĞLU, (TÜRK, Süreleri Sona Eren Anonim Ortaklıklara İlişkin Danıştay ve Yargıtay Kararları ve ANSAY, İnfisah Eden Bir Anonim Şirket Ana Sözleşmesinin Değiştirilebilmesi Sorunu) ile ilgili Tartışmalar, s. 217; KALPSÜZ, (ÜNAL, Ana Sözleşmelerindeki Süreleri Biten ve Sürelerini Uzatmamış Olan Anonim Şirketlerin Hukukî Durumu) ile ilgili Tartışmalar, s. 109-110; KARAYALÇIN, (ÜNAL, Ana Sözleşmelerindeki Süreleri Biten ve Sürelerini Uzatmamış Olan Anonim Şirketlerin Hukukî Durumu) ile ilgili Tartışmalar, s. 114-115; TÜRK, s. 140-153; TÜRK, (TÜRK, Süreleri Sona Eren Anonim Ortaklıklara İlişkin Danıştay ve Yargıtay Kararları ve ANSAY, İnfisah Eden Bir Anonim Şirket Ana Sözleşmesinin Değiştirilebilmesi Sorunu) ile ilgili Tartışmalar, s. 227-233, 237; KUNTALP, (TÜRK, Süreleri Sona Eren Anonim Ortaklıklara İlişkin Danıştay ve Yargıtay Kararları ve ANSAY, İnfisah Eden Bir Anonim Şirket Ana Sözleşmesinin Değiştirilebilmesi Sorunu) ile ilgili Tartışmalar, s. 208-210; ERİŞ, (TÜRK, Süreleri Sona Eren Anonim Ortaklıklara İlişkin Danıştay ve Yargıtay Kararları ve ANSAY, İnfisah Eden Bir Anonim Şirket Ana Sözleşmesinin Değiştirilebilmesi Sorunu) ile ilgili Tartışmalar, s. 221; BAHTİYAR, (2001), s. 176. Ayrıca bu görüşü savunanlardan *Türk*, esas sözleşmede öngörülen süresi dolan ve işlerine fiilen devam etmek suretiyle belirsiz süreli hâle gelen anonim şirketin bir an önce bir esas sözleşme değişikliği yaparak yeni bir süre belirlemesi veya açıkça süresiz olduğunu belirten yeni bir hüküm kabul etmesi gerektiği düşüncesindedir [TÜRK, s. 156-158, özellikle 157 ve aynı yönde ayrıca bkz. TÜRK, (TÜRK, Süreleri Sona Eren Anonim Ortaklıklara İlişkin Danıştay ve Yargıtay Kararları ve ANSAY, İnfisah Eden Bir Anonim Şirket Ana Sözleşmesinin Değiştirilebilmesi Sorunu) ile ilgili Tartışmalar, s. 232], ancak yazar bu durumdaki şirketin istediği esas sözleşme değişikliğini yapma imkânı bulamadığı durumda dahi belirsiz süreli şirket olarak devam edeceğini vurgulamaktadır [TÜRK, (TÜRK, Süreleri Sona Eren Anonim Ortaklıklara İlişkin Danıştay ve Yargıtay Kararları ve ANSAY, İnfisah Eden Bir Anonim Şirket Ana Sözleşmesinin Değiştirilebilmesi Sorunu) ile ilgili Tartışmalar, s. 232].

anonim şirketlere uygulanabileceği gerekçesiyle varmaktaydılar⁵¹. İkinci görüş ise, anılan durumda anonim şirketin infisah edeceği yönündeydi⁵². Buna göre, 6762 sayılı TTK m. 138 gereğince, 818 sayılı BK'nın adı şirkete ilişkin hükümlerine ancak o şirket türüne özgü açık bir hüküm bulunmaması durumunda başvurulabileceği ve anonim şirketlerin akdolundukları sürenin sona ermesiyle infisah edeceğini düzenleyen 6762 sayılı TTK m. 434.1.a hükmü anonim şirketler için bu hususta açık bir hüküm teşkil ettiği için, 818 sayılı BK m. 536.2, c. 3 anonim şirketlere uygulanamazdı⁵³. Esas sözleşmede

⁵¹ OKÇUOĞLU, (ÜNAL, Ana Sözleşmelerindeki Süreleri Biten ve Sürelerini Uzatmamış Olan Anonim Şirketlerin Hukukî Durumu) ile ilgili Tartışmalar, s. 106-107; OKÇUOĞLU, (TÜRK, Süreleri Sona Eren Anonim Ortaklıklara İlişkin Danıştay ve Yargıtay Kararları ve ANSAY, İnfisah Eden Bir Anonim Şirket Ana Sözleşmesinin Değiştirilebilmesi Sorunu) ile ilgili Tartışmalar, s. 217; KALPSÜZ, (ÜNAL, Ana Sözleşmelerindeki Süreleri Biten ve Sürelerini Uzatmamış Olan Anonim Şirketlerin Hukukî Durumu) ile ilgili Tartışmalar, s. 109-110; KARAYALÇIN, (ÜNAL, Ana Sözleşmelerindeki Süreleri Biten ve Sürelerini Uzatmamış Olan Anonim Şirketlerin Hukukî Durumu) ile ilgili Tartışmalar, s. 114-115; TÜRK, s. 140-153; TÜRK, (TÜRK, Süreleri Sona Eren Anonim Ortaklıklara İlişkin Danıştay ve Yargıtay Kararları ve ANSAY, İnfisah Eden Bir Anonim Şirket Ana Sözleşmesinin Değiştirilebilmesi Sorunu) ile ilgili Tartışmalar, s. 227-228, 237; KUNTALP, (TÜRK, Süreleri Sona Eren Anonim Ortaklıklara İlişkin Danıştay ve Yargıtay Kararları ve ANSAY, İnfisah Eden Bir Anonim Şirket Ana Sözleşmesinin Değiştirilebilmesi Sorunu) ile ilgili Tartışmalar, s. 208-210; ERİŞ, (TÜRK, Süreleri Sona Eren Anonim Ortaklıklara İlişkin Danıştay ve Yargıtay Kararları ve ANSAY, İnfisah Eden Bir Anonim Şirket Ana Sözleşmesinin Değiştirilebilmesi Sorunu) ile ilgili Tartışmalar, s. 221; BAHTİYAR, (2001), s. 176.

⁵² ARSLANLI, (1961), s. 169; ÜNAL, s. 101; ÜNAL, (ÜNAL, Ana Sözleşmelerindeki Süreleri Biten ve Sürelerini Uzatmamış Olan Anonim Şirketlerin Hukukî Durumu) ile ilgili Tartışmalar, s. 120-121; ÇAĞA, (ÜNAL, Ana Sözleşmelerindeki Süreleri Biten ve Sürelerini Uzatmamış Olan Anonim Şirketlerin Hukukî Durumu) ile ilgili Tartışmalar, s. 119; ANSAY, s. 206 [Bu hususta ayrıca bkz. ANSAY, (TÜRK, Süreleri Sona Eren Anonim Ortaklıklara İlişkin Danıştay ve Yargıtay Kararları ve ANSAY, İnfisah Eden Bir Anonim Şirket Ana Sözleşmesinin Değiştirilebilmesi Sorunu) ile ilgili Tartışmalar, s. 235]; TEKİL, (1998), s. 497-501; DOĞANAY, (ÜNAL, Ana Sözleşmelerindeki Süreleri Biten ve Sürelerini Uzatmamış Olan Anonim Şirketlerin Hukukî Durumu) ile ilgili Tartışmalar, s. 111-113; DOĞANAY, (TÜRK, Süreleri Sona Eren Anonim Ortaklıklara İlişkin Danıştay ve Yargıtay Kararları ve ANSAY, İnfisah Eden Bir Anonim Şirket Ana Sözleşmesinin Değiştirilebilmesi Sorunu) ile ilgili Tartışmalar, s. 210-216; FRANKO, (ÜNAL, Ana Sözleşmelerindeki Süreleri Biten ve Sürelerini Uzatmamış Olan Anonim Şirketlerin Hukukî Durumu) ile ilgili Tartışmalar, s. 114; FRANKO, (TÜRK, Süreleri Sona Eren Anonim Ortaklıklara İlişkin Danıştay ve Yargıtay Kararları ve ANSAY, İnfisah Eden Bir Anonim Şirket Ana Sözleşmesinin Değiştirilebilmesi Sorunu) ile ilgili Tartışmalar, s. 218-219; KILIÇOĞLU, (ÜNAL, Ana Sözleşmelerindeki Süreleri Biten ve Sürelerini Uzatmamış Olan Anonim Şirketlerin Hukukî Durumu) ile ilgili Tartışmalar, s. 115-116.

⁵³ ÜNAL, s. 101; ÜNAL, (ÜNAL, Ana Sözleşmelerindeki Süreleri Biten ve Sürelerini Uzatmamış Olan Anonim Şirketlerin Hukukî Durumu) ile ilgili Tartışmalar, s. 120-121; DOĞANAY, (ÜNAL, Ana Sözleşmelerindeki Süreleri Biten ve Sürelerini Uzatmamış Olan Anonim Şirketlerin Hukukî Durumu) ile ilgili Tartışmalar, s. 111-113; DOĞANAY,

öngörülen süresi sona eren bir anonim şirketin genel kurulunun süre bitiminden sonra devama karar verip veremeyeceği hususuna gelince, doktrinde bir görüş bu soruyu olumlu yanıtlarken⁵⁴, diğer bir görüş ise bu kararın süre bitiminden sonra alınamayacağı yönündeydi⁵⁵.

(TÜRK, Süreleri Sona Eren Anonim Ortaklıklara İlişkin Danıştay ve Yargıtay Kararları ve ANSAY, İnfisah Eden Bir Anonim Şirket Ana Sözleşmesinin Değiştirilebilmesi Sorunu) ile ilgili Tartışmalar, s. 210-216; ÇAĞA, (ÜNAL, Ana Sözleşmelerindeki Süreleri Biten ve Sürelerini Uzatmamış Olan Anonim Şirketlerin Hukukî Durumu) ile ilgili Tartışmalar, s. 119; FRANKO, (TÜRK, Süreleri Sona Eren Anonim Ortaklıklara İlişkin Danıştay ve Yargıtay Kararları ve ANSAY, İnfisah Eden Bir Anonim Şirket Ana Sözleşmesinin Değiştirilebilmesi Sorunu) ile ilgili Tartışmalar, s. 218.

⁵⁴ ARSLANLI, (1961), s. 158-160, 169; ÜNAL, s. 101-102, ÜNAL, (ÜNAL, Ana Sözleşmelerindeki Süreleri Biten ve Sürelerini Uzatmamış Olan Anonim Şirketlerin Hukukî Durumu) ile ilgili Tartışmalar, s. 121; İNAN, (ÜNAL, Ana Sözleşmelerindeki Süreleri Biten ve Sürelerini Uzatmamış Olan Anonim Şirketlerin Hukukî Durumu) ile ilgili Tartışmalar, s. 117; ÇAĞA, (ÜNAL, Ana Sözleşmelerindeki Süreleri Biten ve Sürelerini Uzatmamış Olan Anonim Şirketlerin Hukukî Durumu) ile ilgili Tartışmalar, s. 119; ANSAY, s. 198-207, özellikle 206; ANSAY, (TÜRK, Süreleri Sona Eren Anonim Ortaklıklara İlişkin Danıştay ve Yargıtay Kararları ve ANSAY, İnfisah Eden Bir Anonim Şirket Ana Sözleşmesinin Değiştirilebilmesi Sorunu) ile ilgili Tartışmalar, s. 233-236. Diğer taraftan, yukarıda da ifade edildiği üzere esas sözleşmesinde öngörülen süresi sona ermesine rağmen işlerine fiilen devam eden bir anonim şirketin bir genel kurul kararı alınmasına da gerek olmadan belirsiz süreli hâle geleceği görüşünü savunan *Okçuoğlu*, -bu görüş kabul edilmezse- genel kurulun süre bittikten sonra da sürenin uzatılması kararı alabileceği düşüncesindedir [OKÇUOĞLU, (ÜNAL, Ana Sözleşmelerindeki Süreleri Biten ve Sürelerini Uzatmamış Olan Anonim Şirketlerin Hukukî Durumu) ile ilgili Tartışmalar, s. 106-107 ve aynı yönde ayrıca bkz. OKÇUOĞLU, (TÜRK, Süreleri Sona Eren Anonim Ortaklıklara İlişkin Danıştay ve Yargıtay Kararları ve ANSAY, İnfisah Eden Bir Anonim Şirket Ana Sözleşmesinin Değiştirilebilmesi Sorunu) ile ilgili Tartışmalar, s. 217-218]. Benzer yönde bkz. KARAYALÇIN, (TÜRK, Süreleri Sona Eren Anonim Ortaklıklara İlişkin Danıştay ve Yargıtay Kararları ve ANSAY, İnfisah Eden Bir Anonim Şirket Ana Sözleşmesinin Değiştirilebilmesi Sorunu) ile ilgili Tartışmalar, s. 219-220; ERİŞ, (TÜRK, Süreleri Sona Eren Anonim Ortaklıklara İlişkin Danıştay ve Yargıtay Kararları ve ANSAY, İnfisah Eden Bir Anonim Şirket Ana Sözleşmesinin Değiştirilebilmesi Sorunu) ile ilgili Tartışmalar, s. 221. Buna karşılık, yine daha önce de ifade edildiği üzere esas sözleşmesinde öngörülen süresi sona ermesine rağmen işlerine fiilen devam eden bir anonim şirketin belirsiz süreli hâle geleceği görüşünü savunan *Türk* ise, anonim şirketin münfesihi olduğu (yani karşı görüş) kabul edildiği takdirde genel kurulda tasfiyeden dönme veya devam kararı alınmayacağı düşüncesindedir [TÜRK, s. 154-156; TÜRK, (TÜRK, Süreleri Sona Eren Anonim Ortaklıklara İlişkin Danıştay ve Yargıtay Kararları ve ANSAY, İnfisah Eden Bir Anonim Şirket Ana Sözleşmesinin Değiştirilebilmesi Sorunu) ile ilgili Tartışmalar, s. 225-227, 237-238].

⁵⁵ TEKİL, (1998), s. 497-501; DOĞANAY, (ÜNAL, Ana Sözleşmelerindeki Süreleri Biten ve Sürelerini Uzatmamış Olan Anonim Şirketlerin Hukukî Durumu) ile ilgili Tartışmalar, s. 111-113, özellikle s. 112; DOĞANAY, (TÜRK, Süreleri Sona Eren Anonim Ortaklıklara İlişkin Danıştay ve Yargıtay Kararları ve ANSAY, İnfisah Eden Bir Anonim Şirket Ana Sözleşmesinin Değiştirilebilmesi Sorunu) ile ilgili Tartışmalar, s. 210-216, özellikle s. 213-214; FRANKO, (ÜNAL, Ana Sözleşmelerindeki Süreleri Biten ve Sürelerini Uzatmamış Olan Anonim Şirketlerin Hukukî Durumu) ile ilgili Tartışmalar, s. 114; KILIÇOĞLU,

TTK m. 529.1.a'nın gerekçesinde de ifade edildiği üzere, Yargıtay uzunca bir süre esas sözleşmede öngörülen süresi dolan anonim şirketlerin işlerine fiilen devam etmekle belirsiz süreli hâle gelmeyeceklerine, tasfiye hâline gireceklerine hükmetmekle birlikte, 1987 tarihli bir Hukuk Genel Kurulu Kararı ile bu içtihattan dönülmüş ve süresi dolmuş olmasına rağmen işlerine fiilen devam eden anonim şirketlerin belirsiz süreli hâle gelecekleri kabul edilmişti. Anılan kararın ilgili kısmı şu şekildedir⁵⁶: “*Yukarıda açıklanan şekilde, süresi bitmiş olmasına rağmen faaliyetine devam eden bir anonim şirket süresiz hale gelmiş olmakla birlikte, şirket genel kurulunun bu yönde ayrıca bir karar alması ve anasözleşmeyi değiştirmesi de gereklidir. Doğaldır ki, tam ehliyete sahip şirket ve organları, şirketin süresiz hale geldiğini tespit edebilecekleri gibi şirket için değişik bir süre de kabul edebilirler.*” Dolayısıyla, yine TTK m. 529.1.a'nın gerekçesinde de vurgulandığı üzere, söz konusu Hukuk Genel Kurulu kararında, süresi dolmuş olmasına rağmen faaliyetlerine devam etmekle belirsiz süreli hâle gelen anonim şirketin belirsiz süreli hâle gelmesinden sonra esas sözleşme değişikliği yoluyla esas sözleşmesini fiili duruma uyarlamasının gerekli olduğu ifade edilmiştir.

6762 sayılı TTK döneminde konuya ilişkin limited şirketlerdeki tartışmaya gelince, daha önce de ifade edildiği gibi, 6762 sayılı TTK'nın limited şirketin infisah sebeplerini düzenleyen m. 549.1 hükmünde şirket sözleşmesinde öngörülen sürenin dolması açıkça bir sona erme sebebi olarak sayılmamış, dolayısıyla 6762 sayılı TTK'da süreyi açıkça sona erme sebebi olarak düzenleyen bir hükme limited şirketler bakımından yer verilmemiş olmasına rağmen limited şirketin şirket sözleşmesinde öngörülen süresinin dolması ile sona ereceği kabul edilmekteydi. 6762 sayılı TTK döneminde limited şirketin şirket sözleşmesinde öngörülen süresinin sona ermesine rağmen işlerine fiilen devam etmesi durumunda belirsiz süreli hâle gelip gelmeyeceği meselesine ilişkin olarak ise bir görüş, bu soruyu olumlu yanıtlamaktaydı⁵⁷. Buna göre, süresi sona ermesine rağmen işlerine devam eden adi şirketin belirsiz süreli hâle geleceğini düzenleyen 818 sayılı BK m. 536.2, c. 3 hükmü, 6762 sayılı TTK m. 138 atfıyla limited şirketlere de uygulanabilirdi⁵⁸. İkinci görüş ise,

(ÜNAL, Ana Sözleşmelerindeki Süreleri Biten ve Sürelerini Uzatmamış Olan Anonim Şirketlerin Hukukî Durumu) ile ilgili Tartışmalar, s. 115-116.

⁵⁶ YHGK. T. 25.2.1987, E. 1986/211, K. 1987/120 (www.kazanci.com.tr).

⁵⁷ DOMANIÇ (ARSLANLI), s. 726-727.

⁵⁸ DOMANIÇ (ARSLANLI), s. 726. Ayrıca yazar, yukarıda bahsi geçen (anonim şirketlere ilişkin olarak verilmiş olan) 1987 tarihli Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararının isabetli olduğuna vurgu yaparak bu kararı aktarmıştır [Bkz. DOMANIÇ (ARSLANLI), s. 727 vd.].

şirket sözleşmesinde öngörülen süresi sona eren bir limited şirketin işlerine fiilen devam etmekle belirsiz süreli hâle gelemeyeceği yönündeydi⁵⁹. Buna göre, 6762 sayılı TTK m. 506.1.5 gereğince sürenin şirket sözleşmesinde öngörülmesi zorunlu hususlardan biri olması nedeniyle belirsiz süreli şekilde kurulamayan limited şirketlere 6762 sayılı TTK m. 138 atfıyla 818 sayılı BK m. 536.2, c. 3 hükmü uygulanamazdı⁶⁰. Ayrıca anılan görüşü savunan yazarlardan bazıları, şirket sözleşmesinde öngörülen sürenin uzatılmasına ilişkin bir şirket sözleşmesi değişikliği kararının bu sürenin sona ermesinden önce alınabileceğini belirtmişlerdi⁶¹.

TTK dönemine gelince, doktrinde bir görüş şirket sözleşmesinde öngörülen sürenin sona ermesinden sonra ortakların işlere devam etmesi durumunda adi şirketin belirsiz süreli hâle geleceğini düzenleyen TBK m. 640.3 hükmünün TTK m. 126 atfıyla limited şirketlere uygulanamayacağı yönündedir⁶². Buna göre, aksinin kabulü durumunda bu şekilde belirsiz süreli hâle gelmiş bir limited şirkette TTK m. 126 atfıyla TBK m. 640.1 uyarınca her ortağın altı ay önceden ihbar ederek şirketi feshetme hususunda kanuni bir fesih hakkını haiz olacağı, TTK m. 126 gereğince genel hükümler ancak *her şirket türünün niteliğine uygun olduğu oranda* uygulanabileceği, limited şirketler ise TTK ile daha çok anonim şirketlere benzer yapıda düzenlenmiş olduğu için, limited şirketin bu yapısı limited şirket ortaklarına bu imkanın sağlanmasına engel teşkil eder⁶³.

Karşı görüş ise, limited şirketin şirket sözleşmesinde öngörülen süresi sona ermesine rağmen işlerine devam etmesi durumunda belirsiz süreli hâle geleceği yönündedir. Buna göre TTK ile limited şirketlerin belirsiz süreli olarak kurulabilmelerinin mümkün hâle gelmiş olması nedeniyle anonim şirketler için getirilen TTK m. 529.1.a hükmünün limited şirketlere de kıyasen uygulanacağı yönündedir⁶⁴.

⁵⁹ BAŞTUĞ, s. 269-270; CERRAHOĞLU, s. 189; ÖCAL, s. 608; KAYA, s. 44; CERİT, s. 86.

⁶⁰ BAŞTUĞ, s. 269-270; ÖCAL, s. 608; KAYA, s. 44.

⁶¹ CERRAHOĞLU, s. 189; ÖCAL, s. 607; KAYA, s. 41, 44. Diğer taraftan buna göre, şirket sözleşmesinde öngörülen sürenin sona ermesinden önce genel kurulda sürenin uzatılmasına ilişkin şirket sözleşmesi değişikliği kararı alınabilirken şirketin belirsiz süreli şirket hâline getirilmesi yolunda bir karar alınamazdı (ÖCAL, s. 607; KAYA, s. 41).

⁶² ÇAMOĞLU (POROY/TEKİNALP), (2017), s. 554. Keza şirket sözleşmesinde öngörülen süresi sona ermiş olan bir limited şirketin (süreye ilişkin şirket sözleşmesi hükmünün süre sona ermeden değiştirilmemiş olduğu takdirde) infisah edeceği yönünde bkz. TEKİNALP, s. 538.

⁶³ ÇAMOĞLU (POROY/TEKİNALP), (2017), s. 554.

⁶⁴ YALÇIN SIRAKAYA, s. 33-34. TTK'nın Tasarı hâli ile ilgili olarak, bu Tasarı ile limited

Aşağıda ayrıntılarıyla izah edildiği üzere bu görüşe sonuç itibariyle katılmakla birlikte, bu hususta karar verirken TTK ile yeni getirilen (*daha önce de vurgulandığı gibi anonim şirketler için öngörülmiş, ancak TTK m. 643.1 uyarınca limited şirketlere de uygulanacak olan*) tasfiyeden dönme müessesesinin de ele alınması gerektiği düşüncesindeyiz.

Yukarıda ayrıntılarıyla izah edildiği üzere, 6762 sayılı TTK döneminde anonim/limited şirketlerin, şirket sözleşmesinde öngörülen süreleri dolduğu hâlde işlerine fiilen devam etmeleri durumunda belirsiz süreli hâle gelip gelemeyecekleri ve süreleri dolan anonim/limited şirketlerin süre bitiminden sonra genel kurulda sürelerinin uzatılması yönünde bir karar alıp alamayacakları hususları tartışmalıydı. Daha önce de ifade edildiği ve TTK m. 529.1.a'nın gerekçesinde de belirtildiği üzere, anonim şirketin esas sözleşmesinde öngörülen süresi sona ermesine rağmen işlerine fiilen devam etmesi hâlinde belirsiz süreli hâle geleceği yönündeki TTK m. 529.1.a'da öngörülen kural ile 6762 sayılı TTK dönemindeki bu tartışmalar anonim şirketler açısından sona erdirilmiştir. Ancak TTK'da limited şirketler açısından benzer bir düzenleme öngörülmemiştir.

Hâl böyle olunca, 6762 sayılı TTK döneminde gerek anonim gerekse limited şirketlerle ilgili olarak yapılan ve TTK m. 529.1.a hükmü ile anonim şirketler açısından sona erdirilen sözkonusu tartışmalar tasfiyeden dönme müessesesinin getirilmesi ile bir hususta değişerek limited şirketler açısından canlılığını korumaya devam edecektir. Şöyle ki, tasfiyeden dönme müessesesinin getirilmesi ile ikinci tartışma (*şirket sözleşmesinde öngörülen süresi dolan limited şirketin süre bitiminden sonra genel kurulda sürenin uzatılması yönünde bir karar alıp alamayacağı tartışması*) esasen çözüme kavuşturulmuştur. Zira TTK m. 548.1, c. 1 ve 2'ye göre, limited şirket sürenin dolmasıyla sona ermişse pay sahipleri arasında şirket malvarlığının dağıtımına başlanılmış olmadıkça genel kurul sermayenin en az yüzde altmışının oyu ile şirketin devam etmesini kararlaştırabilir. Yani bu hüküm gereğince, şirket sözleşmesinde öngörülen süresi dolan bir limited şirket süre bitiminden sonra pay sahipleri arasında şirket malvarlığının dağıtımına başlanılmış olmadıkça tasfiyeden dönme kararı, yani genel kurulda sürenin uzatılması yönünde bir karar alabilir. Ancak tasfiyeden dönme müessesesinin getirilmesinden sonra da limited şirketler açısından tartışmalı kalmaya devam edecek husus, bir

şirketlerin de anonim şirketler gibi belirsiz süreli olarak kurulabilmelerine imkân tanınmasına ilişkin değişikliğin gerçekleşmesi durumunda, limited şirketin sonradan belirsiz süreli şirket hâline gelebilmesinin mümkün olabileceği yönünde bkz. KAYA, s. 44, dpn. 120.

limited şirketin şirket sözleşmesinde öngörülen süresi dolmuşsa faaliyetlerine devam edip etmediğine bakılmaksızın infisah etmiş mi sayılacağı (dolayısıyla faaliyetlerine devam etse de etmese de sona ermeye engel olmak için mutlaka tasfiyeden dönme kararı alınmasının mı gerekli olduğu); yoksa süresi dolduğu hâlde faaliyetlerine devam ediyorsa doğrudan belirsiz süreli hâle mi geleceğidir (yani faaliyetlerine devam ediyorsa tasfiyeden dönme kararına gerek olmaksızın, faaliyetlerine devam etmiyorsa tasfiyeden dönme kararıyla mı sona ermekten kurtulacağıdır).

Bu konuda karar vermeden önce anonim şirketler bakımından hâlihazırdaki durumu incelemekte fayda olduğu düşüncesindeyiz. TTK m. 529.1.a ve TTK m. 548.1, c. 1, 2 beraber değerlendirildiğinde anonim şirketler açısından esas sözleşmede bir süre öngörülmüşse sürenin dolmasının şirketin infisahına yol açması bakımından üç ihtimalin gündeme gelebileceği söylenebilir⁶⁵. Birinci ihtimal, esas sözleşmede öngörülen sürenin dolmasından önce anonim şirket genel kurulunda bir esas sözleşme değişikliği, yani esas sözleşmenin süreye ilişkin maddesinin sürenin uzatılması veya şirketin belirsiz süreli hâle dönüştürülmesi şeklinde değiştirilmesi kararı alınması suretiyle infisahın önlenmesidir⁶⁶. İkinci ihtimal, esas sözleşmede öngörülen sürenin sona ermesi, buna rağmen anonim şirketin işlere fiilen devam ediyor olması ki bu durumda şirket TTK m. 529.1.a gereğince belirsiz süreli hâle gelir. TTK m. 529.1.a'nın gerekçesinde de vurgulandığı gibi, konuya ilişkin 6762 sayılı TTK döneminde verilen, yukarıda bahsi geçen 1987 tarihli YHGK kararına göre, süresi dolan anonim şirketin işlere devam etmek suretiyle belirsiz süreli hâle gelmesinden sonra esas sözleşme değişikliği yapılarak sözleşmenin fiili duruma uyarlanması gerekiyordu⁶⁷. Anılan gerekçede de ifade edildiği gibi, TTK m. 529.1.a ile bundan farklı olarak süresi dolan şirketin işlerine devam

⁶⁵ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. AL KILIÇ, s. 103-112.

⁶⁶ Bu kararın alınabilmesi için gerekli yetersayılar hususunda doktrindeki farklı görüşler için bkz. AL KILIÇ, s. 110, dpn. 267; KADEROĞLU, s. 122. Anılan kararın TTK m. 421.1'de öngörülen yetersayılar ile alınabileceği yönünde bkz. AL KILIÇ, s. 110, dpn. 267; TTK m. 421.3 ve 4'te düzenlenen yetersayılarla alınabileceği yönünde bkz. KADEROĞLU, s. 122. Diğer taraftan, esas sözleşmede belirlenen sürenin değiştirilemeyeceği şeklinde bir hüküm varsa, bu durumun TTK m. 452 anlamında *aksine esas sözleşme hükmü* teşkil edeceği, dolayısıyla ortakların bu hususta mütesep haklarının sözkonusu olacağı gerekçesiyle, süre bitiminden önce esas sözleşmede öngörülen süresinin değiştirilmesinin ancak tüm ortakların oybirliğiyle mümkün olabileceği yönünde bkz. KADEROĞLU, s. 122.

⁶⁷ Yine TTK m. 529.1.a'nın gerekçesinde, bu durumda bazen şirketteki azınlığın haklarını kötüye kullanarak sözleşme değişikliğine olumlu yaklaşma karşılığında haksız kazançlar istedikleri ve bunu bir şantaj aracı olarak kullandıkları ve bunun sonucunda YHGK kararında öngörülen esas sözleşme değişikliğinin yapılamadığı durumların ortaya çıktığı belirtilmiştir.

etmesi ile esas sözleşmesindeki süre maddesinin kendiliğinden değiştiği kabul edilmiş ve esas sözleşme değişikliğine gerek duyulmamıştır⁶⁸. Üçüncü ihtimal, esas sözleşmede öngörülen sürenin dolması ve anonim şirketin işlere fiilen devam ediyor olmaması ki bu hâlde şirket infisah eder, dolayısıyla tasfiye hâline girer. Bu durumda şirketin devam edebilmesi için TTK m. 548.1 gereğince tasfiyeden dönme kararı alınması gerekir. Şirketin işlerine fiilen devam etmediğinin tespiti açısından ise sona ermenin yönetim kurulu tarafından ticaret siciline tescil ve ilan ettirilmiş olması (TTK m. 532), kolaylık sağlar⁶⁹. Buna bağlı olarak, TTK m. 529.1.a nedeniyle tasfiyeden dönmeye ilişkin TTK m. 548 hükmünün, sadece şirketin süresinin dolması neticesinde sona erdiğinin yönetim kurulu tarafından ticaret siciline tescil ettirilmesi (TTK m. 532) ihtimalinde uygulama alanı bulabileceği söylenebilir⁷⁰.

Limited şirketler açısından ise şirket sözleşmesinde bir süre öngörülmüşse sürenin dolmasının şirketin infisahına yol açması bakımından anonim şirketler için öngörülmüş olan TTK m. 529.1.a benzeri bir düzenlemenin yokluğu ve TTK m. 548.1, c. 1 ve 2 nedeniyle ancak iki ihtimalin gündeme gelebileceği ileri sürülebilir. Buna göre, birinci ihtimal, şirket sözleşmesinde öngörülen sürenin dolmasından önce limited şirket genel kurulunda şirket sözleşmesi değişikliği yapılması, yani şirket sözleşmesinin süreye ilişkin maddesinin sürenin uzatılması veya şirketin belirsiz süreli hâle dönüştürülmesi şeklinde değiştirilmesi suretiyle infisahın önlenmesidir. İkinci ihtimal, şirket sözleşmesinde öngörülen süresinin sona ermesi ki bu durumda limited şirketin anonim şirketten farklı olarak işlere fiilen devam ediyor olup olmamasına bakılmaksızın infisah edeceği, dolayısıyla tasfiye hâline gireceği ileri sürülebilir. Zira TTK m. 548.1, c. 1 ve 2 gereğince şirket sürenin dolmasıyla sona ermişse (pay sahipleri arasında şirket malvarlığının dağıtımına başlanılmış olmadıkça) genel kurul (sermayenin en az yüzde altmışının oyu ile) şirketin devam etmesini kararlaştırabilir. Diğer bir deyişle, bu hâlde şirketin devam edebilmesi için TTK m. 548.1 gereğince tasfiyeden dönme kararının alınması gerektiği savunulabilir. Limited şirketler açısından anonim şirketler için öngörülmüş olan TTK m. 529.1.a benzeri bir düzenlemenin yokluğu nedeniyle de limited şirketin şirket sözleşmesinde öngörülen süre sona ermesine rağmen işlere fiilen devam ediyor olsa bile belirsiz süreli hâle gelmeyeceği, infisah edeceği ve tasfiye hâline gireceği ileri sürülebilir. Buna

⁶⁸ Ayrıca bkz. AL KILIÇ, s. 109, dpn. 263.

⁶⁹ AL KILIÇ, s. 112.

⁷⁰ KENDİGELEN, s. 450.

göre, anılan hâlde şirketin devam edebilmesi ancak TTK m. 548.1 gereğince genel kurulda tasfiyeden dönme kararı alınmasına bağlı olacak ve alınmazsa infisah etmiş şirketin tasfiyesine devam olunacaktır⁷¹.

Ancak anonim şirketler için öngörülmuş olan TTK m. 529.1.a hükmü⁷² yanında, diğer şirketler açısından da kanun koyucu tarafından benzer bir çözüm kabul edilmiştir. Şöyle ki, adi şirketler için öngörülmuş bulunan TBK m. 640.3'e göre, sözleşmede öngörülmuş olan sürenin bitiminden sonra şirket, ortakların örtülü iradesiyle sürdürülürse belirsiz süreli hâlde gelir. Aynı şekilde TTK m. 328'in yollamasıyla komandit şirketlere de uygulanacak olan kollektif şirketlere ilişkin TTK m. 247.1'e göre de şirket sözleşmesinde öngörülen sürenin sona ermesinden sonra işlere devam etmek suretiyle zımni biçimde uzatılmış bulunan şirketler belirsiz süreli sayılırlar.

O hâlde, TTK'da limited şirketlerle ilgili olarak bu konuda da bir kanun boşluğu bulunduğu, bu boşluğun olumsuz bir boşluk olmadığı düşüncesindeyiz. Zira bu konuda da limited şirketler açısından diğer şirketlerden farklı bir sonuca varmanın haklı bir gerekçesi bulunmamaktadır. Öyleyse tasfiyeden dönme müessesesinin anonim ve limited şirketlerle ilgili olarak getirilmiş bulunduğu da göz önünde tutulduğu takdirde, aynen anonim şirkette olduğu gibi bir sermaye şirketi olarak limited şirket de şirket sözleşmesinde öngörülen süre sona erdiği hâlde işlere fiilen devam ederse belirsiz süreli hâlde gelir, işlere fiilen devam etmezse infisah eder. İkinci durumda da yine aynen anonim şirketlerde olduğu gibi şirketin devam edebilmesi için TTK m. 548.1 gereğince tasfiyeden dönme kararı alınması gerekir.

SONUÇ

Limited şirketin genel sona erme nedenlerinin sayıldığı TTK m. 636.1'den farklı olarak anonim şirketin genel sona erme sebeplerine ilişkin

⁷¹ Nitekim anonim şirketlerle ilgili olarak TTK m. 548.1'in lafzından süresi dolar dolmaz şirketin derhal sona ereceği gibi bir anlamın çıktığı, ancak TTK m. 529.1.a nedeniyle şirketin sona ermediğinin tespiti bakımından bu şirketin faaliyetlerini devam ettirip ettirmediğinin tespitinin gerekli olduğuna ilişkin olarak bkz. AL KILIÇ, s. 104. Dolayısıyla TTK m. 548.1 ile TTK m. 529.1.a'da yer alan ifadelerin birbirleriyle çeliştiği yönünde bkz. KENDİGELEN, s. 450; AL KILIÇ, s. 103; KERVANKIRAN, s. 312. Şöyle ki, TTK m. 548.1'de anonim şirketin süresinin dolmasıyla sona ermesinden söz edilmiş olsa da, TTK m. 529.1.a karşısında anonim şirketin süresinin dolması şirketin derhal sona ermesi sonucunu ortaya çıkarmaz, bunun için anonim şirketin süresinin dolmasının ardından faaliyetlerine fiilen devam etmiyor olması gerekir (AL KILIÇ, s. 103; KERVANKIRAN, s. 312).

⁷² Bu hüküm, TTK m. 565.2 gereğince sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlere de uygulanacaktır.

TTK m. 529.1’de, işletme konusunun gerçekleşmesi veya gerçekleşmesinin imkânsız hâle gelmesi ve esas sözleşmede öngörülen sürenin dolması, genel sona erme nedenleri arasında sayılmıştır. Hatta TTK m. 529.1.a’da esas sözleşmede öngörülen süresi sona ermesine rağmen işlerine fiilen devam eden bir anonim şirketin belirsiz süreli hâle geleceği belirtilmiştir. Bu iki hüküm arasındaki anılan farklılıklar, limited şirketlerin sona ermesi bakımından bir takım tereddütlere yol açabilmektedir.

TTK’da anonim şirketlerin aksine limited şirketlerin işletme konusunun gerçekleşmesini veya gerçekleşmesinin imkânsız hâle gelmesini infisah sebebi olarak düzenleyen bir hüküm mevcut olmamasına rağmen, bir sermaye şirketi olarak limited şirketlerde de anonim şirketlerde olduğu gibi işletme konusunun gerçekleşmesinin veya gerçekleşmesinin objektif olarak imkânsız hâle gelmesinin infisah sebebi, işletme konusunun gerçekleşmesinin subjektif imkânsızlığının ve kâr elde etme amacına ulaşılmasının imkânsızlığının TTK m. 636.3 anlamında haklı sebep oluşturabileceği kanaatini paylaşılmaktadır.

Yine, TTK’da süre limited şirket sözleşmesinin zorunlu kayıtları arasında zikredilmemiş ve limited şirketin genel sona erme sebeplerinin düzenlendiği TTK m. 636.1’de sürenin dolması bir infisah nedeni olarak sayılmamış olmasına rağmen, şirket sözleşmesinde öngörülen sürenin sona ermesi limited şirketler açısından infisah sebebi teşkil eder.

Limited şirketin şirket sözleşmesinde öngörülen süresi sona ermesine rağmen işlerine fiilen devam etmesi durumunda belirsiz süreli hâle gelip gelmeyeceği hususunda ise, aynen anonim şirkette olduğu gibi bir sermaye şirketi olarak limited şirketin de süresi dolduğu hâlde işlerine fiilen devam ederse belirsiz süreli hâle geleceği, işlere fiilen devam etmezse infisah edeceği ve infisah ettiği durumda şirketin devam edebilmesi için tasfiyeden dönme kararının alınmasının (TTK m. 548.1) gerekli olduğu düşüncesindeyiz.

Sonuç olarak, *de lege ferenda* limited şirketin genel sona erme sebeplerini düzenleyen TTK m. 636.1’in anonim şirketin genel sona erme nedenlerine ilişkin TTK m. 529.1 ile yeknesak hâle getirilmesi gerekmektedir. Özellikle tereddüt uyandırabilecek yukarıda incelenen hususlarla ilgili olarak limited şirketler açısından da TTK m. 529.1.a ve b benzeri hükümlere yer verilmesinin isabetli olacağı kanaatini taşımaktayız. Zira fikrimizce limited şirketlerde bu iki hüküm benzeri bir düzenlemenin bulunmama sebebi, bu konularda limited şirketler için farklı bir çözümün getirilmek istenmesi değildir.

KAYNAKÇA

- AL KILIÇ, Şengül: **Anonim Şirketlerde Tasfiyeden Dönme**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.
- ANSAY, Tuğrul: “İnfisah Eden Bir Anonim Şirket Ana Sözleşmesinin Değiştirilebilmesi Sorunu”, **Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu – III, Bildiriler-Tartışmalar (14-15 Şubat 1986)**, Ankara, 1986, s. 185-208.
- ARSLANLI, Halil: **Kollektif ve Komandit Şirketler**, 2. Baskı, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1960. [ARSLANLI, (1960)]
- ARSLANLI, Halil: **Anonim Şirketler, IV. Kısım: Anonim Şirketin Hesapları - V. Kısım: Anonim Şirketin İnfisahu ve Tasfiyesi**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1961. [ARSLANLI, (1961)]
- ARSLANLI, Halil/DOMANIÇ, Hayri: **Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C. III: Sermayesi Paylara Bölünmüş Komandit Şirketler (TTK m. 475-484) Limited Şirketler (TTK m. 503-556)**, Temel Yayınları, İstanbul, 1989.
- BAHTİYAR, Mehmet: **Anonim Ortaklık Anasözleşmesi**, Beta, İstanbul, 2001. [BAHTİYAR, (2001)]
- BAHTİYAR, Mehmet: **Ortaklıklar Hukuku**, 13. Baskı, Beta, İstanbul, 2019. [BAHTİYAR, (2019)]
- BAŞTUĞ, İrfan: **Şirketler Hukukunun Temel İlkeleri**, İstiklâl Matbaası, İzmir, 1974.
- BENEDICK, Gilles/HABEGGER, Philipp: *Roberto/Trüeb*, **CHK – Handkommentar zum Schweizer Privatrecht**, 2. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich – Basel - Genf, 2012.
- BERTSCH, Wilfried: **Die Auflösung der Aktiengesellschaft aus wichtigen Gründen**, Verlag H. R. Sauerländer & Co., Aarau, 1947.
- BİRKAŞ, Hasan: **Ticaret Şirketleri ve Tatbikat**, 8. Baskı, İstanbul Üniversite Kitabevi, İstanbul, 1987.
- BÜGLER, Reto: **Der GmbH-Anteil, Insbesondere dessen Erwerb, Übertragung und Verlust (de lege lata et ferenda)**, Zürich, 2004.
- BÜRGI, F. Wolfhart: **Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch**,

V. Band: Obligationenrecht, 5. Teil: Die Aktiengesellschaft, b/2: Art. 698–738, Schulthess & Co AG, Zürich, 1969.

CERİT, Pınar: **Limited Şirketlerin Sona Ermesi**, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Konya, 2010.

CERRAHOĞLU, M. Fadlullaah: **Türk Ticaret Kanununa ve Yargıtay İctihatlarına Göre Limited Ortaklıklar Hukuku**, İstanbul İktisadî ve Ticarî İlimler Akademisi Yayınları, İstanbul, 1976.

ERDEM, Nuri: **Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi**, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019.

HABEGGER, Philipp: **Die Auflösung der Aktiengesellschaft aus wichtigen Gründen, unter Berücksichtigung der anderen sachgemässen und den Beteiligten zumutbaren Lösungen gemäss Art. 736 Ziff. 4 Satz 2 OR**, Stämpfli+Cie AG, Graphisches Unternehmen, Bern, 1996.

HİRŞ, E.: **Ticaret Hukuku Dersleri**, 3. Baskı, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1948.

İLBASMIŞ HIZLISOY, Özlem: **Anonim Şirketin Haklı Sebeple Feshi**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.

JANGGEN, A./BECKER, H., **Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Band VII, 3. Abteilung Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung Art. 772-827**, Verlag von Stämpfli & Cie., Bern, 1939.

KADEROĞLU, Murat: **Anonim Şirketlerin İnfisahı (Dağılması)**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.

KARAYALÇIN, Yaşar: **Ticaret Hukuku, II. Şirketler Hukuku**, 2. Baskı, Sevinç Matbaası, Ankara, 1973.

KAYA, İlknur: **Limited Şirketin Sona Erme Sebepleri**, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Eskişehir, 2005.

KENDİGELEN, Abuzer: **Yeni Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler**, 3. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.

- KERVANKIRAN, Emrullah: **Anonim Şirketlerin Tasfiyesi**, Seçkin, Ankara, 2015.
- KÜNG, Manfred/CAMP, Raphaël: **GmbH-Recht, Kommentar, Das revidierte Recht zur Gesellschaft mit beschränkter Haftung**, orell füssli Verlag AG, Zürich, 2006.
- METZLER, Charles: **Die Auflösungsgründe im Bereich der Aktiengesellschaft**, A. Schönbächler & Co., Affoltern a. A., 1952.
- MOROĞLU, Erdoğan: **6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Değerlendirme ve Öneriler**, 8. Baskı, Onikilevha, İstanbul, 2016.
- MÜLLER, Hans Werner: **Die Auflösungsgründe der Gesellschaft mit beschränkter Haftung unter besonderer Berücksichtigung der Auflösungsklage infolge von Gründungsmängeln**, Buchdruckerei R. Suter & Cie, Bern, 1945.
- ÖCAL, Akar: “Limited Şirkette Süre”, **Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp’e Armağan**, Cilt: 1, Beta, İstanbul, 2003, s. 603-610.
- ÖZENLİ, Soysal: **Uygulamada Adi Ortaklık ve Neden Olduğu Davalar**, Kazancı Hukuk Yayınları, Ankara, 1988.
- POROY, Reha/TEKİNALP, Ünal/ÇAMOĞLU, Ersin: **Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku**, 12. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010. [POROY (TEKİNALP/ÇAMOĞLU), (2010)]
- POROY, Reha/TEKİNALP, Ünal/ÇAMOĞLU, Ersin: **Ortaklıklar Hukuku II**, 13. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017. [ÇAMOĞLU (POROY/TEKİNALP), (2017)]
- PULAŞLI, Hasan: **Şirketler Hukuku Şerhi Cilt III**, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.
- SANWALD, Reto: *Nussbaum/Sanwald/Scheidegger, Kurzkomentar zum neuen GmbH-Recht*, Bern, 2007.
- SCHUCANY, E.: **Kommentar zum Schweizerischen Aktienrecht, Schweizerisches Obligationenrecht, 26. und 27. Titel, Die Aktiengesellschaft und Kommanditaktiengesellschaft**, 2. Auflage, Orell Füssli Verlag, Zürich, 1960.
- SIFFERT, Rino/FISCHER, Marc Pascal/PETRIN, Martin: *Baker&McKenzie, GmbH-Recht Revidiertes Recht der Gesellschaft mit beschränkter*

- Haftung (Art. 772-827 OR)**, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2008.
- von STEIGER, Werner: **Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band: Obligationenrecht, 5. Teil c Art. 772-827 Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung**, Schulthess & Co AG, Zürich, 1965.
- ŞAHİN, Ayşe: **Anonim Ortaklığın Haklı Sebep Feshi**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013.
- ŞENER, Oruç Hami: **Yargıtay Kararları Işığında Limited Ortaklıklar Hukuku**, Seçkin, Ankara, 2017.
- TEKİL, Fahiman: **Şirketler Hukuku, C. 3 Limited Şirketler ve Kooperatifler**, Yörük Matbaası, İstanbul, 1974. [TEKİL, (1974)]
- TEKİL, Fahiman: **Şirketler Hukuku**, Otağ Matbaacılık, İstanbul, 1981. [TEKİL, (1981)]
- TEKİL, Fahiman: **Anonim Şirketler Hukuku**, 2. Baskı, Alkım Yayınları, İstanbul, 1998. [TEKİL, (1998)]
- TEKİNALP, Ünal: **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, 4. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015.
- TÜRK, Hikmet Sami: “Süreleri Sona Eren Anonim Ortaklıklara İlişkin Danıştay ve Yargıtay Kararları”, **Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu – III, Bildiriler-Tartışmalar (14-15 Şubat 1986)**, Ankara, 1986, s. 113-184.
- UZUNALLI, Sevilay: **Anonim Şirkette İşletme Konusu**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.
- ÜNAL, Şeref: “Ana Sözleşmelerindeki Süreleri Biten ve Sürelerini Uzatmamış Olan Anonim Şirketlerin Hukukî Durumu”, **Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu – I, Bildiriler-Tartışmalar (6-7 Ocak 1984)**, Ankara, 1984, s. 75-106.
- YALÇIN SIRAKAYA, Elif: **Limited Şirketin Sona Erme Nedenleri**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.
- YILDIRIM, Ali Haydar: **6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu’na Göre Limited Ortaklığın Haklı Sebep Feshi**, Dora Yayıncılık, Bursa, 2013.

Diğer Materyaller:

TÜRK, Hikmet Sami: Süreleri Sona Eren Anonim Ortaklıklara İlişkin Danıştay ve Yargıtay Kararları ve ANSAY, Tuğrul: İnfisah Eden Bir Anonim Şirket Ana Sözleşmesinin Değiştirilebilmesi Sorunu ile ilgili Tartışmalar, **Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu – III, Bildiriler-Tartışmalar (14-15 Şubat 1986)**, Ankara, 1986, s. 208-239.

ÜNAL, Şeref: Ana Sözleşmelerindeki Süreleri Biten ve Sürelerini Uzatmamış Olan Anonim Şirketlerin Hukukî Durumu ile ilgili Tartışmalar, **Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu – I, Bildiriler-Tartışmalar (6-7 Ocak 1984)**, Ankara, 1984, s. 106-123.

İnternet Kaynakları:

www.kazanci.com.tr

İKİNCİL SİGORTA SÖZLEŞMELERİ

Damla KÜÇÜK*

ÖZ

İkincil sigorta sözleşmesi; sigortacının, zararın birincil sigorta sözleşmesinde belirlenen sigorta bedellerinin üstünde kalacak belli bir kısmını, birincil sigorta sözleşmesindeki sigorta bedelinin tüketilmesi koşuluyla ödemeyi üstlendiği bir sigorta sözleşmesi türüdür. Bir başka ifade ile risk gerçekleştiğinde ortaya çıkan zarar miktarı, birincil sigorta sözleşmesindeki sigorta bedelini aşmadığı ve bu bedel fiilen tüketilmediği sürece, sigorta ettiren ikincil sigorta sözleşmesini akdeden sigortacıya başvuramaz. Bu durum ikincil sigorta sözleşmesi bağlamında sigortacının tazminat ödeme borcunun ne zaman doğmuş sayılacağı, sigortacının sigorta ettireni savunma yükümlülüğünün olup olmadığı ve / veya sigorta ettirenin savunma masraflarını ödeme borcunun olup olmadığı ve bu meseleler bağlamında birincil sigortacı ile ikincil sigortacının ilişkileri bakımından, bir takım hukuki meselelerin doğmasına yol açmaktadır. Türkiye’de ikincil sigorta sözleşmeleri hali hazırda yapılıyor, dolayısıyla Yargıtay tarafından bu sözleşmeler bağlamında ortaya çıkan meseleler için bir takım içtihatlar oluşturulmuş olsa da, bu sözleşmelerle ilgili literatür oldukça kısıtlıdır. Bu bakımdan, çalışmada ikincil sigorta sözleşmeleri bağlamında ortaya çıkan çeşitli hukuki meseleler Anglo Sakson - Amerikan Hukukunda bulunan çözümler ışığında, Türk Hukuku’nda geçerli kural ve ilkeler bakımından irdelenmeye, bazı önerilerde bulunulmaya çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: İkincil sigorta sözleşmesi, Kapsamlı ikincil sigorta, Takip eden ikincil sigorta, Sigortacının tazminat ödeme borcu, Sigortacının savunma borcu.

EXCESS INSURANCE CONTRACTS

ABSTRACT

Excess insurance contract is a type of insurance contract in which the insurer undertakes to pay a certain portion of the loss which is excess to the insurance amount specified in the primary insurance contract, providing that the insurance amount in the primary insurance contract is exhausted. In other words, unless amount of loss which shows up when risk occurs exceeds the insurance amount in primary insurance contract, policyholder can't claim against insurer of excess insurance contract. This

* **Dr. Öğr. Üyesi;** Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi E-Posta: dkucuk@sakarya.edu.tr

ORCID ID: 0000-0002-4246-0764

DOI : 10.34246/ahbvuhfd.733327

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 03/10/2019

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 12/03/2020

situation, in the context of excess insurance contract, causes to raise some legal issues about when insurer's obligation to indemnify is born, whether insurer has a duty of defend and / or has an obligation to pay defense costs and relationship between primary and excess insurer. Although, excess insurance contracts is readily made in Turkey, and because of that, some precedent is developed by Supreme Court for issues shows up in the context of these insurance contracts, related literature is very limited. In this respect, in this work, it has been tried to examine some legal issues arising in the context of excess insurance contracts and brought some suggestions, in the light of the solutions found in the Anglo-Saxon - American Laws.

Keywords: *Excess insurance contract, Umbrella excess insurance, Following form excess insurance, Insurer's obligation to indemnify, Insurer's duty of defend.*

I. Giriş

İkincil sigorta sözleşmeleri, yurt dışında özellikle çevre sorumluluk, ürün sorumluluk veya yönetici sorumluluk sigortası gibi büyük meblağlarda zarara yol açabilen risklerin temin edildiği, sorumluluk sigortaları bağlamında yaygın olarak yapılan bir sigorta sözleşmesi tipidir¹.

Bu sözleşmeler, Türkiye'de aynı riski temin eden zorunlu – ihtiyari sigorta bağlamında zaten yapılmaktadır. Dahası son dönemlerde sigorta şirketlerinin zorunlu sigortaların olmadığı riskler kapsamında da “şemsiye”, “fazlaya ilişkin sorumluluk” ya da “tazmin edilemeyen zararlar için ilave fazla limit” gibi adlar altında, ikincil sigorta sözleşmeleri yaptıklarını duyurmaya başladıkları görülmektedir². Buna rağmen bu sözleşmelerin içeriği, koşulları, uygulamasında ortaya çıkabilecek sorunların ne olduğu / olabileceğine ilişkin yeterli çalışma yoktur.

Kökeni bakımından, hasar fazlası reasürans sözleşmelerinin³ sigorta

¹ Bkz. WELLS, s. 4; SEAMAN / KITTREDGE, s. 653.

² Bkz. “Sorumluluk Sigortaları”, (<https://www.chubb.com/tr-tr/corporate/liability-insurance.aspx>, Erişim Tarihi: 12.08.2019); “Yönetici Sorumluluk Sigortası”, (https://www.unicosigorta.com.tr/assets/uploads/Yonetici_Sorumluluk_Sigortasi.pdf, Erişim Tarihi: 23.05.2019); “İşveren sorumluluk sigortaları Türkiye’de kendine yaygın bir uygulama alanı buluyor.”, Haber Tarihi: 02.10.2018, (<http://www.bestyayincilik.com/Haberler/Haberler.aspx?HABER=11179>, Erişim Tarihi: 23.05.2019).

³ Hasar fazlası reasürans sözleşmesinin (loss of excess reinsurance) ilk kez yirminci yüzyılın başlarında gerçekleşen San Francisco depreminin ardından Lloyds piyasasında faaliyet gösteren Cuthbert Heath adlı bir sigortacı tarafından geliştirildiği kabul edilmektedir, bkz.

sözleşmelerine uyarlanmış şekli olan ikincil sigorta sözleşmelerinin, ana yurdu aynı nedenle Anglo Sakson - Amerikan ülkeleridir ve ülkemize de aynı pratiğin aktarılmaya çalışıldığı anlaşılmaktadır. Dahası bu hukuk düzenlerinde uzun bir geçmiş olan ikincil sigorta sözleşmeleriyle ilgili geniş bir literatür oluşmuştur. Bu nedenle çalışmada ilk olarak ikincil sigorta sözleşmelerinin Anglo Sakson - Amerikan Hukuku bağlamında bir takdimi yapılacaktır ve bu sözleşmelerle ilgili öne çıkan meseleler kısaca irdelenecektir. İkinci bölümde, ikincil sigorta sözleşmelerinin ülkemizdeki durumundan bahsedilecek, Türk Sigorta Hukuku'ndaki benzer kavramlarla bir karşılaştırması yapılmaya çalışılacaktır. Son bölümdeyse ikincil sigorta sözleşmeleriyle ilgili olarak ortaya çıkan meseleler, Türk Sigorta Hukuku'na ilişkin düzenleme ve ilkeler bağlamında değerlendirilmeye çalışılacaktır.

II. Anglo Sakson – Amerikan Hukukunda İkincil Sigorta Sözleşmeleri (Excess / Secondary Insurance)

A. Tanımı ve Genel Özellikleri

İkincil sigorta sözleşmesi; sigortacının zararın, birincil sigorta sözleşmesi ile teminat altına alınan kısmının üstünde kalan belli bir kısmını tazmin etmeyi taahhüt ettiği ve tazminat ödeme yükümlülüğünün, birincil sigorta sözleşmesinde kararlaştırılmış olan sigorta bedel/lerinin tamamının ödenmiş olmasına (tüketilmesi) bağlandığı sözleşmelerdir⁴. Bu nedenle ikincil sigorta

NOMER, s. 194; “How Umbrella Policies Started”, (<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:BuVGFulrbKsJ:https://www.irmi.com/articles/expert-commentary/how-umbrella-policies-started-part-1-early-liability-coverage&hl=tr&gl=tr&strip=1&vwsrc=0>, Erişim Tarihi: 23.05.2019); BURLING, / LAZARUS, s. 11.

Hasar fazlası reasürans; sigortacının daha küçük zararlar için (zararın ilk kısmı) tüm sorumluluğu üzerinde tuttuğu, ancak hasarın reasürans sözleşmesinde tespit edilen (bu ilk) kısmının üstünde kalan ikinci kısmının, birincil reasürör tarafından üstlenildiği, birincil reasürörün ödeyeceği bu hasar kısmının üstünde kalan kısmın da bu şekilde belli limitler dahilinde ve katmanlar halinde ikinci, üçüncü vd. reasürör tarafından ödenmesinin kararlaştırılabildiği bir reasürans türüdür. Bu hususta bkz. NOMER, s. 194 vd; ATABEK, s. 37 vd; OMAĞ, (2002), s. 109, 110; “How Umbrella Policies Started”,

(<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:BuVGFulrbKsJ:https://www.irmi.com/articles/expert-commentary/how-umbrella-policies-started-part-1-early-liability-coverage&hl=tr&gl=tr&strip=1&vwsrc=0>, Erişim Tarihi: 23.05.2019). Hasar fazlası reasüransın bu yönden kümül oluşturan hasarlarda ve katastrofik olaylarda, sigorta şirketinin mali dengesinin korunması için etkili sözleşmeler olarak kabul edilmektedir, bkz. “Hasar Fazlası Reasürans Anlaşması (Excess Of Loss Treaty)”, (<https://www.tsb.org.tr/reasurans.aspx?pageID=440>, Erişim Tarihi: 23.05.2019); ATABEK, s. 37.

⁴ Bkz. SEAMAN / KITTREDGE, s. 656; MASTERS / STANZLER / ANDERSON, s. 13.7; TUCCI, s. 288; TUYTEL, s. 19; MARICK, s. 717; RICHMOND, s. 1; WELLS, s. 3 – 10,11;

sözleşmesi (excess / secondary / next layer – level) adıyla anılır⁵. Bu yönden ikincil sigorta sözleşmeleri, sigorta ettireni⁶ belli bir meblağın üstündeki katastروفik hasarlara karşı korumayı amaçlayan sözleşmelerdir⁷.

Tabii bu tanım birincil sigorta sözleşmesinin tanımlanmasını gerektirir ki birincil sigorta sözleşmesi (primary / underlying insurance) bu bağlamda; teminat kapsamındaki riskin gerçekleşmesiyle birlikte, sigorta tazminatının ilk önce (derhal) talep edilebileceği sigorta sözleşmelerini anlatır⁸. Keza birincil sigorta sözleşmesini akdeden sigortacılar, teminat kapsamına giren risk gerçekleştiğinde, sigorta ettirenin savunmasından ve tazmin edilmesinden ilk sırada sorumlu olan sigortacılar olarak görülürler⁹.

Bu söylenenleri örneklendirmek gerekir: Aynı sigorta dönemi için aynı riske karşı, bu riskin gerçekleşmesiyle ortaya çıkabilecek zararın ilk 100.000 TL kısmı için A sigortacısıyla, ikinci 100.000 TL kısmı için ise B sigortacısı ile ancak ilk sigorta sözleşmesi kapsamında tazminat ödemesi yapılması koşuluyla sigorta sözleşmesi akdedildiğinde birincil – ikincil sigorta sözleşmesi durumu ortaya çıkar¹⁰.

Birincil ve ikincil sigorta sözleşmeleri birbirinden bağımsız, ayrı sözleşmelerdir¹¹. Hatta verilen teminatın şartları bakımından doğrudan birincil sigorta sözleşmesine atıf yapılan “takip eden ikincil sigorta sözleşmeleri”nde (follow – form policy) dahi bu durum birincil ve ikincil sigortacı arasında müteselsil bir sorumluluk halinin doğmasına; birincil sigortacının karar ve davranışlarının birincil sigortacıyı bağlamasına yahut ikincil sigorta sözleşmesinin birincil sigorta sözleşmesinin bir parçası haline gelmesine neden olmaz¹².

DOLDEN / RIDGWAY, s. 3.

⁵ Bu sigortalama tekniği ile böylece aynı risk, biri diğerinin üstünde yer alan katmanlar halinde birden fazla sigorta sözleşmesi ile temin edilebilir. Bir başka ifade ile üçüncül ve devamı sigorta sözleşmelerinden de bahsetmek mümkündür, bkz. WELLS, s. 3.

⁶ Makalede aradaki farka işaret edilmesi gerekli olmadıkça, sigorta ettiren kavramı sigortalıyı da kapsayacak şekilde kullanılmıştır.

⁷ Bkz. SEAMAN / KITTREDGE, s. 656; MARICK, s. 715 – 718; FREDERICKS, s. 285.

⁸ Bkz. MASTERS / STANZLER / ANDERSON, s. 13.8; MARICK, s. 716; WELLS, s. 2; DOLDEN / RIDGWAY, s. 3; SEAMAN / KITTREDGE, s. 655.

⁹ Bkz. RICHMOND, s. 1.

¹⁰ Benzer bir örnek için bkz. WELLS, s. 2.

¹¹ Bkz. TUCCI, s. 288.

¹² Bkz. DOLDEN / RIDGWAY, s. 22; HUBERTY / ZELLER, s. 1.

İkincil sigorta sözleşmeleri, yangın vb mal sigortaları bağlamında da yapılsa da, üçüncü kişiye karşı doğacak tazminat sorumluluklarının önceden ölçülemeyecek, ciddi meblağlara ulaşabilme ihtimali nedeniyle, neredeyse sorumluluk sigortalarıyla özdeş haline gelmiş bir sözleşme tipidir¹³.

Birincil ve ikincil sigorta sözleşmelerinin ayrı sigortacılar tarafından akdedilmiş olmasına gerek yoktur¹⁴. Birden fazla birincil sigorta sözleşmesi ile temin edilmiş farklı risklerin tek bir ikincil sigorta sözleşmesi ile sigorta edilmesi ise mümkündür. Örneğin, hem aracına gelecek zararlar için, hem aracın işletilmesinden doğacak tazminat sorumluluğu için iki ayrı birincil sigorta sözleşmesi yaptıran sigorta ettiren, bu iki zarar riski için tek bir ikincil sigorta sözleşmesi yapabilir¹⁵.

Son olarak ikincil sigorta sözleşmelerinde sigorta primi, birincil sigorta sözleşmesinin varlığı nedeniyle tazminat ödeme riski daha düşük olduğu için, kural olarak daha düşük tespit edilir¹⁶.

B. İkincil Sigorta Sözleşmesinin Temel Alt Türleri

1. Gerçek İkincil Sigorta Sözleşmeleri (True Excess Insurance)

Bu sözleşmeler doğrudan ikincil sigorta sözleşmesi olarak düzenlenen sözleşmelerdir. Kendi içinde “bağımsız ikincil sigorta sözleşmeleri” (self-contained / stand alone excess insurance), “takip eden ikincil sigorta sözleşmeleri” (following form excess insurance) ve “kapsamlı ikincil sigorta sözleşmeleri” (umbrella excess insurance) olarak üçe ayrılır:

a) Bağımsız İkincil Sigorta Sözleşmeleri (Self-Contained / Stand Alone Excess Insurance)

Birincil sigorta sözleşmesinde verilen sigorta teminatının kapsamını genişletmeyen ve teminatın şartları, tanımlar ve istisnalar gibi sözleşme

¹³ Bkz. WELLS, s. 4. Nitekim çalışmadaki açıklamalar esas olarak sorumluluk sigortaları temelinde yapılmıştır.

Bu bağlamda tamamlayıcı sağlık sigortası adıyla anılan sigortalardan da bahsetmek gerekir. İkincil sigorta sözleşmesi ile benzer bir mantığa dayansa da, bu sözleşmeler sosyal sigorta olarak genel sağlık sigortası kapsamında Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından karşılanmayan tedavi masrafları için yapılmaktadır. Ayrıca bu nedenle de çalışmanın dışında tutulmuştur.

¹⁴ Bkz. WELLS, s. 4.

¹⁵ Bkz. MARICK, s. 719 – 725, 726.

¹⁶ Bkz. MARICK, s. 715 - 718; DOLDEN / RIDGWAY, s. 3; SEAMAN / KITTREDGE, s. 653 – 657, 658; FREDERICKS, s. 294.

hükümlerinin, birincil sigorta sözleşmesinden bağımsız bir şekilde belirlendiği, ikincil sigorta sözleşmeleridir¹⁷. Yani sadece birincil sigorta sözleşmesi ile taahhüt edilen sigorta bedelleri artırılmış olur¹⁸.

b) Takip Eden İkincil Sigorta Sözleşmeleri (Following Form Excess Insurance)

Üçüncü kişi tarafından yapılan tazminat talebinin soruşturulması, sigorta ettirenin savunulması, savunma masraflarının ödenmesi, sigorta bedellerinin limitleri ve ikincil sigorta sözleşmesinde ayrıca düzenlenmiş olan hükümlerle uyumayan hükümleri hariç, teminatın şartları, tanımlar, istisnalar vb açısından doğrudan birincil sigorta sözleşmesine atıf yapan sözleşmelerdir¹⁹. Ancak bu sözleşmelerde de sadece birincil sigorta sözleşmesi ile taahhüt edilen sigorta bedelleri artırılmış olur.

c) Kapsamlı İkincil Sigorta Sözleşmeleri (Umbrella Excess Insurance)

Kapsamlı ikincil sigorta sözleşmeleriye; sigorta ettirenin savunulması taahhüdü ile birlikte, birincil sigorta sözleşmesinin teminat kapsamını genişleten sözleşmelerdir²⁰. Bu nedenle hem birincil hem ikincil sigorta sözleşmesinin özelliklerini taşıyan karma sözleşmelerdir²¹. Örneğin, aracın işletilmesinden doğacak maddi kayba dayalı tazminat sorumluluğu için birincil sigorta sözleşmesi yaptıran sigorta ettiren, hem maddi tazminat hem birincil sorumluluk sigorta sözleşmesinde temin edilmeyen manevi tazminat taleplerini kapsayacak şekilde ikincil sigorta sözleşmesi akdedebilir²². Bu durumda risk gerçekleştiğinde, ikincil sigortacı manevi tazminat talepleri için birincil sigortacı gibi davranacakken, maddi tazminat talepleri bakımından ikincil sigorta sözleşmesine özgü hükümler uygulanacaktır²³.

¹⁷ Bkz. RICHMOND, s. 1; SEAMAN / KITTREDGE, s. 660; KELLEY, s. 1; WELLS, s. 6.

¹⁸ Bkz. RICHMOND, s. 1.

¹⁹ Bkz. RICHMOND, s. 1; DOLDEN / RIDGWAY, s. 4; MARICK, s. 718; WELLS, s. 5; SEAMAN / KITTREDGE, s. 658.

²⁰ Bkz. RICHMOND, s. 1; TUYTEL, s. 19; MARICK, s. 718, 719; WELLS, s. 4; SEAMAN / KITTREDGE, s. 660.

²¹ Bkz. MARICK, s. 719; DOLDEN / RIDGWAY, s. 4; SEAMAN / KITTREDGE, s. 660.

²² Krş. Motorlu Kara Taşıtları İhtiyari Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları m. 3.

²³ Benzer bir örnek için bkz. MARICK, s. 719 – 725, 726. Ayrıca bkz. WELLS, s. 4 - 11.

2. Tesadüfi İkincil Sigorta Sözleşmeleri (Excess Insurance by Coincidence)

Zarar gören kişinin başvurabileceği ve “diğer sigorta klozu”nu²⁴ (other insurance clause) içeren birden fazla birincil sigorta sözleşmesinin olduğu durumlarda, bu kloz nedeniyle tesadüfi olarak ortaya çıkar. Bu yönden bilinçli olarak ikincil sigorta şeklinde düzenlenen gerçek ikincil sigorta sözleşmelerinden de ayrılırlar²⁵.

Verilen en yaygın örnek ise üçüncü kişinin tazminat talebine yol açan kaza esnasında aracın kendi sorumluluğunu ayrıca sigorta ettirmiş bir kişi tarafından sürülüyor olması durumudur. Sürücünün ve aracın sahibinin sorumluluk sigortaları, sözleşmelerde yer alan “diğer sigorta” hükümleri sayesinde rastlantısal bir silsileye dahil olacaklardır ki kural olarak malikin sigortası birincil, sürücününki ise ikincil sigorta olarak kabul edilmektedir²⁶.

C. İkincil Sigorta Sözleşmesi Bağlamında Ortaya Çıkan Belli Başlı Meseleler

Aynı risk ve zarar için hem birincil hem ikincil sigorta sözleşmesinin yapılmış olması, birincil sigortacı, ikincil sigortacı ve sigorta ettiren bakımından bir takım meselelerin de doğmasına yol açmaktadır. Bu başlık altında, genel hatları ile bu hususta öne çıkan meseleler üzerinde durulacaktır:

1. İkincil Sigortacının Sigorta Tazminatını Ödeme Borcunun Doğumu

Yukarıda da ifade edildiği üzere, ikincil sigorta sözleşmesinde sigortacı birincil sigorta sözleşmesindeki sigorta bedelinin tüketilmesi halinde ve bu bedelin üstünde kalan belli bir zarar miktarı için sorumlu olur²⁷.

Genel olarak birincil sigorta sözleşmesindeki sigorta bedeli, birincil sigorta sözleşmesinde verilen teminatın kapsamına göre sigortacının, sigorta

²⁴ “Diğer sigorta” klozlarının temel amacı aynı zarar için iki kez tazminat ödenmesini yani çifte sigortayı (double insurance) engellemektir, bkz. CAMPEN, s. 165. Bu klozlar hakkında ayrıca bkz. ŞENOCAK, (2002), s. 161 vd.

Sorumluluk sigortasında çifte sigortanın olup olamayacağı meselesi hakkında bkz. HIZIR, s. 296; ŞENOCAK, (2009), s. 201 vd.

²⁵ Bkz. SEAMAN / KITTREDGE, s. 657; FREDERICKS, s. 286.

²⁶ Bkz. MARICK, s. 717, 718; SEAMAN / KITTREDGE, s. 657.

²⁷ Bkz. MARICK, s. 731; RICHMOND, s. 5; WELLS, s. 10.

[†]abi kapsamlı ikincil sigorta sözleşmeleri kısmen bu kuralın dışında kalır, bkz. WELLS, s. 11.

ettirenin bir sulh anlaşması veya mahkeme kararı neticesinde zarar gören üçüncü kişiye ödemesi gereken tazminatı ya da sigorta ettirenin savunma masraflarını yahut bu ikisini birlikte ödenmesiyle tüketilmiş olur²⁸.

Ancak sigorta sözleşmesinin içeriğine göre, aynı sözleşme bağlamında farklı sigorta bedeli kavramlarıyla karşılaşmak mümkündür. Örneğin birincil sigorta sözleşmesinde teminat kapsamındaki her bir zarar türü için ödenebilecek azami bir sigorta bedeli (per /each – occurrence policy limit) tayin edilmiş olabilir. Bu durumda, aynı tür zarardan kaynaklandığı sürece sigorta ettiren aleyhine üçüncü kişilerce yapılan taleplerin sayısının bir önemi yoktur²⁹. Zira sigorta bedeli bu talepler arasında paylaşılır. Ancak sigorta ettiren aleyhine yapılan talepler farklı türdeki zararlara ilişkin ise poliçede belirlenmiş bu sigorta bedeli her bir talep için indirim yapılmadan ödenir. Üstelik eğer sözleşmede ayrıca bir “toplam sigorta bedeli” tespit edilmemişse, sigortacı teminat süresi içinde gerçekleşen her bir zarar türü için tespit edilmiş sigorta bedelini, sınırlama olmaksızın tekrar ve tekrar ödemek zorunda kalır³⁰.

Örneğin, sigorta sözleşmesinde ürün sorumluluğu kapsamında gerçekleşecek bedeni zararlar için ödenebilecek azami sigorta bedeli olarak 1.000.000 TL tespit edilmiştir. Sigorta ettirene karşı iki tazminat talebi yapılmış, birinci talep için 900.000 TL, ikinci talep için 600.000 TL üzerinden sulhe varılmıştır. Bu durumda birincil sigorta kapsamında birinci talep için 900.000 TL, ikinci talep için ise sadece 100.000 TL tazminat alınabilecektir. Geri kalan 500.000 TL için ikincil sigortacıya başvurulabilecektir. Oysa sigorta ettirenin ürün sorumluluğu kapsamında biri bedensel diğeri mala ilişkin zarar için (mala ilişkin zararlar için de asgari sigorta bedelinin 1000 TL olarak tespit edildiği kabul edilirse) iki ayrı talep yapılmış olsaydı, her iki talep de tam değerleri üzerinden birincil sigortacı tarafından karşılanacaktı³¹.

Karşılaşılması olası ikincil sigorta bedeli ise teminat süresi boyunca yapılacak tüm talepler için toplamda ödenebilecek azami meblağı gösterir. Bu

²⁸ Bkz. WELLS, s. 11.

Birincil sigorta sözleşmesindeki sigorta bedellerinin tüketildiğini ispat yükü ise sigorta ettiren kişinin üstündedir. Çünkü sigorta ettiren, bu bedellerin tüketilip tüketilmediği ve zamanını sigortacıya göre dahi iyi bilebilecek bir pozisyondadır, bkz. COUGHLIN / MIDLIGE / PEREZ / HRINEWSKI, s. 3; SEAMAN / KITTREDGE, s. 672.

²⁹ Bkz. WELLS, s. 11.

³⁰ Bu hususta bkz. WELLS, s. 12; O’CONNOR, s. 40 vd.

³¹ Örnek için bkz. WELLS, s. 12.

nedenle bu sigorta bedeli de “toplam sigorta bedeli” (aggregate / total policy limit) olarak adlandırılabilir³². Yukarıdaki örnek devam ettirilecek olursa, birincil sigorta sözleşmesinde aynı zarar türü için belirlenen sigorta bedeline ek olarak, bir de ürün sorumluluğu kapsamında ödenecek tüm tazminatlar için 2.000.000 TL’lik toptan sigorta bedeli tespit edilmiş olsaydı, biri bedensel diğeri mala ilişkin iki talebin karşılanması ile birincil sigorta sözleşmesi açısından sigorta bedeli tüketilmiş olacaktır³³.

Tabii mesele bu kadar basit değildir. Keza ortaya çıkan farklı durumlar birincil sigorta sözleşmesindeki bedelin ne zaman ve hangi koşullar altında tüketilmiş, dolayısıyla ikincil sigortacının tazminatı ödeme borcunun ne zaman doğmuş sayılacağı hususunda çeşitli tartışmaların doğmasına yol açmaktadır³⁴ ki bu durumların ayrı alt başlıklar altında ele alınması daha doğru olur:

a) Birincil Sigorta Sözleşmesinin Olmadığı Durumlarda

Daha önce de ifade edildiği üzere, ikincil sigorta sözleşmeleri birincil sigorta sözleşmesindeki sigorta bedelinin üstünde kalacak zararın belli bir kısmını tazmin etmek üzere yapılan sözleşmelerdir. İkincil sigortacı, ancak belli bir meblağın üstündeki zararlar için tazminat ödeyeceği öngörüsü ile prim miktarını belirlemiş ve riski üstlenmiştir. Dolayısıyla, zararın ilk kısmını teminat altına alan bir sigorta sözleşmesinin olmaması, bu kısım için kendiliğinden ikincil sigortacının tazminat ödeme borcunun doğmasını sağlamayacaktır.

Zaten ikincil sigorta sözleşmelerine bu hususu garanti altına alacak hükümler koyulur ki bunlardan birisi “devam klozu” (maintenance clause) olarak çevrilebilecek hükümdür³⁵.

Bu kloz vasıtasıyla ikincil sigorta sözleşmesi yürürlükte olduğu sürece, sigorta ettirenden varlığını beyan ettiği ve zararın ilk kısmını temin eden birincil sigorta sözleşmesi veya sözleşmelerini devam ettirme taahhüdü alınır³⁶. Sigorta ettirenin bu taahhüdünü yerine getirmemesi sigorta tazminatını talep hakkını

³² Bkz. WELLS, s. 13.

³³ Örnek için bkz. WELLS, s. 13.

³⁴ Bkz. MARICK, s. 732.

³⁵ Örnek bir poliçe hükmü için bkz. Policy Excess Liability (Form: SXSG 10/12), Article 6.6, s. 8. (<https://www.ssr.co.uk/frontdoor/resources/catlin-excess-liability-wording.pdf>, Erişim Tarihi: 10.09.2019).

³⁶ Bkz. MARICK, s. 732; SEAMAN / KITTREDGE, s. 669.

tamamen kaybetmesine yol açabilmektedir³⁷. Buna örnek olarak, literatüre de yansımış olan ve Illinois Eyaleti Beşinci Bölge Temyiz Mahkemesi tarafından verilmiş şu karar gösterilebilir:

Sigorta ettiren deniz ticareti ile uğraşan bir şirkettir. 50.000 Dolar bedelle birincil sigorta sözleşmesinin sürdürüleceği taahhüdünde bulunarak, 100.000 Dolar bedelle sorumluluk sigortası olarak ikincil sigorta sözleşmesi akdetmiştir. Ancak sigorta ettiren birincil sigorta sözleşmesini yapmayı ihmal etmiştir. İkincil sigorta sözleşmesinin yürürlükte olduğu bir dönemde gerçekleşen kaza neticesinde, bir kişi (Lanny Whitehead) yaralanmış ve açılan davada sigorta ettiren şirket 126.000 Dolar tazminat ödemeye mahkûm edilmiştir. Yaralan kişi, daha sonra bu hükme dayanarak İllinois Eyaleti'nin Madison Bölgesi'nde (Madison Country) bulunan ilk derece mahkemesinde (trial court) açtığı davada, ikincil sigortacıdan 76.000 Dolar talepte bulunmuştur. Ancak sigortacı, sigorta ettirenin beyan yükümlülüğünü ihlal ettiği gerekçesiyle, tazminatın herhangi bir kısmını ödemeyi reddetmiştir. Ortaya çıkan uyuşmazlıkta birinci derece mahkemesi, ikincil sigortacının, birincil sigorta sözleşmesi yürürlükte olsaydı, sorumlu olacağı 76.000 Dolar'lık kısmını ödemesi gerektiğine karar vermiştir. Ancak bu karar Temyiz Mahkemesi tarafından; beyan yükümlülüğü ihlali iddiası olsun olmasın, sigorta ettirenin birincil sigorta sözleşmesini akdetmemesi halinin başlı başına bir ihlal olduğu; ikincil sigortacının, birincil sigorta sözleşmesinin olmadığı yerde, üstlendiği risk karşılığında aldığı prime yansıtılmayan daha büyük bir risk altında kaldığı gerekçesiyle sorumlu tutulamayacağı belirtilerek, bozulmuştur³⁸.

Bununla birlikte, sigorta ettirenin birincil sigorta sözleşmesinin yapılması / devam ettirilmesi yükümlülüğünü ihlalinin, ikincil sigorta sözleşmesini geçersiz hale getirmeyeceği, ancak bu tür bir ihlal halinde ikincil sigortacının, sadece sigorta ettiren bu yükümlülüğünü yerine getirmiş olsaydı, ödemek durumunda kalacağı miktarla sorumlu olacağına ilişkin hükümler içeren ikincil sigorta sözleşmeleri de vardır³⁹.

³⁷ Bkz. SEAMAN / KITTREDGE, s. 669; FREDERICKS, s. 293.

³⁸ Bkz. "Whitehead v. Fleet Towing Co.", Appellate Court of Illinois (442 N.E.2d 1362 (Ill. App. Ct. 1982)). (<https://www.courtlistener.com/opinion/2056033/whitehead-v-fleet-towing-co/>, Erişim Tarihi: 13.06.2019).

Ayrıca bkz. MARICK, s. 732, 733.

³⁹ Bkz. MARICK, s. 733.

b) Birincil Sigortacının Borcunu Ödeyemez Hale Düşmüş Olması Durumunda

İkincil sigortacının tazminat ödeme borcu bağlamında tartışılan bir başka mesele de birincil sigortacının ödeme güçlüğüne düştüğü için sigorta tazminatı ödeyemiyor olmasının, ikincil sigortacıyı (onun yerine) tazminatı ifayla yükümlü hale getirip getirmeyeceğidir⁴⁰.

Meselenin çözümünde yine ilk etapta ikincil sigorta sözleşmesinde sigorta tazminatının hangi koşullar altında ödeneceğini gösteren hükümler esas alınmaktadır⁴¹. Eğer ikincil sigorta sözleşmesindeki hüküm; sigorta ettirenin birincil sigortacıdan ödeme güçlüğü nedeniyle tahsil edemediği bedeli de talep edilebileceği şeklinde yorumlanmaya müsait değilse; örneğin poliçede açık bir şekilde, birincil sigorta sözleşmesindeki sigorta bedelinin tüketilmesi şartı getirilmişse, ikincil sigortacının bir sorumluluğunun doğmadığı kabul edilir⁴². Tabii ikincil sigortacının -birincil sigortacı ödeme güçlüğüne düşmüş olsun olmasın- sadece birincil sigorta sözleşmesinde kararlaştırılan bedelin üstündeki belirli zarar kısmı için sorumlu olacağını söyleyen bu tür açık sözleşme hükümleri dışında, aynı sonuca varılmasını sağlayan başka gerekçeler de bulmak mümkündür: Bir kere birincil sigortacının ödeme güçlüğüne düşmesinin, ikincil sigortacının tazminat ödeme borcunu doğuran bir sigorta olayı olarak görülmesi zordur; keza birincil sigortacının ödeme güçlüğüne düşmesi veya iflası, ikincil sigortacının taşımayı üstlendiği bir risk değildir⁴³. Dahası ikincil sigortacı aldığı primi, sadece birincil sigorta bedelinin üstündeki zarar kısmından sorumlu olacağı varsayımına göre daha düşük belirlemiştir. Ayrıca ikincil sigorta sözleşmesinde sigorta ettirene, zararın ilk kısmı için birincil sigorta sözleşmesi yapma ve bunu sürdürme yükümlülüğünün getirilmiş olması da farklı bir sonuca ulaşmayı zorlaştırır⁴⁴.

Oysa ikincil sigorta sözleşmesindeki hüküm, sigorta ettirenin birincil sigortacıdan ödeme güçlüğü nedeniyle de olsa tahsil edemediği bedelin talep

⁴⁰ Bkz. WELLS, s. 15; SEAMAN / KITTREDGE, s. 670.

⁴¹ Bkz. MARICK, s. 735; RICHMOND, s. 6; WELLS, s. 16.

⁴² Bkz. MARICK, s. 733 vd; WELLS, s. 16, 17.

⁴³ Krş. ŞENOCAK, (2002), s. 157 vd.

⁴⁴ Bkz. "Zurich Insurance Company v. The Heil Company", United States Court of Appeals Seventh Circuit (815 F.2d 1122 / 05.06.1987). (<https://openjurist.org/815/f2d/1122/zurich-insurance-company-v-heil-company>, Erişim Tarihi: 13.06.2019).

Ayrıca bkz. MARICK, s. 734; WELLS, s. 17; SEAMAN / KITTREDGE, s. 671, 672.

edilebileceği şeklinde yorumlanmaya müsaitse⁴⁵ (örneğin poliçede sadece birincil sigortacıdan tahsil (collectible) veya tazmin (recoverable) edilebilecek meblağların tüketilmesinden bahsedilmişse) ikincil sigortacı tazminat ödemek zorunda kalabilecektir⁴⁶.

Bu tür lehte veya aleyhte yorumlanabilecek hükümlerin yokluğundaysa, çoğunluk mahkeme birincil sigortacının ödeme güçlüğüne düşmüş olmasının, ikincil sigortacıyı ne birincil sigortacı tarafından ödenmesi gereken sigorta tazminatını ödemeye, ne yine aslında birincil sigortacı tarafından fonlanması gereken sigorta ettirenin savunmasını üslenmeye zorlayabileceğini kabul etmektedir⁴⁷.

c) Birincil Sigortacının Zarar Gören Üçüncü Kişi İle Sigorta Bedelinin Altındaki Bir Meblağ Üzerinde Sulh Olması Durumunda

Acaba, ikincil sigortacıya karşı tazminatı talep hakkı saklandığı halde, birincil sigortacının -ki zarar miktarı normalde birincil sigorta bedelinin tükenmesine yol açacakken- kendi sigorta bedelinin altında bir meblağ üzerinden ulaşılan bir sulh ile borcundan kurtulması⁴⁸, ikincil sigortacının tazminat ödeme borcunun doğması bakımından birincil sigorta bedellerinin tüketilmesi olarak kabul edilebilir mi?

Bir başka ifadeyle birincil sigorta bedelinin tüketilmiş sayılması için bu bedelin fiilen ödenmiş olması gerekir mi⁴⁹?

Meseleyi bir örnekle açıklamak gerekebilir: Birincil sigorta sözleşmesinde, meydana gelecek zararın ilk 10 TL'si için, ikincil sigorta sözleşmesindeyse birincil sigorta bedelinin üstünde kalacak (ikinci) 10 TL'lik zarar miktarı için teminat sağlanmıştır. Teminat kapsamındaki risk gerçekleşmiş ve sigorta ettiren 15 TL tazminat ödeme ihtimaliyle karşı karşıya kalmıştır. Ancak birincil sigortacı zarar gören üçüncü kişiyle 8 TL üzerinden

⁴⁵ Keza poliçenin muğlak ifadelerinin düzenleyenin aleyhine yorum (contra proferentem) ilkesi gereği sigorta ettiren lehine yorumlanması esastır, bkz. MARICK, s. 735.

⁴⁶ Bkz. SEAMAN / KITTREDGE, s. 671; MARICK, s. 734.

Örnek bir karar için bkz. "Reserve Insurance Co. v. Pisciotto", Supreme Court of California (S.F. No. 24323 / 02.18.1982>). (<https://law.justia.com/cases/california/supreme-court/3d/30/800.html>, Erişim Tarihi: 20.06.2019).

⁴⁷ Bkz. RICHMOND, s. 6; TUYTEL, s. 19.

⁴⁸ Sigortacı ile sigorta sözleşmesindeki bedellerin altındaki bir tazminat miktarı için sulh olunmasına yol açan nedenler hakkında bkz. O'CONNOR, s. 42 vd.

⁴⁹ Bkz. COUGHLIN / MIDLIGE / PEREZ / HRINEWSKI, s. 3; FREDERICKS, s. 304 vd.

anlaşmaya varmış ve ibra edilmiştir⁵⁰. Böyle bir durumda birincil sigortacı tarafından ödenmeyen 2 TL'lik kısma sigorta ettiren kendisi katlanıp, birincil sigorta bedellerinin tüketildiğini iddia ederek, geri kalan 5 TL için ikincil sigortacıya başvurabilecek midir?

Azınlıkta kalan mahkeme tarafından ikincil sigorta sözleşmesindeki hükümlerin yorumuna dayanarak bu soru hayır şeklinde cevaplanmaktadır. Bu mahkemelere göre; her ne kadar aradaki zarar farkına sigorta ettirenin katlanması birincil sigorta bedellerinin tüketilmesi ile aynı etkiyi yaratıyor olsa da, sözleşme hükümlerinin birincil sigorta sözleşmesindeki bedelin tüketilmesi için, bu bedellerin tamamının fiilen sigortacı tarafından ödenmesini gerektiren açık ifadesi, ikincil sigorta sözleşmesi kapsamında tazminat istenmesine engel olur⁵¹.

Ancak hakim görüşü; birincil sigortacı tarafından ödenmeyen kısma sigorta ettirenin kendisi katlandığı yani ikincil sigortacıya zaten ödemeyi taahhüt ettiği zarar kısmı için başvurulduğu sürece, bu tür anlaşmaların birincil sigorta bedellerinin tüketildiği anlamına geleceğini kabul etmektedir⁵².

d) Zararın Gerçekleşmesinden Sonra Birincil Sigorta Sözleşmesinde Değişiklik / Düzeltme Yapılması Durumunda

Bu mesele özellikle teminatın kapsamı bakımından birincil sigorta sözleşmesinin şart ve hükümlerine atıf yapan, takip eden ikincil sigorta sözleşmelerinde (following form excess insurance) ortaya çıkar⁵³. Zararın gerçekleşmesinden sonra, birincil sigortacı ile sigorta ettirenin, ikincil sigortacının da tazminat ödeme borcunun doğumuna yol açacak şekilde birincil sigorta teminatının koşullarında değişiklik ve düzeltme yapması halinde, bunun ikincil sigortacıyı tazminat ödemek zorunda bırakıp bırakmayacağı sorusunun cevaplanması gerekir.

Bu meseledeki baskın görüş ise ikincil sigortacının genellikle dayandığı birincil sigorta sözleşmelerini gözden geçirmeden, bu sözleşmelerin şart ve

⁵⁰ İlgili mahkeme kararları ve örnek için bkz. WELLS, s. 14; COUGHLIN / MIDLIGE / PEREZ / HRINEWSKI, s. 4, 5; MARICK, s. 735.

⁵¹ Bu yöndeki mahkeme kararları için bkz. BAILEY, s. 2 vd.

⁵² Bkz. DOLDEN / RIDGWAY, s. 24; WELLS, s. 14; COUGHLIN / MIDLIGE / PEREZ / HRINEWSKI, s. 4 vd; BAILEY, s. 1; O'CONNOR, s. 65.

⁵³ Bkz. MARICK, s. 737.

Ayrıca bkz. SEAMAN / KITTREDGE, s. 659, 660.

hükümleri hakkında bir inceleme ve soruşturma yapmadan kendi sözleşmesini düzenlemesi nedeniyle, sonradan yapılan bu tür değişikliklerle bağlanacağı ve bir itirazda bulunamayacağı yönündedir⁵⁴:

Bu mesele için örnek olarak gösterilen bir davada sigorta ettiren aleyhine talep edilen tazminat, birincil sigortacı tarafından önce teminat dışı olduğu gerekçesiyle reddedilmiştir. İkincil sigorta sözleşmesindeyse bu tür bir zarar açısından birincil sigorta sözleşmesinin şart ve hükümlerinin takip edileceği yazılıdır. Bu nedenle ikincil sigortacı da tazminat ödemeyi reddetmiştir. Ancak birincil sigortacının sözleşme yapılırken brokerin talimatlarını izlemekte kusurlu davrandığı ve zararın aslında teminat kapsamında kaldığı anlaşılmış ve birincil sigorta sözleşmesi buna uygun olarak düzeltilmiştir. İkincil sigortacı ise kararında direnmiştir. Mahkeme ise ikincil sigortacının kendi sigorta sözleşmesini düzenlerken birincil sigorta sözleşmesini hiçbir zaman gözden geçirmedeği, ayrıca ikincil sigorta sözleşmesi akdedilmeden evvel ne birincil sigortacı ne de sigorta ettirenin brokeri tarafından ikincil sigortacıya herhangi bir tavsiyede bulunmadığı; bir yönlendirmenin yapılmadığı gerekçesiyle, ikincil sigortacının birincil sigorta sözleşmesinde yapılan değişiklik ve düzeltmelerle bağlı olacağına karar vermiştir⁵⁵.

e) Hasarın Dikkate Değer Bir Zaman Aralığına Yayılmış Olması Durumunda (Gradual / Progressive Injury / Damage)

Özellikle olay esaslı teminatın (occurrence based policy)⁵⁶ verildiği

⁵⁴ Bkz. MARICK, s. 737 vd.

⁵⁵ Karar için bkz. “LE Myers Co. v. Harbor Ins. Co.”, Supreme Court of Illinois, ((77 Ill. 2d 4 (1979) 394 N.E.2d 1200 / 09.19.1979). (<https://law.justia.com/cases/illinois/supreme-court/1979/51675-6.html>, Erişim Tarihi: 17.06.2019).

Ayrıca bkz. MARICK, s. 737.

⁵⁶ Sigortacının tazminat borcunun doğumu, hasarın teminat süresi içinde meydana gelmiş olması koşuluna bağlanmış ise “olay esaslı teminattan” bahsedilir ki tazminat talebinin sözleşme süresi içinde ya da sonrasında yapılması mümkün olduğu gibi, hasara neden olan olayın da teminat süresi içinde gerçekleşmesine gerek yoktur. Buna karşılık sigortacının tazminat borcunun doğumu için, sigorta ettiren aleyhine yapılan tazminat talebinin sözleşme süresi içinde olmasının arandığı durumlarda “talep esaslı teminat” var demektir (claim made policy). Talep esaslı teminatın verildiği bazı sözleşmelerde ayrıca talebin sigortacıya ihbarının da teminat süresi içinde olması aranır (claims – made and reported policy), bkz. HOGG, s. 518 – 532; BONNER, s. 1.

İkincil sigorta sözleşmelerinin gerek olay esaslı gerek talep esaslı düzenlenmesi mümkündür, bkz. “Claims Made and Professional Liability Insurance Coverage”, Pennsylvania Bar Institute Publication, 2014, s. 13. (<https://www.reedsmith.com/-/media/files/perspectives/2014/01/employment-practices-liability-insurance-in-an-evo/files/pbi-insurance-recovery-article/fileattachment/websitepbi-insurance-recovery-article.pdf>, Erişim Tarihi: 20.06.2019).

sorumluluk sigortaları bakımından ortaya çıkan bir mesele de dikkate değer bir zaman aralığına yayılan bedeni veya mala ilişkin hasarlar söz konusu olduğunda, bu zaman aralığında yürürlükte olan hangi sigorta sözleşmeleri kapsamında sigorta tazminatının ödenmesi gerekeceği sorusudur⁵⁷. Bu konudaki en yaygın örnek ise asbestos içerikli ürünle temastan doğan zararlardır. Çünkü üçüncü kişinin maddeye maruz kalması ile bedeni hasarın (ölüm, hastalık, sakatlık vb) ortaya çıkması arasında dikkate değer bir zaman aralığı olabilmektedir⁵⁸. Aynı durum sigorta ettirenin inşa ettiği binadan sorumluluğu için de söz konusudur; ayıp yıllar sonra ortaya çıkabilmektedir.

Bu yönden hasarın nasıl ve ne zaman gerçekleşmiş sayılacağına, dolayısıyla hangi sigorta sözleşmesi veya sözleşmelerini etkileyeceğine ilişkin farklı teoriler geliştirilmiştir⁵⁹:

Örneğin “zarara maruz kalma teorisi”ne göre (exposure – only trigger theory) bireyin veya malın hasara yol açan olaya maruz kaldığı anda yürürlükte olan sigorta sözleşmeleri bağlamında tazminat istenebilecektir. Yani bu teoride hasarın, hasara yol açan olaya maruz kalınan anla eş zamanlı olarak, gerçekleştiği kabul edilir. Dolayısıyla fiili hasar (örneğin hastalık), maruz kalmanın gerçekleşmesinden yıllar sonra ortaya çıkmış bile olsa, maruz kalmanın gerçekleştiği anda yürürlükte olan sigorta sözleşmeleri kapsamında tazminat ödenir⁶⁰.

Oysa “ortaya çıkma teorisi”nde (manifestation trigger theory) bedensel veya mala ilişkin hasarın ilk keşfedildiği veya (kendiliğinden) ortaya çıktığı anda yürürlükte olan sigorta sözleşmeleri bağlamında tazminat talep edilebilir. Dolayısıyla hasara yol açan olay teminatın başlangıcından evvel gerçekleşmiş olsa dahi sigorta tazminatı talep edilebilir⁶¹.

Ayrıca bir mahkeme kararı için bkz. “Old Republic Insurance Company v. Ness”, United States District Court, N.D. Illinois, Eastern Division, Case No. 03 C 5238 (N.D. Ill. Dec. 21, 2006). (<https://casetext.com/case/old-republic-insurance-company-v-ness> Erişim Tarihi: 20.06.2019).

⁵⁷ Bkz. RICHMOND, s. 6.

⁵⁸ Bkz. WELLS, s. 21.

⁵⁹ Bkz. WELLS, s. 21.

Krş. YONGALIK, s. 186 vd; ŞENOCAK, (2000), s. 78 vd.

⁶⁰ Bkz. GRAND Jr., s. 609; HOGG, s. 537; WELLS, s. 21.

⁶¹ Bkz. GRAND Jr., s. 609; HOGG, s. 537, 538; WELLS, s. 21.

Üçüncü bir teori ise “fili hasar teorisi”dir (injury – in – fact theory). Bu teoriye göreyse hasara yol açan olaya maruz kalınan, hasarın keşfedildiği veya ortaya çıktığı an dikkate alınmaksızın, hasarın gerçekleşme anının kesin olarak tespit edildiği anda yürürlükte olan sigorta sözleşmeleri kapsamında tazminatın ödenmesi istenebilir⁶². Tabi bu teoride sigortacının tazminat ödemekle yükümlü tutulabilmesi için, bilirkişi raporu, tıbbi tespit gibi teknik ve bilimsel delillere ihtiyaç duyulur⁶³.

Ancak bu şekilde; zamanda tek noktaya bakan teoriler uygulandığında meselenin çözümü kolaydır. Zira sadece ikincil sigortacının sorumluluğunun isabet ettiği sigorta dönemine isabet eden birincil sigorta bedellerinin tüketilmesi yeterli olacaktır⁶⁴.

Oysa zamanda tek bir noktaya bakan bu teorilerin dışında, toptan bir bakış açısına sahip bir dördüncü teori daha ortaya atılmıştır ki Anglo Amerikan Hukuku’nda giderek çoğunluk görüş haline gelmektedir⁶⁵. “Devam eden hasar teorisi” (continuous / triple trigger theory) olarak çevrilebilecek bu teoriye göre; hasara yol açan olaya maruz kalınan andan başlayıp, bedeni veya mala ilişkin hasarın keşfedildiği veya ortaya çıktığı ana kadar olan süreçte yürürlükte olan her bir sigorta sözleşmesi bağlamında tazminat talebi yapılabilmesine izin verilir⁶⁶.

İşte yıllara yayılan hasarlar bakımından hem birincil hem ikincil, birden fazla sigortacının sorumluluğunun doğduğunun kabul edildiği durumlarda ortaya çıkan bir sonraki sorun; zararın tazmininin birincil sigorta bedellerinin tüketilmesi şartı bakımından sigortacılar arasında nasıl paylaşılacağı olmaktadır⁶⁷.

Meselenin çözümü için yatay ve dikey bölüştürme (horizontal / vertical allocation) olarak adlandırılabilir iki metot geliştirilmiştir:

⁶² Bkz. GRAND Jr., s. 610; HOGG, s. 538, 539; WELLS, s. 22.

⁶³ Bkz. GRAND Jr., s. 610; WELLS, s. 29.

⁶⁴ Örnek bir mahkeme kararı için bkz. “Columbia Casualty Company v. Plantation Pipe Line Company”, Court of Appeals of Georgia 08.31.2016. (https://www.huntoninsurancerecoveryblog.com/wp-content/uploads/sites/15/2016/09/Columbia_Casualty_Company_v._Plantation.pdf), Erişim Tarihi: 11.08.2019).

⁶⁵ Bkz. WELLS, s. 22.

⁶⁶ Bkz. WELLS, s. 22; GRAND Jr., s. 610; HOGG, s. 539.

⁶⁷ Bkz. HOGG, s. 536; WELLS, s. 22.

Dikey bölüştürmede (vertical allocation), ikincil sigorta ile aynı sigorta dönemine rastlayan birincil sigorta sözleşmesindeki sigorta bedeli tamamen tüketildikten sonra, arta kalan zarar miktarı ikincil sigortacı tarafından ödenir⁶⁸. Dolayısıyla sorumluluğu diğer sigorta dönemlerine isabet eden birincil sigorta bedellerinin ödenmesine gerek yoktur⁶⁹. Dikey bölüştürmenin ikincil sigortacının zamana yayılan zararlar bakımından haksız olarak tazmin yükümlülüğünden kaçmasını engellediği, birincil ve ikincil sigortacıların sorumluluğunu azami veya asgari düzeye çekmeden zararın sigortacılar arasında verimli bir şekilde dağılımını sağladığı böylece eldeki kaynakların verimli kullanımını sağladığı için daha adil olduğu sürülmektedir⁷⁰.

Oysa yatay bölüştürmede ikincil sigortacıya başvurabilmek için önce zararın yayıldığı yani sorumluluk kapsamında kalan sigorta dönemlerinin isabet ettiği tüm birincil sigorta bedellerinin tüketilmesi gerekir⁷¹. Bu metodun ikincil sigortacılar lehine olduğu çok açıktır⁷². Nitekim bu metodun uygulandığı bir dava şu şekilde sonuçlanmıştır:

Sigorta ettiren asbestos kaynaklı bedensel hasar nedeniyle yirmi iki yıla yayılan binlerce tazminat talebiyle karşı karşıya kalınca, bu süre içinde teminat vermiş ve aralarında ikincil sigortacıların da olduğu sigortacılara başvurur. İkincil sigortacı tazminat ödemeyi ret eder. Sigorta ettiren ikincil sigortacıya başvurabilmek için ikincil sigorta sözleşmesi ile aynı sigorta dönemine rastlayan birincil sigorta bedelinin tüketilmesinin yeterli olduğunu iddia eder. Ancak mahkeme ikincil sigortacıya başvurulabilmesi için önce yirmi iki yıllık dönem içinde teminat veren tüm birincil sigorta sözleşmelerindeki bedellerin tüketilmesi gerektiğine karar verir⁷³.

Bu yöntemlerden hangisinin uygulanacağına kural olarak ikincil sigorta sözleşmesinin ilgili hükümlerinin yorumlanmasıyla karar verilmekte ve dikey

⁶⁸ Bkz. WELLS, s. 29; JONES / HURWITZ, s. 36.

⁶⁹ Bkz. WELLS, s. 29.

⁷⁰ Bkz. WELLS, s. 29.

⁷¹ Bkz. RICHMOND, s. 6; WELLS, s. 30; JONES / HURWITZ, s. 33.

⁷² Bkz. WELLS, s. 30.

⁷³ Bkz. "Continental Casualty Co. v. Armstrong World Industries", U.S. District Court for the Northern District of Illinois (776 F. Supp. 1296 (N.D. Ill. 1991)).

(<https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/776/1296/2340745/>, Erişim Tarihi: 12.08.2019).

bölüştürme şart koşulmadığı sürece yatay bölüştürme tercih edilmektedir⁷⁴. Yani ikincil sigorta sözleşmesinde, sigorta tazminatını ödeme borcunun doğumu, spesifik bir birincil sigorta sözleşmesindeki bedelin tüketilmiş olmasına bağlanmadığı sürece, baskın olarak yatay bölüştürmenin uygulanmasına karar verilmektedir⁷⁵. Bu metodu savunanlar ise, yatay bölüştürmenin aksine, dikey bölüştürme yönteminin birincil ve ikinci sigorta ayırımını bulanıklaştırdığını, ikincil sigortacının birincil sigortacıya daha az prim almasına rağmen tazminat öderken birincil sigortacılarının aslında yüklendikleri sorumluluklarından kaçmasını sağladığını ve sigorta ettirenin de sahip olduğu tazminat imkânlarını manipüle etmesine yol açtığını iddia ederler⁷⁶.

f) Sigorta Ettirenin Birincil Sigorta Sözleşmesini İhlal Etmesi Durumunda

Sigorta ettirenin, birincil sigorta sözleşmesinin hükümlerini ihlali, ihlal edilen türden bir hükmün olmadığı ikincil sigorta sözleşmeleri bakımından, ikincil sigortacının tazminat ödeme borcunun doğmasına yol açmaz. Bu hususa ilişkin olarak örnek olarak gösterilen davada, ikincil sigortacı, zorunlu trafik sigortasındaki 200.000 Kanada Doları sigorta bedelinin üstü için 1000.000 Kanada Doları'na kadar teminat vermiştir. Kazanın gerçekleştiği tarihte sigorta ettiren, sigortalama koşullarından birisini ihlal ettiği için, birincil sigortacı tazminat ödemekten kurtulmasına rağmen, yasa gereği zarar gören üçüncü kişiye tazminatı ödemiştir. Ancak sonra, kanun gereği yaptığı bu ödeme için, ikincil sigortacının borcunu üstlenen reasüröre rücu etmek istemiştir. Ancak mahkeme ikincil sigorta sözleşmesindeki hükümlerin yorumuna da dayanarak, ikincil sigorta sözleşmesiyle sadece birincil sigorta sözleşmesinde belirlenen bedelin üstünde kalan belli bir meblağ için teminat verildiğini, ayrıca sigorta ettirenin birincil sigorta sözleşmesini ihlalinin ikincil sigortacının sorumluluğunu doğurmayacağını belirtmiştir⁷⁷.

⁷⁴ Bkz. RICHMOND, s. 6.

⁷⁵ Bkz. WELLS, s. 30; CORZINE, s. 1; JONES / HURWITZ, s. 36.

⁷⁶ Bkz. WELLS, s. 30; JONES / HURWITZ, s. 34, 35.

⁷⁷ Bkz. KELLEY, s. 1; TUYTEL, s. 19; DOLDEN / RIDGWAY, s. 25.

Ayrıca bkz. "Insurance Corporation of British Columbia v. Swiss Reinsurance Company Canada", The Supreme Court of British Columbia (2003 BCSC 893 / 2003.06.10).

(<https://www.canlii.org/en/bc/bcsc/doc/2003/2003bcsc893/2003bcsc893.html>, Erişim Tarihi: 11.06.2019).

2. İkincil Sigortacının Sigorta Ettireni Savunma Yükümlülüğü

Bilindiği üzere sorumluluk sigortalarında sigortacının tazminat ödeme yükümlülüğünün yanı sıra sigorta ettireni savunma yükümlülüğü de bir o kadar önemlidir⁷⁸. Nitekim bu yolla sigorta ettirenin tazminat ödemesinin önüne geçilebileceği gibi, ödenecek meblağın düşürülmesi de mümkün olabilecektir.

Birincil – ikincil sigorta sözleşmesi birlikteliğindeyse; tıpkı risk gerçekleştiğinde sigorta tazminatını ödeme borcunun ilk sırada birincil sigortacının yükümlülüğü olduğu kabul edildiği gibi, kural olarak zarar gören üçüncü kişi ile müzakere, sigorta ettirenin savunma ve savunma masraflarını ödeme yükümlülüğünün de sigorta bedelleri tüketilinceye kadar birincil sigortacıya ait olduğu kabul edilmektedir⁷⁹. Nitekim ikincil sigorta sözleşmelerinde, sigortacı genellikle sigorta ettireni savunma taahhüdünde bulunmaz⁸⁰.

Dahası, ikincil sigorta sözleşmesinde sigorta ettirene karşı savunmasının üstlenileceği taahhüdünde bulunmuş olsa dahi⁸¹, ikincil sigortacının bu yükümlülüğünün birincil sigorta sözleşmesindeki sigorta bedelleri tüketilmedikçe doğmayacağı da kabul edilmektedir⁸². Bu anlayış üçüncü şahsın tazminat talebinin ikincil sigorta bedellerine ulaşacağına belli olduğu durumlar için de geçerlidir⁸³. Bu yönden, birincil sigortacının savunma

⁷⁸ Bkz. WELLS, s. 17.

⁷⁹ Bkz. MARICK, s. 715 - 721; DOLDEN / RIDGWAY, s. 3; TUCCI, s. 288.

⁸⁰ Bkz. MARICK, s. 717 – 721; SEAMAN / KITTREDGE, s. 655 - 662.

Pek tabii, sigorta ettirenin savunması ikincil sigorta sözleşmesi ile de üstlenilebilir. Bu durumda ikincil sigortacının savunma yükümlülüğünün ne zaman ve hangi şartlarda doğduğu doğal olarak sözleşmedeki hükümlere göre belirlenecektir, bkz. FREDERICKS, s. 293.

Bununla birlikte sözleşmede sigorta ettirenin savunmasının üstlenilmediğini açıkça gösteren bir hüküm olmadıkça, ikincil sigortacının savunma yükümlülüğünün olduğuna dair verilen ancak azınlıkta kalan kararlar da söz konusudur, bkz. MAYERSON / SEAMAN, s. 22; SEAMAN / KITTREDGE, s. 662, 663.

Ancak bu yaklaşım, sigortacıya savunma yükümlülüğü getiren yasal düzenlemelerin yokluğunda, sigortanın özel hukuk sözleşmesi niteliğini ve sözleşme özgürlüğü ilkesini göz ardı ettiği gerekçesiyle haklı olarak eleştirilmektedir, bkz. MARICK, s. 722.

⁸¹ Bkz. MASTERS / STANZLER / ANDERSON, s. 13.9.

⁸² Bkz. RICHMOND, s. 3; DOLDEN / RIDGWAY, s. 19; TUYTEL, s. 21; FREDERICKS, s. 285 - 295.

⁸³ Bkz. RICHMOND, s. 3; FREDERICKS, s. 295.

Kanada mahkemelerinin bu husustaki tutumuyusa Amerika Birleşik Devletleri'nden farklıdır.

yükümlülüğünün sigorta bedelinin, ya uyuşmazlığı kesin olarak sona erdiren bir sulh anlaşmasıyla veya mahkeme kararı neticesinde fiilen ödenmesiyle sona ereceği kabul edilir⁸⁴.

Öte yandan ikincil sigortacı, ödeme yapmak zorunda kalabileceği büyük meblağlı tazminat taleplerinin olduğu durumlarda, kendi menfaati gereği sigorta ettirenin savunmasına katılmak ve hatta üstlenmek isteyebilecektir. Bu nedenle ikincil sigorta sözleşmelerine, sigorta ettirenin savunmasına katılma hakkını saklı tutan hükümler koyulur⁸⁵. Tabi bu tür hükümler, sigortacıya seçimlik hak veren hükümler olduğundan, sigorta ettirene karşı bir savunmayı üstlenme taahhüdü olarak görülmezler. Dolayısıyla sigortacı bu hükümlere dayanarak sigorta ettirenin savunmasını üstlenmeye zorlanamaz⁸⁶.

Her iki sigortacının savunmayı üstlenmeyi istemesi de söz konusu olabilir. Bu hususla ilgili olarak Kanada’da görülen bir davada, mahkeme bir karara varabilmek için, hangi sigortacının ödeyeceği meblağ bakımından daha büyük risk altında olduğuna bakmış ve savunma hakkının birincil sigortacıya danışmak şartıyla ikincil sigortacıda olduğu sonucuna ulaşmıştır⁸⁷.

3. İkincil Sigortacının Sigorta Ettirenin Savunma Masraflarını Karşılama Yükümlülüğü

İkincil sigorta sözleşmelerinde sigortacı, sigorta ettirenin savunma masraflarına⁸⁸ katkıda bulunmayı da taahhüt etmiş olabilir⁸⁹. Ancak ikincil sigorta sözleşmesinde aksini gösteren bir düzenleme olmadıkça, birincil sigorta bedelleri tüketinceye kadar, ikincil sigortacıdan bu yükümlülüğünü yerine getirmesi de istenemeyecektir⁹⁰.

Çünkü tazminat miktarının ikincil sigorta bedellerine ulaşma ihtimalinin olduğu durumlarda, genellikle ikincil sigortacının da savunma yükümlülüğünün doğduğuna karar verirler, bkz. DOLDEN / RIDGWAY, s. 9 vd.

⁸⁴ Bkz. PORTNER, s. 1.

⁸⁵ Bkz. MARICK, s. 722; DOLDEN / RIDGWAY, s. 19; SEAMAN / KITTREDGE, s. 663.

⁸⁶ Bkz. MARICK, s. 722 vd; DOLDEN / RIDGWAY, s. 19; SEAMAN / KITTREDGE, s. 663.

⁸⁷ Bkz. DOLDEN / RIDGWAY, s. 18, 19.

⁸⁸ Savunma masrafları; avukatlık ücretleri, depozito masrafları, tanık ücretleri ve mahkeme tarafından istenen bilgi ve belgeler için yapılan harcamalar gibi bir iddianın savunulması bağlamında yapılan masrafları anlatır, bkz. “Sproles v. Greene”, North Carolina Supreme Court Decisions (407 S.E.2d 497 (1991)). (<https://law.justia.com/cases/north-carolina/supreme-court/1991/482pa90-0.html>, Erişim Tarihi: 16.08.2019).

⁸⁹ Bkz. SEAMAN / KITTREDGE, s. 663.

⁹⁰ Bkz. RICHMOND, s. 3 vd.

Tabi bu durumda sigorta ettirenin ödemek zorunda kalacağı tazminatın, ikincil sigorta sözleşmesindeki bedellere ulaşmasının muhtemel olduğu durumlarda, birincil sigortacının -sigorta ettirenin savunmasını üstlenmekten kaçınmama⁹¹- hakkaniyet gereği ikincil sigortacının masraflara katılmasını isteyip isteyemeyeceği sorusu akla gelmektedir. Nitekim bu andan itibaren birincil sigortacı, ikincil sigortacının menfaatine de hareket etmiş olacaktır⁹². Ancak yine de Amerika Birleşik Devletleri'ndeki hakim görüş, birincil sigorta bedelleri tüketilmeden evvel, ikincil sigortacıya başvurulamayacağı şeklindedir⁹³. Buna gerekçe olarak ise; sigorta ettirenin savunması ve masraflarının ödenmesi hususunda ilk sırada sorumlu olan kişinin birincil sigortacı olduğu ve zaten bunun için uygun bir prim aldığı, buna karşılık ikincil sigortacının birincil sigortacıdan daha farklı şartlarda riski taşımayı üstlendiği, bu nedenle hakkaniyetin böyle bir paylaşımı gerektirmediği, iddiaları ileri sürülmektedir⁹⁴.

Tazminat talebinin ikincil sigorta bedellerine ulaşmasının muhtemel olduğu durumlar için azınlıkta kalan görüş ise -ki Kanada'da da hakim olan görüşdür⁹⁵- hakkaniyet temelinde (the doctrine of equitable contribution) savunma masraflarının sigortacılar arasında paylaşılması gerektiğini, savunur⁹⁶. Tabi böyle bir paylaşım için öncelikle ikincil sigorta sözleşmesindeki hükümlerin buna müsait olması gerekir⁹⁷. Savunma masraflarının hangi esasa göre paylaşılacağı hususu ise somut durumun özelliklerine ve kararı veren mahkemeye göre değişmektedir. Bu bakımdan masrafların, sigortacıların, ödenecek tazminattaki paylarına göre orantısız olarak yahut eşit paylarla yapılması gerektiği sonucuna ulaşılan farklı kararlara rastlamak mümkündür⁹⁸.

⁹¹ Bkz. RICHMOND, s. 4.

⁹² Bkz. MARICK, s. 726.

⁹³ Bkz. MARICK, s. 727; DOLDEN / RIDGWAY, s. 17.

⁹⁴ Bkz. MARICK, s. 728; MAYERSON / SEAMAN, s. 36, 37.

Örnek bir karar için bkz. "Keck, Mahin & Cate v. National Union Fire Insurance", Supreme Court of Texas (20 S.W.3d 692 (2000) / 05.25.2000). (<https://www.legale.com/decision/200071220sw3d6921676>, Erişim Tarihi: 13.06.2019).

⁹⁵ Bkz. TUYTEL, s. 21; DOLDEN / RIDGWAY, s. 13 vd.

⁹⁶ Bkz. MARICK, s. 728; DOLDEN / RIDGWAY, s. 17, 18.

⁹⁷ Bkz. LEDDY, s. 1.

⁹⁸ Bu hususta örnek kararlar için bkz. DOLDEN / RIDGWAY, s. 13 vd; MAYERSON / SEAMAN, s. 38.

İkincil sigorta sözleşmesinde savunma masraflarının ödenmesinin açık bir şekilde taahhüt edilmediği durumlarda ortaya çıkan bir mesele de, bu masrafların ikincil sigorta sözleşmesinde sigortacının tazminini üstlendiği “zarar” (loss) kavramının içine girip girmediğidir. Bu konuda örnek olarak gösterilen bir davada mahkeme, ikincil sigorta sözleşmesinin ilgili hükmünün yorumu dışında, ayrıca zarar kavramının genel kabul gören anlamını dikkate alarak çözüme gitmiştir. Buna göre zarar kavramının; zarar gören üçüncü kişiye ödenecek tazminat bedelini ifade ettiği, ancak savunma masraflarını içermediği kabul edilmiştir⁹⁹.

4. İkincil Sigortacının Birincil Sigortacıya Karşı Talep Hakkı

Aslında birincil sigortacı ile ikincil sigortacı arasında akde dayalı bir ilişki yoktur¹⁰⁰. Bununla birlikte birincil sigortacının eylemleri, ikincil sigortacının menfaatlerini yakından etkiler¹⁰¹. Bu da iki sigortacı arasında bazı meselelerin doğmasına yol açar ki bunlardan üzerinde en çok durulanı; sigorta ettirenin savunmasıyla yükümlü birincil sigortacının ihmalkâr davranışları nedeniyle, ikincil sigorta bedellerine ulaşan miktarda bir tazminatın ödenmesine yol açmasıdır. Keza zarar miktarının ikincil sigorta sözleşmesindeki bedele ulaşabileceği durumlarda, birincil sigortacı nasılsa kendi bedelini aşan kısmın ikincil sigortacı tarafından ödeneceği düşüncesiyle kendi bedelleri dahilinde kalacak bir sulh teklifini reddetmiş ve sonradan ikincil sigorta bedellerine ulaşan bir tazminat kararının çıkmış olabilir. Yine baştan gerekli dikkat ve özeni göstermemesi nedeniyle zarar gören şahısla birincil sigorta sözleşmesindeki bedeli aşan bir sulhe varılmış olabilir¹⁰². Bu ihtimal, bu tür sulh ve kararların ikincil sigortacının menfaatini zedeleyip zedelediği,

⁹⁹ Ayrıca örnek bir mahkeme kararı için bkz. “Celina Ins Co v. Citizens Ins. Co.”, Michigan Court of Appeals (133 Mich. App. 655 (Mich. Ct. App. 1984 / 05.16.1984). (<https://casetext.com/case/celina-ins-co-v-citizens-ins>, Erişim Tarihi: 13.06.2019).

⁹⁹ Bkz. SEAMAN / KITTREDGE, s. 665 vd.

¹⁰⁰ Bkz. MARICK, s. 717 – 738; FREDERICKS, s. 295; TUCCI, s. 288.

Ancak birincil ve ikincil sigortacıların arasındaki ilişkiyi düzenlemek amacıyla bir takım meslek kurallarının varlığı söz konusudur. Bu konuda bkz. MARICK, s. 738 vd; DOLDEN / RIDGWAY, s. 25 vd.

¹⁰¹ Bkz. DOLDEN / RIDGWAY, s. 19.

¹⁰² Bkz. DOLDEN / RIDGWAY, s. 19; RICHMOND, s. 9 vd.; MARICK, s. 741; SEAMAN / KITTREDGE, s. 703; BOGGS / Mc LAUGHLIN, s. 3.

Ayrıca bkz. “National Surety Corporation v. Hartford Casualty Insurance Company”, United States Court of Appeals Sixth Circuit (No. 06-6168 / 06.30.2007). (<https://caselaw.findlaw.com/us-6th-circuit/1385734.html>, Erişim Tarihi: 04.07.2019).

zedelediği kabul edilirse ikincil sigortacının bu nedenle ortaya çıkan zararını birincil sigortacıdan talep edip edemeyeceği problemlerini doğurmuştur.

Azınlıkta kalan bir kısım mahkeme bu tür anlaşmaların, ikincil sigortacının menfaatlerini zedelediğini kabul etmemektedir. Bu mahkemeleri göre birincil sigortacının davranışı açık bir şekilde kötü niyetli bile olsa, birincil sigorta sözleşmesindeki bedellerin üstünde kalan sulh veya kararlar, ikincil sigortacının prim karşılığında taşımayı üstlendikleri riskin tam da kendisidir. Dolayısıyla bu şekilde birincil sigorta sözleşmesindeki bedelin üstünde ödeme yapmak zorunda kalan ikincil sigortacının bir zarara uğradığı söylenemeyeceğinden birincil sigortacıya karşı bu nedenle bir talep hakkı da olamaz¹⁰³.

Ancak bu görüş haklı olarak, birincil sigorta sözleşmesinde belirlenmiş sigorta bedelinin üzerinde kalacak zarar (riski) için taahhütte bulunan ve bunun gerçekleşme ihtimalini gözeterek primini belirleyen ikincil sigortacının, bu değerlendirmeleri yaparken birincil sigortacının iyi niyetli ve makul davranacağına güvendiği gerekçesiyle eleştirilmektedir¹⁰⁴.

Zaten hakim görüş; somut olguların birincil sigorta sözleşmesindeki bedel içinde bir sulhun veya kararın elde edilebileceğini gösterdiği durumlarda, birincil sigortacının kötü niyetli hareketleri nedeniyle birincil sigorta sözleşmesindeki bedeli aşan kısım ister sigorta ettirenin kendisi tarafından ödenmiş olsun, ister ikincil sigortacı tarafından karşılanmış olsun, eşit derecede haksız olduğu, bu nedenle ikincil sigortacının da birincil sigortacıya karşı talepte bulunabileceğini kabul eder¹⁰⁵. Sigorta ettiren gibi¹⁰⁶ ikincil sigortacıya da dürüst olmayan davranışları nedeniyle, birincil sigortacıya karşı talepte bulunabilme hakkının verilmesi, aynı zamanda kamusal yararın da gereği olarak görülmektedir¹⁰⁷. Çünkü ikincil sigortacıya böyle bir talep hakkının verilmesi öncelikle birincil sigortacıyı makul sulh ve kararların çıkması için dürüst ve özenli bir şekilde davranmaya itecektir.

¹⁰³ Bkz. RICHMOND, s. 5; TUCCI, s. 291.

¹⁰⁴ Bkz. RICHMOND, s. 5.

¹⁰⁵ Bkz. RICHMOND, s. 4.

¹⁰⁶ Zira ikincil sigorta sözleşmesi olmasaydı, zararın birincil sigorta sözleşmesindeki bedelin üstünde kalan kısmı şahsen ödemek zorunda kalacak olan sigorta ettiren, dürüst olmayan davranışları için birincil sigortacıyı dava edebilecekti, bkz. RICHMOND, s. 4.

¹⁰⁷ Bkz. "Employers Nat. Ins. Co. v. General Acc. Ins. Co.", United States District Court for the Southern District of Texas (857 F. Supp. 549 / 06.07.1994). (<https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/857/549/2008160/>, Erişim Tarihi: 04.07.2019).

Bu sayede birincil sigortacının, ikincil sigorta bağlamında sigorta ettirene sağlanmış teminattan haksız olarak yararlanması önüne geçilerek, zararın iki sigortacı arasında adil dağıtımını sağlanabilecektir. Yine bu sayede birincil sigortacının maliyeti artıran bu tür davranışları nedeniyle (ödenecek tazminat yapılan masraflar vb yönden) ortaya çıkacak ekonomik israf engellenebileceği gibi, ikincil sigortaların maliyetinin düşmesi de sağlanabilecektir¹⁰⁸.

İkincil sigortacının birincil sigortacıya karşı talep hakkının olması gerektiğini kabul edenler arasında, bu hakkın hukuki dayanağı bakımından ise farklı görüşler ortaya atılmıştır¹⁰⁹:

Bunlardan mahkeme kararlarına en çok yansıyan, dolayısıyla doktrinde en çok tartışılan iki görüşten ilkinde birincil sigortacının, sigorta ettirene karşı yapılan tazminat talepleri ile ilgili işlemleri (müzakere, savunma vb) gerçekleştirirken, sigorta ettirenin menfaatlerini korumakla; özenli ve dürüst davranmakla yükümlü olduğu gibi, ikincil sigortacıya karşı da bağımsız ve doğrudan dürüst davranma yükümlülüğü olduğu kabul edilir¹¹⁰. Keza ikincil sigortacı, üçüncü kişi tarafından yapılan tazminat taleplerinin çözüme ulaştırılması ve sigorta ettirenin savunulması hususlarında birincil sigortacıya güvendiği sürece, birincil sigortacının ikincil sigortacıya karşı doğrudan bir dürüst davranma; onun menfaatlerini koruma yükümlülüğünün olması hakkaniyetin bir gereğidir¹¹¹.

¹⁰⁸ Bu hususta bkz. RICHMOND, s. 4.

Ayrıca bkz. “National Surety Corporation v. Hartford Casualty Insurance Company”, United States Court of Appeals Sixth Circuit (No. 06-6168 / 06.30.2007). (<https://caselaw.findlaw.com/us-6th-circuit/1385734.html>, Erişim Tarihi: 04.07.2019); “Employers Nat. Ins. Co. v. General Acc. Ins. Co.”, United States District Court for the Southern District of Texas (857 F. Supp. 549 / 06.07.1994). (<https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/857/549/2008160/>, Erişim Tarihi: 04.07.2019).

¹⁰⁹ Örneğin metinde anılan baskın teorilerin dışında, ikincil sigortacının, birincil sigortacıya karşı talep hakkını sebepsiz zenginleşme uyarınca kullanabileceğini kabul eden mahkeme kararları da vardır, bkz. “St. Paul Fire & Marine Insurance Company v. Insurance Company of The State of Pennsylvania”, United States District Court N.D. California San Jose Division (Case No. 15-CV-02744-LHK / 03.28.2016).

(<https://www.leagle.com/decision/infdc020160329826>, Erişim Tarihi: 12.06.2019).

Ayrıca bkz. CAROLAN / MULLAN / SACKETT, s. 380 vd.

¹¹⁰ Bkz. RICHMOND, s. 5; DOLDEN / RIDGWAY, s. 19; MARICK, s. 741; SEAMAN / KITTREDGE, s. 703; FREDERICKS, s. 299 vd.

¹¹¹ Bkz. RICHMOND, s. 5; DOLDEN / RIDGWAY, s. 19.

Ancak mahkemelerin çoğunluğu, iki sigortacı arasında herhangi bir akdî veya güvene dayalı bir ilişki (fiduciary relationship) olmadığından, ikincil sigortacıya karşı bu tür bir doğrudan dürüstçe ve adil davranma yükümlülüğünün varlığını reddeder¹¹². Çoğunluk görüşe göre birincil sigortacının ikincil sigortacıya karşı yükümlülüğü, birincil sigortacının sigorta ettirene karşı olan yükümlülüklerinden türer ki ikincil sigortacı birincil sigortacıyı hakkaniyete dayalı halefiyet¹¹³ temelinde dava edebilir¹¹⁴. Bu görüşün üzerine oturtulduğu mantık ise şöyledir:

Bilindiği üzere sigorta tazminatını ödeyen sigortacı, sigorta ettirenin işlediği haksız fiil bağlamında, diğer kişilere karşı sahip olduğu tüm talep haklarına halef olur. Öte yandan, sigorta ettirenin, kötü niyetli ve ihmalkâr davranışları nedeniyle cebinden ödeme yapmak zorunda kaldığı birincil sigortacıya karşı, bu nedenle talep ve dava haklarının olduğu da açıktır. İkincil sigorta sözleşmesinin olduğu durumlarda bu fazla ödemeyi ikincil sigortacı yapar. Dolayısıyla normal şartlarda ödemeyeceği bir tazminatı ödeyen ikincil sigortacının, sigorta ettirenin birincil sigortacıya karşı sahip olduğu bu hakka halef olarak ona başvurabilmesi gerekir¹¹⁵.

Ancak ikincil sigortacının bu tür bir talepte bulunabilmesi için, birincil sigortacının sigorta ettirene karşı yükümlülüklerini ihlal ettiğini ve bu nedenle ödemesi gerekenden fazla ödeme yaptığını ispatlaması gerekir¹¹⁶. Çünkü ikincil

¹¹² Bkz. RICHMOND, s. 5; MARICK, s. 742; SEAMAN / KITTREDGE, s. 704.

¹¹³ Ortak hukuk (common law) kurumu olarak sözleşmede veya yasada sigortacıya halefiyet hakkını veren bir hükmün olmasına gerek duyulmadan, sigorta tazminatını ödeyen sigortacıya hakkaniyet temelinde sigortalısının haklarına halef olma hakkının verilmesidir. Örnek bir mahkeme kararı için bkz. “Oberai Forwarding Agency vs New India Assurance Co. Ltd. & Anr”, Supreme Court of India (1.02.2000). (<https://indiankanoon.org/doc/176706009/>, Erişim Tarihi: 27.09.2019).

¹¹⁴ Bkz. RICHMOND, s. 5; DOLDEN / RIDGWAY, s. 20; MARICK, s. 743; SEAMAN / KITTREDGE, s. 703.

Ayrıca bir mahkeme kararı için bkz. “Employers Nat. Ins. Co. v. General Acc. Ins. Co.”, United States District Court for the Southern District of Texas (857 F. Supp. 549 / 06.07.1994). (<https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/857/549/2008160/>, Erişim Tarihi: 04.07.2019).

¹¹⁵ Bkz. TUCCI, s. 291; FREDERICKS, s. 298.

Ayrıca bir mahkeme kararı için bkz. “National Surety Corporation v. Hartford Casualty Insurance Company”, United States Court of Appeals Sixth Circuit (No. 06-6168 / 06.30.2007). (<https://caselaw.findlaw.com/us-6th-circuit/1385734.html>, Erişim Tarihi: 04.07.2019).

¹¹⁶ Bkz. MANGINO / SCHIFFER / BOUHAN / KENNEDY / BROWN / BYRNE / NOVAK, s. 311; BOGGS / Mc LAUGHLIN, s. 3 - 6.

sigortacı halefiyet hakkını, sigorta ettiren ile aynı şartlarda kullanabilir¹¹⁷. Öte yandan sigortacı, sigorta ettirenin bu yöndeki haklarına ancak ödemek zorunda kaldığı zarar miktarınca halef olabilecek ve birincil sigortacının bu tür bir davada, sigorta ettirene karşı ileri sürebileceği tüm savunmalara maruz kalabilecektir¹¹⁸.

Bu tür bir hakkaniyete dayalı halefiyet davasında ikincil sigortacı, birincil sigortacı özenli ve dürüst davransaydı (sulh veya mahkeme kararı neticesi) ödenmesi gereken tazminat miktarıyla, böyle davranmadığı için ikincil sigortacının ödemek zorunda kaldığı miktar arasındaki farkı talep edebilecektir¹¹⁹.

İkincil sigortacının birincil sigortacıya karşı talep hakkının halefiyet kurumuna dayandırılmasının dezavantajı ise sigortacının talep hakkının sigorta ettirenin hakkından türüyor olmasıdır. Dolayısıyla sigorta ettirenin talep edebileceğinden daha fazlasını talep edemeyeceği gibi, sigorta ettirenin böyle bir hakkının olmadığı yerde, ikincil sigortacı da talepte bulunamayacaktır¹²⁰: Sigorta ettirenin birincil sigortacı ile hareket ettiği durumlarda olduğu gibi¹²¹. Bununla birlikte Anglo Amerikan Doktrini'nde bu iki teori arasında, hakkaniyete dayalı halefiyet yaklaşımı, sözleşme ve sigorta hukukuna daha uygun bir teori olduğu gerekçesiyle üstün tutulmaktadır¹²².

Ayrıca mahkeme kararı için bkz. "Employers Nat. Ins. Co. v. General Acc. Ins. Co.", United States District Court for the Southern District of Texas (857 F. Supp. 549 / 06.07.1994). (<https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/857/549/2008160/>, Erişim Tarihi: 04.07.2019).

¹¹⁷ Mahkeme kararı için bkz. "Employers Nat. Ins. Co. v. General Acc. Ins. Co.", United States District Court for the Southern District of Texas (857 F. Supp. 549 / 06.07.1994). (<https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/857/549/2008160/>, Erişim Tarihi: 04.07.2019).

¹¹⁸ Bkz. DOLDEN / RIDGWAY, s. 20; FREDERICKS, s. 298.

Ayrıca bkz. "Employers Nat. Ins. Co. v. General Acc. Ins. Co." United States District Court for the Southern District of Texas (857 F. Supp. 549 / 06.07.1994). (<https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/857/549/2008160/>, Erişim Tarihi: 04.07.2019).

¹¹⁹ Bkz. RICHMOND, s. 5; SEAMAN / KITTREDGE, s. 703.

¹²⁰ Bkz. SEAMAN / KITTREDGE, s. 704; FREDERICKS, s. 298 - 314.

¹²¹ Bkz. MARICK, s. 743; FREDERICKS, s. 314.

¹²² Bkz. RICHMOND, s. 5.

III. İkincil Sigorta Sözleşmesinin Türk Sigorta Hukuku Açısından Değerlendirilmesi

A. İkincil Sigorta Sözleşmelerinin Türkiye’deki Durumu

İkincil sigorta sözleşmelerinin yapılmasının en büyük nedeni, sigorta ettirenin karşı karşıya olduğu risk için yaptırdığı sigorta sözleşmesindeki bedellerin üstünde kalacak zararı için, ek teminat sağlama ihtiyacı / isteğidir¹²³. Tabii maruz kalınacak zararın tümü için tek bir sigorta yapılmaması farklı nedenlerden kaynaklanabilir ki bunlardan birisi de yapılan ilk sigortanın, limitleri kanun tarafından belirlenmiş sigorta bedellerinin üstüne çıkılmayan zorunlu sigortalardan olmasıdır. Zaten en azından şu an için, ikincil sigorta sözleşmelerinin Türkiye’deki asıl uygulama alanı da, ortaya çıkacak zararın zorunlu sigorta bedeli limitleri üstünde kalan kısmı için yapılan ihtiyari sigortalardır.

Bunların arasında; Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk (Trafik) Sigortası’ndaki limitlerin üstü için yapılabilecek “Motorlu Kara Taşıtları İhtiyari Mali Sorumluluk Sigortası” (ihtiyari trafik sigortası), Tehlikeli Maddeler ve Tehlikeli Atık Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası’ndaki limitlerin üstü için yapılabilecek “Çevre Kirliliği Mali Sorumluluk Sigortası”, zorunlu deprem sigortasındaki limitlerin üstü için yangın sigortası deprem ve yanardağ püskürmesi klozu kapsamında yapılacak “ihtiyari deprem sigortası” sayılabilir.

Görüleceği üzere bu sigortaların çoğunluğu sorumluluk sigortası olmakla birlikte aralarında mal sigortası da vardır. Tüm genel şartları kapsayan bir inceleme yapmak çalışmanın boyutlarını aşar. Ancak genellikle bu durumda yapılan ihtiyari sigortalarda sağlanan teminatın, birincil zorunlu sigortalardan daha geniş olduğu görülmektedir. Yani bu ihtiyari sigortaların aslen “kapsamlı ikincil sigorta sözleşmeleri” olduğu da söylenebilir¹²⁴. Örneğin ihtiyari trafik sigortasına ait genel şartlarda “bu sigortayla poliçede gösterilen aracın kullanılmasından doğan ve Karayolları Trafik Kanunu’na ve umumi hükümlere göre aracın işletenine terettüp eden hukuki sorumluluğun” yanı sıra zorunlu trafik sigortasının kapsamı dışında kalan manevi zararların da teminata dahil edilmesi mümkün kılınmıştır (m. 1 ve 3) ve bu zararlar açısından ihtiyari trafik sigortacısı, birincil sigortacı gibi davranmakla yükümlü tutulmuştur (m. 3).

¹²³ Bkz. O’CONNOR, s. 37, 38.

¹²⁴ Kapsamlı ikincil sigorta sözleşmeleri için bğl. krz. yuk. II, B, 1, c.

Öte yandan, daha önce belirtildiği üzere Türkiye için ikincil sigorta sözleşmelerinin en yaygın olarak görüldüğü alan, zorunlu / ihtiyari sigorta bağlamında yapılan sigortalar olsa da, sigorta şirketlerinin işveren veya yönetici sorumluluk sigortaları gibi, zorunlu sigortaların olmadığı riskler bağlamında ikincil sigorta sözleşmeleri yaptıklarını duyurmaya başladıkları da görülmektedir.

B. İkincil Sigorta Sözleşmesi ve Birden Çok Sigorta

Kanun'daki ifadesiyle birden çok sigorta, aynı menfaatin aynı risklere karşı, aynı süre için, birden çok sigortacıya, aynı veya farklı tarihlerde sigorta ettirilmesi hâlidir (m. 1465/1)¹²⁵.

Birden çok sigortaya ilişkin düzenlemelere Kanun'da, zarar sigortalarında geçerli olan zenginleşme yasağı doğrultusunda, aşkın sigortanın engellenmesi amacıyla yer verilmiştir. Bununla birlikte menfaat değeri aşılmadığı sürece, aynı menfaatin aynı risklere karşı birden çok sigorta sözleşmesi ile teminat altına alınması zarar sigortalarında dahi yasak değildir¹²⁶. Bu anlamıyla ikincil sigorta sözleşmesinin yapılması ile ortaya birden çok sigorta halinin çıkacağı açıktır.

Öte yandan Türk Ticaret Kanunu'nda (TTK) müşterek sigorta (m. 1466), çifte sigorta (m. 1467)ve kısmi sigorta (m. 1468) olarak üç farklı birden çok sigorta hali düzenlenmiştir. Bu durum, ikincil sigorta sözleşmesinin akdiyle birden fazla sigorta halinin meydana çıktığı kabul edildiğinde, ikincil sigorta sözleşmesinin kanunda düzenlenen bu üç birden fazla sigorta hali ile ilişkisinin de sorgulanmasını gerektirir. Ancak öncesinde bir başka husus açıklığa kavuşturulmalıdır:

Müşterek, çifte veya kısmi sigortanın varlığından bahsedebilmek için, birden çok sigorta sözleşmesinin Kanun'da (veya doktrinde) tanımlandığı şekilde akdi yeterli midir, yoksa akdedilme şekline ek olarak bir aşkın sigortanın varlığı da gerekli midir?

Mesela kanun koyucunun tanımıyla müşterek sigorta, bir menfaat birden çok sigortacı tarafından, aynı zamanda, aynı süreler için ve aynı risklere karşı sigorta edildiğinde ortaya çıkar. Bu durumda her sigorta sözleşmesi ancak sigorta edilen menfaatin değerine kadar geçerli sayılır ve sigortacılar her

¹²⁵ Bkz. CAN, (2018), s. 104.

¹²⁶ Bkz. CAN, (2004), s. 33 vd; CAN, (2018), s. 104.

biri sigorta bedellerinin toplamına göre, sigorta ettiği bedel oranında sorumlu olur (m. 1466/1). Ancak sigortacıların müteselsilen sorumlu olacakları kararlaştırılabilir ki, bu nedenle sorumlu olduğundan fazlasını ödeyen sigortacı, bu kısım için diğer sigortacılara onların sorumlu olduğu oranda rücu edebilir (m. 1466/2).

Şimdi, acaba 100 lira değerindeki bir menfaat aynı risklere karşı, aynı süreler için, aynı günde iki farklı sigortacıya 50'şer lira bedelle sigorta edildiğinde mi, yoksa 70'er lira bedelle sigorta edildiğinde mi müşterek sigorta ortaya çıkar?

Bize göre sigorta tazminatının 1466. maddede tarif edildiği şekilde, orantısız olarak ödenmesi ancak aşkın sigorta durumunda söz konusu olabileceğinden, yapılan birden çok sigorta sözleşmesinin müşterek sigorta olarak tanımlanması ancak aşkın sigortanın varlığında önem kazanır¹²⁷. Keza aşkın sigorta olmadığı sürece, sözleşmelerin yapılış şekline (aynı veya farklı günlerde veya ortak veya bireysel iradeyle) göre verilen isim ne olursa olsun, sigorta tazminatının nasıl ödeneceği sözleşme özgürlüğü gereği tarafların iradesine bağlı olacaktır.

Aynı şey, kısmi sigorta ve çifte sigorta için de söylenebilir. Aşkın sigorta olmadığı sürece Kanun'da ne kısmi sigortaya ilişkin 1468. maddede getirilen akit sırasına göre sorumluluk hükmü uygulanma olanağı bulabilecek, ne çifte sigortanın engellenmesi için 1467. maddede getirilen istisna düzenlemelerine başvurulması gerekecektir.

Kısacası, yapılan birden çok sigorta, sigortacıların tazminatı ne şekilde ödeyeceklerini göstermesi bakımından ancak aşkın sigorta varsa; bir başka ifadeyle sigortacıların tazminat ödeme borçlarının üst üste gelmesi durumunda müşterek, kısmi veya çifte sigorta olarak tanımlanabilecektir. Oysa ikincil sigorta sözleşmelerinde, ikincil sigortacının tazminatı ödeme borcu, ancak birinci sigorta sözleşmesindeki bedellerin tüketilmesinden sonra doğar.

Ancak yapılan birden çok sigorta sözleşmesi, aşkın sigorta ortaya çıkmış olmasa da sırf sözleşmelerin akdediliş şekli itibarıyla kısmi veya müşterek sigorta¹²⁸ olarak tanımlanacak olsa bile ikincil sigorta sözleşmesinin özellikleriyle tam örtüşmez:

¹²⁷ Bu yönde bkz. CAN, (2004), s. 75; CAN, (2018), s. 123.

¹²⁸ Çifte sigorta ise her zaman bir aşkın sigorta halinin varlığını gerektirir, bkz. ŞENOCAK, (2002), s. 47 vd.

Yukarıdaki tanımından anlaşılacağı üzere, müşterek sigortanın ayırıcı unsuru birden fazla sigortanın aynı anda yapılmasıdır ki aynı andan kastın aynı gün olduğu da kısmi sigortanın düzenlendiği 1468. maddede açıklanmıştır. Oysa ikincil sigorta sözleşmesi, birincil sigorta sözleşmesi ile aynı veya farklı bir günde akdedilebilir. Ayrıca doktrinde müşterek sigortanın varlığından bahsedebilmek için, sözleşmelerin farklı sigortacılarla yapılması gerektiği de ifade edilir¹²⁹ ki, ikincil sigorta sözleşmesi, birincil sigorta sözleşmesini yapan sigortacı tarafından da yapılabilir.

Doktrinde Kender tarafından ileri sürüldüğü üzere müşterek sigortanın varlığını sözleşmelerin akdedilme anı yerine, birden çok sigortacının birlikte hareket ederek, riski müştereken taşıma iradelerinin varlığına bağlayan görüş¹³⁰ esas alınsa bile, zararın bir üst katmanını ve ancak birincil sigorta sözleşmesindeki sigorta bedelinin tüketilmesi koşuluyla tazmin etmeyi taahhüt eden ikincil sigortacı ile birincil sigortacı arasında müşterek bir iradeden bahsedilemeyeceği düşüncesindeyiz¹³¹. Ancak müşterek sigorta ile ikincil sigorta sözleşmesi arasındaki en büyük fark sigortacıların tazminat ödeme borçlarının ifa şeklinde ortaya çıkar. Keza müşterek sigortada, tazminat 1466. maddede öngörülen oran kuralı uyarınca ifa edilecekken, ikincil sigorta sözleşmelerinde sigortacının tazminatı ödeme borcu, birincil sigorta sözleşmesindeki bedelin tüketilmesinden sonra doğar ve sözleşmedeki bedel veya bedellerle sınırlı olmak koşuluyla zararın miktarına bağlı olur.

¹²⁹ Krş. CAN, (2004), s. 40.

¹³⁰ Bkz. KENDER, s. 336, 337, dn. 323.

Öte yandan Yazar primin tahsili, ihbarların yapılması gibi diğer sigortacıları da bağlayacak şekilde sözleşmelere koyulan ve akdedilen sözleşmeleri birbiriyle irtibatlı hale getiren şartlara rağmen, sadece kendi sözleşmesi bakımından taraf olarak hareket ettiği durumlarda müşterek sigortanın, buna karşın sigortacıların sigorta korumasını birlikte sunma konusunda anlaşıkları durumlardaysa “birlikte sigorta”nın olduğunu ve sigortacılar arasında müteselsil sorumluluğun oluşacağını ifade eder, bkz. CAN, (2018), s. 114 vd; CAN, (2004), s. 59 vd.

¹³¹ Gerçi Yazar aynı zamanda “sigortanın taliliği klozu” konularak, diğer sözleşmenin önce geleceği ve tali sigortacıya ancak önceki sigortanın kuvertürüne dahil olmayan zarar için başvurulabileceğinin kararlaştırıldığı halleri yani aslında ikincil sigorta sözleşmelerini de müşterek sigorta hali olarak tarif etmiştir, KENDER, bkz. s. 339.

Bu durum, birincil sigorta sözleşmelerinde yer verilen “diğer sigorta” klozu nedeniyle mahkeme yorumuyla yaratılan tesadüfi ikincil sigorta sözleşmelerini andırsa da, burada da iki sigortacı arasında riskin müştereken temin edilmesi iradesi yoktur. Kaldı ki, ikincil sigorta sözleşmesinin belli hükümlerinin yapılan atıflarla birincil sigorta sözleşmesine uygun olarak belirlendiği “takip eden ikincil sigorta sözleşmeleri” de dahil, Anglo Sakson uygulamasında birincil ve ikincil sigortacı arasında ortak sigortalama iradesinin varlığından bahsedilmez, bğl. krz. yuk. II, B, 1, b. Zira Anglo Sakson Hukuku’nda birinci sigortacı ile ikincil sigortacı arasında akde dayalı bir ilişkinin olmadığı kabul edilir, bkz. MARICK, s. 717 – 738; FREDERICKS, s. 295; TUCCI, s. 288.

Kısmi sigortaysa; önceki sözleşmeyle değeri tamamen temin edilmeyen bir menfaatin, sonradan geri kalan değerine kadar bir veya birkaç defa daha sigorta ettirilmesi halidir (m. 1468/1). Bu takdirde, sigortacılar ortaya çıkacak zararı, sözleşmenin yapılaş tarihlerine göre sırayla tazmin edeceklerdir (m. 1468/1). Yani kısmi sigortanın ortaya çıkması için önceden yapılan sigortanın eksik sigorta olması gerekir¹³². Nitekim ikincil sigorta sözleşmesinin varlığı, önceden eksik sigorta olarak akdedilmiş diğer bir sigorta sözleşmesinin varlığını gerektirdiğinden kısmi sigortaya benzer. Ancak kanun koyucu müşterek sigortada olduğu gibi, kısmi sigortanın tespitinde de zaman kriterini esas almış ve sözleşmelerin farklı günlerde akdini aramıştır. Oysa ikincil sigorta sözleşmesi daha önce belirtildiği gibi, birincil sigorta sözleşmesiyle aynı veya farklı günlerde akdedilebilir.

Öte yandan doktrinde Kender, kısmi sigortanın varlığını, sigortacılar arasında riskin müştereken taşınması iradesinin yokluğuna bağlar ve yine de sigortacıların tarih sırasıyla sorumlu olacağını ifade eder¹³³. Eğer kısmi sigortanın varlığında bu kriter esas alınır, ikincil sigortacı ile birincil sigortacı arasında böyle bir ortak irade olmadığı için, ikincil sigorta sözleşmesi yine kısmi sigortayı andırır.

Ancak hangi kriter esas alınır, alınsın tıpkı müşterek sigortada olduğu gibi, ikincil sigorta sözleşmesiyle kısmi sigortada da, tazminat borcunun ifası, farklı kurallara tabidir. Keza kısmi sigorta halinde 1468. madde hükmü uyarınca sigortacılar, sözleşmelerin yapılaş tarihlerine göre sorumlu olacakken, bu kuralın ikincil sigorta sözleşmesinde uygulanması söz konusu olmaz. İkincil sigorta sözleşmesinin akdedilme tarihinin, sigortacının tazminat ödeme borcunun doğumu üzerinde bir etkisi yoktur. Zira ikincil sigorta sözleşmesi, birincil sigorta sözleşmesinden evvel yapılmış dahi olsa, birincil sigorta sözleşmesindeki bedel tüketilmeden ikincil sigortacıya müracaat edilemeyecektir.

Çifte sigortaya gelince, değerinin tamamı sigorta olunan bir menfaat, sonradan aynı veya farklı kişiler tarafından, aynı risklere aynı, süreler için sigorta ettirildiğinde ortaya çıkar (TTK m. 1467/1). Bu durumda sonradan yapılan sigorta sözleşmesi 1467. maddede gösterilen üç istisnai hal dışında geçersiz olur¹³⁴.

¹³² Bkz. CAN, (2004), s. 137.

¹³³ Bkz. KENDER, s. 342.

¹³⁴ Bu hususta bkz. CAN, (2018), s. 127, 128.

Bu yönden çifte sigorta, müşterek veya kısmi sigorta gibi bir akdedilme şeklini ifade etmez. Keza çifte sigortanın ortaya çıkması için menfaatin değerinin tamamının temin edilmiş olması gerekir. Dolayısıyla yapılan ikinci sigorta sözleşmesi, bu durum kanundaki çarelerle telafi edilmedikçe her zaman geçersiz olur. Yani çifte sigorta bir geçersizlik halini anlatır. Bu nedenle akdedilme şekli bakımından ikincil sigorta sözleşmesi ile karşılaştırılması da anlamsızdır.

Öte yandan, TTK'nin 1467/1 (c) maddesinde çifte sigortanın telafisi olarak; önceki sigortacının, ancak sonraki sigortacının ödemediği tazminattan sorumlu olacağına şart kılınması ve önceden yapılan sigortanın ikinci sigorta poliçesine yazılması halinde ikinci sigorta sözleşmesinin de geçerli sayılması üzerinde durulmalıdır. Keza bu durumda sonradan yapılan sigorta, ikincil sigorta olarak ortaya çıkacaktır. Can, bu durumda önceki sigortacının ödemediği tazminat kavramının içine, önceki sigortacının muafiyet ve istisna hükümleri dolayısıyla veya iflası ya da ödeme güçlüğüne düşmesi nedeniyle ödemediği tazminatlar dışında, sigorta ettirenin yükümlülüklerini yerine getirmemesi veya zamanaşımı nedeniyle ödemediği tazminatların da dahil olduğunu ifade etmektedir¹³⁵. Bize göre bu sorun öncelikle ikincil sigorta sözleşmesi haline gelen sözleşmedeki hükümlerle çözümlenmelidir. Keza, sonradan yapılan sigortanın geçerliği her ne kadar sonraki sigortacının, önceki sigortacı tarafından ödenmeyen kısım için sorumlu olması koşuluna bağlanmış olsa da, bu düzenleme sonraki sigortacının, önceki sigortacı ile aynı şartlarda teminat vermesini zorunlu kılmaz. Bu yönden aşkın sigorta durumu ortaya çıkarmadığı sürece, sonraki sigortacının vereceği teminatın kapsam ve şartlarını tayin etme özgürlüğünün olduğu kabul edilmelidir.

Özetle, ikincil sigorta sözleşmeleri, müşterek ve kısmi sigorta kavramları birden çok sigortanın akdedilme şekillerini gösteren kavramlar olarak kabul edilse bile, bunlardan farklıdır. Ayrıca, ikincil sigorta sözleşmelerinde, sigortacının tazminat ödeme borcunun doğması için bir meblağ gösterilmeden, doğrudan “birincil sigorta sözleşmesindeki bedellerin tüketilmesinden” bahsedildiği için, ikincil sigorta sözleşmesinin yapıldığı durumlarda, aşkın sigortanın ortaya çıkması da pek mümkün olmayacaktır¹³⁶.

¹³⁵ Bkz. CAN, (2018), s. 133; CAN (2004), s. 106, 107.

Nitekim Anglo Amerikan Hukuku'nda, aslında her ikisi de birincil nitelikte olan sigorta sözleşmelerinden birisinin, sözleşmelerde yer alan “diğer sigorta” klozları sayesinde (tesadüfi) ikincil sigorta sözleşmesi olarak kabul edilmesinin temel amacı da çifte sigortanın engellenmesidir, bğl. krz. yuk. II, B, 2.

¹³⁶ Ancak teorik olarak mümkündür: Örneğin 100 TL değerindeki bir menfaat için, birincil sigorta sözleşmesinde sigorta bedeli 80 TL olarak belirlenmişken, ikincil sigorta

C.İkincil Sigorta Sözleşmeleriyle İlgili Meselelerin Türk Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi

Bu başlık altında, ikincil sigorta sözleşmeleri bağlamında ortaya çıkan meseleler Türk Hukuku bakımından değerlendirilmeye çalışılacaktır.

Belirtilmelidir ki bu başlık altında bahsi edilecek meselelerin çözümünde, irade ve sözleşme özgürlüğü ilkeleri uyarınca, öncelikle ikincil sigorta sözleşmesindeki hükümlerin dikkate alınması icap eder. Ayrıca ikincil sigorta sözleşmelerinin ülkemizde zaten uygulaması olduğu için, Yargıtay tarafından bu meselelerden bir kısmıyla ilgili çoktan bazı görüşler oluşturulmuş durumdadır. Dolayısıyla bu görüşlere de yer verilecektir.

1. Birincil Sigorta Yapılmadan İkincil Sigorta Sözleşmesinin Yapılıp Yapılmayacağı Meselesi

Meseleyi, sigorta yaptırma zorunluluğunun getirildiği riskler ile zorunlu bir sigortanın öngörülmediği riskler bakımından ayırmak gerekir:

Sigorta yaptırma zorunluluğunun olmadığı riskler bakımından, ikincil sigorta sözleşmesinin yapılabilmesi için öncesinde birincil sigorta sözleşmesinin akdedilmiş olmasına gerek yoktur. Keza ikincil sigorta sözleşmesiyle, birincil sigorta sözleşmesinden bağımsız olarak, birincil sigorta sözleşmesindeki bedelin üstünde kalacak zarar için teminat sağlanır. Bununla birlikte pratikte ikincil sigorta sözleşmesiyle, sigorta ettirene birincil sigorta sözleşmesi yapması ve bu sigortaları sürdürmesi yükümlülüğü getirilir. Ancak bunun nedeni ikincil sigortacının kendini güvene alma ihtiyacıdır¹³⁷.

Sigorta yaptırma zorunluluğunun getirildiği riskler bakımından ise meselenin çözümünde ilgili yasal ve idari düzenlemelere bakılması gerekir. Örneğin Zorunlu Deprem Sigortası Tarife ve Talimatı Tebliği'nin (Zorunlu Deprem Sigortası Tebliği) "İhtiyari Sigorta" kenar başlığına sahip 9. maddesinde bağımsız bölüm veya binanın, zorunlu deprem sigortasıyla belirlenen sigorta bedeli tutarının üstünde kalan değeri için ihtiyari sigortanın yapılabilmesi, hali hazırda zorunlu deprem sigortasının yapılmış olmasına bağlanmıştır. Gerçi böyle açık bir düzenlemenin olmadığı zorunlu sigortalar bakımından da fiiliyatta benzer bir sonuç ortaya çıkacaktır. Keza TTK'nin

sözleşmesinde; rakam belirtilerek zararın ilk 50 TL'sinin üstünde kalan kısmın 100 TL'ye kadar tazmin edileceği taahhüt edildiğinde ve 70 TL bir zarar oluştuğunda, ilk 50 TL ile 70 TL arasındaki 20 TL zarar için aşkın sigorta ortaya çıkabilecektir.

¹³⁷ Bkz. FREDERICKS, s. 293.

1483/1. maddesine göre sigortacılar, diğer kanunlardaki hükümler saklı kalmak üzere, faaliyet gösterdikleri dalların kapsamında bulunan zorunlu sigortaları yapmaktan kaçınamayacaklardır. Dolayısıyla, zorunlu sigorta sözleşmesinin yapılmadığının anlaşıldığı bir durumda, sigortacı ihtiyari yani ikincil sigorta sözleşmesini akdetmeden önce zorunlu sigorta sözleşmesini akdetmek zorunda kalabilecektir.

Ancak -yargı kararlarına da yansıdığı üzere- zorunlu sigorta olmadığı halde ikincil olarak ihtiyari sigorta sözleşmesi yapılabilmektedir¹³⁸. Bize göre bu durum ikincil sigorta olarak yapılmış ihtiyari sigorta sözleşmesinin geçerliliğini etkilememelidir. Çünkü aksi yöndeki kabul, özellikle sorumluluk sigortalarında zarar gören üçüncü kişinin tazminat olanaklarının azaltılmasına yol açar ki bu yönden Zorunlu Deprem Sigortası Tebliği'nin ZDSTTT'nin 9. maddesindeki düzenleme eleştirilebilir¹³⁹.

2. İkincil Sigortacının Sigorta Tazminatını Ödeme Borcunun Doğumu

Müteaddit defalar belirtildiği üzere ikincil sigorta sözleşmesinin, ona rengini veren temel özelliği; sigortacının tazminat ödeme borcunun, birincil sigorta sözleşmesindeki bedelin tüketilmesi halinde doğması ve bu bedelin üstünde kalan belli bir zarar miktarı için sorumlu olmasıdır¹⁴⁰ ki bu husus Yargıtay tarafından da aynen kabul edilmektedir¹⁴¹. Yargıtay'a göre zorunlu trafik sigortası yapan sigortacı ile ihtiyari sorumluluk sigortasını yapan sigortacı arasında müştereken ve müteselsil değil, sıralı bir sorumluluk vardır¹⁴². Dolayısıyla birincil zorunlu sigorta sözleşmesindeki sigorta bedelleri aşılmadıkça, sorumluluğu doğmayacağından ikincil ihtiyari sorumluluk sigortacısına karşı tazminat talebinde bulunulamayacaktır¹⁴³.

¹³⁸ Örnek olarak bkz. Y. 10. HD, 14.01.2019, E. 2016/12849, K. 2019/48; Y. 17. HD, 13.03.2019, E. 2016/3171, K. 2019/2926.

¹³⁹ Çalışmada kullanılan Yargıtay Kararları On İki Levha Yayıncılık A.Ş. tarafından sağlanan Lexpera Mevzuat ve İçtihat Programı'ndan alınmıştır.

¹³⁹ Bu düzenleme, zorunlu sigortanın akdedilmesini sağlama amacı taşıyor olsa da, aynı amaç TTK'nin 1483/1. maddesindeki gibi sigortacıyı zorunlu sigortayı akdetmeye zorunlu tutan bir düzenleme ve ihlali halinde sigortacıya yaptırım uygulanması ile gerçekleştirilebilir. İkincil ihtiyari sigorta sözleşmesinin akdini birincil zorunlu sigortanın varlığına bağlamak, sigortacıdan çok zarar gören üçüncü kişiyi cezalandırmak olacaktır.

¹⁴⁰ Bkz. MARICK, s. 731; RICHMOND, s. 5; WELLS, s. 10.

¹⁴¹ Örnek bir karar için bkz. Y. 17. HD, 08.12.2015, E. 2015/13605, K. 2015/13625.

¹⁴² Bkz. Y. 17. HD, 13.03.2019, E. 2016/3171, K. 2019/2926.

¹⁴³ Örnek kararlar için bkz. Y. 11. HD, 23.10.1995, E. 1995/6749, K. 1995/7925; Y. 19. HD, 24.10.1996, E. 1996/2493, K. 1996/9438; Y. 17. HD, 26.11.2018, E. 2016/1166, K.

Peki acaba, birincil sigorta sözleşmesindeki bedellerin hangi koşullar altında tüketilmiş sayılacağına ilişkin Anglo Amerikan Hukuku'nda ortaya çıkan sorunlar, Türkiye'de akdedilecek ikincil sigorta sözleşmeleri bağlamında ortaya çıkarsa ne şekilde çözülecektir?

a) Birincil Sigorta Sözleşmesinin Olmadığı veya Zorunlu Sigortalarda Belirlenmiş Sigorta Bedeli Limitinin Altında Sigorta Yapıtırılması Durumunda

Bu mesele Türk Hukuku'nda ihtiyari trafik sigortası bağlamında gündeme gelmiş olup, Yargıtay'a göre zorunlu trafik sigortası yapılmış olmasa da, ihtiyari sorumluluk sigortacısına başvurulamaz. Bu durumda zorunlu trafik sigortasındaki sigorta bedelleri aşıncaya kadar sadece Güvence Hesabı'na başvurulabilir¹⁴⁴. Aynı çözümün Güvence Hesabı kapsamında olan diğer zorunlu sigortalar için de geçerli olacağı söylenebilir.

Güvence Hesabı kapsamında olmayan zorunlu sigortalar ile hem birincil hem ikincil sigortanın ihtiyari nitelikte olduğu sigortalarda da –ikincil sigorta sözleşmesinde sigortacının bu yönde bir taahhütte bulunduğunu gösteren bir düzenleme olmadıkça- aynı sonucun benimsenmesi gerekir. Keza ikincil sigorta sözleşmesinde alınacak prim, sigortacının zararın ancak belli bir üst katmanından sorumlu olacağı, dolayısıyla tazmin yükümlülüğünün doğma ihtimalinin daha düşük olacağı öngörüsü ile belirlenir. Dolayısıyla ikincil sigorta bedeline ulaşıncaya kadar zarara sigorta ettirenin katlanması icap eder.

Zorunlu sigortalar bağlamında akdedilen ikincil sigorta sözleşmeleri bakımından çıkabilecek bir diğer problem de zorunlu sigortanın yapılmış olmasına rağmen, sigorta bedelinin mevzuatla belirlenmiş sigorta bedeli limitinin altında kalması olabilir. Keza ikincil sigortacının, birincil sigorta sözleşmesindeki bedelin üstünde kalan kısım için tazminat ödeyeceğini düzenleyen sözleşme hükmünün ne şekilde yorumlanması gerektiği sorunu ortaya çıkar. Bir başka ifade ile bu durumda ikincil sigortacının tazminat ödeme borcunun doğup doğmadığına karar verilirken, mevzuatla belirlenmiş sigorta bedeli limitleri mi, yoksa sözleşmedeki fiili bedel mi dikkate alınacaktır? Bize göre bu meselenin çözümünde de esas olarak ikincil sigorta sözleşmesine

2018/11277.

¹⁴⁴ Örnek kararlar için bkz. Y. 10. HD, 14.01.2019, E. 2016/12849, K. 2019/48; Y. 17. HD, 13.03.2019, E. 2016/3171, K. 2019/2926.

ait hükümler dikkate alınmalıdır. Örneğin ihtiyari trafik sigortasına ait genel şartlarda sigortacının zorunlu trafik sigortası hadleri üstünde kalan kısmından, poliçede yazılı sınıra kadar sorumlu olacağı düzenlenmiştir (m. 1). Dolayısıyla ihtiyari trafik sigortacısı ancak idari düzenleme ile belirlenmiş zorunlu sigorta bedelinin üstünde kalan kısımdan sorumlu tutulabilecektir. Ancak ikincil sigortacıyı mevzuatla belirlenen bedellerin üstündeki kısım için sorumlu tutan bu tür açık ifadelerin yokluğunda, sigortacının sorumluluğunu belirleyen hükmün, düzenleyen aleyhine yorum ilkesi uyarınca sigorta ettiren ve zarar gören üçüncü kişinin lehine yorumuyla, ikincil sigortacının birincil sigorta sözleşmesinde fiilen belirlenmiş sigorta bedelinin üstünde kalan kısımdan itibaren sorumluluğunun başladığı kabul edilmelidir.

b) Birincil Sigorta Sözleşmesinin Sonradan Feshedilmesi, Geçersiz Olması, Yenilenmemesi Durumunda

İkincil sigortacı tazminat ödeme yükümlülüğünü, meydana gelecek zararın birincil sigorta sözleşmesindeki bedelin üstünde kalan belli bir miktarına hasrettiği için, birincil sigorta sözleşmesinin sonradan feshedilmesi, geçersiz hale gelmesi veya süresinin bitmesi ve yenilenmemesi halinde de -ikincil sigorta sözleşmesinde aksine bir düzenleme olmadıkça¹⁴⁵- ikincil sigortacının, birincil sigortacının yerine geçmesi düşünülemez. Özellikle zorunlu sigortalılarla ilgili düzenlemelerde¹⁴⁶ sigortacılar için getirilen ve zorunlu yani birincil sigortanın olup olmadığını kontrol yükümlülüklerinin ihlali de bu sonucu değiştirmez.

Öte yandan Türkiye'deki sigorta genel şartlarında sigorta ettirenden, zararın ilk kısmını teminat altına alan sigortalıları ikincil sigorta sözleşmesi yürürlükte olduğu sürece devam ettirme yükümlülüğü getiren düzenlemelere rastlanılmaz¹⁴⁷. Ancak bu tür bir düzenlemeye özel şartlar içinde yer verilebilir.

¹⁴⁵ Keza yabancı ikincil sigorta sözleşmelerinde, birincil sigorta sözleşmesindeki sigorta bedelinin kısmi tazminat ödemesiyle azalması halinde, artık bu meblağın üstü için teminat sağlanacağı yahut tamamen tüketildiğinde, ikincil sigortanın kendi poliçesindeki hükümlerle birincil sigorta olarak teminat sağlamaya devam edeceğini belirten “drop down” klotlarına yer verilebilmektedir, örnek bir hüküm için bkz. Catlin Policy Excess Liability, Article 3/3.5, s. 4. (<https://www.ssr.co.uk/frontdoor/resources/catlin-excess-liability-wording.pdf>, Erişim Tarihi: 12.08.2019).

¹⁴⁶ Örneğin 15.02.2016 tarihli İhtiyari Deprem ve Yanardağ Püskürmesi Teminatına İlişkin Tarife ve Talimat ile sigorta şirketlerine ihtiyari sigorta yaptıklarında ve bu sigortalıların yenilenmesinde, zorunlu deprem sigortasının varlığını kontrol yükümlülüğü getirilmiştir.

¹⁴⁷ Bğl, krz. yuk. II, C, 1, a, dn. 35.

Bu yükümlüğün ihlali Anglo Amerikan Hukuku'nda sigorta ettirenin tazminat hakkını kaybetmesine yol açabilmektedir¹⁴⁸. Türk Hukuku'nda ise sigorta ettirenin birincil sigorta sözleşmesini devam ettirme yükümlülüğünü ihlali, temel olarak TTK'nin sözleşmede öngörülen yükümlülüklerin ihlalini düzenleyen 1449/1. maddesi uyarınca yaptırıma uğrayacaktır. Yani bu tür bir ihlal sözleşmenin sigortacı tarafından feshi ile sonuçlanabilecektir.

c) Birincil Sigortacının Borcunu Ödeyemez Hale Düşmesi veya İflas Etmesi Durumunda

Birincil sigortacının borcunu ödeyemez hale düşmesi veya iflası halinde, ikincil sigortacının birincil sigortacının yerine geçerek tazminatı ödemekle yükümlü olup olmayacağı meselesi de diğer meselelerde olduğu gibi, öncelikle ikincil sigorta sözleşmesinin hükümleri dikkate alınarak çözülecektir.

Ancak ikincil sigorta sözleşmesinde sigortacının, birincil sigortacının aczi veya iflası nedeniyle ödeyemediği kısımdan sorumlu olduğunu veya olmadığını gösteren bir düzenlemenin yokluğunda, ikincil sigortacının sadece birincil sigorta sözleşmesindeki bedelin üstünde kalan kısımdan sorumlu olduğu kabul edilmelidir. Zira, sigorta konusu risk için birbirinden bağımsız olarak teminat vermiş iki sigortacı arasında, sigorta ettirene karşı doğan sorumluluk bakımından bir birliktelik olmadığı gibi, birincil sigortacının aczi veya iflası ikincil sigortacının üstlenmeyi taahhüt ettiği bir risk de değildir. Nitekim ikincil sigortacının aldığı prim de bu halleri kapsamamaktadır.

Öte yandan, Sigortacılık Kanunu'nun 14/1/(ç) ve Güvence Hesabı Yönetmeliği'nin 17. maddeleriyle, mali bünyelerinin zayıflığı nedeniyle sürekli olarak bütün branşlarda ruhsatları iptal edilen ya da iflas etmiş sigortacıların ödemekle yükümlü olduğu maddî ve bedensel zararlar için de zorunlu sigorta bedeline kadar Güvence Hesabı'na başvurma imkânı getirilmiştir. Dolayısıyla bu durumda sigorta ettiren ilk olarak Güvence Hesabı'na başvurabilecektir.

d) Birincil Sigorta Sözleşmesinde Kısmi Tazminat Ödenmesi Durumunda

Özellikle sorumluluk sigortaları bağlamında¹⁴⁹ Türkiye'de yapılan / yapılacak ikincil sigorta sözleşmeleri bakımından da ortaya çıkabilecek bu meseleyle ilgili olarak Anglo Amerikan Hukuku'ndaki hakim görüşün Türk

¹⁴⁸ Bğl, krz. yuk. II, C, 1, a.

¹⁴⁹ Ancak bu tür bir mesele mal sigortalarında da ortaya çıkabilir.

Hukuku bakımından da benimsenmesi adil olacaktır¹⁵⁰. Yani fiilen ödenen tazminat miktarı ile birincil sigorta bedeli arasındaki farka sigorta ettiren tarafından katlanıldığı sürece, kısmi tazminat ödemelerinin de birincil sigorta sözleşmesindeki bedellerin tüketilmesi olarak kabul edilmesi gerekir.

e) Birincil Sigorta Sözleşmesinde Değişiklik veya Düzeltme Yapılması Durumunda

Mesele teminatın koşul ve kapsamı bakımından birincil sigorta sözleşmesinin şart ve hükümlerine atıf yapan “takip eden ikincil sigorta sözleşmeleriyle” ilgilidir. Önceleri teminat dışında kaldığı için tazminat ödenmesine yol açmayan bir hususun, sonradan yapılan değişiklikle tazminat ödenmesine dolayısıyla birincil sigorta bedelinin tükenmesine yol açması, ikincil sigortacının da tazminat ödeme borcunun doğmasına neden olur mu?

Bize göre ister risk gerçekleşmeden evvel ister gerçekleştikten sonra yapılsın, meselenin çözümünde ikincil sigorta sözleşmesinde, birincil sigorta sözleşmesine hangi koşullarda atıf yapıldığı dikkate alınmalıdır:

İkincil sigorta sözleşmesi yapılırken, birincil sigorta sözleşmesinin hükümlerinin bulunduğu ve o sıradaki haline atıf yapıldığı ispat edilebiliyorsa, sonraki değişiklik ve düzeltmelerle bağlı olmaktan kurtulabilecektir. Örneğin kendi sözleşmesini, ibraz edilen ve haksız rekabetten doğan zararların teminat dışında bırakıldığı birincil sigorta sözleşmesini dikkat alarak düzenlemiş olan ikincil sigortacı, haksız rekabetin kapsama alınmasını sağlayan sonraki değişiklikle bağlı olmayacağını, dolayısıyla birincil sigorta sözleşmesindeki bedelin haksız rekabetten doğan zararın tazmini nedeniyle tükenmesine rağmen, tazminat borcunun doğmadığını ileri sürebilmelidir.

Ancak, ikincil sigorta sözleşmesi yapılırken, birincil sigorta sözleşmesi incelenmeden genel olarak atıf yapılmışsa, ikincil sigortacının kendi teminatının koşul ve kapsamını, birincil sigorta sözleşmesinin hükümlerine tabi kıldığı oranda, bu hükümlerde yapılan değişiklik ve düzeltmelerle de bağlanacağı kabul edilmelidir. Keza ikincil sigortacının yaptığı atfa rağmen, iki sigortacı arasında bir ilişki yoktur ve birincil sigortacının ikincil sigortacıyı yönlendirmesinden bahsedilemez.

f) Birden Fazla Birincil Sigortanın Varlığı Durumunda

TTK'nin 1473/1. maddesine göre; “sigortacı sorumluluk sigortası ile sözleşmede aksine hüküm yoksa sigortalının sözleşmede öngörülen ve zarar daha sonra doğsa bile, sigorta süresi içinde gerçekleşen bir olaydan

¹⁵⁰ Bğl. krz. yuk. II, C, 1, c.

kaynaklanan sorumluluğu nedeniyle zarar görene, sigorta sözleşmesinde öngörülen miktara kadar tazminat öder.”

Aksi kararlaştırılabilecek olsa da, bu hükümle Türk Hukuku’nda sigortacının tazminat borcunun doğumu, sigorta olayının gerçekleşmesi olarak tek bir kriter gözetilerek, zamanda belli bir ana bağlanmıştır¹⁵¹. Dolayısıyla Türk Hukuku’nda birden çok yılı kapsayacak şekilde bir sorumluluğun ortaya çıkması zordur.

Ancak, sorumluluğun doğduğu yıl için yapılmış birden fazla birincil ve ikincil sigortanın olması olasıdır ki bu durumda da birden fazla sayıdaki birincil sigorta sözleşmesi bakımından, sigorta bedelinin tüketilmesi koşulunun neyi ifade edeceği üzerinde durulması icap eder¹⁵². Bize göre bu durumda ikincil sigorta sözleşmesi, spesifik bir birincil sigorta sözleşmesinin üstü için akdedilmişse, sigorta ettiren bu birincil sigorta sözleşmesindeki bedelin tüketilmesinin hemen ardından ikincil sigortacıya başvurabilecektir. Ancak ikincil sigorta sözleşmesinde, var olan tüm birincil sigorta sözleşmelerinin tüketilmesinden bahsedilmişse, sigorta ettiren tüm bu bedeller tüketilmedikçe ikincil sigortacıya başvuramayacaktır.

Örneğin, müteahhit A kendi riski için 3000 TL bedelle birincil, 3000 TL bedelle ikincil sigorta sözleşmesi yapmışken, alt müteahhit B’de hem kendi hem A lehine 3.000 TL bedelle birincil, 3000 TL bedelle ikincil sigorta sözleşmesi yaptırmıştır¹⁵³. Her iki ikincil sigorta sözleşmesi de spesifik olarak altındaki birincil sigorta sözleşmesinin üstü için akdedilmiştir. B’nin kötü ifası nedeniyle 10.000 TL’lik bir tazminat talebiyle karşılaşıldığında, A, sigortalı olarak gösterildiği B’nin birincil sigorta sözleşmesi bağlamında 3000, ikincil sigorta sözleşmesi bağlamında 3000, kendi birincil sigorta sözleşmesi bağlamında 3000 ve ikincil sigorta sözleşmesi bağlamında 1000 TL talep

¹⁵¹ Gerçi bu durumda sözleşmede öngörülen sigorta olayının nasıl (ani veya zamana yayılan) ve ne zaman (olayın başlangıç anı yahut sonlanma anı) gerçekleşmiş sayılacağı sorularının cevaplandırılması da gerekir. Ancak netice itibarıyla sigortacının sorumluluğu “sigorta olayının gerçekleştiği an” olarak zaman içinde belli bir noktaya hasredilmiş bulunmaktadır, bğl. krz. yuk. II, C, 1, e.

¹⁵² Bu husus özellikle sigortalılardan birinin / bazılarının ödeme gücüne düşmüş veya iflas etmiş olması durumunda daha önemli olur.

¹⁵³ Yabancı ikincil sigorta poliçelerinde, sigortalı olanların kimlerden ibaret olduğuna dair ayrıca tanımlamalar yapılır ve birincil sigorta sözleşmesiyle sigortalı olarak gösterilen kişiler de bu kapsama dahil edilir. Örnek olarak bkz. Catlin Policy Excess Liability, Article 4/4.3, s. 5. (<https://www.ssr.co.uk/frontdoor/resources/catlin-excess-liability-wording.pdf>, Erişim Tarihi: 12.08.2019).

edebilecektir. Oysa ikincil sigorta sözleşmelerinde genel bir atıf yapılmış olsaydı, herhangi ikincil sigortacıya gidebilmek için önce 6.000 TL'lik birincil sigorta bedellerinin tüketilmesi gerekirdi.

g) Sigorta Ettirenin Birincil Sigorta Sözleşmesinin Hükümlerini İhlal Etmesi Durumunda

Sigorta ettirenin birincil sigorta sözleşmesini ihlali dolayısıyla sigorta tazminatını talep hakkının kaybına yol açan davranışı, ikincil sigorta sözleşmesinin de ihlaline yol açmadıkça, birincil sigorta bedelinin üstüne kalan kısım için ikincil sigortacıdan talepte bulunulabilmelidir¹⁵⁴.

Ancak zorunlu sorumluluk sigortalarında sigortacının, sigorta ettirene karşı ifa borcundan tamamen veya kısmen kurtulmuş olsa da, zarar gören üçüncü kişiye karşı sorumluluğu zorunlu sigorta miktarına kadar devam eder (TTK m. 1484/1). Bu durumda sigortacı borcu olmadığı halde kanun gereği ödemek zorunda kaldığı bu meblağı, kendi sigorta ettireninden talep edebilir. İşte böyle bir durumda ikincil sigorta sözleşmesinde aksini gösteren bir düzenleme olmadıkça, zararın zaten zorunlu sigorta bedelinin üstünde kalacak kısmı için taahhütte bulunmuş ikincil sigortacıdan bu bedelin talep edilmesi söz konusu olamayacaktır.

3. İkincil Sigortacının Sigorta Ettireni Savunma Yükümlülüğü

Sorumluluk sigortalarında sigortacının asli edimlerinden olsa da, Türk Hukuku'nda sigortacıya kanun seviyesinde sigorta ettirenin savunmasını üstlenme zorunluluğu getirilmemiştir. TTK'nin 1476. maddesinde sadece sigortacının 1475. maddeye göre yapılacak bildirimden itibaren beş gün içinde, sigorta ettirenin savunmasına yardım edeceğini açık bir şekilde bildirmedeği sürece, sadece kesinleşen tazminatı ödemekle yükümlü olacağı düzenlenmiştir.

Bununla birlikte, taraflar sigortacının savunmayı üstleneceğini kararlaştırabilecekleri gibi, sigorta sözleşmesinin tabi olduğu genel şartlarda da sigortacıya savunma yükümlülüğü getirilmiş olabilir. Bu durumda birincil ve ikincil sigorta sözleşmeleri arasında sigortacının savunma yükümlülüğü bakımından farklı ihtimaller gündeme gelecek ve bu yükümlülüğün kimin

¹⁵⁴ Krş. "Insurance Corporation of British Columbia v. Swiss Reinsurance Company Canada", The Supreme Court of British Columbia (2003 BCSC 893 / 2003.06.10).

(<https://www.canlii.org/en/bc/bcsc/doc/2003/2003bcsc893/2003bcsc893.html>, Erişim Tarihi: 11.06.2019).

tarafından yerine getirileceği sorusu ortaya çıkacaktır:

Örneğin birincil sigortacının, sigorta ettirenin savunmasını üstlenmediği (veya yükümlülüğünün geçersiz olduğu) ancak ikincil sigortacının savunma yükümlülüğünün olduğu durumlarda doğal olarak ikincil sigorta sözleşmesindeki hükmün koşulları esas alınacaktır¹⁵⁵. Ancak Türkiye açısından bakıldığında, savunma yükümlülüğü sigorta sözleşmesinin tabi olduğu genel şartlar nedeniyle doğmuş olabilir ki bu halde koşullar sigortacı tarafından belirlenemeyebilecektir. Bu durumda, öncelikle sigorta ettirene yöneltilen tazminat talebi ikincil sigorta bedellerine ulaşmadıkça ikincil sigortacıdan savunmayı üstlenmesi beklenmemelidir. Talebin ikincil sigorta bedeline ulaşması kuvvetle muhtemel olsa bile ikincil sigorta sözleşmesinin; sigortacının sadece birincil sigorta bedellerinin üstünde kalan kısım için sorumluluk üstlenmesine ilişkin temel özelliği nedeniyle, genel şartların ilgili hükmünün sadece ikincil sigorta bedellerine tekabül eden bir sorumluluk olduğu, dolayısıyla ikincil sigortacının yükümlülüğünün ancak uyumsuzluğu birincil sigorta bedelleri bakımından sona erdiren, sulh veya mahkeme kararı gibi bir nedenle ödenerek tüketilmesiyle doğacağı kabul edilmelidir.

İkinci olarak, her iki sigortacı da sigorta ettireni savunma yükümlülüğü olabilir. Bu da yine sigortacılarla kendi sigorta ettirenleri arasındaki anlaşma veya genel şart hükmü nedeniyle ortaya çıkabilir: Örneğin hem zorunlu trafik sigortasına ilişkin genel şartların B.2/2.4. maddesiyle, hem ihtiyari trafik sigortasına ilişkin genel şartların 1. maddesi ile sigortacılara sigorta ettireni savunma yükümlülüğü getirilmiştir. Ancak böyle bir durumda da, sigorta ettirene karşı yapılan tazminat talebi ikincil sigorta bedellerine ulaşmadıkça, ikincil sigortacıdan sırf bu hüküm nedeniyle savunma talep edilememelidir. Yine talebin ikincil sigorta bedeline ulaşmasının kuvvetle muhtemel olduğu durumlarda da ikincil sigortacıya ancak birincil sigorta bedelleri tüketildikten sonra başvurulabilmelidir.

4. İkincil Sigortacının Sigorta Ettirenin Savunma Masraflarını Karşılama Yükümlülüğü

TTK'nin "Hukuki Koruma" kenar başlıklı 1474/1. maddesiyle, sigorta bedelini aşmadığı sürece sözleşmede ayrıca bir hüküm olmasa da

¹⁵⁵ Tabi ikincil sigorta sözleşmelerinin yabancı uygulamasında, savunma yükümlülüğünün birincil sigortacıya ait bir yükümlülük olarak görüldüğü, ikincil sigortacıların istisnai olarak savunma yükümlülüğü altına girdiği hatırlatılmalıdır, bğl. krz. yuk, II, C, 2. Yani böyle bir ihtimalin gerçekleşme olasılığı düşüktür.

sigorta ettiren aleyhine sürülen isteme ilişkin makul giderlerin sigortacı tarafından ödeneceği belirtilmiştir. Kanun Gerekçesi'nde bu düzenlemenin mal sigortalarındaki zararı önleme / azaltma yükümlülüğünün bir anlamda sorumluluk sigortalarındaki uzantısı olduğu ifade edilmektedir. Bu bakımdan örneğin, bir dava açılmadan evvel düzenlenmiş ihtarname masrafları da pek ala sigortacı tarafından ödenecektir.

1476/1. maddede ise sigortacının sigorta ettirenin savunmasına yardım etmeyi kabul etmesi halinde, sorumluluk ve tüm giderlerin sigortacıya ait olacağı ifade edilmiştir. Doktrinde her iki madde kapsamında yapılacak masraflar da savunma masrafları olarak anılmaktadır¹⁵⁶. TTK'nin 1486/3. maddesine göreyse 1474 ve 1476. maddeler sigortalı aleyhine değiştirilemez; değiştirilirse Kanun hükümleri uygulanır. Dolayısıyla Türk Hukuku bakımından, sigortacı en azından sigorta bedelini aşmayan masrafları ödemekten kaçamaz.

Ancak bu hükümlerin birincil – ikincil sigorta bağlamında, ikincil sigortacıyı ancak üstlenmeyi kabul ettiği sorumluluk kapsamında bağlayacağı unutulmamalıdır. Bir başka ifadeyle ikincil sigorta sözleşmesinin olduğu durumlarda, sigortacının savunma masraflarını ödeme borcu, kendi sigorta bedellerinin sınırları içinde doğabilir. Mesela ihtiyari trafik sigortasına ilişkin genel şartların 11. maddesinde; (ancak) Karayolları Trafik Kanunu Mali Sorumluluk Sigortası limitlerini aşan dava masraflarının sigortacıya ait olduğu düzenlenmiştir.

Dolayısıyla sigorta ettirenin savunulması üstlenildiğinde dahi -istenen tazminatın ikincil sigorta bedellerine ulaşma ihtimali olsun olmasın- ikincil sigorta sözleşmesinde aksine bir düzenleme olmadıkça ve birincil sigorta bedelleri tüketilmedikçe, gerek 1474, gerek 1476. madde bağlamında yapılacak masraflara birincil sigortacının katlanacağı kabul edilmelidir. Keza birincil sigortacı zararın ilk kısmının tazminini ikincil sigortanın varlığı veya yokluğundan bağımsız olarak taahhüt ettiği gibi, sigorta ettirenin savunmasını da ikincil sigortanın varlığını dikkate alarak veya buna güvenerek üstlenmemiştir.

¹⁵⁶ Bkz. CAN, (2018), s. 151 – 153.

Türk Usul hukuku bakımından yargılama giderleri bir dava bağlamında yapılan giderleri anlatan bir kavram olarak anlaşılır, bkz. ERCAN / ARSLAN, s. 168. Dolayısıyla TTK'deki savunma masrafları kavramının, yargılama giderlerinden geniş bir kapsama sahip olduğu söylenebilir. Bu yönde bkz. ÜNAN, s. 309.

5. İkincil Sigortacının Birincil Sigortacıya Karşı Talep Hakkı

Sigortacıya TTK'nin 1476/3. maddesiyle savunmasını üstlenmesi durumunda, sigorta ettirenin hak ve menfaatlerini gözetme yükümlülüğü getirilmiş olsa da, bunun sadece savunmanın üstlenilmesi haliyle sınırlı olmayan bir yükümlülük olduğu açıktır. Sigortacının, sigorta ettirenin menfaatine aykırı hareket ettiğinin ve bu davranışların zarara yol açtığına ispat edilebildiği durumlarda, bunun tazmininin istenebileceği açıktır¹⁵⁷. Peki acaba sigorta ettirenin bu zararını sigorta tazminatı şeklinde ödeyen ikincil sigortacı, bu nedenle birincil sigortacıya karşı talepte bulunabilir mi? Bulunabilir denilirse, yasal dayanağı ne olabilir?

Anglo Amerikan Hukuku'nda bu konuda iki farklı görüşün olduğu, hakim görüşün ikincil sigortacının talep hakkını kabul ettiğinden bahsedilmişti¹⁵⁸. Gerçekten de her iki görüş de haklı yönleri olan gerekçelere sahiptir. Bize göre çözüm, dürüst olmayan davranışın engellenmesini sağlamak düşüncesiyle oluşturulmalıdır. Çünkü bu husus aynı zamanda toplumun düzen ve yararı ile de ilgilidir. Bu da birincil sigortacının neden olduğu zarar için tazminat ödemekle yükümlü tutulmasıyla gerçekleşebilir. Tazminatı talep edecek ilk kişi sigorta ettirenin kendisidir. Ancak bu zararı onun yerine ikincil sigortacı ödemek zorunda kalmışsa onun da talep hakkının olması gerekir.

Peki ikincil sigortacı, birincil sigortacıdan talepte bulunabilecekse bunun hukuki dayanağı ne olabilir?

Bu noktada çözümü gereken ilk husus, ikincil sigortacının sigorta tazminatı adı altında talep ediliyor olsa da, birincil sigortacının davranışları nedeniyle artan miktarın teminat kapsamında olup olmadığı yani gerçekten bir sigorta tazminatı ödemesi olup olmayacağıdır.

Keza kabul edilen illiyet bağı teorisine bağlı olarak ikincil sigortacının, birincil sigortacının kusurlu davranışlarının neden olduğu bu zarar kısmını ödemeyi taahhüt etmediği; bunun ikincil sigortacının üstlendiği bir risk olmadığı, dolayısıyla bu kapsamda yapılacak ödemenin teminat kapsamında yapılan bir ödeme olmayacağı iddia edilebilir. Böyle bir durumda ikincil sigortacı bu kısma isabet eden tazminatı ödemekten kaçınabilecek ya da ödersen bu ödeme lütuf ödemesi olarak kabul edilebilecektir ki bu durumda alacağın temlikli hükümlerine göre birincil sigortacıdan da talep edilebilecektir.

¹⁵⁷ Bu hususta örnek bir karar için bkz. YHGK, 18.10.2018, E. 2017/108, K. 2018/1459.

¹⁵⁸ Bğl. krz. yuk, II, C, 4.

Türk Sigorta Hukuku'nda zarara birden çok nedenin yol açtığı durumlarda bu nedenler arasındaki ilişkinin teminatın kapsamı bakımından tazminat ödeme borcuna nasıl etki edeceği çok da tartışılan bir husus değildir. Bize göreyse nihai zarara biri diğerini tetikleyen bir silsile içinde meydana gelen nedenler yol açtığında ve bunlardan birisi teminat dışındaysa ve zarara katkısı bulunabiliyorsa bu kısım tazminattan düşülmelidir¹⁵⁹.

Ancak zararın bu kısmının da ikincil sigorta teminatı kapsamında olduğu kabul edilirse, farklı sonuçlara ulaşılır. Zira bu durumda ödenen meblağ artık sigorta tazminatı olarak vasıflandırılmış olacaktır ki akla gelen ilk çözüm ikincil sigortacının halefiyet hakkının kullanılmasıdır. Zira bu durumda birincil sigortacıya karşı ikincil sigortacının talep hakkının olması gerektiğini söyleyen gerekçeler, sigortacıya halefiyet hakkının verilmesinin gerekçelerine benzer: Çünkü halefiyet hakkı bir yandan sigorta ettirenin zenginleşmesine, diğer yandan zarar veren kişinin eyleminin sorumluluğundan kaçmasına engel olmak için sigortacıya verilmiştir¹⁶⁰. Peki Türk Hukuku yönünden ikincil sigortacı, birincil sigortacıdan 1472 ve 1481 maddeler uyarınca halefiyet hakkına dayanarak böyle bir talepte bulunabilir mi?

Aslında her iki maddenin sözü de olumlu bir cevaba müsaittir. Zira her iki maddede de sigorta tazminatını ödeyen sigortacının, hukuken sigorta ettirenin yerine geçip, gerçekleşen zarardan sorumlu olanlara karşı sahip olduğu dava hakkına sahip olacağı belirtilmiştir. Dolayısıyla birincil sigortacının kusuruyla tazminat miktarının arttığı durumlarda, ikincil sigortacının ödemek zorunda kaldığı meblağ, sigorta tazminatı olarak kabul edilirse, gerçekleşen zarardan sorumlu olan kişi veya kişilere yani hem asıl riski gerçekleştiren kişiye hem birincil sigortacıya karşı halefiyete dayalı olarak rücu edebileceğinin de kabulü gerekir.

IV. Sonuç

İkincil sigorta sözleşmesi; sigortacının, meydana gelecek zararın, birincil sigorta sözleşmesi ile teminat altına alınan kısmının üstünde kalan belli bir kısmının tazminini üstlendiği sözleşmelerdir.

Ana vatanının Anglo Sakson – Amerikan Ülkeleri olduğu söylenebilecek ikincil sigorta sözleşmesinin, onu diğer sigorta sözleşmelerinden ayırt etmeye yarayan temel özelliği ise; birincil sigorta sözleşmesindeki sigorta bedeli /

¹⁵⁹ Bu husustaki tartışmalar için bkz. KÜÇÜK, s. 173 vd.

¹⁶⁰ Bkz. OMAĞ, (2011), s. 43 vd.

bedelleri tüketilmeden evvel, ikincil sigortacıdan tazminatı ödemesi için talepte bulunulamamasıdır.

Sorumluluk sigortaları ile özdeşleşen ikincil sigorta sözleşmeleri Türkiye’de daha çok aynı riski temin eden zorunlu – ihtiyari sorumluluk sigortaları bağlamında akdedilir. Bununla birlikte konu hakkında yeterli düzeyde uygulama, doktrin ve yargı kararının bulunmaması, bu sözleşmelerin özelliklerinin ortaya koyulması bakımından Anglo Sakson – Amerikan Hukuku’ndaki başta yargı kararları olmak üzere, konuya ilişkin doktrinel çalışmaların ve pratiğin aktarılmasını zorunlu kılar.

Türk Sigorta Hukuku’ndaki benzer kavramlarla karşılaştırıldığında, aslında ikincil sigorta sözleşmesinin akdiyle birden çok sigorta halinin olduğu söylenebilir. Bununla birlikte ikincil sigorta sözleşmelerinin TTK’de birden çok sigortanın alt türü olarak düzenlenen müşterek sigorta (m. 1466), çifte sigorta (m. 1467) ve kısmi sigortadan (m. 1468) farklı olduğu söylenebilir. Öncelikle, kısmi, müşterek veya çifte sigortanın varlığından bahsedebilmek için, aşkın sigorta durumunun oluşması gerekir. Oysa ikincil sigorta sözleşmelerinde sigortacının, birincil sigorta sözleşmesindeki bedeller tüketilmedikçe, tazminat ödeme yükümlülüğü doğmaz. Ayrıca ikincil sigorta sözleşmesi, kısmi ve müşterek sigorta sözleşmelerinin akdediliş şekli ile de tam uyuşmaz. Nitekim ikincil sigorta sözleşmeleri için sözleşmenin birincil sigortacı ile aynı veya farklı günde veya aynı veya farklı sigortacı ile akdedilmesinin bir önemi yoktur. Yine de en önemli fark tazminatı ödeme borcunun şeklinde ortaya çıkar. Akdi caiz olan ikincil sigorta sözleşmesinin bu yönden bir geçersizlik halini anlatan çifte sigorta ile karşılaştırılması ise anlamsızdır.

İkincil sigorta sözleşmesinin akdi, bir takım meselelerin ortaya çıkmasına da neden olur. Ancak yukarıda da belirtildiği üzere konuyla ilgili çalışma ve yargı kararları kısıtlıdır. Dahası Yargıtay tarafından verilen kararların geneli zorunlu – ihtiyari sigorta bağlamında verilen kararlardır. Oysa Türkiye’de faaliyet gösteren sigorta şirketleri yönetici sorumluluk sigortası gibi zorunlu sigortaların olmadığı alanlarda da ikincil sigorta sözleşmesi yaptıklarını duyurmaya başlamışlardır. Bu durum, ikincil sigorta sözleşmeleri bağlamında ortaya çıkabilecek meselelerin, ayrıca ve zorunlu – ihtiyari sigorta denkleminde bağımsız bir şekilde irdelenmesini de gerektirir. Bu yönden ikincil sigorta sözleşmelerinin bize göre çok daha uzun bir geçmişe sahip olduğu Anglo Sakson – Amerikan Hukuku’nda bu meseleler için bulunmuş çözümler, Türk Hukuku’ndaki kural ve ilkelerin süzgecinden geçirilmesi koşuluyla yardımcı olabilir:

Bu bağlamda, öncelikle birincil sigorta akdedilmeden, ikincil sigorta sözleşmesinin yapılabileceği kabul edilmelidir. Zira ortaya çıkacak zararın farklı katmanları için teminat sağlayan birincil ve ikincil sigorta sözleşmeleri birbirinden bağımsız sözleşmelerdir. Ayrıca sigorta yaptırma zorunluluğunun getirildiği riskler için de, zorunlu birincil sigortanın yapılmamış olmasının, ikincil sigorta sözleşmesinin akdini engellemeyeceği kabul edilmelidir. Keza aksinin kabulü, hem sigorta ettirenin menfaatlerini zedeleyecek ama özellikle zarar gören üçüncü kişinin tazminat olanaklarını azaltacaktır ki bu sorumluluk sigortalarının sosyal amacına ters düşer.

Birincil sigorta sözleşmesindeki sigorta bedelleri tüketilmedikçe, ikincil sigortacıdan tazminat talebinde bulunulamayacağı Yargıtay tarafından da kabul edilen bir husustur. Bu yönden birincil sigorta sözleşmesindeki bedellerin hangi koşullar altında tüketilmiş sayılacağına ilişkin ortaya çıkabilecek meseleler Türk Hukuku bakımından değerlendirildiğinde şu sonuçlara ulaşılabilir:

Birincil sigorta sözleşmesinin akdedilmemiş olduğu durumlarda; Güvence Hesabı kapsamında olan zorunlu sigortalar için, ikincil sigorta sözleşmesindeki limite ulaşıncaya kadar ancak Güvence Hesabı'na başvurulabilir. Güvence Hesabı kapsamında olmayan zorunlu sigortalar ile hem birincil hem ikincil sigortanın ihtiyari nitelikte olduğu sigortalarda da kural olarak aynı sonuç benimsenmeli ve ikincil sigorta bedeline ulaşıncaya kadar zarara sigorta ettirenin katlanacağı kabul edilmelidir.

Zorunlu birincil sigorta sözleşmesinin, mevzuatla belirlenmiş sigorta bedeli limitinin altında bir bedelle akdedilmiş olması ihtimaline karşılık, ikincil sigortacının tazminat ödeme borcunun doğup doğmadığına, mevzuatla belirlenen limite göre mi, yoksa sözleşmedeki fiili bedele göre mi karar verileceği meselesinin çözümündeysen, öncelikle ikincil sigorta sözleşmesine ait hükümler dikkate alınmalı, ikincil sigortacıyı ancak mevzuatla belirlenen bedellerin üstündeki kısım için sorumlu tutan açık ifadelerin yokluğundaysa, ikincil sigortacının sorumluluğunun, birincil sigorta sözleşmesinde fiilen belirlenmiş sigorta bedelinin üstünde kalan kısımdan itibaren başladığı kabul edilmelidir.

İkincil sigortacı ortaya çıkacak zararın, birincil sigorta sözleşmesinde belirlenen bedelin üstünde kalan belli bir kısmının tazminini taahhüt ettiğinden, birincil sigorta sözleşmesinin sonradan feshedilmesi, geçersiz hale gelmesi veya süresinin bitmesi ve yenilenmemesi, kural olarak ikincil sigortacının, birincil sigortacının yerine geçmesine yol açmaz.

Aynı sonuç, birincil sigortacının borcunu ödeyemez hale düşmesi veya iflası halinde de geçerli olmalıdır. Aksine bir anlaşmanın yokluğunda, ikincil sigortacının sadece birincil sigorta sözleşmesindeki bedelin üstünde kalan zarardan sorumlu olduğu kabul edilmelidir.

Birincil sigorta sözleşmesinde kısmi tazminat ödemesinin yapılması durumundaysa bu ödeme, aradaki farka sigorta ettiren katlandığı sürece, birincil sigorta sözleşmesindeki bedelin tüketilmesi olarak kabul edilmelidir.

Sigorta teminatının koşul ve kapsamı için birincil sigorta sözleşmesinin şart ve hükümlerine atıf yapan “takip eden ikincil sigorta sözleşmeleri” bakımından birincil sigorta sözleşmesinde, yapılan değişiklikle başlangıçta teminat dışı olan bir husus nedeniyle tazminat ödemesi yapıldığında; birincil sigorta bedelinin tükenmiş sayılıp sayılmayacağı da diğer meselelerin çözümünde olduğu gibi, öncelikle ikincil sigorta sözleşmesinin hükümleri dikkate alınarak çözülmeye çalışılmalıdır. Buna göre ikincil sigorta sözleşmesi yapılırken, birincil sigorta sözleşmesinin hükümlerinin bilindiği ve o sıradaki haline atıf yapıldığı ispat edilebiliyorsa, ikincil sigortacı, sonraki değişiklik ve düzeltmelerle bağlı olmaktan kurtulabilmelidir.

Sigorta ettirenin zarar gören üçüncü kişiye karşı sorumluluğunun doğduğu yıl için yapılmış birden fazla birincil ve ikincil sigortanın olduğu durumlarda, sigorta bedelinin tüketilmesi koşulu bakımından, ikincil sigorta sözleşmesinin spesifik bir birincil sigorta sözleşmesinin üstü için akdedilip akdedilmediğine bakılmalı, böyleyse birincil sigorta sözleşmesindeki bedelin tüketilmiş olması, ikincil sigortacıya başvurmak için yeterli sayılmalıdır. Ancak ikincil sigorta sözleşmesinde var olan tüm birincil sigorta sözleşmelerinin tüketilmesinden bahsedilmişse, ikinci sigortacıya başvurabilmek için tüm birincil sigorta sözleşmelerindeki bedellerin tüketilmesi gerekecektir.

Sigorta ettiren, birincil sigorta sözleşmesini ihlal ettiği için sigorta tazminatını talep hakkını kaybettiğindeyse, bu davranışı ikincil sigorta sözleşmesinin de ihlaline yol açmadıkça, birincil sigorta bedelinin üstüne kalan kısım için ikincil sigortacıdan talepte bulunulabilmelidir. Ayrıca birincil sigortacının, TTK'nin 1484/1. maddesi gereği sorumlu olmadığı halde zarar gören üçüncü kişiye yapmış olduğu ödemeleri de ikincil sigortacıdan talep etmesi söz konusu olamaz.

İkincil sigortacının yanı sıra, birincil sigortacı da sigortalıyı savunma taahhüdünde bulunmuş olsun veya olmasın, birincil sigorta sözleşmesindeki bedeller tüketilmedikçe, ikincil sigortacının savunma yükümlülüğünün

doğmayacağı kabul edilmelidir. Bu sonuç üçüncü kişinin sigortalıya karşı yönettiği tazminat talebinin, ikincil sigorta bedeline ulaşmasının kuvvetle muhtemel olduğu durumlar için de geçerli olmalıdır.

Sigortacı tarafından ödenmesi gereken savunma masrafları bakımından da ikinci sigortacının borcunun ancak kendi sigorta bedellerinin sınırları içinde doğacağı açıktır. Bir başka ifade ile kural olarak birincil sigorta bedelleri tüketilmedikçe, TTK'nin gerek 1474, gerek 1476. madde bağlamında yapılacak masraflara birincil sigortacının katlanacağı kabul edilmelidir.

Son olarak her iki sözleşmenin de aynı menfaati, riski ve zararı teminat altına alıyor olması -bu sözleşmeler birbirinden bağımsız da olsa- birincil sigortacının eylemleriyle ikincil sigortacının menfaatlerini yakından etkilemesine neden olur. Bu durum birincil sigortacının davranışlarıyla zarar gören üçüncü şahsa daha fazla tazminat ödenmesine yol açması durumunda, ikincil sigortacının birincil sigortacıya karşı bir talep hakkının olup olamayacağı meselesini çıkarır. Bu meselenin çözümünde ise; zararın, birincil sigortacının davranışları nedeniyle artan kısmının da ikincil sigortanın teminatı kapsamında olduğu kabul edilebildiği sürece, ikincil sigortacının TTK'nin halefiyete ilişkin hükümleri uyarınca, gerçekleşen zarardan sorumlu olan kişiler olarak hem asıl riski gerçekleştiren kişiye, hem birincil sigortacıya rücu edebileceği kabul edilmelidir.

KAYNAKÇA

ATABEK, Reşat: **Reasürans Hukuku**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1974.

BAILEY, Dan A.: "Excess Policy Attachment: Policy Language Prevails", s. 1 – 5 (sayfa numaraları çıktı üzerinden verilmiştir).

(https://baileycav.com/site/assets/files/1453/excess_policy_attachment.pdf.,ErişimTarihi:15.06.2019)

BOGGS, Beth / Mc LAUGHLIN, Daniel: "Primary Insurers' Duty to Exercise Good Faith Toward Excess-Insurance Carriers", Reprinted from **The Illinois Bar Journal**, 2002, Vol. 90, No. 1, s. 1 – 7. (<http://www.boggsfirm.com/documents/Primary-Insurers-Duty-to-Exercise.pdf>, Erişim Tarihi:16.06.2019).

- BONNER, Marianne: “What’s the Difference Between Claims-Made and Occurrence Policies?”. (<https://www.thebalancesmb.com/claims-made-versus-occurrence-policies-462581>, Erişim Tarihi: 20.06.2019).
- BURLING, Julian M. / LAZARUS, Kevin (editörler): **Research Handbook on International Insurance Law and Regulation**, Edward Elgar Publishing Limited, 2011.
- CAMPSEN, Paul K.: “Primary Liability Under Excess Insurance Clauses: State Capital Insurance Co. v. Mutual Assurance Society Against Fire on Buildings”, **University of Richmond Law Review**, 1978, Vol. 13, Iss. 1, s. 165 – 173.
- CAN, Mertol: **Birden Çok Sigorta**, İmaj Yayıncılık, Ankara, 2004. [CAN, (2004)]
- CAN, Mertol: **Türk Özel Sigorta Hukuku**, C.1, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018. [CAN, (2018)]
- CAROLAN, Michael / MULLAN, Brendan / SACKETT, Elizabeth C.: “Recent Developments in Excess Insurance, and Reinsurance”, **Tort Trial & Insurance Practice Law Journal**, 2017, Iss. 52:2, s. 369 – 391.
- O’CONNOR, John F.: “Insurance Coverage Settlements and the Rights of Excess Insurers”, **Maryland Law Review** 2003, Vol. 62, Iss. 1, s. 30 – 84.
- CORZINE, West: “What Is More Fair: Horizontal or Vertical Exhaustion?”. (<https://westcorzinelaw.com/what-is-more-fair-horizontal-or-vertical-exhaustion/>, Erişim Tarihi: 11.08.2019).
- COUGHLIN, Kevin T. / MIDLIGE, Suzanne C. / PEREZ, Maida / HRINEWSKI, Michael E.: “Are You Really Exhausted? Negotiating Settlements for Less than Policy Limits - Recent Trends and Decisions”, s. 1 – 17, s. 3. (https://www.coughlinduffy.com/uploads/29/doc/ARE_YOU_REALLY_EXHAUSTED__NEGOTIATING_SETTLEMENTS_FOR_LESS_THAN_POLICY_LIMITS_-_RECENT_TRENDS_AND_DE.pdf, Erişim Tarihi: 12.06.2019)
- DOLDEN, Eric A. / RIDGWAY, Lisa: “An Overview of Primary and Excess Coverage Issues for Claims Handlers and Claims Counsel” 2008, s. 1 – 37. (<http://www.dolden.com/wp-content/uploads/2016/06/116->

An-Overview-of-Primary-and- Excess-Coverage-Issues-for-Claims-Examiners-September-2008.pdf, Erişim Tarihi: 19.06.2019).

ERCAN, İbrahim / ARSLAN, Aziz Serkan: “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda Öngörülen Gider Avansının Uygulanması İle İlgili Ortaya Çıkan Bazı Meseleler ve Bunların Değerlendirilmesi”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2012, C. 20, Sa. 2, s. 164 – 180.

FREDERICKS, James M.: “Excess Insurer’s Duty to Defend After Primary Insurer Settles Within Policy Limits: Wisconsin After Loy and Teigen”, **Marquette Law Review**, 1987, Vol. 70, Iss. 2, s. 285 – 319.

GRAND Jr., David T.: “Nailing Down Occurrence Triggers for Property Damage in the Wake of Redevelopment - Why a Distinction Should Be Made Between First and Third Party Policies”, **Louisiana Law Review**, 2008, Vol. 68, Num. 2, s. 605 – 629.

HIZIR, Serdar: “Türk Ticaret Kanunu’nda Yer Alan Mal Sigortalarına İlişkin Muhtelif Hüküm ve İlkelerin Sorumluluk Sigortasına Uygulanabilirliği”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 2009, Sa. 86, s. 268 – 312.

HOGG, James F.: “The Tale of a Tail”, **William Mitchell Law Review**, 1998, Vol. 24, s. 515 – 580.

HUBERTY, James / ZELLER, William: “Excess ‘Follow Form’ Policy Obligations: Determined by Primary Policy, not by Primary Insurer”.

(<https://www.lawjournalnewsletters.com/sites/lawjournalnewsletters/2008/01/30/excess-follow-form-policy-obligations-determined-by-primary-policy-not-by-primary-insurer/>, Erişim Tarihi: 20.09.2019).

JONES, Thomas M./HURWITZ, Jon: “An Introduction to Insurance Allocation Issues in Multiple – Trigger Cases”, **Illanov Environmental Law Journal**, 1999, Vol. X, s. 25 – 55.

KELLEY, Gail S.: “A Look at Insurance Options”. (<https://www.structuremag.org/?p=385>, Erişim Tarihi: 10.06.2019).

KENDER, Rayegan: **Türkiye’de Hususi Sigorta Hukuku**, 16. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.

- KÜÇÜK, Damla: “Yangın Sigortasında Doğrudan Neden Kavramı”, **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2018, C. 13, Sa. 163-164, s. 161 – 214.
- LEDDY, Chad: “Equitable Contribution”. (<https://www.canadianunderwriter.ca/features/cc-how-ontario-court-ruling-can-benefit-excess-insurers-at-the-expense-of-primary-carriers/>, Erişim Tarihi: 23.08.2019).
- MANGINO, Robert M. / SCHIFFER Jr. Larry P. / BOUHAN, Richard M. / KENNEDY, Stephen M. / BROWN, Robert J. / BYRNE, Matthew J. / NOVAK, Christopher C.: “Recent Developments in Excess Insurance, Surplus Lines Insurance, and Reinsurance Law”, **Tort & Insurance Law Journal**, 2001, Vol. 36, Num. 2, s. 309 – 334.
- MARICK, Michael M.: “Excess Insurance an Overview of General Principles and Current Issues”, **Tort & Insurance Law Journal**, 1989, Vol. 24, No. 4, s. 715 – 750.
- MASTERS, Lorelie S. / STANZLER, Jordan S. / ANDERSON, Eugene R.: **Insurance Coverage Litigation**, 2. Edition, Walters Kluwer, New York, 2019.
- MAYERSON, Marc S. / SEAMAN, Scott M.: “Excess Insurer’s Duty to Defend and Indemnify: Exhaustion, Claims Not Covered by Primary, Defense Cost Reimbursement Advocating Expanding or Limiting the Scope of Excess Insurer’s Obligations”. (<http://media.straffordpub.com/products/excess-insurers-duty-to-defend-and-indemnify-exhaustion-claims-not-covered-by-primary-defense-cost-reimbursement-2016-08-09/presentation.pdf>, Erişim Tarihi: 13.06.2019).
- NOMER, Cahit: **Sigortanın Genel Prensipleri ve Reasürans, Çeltüt Matbaacılık, İstanbul, 1977.**
- OMAĞ, Merih Kemal: “Özel Sigorta Hukukunda Rizikonun Dağıtılması İlkesi”, **İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2002, Sa. 1-2, s. 103 – 112. [OMAĞ, (2002)]
- OMAĞ, Merih Kemal: **Türk Hukukunda Sigortacının Kanuni Halefiyeti**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011. [OMAĞ, (2011)]
- PORTNER, Kenneth M.: “Exhaustion of Policy Limits and Termination of the Duty to Defend, The Legal Intelligence”, 2017.

(<https://www.wglaw.com/portalresource/lookup/wosid/cp-base-467506/media.name=/201061706%20Weber.pdf>, Erişim Tarihi: 23.07.2019).

RICHMOND, Douglas R.: “Excess Insurance and Umbrella Coverage”, New Appleman on Insurance Law Library Edition Chapter 24, s. 1 – 9 (sayfa numaraları çıktı üzerinden verilmiştir).(<https://www.lexisnexis.com/legalnewsroom/insurance/b/applemaninsurance/posts/excess-insurance-and-umbrella-coverage-new-appleman-on-insurance-law-library-edition-chapter-24>, Erişim Tarihi: 14.07.2019).

SEAMAN, Scott M. / KITTREDGE, Charlene: “Excess Liability Insurance: Law and Litigation”, **Tort & Insurance Law Journal**, 1997, Vol. 32, No. 3, s. 653 – 714.

ŞENOCAK, Kemal: **Mesleki Sorumluluk Sigortası**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2000. [ŞENOCAK, (2000)]

ŞENOCAK, Kemal: **Çifte Sigorta**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002. [ŞENOCAK, (2002)]

ŞENOCAK, Kemal: “Türk Ticaret Kanunu’nun Mal Sigortasına İlişkin Hükümlerinin Sorumluluk Sigortalarına Uygulanabilirliği”, **AÜHFD**, 2009, C. 8, Sa. 1, s. 189 – 229. [ŞENOCAK, (2009)]

TUCCI, Theodore J.: “Primary and Excess Insurers and Their Common Insured: The Triangular Relationship with No Love Lost”, **Case Western Reserve Law Review**, 1981, Vol. 32, Iss. 1, s. 265 – 300.

TUYTEL, Neo J.: “Who’s on the Risk (and for How Much?): Allocating and Apportioning Indemnity and Defence Costs”, s. 1 – 30. (<https://static1.squarespace.com/static/5316d2f7e4b06ab55722a297/t/55aeb2efe4b0d3237adfc162/1437512431366/Who%27s+on+the+Risk+And+for+Ho+w+Much%2C+by+Neo+J+Tuytel.pdf>, Erişim Tarihi: 11.05.2019).

ÜNAN, Samim: **Türk Ticaret Kanunu Şerhi Altıncı Kitap Sigorta Hukuku**, C. II, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.

YONGALIK, Aynur: **Çevre Sorumluluk Sigortası**, Sözkese Matbaacılık, Ankara, 1998.

WELLS, Bert: “Excess Insurance, Umbrella Insurance and Multi-Insurer Coverage Programs”, 2010, s. 1 – 30, s. 4.

(<https://www.cov.com/~media/files/corporate/publications/2010/01/excess-insurance-umbrella-insurance-and-multi-insurer-coverage-programs.pdf>, Erişim Tarihi: 09.05.2019).

“Claims Made and Professional Liability Insurance Coverage”, **Pennsylvania Bar Institute Publication**, 2014.

(<https://www.reedsmith.com/-/media/files/perspectives/2014/01/employment-practices-liability-insurance-in-an-evo/files/pbi--insurance-recovery-article/fileattachment/websitepbi-insurance-recovery-article.pdf>, Erişim Tarihi: 20.06.2019).

“Hasar Fazlası Reasürans Anlaşması (Excess Of Loss Treaty)”, (<https://www.tsb.org.tr/reasurans.aspx?pageID=440>, Erişim Tarihi: 23.05.2019).

“How Umbrella Policies Started”,

(<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:BuvGFulrbKsJ:https://www.irmi.com/articles/expert-commentary/how-umbrella-policies-started-part-1-early-liability-coverage&hl=tr&gl=tr&strip=1&vwsrc=0>, Erişim Tarihi: 23.05.2019).

“İşveren sorumluluk sigortaları Türkiye’de kendine yaygın bir uygulama alanı buluyor.”, Haber Tarihi: 02.10.2018,

(<http://www.bestyayincilik.com/Haberler/Haberler.aspx?HABER=11179>, Erişim Tarihi: 23.05.2019).

“Sorumluluk Sigortaları”, (<https://www.chubb.com/tr-tr/corporate/liability-insurance.aspx>, Erişim Tarihi: 12.08.2019).

“Yönetici Sorumluluk Sigortası”,

(https://www.unicosigorta.com.tr/assets/uploads/Yonetici_Sorumluluk_Sigortasi.pdf, Erişim Tarihi: 23.05.2019).

ANONİM ŞİRKETLERDE YÖNETİM YETKİSİNİN DEVRİ BAĞLAMINDA YÖNETİM KURULUNUN ÜST GÖZETİM YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Elif YALÇIN SIRAKAYA*

ÖZ

Anonim şirketlerde, şirket idaresi ile şirket işlerinin gözetimi birbirinden ayrı olmayıp her iki görev de yönetim kuruluna aittir. Ancak özellikle büyük ölçekli şirketlerde işlerin büyüklüğü ve çeşitliliği sebebiyle yönetim faaliyetlerinin kurul halinde yürütülmesi zorlaşabilir. Böyle bir durumda yönetim kurulu esas sözleşmeye konulacak bir hükümlerle, düzenleyeceği bir iç yönergeye göre, yönetimi kısmen veya tamamen bir veya birkaç yönetim kurulu üyesine veya üçüncü kişiye devretmeye yetkili kılınabilir. Ancak her koşulda yönetim kurulu şirket işlerinin gidişatının kanuna, esas sözleşme hükümlerine ve şirketin menfaatine uygunluğunu gözetlemekle yükümlüdür. Türk Ticaret Kanunu yönetimle görevli kişilerin özellikle kanunlara, esas sözleşmeye, iç yönergelere ve yönetim kurulunun yazılı talimatlarına uygun hareket edip etmediklerinin üst gözetiminin yönetim kurulunun devredilmez görev ve yetkilerinden olduğunu düzenlemiştir (375/1-e).

Anahtar Kelimeler: Anonim Şirket, Yönetim Kurulu, Yönetim Yetkisinin Devri, Temsil Yetkisinin Devri, Üst Gözetim.

SUPERVISORY OBLIGATION OF THE BOARD OF DIRECTORS IN THE CONTEXT OF THE DELEGATION OF MANAGEMENT AUTHORITY IN JOINT STOCK COMPANIES

ABSTRACT

Company management and supervision of company affairs are not separate in joint stock companies, and the Board of Directors is responsible for both duties. However, especially in large-scale companies, the execution of management activities by the Board might prove difficult due to the variety and extent of business. In such a case, the Board of Directors can be authorized to transfer management partially or fully to one or more than one board member or to a third person in accordance

* **Arş. Gör.,** Ondokuz Mayıs Üniversitesi Ali Fuad Başgil Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı. **E-Posta:** elifyalcinsirakaya@gmail.com

ORCID ID: 0000-0001-8599-0223

DOI : 10.34246/ahbvuhfd.733328

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 31/10/2019

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 05/02/2020

with an internal directive to be issued according to a provision to be added in the articles of association. However, in all circumstances, the Board of Directors is liable to monitor that the conduct of the company activities conforms to the laws, the articles of association, internal directives and written instructions of the Board of Directors. Turkish Commercial Code stipulates that top supervision of the management staff, and in particular whether they act according to the laws, the articles of association, the company regulations and the written instructions of the Board of Directors is among the inalienable functions and powers of the Board of Directors (375/1-e).

Key Words: *Joint Stock Company, Board of Directors, Delegation of Managerial Authority, Delegation of Representation, Top Supervision.*

GİRİŞ

Büyük çaplı işletmelerde yapılan usulsüzlükler sonucu oluşan ekonomik krizler yalnızca buldukları ülkelerde değil, küresel düzlemde de birtakım sıkıntılı sonuçlara neden olmaktadır. Zira küreselleşmeyle birlikte bir ülkenin öne çıkan bir işletmesinin kötü yönetim sonucu finansal krize girmesi o ülkenin piyasalarını olumsuz etkilediği gibi, bu olumsuzluk domino etkisiyle diğer ülkelerin piyasalarına da sirayet edebilir. Sonuç olarak da bir şirketin yöneticilerinin usulsüz işlemleriyle ortaya çıkan zarar sadece pay sahiplerinin değil, buldukları ülkelerin de kayıplar vermesine neden olabilmektedir¹.

Özellikle payları borsada işlem gören halka açık anonim şirketlerde yatırımcılar yatırım yapmadan evvel o şirketin hesaplarının güvenilirliğinden ve kurallara göre yönetildiğinden emin olmak ister. Öte yandan şirket yöneticilerinin pay sahiplerine verdiği zararlar sadece usulsüz ve kanuna aykırı işlemler sonucu meydana gelmez. Yanlış stratejiler belirlenmesi, isteksiz ve ilgisiz yönetim şekli, yöneticilerin yönetim yeteneğinden yoksun ve bilgi birikimlerinin yetersiz olması, alakasız işlemlere yapılan abartılı harcamalar gibi durumlar nedeniyle oluşan zararlar da pay sahiplerine yansımaktadır². İşte bu noktada da yönetim kurulu üyelerinin etkin bir şekilde kontrolü için üst gözetim kavramı karşımıza çıkmaktadır.

Dünya genelinde şirketlerin yönetimi ve üst gözetimi ile ilgili olarak iki sistem mevcuttur. Halen Almanya ve Avusturya'da zorunlu yasal model olarak

¹ KAYIHAN, s. 19.

² KAYIHAN, s. 19.

öngörülen, Fransa ve Avrupa birliği mevzuatında ise seçimlik olarak sunulan kuvvetler ayrılığı ilkesine dayanan dualist sistemde yönetim kurulunun klasik organizasyonu yerine gözetimi ve yönetimi aynı bünyede barındıran bir düzen benimsenmiştir. Anonim şirketlerin yönetim faaliyetlerinin sıkı bir biçimde ve sürekli olarak denetimini amaçlayan gözetim kurulu sistemi Alman anonim şirketlerinin karakteristik özelliğidir. Şirketin kuvvetler ayrılığı ilkesi doğrultusunda yönetilmesini benimseyen bu sistemde, gözetim kurulu ve yönetim kurulu arasında sınırları tam olarak çizilemeyen ancak teorik anlamda kesin bir görev ayrılığı mevcuttur³.

Diğeri ise genellikle Anglo Sakson hukuk düzeninde uygulaması olan monist sistemdir. Bu sistemde şirketin idaresi ile şirket işlerinin gözetimi birbirinden ayrılmamış, her iki görev de kural olarak yönetim kuruluna bırakılmıştır. Monist yapıya sahip yönetim kurulları esas itibariyle iki tür üye grubundan oluşur. Bunlardan birincisi icrai yetkileri olan üyeler, ikincisi ise icrai yetkisi olmayan ve genellikle dışarıdan atanan ve sadece gözetim görevi olan üyelerdir⁴.

TTK ise yönetim kurulunun yapılanmasında monist sistemi benimsemiştir. Kural, anonim şirketin yönetim kurulu tarafından yönetilip temsil olunmasıdır. Bununla birlikte yönetim kurulunun esas sözleşmeye konulacak bir hükümlerle, düzenleyeceği bir iç yönergeye istinaden, şirketin idaresini kısmen veya tamamen bir veya birkaç yönetim kurulu üyesine veya üçüncü kişiye devretmesi mümkündür (TTK m. 367)⁵. Ancak her halükarda yönetim kurulu, şirketin idaresini ve her türlü iş ve işlemlerinin gidişini, kanuna, esas sözleşme hükümlerine ve şirketin menfaatine uygunluğunu gözetlemekle

³ AKDAĞ GÜNEY, (2016), s. 70.

⁴ AKDAĞ GÜNEY, (2016), s. 69.

⁵ İlgili hükmün gerekçesinde de yönetim kurulunun, yönetim haklarıyla temsil yetkilerini münhasıran kullanmasının zorunlu olmayıp; gereğinde bir gözetim organı olarak çalışabilen bir organ olduğundan ve TTK’da yönetim kurulunun hemen hemen üyelerinin tümünün, yürütme yetkisini haiz olmayan (non-executive) üye konumuna geçebildiği esnek bir rejim benimsendiğinden bahsedilmiştir. Buna göre TTK m. 367 ve 370/2 hükümlerinde yer alan düzen, yönetimin tek kurullu (monist) rejime göre şekillenmesine veya Almanya’da uygulanan iki organlı (dualist) anlayış uyarınca oluşturulmasına olanak vermektedir. Bu düzen yani TTK sistemi yönetim kurulu üyelerini, Amerika Birleşik Devletleri’nde uygulanan, yönetim hakkını haiz olan (intern, executive) ve olmayan (exter, non-executive) üyeler ayrımına tâbi tutmaya da elverişlidir. Hatta Fransa’da geçerli “Président Directeur Général” sisteminin uygulanmasına da müsaittir. Böylelikle şirketler topluluğunun gereksinim duyduğu yönetim şekli için esneklik de sağlanmış olmaktadır [Bkz. TTK m. 367’nin gerekçesi].

yükümlüdür⁶. Bu bağlamda TTK m. 375/1-e bendi, yönetimle görevli kişilerin özellikle kanunlara, esas sözleşmeye, iç yönergelere ve yönetim kurulunun yazılı talimatlarına uygun hareket edip etmediklerinin üst gözetimini, yönetim kurulunun devredilemez görev ve yetkilerinden olduğunu düzenlemiştir. Çalışmamızda bu yükümlülüğün TTK açısından kapsamı ve kullanılması, doktrindeki tartışmalar ve kendi kanaatlerimiz ölçüsünde irdelenecektir.

I. ÜST GÖZETİM YÜKÜMLÜLÜĞÜ

A. Tanımı

Kendilerine yönetim işlerinin devredildiği kişilerin faaliyetlerinin kanuna, esas sözleşmeye, iç yönergelere ve de talimatlara uygunluğunun üst gözetimi; TTK tarafından özellikle kullanılan, yeni bir kavramdır ve sürekli olmayan, ancak uygun bir ölçüde yapılan bir gözetim ile tüm yönetim kurulunun bu gözetimin sonucundan bilgilendirilmesi işlemdir⁷.

TTK m. 375/1-e bendinin gerekçesinde ise üst gözetim ile kast edilenin, hem kuramsal açıdan hem de işletme iktisadı yönünden gerekli olan işlerin akışının gözetimi olup, yönetim kurulunun bir kontrol ve denetim organı olmadığı belirtilmiştir⁸. Ancak yönetim kurulu üyelerinin, yönetimle görevli kişilerin çalışmalarını, onları kontrol etmeden nasıl gözeteceği sorunu çelişki yaratmaktadır⁹. Zira kuramsal açıdan ve işletme iktisadı yönünden gerekli işlerin akışının gözetiminden neyin anlaşılması gerektiği açık değildir. Böyle bir gözetimin ifa edilmesi, yönetimle görevli kişilerin denetlenip, kontrol edilmesiyle mümkündür. Dolayısıyla 6762 sayılı kanun döneminde yer alan denetim organının yerine getirdiği gibi olmasa da, 6102 sayılı TTK

⁶ PULAŞLI, (2011), s. 1049.

⁷ YANLI, , s. 267. eTTK döneminde Yargıtay 11HD'nin 08.12.2003 tarih, E. 2003/4466, K. 2003/11543 numaralı kararında "...ayrıca ortaklık işlemlerinin bir kısmını tevdi ettikleri kimselerin vazifelerinin gereği gibi ifa edip etmediklerini, yönetim kurulu, kontrol ve nezaretle yükümlüdür. Dolayısıyla kasıt veya ihmalleri sonucu verilen zarardan şirkete karşı tüm yönetim kurulu üyeleri sorumlu olurlar" diyerek yönetim kurulunun yöneticiler üzerinde gözetim yetkisinin olduğunu kabul etmektedir [Kararın tam metni için bkz. AKDAĞ GÜNEY, (2016), s. 161, dn. 434].

⁸ "Üst gözetim ile kastedilen hem kuramsal açıdan hem de işletme iktisadı yönünden gerekli olan işlerin akışının gözetimidir. Yoksa yönetim kurulu bir kontrol ve denetim organı değildir. Üst gözetimin normatif niteliği hükmün bizzat kendisinden anlaşılmaktadır"(Bkz. TTK. m. 375 gerekçesi).

⁹ AKDAĞ GÜNEY, (2016), s. 163.

ile iç denetimin tamamen terk edilmediği söylenebilir¹⁰. Nitekim *Tekinalp* tarafından da kendi kendini gözetim (oto gözetim) olarak ifade edilen üst gözetim, yönetimin tüm yetkilerinin kanunlara, idari tasarruflara, şirketin esas sözleşmesine, kural ve talimatlara uygun olarak kullanılıp kullanılmadığının iç denetim sisteminde izlenmesi ve denetlenmesi olarak tanımlanmıştır¹¹.

B. Kapsamı

Yönetim kurulunun üst gözetim yükümlülüğü, yönetimle görevli kişilerin özellikle kanunlara, esas sözleşmeye, iç yönergelere ve yönetim kurulunun yazılı talimatlarına uygun hareket edip etmediklerinin kapsamaktadır. Fakat düzenlemede geçen “özellikle” ifadesi kapsamın yalnızca bunlarla sınırlı olmadığına işaret etmektedir¹². Bu bağlamda kurulun gözetim organizasyonuna, bunun etkinliğine, bilgi akışını temine, temin edilen bilgileri değerlendirmeye, gerekirse bilgilerin doğruluğunu kontrole, ekonomik ve normatif denetime yönelik oldukça geniş görevleri bulunmaktadır¹³.

Her ne kadar m. 375/1-e düzenlemesinde ve gerekçesinde üst gözetimin normatif niteliğinden bahsedilse de bu yükümlülük sadece normatif kurallara uygun hareket edilip edilmemesinin kontrolünü değil, aynı zamanda şirket amacına uygun, verimli ve etkili bir şekilde faaliyet yapılıp yapılmadığının gözetimini de içermektedir¹⁴. Yani yalnızca hukuka uygunluk denetimi değil, yerindelik denetimi de üst gözetim yükümlülüğüne dahildir¹⁵.

Yönetim yetkisi devredilmiş kişilerin, şirkete dair aldıkları kararlar, yaptıkları planlamalar, özellikle risk taşıyan işlemleri yönetim kurulu tarafından gözetlenmelidir. Yönetim kurulu bu kişilerin bir yandan kanunlara, esas sözleşmeye, iç yönergeye uygun davranıp davranmadığını kontrol edecek, diğer yandan da almış oldukları kararların ve yapmayı planladıkları işlemlerin amaca uygun olup olmadığını, şirket menfaatlerine hizmet edip etmediklerini de inceleyecektir. Gerekçede kullanılan işletme iktisadı yönünden gerekli olan işlerin gözetimi ifadesi aynı zamanda, şirketle ilgili önemli kararların alınması aşamasında yönetimle yetkilendirilmiş kişilere yol gösterme ve

¹⁰ HELVACI, s. 131.

¹¹ TEKİNALP, N. 12-46.

¹² KORTUNAY, s. 116; KAYA, s. 3274.

¹³ GÖKTÜRK, s. 191.

¹⁴ DOĞAN, 2012, s. 620; KORTUNAY, s. 116;

¹⁵ YANLI, s. 267.

onları oluşabilecek riskler konusunda uyarma görevini de kapsamaktadır¹⁶.

TTK m. 375/1-e’de uyulması gereken kurallar arasında yönetim kurulunun yazılı talimatları sayılmış olsa da, kanaatimizce bu ispat açısından önem teşkil etmekle birlikte, yazılı olmayan talimatlara uyulup uyulmadığı hususu üst gözetimin kapsamına dahil edilmelidir¹⁷.

C. Yerine Getirilmesi

Üst gözetim yükümlülüğü yönetim kurulunun devredilemez yetkilerindedir. Dolayısıyla bu yetkinin genel kurul tarafından alınması mümkün olmadığı gibi kullanılması genel kurulun onayına tabi tutulamaz¹⁸.

Yükümlülük icrada görevli olmayan yönetim kurulu üyeleri tarafından yerine getirilmelidir. TTK m. 367 çerçevesinde yetki devri yapılan üyeler icrada görevli olan üyeler olarak adlandırılırken, yönetim yetkisi devredilmeyen üyeler ise icrada görevli olmayan üyeler şeklinde ifade edilmektedir¹⁹.

Üst gözetim yükümlülüğünün devredilemez nitelikte olması bunun yönetim kurulu tarafından mutlaka doğrudan yerine getirilmesi gerektiği anlamına gelmemektedir²⁰. Yönetim kurulunun bunun için gerekli organizasyonu oluşturması yeterlidir²¹. Bilişim teknolojisinin sunduğu imkanlardan yararlanmak suretiyle kurulacak bir sistem, yönetim kurulunun, yöneticilerin yaptığı işlemlerden hızlı bir şekilde haberdar olmasını ve gerektiğinde uyarı görevini yerine getirmesini sağlayacaktır²². Kurulacak bu iç kontrol sisteminde şirketi yönetmekle görevlendirilen kişilerin yönetim kuruluna düzenli bir şekilde rapor vermesi gerekmektedir. Zira yönetim kurulu üyeleri ne kadar doğru ve yeterli bilgiye ulaşırsa, üst gözetim yükümlüğünü de o derece gereği gibi ifa edebilecektir. Dolayısıyla TTK m.

¹⁶ KAYA, s. 3275.

¹⁷ KIRCA/ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT, s. 563.

¹⁸ DOĞAN, (2011), s. 202.

¹⁹ DEMİREL, s. 240. İcrada görevli yönetim kurulu üyesi, yönetim kurulu tarafından alınan kararları icra eden manasında değil, bizzat karar alma yetkisine sahip üye anlamında kullanılır. Kendisine yönetim yetkisi devredilmeyen, devredilemez yetkileri kullanan ve yetki devri yapılan üyeleri gözetleyen yönetim kurulu üyelerine ise icrada görevli olmayan yönetim kurulu üyesi denir [DOĞAN, (2011), s. 68].

²⁰ DOĞAN, (2011), 197; AY KAPLAN, s. 133.

²¹ KORTUNAY, s. 119.

²² KAYA, s. 3275.

392’de düzenlenen yönetim kurulu üyelerinin bilgi alma hakkı, üst gözetim yükümlülüğü bakımından büyük önem arz etmektedir²³. Ayrıca üst gözetimin, yöneticilerin yapmış oldukları işlemleri incelemekten ziyade, olası hataları baştan önleyebilmek ve problemlere zamanında müdahale edebilmek bakımından, önceden denetime imkan veren bir sistem oluşturularak yapılması şirket menfaatlerine daha uygun olacaktır. Bu bağlamda da yönetim kuruluna düzenli bilgi akışının sağlanması son derece faydalıdır²⁴.

Yönetim kurulu üst gözetim yükümlülüğünü TTK m. 366/2 çerçevesinde kurulacak komiteler aracılığıyla yerine getirebilir. Buna göre; işlerin gidişini izlemek, kendisine sunulacak konularda rapor hazırlamak, kararlarını uygulamak veya iç denetim amacıyla içlerinde yönetim kurulu üyelerinin de bulunabileceği komiteler ve komisyonlar kurabilir.

Nitekim Sermaye Piyasası Kurulu Kurumsal Yönetim İlkeleri²⁵ yönetim kurulunun görev ve sorumluluklarını sağlıklı bir biçimde yerine getirmesini teminen m. 4.5.1.’de zikredilen komitelerin kurulmasını öngörmüştür. TTK’da ise yalnızca “riskin erken saptanması ve yönetimi” komitesi özellikle zikredilmiş, payları borsada işlem gören halka açık anonim şirketler için zorunlu tutulmuştur²⁶. İşte yönetim kurulunun üst gözetim yükümlülüğünü yerine getirirken kendisine yardımcı olan belgelerden biri de riskin erken saptanması komitesinin raporudur. TTK m. 378/2’ye göre komite, yönetim kuruluna her iki ayda bir vereceği raporda durumu değerlendirir, varsa tehlikelere işaret eder, çareleri gösterir. Rapor denetçiye de yollanır. Yönetim kurulu bu rapordan faydalanarak risk değerlendirmesi yapar ve yaptığı bu değerlendirme sonucuna göre, yöneticilerin şirket amacına uygun ve verimli bir şekilde çalışmalarına sağlamak ve şirketin karşılaşacağı riskleri bertaraf etmek için gerekli tedbirleri alarak üst gözetim görevini yerine getirir²⁷.

Yönetim kurulunun özellikle hangi alanlarda ihlaller yaşandığını dikkate almasında fayda vardır. Örneğin İsviçre hukukunda iş hukuku, rekabet hukuku, tüketici hukuku, rüşvet ve kara parayla mücadeleyle yönelik ceza

²³ DOĞAN, (2011), s. 198; KORTUNAY, s. 118.

²⁴ KORTUNAY, s. 118.

²⁵ Bkz. 3/1/2014 tarih ve 28871 Sayılı Resmi Gazete’de yayımlan Kurumsal Yönetim Tebliği Ek-1.

²⁶ TTK m. 378’e göre halka kapalı şirketler için bu komitenin kuruluşu, denetçinin gerekli görüp bunu yönetim kuruluna yazılı olarak bildirmesi halinde zorunludur.

²⁷ DOĞAN, (2011), s. 199.

hukuku düzenlemeleri, vergi ceza hukuku ve halka açık şirketlerde içerden öğrenenlerin ticaretine ilişkin vs düzenlemelerin özellikle önem taşıdığı vurgulanmaktadır²⁸.

İsviçre Federal Mahkemesi'nin bir kararında değindiği hususlara göre yönetim kurulunun üst gözetim görevini yerine getirmiş olması için yapması gerekenler özetle şu biçimdedir²⁹:

- *Yönetim kurulu uygun bir iç kontrol mekanizması oluşturmalı, bu sistemin çalışması ve sonuç vermesi için çaba göstermelidir:* Bu sistem şirkette olup bitenler, işlerin genel gidişatı, yönetimin devredildiği kişilerin iş ve işlemleri hakkında yönetim kuruluna bilgi akışı sağlamalıdır. Özellikle büyük şirketlerde yönetimle ilgili birçok iş müdürlere devredilmektedir ve bu kişilerin yetki ve görevlerini nasıl yerine getirdiklerinin gözetilmesi gerekmektedir. Bu konuda yönetim kuruluna bağlı olarak çalışan komite veya komisyonlar da kurulabilir³⁰.

- *İdarecilerden devam eden işlerle ilgili bilgi almalı, düzenli olarak rapor talep etmeli ve bu raporları dikkatli bir biçimde değerlendirmelidir:* Yönetim kurulunun üst gözetim yetkisini kullanması ve gündemde yer alan konular hakkında sağlıklı karar verebilmesi, kendisine ulaştırılacak raporlar ve bilgiler ile mümkün olmaktadır. Yönetim kurulu üyeleri ne kadar sağlıklı ve yeterli bilgiye ulaşır ise, üst gözetim görevini o derece gereği gibi ifa etme imkanı bulur. Dolayısıyla yönetim kurulu üyelerinin bilgi alma hakkı üst gözetim yetkisi bakımından büyük önem arz etmektedir. Nitekim yönetim kurulu üyelerinin bilgi alma hakkını düzenleyen TTK m. 392 üst gözetim yetkisi bakımından bir güvence teşkil etmektedir³¹.

- *Kendisine şüpheli gelen konularda ilave bilgi istemli, yanlış gelişmeleri ve düzensizlikleri açıklığa kavuşturmaya çalışmalıdır*³².

²⁸ KIRCA/ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT, s. 562, dn. 505.

²⁹ İlgili kararın tam metni için bkz. AKDAĞ GÜNEY, (2016), s. 165, dn.441.

³⁰ DOĞAN, (2011), s. 196; KIRCA/ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT, 561

³¹ DOĞAN, (2011), s. 197-198.

³² Bu doğrultuda yönetim kurulunun gerekirse TTK m. 375/1-d bendindeki azil yetkisini de kullanabileceğine ilişkin bkz. KIRCA/ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT, s. 562.

II. ÜST GÖZETİM YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜ DOĞURAN BİR HAL OLARAK YÖNETİM YETKİSİNİN DEVRİ

A. Genel Olarak

Bir şirkette yönetim faaliyetleri arasında personel yönetimi, şirket hesap ve defterlerinin tutulması, üretim ve pazarlama organizasyonu, finansman ve yatırım planlaması, Ar-Ge çalışmalarının yürütülmesi gibi işler yer alır³³. Yukarıda bahsettiğimiz gibi şirketin idaresi yönetim kuruluna aittir ve kural olarak bu yetkinin, tüm üyeler tarafından birlikte kullanılması gerekir. Ancak bir şirketin ticari faaliyetlerinin büyüklüğü ve çeşitliliği artmış ise yönetim kurulunun bütün işleri bizzat yürütmesi zorlaşabilir. Böyle bir durumda yönetim faaliyetlerinin kurul halinde icrası, zorlaşmasının yanında verimli de olmayabilir. Zira aile şirketlerinde veya küçük şirketlerde, aile bireyleri yahut hakim ortağın profesyonel yönetici olmaması, yönetim yetkilerinin üçüncü kişilere devrini gerektirebilir³⁴. Bu doğrultuda TTK m. 367 devreye girer. Böylelikle yönetim kurulu, esas sözleşmeye konulacak bir hükümlerle, düzenleyeceği bir iç yönergeye göre, yönetimi kısmen veya tamamen bir veya birkaç yönetim kurulu üyesine veya üçüncü kişiye devretmeye (delege etmeye) yetkili kılınabilir. Bu suretle de yetkiyi devreden üyelere, şirketin günlük iş akışına ve olağan faaliyetlerine müdahil olmaksızın, yetki ve görevleri devralanları gözetleme, yani adeta bir gözetim kurulu gibi çalışma fırsatı verilmiştir³⁵. İlgili düzenleme TTK'daki kurumsal yönetim yaklaşımını da yansıtan bir hüküm özelliğindedir³⁶.

Yönetimin devri ile TTK m. 366/2 uyarınca yönetim kurulunca kendisine yardımcı olmak üzere komite ve komisyon oluşturulması birbirine karıştırılmamalıdır. Bu komite ve komisyonlar, yönetim kurulu bünyesinde oluşturularak yönetim kurulunun altında ve ona bağlı olarak çalışır. Yani aslında yönetim kurulundan bağımsız, icra edilebilir bir karar alma yetkisi bulunmayan sadece muhtelif konularda yönetim kurulunun alacağı kararlara alt yapı oluşturan, kurulun işlerinin görülmesine yardımcı olan oluşumlardır³⁷. Bu nedenle komite ve komisyonlara m. 367/1 ve 370/2 anlamında temsil yetkisi devredilmemektedir³⁸.

³³ KORTUNAY, s. 83.

³⁴ DOĞAN, (2011), s. 114.

³⁵ KIRCA/ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT, s. 592.

³⁶ EMİNOĞLU s. 210; Kurumsal yönetim kavramı için bkz. EMİNOĞLU, s. 1-26.

³⁷ KIRCA/ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT, s. 479.

³⁸ Ortada m 367/1 uyarınca yönetimin devrinin mi yoksa m. 366/2 uyarınca oluşturulan bir

Yetki devrinin konusu dar anlamda yönetimdir. Yönetimin devri demek yönetim kurulunun aldığı kararların uygulanmasının ilgililere bırakılması değil, doğrudan yönetim işlevinin yani karar alma yetkisinin bir veya birkaç yönetim kurulu üyesine veya üçüncü kişilere bırakılması demektir³⁹. Sonuç olarak yönetimin devri temsil yetkisinin devrini içermez. TTK'nın getirdiği en önemli yeniliklerden biri yönetim hakkı ile temsil yetkisinin birbirinden ayrılmasıdır. Bu bağlamda temsil yetkisi, m. 370'e göre ayrıca veya açıkça belirtilmek suretiyle yönetim yetkisi ile birlikte devredilebilir⁴⁰. Birçok durumda alınan kararın icrası için temsil yetkisinin kullanılması gerekebildiğinden, doğal ve amaca uygun olan yönetim yetkisiyle birlikte temsil yetkisinin devredilmesi yahut tam tersi yani temsil yetkisiyle birlikte yönetim yetkisinin de devredilmesidir⁴¹. Bu sebeple kanaatimizce olması gereken; aksi öngörülmedikçe yönetimin devrinin temsil yetkisinin devrini de kapsayacağı yönünde TTK'da bir düzenleme yapılmasıdır⁴².

Yönetim yetkisinin devredildiği kişinin, devraldığı bu yetkiyi tekrardan başka birine devredip devredemeyeceği hususu tartışmalıdır. Tekrar yetki devrinin yapılamayacağını savunanlar olduğu gibi, yönetim kurulunun izin vermiş olması ve buna dair esasların iç yönergede tespit edilmiş olması şartıyla bunun mümkün olabileceğini savunanlar da vardır⁴³. *Kırca*'ya göre yönetimi devir yetkisi yönetim kurulunun devredilemez ve vazgeçilemez görev ve yetkileri arasındadır⁴⁴. Kanatimizce tıpkı yönetim kurulu ve genel kurulun birbirilerinin alanına ve görevlerine müdahale edemediği gibi, yönetim kurulu ve yetkinin devredildiği yönetim arasındaki ilişki için de aynı durum söz konusu olmalıdır. Örneğin yönetim kurulunun seçimi genel

komite ve komisyonun yahut atanan kişinin mi olduğunu tayin ve tespit için başvurulacak ölçüt, m. 367/1'de öngörülen koşulların bulunup bulunmadığıdır. Ayrıca komite veya komisyonların varlığında, yetki devrinde sorumluluğu düzenleyen TTK m. 553/2 hükmü uygulanmaz (KIRCA/ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT, s. 593).

³⁹ TEKİNALP, N. 12-49.

⁴⁰ Bkz. TTK m. 367'nin gerekçesi.

⁴¹ Ancak bu durumun yetkileri elinde toplayanlarda aşırı bir güç yoğunlaşmasına sebebiyet vereceği de vurgulanmıştır (TEKİNALP, N. 12-51; ÖZDAMAR, s. 141).

⁴² Böyle bir düzenleme vekaletin, vekilin üstlendiği işin görülmesi için gerekli hukuki işlemlerin yapılması yetkisini de kapsadığını öngören TBK m. 504/2 hükmüyle uyumlu olacaktır (KIRCA/ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT, s. 594).

⁴³ Bu tartışmalara ulaşmak için bkz. KIRCA/ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT, s. 597, dn. 562.

⁴⁴ KIRCA/ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT, s. 597.

kurulun devredilemez görev ve yetkileri arasındadır. Yönetim kurulunun boşalan üyelikleri doldurma yetkisinin dayanağı TTK m. 363'tür ve ancak bu hükümdeki koşulların bulunması halinde kullanılabilir. Sonuç olarak yönetim yetkisi kendisine devredilen kişi devraldığı yetkiyi tekrar devredememelidir⁴⁵.

B. Devrin Kapsamı

TTK m. 367/1 uyarınca yönetimin kısmen devredilebileceği gibi tamamen de devredilebileceği belirtilmesine rağmen kısmen devir ile tamamen devir kavramlarından ne anlaşılması gerektiğine ilişkin bir açıklama yapılmamıştır. Tamamen devirle kast edilen TTK m. 375'de öngörülenler başta olmak üzere yönetim kurulunun devredilemez görev ve yetkileri hariç, devredilebilir yönetim görevlerinin tümünün devredilmesi demektir. Devir şirketin yönetimiyle ilgilidir. Genel kurulun toplantıya çağırılması, esas sözleşmenin değiştirilmesi önerisinin hazırlanması, sürecin gerektirdiği işlemlerin yapılması gibi konuları kapsamaz. Kısmi devir ise devredilebilir görevlerin bir kısmının örneğin iştiraklerle veya bankalarla ilişkilerin veya sadece pazarlama ve satışın devredilmesidir. Kısmi devir gene de bir işlevin bütünü halinde devridir. Münferit bir olayın yapılmasına ilişkin yetki verilmesi (mesela bir banka ile yapılacak belli meblağdaki kredi işlemi için verilen görev) TTK m. 367 anlamında yönetimin kısmen devri değildir⁴⁶. Yine özellikle tekrar belirtelim ki yönetim ister tamamen ister kısmen devredilsin, devre m. 375'de sayılanlar başta gelmek üzere devredilemez ve vazgeçilemez görev ve yetkileri dahil etmek mümkün değildir⁴⁷.

Yetki devrinde bazı önemli kararların yönetim kurulunun onayına tabi kılınması mümkündür⁴⁸. Ancak bu halde yönetim kurulu onay vermeden ilgili kararlar alınamayacağından; yani nihai karar merci yine kendisi olduğundan, onayına tabi tuttuğu kararlar dolayısıyla sorumluluğu TTK m. 553/2 kapsamında değildir. Bu kararlar dolayısıyla yönetim kurulu üyeleriyle yönetimi devralanlardan her biri kusuruna ve durumun gereklerine göre, zarar şahsen kendisine yüklenebildiği ölçüde diğerleriyle birlikte müteselsilen sorumlu olur (TTK m. 557/1)⁴⁹.

⁴⁵ Aynı görüşte bkz. TEKİNALP, s. 218; DOĞAN, (2011), s. 236-237; ALTAY, s. 86-87; Nitekim TTK m. 553/2'nin gerekçesinde de "...367. maddedeki görevlerin devredilmesi olanağı yoktur" ifadesi yer almaktadır. Karşıt görüş için KORTUNAY, s. 96.

⁴⁶ TEKİNALP, s. 218.

⁴⁷ KIRCA/ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT, s. 598.

⁴⁸ BÖCKLI, § 13 N. 437; AKDAĞ GÜNEY, (2016), s. 92; KIRCA/ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT, s. 599.

⁴⁹ KIRCA/ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT, s. 599.

C. Yetki Devri Yapılabilecek Kişiler

Yönetim yetkisi bir veya birkaç yönetim kurulu üyesine yahut üçüncü kişilere devredilebilir. Yönetim yetkisinin yönetim kurulu üyelerine ve üçüncü kişilere birlikte devri de mümkündür. Önemli olan husus yetkiyi devralacak kişinin bilgi, tecrübe ve güvenilirlik bakımından şirketi yönetebilecek yetkinlikte olmasıdır⁵⁰. Aslında yönetim yetkisinin, yönetim kurulu üyelerine veya üçüncü kişilere devri farklı sonuçlara bağlanmamıştır. Her iki durumda da yönetimin devredildiği kişiler organ vasfını alırlar ve aynı yetkilere sahiptirler. Aralarındaki tek fark yetki devri yapılan yönetim kurulu üyesinin aynı zamanda üyelik görevini de sürdürüyor olmasıdır. Dolayısıyla bu üyeler yönetim kuruluna katılabilirler, oy kullanabilirler. Yönetim kurulunun devredilemeyen görev ve yetkilerine haizdirler ve bu alandaki sorumlulukları devam eder⁵¹. Yani hem şirketin yönetimi hem de üst gözetim yükümlülüğü olmakla birlikte çift başlı bir görevi yerine getirirler⁵².

Yönetimin üçüncü kişiye devri ise iki şekilde anlaşılabilir. İlki yönetim kurulu üyesi olmayan ancak anonim şirkette görev sahibi bir kişiye mesela genel müdüre veya müdürlere devridir; ikincisi ise şirket dışından bir kişiye yapılan devirdir. Üçüncü kişi bir tüzel kişi de olabilir⁵³. Belirtilmelidir ki TTK m. 370/2 uyarınca temsil yetkisinin üçüncü kişilere devri halinde en az bir yönetim kurulu üyesinin de bu yetkiye sahip olması gerekliliği, yönetim yetkisinin devri bakımından söz konusu değildir⁵⁴.

TTK m. 360 kapsamında belirli pay gruplarına tanınmış olan yönetim kurulunda temsil hakkının, yönetim yetkisinin devrine etkisi tartışmalıdır. *Akdağ Güney*'e göre söz konusu hak delegasyonu kapsayacak şekilde anlaşılabilir ve uygulanamaz. Zira yönetim kurulunun delegasyon yetkisi genel kurula dahi devredilemez bir yetkiyken bunun belirli bir pay gruplarına veya azlığa devredilmesi mümkün olmamalıdır. Ayrıca yönetim yetkisini devredeceği kişinin seçimi, ona talimat verilmesi ve gözetimi dolayısıyla da asıl sorumlu olan yönetim kuruluyken, yetkisinin devri konusunda belirli pay grubu veya azlığa imtiyaz tanınması onu sorumluluktan da kurtarmayacakken bizzat seçmediği birine görev ve yetki devrine zorlanmamalıdır⁵⁵.

⁵⁰ KORTUNAY, s. 95; ÜNAL, s. 86.

⁵¹ KORTUNAY, s. 95.

⁵² AY KAPLAN, s. 64.

⁵³ TEKİNALP, N. 12-67.

⁵⁴ DEMİREL, s. 236.

⁵⁵ AKDAĞ GÜNEY, (2016), s. 90-91.

Altay'a göre ise yönetim yetkisinin devrinde pay grubunun aday önerme hakkı gündeme gelir. Ancak yönetim kurulunun, önerilen adaya yetki devretmek istememesi durumunda dürüstlük kuralı çerçevesinde haklı gerekçelerini göstererek bu adayı seçmeme hakkına sahiptir⁵⁶. Kanaatimizce de TTK m. 360'ın, genel kurulun yönetim kurulunu seçme konusundaki devredilemez yetkisine istisnai nitelikte bir hüküm olduğu göz ardı edilmemeli ve yönetim kurulu, hak sahibi grubun önerdiği adaya yetki devrini uygun görmezse, ilgili gruptan yeni bir aday önermesini isteyebilmelidir.

Yönetim kurulu, üye veya üçüncü kişi olup olmadığı fark etmeksizin yönetimi devrettiği kişiyi bu görevinden her zaman azledebilir. Dolayısıyla azil kararı da kurul olarak alınır. Belirtilmelidir ki yönetim yetkisi kendisine devredilen üyenin bu görevden azli halinde yönetim kurulu üyeliği devam eder zira üyelikten azil yetkisi genel kurulun devredilemez görev ve yetkileri arasındadır⁵⁷.

D. Devrin Koşulları

1. Esas Sözleşmede Hüküm Bulunması

Şirket yönetim yetkisinin devredilebilmesi için gerekli olan ilk geçerlilik şartı esas sözleşmede bu yönde hüküm bulunmasıdır. Esas sözleşmedeki yetki hükmüne en başta yani şirketin kuruluş aşamasında yer verilebileceği gibi sonradan esas sözleşmede değişiklik yapmak suretiyle de yer verilebilir. Bu hususta yapılacak esas sözleşme değişiklikleri için esas sözleşmede daha ağır öngörülmedikçe TTK m. 421/1'deki nisaplar aranır⁵⁸.

Kırca'ya göre esas sözleşmedeki yetki hükmü, yönetimin devrine kişi veya konu bakımından sınırlama getirebilir. Buna göre yönetimin, sırf yönetim kurulu üyesine veya sırf üçüncü kişiye devri öngörülebileceği gibi bir kısım yetkilerin yönetim kurulunda kalması da öngörülebilir. İki sınırlama bir arada bulunabileceği gibi bunlardan sadece birine de yer verilebilir ancak esas sözleşmeyle veya genel kurul kararıyla bunların dışında yönetimin devrine müdahale edilmesi mümkün değildir. Örneğin yönetimin devredileceği kişinin esas sözleşmeyle belirlenmesi, devrin bizzat esas sözleşmeye hüküm konularak yapılması yahut esas sözleşmeyle yönetimin devrinin genel kurula bırakılması

⁵⁶ ALTAY, s. 109-110.

⁵⁷ KIRCA/ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT, s. 610.

⁵⁸ KIRCA/ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT, s. 600.

da mümkün değildir⁵⁹. İsviçre doktrinindeki bu uygulamanın aksine *Doğan*'a göre yetki devrinin nasıl yapılacağı, hangi yetkilerin devredilebileceği ve hangilerinin devredilemeyeceği, yetkilerin yönetim kurulu üyelerine mi, üçüncü kişilere mi, yoksa her ikisine birden mi devredilebileceği hususunda düzenleme yalnızca iç yönergede yapılır. Zira TTK sisteminde emredici hükümler ilkesi kabul edilmiştir ve bu ilke gereğince yönetim kurulunun yetki devri konusundaki münhasır yetkisi kapsamında yer alan bu hususlar esas sözleşmede düzenlenmemelidir⁶⁰. Yönetim ve temsil yetkisinin birbirinden ayrılmadığı eTTK m. 319'a göre ise yönetim yetkisinin devredileceği kişileri belirleme yetkisi genel kurula veya yönetim kuruluna verilebilirdi. Hatta daha ileri gidilerek doğrudan esas sözleşme ile de yönetim ve temsil işlerini yürütecek kişi belirlenebilirdi⁶¹. TTK ile şirket yönetiminin organizasyonu yetkisi, yönetim kurulunun devredilemez yetkileri arasına girdiğinden (TTK m. 375/1-b), artık esas sözleşme ile yetki devri yapılamamalı, yapılsa da geçersiz kabul edilmelidir. Bunun yanında esas sözleşmede yönetim kurulu tarafından belirlenen kişilerin genel kurulun onayına sunulması gerektiği yönünde düzenlemeler de yapılamamalıdır⁶².

Esas sözleşme hükmüyle yönetim kurulunun yönetim yetkisini devri mümkün kılınabildiği gibi böyle bir devrin mecbur tutulup tutulmayacağı konusunda ise farklı görüşler bulunmaktadır. *Tekinalp*'e göre pay sahiplerinin iradesi muhakkak yönetimin devredilmesi şeklinde ise ve esas sözleşmeye bu yönde bir hüküm konulmuşsa, bu iradeye saygı gösterilmelidir⁶³. Hakim olan görüşe göre ise genel kurul yönetim kurulunu delegasyona zorlayamaz⁶⁴. Fikrimizce hakim olan görüş doğrudur. Zira TTK m. 367'de açıkça yönetim kurulunun yetkili kılınmasından bahsedilerek, az önce de değindiğimiz üzere şirket yönetim teşkilatının belirlenmesi ve delegasyon, yönetim kurulunun

⁵⁹ KIRCA/ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT, s. 601-602.

⁶⁰ DOĞAN, (2011), s. 121-123.

⁶¹ Nitekim Yargıtay bir kararında "...müvekkilinin esas sözleşmesinin 10. maddesinde dava dışı Elife Güzeloğlu'nun Murahhas üye olarak belirtildiğini, aynı maddede Murahhas üyenin şirketi tek başına temsil ve ilzam edebileceğinin kararlaştırıldığını..." ifadelerini kullanarak Murahhas üye ile Murahhas müdürün esas sözleşme ile de belirlenebileceğini kabul etmektedir. 11HD, 10.02.2009 tarih, E. 2008/11063, K. 2009/1491 numaralı kararı için bkz. DOĞAN, (2011), 122.

⁶² DOĞAN, (2011), s. 122.

⁶³ TEKİNALP, N. 12-54.

⁶⁴ AKDAĞ GÜNEY, (2010), s. 84; KIRCA/ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT, s. 602; DOĞAN, (2011), s.122.

devredilemeyen görev ve yetkileri arasında sayılmıştır. Kaldı ki genel kurulun yönetim kurulunun münhasır yetki alanına müdahale edebilmesi buna açıkça izin veren bir hükmün bulunmasında söz konusu olabilmelidir. Örneğin yönetim kurulu başkanının seçilmesi yönetim kuruluna ait bir yetkiyken, bu yetkinin genel kurul tarafından kullanılabilmesine TTK m. 366 hükmüyle izin verilmiştir. Yönetim yetkisinin devri zorunluluğuna izin veren böyle açık bir hüküm ise bulunmamaktadır⁶⁵.

2. İç Yönerge Hazırlanması

Yönetim kurulunun yönetim yetkisini devredebilmesi, esas sözleşmeye konulacak bir hükmün yanı sıra bir iç yönergeye göre ve yönetim kurulu kararı ile gerçekleşebilecektir. İç yönerge borç doğurmayan ve görev sahiplerine konumları konusunda garanti vermeyen, pay sahiplerine veya alacaklılara bir hak sağlamayan, işletmenin yönetimine ilişkin bir teşkilat şeması niteliğinde, yönetim kurulu ile yönetim arasındaki yetki sınırını çizen ve yönetimde görev ilişkilerini gösteren bir organizasyon metnidir. İç yönerge ne tescil ne ilan edilir. Yanlışlıkla tescil ve ilan olunduğu takdirde üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez⁶⁶.

Yetki devrinin iç yönerge yerine doğrudan esas sözleşmeye hüküm konulmak suretiyle yapılması mümkün değildir⁶⁷. Ancak TTK m. 367'nin gerekçesinde şu ifadeler yer almaktadır:

“Fıkra örgüt yönetmeliğinin kimin tarafından karara bağlanacağına ilişkin bir açıklığı içermemektedir. Bu yönetmeliği genel kurul veya yönetim kurulu onaylayabilir. Bu onay hiçbir organ açısından o organa özgülenmiş ve devredilemeyecek bir yetki taşımaz. Devir, esas sözleşmede açıkça öngörüldüğüne göre devir yönetmeliği bakımından gerekli esas sözleşmesel dayanak sağlanmış demektir. Önemli olan devirdir. Bu da esas sözleşmede öngörülen bir hükümlerle, “meşruiyet” temelini kazanmış olmaktadır. Teşkilât yönetmeliği bu devri uygulamaya ilişkin hükümlerini göstermesi bakımından önemlidir. Kaynak İsviçre hukukunda bu yetkiyi çoğu kez yönetim kurulu

⁶⁵ KORTUNAY, s. 86.

⁶⁶ TEKİNALP, N. 12-59. Ancak 6552 Sayılı Kanun ile getirilen TTK m. 371/7 hükmüyle bu konuda bir istisna getirilmiştir. Buna göre yönetim kurulu üyelerini veya şirkete hizmet akdi ile bağlı olanları sınırlı yetkiye sahip ticari vekil veya diğer tacir yardımcılarını atayabilir. Bu şekilde atanacak olanların görev ve yetkileri, m. 367'ye göre hazırlanacak iç yönergede açıkça belirlenir. Bu durumda iç yönergenin tescil ve ilanı zorunludur.

⁶⁷ KORTUNAY, 88.

kullanmaktadır”.

Bu ifadelere katılmak mümkün değildir. Çünkü iç yönerge hazırlama yetkisi de TTK m. 375/1-b’de düzenlenen yönetim kurulunun devredilemez yetkilerinden olan şirket yönetim teşkilatının belirlenmesi yetkisine dahildir. Böyle bir yetkinin genel kurul tarafından kullanılması veya genel kurulun onayına tabi tutulması, emredici hükümler ilkesi kapsamında yorumlanması gereken TTK m. 367’deki nihai yetkinin ihlal edilmesi anlamına gelir⁶⁸. Bu bakımdan iç yönerge hazırlama yetkisi münhasıran yönetim kuruluna aittir ve genel kurula devredilemez veya onayına tabi kılınamaz⁶⁹.

İç yönergenin kabulüne yönelik yönetim kurulu kararı için TTK m. 390’daki basit toplantı ve karar nisabı yeterlidir. İç yönergenin şekli hakkında TTK’da bir düzenleme bulunmamaktadır. TTK m. 390/5’e göre yönetim kurulu kararlarının geçerliliği yazılıp imza edilmiş olmalarına bağlıdır. İç yönerge de bir yönetim kurulu kararına dayandığına göre karara konu yönergenin de yazılı olarak hazırlanması şarttır⁷⁰. Kaldı ki yönerge kelimesi yazılı şekle gönderme yaptığı gibi, TTK m 367’nin ikinci cümlesi de yazılı şekli gerekli kılar. Çünkü görev adları, görev tanımları, kimin kime bağlı olduğu ve kimin kime karşı sorumlu bulunduğu ancak yazılı olarak belirlenebilir⁷¹. İç yönerge yönetim kurulu kararının yazıldığı zapta yazılabileceği gibi, karardan bağımsız bir metin olarak da düzenlenebilir⁷².

Yönetim kuruluna bilgi sunulması, yönetim kurulunun özellikle üst gözetim görevinin ifası bakımından büyük önem taşır. Bilgi sunma bağlamında iç yönergede kimin kime bilgi sunmakla yükümlü olduğu belirtilmelidir. Örneğin müdürün yönetim kurulu başkanına ve yönetim kurulu başkanının da yönetim kuruluna bilgi sunacağı iç yönergeye yazılabilir⁷³. Esasında TTK yönetim kuruluna örgüt yönergesinin içeriği konusunda geniş bir özgürlük alanı bırakmıştır. Zira TTK m. 367’de sayılan hususlar iç yönergenin ihtiva etmesi gereken asgari konulardır. Özellikle TTK m. 553/2 anlamında kimlerin sorumlu olduğunu doğru bir biçimde tespit edebilmek amacıyla, asgari

⁶⁸ DOĞAN, (2011), s. 130.

⁶⁹ Aynı doğrultuda diğer fikirler için bkz. KORTUNAY, 88; ALTAY, s. 174 vd.; TEKİNALP, N. 12-56; KENDİGELEN, s. 258; PULAŞLI, (2013), s. 39.

⁷⁰ DOĞAN,(2011), s. 133.

⁷¹ TEKİNALP, N. 12-57.

⁷² DOĞAN, (2011), s. 134.

⁷³ KIRCA/ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT, s. 605.

içerikle ilgili hususlarda iç yönergenin belirsizlikler içermemesi, davayla bağlantılı üçüncü kişilerin de anlayabilmesi için açık ve anlaşılır biçimde kaleme alınmasında büyük fayda bulunmaktadır⁷⁴.

Hangi konuların iç yönergede yer alabileceği hususunda sınırlayıcı bir liste verilmesi mümkün değildir. Bu husus şirketin yürüttüğü faaliyetlere göre, dolayısıyla da şirketten şirkete değişebilir⁷⁵. Yönetim kurulunun organ fonksiyonunu yerine getirmesi açısından önem arz eden her husus yönergede düzenlenebilir. Ancak yönetim kurulunun üst yönetim ve üst gözetim görevlerinin ifası için, bilgi zamanında verilmeli, ihtiyaçları karşılayacak içeriğe sahip olmalı, gerçeği yansıtmalıdır⁷⁶.

İsviçre uygulamasında örgüt yönergelerinde genelde şu hususlar yer almaktadır:

- Giriş,
- Yönetim yetkisine sahip birimler,
- Genel olarak yönetim kurulu- özellikle işleyişi ve yetkileri,
- Kontrol sistemine ilişkin düzenlemeler,
- Bilgi akışı ve raporlamaya ilişkin hükümler,
- Planlama sistemi hakkında düzenlemeler,
- Sonuç⁷⁷.

İç yönerge esas itibarıyla genel ve soyut hükümler içerir. Bu yüzden yönetimin devredileceği kişinin ismine iç yönergede yer verilmeyebilir. Zaten iç yönerge düzenlendikten sonra yönetimin devri kararı alınması uygun olandır. Yetkinin devredildiği kişinin azledilip yerine yenisinin atanması iç yönerge değiştirmeden yapılacaksa, iç yönergenin yetkinin devredildiği kişinin ismini içermemesi, genel ve soyut nitelikte olması gerekir. Dolayısıyla yönetimin kime, hangi kapsamda devredildiğini ve yetkinin devredildiği kişinin görevlerini tespit için yönetim kurulunun devir kararıyla iç yönergenin birlikte göz önünde bulundurulması lazımdır⁷⁸.

⁷⁴ KIRCA/ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT, s. 606.

⁷⁵ DOĞAN, (2011), s. 136-137; KIRCA/ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT, s. 605.

⁷⁶ KIRCA/ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT, s. 605.

⁷⁷ DOĞAN, (2011), s. 138.

⁷⁸ KIRCA/ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT, s. 606.

İç yönergenin herhangi bir şekilde duyurulma zorunluluğu yoktur. Ancak yönetim kurulu istem üzerine pay sahiplerini ve korunmaya değer menfaatlerini ikna edici bir biçimde ortaya koyan alacaklıları, iç yönerge hakkında yazılı olarak bilgilendirmek zorundadır. TTK bu düzenlemede pay sahipleriyle alacaklılar arasında bir fark meydana getirmiştir. Pay sahipleri iç yönerge hakkında her zaman bilgilendirme talebinde bulunabilirler. Ancak alacaklılar korunmaya değer bir menfaatleri bulunduğunu ikna edici bir biçimde ortaya koymak zorundadırlar. Zira kanun koyucuya göre pay sahiplerinin iç yönerge hakkında bilgi alması bakımından korunmaya değer bir menfaatleri bulunduğu zaten güçlü bir karineyken alacaklılar için böyle bir karine mevcut değildir⁷⁹.

Korunmaya değer bir menfaatin bulunup bulunmadığını yönetim kurulu tayin edecektir. Ancak menfaat ortaya koyma şartı katı biçimde uygulanmamalı, ikna edici olmak yeterli kabul edilmelidir⁸⁰. Örneğin şirketin iflas tehdidi altında bulunması veya sorumluluk davası açılmasının düşünülmesi ikna için yeterli ve somut nedenlerdir⁸¹.

İç yönerge hakkında bilgi edinme kapsamında hangi konuda bilgi edinmek isteniyorsa o konunun açıkça belirtilmesi gerekmektedir. Daha önce de bahsettiğimiz gibi sorumluluk davalarında iç yönerge ve hakkında verilecek bilgi çok önemlidir. İç yönergede organizasyon şeması yer aldığından ve kimin kime bağlı olarak çalıştığı ve yetkilerinin ne olduğu hakkında bilgi bulunduğu için bu bilgiler kimlerin ne oranda sorumlu olduğunun tespitinde büyük kolaylık sağlamaktadır⁸².

Bilgilendirmenin yazılı olarak yapılması öngörülmuş ancak bilgi vermenin reddi halinde ne yapılacağı konusunda TTK'da bir düzenlemeye yer verilmemiştir. *Tekinalp*'e göre şartları varsa zararın tazmini davası açılabilir⁸³. *Kırca*'ya göre ise şirkete karşı açılacak bir eda davası ile bilgilendirme talep edilebilir⁸⁴.

⁷⁹ Bkz. TTK m. 367'nin gerekçesi.

⁸⁰ KIRCA/ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT, s. 608.

⁸¹ KIRCA/ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT, s. 608; DOĞAN, (2011), s. 161; KORTUNAY, s. 91.

⁸² DOĞAN, (2011), s. 162.

⁸³ TEKİNALP, N. 12-59.

⁸⁴ KIRCA/ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT, s. 609.

E. Devir Halinde Sorumluluk

Yetki devrinin sorumluluk hukuku bakımından çok önemli sonuçları bulunmaktadır. TTK m. 553/2'ye göre kanundan veya esas sözleşmeden doğan bir görevi veya yetkiyi, kanuna dayanarak, başkasına devreden organlar veya kişiler, bu görev ve yetkileri devralan kişilerin seçiminde makul derecede özen göstermediklerinin ispat edilmesi hali hariç, bu kişilerin fiil ve kararlarından sorumlu olmazlar. Yani yönetim yetkisinin devri TTK m. 367'de öngörülen şartlar çerçevesinde yapılmışsa yönetim kurulu yetkilerin devredildiği alanlarda sorumlu olmaz; yetki devri yapılanlar sorumlu olur. Böylece yetkiyle birlikte sorumluluk da devredilmiş olur⁸⁵.

TTK m. 367'de öngörülen şartları karşılamayan devirler usulsüzdür. Yani esas sözleşmede yetki hükmü bulunmaması, iç yönerge düzenlenmemesi, iç yönergenin TTK m. 367'de belirtilen asgari içeriğe sahip olmaması, devrin iç yönergeye uygun yapılmaması ve devredilemez görev ve yetkilerin devredilmesi durumu yetki devrini usulsüz hale getirir. Bu halde ise yönetim kurulu üyeleri TTK m. 553/2'de öngörülen imkandan yararlanamazlar ve yetki devrini gerekçe gösterip sorumluluktan kurtulamazlar⁸⁶.

Yönetim yetkisi tamamen devredilmiş olsa bile yönetim kurulunun devredilemeyen görev ve yetkileri bakımından sorumluluğu devam eder. Kısmen devir halinde ise sorumluluk yalnız devredilenler için kalkar; devredilmeyen görevler yönünden varlığını sürdürür⁸⁷.

TTK m. 553/2, kanunun cevaz verdiği tüm devirleri kapsama almıştır. Bu durumda 367 ile 370. maddeler uyarınca yapılan devirler hükmün kapsamına girecek, hatta m. 368 yani ticari vekil ve ticari temsilci atanması durumlarında da dikkate alınabilecektir⁸⁸.

TTK m. 553/2'ye karşılık gelen İsvBK m. 754/2'de yetki devri yapılan kişilerin seçiminin yanı sıra bu kişilere talimat verilmesi ve gözetimlerinde gerekli özenin gösterilmemiş olması da sorumluluk nedenleri arasında sayılmıştır. TTK n. 553/2'de ise yalnızca seçimleri konusundaki gerekli özenden bahsedilerek gerekçesinde “İsviçre hükmü seçimde özen yükümü yanında ‘talimat’ ve ‘gözetim’ özenine de yer verir. ‘Delegasyon’da gözetim

⁸⁵ KORTUNAY, s. 98.

⁸⁶ KIRCA/ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT, s. 612, dn. 609.

⁸⁷ KORTUNAY, s. 98; DOĞAN, (2011), s. 273-274.

⁸⁸ Bkz. TTK m. 553/2. ‘nin gerekçesi.

görevinin devredende olduğu şüphesizdir” biçiminde ifade edilmiş, talimat vermede gerekli özenin gösterilmesinden söz edilmemesini haklı kılan bir açıklama yapılmamıştır⁸⁹.

Doğan'a göre yönetim kurulunun yöneticilere talimat vermesi mümkün değildir. Yöneticiler kendilerine yönetim yetkisi devredilmekle organ niteliği kazandığından, kanuna, esas sözleşmeye ve iç yönergelere uygun bir şekilde bağımsız olarak faaliyet gösterebilir ve kullandığı yetkilerden dolayı şahsen sorumlu olurlar. Bu bakımdan yetki devri sonrasında yönetim kurulunun devam eden yetkisi talimat verme değil bilgilendirme⁹⁰. *Akdağ Güney* ise İsviçre doktrininde ve yargı kararlarında yöneticilerin bilgilendirilmesi şeklinde bir anlayıştan ziyade onlara talimat verilmesi görüşünün hakim olduğunu belirtmektedir. Yazar aynı zamanda yönetim kurulunun görev ve yetkilerini devrettiği kişilerden daha fazla bilgi sahibi olamayacağından bahisle bilgi akışının yukarıdan aşağıya doğru gerçekleşmeyeceğini ileri sürmüştür⁹¹. *Kortunay* her iki görüşün de haklı nedenlere dayandığını, talimat alan bir kişinin yönetici kabul edilemeyeceğini ancak üst yönetim konumundaki yönetim kurulunun bizzat atama ve azil yetkisine sahip olduğu kişilere karşı bilgi verme yükümlülüğü altına girmesinin düşünülemediğini ileri sürmüştür. Bunun yanında talimat verme hiyerarşik bir ilişki içinde emir ve direktifler verilmesi değil, yönlendirme, yol gösterme, kılavuzluk etme, şirketin politika ve hedeflerinin belirlenmesi şeklinde anlaşılmalıdır. Hiç kuşkusuz böyle bir destek aynı zamanda konuyla ilgili bilgilendirmeleri de zorunlu olarak içerebilir. Bunu işletmede göreve yeni başlayacak bir departman sorumlusunun işletme sahibi tarafından o departmandaki iş bölümü, iş akışı, çalışanların görev ve sorumlulukları, diğer departmanlarla olan ilişkiler ve koordinasyon gibi konularda bilgilendirilmesi ve bu bilgilendirmenin değişen koşullar nedeniyle zaman zaman yinelenmesine benzetmek mümkündür⁹².

Kırca'ya ve bizim de katıldığımız görüşe göre madde hükmünde talimat verme yükümlülüğünden söz edilmemesi, yetkiyi devreden yönetim kurulu üyelerinin böyle bir yükümlülükleri bulunmadığı anlamına gelmez. Çünkü öncelikle şirketin üst düzeyde yönetimiyle ilgili talimatların verilmesi (TTK

⁸⁹ Bkz. TTK m. 553/2'nin gerekçesi; Hükmün lafzının ve gerekçesinin uyumsuzluğuna ve olması gereken şekline dair bkz. GÖKTÜRK, s. 189-190.

⁹⁰ DOĞAN, (2011), s. 278;

⁹¹ AKDAĞ GÜNEY, (2016), s. 98, dn. 288.

⁹² KORTUNAY, s. 99, dn. 341.

m. 375/1-a) ve yönetimle görevli kişilerin, kanunlara, esas sözleşmeye, iç yönergelere ve yönetim kurulunun yazılı talimatlarına uygun hareket edip etmediklerinin üst gözetimi (TTK m. 375/1-e) yönetim kurulunun devredilemez görev ve yetkileri arasında sayılmıştır. Dolayısıyla sistematik yorum yetkiyi devreden yönetim kurulu üyelerinin TTK m. 553/2'den yararlanmalarını, talimat vermede gerekli özeni göstermelerine de bağlı kılmaktadır. Aksinin kabulü m. 375/1'in (a) ve (e) bentlerinin talimatlarla ilgili kısımlarını işlevsiz hale getirir⁹³.

Seçim, talimat verme ve gözetimde gereken özenin gösterilip gösterilmediğinin ispat yükünün kime yani sorumluluk davası açan davacıya mı yoksa yetkiyi devreden yönetim kurulu üyesi davalıya mı ait olacağı hususu TTK m. 553/2'de açık değildir. Tasarının TBMM'ye sunulan ilk metninde, yönetim kurulu üyeleri görev ve yetkilerini devrettikleri kişilerin seçiminde akla yatkın derecede özen gösterdiklerini ispatlayabilirlerse sorumluluktan kurtulacaklardı. Ancak Adalet Komisyonu'nda kabul edilen metinde “*görev ve yetkileri devralan kişilerin seçiminde makul derecede özen göstermediklerinin ispat edilmesi halinde*” denilerek ispat yükü özen göstermediklerini iddia eden kimseye yükletilmektedir. Böylelikle yetki ve görev devri halinde ispat yükü, ters çevrilmek suretiyle yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunun hafifletilmesi amaçlanmıştır⁹⁴. Oysa mehz İsvBK'da tam tersidir. Yani ispat yükü yönetim kurulundadır. Zira üçüncü kişinin, yönetim kurulu üyesinin devir yapılan kimsenin seçiminde, ona talimat verilmesinde ve gözetiminde gerekli özeni göstermediğini ispatlaması son derece güçtür. Yönetim kurulu üyesi, şirketin iç organizasyonu ve onun yürütülmesi hususunda daha fazla bilgiye sahiptir. Üçüncü kişinin, şirketin organizasyon şeması dışında işlerin gidişatı ile ilgili bilgi alma hakkının son derece kısıtlı ve delegasyonu yapan yönetim kurulunun gereğini yapmadığının ispatının zor olduğu gerçeği karşısında ispat yükünün ters çevrilmesinin hukuki bakımdan savunulması güçtür⁹⁵. Nitekim *Kırca* da ispat yükü konusunda mehz kanundaki gibi düşünmenin daha isabetli olduğunu savunmaktadır⁹⁶.

Yetki devri halinde uygulanacak olan ve üyelerin gözetim yükümünü düzenleyen TTK m. 553/3 üzerinde ayrıca durmakta yarar vardır. Hükme göre;

⁹³ KIRCA/ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT, s. 613.

⁹⁴ AKDAĞ GÜNEY, (2016), s. 103.

⁹⁵ KENDİGELEN, s. 459-460; AKDAĞ GÜNEY, (2016), s. 104.

⁹⁶ KIRCA/ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT, s. 616.

hiç kimse kontrolü dışında kalan, kanuna veya esas sözleşmeye aykırılıklar veya yolsuzluklar sebebiyle sorumlu tutulamaz; bu sorumlu olmama durumu gözetim ve özen yükümü gerekçe gösterilerek geçersiz kılınamaz.

TTK m. 553/3'ün mehz karşılığı bulunmamaktadır. İlgili hükmün gerekçesi ise şu şekildedir:

“Üçüncü fıkra yönetim organının, organsal işlevi ister kanuna göre devredilmiş olsun, ister organın kendisinde kalsın üyelerin gözetim yükümlerini tanımakta, ancak bu yükümün kontrol dışında kalan olgu ve konularda bulunmadığını hükme bağlamaktadır. Bu hüküm yönetim ile görevli kişilerin bu arada yönetim kurulu üyelerinin uygun nedensellik bağının veya kusurlarının yokluğu halinde, soyut bir gözetim (nezaret) görevi anlayışına dayanılarak sorumlu tutulmalarına engel olmak amacıyla öngörülmüştür. Çünkü, uygulamada yönetim kurulu üyelerinin insan takatinin üstünde bir gözetim anlayışıyla şirketteki her türlü kanuna veya esas sözleşmeye aykırılıktan sorumlu tutuldukları gözlemlenmiştir.”

Pulaşlı'ya göre bu hüküm çok sorun yaratabilecek ve tartışılacak niteliktedir. Zira devredilmesi mümkün olmayan gözetim görevinden doğan sorumluluğa dair böyle bir kısıtlama, görevin işlevsizliğine yol açabilir. Ayrıca “kontrol dışında kalan aykırılıklar” dan ne anlaşılması gerektiği de belirsizdir⁹⁷.

Pulaşlı ile aynı doğrultuda düşünen *Akdağ Güney*'e göre de TTK bu düzenlemeyle adeta bir eliyle verdiğini diğer eliyle almıştır⁹⁸. Zira bu hükümle TTK m. 375/1-e'de öngörülen üst gözetim görevi etkisiz hale getirilmektedir. Yazara göre bir tepkinin dışı vurumu anlamına gelen bu düzenlemenin amacı, yönetim kurulu üyelerini korumaya yöneliktir. Ancak çok büyük ve karmaşık yapıya sahip anonim şirketlerde hemen her şey, nesnel açıdan kolayca yönetim kurulu üyesinin kontrolü dışında kalabilir. İşletme ne kadar büyürse kontrolü o kadar zorlaşır ve bu da gösterilmesi gereken özen borcunu ağırlaştırır. Kontrolün güçleştiği bu işlerde çözüm, yönetim kurulu üyesinin özen borcunu kontrolü alanındaki işlerle sınırlamak değil, onun kontrolü sağlayacak mekanizmaları kurmasını sağlamaktır⁹⁹.

⁹⁷ PULAŞLI, (2009), s. 41.

⁹⁸ AKDAĞ GÜNEY, (2010), s. 86; *Altay* ise bu düşüncenin üst gözetim ve gözetim kavramlarını ayıramadığı için hatalı olduğunu ileri sürmüştür. (ALTAY, s. 284 vd.)

⁹⁹ AKDAĞ GÜNEY, (2016), s. 164-165.

Kırca'ya göre ise ilgili hüküm, esasa ilişkin bir yenilik taşımamaktadır¹⁰⁰. Bir husus yönetim kurulu üyesinin kontrolü dışında kalıyorsa zaten sorumluluğun koşullarından olan hukuka aykırılıktan yani gözetim yükümlülüğünün ihlalden söz edilemeyecektir. Dolayısıyla sorun kusur ve illiyet bağından ziyade sorumluluğun unsurlarından olan bir yükümlülüğün ihlaliyle ilgilidir. Bu anlamda TTK m. 553/3 norm olmaktan ziyade bir normu izaha yönelik gayret taşıyan ve kanun koyma tekniğine uygun düşmeyen bir hükümdür. Fikrimizce de gözetim yükümlülüğü bir biçimde işlevsiz hale dönüştürülürse yönetim kurulu üyeliği de işlevsizleştirilmiş olur. Fakat kapsamı iyi tayin edilmezse, şirkette gerçekleştirilen bütün usulsüzlüklerden üyeler sorumlu tutulur- ki kanun koyucu böyle bir sonucu istememektedir. Zaten böyle bir sonuç yetkinin devri kavramını da anlamsız hale getirecektir. Bu nedenle gözetim görev ve yetkisi doğru anlaşılıp uygulanmalıdır. Yönetim kurulunun devredemeyeceği gözetim görev ve yetkisi, üst gözetimle sınırlıdır. Günlük iş akışının, münferit iş ve işlemlerin gözetimi yani günlük gözetim ise üst gözetime dahil değildir¹⁰¹.

SONUÇ

Yönetim kurulunun TTK m. 367'ye dayanarak yönetim yetkisini devrettiği hallerde yetkiyi devrettiği kişileri gözetlemekle yükümlüdür (TTK m. 375/1-e). Ancak bu sayede yöneticilerin iş ve işlemlerinin hukuka ve şirketin çıkarlarına uygunluğu sağlanabilir.

Üst gözetim kurul-organ olarak yönetim kuruluna ait devredilmez ve vazgeçilmez bir yetkidir. Yönetim kurulu üyeleri, yasada kendilerine tanınmış olan bilgi alma ve inceleme hakkı çerçevesinde gözetim görevini yerine getirirler. Ancak yönetim kurulu ve üyeler, kontrol ve denetim organı olmadığından gözetim görevi de hiçbir zaman denetçilerin yaptıklarını kontrol etme ve denetleme kapsamında olmaz. Üyelerin gözetim görevinin ihlalde sorumluluğu TTK m. 553 hükmü çerçevesinde değerlendirilir.

Yönetim kurulu, idare ve temsil ile görevlendirilen kimselerin yaptıkları işleri, mümkün olduğunca fazla zaman aralığı bırakmadan gözetmeli, yapılan işlere ilişkin kritik sorular sormalı ve gerektiği takdirde müdahale etmelidir. Yani yapılan her bir işi değil, yöneticilerin faaliyetlerini ve işin gidişatını genel olarak kontrol etmelidir. Zira TTK m. 375/1-e gerekçesine

¹⁰⁰ KIRCA & ŞEHİRALİ ÇELİK & MANAVGAT, s. 614.

¹⁰¹ KIRCA & ŞEHİRALİ ÇELİK & MANAVGAT, s. 615.

göre yönetim kurulu, bir kontrol ve denetim organı değildir. Günlük gözetim de üst gözetime dahil değildir. Günlük gözetim görev ve yetkisinin de TTK m. 367 çerçevesinde devri mümkündür. Bu husus özellikle büyük şirketler için önemlidir. Çünkü küçük şirketlerde ister üst ister günlük olsun gözetimin her türlüşünün bizzat veya bir komite yahut komisyon yardımıyla yönetim kurulu tarafından yerine getirilmesi mümkünken, büyük şirketlerde günlük gözetimin devrine imkan tanımak gerekir¹⁰². Ancak elbette ki yönetim kurulu, “güvenmek iyidir, kontrol etmek daha iyidir” ilkesi uyarınca bu konuda somut bazı önlemleri almakla da yükümlüdür.

KAYNAKÇA

- AKDAĞ GÜNEY, Necla: **Anonim Şirket Yönetim Kurulu**, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık İstanbul, 2016. [AKDAĞ GÜNEY, (2016)]
- AKDAĞ GÜNEY, Necla: **Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu**, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010. [AKDAĞ GÜNEY, (2010)]
- ALTAY, Sıtkı Anlam: **Anonim Ortaklıkta Yönetim Yetkilerinin Devrinin Sorumluluğa Etkisi**, 1. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011.
- AY KAPLAN, Ülkü: **Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulunun Gözetim Görevi**, 1. Baskı, Seçkin, Ankara, 2017.
- BÖCKLI, Peter: **Schweizer Aktienrecht**, 3. Auflage, Schulthess, Zürich, 2004.
- DEMİREL, Duygu: “Anonim Şirketlerde Yönetim Yetkisinin Devri”, **Hacettepe HFD**, C. 7, Sa. 2, Y. 2017, s. 211-250.
- DOĞAN, Beşir Fatih: **Anonim Şirket Yönetim Kurulunun Organizasyonu ve Yönetim Yetkisinin Devri**, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul,

¹⁰² KIRCA/ŞEHİRALİ ÇELİK/MANAVGAT, s. 561.

2011. [DOĞAN, (2011)]

DOĞAN, Beşir Fatih: “Yönetim Kurulunun Devredilemez Yetkileri ve Yönetim Yetkisinin Devri”, **MÜHFD**, C. 18, Sa. 2, Y. 2012, s. 609-640. [DOĞAN, (2012)].

EMİNOĞLU, Cafer: **Kurumsal Yönetim**, 1. Baskı, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014.

GÖKTÜRK, Kürşat: “Anonim Şirket Yönetim Kurulunun Özellikle Yetki Devri Halinde Gözetim Sorumluluğu ve Hukuki Belirlilik Sorunu”, **TBB Dergisi**, Sa. 114, Y. 2014, s. 179-200.

HELVACI, Mehmet: “Yönetim Kurulunun Anonim Şirketi İdare ve Temsili, Özellikle Devredilemez Görev ve Yetkileri”, **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 9, Sa. 117-118, Y. 2014, s.119-132.

KAYA, Mustafa İsmail: “Anonim Şirket Yönetim Kurulunun Denetim ve Gözetim Görevi”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi: Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan**, C. 16, Özel Sayı 2014, Y. 2015, s. 3261-3286.

KAYIHAN, Şaban: **Anonim Şirketlerde Üst Gözetim**, 1. Baskı, Seçkin, Ankara, 2011.

KENDİGELEN, Abuzer: **Türk Ticaret Kanunu: Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler**, 3. Baskı, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.

KIRCA, İsmail/ŞEHİRALİ ÇELİK, Feyzan Hayal/MANAVGAT, Çağlar: **Anonim Şirketler Hukuku Cilt: I**, 1. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2013.

KORTUNAY, Ayhan: **Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu ve Üyelerin Bilgi Alma Hakkı**, 1. Baskı, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015.

ÖZDAMAR, Mehmet: “6552 Sayılı Kanun ile TTK’da Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Anonim Şirketin Temsili”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XVIII, Sa. 3-4, Y. 2014, s. 137-164.

PULAŞLI, Hasan: “Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Özen Yükümlülüğü ve Mütessesil Sorumluluğu”, **BATİDER**, C. 25, Sa. 1, Y. 2009, s. 27-66. [PULAŞLI, (2009)]

- PULAŞLI, Hasan: **Şirketler Hukuku Şerhi Cilt: I**, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011. [PULAŞLI, (2011)]
- PULAŞLI, Hasan: “Anonim Şirketlerde İç Yönerge, **LHD**, C. 11, Sa. 125, Y. 2013, s. 35-45. [PULAŞLI, (2013)]
- TEKİNALP, Ünal: **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, 3. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013.
- ÜNAL, Mustafa: “Anonim Ortaklıklarda Yönetim ve Yönetim Görevlerinin Murahhaslara Bırakılması”, **BATİDER**, C. 11, Sa. 3, Y. 1982, s. 49-89.
- YANLI, Veliye: “İsviçre Anonim Ortaklıklar Hukuku’nda ‘İşbölümü İlkesi’ ve Yönetim Kurulunun Münhasır Yetkileri”, **İÜHF**, C. LV, Sa. 3, Y.1997, s. 261-277.

KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA HALKA AÇIK ANONİM ORTAKLIK YÖNETİM KONTROLÜ EL DEĞİŞİKLİKLERİNDE KONTROL PRİMİNİN PAYLAŞILMASI

Barış GÖZÜBÜYÜK*

ÖZ

Halka açık anonim ortaklık yönetim kontrol el değişikliklerinde yönetim kontrolünün elde edilmesi amacıyla hakim pay sahibine¹ primli fiyat ödenmektedir. Kontrol priminin azınlık pay sahipleriyle paylaşılması yükümlülüğü; bir taraftan pay sahipleri arasındaki eşitliğe hizmet ederken, diğer taraftan el değişikliği maliyetlerini arttırmaktadır. Kontrol priminin paylaşılmasına imkan tanıyan düzenlemelerin başında zorunlu pay alım teklif düzenlemeleri gelmektedir. Bu düzenlemelerde, kontrol eşliğinin o ülkede faaliyet gösteren halka açık anonim ortaklıkların mülkiyet yapısına uygun olacak şekilde tespit edilmesi büyük önem arz etmektedir. Kontrol priminin paylaşılmasına ilişkin olarak Kıta Avrupası ve Amerikan Hukukunda farklı yaklaşımlar öngörülmüştür. Bu çalışmanın amacı, hangi düzenleme ve yöntemle azınlık pay sahiplerinin korunması ve piyasa etkinliğinin sağlanması amaçlarının birlikte gerçekleştirilebileceği sorusuna cevap bulmaktır.

Anahtar Kelimeler: Yönetim kontrolü, kontrol primi, zorunlu pay alım teklifi, aleni pay alım teklifi, hakim pay sahibi

SHARING CONTROL PREMIUM IN PUBLICLY-HELD CORPORATION TAKEOVERS

ABSTRACT

In order to gain management control of a publicly-held corporation, premium price is paid to the controlling shareholder. Obligation of sharing control premium with minority shareholders, on the one hand serve the equality between shareholders, on the other hand increases takeover expenditures. Foremost among enabling control premium sharing regulations are mandatory bid regulations. In these regulations,

* AHBVU Özel Hukuk Doktora Öğrencisi. **E-Posta:** bgzbyk@gmail.com

¹ Bu çalışma, Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kontrolünün El Değiştirmesi isimli doktora tezinden türetilmiştir.

ORCID ID: 0000-0002-5362-275

DOI : 10.34246/ahbvuhfd.733342

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 01/10/2019

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 02/03/2020

*determining the control threshold according to the publicly-held corporations' ownership structure in that country is of great importance. Regarding the sharing of the control premium, different approaches have been envisaged in Continental European and American Law. The aim of this study is to find out which regulation and method can be used to protect the minority shareholders and achieve market efficiency together**.*

Key Words: *Management control, control premium, mandatory bid, tender offer, controlling shareholder*

GİRİŞ

Halka açık anonim ortaklıklarda yönetim kontrol el değişiklikleri çoğu zaman pay iktisapları yoluyla gerçekleşir. Bu iktisaplar ise; hakim pay sahibiyle yapılan kontrol satış sözleşmesi (borsa dışı blok alım), borsada iktisap ve aleni pay alım yöntemi (takeover) neticesinde gerçekleşebilir².

Borsa dışı blok alım yönteminde; hedef ortaklık yönetim kontrolünü elde etmek isteyen kişi³, yönetim kontrolünü temsil eden paylara sahip olan hakim pay sahibi konumundaki kişiyle ya da pay sahibi grubuyla anlaşmak yoluna gider⁴. Bu yöntemde, fiyatı belirleyen temel unsur; pay satışıyla ortaklık yönetim kontrolünün de el değiştireceğinin bilincinde olan hakim pay sahibinin pazarlık etme gücüdür⁵. Bu bağlamda, hakim pay sahibi devrettiği paylar için çoğu zaman piyasa fiyatının üzerinde bir fiyat talep etmek yoluna gider⁶.

HAAO'ların yönetim kontrolünü elde etmek için özellikle dağınık mülkiyet yapısının görüldüğü hallerde etkin bir biçimde uygulanan diğer bir yöntem ise; aleni pay alım teklifi⁷ (tender offer/takeover bid)'dir. Bu yöntemde

² Bkz. KRAAKMAN /ARMOUR/DAVIES /ENRIQUES/HANSMANN/HERTIG /HOPT/KANDA /PARGEND LER /RINGE/ROCK, s. 206; ŞEHİRALİ ÇELİK, s. 58 vd.

³ Bundan böyle teklif sahibi olarak adlandırılacaktır.

⁴ ŞEHİRALİ ÇELİK, s. 60; LOHRER, s. 135.

⁵ ŞEHİRALİ ÇELİK, s. 61; LOHRER, s. 136.

⁶ ŞEHİRALİ ÇELİK, s. 61; LOHRER, s. 136.

⁷ Aleni pay alım teklifi kavramı Türk hukuk öğretisinde ilk kez *Manavgat* tarafından kullanılmıştır. Bkz. MANAVGAT, (1997); Bu kavram, her ne kadar pozitif hukuk metinlerinde yerini almamış olsa da; gönüllü olarak yapılan pay alım teklifinin tüm unsurlarını ihtiva

bir HAAO'nun tüm pay sahiplerinin kabulüne açık biçimde teklif yapılarak ortaklık yönetim kontrolünün elde edilmesine imkan tanıyacak oranda pay iktisap edilmeye çalışılır⁸.

Teklif sahibinin, yönetim kontrol el değişikliği için piyasa fiyatının üzerinde teklif yapması; onu ağır bir mali külfetin altına sokar. Bu açıdan, teklif sahibinin sadece yönetim kontrolünü temsil eden paylara yüksek ödeme yapması onun menfaatindedir. Teklif sahibi, çoğu zaman yönetim kontrolünü elde edecek oranda paya sahip olduktan sonra; azınlık pay sahiplerinin⁹ paylarını düşük bedelle iktisap etmek yoluna gider. Bu durumda aynı pay grubundaki paylara sahip olan pay sahipleri arasında bir eşitsizlik meydana gelir.

Hedef ortaklık pay sahipleri arasında ortaya çıkan bu eşitsizliği gidermek için Kıta Avrupası Hukukuna tabi ülkelerde zorunlu pay alım teklifi düzenlemesine gidilmiştir. Bu bağlamda, Aleni Pay Alım Teklifi Yoluyla Ortaklık Paylarının Toplanması İlişkin 2004/25 sayılı AB Direktifi¹⁰, AB üyesi ülkeler bakımından yönetim kontrol el değişikliklerini düzenleme altına almıştır. Direktif'in 5 inci maddesi üye ülkeler bakımından zorunlu pay alım teklifi (*mandatory bid*) düzenlemesi öngörerek azınlık pay sahiplerinin korunmasına ilişkin etkin bir mekanizma ortaya koymuştur¹¹.

Zorunlu pay alım teklifi düzenlemesi, yönetim kontrol el değişikliklerinde azınlık pay sahiplerinin de kontrol priminden yararlanmasına imkan tanıyarak azınlık pay sahiplerine önemli bir hukuki koruma sağlamaktadır. Bu bağlamda, Türk Hukukunda da SPKn¹² m. 26 ile zorunlu pay alım teklifi düzenleme altına alınmıştır. Aynı kanunun 25/1'inci maddesiyle zorunlu pay alım teklifi yapılmasıyla ilgili usul ve esasları belirleme görevi SPK'ya bırakılmıştır. Bu doğrultuda, SPK tarafından hazırlanan II-26.1 no.lu Pay Alım Teklifi

etmesi bakımından kanaatimizce isabetlidir; Aleni pay alım teklifi ifadesinin kullanılmasının yerinde olduğuna ilişkin olarak bkz. İHTİYAR, s. 237.

⁸ Bkz. MANAVGAT, (1997), s. 7.

⁹ Bu çalışma kapsamında "azınlık" terimi, teknik anlamda azınlık olmayıp yönetim kontrolünü temsil eden paylara sahip olanlar dışında kalanları belirtmek için kullanılmıştır.

¹⁰ Bundan böyle Direktif olarak adlandırılacaktır.

¹¹ Direktif metni için bkz. ([https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32004L0025&from=EN.](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32004L0025&from=EN), erişim: 20.07.2019).

¹² 30/12/2012 tarihli ve 28513 sayılı R.G.

Tebliğiyile¹³, gönüllü ve zorunlu pay alım teklifine ilişkin usul ve esaslar belirlenmiştir.

Amerikan Hukuk sisteminde federal düzeyde zorunlu pay alım teklifi kabul edilmemiştir. Ancak, SEC kurallarıyla, aleni pay alım teklifleri (*tender offer*) bakımından pay sahipleri arasında eşitlik sağlamaya yönelik bazı düzenlemeler öngörülmüştür. Ayrıca, yönetim kontrol el değişikliği işlemleri bakımından mahkeme kararlarıyla geliştirilen içtihatlar olduğu gibi; istisnai olarak bazı eyalet yasalarında da zorunlu pay alım mekanizmasına benzeyen düzenlemeler öngörülmüştür.

Bu çalışmada; HAAO'larda yönetim kontrol el değişikliğine imkan veren diğer yöntemler kapsam dışı bırakılarak pay iktisabı yoluyla gerçekleşen yönetim kontrol el değişikliği işlemleri bakımından kontrol primi kavramı ile kontrol priminin paylaşılması yükümlülüğüne ilişkin olarak Kıta Avrupası ve Amerikan hukuklarının yaklaşımlarına yer verilmiştir.

I- KONTROL PRİMİ KAVRAMI

1) Genel Olarak

Kontrol primi, halka açık anonim ortaklıklarda yönetim kontrolünü temsil eden payları elinde bulunduran pay sahibi/sahiplerine, paylarını satmaları karşılığında; pay başına piyasa değerinin üzerinde ödenen artı değerdir¹⁴. Bu bağlamda örneğin, tekliften önce payını satarak ortaklıktan ayrılmak isteyen pay sahibi (A), pay başına (X) lira kazanacaktır. Teklif yapılması ve (A)'nın da bunu kabul etmesi halinde (A); pay başına (X)+(Y) lira kazanır. İşte, (A)'ya sahip olduğu pay başına fazladan ödenen meblağ, yani (Y) kontrol primidir.

Kontrol priminin hesaplanabilmesi için bir değerlendirme (valuation) işlemi yapılması gerekir¹⁵. Değerleme işlemi parasal karşılığı olan malvarlığı unsurları bakımından söz konusu olabilir. Bu bağlamda, anonim ortaklıklarda kontrol kavramının ekonomik bir değeri olmalıdır ki, söz konusu değer üzerinden yapılan hesaplama neticesinde kontrol primine ulaşabilmek de mümkün olsun. Nitekim öğretilerde kontrolün ekonomik bir değeri olduğu belirtilmektedir¹⁶. Kontrol prim fiyatını etkileyen pek çok faktör olabilir. Bu

¹³ 23/1/2014 tarihli ve 28891 sayılı R.G.

¹⁴ Bkz. KOLCUOĞLU, s. 10, dn. 7, s. 14.

¹⁵ Bu konuda bkz. DAMODARAN, s. 493 vd.

¹⁶ Bkz. WYMEERSCH, s. 358.

etkenlerin irdelenmesi çalışma konumuz dışındadır. Ancak, bazı hallerde teklif sahibi hedef ortaklığa stratejik açıdan ihtiyaç duyabilir. Bu bağlamda, teklif sahibi yönetim kontrol el değişikliğinin kısa ve orta vadede finansal açıdan kendisine yarar sağlamayacağı bilincinde olmasına rağmen; finansal gerekçeleri arka planda tutarak stratejik bazı kaygılarla teklif yapabilir. İşte, bu ve benzeri örneklerde ödenen kontrol primi, olması gerekenin çok üstüne çıkabilir.

Ortaklığın kontrolü pazarı (*market for corporate control*) teorisi¹⁷ uyarınca; etkin olmayan ve ortaklığın potansiyelini gerektirdiği gibi kullanamayan yönetimlerin performanslarındaki düşüklükle; ortaklık paylarının borsa değeri arasında bir bağlantı vardır¹⁸. Bu bağlamda, kontrol primiyle yöneticilerin performansı arasında da bir ilişki vardır. Eğer hedef ortaklık yöneticilerinin performansı düşükse ortaklık pay sahiplerinin alacağı kontrol primi daha yüksektir¹⁹. Zira, hedef ortaklık yönetim kontrolünü elde etmek isteyen kişi; kötü yönetim nedeniyle hedef ortaklığın gerçek potansiyelinin altında değerde olduğunu ve uygulayacağı doğru strateji ve politikalarla da ortaklığın karlılığını artıracaklarını düşünmektedir. Yönetim ne kadar kötüyse performans o kadar düşük, iyileştirme potansiyeli de o kadar yüksek olacaktır. Teklif sahibinin ödemeyi kabul ettiği kontrol primi, kontrolü elde ederek ulaşmayı planladığı kazancın sadece bir bölümüdür²⁰. Bu açıdan, her ticari işte olduğu gibi kontrol işlemleri bakımından da risk unsuru vardır. Dolayısıyla, ortaklık yönetim kontrolü el değiştirmesine karşın ortaklık karlılığının artış göstermemesi; hatta gerilemesi de mümkündür²¹.

Anonim ortaklıklarda yönetim kontrolü, anonim ortaklık yönetim mekanizması üzerinde hakimiyet kurulmasıyla mümkün olabilir²². Bu

¹⁷ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. HACİMAHMUTOĞLU, (2006), s. 258-289.

¹⁸ MANNE, s. 112.

¹⁹ DAMODARAN, s. 494.

²⁰ EASTERBROOK/FISCHEL, s. 112.

²¹ Bu konudaki açıklamalar için bkz. EASTERBROOK/FISCHEL, s. 115.

²² PASLI, s. 37; Diğer taraftan bir anonim ortaklıkta sermayede kontrolü sağlamadan, salt yönetimde kontrolü sağlamanın; o ortaklığın tam manasıyla kontrolüne sahip olmak şeklinde yorumlanamayacağı da altını çizmemiz gerekir. Zira, münhasıran yönetim kurulunun görev alanına giren konular olduğu gibi; münhasıran genel kurulun görev alanına giren konular da vardır. İşte, sermayede kontrolü sağlamadan, hukuki araçlar vasıtasıyla yönetimde kontrolü sağlamak; alınacak her karar bakımından yönetim kontrolünü elinde bulunduran kişi veya gruba hakimiyet sağlamaz. Buna rağmen, yönetimde kontrolü ön plana çıkarmamızın temel nedeni yönetim kurulunun stratejik bakımdan haiz olduğu önemdir.;

bakımdan, ortaklık yönetim kurulu üzerinde hakimiyet kurulması zorunludur. Buradan yola çıkarak kontrolün ifade ettiği ekonomik değer de yönetim işleviyle alakalı olması gerektiği sonucuna ulaşmamız mümkündür²³. Yönetim performansın ortaklığın karlılığını etkilediği açıktır. Anonim ortaklıkların profesyonel yöneticiler tarafından yönetilmeye başlamalarının en temel nedeni de bizce budur²⁴.

2) Kontrol Primi Neden Ödenir?

Hedef ortaklık yönetim kontrolünü elde etmek isteyen kişi; neden kontrol primi ödemek zorundadır sorusunun ilk cevabı hedef ortaklık pay sahiplerinin ikna edilmesi olacaktır²⁵. Çünkü hedef ortaklık hakim pay sahibi, kontrol primi almaksızın sahip olduğu payları satmak istemeyecektir²⁶. Bunun en temel nedeni hakim pay sahibinin hali hazırda kontrol sahibi olmanın getirdiği menfaatlardan yararlanmasıdır²⁷. Bu bağlamda, yönetim kontrol el değişikliği teklifiyle karşı karşıya kalan hakim pay sahibinin payını satması veya satmaması tercihlerinin beraberinde getirdiği bir alternatif maliyet vardır²⁸. Hakim pay sahibi için ortak olarak kalmaya devam etmek mi yoksa ortaklıktan ayrılmak mı daha karlı olacaktır²⁹? İşte teklif sahibi; bir anlamda hakim pay sahibinin omuzlarındaki alternatif maliyeti kendi üzerine alıp, onun payını devretmesini sağlamak için kontrol primi öder³⁰.

İkinci cevap da ilk cevapla yakın bağlantı içindedir. Bu bağlamda, yönetim kontrolünü elde etmek isteyen kişi; yönetim kontrol el değişikliğiyle bazı menfaatlara ulaşmayı ummaktadır³¹. İşte, kontrol primi bu yönüyle belli

Herhangi bir organizasyonda stratejik bir pozisyona sahip olmanın kontrol gücünün temelini oluşturduğu yönünde bkz. HERMAN, s. 17.

²³ Bu yönde bkz. DAMODARAN, s. 488.

²⁴ 6102 sayılı TTK'nın 359. maddesinde yönetim kurulu üyelerinin nitelikleri arasında pay sahibi olmak şartı sayılmamıştır. Bu maddeyle, TK düzenlemesiyle öngörülen yönetim kurulu üyesinin pay sahibi olması şartının kaldırılmış olması; anonim ortaklıklarda profesyonel yöneticiliğin önünü açan en temel neden olmuştur.

²⁵ Bkz. TARAN, s. 17.

²⁶ EMANUEL, s. 315.

²⁷ EMANUEL, s. 315.

²⁸ NATH, s. 28.

²⁹ NATH, s. 28.

³⁰ NATH, s. 28.

³¹ Bkz. WYMEERSCH, s. 358.

menfaatlere ulaşmak karşılığında verilmektedir³². Bu menfaatler, ortaklık kaynaklarının daha verimli kullanılması sonucunda doğabileceği gibi ortaklığın hakim gruba katılması sonucunda reklam, pazarlama, kalite, üretim gibi alanlardan da doğabilir³³. Tüm bu değişikliklerin yapılabilmesi hedef ortaklık karar alma mekanizmaları üzerinde hakimiyet kurulmasına bağlıdır.

II- KONTROL PRİMİNİN PAYLAŞILMASINA İLİŞKİN FARKLI YAKLAŞIMLAR

A) Kontrol Priminin Paylaşılmasına İlişkin Teoriler

Hakim pay sahibinin kontrol primini azınlık pay sahipleriyle paylaşmak zorunda olup olmaması, kontrolün kime ait olduğuyla yakından ilgilidir. Kontrol priminin paylaşılmasına ilişkin olarak öğretide çeşitli teoriler ortaya konulmuştur. Bu bağlamda, öğretilerdeki ilk görüş *Berle* tarafından ileri sürülen ortaklık malvarlığı teorisi (corporate asset theory) dir³⁴. Aslında teorisinin temeli, *Berle/Means* tarafından yayınlanan “*The Modern Corporation and Private Property*” isimli esere³⁵ dayanmaktadır³⁶.

Teoriye göre; anonim ortaklık kontrolünden kaynaklanan değer; ortaklık kontrol sahibine değil, ortaklığa aittir³⁷. Kontrol, kontrol sahibine değil; ortaklığa ait bir malvarlığı unsuru olarak görülmektedir. Amerikan mahkemeleri istisnai olarak teoriyi destekler kararlar vermelerine rağmen; teori Amerikan yargısı tarafından tam anlamıyla benimsenmemiştir³⁸. Bu bağlamda, kontrolün bir malvarlığı değeri olarak ortaklığa mı, yoksa hakim pay sahibine mi ait olduğu sorusuna verilecek cevapla; yönetim kontrol el değişikliğine ilişkin olarak yapılacak düzenlemelerin nasıl şekilleneceği arasında sıkı bir bağ vardır³⁹. Kontrolün, ortaklık malvarlığı unsurları arasında

³² Bkz. WYMEERSCH, s. 358.

³³ KARAYALÇIN, s. 362; Diğer örnekler için bkz. MARKHAM, s.293-294.

³⁴ MERKT/ GÖTHEL, s. 469, para. 947.

³⁵ Eserde ortaya konulan en önemli tespit; A. B. D’deki halka açık büyük anonim ortaklıklarda mülkiyet ve kontrol ayrışmasının yaşanması ve buna bağlı olarak da ortaklık kontrolünün pay sahiplerinden yöneticilere kaymasıdır. Kontrolün bu türü eserde yöneticilerin kontrolü (management control) olarak adlandırılmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. BERLE JR/MEANS, s. 84 vd.

³⁶ CONNOLY, s.1261.

³⁷ Bkz. BERLE JR. s. 1221.

³⁸ Bkz. MARKHAM, s. 294.

³⁹ FARRAR/FUREY/ HANNIGAN/ WYLIE, s. 635.

olduğu savı arasındadır, hakim pay sahibinin kontrol primini azınlık pay sahipleriyle paylaşılmasının zorunluluğunu doğurur⁴⁰.

Öğretide *Andrews, Berle'in* ortaya koyduğu ortaklık malvarlığı teorisini ileri taşıyarak fırsat eşitliği (equal opportunity) teorisini geliştirdi⁴¹. Teoriye göre; kontrol devir işlemi ortaklık kontrol sahibiyle ortaklık dışından 3. bir kişi arasında yapılıyorsa; azınlık pay sahipleri de paylarını satmak konusunda fırsat eşitliğine sahip olmalıdır⁴². Bu bağlamda teoriye göre; örneğin, hedef ortaklık yönetim kontrolünü elde etmek amacıyla ortaklık paylarının %51'ini satın almak için teklif yapılmışsa; azınlık pay sahiplerinin her biri, sahip oldukları payların %51'ini eşit koşullarda satmak hakkına sahiptir⁴³. Yani, %10 paya sahip olan pay sahibi %5.1' lik oranda pay bakımından bu hakka sahiptir⁴⁴.

B) Kıta Avrupası Hukukunun Yaklaşımı (Zorunlu Pay Alım Teklifi)

1. Zorunlu Pay Alım Teklifi Yapılmasının Temel Gerekçeleri

Zorunlu pay alım teklifi, herhangi bir yöntemi kullanarak doğrudan ya da dolaylı biçimde bir HAAO' nun yönetim kontrolünü elde edecek oranda pay iktisap eden gerçek veya tüzel kişinin azınlık pay sahiplerinin paylarını da satın almak için teklifte bulunmakla yükümlü olmasıdır⁴⁵. Zorunlu pay alım teklifinin temeli, 1972 yılında City Code'a yapılan eklemeye dayanmaktadır⁴⁶. City Code'un hukuki niteliği, mesleki disiplin kurallarıdır⁴⁷. Söz konusu mesleki disiplin kuralları ise *the Panel on Takeovers and Mergers* (Panel) tarafından uygulanır⁴⁸.

Zorunlu pay alım teklif mekanizmasının temel gerekçelerinden biri, yönetim kontrol el değişikliklerinde azınlık pay sahiplerinin kontrol priminden

⁴⁰ FARRAR/FUREY/HANNIGAN/WYLIE, s. 635.

⁴¹ JENNINGS, s. 45.

⁴² ANDREWS, s. 506.

⁴³ MERKT/GÖTHEL, s. 469, para. 948.

⁴⁴ MERKT/GÖTHEL, s. 469, para. 948.

⁴⁵ KOLCUOĞLU, s. 7.

⁴⁶ SCHUSTER, (2013), s.531.

⁴⁷ HACİMAHMUTOĞLU, (2001), s. 105.

⁴⁸ HACİMAHMUTOĞLU, (2001), s. 105; İngiltere'de geliştirilip uygulanan Code düzenlemesi Direktif'i etkilemiştir; Direktif'in temelini oluşturan Pennington raporunun Code düzenlemesini model aldığına ilişkin olarak bkz. MUKWIRI, s. 9.

yararlanması gerekliliğidir⁴⁹. Aleni pay alım tekliflerinde eşitlik ilkesinin kapsamına fiyat eşitliği ve fırsat eşitliği girmektedir⁵⁰. Bu bağlamda, fiyat eşitliği kuralları hedef ortaklık pay sahiplerine farklı fiyatlar önerilmesine engel olurken; fırsat eşitliği kuralları, teklifin pay sahiplerinin tümüne açık olmasını temin ederek kontrol priminden eşit biçimde yararlanıp ortaklıktan eşit koşullarla ayrılmalarına hizmet eder⁵¹. Bu bağlamda, fırsat eşitliğinin bir uzantısı olarak değerlendirilen⁵² kontrol priminin azınlık pay sahiplerince de paylaşılması gerekliliği; azınlık pay sahiplerine önemli bir hukuki koruma sağlar.

Zorunlu pay alım teklif mekanizmasında hakim pay sahibine yönetim kontrolü için ödenen bedelin en azından aynısı, azınlık pay sahiplerine de ödendiğinden kontrol primi paylaşılmış olmaktadır⁵³. Bu bağlamda, teklif sahibi teorik olarak hedef ortaklığın tüm pay sahiplerinin paylarını kontrol primi ödeyerek satın alacak finansman kaynağına sahip olmalıdır ki, bu durum öğretilerde zorunlu pay alım teklif mekanizmasıyla ilgili olarak getirilen eleştirilerden biridir⁵⁴.

Zorunlu pay alım teklifi yapılmasının arka planında yatan ikinci gerekçe ise; yönetim kontrol el değişikliği sonrası ortaklıkta meydana gelebilecek köklü değişiklikler nedeniyle azınlık pay sahiplerine adil koşullarla ortaklıktan ayrılma imkanı tanınmasıdır⁵⁵. Gerçekten, azınlık pay sahiplerinin mevcut kontrol yapısından yeni bir kontrol yapısına geçmeleri; onların yatırım kararını etkileyebilecek önemli bir değişikliktir. Bu bağlamda örneğin, yeni kontrol sahibi, ortaklığın önceden izlediği yatırım politikasını değiştirerek farklı bir iş koluna yatırım yapılması yönünde karar almış olabilir⁵⁶. Yatırım politikasındaki bu değişikliğe katlanmalarını azınlık pay sahiplerinden beklemek adil olmaz. Zira, söz konusu pay sahipleri ortaklığın o alana yatırım yapacağını bilselerdi belki de ortaklık ilişkisi içerisinde en baştan hiç girmeyeceklerdi. Ancak,

⁴⁹ DİNÇ, s. 228 vd.

⁵⁰ MANAVGAT, (1997), s. 254.

⁵¹ MANAVGAT, (1997), s. 254.

⁵² DİNÇ, s. 229.

⁵³ KARACAN/KARACAN, s. 233.

⁵⁴ Bkz. FEDDERKE/VENTORUZZO s. 3.

⁵⁵ MANAVGAT, (2016), s. 355-356; DİNÇ, s. 231 vd.

⁵⁶ Örneğin önceden araç üretiminde faaliyet gösteren ortaklık, yönetim kontrol el değişikliğiyle silah üretim işine girmiş olabilir. Bkz. LEE, s.137.

özellikle payları borsada işlem gören HAAO'lar bakımından yönetim kontrol el değişikliği sonrası izlenen politikalardan memnun olmayan pay sahiplerinin kolayca pay satışı yaparak ortaklıktan ayrılacakları göz önüne alındığında; zorunlu pay alım teklifi mekanizmasına ihtiyaç olmadığı savunulabilir⁵⁷. Buna karşın, bizim de katıldığımız görüş uyarınca, borsa ortaklıklarından çıkmak görece kolay olsa da, yönetim kontrol el değişikliği; ortaklığın paylarının borsadaki fiyatlarını olumsuz etkileyerek ayrılmanın adil biçimde gerçekleşmesine engel teşkil edebilir⁵⁸.

Zorunlu pay alım teklifine dayanak oluşturan kontrol priminin paylaşılması ve azınlık pay sahiplerine adil biçimde çıkma imkanı tanınması hususları ilk bakışta birbirinden farklı hususlar olarak anlaşılabilir da aslında aralarında yakın bir ilişki vardır. Bu bağlamda, azınlık pay sahiplerine adil biçimde çıkma imkanının tanınması, onlara payları için adil fiyat sunmaktan geçer. Kontrol priminin paylaşılması, zorunlu pay alım teklif fiyatını etkileyen bir faktördür⁵⁹. Bu açıdan kontrol priminin, dolaylı yoldan azınlık pay sahiplerinin ortaklıktan adil koşullarla ayrılmalarına hizmet ettiğini söylemek de mümkündür.

2. Zorunlu Pay Alım Teklifinde Kontrol Eşliği

Zorunlu pay alım teklif mekanizmasının tetiklenebilmesi için hedef ortaklıkta yönetim kontrol el değişikliği gerçekleşmiş olmalıdır. Yönetim kontrol el değişikliğinin gerçekleşip gerçekleşmediğinin sağlıklı bir biçimde tespit edilebilmesi son derece önemlidir. Zira, zorunlu pay alım teklifi; teklif sahibinin katlanmak zorunda olduğu maliyeti önemli ölçüde artırmaktadır. Bu bağlamda, aslında hedef ortaklık yönetim kontrolünü elde etmemiş olan bir kişiyi böyle bir yükümlülüğe maruz bırakmak menfaatler dengesine aykırılık oluşturacaktır.

Bu oran belirlenirken, fiili kontrol mü yoksa hukuki kontrol mü esas alınacaktır sorusu önemlidir. Fiili kontrol, ortaklık mülkiyet ve yönetim

⁵⁷ Nitekim öğretide *Paslı*, zorunlu pay alım teklif mekanizmasının, ortaklıktan çıkma imkanının kolay olduğu borsa ortaklıkları bakımından anlamsız olduğu görüşündedir. Bkz. PASLI, s. 419-420.

⁵⁸ Bu görüş için bkz. MANAVGAT, (2016), s. 355.

⁵⁹ Yönetim kontrolünü elde eden kişinin ödeyeceği adil fiyatın kontrol primini yansıttığına ilişkin olarak bkz. BÖCKLI/DAVIES/FERRAN/FERRARINI/GARCIA/HOPT/PIETRAN/COSTA/PISTOR/SKOG/ SOLTYSIN SKI/ WINTER/ WYMEERSCH, s. 2.

yapısındaki farklılıklara göre değişkenlik gösterir⁶⁰. Gerçekten, payların atomize olduğu ve dağılık mülkiyet yapısının görüldüğü HAAO'larda çok düşük oranlarda oy hakimiyetini sağlayarak yönetim kontrolü elde edilebilir. Buna karşın blok pay sahiplerinin olduğu ve yoğun mülkiyet yapısının görüldüğü HAAO'lar'da bu oran çok daha yüksektir. Bu bağlamda, zorunlu pay alım teklif düzenlemelerinde belirli bir eşğin geçilmesi halinde (sermaye/oy) ortaklık yönetim kontrolünün elde edildiği kabul edilir⁶¹. O halde, zorunlu pay alım teklif düzenlemelerinde fiili kontrol ölçütünün değil, hukuki kontrol ölçütünün esas alındığını söylemek yanlış olmayacaktır.

Zorunlu pay alım teklif düzenlemelerinde kontrol eşğinin sağlıklı belirlenmesi büyük öneme sahiptir. Aksi durum, pay sahiplerine, ortaklıklara, hatta sermaye piyasasına zarar verebilir. Bu bağlamda, örneğin ortalama hakim pay sahibinin sahip olduğu pay oranının 52% olarak saptandığı Avusturya'da⁶² ÜbG § 22/2 uyarınca kontrol eşği hedef ortaklık oy oranının %30'dan fazlasının elde edilmesi şeklinde kabul edilmiştir⁶³. Diğer taraftan, AB direktifinin esin kaynağı olan City Code hükümlerinde kontrol oranı ortaklık oy haklarının en az %30'una sahip olmak şeklinde belirlenmiştir⁶⁴. Bu oran, %50'nin çok altında olup İngiltere'de faaliyet gösteren HAAO'ların önemli bir kısmının dağılık mülkiyet yapısına sahip olduğunun bir göstergesi olarak yorumlanabilir⁶⁵. Bu noktada ortaya ciddi bir çelişki çıkmaktadır. Şöyle ki, AB ülkeleri arasında en yoğun mülkiyet yapısına sahip olan ülkeyle en dağılık mülkiyet yapısına sahip olan ülkenin zorunlu pay alım teklifleri bakımından kontrol eşği hemen hemen aynıdır.

Yönetim kontrol el değişikliklerinin hukuki boyutu yanında ekonomik boyuta da sahip olması konuyu karmaşık hale getirmektedir. Konuya salt hukuki açıdan bakıldığında; kontrol eşğinin olabildiğince düşük tutulmasının

⁶⁰ SÖNMEZ, s. 280.

⁶¹ SÖNMEZ, s. 280.

⁶² Bkz. SEPE, s. 21, dn. 64'teki literatür; Avrupa ülkeleri arasında mülkiyet yoğunlaşmasının en fazla olduğu ülkenin Avusturya olduğuna ilişkin olarak bkz. GUGLER/KLASS/STOMPER/ZECHNER, s. 46.

⁶³ Übnahmegesetz metni için bkz. (<https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung/Bundesnormen/10003609/%c3%9cb%20G%2c%20Fassung%20vom%2030.08.2019.pdf>, erişim: 30.08.2019).

⁶⁴ Bkz. The Takeover Code, C7, (<http://www.thetakeoverpanel.org.uk/wp-content/uploads/2008/11/code.pdf?v=1Apr2019>, erişim: 30.07.2019).

⁶⁵ İngiltere'deki pay sahipliği yapısının dağılık olduğuna ilişkin olarak bkz. SJAFJELL, s. 75.

anlaşılabilir sebepleri olduğu görülecektir. İngiltere örneğini bir tarafa bırakacak olursak, Avrupa piyasalarının likit olduğunu söyleyebilmemiz güçtür. Bu bağlamda, öğretide *Hansen*, zorunlu pay alım teklif düzenlemesinin ortaklıklarda mülkiyet yoğunlaşmasını arttırıcı etkisinden bahisle, Avrupa piyasalarının likiditesini azaltacağını ileri sürmüştür⁶⁶.

Türk Hukukunda zorunlu pay alım teklif mekanizmasını tetikleyecek kontrol eşiği SPK'nın m. 26/2 ve II. 26. 1 no.lu Tebliğ m. 12/1 uyarınca ortaklık oy haklarının %50'sinden fazlasına sahip olmak şeklinde belirlenmiştir. Öğretideki baskın görüş, bu oranı azınlık pay sahiplerinin menfaatlerinin zarar göreceğinden bahisle yüksek bularak eleştirmektedir⁶⁷. Gerçekten, küçük pay sahiplerinin karar alma mekanizmalarına katılmamaları sonucunda oluşan güç boşluğu HAAO'ların kronik sorunudur⁶⁸. Bu bağlamda küçük pay sahipleri çoğunlukla genel kurula katılmazlar. Bu durumun sonucu olarak ise çoğunlukla genel kurulda alınan kararlar %50'den daha düşük oranda bir oy gücüyle alınırlar⁶⁹. Konuya bu açıdan yaklaşıldığında; kontrol eşiğinin %50 olarak belirlenmesinin HAAO'ların yapısına ve zorunlu pay alım teklif kurumunun amacına uygun olmadığı savunulabilir⁷⁰. Bu bağlamda, öğretide *Manavgat*, yönetim kontrol eşiğinin belirlenmesinde toplam oy haklarının %30 veya daha fazlasına sahip olmanın veya sözleşmesel haklarla kullanma hakkına sahip olmanın esas alınması gerektiği; ancak ortaklıktaki pay dağılımına göre SPK'nın muafiyet vermesine dayalı bir sistemin adil olacağı görüşündedir⁷¹.

Kontrol eşiği ilk defa Seri:IV, No:44 "Çağrı Yoluyla Ortaklık Paylarının Toplanmasına İlişkin Esaslar Tebliği" ile %25'den %50'ye artırılmış ve bunun gerekçesi olarak da halka açık ortaklıkların daha kolay stratejik ortaklar bulacakları ve finansman elde edecekleri hususları gösterilmiştir⁷². Bu bağlamda, tespit edebildiğimiz kadarıyla finans öğretisinde kontrol eşiğindeki yükselmenin halka açık anonim ortaklıklar üzerindeki etkisine

⁶⁶ Bkz. HANSEN, s.180-181.

⁶⁷ Bkz. MANAVGAT, (2016), s. 359 vd. ; TÜRKYILMAZ, s. 55 vd. ; KENDİGELEN, (2010) , s. 1177 vd. ; KARACAN/KARACAN, s. 303 vd.

⁶⁸ Birçokları yerine bkz. TEKİNALP, s. 467.

⁶⁹ KENDİGELEN, (2010), s. 1178.

⁷⁰ Bu yönde bkz. KENDİGELEN, (2010), s. 1179.

⁷¹ MANAVGAT, (2010), s. 361.

⁷² Bkz. SPK'nın Çağrı Yoluyla Anonim Ortaklık Paylarının Toplanmasına İlişkin Esaslar Tebliğine İlişkin Basın Duyurusu, (<https://www.spk.gov.tr/Duyuru/Goster/200992/0>, erişim: 09.02.2020)

ilişkin herhangi bir çalışma bulunmamaktadır. Bu bağlamda, kontrol eşiğindeki artış sonrasında az evvel belirttiğimiz basın duyurusunda ifade edildiği gibi HAAO'ların stratejik ortak sayılarında artış yaşanmış mıdır? Türkiye'de faaliyet gösteren HAAO'ların sayıları ve halka açılma oranları düşünüldüğünde; ortaklıklara yoğun mülkiyet yapısının hakim olduğuna şüphe yoktur. Bu bağlamda, Türk sermaye piyasası derin olmaktan belirgin biçimde uzaktır⁷³. Kontrol eşiğindeki artışın, Türk sermaye piyasası üzerinde belirgin bir etkisi olmuş mudur? Söz konusu artışın yönetim kontrol el değişik sayıları üzerindeki etkisi nedir? Bu ve benzeri sorular çoğaltılabilir. Kanaatimizce, zorunlu pay alım teklif düzenlemesi yönetim kontrol el değişikliklerinde azınlık pay sahiplerinin korunması bakımından önemli bir işleve sahiptir. Ancak hem azınlık pay sahiplerinin korunması hem de piyasaya olumlu anlamda katkıda bulunma bakımından kontrol eşiğindeki artışın etki analizinin öğretide yapılacak çalışmalarla ortaya konulması bir ihtiyaçtır. Bu bağlamda, öğretideki baskın görüşe katılmakla birlikte konunun finansal boyutunun da gözden kaçırılmaması gerektiği düşüncesindeyiz.

26 no.1 sayılı Tebliğ'in 18/2'nci maddesinin "...*ilgililer pay alım teklifi yapma yükümlülüğünden muaftutulabilir*" şeklinde somutlaşan lafzından takdir yetkisinin bir görünümü olarak SPK'nın somut olayda muafiyet sebeplerinden bir veya birkaçının varlığına rağmen muafiyet kararı vermeyebileceği sonucu çıkmaktadır⁷⁴. Bu bağlamda, SPK'nın muafiyet kararlarına ilişkin takdir yetkisini yerinde kullanmasının önemi de ortaya çıkmaktadır.

C) Amerikan Hukukunun Genel Yaklaşımı-Piyasa Kuralı (Market Rule)

1. Genel Olarak

Piyasa kuralı, genel olarak A.B.D'de yönetim kontrolünün hakim pay sahibiyle yapılan kontrol satış sözleşmesiyle el değiştirmesi halinde uygulanır⁷⁵. Kontrol devir işlemlerinde hakim pay sahibinin kazandığı kontrol

⁷³ Tüvid yatırımcı ilişkileri derneği'nin Ekim 2019 tarihli Borsa Trendleri Raporuna göre; 2019 yılı üçüncü çeyrek sonu itibarıyla BIST TİM'de işlem gören ortaklık sayısı 331 olup halka açıklık oranı ve fiili dolaşım oranlarının %50'nin altında olduğu görülmektedir. Bkz. Borsa Trendleri Raporu, S.XXX, Ocak-Eylül 2019, s., 5, (http://www.tuyid.org/files/yayinlar/Borsa-Trendleri_Raporu_2019_3C19.pdf, erişim:04.02.2020); Bu rapor, Türk sermaye piyasasının durumu hakkında ipuçları vermektedir.

⁷⁴ Bkz. YEŞİLTEPE, s. 181; PASLI, s. 476.

⁷⁵ SCHUSTER, (2010), s.12.

primini azınlık pay sahipleriyle paylaşmak zorunda olmayışı paylaşmama kuralı (*no sharing rule*) olarak da adlandırılmıştır⁷⁶.

Piyasa kuralında hakim pay sahibine ödenen bedelle, azınlık pay sahiplerine ödenen bedel arasında fark vardır⁷⁷. Bu bağlamda, pay sahipleri arasında eşitsizlik meydana gelmektedir. Buna karşın, ortaya çıkan bu eşitsizliğin öğretilde ileri sürülen bazı gerekçelerle savunulduğu da görülmektedir. Bu bağlamda ilk gerekçe; azınlık pay sahibi konumundaki bir kişinin pay satın aldığı anda ödediği fiyatın; aynı ortaklıkta o anda mevcut olan hakim pay sahibinin ortaklık kontrolünü elde etmek için ödediği fiyatın çok altında olduğu yönündedir⁷⁸. İkinci gerekçe ise; bazı hallerde kontrol priminin paylaşılmasının kontrol devir işlemlerinin başarıya ulaşmasında belirleyici rol oynadığı yönündedir⁷⁹. Gerçekten, kontrol priminin paylaşılmasına ilişkin bir yükümlülüğün varlığının yönetim kontrol el değişikliklerinin maliyetini arttıracacağı açıktır. Bu bağlamda örneğin, hedef ortaklık yönetim kontrolünü elde etmek isteyen kişi (A), kontrol priminin paylaşılmasına ilişkin bir yükümlülüğün olmadığı varsayımı altında hakim pay sahibine (B), yönetim kontrolünü temsil eden paylar için primli olarak pay başına (X+Y) ödeyip yönetim kontrolünü elde ettikten sonra; dilerse azınlık pay sahiplerinin (C), paylarını pay başına daha düşük bedelle (örneğin X) üzerinden satın alabilir. Buna karşın, yükümlülüğün varlığı halinde (A), (C)'nin paylarını da (C) isterse (X) değil; (X+Y) üzerinden satın almakla yükümlüdür. (X+Y), (X)'den büyük olduğuna göre işlem bedeli de pay başına (Y) yani kontrol primi oranında artmıştır.

Amerikan hukuku; federal yasalar, eyalet yasaları ve mahkeme kararları birlikte ele alınarak yorumlanmalıdır. Bu bağlamda, tek bir Amerikan hukuku olmadığı için Amerika'da yönetim kontrol el değişiklik işlemleri piyasa kuralına tabidir önermesi de tam anlamıyla doğru değildir⁸⁰. O halde, çalışma konumuz kapsamında federal yasalar, eyalet yasaları ve son olarak da mahkeme kararlarının genel çerçevesinin ortaya konulması gereklidir.

⁷⁶ Bkz. PALMITER, (2015), s. 359 vd.

⁷⁷ Bkz. PACCES, s. 342.

⁷⁸ BAINBRIDGE, (2002), s. 348.

⁷⁹ Bu konuda bkz. EASTERBROOK/FISCHEL, s. 117 vd.

⁸⁰ SCHUSTER, (2010), s. 8.

2. Federal Düzeyde Yapılan Düzenlemeler

Amerika'da ortaklıkların kuruluşu ve faaliyetlerine ilişkin hususlar, eyalet yasalarıyla düzenleme altına alınmaktadır⁸¹. Buna karşın, 1968 yılında Williams Act'in kabulüyle SEA'da yapılan değişiklikler sonucunda aleni pay alım teklifleri federal düzeyde düzenleme altına almıştır⁸². Ancak, bu alanının dinamik yapısının bir sonucu olarak Williams Act 14 (e) ile SEC'e kural koyma yetkisi verildi⁸³.

Aleni pay alım teklifleri bakımından bazı hususlar SEC kurallarıyla federal düzeyde düzenlenmesine karşın zorunlu pay alım teklif düzenlemesi kabul edilmemiştir. Ancak böyle bir düzenlemenin yokluğunun doğal sonucunu, kontrol priminin paylaşılması şeklinde yorumlamak doğru olmaz. Zira, aleni pay alım teklifleri bakımından SEC kurallarıyla federal düzeyde kontrol priminin paylaşılması sonucu doğuran bazı hükümler öngörülmüştür. Bu bağlamda, SEC Rule §14d-10(a)(1) ve 14e-1(a) hükümleri uyarınca; aleni pay alım teklifi, aynı sınıftan paylara sahip olan pay sahiplerinin tümüne en az 20 işgünü boyunca açıktır⁸⁴. O halde, aynı sınıftan pay sahipleri bakımından fırsat eşitliğinin sağlandığını söylemek yanlış olmayacaktır. Buna ek olarak, SEC § 240.14d-10(a)2 gereği teklif süresince hedef ortaklık pay sahiplerinden herhangi birine ödenen fiyat, aynı süre içerisinde diğer bir pay sahibine ödenen en yüksek fiyattan az olamaz. Bu düzenleme, en iyi fiyat kuralı (best price rule) olarak da bilinmektedir⁸⁵. Yani, teklife olumlu cevap veren pay sahipleri arasında da fiyat eşitliğinin sağlandığını söyleyebiliriz.

Söz konusu düzenlemeler ışığında, A.B.D' de federal düzeyde zorunlu pay alım teklif mekanizması öngörülmemesine karşın; SEC kurallarıyla aleni pay alım teklifleri bakımından kontrol priminin paylaşılmasına imkân tanındığını söyleyebiliriz. Ancak, bu düzenlemelerle azınlık pay sahipleri bakımından getirilen koruma rejiminin ne kadar etkin olduğu sorgulanabilir. Zira, SEA 14(d)(6) ve SEC'in 14d-8 hükümleri uyarınca kısmi pay alım teklifi mümkündür⁸⁶. Zorunlu pay alım teklif düzenlemelerinden farklı olarak, SEC

⁸¹ BAINBRIDGE, (2018), s. 277.

⁸² KLEIN/ COFFEE J. R. , s. 185.

⁸³ SOLOMON, s. 219.

⁸⁴ PALMITIER, (2017), s. 319.

⁸⁵ MANAVGAT, (1997), s. 111.

⁸⁶ PALMITIER, (2017), s. 332; Ancak burada şu hususun altını çizmek istiyoruz: SEC Rule 14d-8'in yaptığı değişiklikle oransallık (pro rata) kuralları bakımından öngörülen 10 günlük

kurallarıyla azınlık pay sahiplerine, ortaklıktan ayrılma hakkı verilmemiştir. Bu bağlamda, örneğin, hedef ortaklık yönetim kontrolünü elde etmek için pay sahiplerine aleni pay alım teklifi yapan kişi, tüm ortaklık paylarının %25'i için teklif yapmış olsun. Buna karşın, teklife ortaklık paylarının %100'ünü elinde bulunduran pay sahipleri teklife olumlu cevap vermiş olsun⁸⁷. Bu senaryoda teklif sahibi fazladan %75'lik payı satın almakla yüz yüze gelmiştir. SEC'in 14d-8 kuralı uyarınca; kalan %75'lik kısım oransallık (pro rata) kurallarına göre teklif sahibince satın alınacaktır. Dolayısıyla, %75'lik kısmın tümü satın alınmayacağı için azınlık pay sahipleri yönetim kontrol el değişikliği gerçekleşmiş olmasına (%25'lik oranın yönetim kontrol el değişikliği için yeterli olduğu varsayımı altında) rağmen; ortaklıkta kalmaya devam edeceklerdir. Böyle bir senaryo' da azınlık pay sahipleri kontrol priminden yararlanmalarına rağmen kontrol değişikliğinin olumsuz etkilerine (politika ve strateji değişiklikleri, yeni yönetimin başarısızlığı vs.) karşı korumasız durumdadırlar⁸⁸.

3. Eyalet Düzeyinde Yapılan Düzenlemeler

Aleni pay alım teklifleri hedef ortaklık pay sahiplerine yapılıdır. Bu açıdan önemli olan pay sahiplerinin teklife olumlu yanıt vermesidir. Ancak, aleni pay alım teklifi yoluyla yapılan yönetim kontrol el değişikliklerinde; hedef ortaklık yönetim kurulu da belli bir role sahiptir. Bu bağlamda, yönetim kontrol el değişiklik teklifini; hedef ortaklık yönetim kurulu da destekliyorsa; uzlaşmalı el değişikliğinden (friendly takeover⁸⁹/freundliche Uebernahmeangebote⁹⁰) bahsedilir. Bu tip el değişikliklerinde hedef ortaklık yönetim kurulu, arabulucu fonksiyonu (Mittlerfunktion) üstlenir⁹¹. Buna karşın hedef ortaklık yönetim kurulunun desteklemediği, direnç gösterdiği yönetim kontrol el

süre, teklif boyunca geçerli olacak biçimde uzatılmıştır. Bkz. KENYON SLADE, s. 129, para. 2.107.

⁸⁷ Öğretide *Gaughan*, kısmi pay alım tekliflerinde kontrolün elde edilmesi amacıyla genellikle payların %51'ine teklif yapılacağını ileri sürmektedir. Bkz. GAUGHAN, s. 82; Ancak, hedef ortaklığın mülkiyet yapısı, imtiyazlı payların varlığı gibi nedenlerle bu oranın değişkenlik gösterebileceğinin altını çizmek isteriz.

⁸⁸ Azınlık pay sahiplerinin kontrol priminden yararlanmalarına karşın yeterince korunamadıkları yönündeki tespitler için bkz. MANAVGAT, (1997), s.116 vd.

⁸⁹ Bkz. ATHANASIOS, s. 163.

⁹⁰ BOHRER, s. 9, para.11.

⁹¹ IMMENGA, s. 20.

değişiklikleri uzlaşmasız el değişikliği (hostile takeover⁹²/unfreundliche Uebnahmeangebote⁹³) olarak sınıflandırılır.

A.B.D’de aleni pay alım teklifleriyle ilgili olarak federal düzeyde yapılan düzenlemelerin ardından birçok eyalet, aleni pay alım tekliflerine ilişkin yasalar çıkarmaya başladı⁹⁴. Konuya ilişkin olarak, eyalet yasalarının çıkarılmasının arka planında yatan temel neden; uzlaşmasız el değişikliklerine karşı savunma önlemleri alınması ihtiyacıydı⁹⁵. Bu yasalar, ele geçirme karşıtı yasalar (state anti takeover laws) olarak adlandırılmaktadır⁹⁶.

Ele geçirme karşıtı yasalardan ikinci jenerasyon içerisinde yer alan bir düzenleme (cash out statutes) hedef ortaklıkta belli oranda pay iktisap eden kişinin, azınlık pay sahiplerini durumdan haberdar ederek talepte bulunan pay sahiplerinin paylarını, adil fiyat üzerinden satın almasını zorunlu kılar⁹⁷. Bu düzenlemeyle hedef ortaklık azınlık pay sahipleri iki aşamalı bir aleni pay alım teklifine karşı korumuş olurlar⁹⁸. Söz konusu düzenlemenin zorunlu pay alım teklifine benzer olduğunu söyleyebiliriz. Zaten, direktif değerlendirme raporunda da A.B.D’de eyalet düzeyindeki istisnai düzenlemeler dışında zorunlu pay alım teklifi düzenlemesinin karşılığının olmadığı belirtilmiştir⁹⁹. Dolayısıyla bu düzenleme kontrol priminin paylaşılmasına imkân tanır. Söz konusu düzenleme eyaletler arasında yaygın değildir. Yalnızca, Pensilvanya, Maine ve Güney Dakota eyaletlerinde kabul edilmiştir¹⁰⁰.

Amerika’da HAAO’ların çok büyük bir çoğunluğu Delaware eyaletinde kurulmuştur¹⁰¹. Bu durumun sonucu olarak Delaware eyalet yasalarında HAAO’lara ilişkin düzenlemeler, diğer eyalet yasalarından daha önemli bir hal almıştır. O halde, Amerika’da eyalet düzeyinde kontrol priminin paylaşılmasına ilişkin olarak geniş ölçekte etki yaratacak bir düzenlemenin

⁹² STEDMAN, s. 6.

⁹³ Bkz. BOHRER, s. 9, para.11.

⁹⁴ FORSTINGER, s. 87.

⁹⁵ FORSTINGER, s. 87.

⁹⁶ Bu yöndeki kullanım için bkz. HERZEL/ SHEPRO, s. 53 vd.

⁹⁷ KENYON SLADE, s. 186-187, para. 3.32; FORSTINGER, s. 90.

⁹⁸ WEISNER, s. 52.

⁹⁹ Bkz. The Takeover Bids Directive Assessment Report, s.122.

¹⁰⁰ The Takeover Bids Directive Assessment Report, s. 122.

¹⁰¹ Newyork borsasında işlem gören ortaklıkların yarıdan fazlasının Delaware eyaletinde kurulduğuna ilişkin olarak bkz. BAINBRIDGE, (2018), s. 277.

varlığından bahsedemeyiz. Ayrıca, her ne kadar azınlık pay sahiplerinin korunması amacını taşısa da, söz konusu düzenlemenin bir savunma önlemi olarak öngörüldüğünün de altını çizmeliyiz. Bu bakımdan, zorunlu pay alım teklifi düzenlemesiyle benzer etkiler doğursa da amaçsal bakımdan zorunlu pay alım teklifinden ayrılmaktadır.

4. Yargı Kararlarıyla Belirlenen İstisnalar

Amerikan mahkemeleri hakim pay sahibinin kontrol primini azınlık pay sahipleriyle paylaşmasına ilişkin olarak genel bir yükümlülük kuralı kabul etmemiştir¹⁰². Ancak, üç istisnai halde hakim pay sahibi kontrol primini azınlık pay sahipleriyle paylaşmak zorunda kalabilir¹⁰³.

İstisnaların başında, yönetim kontrolünü temsil eden payların ortaklık malvarlığını yağmalamayacağı bilinen ya da şüphe duyulan birine satılması (sale to a looter) gelir¹⁰⁴. Bu bağlamda, yönetim kontrolünü elde etmek isteyen kişinin piyasada kötü üne sahip biri olması, şüpheli hareketlerde bulunarak bir an önce el değişikliği işlemi tamamlamak istemesi, yönetim kontrolünü temsil eden paylar için önerilen fiyatın aşırı derecede yüksek olması hakim pay sahibinin şüphelenmesini gerektirecek durumlara örnek olarak verilmektedir¹⁰⁵. Hakim pay sahibi, yaptığı araştırma neticesinde şüphelerinde haklı çıkarsa; teklif sahibi azınlık pay sahiplerinin paylarını da aynı koşullarda satın almayı önermedikçe; satışı durdurmakla yükümlüdür¹⁰⁶. Hakim pay sahibi bu yükümlülüğe aykırı davranırsa; yalnızca elde ettiği tüm kontrol primini kaybetmekle kalmaz, aynı zamanda teklif sahibinin ortaklığa verdiği zararlardan da sorumlu tutulabilir¹⁰⁷.

Konuya ilişkin ikinci istisna ise; hakim pay sahibinin el değişikliği işlemiyle beraber hedef ortaklık yönetim kurulu üyelerini de teklif sahibinin isteği doğrultusunda değiştirmeyi taahhüt ettiği (Sale of Office) hallerde ortaya çıkar¹⁰⁸. Bu bağlamda, Ticaret Şirketleri Model Kanununun §8.10(a)(2) maddesi ortaklık esas sözleşmesinde aksine bir düzenleme bulunmadığı takdirde,

¹⁰² PALMITER, (2015), s. 359; BAINBRIDGE, (2002), s. 348.

¹⁰³ SEPE, s.17.

¹⁰⁴ BAINBRIDGE, (2002), s. 344-345; PALMITER, (2015), s. 361.

¹⁰⁵ Bkz. PALMITER, (2015), s. 361.

¹⁰⁶ SCHUSTER, (2010), s. 11.

¹⁰⁷ ELHAUGE, s. 1505.

¹⁰⁸ Bkz. HAMILTON, s. 269 vd.

mevcut yönetim kurulunun boşalan üyelikler için atama yapabilmesine olanak tanımıştır.

Yönetim kontrol el değişikliklerinde, hakim pay sahibi, azınlık pay sahibinin, kendi paylarını primli fiyat üzerinden satarak kontrol primi elde etmelerine engel olacak davranışlarda bulunamaz¹⁰⁹. Bu bağlamda, teklif sahibi; azınlık pay sahiplerinin paylarını da eşit koşullarda almaya hazır olmasına rağmen; hakim pay sahibinin sadece kendi paylarını satmayı önererek el değişiklik işlemini gerçekleştirmesi ortaklık fırsatının gasp edilmesi (usurpation of corporate opportunity) olarak yorumlanmaktadır¹¹⁰.

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Halka açık anonim ortaklık yönetim kontrol el değişikliklerinde hedef ortaklığın yönetim kontrolünü temsil eden payların sahiplerine ödenen primli fiyatın, azınlık pay sahipleriyle de paylaşılması eşitlik ilkesinin bir gereğidir. Kontrol priminin paylaşılması, azınlık pay sahiplerine önemli bir hukuki koruma sağlar. Bu paylaşımın hangi mekanizmalar kullanılarak ve ne oranda yapılacağı ise bir hukuk politikası sorunudur.

Yönetim kontrol el değişiklikleri bakımından kontrol priminin paylaşılmasına imkan tanıyan zorunlu pay alım teklif mekanizması; kanaatimizce azınlık pay sahiplerinin korunması bakımından en etkin mekanizmadır. Bu bağlamda, Kıta Avrupası Hukukuna tabi ülkelerde ve Türkiye’de zorunlu pay alım teklif düzenlemeleri etkin biçimde uygulanmakta ve azınlık pay sahipleri önemli bir hukuki korumadan yararlanmaktadır. Ancak, zorunlu pay alım teklif mekanizmasını salt azınlık pay sahiplerinin korunması temeline indirgeyerek kontrol eşliğini olması gerekenden yüksek tutmak; yönetim kontrol el değişiklik işlemlerine engel olarak halka açık anonim ortaklıklarda mülkiyet yoğunlaşması artışına hizmet edebilir.

¹⁰⁹ ZHAO/ LV, s. 88.

¹¹⁰ ZHAO/LV, s. 88; Ortaklık fırsatı doktrini (Corporate Opportunity Doctrine) uyarınca, ortaklık yöneticileri ortaklıkça değerlendirilebilecek bir ticari fırsatı öncelikle ortaklığa önermeden kullanamazlar. PALMITER, (2015), s. 292; Ortaklık yöneticilerinin güvene dayalı sorumlulukları karşılığında çıkan ticari fırsatları kullanmalarına engeldir. Bkz. SLAUGHTER, “The Corporate Opportunity Doctrine”, *SMU Law Review*, V.18, I.1, s. 96; Hakim pay sahiplerinin yönetim kontrol el değişiklik işlemlerinde sorumluluklarına yol açabilecek olan belirttiğimiz son istisna, öğretilerde tespit edebildiğimiz kadarıyla doğrudan ortaklık fırsatı doktrini içerisinde değerlendirilmemesine karşın; yönetim kontrol el değişiklik işlemlerinde hakim pay sahiplerinin de belli şartlar altında güvene dayalı sorumluluklarının mahkemelerce kabul edilmesi; hakim pay sahiplerinin de söz konusu doktrin içerisinde değerlendirilmelerini haklı kılabilir.

A.B.D finans doktrininde genel olarak kabul gören ortaklığın kontrolü pazarı teorisi (*Market for Corporate Control*) uyarınca, aleni pay alım teklifleri, başarısız yöneticilerin cezalandırılarak yerine hedef ortaklık potansiyelini daha etkin bir biçimde kullanacak yeni yöneticilerin gelmesi için bir fırsat olarak görülmektedir. Bu bakımdan yönetim kontrol el değişikliklerini güçleştirecek düzenlemeler yerine piyasa kuralları hakim kılınmaya çalışılmaktadır. Buna karşın aleni pay alım tekliflerinde SEC kurallarıyla kontrol priminin paylaşılmasına imkan tanıyan düzenlemeler getirilmiştir. Ancak, SEC kuralları arasında azınlık pay sahiplerinin ortaklıktan adil koşullarda ayrılmasını sağlayacak hükümler bulunmamaktadır.

Yönetim kontrol el değişikliklerinde kontrol priminin paylaşılması azınlık pay sahipleri bakımından önemli olmasına karşın; hedef ortaklık azınlık pay sahiplerine adil koşullarda ortaklıktan ayrılma imkanı sağlanabilmesi; ancak zorunlu pay alım teklif düzenlemesiyle mümkündür.

KAYNAKÇA

ANDREWS, William D.: “The Stockholder’s Right to Equal Opportunity in the Sale of Shares”, **Harvard Law Review**, V. 78, N. 3 s. 505-563, (https://www.jstor.org/stable/1339116?seq=1#page_scan_tab_contents, erişim: 02.07.2019).

ATHANASIOS, Koulouridas: **The Law and Economics of Takeovers, An Acquirer’s Perspective**, Hart Publishing, North America, 2008.

BAINBRIDGE, Stephen M.: “The Board of Directors”, **The Oxford Handbook of Corporate Law and Governance**, Jeffrey N. Gordon/Wolf Georg Ringe (ed.), First Edition, United States of America, 2018, s. 275-333.

BAINBRIDGE, Stephen M.: **Corporation Law and Economics**, Newyork

Foundation Press, Newyork, 2002.

BERLE, A.JR. Adolf: “Control” in Corporate Law”, **Columbia Law Review**, V. 58, N. 8, Columbia University School of Law 5, (1958), s. 1212-1238. (https://www.jstor.org/stable/1119961?seq=1#page_scan_tab_contents, erişim: 11.06.2019).

BERLE, A./JR. Adolf, GARDINER, C. MEANS: **The Modern Corporation and Private Property**, Newyork Macmillan Company, 1933.

BOHRER, Andreas: **Unfriendly Takeovers, Unfreundliche Unternehmensübernahmen nach schweizerischem Kapitalmarkt- und Aktienrecht**, Diss. , Zürich, 1997.

Borsa Trendleri Raporu, S. XXX, Ocak-Eylül 2019, s. (1-21), (http://www.tuyid.org/files/yayinlar/Borsa-Trendleri_Raporu_2019_3C19.pdf, erişim:04.02.2020)

BÖCKLI, Peter/DAVİES, Paul/FERRAN, L.Eilis/FERRARINI, Guido Jose/ GARCIA, M. Garrio/HOPT, Klaus, J./PIETRANCOSTA, Alain/PISTOR, Katharina/SKOG, Rolf SOLTYSINSKI, Stanislaw/WINTER, Jaap W. /WYMEERSCH, Eddy: “Response to the European Commission’s Report on the Application of the Takeover Bids Directive”, **University of Cambridge Faculty of Law Legal Studies Research Paper Series**, Paper No. 5/2014, 2013, s. 1-14. (<https://ssrn.com/abstract=2362192>, erişim: 09.07.2019)

CONNOLY, Leonard J.: “Perlman v. Feldmann and The Sale of Control- A Brief Reconsideration”, **The Business Lawyer**, V. 26, N. 4, s. 1259-1270, (<http://www.jstor.org/stable/40684807>, erişim: 14.06.2019).

DAMODARAN, Aswath: “The Value of Control: Implications for Control Premiums, Minority Discounts and Voting Share Differentials”, **NYU Journal of Law & Business**, V. 8, N. 487, s. 487-503. (<https://pdfs.semanticscholar.org/a41c/2445818050fa5f448120fa54db6786c78a67.pdf>, erişim: 25.06.2019).

DİNÇ, İlhan: **Sermaye Piyasası Hukukunda Çağrı Yoluyla Hisse Senedi Toplanması**, 1. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2006.

EASTERBROOK, Frank H./FISCHEL Daniel E. : **The Economic Structure of Corporate Law**, Harvard University Press, 1991.

ELHAUGE, Einer: “The Triggering Function of Sale of Control Doctrine”, **The University of Chicago Law Review**, 59:1465, s. 1465-1532. (<https://pdfs.semanticscholar.org/e35838f42ed92b2b436f096e2e55b5dab5e8.pdf>, erişim: 27.06.2019).

EMANUEL, Steven L.: **Emanuel Law Outlines for Corporations**, Seventh Edition, Wolters Kluwer Law & Business, Newyork, 2013. (<https://play.google.com/books/reader?id=97XfDgAAQBAJ&pg=GBS.PT315.w.2.0.91>, erişim: 25.06.2019)

FARRAR, John H./FUREY, Nigel E/HANNIGAN, Brenda M/WYLIE, Philip: **Farrar’s Company Law**, Third Edition, Butterworths, 1991.

FEDDERKE, Johannes W./VENTORUZZO, Marco: “The Biases of an “Unbiased” Optional Takeovers Regime: The Mandatory Bid Threshold as a Reverse Drawbridge”, **European Corporate Governance Institute-Working Paper Series in Law, Working Paper**, N. 304, s. 1-33, (<https://ssrn.com/abstract=2706602>), erişim: 13.07.2019).

FORSTINGER, Christin M.: **Takeover Law In the EU and the USA, A Comparative Analysis**, European Monographs, Kluwer Law International, The Netherlands, 2002.

GAUGHAN, Patrick A.: **Mergers, Acquisitions and Corporate Restructuring**, Fifth Edition, JohnWiley & Sons, Inc. , New Jersey, Canada, 2011.

GUGLER, Klaus/Susanne KLASS, Alex STOMPER, Josef ZECHNER: “The Separation of Ownership and Control in Austria”, **The Control of Corporate Europe**, Fabrizio BARCA/ Marco BECHT (ed.), Oxford University Press, 2003, s. 46-69.

Gönüllü Pay Alım Teklifi Yoluyla Ortaklık Paylarının Toplanmasına İlişkin 2004/25 sayılı Avrupa Birliği Direktif Metni, (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32004L0025&from=EN>, erişim: 01.07.2019).

HACIMAHMUTOĞLU, Sibel: “AT Komisyonunun Ortaklığın Kontrolünü Ele Geçirme Aracı Olarak Pay Alım Önerisine İlişkin 13. Ortaklıklar Hukuku Yönerge Teklifi Üzerine Bir İnceleme”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, C. 21, Sa. 1, 2001, s. 96-138.

HACIMAHMUTOĞLU, Sibel: “Ortaklığın Kontrolü Pazarı Teorisi ve

Ortaklık Yöneticileri Üzerindeki Etkileri”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, C. 23, Sa. 3, 2006 s. 257-289.

HAMILTON, Robert W.: “Private Sale of Control Transactions:Where We Stand Today”, **Case Western Reserve Law Review**, V. 36, Sa. I. 2, s. 248-285, (<https://pdfs.semanticscholar.org/f2f8/20dcca48c8443e6a5fb7570e511ddec3f629.pdf>, erişim: 13.07.2019).

HANSEN, Jesper Lau: “The Mandatory Bid Rule The Rise to Prominence of a Misconception”, **Stockholm Institute for Scandinavian Law**, 1957-2009, s. 174-192. (<http://www.scandinavianlaw.se/pdf/45-10.pdf>), erişim: 07.07.2019).

HERMAN, Edward S.: **Corporate Control, Corporate Power**, Cambridge University Press, USA, 1982.

HERZEL, Leo/SHEPRO, Richard W. : **Bidders and Targets Mergers and Acquisitions in the US**, Basil Blackwell, Great Britain, 1990.

IMMENGA, Ulrich: **Feindliche Übernahangebote Aus Ettbewerbspolitischer Sicht**, der Kommission der Europäischen Gemeinschaften (Generaldirektion IV), 1990.

JENNINGS, Nicholas: “Mandatory Bids Revisited”, **Journal of Corporate Law Studies**, V. 5, N. 1, s. 37-64, (<https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/14735970.2005.11419929>, erişim: 06.07.2019).

KARACAN, Esra Erişir/KARACAN, Ali İhsan: **Pay Alım Teklifi Finans Hukuku Açısından Bir İnceleme**, Birinci Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2018.

KARAYALÇIN, Yaşar: “Anonim Şirkette Çoğunluk-Azınlık İlişkisi Bakımından Kontrol (Blok) Satışı ve Genel Alım Önerisi”, **Prof. Dr. Haluk Tandoğan’ın Hatırasına Armağan 1925-1988**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1990, s. 352-398.

KENDİGELEN, Abuzer: “Zorunlu Çağrıya İlişkin Son Gelişmeler”, B. 1, C. II, **Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 1163-1204.

KENDİGELEN, Abuzer: **Hukuki Mütalaalar**, B. 1, C. VI, Arkan Basım Yayım, İstanbul, 2006.

- KENYON SLADE, Stephene: **Mergers and Takeovers in The US and UK Law and Practice**, Oxford University Press, USA, 2003.
- KLEIN, William A./COFFEE, J. R. John C. ; **Business Organization and Finance, Legal and Economic Principles**, New York, Foundation Press, 2002.
- KOLCUOĞLU, Umut: **Sermaye Piyasası Hukukunda Zorunlu Çağrı**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009.
- KRAAKMAN, Reiner/ARMOUR, John/DAVIES, Paul/ENRIQUES, Luca/HANSMANN, Henry/HERTIG, Gerard HOPT, Klaus/KANDA, Hideki/PARGENDLER, Mariana, RINGE, Wolf-Georg, ROCK, Edward: **The Anatomy of Corporate Law**, Third Edition, Oxford University Press, USA, 2017.
- LEE, T. Peter: “Regulation of Takeovers in Selected National Legal Systems”, **European Takeovers**, Klaus J. Hopt/ Eddy Wymeersch (ed.), Butterworths, 1992, s. 133-163.
- LHAUGE, Einer: “The Triggering Function of Sale of Control Doctrine”, **The University of Chicago Law Review**, 59, 1465, 1992, s. 1465-1532, (<https://pdfs.semantic scholar. org/ebcc/e35838f42ed92b2b436f096e2e55b5dab5e8.pdf>, erişim: 13.07.2019).
- LOHRER, Stefan: **Unternehmenskontrolle und Übernahmerecht**, Band 40, Nomos, Nomos Baden-Baden, 2001.
- MANAVGAT, Çağlar: **Aleni Pay Alım Teklifi: Tender Offer-Takeover Bid**, Sermaye Piyasası Kurulu, Ankara, 1997.
- MANAVGAT, Çağlar: **Hukuki Bakımdan Halka Açık Anonim Ortaklıklar ve Halka Arz**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2016.
- MANNE, Henry G.: “Mergers and the Market for Corporate Control”, **The Journal of Political Economy**, V. 73, N. 2, s. 110-122, (<https://www.wiley.com/legacy/products /subject/accounting/accounting/braiotta/AppendixH.pdf>, erişim: 19.07.2019).
- MARKHAM, Jerry W.: **A Financial History of Modern U.S Corporate Scandals From Enron to Reform**, M. E. Sharpe, USA, 2006.

- MERKT, Hanno/GÖTHEL, Stephan R. : **US-amerikanisches Gesellschaftsrecht**, 2., neu bearbeitete Auflage, Frankfurt am Main: Verlag Recht und Wirtschaft GmbH, 2006.
- MUKWIRI, Jonathan: **Takeovers and the European Legal Framework**, Routledge-Cavendish, USA-Canada, 2009.
- NATH, Eric W.: “Best Practices Regarding Control Premiums: Comments Regarding The Appraisal Foundation’s Proposed White Paper On Control Premiums”, **Journal of BusinessValuation**, V. 2, s. 25-30. ([http //www.ericnath.com/articles/Control Premium WhitePaper.pdf](http://www.ericnath.com/articles/Control%20Premium%20WhitePaper.pdf), erişim: 07.08.2019).
- PACCES, Alessio M.: **Rethinking Corporate Governance**, Routledge, 2012.
- PALMITER, Alan R.: **Corporations**, Eight Edition, Wolters Kluwer, Newyork, 2015.
- PALMITIER, Alan R. : **Securities Regulation, Examples and Explanations**, New York, Wolter Kluwer, 2017.
- PASLI, Ali: **Anonim Ortaklığın Devralınması**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009.
- SCHUSTER, Edmund-Philip: “Efficiency in Private Control Sales-The Case for Mandatory Bids”, **LSE Legal Studies Working Paper**, No. 8, s. 2-42, ([https://papers.ssrn.com/ sol3/papers.cfm?abstract_id=1610259](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1610259), erişim: 14.08.2019).
- SCHUSTER, Edmund-Philip: “The Mandatory Bid Rule: Efficient, After All?”, **The Modern Law Review**, V. 76, s. 530-565, ([https://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/ 1468-2230. 12023](https://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/1468-2230.12023), erişim: 05.07.2019).
- SEPE, Simone M.: “Private Sale of Corporate Control: Why the European Mandatory Bid Rule is Inefficient” (August 13, 2010), **Arizona Legal Studies Discussion Paper** N. 10-29, s. 1-60, (<https://ssrn.com/abstract=1086321>, erişim: 10.07.2019).
- SJAFJELL, Beate: **Towards a Sustainable European Company Law**, European Company Law Series, V. 3, 2009.
- SLAUGHTER, James C.: “The Corporate Opportunity Doctrine”, **SMU Law Review**, Volume 18, Issue1, 1964, s. 96-118, (<https://scholar.smu.edu/>

smulr/vol18/iss1/6/, erişim: 28.07.2019).

SOLOMON, Steven M. Davidoff: “The SEC and the Failure of Federal Takeover Regulation”, **Berkeley Law Scholarship Repository**, Winter 1-1-2007, V. 34, Sa. 211, s. 211-269, ([https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi? referer=https:// www.google.com/&httpsredir=1&article=3303&context=facpubs](https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=3303&context=facpubs), erişim: 17.06.2019).

SÖNMEZ, Yusuf Ziyaeddin: “Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kontrolü Kavramı-Yönetim Kontrolünde Değişiklik Olması ve Buna Bağlı Sonuçlar”, **Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi**, C. 4, Sa. 2, s. 263-325, (<https://dergipark.org.tr/tfm/issue/41027/495822>, erişim: 26.08.2019).

SPK'nın Çağrı Yoluyla Anonim Ortaklık Paylarının Toplanmasına İlişkin Esaslar Tebliği **Basın Duyurusu**, (<https://www.spk.gov.tr/Duyuru/Goster/200992/0>, erişim: 09.02.2020)

STEDMAN, Graham: **Takeovers**, Longman, Great Britain, 1993.

ŞEHİRALİ ÇELİK, Feyzan Hayal: **Anonim Şirketlerde Çıkar Çatışmaları Ekseninde Şirket Ele Geçirmelerine Karşı Önlemler**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2008.

TARAN, Nataliya: **Mandatory Bid Rule Problems and Effects of Its Implementation**, Master Thesis, Faculty of Law Lund University, Per Samuelsson, Master's Programme in European Business Law, 2008-2009, spring, s. 1-48, (<http://lup.lub.lu.se/luur/download?func=downloadFile&recordId=1555449&fileId=1563662>, erişim: 14.07.2019).

TEKİNALP, Ünal: “Halka Açık Anonim Ortaklıkların Genel Kurullarında Oluşan Güç Boşluğu Sorununa İlişkin Çeşitli Çözümler, Öneriler ve Eleştirisi”, **Kubalya Armağan Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Sayısı**, İstanbul, 1975, s. 467-489.

The Takeover Bids Directive Assessment Report s. 1-329, (<https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/67501b75-7583-4b0d-a551-33051d8e27c1>, erişim: 30.07.2019).

The Takeover Code, C7, (<http://www.thetakeoverpanel.org.uk/wp-content/uploads/2008/11/code.pdf?v=1Apr2019>, erişim: 20.07.2019).

TÜRKYILMAZ, İsmail: **Sermaye Piyasası Hukukunda Pay Alım Teklifi**

Zorunluluğu, Baskı 1, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015.

Übernahmegesetz metni: (https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung/Bundesnormen/100_03609/%c3%9cbG%2c%20Fassung%20vom%2030.08.2019.pdf, erişim: 30.08.2019).

WEISNER, Arnd: **Verteidigungsmaßnahmen gegen unfreundliche Übernahmeversuche in den USA, Deutschland und nach europäischem Recht**, Deutsches und Internationales Wirtschaftsrecht, Band 26, LIT VERLAG, Hamburg, 1999.

WYMEERSCH, Eddy: “The Mandatory Bid A Critical View”, **European Takeovers**, Klaus J. Hopt/Eddy Wymeersch (ed.), Butterworths, 1992, s. 351-368.

YEŞİLTEPE, Salih Önder: **AB ve Türk Hukukunda Çağrı Yoluyla Ortaklık Paylarının Toplanması**, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2011.

ZHAO, Jinlong/L. V. Si: “On Fiduciary Duties of Controlling Shareholders of Targeted Corporation”, **Journal of Politics and Law**, V. 4, N. 2, s. 85-90, (<https://pdfs.semanticscholar.org/26a2/c27059b82d25c3589f4c1241a9932efc6a6f.pdf>, erişim: 26.07.2019).

KISALTMALAR

A.B.D.	: Amerika Birleşik Devletleri
AB	: Avrupa Birliği
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
Diss.	: Dissertation
dn.	: Dipnot
ed.	: Editör
HAAO	: Halka Açık Anonim Ortaklık
Inc.	: Incorporation
m.	: Madde
no	: Numara
N	: Number
NYU	: Newyork University
para.	: Paragraf
S	: Sayı
s.	: Sayfa
SEA	: Securities Exchange Act
SEC	: Securities Exchange Commission
SPK	: Sermaye Piyasası Kurulu
SPKn	: Sermaye Piyasası Kanunu
TTK	: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
TK	: 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu
US	: United States of America
USA	: United States of America
ÜbG	: Übernahmengesetz (Avusturya Devralma Kanunu)
v.	: Versus
V.	: Volume
vd.	: Ve devamı

KAMU HUKUKU >>

BOŞ

CİNSEL DOKUNULMAZLIĞA KARŞI İŞLENEN SUÇLAR BAKIMINDAN İLGİLİNİN RIZASININ CEZA HUKUKU SORUMLULUĞU ÜZERİNDEKİ ETKİSİ

İzzet ÖZGENÇ*

ÖZ

Klasik suç teorisinde “mağdurun rızası” bir “hukuka uygunluk sebebi” olarak kabul edilir ve bu sebeple, açıklanan rızaya binaen gerçekleştirilen fiil dolayısıyla ceza hukuku sorumluluğu cihetine gidilmez. Oysa günümüz ceza hukuku anlayışında, kişinin üzerinde hukuken tasarrufta bulunma yetkisine sahip bulunduğu konu ile ilgili olarak ve tasarruf sınırları dahilinde açıkladığı rıza, bir hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilmektedir. Hatta, bazı durumlarda açıklanan rızanın bir hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilebilmesi için, bunun belirli koşullarda, örneğin önceden gerekli ve yeterli bilgilendirmeye dayalı ve yazılı olarak açıklanması gerekmektedir. Diğer taraftan, rıza, bazı durumlarda, fiilin hukuka aykırılık vasfını ortadan kaldırmamakla birlikte, ceza hukuku sorumluluk alanı dışında değerlendirilmesini gerektirmektedir; yani kişi bakımından bir mazeret sebebinin varlığının kabul edilmesini sağlamakta ve hatta, fiilin suç olma özelliğini ortadan kaldırmaktadır. Bu itibarla, rızanın bir hukuka uygunluk sebebi, kusurluluğu ortadan kaldıran veya fiili suç olmaktan çıkararak bir sebep olarak değerlendirilebilmesi için, kişinin üzerinde tasarrufta bulunduğu konu bağlamında açıklanma şartlarını ve usulünü dikkate almak gerekecektir.

Anahtar Kelimeler: İlgilinin rızası, hukuka uygunluk sebebi, cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar, cinsel istismar, cinsel taciz, çocuk pornografisi.

THE EFFECT OF CONSENT ON THE CRIMINAL-LAW LIABILITY WITH REGARD TO THE CRIMES AGAINST SEXUAL INVIOABILITY

ABSTRACT

In the classical theory, “consent by the victim” is accepted as a “justification defence” so the acts carried out in regard to the declared consent does not give rise to criminal-law liability. However, in the current understanding of criminal law, consent that a person renders with regard to a right of which she/he is entitled to the enjoyment and within the limits of the enjoyment is regarded as a justification defence. Moreover, in some cases, consent should be declared pursuant to certain conditions in order to

* **Prof. Dr.**, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku ABD **E-Posta:** oezgenc@gmail.com

ORCID ID: 0000-0002-1805-8572

DOI : 10.34246/ahbvuhfd.733297

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 24/02/2020

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 24/03/2020

be approved as a justification defence, such as the person giving the consent must be adequately informed in advance and it must be disclosed in written form. On the other hand, in some cases, consent does not remove the unlawfulness of the act but requires it to be discussed outside the scope of the criminal liability; in other words, sometimes consent constitutes an excuse defence and even removes the act from being a crime. Therefore, to be able to accept the consent as justification defence or a reason that removes either the culpability or the act from being a crime, relevant conditions and procedure for its declaration should be considered.

Keywords: *Consent, justification defence, crimes against sexual inviolability, sexual abuse of children, sexual harassment, child pornography.*

I. Giriş

Kişinin hukuken geçerli rızasının varlığından bahsedebilmek için, bunun, “üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin” olması gerekmektedir.

Hukuk düzeni, kişiyi kendisiyle ilgili belli konular üzerinde başkaları tarafından belli tasarruflarda bulunma hususunda rıza göstermeye yetkili kılmaktadır.

Kişinin hukuki yetkisini kullanmak suretiyle açıklamış bulunduğu rızaya dayalı olarak başkaları tarafından gerçekleştirilen davranışlar hukuka aykırı değildir. Belli konularla ilgili olarak belli tasarruflara yönelik hukuken geçerli rızaya dayanılarak gerçekleştirilen davranışlar hukuka uygundur.

Rıza açıklamasının bir hukuka uygunluk sebebi oluşturabilmesi için, rızanın ilişkin bulunduğu konu üzerinde ve hukuken tanınan sınırlar kapsamında bir tasarrufta bulunulması gerekir.

Bir hakkın kullanılması bağlamında açıklanan rıza, bir hukuka uygunluk sebebidir.

Ancak, rıza açıklaması, her zaman bu açıklamaya dayalı olarak gerçekleştirilen fiilin hukuka uygun olmasını sonuçlamaz. İlgilinin rızasına dayalı olarak gerçekleştirilen fiil, bazı durumlarda hukuka aykırı olmakla birlikte ceza sorumluluğunu gerektirmeyebilir.

Hukuk sistemimiz, çocukların cinsel arzularının tatmini amacıyla bir başkasıyla cinsel ilişkiye girmesi yönünde rıza açıklamasına hukuki geçerlilik tanımamaktadır. Dolayısıyla, cinsel suçlar bağlamında, yaşı ne olursa olsun

çocuğun açıklamış bulunduğu rıza, fiili hukuka uygun hale getirmemektedir¹. Ancak fiilin hukuka uygun olmaması, her zaman ceza hukukunun müdahalesini gerekli kılmamakta, bu sebeple kişinin cezalandırılmasını gerektirmemektedir².

TCK’da, “(m)üstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünlerin üretiminde çocukları ... kullan”mak, suç olarak tanımlanmıştır (m. 226, f 3). “Çocuk pornografisi” olarak da adlandırılan bu suç, müstehcen, pornografik bir ürünün üretiminde, **yaşı ne olursa olsun, rızasının olup olmadığına bakılmaksızın**, çocuğun kullanılması suretiyle işlenmektedir. Başka bir ifadeyle, yaşı ne olursa olsun, çocuk müstehcen, pornografik ürünün üretilmesinde kullanılmaya rıza gösterse bile, fiil suç oluşturacaktır. Bu itibarla örneğin on beş yaşından büyük çocuğun müstehcen, pornografik ürünün üretilmesinde kullanılmaya yönelik olarak açıkladığı rıza, TCK, m. 26, f. 2 çerçevesinde bir hukuka uygunluk sebebi oluşturmamaktadır.

II.

Türkiye’nin taraf olduğu pek çok milletlerarası sözleşmede, çocukların cinsel istismarının yanı sıra, müstehcenliğin daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hali olarak çocuk pornografisinin önlenmesine ve suç olarak tanımlanmasına yönelik hükümler bulunmaktadır:

A- 20.11.1989 tarihli Birleşmiş Milletler “**Çocuk Haklarına Dair Sözleşme**”ye³ göre;

“Taraf Devletler, çocuğu, her türlü cinsel sömürüye ve cinsel suistimale karşı koruma güvencesi verirler. Bu amaçla Taraf Devletler özellikle:

a) Çocuğun yasadışı bir cinsel faaliyete girişmek üzere kandırılması veya zorlanmasını;

¹ ÖZGENÇ, İzzet: *Cinsel Suçlar, Türk Ceza Kanununun Cinsel Suçlara İlişkin Düzenlemelerinin Dayandığı Felsefi Temel, Cinsel Suçlara İlişkin Kanun Hükümlerinin Uygulanmasından Kaynaklanan Sorunlar*, in: Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt XXIV, sayı 1, Ocak 2020, sh. 257 vd.

² ÖZGENÇ, İzzet: *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ceza Hukukuna Giriş, Suç Teorisi, Yaptırım Teorisi, Milletlerarası Ceza Hukuku*, 15. bası, Ankara, Ağustos 2019, sh. 374 vd.

³ Türkiye’nin de taraf olduğu söz konusu Sözleşme metni için bkz. RG: 27 Ocak 1995/22184; Türk Ceza Hukuku Mevzuatı, cilt 3 (Milletlerarası Sözleşmeler), Gazi Üniversitesi Türk Ceza Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi yayını, Ankara, Nisan 2017, sh. 37 vd.

b) Çocukların, fuhuş, ya da diğer yasadışı cinsel faaliyette bulundurulmasıyla sömürülmesini;

c) Çocukların pornografik nitelikli gösterilerde ve malzemede kullanılarak sömürülmesini,

önlemek amacıyla ulusal düzeyde ve ikili ile çok taraflı ilişkilerde gerekli her türlü önlemi alırlar.” (m. 34)

B- 17.6.1999 tarihli Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) “Kötü Şartlardaki Çocuk İşçiliğinin Yasaklanması ve Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Acil Önlemler Sözleşmesi”ne (Sözleşme no. 182)⁴ göre;

“Bu Sözleşmeyi onaylayan her üye ülke acil bir sorun olarak kötü şartlardaki çocuk işçiliğinin yasaklanmasını ve ortadan kaldırılmasını temin edecek ivedi ve etkin önlemleri alır”,(m. 1)

“Bu sözleşmenin amaçları bakımından ‘kötü şartlardaki çocuk işçiliği’ ifadesi,

...

b) çocuğun fahişelikte, **pornografik yayınların üretiminde veya pornografik gösterilerde kullanılmasını, bunlar için tedarikini ya da sunumunu;**

...

Kapsar.” (m. 3, bent b)

C- 25.5.2000 tarihli Birleşmiş Milletler “Çocuk Haklarına Dair Sözleşmeye Ek Çocuk Satışı, Çocuk Fahişeliği ve Çocuk Pornografisi İle İlgili İhtiyari Protokol”⁵ ile, taraf devletler, “çocuğun gerçekte veya taklit suretiyle bariz cinsel faaliyetlerde bulunur şekilde herhangi bir yolla teşhir edilmesi veya çocuğun cinsel uzuvlarının, ağırlıklı olarak cinsel amaç güden bir şekilde gösterilmesi” anlamına gelen (m. 2, bent c) çocuk pornografisini yasaklamakla ve suç olarak tanımlamakla yükümlü kılınmışlardır (m. 1; m. 3, f. 1, bent c). Bu itibarla, çocukların kullanıldığı pornografik ürünlerin “üretimi, dağıtımı,

⁴ Türkiye’nin de taraf olduğu söz konusu Sözleşme metni için bkz. RG: 27 Haziran 2001/24445.

⁵ Türkiye’nin de taraf olduğu söz konusu Protokol metni için bkz. RG: 28 Haziran 2002/24799; Türk Ceza Hukuku Mevzuatı, cilt 3 (Milletlerarası Sözleşmeler), sh. 63 vd.

yayılması, ithali, ihracı, sunumu, satışı veya zilyetliği” fiillerini “vahametini dikkate alan uygun cezalarla cezalandırılabilir” suç olarak tanımlanacaktır (m. 3, f. 3).

D- 23.11.2001 tarihli Avrupa Konseyi “Sanal Ortamda İşlenen Suçlar Sözleşmesi”ne (ETS No. 185)⁶ göre;

“MADDE 9- Çocuk pornografisiyle bağlantılı suçlar

*1. Taraflardan her biri, aşağıda belirtilenler, kasten ve haksız yere gerçekleştirildiği zaman, bunların kendi iç hukukunda **cezaî suç olarak tanımlanması** için gerekli olabilecek yasama tedbirlerini ve diğer tedbirleri kabul edecektir:*

*a. bir bilgisayar sistemi üzerinden dağıtımını yapmak amacıyla **çocuk pornografisi üretmek;***

*b. bir bilgisayar sistemi üzerinden **çocuk pornografisini sunmak veya erişilebilir hale getirmek;***

*c. bir bilgisayar sistemi üzerinden **çocuk pornografisinin dağıtım veya iletimini yapmak;***

*d. kendisi veya başkası için bir bilgisayar sistemi üzerinden **çocuk pornografisi temin etmek;***

*e. bir bilgisayar sisteminde veya bilgisayar verileri depolama aygıtında **çocuk pornografisi bulundurmak.***

*2. Yukarıda 1. paragrafla belirtilen “**çocuk pornografisi**” terimi aşağıda belirtilenleri görsel anlamda tasvir eden pornografik malzemeleri içerecektir:*

*a. **reşit olmayan şahsın cinsel içerikli eylemlerde bulunması;***

*b. **reşit olmayan şahıs görüntüsün(ü) haiz şahsın cinsel içerikli eylemlerde bulunması;***

*c. **reşit olmayan şahsın cinsel içerikli eylemlerde bulunmasını betimleyen gerçekçi görüntüler.***

⁶ Türkiye'nin de taraf olduğu söz konusu Sözleşme metni için bkz. RG: 9 Ağustos 2014/29083; Türk Ceza Hukuku Mevzuatı, cilt 3 (Milletlerarası Sözleşmeler), sh. 915 vd.

3. Yukarıda 2. paragrafta belirtilen “**reşit olmayan**” terimi, **18 yaşın altındaki tüm şahısları** kapsar. Bununla birlikte, Taraflardan biri, 16’dan küçük olmamak kaydıyla, daha düşük bir yaş sınırı talep edebilir.

4. Taraflardan her biri, 1. paragrafın d ve e bentleri ile 2. paragrafın b ve c bentlerinin tamamını veya bir kısmını uygulamaya koymama hakkını saklı tutabilirler.”

E- 25.10.2007 tarihli “**Avrupa Konseyi Çocukların Cinsel Sömürü ve İstismara Karşı Korunması Sözleşmesi**” (CETS No. 201)⁷ ile, Taraf devletlerden “her biri, çocukların cinsel sömürü ve istismarının her türünü engellemek ve çocukları korumak için gereken yasal ve diğer tedbirleri al”makla yükümlü kılınmıştır (m. 4). Bu çerçevede Taraf devletlere yüklenen somut yükümlülükler şunlardır:

“MADDE 18- Cinsel istismar

1. Taraflardan her biri aşağıdaki kasti fiilin **suç** kapsamına girmesini sağlamak için gereken yasal ve diğer tedbirleri alır:

a- ulusal hukukun ilgili hükümlerine göre yasal olarak **cinsel erginlik yaşına gelmemiş olan bir çocukla cinsel faaliyetlerde bulunmak;**

b- bir çocukla aşağıdaki yollarla cinsel faaliyette bulunulması halinde:

- zor, güç veya tehdit kullanma; veya

- aile içi dahil, çocuk üzerinde güven, yetki veya etki gerektiren mevki kullanarak istismar; veya

- özellikle bir zihinsel veya fiziksel özürüllüğü veya bağımlılığı sebebiyle, çocuğun özellikle savunmasız bir durumundan yararlanarak istismar.

2. Yukarıdaki 1. fıkra amacına uygun olarak, Taraflardan her biri bir **çocukla cinsel faaliyette bulunmanın yasak olduğu yaş alt sınırına karar verir.**

3. 1.a fıkrasının hükümleri, **küçükler arasında rızaya dayalı cinsel**

⁷ Türkiye’nin de taraf olduğu söz konusu Sözleşme metni için bkz. RG: 10 Eylül 2011/28050; Türk Ceza Hukuku Mevzuatı, cilt 3 (Milletlerarası Sözleşmeler), sh. 85 vd.

faaliyetleri düzenlemeye yönelik değildir.”⁸

“MADDE 20- Çocuk pornografisine ilişkin suçlar

1. Taraflardan her biri aşağıdaki kasti davranışın, hakkı olmadan işlenmesi halinde, suç kapsamına girmesini sağlamak için gereken yasal ve diğer tedbirleri alır:

a- çocuk pornografisi üretimi;

b- çocuk pornografisi teklifi veya sağlanması;

c- çocuk pornografisi dağıtımını veya yayınlanması;

d- kendisi veya başkası için çocuk pornografisi temin etmek;

e- çocuk pornografisine sahip olmak;

f- bilgi ve iletişim teknolojileri yoluyla bilerek çocuk pornografisine erişim sağlamak.

*2. Bu madde kapsamında, “çocuk pornografisi” ifadesi; görsel olarak **bir çocuğun gerçek veya temsili açık cinsel ilişkiye girdiğini ortaya koyan** veya **bir çocuğun cinsel organlarının cinsel amaç öncelikli olarak her türlü gösterimini** içeren herhangi bir materyali ifade eder.*

*3. Taraflardan her biri, aşağıda belirtilen pornografik materyallerin üretimi ve sahipliğine 1 a ve e fıkralarını kısmen veya tamamen **uygulamama** hakkını saklı tutabilir:*

- tamamen temsili sunumlardan veya var olmayan bir çocuğun görüntülerinden oluşan;

*- 18. maddenin 2. fıkrasının uygulanmasında belirlenen yaşa ulaşmış ve bu **görüntüleri kendi rızalarıyla ve sadece kendi özel kullanımları için üretip iyeliklerinde bulunduran** çocukları içeren.*

4. Taraflardan her biri, 1. f. fıkrasını uygulamama hakkını, kısmen veya tamamen, saklı tutabilir koyabilir.”⁹

⁸ Sözleşmenin bu hükümlerinin, TCK’nın “Çocukların cinsel istismarı” (m. 103), “Reşit olmayanla cinsel ilişki” (m. 104) suçlarına ilişkin hükümleri ile “Cinsel taciz” suçunun (m. 105) çocuğa karşı işlenmesi bağlamındaki hükümlerinin yorumlanmasında dikkate alınması gerekmektedir.

⁹ Sözleşmenin bu hükümlerinin, TCK’nın “Müstehcenlik” suçunun tanımlandığı 226. maddesinin çocuk pornografisi bağlamındaki üçüncü ve beşinci fıkraları hü-

“MADDE 21- Bir çocuğun pornografik gösterilere katılımına ilişkin suçlar

1. Taraflardan her biri, aşağıdaki kasti fiilin suç kapsamına girmesini sağlamak için gereken yasal ve diğer tedbirleri alır:

a- bir çocuğu pornografik gösterilere katılması için işe almak veya bir çocuğun böyle gösterilere katılımına neden olmak:

b- bir çocuğu pornografik gösterilere katılması için zorlamak veya bir çocuk üzerinden kazanç sağlamak veya bu amaçla çocuğu her türlü istismar etmek;

c- bilerek çocukların katılımını içeren pornografik gösterilere katılmak.

2. Taraflardan her biri, 1 c fıkrasının çocukların 1 a veya b fıkralarına uygun olarak işe alındığı veya icbar edildiği durumlara uygulanmasını kısıtlama hakkım saklı tutabilir.”¹⁰

“MADDE 22- Çocukların suiistimali

Taraflardan her biri, cinsel amaçlarla, 18. maddenin 2. fıkrasının uygulanmasında belirlenen yaşa ulaşmamış bir çocuğun katılım(1) olmadan da olsa cinsel sömürü veya cinsel faaliyetlere tanık olmasına kasten neden olmanın suç olarak düzenlenmesi için gereken yasal ve diğer tedbirleri alır.”¹¹

“MADDE 23- Çocukların cinsel amaçlar için teşviki

Taraflardan her biri, 18. maddenin 2. fıkrasının uygulanmasında belirlenen yaşa ulaşmamış bir çocuğa, bilgi ve iletişim teknolojileri yoluyla bir yetişkinin, 18. maddenin 1a fıkrası veya 20. Maddenin 1a fıkrası uyarınca belirlenen suçlardan herhangi birini işlemek amacıyla kasten buluşma teklifinde bulunmasını, bu teklifi takiben söz konusu

kümlelerinin yorumlanmasında dikkate alınması gerekmektedir.

¹⁰ Sözleşmenin bu hükümlerinin, TCK'nın “Cinsel taciz” suçunun (m. 105) çocuğa karşı işlenmesi bağlamındaki hükümleri ile “Müstehcenlik” suçunun tanımlandığı 226. maddesinin çocuk pornografisi bağlamındaki üçüncü ve beşinci fıkraları hükümlerinin yorumlanmasında dikkate alınması gerekmektedir.

¹¹ Sözleşmenin bu hükümlerinin, TCK'nın “Cinsel taciz” suçunun (m. 105) çocuğa karşı işlenmesi bağlamındaki hükümlerinin yorumlanmasında dikkate alınması gerekmektedir.

buluşmayla sonuçlanacak icra hareketlerinin gerçekleşmesi halinde, suç olarak düzenlemek için gereken yasal ve diğer tedbirleri alır.”

“MADDE 28- Ağırlaştırıcı durumlar

Taraflardan her biri, aşağıdaki durumların, suçu oluşturan unsurların bir parçası olmadıkları takdirde, iç hukukun ilgili hükümlerine uygun olarak, bu Sözleşmedeki suçlara ilişkin yaptırımlara karar verilirken ağırlaştırıcı durum olarak değerlendirilmesini sağlamak için gerekli yasal ve diğer tedbirleri alır:

- a- Suç mağdurun fiziksel ve akıl sağlığını ciddi olarak zarar vermişse;*
- b- Suçun öncesinde veya beraberinde işkence veya ciddi şiddet eylemleri olduysa;*
- c- Suç özel olarak savunmasız bir mağdura karşı işlenmişse;*
- d- Suç ailenin bir üyesi tarafından, çocukla beraber yaşayan bir şahıs ya da yetkisini kötüye kullanan bir kişi tarafından işlenmişse;*
- e- Suç beraber hareket eden birkaç kişi tarafından işlenmişse;*
- f- Suç bir suç örgütü çerçevesinde işlenmişse;*
- g- Fail daha önce aynı türden bir suçtan hüküm giymişse.”¹²*

Taraf devletler, bu çerçevede tanımlanan suçlar dolayısıyla dava “zamanaşımı süresinin, mağdur, reşit yaşa geldikten sonra ve söz konusu suçun ağırlığıyla orantılı olarak etkili takibat işlemlerinin başlatılmasına izin verilmesini sağlayacak yeterli sürenin verilmesini temin için gerekli yasal ve diğer tedbirleri” almakla yükümlü kılınmıştır¹³.

Dikkat edilmelidir ki, söz konusu Sözleşmeler hükümlerinde çocuğun yaşı ile ilgili olarak herhangi bir sınırlama getirilmemiştir. Söz konusu fiiller, kural olarak, yaş sınırlaması getirilmeksizin bütün çocuklar bakımından yasaklanmıştır. Keza, suç olarak tanımlanması gereken söz konusu fiiller bakımından çocuğun rızasının bir önemi bulunmamaktadır.

¹² Sözleşmenin bu hükümlerinin, TCK’da tanımlanan cinsel suçların nitelikli unsurlarına ilişkin çeşitli hükümlerinin yorumlanmasında dikkate alınması gerekmektedir.

¹³ Sözleşmenin bu hükmü, TCK’nın 66 maddesinin dava zaman aşımı süresinin başlangıcına ilişkin altıncı fıkrasının çocuklar bağlamındaki hükmünün yorumlanmasında dikkate alınması gerekmektedir.

Söz konusu alanda Avrupa Birliği üyesi devletlerin mevzuatında gerekli yeknesaklığı sağlamak amacıyla çıkarılmış olan, Avrupa Birliği Konseyinin 22.12.2003 tarihli ve **2004/68/JI** sayılı “**Çocukların Cinsel Sömürüsü ve Çocuk Pornografisiyle Mücadele Çerçeve Kararı**”¹⁴ ve Avrupa (Birliği) Parlamentosu ve (Avrupa Birliği) Konseyi’nin 13.12.2011 tarihli ve **2011/93/EU** sayılı “**Çocukların Cinsel İstismarı, Cinsel Sömürüsü ve Çocuk Pornografisiyle Mücadele Direktifi**”¹⁵ hükümleri ile yukarıda sözü edilen Sözleşmeler hükümleri arasında önemli müştereklikler bulunmaktadır.

III.

Yargıtay kararlarında günümüze kadar cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar bağlamında rızanın ceza sorumluluğu üzerindeki etkisi ile ilgili olarak değişkenlik arz eden ve zamanla konunun doğru zeminde ele alındığı bir süreç yaşanmıştır. Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun bu süreçte önemli dönüm noktası oluşturan kararlarını aşağıda hukuki değerlendirmeye tabi tutmuş bulunmaktayız:

Karar 1. Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun, **10.6.2014** tarihli ve E. 2013/551, K. 2014/311 sayılı Kararına konu teşkil eden olayda; 28 yaşında olan, evli ve iki çocuk babası olan S, henüz **15 yaşını tamamlamamış olan kız çocuğu Ç** ile birçok kez cinsel ilişkiye girer; bu esnada Ç’nin çıplak görüntülerini cep telefonu kamerasıyla çekerek kaydeder.

İlk derece mahkemesi, bu olayda, S hakkında,

- a) Zincirleme bir şekilde çocuğun cinsel istismarı (TCK, m. 103, f. 2),
 - b) Zincirleme bir şekilde çocuğu cinsel amaçla hürriyetinden yoksun kılma (TCK, m. 109, f. 1, f. 3 [bent f] ve f. 5),
 - c) Özel hayatın gizliliğini ihlal (TCK, m. 134, f. 1),
- suçlarından dolayı mahkumiyet hükmü kurmuştur.

Yargıtay 14. Ceza Dairesi, yaptığı temyiz incelemesi sonucunda, çocuğun cinsel istismarı ve kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçlarından verilen mahkûmiyet hükmünün onanmasına, buna karşılık, özel hayatın gizliliğinin

¹⁴ Official Journal of the European Union / Amtsblatt der Europäischen Union, 20.1.2004, L.13, sh. 44 vd.

¹⁵ Official Journal of the European Union / Amtsblatt der Europäischen Union, 17.12.2011, L.335, sh. 1 vd.

ihlali suçundan dolayı verilen mahkûmiyet hükmünün ise, “*Saniğin cinsel ilişkiye girdiği mağdurenin çıplak bedenini görmesinin özel hayatın gizliliğini ihlal olarak nitelenememesi karşısında bunun kayda alınmasının da suç oluşturmayaacağına gözetilmemesi*” gerekçeyle bozulmasına karar vermiştir.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının bu bozma kararına itirazı üzerine Yargıtay Ceza Genel Kurulu, yaptığı değerlendirme sonucunda, aşağıdaki gerekçelerle, Daire kararının kaldırılmasına ve ilk derece mahkemesinin onanmasına karar vermiştir:

Söz konusu “*uyuşmazlığın sağlıklı bir hukuki zemine oturtulabilmesi için çocukların çıplak bedenlerine ait görüntüler de dahil olmak üzere özel hayatlarına ilişkin olarak her türlü konuda mutlak surette tasarruf özgürlüklerinin bulunup bulunmadığının, dolayısıyla da bu konudaki rızalarının geçerli olup olmadığının belirlenmesi zorunluluğu doğmaktadır.*

...

... çocuk kavramının, kanun koyucu tarafından cinsel dokunulmazlığa karşı suçların düzenlendiği bölümde, “*onbeş yaşını bitirmiş*”, “*onbeş yaşını tamamlamamış*” şeklinde iki ayrı dönem olarak ele alındığı görülmektedir. Buna göre bu bölümde “*onbeş yaşını tamamlamamış*” çocuklar ile “*onbeş yaşını bitirmiş olup da onsekiz yaşını tamamlamamış*” olan çocuklara karşı işlenen cinsel suçlar farklı kategoride mütalaa edilmiştir. TCK’nun 103/1-a maddesinde, “*onbeş yaşını tamamlamamış*” olan çocuklara karşı her türlü cinsel davranış cinsel istismar olarak tanımlanmışken aynı maddenin (b) bendinde ise; diğer çocuklar ifadesiyle “*onbeş yaşını bitirmiş olup da onsekiz yaşını tamamlamamış*” olan çocuklar kastedilerek bunlara karşı sadece cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışların cinsel istismar suçunu oluşturabileceği kabul edilmiştir. Böylece kanun koyucu bu maddede “*onbeş yaşını bitirmiş olup da onsekiz yaşını tamamlamamış*” olan çocuklara karşı rızalarıyla işlenen cinsel davranışları cinsel istismar suçu kapsamına almamış ve bu kategorideki çocukların rızalarına önem vermişken, “*onbeş yaşını tamamlamamış*” çocuklara karşı yapılan her türlü cinsel davranışı rızaları olsa bile çocukların cinsel istismarı suçu kapsamına almıştır. Aynı kanununun 104. maddesinde de; cebir, tehdit ve hile olmaksızın, onbeş yaşını bitirmiş olan çocukla

cinsel ilişkide bulunmayı şikâyete bağlı bir suç olarak düzenlemiştir.

Bu düzenlemeden de hareketle çocuklara karşı işlenen özel hayatın gizliliğinin ihlali suçunun da iki kategoride ele alınması gerekmektedir:

*Birinci kategoride yer alan “**onbeş yaşını tamamlamamış**” çocukların özel hayatlarının gizliliği ve korunması hakkı niteliği itibarıyla üzerinde mutlak surette tasarruf edebilecekleri bir hak olmadığından, özel hayatlarının gizliliği ve korunması hakkının ihlaline yönelik olarak gerçekleştirilen eylemlerle ilgili gösterdikleri **rıza**, bir **hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilemeyecektir.***

*Buna karşın ikinci kategoride yer alan “**onbeş yaşını bitirmiş olup da onsekiz yaşını tamamlamamış**” çocuklara karşı işlenen suçlarda ise, mümeyyiz olmaları halinde **rızaları hukuka uygunluk nedeni** olabilecektir.*

Bu açıklamalar ışığında uyumsuzluk konusu değerlendirildiğinde;

*Sanığın suç tarihinde cinsel ilişkiye girdiği 15 yaşından küçük mağdurenin çıplak bedenini kendi rızası dahilinde cep telefonu kamerasıyla çekip kaydetmesi eyleminde, **mağdurenin rızası** hukuken üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakka ilişkin olmadığından **hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilemeyecektir.** Dolayısıyla 15 yaşından küçük mağdurenin rızasıyla bile gerçekleştirilmiş olsa bu eylem TCK'nun 134/1. maddesinde düzenlenen özel hayatın gizliliğini ihlal suçunu oluşturmakta olup sanığın cinsel ilişki sırasında mağdurenin bedenini görüyor olması da, ulaşılan bu sonucu değiştirmeyecektir.*

Bu nedenle, yerel mahkeme hükmünün, sanığın cinsel ilişkiye girdiği mağdurenin çıplak bedenini görmesinin özel hayatın gizliliğini ihlal olarak nitelendirilemeyeceğinden bunun kayda alınmasının da suç oluşturmayaacağı gerekçesiyle bozulmasına ilişkin Özel Daire kararında isabet bulunmamaktadır.”

Ceza Genel Kurulu'nun söz konusu kararında, TCK'daki çeşitli cinsel suçlara ilişkin hükümlerden hareketle, çocuğun cinsel dokunulmazlığı üzerinde tasarrufta bulunma yönündeki rızasının, bir hukuka uygunluk nedeni “olabilece”ği ifade edilmiştir. Oysa, TCK'daki cinsel suçlara ilişkin düzenlemelerde, yaşı ne olursa olsun, **çocuğun cinsel davranışlara yönelik olarak açıkladığı rıza bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul**

edilmemiştir. Cinsel suçlar bağlamında çocuğun rızasının varlığı bazı durumlarda suç türünün değişmesini sonuçlamaktadır. Örneğin on beş yaşını tamamlamış olan çocuğa karşı cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen sair bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışlar, çocuğun cinsel istismarı suçunu; buna karşılık, on beş yaşını tamamlamış çocukla rızaen gerçekleştirilen cinsel ilişki, TCK, m. 104, f. 1’de tanımlanan suç oluşturacaktır. Keza, bazı durumlarda, çocuğun cinsel arzularını tatmin amacına yönelik olarak rızaen gerçekleştirdiği fiil, ceza sorumluluğunu gerektirmeyebilir. Örneğin on beş yaşını tamamlamış olan çocuklar arasında rızaen gerçekleştirilen cinsel ilişki, ilişkide bulunan çocukların ceza hukuku sorumluluğunu gerektirmemektedir. Ancak, bu durumdan, çocukların bu yönde açıklamış buldukları rızanın bir hukuka uygunluk nedeni oluşturduğu sonucu çıkarılamaz.

Keza, on beş yaşını tamamlamış olan çocuklar arasında gerçekleşen cinsel birleşmeye varmayan cinsel davranışlar bakımından açıklanan rıza, fiili suç olmaktan çıkarmakla birlikte, bir hukuka uygunluk nedeni oluşturmamaktadır. Bu bağlamda, suç teorisindeki **bir hukuka uygunluk sebebi olarak rıza ile tipikliği ortadan kaldıran rıza ayırımını** göz önünde bulundurmamak gerekir.

Kural olarak cinsel dokunulmazlıkları üzerinde tasarrufta bulunma yetkisine sahip bulunmayan çocukların özel hayatlarının gizliliği üzerinde de tasarruf yetkileri bulunmamaktadır. Bu itibarla, çocuğun özel hayatına ilişkin gizli bilgilerin aleniyete kavuşturulması yönündeki rızasının hukuki geçerliliği bulunmamaktadır; bu yönde açıklanan rıza, bir hukuka uygunluk sebebi oluşturmamaktadır.

Ceza Genel Kurulu’nun söz konusu kararında, **çocuğun cinsel istismarı suçu ile reşit olmayanla cinsel ilişki (TCK, m. 104, f. 1) suçu arasındaki rızaya dayalı farklılıktan hareketle, on beş yaşını tamamlamış olan çocuğun rızasının özel hayatın gizliliğini ihlâl suçu bakımından bir “hukuka uygunluk sebebi” oluşturduğu yönünde yapılan değerlendirmeler doğru olmamıştır.**

Sonuç olarak, Ceza Genel Kurulu’nun on beş yaşını tamamlamış olan çocuğun özel hayatının gizliliği üzerinde tasarrufta bulunma yetkisinin olduğu ve bu hususta açıklamış bulunduğu rızanın bir “hukuka uygunluk nedeni” oluşturabileceği yönündeki söz konusu kararı **sorunludur**¹⁶.

¹⁶ Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun **17.2.2015** tarihli ve E. 2014/14-307, K. 2015/8 sayılı Kararında çocuğun bir yere gitme veya bir yerde kalma yönündeki **rızası** ile ilgili olarak yer verilen şu değerlendirmeler de, **sorunludur**:

“Medeni Kanununun 13. maddesinde, yaşının küçüklüğü yüzünden veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmayan herkesin ayırt etme gücüne sahip olduğu vurgulandıktan sonra, aynı Kanununun 16. maddesinde, ayırt etme gücüne sahip küçüklerin kanuni temsilcilerinin rızası olmadıkça, kendi işlemleriyle borç altına giremeyecekleri belirtilmiş, ancak karşılıksız kazanmada ve kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kullanmada bu rızanın gerekli olmadığı hükmüne bağlanmıştır. **Kişiyi sıkı sıkıya bağlı haklar kanunda tek tek sayılmamakla birlikte genel olarak öğretilen, kişinin sadece kendisinin kullanabileceği, başkasına devredilemeyen ve miras yoluyla geçmeyen haklar olarak açıklanmaktadır.** Bu tür haklar insanın kişiliğini yakından ilgilendirdiğinden, bunların kullanılmasına karar verme yetkisi başkasına bırakılmamıştır. Örneğin; evlenme, nişanlanma, nişanı bozma, evlat edinilmeye razı olma gibi...

Diğer taraftan, 15.04.1942 gün ve 14-9 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı ve Ceza Genel Kurulunun 15.02.1972 gün ve 43-50 ile 02.03.2004 gün ve 44-58 sayılı kararlarında; ayırt etme gücüne sahip (sezgin) küçüklerin doğrudan doğruya kişiliklerine karşı işlenmiş bulunan suçlardan dolayı dava ve şikâyet hakkına sahip oldukları belirtilmektedir.

Ceza Genel Kurulunun 10.06.2014 gün ve 551-311, 12.11.2013 gün ve 511-449 ile 11.03.2008 gün ve 253-52 sayılı kararlarında da vurgulandığı üzere; 5237 sayılı TCK'nın 6/1-a maddesinde, “henüz 18 yaşını doldurmamış kişi” olarak tanımlanan çocuk kavramının, kanun koyucu tarafından cinsel dokunulmazlığa karşı suçların düzenlendiği bölümde, “onbeş yaşını bitirmiş”, “onbeş yaşını tamamlamamış” şeklinde iki ayrı dönem olarak ele alındığı görülmektedir. Buna göre bu bölümde “onbeş yaşını tamamlamamış” çocuklar ile “onbeş yaşını bitirmiş olup da onsekiz yaşını tamamlamamış” çocuklara karşı işlenen cinsel suçlar farklı kategoride mütalaa edilmiştir. TCK'nın 103/1-a maddesinde, “onbeş yaşını tamamlamamış” olan çocuklara karşı her türlü cinsel davranış cinsel istismar olarak tanımlanmışken, aynı maddenin (b) bendinde ise; diğer çocuklar ifadesiyle “onbeş yaşını bitirmiş olup da onsekiz yaşını tamamlamamış” çocuklar kastedilerek bunlara karşı sadece cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışların cinsel istismar suçunu oluşturabileceği kabul edilmiştir. Böylece kanun koyucu bu maddede “onbeş yaşını bitirmiş olup da onsekiz yaşını tamamlamamış” olan çocuklara karşı rızalarıyla işlenen cinsel davranışları cinsel istismar suçu kapsamına almamış ve bu kategorideki çocukların rızalarına önem vermişken, “onbeş yaşını tamamlamamış” çocuklara karşı yapılan her türlü cinsel davranış rızaları olsa bile çocukların cinsel istismarı suçu kapsamına almıştır. Aynı kanununun 104. maddesinde de; cebir, tehdit ve hile olmaksızın, onbeş yaşını bitirmiş olan çocukla cinsel ilişkide bulunmayı şikâyete bağlı bir suç olarak düzenlemiştir.

Bu düzenlemeden hareketle çocuklara karşı işlenen kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun da iki kategoride ele alınması gerekmektedir:

Birinci kategoride yer alan “onbeş yaşını tamamlamamış” çocukların kendi iradeleriyle serbestçe hareket etme hakkı, niteliği itibarıyla üzerinde mutlak surette tasarruf edebilecekleri bir hak olmadığından, bu haklarının ihlaline yönelik olarak gerçekleştirilen eylemlerle ilgili gösterdikleri rıza, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu yönünden bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilemeyecektir.

Buna karşın ikinci kategoride yer alan “onbeş yaşını bitirmiş olup da onsekiz yaşını tamamlamamış” çocuklara karşı işlenen suçlarda ise, mümeyyiz olmaları halinde rızaları hukuka uygunluk nedeni olabilecektir.

Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 30.09.2014 gün ve 389-413 sayılı kararında da aynı sonuca ulaşılmıştır:

Sanığın 15 yaşından küçük mağdureyi evlenmek amacıyla rızasıyla kaçırıp yakın başka bir ildeki akrabalarının evine götürerek orada bir müddet alıkoyduğu somut olayda, mağdurenin rızası hukukten üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakka ilişkin olmadığından hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilemeyecektir. Dolayısıyla 15 yaşından küçük mağdurenin rızasıyla bile gerçekleşmiş olsa bu eylem TCK'nın 109/1, 109/3-f, 109/5. maddelerinde düzenlenen kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu oluşturmaktadır.” (Ayrıca bkz CGK, 16.6.2015, E. 2014/14-465, K. 2015/235).

Söz konusu kararda yer alan, çocuğun, kendi vücudu üzerinde bir başkasının cinsel tasarrufta bulunmasına yönelik rıza açıklamasının, yaşına göre oluşan suçun nitelendirilmesinde bir farklılık meydana getirdiği hususundaki açıklamalar doğrudur.

Ancak, çocuğun cinsel istismarı suçu ile TCK, m. 104, f. 1'de tanımlanan suç arasındaki rızaya dayalı bu farklılığın, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna taşınmasına yönelik değerlendirmeler doğru olmamıştır.

Söz konusu kararda, on beş yaşını henüz doldurmamış olan bir çocuğun bir yere gitmek veya bir yerde kalmak hususunda açıklamış bulunduğu rızayı mutlak anlamda geçersiz sayan bir değerlendirmeye yer verilmiştir. Bu değerlendirmeye göre, henüz on beş yaşını tamamlamamış olan çocuğu kendi rızasıyla ve örneğin ders çalışmak gibi meşru bir amaçla evine kabul eden kişinin fiili de kişiyi hürriyetinden yoksun kılması suçunu oluşturacaktır.

Buna karşılık, “onbeş yaşını bitirmiş olup da onsekiz yaşını tamamlamamış” çocuğun, mümeyyiz olması halinde, bir yere gitmek veya bir yerde kalmak konusunda açıkladığı rızanın kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu bakımından bir hukuka uygunluk nedeni oluşturduğu kabul edilmiştir.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu bakımından sorun, çocuğun bir yere gitmek veya bir yerde kalmak hususunda açıklamış bulunduğu rızanın amacına göre bir değerlendirilmeye tabi tutularak çözümlenmesi gerekir. Hangi yaşta olursa olsun, çocuğun bir yere gitmek veya bir yerde kalmak hususunda açıklamış bulunduğu rıza, şayet meşru bir amaca yönelik ise, bir hukuka uygunluk nedeni oluşturacaktır. Bu itibarla, okula gitmek isteyen bir çocuğun dolmuşu, taksiye binerek seyahat etmesi halinde, ortaya koyduğu bu irade, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu bakımından bir hukuka uygunluk nedeni oluşturacaktır. Keza, okuldan dönen çocuğun evde kimsenin bulunmaması ve kapının kilitli olması sebebiyle komşu eve giderek bir süre kılması yönünde ortaya koyduğu irade, çocuğu eve kabul eden komşunun fiilini hukuka uygun hale getirecektir.

Ancak, **cinsel amaçla çocuğun bir yere götürülmesi veya bir yerde alıkonulması halinde, çocuğun açıklamış bulunduğu rıza, fiili hukuka uygun hale getirmeyecektir.** Çocuk on beş yaşını tamamlamış olsa bile, açıklamış bulunduğu rıza, cinsel amaçla bir yere götürülmesi veya bir yerde tutulması fiili bakımından bir hukuka uygun nedeni oluşturmayacaktır.

Dikkat edilmelidir ki, rızayı bir hukuka uygunluk sebebi kılan, ilişkin olduğu konu ve amaçtır. Başka bir ifadeyle, ilişkin olduğu konu ve amaç birlikte dikkate alınarak rıza bir hukuka uygunluk sebebi oluşturabilir.

Cinsel saldırı ve çocuğun cinsel istismarı suçlarının icrası sırasında kişi belli bir süre bir yere gitmekten alıkonulmakta, hürriyeti kısıtlanmaktadır. Suçun icrası sırasındaki bu hürriyetten yoksun kılma, söz konusu suçların mündemiç olduğu bir durum olduğu için, bu bağlamda ayrıca kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan dolayı cezalandırma yoluna gidilemez.

TCK'nın 102 ve 103. maddelerinde tanımlanan cinsel suçlardan birinin işlenmesi amacıyla kişinin hürriyetinden yoksun kılınması durumunda, cinsel suçun icrasına henüz başlanmamış olsa bile, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun nitelikli hali (TCK, m. 109, f. 5)

oluşacaktır. Bu itibarla Ceza Genel Kurulu'nun söz konusu kararında izah edilen gerekçeye iştirak etmemekle birlikte, varılan sonucu doğru bulmaktayız.

Cinsel suçlardan birinin işlenmesi amacıyla hürriyetinden yoksun kılınan, bir yere götürülen veya bir yerde alıkonulan kişi üzerinde ayrıca cinsel suçun işlenmesi halinde, gerçek içtima hükümlerine göre, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun yanı sıra, cinsel saldırı (TCK, m. 102) veya çocuğun cinsel istismarı (TCK, m. 103) suçlarından dolayı cezaya hükmetmek gerekecektir. Aynı yönde değerlendireler için bkz. CGK, **12.5.2015**, E. 2013/14-550, K. 2015/158; CGK, **30.6.2015**, E. 2014/14-810, K. 2015/268.

Bu bağlamda TCK'nın 234. maddesinin üçüncü fıkrasında tanımlanan suç da göz önünde bulundurmamak gerekir.

Kanunun söz konusu hükmüne göre,

“Kanuni temsilcisinin bilgisi veya rızası dışında evi terk eden çocuğu, rızasıyla da olsa, ailesini veya yetkili makamları durumdan haberdar etmeksizin yanında tutan kişi, şikâyet üzerine, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”

Söz konusu suç bağlamında evi terk eden çocuğu yanında tutan kişinin gayrimeşru bir amacının olması gerekmemektedir. Söz konusu suçun oluşabilmesi için, aranan şartlar şunlardır:

a) Kanuni temsilcisinin, veli veya vasisinin bilgisi veya rızası olmaksızın çocuğun evi terk etmesi gerekir.

Evi terk eden çocuğun yaşının veya cinsiyetinin bir önemi bulunmamaktadır. Madde metninde alelîtlük “çocuk” ibaresi kullanılmıştır. Bu itibarla, suçun konusunun 18 yaşını tamamlamamış olan bir kişi olması gerekir. Ancak, bu kişinin velayet ve vesayet altında olan bir çocuk olması gerekir. Başka bir ifadeyle, henüz 18 yaşını tamamlamamış olmakla birlikte, “kazaî rüş”le, mahkeme kararıyla reşit kılınan kişi, bu suçun konusunu oluşturamaz.

b) Bu terkin gayrimeşru bir amaca mebni olmaması gerekir.

Bu terk, kanuni temsiliye izafe edilen herhangi bir hukuka aykırı fiile dayanmayabilir. Hatta bu terk, kanuni temsilcinin örneğin kötü muamelesinin dayanılmaz olması sebebiyle de yapılmış olabilir.

Keza, örneğin işlediği suç sebebiyle hakkında soruşturma ve kovuşturma yapılmasından kurtulmak için çocuğu yanında tutan, barındıran kişinin fiili, TCK, m. 234, f. 3'te tanımlanan suçunu değil, suçluyu kayırma (TCK, m. 283) suçunu oluşturur.

c) Bir başkası, evi terk eden çocuğu yanında tutması, barındırması gerekir.

ç) Kanuni temsilcisinin bilgisinin veya rızasının olmamasına rağmen çocuğu yanında tutan, barındıran kişinin, ailesine, veli veya vasisine ya da yetkili makamlara (kolluğa) durumu haber vermemesi gerekir.

d) Çocuğu yanında tutan, barındıran kişinin, veli veya vasisinin bilgisi veya rızası olmaksızın çocuğun evi terk ettiğini bilmesi gerekir.

Bu yönü itibarıyla söz konusu suç, ancak kasten işlenebilir. Kanaatimizce bu kastın **doğrudan kast** olması gerekir.

e) Çocuğu yanında tutan, barındıran kişinin gayrimeşru herhangi bir amacının olmaması gerekir: Yargıtay 14.CD, **25.4.2013**, E. 2012/8966, K. 2013/4982.

Bu itibarla, evi terk eden çocuğu yanında tutan kişinin cinsel amaçla hareket etmesi halinde, TCK, m. 234, f. 3'te tanımlanan suçtan dolayı değil, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun nitelikli halinden dolayı TCK, m. 109, f. 1, f. 3 [bent f] ve f. 5 hükümlerine istinaden cezaya hükmedilecektir.

İşaret etmek gerekir ki, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun oluştuğu durumlarda,

TCK, m. 234, f. 3'de tanımlanan suçun uygulanma kabiliyeti bulunmamaktadır.

Bu durum karşısında, çocuğun bir yere gitmek veya bir yerde kalmak yönünde açıkladığı rıza ile ilgili olarak **iki ihtimale** göre değerlendirme yapmak gerekir.

Birinci ihtimal: Yaşı ne olursa olsun, cinsel suçlardan birini işlemek amacıyla, çocuğun cebir, tehdit veya hile kullanılarak bir yerden alınıp başka bir yere götürülmesi veya bir yerde alıkonulması halinde, TCK'nın 109. maddesinin beşinci fıkrasında tanımlanan kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun nitelikli hali oluşacaktır.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun **16.6.2015** tarihli ve E. 2014/14-465, K. 2015/235 sayılı Kararına konu teşkil eden olayda, 20.11.1996 doğumlu olan ve olay tarihi itibarıyla henüz **on dört yaşını** tamamlamamış olan Dilek, bir süre duygusal arkadaşlık yaptığı Tayfun ile anlaşarak, 2.8.2010 tarihinden itibaren Tayfun'un bir yakınının evinde üç gün süreyle birlikte olurlar. 5.8.2010 tarihinde ise Tayfun Dilek'i kendiliğinden serbest bırakır.

Ceza Genel Kurulu, söz konusu olayda, mağdure Dilek'e karşı cinsel amaçla kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun oluştuğunu kabul etmiştir:

“Sanığım bir süredir duygusal arkadaşlık yaptığı 15 yaşından küçük mağdureyi kendi rızası dahilinde bir yakınının evinde üç gün süreyle alıkoymak biçimindeki eyleminde, mağdurenin rızası hukukun üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakka ilişkin olmadığından hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilemeyecektir. Dolayısıyla 15 yaşından küçük mağdurenin rızasıyla bile gerçekleşmiş olsa bu eylem TCK'nın 109/1, 109/3-f, 109/5. maddelerinde düzenlenen kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu oluşturmaktadır”. (Ayrıca bkz. CGK, **30.6.2015**, E. 2014/14-678, K. 2015/267; CGK, **30.6.2015**, E. 2014/14-368, K. 2015/266; CGK, **17.2.2015** tarihli ve E. 2014/14-307, K. 2015/8; CGK, **30.9.2014**, E. 2014/14-389, K. 2014/413).

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun **20.09.2016** tarihli ve E. 2014/14-601, K. 2016/314 sayılı kararına konu teşkil eden olayda; olay tarihi itibarıyla yaşı 14 yıl 10 ay 22 gün olan M, ailesinin bilgisi ve rızası dışında, aralarında duygusal bağ olan S ile birlikte kaçar ve altı gün süreyle S'nin ailesi yanında kalır. Ancak, bu süre zarfında M ile S arasında cinsel ilişki gerçekleşmez.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, bu olayda da, aşağıdaki gerekçe ile, S'nin filinin, TCK, m. 109'da tanımlanan kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu oluşturduğu yönünde içtihatla bulunmuştur:

“Madde gerekçesinden de anlaşılacağı üzere, (TCK, m. 234, f. 3'te tanımlanan) suçla korunan hukuki değer, veli ya da vasiinin çocuk üzerinde sahip olduğu velayet veya vesayet hakkıdır. Kanuni temsilcisinin bilgisi veya rızası dışında evini terk eden çocuğu, ailesini veya yetkili makamları durumdan haberdar etmeden, rızasıyla da olsa yanında tutan kişi şikâyet üzerine cezalandırılacaktır. Çocuğun, kanuni temsilcisinin bilgisi ve rızası olmadan fakat kendi istek ve arzusuyla evi terk edip rızasıyla failin yanına gitmesi veya onun yanında rızasıyla kalması bu suçun oluşması bakımından önşart niteliğindedir. Kanuni temsilcinin rızasının bulunması suçun oluşmasına engel olacaktır. Fail, çocuğun ailesine veya yetkililere bildirme yükümlülüğünü somut olaya göre belirlenebilecek makul bir süre içerisinde yerine getirdiği takdirde, çocuğu yanında tutsa bile eylemi suç teşkil etmeyecektir.

...

Kişilerin isteklerini ve serbest iradeleriyle hareket edebilme özgürlüğünü koruyan kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu (TCK, m. 109), bir kimsenin bir yere gitmek veya bir yerde kalmak hürriyetinden yoksun bırakılması hareketlerinden herhangi birisinin veya her ikisinin birlikte gerçekleştirilmesiyle oluşan seçimlik hareketli bir suçtur. Suç konusu eylemle, kişinin kendi arzusuna göre bulunduğu yerde kalma ya da oradan ayrılma, yer değiştirme ve istediği yere gidebilme yani serbestçe hareket etme veya kendi iradesiyle hareket etmeme hakları ihlâl edilmektedir. 5237 sayılı TCK'nın esas aldığı ve suçun bir haksızlık olarak adlandırıldığı suç teorisinde

suçun unsurları; maddi unsurlar ve manevi unsurlar ve hukuka aykırılık unsuru olmak üzere üç başlık altında toplanmaktadır.

Uyuşmazlıkla yakından ilgili olan hukuka aykırılık, suçu oluşturan haksızlığın niteliği olup hukuka aykırılık ile kastedilen husus, fiilin hukuk sistemiyle çatışması ve hukuk sistemine aykırı olmasıdır. 5237 sayılı Kanunda bazı suç tanımlarında “hukuka aykırı olarak”, “hukuka aykırı başka bir davranışla”, “hukuka aykırı diğer davranışlarla”, “hukuka aykırı yolla”, “hukuka aykırı yollarla” gibi ifadelere yer verilmiştir. Suçun unsurlarından birisi olması hasebiyle “hukuka aykırılık” kavramına madde metninde ayrıca yer verilmesiyle, failin olayda haksızlık bilinciyle hareket etmesi gerektiği vurgulanmaktadır.

...

İlgilinin rızası TCK'nın 26/2. maddesinde, “kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez” şeklinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre, suçla korunan hukuki yararın sahibinin ihlale rıza göstermesi durumunda, bu rıza failin ceza sorumluluğunu ortadan kaldıracaktır. Ceza sorumluluğunu ortadan kaldırabilmesi için rızanın, üzerinde serbestçe tasarruf edilebilir bir hukuki menfaate ilişkin olması, kişinin rıza açıklamasına ehil olması ve tasarrufun kanuna, adaba ve genel ahlaka aykırı şekilde yapılmamış olması gerekir. Bu noktada bir hakkın üzerinde serbestçe tasarruf edilip edilemeyeceği hukuk düzenine hakim genel ilkelere göre belirlenecektir.

Kişinin rıza ehliyetinin varlığından söz edebilmek için o kişinin mutlaka reşit olması gerekir. Ancak Kanunun özel olarak mağdurun yaşı konusunda belirlemeye gittiği durumlarda, mağdurun rızası failin ceza sorumluluğunu ortadan kaldırmayacaktır. Örneğin kişiler cinsel hakları üzerinde mutlak surette tasarruf hakkına sahip olsa da Türk Ceza Kanunu 103 ve 104. maddelerinde çocukların bu konudaki rıza açıklamalarını kabul etmemiştir.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu düzenleyen TCK'nın 109. maddesinde ise mağdurun rıza açıklama ehliyetini belirleme noktasında bir yaş sınırı getirilmemiştir. Bu halde yaşı küçük mağdurun rızasının failin ceza sorumluluğunu ortadan kaldırıp kaldırmayacağı, **failin amacının toplumdaki kabul gören bir davranış ya da genel ahlak kurallarına uygun olup olmadığı nazara alınarak belirlenmelidir.** Bu anlamda küçük yaştaki çocuğun gideceği yere bırakılması ya da çocuğun ailesini evde bulamadığı için komşularına gitmesi örneklerinde olduğu gibi **kişinin meşru amaçla hareket ettiği durumlarda yaşı küçük çocuğun rızası geçerli olacak, kişinin haksızlık bilinciyle hareket ettiği hallerde ise yaşı küçük çocuğun rızası geçerli olmayacaktır.** Bu sebeple yaşı küçük mağdurun rızasının failin ceza sorumluluğunu ortadan kaldırıp kaldırmayacağı her olayın özelliğine göre değerlendirilip belirlenmelidir.

Sanığın, evlenmek amacıyla yaşı küçük mağdureyi rızasıyla kendi evine götürerek bir süre alıkoymuş sabit bulunan olayda, mağdurenin rızası, haksızlık bilinciyle hareket eden sanığın ceza sorumluluğunu ortadan kaldırmayacaktır. Dolayısıyla yaşı küçük mağdurenin hukuken geçerli sayılan rızası bulunmadan gerçekleşen bu eylem kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu oluşturmaktadır.”

Ceza Genel Kurulu'nun bu tespit ve değerlendirmeleri, Genel Hükümler kitabımızda da yer alan açıklamalarımız ile uyum içindedir. Ancak belirtmek gerekir ki, söz konusu olayla ilgili olarak kararda S'nin anne ve babasının ceza sorumluluğunun olup olmadığı tartışılmamıştır. Ayrıca bkz. CGK, 24.10.2017, E. 2014/14-731, K. 2017/429.

İkinci ihtimal: Cebir, tehdit ve hile olmaksızın on beş yaşını tamamlamış olan bir çocuğun, cinsel ilişkide bulunmak amacıyla, bir yere götürülmesi, bir yerde alıkonulması halinde, hukuk uygulamamız, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun değil, TCK, m. 234, f. 3'de tanımlanan suçun oluştuğunu kabul etmektedir:

Karar 2. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun **24.3.2015** tarihli ve E. 2014/14-603, K. 2015/66 sayılı Kararına konu teşkil eden olayda; 47 yaşında olan S, **14 yaşında** olan kız çocuğu Ç'yi kendi evine götürerek cinsel ilişkiye girer. S ayrıca, Ç'nin çıplak görüntülerini cep telefonu kamerasıyla çekerek kaydeder. Bir süre devam eden bu ilişkiler, Ç'nin durumu öğretmenine anlatmasıyla ortaya çıkar.

İlk derece mahkemesi, bu olayda, S hakkında,

a) Müteselsilen işlediği, tehdit ve zor kullanmak suretiyle çocuğun cinsel istismarı (TCK, m. 103, f. 2, 4),

b) Müteselsilen işlediği, çocuğu cinsel amaçla hürriyetinden yoksun kılma (TCK, m. 109, f. 1, f. 3 [bent f] ve f. 5),

c) Özel hayatın gizliliğini ihlal (TCK, m. 134, f. 1),

suçlarından dolayı mahkumiyet hükmü kurmuştur.

Yargıtay 14. Ceza Dairesi, yaptığı temyiz incelemesi sonucunda, çocuğun cinsel istismarı ve kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçlarından verilen

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun **9.6.2015** tarihli ve E. 2013/14-668, K. 2015/202 sayılı Kararına konu teşkil eden olayda, Şaban, 21.2.2010 tarihinde karakola giderek 17 yaşında olan kızı Saadet'in 20.2.2010 tarihinde evden kaçtığına ilişkin ihbarda bulunması üzerine yapılan araştırmada Saadet'in Mehmet'in yanında olduğu tespit edilir ve 2.3.2010 tarihinde Mehmet ile Saadet birlikte kaldıkları evde yakalanırlar.

Bu olay sebebiyle yürütülen soruşturma ve kovuşturma sürecinde alınan ifadelerinde Saadet, evden kaçtıktan sonra Mehmet'in yanına gittiğini, bir kez kendi rızasıyla cinsel ilişkiye girdiğini, yaklaşık 12 gün boyunca isteyerek Mehmet'in yanında kaldığını beyan etmiştir. Mehmet de, sorgu ve ifadelerinde Saadet'i sevdiğini, ailesinden istediğini, fakat vermediklerini, bunun üzerine Saadet'in evden kaçarak yanına geldiğini, rızasıyla bir kez ilişkiye girdiklerini ve ailesine haber vermediğini beyan etmiştir.

Ceza Genel Kurulu, söz konusu olayda, "mağdure" olarak değerlendirilen Saadet'in kendi isteği ve kanuni temsilcisinin (babasının) haberi olmadan evden kaçarak Mehmet'in yanına gitmesi, Mehmet'in de yetkili makamlara veya ailesine bilgi vermeden Saadet'i yanında tutması karşısında, TCK, m. 234, f. 3'te tanımlanan "**çocuğun alıkonulması suçunun tüm unsurları itibarıyla oluştuğu**"nu kabul etmiştir.

Dikkat edilmelidir ki, bu olayda Saadet, cinsel ilişkiye girdiği Mehmet hakkında şikâyette bulunmuş değildir.

Aynı yönde kararlar için bkz. 14.CD, **22.3.2016**, E. 2014/3737, K. 2016/2801; 14.CD, **19.1.2016**, E. 2014/617, K. 2016/401; 14.CD, **4.11.2015**, E. 2014/59, K. 2015/10200.

Dikkat edilmelidir ki, söz konusu suçun mağduru, çocuk üzerinde velayet veya vesayet yükümlülüğü altında bulunan kişidir; yani çocuğun bakım ve gözetimiyle yükümlü (çocuğun bakım ve gözetiminden sorumlu) olan gerçek kişidir. Oysa söz konusu kararlarda, mağdur olarak çocuğa işaret edilmektedir.

mahkûmiyet hükmünün onanmasına, buna karşılık, özel hayatın gizliliğinin ihlali suçundan dolayı verilen mahkûmiyet hükmünü ise, “*müstehcen görüntü üretiminde mağdur çocuğu kullandığından, sanığın eyleminin TCK’nun 226/3. maddesindeki suçu oluşturduğu*” gerekçeyle bozulmasına karar vermiştir.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının bu bozma kararına itirazı üzerine Yargıtay Ceza Genel Kurulu, yaptığı değerlendirme sonucunda, aşağıdaki gerekçelerle, Daire kararını doğru bularak, itirazın reddine karar vermiştir:

“*Ceza Genel Kurulunun 10.06.2014 gün ve 551-4311 sayılı kararında da vurgulandığı üzere; sanığın suç tarihinde cinsel ilişkiye girdiği 15 yaşından küçük mağdurenin çıplak bedenini kendi rızası dahilinde cep telefonu kamerasıyla çekip kaydetmesi eyleminde, mağdurenin rızası hukuken üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakka ilişkin olmadığından hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilemeyecektir. Dolayısıyla 15 yaşından küçük mağdurenin rızasıyla bile gerçekleştirilmiş olması da, ulaşılan bu sonucu değiştirmeyecektir.*

...

(Türkiye’nin de taraf olduğu) uluslararası sözleşmelere ve yükümlülüklerle paralel bir düzenleme içeren TCK’nun 226. maddesinin üçüncü fıkrasında müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünlerin üretiminde çocukların kullanılması yaptırım altına alınmıştır. Kanun koyucu bu suçun oluşumu için müstehcen ürünlerin profesyonel olarak hazırlanmasını aramamıştır. Yine müstehcen ürünlerin şekli şartları ya da bu ürünlerin üretiliş şekil ve amaçları konusunda bir sınırlama getirmemiştir. Buradaki müstehcen ürün içeriğinde müstehcenlik unsuru olarak çocuğun kullanıldığı resim, film, video, fotoğraf, grafik, imge, heykel, çizgi film, animasyon gibi görsel veya sesli ürünler ile şarkı sözü, roman, hikaye gibi yazılı ürünleri ifade etmektedir. Bu konuda bir sınırlama söz konusu değildir. **Çocuğun** bu müstehcen ürünün üretilmesinden haberinin ya da rızasının olup olmamasının da bir önemi yoktur.

TCK’nun 226. maddesinin üçüncü fıkrasında düzenlenen suçla müstehcenliğe karşı **çocuğun korunması** amaçlanmaktadır.

Kanun koyucu TCK’nun 226. maddesinin üçüncü fıkrasının birinci cümlesindeki suçun oluşumu için müstehcen görüntülerin profesyonel olarak hazırlanmasını aramamış, müstehcen ürünlerin şekli şartları

ya da bu ürünlerin üretiliş biçimi ve amaçları konusunda bir sınırlama getirmemiştir. Bunun yanında suçun unsurlarının oluşması bakımından müstehcen ürünlerin izlenmesi, izlettirilmesi, satılması ve dağıtılması gibi bir zorunluluk da söz konusu değildir. **Bu müstehcen ürünlerin hiç izlenmemiş olması ya da bireysel amaç için üretilmiş olması da sonucu değiştirmeyecektir.** Önemli olan bir çocuğun müstehcen ürün üretiminde kullanılmasıdır. Bu nedenlerle 15 yaşından küçük mağdure ile girdiği cinsel ilişkiyi kayda alan, mağdurenin çıplak fotoğraflarını çeken ve bu kayıtları cep telefonunun hafıza kartında saklayan sanığın eyleminin en ağır cezaı gerektiren TCK'nun 226. maddesinin üçüncü fıkrasının birinci cümlesindeki müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünlerin üretiminde çocukların kullanılması suçunu oluşturduğu kabul edilmelidir.

Diğer taraftan somut olayda olduğu gibi, sanığın tek olan fiilinde kullandığı müstehcen görüntü, yazı veya sözlerin, ayrıca çocuğun özel hayatının gizliliğini ihlal niteliğini taşıması halinde TCK'nun 44. maddesi uyarınca sadece en ağır cezaı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılabilmesine karar verilebilecektir.”

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun bu Kararında, **10.6.2014** tarihli ve E. 2013/551, K. 2014/311 sayılı Kararına nazaran bir **içtihat değişikliği** olduğunu belirtmek gerekir¹⁷.

¹⁷ Yargıtay **18. Ceza Dairesi**'nin **10.10.2019** tarihli ve E. 2019/7009, K. 2019/14159 sayılı Kararına konu teşkil eden olayda, S, internet ortamında bir sosyal paylaşım sitesi üzerinden tanıştığı kız çocuğu Ç ile “arkadaşlık” kurar. Bu “arkadaşlık” ilişkisi çerçevesinde S, internet üzerinden iletişime geçtiği Ç'den çıplak görüntülerinin kendisiyle paylaşılmasını ister. Ç de bu istek üzerine vücudunun çeşitli bölgelerine ilişkin görüntüleri S ile paylaşır. S, bu görüntüleri bilgisayarına kaydeder.

Hakkında TCK, m. 226, f. 3'de tanımlanan suçı işlediği iddiasıyla açılan kamu davasında, ilk derece mahkemesi, S'nin beraatine hükmetmiştir.

Yargıtay 18. Ceza Dairesi ise, olayda S'nin fiilinin aşağıdaki gerekçe ile TCK, m. 226, f. 3'te tanımlanan suçı oluşturduğunu kabul ederek, verilen beraat hükmünün bozulmasına karar vermiştir:

TCK, m. 226, f. 3, birinci “cümlesindeki düzenlemede “müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünlerin üretiminde çocukları kullanmak” suç olarak tanımlanmıştır. Üretmek kelime anlamıyla oluşturmak, yaratmak ve meydana getirmek anlamlarına da gelmektedir. Çocuğun müstehcenlik içeren görüntüsünün, resminin veya sesinin kullanılması, yazı veya ses içeriğinde çocuğun yer alması bu suçun oluşumu için yeterlidir.

Dairemizce de benimsenen Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 2014/14-603 esas ve 2015/66 karar sayılı ilamında da belirtildiği üzere uluslararası sözleşmelere ve yükümlülüklerle paralel bir düzenleme içeren TCK'nın 226. maddesinin 3. fıkrasında müstehcen görüntü, yazı

Bu içtihat değişikliğinin yerinde olup olmadığının değerlendirilmesi

veya sözleri içeren ürünlerin üretiminde çocukların kullanılması yaptırım altına alınmaktadır. TCK'nın 226/3. maddesinin ilk cümlesinde, müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünlerin üretiminde çocukları, temsili çocuk görüntülerini veya çocuk gibi görünen kişileri kullanan kişilerin cezalandırılacağı düzenlenmiş, aynı Kanun maddesinin ikinci cümlesinde de, bu ürünleri ülkeye sokan, çoğaltan, satışı arz eden, satan, nakleden, depolayan, ihraç eden, bulunduran ya da başkalarının kullanımına sunan kişilerin mahkum olacakları belirtilmiştir. Görüleceği üzere Kanun koyucu, "üretim" fiillerini ayrı, "ülkeye sokma, çoğaltma, satışı arz etme, satma, nakletme, depolama, ihraç etme, bulundurma ya da başkalarının kullanımına sunma" eylemlerini ayrı düzenleyip farklı yaptırımlara tabi tutmuştur.

Kanun koyucu bu suçun oluşumu için müstehcen ürünlerin profesyonel olarak hazırlanmasını aramamakta, müstehcen ürünlerin şekli şartları ya da bu ürünlerin üretiliş şekil ve amaçları konusunda bir sınırlama getirmemektedir. Buradaki müstehcen ürün kavramı ile müstehcenlik unsuru olarak çocuğun kullanıldığı resim, film, video, fotoğraf, grafik, imge, heykel, çizgi film, animasyon gibi görsel veya sesli ürünler ile şarkı sözü, roman, hikaye gibi yazılı ürünleri ifade etmektedir. Bu konuda bir sınırlama söz konusu değildir. **Çocuğun** bu müstehcen ürünün üretilmesinden haberinin ya da **rızasının olup olmamasının da bir önemi yoktur.** Bunun yanında suçun unsurlarının oluşması bakımından müstehcen ürünlerin izlenmesi, izlettirilmesi, satılması ve dağıtılması gibi bir zorunluluk da söz konusu değildir. Bu müstehcen ürünlerin hiç izlenmemiş olması ya da bireysel amaç için üretilmiş olması da sonucu değiştirmeyecektir."

Daire Kararında ayrıca şu hususa dikkat çekilmiştir:

"TCK'nın 226. maddesinde düzenlenen müstehcenlik suçunun beşinci fıkrasına göre; aynı maddenin üç ve dördüncü fıkralardaki suçların konusunu oluşturan ve müstehcenlik bakımından mutlak yasak kapsamına giren ürünlerin içeriğinin basın ve yayın yolu ile yayınlaması, yayınlamasına aracılık edilmesi ya da çocukların görmesinin, dinlemesinin veya okumasının sağlanması, **ayrı bir suç** oluşturmaktadır.

İncelemeye konu olayda, Yerel Mahkemece sanığın bu fotoğrafları yayınladığına dair somut bir delil elde edilemediği, bu durumda hukuka aykırı olarak elde edilen kişisel verilerin söz konusu olmadığı şeklinde sanığın beraatine karar verilmiş ise de, (Ç'ye) ait çıplak fotoğrafların twitter isimli sosyal paylaşım sitesinde yayınladığını gördüklerini söyleyen (Ç'nin) anne ve babasının beyanları karşısında, (Ç'nin adına açılmış olan) twitter hesabında mağdura ait görüntülerin yayınlanıp yayınlanmadığı, yayınlanmış ise suç tarihinde hesabı kullanan kişinin tespitine yönelik IP bilgilerinin ilgili yerlerden istenilmesi, tespiti halinde IP kullanıcısına ait kimlik bilgilerinin tereddüde mahal bırakmayacak biçimde belirlenmesi, ... atılı eylemin kesin olarak tespiti halinde ise eylemin TCK'nın 226/5. maddesinde düzenlenen müstehcenlik suçunu oluşturup oluşturmadığı tartışılarak, sonucuna göre sanığın hukuki durumunun tespiti yerine, eksik araştırma ve yetersiz gerekçeyle kişisel verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçundan sanığın beraatine karar verilmesi, Kanuna aykırı"dır.

Dairenin söz konusu Kararında, Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun **24.3.2015** tarihli ve E. 2014/14-603, K. 2015/66 sayılı Kararı, esas alınmıştır.

Ayrıca dikkat edilmelidir ki, çocuğun çıplak görüntülerinin çekilerek kayda alınması, bir suç (TCK, m. 226, f. 3, birinci cümle); bu görüntülerin yayımlanması, ayrı bir suç (TCK, m. 226, f. 5) oluşturmaktadır. Bu durumda **gerçek içtima** hükümlerinin uygulanması gerekmektedir.

Aynı yönde açıklama ve kararlar için bkz. Yargıtay 18.CD, **23.5.2019**, E. 2019/4674, K. 2019/9631; aynı Daire, **15.11.2018**, E. 2018/6751, K. 2018/15084; aynı Daire, **18.4.2018**, E. 2016/3653 K. 2018/5741; aynı Daire, **29.02.2016**, E. 2015/35846, K. 2016/3732.

bağlamında, rıza açıklamasının özel hayatın gizliliğinin ihlâl, müstehcenlik ve cinsel taciz suçları bağlamındaki hukuki etkisiyle ilgili teorik açıklamalara ihtiyaç bulunmaktadır.

IV.

İlgilinin rızasının, öncelikle **müstehcenlik** ve **özel hayatın gizliliğinin ihlâlî** suçları bakımından etkisini açıklamak gerekir.

Türk Ceza Kanununun, değişik **müstehcenlik** suçlarının tanımlandığı 226. maddesinin birinci fıkrasındaki seçimlik hareketli suçun konusunu, “**müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürün**” oluşturmaktadır.

Üçüncü fıkradaki suçların konusunu da, “**müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürün**” oluşturmaktadır. Ancak, bunların birinci fıkradaki ürünlerden farkı, bu ürünlerin üretiminde çocuk unsuruna yer verilmiş olmasıdır.

Dördüncü fıkradaki suçun konusunu da yine “**müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürün**” oluşturmaktadır. Bu ürünlerin de birinci fıkradakilerden farklı bazı özelliklerine işaret edilmiştir.

226. maddede tanımlanan bütün suçların konusunu oluşturan “**müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürün**”lerin iki veya üç boyutlu fiziksel bir nesnesinin olması gerekmemektedir. Bu ürünler, elektronik ortamda da oluşturulabilir.

Maddede tanımlanan seçimlik hareketli suçları oluşturan fiiller dikkate alındığında, bunların ani hareketli suç şeklinde veya kesintisiz suç olarak işlenmesinin mümkün olduğu anlaşılır. Söz konusu ürünleri bulundurma bağlamında bir kesintisiz suç durumu söz konusudur.

Hatta bazı seçimlik hareketler bağlamında söz konusu suçların birer teşebbüs suçu özelliği taşıdığını da belirtmek gerekir.

Maddede tanımlanan suçların konusunu oluşturan “**müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürün**”lerin ticari amaçla üretilmiş veya bulundurulmuş olması gerekmemektedir. Her ne kadar madde metninde “ürün” ibaresi kullanılmış ve maddede tanımlanan suçların işlenmesiyle genellikle bir ekonomik çıkar elde edilmekte ise de, bu suçlar bakımından ticari amaç ve kazanç elde edilmesi, bir unsur oluşturmamaktadır. Bu “**müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürün**”lerin fiziksel nesne şeklinde veya elektronik ortamda oluşturulması mümkün olduğu için, madde metninde bütün bu

durumları kapsayacak bir kavram olarak “ürün” ibaresi kullanılmıştır. Bu itibarla, “**müsteheen görüntü, yazı veya sözler**”i elektronik cihazla kayda alma halinde oluşan veri de, bir “ürün” olarak kabul edilecektir. Bu veri, kişinin kullanımındaki elektronik cihazda kayıtlı olduğu sürece bulundurma fiili işlenmeye devam etmektedir ve bu durumda ilgili suçun kesintisiz suç olarak işlenmekte olduğunu kabul etmek gerekir.

Bir başkasının özel hayatına ilişkin gizliliğin “**görüntü veya seslerin kayda alınması suretiyle**” ihlal edilmiş olması, **özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun** temel şekline nazaran daha ağır ceza ile cezalandırılmayı gerektiren bir **nitelikli unsur** olarak tanımlanmıştır (TCK, m. 134, f. 1, ikinci cümle). Belirtmemiz gerekir ki, henüz izlenmemiş, seyredilmemiş veya dinlenmemiş olsa bile, başkalarının özel hayatının gizliliği ihlal edilerek özel hayata ilişkin görüntü veya seslerin kayda alınmış olmasıyla, suçun bu nitelikli unsuru gerçekleşmiş olur¹⁸. Bu kayıtlar muhafaza edildiği sürece söz konusu suç işlenmeye devam etmektedir. Bu itibarla, **özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun** bu **nitelikli hali, kesintisiz, mütemadi suç** mahiyeti taşımaktadır.

Sonuç olarak, bir kişinin özel hayatının gizliliği ihlal edilmek suretiyle elde edilen görüntülerin elektronik cihaza kaydedilmesi halinde, **özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun nitelikli halinden** dolayı TCK, m. 134, f. 1, ikinci cümle hükmüne istinaden cezaya hükmetmek gerekir.

Reşit olan kişinin kendi çıplak görüntülerini bir başkasıyla paylaşmasına yönelik rızası, bir hukuka uygunluk sebebi oluşturmamakla birlikte, bu rızanın varlığı halinde, özel hayatın gizliliğini ihlal suçu oluşmaz¹⁹. Bu durumda, özel

¹⁸ ÖZGENÇ, İzzet: *Haberleşmenin, Kişiler Arasındaki Aleni Olmayan Konuşmaların ve Özel Hayatın Gizliliğini İhlâl Suçları*, in: Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, Kolokyum, 08 Ekim 2010 (Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi yayını), Editör M. Tefvik GÜLSOY, sh. 116 vd.

Kişinin çıplak görüntülerinin elektronik cihazla kayda alınmasıyla söz konusu suçun nitelikli hali gerçekleşmiş olmaktadır. Bu görüntüler bilgisayarda kayıtlı olarak muhafaza edildiği sürece söz konusu suçun icrasına ihmali davranışla devam edilmektedir.

¹⁹ Keza, evli eşler veya genel olarak kişiler arasındaki cinsel ilişkiye ilişkin görüntülerin rızaya dayalı olarak bir başkasıyla paylaşılması halinde, ahlaka ve dolayısıyla hukuka aykırı bir fiilin varlığını kabul etmek gerekir. Ancak, bu görüntüler, aleniyet iktisap etmediği sürece ceza hukuku yaptırımını uygulanmasını gerektirmemektedir.

Aynı şekilde, evli eşlerden birinin kendisine ait çıplak görüntüleri bir üçüncü şahısla paylaşma yönündeki rızası, fiili hukuka uygun hale getirmemekle birlikte, özel hayatın gizliliğini ihlal suçunu oluşturmamaktadır. Bu ayırım sebebiyledir ki, evli kişinin kendi çıplak görüntülerini bir üçüncü şahısla paylaşması, eşi bakımından haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasını gerektirmektedir.

hayatın gizliliğini ihlal suçu (TCK, m. 134) bakımından **tipikliği ortadan kaldıran rıza** söz konusudur.

Ancak bu görüntülerle ilgili olarak TCK, m. 226, f. 1'de tanımlanan fiillerin işlenmesi halinde, **müstehcenlik suçunun** oluşacağında kuşku bulunmamaktadır.

Kişinin rızasına aykırı olarak elde edilen bu çıplak görüntülerin bilgisayar ortamında kaydedilmesi ve muhafazası halinde ise, yukarıda belirttiğimiz gibi, **özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun nitelikli halinden** dolayı TCK, m. 134, f. 1, ikinci cümle hükmüne istinaden cezaya hükmetmek gerekir²⁰.

Çıplak görüntülerin çocuğa ait olması halinde farklı bir değerlendirme yapmak gerekir.

On beş yaşını tamamlamamış olan çocuğun bütün iç çamaşırlarını çıkarması sağlanarak, cinsel arzuların tatmini amacıyla, çıplak vaziyette seyredilmesi halinde, TCK, m. 103, f. 1'de tanımlanan **çocuğun cinsel istismarı** suçu oluşacaktır. Zira, on beş yaşını tamamlamamış olan çocuğa karşı gerçekleştirilen -fiziki temas olsun veya olmasın- her türlü cinsel davranış, **çocuğun cinsel istismarı** suçunu oluşturmaktadır²¹. Bu durumda aynı zamanda TCK, m. 134, f. 1, **birinci** cümlede tanımlanan **özel hayatın gizliliğini ihlal** suçu da oluşmaktadır. Ancak bu durumda **farklı neviden fikri içtima** (TCK, m. 44) hükümleri uygulanarak, sadece daha ağır cezayı gerektiren **çocuğun cinsel istismarı** suçundan dolayı cezalandırma yoluna gitmek gerekir.

On beş yaşını tamamlamamış olan çocuğun çıplak görüntülerinin **kayda alınması** fiili ise, artık cinsel istismar suçu çerçevesinde değerlendirilemez. Bu durumda **ayrı bir suçun** oluştuğunu kabul etmek gerekir.

Dikkat edilmelidir ki, bu durumda, kayıt anına kadarki fiillerin çocuğun cinsel istismarı suçu çerçevesinde değerlendirilmesi gerekirken, görüntülerin kaydedilmesi fiili bağlamında artık cinsel istismar suçundan söz etmek

²⁰ Reşit kişinin cebir veya tehditle bütün iç çamaşırlarını çıkarmasının sağlanması halinde, bu görüntüleri kaydedilmese bile, **cebir** veya **tehdit** suçunun yanı sıra, **özel hayatın gizliliğinin ihlal** suçunun TCK, m. 134, f. 1, birinci cümlede tanımlanan temel şekli oluşur. Ancak bu halde iken kişinin başkaları tarafından görülmesinin sağlanması ile, hem özel hayatın gizliliğini ihlal suçu hem de **alenen hakaret** suçu (TCK, m. 125, f. 4) işlenmiş olur. Bu durumda **farklı neviden fikri içtima** (TCK, m. 44) hükümleri uygulanarak, sadece daha ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırma yoluna gitmek gerekir.

²¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZGENÇ, Ankara HBV Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt XXIV, sayı 1, Ocak 2020, sh. 261 vd.

mümkün değildir. Aksi takdirde, söz konusu kayıtlar muhafaza edildiği sürece çocuğun cinsel istismar suçunun işlendiğini kabul etmek gerekecektir. Bunun doğru olmadığını düşünmekteyiz.

Bu durumda kayıt fiilinin, *özel hayatın gizliğini ihlal suçunun* TCK, m. 134, f. 1, *ikinci* cümlede tanımlanan *nitelikli halini* oluşturduğu düşünülebilir. Ancak, TCK, m. 226, f. 3 birinci cümlede tanımlanan nitelikli **müstehecenlik** suçu, çocuklar bakımından **özel hüküm** mahiyeti taşımaktadır. Bu itibarla, çocuğa ait çıplak görüntülerin kayda alınması halinde, “*genel norm - özel norm*” ilişkisi²² uyarınca, TCK, m. 226, f. 3 birinci cümlede tanımlanan nitelikli **müstehecenlik** suçundan dolayı cezaya hükmetmek gerekmektedir²³.

On beş yaşını tamamlamamış olan çocuğun ikna edilerek çıplak görüntülerinin elektronik iletişim araçlarıyla gönderilmesinin sağlanması halinde de TCK, m. 103, f. 1’de tanımlanan **çocuğun cinsel istismarı** suçu oluşacaktır. Ancak çocuğun gönderdiği bu görüntüler elektronik cihaza (cep telefonuna, bilgisayara, elektronik belleğe) kaydedildiği takdirde, ikinci bir suçun, yani TCK, m. 226, f. 3, birinci cümlede tanımlanan nitelikli **müstehecenlik** suçunun işlendiğini kabul etmek ve **gerçek içtima** hükümlerine göre bu suçtan dolayı

²² ÖZGENÇ, Genel Hükümler, 15. bası, sh. 112 vd., 659 vd.

²³ Yargıtay 14. Ceza Dairesi’nin **6.6.2016** tarihli ve E. 2016/6247, K. 2016/5558 sayılı Kararına konu teşkil eden olayda; sayıları birden fazla olan sanıklar, “*onüç yaş içerisinde olan*” kız çocuğu Ç’nin çıplak fotoğraflarını çekerek cep telefonuna kaydederler; keza, kendi çıplak fotoğraflarını Ç’ye çekirler.

İlk derece mahkemesi bu olayda sanıklar hakkında **çocuğun cinsel istismarı** (TCK, m. 103, f. 1) suçundan dolayı mahkumiyet hükmü kurmuştur.

Yargıtay 14. Ceza Dairesi ise, yaptığı temyiz incelemesi sonucunda, bu olayda **iki ayrı suçun** oluştuğu ve sanıkların **gerçek içtima** hükümlerine göre cezalandırılmaları gerektiği yönünde içtihatla bulunmuştur:

Buna göre, sanıkların, Ç’nin çıplak fotoğraflarını çekerek cep telefonuna kaydetmeleri fiilinin “*5237 sayılı TCK’nın 226/3. maddesinde düzenlenen müstehecenlik suçunu*”; buna karşılık, kendi çıplak fotoğraflarını Ç’ye çekirmeleri fiilinin ise, “*5237 sayılı TCK’nın 105. maddesinde düzenlenen cinsel taciz suçunu*” oluşturmaktadır.

Daire kararında, söz konusu olayda henüz on üç yaşını tamamlamamış olan çocuğun rızasının bir hukuka uygunluk sebebi oluşturmadığı kabulünden hareketle hukuki değerlendirme yapılması doğrudur. Keza, bu olayda iki ayrı suçun oluştuğu yönündeki kabul de doğrudur. Ancak, söz konusu karar, oluştuğu kabul edilen suçlar itibarıyla sorunludur.

Söz konusu olayda, sanıkların henüz on üç yaşını tamamlamamış olan çocuğun kendi gözlerinin önünde soyunmasını sağlamaları ve kendilerinin de bu çocuğun gözleri önünde soyunmaları bir bütün olarak **çocuğun cinsel istismarı** suçunun temel şeklini (TCK, m. 103 f. 1) oluşturmaktadır. Buna karşılık, çocuğun çıplak vaziyette fotoğraflarının çekilerek cep telefonuna kaydedilmesi fiili ise, TCK, m. 226, f. 3’te tanımlanan **müstehecenlik** (çocuk pornografisi) suçunu oluşturmaktadır. Bu durumda sanıklar hakkında **gerçek içtima** hükümlerine göre cezaya hükmedilmesi gerekir.

ayrıca cezaya hükmetmek gerekir.

Buna karşılık, rızasına dayalı olarak, **on beş yaşını tamamlamış** olan,

- çocuğun çıplak görüntülerini, cinsel organlarını,
- çocuğa fiziki temas olmadan gerçekleştirmesi sağlanan cinsel davranışlarını,
- çocukların birbirleriyle olan cinsel ilişkilerini, seyretmek ve keza, yetişkin olan bir kişinin,
- çıplak görüntülerini, cinsel organlarını,
- cinsel davranışlarını,
- bir diğer yetişkin kişiyle olan cinsel ilişkilerini,

on beş yaşını tamamlamış olan çocuk tarafından rızaen seyredilmesini sağlamak, ahlaka ve dolayısıyla hukuka aykırı olmakla beraber, özel hayat alanı içinde gerçekleştiği sürece ceza sorumluluğunu gerektirmemektedir²⁴.

²⁴ Ancak, söz konusu davranışların on beş yaşını tamamlamış çocuğa cebir veya tehditle yaptırılması veya seyrettirilmesi halinde, **çocuğun cinsel istismarı** suçu oluşmaktadır.

Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin **28.6.2011** tarihli ve E. 2011/3866 K. 2011/5015 sayılı Kararına konu teşkil eden olayda; S, mağdur İ'ye karşı müteaddit defa ağzına organ sokmak suretiyle cinsel istismarda bulunur; üvey kızı mağdure E'yi ise, porno film izlemeye zorlar ve keza, İ'ye karşı gerçekleştirdiği cinsel içerikli eylemlerini E'nin zorla seyretmesini ve görmesini sağlar.

İlk derece mahkemesi bu olayda herhangi bir değerlendirme ve ayırım yapmadan, genel bir şekilde, S'nin **cinsel taciz** suçunu işlediğini kabul ederek, hakkında bu suçtan dolayı **zincirleme suç** hükümlerini de uygulayarak mahkumiyet hükmü tesis etmiştir.

Yargıtay 5. Ceza Dairesi de, ilk derece mahkemesinin bu olayda **cinsel taciz** suçunun oluştuğu yönündeki kabulünü yerinde görmüş; ancak, S'nin bu suçu üvey kızı E'ye karşı "*aile içi ilişkinin sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle*" işlemesi (TCK, m. 105, f. 2, bent b) dolayısıyla **cezada yapılan artırmanın** -hükümlerin karıştırılması sebebiyle- "**fazla**" **olduğu** ve keza, olayda zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasında sorun bulunduğu değerlendirilmesinde bulunularak, bozma kararı verilmiştir.

Yargıtay 5. Ceza Dairesinin söz konusu kararı, verildiği tarih itibarıyla, Türk Ceza Kanununun cinsel suçlar konusundaki düzenlemelerinden habersiz olunduğunun açık bir göstergesidir.

Oysa bu olayda cinsel taciz suçu değil, birden fazla kişiye karşı **çocuğun cinsel istismarı suçları** işlenmiştir. Bu olayda işlenen suçlar sırasıyla şunlardır:

Bu olayda işlenen **birinci suç**, S'nin İ'ye karşı işlediği **çocuğun cinsel istismarı** suçudur. Bu suç, vücuda organ sokmak suretiyle işlenmiştir. Bu itibarla **temel cezayı** TCK, m. 103 f. 2 hükümlerine göre belirlemek gerekir.

Kararda, S'nin İ'ye karşı cebir veya tehdit uyguladığına dair bir açıklık bulunmamaktadır. Keza Kararda İ'nin yaşı konusunda da bir açıklık bulunmamaktadır. Bu durumda S'nin so-

rumluluğu bağlamında İ'nin on beş yaşını tamamlamış olup olmamasına göre bir ayırım yaparak değerlendirme yapmak gerekir.

İ, on beş yaşını tamamlamamış ise, cebir veya tehdit uygulanması, bu suçun **nitelikli unsurunu** oluşturur (TCK, m. 103, f. 4). Bu nedenle, TCK, m. 103, f. 2 hükümlerine göre belirlenen temel cezayı, yarı oranında artırmak gerekir.

İ, on beş yaşını tamamlamış çocuk ise, cinsel istismar suçunun oluşabilmesi için, cinsel davranışların bu kişiye karşı "*cebiri, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak*" gerçekleştirilmesi gerekir (TCK, m. 103, f. 1, bent b). Başka bir ifadeyle, on beş yaşını tamamlamış çocuğa karşı cinsel istismar suçu bakımından cebir ve tehdit, **seçimlik hareketler** olarak, **temel unsur** mahiyeti taşımaktadır. Bu durumda cebir veya tehdit uygulanması dolayısıyla cezada artırım yapılamaz.

Karara konu teşkil eden olayda işlenen **ikinci suç**, S'nin E'ye karşı işlediği **çocuğun cinsel istismarı** suçudur.

S, üvey kızı E'yi porno film izlemeye **zorlamıştır**. Bu durum S'nin E'ye karşı **cebiri** veya **tehdit** uyguladığını göstermektedir. Karar metninde E'nin yaşı konusunda da bir açıklık bulunmamaktadır. On beş yaşını doldurmuş çocuk olsa bile, E'ye karşı üvey babası S tarafından fiziki temas olmadan ve fakat cebir veya tehdit kullanılarak gerçekleştirilen bu cinsel davranışların, **çocuğun cinsel istismarı** suçunu oluşturduğunu kabul etmek gerekir. Çocuğa zor kullanılarak porno film izlettirilmesi fiiliyle işlenen cinsel istismar suçundan dolayı TCK, m. 103, f. 1 hükümlerine göre **temel cezaya** hükmetmek gerekir.

E, S'nin **üvey kızıdır**. Nitelikli unsur. Bu nedenle, birinci fıkraya göre belirlenen temel ceza yarı oranında artırılacaktır (TCK, m. 103, f. 3, bent c).

Belirttiğimiz gibi, Karar metninde E'nin yaşı konusunda bir açıklık bulunmamaktadır. Bu durumda S'nin sorumluluğu bağlamında E'nin on beş yaşını tamamlamış olup olmamasına göre bir ayırım yaparak değerlendirme yapmak gerekir.

E, on beş yaşını tamamlamamış ise, cebir veya tehdit uygulanması, bu suçun **nitelikli unsurunu** oluşturur (TCK, m. 103, f. 4). Bu nedenle, TCK, m. 103, f. 1 ve 3. hükümlerine göre belirlenen cezayı, tekrar yarı oranında artırmak gerekir.

E, on beş yaşını tamamlamış çocuk ise, cinsel istismar suçunun oluşabilmesi için, cinsel davranışın bu çocuğa karşı "*cebiri, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak*" gerçekleştirilmesi gerekir (TCK, m. 103, f. 1, bent b). Başka bir ifadeyle, on beş yaşını tamamlamış çocuğa karşı cinsel istismar suçu bakımından cebir ve tehdit, **seçimlik hareketler** olarak, **temel unsur** mahiyeti taşımaktadır. Bu durumda cebir veya tehdit uygulanması dolayısıyla cezada artırım yapılamaz.

Karara konu teşkil eden olayda işlenen **üçüncü suç**, S'nin E'ye karşı işlediği **çocuğun cinsel istismarı** suçudur.

S, İ'ye karşı işlediği cinsel istismar fiillerini zor kullanarak üvey kızı E'nin izlemesini sağlamıştır. Bu suretle S, ayrıca **E'ye karşı**, fiziki temasla cinsel davranış gerçekleştirmese de, **çocuğun cinsel istismarı** suçunu işlemiştir. Bu durumda da söz konusu suç sebebiyle **temel cezayı** TCK, m. 103 f. 1 hükümlerine göre belirlemek gerekir.

İkinci suçla ilgili olarak yaptığımız açıklamalar, bu üçüncü suç bakımından da geçerlidir.

S tarafından İ'ye karşı bu cinsel istismar fiilleri, müteaddit defa işlenmiştir. Aynı suç işleme kararı cümlesinden olarak işlenmiş olan bu fiiller dolayısıyla **zincirleme suç** (TCK, m. 43, f. 1) hükümlerini uygulamak gerekir.

S tarafından E'ye karşı bu cinsel istismar fiilleri, müteaddit defa işlenmiştir. Aynı suç işleme kararı cümlesinden olarak işlenmiş olan bu fiiller dolayısıyla da **zincirleme suç** (TCK, m.

Ancak bu fiilin **alenen** işlenmesi halinde, TCK, m. 225’de tanımlanan **hayasızca hareketler** suçu oluşur. Buna karşılık, bu görüntülerin **kayda** alınması, çocuğun rızasına dayalı olsa bile, TCK, m. 226, f. 3, birinci cümlede tanımlanan nitelikli **müstehcenlik** suçunu oluşturmaktadır.

Bu itibarla, yetişkin olan bir kişinin kendi cinsel organlarını on beş yaşını tamamlamış olan çocuğa göstermesi, kendi vücudu üzerindeki cinsel davranışlarını on beş yaşını tamamlamış olan çocuğun seyretmesini sağlaması fiilleriyle ilgili olarak çocuğun rıza göstermesi, bir hukuka uygunluk sebebi oluşturmamaktadır.

On beş yaşını tamamlamış olan çocuğun çıplak görüntülerine ilişkin kayıtların da **müstehcen ürün** olduğu konusunda da kuşku bulunmamaktadır. Yukarıda zikri geçen Türkiye’nin taraf olduğu milletlerarası sözleşmelerde, müstehcen ürünlerin oluşturulmasında kullanılan çocuklar bakımından, önlenmesi amaçlanan ve suç olarak tanımlanması gereken çocuk pornografisi bakımından istismar edilen çocuklarla ilgili olarak herhangi bir yaş sınırlaması getirilmemiştir. Bu itibarla, **müstehcen ürünün oluşturulmasında kullanılan on beş yaşını tamamlamış olan çocuğun rızasının varlığı halinde de fiil**, TCK, m. 226, f. 3, birinci cümlede tanımlanan **nitelikli müstehcenlik suçu**

43, f. 1) hükümlerini uygulamak gerekir.

S, İ’ye karşı işlediği cinsel istismar fiillerini üvey kızı E’nin seyretmesini sağlamıştır. Böylece, hukuki anlamda bir fiil ile aynı suç (cinsel istismar suçu) birden fazla kişiye karşı işlenmiştir. Bu durumda **aynı neviden fikri içtima** (TCK, m. 43, f. 2) hükümleri uygulanarak, S’ye bu suçtan dolayı bir ceza verilip bu cezanın TCK, m. 43, f. 1 de belirtilen oranlar arasında (“*dörtte birinden dörtte üçüne kadar*”) artırılması gerekir.

Ancak, S bu iki mağdura birbirinden bağımsız olarak da cinsel istismar fiillerini işlemiştir. Bu nedenle, **söz konusu olayda**, aynı neviden fikri içtima hükümlerini uygulamadan önce, **her iki mağdur bakımından ayrı ayrı cinsel istismar suçlarından dolayı cezaya hükmedip, bu cezaların her birinin zincirleme suç hükümlerine göre artırılması gerekir (gerçek içtima)**.

Önemle işaret etmemiz gerekir ki, Yargıtay 14. Ceza Dairesinin pek çok kararında, cebir veya tehditten hiç söz edilmediği halde ve yaşıyla ilgili olarak herhangi bir ayırım ve sınırlama yapılmaksızın, çocuğa karşı fiziki temas olmadan gerçekleştirilen cinsel davranışların, çocuğun cinsel istismarı suçunu değil, cinsel taciz suçunu oluşturduğu kabul edilmiştir: 14. CD, **21.9.2017**, E. 2017/2253, K. 2017/4149; aynı Daire, **22.3.2016**, E. 2014/3380, K. 2016/2793; aynı Daire, **22.3.2016**, E. 2016/1675, K. 2016/2815; aynı Daire, **27.9.2013**, E. 2011/13778, K. 2013/9801.

oluşturmaktadır.^{25, 26}

TCK, m. 226, f. 5’de ise, maddenin üçüncü ve dördüncü fıkralarında tanımlanan suçlardan **ayrı bir suç** tanımlanmıştır.²⁷ Ancak, bu suçun konusunu da maddenin üçüncü veya dördüncü fıkralarında tanımlanan suçların konusu oluşturmaktadır. Bu itibarla, on beş yaşını tamamlamış olsun veya olmasın, çocuğun kullanılması suretiyle meydana getirilmiş olan müstehcen ürünün içeriğinin **yayımlanması** veya bu ürünlere **çocukların erişiminin sağlanması**, üçüncü fıkrada tanımlanandan ayrı bir suç oluşturmaktadır. Yaşı ne olursa olsun, çocuğun istismar edilmesi suretiyle üretilmiş müstehcen ürün oluşturulduktan sonra, içeriğinin yayımlanması halinde, iki ayrı suçun oluştuğunu kabul etmek ve **gerçek içtima** hükümlerine göre cezaya hükmetmek gerekir.²⁸

²⁵ Bu bağlamda önemle işaret etmemiz gerekir ki, müsadere konusu menfaatin mutlaka suç işleyen kişi veya suç ortaklarından biri tarafından elde edilmiş olması gerekmektedir. Bu itibarla, örneğin on beş yaşını tamamlamış olan çocuğa pornografik ürün üretmek amacıyla çıplak görüntülerinin çekilip kayda alınması karşılığında sağlanan menfaatin, TCK, m. 55 hükümlerine göre **müsadere** edilmesi gerekmektedir. Bu konuda bkz. 25.10.2007 tarihli “**Avrupa Konseyi Çocukların Cinsel Sömürü ve İstismara Karşı Korunması Sözleşmesi**” (ETS No: 221), m. 27, f. 3, bent a.

²⁶ Kişinin bilgisi ve rızası dışında da çıplak görüntülerinin çekilip kayda alınması, TCK’nın sisteminde, görüntüleri kayda alınan kişinin yaşına göre farklı suçları oluşturur.

Görüntüleri kayda alınan kişinin yaşı ne olursa olsun, çocuk olması halinde, suçun TCK, m. 226, f. 3 birinci cümlede tanımlanan suç oluşturur. Buna karşılık, on sekiz yaşını tamamlamış olan bir kişinin bilgisi ve rızası dışında çıplak görüntülerinin kayda alınması ise, özel hayatın gizliliğinin ihlali (TCK, m. 134, f. 1) suçunu oluşturur.

Ancak belirtmek gerekir ki, Yargıtay 14. Ceza Dairesinin bir kararında, bu ayırım göz ardı edilerek, özel hayatın gizliliğinin ihlali suçunun oluştuğu kabul edilmiştir: Yargıtay 14.CD, **10.9.2013**, E. 2012/7618, K. 2013/8902.

²⁷ Bkz. **madde gerekçesi**. TBMM, Dönem: 22, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 664, sh. 622 vd.; Türk Ceza Hukuku Mevzuatı, cilt 1 (Kanunlar), Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Türk Ceza Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi yayını, 24. bası, Ankara, Ağustos 2019, sh. 449.

²⁸ **İzmir Bölge Adliye Mahkemesi** 15. Ceza Dairesi’nin, **18.04.2019** tarihli ve E. 2017/3185, K. 2019/588 sayılı Kararına konu teşkil eden olayda; S, **on beş yaşını tamamlamış** olan kız çocuğu Ç ile cinsel ilişkiye girer ve bu ilişki sırasında Ç’nin çıplak görüntülerini çekip telefonuna kaydeder. S, daha sonra bu görüntüleri “Instagram” adındaki sosyal paylaşım sitesinde yayımlar.

Bu olay dolayısıyla S hakkında *çocuğun cinsel istismarı ve özel hayatın gizliliğini ihlâl* suçlarından dolayı kamu davası açılmıştır.

İlk derece mahkemesi,

a) S’nin Ç ile cinsel ilişkisinin Ç’nin rızası dâhilinde gerçekleştiğini ve dolayısıyla, **reşit olmayanla cinsel ilişki** (TCK, m. 104, f. 1) suçunu işlendiğini,

V.

İlgilinin rızasının **cinsel taciz** suçunun oluşumu üzerindeki etkisini de ayrıca açıklamak gerekir.

Cinsel taciz, “*mağdurun cinsel yönden ahlâk temizliğine aykırı olarak rahatsız edilmesi*”ni ifade etmektedir.²⁹ “*Cinsel taciz suçunun maddi unsuru, bir kimseyi cinsel amaçlı olarak taciz etmektir. Suçun manevi unsuru ise kast olup, failin cinsel amaç gütmesi, başka bir ifadeyle cinsel arzu ve isteklerini tatmin maksadıyla hareket etmesi gerekmektedir.*”³⁰

“*Cinsel taciz oluşturacak davranışlar; mağdurun vücuduna temas(ta) bulunmamak şartıyla ani olabileceği gibi, devamlı nitelikte de gerçekleşebilir. Suçun oluşabilmesi için, failin cinsel amaç gütmesi ve eylemin belirli kişi ya*

b) Ç'nin çıplak görüntülerinin çekilip telefona kaydedilmesi fiilinin TCK, m. 226, f. 3, **ikinci** cümlede tanımlanan suçu oluşturduğunu,

c) Söz konusu görüntülerin sosyal medya ortamında paylaşılmasının ise, TCK, m. 134, f. 1'de tanımlanan **özel hayatın gizliliğini ihlâl** suçunu oluşturduğunu,

kabul ederek, S hakkında bu suçlardan dolayı mahkûmiyet hükmü kurmuştur.

İstinaf Mahkemesi, S hakkında **reşit olmayanla cinsel ilişki** suçundan dolayı kurulan mahkûmiyet hükmünün hukuka uygun olduğunu ve keza, Ç'nin çıplak görüntülerinin çekilip telefona kaydedilmesi fiili bakımından TCK, m. 226, f. 3, **birinci** ve ikinci cümlelerde tanımlanan suçların oluştuğunu kabul etmekle birlikte, **farklı neviden fikri içtima** (TCK, m. 44) hükümlerini uygulayarak S hakkında TCK, m. 226, f. 3, **birinci** cümlede tanımlanan **müstehcenlik** suçundan dolayı mahkûmiyet hükmü kurmuştur.

Keza, söz konusu görüntülerin sosyal medya ortamında paylaşılması fiilinin, özel hayatın gizliliğini ihlal ve TCK, m. 226, f. 5'de tanımlanan müstehcenlik suçlarını oluşturduğunu kabul etmekle birlikte, **farklı neviden fikri içtima** (TCK, m. 44) hükümlerini uygulayarak S hakkında TCK, m. 226, f. 5'te tanımlanan **müstehcenlik suçundan** dolayı mahkûmiyet hükmü kurmuştur.

İstinaf mahkemesinin kararındaki fiillere ilişkin nitelendirmeler kısmen doğru olmakla birlikte, içtima hükümlerinin uygulanması bağlamındaki kabul sorunludur.

Yukarıda da belirtildiği üzere, **on beş yaşını tamamlamış olan çocuğun** çıplak görüntülerinin kayda alınması, rızasıyla da olsa, TCK, m. 226, f. 3, **birinci** cümlede tanımlanan nitelikli **müstehcenlik** suçunu oluşturmaktadır. Keza, kaydedilen görüntülerin internet ortamında yayımlanmasıyla, ayrıca TCK, m. 226, f. 5'de tanımlanan suç oluşturmaktadır. Bu durumda **gerçek içtima** hükümlerinin uygulanması gerekir.

Çocuğun bu görüntülerin aleniyete kavuşturulması yönünde rızası olsa bile, bu rızanın hukuki geçerliliği bulunmamaktadır; bu yönde açıklanan rıza, bir hukuka uygunluk sebebi oluşturmamaktadır.

²⁹ TBMM, Dönem: 22, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 664, sh. 514; Türk Ceza Hukuku Mevzuatı, cilt 1 (Kanunlar), Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Türk Ceza Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi yayını, 24. bası, Ankara, Ağustos 2019, sh. 293.

³⁰ Yargıtay CGK, **24.3.2015**, E. 2014/14-669, K. 2015/68.

da kişilere karşı gerçekleştirilmiş olması gerekir.”³¹

Bu itibarla, mağdurun vücudu üzerinde **fiziki temas olmadan** gerçekleştirilen, gerçekleştirilmesi sağlanan cinsel amaçlı fiiller, cinsel taciz suçunu oluşturmaktadır³². Cinsel taciz suçunu oluşturan fiillerin, fail tarafından mağdurun vücuduna temas olmadan gerçekleştirilmesi şarttır. Ancak mağdurun vücuduna fiziki temas olmadan gerçekleştirilen her davranış, mutlaka cinsel taciz suçunu oluşturmaz. Özellikle on beş yaşını tamamlamamış olan çocuğa karşı gerçekleştirilen cinsel davranışlar, fiziki temas olmasa bile, **çocuğun cinsel istismarı** suçunu oluşturur.³³ Keza, on beş yaşını tamamlamış olan çocuğun örneğin tehdit kullanılarak çamaşırlarını çıkarmasının sağlanması ve vücudunun, cinsel organlarının seyredilmesi halinde, seyreden kişi bakımından oluşan suç, cinsel taciz değil, **çocuğun cinsel istismarı** suçudur.

Yukarıda da belirttiğimiz gibi, on beş yaşını tamamlamış olan çocuğun on sekiz yaşından büyük reşit bir kişiyle birlikte cinsel birleşmeye varmayan -fizikî temas olsun veya olmasın- cinsel arzuları tatmine yönelik davranışlarda bulunma yönünde açıkladığı rıza, fiili suç olmaktan çıkarmakla birlikte, bir hukuka uygunluk nedeni oluşturmamaktadır. Aynı şekilde, cinsel birleşme mahiyetinde olmasa bile, on beş yaşını tamamlamış olan çocukların kendi aralarında gerçekleşen -fizikî temas olsun veya olmasın- cinsel arzuları tatmine yönelik davranışlar bakımından açıklanan rıza, fiili suç olmaktan çıkarmakla birlikte, bir hukuka uygunluk nedeni oluşturmamaktadır. Bu durumlarda, bir *hukuka uygunluk sebebi olarak rıza değil, tipikliği ortadan kaldıran rıza* söz konusudur.

Ancak belirtmek gerekir ki, söz konusu fiiller ceza sorumluluğunu gerektirmemekle birlikte, ahlaka aykırıdır ve hiçbir surette hukuken himaye görmezler. Örneğin, evli kişinin **karşılıklı rızaya dayalı olarak** bir başkasının cinsel arzuları tatmine yönelik davranışlarını izlemesi, **özel hayat alanı içinde cereyan ettiği süreç**, suç olarak tanımlanmış değildir. Ancak bu durum, söz

³¹ Yargıtay CGK, 24.3.2015, E. 2014/14-669, K. 2015/68.

³² **Fiziki temas olmadan gerçekleştirilen cinsel davranışlara**, failin cinsel organını mağdura göstermesi, mağdura göstererek failin kendi vücudu üzerinde cinsel arzuların tatmini amacına yönelik bazı davranışlarda bulunması, fail tarafından görülebilecek şekilde mağdurun soyunmasını sağlama, mağdurun kendi vücudu üzerinde cinsel arzuların tatmini amacına yönelik bazı davranışlarda bulunmasını sağlama, mağdura müstehcen ürünleri gösterme, dinletme gibi fiiller, örnek olarak gösterilebilir.

³³ ÖZGENÇ, Ankara HBV Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt XXIV, sayı 1, Ocak 2020, sh. 261 vd.

konusu fiillerin hukuka uygun addedilmesini hiçbir zaman gerektirmez. Bu itibarla, söz konusu fiiller, evlilik ilişkisinde diğer eş bakımından haklı bir boşanma sebebi ve keza, haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasının sebebinin oluşturur.

Bu itibarla, fiziki temas olmamakla birlikte, bir başkasının cinsel amaçlı davranışına maruz kalan kişinin bu davranıştan **rahatsızlık duyması**, cinsel taciz suçu bakımından bir **objektif cezalandırılabilme şartı** oluşturur. Başka bir ifadeyle, cinsel amaçlı davranışa maruz kalan kişinin bu davranış dolayısıyla memnuniyeti, fiili hukuka uygun hale getirmemektedir; aksine esasen **ahlaka ve dolayısıyla hukuka aykırı** olan davranışın suç oluşturabilmesi için aranan objektif cezalandırılabilme şartının gerçekleşmemesi sebebiyle, cezalandırmayı gerektirmemektedir.

Ancak belirtmek gerekir ki, şikâyet kişinin kendisine karşı işlenen suç dolayısıyla duyduğu rahatsızlığı dile getirmesinin bir şekli olmakla birlikte, bir soruşturma ve kovuşturma koşuludur. Başka bir ifadeyle kişi, maruz kaldığı haksızlıktan dolayı rahatsızlık duysa bile, failinin cezalandırılmasını talep zımında şikâyet hakkını kullanmayabilir. Bu itibarla, **mağdurun şikâyetten bulunmaması veya bilahare şikâyetini geri alması**, kısacası **şikâyetten vazgeçmesi, fiili hukuka uygun hale getirmemektedir**³⁴.

Buna göre, yetişkin olan bir kişinin,

- çıplak görüntülerini, cinsel organlarını,
- cinsel davranışlarını,
- bir diğer yetişkin kişiyle olan cinsel ilişkilerini,

on beş yaşını tamamlamış olan çocuk tarafından **rızaen** seyredilmesini sağlaması halinde, fiil, **ahlaka ve dolayısıyla, hukuka aykırı** olmakla beraber, özel hayat alanında gerçekleştiği sürece, yani aleniyet iktisap etmediği sürece, suç olarak tanımlanmış değildir. Ancak, yukarıda da belirttiğimiz gibi, söz konusu davranışların çocuğa **tehditle** seyrettirilmesi halinde, fiziki temas olmamakla birlikte, cinsel taciz değil, **cinsel istismar** suçu oluşmaktadır³⁵.

³⁴ ÖZGENÇ, Ankara HBV Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt XXIV, sayı 1, Ocak 2020, sh. 264, dn. 3.

³⁵ Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin 28.6.2011 tarihli ve E. 2011/3866 K. 2011/5015 sayılı Kararına konu teşkil eden olayda; S, mağdur İ'ye karşı müteaddit defa ağzına organ sokmak suretiyle cinsel istismarda bulunur; üvey kızı mağdure E'yi ise, porno film izlemeye zorlar ve keza, İ'ye karşı gerçekleştirdiği cinsel içerikli eylemlerini E'nin zorla seyretmesini ve görmesini

Keza, karşılıklı rızaya dayalı olarak, on beş yaşını tamamlamış olan,

sağlar.

İlk derece mahkemesi bu olayda herhangi bir değerlendirme ve ayırım yapmadan, genel bir şekilde, S'nin **cinsel taciz** suçunu işlediğini kabul ederek, hakkında bu suçtan dolayı **zincirleme suç** hükümlerini de uygulayarak mahkûmiyet hükmü tesis etmiştir.

Yargıtay 5. Ceza Dairesi de, ilk derece mahkemesinin bu olayda **cinsel taciz** suçunun oluştuğu yönündeki kabulünü yerinde görmüş; ancak, S'nin bu suçu üvey kızı E'ye karşı "*aile içi ilişkinin sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle*" işlemesi (TCK, m. 105, f. 2, bent b) dolayısıyla **cezada yapılan artırmanın** -hükümlerin karıştırılması sebebiyle- "**fazla**" **olduğu** ve keza, olayda zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasında sorun bulunduğu değerlendirilmesinde bulunularak, bozma kararı verilmiştir.

Yargıtay 5. Ceza Dairesinin söz konusu kararı, verildiği tarih itibarıyla, Türk Ceza Kanununun cinsel suçlar konusundaki düzenlemelerinden **habersiz** olunduğunun açık bir göstergesidir.

Oysa bu olayda cinsel taciz suçu değil, birden fazla kişiye karşı **çocuğun cinsel istismarı** suçu işlenmiştir. Bu olayda işlenen suçlar sırasıyla şunlardır:

Bu olayda işlenen **birinci suç**, S'nin İ'ye karşı işlediği **çocuğun cinsel istismarı** suçudur. Bu suç, vücuda organ sokmak suretiyle işlenmiştir. Bu itibarla **temel cezayı** TCK, m. 103 f. 2 hükümlerine göre belirlemek gerekir.

Kararda, S'nin İ'ye karşı cebir veya tehdit uyguladığına dair bir açıklık bulunmamaktadır. Keza Kararda İ'nin yaşı konusunda da bir açıklık bulunmamaktadır. Bu durumda S'nin sorumluluğu bağlamında İ'nin on beş yaşını tamamlamış olup olmamasına göre bir ayırım yaparak değerlendirme yapmak gerekir.

İ, on beş yaşını tamamlamamış ise, cebir veya tehdit uygulanması, bu suçun **nitelikli unsurunu** oluşturur (TCK, m. 103, f. 4). Bu nedenle, TCK, m. 103, f. 2 hükümlerine göre belirlenen temel cezayı, yarı oranında artırmak gerekir.

İ, on beş yaşını tamamlamış çocuk ise, cinsel istismar suçunun oluşabilmesi için, cinsel davranışların bu kişiye karşı "*cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak*" gerçekleştirilmesi gerekir (TCK, m. 103, f. 1, bent b). Başka bir ifadeyle, on beş yaşını tamamlamış çocuğa karşı cinsel istismar suçu bakımından cebir ve tehdit, **seçimlik hareketler** olarak, **temel unsur** mahiyeti taşımaktadır. Bu durumda cebir veya tehdit uygulanması dolayısıyla cezada artırım yapılamaz.

Karara konu teşkil eden olayda işlenen **ikinci suç**, S'nin E'ye karşı işlediği **çocuğun cinsel istismarı** suçudur.

S, üvey kızı E'yi porno film izlemeye **zorlamıştır**. Bu durum S'nin E'ye karşı **cebir** veya **tehdit** uyguladığını göstermektedir. Karar metninde E'nin yaşı konusunda da bir açıklık bulunmamaktadır. On beş yaşını doldurmuş çocuk olsa bile, E'ye karşı üvey babası S tarafından fiziki temas olmadan ve fakat cebir veya tehdit kullanılarak gerçekleştirilen bu cinsel davranışların, **çocuğun cinsel istismarı** suçunu oluşturduğunu kabul etmek gerekir. Bu zorlama olgusu dolayısıyladır ki, TCK, m. 226'da tanımlanan müstehcenlik suçundan söz edilemez. Çocuğa zor kullanılarak porno film izlettirilmesi fiiliyle işlenen cinsel istismar suçundan dolayı TCK, m. 103, f. 1 hükümlerine göre **temel cezaya** hükmetmek gerekir.

E, S'nin **üvey kızıdır**. Nitelikli unsur. Bu nedenle, birinci fıkraya göre belirlenen temel ceza yarı oranında artırılacaktır (TCK, m. 103, f. 3, bent c).

Belirttiğimiz gibi, Karar metninde E'nin yaşı konusunda bir açıklık bulunmamaktadır. Bu durumda S'nin sorumluluğu bağlamında E'nin on beş yaşını tamamlamış olup olmamasına göre bir ayırım yaparak değerlendirme yapmak gerekir.

- çocuğun çıplak görüntülerinin, cinsel organlarının,
- çocuğa fiziki temas olmadan gerçekleştirmesi sağlanan cinsel davranışlarının,
- çocukların birbirleriyle olan cinsel ilişkilerinin,

seyredilmesi halinde, fiil, **ahlaka ve dolayısıyla, hukuka aykırı** olmakla beraber, özel hayat alanında gerçekleştiği sürece, yani aleniyet iktisap etmediği

E, on beş yaşını tamamlamamış ise, cebir veya tehdit uygulanması, bu suçun **nitelikli unsuru** oluşturur (TCK, m. 103, f. 4). Bu nedenle, TCK, m. 103, f. 1 ve 3. hükümlerine göre belirlenen cezayı, tekrar yarı oranında artırmak gerekir.

E, on beş yaşını tamamlamış çocuk ise, cinsel istismar suçun oluşabilmesi için, cinsel davranışın bu çocuğa karşı “*cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak*” gerçekleştirilmesi gerekir (TCK, m. 103, f. 1, bent b). Başka bir ifadeyle, on beş yaşını tamamlamış çocuğa karşı cinsel istismar suçu bakımından cebir ve tehdit, **seçimlik hareketler** olarak, **temel unsur** mahiyeti taşımaktadır. Bu durumda cebir veya tehdit uygulanması dolayısıyla cezada artırım yapılamaz.

Karara konu teşkil eden olayda işlenen **üçüncü suç**, S'nin E'ye karşı işlediği **çocuğun cinsel istismarı** suçudur.

S, İ'ye karşı işlediği cinsel istismar fiillerini zor kullanarak üvey kızı E'nin izlemesini sağlamıştır. Bu suretle S, ayrıca **E'ye karşı**, fiziki temasla cinsel davranış gerçekleştirmese de, **çocuğun cinsel istismarı** suçunu işlemiştir. Bu durumda da söz konusu suç sebebiyle **temel cezayı** TCK, m. 103 f. 1 hükümlerine göre belirlemek gerekir.

İkinci suçla ilgili olarak yaptığımız açıklamalar, bu üçüncü suç bakımından da geçerlidir.

S tarafından İ'ye karşı bu cinsel istismar fiilleri, müteaddit defa işlenmiştir. Aynı suç işleme kararı cümlesinden olarak işlenmiş olan bu fiiller dolayısıyla **zincirleme suç** (TCK, m. 43, f. 1) hükümlerini uygulamak gerekir.

S tarafından E'ye karşı bu cinsel istismar fiilleri, müteaddit defa işlenmiştir. Aynı suç işleme kararı cümlesinden olarak işlenmiş olan bu fiiller dolayısıyla da **zincirleme suç** (TCK, m. 43, f. 1) hükümlerini uygulamak gerekir.

S, İ'ye karşı işlediği cinsel istismar fiillerini üvey kızı E'nin seyretmesini sağlamıştır. Böylece, hukuki anlamda bir fiil ile aynı suç (cinsel istismar suçu) birden fazla kişiye karşı işlenmiştir. Bu durumda **aynı neviden fikri içtima** (TCK, m. 43, f. 2) hükümleri uygulanarak, S'ye bu suçtan dolayı bir ceza verilip bu cezanın TCK, m. 43, f. 1 de belirtilen oranlar arasında (“*dörtte birinden dörtte üçüne kadar*”) artırılması gerekir.

Ancak, S bu iki mağdura birbirinden bağımsız olarak da cinsel istismar fiillerini işlemiştir. Bu nedenle, **söz konusu olayda**, aynı neviden fikri içtima hükümlerini uygulamadan, **her iki mağdur bakımından ayrı ayrı cinsel istismar suçlarından dolayı cezaya hükmedip, bu cezaların her birinin zincirleme suç hükümlerine göre artırılması gerekir (gerçek içtima)**.

Ancak, belirtmek gerekir ki, Yargıtay 14. Ceza Dairesinin pek çok kararında, cebir veya tehditten hiç söz edilmediği halde ve yaşıyla ilgili olarak herhangi bir ayırım ve sınırlama yapılmaksızın, çocuğa karşı fiziki temas olmadan gerçekleştirilen cinsel davranışların, çocuğun cinsel istismarı suçunu değil, *cinsel taciz* suçunu oluşturduğu kabul edilmiştir: 14. CD, **21.9.2017**, E. 2017/2253, K. 2017/4149; aynı Daire, **22.3.2016**, E. 2014/3380, K. 2016/2793; aynı Daire, **22.3.2016**, E. 2016/1675, K. 2016/2815; aynı Daire, **27.9.2013**, E. 2011/13778, K. 2013/9801.

sürece, suç olarak tanımlanmış değildir.

Sonuç olarak, yetişkin olan bir kişinin kendi cinsel organlarını on beş yaşını tamamlamış olan çocuğa göstermesi, kendi vücudu üzerinde gerçekleştirdiği cinsel davranışları on beş yaşını tamamlamış olan çocuğun seyretmesini sağlaması halinde, bu fiiller bağlamında çocuğun rızası, bir hukuka uygunluk sebebi oluşturmamaktadır.

Ancak Yargıtay Ceza Genel Kurulu, bu bağlamda doğru olmayan bir içtihadta bulunmuştur:

“Cinsel taciz eylemlerinin suç olarak kabul edilebilmesi için bu eylemlerin hukuka aykırı olarak, başka bir ifadeyle mağdurun rızası hilafına gerçekleştirilmiş olması zorunludur. Rıza açıklama ehliyetine sahip bulunan bir kişinin, cinsel taciz eylemlerine TCK'nin 26. maddesi kapsamında göstereceği rıza eylemi hukuka uygun hale getirecek ve eylem suç teşkil etmeyecektir.” (Yargıtay CGK, **30.10.2014**, E. 2013/14-352, K. 2014/446; Yargıtay CGK, **15.4.2014**, E. 2012/2-1498, K. 2014/188)³⁶.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun bu kabulüne göre; örneğin on beş yaşını doldurmuş olan bir çocuğun çıplak görüntülerini reşit ve hatta evli olan karşı cinsten bir kişiye göstermesi, rızaen gerçekleştiği için veya bu kişinin cinsel organlarını on beş yaşını doldurmuş olan bir çocuğa göstermesi, çocuk bu fiile muvafakat ettiği ve dolayısıyla şikâyet hakkını kullanmadığı için “hukuka uygun” addedilecektir. **Doğru bulmadığımız bu içtihat**, fiilin özellikleri yeterince anlaşılmadan tesis edilmiştir. Bir fiil dolayısıyla soruşturma ve kovuşturmanın şikâyete bağlı olması, bir fiilin ceza sorumluluğunu gerektirip gerektirmemesi, suç siyaseti bakımından ele alınması gereken ayrı bir husustur. Ancak, bir fiilin kanunda suç olarak tanımlanmamasından ve dolayısıyla, ceza sorumluluğunu gerektirmemesinden hareketle, bu fiilin hukuka uygun olduğu sonucuna varmak, hukuki temeli olmayan bir yaklaşımdır.

Bazı durumlarda, mağdurun cinsel tacizi oluşturan fiilin icrası sırasında buna rıza göstermesi söz konusu olamaz; ancak icra tamamlandıktan sonra buna muvafakat mümkün olabilir. Örneğin cinsel taciz mahiyeti taşıyan mektup, e-posta, e-mesaj içeriklerine mağdur ancak bunlar kendisine iletdikten, yani

³⁶ “... sanığın söz konusu (cinsel içerikli) mesajları katılanın bilgisi ve rızası dahilinde gönderdiği ve gönderilerine olumlu cevaplarda aldığıın anlaşıldığı, dolayısıyla eylemin TCK. nun 26/2. maddesinde öngörülen **hukuka uygunluk nedeni** kapsamında işlendiği” kabul edilmelidir: 14. CD, **27.10.2011**, E. 2011/7732, K. 2011/1479.

fiil icra edildikten sonra muttali olabilmektedir³⁷. Esasen haksızlık oluşturan bir fiil icra edildikten sonra, bu haksızlığa maruz kalan kişi tarafından buna muvafakat etmek, bu haksızlığı ortadan kaldırmamaktadır ve fiili hukuka uygun hale getirmemektedir. Ancak bu muvafakat, haksızlığı gerçekleştiren kişiye bazı durumlarda yaptırım uygulanmasını engelleyebilmektedir.

Önemle belirtmek gerekir ki, cinsel taciz suçunun işlenebilmesi için, cebir, tehdit veya hileye gerek bulunmamaktadır. Başka bir ifadeyle, cebir, tehdit ve hile, cinsel taciz suçunun ne temel şekline ilişkin ne de nitelikli unsurudur³⁸.

VI. Sonuç

Özellikle cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar bağlamında şikâyet hakkının kullanılmaması, işlendikten sonra fiile muvafakat edilmesi, işlenen fiili hukuka uygun hale getirmemektedir; ancak bu durumlarda soruşturma ve kovuşturma yapılmamakta ve ceza hukuku sorumluluğu yoluna gidilmemektedir. Bir fiilin ceza hukuku sorumluluk alanı dışında

³⁷ Yargıtay 12. Ceza Dairesi'nin 12.6.2019 tarihli ve E. 2018/8180, K. 2019/7225 sayılı Kararına konu teşkil eden olayda, S, M'ye "facebook" adlı sosyal paylaşım sitesi üzerinden müteaddit defa duygusal bağlılığını ifade eden mesajlar gönderir. M, bu mesajlar karşısında duyduğu rahatsızlık üzerine S'nin kendisine mesaj göndermesini engeller. Ancak, buna rağmen S, M'ye çeşitli hesaplar üzerinden aynı içerikte mesajlar göndermeye devam eder.

Bu olay dolayısıyla ilk derece mahkemesi S hakkında **zincirleme** şekilde işlediğini kabul ettiği **cinsel taciz** suçundan dolayı TCK, m. 105, f. 1 ve m. 43, f. 1 hükümlerine istinaden mahkûmiyet hükmü tesis etmiştir. M'nin yetişkin bir kişi olması sebebiyle, bu suç tavsifi doğrudur.

Yargıtay 12. Ceza Dairesi ise, bu suçun **elektronik haberleşme araçlarının sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle** işlenmiş olması dolayısıyla, birinci fıkraya göre verilen cezanın yarı oranında artırılması gerektiği (TCK, m. 105, f. 2, bent d) gerekçesiyle, söz konusu mahkûmiyet hükmü ile ilgili olarak bozma kararı vermiştir.

³⁸ Ancak, bazı durumlarda mağdura fiziki temasta bulunmadan gerçekleştirilen cinsel davranış, tehditle işlenmiş olabilir. Örneğin tehdit edilerek veya şantaj yapılarak, mağdurun soyunması sağlanabilir veya mağdurun kendi vücudu üzerinde cinsel arzuların tatmini amacına yönelik bazı davranışlarda bulunması sağlanabilir.

Bu durumda bir ayırım yapmak gerekir.

Tehdit uygulanan kişi (mağdur) çocuk ise, yaşı ne olursa olsun, çocuğun vücuduna fiziki temas olmadan ve fakat tehditle gerçekleştirilen cinsel davranışlar, yukarıda belirtildiği gibi, cinsel taciz suçunu değil, **çocuğun cinsel istismarı** suçunu oluşturur.

Buna karşılık, tehdit uygulanan kişinin yetişkin birisi olması halinde ise, iki ayrı suçun oluştuğunu kabul etmek gerekir. Bu gibi durumlarda failin hem **tehdit** veya **şantaj** suçundan hem de **cinsel taciz** suçundan dolayı **gerçek içtima** hükümlerine göre cezalandırılması gerekir. Ancak 14. Ceza Dairesi bir kararında, bu durumda sadece cinsel taciz suçundan dolayı hüküm kurulması yönünde içtihatla bulunmuştur (14. CD, 22.3.2016, E. 2014/3380, K. 2016/2793).

tutmak, bu fiilin alelİtlak hukuka uygun olduğunu kabul etmek sonucunu doğurmamaktadır. Bu yanlışın temel kaynağını, cinsel suçlar bağlamında korunan hukuki değerin, cinsel dokunulmazlık değil de, “cinsel özgürlük” olduğu yönündeki kabul oluşturmaktadır.

CEZA MUHALEMESİNDE ŞÜPHELİNİN İFADESİNİN ALINMASI VE SORGUYA ÇEKİLMESİNE İLİŞKİN HÜKÜMLERİN ELEŞTİREL BİR DEĞERLENDİRMEŐİ

Faruk TURHAN*

Murat AKSAN**

ÖZ

Çalışmanın konusunu soruşturma evresinin en önemli işlemlerinden biri olan şüphelinin Cumhuriyet savcısı veya kolluk tarafından ifadesinin alınması ve sulh ceza hakimi tarafından sorgusunun yapılmasının CMK ve diğer kanun hükümleri dikkate alınarak etraflı bir şekilde incelenmesi oluşturmaktadır. Bu konuda en temel düzenleme CMK md. 147 hükmüdür. Çalışma kapsamında önce yakalanarak gözaltına alınan şüpheli ile serbest olan şüphelinin ifadesinin alınmasına ilişkin kanun hükümleri incelenerek, Cumhuriyet savcısı tarafından alınan ifade ile kolluk tarafından alınan şüpheli ifadesinin ispat açısından ne gibi farkları olduğu değerlendirilmiştir. Arkasından şüphelinin ifadesinin alınması ve sorguya çekilmesine ilişkin md. 147’de öngörölen kurallar ele alınmıştır. Bu kurallar, şüphelinin kimliğinin tespiti ve işlemlerin kayda alınması şeklinde uyulması gereken usule ilişkin düzenlemeler ile şüphelinin kişisel ve ekonomik durumu hakkında bilgi alınması ve haklarının bildirilmesi olarak iki guruptan oluşmaktadır. Bu çerçevede hakkındaki suçlamalarla ilgili ifade veya sorgusuna başlanmadan önce şüpheliye bildirilecek haklardan biri olan müdafı yardımından yararlanma hakkı ile şüphelinin yakalandığının yakınlarına bildirilmesine ilişkin kanundaki düzenlemeler ile uygulamadan kaynaklanan sorunlar üzerinde detaylı olarak durulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Şüphelinin ifadesinin alınması, şüphelinin sorgusu, ifade alma ve sorguya çekmenin usulü, şüphelinin haklarının bildirilmesi, susma hakkı, müdafı yardımından yararlanma hakkı, tutanak tutulması

* **Prof. Dr.**, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Ceza ve Ceza Muhakemesi ABD Öğretim Üyesi. E-Posta: farukturhan@sdu.edu.tr

ORCID ID: 0000-0002-4250-4675

** **Dr. Öğr. Üyesi**, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Ceza ve Ceza Muhakemesi ABD Öğretim Üyesi E-Posta: maksan@selcuk.edu.tr

ORCID ID: 0000-0001-6232-9491

DOI : 10.34246/ahbvuhfd.733262

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 07/03/2020

Yayınlanmasının Uygun Göröldüğü Tarih: 24/03/2020

A CRITICAL ASSESSMENT OF THE PROVISIONS REGARDING THE QUESTIONING AND EXAMINATION OF THE SUSPECT IN CRIMINAL PROCEDURE ABSTRACT

The subject of the study is to examine in detail taking into account code of criminal procedure and other rules of law that taking the statement of the suspect by the public prosecutor or law enforcement and interrogating of him by the criminal judge, which are a few of the most important procedures of the investigation phase. The basic legal arrangement in this regard in article 147 of the code of criminal procedure. Within the scope of the study, firstly, the provisions of law regarding the taking statement of the suspect who was taken into custody and of the free suspect were examined, and the difference between the statement taken by the public prosecutor and by the law enforcement was evaluated in terms of proof. Afterward, the rules referred to in article 147 about taking the statement of the suspect and interrogated him were discussed. These rules consist of two groups, namely the procedural arrangements to be followed in the form of identification of the suspect and the registration of transactions, as well as taking information about the suspect's personal and economic situation and telling them their rights. In this context, the right to benefit of defense counsel, which is one of the rights to should be told to the suspect before taking his/her statement or interrogation about the accusations against him, and the legal regulations regarding being told to the suspect's relatives that he was caught, and the problems arising from the implementation was dwelled on.

Keywords: *Taking the statement of the suspect, interrogating of the suspect, the procedure of taking the statement and interrogating of the suspect, telling the rights of the suspect, the right to remain silent, the right to benefit of defense counsel, taking a statement down.*

I. Genel olarak

Soruşturma evresinin en önemli işlemlerinden birisi şüphelinin ifadesinin alınması ve sorgusunun yapılmasıdır. İfade ve sorgu işlemleri, bir taraftan şüpheliye kendini savunma imkanı sunarken diğer taraftan maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına katkı sağlamaktadır.¹ Ayrıca şüphelinin açıklama yapması halinde açıklamaları soruşturma ve kovuşturmaya yön vermekte, delillerin

¹ DEMİRBAŞ, s. 64; ŞENTÜRK, s. 176-177; APİŞ, s. 58. Doktrinde ifade almanın araştırma işlemi olduğu, savunma hakkının sağlanmasının tali nitelikte olduğu, sorgunun ise savunma işlemi olduğu ve hakim tarafından yapılan dinlemenin savunma amaçlı olduğu belirtilmektedir: Bkz. KUNTER/ YENİSEY/NUHOĞLU, s. 899; YENİSEY/NUHOĞLU, s. 594-595.

toplanmasına ve değerlendirilmesine yardımcı olmaktadır.² İfade ve sorguda yasak usullerin gerçekleşme ihtimali nedeniyle şüpheli ve sanık haklarının korunması bakımından da ifade ve sorgu işlemlerinin yapılış şekli önem arz etmektedir.³

CMK md. 147'nin kronolojisine göz atılınca kapsam bakımından zaman içinde önemli değişiklikler geçirdiği görülmektedir. CMUK'un ilk şeklinde CMK md. 147'nin karşılığı olan md. 135'te⁴ sadece sanığın sorgu hakimi tarafından sorguya çekilmesinin usulü oldukça kısa bir şekilde düzenlenmişti.⁵ 1992 yılında 3842 sayılı Kanunla md. 135'te önemli değişiklikler yapılarak, madde başlığı "ifade ve sorgunun tarzı" şeklinde ifade edilmiş ve madde metninde ifade alma ve sorgu sırasında uyulması zorunlu usul kuralları ayrıntılı bir şekilde düzenlenmişti. Bu değişiklik ile sulh ceza hakimi tarafından sorgu sırasında uyulması gereken kuralların kolluk ve Cumhuriyet savcısı tarafından yapılan ifade alma sırasında da uygulanması kabul edilmiş ve ifade alma ve sorgu sırasında şüphelinin haklarının kendisine bildirilmesi zorunluluğu getirilmiştir. Yeni CMK'da aynı konu md. 147'de düzenlenmiş, şüphelinin ifade ve sorgusu yanında sanığın sorgusunun da bu maddeye göre yapılacağı açıkça belirtilmiştir.

Şüpheli ve sanığın beyanının alınması ceza muhakemesinin önemli işlemlerinden olmakla birlikte, ifade alma ve sorguya çekme işlemini yapacak merci ile işlemin yapıldığı aşamaya göre yapılış usulünde de farklılıklar söz konusu olabilir. Bu farklılıkları dikkate almadan muhakemenin farklı aşamalarındaki ifade ve sorgu işlemlerini aynı usule tabi tutmak bir takım uyumsuzlukları da beraberinde getirmektedir. Yine kolluk tarafından basit suç şüphesi üzerine yapılan ifade alma ile kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren somut delillerin varlığı nedeniyle tutuklanması için sulh ceza hakimine sevk edilen şüphelinin sorgusu sırasında hakkındaki suçlamaların ve diğer haklarının bildirilmesinin aynı usul ve kapsamda yer verilmesi de bazı sorunları birlikte getirmektedir.

² Bkz. ARICAN, s. 44; APİŞ, s. 54.

³ ARICAN, s. 54.

⁴ "Madde 135 – Sorgunun iptidasında kendisine isnad edilen suçun neden ibaret olduğu sanığa bildirilir. Bu hususta cevap vermek isteyip istemediği sorulur. Sorgu, şahsın kendi lehine olup söyleyeceği delillere mani olmamalıdır.

Sanığın birinci sorgusunda kim olduğu ve şahsi halleri hakkında dahi malumat alınır."

⁵ Ancak CMUK md. 236/2'de duruşmada sanığın sorguya çekilmesinin de md. 135'e göre yapılacağı belirtilmişti.

CMK md. 147 düzenlemesi kovuşturma evresinde sanığın mahkeme tarafından sorgusunda da geçerli olmakla birlikte, çalışmanın kapsamını genişletmemek için zorunlu olmadıkça bu husus incelenmeyecektir. Çalışmada şüphelinin ifadesinin alınması ve sorguya çekilmesinin usulü ile bu işlemler sırasında şüpheliye haklarının nasıl bildirilmesi gerektiği kaynak Alman CMK hükümleri de dikkate alınarak açıklanacak ve madde metnindeki bazı uyumsuzluklara da dikkat çekilip çözüm önerilerinde bulunulacaktır. Ancak zorunlu olmadıkça şüpheli ve sanığa bildirilmesi gereken hakların içeriği inceleme kapsamında ele alınmayacaktır.

Aşağıda öncelikle ifade ve sorgu kavramları açıklanacak sonrasında, Cumhuriyet savcısı ve kolluğun şüphelinin ifadesini alması gereken haller ile sulh ceza hakiminin şüpheliyi sorguya çekmesi gereken durumlar incelenecek arkasından da ifade ve sorgunun usulü ile ifade ve sorgu sırasında şüpheliye bildirilmesi gereken haklar ele alınacaktır.

II. İfade ve Sorgu Kavramları

CMK'da ifade ve sorgu kavramları farklı anlamlarda kullanılmıştır.⁶ **CMK md. 2**'de, şüphelinin kolluk görevlileri veya Cumhuriyet savcısı tarafından soruşturma konusu suçla ilgili olarak dinlenmesi ifade alma; şüpheli veya sanığın hâkim veya mahkeme tarafından soruşturma veya kovuşturma konusu suçla ilgili olarak dinlenmesi ise sorgu olarak tanımlanmıştır.⁷ Ancak işlenmiş bir suçla ilgili olarak kişilere soru sorulması her zaman ifade alma teşkil etmez. Bu açıdan ifade alma ile bilgi alma arasında ayırım yapılması gerekir. Devletin şüphelenmediği kişiye soru sormasına bilgi alma denir. Örneğin, bir trafik kazasından sonra, olay yerine gelen polisin kazanın sebebini ve oluş şeklini belirlemek için olay yerindeki kişilere soru sorması bilgi almadır. Bu şekilde soru sorulması ifade alma olmadığı için kişiler de şüpheli olmayıp, kendilerine şüphelinin sahip olduğu hakların bildirilmesi de söz konusu değildir.⁸ Doktrinde alınan bu bilginin, ifade alma niteliğinde olmadığı belirtilmekle birlikte bazı yazarlar, kolluğun ileride şüpheli konuma girse dahi ilgiliden aldığı bilgilerin hukuka uygun delil olarak kullanılabilceğini ifade

⁶ CMUK'un yürürlükte olduğu döneminde ifade alma ve sorgu kavramlarının anlam ve kapsamı hakkında bkz. **ŞAHİN**, (1994), s. 62 vd.

⁷ Tanım için ayrıca bkz. **DEMİRBAŞ**, s. 54-55.

⁸ **DEMİRBAŞ**, s. 58; **YENİSEY/NUHOĞLU**, s. 596; **CENTEL/ ZAFER**, s. 243; **ŞAHİN**, (1994), s. 65.

ederken⁹, bazı yazarlar da CMK md. 148'deki durumlar dışında kovuşturma evresinde kullanılabileceğini belirtmektedir.¹⁰ Diğer bazı yazarlar ise delil niteliği taşımadığını ileri sürmektedir.¹¹ **Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliğinde**¹² de ifade alma ile bilgi alma arasında ayırım yapılarak, “Bir suçun tespiti veya aydınlatılmasına yönelik olarak, müşteki ve suçtan zarar gören ile suç işleme şüphesi altında bulunmayan diğer kişilerin dinlenmesi” “ve tutanağa geçirilmesi” bilgi alma olarak tanımlanmıştır (md.4).¹³ Eğer kolluk, soru sorduğu kişinin suçu işlediğinden şüpheleniyorsa, onu şüpheli sıfatıyla ve haklarını hatırlattıktan sonra kanundaki usule uygun olarak dinlemesi gerekir.¹⁴ **Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu (PVSK) md. 15/1** uyarınca, kolluk yaptığı soruşturma sırasında ifadesine başvurulması gereken kişileri çağırır ve onlara gerekli olan bilgileri sorar. Kolluğun bu şekilde soru sorması tanık dinleme olmayıp, bir bilgi alma işlemidir. Çünkü istisnalar dışında kolluk kişileri tanık sıfatıyla dinleyemez.¹⁵ Bu işlem şüphelinin ifadesini alma olarak da nitelendirilemez¹⁶. Doktrinde, bir şüphelinin karakola giderek bir suçla ilgili itirafta bulunmak istediğini beyan etmesi üzerine polis tarafından dinlenmesinde olduğu gibi bir kimsenin kendiliğinden soruşturmaya yetkili makamlara başvurarak yapmış olduğu iradi açıklamalar da ifade alma olarak

⁹ YENİSEY/NUHOĞLU, s. 540.

¹⁰ DEMİRBAŞ, s. 59.

¹¹ ÖZEN, s. 267.

¹² Bu çalışmada kısaca Yakalama ve Gözaltı Yönetmeliği olarak ifade edilecektir.

¹³ Alman Hukukunda ise bilgi alma kavramı herhangi bir yasa ya da yönetmelikte düzenlenmemiştir Ancak Alman Federal Yüksek Mahkemesine ve Alman doktrinindeki görüşlere göre bilgi alma faaliyeti, bir suç şüphesinin gerçeğe uygun olup olmadığını ve şüpheli ya da sanığın kim olduğunun tespitini sağlamakta olup soruşturma evresinin başlamasının hemen öncesindeki aşamaya denk gelmektedir. Bkz. MERAKLI, s. 1553-1554.

¹⁴ CENTEL/ZAFER, s. 244.

¹⁵ CENTEL/ZAFER, s. 244; KARAKEHYA, s. 229. 27.03.2015 tarih ve 6638 sayılı Kanunla PVSK md. 15'e eklenen 2. fıkraya hükmü, polise tanık dinleme yetkisi verdiği şeklinde ifade edildiği için doktrinde eleştirilmektedir. Bkz. CENTEL/ZAFER, s. 244; ŞEN, (2020). Ancak 7151 sayılı Kanununun 21. maddesi ile 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununun ek 12. maddesine eklenen fıkra ile sağlık kurum ve kuruluşlarında görev yapan personele karşı görevleri sebebiyle kasten işlenen suçların soruşturulmasında kolluğun müşteki, mağdur veya tanık olan sağlık personelinin ifadelerini işyerlerinde alması kabul edilmiştir. Bu konuda bkz. ŞEN, (2020).

¹⁶ Doktrinde bazı yazarlarca, PVSK md. 15/1'deki "...lüzumu olan şeyleri sorar" hükmündeki kolluğun soru sormasının, teknik anlamda ifade alma olduğu ve burada da CMK'daki ilkelere geçerliliğini sürdürdüğü belirtilmektedir. Bkz. MERAKLI, s. 1551.

değerlendirilmemektedir.¹⁷ Dolayısıyla bu açıklamalar, ifade almaya ilişkin kurallardan bağımsız olacak şekilde ele alınmalıdır.¹⁸

III. Cumhuriyet Savcısı ve Kolluğun İfade Alma Yetkisi

Şüphelinin ifadesinin alınması işlemi Cumhuriyet savcısı ve adli kolluk tarafından yerine getirilecektir. Cumhuriyet savcısının şüphelinin ifadesini alması, CMK md. 160 ve 161 uyarınca suçları araştırma yetki ve görevi kapsamındadır. Cumhuriyet savcısı şüphelinin ifadesini bizzat kendisi alabileceği gibi bunu emrindeki adli kolluk görevlilerine de yaptırabilir.¹⁹

Adli kolluğun önemli görevlerinden birisi de şüphelilerin ifadesini almaktır. Ancak CMK'da kolluğa kendiliğinden şüphelinin ifadesini alma yetkisi verilmemiştir. Md. 161 fık. 1 ve 2 uyarınca adli kolluk, Cumhuriyet savcısının emri üzerine ancak şüphelinin ifadesini alabilir²⁰. Diğer taraftan bazı kanunlarda bazı kişilerin ifadelerinin bizzat Cumhuriyet savcısı tarafından alınması kabul edilmiştir. Örneğin, Çocuk Koruma Kanunu (ÇKK) md. 15/1 uyarınca, suça sürüklenen çocuk hakkındaki soruşturma çocuk bürosunda görevli Cumhuriyet savcısı tarafından bizzat yapılır. Bu nedenle çocuğun ifadesinin alınması da dahil diğer soruşturma işlemleri kolluk tarafından değil, Cumhuriyet savcısı tarafından yapılmalıdır.²¹ Avukatlık Kanunu md. 58/1

¹⁷ DEMİRBAŞ, s. 87.

¹⁸ MERAKLI, s. 1554. MERAKLI'ya göre (s. 1556), bilgi alma ve şüphelinin kendiliğinden açıklamaya giriştiği hallerin söz konusu olduğu durumlarda elde edilen delillerin değerlendirilmesi açısından CMK md. 148/4 hükmü de göz önünde bulundurulmalıdır.

¹⁹ CMUK yürürlükte olduğu dönemde şüphelinin ifadesinin alınması da dahil soruşturma işlemlerinin hemen hemen tamamı kolluk tarafından yürütülmekteydi. Bu konuda bkz. ŞAHİN, (1994), s. 67.

²⁰ Nitekim Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliğinin 1. maddesinde kolluk görevlilerinin, "Cumhuriyet savcılarının bilgi ve emirleri doğrultusunda yürütecekleri adli soruşturma sırasında kolluk tarafından gerçekleştirilen yakalama, gözaltına alma, muhafaza altına alma ve ifade alma işlemlerinin yürütülmesinde uyulacak usul ve esasları düzenlemektedir" denilerek, kolluğun ifade almasının Cumhuriyet savcısının bilgi ve emri doğrultusunda yapılacağı belirtilmektedir.

²¹ ÇKK md. 15 gerekçesinde "... bu düzenleme ile çocuğun ifadesinin de Cumhuriyet savcısı tarafından alınması amaçlanmıştır" denilerek, ifade almanın da savcı tarafından yapılması gerektiği vurgulanmıştır. Kanundaki düzenlemeler dikkate alındığında çocuğun ifadesinin bizzat Cumhuriyet savcısı tarafından alınması ve ifade işlemi sırasında da müdafinin hazır bulunması gerektiği anlaşılmaktadır (bkz. ÇKK 15/1, CMK md. 150/2; Yakalama ve Gözaltı Yönetmeliği md. 12/b-3). Bu kurallara uyulmadan alınan ifade hukuka aykırı olacağı için hükme esas alınmaz. Diğer taraftan çocuk mahkemelerindeki yargılama sırasında savcının bulunmaması gerektiği için çocuk sanığın duruşmadaki sorgusu sırasında Cumhuriyet savcısının bulunması da hukuka aykırı olacaktır. Yargıtay (2.CD, 01.04.2014, E. 2014/12361, K.

uyarınca da avukatların görevleriyle bağlantılı suçlardan dolayı haklarında soruşturma, Adalet Bakanlığının vereceği izin üzerine, suçun işlendiği yer Cumhuriyet savcısı tarafından yapılır. Bu nedenle bir avukatın görevi ile ilgili suçlardan dolayı soruşturulmasında ifade alma işleminin de Cumhuriyet savcısı tarafından yapılması gerekir.

Kamu görevlilerinin görevleriyle ilgili olarak işledikleri suçların soruşturulmasının tamamen idari mercilere bırakıldığı hallerde²² ifade alma işlemi idare tarafından görevlendirilen soruşturmacı tarafından yapılacaktır. Bu hallerde özel bir düzenleme bulunmadığı sürece ifade alma işlemi CMK md. 147'deki usule göre yapılmalıdır.

IV. Gözaltına Alınan Şüphelinin İfadesinin Alınması

Suçüstü halinde yakalanıp kolluğa teslim edilen veya kolluk tarafından yakalama yetkisi kullanılarak yakalanan kişiye kolluk tarafından kanuni hakları bildirildikten sonra durumun hemen Cumhuriyet savcısına bildirilerek, onun emri doğrultusunda işlem yapılması gerekir (md. 90). Cumhuriyet savcısı bu durumda yakalanan kişinin ya serbest bırakılmasına veya soruşturmanın tamamlanması için gözaltına alınmasına karar verecektir (md. 91/1). Cumhuriyet savcısı tarafından gözaltına alma kararı ifade alma yetkisini de içereceği için, kolluk gözaltı süresince şüphelinin ifadesini de alabilir.²³ Gözaltına alınan kişi hakkında yapılan en önemli soruşturma işlemi, ifade almadır.²⁴ Yakalama işlemi kendisine bildirilen Cumhuriyet savcısı yakalanan kişinin gözaltına alınması emri verirse, ifade almayı kendisi yapabileceği gibi kolluğa da yaptırabilir. Şüphelinin ifadeyi alacak makamı seçme hakkı yoktur. Ancak kolluktaki ifade sırasında susma hakkını kullanıp, Cumhuriyet savcısı önünde beyanda bulunacağını söyleyebilir. Şüphelinin kolluk tarafından ifadesinin alınmasından sonra Cumhuriyet savcı gerekli görürse tekrar ifade alabilir.²⁵ Bu durumda şüphelinin ifadesi md. 147'ye göre alınacaktır.

Md. 148'deki yasaklar kapsamına girmediği sürece gözaltı süresi içinde ihtiyaca göre şüphelinin birkaç kez ifadesi alınabilir.²⁶ Ancak şüphelinin

2014/8914), henüz çocuk mahkemesi kurulmamış yerlerde görevli asliye ceza mahkemesindeki yargılamada ÇKK md. 25/1'e aykırı olarak sorgunun yapıldığı duruşmaya Cumhuriyet savcısının katılmasını bozma nedeni yapmıştır: **BALO**, s. 334, dipnot 491.

²² Örneğin 2537 sayılı Yüksek Öğretim Kanunu md. 53/c.

²³ **YENİSEY/NUHOĞLU**, s. 596.

²⁴ **ÜNVER/HAKERİ**, Ceza Muhakemesi Hukuku III, s. 1461; **CENTEL/ZAFER**, s. 246.

²⁵ **CENTEL/ZAFER**, s. 246.

²⁶ **CENTEL/ZAFER**, s. 247.

kolluk tarafından ifadesi alınarak serbest bırakıldıktan sonra, aynı olayla ilgili olarak yeniden ifadesinin alınması ihtiyacı ortaya çıktığı takdirde, md. 148/5 uyarınca bu işlemin Cumhuriyet savcısı tarafından yapılması zorunludur. Aynı olayla ilgili olarak kolluğun tekrar ifade alması yasak usulle elde edilen ifade teşkil eder ve bu ifade delil olarak değerlendirilemez (md. 148/3).²⁷ Uygulamada ifadesi alınarak serbest bırakılan kişilerin “ek ifade tutanağı” adı altında hukuka aykırı olarak kolluk tarafından tekrar ifadelerinin alındığı belirtilmektedir.²⁸

Kişileri, serbest bırakıldıktan sonra tekrar tekrar ifadeye çağırılma endişe ve baskısından kurtarmak için kabul edilen md. 148/5'teki yasağa 7165 sayılı Kanunla önemli bir istisna getirilmiştir. 25.07.2018 tarih ve 7145 sayılı Kanunla **Terörle Mücadele Kanununa** (TMK) eklenen **geçici md. 19/b'ye göre**, “Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren üç yıl süreyle; 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar ile 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlar veya örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar bakımından” “şüphelinin aynı olayla ilgili olarak yeniden ifadesinin alınması ihtiyacı ortaya çıktığında bu işlem, Cumhuriyet savcısı veya Cumhuriyet savcısının yazılı emri üzerine kolluk tarafından yapılabilir.” Bu düzenlemeye göre tekrar ifade alma işlemini Cumhuriyet savcısı kolluğa yaptırabilecektir. 670 sayılı KHK'nın 8. maddesi ile olağanüstü hal süresince uygulanan bu hükmün olağanüstü halin sona ermesinden sonra TMK'ya eklenen söz konusu düzenleme ile üç yıl daha uygulanması kabul edilmiştir. Şüphelinin aynı olayla ilgili olarak yeniden ifadesinin alınması gerektiğinde bunun ancak savcısı tarafından yapılabilmesi şüpheli için önemli bir güvence teşkil etmektedir.²⁹ Olağanüstü hal kalktığı halde bu güvenceye getirilen sınırlamanın devam ettirilmesi yerinde olmamıştır.³⁰ Kişi özgürlüğü açısından geriye gidişi gösteren bu düzenleme zaman geçirilmeksizin kaldırılmalıdır.³¹

²⁷ Bu konuda bkz. ŞEN, (2020).

²⁸ ÜNVER/HAKERİ, III, 15. Bası, s. 1470.

²⁹ ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ, s. 247; ŞENTÜRK, s. 227.

³⁰ Bu düzenlemenin eleştirisi için bkz. ŞEN, (2020).

³¹ ŞEN'e (2020) göre, madde metninde geçen “örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar” ibaresi TCK'nın “İkinci Kitap Dördüncü Kısım, İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar ile 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlar ve bu suçlar kapsamında kurulan örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla sınırlı” olarak uygulanabilir ve “şuan için kolluk, soruşturmaya ve suça konu bir fiille ilgili cumhuriyet savcısının izni ile dahi şüpheliyi yeniden dinleyemez.”

V. Serbest Olan Şüphelinin İfadesinin Alınması

İfadesi alınmak veya sorgusu yapılmak istenen şüpheli gözaltında veya tutuklu değilse usulüne göre davetiye ile çağrılmalıdır. Davetiyede çağırılma nedeninin açıkça belirtilmesi ve gelmediği takdirde zorla getirileceğinin de yazılması gerekir (md. 145/1). Bu nedenle sadece savcılıkta hazır bulunması gerektiği şeklinde bir çağırma md. 145 anlamında bir davetiye belgesi olarak kabul edilemez.³² Davete rağmen gelmeyen şüpheli hakkında Cumhuriyet savcısı zorla getirme kararı verebilir (md. 146/1).³³ Yine hakkında tutuklama kararı verilmesi veya yakalama emri düzenlenmesi için yeterli nedenler bulunan şüphelinin de zorla getirilmesine karar verilebilir.³⁴ Zorla getirme kararında şüphelinin açık kimliği, hangi suç nedeniyle getirileceği, eşkali ve zorla getirilme nedenleri yer almalıdır (md. 146/2). Zorla getirme kararı ile çağrılan şüpheli kararı veren Cumhuriyet savcısının önüne götürülerek ifadesi alınır (md. 146/4). Çağırma üzerine gelen veya gelmediği için zorla getirme kararı ile getirilen şüphelinin ifadesinin alınması işlemi md. 147'ye göre yapılacaktır.

Gözaltına alınan şüphelinin ifadesinin alınmasında olduğu gibi, Cumhuriyet savcısının çağırma üzerine gelen veya zorla getirme kararı ile getirilen şüphelinin ifadesi savcı tarafından alınabileceği gibi savcı bunu adli kolluğa da yaptırabilir (md. 161/2, 164/2, 148/5). CMK'da şüphelinin ifadesinin alınması için çağırılması ve hakkında zorla getirme kararı verilmesi konusunda sadece hakim ve Cumhuriyet savcısına yetki verildiği için Cumhuriyet savcısı tarafından görevlendirilmediği sürece kolluğun kendiliğinden kişilerin ifadesini şüpheli sıfatıyla alma veya ifadesini almak için zorla karakola götürme yetkisi yoktur.³⁵

Ancak madde metni bu yönde bir yoruma elverişli değildir.

³² TURHAN, s. 286.

³³ Ancak doktrinde zorla getirme işleminin kısa süre için de olsa kişi hürriyetini sınırlayan bir işlem olması nedeniyle savcının zorla getirme emri vermemesi gerektiği, sulh ceza hakiminden talep etmesi ve tutuklama davası gibi tali bir dava ile hakim karar vermesi gerektiği ifade edilmektedir: Bkz. YENİSEY/NUHOĞLU, s. 591-592..

³⁴ GÖKCEN/BALCI/ALŞAHİN/ÇAKIR'a göre (s. 439), ifade ve sorgu için davetiye ile çağrılan şüpheli veya sanığa ulaşılamaması halinde de zorla getirme kararı verilebilir.

³⁵ Bkz. CENTEL/ZAFER, s. 246.

VI. Cumhuriyet Savcısı Tarafından Alınan İfade İle Kolluk Tarafından Alınan İfadenin İspat Açısından Farkı

Cumhuriyet savcısı tarafından alınan ifade ile kolluk tarafından alınan ifade arasında ispat açısından önemli bir fark bulunmaktadır. **Md. 148/4'e göre**, “Müdafî hazır bulunmaksızın kollukça alınan ifade, hâkim veya mahkeme huzurunda şüpheli veya sanık tarafından doğrulanmadıkça hükme esas alınamaz.” Bu düzenlemeyi tamamlayan diğer bir hüküm ise md. 213'te yer almaktadır. Buna göre, “Aralarında çelişki bulunması halinde; sanığın, hâkim veya mahkeme huzurunda yaptığı açıklamalar ile Cumhuriyet savcısı tarafından alınan veya müdafinin hazır bulunduğu kolluk ifadesine ilişkin tutanaklar duruşmada okunabilir.” Bu düzenlemeye göre, soruşturma evresinde şüphelinin Cumhuriyet savcısı tarafından alınan ifadesi ile duruşmadaki açıklamaları arasında çelişki olduğu takdirde, savcı tarafından alınan ifadesi okunabilecek ve delil olarak değerlendirilebilecektir. Bu açıdan ifade sırasında müdafîin hazır bulunmuş olması gerekli değildir. Buna karşın sanık, uygulamada karşılaştığı üzere, şüphelinin kollukta müdafî hazır olmaksızın verdiği ifadeyi, duruşmada doğrulamadığı takdirde önceki beyanı hükme esas alınamayacaktır. Söz konusu bu düzenlemeler zorunlu müdafilik söz konusu olmasa bile şüphelinin kolluktaki ifadesi sırasında müdafîin hazır bulundurulmasını, eğer şüpheli müdafî istemiyor ve zorunlu müdafilik de söz konusu değilse, ifadesinin Cumhuriyet savcı tarafından alınmasını gerektirmektedir.^{36, 37}

VII. Şüphelinin Sulh Ceza Hakimi Tarafından Sorgusu

Yukarıda belirtildiği üzere soruşturma evresinin asıl yetkilisi Cumhuriyet savcısıdır. Suç haberini alan savcı, kamu davasını açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere hemen araştırma faaliyetlerine başlayacak ve soruşturma işlemlerini bizzat veya emrindeki adli kolluk görevlileri aracılığı ile yapacaktır (md. 160, 161). Ancak kanunda bazı soruşturma işlemlerinin yapılabilmesi için hakim tarafından bu konuda karar verilmesi ve bazı soruşturma işlemlerinin de bizzat hakim tarafından yapılması kabul edilmiştir. Hakim kararını gerektiren

³⁶ ÜNVER/HAKERİ'ye (Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 565) göre, md. 148/4 hükmü yanlış ve sakıncalıdır; söz konusu hüküm kaldırılarak bu durumda da zorunlu müdafilik kurumu kabul edilmelidir. Bir delilin kullanılıp kullanılmayacağı şüpheli veya sanığın iradesine bırakılamaz.

³⁷ Müdafî olmadan kolluk tarafından alınan şüpheli ifadesinin delil olarak değerlendirilemeyecek olmasına rağmen kolluğun ifade almasının nedenleri konusunda bkz. KARAKEHYA, s. 213.

bir soruşturma işlemi söz konusu olduğu takdirde Cumhuriyet savcısı işlemin yapılacağı yerin sulh ceza hâkimine bildirerek işlemin yapılmasını talep edecektir (md. 162). Soruşturma evresinde hakim tarafından yapılması gereken soruşturma işlemlerinden biri yakalanarak gözaltına alınan şüphelinin sorgusunun yapılmasıdır. Md. 91/7 uyarınca gözaltına alınan şüpheli gözaltı süresi sonunda serbest bırakılmadığı takdirde Cumhuriyet savcısının talebiyle sulh ceza hakimi önüne çıkarılıp sorguya çekilecektir. Sulh ceza hakimi sorguya çekme işlemini md. 147'ye göre gerçekleştirilecektir. Ancak sorgu sırasında şüphelinin isteğine bakılmaksızın müdafî hazır bulundurulacaktır.³⁸

Soruşturma evresinde şüphelinin hakim tarafından sorgusunun yapılması gereken diğer durum ise, md. 98 uyarınca şüpheli hakkında hakim tarafından yakalama emri çıkarılmış olmasıdır. Yakalama emri üzerine yakalanan kişi en geç 24 saat içinde sulh ceza hakimi önüne çıkarılarak sorgusu yapılacaktır. Bu süre içinde hakim önüne çıkarılmıyorsa, aynı süre içinde yakalandığı yer adliyesinde, mevcut değil ise en yakın adliyede kurulu sesli ve görüntülü iletişim sisteminin kullanılması suretiyle yetkili sulh ceza hakimi tarafından bu kişinin sorgusu yapılacaktır (md. 94). Bu sorgunun da md. 147'ye göre gerçekleştirilmesi gerekir.

Hakim tarafından şüphelinin sorgusunun yapılmasını gerektiren bir diğer durum ise md. 163 uyarınca sulh ceza hakiminin Cumhuriyet savcısı gibi görev yapmasıdır. Bu durumda sulh ceza hakimi Cumhuriyet savcısı gibi gerekli olan bütün soruşturma işlemlerini ve bu kapsamda yakalanan kişinin sorgusunu yapabilir. Bu madde uyarınca sulh ceza hakimi Cumhuriyet savcısı yerine geçmiş olmasına rağmen şüpheliyi dinlemesi ifade alma değil, şüphelinin sorgusu olarak nitelendirilmelidir.³⁹

Yukarıda belirtildiği üzere soruşturma evresinde şüphelinin ifadesinin alınması Cumhuriyet savcısı veya onun emir ve denetimi altında kolluk tarafından yapılacaktır. Burada üzerinde durulması gereken bir sorun, yukarıda

³⁸ Md. 147/1-c) “Müdafî seçme hakkının bulunduğu ve onun hukukî yardımından yararlanabileceği, müdafîin ifade veya sorgusunda hazır bulunabileceği, kendisine bildirilir. Müdafî seçecek durumda olmadığı ve bir müdafî yardımından faydalanmak istediği takdirde, kendisine baro tarafından bir müdafî görevlendirilir” deniyorsa da **md. 91/7** hükmü açıkça müdafî mecburiyeti getirmiştir. Çünkü gözaltına alınan kişi hakkında Cumhuriyet savcısı sulh ceza hâkimi tarafından şüphelinin tutuklanmasını talep etmiş olabilir. Ancak savcı tarafından böyle bir talep yapılmayıp, şüphelinin ifadesinin alınarak serbest bırakılması istenmiş olsa bile sorgu sırasında müdafî bulundurulması zorunlu olup, bu durumda md. 147/1-c) hükmü değil, özel düzenleme olan md. 91/7 hükmünün uygulanması gerekir.

³⁹ **DEMİRBAŞ**, s. 66.

belirtilen haller dışında yapacağı açıklamaların önemi dolayısıyla Cumhuriyet savcısının şüphelinin sulh ceza hakimi tarafından sorguya çekilmesini talep edip edemeyeceğidir. Örneğin, şüphelinin kolluk veya savcılıktaki ifade sırasında suçunu ikrar etmesi halinde Cumhuriyet savcısı bu ikrarın duruşma sırasında delil olarak okunabilmesi için sulh ceza hakimi tarafından şüphelinin sorguya çekilmesini isteyebilecek midir? **Centel/Zafer**'e göre, şüphelinin kollukta veya savcılıkta suçunu ikrar etmesi halinde Cumhuriyet savcısı, sulh ceza hakimine başvurarak şüphelinin sulh ceza hakimi tarafından sorguya çekilmesini talep edebilir. Şüpheli serbest ise sulh ceza hakimi şüpheliyi davet ederek, gelmediği takdirde de zorla getirme kararı vererek sorgusunu yapabilir.⁴⁰ Yazarlar açıkça belirtmemekle birlikte Cumhuriyet savcısının bu yetkisini md. 162'ye dayandırmaktadırlar. Ancak md. 162'nin ifade şekli Cumhuryet savcısının böyle bir yetkisi olduğu sonucunu çıkarmak pek mümkün görünmemektedir. Çünkü madde metninde "Cumhuryet savcısı, ancak hâkim tarafından yapılabilecek olan bir soruşturma işlemine gerek görürse, istemlerini bu işlemin yapılacağı yerin sulh ceza hâkimine bildirir. Sulh ceza hâkimi istenilen işlem hakkında, kanuna uygun olup olmadığını inceleyerek karar verir ve gereğini yerine getirir." denilmektedir. Madde hükmüne göre Cumhuriyet savcısı sadece hakim tarafından yapılabilecek bir soruşturma işlemi söz konusu olduğu takdirde sulh ceza hakiminden karar verilmesini isteyebilecektir. Hükmün zıt anlamına göre, Cumhuriyet savcısının bizzat yapabileceği bir soruşturma işlemi söz konusu olduğunda bu konuda hakimden talepte bulunmaması gerekir. 5560 sayılı Kanun ile CMK md. 146'te yapılan değişiklikle Cumhuriyet savcısına da açıkça şüpheliyi ifadesini almak için çağırma, gelmediği takdire zorla getirme ve ifadesini alma yetkisi verildiği için, şüphelinin beyanını almak bakımından Cumhuriyet savcısının sulh ceza hakimine başvurması gerekli olmayıp bu işlemi bizzat kendisi yapabilecektir.

Diğer taraftan şüphelinin savcılıktaki ifadesinde suç ikrar etmesi halinde sulh ceza hakimi tarafından ayrıca sorguya çekilmesine de gerek yoktur. Çünkü md. 213 uyarınca soruşturma evresinde şüphelinin yapmış olduğu açıklamaların duruşmada okunmasında, bu açıklamaların sulh ceza hakimi önündeki sorgu sırasında veya Cumhuriyet savcısı tarafından alınan ifade sırasında yapılmış olması arasında herhangi bir fark bulunmamaktadır. Md. 213'e göre, aralarında çelişki bulunması halinde; sanığın, hâkim veya

⁴⁰ **CENTEL/ZAFER**, s. 250; aynı yönde **ÜNVER/HAKERİ**, Ceza Muhakemesi Hukuku, Cilt III, s. 1460.

mahkeme huzurunda yaptığı açıklamalar ile Cumhuriyet savcısı tarafından alınan veya müdafinin hazır bulunduğu kolluk ifadesine ilişkin tutanaklar duruşmada okunabilecektir. Bu düzenlemeye göre, sulh ceza hakimi önündeki sorgu tutanağının duruşmada okunabilmesi için bu açıklamalar ile duruşmadaki açıklamalar arasında çelişki bulunması gerekmektedir.⁴¹ Sanığın önceki açıklamalarının bu yetkililerden hangisi tarafından tutanağa geçirildiğinin önemi yoktur.⁴²

Diğer taraftan şüphelinin ikrarını içeren tutanağın duruşmada okunabilmesi ve ispat gücü bakımından bu ikrarın Cumhuriyet savcısı önündeki ifade sırasında veya sulh ceza hakimi önündeki sorguda yapılmış olması arasında da herhangi bir fark bulunmamaktadır.⁴³ Şüphelinin kolluk veya Cumhuriyet savcısı önündeki ikrarını daha sonra inkar etmesine karşı güvence sağlamak amacıyla CMUK md. 247/1’de “Sanığın hakim tarafından tanzim kılınan tutanaktaki ifadesi itirafına delil olmak üzere okunabilir” denilerek, bu durumda şüphelinin hemen sulh ceza hakim önüne çıkarılarak ikrarının hakim huzurunda tekrarlanması kabul edilmişti.⁴⁴ Bu düzenlemeye göre şüphelinin suçu işlediğini kabul etmesi hakim huzurunda olmamışsa ikrar olarak kabul edilmiyordu. Diğer bir ifade ile şüphelinin Cumhuriyet savcılığında veya kolluktaki ifade sırasında yapmış olduğu ikrara ilişkin tutanaklar ikrarına delil olarak duruşmada okunamamaktaydı. CMUK md. 247/1 hükmü yeni CMK’ya alınmamış ve şüpheli veya sanığın suçu ikrarına ilişkin başka bir düzenleme de yapılmamıştır. Bu nedenle şüphelinin Cumhuriyet savcısı tarafından alınan ifadesi sırasında suçunu ikrar etmesi halinde bu ikrarın güvenceye alınması bakımından şüphelinin sulh ceza hakimi önüne çıkarılarak sorgusunun yapılması da artık gerekli değildir.

Yeni CMK’nın yukarıda açıklanan düzenlemeleri karşısında kanunda belirtilen haller dışında Cumhuriyet savcısının bizzat yapabileceği bir soruşturma işleminin yapılması için sulh ceza hakimine başvurması mümkün görünmemektedir. Bu açıdan kanunda sorgunun hakim tarafından yapılmasına ilişkin bir düzenleme bulunmayan hallerde Cumhuriyet savcısının sulh ceza hakiminden şüphelinin sorgusunun yapılmasını talep etmemelidir. Kaynak

⁴¹ Aksi görüşte CENTEL/ZAFER, s. 251.

⁴² ŞAHİN/GÖKTÜRK, (2020), s. 157.

⁴³ İkrarın önemi hakkında bkz. ŞAHİN, (1994), s. 150.

⁴⁴ DEMİRBAŞ, s. 298.

Alman CMK § 162'de⁴⁵ ise savcının doğrudan kendisinin veya kolluğun yapabileceği bir soruşturma işleminin yapılması için sorgu hakimine başvurmasına imkan tanınmaktadır. Savcı şüphelinin ifadesini kendisi alabileceği gibi bu konuda mahkemeden de talepte bulunabilmektedir.⁴⁶

VIII. İfade Alma ve Sorguya Çekmenin Usulü

Soruşturma evresinde şüphelinin ifadesinin alınması ve sorguya çekilmesinin usulü md. 147'de gösterilmiştir. Md. 145'te ifade ve sorgu için çağrı ve md. 146'da zorla getirmeye ilişkin hükümlerden sonra md. 147'de ifade ve sorgunun tarzı düzenlendiği dikkate alınınca, md. 147 düzenlenirken esas itibarıyla serbest olan veya çağrıldığı halde gelmediği için zorla getirme kararı ile getirilen şüphelin ifadesinin alınmasının göz önünde bulundurulduğu anlaşılmaktadır. Yukarıda belirtildiği üzere yakalanmış olan şüphelinin sulh ceza hakimi tarafından ifadesinin alınmasında olduğu gibi serbest olmayan şüphelinin ifade ve sorgusunda da md. 147'nin uygulama alanı bulacağından şüphe etmemek gerekir. Ancak şüphelinin sulh ceza hakimi tarafından sorgusunun yapılmasında özel düzenlemeler (örneğin md. 94/2) yapılmışsa öncelikle bu düzenlemelerin dikkate alınması gerekir. Kanunda farklı bir düzenleme olmadığı sürece duruşmada sanığın sorgusunda (md. 191/3-c) da md. 147 hükmü uygulanacaktır. Ancak kovuşturma evresinde sanığın sorgusuna ilişkin birçok özel düzenlemeler söz konusu olduğu ve öncelikle bu hükümlerin uygulanması gerektiği gözden uzak tutulmamalıdır.⁴⁷

Md. 147'de öngörülen kurallar, şüphelinin kimliğinin tespiti ve tutanak tutulması şeklinde uyulması gereken usule ilişkin düzenlemeler ile şüphelinin haklarının bildirilmesi olarak iki gurup altında incelenebilir. Hakkındaki suçlamaların esasına ilişkin şüphelinin ifadesi ve sorgusu ise madde metninde düzenlenmiştir.⁴⁸ Şüphelinin kişisel ve ekonomik durumu hakkında bilgi alınması şüphelinin esasa ilişkin sorgusuna girmekle birlikte madde metninde usule ilişkin kurallar kapsamında düzenlenmiştir.

⁴⁵ § 162/1, cümleyle göre, savcılık, mahkemenin bir soruşturma işlemini yapmasını gerekli görürse, bu talebini kamu davası açılmadan önce yargı çevresinde bulunduğu veya işlemin yapılacağı yerde dairesi bulunan asliye mahkemesine iletmelidir. Alman CMK'nın Türkçe çevirisi için bkz. **YENİSEY/OKTAR**, Alman Ceza Muhakemesi Kanunu.

⁴⁶ Bkz. **KK/GRIESBAUM**, StPO § 162, Nr. 4.

⁴⁷ Örneğin md. 201 uyarınca sanığın sorgusu sırasında duruşmaya katılan vekil veya katılanın sanığa soru sorma hakkı varken, soruşturma evresindeki ifade veya sorgu sırasında bu kişilerin hazır bulunma yetkisi yoktur.

⁴⁸ Şüphelinin esasa ilişkin ifadesi ve sorgusu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **ŞAHİN**, Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması, s. 118 vd.

1. Şüphelinin Kimliğinin Tespiti

İfade alacak olan resmi görevlinin ilk görevi, huzura davet edilen, getirilen ya da yakalanan kişinin gerçekten şüpheli olarak kendisine karşı soruşturma yürütülen kişi olup olmadığını belirlemektir.⁴⁹ Bu belirleme şüphelinin kimliğinin tespit edilmesi yoluyla yapılacaktır (md. 147/1-a). İfade veya sorgu tutanağına da ifade veren veya sorguya çekilen kişinin açık kimliği yazılmalıdır (md. 147/1-i-2).

Kimliğin tespiti kapsamında şüpheliye hangi soruların sorulacağı ve hangi hususların tutanağa geçirileceğine ilişkin bir düzenlemeye kanunda yer verilmemiştir. Uygulamada kimliğin tespiti kapsamında şüphelinin adı ve soyadı, baba ve anne adı, doğum tarihi ve yeri, nüfusa kayıtlı olduğu yer, vatandaşlığı, eğitim durumu, mesleği, medeni hali, evli ise eşinin adı, dini, askerlik durumu, son ikametgahı ve sabıkasının tespit edildiği belirtilmektedir.⁵⁰ Ancak bu bilgilerin bir kısmı kimlik bilgilerinden çok şüphelinin kişisel durumuna girmektedir. Örneğin, kişinin evli olup olmadığına ve eşinin adına ilişkin bilgilerin kişisel bilgi kapsamında değerlendirilmesi ve susma hakkı bildirildikten sonra tespit edilmesi gerekir. Yine kişinin mesleği, kimliğin tespitinden ziyade kişisel ve ekonomik durum ile daha fazla ilgilidir. Şüphelinin önceki suçlarına ilişkin sorular da kimlik tespiti kapsamında olmayıp, soruşturma ve kovuşturma için gerekli olduğu oranda incelenmeli⁵¹ ve şüphelinin hakları bildirildikten sonra sorulmalıdır.

2. Şüphelinin Kişisel ve Ekonomik Durumu Hakkında Bilgi Alınması

Şüphelinin kişisel ve ekonomik durumu hakkında bilgi alınması şüphelinin kimliğinin tespitinden, hakkındaki suçlamalar kendisine açıklandıktan ve susma hakkı bildirildikten sonra yapılmalıdır.⁵² Çünkü kimlik bilgilerinden farklı olarak şüphelinin kişisel ve ekonomik durumu, kendisine yapılan suçlamalar ile bağlantılı olduğu için bu konuda susma hakkı vardır. Md. 147/1-g'de kişisel ve ekonomik durum hakkında bilgi alınacağına ilişkin düzenlemeye şüphelinin haklarının bildirileceğine ilişkin md. 147 fık. 1 b-f bentlerinden sonra yer verilmiş olması da önce susma hakkının bildirilmesi,

⁴⁹ DEMİRBAŞ, 5. s. 131; ŞAHİN, (1994), s. 116.

⁵⁰ Bkz. DEMİRBAŞ, s. 135; ŞAHİN, (1994), s. 117.

⁵¹ Alman hukukunda şüphelinin sabıka durumu hakkındaki araştırma kişisel durum kapsamında değerlendirilmektedir. Bkz. KK/DIEMER, StPO § 136, Nr. 22.

⁵² DEMİRBAŞ, s. 136; ŞAHİN, (1994), s. 118.

arkasından da kişisel ve ekonomik durum hakkında bilgi alınması gerektiğini göstermektedir. Bu düzenleme, kişisel ve ekonomik duruma ilişkin bilgilerin tespitinin esas hakkındaki ifade veya sorgunun bir parçası olarak kabul edilmiş olduğunu göstermektedir.⁵³ Kanunda “bilgi alınır” denmekteyse de burada yapılan işlemler şüphelinin ifadesinin alınması veya sorgusunun yapılması kapsamındadır.

Bir hususun şüphelinin kimlik bilgileri kapsamına mı yoksa kişisel ve ekonomik durumuna mı dahil olduğu, hukuki sonucu bakımından önemlidir. Çünkü şüpheli kimliğine ilişkin soruları doğru olarak cevaplandırmakla yükümlüdür (md. 147/1-a). Bu konuda şüphelinin susma hakkı yoktur. Şüphelinin kimliğine ilişkin vereceği bilgiler, failin belirlenmesini sağlayarak kendisi aleyhine delil teşkil edecek olsa bile bu konuda susma hakkı bulunmamaktadır.⁵⁴ Çünkü kanunda susma hakkı sadece suçlama konusu olayla ilgili olarak kabul edilmiştir.⁵⁵ Alman hukukunda da sadece kimlik bilgileri konusunda şüphelinin bilgi vermek zorunda olduğu, bunun dışındaki failin suçu ve hakkında hükmedilecek cezası açısından önem teşkil edebilecek kişisel durumların susma hakkı kapsamında olduğu kabul edilmektedir.⁵⁶ Şüphelinin kimliği veya adresi ile ilgili olarak bilgi vermektan kaçınması veya gerçeğe aykırı beyanda bulunması Kabahatler Kanunu md. 40 uyarınca idari yaptırımı gerektirir.⁵⁷ Buna karşın kişisel ve ekonomik durumu hakkında susma hakkı bulunduğu gibi verdiği bilgilerin yanlış olması da kabahat oluşturmayaacaktır.

⁵³ **ŞAHİN/GÖKTÜRK**, (2019), s. 151.

⁵⁴ **KK/DIEMER**, StPO § 136, Nr. 21

⁵⁵ Doktrinde, şüphelinin kimliğine ilişkin bilgiler konusunda da istisnaen susma hakkının bulunduğu belirtilmektedir. Bu görüşlere göre, şüphelinin kimliğine ilişkin vereceği bilgilerin esasa ilişkin açıklama yapmak ve kendini suçlamak anlamına sahipse bu durumda şüphelinin kendi aleyhine delil göstermeye zorlama yasağı uyarınca kimliğine ilişkin bilgiler konusunda da susma hakkı bulunmaktadır. Bkz. **DEMİRBAŞ**, s. 132; **İNÇİ**, s. 134.

⁵⁶ **KK/DIEMER**, StPO § 136, Nr. 21.

⁵⁷ Şüphelinin kimliğine ilişkin bilgiler konusunda yanlış beyanda bulunması duruma göre TCK md. 206’da düzenlenmiş olan resmi belgenin düzenlenmesinde yalan beyan suçunu veya başkasını ait bilgileri kendi kimliği olarak bildirmesi halinde TCK md. 268’de yer alan başkasına ait kimlik veya kimlik bilgilerinin kullanılması suçunu da oluşturabilir.

3. İfade Alma ve Sorguya Çekme Sırasında Şüphelinin Haklarının Bildirilmesi

a) Şüpheliye Yüklenen Suçun Anlatılması

Şüphelinin kimliğinin tespitinden sonra, ancak susma hakkı bildirilmeden ve esasa ilişkin ifade almaya veya sorgulama yapmaya başlamadan önce ne ile suçlandığının şüpheliye anlatılması gerekir. Md. 147/1-b'de "yüklenen suç anlatılır" demekle birlikte, suçlamanın dayandığı olayla ilgili yapılacak açıklamaların kapsamının ne olacağı, suçlamaların kanundaki hangi suçu oluşturduğu ve bu suç için öngörülen yaptırımın ne olduğu konusunda bilgilendirme yapıp yapılmayacağı hususunda herhangi bir düzenleme yapılmamıştır. Öncelikle, şüpheliye isnat edilen suçun adının bildirilmesinin yeterli olmadığını belirtmek gerekir. Olayların şüpheliye ana hatları ile ve kendisini savunabilecek oranda açıklanması gerekir. Ancak yapılacak açıklamalar olayın aydınlatılmasına ve suçlarla etkili mücadeleye zarar verecek nitelikte olmamalıdır.⁵⁸ Bu konuda ifade alanın belli bir takdir yetkisi bulunmaktadır; bununla birlikte ifade veya sorgu sırasında bir şiddet suçu şüphelisine olayda mağdurun ölümünün söylenmemesi halinde bu yetkinin sınırı aşılmış olur.⁵⁹ Şüpheli hakkında birden fazla suçlama söz konusu ise her bir suçlama hakkında sırayla ifadesi alınabilir. Bu durumda hangi suçlama ile ilgili ifade alınıyorsa o suçlama ile ilgili bilgilendirme yapılabilir.

Alman CMK § 136/1'de isnat edilen fiil ve hangi ceza normlarının (Strafvorschriften) uygulanmasının söz konusu olabileceğinin şüpheliye bildirilmesi öngörülmüştür. Bu nedenle faile sadece suçlandığı fiil değil, bu fiilin ihlal ettiği ceza normların da okunması gerekmektedir.⁶⁰ Ancak ifadenin polis tarafından alınması halinde şüpheliye hangi fiilin isnat edildiğinin bildirilmesi yeterli olup, uygulanması söz konusu olabilecek ceza normunun bildirilmesi gerekli değildir (§ 163a/IV).

CMK md. 147/1-b uyarınca şüpheliye yüklenen suçun anlatılması kapsamına kanaatimizce şüpheliye isnat edilen fiilin ne olduğu yanında Alman hukukunda olduğu gibi, fiilin kanundaki hangi suçu oluşturabileceğinin ve bu suçun yaptırımının ne olduğunun da şüpheliye bildirilmesi gerekir. Etkili bir savunma ve susma hakkının kullanılabilmesi için bu hususların ifadesi alınacak

⁵⁸ KK/DIEMER, StPO § 136 Nr. 8.

⁵⁹ MEYER-GOSSNER/SCHMİTT, StPO § 136, Nr. 6.

⁶⁰ KK/DIEMER, StPO § 136, Nr. 9.

ve sorgusu yapılacak şüpheli tarafından bilinmesi gerekir. Madde metninde “anlatılır” denilmesi de kapsamlı bir açıklamanın yapılmasının amaçlandığını göstermektedir.⁶¹ Ancak suçun anlatılması yerine, Alman kanununda olduğu gibi hem suçlamanın konusunu oluşturan fiilin, hem de uygulanması söz konusu olacak kanun hükmü ile yaptırımının da açıklanmasını içeren bir düzenleme daha yerinde olurdu.⁶² Böyle bir düzenlemede kolluktaki ifade sırasında uygulanacak kanun hükmünün bildirilmesi zorunlu olmamalıdır.

AİHS md. 6/3-a’da bir suç ile itham edilen herkesin kendisine karşı yöneltilen suçlamanın niteliği ve sebebinden en kısa sürede, anladığı bir dilde ve ayrıntılı olarak haberdar edilmek hakkı güvence altına alınmıştır. AİHM’ye göre bu yükümlülük şüphelinin kolluk tarafından ifadesinin alınması sırasında da yerine getirilmesi gerekir. Ancak kolluktaki ifade sırasında bu yükümlülüğün ihmal veya eksikliği muhakemenin daha sonraki aşamasında telafi edilebilir. Ayrıca bu hüküm şüphelinin aleyhindeki suçlamaları gerçekten bilmemesi halinde uygulama alanı bulur. AİHM, yakalanan kişiye yakalama nedenin bildirilmesi, ayrıntılı bir tutuklama kararının şüpheliye verilmiş olması, polisteki veya savcılıktaki ifade alma veya sorgu hakimliği veya tutuklama için önüne çıkarılan hakim tarafından sorgu sırasında suçlamaların ana hatlarının ve suçlamaların hukuki tanımlarının şüpheliye sözlü olarak bildirilmiş olması da bu güvencenin yerine getirilmiş olması bakımından yeterlidir. Bu açıdan Sözleşmenin 5. maddesinin 2. fıkrasındaki yakalanan kişiye, yakalanma nedenlerinin ve kendisine yöneltilen her türlü suçlamanın en kısa sürede ve anladığı bir dilde bildirilme yükümlülüğü ile md. 6/3-a’daki bildirim yükümlülüğü keşişmektedir.⁶³

Md. 147/1-b uyarınca suçlamaların bildirilmesi hem kolluk ve Cumhuriyet savcılığındaki ifade hem de sulh ceza hakimindeki sorgu sırasında şüpheliye bildirilmesi zorunluluğu getirmekte, önceki ifade sırasında bildirim ihmal edilmiş olması veya eksik olması halinde bir sonraki aşamada telafisine imkan vermektedir. Bu açıdan kanundaki düzenleme AİHM’nin içtihatlarını yerine getirme açısından yeterlidir. Ayrıca md. 90/4 uyarınca kolluğun, yakalanan kişiye kanunî haklarını derhal bildirecek olması da bu yükümlülüğün gereğinin yerine getirilmesini sağlayacak başka bir düzenlemedir.⁶⁴

⁶¹ ŞAHİN, (1994), s. 119.

⁶² Aynı yönde, ŞAHİN, (1994), s. 121.

⁶³ ARSLAN, s. 143-144.

⁶⁴ Yakalama ve Gözaltı Yönetmeliği md. 6/4 uyarınca, “Yakalanan kişiye, suç ayrımı göze-

Sözleşmeye göre suçlamaların şüphelinin anladığı bir dilde yapılması gerekir. Md. 147/1-b’de ise bu yönde bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Md. 202/3, “Birinci ve ikinci fıkra hükümleri, soruşturma evresinde dinlenen şüpheli, mağdur veya tanıklar hakkında da uygulanır” denilerek maddenin birinci fıkrası ile bağlantılı olarak meramını anlatabilecek ölçüde Türkçe bilmeyen şüphelinin soruşturma evresinde dinlenmesi sırasında tercüman atanmasını öngörmekle birlikte açıkça ifade ve sorgu sırasında tercüman bulundurulması ve şüphelinin haklarının tercüman vasıtası ile bildirilmesi zorunluluğu getirmemiştir. Çünkü md. 202 fık. 3 hükmünün kapsamı, md. 202 fık. 1 ile sınırlandırılmıştır. Bu nedenle Türkçe bilmeyen şüpheliye kolluk veya Cumhuriyet savcılığındaki ifadenin tercüman aracılığı ile alınması zorunluluğu getirmemekte, “iddia ve savunmaya ilişkin esaslı noktaların tercüme edil”mesi ile sınırlı bir zorunluluk getirmektedir. Meramını anlatabilecek ölçüde Türkçe bilmeyen şüpheliye hakkındaki suçlamaların ve diğer haklarının soruşturma evresinde açıkça bildirilmesinin sağlanması için md. 202/3 hükmünün md. 147’yi kapsayacak şekilde yeniden düzenlenmesi yerinde olacaktır.

b) Müdafî Yardımından Yararlanma Hakkının Bildirilmesi

Hakkındaki suçlamalarla ilgili ifade veya sorgusuna başlanmadan önce şüpheliye bildirilecek haklardan bir diğeri müdafî yardımından yararlanma hakkıdır. Bu husus md. 147/1- c’de, “Müdafî seçme hakkının bulunduğu ve onun hukukî yardımından yararlanabileceği, müdafîin ifade veya sorgusunda hazır bulunabileceği, kendisine bildirilir. Müdafî seçecek durumda olmadığı ve bir müdafî yardımından faydalanmak istediği takdirde, kendisine baro tarafından bir müdafî görevlendirilir” denilerek ifade edilmiştir. Ancak bu düzenleme ile CMK’nın müdafî yardımından yararlanma ve müdafî görevlendirilmesine ilişkin genel hükümler arasında bazı uyumsuzluklar bulunmaktadır. Bu uyumsuzluklardan biri müdafî görevlendirmenin yapılma usulüne ilişkin md. 150/1 ile söz konusudur. Şüphelinin müdafî yardımından etkin bir şekilde yararlanabilmesi için 5560 sayılı Kanunla md. 150/1 değiştirilerek, şüpheli müdafî talep etmeden kendisine bir müdafî seçmesinin istenmesi, eğer müdafî seçebilecek durumda olmadığını beyan etmesi halinde isteği üzerine müdafî görevlendirilmesi kabul edilmiştir. Bu değişikliğin md. 147/1-c’ye ve Yakalama ve İfade Alma Yönetmeliğine yansıtılmadığı görülmektedir. Diğer bir uyumsuzluk ise zorunlu müdafîlik ile ilgilidir. Md.

tilmeksizin yakalama sebebi ve hakkındaki iddialar ile susma ve müdafiden yararlanma, yakalanmaya itiraz etme hakları ile diğer kanunî hakları ve itiraz hakkını nasıl kullanacağı, herhâlde yazılı, bunun hemen mümkün olmaması hâlinde sözlü olarak derhâl bildirilir.”

147’de sadece müdafî hakkından yararlanma konusunda bilgilendirmeden bahsedilmiş, zorunlu müdafîlik söz konusu olan hallerde şüphelinin ifadesinin alınması veya sorgunun yapılması sırasında isteğine bakılmaksızın müdafî bulundurulacağı md. 147/1-c’de belirtilmemiştir.

Kanaatimizce md. 147/1-c düzenlemesi genel itibariyle şüphelinin ifade ve sorgusu sırasında müdafî yardımından yararlanma hakkının bildirilmesine ilişkin olup, görevlendirmenin md. 150’ye göre yapılması gerekir. Bu nedenle ifade ve sorguya başlanmadan önce şüpheliye müdafî seçme hakkı ayrıntılı olarak açıklanmalı ve arkasından kendisinden bir müdafî seçmesi istenmelidir. Şüpheli müdafî seçebilecek durumda olmadığını beyan ederse isteği üzerine müdafî görevlendirmesi yapılmalıdır. Ayrıca zorunlu müdafîlik söz konusu olan hallerde şüpheliye bu konuda talebi olmasa bile kanun gereği kendisine müdafî atanacağı bildirilmelidir. Yine md. 150 fık. 2-3’ uyarınca zorunlu müdafîlik söz konusu olan hallerde müdafî hazır olmadan şüphelinin ifadesi alınmamalı ve sorgusu yapılmamalıdır. Çünkü zorunlu müdafîlik hallerinde şüpheli istemese de kendisine bir müdafî atanması ve müdafîin soruşturma işlemlerinde hazır bulunması gerekir. Bu hallerde müdafî hazır olmadan alınan beyan hukuka aykırı olacaktır. Ancak müdafî yardımından etkin bir şekilde yararlanmanın sağlanması için md. 147/1-c veya md. 150’de yapılacak bir düzenleme ile zorunlu müdafîlik söz konusu olan hallerde müdafî bulunmayan şüpheliye ifade ve sorgudan önce müdafî atanması zorunluluğunun açıkça düzenlenmesi yerinde olacaktır.

Yukarıda açıklandığı üzere müdafî hazır olmaksızın şüphelinin kolluktaki ifadesi duruşmada şüpheli tarafından doğrulanmadığı takdirde hükme esas alınamayacağı için, md. 147/1-c’de belirtilmemiş olsa da zorunlu müdafîlik söz konusu olmayan kolluktaki ifade sırasında da müdafî hazır bulundurulması yararlı olacaktır.⁶⁵ Ancak ifade ve sorgu sırasında müdafî yardımından yararlanma bir hak olduğu için şüpheli bu haktan yararlanmaya zorlanamaz. Şüphelinin müdafî yardımından yararlanmama isteği onun serbest iradesine dayanması gerektiğini vurgulamak gerekir. Bu nedenle md. 148’de yer alan özgür iradeyi sakatlayan bir durum altında müdafî yardımından yararlanmaktan vazgeçme geçerli değildir. **AİHM**’e göre, kolluktaki ifade sırasında şüphelinin müdafî yardımından yararlanma hakkından vazgeçmesinin geçerli olabilmesi için öncelikle şüphelinin Sözleşme md. 6/3-c’ye uygun bir şekilde müdafî yardımından yararlanma hakkı konusunda bilgilendirildikten sonra bu haktan

⁶⁵ Alman hukuku için bkz. **ARSLAN**, s. 346 vd.

vazgeçilerek ifade vermeye hazır olduğunun açıklanmış olması gerekir. Bunun için müdafî yardımından yararlanma hakkıyla ilgili bilgilendirmenin tutanağa geçirilmesi, şüpheli tarafından bunun onaylanması ve içerik olarak da açıkça belirtilmiş olması gerekir. Yine şüphelinin ekonomik bakımından zayıf durumu veya okuma yazma bilmemesi gibi durumlarda geçerli bir feragatten söz edebilmek için ek tedbirlerin alınmış olması gerekir.⁶⁶ Mahkemeye göre, somut olayın özellikleri müdafî yardımından vazgeçmeye ilişkin belgenin güvenilirliğine esaslı bir şekilde şüphe düşürüyorsa veya şüphelinin özgür iradesi cebir, tehdit veya hile ile zedelenmişse artık vazgeçmenin geçerliliği söz konusu olmayacaktır.⁶⁷

AİHS md. 6/3-c’de bir suç ile itham edilen herkesin kendisini bizzat savunmak veya seçeceği bir müdafîin yardımından yararlanmak; eğer avukat tutmak için gerekli maddî olanaklardan yoksun ise ve adaletin yerine gelmesi için gerekli görüldüğünde, re’sen atanacak bir avukatın yardımından ücretsiz olarak yararlanabilmek hakkı güvence altına alınmıştır. Fakat Sözleşme, şüphelinin kolluktaki ifadesi sırasında müdafîi olmayan şüpheliye bu hakkın bildirilmesi yükümlülüğü getirmemiştir.⁶⁸ Ancak AİHM, **Salduz/Türkiye** kararında, “..... kural olarak, her davanın kendine has koşulları ışığında bu hakkın kısıtlanması için zorunlu sebepler olmadıkça, şüpheliye, polis tarafından ilk kez sorgulanmasından itibaren avukata erişim hakkı sağlanmalıdır. Avukata erişim hakkının sağlanmamasına istisnai olarak zorunlu sebeplerin gerekçe gösterilmesi durumunda bile, böylesi bir kısıtlama savunma haklarına zarar vermemelidir. Avukat erişimi sağlanmayan sanığa polis soruşturması sırasında yapılan suçlayıcı ifadelerin sanığın mahkûmiyet kararında kullanılmalarda durumunda sanığın savunma haklarına zarar verilmiş sayılır.” diyerek, kolluktaki ifade sırasında müdafî yardımından yararlanma hakkının kısıtlanması konusunda genel çerçeveyi belirlemiştir. Mahkeme verdiği birçok kararında Salduz/Türkiye kararını referans göstererek 2005 yılından önceki Türk iç hukukundaki düzenleme ve uygulamalardan kaynaklanan ihlallerden dolayı Türkiye’ye aleyhine kararlar vermiştir.⁶⁹

CMK md. 147/1-c, 148/4 ve 150 vd. düzenlemeleri esas itibariyle AİHM’nin içtihatları ile ortaya konan gerekleri yerine getirmek açısından

⁶⁶ ARSLAN, s. 159-160.

⁶⁷ ARSLAN, s. 160. AİHM içtihatlarına göre müdafî yardımından yararlanma hakkından vazgeçmenin geçerli olabilmesinin koşulları hakkında ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. ARSLAN, s. 158 vd.

⁶⁸ ARSLAN, s. 149.

⁶⁹ TOP, s. 222.

yeterlidir. Bu çalışmanın konusu müdafî yardımından yararlanmanın kapsamı ve sınırları olmadığı için bu konuda detaya girilmeyecektir. Ancak uygulamada müdafî yardımından yararlanmayı engelleyen ve şüphelinin iradesini müdafî seçmeme yönünde etkileyen düzenlemeler mevcuttur. Örneğin, CMK md. 325/1 uyarınca, “Cezaya veya güvenlik tedbirine mahkûm edilmesi hâlinde, bütün yargılama giderleri sanığa yüklenir.” Bu hükme göre, baro tarafından görevlendirilen müdafî ücreti, ister md. 150/1 uyarınca istek üzerine atanmış, isterse md. 150 fık. 2-3 uyarınca zorunlu olan hallerde atanmış olsun, mahkum olan sanıktan yargılama giderleri kapsamında istenecektir. Ceza Muhakemesi Kanunu Gereğince Müdafî ve Vekillerin Görevlendirilmesi İle Yapılacak Ödemelerin Usul ve Esasların İlişkin Yönetmelik md. 5/1’de, “Şüpheli veya sanıktan kendisine bir müdafî seçmesi istenir. Müdafî seçebilecek durumda olmadığını beyan ederse, görevlendirilecek müdafî yapılacak ödemelerin yargılama giderlerinden sayılacağı ve mahkûmiyeti hâlinde kendisinden tahsil edileceği hususu hatırlatılarak talep ettiği takdirde barodan bir müdafî görevlendirmesi istenir.” denilerek, müdafî görevlendirilmesi yapılmadan önce müdafî ücretinin ileride mahkum olması halinde şüpheliden tahsil edileceğinin bildirilmesi öngörülmüştür. Bu düzenleme, müdafî hakkından yararlanmayı engelleyecek niteliktedir. Yargıtay süreklilik arz eden kararlarında, CMK md. 150 fık. 2 veya fık. 3 uyarınca baro tarafından görevlendirilen müdafîye ödenen ücreti ödeyebilecek durumda olmayan sanığa bu ücretin yargılama giderleri kapsamında yüklenmesini AİHS md. 6/3-c’ye aykırı bularak ilk derece mahkeme kararlarını bozmaktadır.⁷⁰ Örneğin, 17. Ceza Dairesinin

⁷⁰ Örneğin 9. CD’nin 07.12.20010 tarih ve E. 2008/19581 - K. 2010/12260 sayılı Kararında bu husus açıkça belirtilmektedir: “Yapılan yargılamaya, Toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, mahkemenin kovuşturma sonuçlarına uygun olarak oluşan kanaat ve takdirine, incelenen dosya kapsamına göre sanık müdafîinin yerinde görülmeyen sair itirazlarının reddine, ancak; Ceza Muhakemesi Kanununda şüpheli veya sanığın savunma hakkını daha güvenli ve etkin kullanabilmesi, şayet bu hakkı kullanabilecek durumda değilse, bu kez savunma hakkının kamusal görev üstlenen kişilerce kullanılabilmesini sağlamak üzere güvence niteliğinde hükümler getirildiği, bu bağlamda Kanununun 150. maddesinin birinci fıkrasında, müdafîi seçebilecek durumda olmadığını belirten şüpheli veya sanığın istemi halinde savunma için kendilerine müdafîi görevlendirilmesine olanak sağlandığı, ikinci fıkrasında da, bazı kişilerin kendilerini yeterince savunamayacakları düşüncesinden hareketle, müdafîi bulunmayan şüpheli veya sanığın; çocuk, kendisini savunamayacak derecede malul veya sağır ve dilsiz olması halinde, istemleri aranmaksızın bunlara bir müdafîi görevlendirilmesi ilkesinin benimsendiği, aynı Kanununun 324. maddesinde, harçlar ve tarifesine göre ödenmesi gereken avukatlık ücretleri ile soruşturma ve kovuşturma evrelerinde yargılamanın yürütülmesi amacıyla Devlet Hazinesinden yapılan her türlü harcamalar ve taraflarca yapılan ödemelerin yargılama giderlerinden sayılacağına hükme bağlandığı, yine benzer biçimde Ceza Muhakemesi Kanunu Gereğince Müdafîi ve Vekillerin Görevlendirilmeleri ile Yapılacak Ödemelerin Usul ve Esaslarına İlişkin

14.05.2015 tarihli kararında,⁷¹ “5271 Sayılı CMK’nın 150/2. maddesi uyarınca, Baro tarafından suça sürüklenen çocukları savunmak üzere bir avukatın görevlendirilmesi nedeniyle, zorunlu müdafii için ödenen avukatlık ücretinin, suça sürüklenen çocuklara, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6/3-c maddesindeki düzenlemeye açıkça aykırı olarak yargılama gideri olarak yükletilmesine karar verilmesi”ni hukuka aykırı bulunmuştur. Yine 2. Ceza Dairesi, 16.06.2011 tarihli kararında⁷², “Ceza Yargılama Yasası’nın 150/3. maddesi uyarınca, mahkemesince Baro’ya yazı yazılarak sanığı savunmak üzere bir avukatın görevlendirilmesi nedeniyle, zorunlu müdafii için ödenen avukatlık ücretinin, dosyadaki bilgilerden mali olanaklardan yoksun olduğu

Yönetmeliğin 8. maddesinde, Ceza Muhakemesi Kanunu gereğince barolar tarafından görevlendirilen müdafii veya vekile tarife gereğince ödenen meblağ ile zorunlu yol giderlerinin yargılama giderlerinden sayılacağına belirtiltiği, Kanunun 325. maddesinde ise, cezaya veya güvenlik tedbirine mahkûm edilmesi halinde bütün yargılama giderlerinin sanığa yükleneceği kuralının getirildiği, öte yandan Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın 90 /son maddesinde, usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümlerinin esas alınacağına ifade edildiği, Devletimiz tarafından kabul edilen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin dürüst yargılanma haklarının asgari şartlarını gösteren 6. maddesinin (3-c) bendinde de, şüpheli veya sanığın “müdafii tutmak için mali olanaklardan yoksun bulunması ve adaletin selametinin de gerektirmesi halinde mahkemece görevlendirilecek bir avukatın yardımından ücret ödemeksizin yararlanabilme hakkı”nın bulunduğu açıklandığı, iç hukukumuzda ve tarafı bulunduğumuz Sözleşmede mevcut bu ilkeler karşısında, AIHS’nin temel hakka ilişkin hüküm içeren 6. maddesinin, iç hukukumuzda aynı konuda yasa ve yönetmeliklerle getirilen ve yukarıda işaret edilen düzenlemelere nazaran öncelikle uygulanması gerektiği, o nedenle kendisini yeterince savunamayacağı yasada karene olarak öngörülüp adaletin gerçekleşmesi bakımından savunması için kendisine müdafii görevlendirilen şüpheli veya sanığın, mahkumiyeti halinde diğer yargılama giderlerinden sorumlu tutulması mümkün ise de, hükmün verildiği tarihte müdafii tutmak için gerekli mali olanaklara sahip bulunduğu saptanamaması halinde, Yönetmelik ve Tarife gereği müdafie ödenen veya ödenecek olan ücretin kendisinden tahsiline olanak bulunmadığı, bu itibarla onsekiz yaşını bitirmeyen sanığın savunması için yasa gereği görevlendirilen müdafie ödenen ücretin kişisel geliri saptanamayan sanıktan tahsil edilemeyeceği gözetilmeden, sanığa yüklenen yargılama giderlerine bu ücretin de dahil edilmesi,

SONUÇ : Kanuna aykırı olup hükmün bu nedenle BOZULMASINA, bu hususun yeniden yargılama yapılmaksızın CMUK’nın 322. maddesine göre düzeltilmesi mümkün olduğundan, hüküm fıkrasından “soruşturma aşamasında sanık müdafiiine ödenen vekalet ücreti 120 YTL, yargılama aşamasında sanık müdafiiine ödenen vekalet ücreti 220 YTL olmak üzere TOPlam 525,40 YTL” ibaresinin çıkartılarak yerine “olmak üzere TOPlam 185,40 TL” ifadesi eklenmek suretiyle diğer yönleri doğru olan hükmün DÜZELTİLEREK ONANMASINA, 07.12.2010 tarihinde oybirliği ile karar verildi.”

⁷¹ 17. CD. E. 2015/3689 - K. 2015/2327: kazancı.com.tr

⁷² 2009/48524 E. 2011/13291 K. = <http://www.istanbulbarosu.org.tr/Detail.asp?CatID=1&SubCatID=1&ID=6769>

anlaşılan sanığa, yargılama gideri olarak yükletilmesine karar verilmesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6/3-c maddesindeki düzenlemeye açıkça aykırıdır. Zorunlu müdafii için ödenen avukatlık ücreti, yargılama gideri olarak sanığa yükletilmez” denilerek, bu husus açıkça belirtilmiştir. CMK md. 326/1 ve Yönetmelik 5/2 hükümleri şüphelinin müdafii yardımından yararlanmayı engelleyecek niteliktedir. Müdafii ücretini ödeyemeyecek durumda olan şüpheli için baro tarafından görevlendirilen zorunlu müdafie ödenen ücretin Devlet tarafından karşılanması adil yargılanma hakkının gereğidir.

CMK uyarınca müdafii atanmasının zorunlu olduğu hallerde sanık için baro tarafından görevlendirilen müdafie ödenen ücretin yeterli ödeme gücü olmayan sanıktan alınmasına hükmedilemeyeceği, bu ücretin Adalet Bakanlığı bütçesinden bu amaçla ayrılan ödenekten karşılanması gerektiği yönündeki Yargıtay Ceza Genel Kurulu (CGK) ve ceza dairelerinin içtihatları süreklilik arz etmekle birlikte, müdafii görevlendirmesinin zorunlu olmayıp istek üzerine görevlendirme yapılması halinde müdafie ödenen ücretin ödeme gücü olmayan sanığa yargılama giderleri içinde yüklenip yüklenemeyeceğine ilişkin Yargıtay kararlarında bir açıklık bulunmamaktadır. Kanaatimizce istek üzerine atanan müdafie ödenen ücretin yargılama kapsamında ödeme gücü olmayan sanığa yüklenmesi de AİHS md. 6/3-c'ye aykırılık teşkil edecektir. Yargıtay, zorunlu müdafilik için AİHS md. 6/3-c'de ücretsiz müdafiden yararlanma koşulları arasında yer alan “adaletin selametinin gerektirmesi” kıstasını esas almaktadır.⁷³ CMK md. 150/1'deki müdafii seçebilecek durumda olmadığını beyan edip müdafii görevlendirilmesini isteyen şüpheli veya sanığa isteği üzerine müdafii görevlendirilmesinin temelinde de “adaletin selametinin gerektirmesi” düşüncesi yatmaktadır.

Yargıtayın, baro tarafından görevlendirilen müdafie ödenen ücretin yargılama giderleri kapsamında ödeme gücü olmayan sanığa yüklenemeyeceğine ilişkin kararları AİHS'e uygun olmakla birlikte 5320 sayılı

⁷³ 1. CD, 06.06.2016 tarih ve E. 2016/2763 - K. 2016/2923: “... Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 90. maddesi delaleti ile Ülkemizin de taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6/3-c maddesi gereğince, ayrıca Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin, Sözleşmenin anılan maddesinde yer alan ücretsiz müdafii yardımından yararlanma koşullarından “Adaletin selametinin gerektirmesi” kıstası ile yerleşmiş içtihatları da dikkate alınarak; mali durumunun iyi olmadığı dosyaya yansıyan sanığın 5271 Sayılı CMK.nun 150/2-3. maddesi gereğince kendisine atanan zorunlu müdafii yardımından ücretsiz olarak faydalanma hakkı bulunduğu halde, müdafii ücretinin yargılama giderleri arasında gösterilmesi, Bozmayı gerektirmiş ...”

Kanun md. 13 ve CMK md. 525 hükümleriyle uyumlu değildir.⁷⁴ Sözleşme hükmüne uygunluğun sağlanması için söz konusu maddeler değiştirilerek, baro tarafından görevlendirilen müdafî için yapılan masraf ve ödenen ücretin sadece mali durumu elverişli olduğu tespit edilen sanıktan tahsil edileceğine ve bu hususun müdafî yardımından yararlanma hakkı kapsamında şüpheliye bildirileceğine ilişkin bir düzenleme yapılmalıdır.⁷⁵

c) Şüphelinin Yakalandığının Yakınlarına Bildirilmesi

İfade ve sorguya başlamadan önce şüphelinin CMK md. 147 uyarınca yararlanması gereken haklarından bir diğeri de yakınlarından istediği birine

⁷⁴ Diğer taraftan Yönetmeliğin 5. maddesinde, “Müdafî seçebilecek durumda olmadığını beyan ederse, görevlendirilecek müdafî yapılacak ödemelerin yargılama giderlerinden sayılacağı ve mahkûmiyeti hâlinde kendisinden tahsil edileceği hususu hatırlatılarak talep ettiği takdirde barodan bir müdafî görevlendirmesi istenir” denilerek müdafî görevlendirilmeden önce müdafî ücretinin kendisinden tahsil edileceği şüpheli ve sanığa yapılan tebligatta bildirilmesi kabul edilmiştir. Bu düzenleme müdafî hakkından yararlanmayı engelleyecek niteliktedir.

⁷⁵ Bazı kanunlarda kamu görevlilerinin görevleriyle bağlantılı suçlardan dolayı yapılan soruşturma ve kovuşturmalarda müdafî ücretinin devlet tarafından ödenmesi kabul edildiği görülmektedir. Terörle Mücadele Kanunu (TMK) md. 15’e göre; “Terörle mücadelede görev alan istihbarat ve kolluk görevlileri ile bu amaçla görevlendirilmiş diğer personelin, bu görevlerinin ifasından doğduğu iddia edilen suçlardan dolayı yapılan soruşturma ve kovuşturmalarda müdafî olarak belirlediği en fazla üç avukatın ücreti ödenir ve bunlara avukatlık ücret tarifesine bağlı olmaksızın yapılacak ödemeler, ilgili kuruluşların bütçelerine konulacak ödenekten karşılanır. Avukatların ücretlerinin ödenmesine ilişkin esas ve usûller, Millî Savunma ve İçişleri bakanlıklarınca müştereken çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir./ Avukatların ücretlerinin ödenmesine ilişkin esas ve usûller, Millî Savunma ve İçişleri bakanlıklarınca müştereken çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir.”

Söz konusu hükmü ve bu hükmü göre yürürlüğe konan yönetmelik hükümlerini hukuk devleti ve Anayasa’daki eşitlik ilkesi ile bağdaştırmak mümkün değildir. Bir taraftan, ekonomik durumu elverişli olmayan bir sanık (bu sanık terör suçundan da sanık olabilir) mali durumu elverişli olmadığı halde atanan zorunlu müdafî ücreti kendisinden tahsil edilecekken, diğer taraftan bir kamu görevlisinin görevi ile bağlantılı olarak işlediği iddia edilen bir suçtan (bu suç zorunlu müdafî atanan sanığın yargılandığı suçla da bağlantılı olabilir; örneğin aynı olayda kamu görevlisi kanunun hükmünü yerine getirirken sınırı aşmış olabilir) müdafî için ödenecek ücret sanıktan geri istenmeyecektir. Diğer taraftan TMK md. 15 uyarınca yürürlüğe konan (RG. 26.01.2008-26768) “Terörle Mücadelede Görev Alan Personelin, Bu Görevlerinin İfasından Doğduğu İddia Edilen Suçlarından Dolayı Yapılan Soruşturma ve Kovuşturmalarda Müdafî Olarak Belirlediği Avukat veya Avukatların Ücretlerinin Ödeme Usul ve Esaslarına Dair Yönetmelik” hükümlerine göre kamu görevlisi için ödenmesi öngörülen ücret, baro tarafından zorunlu müdafîye ödenen ücretin çok üstünde bir miktarı tutmaktadır. Üçüncü olarak, baro tarafından sadece bir zorunlu müdafî atanması ve onun ücretinin ödenmesi söz konusu iken, sanık olan kamu görevlisi avukat seçimini kendi yapmakta ve seçtiği üç avukata kadar ücreti ödenebilmektedir. Yapılması gereken, sanıkların sıfat ve görevlerine göre değil, mali durumlarına göre adil yargılanma hakkını sağlayacak şekilde müdafî yardımından yararlanmalarını sağlayacak düzenlemedir.

yakalandığının bildirilmesidir. Bu hak md. 147/1-d’de “95 inci madde hükmü saklı kalmak üzere, yakalanan kişinin yakınlarından istediğine yakalandığı derhâl bildirilir.” denilerek ifade edilmiştir.

Yakalanarak, gözaltına alınarak veya tutuklanarak özgürlüğü kısıtlanan kişinin bu durumunun yakınlarına haber verebilmesi temel insan haklarından biri olarak insan hakları sözleşmelerinde, anayasalarda ve kanunlarda güvence altına alınmıştır. Bu hak kişi özgürlüğü ve güvenliği kapsamında Anayasa md. 19/6’da “Kişinin yakalandığı veya tutuklandığı, yakınlarına derhal bildirilir.” denilerek belirtilmiştir. Aynı hak CMK md. 95 fık. 1 ve 2’de “Şüpheli veya sanık yakalandığında, gözaltına alındığında veya gözaltı süresi uzatıldığında, Cumhuriyet savcısının emriyle bir yakınına veya belirlediği bir kişiye gecikmeksizin haber verilir. Yakalanan veya gözaltına alınan yabancı ise, yazılı olarak karşı çıkmaması halinde, durumu, vatandaşı olduğu devletin konsolosluğuna bildirilir.” şeklinde kanuni güvence altına alınmıştır.⁷⁶ Ayrıca PYSK md. 13/5’te, “Kişinin yakalandığı, istediği kanuni yakınlarına derhal bildirilir.” denilerek polise, yakalamayı bildirme görevi yüklenmiştir⁷⁷. Söz konusu düzenlemelerin hepsi suç şüphesi nedeniyle yakalanan kişinin yakınlarına haber verilmesini emretmekle birlikte, bu düzenlemeler arasında ifade farklılıklarının olduğu görülmektedir.

Diğer taraftan yakalanan, gözaltına alınan veya gözaltı süresi uzatılan kişinin bu durumunun CMK md. 95 uyarınca yakınlarına haber verilmesi gerektiğine göre, gözaltına alındıktan sonra ifadesi sırasında bu defa md. 147 uyarınca tekrardan yakınlarına haber vermenin neden gerekli olduğu doğrusu tartışmaya değer bir husustur.⁷⁸ Doktrinde yerinde olarak 95. madde karşısında 147. maddenin işlerliğinin bulunmadığı⁷⁹, kaldı ki 95. maddeye göre haber verilecek kişilerin kapsamının daha geniş olduğu, yakını dışında belirlediği başka bir kişiye de haber verilebileceği ifade edilmekte; md. 147/1-d hükmünün belki 95. maddeye göre haber vermenin mümkün olmadığı bir halde ancak uygulanabileceği ifade edilmektedir.⁸⁰ Keza doktrinde md. 95

⁷⁶ Tutuklanan şüpheli veya sanığın durumunun yakınlarına bildirilmesi ise md. 107’de özel olarak düzenlenmiştir.

⁷⁷ Doktrinde CMK md. 95 düzenlemesinin “görev yükleyen bir mecburiyet” şeklinde olduğu, bu nedenle kişi istemese de bildirmek mecburiyetinin doğduğu ifade edilmektedir. Bkz. KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, s. 909.

⁷⁸ Her iki düzenleme arasındaki fark ve aralarındaki ilişki için bkz. ÖZEN, s. 270.

⁷⁹ ŞAHİN, (2005), s. 418; ŞENTÜRK, s. 192-193.

⁸⁰ ŞAHİN, (2005), s. 418. CMK 95. maddeye ilişkin açıklamalarında ise yakınlarına

karşısında, md.147/1-d hükmüne gerek olmadığı hatta Anayasada ifadesi alınacak veya sorguya çekilecek şüphelinin bu durumunun yakınlarına haber verilmesini öngören bir zorunluluğun da bulunmadığı belirtilmektedir.⁸¹ Ayrıca md. 147/1-d'de, "95 inci madde hükmü saklı kalmak üzere" ibaresiyle neyin kastedildiği de tartışma götürür. İlk bakışta haber verme işleminin md. 95'e göre gerçekleştirilmeyeceği gibi bir anlam çıkmaktadır. Hüküm bu şekilde anlaşılırsa, ifade ve sorgu sırasında uygulanacak olan md. 147/1-d hükmü uyarınca, "yakalanan kişinin yakınlarından istediğine yakalandığı derhâl bildiri"lecek, buna karşın md. 90 vd. uyarınca yakalanan veya gözaltına alınan şüphelinin durumu, "Cumhuriyet savcısının emriyle bir yakınına veya belirlediği bir kişiye gecikmeksizin haber veril"ecektir. Her iki düzenleme arasında farklılık olduğu açıktır.⁸² Ancak burada farklı düzenlemeyi gerektiren bir neden bulunmaktadır. Eğer kastedilen md 95/2'deki yabancılar ile ilgili istisna ise ifade ve sorgu sırasında neden bu istisnanın dikkate alınacağı anlamsız kalmaktadır.

d) Susma Hakkının Bildirilmesi

Susma hakkı müdafî yardımından yararlanma hakkı ile yakından bağlantılı olduğu için müdafî yardımından yararlanma hakkı ile birlikte bildirilmelidir. Çünkü suçlamalar konusunda susma hakkının kullanılmasının savunma açısından uygun olup olmadığına karar verilebilmesi için bir müdafîin görüşünün alınmasını gerekli olabilir.⁸³ İçinde bulunduğu psikolojik durum nedeniyle şüpheli, susmanın mı yoksa konuşmanın mı lehine olacağı konusunda doğru karar veremeyebilir. Bu nedenle de müdafîin yardımı gereklidir.⁸⁴

Susma hakkı md. 147/1-e'de "Yüklenen suç hakkında açıklamada bulunmamasının kanunî hakkı olduğu söylenir." denilerek ifade edilmiştir. İfade ve sorgudan önce şüpheliye susma hakkının bildirilmesi AY. 38/5'te "Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda

bildirmenin, ancak şüphelinin gözaltına alınması halinde bir anlam ifade edebileceği, çünkü yakalanan kişi hakkında yapılacak işlem için savcıya ulaşıldığında savcının serbest bırakması halinde bildirim bir anlamı olmayacağı, gözaltına alınma kararından sonra bir anlam ifade edeceği belirtilmektedir. Bkz. s. 284-285.

⁸¹ ŞEN, (2015).

⁸² Yakalamanın bildirilmesine ilişkin Anayasa ve CMK hükümlerinin değerlendirilmesi hakkında, İPEKÇİOĞLU, Yakalama, s. 1228-1229.

⁸³ MEYER-GOSSNER/SCHMITT, StPO § 136, Nr. 10; KOCAOĞLU, s. 41-42.

⁸⁴ İPEKÇİOĞLU, s. 1227.

bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz” emrinin gereğidir. Susma hakkı sadece ifade ve sorgu sırasında değil bundan önce suç şüphesi nedeniyle yakalanan kişiye CMK md. 90/4 uyarınca derhal bildirilecek şüphelinin yasal haklarından⁸⁵ Kanuna göre, yakalanan şüpheliye susma hakkının bildirilmiş olması, ifade ve sorgu sırasında bu hakkın tekrar bildirilmesi yükümlüğünü ortadan kaldırmamaktadır. Diğer taraftan kolluk ve savcılık önündeki ifade sırasında susma hakkı bildirilmiş olsa bile sorgu sırasında tekrar bildirilmelidir. Yine ifadesi alınacak veya sorguya çekilecek kişinin bu haklarını biliyor olması da bildirme yükümlüğünü ortadan kaldırmamaktadır. Susma hakkı, yüklenen suç şüpheliye anlatıldıktan ancak suçlamalar hakkında (esasa ilişkin) ifadesinin alınmasına başlanmadan önce ve ifadeyi alacak veya sorguyu yapacak kişi tarafından bildirilmelidir.⁸⁶

Susma hakkını kullanan şüphelinin iradesini etkileyici girişimlerden kaçınılması gerekir; ancak gerektiğinde susmanın savunma açısından olumsuz yönlerine dikkat çekilmesi bu hakkın ihlali anlamına gelmez. Bilgilendirme, şüphelinin anlayacağı şekilde olmalıdır. Susma hakkının bildirilmesi üzerine açıklamada bulunmaya karar veren şüpheli ifade ve sorgunun her aşamasında susmaya karar verebileceği gibi soruları cevaplandırmayı tamamen veya kısmen reddedebilir.⁸⁷

Madde metninde her ne kadar yüklenen suç hakkında açıklamada bulunmamasının kanuni hakkı olduğu “söylenir” denmekteyse de bu söylemenin şüphelinin anlayacağı şekilde yapılması gerekir. Bu nedenle meramını anlatabilecek ölçüde Türkçe bilmeyen şüpheliye susma hakkının bildirilmesi tercüman aracılığı ile yapılmalıdır. Şüphelinin susma hakkından feragat etmesi halinde bu durum tutanak ile tespit edilmelidir.⁸⁸

Susma veya kendi kendini suçlayıcı beyanda bulunmama hakkı AİHS’de açıkça düzenlenmemiş olsa da AİHM bu hakkı Sözleşmenin 6. maddesinin 1.

⁸⁵ Türk hukukunda susma hakkının kapsamı hakkında geniş değerlendirmeler için bkz. ARSLAN, s. 440 vd., 480 vd.

⁸⁶ ŞAHİN, (1994), s. 123.

⁸⁷ MEYER-GOSSNER/SCHMITT, StPO § 136, Nr. 8; ayrıca bkz. ŞAHİN, (1994), s. 123-124.

⁸⁸ Bu AİHM’ye göre, “dava dosyasında üzerinde tarih bulunmayan, önceden basılmış ve imzalanmış bir belgenin bulunmasının, başvuranın suçunu itiraf etmesinden ve tatbikatlardan önce avukat hakkı ve susma hakkı konusunda gereği gibi bilgilendirildiğini” göstermez: Hakan Duman/Türkiye, 23.03.2010, Başvuru no. 28439/03; § 50: Bu konuda bkz. ARSLAN, s. 146 vd.

fıkrası kapsamında adil yargılanma hakkının bir unsuru olarak görmektedir.⁸⁹

e) Somut Delillerin Toplanması İsteme Hakkının Bildirilmesi

İfade ve sorgu sırasında şüpheliye bildirilmesi gereken haklardan bir diğeri de somut delillerin toplanmasını isteyebilme hakkıdır. Bu husus md. 147/1-f’de “Şüpheden kurtulması için somut delillerin toplanmasını isteyebileceği hatırlatılır.” denilerek ifade edilmiştir. Delillerin toplanmasını isteme hakkı ile bağlantılı olarak bu hükümde ayrıca şüpheliye “kendisi aleyhine var olan şüphe nedenlerini ortadan kaldırmak ve lehine olan hususları ileri sürmek olanağı tanınır.” denilerek şüpheliye delillerin toplanmasını isteme yanında kendisini savunma imkanı verilmesi gerektiği de belirtilmiştir. İfade ve sorgu sadece şüpheliden soruşturma konusu suç hakkında bir bilgi elde etme aracı değil, aynı zamanda şüphelinin kendisini savunma aracı olduğu için kendisini suçlamalardan kurtaracak delilleri de ileri sürebilmelidir.⁹⁰

Delillerin toplanmasını isteme hakkıyla ilgili bilgilendirme susma hakkının bildirilmesinden sonra yapılmalıdır. Çünkü delillerin toplanmasını isteyebileceğine ilişkin bilgilendirme şüphelinin susma hakkını kullanıp kullanmayacağı kararı üzerinde etkili olabilir. Ancak bu bilgilendirme, suçlamalar konusundaki ifade veya sorgu sırasında da yapılabilir. Şüpheli susma hakkını kullanacağını açıklamış olsa bile delillerin toplanmasını istem hakkı kendisine bildirilmelidir.⁹¹ Şüphelinin lehine olan somut delillerin toplanmasını istemesi halinde bunların ifade ve sorgu tutanağına geçirilmesi gerekir.

İfade veya sorgu sırasında şüphelinin delil toplanması talebinde bulunması üzerine nasıl bir usul izleneceği kanunda gösterilmemiştir. Kaynak Alman CMK’da ise şüphelinin delil toplanması taleplerinin yerine getirilmesine ilişkin açık düzenlemelere yer verilmiştir. Buna göre şüphelinin sorgusu sırasında yaptığı delil toplanması talebi hakim tarafından § 166/1’deki koşullara göre, savcılık veya kolluktaki ifadesi sırasındaki talepleri ise §163a/2’deki koşullara göre yerine getirilecektir.

Her ne kadar kanunda açık bir hüküm olmasa da şüphelinin ifade sırasında somut bir delilinin toplanmasını talep etmesi halinde bu delillerin olayı

⁸⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. ARSLAN, s. 31 vd. Bu hakkın kapsamı hakkında bkz. ARSLAN, s. 67 vd.

⁹⁰ ŞAHİN, (2005), s. 412.

⁹¹ MEYER-GOSSNER/SCHMITT, StPO § 136, Nr. 11.

aydınlatacak ve şüphelinin aleyhine olan şüphe nedenlerini ortadan kaldıracak nitelikte ise bu delilin toplanması gerekir. Çünkü CMK md. 160/2 uyarınca Cumhuriyet savcısı şüphelinin lehine olan delilleri de toplayarak muhafaza altına almakla yükümlüdür. Bu yüzden ifade sırasında şüpheli, lehine tanıklık yapacak bir kişinin dinlenmesini talep eder ve bu tanık açıklaması şüpheliyi suçlamalardan kurtaracak nitelikte ise şüpheli tutuklamaya sevk edilmeden önce bu kişinin dinlenmesi gerekir. Fakat kanunda somut delillerden bahsettiği için toplanması istenen delilin şüphelinin suçlamalardan kurtulması açısından önem taşıması gerekir. Ancak bu konuda Cumhuriyet savcısının takdir yetkisinin olduğunu da kabul etmek gerekir.

Şüphelinin sorgu sırasında lehine olan somut bir delilin toplanmasını talep etmesi halinde sulh ceza hakiminin bu delilin toplanmasını sağlayıp sağlayamayacağı konusunda ciddi bir belirsizlik söz konusudur. CMK'da açıkça belirtilen istisnalar dışında (örneğin md. 163, 270/1) sulh ceza hakiminin delil araştırması yapma ve delil toplama yetkisine ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır. Alman CMK § 163/1'e göre ise şüpheli sorgu sırasında kendisini suçlamalardan kurtaracak belirli delillerin toplanmasını talep ettiğinde, hakim bunların önemli olduğunu takdir ederse, delillerin kaybolacağından endişe ediliyorsa veya bunların toplanması sanığın serbest bırakılmasına sağlayabilecekse, hakim bu talebi yerine getirir. Benzer bir düzenleme CMK'da yer almasa da md. 147/1-f kapsamında sulh ceza hakimi de şüphelinin hakkındaki suçlamalardan kurtulmasını sağlayacağını düşündüğü bir delilin toplanmasına karar verebilmelidir. Çünkü madde metninde şüpheliye "kendisi aleyhine var olan şüphe nedenlerini ortadan kaldırmak ve lehine olan hususları ileri sürmek olanağı tanınır." denilmektedir. Şüpheliye hakkındaki şüphe nedenlerini ortadan kaldırmasına imkan tanımak sorguyu yapan sulh ceza hakiminin de görevidir. Ancak soruşturma evresinde delillerin toplanması Cumhuriyet savcısının görevi olduğu için sulh ceza hakiminin delil toplama yetkisini kişinin tutuklanması veya serbest bırakılması talepleriyle ilgili olarak yaptığı sorgu gibi özel durumlar için kabul etmek gerekir. Örneğin, Cumhuriyet savcısı tarafından tutuklamaya sevk edilen şüphelinin sorgusu sırasında kendisinin olay yerinde olmadığını ortaya koyacak bir tanığın olduğunu veya kendisinin suçu işlemediğini gösterecek bir belgenin bulunduğunu belirterek tanığın dinlenmesini veya belgenin getirtilmesini talep etmesi halinde sulh ceza hakimi bu tanığın hemen hazır edilmesini veya ilgili kurumdan belgenin hemen gönderilmesini talep edebilmelidir. Ancak bu konudaki tereddütü gidermek amacıyla sulh ceza hakimine (özellikle tutuklama için sevk edilen şüphelinin sorgusu sırasında) delil toplayabilme yetkisi veren kaynak Alman

CMK §166'ya benzer bir düzenleme yapılması yerinde olacaktır. Soruşturma evresinde şüphelinin delil toplanması taleplerinin Cumhuriyet savcısı tarafından yerine getirilmesi konusunda da Alman CMK§ 163a hükmüne benzer bir düzenlemenin CMK'da yapılmasında fayda vardır.

4. Şüphelinin Hakların Bildirilmesi Yükümlülüğünün İhlali ve Hukuki Sonuçları

Md. 148'de yasaklanmış olan usullerle elde edilen beyanların rıza ile verilmiş olsa bile delil olarak değerlendirilemeyeceği hüküm altına alınmışken (md. 148/3), md. 147'ye aykırı olarak elde edilen beyanların sonucu hakkında kanunda bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Doktrinde yerinde olarak md. 147 hükmünün, md. 217/1 ile birlikte düşünülmesi gerektiği ve md. 147'ye aykırı olarak elde edilen bir beyanın ceza muhakemesinde kullanılmasının yasak olduğu belirtilmektedir.⁹² Bu nedenle CMK md. 147/1'de sayılan hakları konusunda şüpheli bilgilendirilmeden ve kendisine bu haklarını kullanma imkanı verilmeden şüphelinin ifadesi veya sorgusu sırasındaki açıklamaları hukuka aykırı delil niteliğine sahip olacaktır. Bu beyanlar muhakemede delil olarak kullanılamaz.⁹³ Hakların bazılarının bildirilmesi bazılarının bildirilmemesi, yani kısmi bilgilendirmesini Yargıtay bozma nedeni yapmaktadır.⁹⁴

Burada şüpheliye ifade ve sorgudaki haklarının bildirilmesi bakımından md. 147'de farklı kavramların kullanılmasına da değinmekte yarar vardır. Maddede bazen “anlatılır” (1-b), bazen “bildirilir” (1-c, d), bazen “söylenir” (1-e) bazen de “hatırlatılır” (1-f) ifadeleri kullanılmıştır. Doktrinde hatırlatmanın, halihazırda bilinen hususlar için yapılabilecek bir faaliyet olduğu ve haklarını bilmeyen bir kimseye, söz konusu hakların hatırlatılmasının bir anlam ifade etmeyeceği belirtilmektedir. Madde metnindeki ifadeye rağmen hakların sadece bildirilmesi ile yetinilmemeli, şüphelinin söz konusu haklarını anlaması sağlanmalıdır.⁹⁵

Yukarıda açıklandığı üzere müdafî hazır olmaksızın şüphelinin kolluktaki ifadesi duruşmada şüpheli tarafından doğrulanmadığı takdirde hükme esas alınmayacağı (md. 148/4) belirtilerek bu hususta açıkça bir delil yasağı

⁹² ÖZTÜRK (Editör), s. 398.

⁹³ YENİSEY/NUHOĞLU, s. 602.

⁹⁴ APİŞ, s. 63.

⁹⁵ APİŞ, s. 63.

kabul edilmiştir. Bu yönde bir yasak CMUK’da bulunmuyordu. AİHM, 1999 yılında yakalandığı sırada müdafinin hukuki yardımından yararlandırılmayan Attı ve Tedik davasında Türkiye aleyhine ihlal kararı vermiştir. Mahkeme bu kararında Salduz/Türkiye kararındaki içtihadına da atıfta bulunmuştur.⁹⁶

Şüphelinin Cumhuriyet savcılığındaki ifadesi veya sulh ceza hakimi önündeki sorgusu sırasında müdafî yardımından yararlandırılmamasının hukuki sonucu kanunda belirtilmemiştir. Kanaatimizce bu durumda da md. 217/2 uyarınca bir delil yasağı söz konusu olacaktır.⁹⁷

5. İfade ve Sorgu İşlemlerinin Kaydında Teknik İmkanlardan Yararlanılması ve İfade ve Sorgu İçin Tutanak Tutulması

A) İfade ve Sorgu İşlemlerinin Kaydında Teknik İmkanlardan Yararlanılması

İfade ve sorgu işlemlerinin kayda geçirilmesi konusunda kanunda iki imkandan bahsedilmiştir. Bunlardan birisi ifade ve sorgu işlemlerinin teknik imkanlardan yararlanarak kayda geçirilmesi, diğeri de tutanak tutulmasıdır. CMK md. 168 uyarınca her soruşturma işlemi için tutanak tutulması mecburi olduğu için ifade ve sorgu sırasında da tutanak tutulacaktır. Ancak md. 147/1-h’da “İfade ve sorgu işlemlerinin kaydında, teknik imkânlardan yararlanılır.” denilerek tutanak tutulması yanında ifade ve sorgu işlemlerinin kayda alınması da istenmiştir.

Burada üzerinde durulması gereken sorun, teknik imkanlardan yararlanılarak ifade ve sorgu işlemlerinin ses ve görüntülü kaydının yapılmasının zorunlu olup olmadığıdır. Md. 147/1-h’nın ifade şeklinden ifade ve sorgu sırasında teknik imkanlardan faydalanmanın bir zorunluluk olduğu anlaşılmaktadır. Bazı yazarlara göre, CMUK zamanında ifade ve sorgu işlemlerinin kaydı zorunlu değildi; bu nedenle ilgilinin rızası ile kayıt yapılabiliyordu. CMK ise kaydı zorunlu halde getirerek ilgilinin rızasını

⁹⁶ YENİSEY/NUHOĞLU, s. 598.

⁹⁷ Yargıtay, CMUK md. 135’te gösterilen haklarının duruşmada sanığa bildirilmemesini bozma nedeni yapmıştır. YCGK, E. 1996/6-263, K. 1996/282, T. 17.12.1996: “Yerel Mahkemece iddianame okunduktan sonra sanığa suç anlatılıp suçlamalar konusunda cevap vermeyebileceği hatırlatılarak sorgusuna geçilmiştir. Madde ile sanığa tanınan haklar sadece susma hakkından ibaret olmayıp 135. maddenin diğer bentlerindeki hususlar da aynı derecede önemli ve savunma hakkına ilişkindir. Sanığın en önemli haklarından biri olan savunma hakkı hiç şekilde kısıtlanmamalıdır.”, **APIŞ**, s. 63, dipnot 27.

ortadan kaldırmıştır⁹⁸. Şahin'e göre de md. 147'nin ifade tarzı, ifade ve sorgu işlemlerinin kaydında teknik imkanlardan yararlanmayı zorunluluk olarak anlamaya müsaittir. Ancak yazara göre bu hüküm, duruşmada tutanak tutulması ve teknik imkanlardan yararlanılmasına ilişkin md. 219 ile paralel bir şekilde yorumlanmalıdır.⁹⁹

Kanaatimizce md. 147/1-h hükmü soruşturma evresinde şüphelinin ifade ve sorgusunda teknik imkanlardan yararlanma zorunluluğu getirmektedir. Ancak bunun için teknik imkanlardan yararlanma imkanının bulunması gerekir. Kayıt yapılması, ifade ve sorgu sırasında hukuka aykırılık iddialarını önlemek açısından da yerinde olacaktır. Teknik imkanlardan yararlanmanın imkanlar ölçüsünde olacağı da gözden uzak tutulmamalıdır.¹⁰⁰

Kanunda ifade ve sorgunun teknik imkanlardan yararlanılarak kayda alınmasından bahsedilmekle birlikte kaydın yapılmasında hangi teknik imkanlardan yararlanılacağı ve kaydın nasıl yapılacağı düzenlenmemiştir. Bu konuda SEGBİS'ten yararlanılabilir. Muhakeme işlemlerinin ses ve görüntü bilişim sistemi kullanılarak dinlenilmesi, kayda alınması, saklanması ile bunun için gerekli teknik altyapının kurulmasına ilişkin esas ve usulleri düzenlemek üzere “**Ceza Muhakemesinde Ses ve Görüntü Bilişim Sisteminin Kullanılması Hakkında Yönetmelik**” (SEGBİS Yönetmeliği) hazırlanarak yürürlüğe konmuştur.¹⁰¹ Adı SEGBİS olarak kısaltılan bu sistem ile UYAP Bilişim Sistemi üzerinden ses ve görüntü aynı anda elektronik ortamda iletilmekte, kaydedilmekte ve saklanmaktadır (Yönetmelik md. 3/1-c). SEGBİS ile elde edilen kayıtlar, nitelikli elektronik imza ile imzalanarak güvenli bir şekilde talep eden makam tarafından saklanır (Yönetmelik md. 6). SEGBİS ile elde edilen kayıtlar, ilgili mevzuatta öngörülen usule göre UYAP Bilişim Sisteminde yazılı tutanağa dönüştürülüp, elektronik imza ile imzalanır. Bu kayıtların tutanağa dönüştürülmesi işlemi; soruşturma aşamasında soruşturmayı yürüten Cumhuriyet başsavcılık veya hâkim tarafından, kovuşturma aşamasında ise esas mahkemesince yapılır (Yönetmelik md. 7). SEGBİS kayıtları ceza muhakemesine katılanlara verilmez, ancak yazılı tutanağa dönüştürülen kayıtlar kanunlarda öngörülen şartlara uygun olarak

⁹⁸ KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, s. 918; YENİSEY/NUHOĞLU, s. 605.

⁹⁹ ŞAHİN/GÖKTÜRK, (2019), s. 164. Yazarlara göre (s. 164, dipnot 167), göre, ifade ve sorgu işlemlerinin kaydının zorunlu olduğu kabul edilirse, md. 147 ve md. 219 arasında bir çelişki oluşacaktır.

¹⁰⁰ ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ, s. 244.

¹⁰¹ RG 20.09.2011 –28060

verilebilir. Talep veya itiraz halinde ses ve görüntü kayıtları, kanunlarda öngörülen şartlara uygun olarak soruşturma ve kovuşturma makamı gözetiminde ilgisine izletilebilir (Yönetmelik md. 8). Görüntülü ve sesli iletişim teknolojinin kullanılması olanağının varlığı hâlinde, kanunlardaki usul ve esaslar dairesinde, soruşturma veya kovuşturma aşamasında yapılan her türlü işlem SEGBİS ile kayda alınır (Yönetmelik md. 9/1).

Kanunda ifade ve sorgu işlemlerinin teknik araçlardan yararlanılarak kaydedilmesinden bahsedilmekle birlikte bu kayıtların tutanağa dönüştürülmesinden bahsedilmediği için UYAP Bilişim Sistemin üzerinde elektronik ortamda kaydedilip saklanacak olan ifade ve sorgu işlemlerinin tutanağa dönüştürülmesi zorunlu değildir. UYAP Bilişim Sistemi üzerinde kaydedilen ifade ve sorgu kayıtları ile ifade ve sorgu sırasında tutulan tutanaklar arasında çelişki olması veya soruşturma evresindeki ifadenin baskı ve korkutma altında alındığı gibi iddiaların ileri sürülmesi halinde elektronik ortamdaki kayıtlar izlenerek çelişkinin giderilmesi ve iddiaların gerçekliğinin incelenmesi imkanı olacaktır.

b) İfade ve Sorgu İşlemlerinin Tutanağa Bağlanması

Md. 147/1-i'de ifade ve sorgu işlemleri için tutanak tutulması ve tutulacak tutanakta hangi hususlara yer verilmesi gerektiği düzenlenmiştir. Aynı hususlar Yakalama ve Gözaltı Yönetmeliğinde de tekrarlanmış ve ifadenin Yönetmelik ekindeki ifade tutanağı formatına uygun olarak tutulacağı belirtilmiştir. Diğer taraftan soruşturma evresinde yapılan işlemlerin tutanağa bağlanması md. 169'da detaylı şekilde düzenlenmiştir.¹⁰² Md. 169 hükmü karşısında ayrıca md. 147'deki tutanak tutulmasına ilişkin bir düzenlemeye yer verilmesi gerekli olup olmadığı sorusu gündeme gelmektedir. Diğer taraftan her iki düzenleme arasında önemli bazı farklılıklar da bulunmaktadır. Her iki hüküm birlikte dikkate alınınca ifade veya sorgu tutanağında yer verilecek hususlar ve bu hususta aralarındaki farklılıklar şunlardır:

1) İşlemin yapıldığı yer ve zaman: Md. 147'ye göre tutanağa "İfade alma veya sorguya çekme işleminin yapıldığı yer ve tarih" yazılmalıdır (md. 147/1-i-1). Md. 169'a göre ise, "Tutanak, işlemin yapıldığı yeri, tarihi, başlama ve bitiş saatini" içermelidir (fık.4). Md. 147'de sadece işlemin yapıldığı yer ve tarihin yer alması yeterli görülürken, md. 169'da ayrıca işlemin başlama ve bitiş saatlerine de tutanakta yer verilmesi zorunluluğu

¹⁰² Tutanağın içeriğini oluşturan sorgu süreci hakkında bkz. **ŞAHİN**, (1994), s. 155.

getirilmiştir. İfade ve sorgunun ne zaman başlayıp ne zaman sona erdiğinin bilinmesi işlemin hukuka uygunluğunun denetlenmesi açısından gereklidir. Özellikle kolluktaki ifade sırasında md. 148/1’de yasaklanmış olan şüphelinin özgür iradesini engelleyecek nitelikte uzun süren bir ifade almanın söz konusu olup olmadığını tespit açısından ifadenin başlama ve bitiş saatinin tutanağa geçirilmesi önemlidir. Bu önemi nedeni ile 21/2/2014 tarih ve 6526 sayılı Kanununun 16. maddesiyle md. 169/4’te yer alan “zamani” ibaresi “tarihi, başlama ve bitiş saatini” şeklinde değiştirilmiştir. Genel hüküm olan md. 169 düzenlemesinin ifade ve sorgu için geçerli olan md. 147 düzenlemesine göre şüphelinin haklarını korumak açısından daha güvenceli olduğu görülmektedir.

2) İşlemin yapılması sırasında hazır bulunan kişilerin isim ve sıfatları ile ifade veren veya sorguya çekilen kişinin açık kimliği: Md. 147’ye göre, “İfade alma veya sorguya çekme sırasında hazır bulunan kişilerin isim ve sıfatları ile ifade veren veya sorguya çekilen kişinin açık kimliği”ne de tutanakta yer verilmesi zorunludur (fık.1-i-2). Md. 169’da ise bu husus, tutanak, “işleme katılan veya ilgisi bulunan kimselerin isimlerini içerir” (fık.4), “Tutanak, adli kolluk görevlisi, Cumhuriyet savcısı veya sulh ceza hâkimi ile hazır bulunan zabıt kâtibi tarafından imza edilir (fık. 2) ve “Müdafî veya vekil sıfatıyla hazır bulunduğu işlemlerle ilgili tutanakta avukatın isim ve imzasına da yer verilir” (fık. 3) denilerek daha detaylı bir şekilde düzenlenmiştir. Her iki düzenleme arasındaki bir diğer fark, isim ve sıfatların yazılması açısından bulunmaktadır. Md. 147’ye göre ifade alma işlemlerinde şüphelinin ifadesini alan kolluk görevlilerinin isimleri ve sıfatları yazılması zorunlu iken, md. 169’ya göre ise belli suçlarla ilgili ifade işlemlerinde tutanağa kolluk görevlilerinin açık kimlikleri yerine sadece sicil numaraları yazılacaktır. Bu önemli fark 21/2/2014 tarih ve 6526 sayılı Kanununun 16. maddesi ile md. 169’a eklenen 7. fıkra ile kabul edilmiştir. Bu düzenlemeye göre, “Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Dördüncü Kısımının Dört, Beş, Altı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar (318, 319, 324, 325 ve 332 nci maddeler hariç) ile 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun kapsamına giren suçlarla ilgili yürütülen soruşturma ve kovuşturmalarda, kolluk tarafından düzenlenen tutanaklara, ilgili görevlilerin açık kimlikleri yerine sadece sicil numaraları yazılır. Kolluk görevlilerinin ifadesine başvurulması gerektiği hâllerde çıkarılan davetiye veya çağrı kâğıdı, kolluk görevlisinin iş yeri adresine tebliğ edilir. Bu kişilere ait ifade ve duruşma tutanaklarında adres olarak iş yeri adresleri gösterilir.” Söz konusu suçlardan dolayı şüphelinin ifadesinin alınmasında tutanağa kolluk görevlilerinin adı ve soyadı yerine sadece sicil numaraları, adresleri olarak da iş yeri adresleri yazılacaktır. Kolluk görevlilerini koruma amacı

güden bu düzenleme yeni olmayıp Terörle Mücadele Kanununun kaldırılan 10. maddesinde de yer almaktaydı.¹⁰³

3) Tutanağın okunması ve imzalanması: Md. 147'ye göre, tutanakta ifade veren veya sorguya çekilen ile hazır olan müdafî tarafından okunduğu ve imzalarının alındığı kaydına da yer verilecektir (md. 147/1-i-4). Aynı husus md. 169'da "İşlemede hazır bulunan ilgililerce onanmak üzere tutanağın kendilerini ilgilendiren kısımları okunur veya okumaları için kendilerine verilir. Bu husus tutanağa yazılarak ilgililere imza ettirilir" denilerek belirtilmiştir. Her iki düzenleme arasında içerik bakımından küçük bir fark bulunmaktadır. Md. 147'ye göre ifade veya sorgu tutanağının içeriği şüpheli ve hazır bulunan müdafî tarafından bizzat okunarak imzalanması gerekirken, md. 169 uyarınca ise şüpheli ve hazır bulunan ilgililerce onanmak üzere tutanağın kendilerini ilgilendiren kısımları okunacak veya okumaları için kendilerine verilecektir. Md. 147'de ifade tutanağının bizzat şüpheli tarafından okunduktan sonra imzalanması kabul edilmişken, md. 169'ye göre ise şüpheliyi ilgilendiren kısımları kendisine okunabilecek veya okunmak üzere kendisine verilip okuduktan sonra imzası alınacaktır. İfade veya sorgu tutanağının şüpheli tarafından bizzat okunarak imzalanması tutanak ile ilgili daha sonra ileri sürülebilecek iddiaları ortadan kaldırmak açısından yerindedir. Ancak şüphelinin okuma bilmemesi veya görmesinde sorun olması halinde tutanağın kendisine okunması gerekecektir. Böyle bir durumun varlığı halinde bu hususun tutanak altına yazılarak belirtilmesi gerekir. Bu açıdan md. 169 düzenlemesi amaca daha uygundur.

4) İmzadan çekinme halinde bunun nedenleri. İfade şekli farklı olsa da her iki maddedeki düzenleme bu konuda paralellik arz etmektedir.

Şüphelinin ifadesinin alınması veya sorguya çekilmesinde uygulanması söz konusu olacak her iki madde hükmünün önemli noktalarda farklı düzenlemeler içerdiği görülmektedir. Md. 147/1-i hükmünün özel hüküm olarak md. 169 karşısından öncelikle uygulanması gerektiği ileri sürülebilir. Ancak md. 169'un daha detaylı ve ifade ve sorgu tutanağının daha güvenceli

¹⁰³ TMK'nın 10. maddesinin 3. fıkrasının f bendinde bu konu şu şekilde düzenlenmişti: "f) Kolluk tarafından düzenlenen tutanaklara, ilgili görevlilerin açık kimlikleri yerine sadece sicil numaraları yazılır. Kolluk görevlilerinin ifadesine başvurulması gerektiği hallerde çıkarılan davetiye veya çağrı kâğıdı, kolluk görevlisinin iş adresine tebliğ edilir. Bu kişilere ait ifade ve duruşma tutanaklarında adres olarak iş yeri adresleri gösterilir." 21/2/2014 tarih ve 6526 sayılı Kanunun 19. maddesi ile TMK md. 10 yürürlükten kaldırılarak, maddenin f) bendi CMK md. 169/7'de kapsamı genişletilerek yeniden düzenlenmiştir.

tutulmasını sağlayacak ek düzenlemeler içerdği için md. 169'un esas alınması gerektiği de söylenebilir. Diğer taraftan md. 169'da, kolluk görevlilerinin korunması amacıyla bazı hususların tutanakta yer verilmemesi kabul edilmiştir. Kanaatimizce md. 169'un kapsamlı düzenlemesi karşısında md. 147/1-i hükmüne gerek bulunmamaktadır. Tereddüt ve çelişkiyi gidermek açısından md. 147 /1-i hükmünün kaldırılması yerinde olacaktır. Ayrıca Yakalama ve Gözaltı Yönetmeliğindeki ifade ve sorgu tutanağına ilişkin md. 23/1-j hükmü de CMK md. 169 doğrultusunda yeniden düzenlenmelidir.

IX. Sonuç ve Değerlendirmeler

Günümüz ceza muhakemesinde delil etme yöntemlerinin değişmesine, bilimsel delillerin maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasındaki etkisine karşın, şüphelinin olayı gerçekleştiren kişi olma ihtimali ya da olayı en iyi bilen kişi farz edilmesi nedeniyle ifade ve sorgusu hala önemini korumaktadır. Bu nedenle CMK'da şüphelinin ifade ve sorgusu özellikle md. 147'de ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Şüphelinin ifadesi ve sorgusuna ilişkin hükümlerin değerlendirilmesi ilgili ulaştığımız sonuçları şu şekilde özetleyebiliriz:

1) Şüphelinin ifadesinin alınması işlemi Cumhuriyet savcısı ve adli kolluk tarafından yerine getirilecektir. CMK'da kolluğa kendiliğinden şüphelinin ifadesini alma yetkisi verilmemiştir. Md. 161 fık. 1 ve 2 uyarınca adli kolluk, Cumhuriyet savcısının emri üzerine ancak şüphelinin ifadesini alabilir. Şüphelinin ifadeyi alacak makamı seçme hakkı yoktur. Ancak kolluktaki ifade sırasında susma hakkını kullanıp, Cumhuriyet savcısı önünde beyanda bulunacağını söyleyebilir.

2) Kamu görevlilerinin görevleriyle ilgili olarak işledikleri suçların soruşturulmasının tamamen idari mercilere bırakıldığı hallerde ifade alma işlemi idare tarafından görevlendirilen soruşturmacı tarafından yapılacaktır. Bu hallerde özel bir düzenleme bulunmadığı sürece ifade alma işlemi CMK md. 147'deki usule göre yapılmalıdır.

3) Md. 148'deki yasaklar kapsamına girmediği sürece gözaltı süresi içinde ihtiyaca göre şüphelinin birkaç kez ifadesi alınabilir. Ancak şüphelinin kolluk tarafından ifadesi alınarak serbest bırakıldıktan sonra, aynı olayla ilgili olarak yeniden ifadesinin alınması ihtiyacı ortaya çıktığı takdirde, md. 148/5 uyarınca bu işlemin Cumhuriyet savcısı tarafından yapılması zorunludur. Şüpheli açısından önemli bir güvence olan bu düzenlemeye 7145 sayılı Kanunla istisna getirilmiştir. Kişi özgürlüğü açısından geriye gidişi gösteren bu düzenleme zaman geçirilmeksizin kaldırılmalıdır.

4) Md. 162'ye göre, Cumhuriyet savcısı ancak hakim tarafından yapılabilecek bir soruşturma işlemi söz konusu olduğu takdirde sulh ceza hakiminden karar verilmesini isteyebilecektir. Bu nedenle kanunda belirtilen haller dışında Cumhuriyet savcısının bizzat yapabileceği bir soruşturma işleminin yapılması için sulh ceza hakimine başvurması mümkün görünmemektedir. Bu açıdan kanunda sorgunun hakim tarafından yapılmasına ilişkin bir düzenleme bulunmayan hallerde Cumhuriyet savcısının sulh ceza hakiminden şüphelinin sorgusunun yapılmasını talep etmemelidir.

5) Şüphelinin ikrarını içeren tutanağın duruşmada okunabilmesi ve ispat gücü bakımından bu ikrarın Cumhuriyet savcısı önündeki ifade sırasında veya sulh ceza hakimi önündeki sorguda yapılmış olması arasında da herhangi bir fark bulunmamaktadır.

6) Şüphelinin kişisel ve ekonomik durumu hakkında bilgi alınması şüphelinin kimliğinin tespitinden, hakkındaki suçlamalar kendisine açıklandıktan ve susma hakkı bildirildikten sonra yapılmalıdır. Şüphelinin kimliğine ilişkin vereceği bilgiler, failin belirlenmesini sağlayarak kendisi aleyhine delil teşkil edecek olsa bile bu konuda susma hakkı bulunmamaktadır.

7) Şüpheliye yüklenen suçun anlatılması kapsamına şüpheliye isnat edilen fiilin ne olduğu yanında, Alman hukukunda olduğu gibi, fiilin kanundaki hangi suçu oluşturabileceğinin ve bu suçun yaptırımının ne olduğunun da şüpheliye bildirilmesi gerekir. Madde metninde “anlatılır” denilmesi de kapsamlı bir açıklamanın yapılmasının amaçlandığını göstermektedir. Alman kanununda olduğu gibi hem suçlamanın konusunu oluşturan fiilin, hem de uygulanması söz konusu olacak kanun hükmü ile yaptırımının da açıklanmasını içeren bir düzenleme daha yerinde olurdu.

8) Zorunlu müdafilik söz konusu olan hallerde şüpheliye, talebi olmasa bile, kanun gereği müdafî atanacağı bildirilmelidir. Md. 150 fık. 2-3' uyarınca zorunlu müdafilik söz konusu olan hallerde müdafî hazır olmadan şüphelinin ifadesi alınmamalı ve sorgusu yapılmamalıdır. Çünkü zorunlu müdafilik hallerinde şüpheli istemese de kendisine bir müdafî atanması ve müdafîin soruşturma işlemlerinde hazır bulunması gerekir. Bu hallerde müdafî hazır olmadan alınan beyan hukuka aykırı olacaktır. Ancak müdafî yardımından etkin bir şekilde yararlanmanın sağlanması için md. 147/1-c veya md. 150'de yapılacak bir düzenleme ile zorunlu müdafilik söz konusu olan hallerde müdafî bulunmayan şüpheliye ifade ve sorgudan önce müdafî atanması zorunluluğunun açıkça düzenlenmesi yerinde olacaktır.

9) İfade ve sorgu sırasında müdafî yardımından yararlanma bir hak olduğu için şüpheli bu hakkı kullanmaya zorlanamaz. Şüphelinin müdafî yardımından yararlanmama isteği onun serbest iradesine dayanması gerektiğini vurgulamak gerekir. Md. 148’de yer alan özgür iradeyi sakatlayan bir durum altında müdafî yardımından yararlanmaktan vazgeçme geçerli değildir. AİHM’e göre, kolluktaki ifade sırasında şüphelinin müdafî yardımından yararlanma hakkından vazgeçmesinin geçerli olabilmesi için öncelikle şüphelinin Sözleşme md. 6/3-c’ye uygun bir şekilde müdafî yardımından yararlanma hakkı konusunda bilgilendirildikten sonra bu haktan vazgeçilerek ifade vermeye hazır olduğunun açıklanmış olması gerekir.

10) Yargıtayın, CMK md. 150 fık. 2 veya fık. 3 uyarınca baro tarafından görevlendirilen müdafî ödenen ücreti ödeyebilecek durumda olmayan sanığa bu ücretin yargılama giderleri kapsamında yüklenmesini AİHS md. 6/3-c’ye aykırı bularak ilk derece mahkeme kararlarını bozan kararları yerinde olmakla birlikte 5320 sayılı Kanun md. 13 ve CMK md. 525 hükümleriyle uyumlu değildir. Sözleşme hükmüne uygunluğun sağlanması için söz konusu maddeler değiştirilerek, baro tarafından görevlendirilen müdafî için yapılan masraf ve ödenen ücretin sadece mali durumu elverişli olduğu tespit edilen sanıktan tahsil edileceğine ve bu hususun müdafî yardımından yararlanma hakkı kapsamında şüpheliye bildirileceğine ilişkin bir düzenleme yapılmalıdır.

11) Susma hakkı müdafî yardımından yararlanma hakkı ile yakından bağlantılı olduğu için müdafî yardımından yararlanma hakkı ile birlikte bildirilmelidir. Çünkü suçlamalar konusunda susma hakkının kullanılmasının savunma açısından uygun olup olmadığına karar verilebilmesi için bir müdafîin görüşünün alınmasını gerekli olabilir. Meramını anlatabilecek ölçüde Türkçe bilmeyen şüpheliye susma hakkının bildirilmesi tercüman aracılığı ile yapılmalıdır. Şüphelinin susma hakkından feragat etmesi halinde bu durum tutanak ile tespit edilmelidir.

12) İfade veya sorgu sırasında şüphelinin delil toplanması talebinde bulunması üzerine nasıl bir usul izleneceği kanunda gösterilmemiştir. Şüphelinin ifade sırasında somut bir delilinin toplanmasını talep etmesi halinde bu delillerin olayı aydınlatacak veya şüphelinin aleyhine olan şüphe nedenlerini ortadan kaldıracak nitelikte ise bu delilin toplanması gerekir.

13) Md. 148’de yasaklanmış olan usullerle elde edilen beyanların rıza ile verilmiş olsa bile delil olarak değerlendirilemeyeceği hüküm altına alınmışken (md. 148/3), md. 147’ye aykırı olarak elde edilen beyanların sonucu hakkında

kanunda bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Md. 217/1 dikkate alınınca md. 147'ye aykırı olarak elde edilen bir beyanın ceza muhakemesinde kullanılmasının yasak olduğu sonucuna varılacaktır.

14) Kanaatimizce md. 147/1-h hükmü soruşturma evresinde şüphelinin ifade ve sorgusunun teknik imkanlardan yararlanılarak kaydını zorunlu hale getirmiştir. Kayıt yapılması, ifade ve sorgu sırasında hukuka aykırılık iddialarını önlemek açısından da yerinde olacaktır. Kanunda ifade ve sorgu işlemlerinin teknik araçlardan yararlanılarak kaydedilmesinden bahsedilmekle birlikte bu kayıtların tutanağa dönüştürülmesinden bahsedilmediği için UYAP Bilişim Sistemin üzerinde elektronik ortamda kaydedilip saklanacak olan ifade ve sorgu işlemlerinin tutanağa dönüştürülmesi zorunlu değildir.

15) Md. 147/1-i'de ifade ve sorgu işlemleri için tutanak tutulması ve tutulacak tutanakta hangi hususlara yer verilmesi gerektiği düzenlenmiştir. Soruşturma evresinde yapılan işlemlerin tutanağa bağlanması md. 169'da detaylı şekilde gösterilmiştir. Şüphelinin ifadesinin alınması veya sorguya çekilmesinde uygulanması söz konusu olacak her iki madde hükmünün önemli noktalarda farklı düzenlemeler içerdiği görülmektedir. Kanaatimizce md. 169'un kapsamlı düzenlemesi karşısında md. 147/1-i hükmüne gerek bulunmamaktadır. Hangi hükmün uygulanacağı konusundaki tereddütleri ve çelişkiyi gidermek açısından md. 147 /1-i hükmünün kaldırılması yerinde olacaktır.

KAYNAKÇA

APIŞ, Özge: “Güncel Yargı Kararları ve Yasa Değişiklikleri Işığında İfade Alma ve Sorgu Sırasında Şüpheli/Sanığın Hakları”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 25, Sayı: 1, Haziran 2019.

ARICAN, Mehmet: “Ceza Muhakemesi Hukukunda İfade Alma ve Sorgu”, **Selçuk Üniversitesi HFD**, C. 17, Sayı: 1, 2009.

ARSLAN, Mehmet: Die Aussagefreiheit des Beschuldigten in der polizeichlichen Befragung, Duncker & Humblot, Berlin, 2015.

- BALO, Yusuf Solmaz: **Çocuk Ceza Hukuku**, 2. Bası, Ankara 2015.
- CENDEL, Nur/ZAFER, Hamide: **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 15. Bası, İstanbul 2018.
- DEMİRBAŞ, Timur: Soruşturma Evresinde Şüphelinin İfadesinin Alınması, 5. Bası, Ankara 2018.
- DIEMER, Herbert in: Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung (atıf: KK/Diemer), 8. Bası, 2019.
- GÖKCEN, Ahmet/BALCI: Murat/ALŞAHİN, M. Emin/ÇAKIR, Kerim: **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 4. Baskı, Ankara 2020.
- GRIESBAUM, Reiner, in: Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung (atıf: KK/Griesbaum), 8. Bası, 2019.
- İNÇİ, Zekiye Özen: “Şüpheli ve Sanığa Rağmen Bir Ceza Muhakemesi Hukuku Mu? Şüpheli ve Sanığın Ceza Muhakemesi İşlemlerine Katılma Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün Sınırları Hakkında Düşünceler”, **Hacettepe Üniversitesi HFD**, 7(2) 2017, 119–168, s. 134.
- İPEKÇİOĞLU, Pervin Aksoy: “Yakalama ve Gözaltına Alma Koruma Tedbirleri”, **Dokuz Eylül Üniversitesi HFD**, Cilt: 9, Özel Sayı, 2007.
- KARAKEHYA, Hakan: **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 3. Baskı, Eskişehir 2019.
- KOÇAOĞLU, Sinan: “Susma Hakkı”, **Ankara Barosu Dergisi** 2011/1.
- KUNTER, Nurullah/YENİSEY Feridun / NUHOĞLU Ayşe: **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, 18. Bası, İstanbul 2010.
- MERAKLI, Serkan: “İfade Alma – Sorgu Kuralları ve Bu Kurallara Aykırılık Halinde Elde Edilen Beyanların Hukuki Değeri”, **Prof. Dr. Feridun Yenisey’e Armağan**, C. 1, İstanbul 2014.
- MEYER-GOSSNER, Lutz/SCHMITT, Bertram: **Strafprozessordnung: StPO, Gerichtsverfassungsgesetz, Nebengesetze und ergänzende Bestimmungen**, 60 Bası, 2017.
- ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/BACAĞSIZ, Pınar: **Ceza Muhakemesi**

Hukuku, 12. Baskı, Ankara 2019.

ÖZEN, Mustafa: **Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri**, 3. Bası, Ankara 2018.

ÖZTÜRK, Bahri/TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/SIRMA GEZER, Özge/SAYGILAR KIRIT, Yasemin F./ALAN AKCAN, Esra/ÖZAYDIN, Özdem/ERDEN TÜTÜNCÜ, Esfer/ALTINOK VILLEMIN, Derya/TOK, Mehmet Can, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 12. Bası, Ankara 2018 (Atıf: ÖZTÜRK, Editör).

ŞAHİN, Cumhur: **Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi**, Ankara 2005: Atıf: ŞAHİN, (2005).

ŞAHİN, Cumhur: **Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması**, Ankara 1994: Atıf: ŞAHİN, (1994)

ŞAHİN, Cumhur/GÖKTÜRK, Neslihan: **Ceza Muhakemesi Hukuku I**, 10. Bası, Ankara 2019: Atıf: ŞAHİN/GÖKTÜRK, (2019).

ŞAHİN, Cumhur/GÖKTÜRK, Neslihan: **Ceza Muhakemesi Hukuku II**, 10. Bası, Ankara 2020: Atıf: ŞAHİN/GÖKTÜRK, (2020)

ŞEN, Ersan: “Kolluk Tarafından Şüphelinin Aynı Olayla İlgili İfadesinin İkinci Kez Alınması”, <https://www.hukukihaber.net/kolluk-tarafından-suphelinin-ayni-olayla-ilgili-ifadesinin-ikinci-kez-alinmasi-makale,7434.html>, 03 Şubat 2020.

ŞEN, Ersan: Yakalanan Kişinin Yakınlarına Haber Verme, 18 Ağustos 2015, <https://www.hukukihaber.net/yakalanan-kisinin-yakinina-haber-verme-makale,4176.html>, erişim tarihi 27.07.2019

ŞENTÜRK, Candide: “Ceza Muhakemesinde İfade ve Sorgu”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Sayı: 19, 2012.

TOP, Sinem: “Müdafi Yardımından Yararlanma Hakkına Uygulanan Sınırlamalar”, **TBB Dergisi** 2018 (137).

TURHAN, Faruk: **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Ankara 2006.

ÜNVER, Yener/HAKERİ, Hakan: **Ceza Muhakemesi Hukuku III**, 15. Bası, Ankara 2019.

ÜNVER, Yener/HAKERİ, Hakan:, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 16. Baskı, Ankara 2019.

YENİSEY, Feridun/NUHOĞLU, Ayşe: **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 6. Bası, Ankara 2018.

YENİSEY, Feridun/OKTAR, Salih: **Alman Ceza Muhakemesi Kanunu/ Strafprozessordnung (StPO)**, 2. Bası, İstanbul 2015.

İDARİ YARGILAMA HUKUKUNDA ALEYHE HÜKÜM VERME VE ALEYHE BOZMA YASAĞI

F. Ebru GÜNDÜZ*

ÖZET

Aleyhe bozma yasağı ve aleyhe hüküm verme yasağı farklı ilkeler olmakla birlikte; biri kanun yolu merciine, biri ise alt derece mahkemesine hitap eden ve aynı hukuki gerekçelere dayanan birbirine yakın ilkelerdir. Aleyhe bozma yasağı, alt derece mahkemesi tarafından verilen karara karşı kanun yollarına sadece taraflardan birinin başvurusu halinde, kararın kanun yoluna başvuran aleyhine bozulmaması anlamına gelir. Aleyhe hüküm verme yasağı ise iki anlama gelmekte; öncelikle kanun yoluna taraflardan sadece birinin başvurusu halinde, alt derece mahkemesinin kararının bozulması neticesinde dosya kendisine geri gelen mahkemenin, başvuran kişi hakkında ilk karara nazaran aleyhine karar verememesini; ikinci olarak ise, daha ziyade idari yargılama hukukunda karşımıza çıkan haliyle, ilk derece aşamasında davacı aleyhine sonuç doğuracak şekilde yargı merci tarafından karar verilememesini ifade etmektedir. İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda açıkça düzenlenmemiş olsa da aleyhe hüküm verme ve aleyhe bozma yasağı yargı kararları ile kabul edilmektedir. Öncelikle Anayasa'nın 36'ncı maddesinde ifadesini bulan hak arama hürriyetinin bir gereği olarak kabul edilen bu ilkeler; aynı zamanda taleple bağlılık ilkesinin, iptal davasının menfaati ihlal edilenler tarafından açılabileceğine ilişkin kuralın ve hukuki güvenlik ilkesinin bir gereği olarak kabul edilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Aleyhe Hüküm Verme Yasağı, Aleyhe Bozma Yasağı, Hak arama Hürriyeti, Taleple Bağlılık İlkesi, Hukuki Güvenlik İlkesi

“REFORMATIO IN PEIUS” AND “THE PROHIBITION OF AGAINST ADJUDICATION” IN ADMINISTRATIVE JURISDICTION

ABSTRACT

“Reformatio in peius” and “Prohibition of against adjudication” are different principles because one concerns to the upper instance courts while the other concerns the lower courts. However, these principles are close principles because they are

* Doç. Dr., Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi E-Posta: gunduzfebru@gmail.com

ORCID ID: 0000-0002-7721-9444

DOI : 10.34246/ahbvuhfd.733265

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 10/03/2020

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 16/04/2020

based on the same legal grounds. “*Reformatio in peius*” means that if only one of the parties applies to the remedies against the decision of the lower court, the decision can not be against the applicant who apply to the upper court. There are two meanings of “*Prohibition of against adjudication*” principle. One means if the upper court remit the decision, the lower court can not decide against the first decision about the applicant; while the other refers to the failure of the judicial authority to decide against the plaintiff in the first instance. These two principles, which are not explicitly regulated in the Law on Administrative Procedure, are adopted by judicial decisions. These principles are deemed as a requirement of the right to legal remedies which stated in Article 36 of the Constitution, are also accepted as a requirement of the principle of being bound by the scope of demand, the rule that the annulment suits may be opened by those whose interests are violated and the principle of legal security.

Keywords: *Prohibition of against adjudication, reformatio in peius, right to legal remedy, principle of being bound by the scope of demand, the principle of legal security*

GİRİŞ

Hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan ve Anayasa'nın 125'inci maddesinde, “*İdarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolu açıktır*” ifadesiyle Anayasal bir hüküm haline getirilen idarenin yargısal denetimine, yine bizzat Anayasa ve bu Anayasal düzenlemeler doğrultusunda hükümler barındıran İdari Yargılama Usulü Kanunu (İYUK) ile birtakım sınırlamalar getirilmiştir. Bu sınırlamaların bir kısmı, bazı idari işlemlere karşı yargı yolunun kapatılması şeklinde olurken¹; bir kısmı da yargı mercii tarafından yapılan yargısal denetim esnasında yargıcın yetkilerinin kısıtlanması şeklinde gerçekleştirilmiştir².

¹ **Anayasa Madde 125/2-** Yüksek Askerî Şûranın terfi işlemleri ile kadrosuzluk nedeniyle emekliye ayırma hariç her türlü ilişik kesme kararlarına karşı yargı yolu açıktır.

Anayasa Madde 159/10- Kurulun meslekten çıkarma cezasına ilişkin olanlar dışındaki kararlarına karşı yargı mercilerine başvurulamaz.

² **Anayasa Madde 125/4-** Yargı yetkisi, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı olup, hiçbir surette yerindelik denetimi şeklinde kullanılamaz. Yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldıracak biçimde yargı kararı verilemez.

İYUK Madde 2/2- İdari yargı yetkisi, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun

Diğer yandan, idari yargıcın yargısal denetim yetkisine getirilen sınırlamalar, Anayasa ve İYUK'ta açıkça pozitif hukuk kuralı haline getirilenler ile sınırlı değildir. Pozitif hukuk kuralı haline getirilmemiş olsalar da, hukukun genel ilkeleri olarak kabul edilen ve daha ziyade yargısal içtihatlar ile benimsenen bir kısım sınırlamaların varlığı hususunda tereddüt bulunmamaktadır. Aleyhe hüküm verme ve aleyhe bozma yasağı da bu sınırlamalar arasında kabul edilebilir.

Aleyhe bozma yasağı, alt derece mahkemesi tarafından verilen karara karşı kanun yollarına sadece taraflardan birinin başvurusu halinde, kararın kanun yoluna başvuran aleyhine bozulmaması anlamını taşımaktadır. Aleyhe hüküm verme yasağı ise iki anlama gelmektedir. Öncelikle kanun yoluna taraflardan sadece birinin başvurusu halinde, alt derece mahkemesinin kararının bozulması neticesinde dosya kendisine geri gelen mahkemenin, başvuran kişi hakkında ilk karara nazaran aleyhine karar verememesidir. Aleyhe hüküm verme yasağı ikinci olarak ise, daha ziyade idari yargılama hukukunda karşımıza çıkan haliyle, ilk derece yargılamasında davacı aleyhine sonuç doğuracak şekilde yargı merci tarafından karar verilememesi anlamını taşımaktadır. Tüm bunlarla birlikte aleyhe hüküm verme yasağının idare hukukunda sadece yargı mercilerinin verecekleri kararlara ilişkin olarak değil, idari itiraz mercilerinin verecekleri kararlar açısından da kabul edildiği görülmektedir.

Biz de çalışmamızda, hem ceza muhakemeleri hukukunda hem de medeni usul hukukunda varlığı kabul edilen aleyhe hüküm verme ve aleyhe bozma yasağının idari yargılama hukukundaki uygulanma şekillerini, bu ilkelerin hukuki dayanaklarını ilgili yargı kararlarından faydalanarak incelemeye çalışacağız.

A- ALEYHE HÜKÜM VERME YASAĞI

Latince Reformatio in Peius olarak ifade edilen aleyhe hüküm verme yasağı³, idari yargılama hukukunda iki şekilde karşımıza çıkmaktadır. İlk olarak bir idari işleme karşı açılan davada yargı mercii tarafından davacının

denetimi ile sınırlıdır. İdari mahkemeler; yerindelik denetimi yapamazlar, yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya idarenin takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı veremezler.

³ Bu ilke "Aleyhe Değişirme Yasağı" olarak da ifade edilmektedir. CENTEL/ ZAFER, s.787. Aleyhe değiştirme yasağının lehine ve aleyhine görüşler için bkz: KAYMAZ, s.1401-1404.

dava konusu işleme nazaran aleyhine sonuç doğuracak şekilde, davanın esası hakkında karar verilememesi anlamına gelmektedir. İkinci olarak ise, kanun yoluna sadece taraflardan birinin başvurusu neticesinde karar bozulmuşsa dosya tekrar kendisine gelen alt derece mahkemesinin, davacı hakkında verilen ilk karara nazaran aleyhine sonuç doğuracak bir karar verememesidir.

Aleyhe hüküm verme yasağı bahsetmiş olduğumuz her iki halde de bireysel idari işlemlere karşı açılan davalar açısından geçerlidir. İdarenin düzenleyici işlemlerine karşı açılan davalarda ise aleyhe hüküm verme yasağının uygulanması mümkün değildir. Çünkü idarenin düzenleyici işlemleri doğrudan bireysel sonuç doğurmamaktadır.

Aleyhe hüküm verme yasağı idari yargılama hukukunda, hem ilk derece yargılamasında hem de kanun yolları aşamasında karşımıza çıkmaktadır. Aleyhe hüküm verme yasağının her iki uygulamasını ayrı başlıklar altında inceleyeceğiz.

1- İlk Derece Yargılamasında Aleyhe Hüküm Verme Yasağı

İlk derece yargılamasında aleyhe hüküm verme yasağı daha çok idari yargılama hukukunda ve özellikle de iptal davalarında karşımıza çıkmaktadır. Bu haliyle aleyhe hüküm verme yasağı; ilk derece mahkemesi tarafından davacının aleyhine sonuç doğuracak şekilde iptal kararı verilememesi anlamına gelmektedir⁴. Diğer bir ifade ile bir iptal davasında yargı merciinin, kişinin dava açmadan önceki durumuna nazaran aleyhine sonuç doğuracak bir işlem yapılması gerektiği gerekçesi ile dava konusu işlemin hukuka aykırı olduğunu tespit etmiş olsa da iptal kararı verememesi anlamına gelir. Örneğin, sınavda 60 puan aldığı için dava açan kişinin yapılan yargılama neticesinde 40 puan alması gerektiğinin tespit edilmesi halinde mahkeme tarafından iptal kararı verilemez. Bu durumda mahkeme, işlemin hukuka aykırı olduğunu tespit etmiş olsa da iptal istemini reddedecektir. Vermiş olduğumuz örnekten yola çıkarak, davacıya daha düşük not verilmesi gerektiği gerekçesi ile işlem hukuka aykırı bulursa da, işlemin iptal edilmesine aleyhe hüküm verme yasağı engel olmaktadır.

“Bilindiği üzere mahkemeler, dava konusu edilen işlemlerin dava konusu edilmemesi halinde ortaya çıkacak hukuki durumdan daha aleyhe sonuç doğuracak şekilde hüküm kuramazlar. Diğer bir ifadeyle davacının dava açmakla içinde bulunduğu hukuki durumunun ağırlaşması ihtimali

⁴ GÖZLER/KAPLAN, s.666.

kabul edilmemektedir. Aleyhe hüküm verme yasağı olarak adlandırılan ve yerleşik yargı kararlarında da yer bulan bu kuralın, ilgililerin ihlal edildiğini düşündükleri haklarını korumak amacıyla herhangi bir endişe taşımaksızın dava açabilmelerini sağlamaya yönelik bir uygulama niteliği taşıdığından, Anayasanın 36. maddesinde ifade edilen hak arama hürriyetini temin eden bir yönü de bulunmaktadır”⁵. Danıştay’ın ilgili kısmını vermiş olduğumuz kararında da ifade edildiği gibi, ilk derece yargılamasındaki aleyhe hüküm verme yasağı ile kişilerin hak arama hürriyetlerini kullanarak dava açmaları halinde, davadan önceki hukuki durumlarından daha ağır bir netice ile karşılaşmaları engellenmektedir.

Örneğin, kişinin 1/8 oranında aylıktan kesme cezası ile cezalandırılması işlemine karşı açmış olduğu iptal davasında idare mahkemesi, idare tarafından disiplin fiilinin nitelendirilmesinde hata yapıldığı ve fiilin aylıktan kesme cezasını değil, kademe ilerlemesinin durdurulması cezasını gerektirdiğini tespit etmiş, ancak aleyhe hüküm verme yasağının bir gereği olarak idare mahkemesi tarafından karara konu işlemde sonucu itibariyle hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir⁶.

Benzer bir olayda da kişi hakkında 1/30 oranında aylıktan kesme cezasının iptaline ilişkin açılan davada mahkeme tarafından, kişinin eyleminin kademe ilerlemesinin durdurulması cezasını gerektirdiği sonucuna varılmasına rağmen, “*iptal davasında davacının menfaatinin dava konusu işlemle belirtilen hukuki durumdan daha ağır bir biçimde ihlaline yol açacak şekilde aleyhe karar verilmesine olanak bulunmadığından (aleyhe hüküm kurma yasağı) davacının aylıktan kesme cezası ile cezalandırılmasına ilişkin dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddi*” yolundaki idare mahkemesinin kararı, Danıştay tarafından onanmıştır⁷.

Bir diğer olayda da ruhsatsız yapı yapıldığı gerekçesi ile kişi hakkında tesis edilen idari para cezasının iptali istemiyle açılan davada, yaptırılan bilirkişi incelemesi neticesinde kişiye daha fazla para cezası verilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır. Bu durum karşısında idare mahkemesi, aleyhe

⁵ Dan.12.D.,11.05.2016, E.2012/12930, K.2016/2696.

⁶ İdare mahkemesinin kararını temyizden inceleyen Danıştay ise, mahkeme tarafından işlemin konu unsurunda eksik inceleme yapıldığı ve aynı zamanda da mahkeme tarafından sebep ikamesi yapıldığı gerekçesi ile ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur. Dan.12.D 11.05.2016, E.2012/12930, K.2016/2696.

⁷ Dan. 12. D., 19.09.2013, E.2009/3950, K.2013/6504.

hüküm kurulamayacağı gerekçesi ile uygulanan idari para cezasında hukuka aykırılık bulunmadığı sonucuna varmıştır⁸.

Bu yargı kararlarında isabetli bir şekilde, hukuka aykırı olduğu iddiası ile bir idari işleme karşı açılan bir iptal davasında, kişinin daha aleyhine sonuç doğuracak bir işlem yapılması gerektiği yargı mercii tarafından tespit edilmiş olmasına rağmen, aleyhe hüküm verme yasağının bir gereği olarak iptal isteminin reddine karar verilmiştir.

İdari yargılama hukukunda ilk derece yargılamasında karşımıza çıkan aleyhe hüküm verme yasağı ile genellikle diğer hukuk dallarında karşılaşmayız. Çünkü diğer hukuk dallarında çoğunlukla uyumsuzluk konusu hakkında doğrudan yargı mercii bir karar vermektedir. İdari uyumsuzluklarda ise uyumsuzluğun temelini oluşturan ve idare tarafından tesis edilmiş bir işleme karşı dava açılmaktadır. Bu nedenle diğer hukuk dallarında aleyhe hüküm verme yasağı, çoğunlukla kanun yoluna taraflardan birinin başvurması halinde kanun yolu incelemesinden sonra, alt derece mahkemesinin tekrar vereceği kararda, ilk kararından başvuranın daha aleyhine karar verilememesi olarak karşımıza çıkmaktadır.

2- Kanun Yolunda Aleyhe Hüküm Verme Yasağı

Hem medeni usul hukukunda hem ceza muhakemesi hukukunda hem de idari yargılama hukukunda karşımıza çıkabilecek şekliyle aleyhe hüküm verme yasağı; taraflardan yalnız birinin kanun yoluna başvurması halinde, yüksek mahkemenin kanun yoluna başvuran taraf lehine verdiği bozma kararına uyan mahkemenin, ilk verdiği kararına oranla lehine bozma kararı verilen tarafın aleyhine sonuç doğuracak şekilde yeni bir karar verememesidir⁹. Bu durumda ilk verilen mahkeme kararının kişi için bir usuli kazanılmış hak oluşturduğu ve bu hakkının ihlal edilmemesi gerektiği kabul edilir¹⁰.

“Bir davada, mahkemenin veya tarafların yapmış olduğu bir usul işlemi ile taraflardan biri lehine (diğeri aleyhine) doğmuş ve kendine uyulması zorunlu olan”¹¹ bir hak olarak kabul edilen usuli kazanılmış hak, bazı hukuki

⁸ İdare mahkemesinin kararını temyizen inceleyen Danıştay ise, para cezası verilmesinde uygulanacak hukuk kuralının yanlış tespit edildiği gerekçesi ile idare mahkemesinin kararının bozulmasına karar vermiştir. Dan.14.D., E. 2011/14504, K.2013/956.

⁹ ARSLAN/ YILMAZ/ TAŞPINAR, s.632.

¹⁰ ARSLAN ve Diğerleri, s.634; KARAVELİOĞLU, s.1589.

¹¹ TULUAY, s.61.

neticeleri beraberinde getirir:

- İlk olarak usuli kazanılmış hak, kanun yolları aşamasında ilk derece mahkemesinin kararının bozulması üzerine dosya kendisine gelen mahkemenin bozmaya uyma kararı aldığı anda; ancak bozmaya uyma yönünde karar alabilmesini ve mahkemenin yeni vereceği kararın temyizi halinde yüksek mahkemenin bozmaya uyulup uyulmadığı ile sınırlı bir denetim yapabilmesini ifade eder¹².

- İkinci olarak ise yüksek mahkeme tarafından bozulmayan kısmın kesinleşeceği anlamına gelmektedir.

- Meselenin konumuz ile ilgili bir diğer neticesi ise, taraflardan sadece birinin kanun yoluna başvurusu halinde kanun yolu incelemesinde, ilk derece mahkemesinin başvuran taraf bakımından verdiği ilk kararına nazaran aleyhe bir karar verilememesidir¹³.

Yargıtay'ın 09.05.1960 tarihli usuli kazanılmış hak müessesini kabul ettiği kararında, "Mahkemenin bozma kararına uymasıyla meydana gelen bozma gereğince muamele yapma ve hüküm verme durumu, taraflardan biri lehine ve diğeri aleyhine hüküm verme neticesini doğuracak bir durumdur ve buna usuli müstesna hak yahut usule ait müstesna hak denilmektedir" diyerek, usuli kazanılmış hakkın bozmaya uyma kararı sonrasında daha önce lehine bozma kararı verilen taraf aleyhine karar verilemeyeceği anlamını da taşıdığı ifade edilmiştir¹⁴. Usuli kazanılmış hakkın kabul edilme sebebinin yargılamada istikrarın sağlanması ve yargı kararlarına güvenin sarsılmasını önlemek olduğu Danıştay kararlarında da ifade edilmiştir¹⁵.

Aleyhe hüküm verme yasağı, Ceza Muhakemesi Kanunu'nda açıkça düzenlenmiştir. Kanun'un 307'nci maddesinin 4'üncü fıkrasında; "Hüküm yalnız sanık tarafından veya onun lehine Cumhuriyet savcısı veya 262'nci maddede gösterilen kimselerce temyiz edilmişse, yeniden verilen hüküm,

¹² "İlk derece mahkemesinin doğru bularak uyduğu bozma kararı üzerine temyiz yerinin bozma kararı ile benimsediği esaslara aykırı şekilde bozma kararı verememesi anlamına gelen bu ilke, davaların uzamasını önlemek, hukuki alanda istikrar sağlamak ve kararlara karşı genel güvenin sarsılmasını önlemek amacıyla Yargıtay uygulamaları ile geliştirilmiş, öğretilerde de kabul görmüştür." DİDDK, 17.04.2011, E.2007/1221, K.2011/215.

¹³ KAPLAN, s.473-474.

¹⁴ Yarg. HGK,09.05.1960, E.1960/21, K.1960/9.

¹⁵ DVDDK, 12.10.2011, E.2011/236, K.2011/582; DİDDK, 17.04.2011, E.2007/1221, K.2011/215.

önceki hükümlerle belirlenmiş olan cezadan daha ağır olamaz” şeklinde ifade edilmiştir. Benzer bir hüküm istinaf yolu için bahsi geçen Kanun’un 283’üncü maddesinde “İstinaf yoluna yalnız sanık lehine başvurulmuşsa, yeniden verilen hüküm, önceki hükümlerle belirlenmiş olan cezadan daha ağır olamaz” şeklinde; Kanun’un 323’üncü maddesinin 2’nci fıkrasında¹⁶ yargılamanın yenilenmesine ilişkin, 309’uncu maddesinin 4’üncü fıkrasında¹⁷ ise bazı durumlara ilişkin olarak kanun yararına bozma için düzenlenmiştir.

Kanun yolu başvurusundan sonra aleyhe hüküm verme yasağı, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından R (92) 17 sayılı Tavsiye Kararı’nda da dile getirilmiştir. Bu kararda, temyizde hükmün aleyhe bozulabileceği korkusunun, kişilerin kanun yoluna başvurmalarını engelleyebileceği belirtilerek, aleyhe değiştirme yasağının kabul edilmesi üye ülkelere tavsiye edilmiştir¹⁸.

İYUK’ta açık bir düzenleme yer almasa da, idari yargılama hukukunda da geçerli olduğu kabul edilen aleyhe hüküm verme yasağının, 18.06.2014 tarihli ve 6545 sayılı Kanun ile İYUK’un 50/4 maddesine eklenen; “Danıştay’ın bozma kararına uyulduğu takdirde, bu kararın temyiz incelemesi, bozma kararına uygunlukla sınırlı olarak yapılır” hükmünün de bir sonucu olduğu kabul edilmektedir¹⁹. Bu hükme göre, Danıştay’ın bozma kararına uyulmuş ise bu kararın temyizinde sadece bozma yönünde karar alınıp alınmadığı incelenecektir. Dolayısıyla taraflardan sadece biri kanun yoluna başvurduğu ve karar kanun yoluna başvuran lehine bozulduğunda, söz konusu karara uyan mahkeme, artık karar lehine bozulan kişinin aleyhine bir karar alamayacaktır.

¹⁶ **Madde 323- (2)** Yargılamanın yenilenmesi istemi hükümlünün lehine olarak yapılmışsa, yeniden verilecek hüküm önceki hükümlerle belirlenmiş olan cezadan daha ağır bir cezayı içeremez.

¹⁷ **Madde 309- (4)** Bozma nedenleri:

- a) 223 üncü maddede tanımlanan ve davanın esasını çözmeyen bir karara ilişkin ise, kararı veren hâkim veya mahkeme, gerekli inceleme ve araştırma sonucunda yeniden karar verir.
- b) Mahkûmiyete ilişkin hükmün, davanın esasını çözmeyen yönüne veya savunma hakkını kaldırma veya kısıtlama sonucunu doğuran usul işlemlerine ilişkin ise, kararı veren hâkim veya mahkemece yeniden yapılacak yargılama sonucuna göre gereken hüküm verilir. Bu hüküm, önceki hükümlerle belirlenmiş olan cezadan daha ağır olamaz.
- c) Davanın esasını çözüp de mahkûmiyet dışındaki hükümlere ilişkin ise, aleyhte sonuç doğurmaz ve yeniden yargılamayı gerektirmez.
- d) Hükümlünün cezasının kaldırılmasını gerektiriyorsa cezanın kaldırılmasına, daha hafif bir cezanın verilmesini gerektiriyorsa bu hafif cezaya Yargıtay ceza dairesi doğrudan hükmeder.

¹⁸ KAYMAZ, s.1406.

¹⁹ KAPLAN, 2018, s.474.

Kanun yolu başvurusundan sonra aleyhe hüküm verme yasağının mümkün olabilmesi için alt derece mahkemesi tarafından davanın esası hakkında bir karar verilmesi gerekir. Aksi takdirde, ilk inceleme konularına ilişkin olarak verilen mahkeme kararının kanun yoluna götürülmesi halinde aleyhe hüküm verme yasağı uygulanmayacaktır.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun bir kararında da aleyhe hüküm verme ilkesinin birtakım istisnalarının bulunduğu ifade edilmiştir. Yüksek Mahkeme bu kararında, mahkemenin bozmaya uymasından sonra yeni bir içtihadı birleştirme kararının ya da geçmişe etkili bir yasanın çıkması, uygulanması gereken bir yasa hükmünün, hüküm kesinleşmeden önce Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesi hallerinde usulü kazanılmış hakkın uygulanmayacağını ve ortaya çıkan yeni hukuki durumlara göre karar verilmesi gerektiği ifade edilmiştir²⁰. Danıştay da Yargıtay'ın bu kararına atıfta bulunduğu bir kararında, Yargıtay'ın bahsi geçen kararında ifade edilen istisnalara ilave olarak; görev, hak düşürücü süre, kesin hüküm itirazı, harç ve maddi hataya dayanan bozma kararına uyulmasında olduğu gibi kamu düzeni ile ilgili konularda usulü kazanılmış hakkın uygulanmasının mümkün olmadığını karara bağlamıştır²¹. Dolayısıyla açılan bir davada, davacı lehine bir karar çıkmasını rağmen kanun yolları aşamasında ilk inceleme konularındaki bir eksiklik veya hukuka aykırılık sebebiyle kişi aleyhine bir kararın verilmesi mümkündür. İYUK'un ilk inceleme konularının düzenlendiği 14'üncü maddesinin 6'ncı fıkrasındaki, bu maddede düzenlenen hususların ilk incelemeyen sonra tespit edilmesi halinde de davanın her safhasında 15'inci madde hükmünün uygulanacağı düzenlemesi de bunu gerektirmektedir. Örneğin, açmış olduğu tam yargı davası kısmen kabul edilen kişinin, başvurmuş olduğu kanun yolunda süre aşımının tespiti, kişinin aleyhine olsa da, davanın süre aşımından reddedilmesi sonucunu doğuracaktır.

²⁰ Yarg. HGK, 12.7.2006, E.2006/4-519, K.2006/527.

²¹ “Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 12.7.2006 günlü, E.2006/4-519, K.2006/527 sayılı kararında da belirtildiği üzere, bu ilkenin kimi istisnaları da bulunmaktadır. Mahkemenin bozmaya uymasından sonra yeni bir içtihadı birleştirme kararı ya da geçmişe etkili bir yasa çıkması; uygulanması gereken bir yasa hükmünün, hüküm kesinleşmeden önce Anayasa Mahkemesi'nce iptaline karar verilmesi hallerinde, usulü kazanılmış hakka göre değil, ortaya çıkan yeni hukuki durumlara göre karar verilmesi gerekmektedir. Bunların dışında görev konusu, hak düşürücü süre, kesin hüküm itirazı, harç ve maddi hataya dayanan bozma kararına uyulmasında olduğu gibi kamu düzeni ile ilgili konularda usulü kazanılmış hakkın uygulanması mümkün değildir.” DİDDK, 17.04.2011, E.2007/1221, K.2011/215.

Bilindiği üzere istinaf kanun yolu ile ivedi yargılama usulü ve merkezi ve ortak sınavlara ilişkin yargılama usulü, idari yargılama sistemimize yeni dahil olmuşlardır. İstinaf kanun yolu, temyiz kanun yolu ve ivedi yargılama usulü ile merkezi ve ortak sınavlara ilişkin yargılama usulünün tabi olduğu hükümler birbirinden farklı oldukları için her bir usul için aleyhe hüküm verme yasağını ayrı ayrı inceleyeceğiz.

a. İstinaf Kanun Yolunda Aleyhe Hüküm Verme Yasağı

İlk derece mahkemesi tarafından verilen kararın bir üst mahkeme tarafından hem maddi hem de hukuki yönlerden incelenerek karar verilmesini sağlayan istinaf kanun yolu, ülkemizde 2016 yılında uygulanmaya başlanmıştır. İstinafin temyiz kanun yolundan en önemli farkı, maddi vakıa incelemesi yapılarak davanın esası hakkında karar verilebilmesidir. Bu hususu düzenleyen İYUK'un 45'inci maddesinin 4'üncü fıkrasına göre, bölge idare mahkemesi, ilk derece mahkemesi kararını hukuka uygun bulmadığı takdirde, istinaf başvurusunun kabulü ile ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasına karar vererek işin esası hakkında yeniden bir hüküm tesis edecektir. Ancak ilk inceleme üzerine verilen kararlara karşı yapılan istinaf başvurusunun haklı bulunması, davaya görevsiz veya yetkisiz mahkeme yahut reddedilmiş veya yasaklanmış hâkim tarafından bakılmış olması hâllerinde istinaf merci, istinaf başvurusunun kabulüne ve ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasına karar vererek, dosyayı ilgili mahkemeye gönderecektir.

Aleyhe hüküm verme yasağı açısından istinaf kanun yolunu değerlendirdiğimizde, esas hakkında ilk derece mahkemesi tarafından verilen kararı yalnızca davacının istinafa götürmesi halinde, istinaf merci davanın esası hakkında karar verirken, ilk derece mahkemesinin vermiş olduğu karardan davacının daha aleyhine sonuç doğuracak bir karar veremeyecektir. Bölge idare mahkemesi, ilk derece mahkemesi kararını kaldırmakta ve kendisi yeniden bir hüküm tesis etmektedir. Ancak ilk derece mahkemesi kararı ile kişi için doğmuş olan hukuki durumdan daha aleyhine bir hukuki sonucun ortaya çıkması, aleyhe hüküm verme yasağına aykırılık oluşturacaktır. Dolayısıyla ilk derece yargılaması sürecinde dahi varlığı kabul edilen aleyhe hüküm verme yasağının, istinaf aşamasında da kabul edilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Çünkü aleyhe hüküm verme yasağı, yargılamanın her aşamasında uyulması gereken bir ilkedir. Bununla birlikte, istinaf merciinin başvuru konusu kararı hukuka aykırı bulması halinde, dosyayı ilk derece mahkemesine göndermeyerek, ilk derece mahkemesinin kararını kaldırıp yeniden yargılama yapmak suretiyle

yeni bir karar vereceği için aleyhe hüküm verme yasağının uygulanmayacağı yönünde görüşler de bulunmaktadır²².

Kanun yoluna başvurulduktan sonra aleyhe hüküm verme yasağının mümkün olabilmesi için sadece taraflardan bir tanesinin kanun yoluna başvurmuş olması gerektiğinden, katılma yoluyla istinaf²³ yoluna başvurulması halinde de aleyhe hüküm verme yasağının uygulama imkânı bulmayacağı kanaatindeyiz. Çünkü katılma yoluyla istinaf halinde yalnızca davacı değil, davanın her iki tarafı da istinaf yoluna başvurmuş olacaktır.

b. İYUK 20/A ve 20/B Maddelerine Göre Yapılan Temyiz Kanun Yolunda Aleyhe Hüküm Verme Yasağı

İYUK'a 18.06.2014 tarih ve 6545 sayılı Kanun ile eklenen 20/A ile 10.9.2014 tarih ve 6552 sayılı Kanun ile eklenen 20/B maddeleri ile idari yargılama sistemimize dâhil olan ivedi yargılama ve merkezi sınavlara ilişkin yargılama usullerinde istinaf kanun yolu kabul edilmemiştir. Bu yargılama usullerinde kanun yolu olarak yalnızca temyiz yolu kabul edilmiştir. Ancak bu usullerin uygulandığı davalardaki temyiz usulü normal temyiz usulünden farklı olarak, istinaf usulüne benzer şekilde düzenlenmiştir. Buna göre, Danıştay ilk derece mahkemesinin kararını yerinde görmediği takdirde, gerekli tüm inceleme ve tahkikatı kendisi yaparak davanın esası hakkında karar verecektir²⁴. Kanun'un 20/A ve 20/B maddelerinde düzenlenmiş olan bu usullerde de, taraflardan yalnız bir tanesinin temyiz yoluna başvurmuş olması halinde Danıştay, aleyhe hüküm verme yasağının bir gereği olarak, ilk derece mahkemesinin kararına nazaran temyiz yoluna başvuranın aleyhine sonuç doğuracak bir karar verememelidir.

²² KAPLAN, 2018, s.475.

²³ Temyiz dilekçesinin düzenlendiği İYUK madde 48/3'de, temyiz dilekçesinin karşı tarafı tebliğ edileceği ve karşı tarafından da 30 gün içerisinde cevap verebileceği düzenlendikten sonra; "*Cevap veren, kararı süresinde temyiz etmemiş olsa bile düzenleyeceği dilekçesinde, temyiz isteminde bulunabilir. Bu takdirde bu dilekçeler temyiz dilekçesi yerine geçer.*" hükmüne yer verilmiştir. Aynı Kanun'un 45/2 maddesinde yer alan, istinafın temyizden şekil ve usullerine tabi olduğu düzenlenmesinin bir gereği olarak temyizde olduğu gibi, katılma yoluyla istinafta mümkündür.

²⁴ Bu durumun tek istisnası olarak 20/A-i maddesinde yer alan, "*ilk inceleme üzerine verilen kararlara karşı yapılan temyizi haklı bulduğu hâllerde kararı bozmakla birlikte dosyayı geri gönderir.*" hükmüdür.

c. Temyiz Kanun Yolu Başvurusundan Sonra Aleyhe Hüküm Verme Yasağı

İYUK'un 46'ncı maddesine göre temyiz yolu açık olan bölge idare mahkemesi kararları ile Danıştay'ın ilk derece mahkemesi sıfatı ile bakmış olduğu davalarda verilen kararlara karşı temyiz yoluna gidilmesi mümkündür. Kanun'un 49/2 maddesinde, Danıştay tarafından yapılan temyiz incelemesi neticesinde temyize tabi kararın bozulabileceği haller hüküm altına alınmıştır. Bununla birlikte kural olarak, bozma neticesinde dosya kendisine gelen mahkeme ilk kararında ısrar edebilecektir²⁵. Ancak Danıştay'ın ilk derece mahkemesi sıfatı ile bakmış olduğu davalarda temyiz merci, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu veya Danıştay Vergi Dava Daireleri Kuruludur ve bu Kurulların temyiz incelemesi neticesinde vermiş olduğu kararlar kesindir.

Danıştay, bölge idare mahkemesinin temyize tabi kararını bozduğu takdirde, dosya kendisine gelen bölge idare mahkemesi, ilk kararında ısrar kararı almamış ise ve karar sadece davacı tarafından temyiz edilmiş ise bölge idare mahkemesi, başvuran için ilk vermiş olduğu karara nazaran aleyhe bir karar veremeyecektir. Alt başlıkta inceleyeceğimiz aleyhe bozma yasağı gereğince Danıştay, bölge idare mahkemesi kararını yalnızca davacının temyiz etmesi halinde, davacı aleyhine bozamayacaktır. Karar davacı aleyhine bozulamayacağından, bozma kararına uyan bölge idare mahkemesi de ilk kararından daha aleyhe bir karar veremeyecektir. Bu durum, madde 50/4'de yer alan, "*Danıştayın bozma kararına uyulduğu takdirde, bu kararın temyiz incelemesi, bozma kararına uygunlukla sınırlı olarak yapılır.*" hükmünün de bir gereğidir.

Aleyhe hüküm verme yasağının uygulanabilmesi için varlığı gerekli olan sadece taraflardan bir tanesinin kanun yoluna başvurması şartı, katılma yolu ile davalı idarenin temyiz başvurusunda bulunması halinde sağlanamayacağı için bu durumda aleyhe hüküm verme yasağı uygulanmayacaktır.

B- ALEYHE BOZMA YASAĞI

Aleyhe bozma yasağı, açık bir yasal düzenleme olsun veya olmasın ceza muhakemesi hukukunda, medeni usul hukukunda ve idari yargılama hukukunda varlığı kabul edilen bir ilkedir. Öncelikle aleyhe bozma yasağı ilkesinin genel hatları ile ceza muhakemeleri hukukunda ve medeni usul

²⁵ İYUK Madde 50/3: Bölge idare mahkemesi, Danıştayca verilen bozma kararına uyabileceği gibi kararında ısrar da edebilir.

hukukundaki kabulüne ilişkin açıklamalarda bulunduktan sonra idari yargılama hukukuna ilişkin değerlendirmelerde bulunacağız.

1- Genel Olarak Ceza Muhakemesi Hukukunda ve Medeni Usul Hukukunda Aleyhe Bozma Yasağı

Aleyhe bozma yasağı, hükmü taraflardan birinin kanun yoluna götürmesi halinde, kanun yolu incelemesi yapan mahkemenin, alt derece mahkemesinin kararını başvuruda bulunan aleyhine bozamamasını ifade etmektedir²⁶.

Aleyhe hüküm verme yasağı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda açıkça düzenlenmiş olmasına rağmen, aleyhe bozma yasağı herhangi bir yasal mevzuatta açıkça düzenlenmemiştir. Ancak Ceza Muhakemesi Kanunu'nun, daha önce değinmiş olduğumuz 307/4, 283, 323/2 ve 309/4 maddelerinde düzenlenmiş olan aleyhe hüküm verme yasağının doğal bir sonucu olarak aleyhe bozma yasağı da kabul edilecektir. Aleyhe bozma yasağı ve aleyhe hüküm verme yasağı farklı ilkeler olmakla birlikte, biri kanun yolu merciine diğeri ise alt derece mahkemesine hitap eden; fakat her ikisi de aynı hukuki görüşten kaynaklanan ve birbirine yakın ilkelere²⁷.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda da açıkça aleyhe bozma yasağı düzenlenmemiştir; ancak bu hukuk dalında da Yargıtay içtihatları ile yerleşik bir uygulama halini almıştır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndaki, özellikle taleple bağlılık ilkesinin, aleyhe bozma yasağının dolaylı da olsa pozitif kaynağı olduğu kabul edilmektedir²⁸.

Bununla birlikte medeni yargılama hukukunda resen araştırma ilkesinin uygulandığı hallerde, kamu düzeninin gerekli kıldığı bazı durumlarda, bu kamu düzeninin taleple bağlılık ilkesini kaldırdığı ve aleyhe bozma yasağının da uygulanmayacağı kabul edilir. Yargıtay, kamulaştırma işlemi üzerine açılan bedel artırım davasının²⁹, Kadastro Mahkemesi tarafından miras payının yanlış hesaplanmasına ilişkin davanın³⁰, yabancı uyruklu kişilerin Türkiye'de taşınmaz mal edinmelerine ilişkin davaların³¹ kamu düzenine ilişkin olduğuna ve aleyhe bozma yasağı kapsamında olmadığına karar vermiştir.

²⁶ ATALI, s.17; ARSLAN/ YILMAZ/ TAŞPINAR AYVAZ, s.632.

²⁷ CENTEL/ZAFER, s.790.

²⁸ ATALI, 2014, s.27.

²⁹ Yarg. HGK, 07.12.2005, E.2005/18-555, K. 2005/706.

³⁰ Yarg. 16.HD, 21.12.005, E.2005/18-567, K.2005/757.

³¹ Yarg. 14.HD., 06.02.2007, E.2006/14077, K.07/922.

Gerek ceza yargılama hukukunda gerekse medeni yargılama hukukunda aleyhe bozma yasağından bahsedebilmek için kanun yoluna sadece taraflardan birinin başvurmuş olması gerekir³². Çünkü aleyhe bozma yasağı, kararın kanun yoluna başvuran aleyhine bozulamayacağını ifade eder. Aksi halde yani her iki tarafında da kanun yoluna başvurusu halinde aleyhe bozma yasağının uygulanması mümkün değildir.

2- İdari Yargılama Hukukunda Aleyhe Bozma Yasağı

Aleyhe bozma yasağı, İYUK'ta açıkça düzenlenmemiş olsa da medeni ve ceza yargılamasında olduğu gibi idari yargılama hukukunda varlığı kabul edilen ilkelerdendir³³. Fransız Danıştay'ı da taraflardan sadece birinin kanun yoluna başvurusu halinde, başvuranın hukuki durumunu ağırlaştıracak şekilde karar verilemeyeceğini kabul etmektedir³⁴.

Danıştay kararlarında da bu ilkeye yer verildiği görülmektedir.

Örneğin Danıştay kararına konu bir olayda, maaşının eksik hesaplandığı iddiası ile idareye başvuran kişinin başvurusunun idare tarafından reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davada; idare mahkemesinin geçmişe dönük olarak süreaşımını yanlış hesaplaması ve kişi aleyhine daha eski bir tarihten itibaren süreaşımının başlatılması yönündeki idare mahkemesi kararında hukuki isabet olmamasına rağmen, idare mahkemesi kararı sadece davalı idare tarafından temyiz edildiği için Yüksek Mahkeme aleyhe bozma yasağı gereğince kararın bu kısmının bozulamayacağına hükmetmiştir³⁵. Benzer bir diğer kararda da, vergi mahkemesince dava konusu cezalı tarhiyatın tadilen onanması yolunda karar verilmesinde hukuka uygunluk bulunmamasına rağmen Danıştay davacı tarafından temyiz edilmediğinden, vergi dairesi kararının bozulamayacağına hükmetmiştir³⁶. Ancak bu Danıştay

³² ATALI, s.18; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s.626.

³³ KAPLAN, 2018, s.473.

³⁴ CE., 21.09.2015, No: 375016, www.legifrance.gouv.fr, E.T: 02.02.2018.

³⁵ "... davacı temyiz isteminde bulunmamış olduğundan, "aleyhe bozma yasağı" ilkesi karşısında, bu hususun, idarenin temyiz istemi üzerine dikkate alınarak, idare aleyhine sonuç doğuracak biçimde kararın bu kısmının bozulmasını gerektirmeyeceği açıktır." Dan. 5.D., 16.11.2009, E. 2007/375, K.2009/6571, www.kazanci.com, E.T: 20.03.2018.

³⁶ "Küçük ve büyükbaş hayvanın kesimi sonucu yan ürün olarak elde edilen deri ve bağırsağın elde edilmesi için çiftçilerin (kürk dışında) hayvan yetiştirmeleri düşünülemeyeceğinden, deri ve bağırsağın zirai ürün olarak kabulüne olanak bulunmamaktadır. Bu nedenle deri ve bağırsak ticaretiyle uğraştığı çekişmesiz olan davacının gelir (stopaj) vergisi tevkifatı yapmasına ve müstahsil makbuzu düzenlemesine gerek olmadığından, vergi mahkemesince

kararlarında aleyhe bozma yasağı idare lehine uygulanmıştır. Aleyhe bozma yasağı idare lehine değil, ancak davacı lehine uygulanmalıdır. Çünkü idarenin hukuka uygun hareket etme zorunluluğu vardır. Bu zorunluluk, hukuk devleti ilkesinin de bir gereğidir. Bu sebeple davacı tarafından karar aleyhine kanun yolu başvurusunda bulunulmadığı gerekçesi ile hukuka aykırılığı tespit edilen bir idari işlemin, hukuki âlemde varlığını sürdürmesini kabul etmek hukuk devleti ilkesinin de ihlali anlamını taşıyacaktır.

Aleyhe bozma yasağı, kanun yoluna başvuranın aleyhine ilk derece mahkemesi kararının bozulmasına engel olduğu gibi; kişinin lehine verilmiş olan bir mahkeme kararını temyiz etmesine de engel olmaktadır³⁷. Danıştay'ın kararına konu bir olayda, hakkında tesis edilen bir idari işlemin şekil yönünden iptal edilmesi üzerine kişi, esas hakkında inceleme yapılması gerektiği halde yapılmadığı gerekçesi ile temyiz yoluna başvurmuştur. Danıştay ise, kişinin ilk derece mahkemesinden lehine bir iptal kararı alması durumunda da iptal kararının gerekçe yönünden bozulmasının temyiz merciinden istenebileceğini; ancak somut olayda davacının talebinin gerekçenin değiştirilmesi değil, aynı zamanda mahkeme kararının bozularak yeniden bir inceleme yapılmasını gerektirdiği için, bu durumun aleyhe bozma yasağı kapsamına girdiği değerlendirilmesini yapmış ve temyiz istemini reddetmiştir³⁸.

Bir üst başlıkta bahsetmiş olduğumuz gibi, medeni usul hukukunda resen araştırma ilkesinin uygulandığı bazı hallerde, kamu düzeni gereği aleyhe bozma yasağının uygulanmayacağı Yargıtay kararları ile kabul edilmiştir. Bu doğrultuda idari yargılama hukukunda var olan resen araştırma ilkesinin aleyhe bozma yasağı ile çelişip çelişmediği bir tereddüt oluşturabilir. Resen araştırma ilkesi, davanın neticelenebilmesi için gerekli tüm bilgi ve belgelerin mahkeme tarafından resen elde edilebileceğine ilişkin bir ilke olduğundan, resen araştırma ilkesinin varlığı aleyhe bozma yasağının uygulanmasına engel değildir. Bununla birlikte, daha önce aleyhe hüküm verme yasağına

dava konusu cezalı tarhiyatın tadilen onanması yolunda karar verilmesinde hukuka uygunluk bulunmamakta ise de, anılan karar davacı tarafından temyiz edilmediğinden aleyhe bozma yasağı ilkesi uyarınca vergi mahkemesi kararının bozulması olanağı bulunmamaktadır.”
Dan. 3.D., 12.03.1998, E.1996/6990, K.1998/863, www.kazanci.com, E.T: 20.03.2018.

³⁷ AKYILMAZ/ SEZGİNER/ KAYA, (2019), Türk İdari Yargılama Hukuku, s.702.

³⁸ DİDDK, 17.04.2013, E.2009/1410, K.2013/1469, www.kazanci.com

ilişkin olarak Danıştay kararlarında³⁹ da ifade edildiği gibi; görev, hak düşürücü süre, kesin hüküm itirazı ve maddi hataya dayanan bozma kararına uyulmasında olduğu gibi, kamu düzeni ile ilgili konularda aleyhe bozma yasağı uygulanmayacaktır.

C- İTİRAZ MERCİİ TARAFINDAN ALEYHE KARAR VERME YASAĞI

Aleyhe hüküm verme yasağı sadece yargı mercileri tarafından verilen kararları değil, aynı zamanda idari başvurular neticesinde verilecek kararları da kapsamaktadır⁴⁰. Bunun mevzuata yansıyan bir örneği olarak 657 sayılı Kanun'un 135'inci maddesini gösterebiliriz. Bahsi geçen maddede, disiplin cezalarına karşı itiraz süresi ve itiraz mercileri düzenlenmiş, 4'üncü fıkrasında⁴¹ ise, itiraz mercileri tarafından itirazın kabul edilmesi halinde, disiplin amirlerinin kararı gözden geçirerek, verilen cezayı hafifletebileceği veya tamamen kaldırılabileceği hüküm altına alınmıştır. Görüldüğü üzere, itirazın kabulü halinde cezanın hafifletilmesi veya tamamen kaldırılması ihtimali düzenlendiği halde, cezanın ağırlaştırılması ihtimali düzenlenmemiştir. Dolayısıyla itirazın kabulü neticesinde, ilk cezadan daha ağır bir ceza verilmesi mümkün değildir. Bu düzenleme yargılama hukukundaki aleyhe hüküm verme yasağının idare hukukundaki bir yansıması olarak karşımıza çıkmaktadır.

Danıştay kararına konu bir olayda, kınama cezasıyla cezalandırılan kişi tarafından bu cezaya itiraz edilmiş ve itiraza konu edilen disiplin cezasının dayanağı olan rapordaki incelemelerin yeterli görülmediğinden bahisle, itiraz mercii tarafından itirazın reddi veya kabulü yönüne gidilmeyerek, yeni muhakkikler görevlendirilmiştir. Kişi hakkında aynı isnatlara yönelik olarak yeni bir soruşturma açılmasına karar verilmiş ve yürütülen disiplin süreci neticesinde kişinin bir yıl süreyle kademe ilerlemesinin durdurulması cezasıyla cezalandırılması işlemi tesis edilmiştir. Bu işlem aleyhine açılan davada ilk derece mahkemesi, işlemi hukuka uygun bularak iptal istemini reddetmiştir. Konunun Danıştay'a intikali neticesinde Yüksek Mahkeme, aleyhe karar verme yasağının hak arama hürriyeti açısından önemini

, E.T: 20.03.2018.

³⁹ DİDDK, 17.04.2011, E.2007/1221, K.2011/215.

⁴⁰ GÖZLER/ KAPLAN, s.666.

⁴¹ **Madde 135/4-** İtirazın kabulü hâlinde, disiplin amirleri kararı gözden geçirerek verilen cezayı hafifletebilir veya tamamen kaldırabilirler

vurguladıktan sonra, “İdari rejim uygulamasının geçerli olduğu idare hukuku sistemimizde, idari işlemlere karşı idari makamlara yapılan başvurular, idari yargı mercilerine yapılan başvurularla aynı sonucu alabilme kabiliyetini haiz olduklarından ve disiplin cezasının kaldırılması ya da hafifletilmesi yönünde sonuç doğurabildiklerinden dolayı ilgililerin bu başvurularına da aleyhe bir sonuçla karşılaşmama güvencesi tanınmasında, yani itiraz üzerine yetkili merciler tarafından tesis edilecek işlemlerin de aleyhe karar verme yasağına tabi olması gerektiğinde kuşku bulunmamaktadır” diyerek, ilk derece mahkemesinin kararını hukuka aykırı bulmuştur⁴². Görüldüğü üzere Danıştay bu kararında da, idari makamlara yapılan başvurularda da aleyhe karar verme yasağının kabul edilmesi gerektiğini ifade etmiştir.

Fransız Danıştay’ı da idari itiraz mercileri tarafından da aleyhe karar verme yasağına uyulması gerektiğini kabul etmektedir. Kararına konu bir olayda, verilen disiplin cezasına yapılan idari itiraz neticesinde itiraz merci, cezanın ağırlaştırılmasına karar vermiştir. Bu karara karşı Fransız Danıştay’ı ise, idari itiraz yoluna sadece ceza verilen kişi tarafından başvurulduğu için başvuranın durumunu ağırlaştıracak ceza verilemeyeceği gerekçesi ile idari itiraz merciinin, cezanın ağırlaştırılması yolundaki kararının iptaline hükmetmiştir⁴³.

Danıştay’ın aksi yönde hüküm tesis ettiği eski tarihli bir kararında ise, 6643 sayılı Eczacılar Birliği Kanunu’na göre Bölge Haysiyet Divanı kararlarının Yüksek Haysiyet Divanı tarafından incelenerek aynen veya değiştirilerek onaylanabileceği hükmüne dayanarak; 15 gün süre ile sanattan yasaklama cezası alan kişinin cezasının 6 ay meslekten yasaklama cezasına dönüştürülmesinin hukuka aykırı olmadığı ifade edilmiştir⁴⁴. Yüksek Mahkeme bu kararında Kanun’daki değiştirerek onama yetkisinin cezayı hafifletmeyi kapsadığı gibi cezası hafifletmeyi de kapsadığını kabul ederek, aleyhe hüküm verme yasağının aksine bir hüküm tesis etmiştir. Bu kararda, yasadaki düzenlemenin tamamen lafzi bir yorumla ele alındığı, amaçsal yorum yönteminden yararlanılmadığı görülmektedir.

⁴² Dan. 12.D., 23.03.2016, E.2016/204, K.2016/1587, www.kazanci.com.tr, E.T: 20.03.2018.

⁴³ CE., 17.07.2013, No: 362481, www.legifrance.gouv.fr, E.T: 02.02.2018.

⁴⁴ Dan. 8.D., 29.04.1991, E.1990/1399, K.1991/793, www.kazanci.com.tr

D- ALEYHE HÜKÜM VERME ve ALEYHE BOZMA YASAĞININ HUKUKİ DAYANAKLARI

Aleyhe hüküm verme ve aleyhe bozma yasağının birtakım hukuki dayanaklarının var olduğu kabul edilir. Yargı kararlarında da ifadesini bulan bu hukuki dayanakları; hak arama hürriyeti, taleple bağlılık ilkesi, hukuki güvenlik ilkesi ve iptal davası açmak için varlığı gerekli olan menfaat ihlali başlıkları altında ayrı ayrı inceleyeceğiz.

1- Hak Arama Hürriyeti

Aleyhe hüküm verme yasağı, hak arama hürriyetinin bir gereği olarak karşımıza çıkmaktadır. Hak arama hürriyeti Anayasa'nın 36'ncı maddesinde, *"Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir"* şeklinde ifade edilmiştir. Danıştay da kararlarında aleyhe hüküm verme yasağının hak arama hürriyetinin bir gereği olduğu şu şekilde vurgulamıştır; *"Aleyhe hüküm yasağı olarak adlandırılan bu kural, Anayasanın 36. maddesinde ifadesini bulan hak arama hürriyetinin varlığını, diğer bir ifade ile, ilgililerin, ihlal edildiğini düşündükleri haklarını korumak amacıyla herhangi bir endişe taşımaksızın dava açabilmelerini sağlamaya yönelik bir araç niteliği taşımaktadır. Davacının menfaatinin, dava konusu işlemle belirlenen hukuki durumundan daha ağır biçimde ihlaline yol açacak şekilde karar verilmesi 'aleyhe hüküm yasağı' kapsamındadır. Başka bir anlatımla, anayasal bir hak olan dava hakkını kullanan kişinin, bu hakkı kullanması nedeniyle, yargı kararı ile dava konusu işlemde daha ağır bir hukuki durumla karşı karşıya bırakılması söz konusu olamaz"*⁴⁵.

Aleyhe hüküm verme ve aleyhe bozma ilkeleri, hak arama hürriyeti ile bağlantılı olarak mahkemeye erişim hakkının da bir gereği olarak kabul edilmelidir.

*Mahkemeye erişim hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6'ncı maddesinde açıkça düzenlenmemiş olsa da bu maddede de yer alan adil yargılanma hakkının bir gereği olarak kabul edilmektedir*⁴⁶. *Adil yargılanma hakkı, sadece dava açıldıktan sonraki süreci değil, aynı zamanda kişinin yargı merciine başvurabilmesi imkânını da kapsamaktadır. Kişinin yargı merciine*

⁴⁵ E.T: 20.03.2018.

⁴⁵ Dan. 13.D., 27.09.2017, E.2017/1993, K.2017/2448, www.kazanci.com.tr, E.T: 20.03.2018.

⁴⁶ YILMAZ ÖZEL, s.197.

başvurma hakkı kısıtlandığı sürece, adil yargılanma hakkının varlığından da söz edilemez. Danıştay da bir kararında “..... ‘adil yargılanma hakkı’ kapsamında değerlendirilebilecek, ceza usul hukukunun önemli ilkelerinden biri olan ‘aleyhe hüküm verme yasağı’” diyerek, aleyhe hüküm verme yasağının adil yargılanma hakkı kapsamında değerlendirilebilecek bir ilke olduğunu vurgulamıştır⁴⁷.

Mahkemeye erişim hakkı, kişinin yargı merciine başvurabilmesi için önünde herhangi bir engel olmamasını ifade eder. Bu hak aynı zamanda kişinin aleyhine bir sonuç elde edebileceği yönünde bir kaygı duymadan yargı merciine başvurabilmesini de gerektirir. Kişinin kendi lehine bir sonuç elde etmek için mahkemeye başvurması neticesinde aleyhine bir sonuç elde etme ihtimali, hakkını aramakta kaygı duymasına ve çekinmesine sebep olacaktır⁴⁸. Dolayısıyla mahkemeye erişim hakkının teorik olarak tanınmış olması yeterli görülmemekte, aynı zamanda pratikte kişinin bu hakkı kullanmasına imkân tanınması gerektiği kabul edilmektedir. İşte kişinin yargı merciine başvurduğunda aleyhine bir sonuç elde etme imkânının var olması onun mahkemeye erişim hakkının pratikte kısıtlanması sonucunu doğuracaktır.

Anayasa Mahkemesi de bireysel başvuru neticesinde vermiş olduğu bir kararında mahkemeye erişim hakkını “*bir uyumsuzluğu mahkeme önüne taşıyabilmek ve uyumsuzluğun etkili bir şekilde karara bağlanmasını isteyebilmek*” olarak tanımlamaktadır⁴⁹.

Danıştay da aleyhe hüküm verme yasağının varlığının kişilerin herhangi bir endişe taşımadan yargı mercilerine başvurabilmelerinin, dolayısıyla hak arama hürriyetinin bir gereği olduğunu kabul etmektedir. Danıştay bu hususu bir kararında şu şekilde vurgulamıştır; “*Bilindiği üzere mahkemeler, dava konusu edilen işlemlerin dava konusu edilmemesi halinde ortaya çıkacak hukuki durumdan daha aleyhe sonuç doğuracak şekilde hüküm kuramazlar.*”

⁴⁷ Dan. 5.D., 02.11.2016, E.2016/9676, K.2016/5373.

⁴⁸ “Anayasanın “Hak arama hürriyeti” başlıklı 36. maddesinde “Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.” hükmü yer almaktadır. Söz konusu “adil yargılanma hakkı” kapsamında değerlendirilebilecek, ceza usul hukukunun önemli ilkelerinden biri olan “aleyhe hüküm verme yasağı”, bireylerin hukuki güvenliğini sağlayan, cezayı ağırlaştırmaya engel bir ilkedir. Ceza Muhakemesi Kanunu ve yargı içtihatları ile benimsenmiş olan bu ilke sayesinde davanın taraflarının, ilk yargı kararından daha ağır bir sonuçla karşılaşmayacaklarını bilerek, çekinmeden kanun yoluna başvurmaları sağlanmaktadır”. Dan. 5.D., 02.11.2016, E. 2016/9676, K.2016/5373.

⁴⁹ AYM, Bireysel Başvuru No: 2012/791, 7.11.2013, prg. 52.

Diğer bir ifadeyle davacının dava açmakla içinde bulunduğu hukuki durumunun ağırlaşması ihtimali kabul edilmemektedir. Aleyhe hüküm verme yasağı olarak adlandırılan ve yerleşik yargı kararlarında da yer bulan bu kuralın, ilgililerin ihlal edildiğini düşündükleri haklarını korumak amacıyla herhangi bir endişe taşımaksızın dava açabilmelerini sağlamaya yönelik bir uygulama niteliği taşıdığından, Anayasanın 36. maddesinde ifade edilen hak arama hürriyetini temin eden bir yönü de bulunmaktadır”⁵⁰. Görüldüğü üzere Danıştay da bu kararında, aleyhe hüküm verme yasağının ilgililerin ihlal edildiğini düşündükleri haklarını korumak amacıyla endişe taşımadan dava açabilmelerinin bir teminatı olduğunu vurgulamıştır.

2- Taleple Bağlılık İlkesi

Taleple bağlılık ilkesi, yargı merci tarafından davacının talebinin dışına çıkılmadan yargılama yapılması ve karar verilmesini ifade etmektedir⁵¹. Bir diğer ifade ile yargı merciinin davacının talep sonucu ile bağlı olması ve ondan daha fazlasına veya onun dışında başka bir şeye hükmedememesi anlamına gelmektedir⁵². Bu ilke, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 26’ncı maddesinde⁵³ de açıkça düzenlenmiştir. Taleple bağlılık ilkesi, talebin genişletilmemesi, daraltılmaması ve talep sonucunun dışında başka bir şeye hükmedilmemesi anlamlarına gelmektedir.

Aleyhe hüküm verme yasağı da mahkemenin talep sonucu ile bağlı olmasıyla ilgilidir. Böylece mahkemenin davacının talebinin dışına çıkarak, kişinin aleyhine sonuç doğuracak şekilde karar vermesi de aleyhe hüküm verme yasağının kapsamında değerlendirilebilir. İdari yargılama hukukunda taleple bağlılık ilkesi, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda olduğu gibi pozitif bir hukuk kuralı haline getirilmemiştir. İdari yargılama usulünde de herhangi bir yasal düzenleme olmamasına rağmen hâkimin taleple bağlılığı ilkesi geçerli olduğu hem doktrinde⁵⁴ hem de yargı kararlarında⁵⁵ kabul edilmektedir.

⁵⁰ Dan.12.D., 11.05.2016, E.2012/12930, K.2016/2696.

⁵¹ TÜRKOĞLU ÜSTÜN, s.272.

⁵² ARSLAN/ YILMAZ/ TAŞPINAR AYVAZ, 2016, s.154.

⁵³ **Taleple bağlılık ilkesi**

MADDE 26- (1) Hâkim, tarafların talep sonuçlarıyla bağlıdır; ondan fazlasına veya başka bir şeye karar veremez. Duruma göre, talep sonucundan daha azına karar verebilir.

(2) Hâkimin, tarafların talebiyle bağlı olmadığına ilişkin kanun hükümleri saklıdır.

⁵⁴ ONAR, s.1754. “İdari yargı yerleri istemle bağlı olma kuralını yargılama usulünün bir genel ilkesi olarak uygulamaktadır.” GÖZÜBÜYÜK/ TAN, s.703; KAPLAN, s.473.

⁵⁵ “Usul Hukukunun taleple bağlı olma ve istenilenden fazlaya hükmedilmeyeceği ilkesine aykırı olarak, işlemin tamamının iptali, yolunda verilen kararda isabet görülmemiştir.”

Aleyhe bozma yasağı, sadece taraflardan birinin temyiz talebinde bulunması halinde kabul edildiği için, hâkimin iddia ve savunma ile bağılılığı ve talep dışında karar veremeyeceği kurallarının da bir gereği olarak kabul edilir⁵⁶.

İdari yargılama hukukuna ilişkin olarak özellikle ilk derece yargılamasındaki aleyhe hüküm verme yasağı açısından bir değerlendirme yaptığımızda da, iptal davasında kişi, menfaatinin ihlal edildiği iddiası ile lehine bir sonuç elde etmek için idari işlemin iptali istemiyle dava açmaktadır. Bu sebeple dava sonucunda işlemin davacı aleyhine sonuç doğuracak şekilde iptal edilmesi, yargı mercii tarafından talep sonucunun dışına çıkılarak karar verilmesi anlamına gelecektir.

Taleple bağılılık ilkesi, idari yargıda daha ziyade tam yargı davalarında tazminat miktarının sonradan arttırılmaması ile anılmaktadır⁵⁷. Ancak taleple bağılılık ilkesi, iptal davalarında da karşımıza çıkmakta ve pek çok yargı kararında da bu husus vurgulanmaktadır. *“Usul hukukunun yerleşik içtihatlarından olan “taleple bağılılık” ilkesi uyarınca, idari yargı mercilerinde açılan davalarda; idare mahkemelerinin, davacının istemi ile bağılı olduğu, istemi genişletecek veya daraltacak biçimde karar veremeyeceği açıktır.”* diyerek Danıştay, taleple bağılılık ilkesinin hem davacının isteminin genişletilmesine hem de daraltılmasına engel olduğunu ifade etmiştir. Davacının isteminin daraltılmaması, mutlaka talebinin tamamının kabul edileceği anlamında değil de, talebinin tamamının değerlendirileceği ve talebinden daha azına hükmedilecekse de bunun gerekçesinin kararda bulunması gerektiği şeklinde anlaşılmalıdır. İlgili kısmına yer verdiğimiz Danıştay kararına konu somut olayda da idare mahkemesi tarafından, davacının talebinin bir kısmına ilişkin değerlendirmenin mahkeme kararında bulunmaması, taleple bağılılık ilkesinin ihlali olarak değerlendirilmiştir⁵⁸.

Danıştay’ın *“İdare hukukunun yerleşik içtihatlarından olan “taleple bağılılık” ilkesi uyarınca, idari yargı mercilerinde açılan davalarda, İdare*

Dan.7.D., 07.04.2004, E.2000/9574, K.2004/861.

⁵⁶ KURU, s.136.

⁵⁷ Daha önceden var olan tam yargı davalarında dava dilekçesinde talep edilen tazminat miktarı ile bağılı olunması kuralı, bu konuda yaşanan hak ihlallerinin önüne geçilmesi için 2013 yılında yapılan İYUK’un 16/4’üncü maddesinde yapılan değişiklik ile tam yargı davalarında bir defaya mahsus dava dilekçesinde gösterilen miktarın arttırılması imkânı getirilmiştir.

⁵⁸ Dan. 14.D., 03.02.2017, E.2014/7807, K.2017/501, www.kazanci.com, E.T: 20.03.2018.

Mahkemeleri davacının talep sonucu ile bağlı olup, Mahkemece istemin genişletilmesi, daraltılması veya talep edilmeyen bir konuda karar verilmesi mümkün değildir” değerlendirmesini yaptığı bir diğer karara konu olayda ise, davacı tarafından iptali talep edilmeyen idari işlemlerin mahkeme kararına konu edilmesi taleple bağlılık ilkesinin ihlali olarak değerlendirilmiştir⁵⁹. Görüldüğü üzere Danıştay, bu kararında taleple bağlılık ilkesinin idare hukukunun yerleşik içtihatlarından olduğunu vurgulamıştır.

Yine Danıştay kararına konu bir diğer olayda, idare mahkemesi tarafından kişinin aleyhine sonuç doğurabilecek ve ileri sürmediği bir iddiaya ilişkin olarak değerlendirme yapılarak davacı aleyhine gerekçe oluşturularak karar verilmesi üzerine Yüksek Mahkeme, *“Taleple bağlılık ilkesine aykırı olarak Mahkeme yargısal denetim alanını davacının talebinden bağımsız olarak genişletmeyeceği gibi, söz konusu işlemin dava konusu edilmemesi hâlinde ortaya çıkacak hukuki duruma nazaran davacı aleyhine bir sonuç doğuracak şekilde hüküm de kuramaz. Aleyhe hüküm yasağı olarak adlandırılan bu kural, Anayasanın 36. maddesinde ifadesini bulan hak arama hürriyetinin varlığını, diğer bir ifade ile, ilgililerin, ihlal edildiğini düşündükleri haklarını korumak amacıyla herhangi bir endişe taşımaksızın dava açabilmelerini sağlamaya yönelik bir araç niteliği taşımaktadır. Davacının menfaatinin, dava konusu işlemlerle belirlenen hukuki durumundan daha ağır biçimde ihlaline yol açacak şekilde karar verilmesi “aleyhe hüküm yasağı” kapsamındadır. Başka bir anlatımla, anayasal bir hak olan dava hakkını kullanan kişinin, bu hakkı kullanması nedeniyle, yargı kararı ile dava konusu işlemde daha ağır bir hukuki durumla karşı karşıya bırakılması söz konusu olamaz”*⁶⁰ şeklinde karar vermiştir.

Danıştay kararlarında da yer verildiği üzere taleple bağlılık ilkesi, talep sonucu ile bağlılık olarak anlaşılmalı ve aleyhe hüküm verme ve aleyhe bozma yasağının hukuki dayanağı olarak kabul edilmelidir.

3- Hukuki Güvenlik İlkesi

Hukuk Devleti ilkesinin en önemli unsurlarından bir tanesi olarak kabul edilen hukuki güvenlik ilkesi, bireyin Devlete güven duyduğu ve hukuki güvenliğinin sağlandığı devlet düzeni olarak anlaşılmaktadır⁶¹. Hukuki

⁵⁹ Dan. 13.D., 24.05.2017, E.2011/2401, K. 2017/1632, www.kazanci.com, E.T: 20.03.2018.

⁶⁰ Dan. 13.D., 27.09.2017, E. 2017/1993, K. 2017/2448.

⁶¹ AKYILMAZ/ SEZGİNER/ KAYA, (2019),Türk İdare Hukuku, s.101. *“Hukuki güvenlik ve*

güvenlik ilkesinin bir gereği olarak da bireylerin kazanılmış haklarının korunması gerekir⁶². Aleyhe bozma yasağı ve özellikle de kanun yolu başvurusundan sonra aleyhe hüküm verme yasağı da kazanılmış hakların korunması ilkesinin birer uzantısıdır⁶³. Şöyle ki, kişi lehine verilmiş olan ilk kararın veya kişi lehine verilen bozma kararının, temyiz yoluna başvuran taraf için bir kazanılmış hak olduğu ve daha sonra kişinin daha aleyhine sonuç doğuracak bir karar verilemeyeceği kabul edilir. Kazanılmış haklar ile ve hukuki güvenlik ilkesi ile olan yakın ilişkisi sebebiyle aleyhe hüküm verme yasağı, Hukuk Devleti ilkesinin de bir gereği olarak kabul edilir⁶⁴.

Danıştay da aleyhe hüküm verme yasağının ceza miktarındaki kazanılmış bir hakkın uzantısı olduğunu bir kararında şu şekilde ifade etmiştir; “*Her ne kadar davacı, görevine son verilmesine neden teşkil eden eylemi nedeniyle açılan kamu davasında ilk kez görevi kötüye kullanmak suçundan aldığı mahkumiyet kararını temyiz etmesi üzerine Yargıtayca eyleminin rüşvet suçunu teşkil ettiği ancak kazanılmış haklarının saklı kalmak kaydıyla kararın bozulduğu ve bozma üzerine verilen kararda kazanılmış hakları nedeniyle mahkumiyet kararının ertelenmesine karar verilmesi üzerine görevine son verilmesinde hukuka uyarlık bulunmadığını ileri sürmüştü ise de kazanılmış hakkın sadece ceza miktarına ilişkin olduğu suçun niteliğini kapsamadığı yargısal içtihatlarla kabul edilmiştir. Bu nedenle rüşvet suçundan mahkum olan davacının 657 sayılı Yasa uyarınca memur olma koşulunu kaybettiğinden tesis edilen işlemde hukuka aykırılık bulunmamaktadır.*”⁶⁵.

belirlilik ilkeleri, hukuk devletinin ön koşullarından olup hukuki güvenlik, hukuk kurallarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini; belirlilik ilkesi ise, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya mahal bırakmayacak şekilde açık, net ve anlaşılabilir olmasını ifade etmektedir.” Dan. 9.D., 09.09.2016, E. 2016/15550, K. 2016/5897.

⁶² “Hukuk güvenliği, temel hak güvencelerinde korunan ortak değerdir. Hukuk devleti hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm işlem ve eylemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerektirir. Hukuksal güvenliğin bir sonucu da kazanılmış haklara saygı gösterilmesi ilkesidir. Kazanılmış hak, kişinin bulunduğu statüden doğan ve kendisi yönünden kesinleşmiş ve kişisel alacak niteliğine dönüşmüş haktır. Kişilerin hukuk düzenine güvenerek elde ettikleri hakların sonradan çıkarılacak yasal düzenlemelerle ihlal edilmemesi bu ilkenin gereğidir”. AYM, 04.05.2006, E. 2006/64, K. 2006/54.

⁶³ Doktrinde de aleyhe hüküm verme yasağının hukuki dayanağı olarak kazanılmış hakların korunması ilkesi olduğu kabul edilmekle birlikte, ceza muhakemeleri hukukuna ilişkin olarak bu görüşler eleştirilmektedir. Bkz: SELÇUK, s.13-14.

⁶⁴ KAYMAZ, s.1407.

⁶⁵ Dan. 12.D., 25.01.2008, E.2005/6835, K.2008/320, www.legalbank.com, E.T: 20.03.2018.

Danıştay aleyhe hüküm verme yasağının varlığını kabul ettiği bir kararında bu ilkenin bireylerin hukuki güvenliğini sağlayan bir ilke olduğunu şu ifadeler ile vurgulamıştır; *“Anayasanın ‘‘Hak arama hürriyeti’’ başlıklı 36. maddesinde ‘‘Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.’’ hükmü yer almaktadır. Söz konusu ‘‘adil yargılanma hakkı’’ kapsamında değerlendirilebilecek, ceza usul hukukunun önemli ilkelerinden biri olan ‘‘aleyhe hüküm verme yasağı’’, bireylerin hukuki güvenliğini sağlayan, cezayı ağırlaştırmaya engel bir ilkedir. Ceza Muhakemesi Kanunu ve yargı içtihatları ile benimsenmiş olan bu ilke sayesinde davanın taraflarının, ilk yargı kararından daha ağır bir sonuçla karşılaşmayacaklarını bilerek, çekinmeden kanun yoluna başvurmaları sağlanmaktadır’’⁶⁶. Görüldüğü üzere Danıştay bu kararında, aleyhe hüküm verme yasağının adil yargılanma hakkı kapsamında değerlendirilebileceğini ve bireylerin hukuki güvenliğine hizmet eden bir yönü olduğunu vurgulamıştır.*

4- Menfaat İhlali

İYUK’un 2’nci maddesine göre iptal davası açabilmek için varlığı gerekli olan subjektif ehliyet, menfaat ihlalidir. Menfaat ihlali, dava konusu edilen idari işlem ile davacı arasında var olan ve dava açmaya yetecek bir ilgi bağı olarak izah edilebilir⁶⁷. Aleyhe hüküm verme yasağı da iptal davası için menfaat ihlali koşulunun bir gereği olarak karşımıza çıkmaktadır. Kişinin aleyhine sonuç doğuracak bir davayı açmasında menfaati bulunamayacağından, mahkeme tarafından kişinin menfaatine aykırı değerlendirme yapılmaması veya en azından aleyhine karar verilmemesi gerekir. Bu sebeple menfaat ihlali özellikle ilk yargılama sürecinde ve iptal davasında aleyhe hüküm verme ilkesinin uygulanması için geçerli bir hukuki dayanak olarak karşımıza çıkmaktadır.

Danıştay’ın bir kararında var olan karşı oy yazısında da bu husus şu şekilde ifade edilmiştir; *‘‘2577 sayılı İYUK’un 2. maddesine göre idari işlemlerin iptali için dava açılabilmesi, ilgililerin menfaatlerinin ihlal edilmiş olması koşuluna bağlıdır. Bu koşulun doğal sonucu olarak, iptal davasında*

⁶⁶ Dan. 5.D, 02.11.2016, E.2016/9676, K.2016/5373.

⁶⁷ *‘‘İptal davası açılabilmesi için gerekli olan menfaat ihlali şartı ancak, kişisel-meşru, aktüel bir menfaatin bulunması halinde gerçekleşecektir. Diğer bir anlatımla, iptal davasına konu olan işlemin davacıyı etkilemiş, yani, davacının kişisel menfaatini ihlal etmesi, işlem ile davacı arasında ciddi ve makul bir ilişkinin olması gerekmektedir.’’* Dan. 10.D., 21.05.1990, E.1990/1213, K.1990/1115.

yargı denetiminin, davacının menfaat ihlali ölçüsünde sınırlı bir biçimde yapılması gerekir. Davacının, menfaatinin, dava konusu işlemle belirlenen hukuki durumundan daha ağır biçimde ihlaline yol açacak şekilde karar verilmesi “aleyhe karar verilmesi” ilkesine aykırıdır. Başka bir anlatımla anayasal bir hak olan dava hakkını kullanan kişinin, bu hakkı kullanması nedeniyle yargı kararı ile dava konusu işlemde daha ağır bir hukuki durumla karşı karşıya bırakılması söz konusu olamaz”⁶⁸. Karşı oy yazısında da ifade edildiği gibi, iptal davası açılabilmesi için menfaat ihlali koşulu arandığından kişinin dava açtığı andakinden daha fazla menfaatini ihlal eden bir sonuç doğuracak karar verilmemelidir.

SONUÇ

İdare hukukunda idare ile bireyler arasında var olan eşitsizlik, bilindiği gibi idari davalar ile giderilmektedir. Bir diğer ifade ile idari davaların en temel fonksiyonlarından bir tanesi güçlü olan idareye karşı bireyi korumaktır⁶⁹. Aleyhe hüküm verme ve aleyhe bozma yasakları da idari yargılama hukukunun bu fonksiyonuna hizmet edici niteliktedir. Böylece birey, idare aleyhine kaygı duymadan rahatlıkla yargı merciine başvurabilecektir.

İlk derece yargılamasında idare aleyhine dava açan kişinin aleyhine sonuç doğuracak şekilde iptal kararı verilememesi anlamına gelen aleyhe hüküm verme yasağı; kanun yolları aşamasında da alt derece mahkemesinin kararını kanun yoluna yalnızca davacının götürmesi halinde, yüksek mahkemenin davacı taraf lehine verdiği bozma kararına uyan mahkemenin, ilk verdiği kararına oranla davacının aleyhine sonuç doğuracak şekilde yeni bir karar vermemesidir. Aleyhe bozma yasağı ise alt derece mahkemesinin kararını yalnızca davacının kanun yoluna götürmesi durumunda alt derece mahkemesinin kararının davacının aleyhine bozulmaması anlamına gelmektedir.

Aleyhe hüküm verme ve aleyhe bozma yasağı idari yargılama hukukunda pozitif bir hukuk kuralı haline getirilmemiş olsa da, özellikle hak arama

⁶⁸ DİDDK, 27.02.2017, E.2016/4491, K.2017/846,. Benzer yöndeki bir diğer karar için bkz.: Dan. 8.D., 16.02.1998, E.1997/4389, K.1998/440, www.kazanci.com, E.T: 20.04.2018.

⁶⁹ AKYILMAZ/ SEZGİNER/ KAYA, (2019), İdari Yargılama Hukuku, s.6. Eski tarihli bir Danıştay kararında da idari yargı düzeninin bu fonksiyonu, “İdari yargı yolu, idare edilenlerin idare edenler tarafından müesses tasarruflara karşı ihdas edilmiş bir teminat yoludur.” sözleriyle ifade edilmiştir. Dan. 5.D., 22.10.1946, E.1943/1439, K.1946/3757, DKD, Aralık 1946, sy.34, s.91, Nakleden; AKYILMAZ/ SEZGİNER/ KAYA, (2019), İdari Yargılama Hukuku, s.7.

hürriyetinin bir gereği olarak kabul edilen hukukun genel ilkelerinden bir tanesidir. Kaldı ki, aleyhe hüküm verme ve aleyhe bozma yasağının hak arama hürriyeti yanında, hukuki güvenlik ilkesi ve taleple bağlılık ilkesi gibi, en temel usul ilke ve kurallarıyla doğrudan ilgisi bulunmaktadır. Ayrıca, aleyhe hüküm verme yasağı Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin R(92)17 sayılı tavsiye kararında da açıkça yer almıştır. Nitekim bu ilkeler, idari yargılama hukukunda açıkça bir mevzuat hükmü halinde düzenlenmemiş olsalar da, Danıştay kararlarında yeterince yer almaktadırlar.

Aleyhe hüküm verme ve aleyhe bozma yasağı, idare lehine değil, idareye karşı dava açanlara karşı uygulanması gereken ilkelerdir. İdarenin faaliyetlerinin hukuka uygun olması zorunluluğu, Anayasadaki hukuk devleti ilkesinin zorunlu bir gereğidir ve kamu düzenindedir. Bu nedenle, iptal davalarında aleyhe bozma yasağı ya da aleyhe hüküm verme yasağı, aksine yargı kararları bulunsa da idare bakımından, yani idare lehine olarak uygulanamaz. Bununla birlikte aleyhe hüküm verme ve aleyhe bozma yasağı birey lehine olarak da süre aşımı, görev gibi kamu düzeninden olan hususlarda uygulanmayacaktır.

İdari yargılama hukukunda var olan iki dava türünden biri olan iptal davası, idarenin hukuka uygunluğunun denetimini gerçekleştirerek Hukuk Devleti ilkesine hizmet etmektedir. Özellikle aleyhe hüküm verme yasağının ilk bakışta iptal davasının bu özelliği ile çeliştiği düşünülebilir. Şöyle ki, aleyhe hüküm verme yasağının söz konusu olduğu durumlarda, idare tarafından yapılan işlemin veya alt derece mahkemesi tarafından alınan kararın hukuka aykırı olduğu tespit edilmekle birlikte; bu ilkeler gereğince idari işlem iptal edilmemekte ya da alt derece mahkemesinin kararı bozulmamakta veya ortadan kaldırılmamaktadır. Bu durum da, kişi aleyhine bir hukuki netice doğurmaması için hukuka aykırı olmasına rağmen bir idari işlemin hukuki âlemde varlığını sürdürmesi sonucunu doğuracaktır. Ancak biraz önce ifade edildiği gibi bu durum, hak arama hürriyeti ve hukuki güvenlik ilkesinin dolayısıyla da hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir. Özellikle ilk yargılama sırasında aleyhe hüküm verme yasağının uygulanması, kişilerin menfaatlerini ihlal eden idari işlemlere karşı yargı mercilerine tereddütsüz başvurabilmelerini sağlayarak, hak arama hürriyetinin etkin bir şekilde kullanılmasına hizmet edecektir. Dolayısıyla hukuka aykırılığı tespit edilen bir idari işlemin hukuki âlemde varlığını devam ettirmesine imkân tanıyan bir ilke olarak görülse de, idarenin işlemlerinin daha fazla yargısal denetime tabi olmasını mümkün kılacak ve hukuk devleti ilkesi ile çelişmek yerine hukuk devleti ilkesine hizmet eden bir

görev yerine getirmiş olacaktır.

Benzer şekilde aleyhe bozma yasağı ile kanun yolu başvurusundan sonraki aşama için geçerli olan aleyhe hüküm verme yasağı da kişilerin kaygı duymadan kanun yolu başvurusunda bulunmalarına imkân sağlayacaktır ki; bu da özellikle hak arama hürriyetine hizmet edecektir.

KAYNAKÇA

AKYILMAZ Bahtiyar/ SEZGİNER Murat/ KAYA Cemil, Türk İdare Hukuku, Savan Yayınevi, Ankara, 2019.

AKYILMAZ Bahtiyar/ SEZGİNER Murat/ KAYA Cemil, Türk İdari Yargılama Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara, 2019.

ARSLAN Ramazan/ YILMAZ Ejder/ TAŞPINAR AYVAZ Sema, Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.

ATALI Murat, Medeni Usul Hukukunda Aleyhe Bozma Yasağı, Yetkin- Ankara, 2014.

CENDEL Nur/ ZAFER Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul, 2015.

GÖZLER Kemal/KAPLAN Gürsel, İdare Hukuku Dersleri, Ekin Yayınları, Bursa, 2017.

GÖZÜBÜYÜK A. Şeref/ TAN Turgut, İdari Yargılama Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014.

KARAVELİOĞLU Celal, İdari Yargılama Usulü Kanunu, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.

KAYMAZ Seydi, “Ceza Muhakemesinde Aleyhe Değişirme Yasağı”, Prof. Dr. Nur CENTEL’e Armağan, Y.2013, C.19, S.2, (s.1397-1452).

KAPLAN Gürsel, *İdari Yargılama Hukuku*, Ekin Yayınevi, Bursa, 2018.

KURU Baki, “Hukuk Usulünde Aleyhe Bozma Yasağı”, AÜHFED, S.1, C.30, Y.1973, (s.135-144).

KURU Baki/ ARSLAN Ramazan/YILMAZ Ejder, Medeni Usul Hukuku, Yetkin- Ankara, 2014.

ONAR Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, Cilt III, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966.

SELÇUK Sami, “Yaptırımı (Cezayı) ve Sonuçlarını Ağırlaştırmama Kuralı ve Ülkemizdeki Düzenlemeye ve Uygulamaya Eleştirel Bir Yaklaşım”, TAAD, Cilt 1, Yıl 2, Sayı 7 (20 Ekim 2011), (s.1-47).

TULUAY Metin, “Usule İlişkin Kazanılmış Hak”, DÜHFD, S.2, (s.61-67).

TÜRKOĞLU ÜSTÜN Kamile, İdari Yargılama Usulüne Hakim Olan İlkeler, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019.

YILMAZ ÖZEL Nurcan, Adil Yargılanma Hakkı Kriterlerinin Türk İdari Yargılama Hukuku Açısından Muhtemel ve Gerçekleşen Etkileri, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2016.

UNUTULMA HAKKININ BİR “İNSAN HAKKI”NA DÖNÜŞME YOLCULUĞU

Yaşar SALİHPAŞAOĞLU*

Burcu DEĞİRMENCİOĞLU**

“... geçmiş yaşam doludur, kızdırır, baş kaldırtır, yaralar, o kadar ki, bu yüzden onu yok etmek ya da yeniden yaratmak isteriz. Geleceğe egemen olunmak istenilmesinin nedeni, geçmişi değiştirecek güce sahip olmaktan başka bir şey değildir.”¹

ÖZ

Bilişim ve iletişim teknolojisinde yaşanan gelişmelerin kişisel verilerin biriktirilmesini, onlara ulaşılmasını ve onların analiz edilmesini kolaylaştırması, unutulma hakkı adı verilen yeni bir hakkı gündeme getirmiştir. Terimin yarattığı ilk izlenime rağmen, bu hakkın bir insan hakkı olarak görülmediği açıktır. Ancak insan doğası ve bireyin kendisiyle ilgili bilgilerin geleceğini belirleme otonomisi ile doğrudan ilişkili olan bu hakkın bir insan hakkı olarak kabul edilmesi günümüz dünyası açısından elzemdir. Söz konusu hakkın, Google v. Spain kararının ardından çeşitli uluslararası belgelerde düzenlenmesi, Google’ın unutulma hakkına yönelik talepleri dikkate almaya başlaması ve muhalefet şerhlerinde de olsa Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında hakkı ifade eden terime yer verilmesi bu anlamda önemli bir gelişmedir. Bununla birlikte unutulma hakkının insan hakkı olarak kabul edilmesinin önünde teorik ve pratik pek çok engel bulunmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Unutulma Hakkı, Silme Hakkı, Özel Hayata Saygı Hakkı, Bilgilendirme Otonomisi, Avrupa Birliği Adalet Divanı.

* **Doç. Dr.**, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı, **E-mail Adresi:** yasar.salihpasaoglu@hbv.edu.tr, **ORCID ID:** 0000-0002-3370-9951.

** **Arş. Gör.**, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı, **E-mail Adresi:** burcu.degirmencioglu@asbu.edu.tr, **ORCID ID:** 0000-0001-5721-9933.

¹ KUNDERA, s.32.

DOI : 10.34246/ahbvuhfd.733270

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 27/03/2020

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 07/04/2020

THE JOURNEY OF TRANSFORMATION OF THE RIGHT TO BE FORGOTTEN TO A “HUMAN RIGHT”

ABSTRACT

The fact that developments in information and communication technology facilitates the accumulation, access and analysis of personal data has brought a new right called right to be forgotten. Despite the first impression of the term, it is clear that this right is not seen as a human right. However, it's essential for today's world that this right, which is directly related to the informational self- determination about human nature and the individual himself, as a human right. It is an important development in this sense that the right in question was regulated in various international documents following the decision of Google v. Spain, that Google started to consider the demands for the right to be forgotten and that the term expressing the right in the decisions of the European Court of Human Rights, even in dissenting opinions. However, there are many theoretical and practical obstacles to accepting the right to be forgotten as a human right.

Keywords: *Right to be Forgotten, Right to Delete, Right to Respect for Private Life, Informational Self- Determinations, Court of Justice of European Union.*

I. GİRİŞ

Toplumsal hayatın ve hukukun değişimine neden olan en önemli faktörlerden biri bilim ve teknolojiye yaşanan gelişmelerdir. Uygarlık tarihi bir yönüyle bilim ve teknoloji tarihidir. İlkel yaşam biçimlerinden bugüne bilim ve teknoloji alanında görülen gelişmeler insan davranışlarını etkileyen, toplumsal yaşamın yönünü belirleyen, yeni kurum ve kuralların ortaya çıkmasına yol açan dönüm noktalarını oluşturur.² Bu dönüm noktalarından biri de yeni bir çağa girilmekte olduğu izlenimi veren bilişim ve iletişim teknolojilerinde yaşanan gelişmelerdir. Bilgi bolluğu ile damgalanan bu çağ bilgi çağı, oluşan yeni toplum bilgi toplumu olarak adlandırılmaktadır.³

Bilgi toplumunun ayırt edici yönlerinden biri ve belki de en önemlisi, 20. yüzyılın son çeyreğinden itibaren kendini göstermeye başlayan ve bugün sunduğu olanaklar ile hayatımızın çok büyük bir kısmını kuşatan bilişim teknolojisindeki gelişmelerdir. Günümüzde bilgisayar ve akıllı telefonlarda

² SALİHPAŞAOĞLU, s.56.

³ SCHILLER, s.274.

kullanılan sayısız uygulama ve arama motorları hayatı kolaylaştırmanın yanında kişilerin fotoğraf, video, e-posta adresi, telefon numarası, iletişim kurduğu kişiler, boş zaman geçirme tercihleri, tüketim alışkanlıkları, sevdikleri, nefret ettikleri, yaptığı araştırmalar, gerçekleştirdiği görüşmeler gibi daha birçok konu hakkında sayısız veriyi de biriktirmektedir. Yine bu sahada yaşanan gelişmeler bu verilere ulaşılmasını, bunların analiz edilmesini ve paylaşılmasını da kolaylaştırmaktadır.⁴ Bu durum hayatı yaşanır kılan, acıların etkisini azaltan, insanın değişmesine ve dönüşmesine zemin hazırlayan *unutma* ve *unutulmayı* neredeyse olanaksız kılmaktadır. İnsanın doğasına aykırı olan ve onu geçmişine indirgeyen bu gelişmeler *unutulma hakkı* (*right to be forgotten*) adı verilen yeni bir hakkı gündeme getirmiştir.

Son zamanlarda dünyada ve Türkiye’de bir kısmı kişisel verilerin korunması bağlamında, bir kısmı ise bağımsız bir konu olarak unutulma hakkına dair pek çok makale, tez ve kitap yazılmıştır. Özellikle Türkiye’de bu konuya ilişkin yapılan çalışmaların neredeyse tamamında, unutulma hakkı herhangi bir temellendirme yapılmadan, çeşitli uluslararası hukuk düzenlemelerinden ve Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD)⁵ ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM)⁶ kararlarından hareketle bir *insan hakkı* olarak ele alınmıştır.⁷ Oysa unutulma hakkının gerek uluslararası hukuk metinlerinde gerekse uluslararası yargı kararlarında bir *insan hakkı* olarak kabul edildiğini söylemek bugün için çok zordur. Bununla birlikte bir *hak* olarak ortaya çıktığı günden bugüne unutulma hakkının bir *insan hakkına* dönüşme yolculuğu içerisinde olduğu da görülmektedir. Henüz tamamlanmamış bu yolculuk hem hakkı ifade etmek için kullanılan terminolojide, hem uluslararası düzenlemelerde hem de yargı kararlarında kendini göstermektedir.

Bu çalışmada unutulma hakkının neden bir insan hakkı olarak kabul edilmesi gerektiği ve başlangıçtan bugüne uluslararası hukuk metinlerinde ve yargı kararlarında nasıl bir gelişim gösterip, ele alındığı, başka bir ifadeyle insan hakları yolculuğunda ne kadar mesafe katettiğini ortaya konulmaya çalışılacaktır. Bu nedenle hakkın kapsamı, sınırları, diğer haklarla ilişkisi, ulusal hukuklardaki düzenlemeler ve ulusal yargı organlarının söz konusu hakka yaklaşımı çalışmanın kapsamı dışında bırakılacaktır.

⁴ HAMMARBERG, s.48; YAVUZ, s.19.

⁵ Court of Justice of the European Union (CJEU).

⁶ European Court of Human Rights (ECHR).

⁷ Bkz. ÖZ DEMETOĞLU, s.59, 66; AKYÜZ BİLGE, s.214, 241; YILDIZ, s.199; YAVUZ, s.43, 47; SÖZÜER, s.1, 79, 185, 189, 190, 191; GÜLENER, s.226, 245; AKGÜL, s.19 vd.

II. TERMİNOLOJİ SORUNU

Unutulma hakkı fikrinin kökleri, 1966 yılından beri Fransız hukukunda bilinen *droit à l'oubli* ve 1985 yılında İtalya’da mahkeme kararlarında karşımıza çıkan *diritto all’oblio* kavramlarına dayanmaktadır. Daha çok kişisel verilerin korunması kapsamında görülen suç geçmişinin ve devletin elindeki kayıtların belirli bir süre sonra silinmesi hakkını güvence altına alan söz konusu⁸ ifadeler İngilizceye *right to oblivion* ya da *right to be forgotten* olarak çevrilmiştir. *Cécile de Terwangne* tarafından aynı anlama geldiği iddia edilen⁹ söz konusu ifadelerin Türkçe karşılığı *unutulma hakkıdır*.

20. yüzyılın son çeyreğinde, bilgi ve iletişim teknolojisinde yaşanan gelişmeler, Fransız ve İtalyan hukukunda yer alan söz konusu hakkın kapsamının yeniden belirlenmesini ve kişilere ait bilgilerin internet ortamında serbestçe dolaşımı ile bireyin bu konuda belirleyici olması arasında yeni bir denge kurulmasını gerektirmiştir.¹⁰ İşte bu denge, hukuki düzenlemelerde ve doktrinde *silme hakkı (right to delete)*¹¹, *toplumsal unutkanlık (social forgetfulness)*¹², *kalıcı olarak silme hakkı (right to erasure)*¹³ ve *unutulma hakkı (right to be forgotten/ right to oblivion)* gibi çeşitli terimlerle ifade edilen ve kapsamı kaynağından farklılaşan yeni bir hak ile kurulmuştur.

Çoğu zaman birbirinin yerine kullanılan söz konusu terimlerden hangisinin hakkı ifade etmek için daha uygun olduğu doktrinde tartışma konusu olmuştur. *Paul Bernal*, söz konusu hakkı ifade etmek için kullanılan terimlerin lafzından hareketle, başkalarına sorumluluk yükleyen *unutulma hakkı* yerine veri sahibinin doğrudan harekete geçmesine vurgu yapan *silme hakkının* kullanılmasını gerektiğini savunmuştur. Ona göre, hakkın hayata geçirilmesi konusunda başkalarına sorumluluk yükleyen unutulma hakkı, neyi konuşup konuşmayacağımıza müdahale ederek ifade hürriyetine sınırlama

⁸ BROCK, s. 24; COFONE, s.2.

⁹ TERWANGNE, s.82.

¹⁰ TERWANGNE, s.82.

¹¹ Bkz. CONLEY; BERNAL.

¹² BLANCHETTE/JOHNSON, s.33-45.

¹³ Kişisel verilere ilişkin uluslararası hukuk metinlerinde sıklıkla karşımıza çıkan ve GDPR’ın 17. maddesinin başlığına adını veren *right to erasure*, Türkçeye *silme hakkı* olarak çevrilmiştir. Böyle bir çeviri doğal olarak söz konusu terimin *right to delete* ile karıştırılmasına yol açmaktadır. Bu nedenle, *internet ortamından kalıcı olarak silinme* anlamına gelen *erasure* sözcüğünü biz *kalıcı olarak silme* olarak Türkçeye çevirdik. Bkz. SHARMA, s.212.

getirmekte ve sansür çağrışımı yapmaktadır.¹⁴ Ancak hak sahibi olmak; sadece bir şey yapmaya yetkili olmak değil, aynı zamanda bir şeyi talep edebilmek anlamına gelir. Bu açıdan bakıldığında hak, sahibine, bir şeyi yapabilme ya da bir şeyi talep edebilme yetkisi sağlarken, diğer kişilere de bu yetkinin tanınması, kullanılmasına engel olmama ve saygı gösterme ödevi yükler.¹⁵ Bu nedenle unutulma hakkının, mutlak bir hak niteliğinde olmayan ifade hürriyetini sınırlamasında herhangi bir sakınca yoktur. Ayrıca ifade hürriyetini sınırlamayan bir unutulma hakkının hayata geçirilmesi zaten mümkün değildir.

Blanchette ve *Johnson*, herkesin hayata yeni bir başlangıç yapabilmesi için unutkanlığa ihtiyaç duyulduğunu söyler. Onlara göre, unutkanlığın olmadığı ve her şeyin kayıt altına alındığı bir dünya demokrasinin gelişmesine elverişli değildir. Unutkanlığın birey ve toplum için faydalı olduğunu belirten yazarların bu düşüncüyü ifade etmek için kullandığı terim *toplumsal unutkanlıktır*. Bununla birlikte hukuktan ziyade sosyal-psikolojide kullanılan söz konusu terim hem unutulma hakkını karşılamaktan uzaktır, hem de terimi kullanan yazarlarca unutulma hakkını ifade eden bir alternatif olarak sunulmamıştır.¹⁶

Terwangne ise *unutulma hakkı* ile *kalıcı olarak silme hakkının* aynı şeyi ifade etmediğini, kalıcı olarak silme hakkının kişiye kendisine ait verileri ortadan kaldırma olanağı tanırken, unutulma hakkının geçmişteki verinin gün yüzüne çıkartılmasını ve bugüne taşınmasını engellediğini iddia etmektedir.¹⁷

Bize göre de hakkı ifade eden en uygun terim *unutulma hakkıdır*. Söz konusu hakkın insan hakkına dönüşebilmesi için silme, kalıcı silme gibi bir eyleme değil, unutulma gibi bir sonuca vurgu yapan bir terime ihtiyaç vardır. Elde edilmek istenen amaca ya da sonuca ulaşmaya hizmet eden araçların hakkın bizatihi kendisi olarak görülmesi, sadece hakkın koruduğu değerler gölgede kalmasına değil, aynı zamanda hakkın kapsamının daralmasına da neden olmaktadır. Nasıl ki internete girme hakkı, ifade hürriyetinin bir uzantısı olarak kabul edilen bilgiye erişim hakkı ile aynı şey değilse, silme hakkı da unutulma hakkı ile aynı şey değildir. *Silme* olsa olsa unutulma hakkının hayata geçirilmesine hizmet eden *anonim hale getirme, düzeltme, engellenme, yok etme* gibi birçok araçtan sadece bir tanesidir.

¹⁴ BERNAL.

¹⁵ UYGUN, s.478; KALABALIK, s.26-27.

¹⁶ BLANCHETTE / JOHNSON, s.33-45.

¹⁷ TERWANGNE, s.83.

Unutulma hakkı terimine ilk yer veren uluslararası belge, Avrupa Konseyinde, üye ülkelerin hukuk alanında işbirliğini yürütmek üzere oluşturulan *Hukuk Alanında İşbirliği Komitesi*¹⁸ bünyesinde faaliyetlerini sürdüren *Veri Koruma Uzmanlar Komitesinin*¹⁹ yeni teknolojiler karşısında kişisel verilerin korunmasına ilişkin 1989 tarihli çalışmasıdır. Söz konusu çalışmada bu alanda oluşturulacak bir düzenlemede dikkate alınması gereken unsurlar sayılırken açık bir şekilde *unutulma hakkı* terimi, saklanan verilerin belirli bir süre sonunda silinmesi anlamında da olsa kullanılmıştır²⁰.

Unutulma hakkının, *unutulma hakkı* terimini kullanarak, bir hak olarak, açıkça düzenlendiği ilk uluslararası hukuki metin ise Avrupa Parlamentosu tarafından 27 Nisan 2016 tarihinde yayımlanarak 25 Mayıs 2018 tarihinde yürürlüğe giren ve tüm birlik üyeleri için bağlayıcı olan *Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğüdür (GDPR)*.²¹ 95/46/EC sayılı *Direktifi*²² yürürlükten kaldıran bu *Tüzüğün Beyanlar (Recitals)* bölümünün 65 ve 66. maddelerinde de bu terime açıkça yer verilmiştir.²³ Aynı Tüzüğün 17.maddesinin başlığı ise “silme hakkı (right to erasure) / unutulma hakkı (right to be forgotten)”dır. Her ne kadar madde başlığında silme hakkı ile birlikte kullanılsa ve madde metninde unutulmadan hiç bahsedilmese de bu durum unutulma hakkının silme talebinin ötesinde bir insan hakkına dönüşme yolculuğunda önemli bir gelişme olmuştur.

¹⁸ Council of Europe, European Committee on Legal Co-operation (CDCJ), (<https://www.coe.int/en/web/cdcj/home?> , erişim:16.01.2020).

¹⁹ Committee of Experts on Data Protection (CJ-PD).

²⁰ European Council, Committee of Experts on Data Protection (CJ-PD), “New Technologies: a challenge to privacy protection?”, 1989, (<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=0900001680684607>, erişim:15.12.2019).

²¹ General Data Protection Regulation (GDPR), (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R0679&from=EN#d1e40-1-1> , erişim:16.12.2019).

²² 24 Ekim 1995 tarihli ve 95/46/EC sayılı “Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Bu Türdeki Verilerin Serbest Dolaşımı Bağlamında Bireylerin Korunmasına İlişkin Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Direktifi” ise AB bünyesinde yapılan kişisel verilerin korunmasına ilişkin önemli metinlerden biri olmuştur. The European Parliament and the Council of The European Union, Directive 95/46/EC of The European Parliament and of the Council of 24 October 1995, (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31995L0046&from=EN> , erişim:27.03.2020).

²³ General Data Protection Regulation Recitals, Recital 65 “Right to Rectification and Erasure”, (<https://gdpr-info.eu/recitals/no-65/> , erişim:15.01.2020); General Data Protection Regulation Recitals, Recital 66 “Right to be Forgotten”, (<https://gdpr-info.eu/recitals/no-66/> , erişim:15.01.2020).

Bununla birlikte hakkın *unutulma hakkı* terimiyle kullanılmasının yaygınlaşması Avrupa Komisyonunun Adalet, Temel Haklar ve Yurttaşlıktan sorumlu Başkan Yardımcısı *Viviane Reding*'in, Brüksel'de gerçekleştirilen bir konferansta yaptığı konuşma ve ABAD'ın *Google v. Spain* kararı ile olmuştur.

III. UNUTULMA HAKKININ ÖNEMİ VE TEMELLENDİRİLMESİ

A. “Tanrı Affeder, İnternet Asla”

30 Kasım 2012’de Viviane Reding, Brüksel’de gerçekleştirilen *AB Veri Koruma ve Mahremiyet Konferansında* (*The European Data Protection and Privacy Conference*) yaptığı konuşmada unutulma hakkının önemini vurgulamak için şu ifadeyi kullanmıştır: “Tanrı affeder; ama internet asla! İşte ‘unutulma hakkı’nın benim için neden önemli olduğu bu cümlede gizlidir”²⁴

Reading’in de söylediği gibi, Tanrı affeder; ama internet affetmez ve unutmaz. Unutmak, unutulmak, affedilmek inanç sistemlerinin temelini oluşturur. İnananlara göre affedici olan Tanrı, tövbecarların geçmişlerine sünger çekmelerine, yeni bir başlangıç yapabilmelerine olanak tanır. Başka bir ifadeyle insanların geçmişlerinden kurtulmalarına, kendilerini yeniden inşa etmelerine, pişmanlıklarından ders çıkararak hayatlarına yeni bir yön vermelerine izin verir. Oysa günümüzde dijital teknoloji ve küresel ağlar nedeniyle, unutmak ve unutulmak istisna haline gelmiş²⁵, geçmiş dijital derilerimize kazınmış bir dövmeye dönüşmüştür²⁶. Özellikle gençlikte yaşanan tecrübeler, hayatın ilerleyen yıllarında hata olarak algılanıp unutmak ve unutturulmak istenebilir. Yeni iletişim teknolojilerini ve sosyal medyayı kullanan kişilerin %38’inin 9-12, %77’sinin ise 13-16 yaş aralığındaki²⁷ gençlerden oluşması, ilerleyen zamanlarda unutulma talepleriyle daha fazla karşılaşılacağını göstermektedir.²⁸ Bu taleplere cevap verebilmek tek tek

²⁴ REDING, Viviane. The European Data Protection and Privacy Conference, Brussels, 30 November 2010. (https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/SPEECH_10_700, erişim:04.12.2019). REDING, Viviane. The EU Data Protection Reform 2012: Making Europe the Standard Setter For Modern Data Protection Rules in Digital Age, 22 January 2012, Munich. (http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-12-26_en.htm, erişim:04.01.2019).

²⁵ SCHÖNBERGER, s.1.

²⁶ LASICA.

²⁷ EU Kids Online, (<http://www.lse.ac.uk/media-and-communications/research/research-projects/eu-kids-online>, erişim:28.03.2019); Gençler ve sosyal medya konulu başka bir anket çalışmasında yer alan veriler için ayrıca bkz. GÜLENER / TÜRKÖLMEZ.

²⁸ CIAVARELLA / TERWANGNE, s.158.

bireyler ve bir bütün olarak toplumun sağlığı ve düzeni için önemlidir²⁹.

Unutmak ve unutulmanın esas olduğu bir dönemden giderek dijitalleşen bir dünyada yaşamının kaçınılmaz hale gelmesiyle birlikte, unutmak ve unutulmanın istisnaya dönüşmesi insan haklarının gerekçesi olarak gösterilen insan doğası ve özgürlüğünü de tehdit etmeye başlamıştır. Gerçekten de “hafıza-i beşer nisyan ile maluldür” vecizesinde de vurgulandığı gibi insanın doğasında unutmak vardır; ancak doğasında istifçilik ve ifşa olan internet bunu neredeyse olanaksız hale getirmektedir. Unutmak ve unutulmanın değil, hatırlamak ve hatırlatmanın geçerli olduğu internet ortamında insanın acılarını, hata olarak gördüklerini geride bırakması, hem iç dünyasında hem de başkalarının gözünde kendini değiştirmesini zorlaştırmaktadır. *George Orwell*'ın 1984 isimli distopyasında “Geçmiş kontrol eden geleceği kontrol eder. Bugünü kontrol eden geçmiş kontrol eder.”³⁰ şeklinde ifade edildiği üzere, iletişim ve bilişim alanında yaşanan gelişmeler karşısında, unutulma hakkının olmadığı bir ortamda bireyin geçmişini kontrol etmesi ve geleceğini inşa etmesi beklenemez. Böyle bir ortam insanın doğasına içkin olduğu kabul edilen istenç (irade, will) özgürlüğü ve kendini gerçekleştirme kapasitesine³¹ aykırı bir biçimde onu geçmişe hapsedmekte, değişmesini ve dönüşmesini reddetmekte, başkalarının zihninde onu dondurmaktadır. Bu ise, onun kendine dair bilgilendirme konusundaki otonomisini elinden almaktadır.

B. Bilgilendirme Otonomisi: “Geçmiş Kontrol Eden Geleceği Kontrol Eder”

Unutulma hakkının tanınmadığı internet ortamında insanın kendine yeni bir şekil vermesi, kendi dünyasında ve başkalarının zihninde kendini değiştirmesi ve pişmanlığının görünür olabilmesi oldukça zordur. Oysa insanın geçmişini bir kenara bırakarak geçmişiyile değil, şimdiki haliyle bilinmesi, kendisini değiştirebilmesi, pişmanlık duyarak hayatına yeni bir yön vermesi, aynı şekilde elde ettiği ya da ulaştığı yeni bilgilerle birlikte yanlışlarını düzeltebilmesi ve dünkü doğrularının yanlışlığını fark etmesi onun *bilgilendirme otonomisi* ile yakından ilişkilidir.

Bireysel özerklikle bağlantılı olarak, bireylerin kendilerine ait bilgileri düzeltme, silinmesini isteme, bağlamı dışında bilinmesini istememeyi ifade

²⁹ SCHÖNBERGER, s.6-7.

³⁰ ORWELL, s.59.

³¹ İnsan haklarının doğalcı temellendirilmesi için bkz. ERDOĞAN, s.56-65.

eden unutulma hakkı düşüncesi, kişinin geçmişinden ibaret olmadığını ortaya koymaktadır³². Geçmiş geçmişte kalmıştır ve kişi isteyene kadar ya da haklı bir sebep olmaksızın tekrar yüzeye çıkartılmamalıdır.³³ Bu durum, bireysel özerklik temelinde, insanların kendileriyle ilgili bilgilerin geleceğini belirlemek³⁴ olarak tanımlanabilecek *bilgilendirme otonomisi* (*informational self-determination, informationelle selbstbestimmung, informational autonomy*)'nin bir gereğidir.

Bireyin kendisine ait bilgilerin hangilerinin, ne dereceye kadar başkalarıyla paylaşılacağına karar verme özgürlüğü olan *bilgilendirme otonomisi kavramı*, Alman Anayasa Mahkemesinin 1983 tarihli kararı³⁵ ile inşa edilmiştir. *Nüfus sayımı kararı*³⁶ olarak bilinen bu davada, Mahkeme söz konusu kavramı *Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasasının devlete insan onur ve haysiyetini koruma yükümlülüğü* yükleyen birinci ve kişiye kendini serbestçe geliştirme hakkı veren ikinci maddesi temeline oturtmuştur³⁷.

Bilgilendirme otonomisi kavramı özünde kişisel bilgilerin ifşası ve kullanımı hakkında bireyin belirleyici olmasıyla ilgilidir³⁸. Alman Anayasa Mahkemesinin görüşüne göre, bu hak sadece bireyi değil, aynı zamanda demokratik düzeni korumak için de gereklidir³⁹. Kişisel verilerin kim tarafından, nasıl, ne zaman ve hangi sınırlara bağlı olarak paylaşılacağına birey tarafından belirlenmesi, toplumsal bir düzen yaratacaktır. Mahkeme ayrıca, temel bir hak olarak tanımladığı⁴⁰ bilgilendirme otonomisini mutlak bir hak olarak tasarlamadığına, *baskın bir kamu yararı* olması halinde

³² TERWANGNE, s.87.

³³ TERWANGNE, s.83.

³⁴ KÜZECİ, s.56.

³⁵ 65 BVerfGE 1, decision of 15.12.1983, (https://www.bundesverfassungsgericht.de/Shared-Docs/Entscheidungen/DE/1983/12/rs19831215_1bvr020983.html, erişim:16.01.2019).

³⁶ “Census Case” için bkz. RINGELHEIM, s.25; “Census decision” için bkz. FLAHERTY, s.77; SCHWARTZ, s.686; STABEN, s.1; FIALOVA, s.47; SCHAAR, s.4; KODDE, s.19; HORNUNG/SCHNABEL, s.84-88; SCHWARTZ, s.562.

³⁷ Federal Alman Cumhuriyeti Anayasası, (<http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/ulkeana/pdf/08-ALMANYA%20209-276.pdf>, erişim: 26.12.2019).

³⁸ RINGELHEIM, s.25; Ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. EBERLE, s.965- 1016. Alman Anayasa Mahkemesi bilgilendirme otonomisi kavramını, “bireyin kişisel bilgilerinin ifşasını ve kullanımını kendisinin belirlemesi hakkı” olarak tanımlar. STABEN, s.1-2’den naklen.

³⁹ RINGELHEIM, s.25.

⁴⁰ “Fundamental right to informational self-determination”. SCHAAR, s.4.

bu hakkın sınırlanabileceğine, istisnai hal dışında, herkesin kendisine ait verilerin kullanımı ve devri konusunda belirleme hakkına sahip olduğuna karar vermiştir.⁴¹ Bireyin ne zaman ve hangi sınırlar içerisinde yaşam ilişkilerini alenileştireceğine karar verme hakkı kendisine aittir.⁴² Bu yönüyle bakıldığında bilgilendirme otonomisi, kişinin geçmişte kalmış, bugün için geçerli olmayan eski bilgilerle değil, değişim ve dönüşümünü yansıtan güncel bilgilerle kendini ifade etmesidir.

Unutulma hakkının, insan hakkı olarak temellendirilmesinde önemli bir dayanak oluşturan *bilgilendirme otonomisi* kavramı, AİHM kararlarında da yer bulmuştur. Alman Anayasa Mahkemesinin kararından bir yıl sonra, 1984 yılında, *Malone v. The United Kingdom* davasında söz konusu kavram *bilgilendirme otonomisi hakkı* (*right to informational self-determination*) olarak karşımıza çıkmıştır. *Yargıç Pettiti*'nin *mutabık görüşünde* (*concurring opinion*) bilgilendirme otonomisi, Alman Anayasa Mahkemesinin kararına gönderme yapılarak “bireyin özel hayatıyla ilgili verileri hangi sınırlar dahilinde belirleyebileceğine karar verme ve kendisini ‘kamu mülkü’ yapma eğilimine karşı koruma hakkı”⁴³ olarak tanımlanmıştır. Aynı şekilde 2013 tarihli *Youth Initiative for Human Rights v. Serbia*⁴⁴ ve 2016 tarihli *Magyar Helsinki Bizottság v. Hungary*⁴⁵ kararlarında da *mutabık görüşte yer verilen bu hak, 2017 ve sonrası kararlarda Mahkemenin değerlendirmesi* (*The*

⁴¹ RINGELHEIM, s.25.

⁴² ŞİMŞEK, s.115. Alman Anayasa Mahkemesi, bilginin “*gizlilik*” niteliğini incelemeksizin tamamen, bilginin toplumsal niteliğini dikkate alarak, bireylere tanınan bilgilendirme otonomisi hakkının devlete bazı yükümlülükler yüklediğini ifade etmiştir. Veriler konusunda münhasır kontrol veya mülk menfaati vermek yerine, bilgilendirme otonomisi Devlet’i kişisel özerkliğe saygı gösterilmesi için veri işleme organize etmeye zorlar. Bu nedenle, devlet etkilenen kişilerin kendileriyle ilgili verileri kimlerin kullanacağını belirlemesine izin vermek amacıyla bu verilerin işlenmesini yapılandırmak için önemler alınmalıdır. SCHWARTZ, s.690.

⁴³ AİHM, *Malone v. The United Kingdom*, B.N.: 8691/79, 02.08.1984, “Concurring Opinion of Judge Pettiti”.

⁴⁴ Söz konusu davada, *Yargıç Sajó and Vučinić*’in *mutabık karşı görüşünde* bilgilendirme otonomisi terimine yer verilmiş ve 10.madde kapsamında bilgiye erişim hakkının bilgilendirme otonomisi ile ilişkili olduğu vurgulanmıştır. AİHM, *Youth Initiative for Human Rights v. Serbia*, B.N.: 48135/06, 25.06.2013, “Joint Concurring Opinion of Judges Sajó and Vučinić”.

⁴⁵ Söz konusu kararda *Yargıç Nussberger ve Keller*, Alman Anayasa Mahkemesi’ne atıfta bulunarak bilgilendirme otonomisi hakkını, kişisel verilerin korunması ve kullanımının düzenlenmesiyle ilişkilendirmişlerdir.

AİHM, *Magyar Helsinki Bizottság v. Hungary*, (Grand Chamber), B.N.: 18030/11, 08.11.2016, “Concurring Opinion of Judges Nussberger and Keller”, §7.

Court's assessment) bölümünde karşımıza çıkmaya başlamıştır. Sözleşmenin 8. maddesine ilişkin değerlendirme yapılırken başvurulacak ilkelerin ifade edildiği bölümde *bilgilendirme otonomisi hakkına* açıkça yer verilmiştir. Mahkemeye göre, “Sözleşmenin 8.maddesi bilgilendirme otonomisi hakkını güvence altına almaktadır. Bu hak, bireylerin verilerinin gizliliği hakkına güvenmelerine imkan vermektedir.”⁴⁶

IV. ÖNEMLİ BİR DÖNÜM NOKTASI: GOOGLE V. SPAIN KARARI VE ETKİLERİ

ABAD tarafından verilen 2014 tarihli *Google Spain SL and Google Inc. v Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) and Mario Costeja González (Google v. Spain)* kararı unutulma hakkının insan hakkına dönüşme yolculuğunda bir dönüm noktası niteliğindedir.⁴⁷

Karara konu olan olayda başvuru *Mario Costeja González*, kendi ismini Google arama motoruna yazdığı *La Vanguardia* gazetesinin *González*'in sosyal güvenlik borçları sebebiyle mülkünü satmasını haber yapan 19 Ocak ve 9 Mart 1998 tarihli sayfasına ait linklerin⁴⁸ kaldırılması veya düzeltilmesi istemiyle *İspanyol Veri Koruma Ajansı (Agencia Española de Protección de Datos -AEPD)* 5 Mart 2010 tarihinde bir başvuru yapmıştır⁴⁹. İspanyol Veri Koruma Ajansı, Google'ın söz konusu linkleri kaldırması yönünde karar almıştır. Bu karar Google tarafından *Ulusal Yüksek Mahkeme (Audiencia Nacional)*'ye taşınmıştır. Yüksek Mahkeme, davaya konu olan olayın kişisel verilerin korunması ve arama motorlarının yükümlülüğü bağlamında, AB'nin 95/46/EC sayılı Direktifin dikkate alınarak değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmiştir⁵⁰. Mahkeme, karar vermeden önce ABAD'tan *ön karar (preliminary*

⁴⁶ AİHM, M.L. and W.W. v. Germany, B.N.: 60798/10, 65599/10, 28.06.2018, §87; AİHM, Benedik v. Slovenia, B.N.: 62357/14, 24.04.2018, §103; AİHM, Satakunnan Markkinapörsi Oy and Satamedia Oy v. Finland, B.N.: 931/13, 27.06.2017, §137.

⁴⁷ BYGRAVE, s.35.

⁴⁸ La Vanguardia, Edición del lunes 19 de enero 1998. (<http://hemeroteca.lavanguardia.com/edition.html?bd=19&bm=01&by=1998&x=24&y=16>, erişim: 23.01.2020); La Vanguardia, Edición del lunes 09 de marzo de 1998. (<http://hemeroteca.lavanguardia.com/edition.html?bd=09&bm=03&by=1998&x=26&y=10>, erişim: 23.01.2020)

⁴⁹ ECJ, Google Spain SL, Google Inc v. Agencia Espanola de Proteccion de Datos (AEPD), Mario Costeja Gonzalez, 13 May 2014, Judgment of The Court (Grand Chamber), §14-15. (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62012CJ0131>, erişim:18.01.2019).

⁵⁰ ECJ, Google v. Spain, §19.

ruling)⁵¹ talebinde bulunmuştur⁵². Görüş talep ettiği hususlardan biri, başvuranın silme talebinin unutulma hakkı (*derecho al olvido*) ile ilişkisine dairdir.

ABAD, 95/46/EC sayılı Direktifin⁵³ ilgili hükümlerine ve AB Temel Haklar Sözleşmesine dayanarak⁵⁴ 13 Mayıs 2014’te başvuruya ilişkin görüşünü açıklamıştır. Söz konusu kararda; kişisel verilerin, Temel Haklar Sözleşmesinin 7 ve 8. maddeleriyle güvence altına alındığı, bu nedenle Direktif’in 6/1-c-e maddesine uygun olarak yeterli, ilgili ve amacı aşmayacak şekilde işlenen verilerin zamanla “yetersiz, ilgisiz, artık ilgisiz ya da aşırı” hale gelmesi durumunda silinmesi gerektiği⁵⁵; ancak bu veriye ulaşmada *üstün bir kamu yararı* bulunması halinde özel hayatın korunması kapsamında gördüğü unutulma hakkının kullanılamayacağı belirtilmiştir⁵⁶. Başka bir ifadeyle insanların haber, görüş ve bilgiye ulaşma haklarını da güvence altına alan ifade hürriyeti ile unutulma hakkı arasında her davanın özel koşulları dikkate alınarak *bir denge* (*balancing*) kurulmalıdır.⁵⁷ Bu denge kurulurken bilginin niteliği, veri sahibinin özel hayatı açısından hassasiyeti, insanların ilgili veriye ulaşmalarındaki kamu yararı ve uygulama maliyeti⁵⁸ dikkate alınmalıdır. Elbette kamu yararı ile veri sahibinin kamu hayatında oynadığı rol arasında yakın bir ilişki bulunmaktadır.⁵⁹

⁵¹ Avrupa Birliği Antlaşması ve Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkında Antlaşma’nın 267.maddesine göre ulusal mahkemelerce ABAD’a antlaşmaların yorumu ile Birlik, kurum, organ, ofis veya ajanslarının tasarruflarının geçerliliği ve yorumuyla ilgili ön karar başvurusunda bulunabilmektedirler. Avrupa Birliği Antlaşması ve Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkında Antlaşma. (<https://www.ab.gov.tr/files/pub/antlasmalar.pdf>, erişim:23.03.2020).

⁵² ECJ, Google v. Spain, §20.

⁵³ 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. (<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31995L0046:en:HTML> , erişim:18.01.2019).

⁵⁴ ECJ, Google v. Spain, §1.

⁵⁵ ECJ, Google v. Spain, §92-93-94.

⁵⁶ ECJ, Google v. Spain, §81, 97.

⁵⁷ ECJ, Google v. Spain, §74, 76, 81.

⁵⁸ ECJ, Google v. Spain, §99. ECJ, Google Inc v. Commission nationale de l’informatique et des libertés (CNIL), 24.09.2019, Judgment of The Court (Grand Chamber), §45, (<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=21BC6D93073108F79E082D6506DF3544?text=&docid=218105&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=12866>, erişim:14.01.2020).

⁵⁹ ECJ, Google v. Spain, §81, 97, 99.

Silme hakkı ve özel hayat hakkı ile ilişkilendirerek de olsa *unutulma hakkı* kavramına açıkça yer veren⁶⁰ ve hangi koşullarda kullanılabileceğini ortaya koyan bu karar, Google'ın bireyin unutulmasına hizmet eden silme taleplerini dikkate almasında, unutulma hakkı teriminin uluslararası hukuk metinlerinde ve AİHM kararlarında yer bulmasında etkili olmuştur.

A. Google'ın URL Kaldırma Taleplerine Yaklaşımı ve Şeffaflık Raporu

Google bu kararın ardından, kişilerin⁶¹ erişim engelleme ya da *Tekdüzen Kaynak Bulucu (Uniform Resource Locator- URL)* kaldırma taleplerini inceleme uygulamasına başlayarak, unutulma hakkının hayata geçirilmesinde önemli bir adım atmıştır⁶². Google tarafından hazırlanan *Şeffaflık Raporunda* “yetersiz, ilgisiz, artık ilgisiz veya aşırı” olduğu düşünülen bağlantıların talep halinde, ABAD'ın Google v. Spain kararında unutulma hakkının istisnası olarak gördüğü *üstün kamu yararının* dikkate alınarak kaldırılabilceğini ifade edilmiştir⁶³. Buna göre Google, talepleri değerlendirmekte ve bunlardan uygun gördüklerini kabul ederek söz konusu URL'yi kaldırmaktadır. Google, içeriğin hassas bilgilere⁶⁴, küçük yaşlarda gerçekleştirilen önemsiz suçlara⁶⁵, infaz edilmiş hükme ya da beraate ilişkin olması⁶⁶ ve ilgili verinin varlığının

⁶⁰ Söz konusu kararda unutulma hakkı, biri İspanya Ulusal Yüksek Mahkemesinin sorusu olmak üzere toplam iki kez geçmektedir. Bu hak, Ulusal Yüksek Mahkemenin sorusunda, silme ve itiraz hakkıyla ilişkilendirilmiş, Adalet Divanının kararında ise kişisel verilerin korunması ve özel hayat hakkıyla birlikte kullanılmıştır. Bkz. ECJ, Google v. Spain, §20, 91.

⁶¹ Bu kişilerin kim olduğu Google tarafından belirtilmiştir: “*Tüzel kişi, vefat etmiş kişi (vefat edenin adına başvurulabilir), devlet yetkilisi, reşit olmayan kişi, devletle ilgili olmayan kamuya mal olmuş kişi, özel şahıs*”, Google, Transparency Report. (<https://support.google.com/transparencyreport/answer/7347822> , erişim:11.01.2020).

⁶² Google- İçerik Kaldırma Talep Formları. (https://support.google.com/legal/answer/3110420?hl=&visit_id=636834292441526880-2173035487&rd=2 erişim:18.01.2020).

⁶³ Google, Şeffaflık Raporu, “URL'nin gizlilik Nedeniyle Google Arama'dan Kaldırılması”. (<https://transparencyreport.google.com/eu-privacy/overview> , erişim:11.01.2020).

⁶⁴ “Bir kişinin yalnızca sağlığı, cinsel yönelimi, ırkı, etnik kökeni, dini, siyasi görüşü ve sendika durumuna ilişkin bilgilerle ilgili içeriğe sahip sayfalar.” Google, Transparency Report. (<https://support.google.com/transparencyreport/answer/7347822#requester> , erişim:16.01.2020).

⁶⁵ “Küçüklerle veya talepte bulunan kişinin küçük olduğu dönemde gerçekleşmiş önemsiz suçlarla ilgili içerik.” Google, Transparency Report, <https://support.google.com/transparencyreport/answer/7347822#requester> (16.01.2020).

⁶⁶ “Suçluların rehabilitasyonu ile ilgili yerel yasaya uygun şekilde, infaz edilmiş hüküm, mahkemece yanlış olduğu kanıtlanan suçlama veya talepte bulunanın temize çıktığı bir cezai kovuşturmayla ilgili içerikler.” Google, Transparency Report. (<https://support.google.com/>

açık bir şekilde kamu yararına hizmet etmemesi⁶⁷ durumunda, URL'nin arama sonuçlarından kaldırılması lehine karar vermeye yatkın olduğunu ifade etmiştir⁶⁸. Aynı raporda içeriği arama motorlarından *kaldırmama* nedenleri de açıkça belirtmiştir:

“Sayfaların arama sonuçlarından kaldırılmaması kararlarında etkili olan bazı genel faktörler şunlardır: alternatif çözümlerin olması, teknik nedenler veya yinelenen URL'ler. Ayrıca, sayfanın içerdiği bilgilerin kamu yararı için önemli olduğunu belirleyebiliriz. İçeriğin kamu yararına olup olmadığı belirlenmesi karmaşık bir süreçtir ve talepte bulunan kişinin mesleki yaşamı, eski bir suç olup olmadığı, siyasi mevkisi, kamu hayatındaki konumu veya içeriğin ilgili kişinin kendisi tarafından yazılmış olup olmadığı, devlet belgelerinden oluşması ya da gazetecilik niteliği taşıması gibi ancak bunlarla sınırlı olmaksızın birçok farklı etkenin dikkate alınması anlamına gelebilir.”⁶⁹

transparencyreport/answer/7347822#requester , erişim: 16.01.2020).

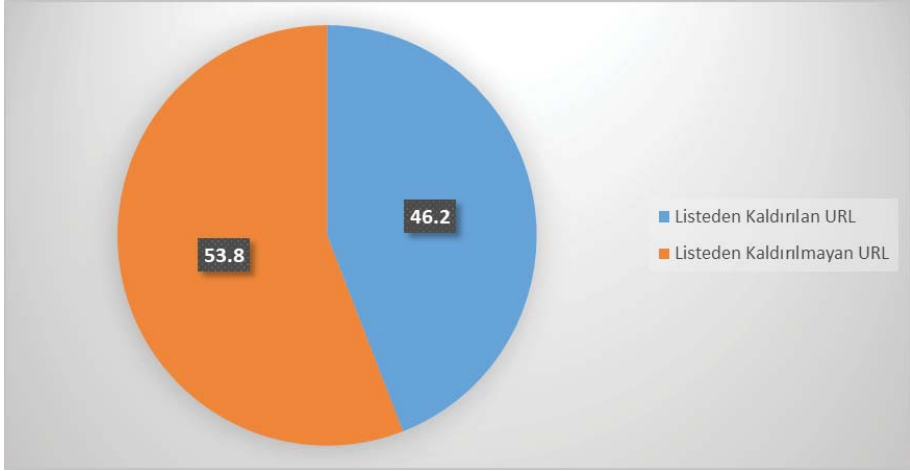
⁶⁷ “Örneğin, kişisel iletişim veya adres bilgileri içeren sayfalara sahip toplayıcı siteler, talepte bulunan kişinin adının sayfada artık görünmediği örnekler ve artık çevrimiçi olmayan (404 hatası) sayfalar.” Google, Transparency Report. (<https://support.google.com/transparencyreport/answer/7347822#requester> , erişim:16.01.2020).

⁶⁸ Google, Transparency Report. (<https://support.google.com/transparencyreport/answer/7347822> , erişim:27.12.2019).

⁶⁹ Google, Şeffaflık Raporu, “URL'nin gizlilik Nedeniyle Google Arama'dan Kaldırılması”. (<https://transparencyreport.google.com/eu-privacy/overview>, erişim: 22.03.2020).

Tablo 1. Kaldırılması Talep Edilen ve Arama Sonuçlarından Kaldırılan URL'ler⁷⁰

(Başlangıç: 28.05.2014, Bitiş:22.03.2020)



Google son *Şeffaflık Raporunda*, hangi internet sitelerinin URL kaldırma taleplerinden etkilendiğine dair sayılar vererek, bir grafik oluşturmuştur. Bu grafik, 28.05.2014 tarihinden beri gelen talepleri kapsamaktadır.

⁷⁰ Google, Şeffaflık Raporu, "URL'nin gizlilik Nedeniyle Google Arama'dan Kaldırılması". (<https://transparencyreport.google.com/eu-privacy/overview> , erişim:22.03.2020).

Tablo 2. En çok URL’si Kaldırılan Siteler⁷¹

Alan	Listeden kaldırılan URL sayısı	Talep edilen toplam URL sayısı
www.facebook.com	23.809	57.092
annuaire.118712.fr	19.933	23.155
twitter.com	17.692	38.005
www.youtube.com	14.125	37.851
profileengine.com	11.567	13.427
groups.google.com	9.416	20.337
plus.google.com	8.937	35.570
scontent.cdninstagram.com	8.305	13.974
www.wherevent.com	6.343	7.309
badoo.com	6.123	11.206

B. GDPR ve AİHM Kararlarında Unutulma Hakkı

ABAD’ın Google kararının ardından, Avrupa Parlamentosu kişisel verilerin korunmasını sağlamak amacıyla yeni bir düzenleme arayışına girmiştir. Yapılan çalışmalar sonucunda, 95/46/EC sayılı Direktifi yürürlükten kaldıran ve tüm birlik üyeleri için bağlayıcı olan GDPR, 27 Nisan 2016 tarihinde yayımlanarak 25 Mayıs 2018 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Söz konusu Tüzüğün 17. maddesinde ise *unutulma hakkı*, *silme hakkı* ile ilişkilendirilerek de olsa açıkça düzenlenmiştir⁷². İlgili düzenlemeye göre verinin işlenmesinin artık gerekli olmaması⁷³, kişisel veri sahibi tarafından verilen iznin geri çekilmesi veya ilgili Tüzüğün 6 (1)-a ve 9 (2)-a maddelerine

⁷¹ Google, Şeffaflık Raporu, “URL’nin gizlilik Nedeniyle Google Arama’dan Kaldırılması”. (<https://transparencyreport.google.com/eu-privacy/overview> , erişim:22.03.2020).

⁷² GDPR’ın Türkçe metni için bkz. (<https://www.kisiselverilerinkorunmasi.org/mevzuat/avrupa-birligi-genel-veri-koruma-tuzugu-gdpr-turkce-ceviri/>, erişim:14.01.2020).

⁷³ General Data Protection Regulation (GDPR), m.17 (1)-a.

göre verinin işlenmesi için yasal bir gerekçenin bulunmaması⁷⁴, verinin işlenmesine ilişkin meşru gerekçenin ortadan kalkması ya da Tüzüğün 21 (1) ve 21 (2) maddelerine göre itirazda bulunulmuş olması⁷⁵, verinin yasa dışı bir şekilde işlenmiş olması⁷⁶, Birlik ya da Üye Devlet mevzuatına uyum sağlanması⁷⁷, Tüzüğün 8 (1) maddesi kapsamında bilgi toplumu hizmetlerinin sağlanması ile ilgili toplanması⁷⁸ durumunda, veri sahibinin ilgili verilerin silinmesini talep etme hakkı ve ilgili birimlerin mevcut teknolojik olanaklar ile uygulama maliyetini dikkate alarak⁷⁹ herhangi bir gecikmeye mahal vermeksizin verileri silme yükümlülüğü bulunmaktadır. Bununla birlikte, söz konusu verilerin silinmesi talebinin; ifade hürriyeti ve bilgi edinme hakkıyla çatışması⁸⁰, verilerin işlenmesinin görev ve mevzuattan kaynaklanması ya da kamu yararı gereği olması⁸¹, halk sağlığını ilgilendirmesi⁸², yargılamaya ilişkin olması⁸³ halinde bir denge gözetilerek yerine getirilemeyebileceği ifade edilmiştir. Ayrıca kamu yararı, bilimsel, tarihi ya da istatistiksel amaçlarla işlenen verilerin silinmesinin söz konusu amaçların yakalanmasını olanaksız kılması ya da çok zorlaştırması durumunda⁸⁴ da benzer bir uygulamanın yapılacağı hükme bağlanmıştır.

Tüzüğün kabul edildiği tarih ve unutulma hakkına ilişkin düzenlemenin içeriği dikkate alındığında, düzenlemede ABAD'ın Google v. Spain kararının etkisi açıkça gözlemlenmektedir. Unutulma hakkı terimine açıkça yer verilmesi, hakkın kullanım koşulları ve istisnasına ilişkin konulan ölçütlerin Google v. Spain kararıyla paralellik arz etmesi bunun açık göstergesidir.

Google v. Spain kararının ardından unutulma hakkı en azından terim olarak AİHM kararlarında da yer almaya başlamıştır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve ek protokollerde tanınan ve koruma altına alınan temel haklara

⁷⁴ General Data Protection Regulation (GDPR), m.17 (1)-b.

⁷⁵ General Data Protection Regulation (GDPR), m.17 (1)-c.

⁷⁶ General Data Protection Regulation (GDPR), m.17 (1)-d.

⁷⁷ General Data Protection Regulation (GDPR), m.17 (1)-e.

⁷⁸ General Data Protection Regulation (GDPR), m.17 (1)-f.

⁷⁹ General Data Protection Regulation (GDPR), m.17 (2).

⁸⁰ General Data Protection Regulation (GDPR), m.17 (3)-a.

⁸¹ General Data Protection Regulation (GDPR), m.17 (3)-b.

⁸² General Data Protection Regulation (GDPR), m.17 (3)-c.

⁸³ General Data Protection Regulation (GDPR), m.17 (3)-e.

⁸⁴ General Data Protection Regulation (GDPR), m.17 (3)-d.

dair ihlal iddialarını inceleyen AİHM, bugüne kadar dört (4) kararında⁸⁵ *unutulma hakkı* terimine yer vermiştir.

Unutulma hakkı teriminin Mahkeme tarafından kullanıldığı ilk karar⁸⁶, 2016 tarihli *Fürst- Pfeifer v. Avusturya* kararıdır. Söz konusu davada bir psikiyatrist olan başvuran, kişisel sağlık bilgilerine bir gazete haberinde yer verilmesi ile ilgili olarak Taraf Devletin *itibar hakkı* (*right to reputation*)⁸⁷ *nı* korumakta yetersiz kaldığını iddia etmiştir. Mahkeme, itibar hakkının Sözleşmenin 8. maddesiyle bağımsız olarak garanti edilen bir hak olduğunu ifade etmekle birlikte⁸⁸, başvuranın tazminat talebinin ulusal mercilerce reddedilmesini hakkın ihlali olarak görmemiştir. Söz konusu kararı pek çok yönden eleştiren *Yargıç Wojtyczek ve Küris*⁸⁹ tarafından ortak olarak kaleme alınan muhalef şerhinde *unutulma hakkının gereklerinin yerine getirilmediği* de ifade edilmiştir⁹⁰:

“Medyanın zaman içinde sürekli artan olanaklara kavuşmasının bireyin mahremiyetini tehdit etmesi, ulusal ve uluslararası birçok mahkemenin, çok

⁸⁵ AİHM, M.L. and W.W. v. Germany, B.N.: 60798/10, 65599/10, 28.06.2018; AİHM, Fuchsmann v. Germany, B.N.: 71233/13, 19.10.2017; AİHM, G.I.E.M. S.R.L. and Others v. Italy, B.N.: 1828/06, 34163/07, 19029/11, 28.06.2018; AİHM, Fürst- Pfeifer v. Austria, B.N.: 33677/10, 52340/10, 17.05.2016.

⁸⁶ Mahkemenin 1984 tarihinde verdiği *Malone v. Birleşik Krallık* kararının karşı görüşünde, başvuranın telefon görüşmeleri ve kayıtları ile ilgili *silme hakkı* (*right to erasure*) terimine yer verildiği görülmektedir. Yargıç Pettiti, haklı ve yasaya uygun bir şekilde kontrol edilen ve tutulan telefon kayıtlarının bile, yargı aşamasının sanığın tahliyesi veya beraati ile sona erdiğinde, elde edilen verilerin silinmesi, bantların iadesi hakkı gibi önlemler gerektirdiğini ifade etmiştir. AİHM, *Malone v. The United Kingdom*, “Concurring Opinion of Judge Pettiti”, B.N.: 8691/79, 02.08.1984.

⁸⁷ AİHM, Fürst- Pfeifer v. Austria, B.N.: 33677/10, 52340/10, 17.06.2016, §3.

⁸⁸ AİHM, Fürst- Pfeifer v. Austria, B.N.: 33677/10, 52340/10, 17.06.2016, §35.

⁸⁹ Yargıç Wojtyczek ve Küris karara konu olan olayda, Mahkemenin yarışan haklara eşit derecede saygı duymadığını, etik gazetecilik ilkelerinden bihaber hareket edildiğini ve Mahkemenin buna adeta göz yumduğunu ve bu şekilde kişinin itibarının zedelendiğini belirtmiştir. AİHM, Fürst- Pfeifer v. Austria B.N.: 33677/10, 52340/10, 17.06.2016, “Joint Dissenting Opinion of Judges Wojtyczek and Küris”, §1-6.

⁹⁰ 2018 tarihinde verilen G.I.E.M. S.R.L. ve Diğerleri v. İtalya kararına yazılan karşı görüşlerden birinde de, benzer şekilde *unutulma hakkı* terimi kullanılmıştır. Ancak buradaki kullanım, dava konusu olay ile doğrudan ilgili değildir. Davaya emsal teşkil eden 7. Maddede korunan *kanunsuz suç ve ceza olmaz* ilkesi ile bağlantılı Mahkemenin daha önceden verdiği *Varvara v. İtalya* (AİHM, *Varvara v. Italy*, B.N.: 17475/09, 29.10.2013) davasının doğru yorumlanması için *unutulma hakkı* terimi Yargıç Pinto de Albuquerque tarafından kullanılmıştır. AİHM, G.I.E.M. S.R.L. and Others v. Italy, B.N.: 1828/06, 34163/07, 19029/11, 28.06.2018, “Partly Concurring, Partly Dissenting Opinion of Judge Pinto de Albuquerque”, §21-24.

uzun zamandan beri bilinen ‘yalnız bırakılma hakkı (right to be left alone)’ ya da yakın zamanlarda kullanılmaya başlanan ‘unutulma hakkı (right to be forgotten)’ gibi kavramlar geliştirmesine neden olmuştur. Mevcut yargılamada ise tam tersi bir tutum takınılmış, bireyin en samimi deneyimlerinin bile ayrıntılarıyla kamuya açıklanmasına izin verilmemesinin medya özgürlüğünü ihlal edeceğine karar verilmiştir.⁹¹

2017 tarihli bir kararda ise başvuran Fuchsmann tarafından ilk defa *unutulma hakkının ihlal edildiği ileri sürülmüş* ve ABAD’ın *Google v. Spain* kararında kabul edilen *unutulma hakkının* söz konusu davaya transfer edilmesi talep edilmiştir⁹². Hakkında yolsuzluk iddialarıyla ilgili soruşturma başlatılan başvuran, bu iddiaların Federal Soruşturma Bürosu (US Federal Bureau of Investigation - FBI) raporuna dayanılarak ve başvuranın ismine yer verilerek, The New York Times gazetesinde basılı olarak ve çevrimiçi (online) ortamda yayınlanmasını kişilik hakkının ihlali teşkil ettiğini ve itibarını zedelediğini iddia etmiştir. Mahkeme, 8. madde özelinde iddiaları değerlendirmiş ve söz konusu haber bağlamında gazetenin basın özgürlüğü (m.10) ile kişinin özel hayatına saygı hakkı (m.8) arasında adil bir denge kurmaya çalışmıştır. Mahkeme, yerel yargılama makamların *yarışan her iki hak arasında makul bir denge kurduğunu (a reasonable balance between the competing rights)* ve kendisine verilen *takdir payı (the margin of appreciation)* içerisinde hareket ettiği ifade ederek⁹³ ihlal kararı vermemiştir.

Unutulma hakkı teriminin yer aldığı bir diğer karar 2018 tarihli *M.L. and W.W. v. Germany* başvurusudur. Haklarında adam öldürmekten cezaya hükmedilen ancak yeniden yargılanmasına başlanan başvuranlar hakkında Radyo Programında “katil” ifadesi kullanılmıştır. Bu ifadeye ayrıca, radyo programının internet sitesinde de yer verilmiştir. Başvuranlar özetle, haberin “anonim” olarak verilmeyip isimlerine açıkça yer verilmesinin kişilik haklarını ihlal ettiğini iddia ederek, yerel mahkemeler nezdinde yargılama sürecini başlatmış; ancak tatmin edici bir sonuç alamadıklarından AİHM’e başvurmuşlardır. Başvuran, iddiasında kavramsal olarak unutulma hakkının

⁹¹ AİHM, Fürst- Pfeifer v. Austria, B.N.: 33677/10, 52340/10, 17.06.2016, “Joint Dissenting Opinion of Judges Wojtyczek and Küris”, §7.

⁹² AİHM, Fuchsmann v. Germany, B.N.: 71233/12, 19.10.2017, §27. Hükümet ise savunmasında, unutulma hakkına ilişkin görüşlerin ve ABAD’ın ilgili kararının (*Google v. Spain*) ihmal edilebilir olduğunu, çünkü kararın tamamen farklı koşulları ilgilendirdiğini ve mevcut davayla ilgili bir ilkenin söz konusu olmadığını belirtmiştir. AİHM, Fuchsmann v. Germany, B.N.: 71233/12, 19.10.2017, §28.

⁹³ AİHM, Fuchsmann v. Germany, B.N.: 71233/12, 19.10.2017, §54.

ihlal edildiğinden bahsetmeyip, internette yer alan bilgilerin belli bir zaman geçtikten sonra unutulmasının mümkün olmadığını, bu durumun da özel hayata saygı hakkının kalıcı ihlali anlamına geldiğini ifade etmiştir⁹⁴. Alman Hükümeti savunmasında, devletlerin internetin tüm alanlarında hızlı teknik gelişmelerle karşı karşıya kaldıklarını ve ortak bir Avrupa standardı olmadığından ortaya çıkan hukuki problemler karşısında takdir payına sahip olduklarını ifade etmiştir. Bu bağlamda, 95/46/EC sayılı Direktifin, kişisel verilerin silinmesi gereken koşulları belirlediği, ancak unutulma hakkını garanti etmediği ileri sürülmüştür⁹⁵. Mahkeme, değerlendirmeye geçmeden önce *ilgili hukuk* bölümünde GDPR’de yer alan unutulma hakkına dair düzenlemeye yer vermiştir⁹⁶. Esasa ilişkin incelemesini ise her zamanki gibi *unutulma hakkı* çerçevesinde değil, *özel hayat* bağlamında yapmıştır. Mahkeme, özel hayat değerlendirmesinin sonucunda ulusal makamlara tanınan takdir payını gözetenek, ihlal kararı vermemiştir.

Görüldüğü üzere, *unutulma hakkı*, biri başvuruçunun iddiasında, diğeri Hükümetin savunmasında, iki tanesi de muhalefet şerhinde olmak üzere bugüne kadar sadece 4 (dört) AİHM kararında yer almıştır. Ancak, yukarıda bahsi geçen kararların hiçbirinde, kararın ana metninde unutulma hakkı terimi kullanılmamış, ihlal iddiaları *özel hayatın gizliliği ve ifade hürriyeti* arasında bir çatışma olarak ele alınmış, sorun haklar arasında dengeleme yapılarak çözülmüştür⁹⁷.

V. SONUÇ

Günümüzde, neredeyse dünyanın her yerinde, mekana, zamana ve hayata dair yeni bir deneyim yaşanmaktadır. Merkezinde bilişim ve iletişim teknolojisinde yaşanan gelişmelerin yer aldığı bu deneyim tarzı bir taraftan bizlere hız, güç, heyecan, kendimizi ve dünyayı değiştirme olanağı sunarken diğer taraftan insan doğası da dahil her şeyi kontrol etmek, değiştirmek ve yok etmekle tehdit etmektedir. *Marx ve Engels*’in *burjuva çağı (modern zamanlar)* için kullandığı “katı olan her şey buharlaşıyor, kutsal olan her şey kutsiyetinden arındırılıyor” ifadesi⁹⁸, *Komünist Manifesto*’nun yazıldığı dönemden çok daha

⁹⁴ AİHM, M.L. and W.W. v. Germany, B.N.: 60798/10, 65599/10, 28.06.2018, §69.

⁹⁵ AİHM, M.L. and W.W. v. Germany, B.N.: 60798/10, 65599/10, 28.06.2018, §78.

⁹⁶ AİHM, M.L. and W.W. v. Germany, B.N.: 60798/10, 65599/10, 28.06.2018, §57-58.

⁹⁷ “Balancing the competing rights”. AİHM, M.L. and W.W. v. Germany, B.N.: 60798/10, 65599/10, 28.06.2018, §89, §95; AİHM, M.L. and W.W. v. Germany, B.N.: 60798/10, 65599/10, 28.06.2018, §32, §54; AİHM, Fuchsmann v. Germany, B.N.: 71233/12, 19.10.2017, §37.

⁹⁸ MARX/ENGELS, s.56. Marshall Berman, *Komünist Manifesto*’da yer alan bu ifadeyi mo-

fazla içinde yaşadığımız bu dönemi tanımlıyor. Yeni deneyimin buharlaştırıp yok ettiği şeylerden biri de hayatı yaşanır kılan, acıların etkisini azaltan, insanın değişmesine ve dönüşmesine zemin hazırlayan *unutma* olanağıdır.

Bilişim ve iletişim teknolojisinde yaşanan gelişmelerin ortaya çıkardığı ürün ve uygulamaların istifçi özelliğinin, insan doğasında var olan *unutma* yetisini tehdit etmesi kişiye, kendisiyle ilgili kişisel verilerin düzeltilmesi, engellenmesi, yok edilmesi, anonim hale getirilmesi ya da silinmesi olanağı tanyan birtakım yeni hakların gündeme gelmesine neden olmuştur. Bu haklardan biri de *unutulma hakkıdır*. Günümüzde çeşitli ulusal ve uluslararası hukuk metinlerinde ve mahkeme kararlarında karşımıza çıkan *unutulma hakkının*, hukuk kurallarından kaynaklanan, ancak belli koşullarda belli kişilere karşı ileri sürülebilen *haklar* arasında yer aldığı görülmektedir. Nitekim söz konusu hukuki metinlerin ve mahkeme kararlarının içeriği incelendiğinde *unutulma hakkının* sadece terim olarak kullanıldığı, *unutulmayı* değil, *unutulmaya* hizmet eden çeşitli *eylemleri* güvence altına aldığı görülür. GDPR'ın 17. maddesinin başlığında *unutulma hakkının*, *silme hakkı* ile birlikte kullanılması ve madde metninde *unutulmadan* hiç bahsedilmemesi, *unutulma hakkı* terimine yer veren uluslararası mahkeme kararlarında da benzer bir yaklaşımın sergilenmesi bunun açık göstergesidir. Oysa insanın acılarından kurtulması, hata olarak gördüklerini geride bırakması, hem iç dünyasında hem de başkalarının gözünde kendini değiştirmesi, özgür iradesini baskı altına alan geçmişinden uzaklaşabilmesi ve kendini gerçekleştirebilmesi için *unutulma hakkının* hukuk kurallarından ya da sözleşmeden kaynaklanan haklara göre daha fazla güvence sağlayan, kaynağını insan onurunda bulan, bireye uluslararası bir soruşturma ya da çözüm merciine başvurma olanağı veren ve devlete pozitif yükümlülükler yükleyen bir *insan hakkına* dönüşmesi günümüz dünyası için gereklidir. Bununla birlikte doğalcı temellendirmeden hareketle *unutulma hakkının* bir insan hakkı olduğunu söylemek teorik zeminde anlam ifade etse de, pratikte söz konusu hakkın bir insan hakkı olarak kabul edilmesini sağlamayacaktır. Bunun için söz konusu hakkın insan hakkı olduğu konusunda uzlaşmaya ihtiyaç vardır. Bu uzlaşımın sağlanması ve *unutulma hakkının* bir insan hakkına dönüşerek yolculuğunu tamamlayabilmesi ise onun bağımsız bir hak olarak ulusal ve uluslararası insan hakları metinlerinde düzenlenmesi, ulusal ve uluslararası mahkeme kararlarında bir insan hakkı olarak ya da özel hayatın gizliliği kapsamında korunan bir değer olarak ele alınması ile mümkündür.

dern zamanları tanımlamak için kullanmıştır. BERMAN, s.28-29

KAYNAKÇA

1. Kitap ve Makaleler

- AKGÜL, Aydın: “Kişisel Verilerin Korunmasında Yeni Bir Hak ‘Unutulma Hakkı’ ve AB Adalet Divanı’nın ‘Google Kararı’”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S.116, 2016, s.11-38.
- BERMAN, Marshall: **Katı Olan Her Şey Buharlaşıyor**, Çev. Ümit ALTUĞ; Bülent PEKER, İletişim Yayınları, İstanbul, 16. Baskı, 2013.
- BLANCHETTE, Jean-Francois / JOHNSON, Deborah G: “Data Retention and the Panoptic Society: The Social Benefits of Forgetfulness”, **The Information Society**, Vol. 18, No.1, 2002, s.33-45.
- BROCK, George: **The Right to be Forgotten: Privacy and Media in the Digital Age**, Reuters Institute for the Study of Journalism, University of Oxford, London & New York, 2016.
- BYGRAVE, Lee A: “Law and Technology: A Right to be Forgotten?”, **Communicaton of ACM**, January 2015, Vol.59, No.1, s.35-37.
- CIAVARELLA, Rachele / TERWANGNE, Cecile De: “Online Social Network and Young People’s Privacy Protection: The Role of The Right to be Forgotten” [(içinde s.157-171) HOF, Simone van der; BERG, Bibi van den; SCHERMER, Bart (Eds), **Minding Minors Wandering The Web: Regulation Online Child Safety**, Springer Press, Berlin-Hiedelberg- Verlag2, 014.]
- COFONE, Ignacio (Ed): **The Right to be Forgotten: A Canadian and Comparative Perspective**, Routledge, London, 2020.
- CONLEY, Chris: **The Right to Delete**, Association for the Advancement of Artificial Intelligence-AAAI Spring Symposium Series, 2010.
- EBERLE, Edward: “The Right to Informational Self- Determination”, **Utah Law Review**, Vol.4, 2001, s.965- 1016.
- ERDOĞAN, Murat: **Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu**, Lykeion Yayınları, Ankara, 2019.
- FIALOVA, Eva: “Data Portability and Informational Self- Determination”, **Masaryk University Journal of Law and Technology**, Vol.8, No.1, Summer 2014, s.47-56.

FLAHERTY, David H: **Protecting Privacy in Surveillance Societies: The Federal Republic of Germany, Sweden, France, Canada and The United States**, The University of North Caroline Press, Chapel Hill & London, 1989.

GÜLENER, Serdar: “Dijital Hafızadan Silinmeyi İstemek: Temel Bir İnsan Hakkı Olarak ‘Unutulma Hakkı’”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Y.2012, S.102, s.219-140.

GÜR, İkbâl: **Kişisel Verilerin Korunması Hususunda AB ve ABD Arasında Çıkan Uyuşmazlıklar ve Çözüm Yolları**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010.

HAMMARBERG, Thomas: “Avrupa’da Medya Özgürlüğü ve İnsan Hakları” [içinde s.41-56] **İfade Özgürlüğü**, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Başkanı Nicolas Bratza’ya İthafen Kaleme Alınmış Makaleler, Council of Europe, 2012.]

HOBOKEN, Joris Van: **The Proposed Right to be Forgotten Seen from the Perspective of Our Right to Remember**, European Commission Joint Research Centre Institute for the Protection and Security of the Citizen, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2013.

HORNUNG, Gerritt / SCHNABEL, Christoph: “Data Protection in Germany I: The Population Census Decision and the Right to Informational Self-Determination”, **Computer Law & Security Report**, Vol.25, Issue.1, 2009, s.84-88.

KALABALIK, Halil: **İnsan Hakları Hukuku**, Seçkin, Ankara, 2013.

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**, Vol.30, No.1-2, 2016, s.17-31.

KUNDERA, Milan: **Gülüşün ve Unutuluşun Kitabı**, Çev. Erhan BENER, Can Yayınları, İstanbul, 3. Baskı, 1988.

KÜZECİ, Elif: “İstatistikî Birimler ve Bilgilerin Geleceğini Belirleme Hakkı”, **İnsan Hakları Yıllığı**, Cilt 32, 2014, s.53-75.

MARX, Karl / ENGELS, Friedrich: **Komünist Manifesto**, Çev. Tanıl BORA, İletişim Yayınları, İstanbul, 1.Baskı, 2018.

- ORWELL, George: **1984**, Çev. Celal ÜSTER, Can Yayınları, İstanbul, 47. Baskı, 2014.
- RINGELHEIM, Julie: **Processing Data on Racial and Ethnic Origin for Antidiscrimination Policies: How to Reconcile the Promotion of Equality With the Right to Privacy?**, Center for Human Rights and Global Justice Working Paper No. 13, Jean Monnet Working Paper 08/06, New York University School of Law, New York, 2007.
- SALİHPAŞAOĞLU, Yaşar: “Bölüm 4: Genetik Hukuk Sosyolojisi: Hukuk ve Değişim”, [(içinde s.52-70), **Hukuk Sosyolojisi**, Editör: Yaşar SALİHPAŞAOĞLU, Anadolu Üniversitesi Yayınları, Eskişehir, 2018.]
- SCHAAR, Peter: **Data Protection and Statics- A Dynamic and Tension-Filled Relationship, German Council of Social and Economic Data (RatSWD)**, Working Paper, No.82, Berlin, March 2009.
- SHARMA, Sanjay: **Data Privacy and GDPS Handbook**, Wiley, New Jersey, 2020.
- SCHILLER, Herbert: **Zihin Yönlendirenler**, Çev. Cevdet CERİT, Pınar Yayınları, İstanbul, 1. Baskı, 1993.
- SCHÖNBERGER, Victor Mayer: **Delete: The Virtue of Forgetting in the Digital Age**, Princeton University Press, Princeton and Oxford, 2009.
- SCHWARTZ, Paul: “The Computer in German and American Constitutional Law: Towards an American Right of Informational Self- Determination”, **American Journal of Comparative Law**, Vol. 37, 1989, s.675-701.
- SCHWARTZ, Paul M.: “Privacy and Participation: Personal Information and Public Sector Regulation in the United States”, **Iowa Law Review**, Vol.80, 1994-95, s.553-618.
- STABEN, Julian: “Consent under Pressure and the Right to Informational Self- Determination”, **Internet Policy Review**, Vol.1, Issue.4, 2012, s.1-6.
- ŞİMŞEK, Oğuz: **Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2008.
- TERWANGNE, Cecile de: “The Right to be Forgotten and Informational Autonomy in the Digital Environment” [(içinde s.82-101), **The**

Ethics of Memory in a Digital Age: Interrogating the Right to be Forgotten, GHEZZİ, Alessia; PEREİRA, Angela Guimaraes; VESNIC-ALUJEVIC, Lucia (Eds), Palgrave Macmillan, United Kingdom, 2014.]

UYGUN, Oktay: **Devlet Teorisi**, On İki Levha, İstanbul, 2014.

YAVUZ, Can: **İnternet'teki Arama Sonuçlarından Kişisel Verilerin Kaldırılması Unutulma Hakkı**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016.

2. Tezler

AKYÜZ BİLGE, Canan: **Unutulma Hakkı ve Türk Hukuku'ndaki Görünümü**. Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2019.

ÖZ DEMETOĞLU, Gizem: **Türk ve Avrupa Birliği Veri Koruma Hukuku Bağlamında Blok Zincir Teknolojisinde Unutulma Hakkı**, Marmara Üniversitesi Avrupa Araştırmaları Enstitüsü Avrupa Birliği Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2019.

SÖZÜER, Eren: **İnsan Hakları Hukukunda Unutulma Hakkı**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2017.

YILDIZ, Tuba: **Kişilik Hakları Açısından Unutulma Hakkı**, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2019.

YILMAZ, Berrak: **Türk Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Kişisel Verilerin Korunması**, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2019.

YILMAZ, Çiğdem: **Kişiliğin Korunmasında Unutulma Hakkı**. İstanbul Bilgi Üniversitesi Lisansüstü Programlar Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2019.

3. İnternet Kaynakları

65 BVerfGE 1, decision of 15.12.1983. (<https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/>

DE/1983/12/rs19831215_1bvr020983.html , erişim:16.01.2020).

Avrupa Birliği Antlaşması ve Avrupa Birliği’nin İşleyişi Hakkında Antlaşma. (<https://www.ab.gov.tr/files/pub/antlasmalar.pdf>, erişim:23.03.2020).

Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü (GDPR). (<https://www.kisiselverilerinkorunmasi.org/mevzuat/avrupa-birligi-genel-veri-koruma-tuzugu-gdpr-turkce-ceviri/> , erişim:14.01.2020).

BERNAL, Poul A.: ‘A Right to Delete?’, **European Journal of Law and Technology**, Vol. 2, No.2, 2011. (<http://ejlt.org/article/view/75/144>, erişim:23.01.2020).

Council of Europe, European Committee on Legal Co-operation (CDCJ). (<https://www.coe.int/en/web/cdcj/home?> , erişim:16.01.2020).

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. (<https://eur.lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31995L0046:en:HTML> , erişim:18.01.2020).

ECJ, Google Inc v. Commission nationale de l’informatique et des libertés (CNIL), 24.09.2019, Judgment of The Court (Grand Chamber). (<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=21BC6D93073108F79E082D6506DF3544?text=&docid=218105&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=12866>, erişim:14.01.2020).

ECJ, Google Spain SL, Google Inc v. Agencia Espanola de Proteccion de Datos (AEPD), Mario Costeja Gonzalez, 13 May 2014, Judgment of The Court (Grand Chamber). (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62012CJ0131>, erişim:18.01.2019).

EU Kids Online, (<http://www.lse.ac.uk/media-and-communications/research/research-projects/eu-kids-online> , erişim:28.03.2019).

European Council, Committee of Experts on Data Protection (CJ-PD), “New Technologies: a challenge to privacy protection ?”, 1989. (<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=0900001680684607> , erişim:15.12.2020).

European Union, Charter of Fundamental Rights of the European

- Union, 26.10.2012. (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:12012P/TXT> , erişim:07.01.2020).
- Federal Alman Cumhuriyeti Anayasası. (<http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/ulkeana/pdf/08-ALMANYA%20209-276.pdf> , erişim:26.12.2019).
- General Data Protection Regulation (GDPR). (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R0679&from=EN#d1e40-1-1>, erişim:16.12.2019).
- General Data Protection Regulation Recitals, Recital 65 “Right to Rectification and Erasure”. (<https://gdpr-info.eu/recitals/no-65/> , erişim:15.01.2020).
- General Data Protection Regulation Recitals, Recital 66 “Right to be Forgotten”. (<https://gdpr-info.eu/recitals/no-66/> , erişim:15.01.2020).
- Google- İçerik Kaldırma Talep Formları. (https://support.google.com/legal/answer/3110420?hl=&visit_id=636834292441526880-2173035487&rd=2 , erişim:18.01.2019).
- Google, Şeffaflık Raporu, “URL’nin gizlilik Nedeniyle Google Arama’dan Kaldırılması”. (<https://transparencyreport.google.com/eu-privacy/overview> , erişim:06.02.2020).
- Google, TransparencyReport. (<https://support.google.com/transparencyreport/answer/7347822>, erişim:11.01.2020).
- GÜLENER, Serdar / TÜRKÖLMEZ, Onur: “Unutulma Hakkı Perspektifinden Gençler ve Sosyal Medya”. (http://www.sbf.sakarya.edu.tr/sites/sbf.sakarya.edu.tr/file/Unutulma_Hakki_Perspektifinden_Gencler_ve_Sosyal_Medya.pdf , erişim:16.12.2019).
- La Vanguardia, Edición del lunes 09 de marzo de 1998. (<http://hemeroteca.lavanguardia.com/edition.html?bd=09&bm=03&by=1998&x=26&y=10>, erişim:23.01.2020).
- La Vanguardia, Edición del lunes 19 de enero 1998. (<http://hemeroteca.lavanguardia.com/edition.html?bd=19&bm=01&by=1998&x=24&y=16> , erişim:23.01.2020).
- LASICA, J. D.: “The Net Never Forgets”, **Salon**, November 26, 1998. (https://www.salon.com/1998/11/25/feature_253/ , erişim:15.12.2019).

REDING, Viviane. The European Data Protection and Privacy Conference, Brussels, 30 November 2010. (https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/SPEECH_10_700 , erişim:04.12.2019).

REDING, Viviane. The EU Data Protection Reform 2012: Making Europe the Standard Setter For Modern Data Protection Rules in Digital Age, 22 January 2012, Munich, (http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-12-26_en.htm , erişim:04.12.2019).

The European Parliament and the Council of The European Union, Directive 96/46/EC of The European Parliament and of the Council of 24 October 1995. (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31995L0046&from=EN> , erişim:07.01.2020).

İDARİ YARGILAMA USULÜNDE “KARAR VERİLMESİNE YER OLMADIĞI” KARARLARI

Selman Sacit BOZ*

Yunus ERASLAN**

ÖZ

İdari yargı mercileri ara karar ve nihai karar olmak üzere iki temel şekilde yargılama fonksiyonunu yerine getirirler. Ara kararlar, esas hakkında karar verebilmek için usule yönelik olarak verilen ve yargılamayı ilerletip kolaylaştıran kararlardır. Nihai karar ise yargılamaya son veren kararlardır. İdari yargı mercilerinin ara kararları ile nihai kararlarının da çeşitleri bulunmaktadır.

İdari yargı mercileri tarafından verilen her türlü karar 2577 sayılı Kanunda açıkça düzenlenmemiştir. Kanunda bulunmayan ancak uygulamada çok sıklıkla karşılaşılan karar türlerinden biri de “karar verilmesine yer olmadığına (KVYO)” şeklindeki kararlardır. İdari yargıda bu kararlar, ara karar şeklinde verilebileceği gibi uyuşmazlığı sonlandıran karar türü şeklinde de verilebilmektedir.

“Karar verilmesine yer olmadığına” şeklindeki kararların hangi durumlarda verilebileceğine ilişkin kanuni bir düzenleme bulunmamaktadır. Söz konusu çalışmada, bu kararın alt türleri, bu kararın hangi durumlarda ve yargılamanın hangi aşamalarında verilebileceği, karara karşı kanun yolları bulunup bulunmadığı ve yargılama giderlerinin ne şekilde takdir edildiği hususları ayrıntılı şekilde incelenmiştir.

***Anahtar Kelimeler:** Hüküm, yargılama, ara karar, nihai karar, idari yargılama hukuku*

* **Dr. Öğr. Üyesi**, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, **E-Posta:** selmansacitboz@gmail.com
ORCID ID: 0000-0002-3033-0997.

** **Dr. Hakim**, Konya Bölge İdare Mahkemesi, **E-Posta:** yunus.eraslan@adalet.gov.tr,
ORCID ID: 0000-0002-9660-5519.

Gönderim tarihi: 30.07.2019

DOI : 10.34246/ahbvuhfd.733277

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 19/08/2019

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 16/04/2020

**DECISION THAT “THERE IS NO ROOM FOR DECISION” IN
ADMINISTRATIVE TRIAL PROCEDURE**

ABSTRACT

Administrative judicial authorities carry out their judicial functions in two main ways: interim decisions and final decisions. Interim decisions are decisions that enable the decision on the merits and advance the proceedings. Final decisions are decisions which substantially end the proceedings. There are also different types of interim and final decisions of administrative judicial authorities.

All kinds of interim and final decisions of administrative judicial authorities are not regulated by Law No. 2577. However, there is one type of decision which is not mentioned in the law, but common in practice: The decision that “there is no room for decision”. In administrative jurisdiction the stated decisions, can be made as interim decisions or can made as the type of decision which ends the dispute.

There is no law regulating the situations when the decision that “there is no room for decision” can be made. In this study, the subtypes of these decisions, the time and the circumstances to make these decisions, the legal remedies against these decisions and how the legal costs of the trial is determined, examined in detail.

Keywords: *Verdict, judgement, interim decision, final decision, administrative jurisdiction*

GİRİŞ

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununa göre iki türlü dava açılabilmektedir. Birincisi idari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılan iptal davalarıdır. İkincisi idari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından açılan tam yargı davalarıdır (m. 2). Tahkim yolu öngörülen imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar hariç, kamu hizmetlerinden birinin yürütülmesi için yapılan her türlü idari sözleşmelerden dolayı taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklara ilişkin davalar ise, iptal ve/veya tam yargı davası şeklinde açılmaktadır.

Temel olarak idari yargı yerleri açılan iptal davalarında, yapılan yargılama sonucunda ya idari işlemi iptal eder ya da davayı reddeder. İdari işlem ve eylemden kaynaklanan tam yargı davalarında ise idari yargı yeri, ya

maddi ve/veya manevi tazminata idareyi mahkûm eder ya da davayı reddeder. Bu kararlar nihai kararlardır. Bu nihai kararlar dışında davanın ilerlemesine yönelik ara kararlar da verilmektedir. Ayrıca 2577 sayılı Kanunda, dava dilekçesinin reddine, davanın açılmamış sayılmasına, dava dilekçesinin görevli mercie tevdiine, hasım düzeltilmesine şeklinde usule yönelik karar türleri de düzenlenmiştir. Ancak “karar verilmesine yer olmadığına” (KVYO) şeklinde bir karar türü 2577 sayılı Kanunda özel olarak düzenlenmemiştir. Bu çalışmanın temel amacı, idari yargı uygulamasıyla geliştirilen ve münferit bir çalışmanın yapılmadığı bu karar türünün, detaylı bir şekilde esas ile usullerinin belirlenmesini ve diğer karar türleriyle arasındaki ilişkisinin ortaya konulabilmesini sağlamaktır.

I. Genel Olarak Karar Verilmesine Yer Olmadığı Kararlarının Tanımı Ve İdari Yargılama Usulündeki Yeri

İdari yargı mercilerinde açılan davaların çoğunluğu esastan karara bağlanmaktadır. İptal davaları açısından uyuşmazlığın esası hakkında verilen kararlarda, idari işlemin yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden hukuka aykırı olup olmadığı tespit edilmektedir. Tam yargı davalarında ise, eylem veya işlemde dolayı idarenin sorumlu tutulup tutulmayacağı, kusurlu veya kusursuz sorumluluk hallerinin varlığı incelenmekte, idarenin sorumlu olduğu kanaatine varıldığı takdirde idare aleyhine maddi veya manevi tazminata hükmedilmektedir. İdari yargı mercilerince davanın esası hakkında karar verilmesi için, uyuşmazlığın çözümünde gerekli bilgi ve belgeler, ilgili kişi veya kurumlardan ara kararla istenilmektedir. Gerekli görülen hallerde keşif ve bilirkişi incelemesi yapılmaktadır. Kanunda öngörülen hallerde zorunlu olarak duruşma yapılmak suretiyle esastan karar verilmektedir.

İdari yargı mercilerinde açılan davaların bir kısmı ise usulden karara bağlanmaktadır. 2577 sayılı Kanunda hangi durumlarda usulden karar verileceği düzenlenmiştir. Örneğin davanın süre yönünden reddi, merciiine tevdi, dava dilekçesinin reddi, görev yönünden davanın reddi, yetki yönünden davanın reddi, ehliyet yönünden davanın reddi, davanın açılmamış sayılması, dava dilekçesinin iptali gibi. Usulden verilen ve uyuşmazlığı sona erdiren bu kararlar davanın her aşamasında verilebilmektedir. Bir idari uyuşmazlıkta, usulden karar verilmesi için duruşma yapılmasına gerek bulunmadığı gibi, keşif ve bilirkişi incelemesi yapılmasına da ihtiyaç bulunmamaktadır. Usulden verilen kararların çoğunluğu ise genellikle davanın ilk aşamasında verilmektedir. İdari yargılama usulünde, kanunda öngörülen kararlar dışında usul kararları da verilmektedir. Bu kararlar incelenmeksizin ret kararları

ve karar verilmesine yer olmadığına ilişkin kararlardır. İdari yargılama usulünde karar verilmesine yer olmadığına ilişkin kararlar, yargı kararlarıyla isimlendirilen usule ilişkin kararlardır.

KVYO, karar verilmesine yer olmadığı anlamındadır. İdari yargılama usulünde, tüm KVYO kararları uyuşmazlığı sona erdirmez. KVYO kararlarının bir kısmı uyuşmazlığı sona erdirmeyen nitelikteki kararlardır. Bu nedenle idari yargılama usulünde KVYO kararlarını, uyuşmazlığı sonlandıran ve sonlandırmayan kararlar olarak iki ana başlık altında incelemek gerekir.

II. Uyuşmazlığı Sonlandıran Karar Verilmesine Yer Olmadığı Kararları

A. Uyuşmazlığı Sona Erdiren Karar Verilmesine Yer Olmadığı Kararı Verilmesi Gerektiren Haller

İdari yargı uygulamasında, uyuşmazlığı sona erdiren KVYO kararı verilmesi gerektiren birçok durum söz konusudur. Feragat, kabul, davanın konusuz kalması, özel kanun hükümleri başlıca KVYO kararı verilmesi gerektiren hallerdir.

1. Davadan Feragat

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununda feragat özel olarak düzenlenmemiştir. 2577 sayılı Kanunda hüküm bulunmayan feragat konusunda Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümleri uygulanır (m. 31).

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 31. maddesiyle atıfta bulunulan 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 307. maddesinde, feragat, davacının talep sonucundan kısmen veya tamamen vazgeçmesi olarak tanımlanmış; 309. maddesinde, feragat beyanının dilekçe ile veya yargılama sırasında sözlü olarak yapılacağı; 310. maddesinde, feragatin hüküm kesinleşinceye kadar her zaman yapılabileceği; 311. maddesinde, feragatin kesin hüküm gibi hukuki sonuç doğuracağı; 312. maddesinde ise, feragat beyanında bulunan tarafın davada aleyhine hüküm verilmiş gibi yargılama giderlerini ödemeye mahkûm edileceği kurala bağlanmıştır.

Davacının tek taraflı irade açıklaması ile davanın kendisine sağladığı menfaatten/haktan vazgeçmesi¹ anlamına gelen davadan feragat uyuşmazlığı

¹ GÖZÜBÜYÜK, 553; YILDIRIM / ÇINARLI, s. 261; ÇAĞLAYAN, s. 347; Kanunda yer alan feragat tanımı eleştirilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. ZABUNOĞLU, s. 631.

sona erdirmesi sebebiyle usul ekonomisine katkı işlevi görmekte² ve kesin hüküm gibi usul hukuku işlemi olarak kabul edilmektedir³.

Hukuk Muhakemeleri Kanununda davadan feragat durumunda ne yönde bir karar verileceği düzenleme altına alınmamıştır. Benzer şekilde 2577 sayılı Kanunda da bu konuda bir düzenleme bulunmamaktadır.

İptal davalarının objektif niteliği ve idarenin hukuka uygun davranmasını sağlamayı amaçlaması⁴, idari yargıda feragat konusunda farklı görüşlerin ileri sürülmesine sebep olmuştur. Bu görüşler davanın niteliğine (iptal/tam yargı) göre farklılık göstermektedir⁵.

Birel işlemlere⁶ ilişkin iptal davalarından feragat konusunda doktrinde görüş birliği yoktur. Birel işlemlere karşı açılan davalardan feragatin her zaman olanaklı olduğunu ileri süren yazarlar olduğu gibi⁷, yürütmenin durdurulması istemi hakkında karar verilinceye kadar davadan feragat edilebileceğini ileri süren görüşler⁸ vardır. Tesis edilmesiyle bütün toplumu etkileyen idari işlemlerden feragat edilemeyeceğini düşüncesi de bir başka görüştür⁹. Danıştay ise, bireysel menfaat ihlaline dayanan iptal davalarında davacının herhangi bir kısıtlama olmaksızın davasından feragat edebileceği görüşündedir¹⁰.

Bazı yazarlar sadece davacıyı ilgilendiren bir konuda da olsa, ilk derece mahkemesi tarafından işlemin iptalinden sonra feragatin geçerli olmadığı

² GÖKTEPEOĞLU, s. 1.

³ CANDAN, s. 762; AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, s. 620; ZABUNOĞLU, s. 637.

⁴ ONAR, s. 1772-1773; AZRAK, s. 145-155; KAPLAN, 426.

⁵ Davadan feragat hakkında geniş bilgi için bkz. TURHANOĞLU, s. 193-205; GÖZÜBÜYÜK / TAN, s. 1033-1038; Dava türüne göre bir ayırım yapılmaksızın hüküm kesinleşinceye kadar davadan her zaman feragat edilebileceği de ifade edilmektedir, SANCAKDAR, s. 279; Tam yargı davalarında her zaman feragatin mümkün olduğu, kamuyu ilgilendiren iptal davalarında feragatin kabul edilmemesi ancak kamuyu ilgilendirmeyenlerde tek taraflı irade ile mahkemenin onayına gerek olmadan kabul edilmesi gerektiği savunulmaktadır. ÇAĞLAYAN, s. 352.

⁶ Birel işlemler, idarece bir duruma, kişiye veya nesneye yönelik uygulanan, somut ve uygulanmasıyla tükenen idari işlemlerdir, AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, Türk İdare Hukuku, s. 330, ATAY, İdare Hukuku, s. 451.

⁷ DERDİMAN, s. 456; ASLAN, s. 327.

⁸ GÜNDAY, s. 85; ODYAKMAZ, s. 143; ÇAKMAK, s. 185.

⁹ ATAY, s. 57.

¹⁰ D10D, T. 29.05.2018, E. 2018/2187. K. 2018/1970 sayılı kararı.

görüştüğüdür¹¹. Birel işlemlerde davadan feragati sınırlandıran bir düzenleme bulunmadığı ve davacı iradesinin aksine yargıya davayı sürdürme yetkisi verilmediği gerekçeleriyle birel işlemlere karşı açılan idari davadan feragatin her zaman mümkün olduğunu da belirtilmektedir¹².

Düzenleyici işlemlere karşı açılan iptal davalarında feragatte ise, bu işlemlerin yargısal denetiminde kamu yararı ön planda olduğundan feragatin mümkün olmadığı görüşünün¹³ yanı sıra düzenleyici işlemlerde mahkemenin kararıyla davacının netice-i talebi hüküm fıkrası halini alır, bu aşamadan sonra davadan feragat edilemeyeceği görüşü de yer almaktadır¹⁴.

İmar planına karşı açılan davalarda, Danıştay Altıncı Dairesi feragatin söz konusu olduğu uyuşmazlık konusu olaylarda, kamu yararı ve bireysel yarar ölçütünün belirlenmesinden sonra feragat hakkında karar vermektedir. Her olayda, davanın niteliği ve mahiyetine göre davacı ile dava arasındaki ilişki incelenmektedir. Örneğin, davacı tarafından belde veya semt sakini sıfatıyla açılmış objektif nitelikteki bir iptal davasında kamu yararı ölçütü mutlak olduğundan, yerel mahkemece verilen ve hukuka aykırılığı belirleyen bir karardan sonra davacıların davasından feragat etmesinin mümkün olmadığına karar verilmektedir¹⁵. Ancak Danıştay’ın imar planı davalarında bu görüşü istikrar arz etmemektedir. Örneğin İstanbul Defterdarlığı Avrupa Yakası Milli Emlak Dairesi Başkanlığı tarafından nazım imar planının iptali istemiyle açılan davada işlemin iptaline karar verilmiş, temyiz aşamasında verilen bir dilekçeyle davadan feragat edilmiş, davadan feragat dilekçesi Danıştay Altıncı Dairesi tarafından kabul edilerek karar bozulmuş, dava dosyası ilk derece mahkemesine iade edilmiştir¹⁶.

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu çevre, tarihi ve kültürel değerlerin korunması, imar uygulamaları gibi kamu yararını yakından ilgilendiren idari işlemlere karşı açılan iptal davalarında feragat isteminin kamu yararı ölçütü kullanılarak karara bağlanması gerektiği görüşündedir¹⁷.

¹¹ GÜNDAY, s. 79; ERKUT, s. 98.

¹² ASLAN AKYOL, s. 326; YASİN, s. 154.

¹³ ÇAKMAK, s. 191.

¹⁴ ASLAN AKYOL, s. 330.

¹⁵ D6D, T. 19.03.2018, E. 2015/7570, K. 2018/2365 sayılı kararı.

¹⁶ D6D, T. 26.06.2018, E. 2015/2550, K. 2018/6260 sayılı kararı; benzer yönde D6D, T. 22.05.2018, E. 2018/1125, K. 2018/4953 sayılı kararı.

¹⁷ DİDD, T. 06.06.2013, E. 2009/1939, K. 2013/2262 sayılı kararı, İdari Dava Daireleri Kurulu

Tam yargı davalarında davanın her aşamasında feragat mümkündür¹⁸. Aksi yönde kararı¹⁹ bulunsa da Danıştay aynı görüştedir²⁰.

İdari yargı uygulamasında davadan feragat halinde KVYO kararı verilmektedir²¹. Bu uygulama yerleşik bir uygulamadır. İdari yargıda davadan feragat durumunda davanın reddine karar verilmesi yerine KVYO kararı verilmesi hukuka aykırı olan işlemin hukuka uygunmuş gibi değerlendirilmesini önlemek adına daha uygundur²². Hukuk yargılaması usulünde ise feragat halinde davanın reddi yönünde karar verilmesi içtihat haline gelmiştir²³.

Dava açıldıktan sonra karar kesinleşinceye kadar her zaman davadan feragat edilebilir. Davanın açılmasından sonra feragat etmek mümkün olduğu gibi²⁴, istinaf veya temyiz kanun yolu aşamalarında da davadan feragat edilebilir. Ancak yukarıda değinildiği üzere bazı iptal davalarında feragat

aynı kararında, davacının yürütmenin durdurulması isteminin kabulünden sonra verilen dilekçe ile, Gümrük Yönetmeliğinin 699. maddesi ve 700. maddesinin 3. ve 4. fıkraları dışındaki bütün hükümleri ile ilgili taleplerinden feragat ettiği yolundaki istemi kabul edilmeyerek işin esasına geçilmesine ve 31/5/2002 günlü, 24771 (Mükerrer) sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Gümrük Yönetmeliği’nin, 10/8/2006 tarih ve 26255 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Yönetmelikle değiştirilen 700. maddesinin 3., 4., 7. ve 8. fıkralarının iptaline, Yönetmeliğin dava konusu edilen diğer kısımları yönünden davanın reddine ilişkin kararı, anılan düzenlemelerin kamu yararını yakından ilgilendirmediği gerekçesiyle bozulmasına karar vermiştir.

¹⁸ YASİN, s. 155.

¹⁹ Elektrik çarpması neticesinde sakatlanan davacının maddi tazminat isteminin reddi ile manevi tazminat isteminin kabulüne karar veren mahkemenin kararına karşı yapılan temyiz başvurusundan sonra verilen feragat dilekçesi üzerine, temyiz kanun yolu aşamasında davadan feragatin mümkün olmadığına karar vermiştir. D10D, T. 30.10.1996, E. 1995/5846, K. 1996/6434 sayılı kararı.

²⁰ D6D, T. 26.06.2018, E. 2018/4888, K. 2018/6262 sayılı kararı; D2D, T. 08.03.2017, E. 2016/4627, K. 2017/1750 sayılı kararı; D5D, T. 10.11.2016, E.2016/28707, K. 2016/5957 sayılı kararı.

²¹ ÜLKER, s. 3380.

²² DERE, s. 132.

²³ DERE, s. 132.

²⁴ Adli Görüşme Odaları Yönetmeliği’nin şekil yönünden tamamının, esas yönünden 4. maddesinin 1. fıkrasının (I) bendinin, 6. ve 9. maddelerinin tamamının ve Adli Yargı İlk Derece Mahkemesi Adana Adalet Komisyonu Başkanlığının...sayılı kararının iptali istemiyle açılan davada tüm davacılar bakımından davadan feragat edildiğinden...feragat nedeniyle dava hakkında karar verilmesine yer olmadığı yönünde D10D, T. 04.07.2018, E. 2018/1979, K. 2018/2363 sayılı yayımlanmamış kararı, benzer yönde D13D, T. 25.09.2012, E. 2010/1684, K. 2012/2257 sayılı kararı, D5D, T. 19.09.2012, E. 2012/3141, K. 2012/5366 sayılı kararı.

kabul edilmemektedir. İdari yargılama usulünde hangi aşamada olduğuna bakılmaksızın davadan feragat halinde KVYO kararı verilmektedir. Bu şekliyle yapılan feragat kesin hüküm gibi sonuç doğurması sebebiyle, verilen KVYO kararı da uyuşmazlığı sona erdirmektedir. Karar türü açısından ise, esasa değil usule ilişkin bir karar olarak karşımıza çıkmaktadır.

2. Davanın Kabulü

Davayı kabul, bakılmakta olan bir davada, davalının davacının talep sonucuna kısmen veya tamamen rıza göstermesidir²⁵. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununda kabul de özel olarak düzenlenmemiştir. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 31. maddesiyle atıfta bulunulan 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 308. maddesinde kabul, davacının talep sonucuna, davalının kısmen veya tamamen muvafakat etmesi olarak tanımlanmış; 309. maddesinde kabul beyanının dilekçe ile veya yargılama sırasında sözlü olarak yapılacağı; 310. maddesinde de kabulün hüküm kesinleşinceye kadar her zaman yapılabileceği kurala bağlanmıştır.

İdari yargı uygulamasında davanın kabulü halinde KVYO kararı verilmektedir. Dava açıldıktan sonra karar kesinleşinceye her zaman davanın kabulü olanaklıdır (HMK m. 310). Davanın açılmasından sonra dava aşamasında kabul mümkün olduğu gibi²⁶, istinaf veya temyiz²⁷ kanun yolu aşamalarında da davanın kabulü mümkündür. İdari yargı uygulaması da bu yöndedir.

²⁵ TANRIVER, s. 103; AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, s. 620; Kabulün hüküm ve sonuç doğurabilmesi için karşı taraf ya da mahkemenin onayına ihtiyaç bulunmamaktadır, KAPLAN, s. 427.

²⁶ Davacı adına, beyannamelerin elektronik ortamda verilmemesi nedeniyle kesilen özel usulsüzlük cezaları ile usulsüzlük cezalarının kaldırılması istemiyle davada, dava konusu cezaların düzeltme fişleriyle kaldırıldığı anlaşılmış olup bu husus idarece davanın kabulü anlamına geldiği, 2577 İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 31 inci maddesi ile yollama yapılan Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümlerine göre, kabul kat'î bir hükmün hukuki neticelerini hasil edeceği gerekçesiyle karar verilmesine yer olmadığına karar verilmesine dair, Ankara 1. Vergi Mahkemesi, T. 08.06.2011, E. 2011/116, K. 2011/1466 sayılı kararı.

²⁷ Davalı idare tarafından Danıştay kaydına 23.03.2018 tarihinde giren dilekçe ile dava konusu işlemin iptaline ilişkin karara karşı yapılan temyiz kanun yolundan vazgeçildiği ve davanın reddine dair verilen karara ilişkin kısım açısından da davanın kabul edildiği anlaşılmakta olduğu, ...davalı idare vekilinin kabul istemi göz önüne alınarak bir karar verilmek üzere Ankara Bölge İdare Mahkemesi Sekizinci Dava Dairesince verilen kararın davacının istinaf başvurusunun reddine ilişkin kısmının bozulmasına dair, D13D, T. 10.04.2018, E. 2017/2085, K. 2018/1322 sayılı kararı.

Bir görüŖe göre, gerek iptal veya gerekse tam yargı davalarında davanın reddine karar verilmiŖ ise, artık davanın kabulü mümkün deęildir²⁸. İdari yargılama usulünde hangi aŖamada yapıldığına bakılmaksızın davanın kabulü halinde KVYO kararı verilmektedir. Bu Ŗekliyle davanın kabulü feragat gibi kesin hüküm gibi sonuç doğurması sebebiyle, verilen KVYO kararı da uyuşmazlığı sona erdirmektedir. Karar türü açısından ise, esasa değil usule iliŖkin bir karar olarak karşımıza çıkmaktadır.

Davalı idarenin davanın kabulü niteliği taşıyan beyanları bulunması halinde, kabul müessesinin hüküm ve sonuçlarını doğurarak davayı konusuz bırakacağından, davalı idarenin bu beyanı ile konusu kalmayan davada, KVYO kararı dışında bir karar verilmesi hukuken mümkün değildir. Örneğin davanın kabulü yönünde beyan varken davanın süresinde olup olmadığı yönünden inceleme yapılarak süre aşımı nedeniyle davanın reddine karar verilmesi mümkün değildir. Danıştay'ın görüşü de bu yöndedir²⁹.

Davanın kabulü halinde verilen KVYO kararı ile mahkeme davacının istem sonucunu hükme bağlamamakta, davacının isteğini askıda tutmakta ve açılan davanın çözümlenmediğini aıklamaktadır³⁰.

3. Davanın Konusuz Kalması

İdari yargıda görülen davalarda dava açıldıktan sonra davanın konusuz kalması halinde³¹, konusu kalmayan dava hakkında KVYO kararı verilmektedir. Davanın açıldığı tarihten önce dava konusuz kalmış ise, davanın incelenmeksizin reddine karar verilmektedir.

Tazminat davalarında, talep edilen tazminat tutarının dava devam ederken davacıya ödenmesi halinde, davanın konusu kalmadığından KVYO kararı verilmektedir³². Tazminat davalarında davanın konusuz kalması için davacının tüm taleplerinin dava sırasında ödenmesi gerekmektedir. Davacının tazminat istemi karşılanmış ancak faiz istemi karşılanmamış ise, tazminat

²⁸ YASİN, s. 177-178; Davanın kabulü sonrası verilen karar da yargı kararıdır ve uygulanmaması idarenin sorumluluğuna yol açar, DERDİMAN, s. 459.

²⁹ D3D, T. 17.03.2015, E. 2013/11575, K. 2015/1351 sayılı kararı; D3D, T. 26.11.2015, E. 2015/7781, K. 2015/8663 sayılı kararı.

³⁰ ODYAKMAZ, s. 3.

³¹ Açılmış ve devam etmekte olan davada, dava konusu edilen uyuşmazlığa bakmakta olan mahkemenin kararı dışında bir nedenle çözümlenmesi ya da ortadan kalmasıdır, SANCAKDAR, s. 282.

³² Gaziantep 1. İdare Mahkemesi, T. 31.12.2009, E. 2009/171, K. 2009/1276 sayılı kararı.

istemi hakkında KVYO, faiz istemi hakkında ise esastan karar verilmesi gerekecektir.

İptal davalarında davanın konusuz kalması için, idari işlemin geri alınması, işlemin tesis edildiği tarihten itibaren tüm sonuçlarıyla hukuk âleminde silinmesi gerekmektedir. Çünkü idari yargıda yargısal denetim, işlem tarihi itibarıyla yapılmaktadır. İşlemin kaldırılması halinde davanın konusuz kaldığından söz etmeye imkân bulunmamaktadır.

İdari yargı uygulamasında, iptal davalarının konusuz kalması hususunda, işlemin geri alınması gerektiğine ilişkin görüş birliği bulunmamaktadır. Bazı idari yargı mercileri iptal davalarının konusuz kalması için işlemin geri alınması gerektiğini açıkça aramaktadır³³. Danıştay bir uyuşmazlıkta, “*idari yargıda, yargısal denetim işlem tarihi itibarıyla yapılmakta olup, bireysel ya da düzenleyici işlemlerin iptali istemiyle açılan davalarda, işlem geri alınmadığı sürece işlemin hukuka uygunluk denetimini yapmak suretiyle hüküm kurmak esas olduğu, ...işlemlerle, davacının...Derneğinde ve askerlikte geçen süre ile 657 sayılı Yasanın 4/B maddesi kapsamında geçen toplam 5 yıl 9 ay 24 gün olarak derece kademesinde değerlendirilmesi, dava konusu işlemin geri alınması anlamına gelmediğinden, davanın konusuz kaldığının kabulüne imkan bulunmadığı, idare mahkemesi’nce uyuşmazlığına esası hakkında bir karar verilmesi gerekmekte iken konusuz kaldığından bahisle karar verilmesine yer olmadığı yönünde kurulan hükümde hukuki isabet bulunmadığına*” karar vermiştir³⁴.

³³ Davalı idarenin savunmasında yer alan beyanı ve İl Valiliklerine göndermiş olduğu uygulama talimatı içeriğinden, dava konusu işlemin geri alınmış olduğu anlaşılmalı, iş bu davanın konusu kalmadığından, konusu kalmayan davada karar verilmesine yer olmadığına karar verilmesi gerektiği yönünde D8D, T. 05.10.2007, E. 2006/228, K. 2007/5090 sayılı kararı; benzer yönde D8D, T. 28.10.2009, E. 2009/5217, K. 2009/6113 sayılı kararı; DİDDK, T. 11.12.2017, E. 2015/2842, K. 2017/4228 sayılı kararı, Gaziantep Bölge İdare Mahkemesi 1. İDD, T. 26.06.2018, E. 2018/269, K. 2018/924 sayılı kararı.

³⁴ D5D, T. 02.07.2015, E. 2015/1449, K. 2015/6786 sayılı kararı; konuya ilişkin başka bir uyuşmazlıkta, “*görevden uzaklaştırılma işlemin iptali istemiyle açılan davada, davacının kamu görevinin bir yasama hükmü olan Kanun Hükmünde Kararname ile doğrudan sonlandırılması nedeniyle Mahkemelerince hukuki denetimin yapılacağı bir idari işlem kalmadığı gerekçesiyle davanın esası hakkında karar verilmesine yer olmadığı yönünde karar verilmiş ise de, sözü edilen ve sonradan yürürlüğe giren Kanun Hükmünde Kararname hükmünün, davacının Milli Eğitim Bakanlığı’nın...oluru ile 657 sayılı Kanun’un 137. maddesi uyarınca görevden uzaklaştırılmasına yönelik...sayılı işlemi ortadan kaldırıcı veya değiştirici nitelikte olmadığı, esasen iki işlemin niteliğinin ve hukuki irdelemesinin farklı hukuki kurallara tabi olduğu görüldüğünden, davanın konusuz kaldığının söylenemeyeceği, bu durumda; m Mahkemece, davacı tarafından iptali istenen işlemin hukuki denetimi yapılarak davanın esası hakkında karar verilmesi gerekirken, hukuken denetleme olanağı*

Bazı idari yargı mercileri ise, davanın konusuz kalması için işlemin geri alınmasını aramamakta, karar tarihi itibarıyla işlemin hukuk âleminde kalkmış olmasını yeterli görmektedir. Örneğin “*davacının...Merkez Jandarma Karakol Komutanlığı'ndan... Jandarma Tabur Komutanlığı'na atanmasına dair...işleminin tesisinden yaklaşık yedi ay sonra tesis edilen bir başka işlemle davacının yeniden önceki görev yerine atanmış olması konusu kalmayan dava hakkında karar verilmesine yer olmadığına*” karar verilmiştir³⁵.

Düzenleyici işlemlerin yargısal denetiminde, dava aşamasında işlemin yürürlükten kaldırılması halinde işlemin geri alınıp alınmadığı ayrımı yapılmamakta, davanın konusuz kaldığından KVYO kararı verilmektedir. Konuya ilişkin bir uyuşmazlıkta, “*16/08/2013 tarih ve 28737 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Bakıma Muhtaç Engelli Bireylere Yönelik Özel Bakım Merkezleri Yönetmeliği'nin 4. maddesinin 1/(f) bendinin ve 25. maddesinin iptali istemiyle açılan davada, 04/11/2016 tarih ve 29878 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Engelli Bireylere Yönelik Özel Bakım Merkezleri Yönetmeliğinin 67. maddesinin 1. fıkrasıyla, dava konusu Yönetmelik yürürlükten kaldırıldığı, bu durumda, dava konusu Yönetmeliğin yürürlükten kalkması nedeniyle uygulanma olanağı kalmadığından davanın konusunun kalmadığı sonucuna varılarak karar verilmesine yer olmadığına*” karar verilmiştir³⁶. Danıştay 5. Dairesi ise, düzenleyici işlemlerin iptali istemiyle açılan davalarda, düzenleyici işlem geri alınmadığı sürece davanın konusuz kalmayacağı, düzenleyici işlemin yürürlükten kaldırılmasının işlemin geri alınması anlamına gelmediği görüşündedir³⁷.

İdari yargıda görülen bir davanın konusuz kalmasının diğer sebebi ise, dava konusu işlemin dava aşamasında mahkeme kararıyla iptal

olmayan KHK ekinde davacının da ismine yer verildiği ve kamu görevinden çıkarıldığı hususu dikkate alınarak yukarıda belirtilen gerekçe ile davanın konusuz kaldığından bahisle “karar verilmesine yer olmadığı” yolunda verilen kararda hukuka uyarlık görülmediği” yolunda, Konya Bölge İdare Mahkemesi 1. İDD, T. 07.11.2017, E. 2017/3661, K. 2017/3960 sayılı kararı.

³⁵ Antalya 3. İdare Mahkemesi, T. 06.10.2017, E. 2017/379, K. 2017/1326 sayılı kararı, bu karara yapılan istinaf başvurusu Konya Bölge İdare Mahkemesi 1. İDD, T. 08.03.2018, E. 2018/158, K. 2018/418 sayılı kararı ile reddedilmiştir.

³⁶ D10D, T. 06.06.2018, E. 2013/5642, K. 2018/2040 sayılı kararı; Benzer yönde D2D, T. 12.06.2018, E. 2016/690, K. 2018/3960 sayılı kararı; D2D, T. 12.04.2018, E. 2016/720, K. 2018/2559 sayılı kararı; D2D, T. 08.03.2018, E. 2016/7610, K. 2018/1492 sayılı kararı; D8D, T. 08.03.2018, E. 2007/4858, K. 2008/7356 sayılı kararı.

³⁷ D5D, T. 02.07.2015, E. 2015/1449, K. 2015/6786 sayılı kararı.

edilmiş olmasıdır. Farklı kişilerin menfaatini etkileyen bir idari işlem, aynı mahkemede veya farklı mahkemelerde ayrı ayrı dava konusu edilmesi mümkündür. Örneğin imar planının iptali istemiyle birden fazla dava açılması mümkündür. Düzenleyici işlemin iptali istemiyle birden fazla dava açılması da mümkündür. Bu gibi durumlarda, mahkemelerden birinin iptal kararı vermesi, diğer davaların konusuz kalmasına sebebiyet vermektedir. Bu gibi durumlarda da konusu kalmayan dava hakkında KVYO kararı verilmektedir. Konuya ilişkin Danıştay kararına göre, “*Tıpta Uzmanlık Tüzüğü’nün, 5. ve 6. maddeleri ile tüzüğe ekli çizelgede Anesteziyoloji ve Reanimasyon Anadalının süresinin 4 yıl olarak belirlenmesine ve Yoğun Bakım’ın bu ana dala yan dal olarak verilmemesine ilişkin kısmının iptalleri istemiyle açılan davada, Dairemizin E:2002/3784 esas numarasına kayıtlı davada 19.11.2003 gününde verilen K:2003/5027 sayılı kararıyla Tüzüğü’nün 5. ve 6. maddelerinin (a), (b), ve (c) fıkralarının; yine Dairemizin E:2002/3493 esas numarasına kayıtlı davada 29.12.2003 gününde verilen K:2003/6068 sayılı kararlar da yoğun bakım yan dalının, Anesteziyoloji ve Reanimasyon ana dalına verilmemesine Anesteziyoloji ve Reanimasyon ana dalının süresinin dört yıl olarak belirlenmesine ilişkin düzenlemelerin iptallerine karar verilmiş olduğundan, ayrıca bu davada anılan düzenlemelerin iptalleri istemi hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar verilmesi gerektiğine*”³⁸ karar verilmiştir.

Dava konusu işlem geri alınmadığı veya kaldırılmadığı halde, işlemin uygulanma imkânı kalmadığı durumlarda, konusu kalmayan dava hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar verilebilmektedir. Örneğin, “*hakkında yıkım kararı verilen ruhsata aykırı imalatların, dava devam ederken yıkılması veya ruhsatlandırılması gibi hallerde yıkım kararının uygulanma imkanı kalmadığından; böyle bir durumda, konusu kalmayan dava hakkında karar verilmesine yer olmadığı kararı verilmesi gerektiğine*” hükmedilmektedir³⁹.

³⁸ D8D, T. 16.03.2005, E. 2003/1386, K. 2005/1210 sayılı kararı; Aynı yönde D8D, T. 04.06.2008, E. 2006/4456, K. 2008/4078 sayılı kararı; Benzer bir uyumsuzlukta, “*davacının satın aldığı meskenin su aboneliği tesisi sırasında metrekare üzerinden su aboneliği açma ücreti alınmasına ilişkin işlemin hukuka aykırı olduğu ileri sürülerek iptali istemiyle açtığı davada; ...Belediye Meclisi kararının 9. sayfasının “Diğer Ücretler” başlıklı kısmının 4. maddesi, Mahkemelerinin E:2008/1431, K:2009/334 sayılı kararıyla iptal edildiğinden, söz konusu işlem yönünden yeniden karar verilmesine hukuken olanak bulunmadığı*” yönünde Denizli İdare Mahkemesi, T. 04.06.2009, E. 2009/158, K. 2009/413 sayılı kararı.

³⁹ D14D, T. 05.06.2018, E. 2015/3308, K. 2018/4383 sayılı kararı; D14D, T. 05.06.2018, E. 2016/1146, K. 2018/4371 sayılı kararı, D14D, T. 29.05.2018, E. 2015/2423, K. 2018/4159 sayılı kararı.

4. Özel Düzenleme

İdari yargıda görülen bir davada feragat veya kabul beyanı bulunmadığı, davanın konusuz da kalmadığı bazı hallerde özel kanun ya kararname hükmü gereği KVYO kararı verilmektedir. Verilen bu kararlar diğer KVYO kararlarında olduğu gibi uyumsuzluğun esasını çözmekte, ancak uyumsuzluğu sonlandırmaktadır.

Örneğin 675 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Tedbirler Alınması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin “Muvazaalı Devir İşlemleri” başlığını taşıyan 12. maddesinde, “(1) 20/7/2016 tarihli ve 2016/9064 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla ülke genelinde ilan edilen olağanüstü hal kapsamında yürürlüğe konulan kanun hükmünde kararnameler gereğince kapatılan özel öğretim kurum ve kuruluşları ile özel öğrenci yurtları ve pansiyonlarının faaliyetlerinin sürdürüldüğü dönemde üzerlerinde buldukları, mülkiyeti kapatılanların sahibi gerçek veya tüzel kişilere ait taşınmazlardan 1/1/2014 tarihi ile bahse konu yerlerin kapatılma tarihleri arasında üçüncü kişilere devri yapılmış olan ve üzerinde kapatılanlar tarafından aynı faaliyete kapatılma tarihi itibarıyla devam edilen taşınmazların devir işlemleri muvazaalı kabul edilir ve tapuda ilgisine göre Hazine veya Vakıflar Genel Müdürlüğü adına her türlü kısıtlama ve taşınmaz yükünden ari olarak resen tescil edilir.

(2) Birinci fıkrada belirtilen taşınmazların devredildiği üçüncü kişilerin terör örgütlerine veya Milli Güvenlik Kurulunca Devletin milli güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti, iltisakı veya irtibatı olması halinde, taşınmaz üzerinde aynı faaliyete devam edildiğine bakılmaksızın devir işlemleri muvazaalı kabul edilir ve tapuda ilgisine göre Hazine veya Vakıflar Genel Müdürlüğü adına her türlü kısıtlama ve taşınmaz yükünden ari olarak resen tescil edilir.

(3) Bu madde kapsamında görülmekte olan davalarda konusuz kalma nedeniyle davanın esası ve yargılama giderleri hakkında karar verilmesine yer olmadığına hükmedilir” kuralına yer verilmiştir. Kanunda öngörülen şartlara uygun taşınmazlara ilişkin idari davalar kanun hükmü gereği konusuz kaldığı kabul edilir ve KVYO kararı verilir. Mahkeme kararları da bu yöndedir⁴⁰.

685 sayılı Olağanüstü Hal İşlemleri İnceleme Komisyonu Kurulması

⁴⁰ Konya Bölge İdare Mahkemesi 5. İDD, T. 26.12.2017, E. 2017/1904, K. 2017/1739 sayılı kararı.

Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 1. maddesinin; 1. fıkrasında; “*Anayasanın 120. maddesi kapsamında ilan edilen ve 21.7.2016 tarihli ve 1116 sayılı Türkiye Büyük Millet Meclisi Kararıyla onaylanan olağanüstü hal kapsamında, terör örgütlerine veya Milli Güvenlik Kurulunca Devletin milli güvenliğine karşı faaliyette bulunduğuna karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti, aidiyeti, iltisakı veya bunlarla irtibatı olduğu gerekçesiyle başka bir idari işlem tesis edilmeksizin doğrudan kanun hükmünde kararname hükümleri ile tesis edilen işlemlere ilişkin başvuruları değerlendirmek ve karar bağlamak üzere Olağanüstü Hal İşlemleri İnceleme Komisyonu kurulmuştur*” hükmü, geçici 1. maddesinin 3. fıkrasına; “*bu dosyalar hakkında yargı mercüilerince karar verilmesine yer olmadığına ve tarafların yaptıkları masrafların üzerine bırakılmasına, dosya üzerinde kesin olarak karar verilir; vekalet ücretine hükmedilmez. Bu dosyalar, yeni bir başvuru şartı aranmaksızın incelenmek üzere komisyona gönderilir*” hükmüne yer verilmiştir. Ohal Komisyonu kurulmadan önce idari yargıda açılan davalarda, anılan kanun hükmü gereği KVYO kararı verilmektedir⁴¹.

5. Diğer Nedenler

Davadan feragat, kabul, davanın konusuz kalması veya özel kanun hükmü sebepleri dışındaki diğer bazı nedenler de uyuşmazlığı sona erdiren KVVYO kararı verilmesini gerektirmektedir.

Düzenleyici işlemlerin eksik düzenleme içerdiği iddiasıyla açılan iptal davalarında, dava aşamasında, davacının davayı açmakla ulaşmayı hedeflediği amaca uygun düzenleme yapılarak söz konusu eksikliğin giderilmesi halinde, eksik düzenlemeye yönelik iptal istemi hakkında karar verilmesine yer olmadığına hükmedilmektedir⁴².

İşlemin iptali ve ödenen tutarın tazmini istemiyle açılan davalarda, işlem iptal edildiği ve dava aşamasında tazminat istemi idarece karşılanmadığı halde tazminat istemi hakkında KVVYO kararı verildiği görülmektedir. Konuya ilişkin bir uyuşmazlıkta, “*davacının, hazine taşınmazını fuzulen işgal ettiği gerekçesiyle ...ecrimisil bedeli tahakkuk ettirilmesine ilişkin işlemin iptali ve fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak kaydıyla şimdilik...TL’sinin tazmini*

⁴¹ Gaziantep Bölge İdare Mahkemesi 2. İDD, T. 17.07.2018, E. 2018/2811, K. 2018/2623 sayılı kararı; Erzurum Bölge İdare Mahkemesi, T. 19.07.2018, E. 2018/2351, K. 2018/1691 sayılı kararı.

⁴² D2D, T. 08.03.2018, E. 2016/10295, K. 2018/1458 sayılı kararı; D2D, T. 08.03.2018. E. 2016/9970, K. 2018/1459 sayılı kararı.

istemiyle açılan davada, ...ecrimisil istenilmesine ilişkin işlem kısmının iptaline ve fazlaya ilişkin hak saklı tutularak iadesi istenen kısma gelince; dava aşamasında sunulan rapor sonrasında herhangi bir ıslah dilekçesi verilmediğinden; ayrıca, kısmen iptal kararı uyarınca davalı idarenin ödenen tutarı, gerekli hesaplamaları yaparak iade edeceği açık olduğundan, dava değerine bağlı kalınarak uygulamada tereddütlere de yol açmamak açısından, tazmin istemi hakkında bu aşamada herhangi bir karar verilmesine yer olmadığına” karar verilmiştir⁴³. Kararın KVYO kısmına katılmak olanaklı değildir. Davada davacının tazminini istediği miktar açısından tüm şartlar kabul edilmiş iken KVYO kararı verilmesi hukuka uygun değildir. İşlemin iptal edilmesi, ödenen ecrimisilin doğrudan iade edilmesini gerektirmez. İptal kararına rağmen, şayet davacı kanunda öngörülen süreler içerisinde iade isteminde bulunmazsa, tazminat isteme hakkının süre aşımına uğrayacağı açıktır. Bu nedenle, davacının tazminat istemi hakkında KVYO kararı verilmesi yönündeki karara katılmıyoruz.

B. Yetkili Mercî İtibariyle Uyuşmazlığı Sonlandıran Karar Verilmesine Yer Olmadığı Kararı Verilmesinde Aşamalar

1. Dava Aşamasında Uyuşmazlığı Sona Erdiren Kararlar

Dava açılmasından sonra feragat, kabul, konusuz kalma, özel kanun hükmü veya diğer nedenlerden dolayı ilk derece mahkemesi sıfatıyla idare ve mahkemesi ile Danıştay tarafından uyuşmazlığı sona erdiren KVYO kararları verilebilmektedir.

İlk derece yargılaması sırasında KVYO kararının ne zaman verileceği önem arz etmektedir. KVYO kararı verilmesini gerektiren sebeplerin ortaya çıktığı andan itibaren gecikmeksizin KVYO kararı verilmesi yerinde olacaktır. Çünkü bu sebepler uyuşmazlığı sona erdiren sebeplerdir. İlk derece yargılamasında KVYO sebeplerinin ortaya çıkmasından sonra uyuşmazlığın esastan çözülüp bir karar verilmesi hukuka aykırı olacaktır. Çünkü KVYO kararları usule ilişkin kararlardır.

İdari yargılama usulünde, usulden karar verilmesini gerektiren bir sebebin bulunması durumunda esastan karar verilmesi hukuken mümkün değildir. Bu sonuca 2577 sayılı Kanunun bir bütün olarak değerlendirilmesinden ulaşmak mümkündür. 2577 sayılı Kanunda KVYO kararlarına ilişkin özel bir düzenleme bulunmamakta ise de, KVYO verilmesi gerektiren sebeplerden, bu kararların

⁴³ Antalya 4. İdare Mahkemesi, T. 30.06.2017, E. 2016/1072, K. 2017/854 sayılı kararı.

esas kararlardan önce verilmesi gereken kararlar olduğu söylenebilir. Nitekim Danıştay KVYO kararı verilmesi gereken sebepler olmasına rağmen işin esası hakkında karar verilmesinin hukuka aykırı olduğu görüşündedir⁴⁴. Hatta ilk derece mahkemesi tarafından uyuşmazlığın esası hakkında karar verildikten sonra KVYO kararı verilmesi gerektiren sebeplerin sonradan ortaya çıkması halinde dahi, KVYO kararı verilmesi gerektiği görüşüyle esastan verilen ilk derece mahkeme kararının bozulmasına karar vermektedir⁴⁵.

Bir idari davada ilk inceleme üzerine usulden verilmesi gereken ret sebeplerinin bulunması halinde, KVYO kararı verilir verilmeyeceği hususunun incelenmesi gerekir. KVYO kararları 2577 sayılı Kanunda açıkça düzenlenmiş olmasa da uyuşmazlığı sona erdiren usul kararlarıdır. İlk inceleme üzerine verilen görev yönünden davanın reddi, yetki yönünden davanın reddi, merciine tevdi, ehliyet yönünden davanın reddi, süre aşımı yönünden davanın reddi, kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem olmadığından davanın reddine kararları da uyuşmazlığı sona erdiren usul kararlarıdır. Burada önemli olan mesele, uyuşmazlığı sona erdiren KVYO kararlarının mı yoksa ilk inceleme üzerine verilen usul kararlarının mı öncelikli olduğudur.

Merciine tevdi veya görev, yetki, ehliyet, süre, kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem olmadığı yönünden davanın reddi sebepleri, istisnai durumlar haricinde davanın açıldığı sırada bulunmaktadır. Uyuşmazlığı sona erdiren KVYO sebepleri ise dava açıldıktan sonra ortaya çıkmaktadır. KVYO sebepleri dava açılmadan önce ortaya çıkmışsa zaten KVYO değil, davanın incelenmeksizin reddine karar verilmektedir. Örneğin dava açılmadan önce idarece işlemin geri alınması halinde, dava açıldığı anda zaten davanın konusuz olması nedeniyle davanın incelenmeksizin reddine karar verilmektedir⁴⁶. İlk inceleme üzerine verilen usulden ret kararlarının sebepleri, uyuşmazlığı sona erdiren KVYO sebeplerinden önce ortaya çıktığından, hatta genellikle davanın

⁴⁴ D10D, T. 29.11.2017, E. 2016/8647, K. 2017/5149 sayılı kararı; D10D, T. 29.11.2017, E. 2016/8217, K. 2017/5148 sayılı kararı; D14D, T. 06.06.2017, E. 2014/6763, K. 2017/3845 sayılı kararı; D10D, T. 26.04.2017, E. 2013/4945, K. 2017/2296 sayılı kararı; D5D, T. 14.11.2016, E. 2016/30063, K. 2016/5986 sayılı kararı.

⁴⁵ D6D, T. 19.06.2018, E. 2013/5587, K. 2018/6089 sayılı kararı, D6D, T. 23.05.2018, E. 2017/3460, K. 2018/5039 sayılı kararı; D2D, T. 04.04.2018, E. 2016/12354, K. 2018/2319 sayılı kararı; D6D, T. 22.05.2018, E. 2016/12480, K. 2018/5000 sayılı kararı; D5D, T. 13.11.2014, E. 2014/7337, K. 2014/7822 sayılı kararı.

⁴⁶ D4D, T. 14.04.2015, E. 2014/8716, K. 2015/1748 sayılı kararı, D3D, T. 30.03.2015, E. 2013/7165, K. 2015/1732 sayılı kararı; Mardin İdare Mahkemesi, T. 14.05.2013, E. 2013/302, K. 2013/845 sayılı kararı.

açıldığı sırada var olduğundan görev, yetki, ehliyet ve süre aşımı yönünden davanın reddi ve merciiine tevdi sebepleri varken KVYO kararı verilmemesi gerekir.

Uygulamada idari yargı mercilerince kabul edilen ağırlıklı görüş, davanın reddini gerektiren yukarıda sayılan sebepler varken dava hakkında KVYO kararı verilmesinin hukuka aykırı olduğu yönündedir. Konuya ilişkin bir uyuşmazlıkta, “2577 sayılı Yasa’nın 15. maddesinin 1/b bendi uyarınca davanın süre aşımı nedeniyle reddine hükmedilmesi gerekirken, davacının gelir uzmanı olarak atamasının yapılmış olması nedeniyle konusu kalmayan dava hakkında karar verilmesine yer olmadığına hükmedilmesinde usul kurallarına uyarlık görülmediğine” karar verilmiştir⁴⁷. Başka bir uyuşmazlıkta, “dava konusu işlemle davacının kişisel, güncel ve meşru bir menfaatini etkilememesi nedeniyle, davanın ehliyet yönünden reddi gerekirken konusu kalmayan dava hakkında karar verilmesine yer olmadığına ilişkin mahkeme kararında hukuki isabet görülmediğine” karar verilmiştir⁴⁸. Benzer şekilde, görev yönünden davanın reddi ile kesin ve yürütülmesi zorunlu olmayan işlem olmadığından davanın reddi sebepleri bulunması halinde de, uyuşmazlık hakkında KVYO kararı verilmesinin hukuka uygun olmadığı yönünde kararlar da bulunmaktadır⁴⁹.

Danıştay’ın aksi yönde kararları da bulunmaktadır. Bir uyuşmazlıkta, “davacının özel esaslara tabi mükellefler listesinden çıkarıldığı yolundaki beyanı, davanın kabulü hükmünde olup, kabul müessesinin hüküm ve sonuçlarını doğurarak davayı konusuz bırakacağından, davalı idarenin bu beyanı ile konusu kalmayan davada, davanın süresinde olup olmadığı

⁴⁷ D5D, T. 08.05.2012, E. 2010/1538, K. 2012/3004 sayılı kararı; Aynı yönde D10D, T. 27.10.2014, E. 2013/3789, K. 2014/6176 sayılı kararı; D3D, T. 29.12.2015, E. 2015/14524, K. 2015/10198 sayılı kararı; D3D, T. 28.12.2017, E. 2016/7845, 2017/10483 sayılı kararı; D10D, T. 18.01.2016, E. 2014/2727, K. 2016/206 sayılı kararı.

⁴⁸ D8D, T. 22.02.2017, E. 2015/2686, K. 2017/1018 sayılı kararı, Aynı yönde D14D, T. 02.11.2017, E. 2017/1684, K. 2017/5791 sayılı kararı.

⁴⁹ “Kesin ve yürütülmesi zorunlu, tek başına idari davaya konu olabilecek işlem niteliği taşımamasından dolayı, İdare Mahkemesince 2577 sayılı Kanununun 14 ve 15/1-b maddeleri uyarınca davanın incelenmeksizin reddedilmesi gerekirken, davanın konusu bulunmadığından karar verilmesine yer olmadığına ilişkin mahkeme kararında hukuka uyarlık bulunmadığı” yönünde D8D, T. 19.04.2018, E. 2016/14116, K. 2018/2280 sayılı kararı; “davacı tarafından ithal edilen ve satışa sunulan ürünlerin toplatılmasına ilişkin... işlemlerin iptali istemiyle açılan davada, görev hususunun kamu düzeninden olması nedeniyle, idare mahkemesince, davanın görev yönünden reddi yolunda karar verilmesi gerekirken, karar verilmesine yer olmadığı yolunda verilen temyize konu kararda hukuki isabet görülmediği” ne dair D10D, T. 29.04.2015, E. 2013/4183, K. 2015/2150 sayılı kararı.

yönünden inceleme yapmanın yerinde olmadığı sonucuna varılarak vergi mahkemesinin süre aşımı nedeniyle davanın reddi yönünde verdiği kararın bozulması gerektiğine” karar verilmiştir⁵⁰.

Başka bir uyuşmazlıkta, “*Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamesi ile kamu görevinden çıkarıldığından idari davaya konu olabilecek nitelikte bir idari işlem olma niteliğinin bulunmadığı gerekçesiyle davanın incelenmeksizin reddine karar verilen davada, Komisyonun görev alanına giren konulara ilişkin olarak idari yargı mercilerinde açılmış olan davalar hakkında 690 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 56. maddesi uyarınca karar verilmesine yer olmadığına karar verilerek yeni bir başvuru şartı aranmaksızın dosyanın incelenmek üzere Komisyona gönderilmesi gerektiğine*” karar verilmiştir⁵¹. Danıştay 5. Dairesinin bu kararının özel kanun amir hükmüne istinaden verildiği görülmektedir. Bu şekilde karar, ilk inceleme üzerine davanın usulden reddi sebebi varken, KVYO kararı verilmesi gerektiği görüşü istisnai nitelik arz etmektedir.

2. Kanun Yolu Aşamasında Uyuşmazlığı Sona Erdiren Kararlar

a. İstinaf Kanun Yolunda

İlk derece mahkemesince uyuşmazlık esastan karara bağlandıktan sonra KVYO verilmesi gerektiren sebepler ortaya çıkabilir. Hatta ilk derece mahkemesinde görülen dava aşamasında, KVYO kararı verilmesi gerektiren sebep olmasına rağmen uyuşmazlık esastan karara bağlanmış olabilir. İdare veya vergi mahkemesince ivedi yargılama usulü kapsamında verilen veya kesin olarak verilen kararlar dışındaki kararlara karşı istinaf kanun yoluna başvurulabilir (2577 SK m. 45).

İstinaf yoluyla bölge idare mahkemesi önüne gelen bir dosyada, KVYO verilmesi gerektiren sebebin varlığının tespiti halinde ne tür karar verileceğine ilişkin açık bir kanun hükmü bulunmamaktadır. KVYO kararı bölge idare mahkemesince mi verilecektir yoksa ilk derece mahkemesince KVYO kararı verilmek üzere dosya iade mi edilecektir? 2577 sayılı Kanununun 45. maddesinin düzenleniş amacı ve lafzından, KVYO kararının bölge idare mahkemesince verilmesi gerekir. Nitekim bölge idare mahkemesi, sadece ilk inceleme üzerine verilen kararlara karşı yapılan istinaf başvurusunu haklı bulduğu,

⁵⁰ D3D, T. 26.11.2015, E. 2015/7781, K. 2016/8663 sayılı kararı; aynı yönde D3D, T. 17.03.2015, E. 2013/11575, K. 2015/1351 sayılı kararı.

⁵¹ D5D, T. 06.12.2017, E. 2017/12486, K. 2017/23853 sayılı kararı.

davaya görevsiz veya yetkisiz mahkeme yahut reddedilmiş veya yasaklanmış hâkim tarafından bakılmış olması hallerinde, istinaf başvurusunun kabulü ile ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasına karar vererek dosyayı ilgili mahkemeye göndermesi gerekir (2577 SK m. 45/5).

Bölge idare mahkemesi, ilk derece idare ve vergi mahkemelerince esastan karar verilen dosyalarda, usulden karar verilmesi gerektiği görüşünde ise bu kararı kendisi vermektedir. KVYO kararları da usule ilişkin uyumsuzluğu sona erdiren kararlar olduğuna göre, diğer usul kararları gibi KVYO kararını da bizzat kendisinin vermesi kanun koyucunun amacına uygun düşecektir.

İdari yargı uygulamasında verilen kararlar da bu yöndedir. Konuya ilişkin bir uyumsuzlukta, *“davacının istinaf aşamasında....İdare Mahkemesinde açmış olduğu davadan feragat ettiği, feragat nedeniyle konusu kalmayan dava hakkında karar verilmesine yer olmadığından idare kararının bozulmasına, konusu kalmayan dava hakkında karar verilmesine yer olmadığına”* karar verilmiştir⁵². Başka bir uyumsuzlukta, *“otel binasında ruhsatlı projesine aykırı uygulama yapıldığı gerekçesiyle encümen kararı uyarınca ruhsatsız uygulamaların yıkımının yapılacağına ilişkin işlemin iptaline karar verilmesi istemiyle açılan davada; dava konusu işlemin 16/06/2017 gün ve E:2016/411, K:2017/668 sayılı mahkeme kararıyla iptaline karar verildiği, 26.04.2016 tarihinde sunulan savunma dilekçesinde, davanın konusuz kaldığı, dava konusu işlemin...Orman Bölge Müdürlüğü'nün...sayılı yazısı gereğince tutanak tanzim edilerek iptal edildiği bildirildiğinden, dava konusu işlemin idarece geri alındığı ve bu sebeple bakılan davanın konusuz kaldığı anlaşıldığından istinaf başvurusunun kabulüne, mahkeme kararının kaldırılmasına, konusu kalmayan dava hakkında karar verilmesine yer olmadığına”* karar verilmiştir⁵³.

b. Temyiz Kanun Yolunda

Uyumsuzluk esastan karara bağlandıktan sonra KVYO verilmesi gerektiren sebepler ortaya çıkabilir. Hatta ilk derece mahkemesinde bakılan

⁵² Erzurum Bölge İdare Mahkemesi 1. İDD, T. 24.04.2018, E. 2018/876, K. 2018/766 sayılı kararı; aynı yönde Konya Bölge İdare Mahkemesi 2. İDD, T. 13.07.2018, E. 2017/2865, K. 2018/1261 sayılı kararı; Ankara Bölge İdare Mahkemesi 1. İDD, T. 12.07.2018, E. 2018/334, K. 2018/1062 sayılı kararı; İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 7. İDD, T. 18.07.2018, E. 2018/495, K. 2018/1216 sayılı kararı; İzmir Bölge İdare Mahkemesi 3. İDD, T. 08.09.2017, E. 2017/742, K. 2017/339 sayılı kararı.

⁵³ Konya Bölge İdare Mahkemesi 2. İDD, T. 30.05.2018, E. 2017/3068, K. 2018/969 sayılı kararı; Ankara Bölge İdare Mahkemesi 2. İDD, T. 15.03.2018, E. 2017/11723, K. 2018/630 sayılı kararı, İstanbul Bölge İdare Mahkemesi, 10. İDD, T. 14.03.2018, E. 2018/377, K. 2018/681 sayılı kararı.

dava aşamasında veya istinaf kanun yolu aşamasında, KVYO kararı verilmesi gerektiren sebep olmasına rağmen uyumsuzluk esastan karara bağlanmış olabilir.

Esastan karar verilen bir dava dosyasında, temyiz aşamasında KVYO kararı verilmesi gerektiği anlaşıldığı takdirde ne yönde karar verileceği önem arz eder. KVYO kararı verilmesi gerektiren sebepler, karar kesinleşinceye kadar ortaya çıkması halinde dikkate alınması gerekmektedir. Nitekim KVYO gerektiren sebepler uyumsuzluğu sona erdirmektedir. KVYO kararları da usule ilişkin kararlardır. Bu nedenle temyiz aşamasında KVYO gerektiren sebeplerin dikkate alınarak karar verilmesi gerektiği söylenebilir.

Uygulamada Danıştay, KVYO kararı gerektiren bir davada esastan karar verilmişse veya bu sebepler temyiz kanun yolu aşamasında ortaya çıkmışsa, KVYO kararı verilmesi gerektiğinden bahisle mahkeme kararını bozmakta, KVYO kararı verilmek üzere dosyayı mahkemesine göndermektir. Konuya ilişkin bir uyumsuzlukta, *“davacı tarafından gerekli evrakların hazırlanarak yapılan başvuru üzerine davalı idare tarafından yıkımına karar verilen dava konusu yapı hakkında...yapı ruhsatının düzenlendiği, yıkım kararının uygulanma imkanı kalmadığından, idare mahkemesince, konusu kalmayan dava hakkında karar verilmesine yer olmadığı kararı verilmesi gerekirken, davanın reddi yolunda verilen mahkeme kararının bu kısmında hukuki isabet görülmediğinden idare kararının yıkıma ilişkin kısmının ise bozulmasına, dosyanın Mahkemesine gönderilmesine”* karar verilmiştir⁵⁴.

İvedi yargılama usulü kapsamında verilen kararların temyizi aşamasında, uyumsuzluğu sona erdiren KVYO sebeplerinin bulunduğu anlaşılmaması halinde ise KVYO kararını Danıştay vermektedir. Bir uyumsuzlukta, *“dosyanın incelenmesinden, mahkemece dava karara bağlandıktan sonra davacı şirket vekili tarafından verilen...dilekçe ile davadan feragat edildiğinin bildirildiği anlaşıldığından...dosya temyiz istemi üzerine Dairemize intikal etmiş ise de feragat kesin hüküm gibi hukukî sonuç doğurduğundan, ...İdare Mahkemesi'nin...sayılı kararının bozulmasına, feragat sebebiyle dava hakkında karar verilmesine yer olmadığına, 2577 sayılı Kanun'un 20/A maddesinin ikinci fıkrasının (i) bendi uyarınca kesin*

⁵⁴ D14D, T. 08.05.2018, E. 2015/4434, K. 2018/3471 sayılı kararı; benzer yönde D6D, T. 22.05.2018, E. 2016/12480, K. 2018/5000 sayılı kararı; D6D, T. 19.06.2018, E. 2013/5587, K. 2018/6089 sayılı kararı; D14D, T. 24.04.2018, E. 2015/4603, K.2018/2978 sayılı kararı; D6D, T. 23.05.2018, E. 2017/3460, K. 2018/5039 sayılı kararı.

olarak” karar verilmiştir⁵⁵.

III. UYUŞMAZLIĞI SONA ERDİRMEYEN KARAR VERİLMESİNE YER OLMADIĞI KARARLARI

İdari yargılama usulünde uyuşmazlığı sona erdirmeyen KVYO kararları da verilebilmektedir. Bu kararlar ara karar hükmündedir. Bu kararlar uyuşmazlığı sona erdirmedeği gibi, yargı merciinin dosyadan el çekmesini sağlamaz. Bu kararlar, yürütmenin durdurulması istemine ilişkin olabileceği gibi diğer karar istemleri hakkında da verilebilmektedir.

A. Uyuşmazlığı Sona Erdirmeyen Karar Verilmesine Yer Olmadığı Kararını Verilmesini Gerektiren Haller

Uyuşmazlığı sonlandırmayan ara karar niteliğindeki KVYO verilmesi gerektiren haller istemden feragat, istemin konusuz kalmasına ilişkin olabileceği gibi diğer nedenlerden de kaynaklanabilmektedir.

1. İstemden Feragat

İdari yargılama usulünde, uyuşmazlığı sona erdiren usulden veya esastan kararlar verilebildiği gibi, uyuşmazlığı sonlandırmayan ara karar niteliğinde kararlar da verilebilmektedir. Bu kararların bir kısmı, yargı merciince resen (ilgili kişi ve kurumlardan bilgi ve belge isteme) yapılabildiği gibi, bir kısmı ise istem üzerine verilmektedir. İstem üzerine verilen kararlara örnek olarak adli yardım istemi, yürütmeyi durdurma istemi, yürütmeyi durdurmaya ilişkin karara itiraz istemi, bağlantı istemi, müdahale istemi, istinaf veya temyiz istemi gösterilebilir.

İdari yargı mercilerinden, netice-i talep dışında bir istemde bulunan taraf veya üçüncü taraf, isteminden feragat etmesi halinde, istemi hakkında KVYO kararı verilmektedir. Yürütmeyi durdurma isteminden feragat edilmesi halinde, yürütmeyi durdurma istemi hakkında KVYO kararı verilmektedir. Konuya ilişkin bir uyuşmazlıkta, “*Dosyanın incelenmesinden, davacının...yürütmenin durdurulması isteminden feragat ettiğinden; yürütmenin durdurulması istemi hakkında karar verilmesine yer olmadığına*” karar verilmiştir⁵⁶.

⁵⁵ D13D, T. 02.07.2018, E. 2018/2001, K. 2018/2253 sayılı kararı; aynı yönde DİDDK, T. 17.01.2018, E. 2017/3228, K. 2018/6 sayılı kararı; DİDDK, T. 26.04.2017, E. 2017/374, K. 2017/1845 sayılı kararı.

⁵⁶ D16D, T. 14.01.2016, E. 2015/24325 sayılı kararı; aynı yönde D6D, T. 26.06.2013, E. 2011/6720 sayılı kararı; D6D, T. 21.06.2016, E. 2015/3262 sayılı kararı; davanın yürütmeyi durma kararına itiraz istemi hakkında feragat nedeniyle yürütmenin durdurulması talebi ile

2. Konusuz Kalma

Konusuz kalma, davanın konusuz kalması şeklinde ortaya çıkabileceği gibi, istem hakkında verilen kararın uygulanmasının imkânsız olması durumlarında da verilebilir. Örneğin etkisi uygulanmakla tükenecek olan idari işlemlerle ilgili açılan iptal davalarında yürütmeyi durdurma istenilmiş olabilir. Bu gibi durumlarda yürütmenin durdurulması istemi hakkında karar verilmeden önce işlemin uygulanması mümkündür. Bu durum yürütmeyi durdurma istemi kabul kararının uygulanma imkânını ortadan kaldıracaktır. Bu gibi hallerde yürütmeyi durdurma istemi hakkında KVYO kararı verilmesi gerektiği söylenebilir.

Konuya ilişkin bir uyuşmazlıkta, *“işyerinin (öğrenci yurdu), işyeri açma ve çalışma ruhsatı olmadan faaliyette bulunduğu gerekçesiyle, ruhsat alınuncaya kadar ticaret ve sanat icrasından men’i ve idari para cezası verilmesine ilişkin kararın iptali ve yürütmesinin durdurulması istemiyle açılan davada, dava açıldıktan sonra uyuşmazlık konusu öğrenci yurdu için işyeri açma ve çalışma ruhsatının düzenlendiği ve para cezasının da davacı şirket tarafından...mabuz ile Belediye veznesine yatırıldığı anlaşıldığından, bu aşamada, dava konusu edilen işlemin yürütülmesinin durdurulması istemi hakkında karar verilmesine yer olmadığı”* yönünde karar verilmiştir⁵⁷. Başka bir uyuşmazlıkta, atanma isteminin iptali ve yürütmesinin durdurulması istemiyle açılan davada, davacının kendi isteğiyle emekliliğe sevk edildiği anlaşıldığından dava konusu edilen işlemin yürütülmesinin durdurulması istemi hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar verilmiştir⁵⁸.

Davanın konusuz kalması da istem hakkında KVYO kararı verilmesini gerektirir. Kural olarak davanın konusuz kalması halinde uyuşmazlığı sona

ilgili olarak karar verilmesine yer olmadığına ilişkin DİDDK, T. 20.09.2017, E. 2017/788 YD itiraz nolu kararı.

⁵⁷ Konya 1. İdare Mahkemesi, T. 03.12.2009, E. 2009/1168 sayılı YD kararı; başka bir uyuşmazlıkta, Bingöl Üniversitesinde öğretim üyesi olarak görev yapan ve 02.05.1945 doğumlu olan davacının 67 yaşını doldurmuş olması nedeniyle 31.12.2015 tarihinde yaş haddinden emekliye sevk edileceğine ilişkin...sayılı Rektörlük işleminin tesis edilmesi üzerine bahse konu işlem ve dayanağı YÖK Genel Kurulu kararının iptali istemiyle açılan davada, dava açıldıktan sonra dayanağı kanun hükmünde değişiklik yapılan davaya konu düzenlemenin davacıya uygulanma olanağının kalmaması ve davacının halen üniversitedeki görevine devam ettiğinin anlaşılması karşısında, bu aşamada yürütmenin durdurulması istemi hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar verilmiştir, D8D, T. 21.04.2016, E. 2015/11027 sayılı YD kararı.

⁵⁸ Konya 1. İdare Mahkemesi, T. 09.10.2006, E. 2006/2754 sayılı YD kararı.

erdiren KVYO kararı verilecektir. Ancak birden fazla işlem, birlikte dava konusu edilebilir. Bu gibi durumlarda işlemin birinin konusuz kalması halinde, bu işlem yönünden hemen KVYO kararı verilmemektedir. Konusuz kalan işlem hakkında diğer işlemle birlikte uyumsuzluğu sonlandıran KVYO kararı verilmektedir. Diğer işlemin yargılaması devam ederken konusuz kalan işlem hakkında var olan yürütmeyi durdurma, bağlantı gibi istemlerinin de konusu kalmayacaktır. Bu istemler hakkında KVYO kararı verilmesi gerektiği söylenebilir⁵⁹.

Aynı idari işlemin iptali istemiyle açılan başka bir davada, yürütmenin durdurulması isteminin kabulüne karar verilmesi durumunda da, yürütmenin durdurulması istemi hakkında yeniden karar verilmesine yer bulunmadığından KVYO kararı verilecektir⁶⁰.

3. Diğer Nedenler

Diğer bazı nedenlerde uyumsuzluğu sonlandırmayan KVYO kararı verilmesini gerektirebilir. Örneğin nöbet görevi verilmesine ilişkin işlemin iptali ve yürütmesinin durdurulması istemiyle açılan davada, davanın açılmasından sonra tesis edilen işlemle nöbet görevine son verilmesi durumunda yürütmenin durdurulması istemi hakkında KVYO kararı verilmesi gerektiği söylenebilir⁶¹.

⁵⁹ Konuya ilişkin bir uyumsuzlukta, polis memuru olarak görev yapan davacı tarafından, başörtüsü ile çalışmamasına ilişkin hukuka aykırılığın giderilmesi ve duruma netlik kazandırılması talebiyle yaptığı başvuru sonucu; konunun ilgili mevzuat uyarınca değerlendirilmesi gerektiği yolunda tesis edilen...sayılı davalı Emniyet Genel Müdürlüğü işleminin ve Emniyet Hizmetleri Sınıfı Mensupları Kıyafet Yönetmeliğinin 5. maddesinin 1. fıkrasının (i) bendinin iptali ve yürütmenin durdurulması istemiyle açılan davada, dava konusu Emniyet Hizmetleri Sınıfı Mensupları Kıyafet Yönetmeliğinin 5. maddesinin 1. fıkrasının (i) bendinin, 27/08/2016 tarihli ve 26614 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Emniyet Hizmetleri Sınıfı Mensupları Kıyafet Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik ile değiştirilmiş olması nedeniyle anılan düzenleme yönünden davanın konusuz kaldığı görüldüğünden, yürütmenin durdurulması istemi hakkında karar verilmesine yer bulunmadığına karar verilmiştir, D2D, T. 23.11.2016, E. 2016/10198 sayılı kararı; aynı yönde D2D, T. 06.08.2018, E. 2018/903 sayılı YD kararı.

⁶⁰ Konuya ilişkin bir uyumsuzlukta, “*Dairemizin 30.6.2015 günlü ve E:2015/13378 sayılı kararıyla, 15.1.2015 tarih ve 29237 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren Dış Temsilciliklerin Korunmasında Geçici Süreli Görevlendirilecek Emniyet Genel Müdürlüğü Personeli Hakkındaki Yönetmeliği’nin; 20. maddesinin 1. fıkrasının (e) bendi yönünden yürütülmesinin durdurulmasına karar verildiğinden, bu maddeye yönelik yürütmenin durdurulması istemi hakkında yeniden karar verilmesine yer bulunmadığından..... yürütmenin durdurulması istemi hakkında karar verilmesine yer olmadığına*” karar verilmiştir, D16D, T. 09.06.2016, E. 2015/22508 sayılı YD kararı; aynı yönde D13D, T. 04.06.2018, E. 2018/687 sayılı YD kararı.

⁶¹ Konuya ilişkin bir uyumsuzlukta aynı yönde karar verilmiştir, D10D, T. 26.09.2017,

Nöbet görevine son verilmesi işlemi, kaldırma işlemi niteliğindedir. İptali istenilen işlemin uygulanmasına son verildiğinden yürütmenin durdurulması istemi hakkında karar verilmesinde hukuki yarar kalmamıştır.

Yargı mercilerinden talep edilen bazı istemler, açık olarak kanunda aranan şartları taşımayabilir. Bu durumda da istem hakkında KVYO kararı verilmesi mümkündür. Örneğin bir uyuşmazlıkta, aynı mahkemede görülen davalarla ilgili yapılan bağlantı istemi hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar verilmiştir⁶². Başka bir uyuşmazlıkta, “*dava dilekçesinde adli yardım isteminde bulunan davacının idare mahkemesi tarafından adli yardım talebinin kabulüne karar verilmesine rağmen, temyiz aşamasında yeniden adli yardım talebinde bulunulmuş ise de aynı Kanunun 335. maddesinin 3. fıkrasında yer alan “adli yardım, hükmün kesinleşmesine kadar devam eder” düzenlemesi gereğince davacının temyiz aşamasındaki adli yardım talebi hakkında karar verilmesine yer olmadığına*” karar verilmiştir⁶³. Uyuşmazlığı sona erdirmeyen KVYO sebeplerini tahdidî olarak saymak mümkün değildir.

B. Yetkili Mercî İtibariyle Uyuşmazlığı Son Erdirmeyen Karar Verilmesine Yer Olmadığı Kararı Verilmesinde Aşamalar

Uyuşmazlığı sonlandırmayan KVYO kararları ilk derece mahkemesince verilebileceği gibi, istinaf aşamasında bölge idare mahkemesince veya temyiz kanun yolunda Danıştay tarafından da verilebilmektedir.

1. Dava Aşamasında Uyuşmazlığı Sona Erdirmeyen Karar Verilmesine Yer Olmadığı Kararları

Dava aşamasında uyuşmazlığı sona erdirmeyen KVYO kararları, ilk derece mahkemesi sıfatıyla idare, vergi mahkemesi veya Danıştay’ca verilmektedir. İlk derece mahkemesi sıfatıyla davaya bakan idari yargı merciinden, yapılan herhangi bir istemle ilgili uyuşmazlığı sonlandırmayan KVYO kararı verilmesi mümkündür. Yürütmenin durdurulması istemi hakkında KVYO kararı verilebileceği gibi, adli yardım istemi, açıklama istemi, yanlışlıkların düzeltilmesi istemi, bağlantı istemi, müdahale istemi hakkında da verilmesi mümkündür. Ancak bazı istemler hakkında KVYO kararı verilmesine lüzum bulunmamaktadır. Örneğin duruşma isteminde bulunan tarafın, isteminden feragat etmesi halinde duruşma istemi hakkında

E.2017/1856 sayılı YD kararı.

⁶² Konya 1. İdare Mahkemesi, T. 18.01.2008, E. 2007/811 sayılı kararı.

⁶³ D5D, T. 09.10.2017, E. 2017/11676, K. 2017/20884 sayılı kararı.

KVYO kararı verilmesi gerekmez. Çünkü duruşma yapılmamak suretiyle feragatin uygulanması mümkündür.

İlk derece idari yargı mercileri bir istem hakkında KVYO kararı verebilmesi için, istem hakkında karar vermeye yetkili olması gerekir. Örneğin esastan verilen bir karar hakkında, kararının açıklanması veya kararda yapıldığı iddia edilen yanlışlığın düzeltilmesi kararı veren mahkemeye verilen dilekçeyle olur. Bu istemlerden feragat halinde, istem hakkında KVYO kararı veren mahkemece verilir. Nitekim bu istemler hakkında karar verme yetkisi, ilk derece mahkemesindedir. Ancak, kararın kaldırılması istemiyle yapılan istinaf başvurusu dilekçesi de, kararı veren mahkemeye verilir. İstinaf başvurusundan feragat edilmesi halinde, istinaf istemi hakkında KVYO kararını ilk derece mahkemesi değil istinaf mercii verecektir. Çünkü istinaf istemi hakkında karar vermeye yetkili merci bölge idare mahkemesi olduğundan, istem hakkında KVYO kararını vermeye de bölge idare mahkemesi yetkilidir.

Dava aşamasında uyuşmazlığı sona erdirmeyen KVYO kararlarından biri de, yürütmenin durdurulması istemi hakkındaki karara yapılan itiraz üzerine verilebilmektedir. Ancak bu kararlar ilk derece mahkemelerince verilmemektedir. Yürütmenin durdurulması, itiraz merci olan bölge idare mahkemesi veya Danıştay Dava Daireleri Kurullarınca verilmektedir. Örneğin DİDDK bir uyuşmazlıkta, “*davacının itiraz istemi hakkında feragat nedeniyle yürütmenin durdurulması talebi ile ilgili olarak karar verilmesine yer olmadığına*” karar vermiştir⁶⁴.

2. Kanun Yolu Aşamasında Uyuşmazlığı Sona Erdirmeyen Karar Verilmesine Yer Olmadığı Kararları

İdari yargılama usulünde, dava aşamasında olduğu gibi, kanun yolu aşamalarında da uyuşmazlığı sona erdirmeyen KVYO kararları verilebilmektedir. Bu kararlar yürütmenin durdurma istemine ilişkin olabileceği gibi diğer istemlere ilişkin de olabilmektedir.

a. İstinaf Kanun Yolunda

İstinaf kanun yolu aşamasında da uyuşmazlığı sona erdirmeyen KVYO kararları verilebilir. İstinaf aşamasında yürütmenin durdurulması istemi,

⁶⁴ DİDDK, T. 20.09.2017, E. 2017/788 YD İtiraz nolu kararı; aynı yönde DİDDK, T. 07.04.2016, E. 2016/187 YD İtiraz nolu kararı; “*davanın konusu kalmadığından davalı idarenin yürütmenin durdurulması kararına yapılan itiraz istemi hakkında karar verilmesine yer olmadığına dair*”, DİDDK, T. 22.11.2012, E. 2012/418 YD İtiraz nolu kararı.

adli yardım istemi, istinaf istemleri hakkında KVYO kararları verilmesi mümkündür.

Konuya ilişkin bir uyuşmazlıkta, “davacı şirket vekilinin UYAP üzerinden...kayda giren dilekçesinin incelenmesinden, davacı şirketin istinaf isteminden vazgeçtiği anlaşıldığından, feragat sebebiyle konusu kalmayan istinaf istemi hakkında karar verilmesine yer olmadığına” karar verilmiştir⁶⁵.

b. Temyiz Kanun Yolunda

Temyiz kanun yolunda uyuşmazlığı sona erdirmeyen KVYO kararları, idari yargı kararlarına yansımaktadır. Temyiz kanun yolunda adli yardım istemi, yürütmenin durdurulması istemi, temyiz istemleri hakkında KVYO kararları verilebilmektedir. Bir uyuşmazlıkta, “davacı ...dilekçesi ile temyiz isteminden feragat ettiği anlaşıldığından temyiz istemi hakkında karar verilmesine yer olmadığına” karar verilmiştir⁶⁶.

IV. KARAR VERİLMESİNE YER OLMADIĞI KARARLARINDA ÖZELLİK ARZEDEN DURUMLAR

A. Karar Verilmesine Yer Olmadığı Kararlarında Kanun Yolu

İdari yargılama usulünde verilen KVYO kararların bir kısmına karşı kanun yoluna başvurmak olanaklıdır. KVYO kararlarına karşı kanun yolu incelemesini, verilen kararın uyuşmazlığı sona erdirip erdirmediğine göre incelemek gerekir.

1. Uyuşmazlığı Sona Erdiren Karar Verilmesine Yer Olmadığı Kararlarında Kanun Yolu

Uyuşmazlığı sona erdiren KVYO kararlarına karşı kanun yolu bulunup bulunmadığı, kararın hangi yargı merci tarafından verildiğine göre değişiklik arz eder.

⁶⁵ Konya Bölge İdare Mahkemesi 5. İDD, T. 17.07.2018, E. 2018/1163, K. 2018/1163 sayılı kararı, aynı yönde Ankara Bölge İdare Mahkemesi 11. İDD, T. 28.06.2018, E. 2018/1103, K. 2018/3548 sayılı kararı; İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 2. İDD, T. 13.03.2018, E. 2017/9372, K. 2018/625 sayılı kararı; Gaziantep Bölge İdare Mahkemesi 4. İDD, T. 23.11.2017, E. 2017/3711, K. 2017/2827 sayılı kararı.

⁶⁶ D8D, T. 06.08.2018, E. 2018/4060, K. 2018/4130 sayılı kararı; aynı yönde D4D, T. 03.07.2018, E. 2016/16026, K. 2018/6787 sayılı kararı; D5D, T. 07.06.2018, E. 2018/398, K. 14883 sayılı kararı; D13D, T. 24.05.2018, E. 2018/1276, K. 2018/1858 sayılı kararı; adli yardım istemi hakkında KVYO kararına dair D5D, T. 15.05.2018, E. 2017/12731, K. 2018/14239 sayılı kararı.

İdare ve vergi mahkemesi tarafından verilen ve uyuşmazlığı sona erdiren KVYO kararlarına karşı kanun yollarına başvurmak hukuken mümkündür. Kural olarak KVYO kararlarına karşı kanun yoluna başvurulmasını engelleyen bir mevzuat hükmü bulunmamaktadır. Ancak uyuşmazlığın konusu beş bin lirayı geçmiyorsa veya özel kanunda kararın kesin olduğuna ilişkin hüküm varsa kanun yoluna başvurulması olanaklı değildir (2577 SK m. 45/1).

İdare ve vergi mahkemesince verilen ve uyuşmazlığı sona erdiren KVYO kararlarının istinaf kanun yolu denetimi bölge idare mahkemesince yapılmaktadır. Bölge idare mahkemesince, KVYO kararına yapılan istinaf başvurusunun reddine veya kabulüne karar verilecektir.

KVYO kararına yapılan istinaf başvurusunun kabulüne karar verilmesi durumu özellik arz etmektedir. Nitekim bu durumda bölge idare mahkemesi, istinaf başvurusunun kabulüne karar vermekte ve aynı zamanda ilk derece mahkemesince verilen KVYO kararını kaldırmaktadır. Bölge idare mahkemesi, KVYO kararını kaldırdıktan sonra uyuşmazlık hakkında kendisi mi karar verecek yoksa dava dosyasını mahkemesine mi iade edecektir?

2577 sayılı Kanununun 45. maddesinde, bölge idare mahkemesinin hangi hallerde dava dosyasını mahkemesine göndereceği düzenlenmiştir. Buna göre, bölge idare mahkemesi ilk inceleme üzerine verilen kararlara karşı yapılan istinaf başvurusunu haklı bulduğu, davaya görevsiz veya yetkisiz mahkeme yahut reddedilmiş veya yasaklanmış hâkim tarafından bakılmış olması hallerinde, mahkeme kararının kaldırılmasına karar vererek dosyayı ilgili mahkemeye gönderir. Kanunda sayılan haller arasında uyuşmazlığı sona erdiren KVYO kararı açıkça sayılmamıştır. Bu durumun nedeni ise, KVYO kararlarının 2577 sayılı Kanunda öngörölmüş karar türlerinden olmamasıdır.

İstinaf aşamasında bölge idare mahkemesince, ilk derece mahkemesi KVYO kararı kaldırdıktan sonra, uyuşmazlık hakkında ne yönde karar verileceğine ilişkin kanunda boşluk bulunduğunu söylemek mümkündür. Bu durum, uyuşmazlığı sona erdiren KVYO kararlarının 2577 sayılı Kanunda düzenlenmesi gerektiğini ortaya koymaktadır. 2577 sayılı Kanunda değişiklik yapılmalı ve uyuşmazlığı sona erdiren KVYO karar türüne kanunda yer verilmelidir. Yapılan düzenlemeyle bölge idare mahkemesinin istinaf incelemesinde, KVYO kararını kaldırdıktan sonra ne yönde karar vermesi gerektiği hususlarına da yer verilmelidir.

Kanunun mevcut halinde boşluk bulunduğu açıktır. Uygulamada bölge idare mahkemeleri, istinaf isteminin kabulü ile KVYO kararının kaldırılması

halinde, yeniden bir karar verilmek üzere dava dosyasının mahkemesine gönderilmesine karar vermektedir⁶⁷.

2577 sayılı Kanuna göre, bölge idare mahkemesi kural olarak, ilk derece mahkemesi kararını kaldırması halinde, resen araştırma ilkesi uyarınca gerekli inceleme ve araştırmayı bizzat yapacak ve işin esası hakkında yeniden karar verecektir (m. 45/4). Ancak bu kural ilk derece mahkemesi tarafından işin esasının incelenmemiş olması durumunda da uygulanması halinde, istinaf merciinin hem ilk derece mahkemesi yetkisini hem de kanun yolu yetkisini üstlenmesine neden olacaktır. Bu durum, ilk derece mahkemesinin yargılama faaliyetinden dışına çıkarılması sonucunu doğuracağı gibi tabii hâkim ilkesine de aykırı olacaktır⁶⁸.

Öte yandan idari yargılama usulünde uyuşmazlığı sona erdiren KVYO kararları usule ilişkin kararlardır. Uyuşmazlığı sona erdirmekle birlikte uyuşmazlık esastan çözümlenmemektedir. Yine bu kararların davanın her aşamasında verilmesi mümkündür. Örneğin dava dosyası tekemmül etmeden verilebileceği gibi, bu kararların verilmesi için duruşma yapılmasına da gerek bulunmamaktadır⁶⁹. Sayılan bu nedenler, KVYO kararlarının bölge idare mahkemesince kaldırmasından sonra dosyanın mahkemesine gönderilmesi gerektiğini destekler niteliktedir.

⁶⁷ Konya Bölge İdare Mahkemesi 1. VDD, T. 12.06.2018, E. 2018/580, K. 2018/1552 sayılı kararı; İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 2. İDD, T. 11.04.2017, E. 2017/553, K. 2017/894 sayılı kararı; Samsun Bölge İdare Mahkemesi 2. İDD, T. 16.07.2018, E. 2018/283, K. 2018/765 sayılı kararı; İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 2. VDD, T. 17.07.2018, E. 2018/1483, K. 2018/2082 sayılı kararı.

⁶⁸ Konuya ilişkin bir uyuşmazlıkta, “*taşınmazın imar plan değişikliği yapılarak iskana açılması istemiyle yapılan başvuruların zımnen reddine ilişkin işlemlerin iptali istemiyle açılan davada, konusu kalmayan dava hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar verilmiş; yapılan istinaf incelemesinde, ilk derece mahkemesi tarafından uyuşmazlığın konusu ve mahiyetinin tamamen farklı kurulmuş olması durumunda da uygulanması halinde istinaf merciinin hem ilk derece mahkemesi yetkisini hem de kanun yolu yetkisini üstlenmesine neden olarak doğal hakim ilkesine aykırılık oluşturacağından, mahkemece uyuşmazlık hakkında yeniden karar verilmesi gerektiğinden, istinaf isteminin kabulüne, karar verilmesine yer olmadığı yolunda Ankara...İdare Mahkemesi’nce verilen...sayılı kararın kaldırılmasına, yeniden karar verilmek üzere dava dosyasının mahkemesine geri gönderilmesine*” karar verilmiştir, Ankara Bölge İdare Mahkemesi 5. İDD, T. 12.06.2018, E. 2018/219, K. 2018/887 sayılı kararı; benzer yönde İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 4. İDD, T. 04.05.2018, E. 2018/72, K. 2018/964 sayılı kararı; Gaziantep Bölge İdare Mahkemesi 3. İDD, T. 20.03.2018, E. 2018/1803, K. 2018/1263 sayılı kararı.

⁶⁹ Yargılamanın makul süre içinde yürütülmesini ve gereksiz gider yapılmamasını kapsayan usul ekonomisi ilkesi nedeniyle KVYO kararı verilmesi için duruşma yapılması gerek görülmediği hakkında D2D, T. 26.04.2018, E. 2016/7173, K. 2018/2836 sayılı kararı.

Bölge idare mahkemesince de uyuşmazlığı sona erdiren KVYO kararları verilmektedir. Konusu itibariyle 2577 sayılı Kanunun 46. maddesinde sayılan kararlara karşı temyiz yolu açıktır. KVYO kararının konusu bu kapsamda ise Danıştay'a temyiz yoluna başvurulması hukuken olanaklıdır. Danıştay'ın ilk derece mahkemesi sıfatıyla verdiği ve uyuşmazlığı sona erdiren KVYO kararları açısından da, ayırıcı özellik arz eden bir durum yoktur. Diğer kararlar gibi kanun yoluna başvurulması mümkündür. Yargılanmanın yenilenmesi kanun yolu bakımından, kararın KVYO olması önem arz etmez. Diğer kararlar gibi KVYO kararlarına karşı da yargılanmanın yenilenmesi yoluna başvurulabilir.

2. Uyuşmazlığı Sona Erdirmeyen Karar Verilmesinde Yer Olmadığı Kararlarında Kanun Yolu

Uyuşmazlığı sona erdirmeyen KVYO kararlarına, kanunda öngörülen olağan kanun yollarına başvurulması mümkündür. Örneğin yürütmeyi durdurma istemi hakkında verilen KVYO kararına karşı bölge idare mahkemesine itiraz mümkündür. Bağlantı istemi hakkında verilen KVYO kararına karşı bölge idare mahkemesine veya Danıştay'a başvurulması mümkündür.

Bölge idare mahkemesinin istinaf istemi hakkında verdiği KVYO kararının hukuka aykırı olduğu iddia edilmesi halinde, temyiz yolu açık olmak kaydıyla Danıştay nezdinde temyiz yoluna başvurulması olanaklıdır.

B. Karar Verilmesinde Yer Olmadığı Kararlarında Yargılama Giderleri

İdari yargı yerleri tarafından verilen kararlarda, yargılama giderinin ve hangi tarafa yükletildiğinin gösterilmesi gerekir (2577 SK m. 24). 2577 sayılı Kanunda yargılama giderine ilişkin ayrıntılı düzenleme yer almamakta, hüküm bulunmayan yargılama giderine ilişkin hususlarda Hukuk Muhakemeleri Kanun hükümleri uygulanmaktadır (m. 31).

Hukuk Muhakemeleri Kanuna göre yargılama giderleri harçlar, posta gideri, dosya ve sair evrak giderler, keşif giderleri, tanık ile bilirkişiye ödenen ücret ve giderler, vekâlet ücreti, resmi dairelerden alınan belgeler için ödenen harç, vergi, ücret ve sair giderler ve yargılama sırasında yapılan diğer giderlerdir.

Kural olarak yargılama giderleri, aleyhine hüküm verilen taraftan alınmasına karar verilir (HMK m. 326). Yargılama giderleri açısından

uyuşmazlığı sona erdiren KVYO kararları özellik arz eden kararlardandır. Nitekim uyuşmazlığın esas hakkında karar verilmemektedir. Davada hangi tarafın haklı olduğu, yargılama giderinin hangi tarafa yükletilmesi gerektiğini açık olarak söylemek mümkün değildir.

İdari yargılama usulünde verilen KVYO kararları açısından Hukuk Muhakemeleri Kanununda özel düzenlemeler getirilmiştir. KVYO kararını gerektiren feragat veya kabul beyanında bulunan taraf, davada aleyhine hüküm verilmiş gibi yargılama giderlerini ödemeye mahkûm edilir. Davalı, davanın açılmasına kendi hal ve davranışıyla sebebiyet vermemiş ve yargılamanın ilk duruşmasında da davacının talep sonucunu kabul etmiş ise yargılama giderlerini ödemeye mahkûm edilmez (m. 312). Öte yandan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinin 15. maddesinde; “*Danıştay’da ilk derecede veya duruşmalı olarak temyiz yoluyla görülen dava ve işlerde, idari ve vergi dava daireleri genel kurulları ile dava dairelerinde, bölge idare, idare ve vergi mahkemelerinde birinci savunma dilekçesi süresinin bitimine kadar anlaşmazlığın feragat ya da kabul nedenleriyle ortadan kalkması veya bu nedenlerle davanın reddine karar verilmesi durumunda tarifede yazılı ücretin yarısına, diğer durumlarda tamamına hükmedilir*” düzenlemesi yer almaktadır⁷⁰.

İdari yargı mercileri de feragat halinde KVYO kararı verilmesi halinde yargılama giderlerinin dava üzerinde bırakılmasına karar vermektedir⁷¹. Kabul halinde KVYO kararı verilmesi halinde yargılama giderlerinin davalı üzerinde bırakılmasına karar vermektedir⁷².

Davanın konusuz kalması sebebiyle davanın esası hakkında bir karar verilmesine gerek bulunmayan hallerde, hâkim, davanın açıldığı tarihteki

⁷⁰ Bir uyuşmazlıkta, “*uyuşmazlık konusu ödeme emrinin birinci savunma süresi içerisinde idarece takipten kaldırıldığı dikkate alındığında yargılama giderlerinin davalı idare tarafa yükletilmesi yerinde olmakla birlikte yargılama giderleri kapsamında yer alan avukatlık ücretinin ilgili tarifede belirtilen miktarın yarısı oranında hükmedilmesi gerektiği*” yönünde Samsun Bölge İdare Mahkemesi 1. VDD, T. 11.10.2016, E. 2016/186, K. 2016/49 sayılı kararı.

⁷¹ İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 7. İDD, T. 18.07.2018, E. 2018/495, K. 2018/1216 sayılı kararı; Ankara Bölge İdare Mahkemesi 11. İDD, T. 04.07.2018, E. 2018/3135, K. 2018/3587 sayılı kararı; İzmir Bölge İdare Mahkemesi 2. İDD, T. 27.06.2018, E. 2018/2874, K. 2018/3184 sayılı kararı; Konya Bölge İdare Mahkemesi 2. İDD, T. 30.05.2018, E. 2018/1015, K. 2018/968 sayılı kararı; Gaziantep Bölge İdare Mahkemesi 2. İDD, T. 01.06.2018, E. 2018/980, K. 2018/2251 sayılı kararı.

⁷² İzmir 1. Vergi Mahkemesi, T. 13.10.2017, E. 2017/343, K. 2017/1080 sayılı kararı; İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 2. VDD, T. 28.12.2016, E. 2016/609, K. 2016/1739 sayılı kararı; İstanbul 3. Vergi Mahkemesi, T. 30.11.2017, E. 2017/2653, K. 2017/2022 sayılı kararı.

tarafının haklılık durumuna göre yargılama giderlerini takdir ve hükmeder (HMK m. 331). Davanın konusuz kaldığı hallerde genellikle yargılama giderleri davalı üzerinde bırakılmaktadır. Bir uyuşmazlıkta, “*dava konusu işlemin verilen yürütmeyi durdurma kararı üzerine davalı idare tarafından yürürlükten kaldırıldığı, davanın açılmasına davalı idarenin sebebiyet verdiği göz önünde bulundurulduğunda, yargılama giderlerinin davalı idareye yükletilmesine karar verilmesi gerektiğine*” karar verilmiştir⁷³. Davanın konusuz kaldığı bazı durumlarda yargılama giderinin davacı üzerinde bırakıldığı da olabilmektedir. Bir uyuşmazlıkta, “*davanın açıldığı tarihteki tarafların haklılık durumu, idari para cezasına konu yapının ruhsatsız olarak yapıldığı, bilirkişi raporuyla da bu husus ortaya konulduğu, davacının imar kirliliğinden dolayı da mahkumiyetine hükmedildiği göz önüne alındığında, davacının İmar Kanunu’nun 42. maddesine aykırı davranışta bulunduğu, idarece davanın açılmasına sebebiyet verildiğinden söz edilemeyeceği, bununla birlikte, idari para cezasının İmar Kanunu’nun 42. maddesinin 7. fıkrası uyarınca iptal edildiği hususu da değerlendirildiğinde, yargılama giderlerinin davacı üzerinde bırakılarak, taraflar lehine avukatlık ücretine hükmedilmemesi gerektiği sonucuna varılmıştır*”⁷⁴. Kararın vekâlet ücretine ilişkin kısmına katılmak hukuken olanaklı değildir. Nitekim vekâlet ücreti de yargılama giderlerindedir. Yargılama giderinin davacı üzerinde bırakılarak vekâlet ücretinin ayrı tutulması ve vekâlet ücretine hükmedilmemesi kanuna aykırı olmuştur.

İdari yargı uygulamasında, kanun koyucu tarafından yapılan genel bir düzenleme nedeniyle davanın konusuz kalması nedeniyle KVYO kararı verilen uyuşmazlıklarda, tarafların haklılık oranı belirlenemediği halde davacı lehine vekâlet ücreti hükmedilebilmektedir⁷⁵. Bu kararlara katılmak mümkün değildir. Tarafların haklılık durumu belirlenemediği hallerde, yargılama giderleri taraflar üzerinde bırakılmalı ve taraflar aleyhine vekâlet ücretine

⁷³ D10D, T. 27.06.2018, E. 2013/5592, K. 2018/2252 sayılı kararı; aynı yönde D13D, T. 12.06.2018, E. 2018/1469, K. 2018/4685 sayılı kararı; İzmir Bölge İdare Mahkemesi 2. İDD, T. 26.04.2018, E. 2018/666, K. 2018/1826 sayılı kararı; Konya Bölge İdare Mahkemesi 2. İDD, T. 09.05.2017, E. 2017/824, K. 2017/1023 sayılı kararı.

⁷⁴ İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 5. İDD, T. 28.06.2018, E. 2018/322, K. 2018/1438 sayılı kararı; yargılama giderlerinin davacı üzerinde bırakılması gerektiği yönünde Samsun Bölge İdare Mahkemesi, 1. İDD, T. 07.06.2018, E. 2018/531, K. 2018/867 sayılı kararı; Ankara Bölge İdare Mahkemesi 5 İDD, T. 21.03.2018, E. 2017/3373, K. 2018/389 sayılı kararı.

⁷⁵ İzmir Bölge İdare Mahkemesi 3. VDD, T. 05.07.2018, E. 2018/703, K. 2018/708 sayılı kararı; İzmir Bölge İdare Mahkemesi 3. VDD, T. 27.06.2018, E. 2018/758, K. 2018/1851 sayılı kararı.

hükmedilmemesi gerekir. Böyle bir uygulama kanun koyucunun amacına uygun olacaktır. Kaldı ki Danıştay bir uyuşmazlıkta, “*davaya konu Yönetmeliğin, 6225 sayılı Kanun ile 1219 sayılı Kanunda yapılan değişiklik sonrası Yasama Organınca yapılan değişikliğin gereği olarak yürürlükten kaldırılmış olması ve davanın konusunun kalmaması nedeniyle karar verilmesine yer olmadığına karar verilmesine yönelik Dairemiz kararının kesinleşmesi nedeniyle, davada tarafların haklılık oranlarının tespitine yönelik bir değerlendirme yapılamadığından, vekâlet ücretine hükmedilmemesi ve tarafların yaptıkları yargılama giderlerinin üzerlerinde bırakılması gerektiğine*” karar vermiştir⁷⁶.

SONUÇ

KVYO, karar verilmesine yer olmadığı anlamındadır. 2577 sayılı Kanunda KVYO kararına yer verilmemiştir. İdari yargılama usulünde KVYO kararları, yargı kararlarıyla geliştirilen usuli karar türüdür. İdari yargılama usulünde, uyuşmazlığı sona erdiren KVYO kararı verilebildiği gibi, uyuşmazlığı sona erdirmeyen KVYO kararları da verilmektedir. Uyuşmazlığı sona erdiren KVYO kararı; feragat, kabul, davanın konusuz kalması veya özel kanun hükmüne dayanabilir. KVYO sebepleri dava açıldıktan sonra ortaya çıkmaktadır. Davanın açılmasından kararın kesinleşmesine kadar, KVYO kararı verilmesi gerektiren sebeplerin ortaya çıktığının tespiti halinde, uyuşmazlığı sona erdiren KVYO kararı verilmektedir. Uyuşmazlığı sona erdiren KVYO kararı verilmesi için dosyanın tekemmül etmesi gerekmeyeceği gibi, duruşma yapılmasına da gerek yoktur. Nitekim bu kararlar usule ilişkin kararlardır.

Uyuşmazlığı sona erdiren KVYO sebeplerinin bulunması halinde, davanın esası hakkında karar verilmesi mümkün değildir. Uyuşmazlığı sona erdiren KVYO kararları usule ilişkin kararlar olduğu halde, ilk inceleme üzerine usulden verilen görev yönünden davanın reddi, yetki yönünden davanın reddi, merciine tevdi, ehliyet yönünden davanın reddi, süre aşımı yönünden davanın reddi sebeplerinin bulunması halinde, uyuşmazlık hakkında KVYO kararı verilmesi olanaklı değildir. Bunun nedeni ise, ilk inceleme üzerine verilen davanın reddi sebeplerinin, istisnai durumlar haricinde, davanın açıldığı sırada var olmasıdır. KVYO sebepleri ise dava açıldıktan sonra ortaya çıkmaktadır. İdari yargı uygulamasında yargı kararlarıyla geliştirilen ve bazı özel kanunlarda da yer bulan KVYO kararlarına 2577 sayılı Kanunda yer

⁷⁶ D8D, T. 07.05.2018, E. 2018/262, K. 2018/2505 sayılı kararı, benzer yönde Gaziantep Bölge İdare Mahkemesi 2. İDD, T. 08.12.2017, E. 2017/12431, K. 2017/10116 sayılı kararı.

verilmesi yerinde olacaktır.

KVYO kararlarına karşı diğer kararlar gibi kanun yoluna başvurulması mümkündür. İlk derece mahkemesince verilen KVYO kararlarının istinaf incelemesinde, KVYO kararının kaldırılması mümkündür. Bu durumda, dosyanın incelenmek üzere mahkemesine mi gönderileceği yoksa uyuşmazlık hakkında bölge idare mahkemesince mi karar verileceğine ilişkin kanunda boşluk bulunmaktadır. Bu da KVYO karar türünün 2577 sayılı Kanunda düzenlemesi gerekliliğini ortaya koymaktadır.

KAYNAKLAR

AKYILMAZ, Bahtiyar / SEZGİNER, Murat / KAYA, Cemil: **Türk İdare Hukuku**, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018.

AKYILMAZ, Bahtiyar / SEZGİNER, Murat / KAYA, Cemil: **Türk İdari Yargılama Hukuku**, 2. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2019.

ASLAN AKYOL, Leyla: **Medeni Usul Hukukunda Davadan Feragat**, Yetkin Yayınevi, Ankara 2011.

ATAY, Ender Ethem: **İdare Hukuku**, 4. Bası, Turhan Kitapevi, Ankara, 2014.

ATAY, Ender Ethem: **İptal Davasının Nitelikleri ve İptal Kararlarının Uygulanması**, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları No: 74, Sempozyum, Danıştay ve İdari Yargı Günü 139. Yıl, 2008, ss. 13-97.

AZRAK, A. Ülkü: “İptal Davalarının Objektif Niteliği Üzerine Düşünceler”, **Onar Armağanı**, İstanbul 1977, s. 145-155.

CANDAN, Turgut: **Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu**, Mevzuat ve İçtihat Bakımından Güncelleştirilmiş 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2011.

ÇAĞLAYAN, Ramazan: **İdarî Yargılama Hukuku**, 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.

ÇAKMAK, Münci: “İdari Yargıda Davadan Feragat”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 53, Sa. 1, 2004, ss. 185-194.

DERDİMAN, R. Cengiz: **İdarî Yargının Genel Esasları**, 3. Baskı, Alfa

Akademi, Ankara, 2014.

DERE, Ahmet: **Davadan Feragat**, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Konya 2007.

ERKUT, Celal: **İdari Yargının Yeniden Yapılandırmasında Yargılama Hukuku Kurallarının Etkinleştirilmesi Sorunu, İdari Yargının Yeniden Yapılandırılması ve Karşılaştırmalı İdari Yargılama Usulü**, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, No: 63, Ankara 2003, ss. 87-103.

GÖKTEPEOĞLU, Ercan: **İdari Yargıda Davadan Feragat ve Davayı Kabul**, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2010.

GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref/TAN, Turgut: **İdare Hukuku C. 2, İdari Yargılama Hukuku**, 8. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016.

GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref: **Yönetmelik Yargı**, 34. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015.

GÜNDAY, Metin: **Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Hükümlerinin İdari Yargıda Uygulanma Alanı, İdari Yargının Yeniden Yapılandırılması ve Karşılaştırmalı İdari Yargılama Usulü**, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları No: 63, Ankara 2003, ss. 79-86.

KAPLAN, Gürsel: **İdari Yargılama Hukuku**, 2. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2017.

ODYAKMAZ, Zehra: **İdari Yargı İle İlgili Öneriler, İdari Yargının Yeniden Yapılandırılması ve Karşılaştırmalı İdari Yargılama Usulü**, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, No: 63, Ankara 2003, ss. 141-151.

ONAR, Sıddık Sami: **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C. 3, Üçüncü Bası, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1966.

SANCAKDAR, Oğuz: **İdari Yargılama Hukuku Genel Esaslar**, 3. Baskı, www.sorubankası.net Yayınları, 2019.

TANRIVER, Süha: **İlamlı İcra Takibinin Dayanakları ve İcranın İadesi**, Ankara 1996.

TURHANOĞLU, Pınar: “İdari Yargıda Feragat”, **Eskişehir Barosu**

Dergisi, Haziran, 2005, s. 193-205.

ÜLKER, Gözde: “İdari Yargılama Usulünde Feragat”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 22, 2016, ss. 3353-3384.

YASİN, Melikşah: İdari Yargılama Usulünde Davadan Feragat ve Davayı Kabul, **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 8, Sa. 3-4, 2004, ss. 149-184.

YILDIRIM, Ramazan / ÇINARLI, Serkan: **Türk İdârî Yargılama Hukuku Dersleri**, Astana Yayınları, Ankara, 2018.

ZABUNOĞLU, Yahya Kazım: **İdare Hukuku**, C. 2, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012.

Tüm yargı kararlarına erişim “www.uyap.gov.tr” adlı siteden sağlanmıştır.

ÇOCUĞUN ÖZEL YAŞAMINA SAYGI HAKKININ AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ KAPSAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

Fatmagül KALE ÖZÇELİK*

ÖZ

Özel yaşama saygı hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesinde düzenlenen ve koruma alanı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararlarıyla genişletilmiş önemli medeni haklardan birisidir. İlgili hak, sadece devletlerin bireylerin kendi kişisel alanlarına müdahale etmeme ve saygı gösterme eylemlerini gerektirmez; ayrıca devletin kişilerin dış dünyayla bağlantılarına ilişkin pozitif edimlerde bulunma yükümlülüğünü doğurur. Söz konusu genel kurallar herkes gibi çocuğun özel yaşamına saygı hakkı bakımından da geçerlidir. Ancak haktan yararlanan, dezavantajlı gruplardan birisi olarak kabul edilen çocuklar olduğu için devletlerin hakkın korunmasında daha özenli olmaları gerekir. Nitekim mahremiyet algısı, rıza gösterme yetisi gibi özellikleri henüz gelişmemiş çocukların özel yaşamları başta kamu görevlileri olmak üzere, aileler ve üçüncü kişiler tarafından da kolaylıkla suiistimal edilebilir. Bu nedenle sözleşme tarafı devletlerin yetişkinlere nazaran çocuğun özel yaşamına saygı hakkına ilişkin daha sıkı koruma öngörmeleri gerekir. Çalışmamızda da, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi sisteminde çocuğun özel yaşamına saygı hakkının Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından devletlere, ailelere ve üçüncü kişilere karşı doğurduğu yükümlülüklerin ortaya konulması amaçlanmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Çocuk, özel yaşama saygı hakkı, “sharenting/paylaşanababalık”, AIHM, insan hakları.

EVALUATION OF THE CHILD'S RIGHT TO RESPECT FOR PRIVATE LIFE UNDER THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS

ABSTRACT

The right to respect for private life is one of the important civil rights enshrined in Article 8 of the European Convention on Human Rights and extended by the decisions of the European Court of Human Rights. The right does not only require the act of the state not to interfere and respect individuals personal spheres; it also entails the obligation of the state to make positive actions regarding the contacts of individuals

* **Dr. Öğr. Üyesi**, Ondokuz Mayıs Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı, **e-posta:** fatmagul.kale@omu.edu.tr

ORCID ID: 0000-0002-8700-2150

DOI : 10.34246/ahbvuhfd.733281

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 19/12/2019

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 05/03/2020

with the outside world. These general rules also apply to the child's right to respect for the private life. However, since children are one of the disadvantaged groups that enjoy the right, states need to be more careful in protecting the right. As a matter of fact, the private lives of children whose features such as perception of privacy and ability to show consent have not developed yet can easily be abused by public officials, families and third parties. Therefore, the contracting states should provide for more strict protection of the child's right to respect for private life than adults. In this study aims to reveal the obligations of the right to respect for private life of child to states, families and third parties.

Keywords: *Child, the right to respect for private life, sharenting, ECtHR, human rights.*

I. Giriş

Çocukların özel yaşama saygı hakkı tıpkı yetişkinlerin özel yaşama saygı hakkı gibi korunur. Nitekim özel yaşama saygı hakkını düzenleyen insan hakları sözleşmelerinin de belirttiği gibi “herkes” bu hakka sahiptir. Bu nedenle her iki özne türünde de, bireylerin özel yaşam hakkının nasıl sınırlandırılacağı, hangi bilgilerinin özel olarak kabul edilebileceği ve hangi ilişkilerinin gizli olarak kabul edilmesi gerektiği önemlidir. Burada esasen çocuk ya da yetişkin şeklinde herhangi bir ayrıma gitmeden yetişkinlerin özel yaşama saygı haklarına ilişkin soru ve cevapların çocukların özel yaşama saygı haklarına da uygulanması gerektiği sonucuna varılır. Bu genel geçer kural insan hakları hukukunun genel teorisi çerçevesinde eşyanın tabiatı gereği ortaya çıkar. Ancak çocuklar nezdinde özel yaşama saygı hakkının korunmasına ilişkin sorularla dolu alanlar bulunur. Özellikle yaşadığımız çağın teknoloji ve internet çağı olduğu göz önünde bulundurulduğunda bu hak çocuklar nezdinde daha da önemli hale gelir. Çocuklarının özel yaşamlarını sosyal medya aracılığıyla kamuda herkese görünür kılan ailelerin yaygınlaşması ve doktrinde artık bu durumun “sharenting”¹ olarak adlandırılmasıyla beraber çocuğun özel yaşamına saygı

¹ “Sharenting” kelimesi, İngilizce karşılığı “paylaşmak” anlamına gelen “share” ve ebeveynlik yapma anlamına gelen “parenting” sözcüklerinin birleşimidir. Kelimenin Türkçe karşılığı henüz tam olarak bulunmasa da, literatürde “paylaşan anababalık” şeklinde kavramlara rastlanmaktadır. Kelime, ebeveynlerin fotoğraflarını paylaşma eylemleri olarak ilk olarak 2012 yılında Wall Street Gazetesi yazarı Steven Leckart tarafından “over-sharenting” olarak kullanılmıştır. Kelimenin sözlük tarafından tanımlanması ise ilk kez 2015 yılında Collins adlı sözlük tarafından gerçekleşmiştir. Sözlüğe göre “sharenting” kavramı, çocukları hakkında sosyal medya hesaplarından düzenli ve detaylı olarak paylaşım yapan anne baba pratiği” olarak tanımlanmıştır. ERİŞİR/ERİŞİR, s. 53. Stacey B. Steinberg’de “sharenting” konusuna odaklanan çalışmasında bu kavramı, ebeveynlerin çocuklarının yaşamlarıyla ilgili ayrıntıların internet aracılığıyla paylaşılma şekli olarak tanımlamıştır. STEINBERG, s. 842.

hakkının nerede ve kimler nezdinde başladığı soruları çoğalmış ve cevapları aranmaya başlamıştır. İşte çocuğun özel yaşamının kendi ailesi eliyle dahi kamusal alana taşınmasıyla beraber çocuğun özel yaşama saygı hakkının bir yetişkinin özel yaşama saygı hakkından farklı olarak ele alınması ihtiyacı doğmuştur.

Esasen çocuk ile yetişkinin özel yaşama saygı haklarının ayrı olarak değerlendirilmesi yaşa bağlı olarak ele alınması gereken sosyal bir zorunluluktur. Nitekim mahremiyet gereksinimi ve mahremiyeti kullanma yetkisi yaşa bağlı olarak ortaya çıkan bir durumdur². Kuşkusuz bir bebeğin mahremiyete olan ihtiyacı bir yetişkininkiyle ya da bir çocuğun mahremiyete ilişkin irade yetisiyle –ki genellikle farkında olmayacaktır– yetişkinin mahremiyetine ilişkin iradesini kullanma özzerkliği aynı olmayacaktır. Hatta çocukların gelişimlerinin farklı aşamalarında dahi farklı mahremiyet ihtiyaçlarının olduğu kabul edilmelidir. Dolayısıyla bebekler ve çocuklar mahremiyetlerine ilişkin herhangi bir saldırıda yetişkinlere oranla daha etkisiz ve dolayısıyla savunmasızdırlar. Bu durum, çocukların Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesiyle korunan farklı çıkarlara sahip oldukları ve kendileri için sınır koyabilme yetisine sahip olamadıklarından ötürü daha sıkı bir korumaya ihtiyaç duyabilecekleri anlamına gelir. Bu kapsamda çalışmada öncelikli amaç, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararlarında özel yaşama saygı hakkı kapsamında çocukların farklı ihtiyaçlarını göz önünde bulundurup bulundurmadığının ortaya çıkarılmasıdır. Sonrasında ise çocuğun özel yaşama saygı hakkının korunmasında ailelerin “rıza” faktörünü araştırmaktır. Bahsedilen amaçlara ulaşmak için çalışmada öncelikle genel olarak özel yaşama saygı hakkı hakkında genel bir bilgi verilecektir. Devamında ise çocuğun özel yaşama saygı hakkına ilişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları değerlendirilecektir. Çalışmanın kapsamı açısından belirtmek gerekir ki, 8. madde özel yaşama saygı hakkı dışında aile yaşamına, konuta ve haberleşmeye saygı hakkını da düzenler. Ancak çalışmanın sınırlandırılması amacıyla, bahsi geçen bu haklar kapsam dışında tutularak, çocuğun yalnızca özel yaşamına saygı hakkı ele alınacaktır.

II. Özel Yaşama Saygı Hakkı ve Mahremiyet Hakkına İlişkin Kavramsal Analiz

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesini kaleme alan çalışmaların, maddede düzenlenen hakka karşılık olarak “özel yaşama saygı

Diğer bir tanıma göre ise ilgili kavram, bir çocuğa ilişkin haber, görüntü vb. durumlarını paylaşmak için sosyal medyanın alışılmış biçimde kullanılmasıdır. BESSANT, s. 7.

² HUGHES, s. 457.

hakki” kavramının yanı sıra “*mahremiyet hakki*” terimini de kullanmış oldukları gözlenir. Bu anlayışın uzantısı olarak çocuğun 8. maddede düzenlenen haklarını konu edinen çalışmalar yaygın bir şekilde mahremiyet hakkı kavramını kullanmaktadır. Uluslararası doktrinde de William A. Schabas tarafından Evrensel İnsan Hakları Bildirisi’nin 12. maddesinde ve Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi’nin 17. maddesinde kullanılan “*privacy*” yani mahremiyet kavramının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde yer alan özel yaşam kavramıyla aynı anlama geldiği ileri sürülmüştür. Yazara göre, her iki kavramında hukuki sonuçları aynıdır ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde bu kavramın kullanılması Sözleşme’nin orijinal dili olan Fransızcadan kaynaklanmaktadır. Ona göre, Fransızca taslağında kullanılan “*vie privee*” kavramının karşılığı olarak Sözleşme’de “*private life*” kavramı kullanılmıştır³.

Ancak bu görüşe katılmak mümkün değildir. Çünkü Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi sisteminde 8. maddeye özgülünmüş herhangi bir çalışmanın mahremiyet hakkı kavramını kullanılması yerinde değildir. Öyle ki bu sistemde her iki kavram birbirlerinden farklıdır. Mahremiyet hakkının İngilizce karşılığı, “*right to privacy*” iken; özel yaşama saygı hakkının İngilizce karşılığı “*right to respect for private life*”dir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin orijinal dili olan İngilizce halinde de 8. madde açıkça “*right to respect for private and family life*” şeklinde düzenlenmiştir. Örneğin bölgesel alanda geçerli olan Afrika Çocuk Hakları ve Esenliği Şartı’nın 10. maddesi “*protection of privacy*” yani “*mahremiyetin korunması*” başlığını taşır. Dolayısıyla Afrika Çocuk Hakları ve Esenliği Şartı’nı konu edinen bir çalışmada mahremiyet hakkı kavramı kullanılabilir. Ancak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi özelinde özel yaşama saygı hakkı kavramının kullanılması gerekir. Kaldı ki, çalışmamız amacıyla madde 8 özelinde yapılan karar taramalarında, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin mahremiyet hakkı şeklinde bir kavramına henüz rastlanmamıştır. Bu durumun yanı sıra özel yaşama saygı hakkı ile mahremiyet hakkı aynı anlama gelecek şekilde kullanılamaz. Nitekim çalışmanın devamında da belirtileceği üzere, özel yaşama saygı hakkının konusu mahremiyet hakkından çok daha geniştir. Örneğin Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi, mahremiyet hakkını “*kişinin en az müdahale ile kendi hayatını yaşama hakkı olarak*” tanımlamıştır⁴. Ancak

³ SCHABAS, s. 369.

⁴ Resolution 428 (1970) Containing a declaration on mass communication media and human rights, (<http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en>).

günümüzde özel hayata saygı hakkı, kişinin başka bireylerle ilişki kurmasını ve bu ilişkileri geliştirmesini de konu edinecek kadar genişdir⁵. Dolayısıyla madde 8'i gerek tüm özne türleri bakımından gerekse çocuklar bakımından ele alan akademik çalışmalarda özel yaşama saygı hakkını ifade etmek üzere mahremiyet hakkının kullanılması yerinde değildir. Belirtilen nedenlerden dolayı, çalışmamızda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin de benimsemiş olduğu “*özel yaşama saygı hakkı*” kavramı kullanılacaktır.

III. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. Maddesi Kapsamında Özel Yaşama Saygı Hakkı

Özel yaşama saygı hakkı, tarihsel geçmişi çok eskilere dayanmayan, ortaya çıkışı diğer haklara nazaran yeni olarak değerlendirilen haklardan birisidir. Nitekim bu hakka yer veren ilk metin olarak, 1890 tarihinde bir dergide avukat Samuel D. Warren ile hukukçu ve daha sonrasında Amerika Yüksek Mahkemesi hâkimi olan Louis D. Brandeis tarafından yayınlanan “*The Right to Privacy*” yani “*Mahremiyet Hakkı*” adlı makale gösterilir⁶. İlgili makalede, genel olarak basının ortaya çıkması, fotoğraf çekmenin yaygınlaşması ve kişilerin özel yaşamları hakkında haberler yapılmasına karşı bir hukuki korumanın sağlanması gerektiği, bahsedilen korumanın da ancak mahremiyet hakkı ya da yalnız bırakılmaya hak (let to be alone) ile sağlanabileceği dile getirilmiştir⁷. Günümüzde ise özel yaşama saygı hakkı, bu çalışmada dile getirilen mahremiyet hakkından çok daha geniş bir kapsama sahiptir.

1800lü yıllarda henüz gelişme evresinde olduğu görülen ve sınırlı bir şekilde ele alınan bu hak, günümüzde pek çok uluslararası insan hakları düzenlemesinin konusu olmuştur. Önceden belirtmek gerekir ki, ilgili hak nezdinde insan hakları düzenlemelerinde bir kavramsal birliğin olmadığı gözlenir. Evrensel İnsan Hakları Bildirisi'nin 12. maddesi, Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 17. maddesi ve Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 11. maddesi ilgili hakkı “*right to privacy*” yani mahremiyet hakkı olarak düzenlemiştir⁸. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesinde ise “*right*

asp?fileid=15842&lang=en., erişim: 05.11.2019).

⁵ Von Hannover/Almanya, Başvuru No. 59320/00, 03.06.2004, para. 50.

⁶ ÖNCÜ, s. 83; GÜMÜŞ, s. 147; SALİHPAŞAOĞLU, s. 229.

⁷ WARREN/BRANDEIS, s. 195.

⁸ 1981 tarihli Afrika İnsan ve Halkların Hakkı Şartı'nda ise özel yaşama saygı hakkına ilişkin herhangi bir düzenleme yoktur.

to respect for private and family life” yani özel ve aile yaşamına saygı hakkı başlığı altında özel yaşama saygı hakkı olarak düzenlenmiştir. İlgili düzenleme şu şekildedir:

1. Herkes, özel ve aile yaşamına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.

2. Bu hakkın kullanımına, yasa uyarınca olması ve ulusal güvenlik, kamu emniyeti ya da ülkenin ekonomik refahı, düzensizliğin ya da suçun önlenmesi, sağlığın ya da ahlakın korunması ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için, demokratik bir toplumda gerekli olanlar dışında, kamusal bir makam tarafından müdahale edilmeyecektir.⁹

Düzenlemeden de anlaşılacağı üzere söz konusu madde içerisinde, kenar başlığından farklı olarak çeşitli değerlerin korunması söz konusudur. Her biri farklı birer hak olarak nitelendirilen bu değerler, “özel yaşama saygı hakkı”, “aile yaşamına saygı hakkı”, “konuta saygı hakkı” ve “haberleşmeye saygı hakkı” olarak adlandırılır¹⁰. Bu haklara ilişkin herhangi bir tanım madde metninde yer almaz. İlgili kavramlara ilişkin herhangi bir tanımın olmaması, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin 8. maddeyi geniş bir şekilde yorumlamasına imkân tanımıştır. Öyle ki, Mahkeme tarafından “özel yaşam”, “aile yaşamı”, “haberleşme” ve “konut” kavramları otonom kavram olarak nitelendirilerek, dört hakkın kapsamı içtihatlar yoluyla belirlenmiştir. Bu belirleme yapılırken, ilgili kavramların otonom niteliği göz önünde bulundurularak dinamik yorum metodu kullanılmış ve pek çok hukuksal menfaat bu kapsamda koruma altına alınmıştır. Her ne kadar farklı birer hak olarak adlandırılırsalar da, bu dört hakkı birbirinden ayrı bağımsız bir şekilde ele almak da mümkün değildir. Nitekim birinin koruduğu değer, diğer hakkın içine girebilmektedir¹¹. Örneğin, iletişimi hukuka aykırı bir şekilde dinlenen kişilerin, hem özel yaşamı hem de haberleşme hakkı ihlal edilmiş olmaktadır¹².

Her ne kadar birbirlerinden kesin bir şekilde ayıramayacak nitelikte olsa da, düzenlemeden de anlaşılacağı üzere özel yaşama hakkının diğer haklardan ayrı olarak bağımsız bir alanının varlığı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından kabul edilmiştir. Çalışmamızın da konusunu oluşturan

⁹ GEMALMAZ, s.11-12.

¹⁰ DOĞRU/NALBANT, s. 1; GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, s. 330; ÖNCÜ, s. 301.

¹¹ GRABENWARTER, s. 184.

¹² GÜMÜŞ, s. 149.

bu hakka ilişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kesin, sınırları belirlenmiş herhangi bir tanıtımda bulunmamıştır¹³. Ancak Mahkeme, bu hakkın kapsamına ilişkin çıkarımlarda da bulunmuştur. Mahkeme öncesinde faaliyet gösteren Komisyon'a göre, "özel yaşam" kavramı, bireyin iç alanı ya da giz alanı ile sınırlanamaz ve bu alanların dışında kalan dış dünyanın özel yaşamın tamamen dışında tutulması halinde hakka yönelik aşırı kısıtlayıcı bir durumun çıkarılacağı belirtilmiştir¹⁴. Dolayısıyla özel yaşama saygı hakkı, mahremiyet hakkı, dilediğince yaşama hakkı, yalnız bırakılmaya hak ya da aleniyetten korunma hakkından ibaret olmayan, bunların ötesinde bireylerin başka bireylerle duygusal alanı da kapsayacak şekilde ilişki kurması ve geliştirmesini kapsamına alan bir haktır¹⁵. Diğer bir deyişle, özel hayata saygı hakkı, başka bireylerle ilişki kurmayı ve bu ilişkileri geliştirmeyi de kapsar¹⁶ ve bireylerin başka bireylerle olan etkileşimi özel yaşama saygı hakkının konusuna girer¹⁷. Örneğin, mesleki yaşam¹⁸, ticari faaliyet alanları¹⁹ da bu hakka dahildir.

Buradan hareketle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, çeşitli hukuksal menfaatleri özel yaşama saygı hakkına dâhil etmiştir. Mahkeme'nin içtihatları incelendiğinde, bireyin fiziksel ve zihinsel bütünlüğü hakkı kapsamında tıbbi müdahaleler, bedenın şiddetten korunması, rızaya dayalı bedene zarar verme eylemleri, sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı; kişisel kimliğine ilişkin olarak isim veya soy isim hakkı, cinsel kimlik²⁰, geçmişı hakkında bilgi sahibi olma hakkı, fiziksel görünüm, cinsel tacizden korunma, vatandaşlık, şeref ve şöhrete saygı hakkı; üreme ve kürtaj hakkı; seyahat ve dolaşım özgürlüğü gibi konular özel yaşama saygı hakkı kapsamında korunmaktadır.

Özel yaşam kavramının norm alanı bu şekildeyken, hakkın Mahkeme içtihatları aracılığıyla pozitif yükümlülükler doğurduğu da hüküm altına alınmıştır. Genel olarak ya da özel yaşam kapsamında pozitif yükümlülüklerin

¹³ MOWBRAY, s. 488.

¹⁴ Niemietz/Almanya, Başvuru No. 13710/88, 16.12.1992, para. 29.

¹⁵ X/İzlanda, Başvuru No. 6825/74, 18.05.1976; SCHABAS, s. 369.

¹⁶ Von Hannover/Almanya, Başvuru No. 59320/00, 03.06.2004, para. 50.

¹⁷ S. ve Marper/Birleşik Krallık, Başvuru No.30562/04, 30566/04, 04.12.2008, para. 66.

¹⁸ Barbulescu/Romanya, (BD) Başvuru No. 61496/08, 05.09.2017, para. 71; Antovic and Mirkovic/Karadağ Başvuru No. 70838/13, 28.11.2017, para. 42.

¹⁹ Satakunnan Markkinapörssi Oy and Satamedia Oy/Finlandiya (BD), Başvuru No.931/13, 27/06/2017, para. 130.

²⁰ HERINGA/ZWAAK, s. 666.

kapsamının belirlenmesi veya tanımının yapılması oldukça güçtür. Bunun nedeni, pozitif yükümlülüklerle ilişkin genel bir teorinin olmamasıdır. Bu hususta Mahkeme, özel yaşama ilişkin pozitif yükümlülükleri her somut olayın şartlarına göre belirlemektedir. İlgili belirleme yapılırken, taraf devletlere tanınan takdir yetkisine de saygı duyulmakta ve taraf devletlerin yerine geçerek karar vermekten de kaçınılmaktadır²¹.

Özel yaşama saygı hakkı kapsamında, hakkın içinde geçen “saygı” kavramından dolayı, 8. maddenin taraf devletlere yüklediği birinci yükümlülük esasen saygı gösterme yükümlülüğü diğer bir deyişle müdahale etmeme yükümlülüğüdür. Bu çerçevede, bireylerin özel yaşamlarının kamu ajanlarının keyfi müdahalelerine karşı korunması devletlerin birincil negatif yükümlülüğüdür. Aynı kavramdan yola çıkarak ve taraf devletlerin özel yaşama saygı hakkına ilişkin dokunmama ya da müdahale etmeme şeklindeki olumsuz edim türlerinin yetersizliği karşısında, ilgili hakkın pozitif yükümlülükler doğurduğu da Mahkeme tarafından kabul edilmiştir²². Madde kapsamında taraf devletlerin pozitif yükümlülükleri her somut olayın koşulları çerçevesinde belirlenir ve sınırlı sayıda değildir. Ancak iç hukukta hakkın ihlalinin önlenmesi amacıyla yasal, yargısal ve idari tüm düzenlemelerin yapılması gerekir. İhlal gerçekleşmişse etkili soruşturmanın başlatılması gerekir. Bu gibi önlemlerin alınmaması pozitif yükümlülükleri ihlal eder²³.

Özel yaşama saygı hakkı mutlak bir hak değildir. Maddenin ikinci fıkrasından da anlaşılacağı üzere, hukuka uygunluk taşıması halinde sınırlandırılabilir bir haktır. Hakkın sınırlandırılması ancak hukuka uygunluk kriterleri çerçevesinde söz konusudur. Hukuka uygun ya da meşru sınırlandırma ise ancak ikinci fıkrada sıralanan ölçütlerle yapılmaktadır. Mahkeme özel yaşama saygı hakkına yönelik sınırlandırmaları incelerken, öncelikle hakka bir müdahalenin olup olmadığını tespit etmektedir. Bir müdahalenin varlığı doğrudan madde 8’i ihlal etmez. Bu müdahale ikinci fıkrada aranan kriterleri taşıyorsa hukuka uygun bir müdahaledir. Ancak bu kriterleri taşıyorsa hukuka aykırı bir müdahaledir ve madde 8’i ihlal eder²⁴. İkinci fıkraya bakıldığında, fıkranın “*bu hakkın kullanımına, yasa uyarınca olması ve ulusal güvenlik, kamu emniyeti ya da ülkenin ekonomik refahı, düzensizliğin ya da*

²¹ XENOS, s. 5.

²² Markckx/Belçika, Başvuru No. 6833/74, 13.06.1979, para. 31.

²³ HARRIS/O’BOYLE/WARBRICK, s. 535-536.

²⁴ ÖZDEK, s. 222.

suçun önlenmesi, sağlığın ya da ahlakın korunması ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için, demokratik bir toplumda gerekli olanlar dışında, kamusal bir makam tarafından müdahale edilmeyecektir” şeklinde düzenlendiği görülür. İlgili düzenleme gereğince, özel yaşama saygı hakkına bir müdahalenin öncelikle kanuni bir dayanağının olması gerekir. Bu hususta ikinci şart ise, müdahalenin ikinci fıkrada düzenlenmiş meşru amaçlara ulaşmak için yapılması gerekliliğidir. Üçüncü olarak ise müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olmasıdır²⁵. Ancak bu şartları taşıyan bir müdahale hukuka uygundur ve hakkı ihlal etmez.

IV. Çocuğun Özel Yaşamına Saygı Hakkı

Uluslararası insan hakları sözleşmelerinin bir kısmında, özellikle çocukların haklarını özel olarak düzenleyen sözleşmelerde, çocuğun özel yaşamına saygı hakkı açık bir şekilde düzenlenmiştir. Örneğin, Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 16. maddesi, *“Hiçbir çocuğun özel yaşantısına, aile, konut ve iletişimine, onur ve itibarına keyfi ya da hukuka aykırı şekilde müdahalede bulunulamaz. Çocuğun bu tür müdahale ve saldırılara karşı yasa tarafından korunmaya hakkı vardır”* şeklindeki düzenlemeyle çocuğun özel yaşamına saygı hakkını açıkça düzenlemiştir²⁶. Yine ilgili Sözleşmenin 40. maddesinin 2. fıkrasının (vii) bendi, çocukların, *“Kovuşturmanın her aşamasında özel yaşamın gizliliğine tam saygı gösterilmesine hakkı olduğunu”* düzenlemiştir. Bölgesel alanda geçerli olan Afrika Çocuk Hakları ve Esenliği Şartı'nın *“Mahremiyetin Korunması”* başlıklı 10. maddesi de, *“Ebeveynlerin ya da yasal açıdan çocuğu korumakla sorumlu kişilerin çocuklarının davranışları üzerinde makul ölçüdeki denetim hakkı saklı kalmak şartıyla, hiçbir çocuk, özel yaşamına, aile yaşamına, konuta ve haberleşmeye yönelik keyfi ya da hukuka aykırı müdahaleye yahut şerefine ya da şöhretine yönelik saldırılara maruz bırakılamaz. Çocuk, bu tür müdahale ya da saldırılara karşı yasayla korunma hakkına sahiptir.”* şeklindeki düzenlemeye yer vermiştir. Böylece Afrika bölgesinde çocuğun özel yaşamına saygı hakkı açık bir şekilde dile getirilmiştir.

Avrupa Bölgesine bakıldığında ise, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde özel olarak çocuk haklarına yer verilmemiştir. Çocuk haklarına Avrupa İnsan

²⁵ HARRIS/O'BOYLE/WARBRICK, s. 532.

²⁶ Doktrindeki bir görüşe göre, Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin etkisi, kamusal ve özel alana ikilemini sorgulamak ve çocukların haklarını ailelerin haklarından ayırmayı; çocukların, hem ebeveynlerine hem de devlete karşı haklara sahip bağımsız aktörler olmasını sağlamaktır. CASS, s. 142.

Hakları Sözleşmesi'nde açıkça yer verilmemesine ilişkin çeşitli fikirler de ileri sürülmüştür. Bu fikirlere göre, Sözleşmede düzenlenen medeni ve siyasi haklar zaten çocuklar için de geçerlidir ve ayrıca çocuklara vurgu gereksizdir. Ayrıca çocuk hakları Avrupa Sosyal Şartı'nda detaylı bir şekilde düzenlenmiştir ve Avrupa Konseyi çocuk haklarına özgülenmiş bir dizi belge kabul etmiştir²⁷. Bu görüşlere karşı olarak, Avrupa bölgesinde çocuk haklarının detaylı bir şekilde ele alınmaması gereğine ilişkin ileri sürülen bu gerekçelerin yeterli olmadığı ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne eklenecek bir protokol ile çocuk haklarının detaylı bir şekilde düzenlenmesi gereği vurgulanmıştır²⁸.

Her ne kadar Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde özel olarak çocuk haklarına yer verilmemiş olsa da, Sözleşmesi'nin 1. maddesi, Sözleşmede düzenlenen hak ve özgürlüklerden “herkesin” yararlanması gereğini vurgular. Bu düzenlemenin yanı sıra Sözleşme'nin 14. maddesi, Sözleşmede düzenlenen hak ve özgürlüklerden yararlanmanın hiçbir ayrımcılık gözetilmeden sağlanması gereğini hüküm altına alır. Böylece yaşa bağlı olarak Sözleşmede düzenlenen haklardan yararlanmada ayrımcılık yapılmasını yasaklar. Bahsedilen düzenlemeler neticesinde, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi sisteminde kural olarak çocuklar yetişkinlerle aynı haklara sahiptir ve Sözleşmede düzenlenen haklarından yararlanırken ayrımcılığa maruz kalmamalıdır. Bu kapsamda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesinde düzenlenen özel yaşama saygı hakkı çocuklar için de geçerlidir. Diğer bir deyişle, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında çocuklarda özel yaşamlarına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir. Ancak çocukların özel yaşamlarına ilişkin birtakım durumlar yalnızca 8. maddenin koruması altında değildir. Özellikle adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. madde kapsamında da çocukların özel yaşamlarına ilişkin tedbirler söz konusudur. Yargılama esnasında çocukların özel yaşamlarına saygı Sözleşme'nin koruduğu temel değerlerden birisi olarak 6. maddede yer alır.

Çocukların özel yaşamlarına saygı hakkı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin çeşitli kararlarına konu olmuştur. İlgili kararlar, çocuk fotoğraflarının ya da videolarının çekilmesini veya yayınlanmasını, çocukla ilgili bilginin internette açıklanmasını ya da kişisel verilerinin hukuka aykırı bir şekilde saklanmasını konu edinir. Bu gibi durumların yanı sıra yasal ve yargısal işlemlerin konusu olan çocukların özel yaşama saygı hakkının adil

²⁷ ALSTON/TOBIN, s. 17.

²⁸ ALSTON/TOBIN, s. 17.

yargılanma hakkı kapsamında ele alındığı görülür²⁹. Çalışmanın devamında ilgili konular detaylı bir şekilde açıklanmaya çalışılacaktır.

A. Fotoğraf veya Videonun Konusu Olan Çocuklar

Kişilerin başkalarının fotoğraflarını o kişinin rızası olmadan çekmesi, saklaması veya kamuya paylaşması özel yaşama saygı hakkına ilişkin ortaya çıkan önemli hukuki meselelerdir. Bu hususta Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, kişinin adı, fotoğrafı veya fiziksel ve psikolojik bütünlük gibi kişisel kimliğine ilişkin hususların özel yaşam kapsamında ele alınması gerektiğini belirtir³⁰. Mahkeme'ye göre, bir kişinin görüntüsünü ortaya koyan fotoğraflar, kişiliğin kendine has özelliklerini ortaya koyar ve kişinin benzerlerinden farklılaşmasını sağlar. Kişinin görüntüsünü (imajını) koruma hakkı (right to the protection of one's image) olarak da adlandırılan bu hak, kişisel gelişiminin temel unsurlarından birisidir ve bu hak, bireyin kendi fotoğrafları üzerinde tam bir hâkimiyet hakkı sağlar. Bu bağlamda kişi, yayınlanmayı reddetme hakkı da dâhil olmak üzere, görüntülerinin kullanımını kontrol etme hakkına sahiptir³¹. Bu başlık altında çalışmamız açısından dikkat edilmesi gereken ise, fotoğrafları çekilen kimsenin çocuk olması durumunda, onlara Mahkeme tarafından daha fazla korumanın sağlanıp sağlanmadığıdır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, bir çocuğun fotoğrafının rıza unsuru olmadan çekilmesini madde 8 kapsamında ele aldığı dava söz konusu olmuştur. Bu dava, Yunanistan'a karşı açılan Reklos ve Davourlis/Yunanistan davasıdır³². İlgili dava, çocuğun ve ailesinin rızası alınmadan çocuklarının fotoğraflarını çeken fotoğrafçı aleyhinde yasal işlemlerin yerel mahkemeler tarafından reddedilmesi neticesinde devletin çocuk haklarını koruyamadığına

²⁹ İlgili kararları doktrinde Kirsty Hughes beş gruba ayırarak ele almıştır. Yazara göre, çocuğun özel yaşamına saygı hakkını ilgilendiren birinci grup kararlar, yasal işlemlerde yer alan ya da bu işlemlerden dolayı olarak etkilenen çocukların mahremiyet haklarını ele almaktadır. İkinci grup kararlar, çocukların tanıtımlarını; üçüncü grup kararlar çocuk fotoğraflarının çekilmesini veya yayınlanmasını içeren kararlardır. Dördüncü grup kararlar, bir çocukla ilgili bilgilerin internette açıklandığı durumları; beşinci grup kararlar ise tıbbi gizliliği konu edindir. Yazar bu şekilde bir ayrımı özel yaşama saygı hakkının genel konularını ele alarak yapmış olduğu açıktır. Nitekim tarafımızca yapılan araştırmada Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin çocukların tıbbi gizliliğine ilişkin bir kararına henüz rastlanmamıştır. Yazar da ilgili makalesinde açmış olduğu başlığın altına böyle bir karar örneği eklememiştir.

³⁰ Von Hannover/Almanya, Başvuru No. 40660/08, 60641/08, 07.02.2012, para. 95.

³¹ Reklos ve Davourlis/ Yunanistan, Başvuru No. 1234/05, 15.04.2009, para. 40; Von Hannover/Almanya, Başvuru No. 40660/08, 60641/08, 07.02.2012, para. 95.

³² Reklos ve Davourlis/Yunanistan, Başvuru No. 1234/05, 15.04.2009.

ilişkin şikâyeti konu edinir. Başvuruya konu olaylar ise şöyledir: Başvuranlar, yeni doğmuş bir bebeğin ebeveynleriydiler ve hastanede çalışan profesyonel bir fotoğrafçı, bebeğin kaldığı üniteye fotoğraflarını çekerek, kendilerine para karşılığı satmayı teklif etmiştir. Başvuranlar, rızası alınmadan çekilen fotoğraflara itiraz etmiş ve fotoğrafçının negatifleri teslim etmesini talep etmişlerdir. Fotoğrafçı ise fotoğrafların negatiflerini teslim etmeyi reddetmiştir. Bunun üzerine anne ve baba fotoğrafçının çocuklarının kişilik haklarını ihlal ettiği iddiasıyla yasal işlem başlatmıştır. Bu iddia Yunanistan Yüksek Mahkemesi tarafından “*çok belirsiz*” olarak nitelendirilip, reddedilmiştir ve bunun üzerine ebeveynler, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne başvuruda bulunmuşlardır³³. Başvuranlar, çocuğun özel hayatına saygı hakkına hukuka aykırı bir müdahale olduğunu iddia etmişlerdir³⁴. Yunanistan Hükümeti ise, ilgili davada Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 8. maddesinin bu davada uygulanabilirliğine itirazda bulunmuştur. Hükümete göre, fotoğraflar yayınlanmadığından dolayı bebeğin özel yaşamının söz konusu olmadığı ileri sürülmüştür. Ayrıca, fotoğraflar kamuyla paylaşılmadığı için bebeğin görüntüsünün ticari bir sömürsünün olmadığı ve sadece bir günlük olan bebeğin zihinsel olgunluğu, kişilik haklarının ihlal edildiğini hissetmesi için yeterince gelişmediği ileri sürülmüştür³⁵.

Mahkeme, kararını gerekçelendirirken öncelikle davanın kapsamını sınırlayarak işe başlamıştır ve başvuranlar tarafından ileri sürülen kişinin görüntüsünün korunması hakkının, bireyin müdahalenin farkında olup olmadığına bağlı olduğuna ilişkin genel bir soru ile ilgilenmeyeceğini açıkça belirtmiştir. AIHM görevini, fotoğrafların ebeveynlerin önceden rızası olmadan çekilmesi ve negatiflerin fotoğrafçıda kalması eylemlerinin bebeğin, Sözleşme’nin 8. maddesi ile güvence altına alınan özel yaşama saygı hakkına müdahale edip etmediği ve yerel mahkemelerin başvuranların oğlunun özel yaşamına yeterli koruma sağlayıp sağlamadığının tespiti olduğunu belirtmiştir³⁶.

Mahkeme, kararına AIHS’nin 8. maddesinin kimlik hakkını ve kişilik veya kişisel özerklik anlamında, kişisel gelişim hakkını kapsadığını belirterek başlamıştır. Bu ilkelerin AIHS’in 8. maddesinin temeli olduğunu kabul eden

³³ HUGHES, Photographs, s. 163.

³⁴ Reklos ve Davourlis/Yunanistan, Başvuru No. 1234/05, 15.04.2009, para. 29.

³⁵ Reklos ve Davourlis/Yunanistan, Başvuru No. 1234/05, 15.04.2009, para. 30-31.

³⁶ Reklos ve Davourlis/Yunanistan, Başvuru No. 1234/05, 15.04.2009, para. 34.

AİHM, bir kişinin görüntüsünün, kişisel gelişiminin en temel unsurlarından biri olduğunu, bu nedenle bireyin görüntüsünü kontrol edebilmesinin çok önemli olduğunu vurgulamıştır. Kişi, yalnızca birinin görüntüsünü yayınlanmasına izin vermeyi reddetmekle kalmamalı; aynı zamanda görüntüsünün başka bir kişi tarafından alınması, korunması veya çoğaltılmasını reddetme fırsatına sahip olmalıdır. Mahkeme'ye göre bir kişinin görüntüsü, kişiliğinin kendine has özelliklerini ortaya koyar ve kişiyi diğer kimselerden ayırdığı için kişiliğinin temel özelliklerinden birini oluşturur. Kişinin görüntüsünü koruma hakkı bu nedenle kişisel gelişimin temel bileşenlerinden birisidir ve bu, kendi görüntüsünün kullanımını kontrol etme hakkını öngörür. Çoğu durumda bu kullanımı kontrol etme hakkı, bir bireyin görüntüsünü yayınlamayı reddetmeyi içerirken, bireyin görüntüsünü başka bir kişi tarafından kaydetme, koruma ve çoğaltılmasına itiraz etme hakkını da kapsar. Bu nedenle çekilen resim yayımlandığında ya da yayınlanmadığında etkili bir korunma için ilgili kişinin rızasının alınması gerekir. Aksi takdirde, üçüncü bir kişinin elinde temel bir kişilik niteliği korunacak ve ilgili kişi görüntünün daha sonraki kullanımı üzerinde hiçbir kontrol sahibi olmayacaktır.³⁷

Bu ilkeleri gerçeklere uyguladıktan sonra, AİHM, fotoğraf çekme eyleminin ve bu fotoğrafların saklanması, çocuğun 8. maddede düzenlenen hakkını ihlal ettiğine hükmetmiştir. Mahkeme'ye göre, ilgili kişi küçüktür ve görüntüsünü koruma hakkının kullanılması ebeveynlerin uhdesindedir. Bunun sonucunda ise, hakkın kullanımı için başvuruların oğullarının resimlerinin çekilmesine önceden rıza göstermeleri gerekir. Bu nedenle Mahkeme, fotoğrafların çekilmesi için rızayı gerekli kılmıştır ve başvuru sahibi küçük olduğu için gerekli olan ebeveyn rızasıdır³⁸. Fotoğrafların içeriği zararsız ve hakaret içerikli olmasa da, bebeğin görüntüsü, ilgili kişinin ve/veya ailesinin rızası olmadan daha sonra kullanılma olasılığı ile fotoğrafçının elinde muhafaza edilmektedir. Yerel mahkemelerde, başvuruların, oğlunun fotoğrafının çekilmesine ve fotoğrafçı tarafından alıkonulmasına rıza göstermediği gerçeğini hesaba katmamışlardır. Yukarıda belirtilenler ışığında, Mahkeme, Yunan mahkemelerinin mevcut davada başvuruların oğlunun özel hayatını koruma hakkını yeterince garanti etmediğini tespit etmiştir. Bu nedenle, Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlaline hükmetmiştir.

³⁷ Reklos ve Davourlis/Yunanistan, Başvuru No. 1234/05, 15.04.2009, para. 40.

³⁸ KINDT, s. 193.

Dikkat edileceği üzere ilgili dava, küçüğün fotoğraflarının kendi ailesi dışında bir başkası tarafından çekilmesi üzerinedir ve kararda, küçüğün fotoğraflarının çekilirken rızanın olması gereği belirtilir. Karar neticesinde anlaşılmaktadır ki, küçük adına bu rızayı gösterecek olan kişiler de çocuğun ailesidir. Ailesi tarafından kendi çocuklarının fotoğraflarının çekilmesi durumunda ise çocuğun özel yaşama saygı hakkına müdahalenin gerçekleşip gerçekleşmeyeceğine ilişkin sorunun cevabı ise bu karar sonucunda ortaya çıkmamaktadır. Elbette aileler kendi çocuklarının küçüklük hatıralarını saklamak amacıyla fotoğraflarını çekebilirler. Ancak günümüzde bu durum farklı bir hal almıştır. Sosyal medya aracılığıyla pek çok ebeveyn, çocuğunun fotoğrafını yaygın bir şekilde kamuya paylaşmaktadır. Örneğin Amerika'da, çocukların yüzde doksan ikisinin, iki yaşına varmadan önce internet üzerinde bilgilerinin aileler tarafından çevrimiçi olarak oluşturulduğu ve pek çok fotoğrafının paylaşıldığı gözlenmiştir³⁹.

Aileler tarafından paylaşılan bu fotoğraflar kimi zaman çocukları duştayken ya da çıplak haldeyken veyahut çocuğu küçük düşürücü durumları da konu edinmektedir. Kimi zaman ticari kazanç elde etme amacıyla da paylaşımlar yapılmaktadır. Bu gibi paylaşımlardan çocuğun rahatsız olacağı bir gerçektir. 8-12 yaşlar arasındaki çocuklar nezdinde yapılan bir araştırma da bunu teyit eder niteliktedir. Bu yaş grubundaki çocuklar, aileleri tarafından çekilen ve paylaşılan fotoğraflardan rahatsız olduğunu dile getirmişlerdir. Örneğin bir çocuk annesinin kafasının üstüne hamstır koyarak kendisini çektiğini ve çok utandığını belirtmiştir. Diğer bir çocuk kendisi duştayken şarkı söylediği esnada annesinin kendisini çıplakken kaydettiğini ve utandığını belirtmiştir⁴⁰. Çocuklarını en mahrem haldeyken kaydedip, sosyal medya aracılığıyla kamuya paylaşmak aynı zamanda onları cinsel istismarın kurbanları haline getirme tehlikesini de taşır⁴¹. Dolayısıyla çocuğun rıza gösterme yetisine sahip olduğu ve olamadığı durumlarda, ailelerin de çocuklarının fotoğraflarını çekip kamuya paylaşmasında özenli olmaları gerekir. Aksi halde çocuklarının kişisel gelişimleri olumsuz yönde etkilenir ve bu durum özel yaşama saygı hakkı kapsamında görüntüsünü koruma hakkını ihlal eder.

³⁹ BESSANT, s. 7.

⁴⁰ Children's Commissioner, 'Life in Likes: A report into social media use among 8–12 year olds', January 2018, (www.childrenscommissioner.gov.uk, erişim: 04.11.2019); GLIGOJEVIC, s. 203.

⁴¹ K.U./Finlandiya, Başvuru No. 2872/02, 02.03.2009, para. 46.

Çocuğun görüntüsünün korunması hakkının ihlal edilmesinin yanı sıra, kendi ailesinin yanında ve yaşamını sürdürdüğü evinde güvende hissetmesi çocuğun en doğal hakkıdır. Her zaman ve her durumda ailesi tarafından fotoğraflanacağı veya kaydedileceği şüphesiyle yaşamak onlar için oldukça zordur. Dolayısıyla bu gibi durumlarda aileler eliyle çocuklarının özel yaşamlarına saygı hakkı kapsamında kişilik haklarına müdahale gerçekleşir. Devletlerin çocukların rızası olmadan aileleri tarafından evin içinde dahi olsa fotoğraflanması ya da videoya çekilmesi halinde, çocukların başvurabileceği yargısal yolları iç hukuklarında düzenlemeleri gerekir. Aksi halde özel yaşama saygı hakkı ihlal edilir. Bu husus, çocuğun kendisinin rızası olmadan kendi evinde üvey babası tarafından videoya kaydedildiği Söderman/İsveç davasında netleşmiştir.

İlgili dava, 14 yaşındaki kız çocuğunun banyoda çıplak bir haldeyken üvey babasının gizlice kendisini filme almasını ve bunu fark eden genç kızın, söz konusu dönemde üvey babanın eylemlerine ilişkin herhangi bir yaptırım öngörmeyen İsveç hukuk sisteminin kişilik hakkının ihlal edilmesine (violation of her personal integrity) karşı kendisini koruyamadığı konusundaki şikâyetini konu edinmektedir⁴². Mahkeme söz konusu olayda, üvey babanın eyleminin başvuruçunun kişilik hakkının ihlaline yol açtığını belirtmiştir⁴³. Üstelik başvuruçunun on sekiz yaşından küçük olması, olayın başvuruçunun kendisini güvende hissetmesi gereken evinde gerçekleşmiş olması ve eylemi gerçekleştiren kişinin, başvuruçunun yetkisi altında olduğu ve güvenmesi beklenen üvey babası olması nedeniyle ağırlaştırılmış sebeplere sahiptir⁴⁴. Ağırlaştırılmış bu sebeplere rağmen, konuyla ilgili İsveç Hukuku'nun yürürlükte olduğu haliyle, başvuruçunun özel hayatına saygı hakkını, davalı devletin takdir payına rağmen, Sözleşme'nin 8. maddesinden doğan pozitif yükümlülüklerle uygun biçimde güvence altına almamıştır. Nitekim İsveç Hukuku'nda davanın somut koşulları içinde, bahsi geçen kişilik hakkının ihlaline karşı başvuruçuya etkili bir koruma sağlayacak ne cezai ne de hukuki bir yol bulunmaktadır⁴⁵. Buradan hareketle Mahkeme, Sözleşme'nin 8. maddesinde düzenlenen özel yaşama saygı hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.

⁴² Söderman/İsveç, Başvuru No. 5786/2008, 12.11.2013.

⁴³ Söderman/İsveç, Başvuru No. 5786/2008, 12.11.2013, para. 86.

⁴⁴ JACOBS/WHITE/OVEY, s. 417; Söderman/İsveç, Başvuru No. 5786/2008, 12.11.2013, para. 86.

⁴⁵ Söderman/İsveç, Başvuru No. 5786/2008, 12.11.2013, para. 117.

Kurier Zeitungsverlag und Druckerei GmbH/Avusturya davasında ise anne ve babanın boşanması sonrasında çocukları üzerinde çekişmeli geçen velayet davasını haber yapan ve bu haberlerde çocuğun kimliğini açıkça belirten ve resmini tanınacak şekilde basan gazetenin tazminat ödemeye mahkûm edilmesi üzerine, ilgili gazete ifade özgürlüğünün ihlal edildiğini iddia etmiştir. İlgili dava, madde 8'de düzenlenen özel yaşama saygı hakkının ihlal edildiği iddiasını taşımamaktadır. Ancak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, söz konusu davada açıkça 10. madde kapsamında basının sahip olduğu haklar ile 8. maddede yer alan özel yaşama saygı hakkının çatıştığını belirtmiştir⁴⁶. Mahkeme ilgili davada öncelikle demokratik bir toplumda basının özel önemine işaret etmiştir. Basın kamu menfaatlerini ilgilendiren konularda bilgi ve fikir paylaşır. Basının yalnızca bilgi ve fikirleri paylaşma görevi yoktur; aynı zamanda kamu oyununda bu bilgi ve fikirleri alma hakkı vardır. Ancak basının yalnızca genel menfaatleri ilgilendiren konularda fotoğraflar veya makalelerle demokratik topluma katkı yaptığı da kararda belirtilmiştir. Basının, yalnızca belli bir okuyucu kitlesinin merakını tatmin etmek üzere halktan bir kişinin özel hayatına dair ayrıntılı fotoğraf ve makale yayımlaması, söz konusu kişi halk tarafından tanınıyor olsa bile, kamuoyunun genel menfaatlerini ilgilendiren konulara katkı sağlamak olarak kabul edilemez. Bu gibi durumlarda ifade özgürlüğü daha sınırlı bir şekilde yorumlanmalıdır. Ayrıca reşit olmayan kişilerin korunması açısından madde 8 uyarınca devletlerin yerine getirmesi gereken pozitif yükümlülükler bulunur⁴⁷. Mahkemeye göre söz konusu davada çocuk, kamuya mal olmuş bir kişi değildir. Mahkeme, daha önce kamuoyunda yer almadığından dolayı, ilgili haberlerde çocuğun kimlik bilgilerinin ifşa edilmesi ve çocuğun tanınabilecek halde fotoğraflarının kullanılmaması gerektiğini belirtmiştir⁴⁸. Diğer taraftan, velayet anlaşmazlığının mağduru haline gelen ve kamuoyuna kendi isteğiyle mal olmamış olan ve henüz reşit olmayan bir kişinin özel hayatının, içinde bulunduğu çok hassas durum nedeniyle özel olarak korunma gerektirdiğini de vurgulamıştır⁴⁹. Dolayısıyla ilgili davada, yayınlanan bilgiler ışığında kamu

⁴⁶ Kurier Zeitungsverlag und Druckerei GmbH/Avusturya (No.2), Başvuru No. 1593/06, 19.06.2012.

⁴⁷ Kurier Zeitungsverlag und Druckerei GmbH/Avusturya (No.2), Başvuru No. 1593/06, 19.06.2012, para. 51.

⁴⁸ Kurier Zeitungsverlag und Druckerei GmbH/Avusturya (No.2), Başvuru No. 1593/06, 19.06.2012, para. 57.

⁴⁹ Kurier Zeitungsverlag und Druckerei GmbH/Avusturya (No.2), Başvuru No. 1593/06, 19.06.2012, para. 59.

menfaati ile özel yaşamın korunması arasında adil bir denge kurulmadığından yola çıkarak ilgili gazetenin ifade özgürlüğünün ihlal edilmediğine karar vermiştir.

B.İnternet Yayınlarının Konusu Olan Çocuklar

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin çocukların özel yaşamlarına güçlü bir koruma sağladığı alanlardan birisi internet yayınlarıdır. Özellikle internet yayınlarının konusunun çocuk olduğu durumlarda Mahkeme, madde 8'e önem atfetmektedir. Bu konuda içtihadını belirlediği kararı, K.U./Finlandiya⁵⁰ davasıdır. Başvurucu henüz 12 yaşındayken kendisi adına internette bir buluşma sitesinde bir ilan verilmiştir. Bu ilanda, kendisine yol gösterecek kendi yaşında veya daha büyük bir erkekle yakın ilişki kurmak istediği ifadelerine yer verilmiştir. Bu ifadelerin yanı sıra ilanda, erkek çocuğun yaşı ve doğum yılı, fiziksel özelliklerinin ayrıntılı bir tanımı, resminin olduğu kişisel internet hesapları ve telefon numarası yazılmıştır. Başvuran bu ilandan, kendisiyle tanışmak amacıyla bir erkek tarafından gönderilen mail aracılığıyla haberdar olmuştur. Başvuranın babası, suç duyurusunda bulunabilmek için emniyet güçlerinden ilanı yayınlayan kişinin bilgilerini istemiştir. Bunun üzerine polis, servis sağlayıcıdan ilanı veren kişinin kimlik bilgilerini istemiştir. Ancak servis sağlayıcısı gizlilik yasalarını ihlal edeceği gerekçesiyle bu bilgileri paylaşmayı reddetmiştir. Yerel Bölge Mahkemesi de, servis sağlayıcısının ilan verenlerin kimlik bilgilerini mesleki gizliliğe aykırı şekilde açıklamaya zorlayan yasal bir düzenleme olmamasından dolayı talebi reddetmiştir. Bunun üzerine K.U., Finlandiya mevzuatının kişilerin mahremiyet ihlallerine karşı tazminat yolu ya da cezai yaptırıma ilişkin herhangi bir hukuki yol olmadığı iddiasıyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvurmuştur.

Mahkeme, ilgili davada 8. maddenin uygulanabilirliğine ilişkin herhangi bir tereddüdün bulunmadığını, başvurunun kişinin fiziksel ve psikolojik bütünlüğünü kapsayan bir kavram olan özel yaşama ilişkin olduğunu belirtmiştir ve başvuranın fiziksel ve zihinsel refahı ve genç yaşından dolayı başvuranın kırılganlığına yönelik olası tehdidi göz önünde bulundurarak, özel yaşam kavramının bu yönlerini vurgulamayı tercih edeceğini belirtmiştir⁵¹. Mahkeme'ye göre, madde 8 kapsamında devletlerin, bireylerin kendi aralarındaki ilişkilerinden doğan özel hayata saygı hakkının ihlaline ilişkin önlem alma yükümlülüğü vardır. Bu kapsamda devletlerin etkin soruşturma

⁵⁰ K.U./Finlandiya, Başvuru No. 2872/02, 02.03.2009.

⁵¹ K.U./Finlandiya, Başvuru No. 2872/02, 02.03.2009, para. 41.

yapma şeklinde olumlu yükümlülükleri bulunur. Çocuğun fiziksel ve ahlaki refahına yönelik bir tehdit söz konusu ise bu yükümlülük daha da önem taşır. Nitekim söz konusu olaydaki gibi durumlarda çocuklar cinsel istismarın kurbanları olabilmektedir. Bu nedenle başta çocuklar olmak üzere diğer korunmasız bireyler, özel yaşamlarına yönelik bu tür ciddi müdahalelere karşı etkili caydırma şeklinde devlet tarafından korunmaya hakları vardır. Mahkeme'ye göre her ne kadar ifade özgürlüğü ve iletişimin gizliliği öncelikli ve internet servisi kullanıcıları kendi mahremiyetlerine ve ifade özgürlüklerine saygı gösterileceğine dair bir güvenceye sahip olsa da, bu güvence mutlak nitelikte değildir. Suçun ve düzensizliğin önlenmesi, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması şeklindeki meşru amaçlar bu hakların sınırlarıdır⁵². Buradan hareketle Mahkeme, devletin suçluların isimlerinin açıklanmasını yasaklayarak ve etkili bir ceza adaleti süreci uygulamayarak çocuğun fiziksel ve ahlaki refahını korumak için olumlu yükümlülüklerini yerine getirmediğini belirterek 8. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.

Bir önceki başlıkta Reklos ve Davourlis/Yunanistan kararının devamında tarafımızca dikkat çekildiği gibi, burada da çocuğun bilgilerinin internette paylaşılması eylemini gerçekleştirenin aileler olmadığını, üçüncü kimseler tarafından bu eylemin gerçekleştirildiği görülmektedir. Ancak yukarıda yapılan değerlendirmeler burada da geçerlidir. Aileler tarafından çocuklarının bilgilerinin internet ortamında paylaşılması da çocuğu doğrudan cinsel istismar kurbanı haline getirebilmektedir. Bu nedenle, Mahkeme'nin Söderman/İsveç kararında dikkat çektiği bu durum aileler nezdinde de son derece önemlidir.

C. Kişisel Verileri Hukuka Aykırı Bir Şekilde Kaydedilen Çocuklar

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihatları doğrultusunda özel yaşama saygı hakkı kapsamında kişisel veriler de korunur. Mahkeme'ye göre, “özel yaşam” kavramı ayrıntılı bir tanımlamaya müsait olmayan oldukça geniş bir kavramdır ve kişinin fiziksel ve psikolojik bütünlüğüne ilişkin birçok menfaat hakkın konusunu oluşturabilir⁵³. Bu nedenle, kişinin fiziksel ve sosyal kimliğinin birçok yönü “özel yaşam” kavramına dâhildir⁵⁴. Bu bağlamda kişilerin, “isimleri, cinsiyeti, cinsel yönelimleri, etnik kimliği, kişinin sağlığıyla ilgili bilgiler” gibi unsurlar Mahkeme'ye göre kişisel verilerdir. Kişisel verilerin devletler tarafından kaydedilmesi ve kaydedilen bu bilgilerin

⁵² K.U./Finlandiya, Başvuru No. 2872/02, 02.03.2009, para. 49.

⁵³ Pretty/Birleşik Krallık, Başvuru No. 2346/02, 29.07.2002, para. 61.

⁵⁴ Mikulić/Hırvatistan, Başvuru No. 53176/99, 04.09.2002, para. 53.

daha sonra kullanılması kural olarak doğrudan özel yaşama saygı hakkını ihlal etmez⁵⁵. Ancak hukuka aykırı bir şekilde bu işlemlerin gerçekleşmesi halinde madde 8'in ihlali gerçekleşir. Hukuka aykırılığın tespitinde ise Mahkeme, yetkililer tarafından tutulan kişisel verilerin kaydedildiği ve saklandığı özel koşulları göz önünde bulundurarak, kayıtların nasıl işlendiğini, kullanıldığını ve elde edilen sonuçları göz önünde bulunduracağını belirtmiştir⁵⁶.

Çocukların kişisel verilerinin devlet yetkilileri tarafından hukuka aykırı şekilde saklanması vakası da Mahkeme'nin önüne gelmiştir. İlgili başvuru, S ve Marper/Birleşik Krallık⁵⁷ davasıdır. Söz konusu davada, ilk başvuru olan S, 11 yaşında iken diğer başvuru ile beraber soygun eyleminde bulunma teşebbüsüyle suçlanmışlar ve bu kapsamda emniyet güçlerince parmak izleri ve DNA örnekleri alınmıştır. Yürütülen soruşturmada suçsuz bulunmaları neticesinde parmak izlerinin ve DNA örneklerinin imha edilmesini istemişlerdir. Ancak emniyet güçleri tarafından bu talepleri olumsuz karşılanmış ve iç hukukta dava yoluna gitmişlerdir. Talebe konu işlemleri, İdare Mahkemesi, Üst Mahkeme tarafından reddedilerek; gerçekleşmemiştir. İç hukuk yollarını tüketen her iki kişide, özel yaşama saygı hakkını düzenleyen 8. maddenin ihlal edildiği iddiasıyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunmuştur. Burada başvuranlar, parmak izlerinin ve DNA'ların tutulduğu veri tabanının çocuklar üzerinde sosyal damga niteliğini ve psikolojik etkileri olduğunu dile getirmişlerdir⁵⁸. Mahkeme mevcut davada, yetkililer tarafından tutulan parmak izi, DNA ve hücrel örneklerin kişiyi tanımlayan veya tanımlayabilir nitelikte olmalarından hareketle kişisel veri olduğunu tespit ederek incelemesine başlamıştır⁵⁹. Devamında ise, Hükümet tarafından ileri sürülen parmak izi ve DNA bilgilerinin saklanması suçunun tespit edilmesi ve suçun önlenmesi amacına uygun olduğuna karar vermiştir. Ancak müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığına ilişkin değerlendirmesinde ise hakkın ihlal edildiğine hükmetmiştir. Bunu yaparken Mahkeme emniyet güçlerince şüphelilere yönelik gerçekleştirilen işlemin çocukların gelişimi ve topluma entegrasyonu üzerindeki olası yıkıcı ve zararlı etkilerini vurgulamıştır⁶⁰. Mahkemeye göre, haklarında herhangi bir suçtan

⁵⁵ Amann/İsviçre (GC), Başvuru No. 27798/95, 16.02.2000, para. 69.

⁵⁶ Peck/Birleşik Krallık, Başvuru No. 44647/98, 28.04.2003, para. 59

⁵⁷ S ve Marper/Birleşik Krallık, Başvuru No. 30562/04 ve 30566/04, 04.12.2008.

⁵⁸ S ve Marper/Birleşik Krallık, Başvuru No. 30562/04 ve 30566/04, 04.12.2008, para. 60.

⁵⁹ S ve Marper/Birleşik Krallık, Başvuru No. 30562/04 ve 30566/04, 04.12.2008, para. 68.

⁶⁰ HEPPLÉ, s. 80.

dolayı hüküm verilmemiş kişilerin verilerinin saklanması sakıncalıdır ve bu durum özellikle küçükler için daha da zararlı olabilir. Nitekim küçüklerin, gelişimleri ve toplumla bütünleşebilmeleri oldukça önemlidir. Bu nedenle haklarında işlem yapılan küçüklerin salıverilmelerinin ardından, kişisel verilerinin yetkililer tarafından tutulmasından kaynaklanabilecek herhangi bir zarardan dolayı korunmalarına devletlerin özel dikkat göstermesi gerekir⁶¹. Bu nedenle Mahkeme, parmak izlerinin ve DNA örneklerinin alınma işleminin, genel nitelikte ve hükümlüler ile suç isnadı altında olanlar arasında ayırım gözetilmeden yapılmasını Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesine orantısız bir müdahale olarak değerlendirmiş⁶² ve hakkı ihlal ettiğine karar vermiştir. İlgili karar, çocuğun kişisel verilerinin 8. madde kapsamında özel öneme sahip olduğunu göstermesi bakımından oldukça önemlidir.

Kararın verildiği yıllarda, İngiltere nezdinde kişilerin DNA'larının yaygın bir şekilde işlenmesinin devlet pratiği haline gelmiş olduğu da gözlenmiştir. Örneğin, kararın verildiği 2008 yılında Birleşik Krallık nüfusunun yaklaşık % 6.5'nin yani 4,5 milyon kişinin bilgileri veri tabanına işlenmiştir. Ayrıca, profili oluşturulan kişilerin beşte birinin yani 850.000 kişinin hiçbir zaman bir suçtan dolayı mahkûm edilmediği de görülmüştür⁶³. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Komitesi, İngiltere'de uygulanan DNA veritabanının çocuklar üzerindeki etkisine ilişkin endişelerini dile getirmiştir⁶⁴. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin S. ve Marper kararını ve diğer gelişmeleri takiben 2009 yılında, 10 yaşın altındaki çocukların tüm DNA profilleri veri tabanından silinmiştir⁶⁵.

V. Adil Yargılanma Hakkı Karşısında Çocuğun Özel Yaşamına Saygı Hakkı

Adil yargılanma hakkı, AİHS'in 6. maddesinde düzenlenir. Düzenleme gereğince hakkın uygulama alanı, medeni yargılamalar ve suç isnadı altında bulunan kimselere ilişkin yapılan ceza yargılamalarıdır. Söz konusu hak kapsamında kişilerin, mahkemeye erişim hakkı, yasayla kurulmuş, bağımsız

⁶¹ S ve Marper/Birleşik Krallık, Başvuru No. 30562/04 ve 30566/04, 04.12.2008, para. 124.

⁶² S ve Marper/Birleşik Krallık, Başvuru No. 30562/04 ve 30566/04, 04.12.2008, para. 125.

⁶³ PETERSON, s. 568.

⁶⁴ Committee on the Rights of the Child, Frty-ninth session, Concluding observations: United Kingdom, 20 October 2008, (<http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/AdvanceVersions/CRC.C.GBR.CO.4.pdf>, erişim: 04.11.2019), para. 36.

⁶⁵ HUGHES, s. 464.

ve tarafsız bir mahkemede yargılanma hakkı, silahların eşitliği ilkesi, çekişmeli yargılama ilkesini kapsayan hakkaniyete uygun yargılanma hakkı, susma hakkı, gerekçeli karar hakkı, aleni yargılanma ve aleni hüküm hakları, makul sürede yargılanma hakları vardır⁶⁶. İkinci fıkrasında da suç isnadının karara bağlandığı davalarda sanıkların sahip olduğu haklar sıralanır. Buna göre, masumiyet karinesi, suçlama hakkında bilgilendirilme hakkı, savunma için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olma hakkı, kendini savunma ya da müdafii yardımından yararlanma hakkı, tanık dinletme ve tanığı sorgulama hakkı, ücretsiz tercümandan yararlanma hakları bulunur⁶⁷.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, ceza ve özel yargılamalar esnasında çocukların özel yaşamlarını ilişkin çıkarları 8. madde kapsamında değil; adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. madde kapsamında ele alır. Sözleşme'nin 6. maddesinin birinci fıkrası gereğince, yargılamalar, kural olarak aleni bir şekilde yapılmalıdır. Ancak, küçüklerin menfaatlerinin olduğu durumlarda, basın ve kamuya kapalı yargılamalar yapılmasına da imkân tanır⁶⁸. Burada dikkat edilmesi gereken, madde 6 kapsamında çocukların yargılamalar esnasında özel hayata saygı hakkı öncelikli menfaat değildir; yalnızca açık yargılama yapılması şeklindeki genel kuralın istisnasıdır. Söz konusu istisna, çocukların hassasiyetinin farkına varılarak kabul edilmiştir ancak unutulmamalıdır ki, yargılamanın kapalı yapıp yapılmayacağına ilişkin karar verilirken çocuğun çıkarları ile kamunun çıkarları arasında ortaya çıkacak menfaat çatışmasına ve bunlar arasında bir denge kurulmasına bakılacaktır⁶⁹.

Söz konusu durumun somutlaştığı davalar, Birleşik Krallık aleyhine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önüne taşınmıştır. T/Birleşik Krallık⁷⁰ ve V/Birleşik Krallık⁷¹ davalarında, her ikisi de on yaşında olan çocuklar, iki yaşındaki bir çocuğu döverek öldürmekten dolayı mahkûm edilmişlerdir. Bazı özel önlemler kullanılmasına rağmen, haklarında görülen duruşma halka açık yapılmıştır ve mahkûmiyetlerinden sonrada çocukların isimleri gazetelerde yayınlanmıştır⁷². Bu durumun ardından her iki çocuk, yargılamanın aleni şekilde

⁶⁶ İNCEOĞLU, ss. 215-277.

⁶⁷ İNCEOĞLU, ss. 261-268.

⁶⁸ HARRIS/O'BOYLE/WARBRICK, s. 434-435.

⁶⁹ HUGHES, s. 465.

⁷⁰ T/Birleşik Krallık, Başvuru No. 24724/94, 16.12.1999.

⁷¹ V/Birleşik Krallık, Başvuru No. 24888/94, 16.12.1999.

⁷² V/Birleşik Krallık, Başvuru No. 24888/94, 16.12.1999, para. 16.

yapılmasının ve mahkûmiyet sonrası adlarının yayınlanmasının AİHS'nin 3. ve 6. maddelerinin ihlal edildiğini iddia etmiştir. Söz konusu başvuruda, başvuruçular madde 8 temelinde herhangi bir iddiada bulunmamıştır ve Mahkeme'de davada bu maddeyle ilgili herhangi bir yorumda bulunmamıştır. İlgili olayda Mahkeme, AİHS'in 6. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir. AİHS'nin 6. maddesinin ihlal edildiğine karar verirken, AİHM şiddetle çocukların uluslararası hukuka göre mahremiyetine sağlanan özel koruma ve özellikle de çocukların mahremiyetinin korunmasına yönelik güçlü eğilimden etkilenmiştir ve Mahkeme'ye göre, ciddi bir suçla yargılanan bir çocuğa basın ve toplumun çok büyük ilgi gösterdiği durumlarda, duruşmaların çocuğun korkmasını ve çekinmesini mümkün olduğunca önleyecek şekilde yürütülmesi sağlanmalıdır⁷³.

Ceza yargılamalarının yanı sıra özel hukuk yargılamaları sırasında çocukların özel yaşamlarına saygı hakkının gündeme geldiği davalar söz konusu olmuştur. Örneğin velayet davalarında çocuğun özel yaşama saygı hakkının değerlendirilmiş olduğu gözlenir. İlgili davaların geneline bakıldığında, ebeveynlerin özel bir şekilde yapılan velayet işlemlerinin kendi adil yargılanma haklarını ihlal iddiaları oluşturur. Diğer bir deyişle, ebeveynlerin 6. maddede düzenlenen adil yargılanma haklarıyla çocuğun 8. maddede korunan özel yaşama saygı hakkının çatıştığı görülür. Çatışan menfaatler arasında Mahkeme'nin çocuğun özel yaşama saygı menfaatine birincil koruma sağlamadığı gözlenir. Çünkü Mahkeme ilgili davalarda çocuğun 8. maddede korunan haklarını doğrudan ele almamıştır. B ve P/Birleşik Krallık⁷⁴ davasında, boşanma aşamasında olan başvuranların çocuklarına ilişkin ikamet işlemlerinin görüldüğü davada, duruşmanın özel olarak yapılmasının ve kararın kamuya açıklanmasının reddedilmesinin başvuruçuların adil yargılanma hakkını ihlal edip etmediği hususu değerlendirilmiştir. İngiliz Hukuku'na göre, çocuğun özel yaşamının korunması amacıyla ikametgâh işlemlerine ilişkin duruşmaların özel olarak yapılması gerektiği kuralını Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 6. maddenin ihlali olarak değerlendirmemiştir. Mahkemeye göre, bu tür işlemler, basından ve toplumsal dışlanmadan çocuğu korumak için haklı gösterilebilecek davaların başlıca örnekleridir⁷⁵. Mahkeme ilgili kararda her ne kadar çocuğun ihtiyaçlarına yönelik açıklamalarda bulursa

⁷³ T/Birleşik Krallık, Başvuru No. 24724/94, 16.12.1999, para. 85; V/Birleşik Krallık, Başvuru No. 24888/94, 16.12.1999, para. 87.

⁷⁴ B ve P/Birleşik Krallık, Başvuru No. 36337/97, 35974/97, 2002.

⁷⁵ B ve P/Birleşik Krallık, Başvuru No. 36337/97, 35974/97, 2002, para. 38.

da, çocuğun AİHS'nin 8. maddesi uyarınca sahip olabileceği hakları dikkate almamıştır. Diğer bir deyişle, bu başvuruda da madde 8 açısından bir inceleme yapılmamıştır. Bu durumda çocuğun özel yaşama saygı hakkının göz ardı edilmesi tehlikesini bünyesinde taşır.

VI. Sonuç

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesinde düzenlenen özel yaşama saygı hakkı çocuklar bakımından oldukça önemli olan bir haktır. Zira belirli yaşın altındaki küçüklerin irade yetileri bu hususta henüz gelişmemiştir. Dolayısıyla çocuğun özel alanı ve kişisel verileri üzerindeki hâkimiyeti yetişkinler gibi kendi kontrolü altında değildir. İlgili konularda kontrol öncelikle ailelere verilmiştir. Bu hususta Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 18. maddesi de hukuksal dayanak teşkil eder. İlgili madde açıkça çocuğun yetiştirilmesi ve geliştirilmesine ilişkin sorumluluğun öncelikle anne ve babada olduğunu belirtir. Devam eden maddede, çocuğun ebeveyninden bedensel veya zihinsel saldırı, şiddet, ihmal ya da ihmalkâr muamele, istismar ve kötü muameleye karşı korunması için devletlerin yasal, idari, toplumsal, eğitim gibi konularda önlemler almaları gereğini düzenler. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de çocuğun özel yaşamına saygı hakkı kapsamında Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin belirlediği bu kriterlere paralel ilerlemiştir. Örneğin, çocuğun üçüncü kişiler tarafından fotoğraflarının çekilmesinde ailesinin rızasının aranması gereğini belirtmiştir. Ebeveynler tarafından bu rıza gösterilmemişse çocuğun görüntüsünün korunması hakkından yola çıkarak özel yaşam hakkının ihlal edileceğini hüküm altına almıştır. Çocuğun özel yaşamına yönelik ebeveynler tarafından bir müdahale söz konusu olduğunda ise devletlerin ebeveynlerin kötü niyetli eylemlerine karşı pozitif yükümlülüklerinin de bulunduğunu belirtmiştir. Nitekim çocuk, kendi ailesinin yanında ve yaşamını sürdürdüğü evinde güvende hissetmek ister. Her daim ailesi tarafından fotoğraflanmak ya da kayıt altına alınmak her ne kadar masumane dursa da, onlar açısından oldukça zor bir durumdur. Bu gibi durumlarda aileler eliyle çocuklarının özel yaşamına saygı hakkı kapsamında kişilik haklarına müdahale gerçekleştiği söylenebilir. Devletlerin çocukların rızası olmadan aileleri tarafından evin içinde dahi olsa fotoğraflanması ya da videoya çekilmesi halinde, çocukların başvurabileceği yargısal yolları iç hukuklarında düzenlemeleri gerekir. Aksi halde çocuğun özel yaşamına saygı hakkı ihlal edilir.

Bu gibi hukuki ihtilafların yanı sıra devlet eliyle çocuğun kişisel verilerinin hukuka aykırı bir şekilde saklanmaya devam etmesi, ceza ve özel yargılamalar esnasında çocuğun kimlik bilgilerinin ya da fotoğraflarının

kamuyla paylaşılması madde 8’i ihlal eder. Burada devletlerin çocukların gelişimi ve topluma dâhil olabilmesi için olası yıkıcı ve zararlı etkileri ortadan kaldırmayı amaç edinmeleri gerekir.

KAYNAKÇA

Kitap ve Makaleler

ALSTON, Philip/TOBIN, John, **Laying the Foundations for Children’s Rights: An Independent Study of Some Key Legal and Institutional Aspects of the Impact of the Convention on the Rights of the Child**, (https://www.unicef-irc.org/publications/pdf/ii_layingthefoundations.pdf, erişim:04.11.2019).

BESSANT, Claire, “Sharenting: Balancing The Conflicting Rights Of Parents And Children”, **Communications Law**, Vol. 23, Issue 1, 2018, ss. 7-24.

CASS, Bettina, “The Limits of the Public/Private Dictionomy: A Comment of Coady and Coady”, ed. P. Alston, S. Palmer, J. Seymour, **Children, Rights and the Law**, Clarendon Press, Oxford, 1992, ss. 7-140.

Children’s Commissioner, ‘Life in Likes: A report into social media use among 8–12 year olds’, January 2018, (www.childrenscommissioner.gov.uk, erişim: 04.11.2019).

Committee on the Rights of the Child, Frty-ninth session, Concluding observations: United Kingdom, 20 October 2008, (<http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/AdvanceVersions/CRC.C.GBR.CO.4.pdf>, erişim: 04.11.2019).

DOĞRU, Osman/NALBANT, Atilla, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi-Açıklama ve Önemli Kararlar**, 2. Baskı, Legal Yayıncılık, 2013, İstanbul.

ERİŞİR, Rabia Merve/ERİŞİR, Deniz, “Yeni Medya ve Çocuk: Instagram Özelinde “Sharenting” (Paylaşananababalık) Örneği”, **Yeni Medya Dergisi**, Sayı 4-5, Bahar – Güz, 2018, ss. 50-64.

GLIGORIJEVIC, Jelena, “Children’s Privacy: The Role of Parental Control and Consent”, **Human Rights Law Review**, 19, 2019, ss. 201-229.

GÖZÜBÜYÜK, Şeref, GÖLCÜKLÜ, Feyyaz, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, 9. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011.

GRABENWARTER, Christoph, **European Convention on Human Rights**,

Verlag C. H. Beck o HG, 2014.

GÜMÜŞ, Ali Tarık, **Devletin Pozitif Yükümlülükleri Ekseninde Özel Hayata Saygı Hakkı**, Adalet Yayınevi, 2016, Ankara, s. 147.

HARRIS/O'BOYLE/WARBRICK, **Law of the European Convention on Human Rights**, Oxford University Press, Third Edition, 2014.

HEPPLE, Bob, "Forensic Databases: Implications of the Cases of S and Marper", **Medicine, Science and the Law**, Vol. 49, No.2, 2009, ss. 77-87.

HERINGA, Aalt Willem/ZWAAK, Leo, "Right to Respect for Privacy", **Theory And Practice Of The European Convention On Human Rights**, ed. Pieter Van Dijk, Fried Van Hoof, Arjen Van Rijn, Leo Zwaak, Fourth Edition, Intersentia, Antwerpen, Oxford, 2006.

HUGHES, Kirsty, "The Child's Right to Privacy and Article 8 European Convention on Human Rights", ed. Michael Freeman, **Law and Childhood Studies**, Oxford University Press, 2012, ss. 456-486.

HUGHES, Kirsty, "Photographs in Public Places and Privacy", **Journal of Media Law**, 1:2, ss. 159-171.

JACOBS/WHITE/OVEY, **The European Convention on Human Rights**, 7. Baskı, Oxford University Press, 2017.

KINDT, Els J., **Privacy and Data Protection Issues of Biometric Applications: A Comparative Legal Analysis**, Springer eBook, 2013.

MOWBRAY, Alastair, **Cases, Materials and Commentary on the European Convention On Human Rights**, Oxford Universtiy Press, Third Edition, 2014.

ÖNCÜ, Gülay Arslan, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Yaşamın Korunması Hakkı**, Beta Yayıncılık, 2011, İstanbul.

ÖNCÜ, Gülay Arslan, "Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı", **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa**, ed. Sibel İnceoğlu, 3. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul.

ÖZDEK, Yasemin, **Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye**, TODAİE Yayını, 2004.

PETERSON, Anna, "S. v. United Kingdom: The European Court of Human Rights Overturns the United Kingdom's Procedure for the Indefinite

Retention of Unconvicted Person's Personal Data", **Tulane Journal of International and Comparative Law**, Vol. 18, 2009, ss. 557-572.

Resolution 428 (1970) Containing a declaration on mass communication media and human rights,(<http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML.en.asp?fileid=15842&lang=en>., erişim: 05.11.2019).

SALİHPAŞAOĞLU, Yaşar, "Özel Hayatın Kapsamı: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında Bir Değerlendirme", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XVII, S. 3, 2013, ss. 227- 266.

SCHABAS, William A., **The European Convention On Human Rights A Commentary**, Oxford University Press, 2015.

STEINBERG, Stacey B., "Sharenting: Children's Privacy In The Age Of Social Media", **Emory Law Journal**, Vol. 66, 2017, ss. 839-884.

XENOS, Dimitris, **The Positive Obligations of the State under the European Convention of Human Rights**, Routledge Published, New York, 2012.

WARREN, Samuel D./BRANDEIS, Louis D., "The Right to Privacy", **Harvard Law Review**, Volume. IV, No. 5, December 15, 1980.

Kararlar

Amann/İsviçre (GC), Başvuru No. 27798/95, 16.02.2000.

Antovic and Mirkovic/Karadağ, Başvuru No. 70838/13, 28.11.2017.

B ve P/Birleşik Krallık, Başvuru No. 36337/97, 35974/97.

Barbulescu /Romanya, (BD) Başvuru No. 61496/08, 05.09.2017.

K.U./Finlandiya, Başvuru No. 2872/02, 02.03.2009.

Kurier Zeitungsverlag und Druckerei GmbH/Avusturya (No.2), Başvuru No. 1593/06, 19.06.2012

Markckx/Belçika, Başvuru No. 6833/74, 13.06.1979.

Mikulić/Hırvatistan, Başvuru No. 53176/99, 04.09.2002.

Niemietz/Almanya, Başvuru No. 13710/88, 16.12.1992.

Peck/Birleşik Krallık, Başvuru No. 44647/98, 28.04.2003.

Pretty/Birleşik Krallık, Başvuru No. 2346/02, 29.07.2002.

- Reklos ve Davourlis/ Yunanistan, Başvuru No. 1234/05, 15.04.2009.
S. ve Marper/Birleşik Krallık, Başvuru No.30562/04, 30566/04, 04.12.2008.
Satakunnan Markkinapörssi Oy and Satamedia Oy/Finlandiya (BD), Başvuru
No.931/13, 27/06/2017.
Söderman/İsveç, Başvuru No. 5786/2008, 12.11.2013.
T/Birleşik Krallık, Başvuru No. 24724/94, 16.12.1999.
V/Birleşik Krallık, Başvuru No. 24888/94, 16.12.1999
Von Hannover/Almanya, Başvuru No. 59320/00, 03.06.2004.
X/İzlanda, Başvuru No. 6825/74, 18.05.1976.

ÇEVREYİ KİRLETME KABAHATI

Kadir Can ÖZEL*

ÖZ

Çevre, canlıları kapsayan geniş bir kavramdır. Bu sebeple, çevre kirliliğine karşı çevrenin korunması oldukça önemlidir. Çevrenin korunması, Anayasa'nın 56. maddesi aracılığıyla güvence altına alınmıştır. Anayasa'nın 56/1 hükmüne göre, "Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir".

Öte yandan, aynı zamanda birçok kanun aracılığıyla çevrenin korunması -normatif düzeyde- sağlanmaktadır. Nitekim çalışmamızın konusu olan "Çevreyi Kirletme Kabahati" 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 41. maddesinde düzenlenmiştir. Bu önemi sebebiyle, çalışmamızda öncelikle çevreye ilişkin temel kavramlar incelenmiştir. Daha sonra ise çevreyi kirletme kabahatinin unsurları ve bu kabahatin yargısal denetimine ilişkin bazı önemli hususlara değinilmiştir.

Sonuç olarak, çevrenin korunması adına çevreyi kirletme kabahatinin göz ardı edilmemesi gerektiği söylenebilir. Ancak, çevrenin korunması sağlanırken idari para cezasıyla karşılaşan bireyler de korunmalıdır. Bu bağlamda, bireylerin hak kaybına uğramaması için yargısal denetim yolları etkin kullanılmalıdır.

Anahtar Kelimeler: Çevre, Çevrenin Korunması, İdari İşlem, İdari Para Cezası, Yargısal Denetim.

MISDEMEANOR OF ENVIRONMENTAL POLLUTION

ABSTRACT

Environment is a broad concept which involves living creatures. Therefore, environmental protection against environmental pollution is very important. Environmental protection is guaranteed with 56th article of the Constitution. According to 56/1th article of the Constitution: "Everyone has the right to live in a healthy and balanced environment".

On the other hand, environmental protection is provided -at a normative level- throughout several laws at the same time. Hence, the subject of our study "Misdemeanor of Environmental Pollution" is formed on 41th article of 5326 numbered Law of Misdemeanors. Because of this importance, basic concepts

* **Arş. Gör.**, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, **e-posta:** k.c.ozel@gmail.com

ORCID ID: 0000-0002-0223-0382

DOI : 10.34246/ahbvuhfd.733288

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 28/08/2019

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 01/04/2020

related to environment are primarily examined on our study. Afterwards elements of misdemeanor of environmental pollution and some important matters about judicial review of this misdemeanor are addressed.

As a conclusion, it can be said that misdemeanor of environmental pollution cannot be ignored for environmental protection. However, individuals who face administrative fine while environmental protection, should be protected too. On that note, judicial review ways should be used effectively in order not to cause loss of right of individuals.

Keywords: Environment, Environmental Protection, Administrative Process, Administrative Fine, Judicial Review.

GİRİŞ

İnsanlar günlük yaşantılarına devam ederken oluşan çevre kirliliğinin etkisi altında kalmaktadırlar. Bu bakımdan, insanların da içinde bulunduğu çevrenin korunması¹ hususu bir gereklilik olarak karşımıza çıkmaktadır. Çevrenin korunması, hava - su - toprak kirlenmesinin önlenmesi ile canlıların kendi aralarında ve cansız çevreleriyle ilişkilerini düzen içinde devam ettirdikleri biyolojik, fiziksel, kimyasal sistemi ifade eden ekosistemin ve ekosistemlerin, genlerin, türlerin, bunlar arasındaki biyolojik çeşitliliğin korunması anlamına gelmektedir². Hatta atık maddelerin imha edilmesi, zirai alanların bakımı, doğanın korunması ve radyoaktif maddeler gibi kimyasalların üretiminin azaltılması da çevrenin korunması kapsamında değerlendirilmelidir³.

Bu önemi sebebiyle, insanın da içinde varlığını sürdürdüğü çevrenin korunması konusu en başta Anayasa'da⁴ güvence altına alınmıştır. Nitekim Anayasa'nın 56/1 hükmüne göre, "*Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir*". Çevrenin korunmasına ilişkin kanun düzeyindeki

¹ 2872 sayılı Çevre Kanunu'nun "Tanımlar" başlıklı 2. maddesine göre, çevrenin korunması, "*Çevresel değerlerin ve ekolojik dengenin tahribini, bozulmasını ve yok olmasını önlemeye, mevcut bozulmaları gidermeye, çevreyi iyileştirmeye ve geliştirmeye, çevre kirliliğini önlemeye yönelik çalışmaların bütünü*" ifade etmektedir.

² YOKUŞ SEVÜK, s. 8.

³ ÜNVER / NUHOĞLU, s. 10.

⁴ R.G., T. 09.11.1982, S. 17863 (Mükerrer).

normatif düzenlemeler ise çeşitli kanunlarda yer almaktadır. Bu kanunların en başında 2872 sayılı Çevre Kanunu'nun⁵ (ÇK) geldiği söylenebilir. Ayrıca, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun⁶ (TCK) üçüncü kısmındaki “*Topluma Karşı Suçlar*” başlığı altında yer alan ikinci bölümünde “*Çevreye Karşı Suçlar*” düzenlenmektedir. Bu bölümde, “*Çevrenin kasten kirletilmesi (m. 181)*”, “*Çevrenin taksirle kirletilmesi (m. 182)*”, “*Gürültüye neden olma (m. 183)*” ve “*İmar kirliliğine neden olma (m. 184)*” fiilleri suç olarak düzenlenerek, bu suçların işlenmesi durumunda çevrenin korunmasına yönelik cezalar öngörülmüştür.

Bununla birlikte, kabahatlerin -hukuka aykırılıkları korunarak- suç olmaktan çıkarılması eğiliminin⁷ bir sonucu olarak 5326 sayılı Kabahatler Kanunu⁸ (KK) yürürlüğe girmiş ve burada çevrenin korunmasına ilişkin kabahate de yer verilmiştir. KK'da “*Çevreyi kirletme (m. 41)*” ismiyle düzenlenen kabahat çalışmamızın esasını oluşturmaktadır. Çevreyi kirletmenin, insan ve çevre sağlığı üzerinde meydana getireceği olumsuz sonuçlar göz önünde bulundurulduğunda, çevreyi kirletme kabahatinin idare hukuku, ceza hukuku, kabahatler hukuku ve çevre hukukunun kimi yönlerinden yararlanılarak disiplinler arası bir üslupla irdelenmesinin gerekli olduğu düşünülmüştür. Çalışmanın hareket noktasını oluşturan bu düşünceye dayalı irdeleme yapılırken, çevreyi kirletme kabahatinin genel hatları ele alınacak olup, bu kabahatin yargısal denetimiyle ilgili belli başlı hususlar üzerinde durulmaya çalışılacaktır.

Öte yandan, ÇK'da da karşılığında idari para cezası öngörülen çevreyi kirletmeye ilişkin kabahatler düzenlenmiştir. Bu bağlamda, ÇK m. 20 uyarınca, “*Egzoz gazı emisyon ölçümü yaptırmayan motorlu taşıt sahiplerine*”, “*Hava kirliliği yönünden kurulması ve işletilmesi izne tâbi olmayan tesislerin işletilmesi sırasında yönetmelikle belirlenen standartlara aykırı emisyona neden olanlara*”, “*Çevresel Etki Değerlendirmesi sürecine başlamadan veya bu süreci tamamlamadan inşaata başlayan ya da faaliyete geçenerlere*”, “*Ülkenin egemenlik alanındaki denizlere ve yargılama yetkisine tâbi olan deniz yetki alanlarına, içme ve kullanma suyu sağlama amacına yönelik olmayan sulara atık boşaltanlara*”, “*İçme ve kullanma suyu koruma*

⁵ R.G., T. 11.08.1983, S. 18132.

⁶ R.G., T. 12.10.2004, S. 25611.

⁷ DEMİRBAŞ, s. 193; Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZGENÇ, s. 101-107.

⁸ R.G., T. 31.03.2005, S. 25772 (Mükerrer).

alanlarına, kaynağın kendisine ve bu kaynağı besleyen yerüstü ve yeraltı sularına, sulama ve drenaj kanallarına atık boşaltanlara”, “*Umuma açık yerlerde her ne şekilde olursa olsun çevreyi kirletenlere*” çeşitli miktarlarda idari para cezası öngörülmüştür.

Görüldüğü üzere, hem KK’da hem de ÇK’da çevre kirliliğine ilişkin kabahatler ve yaptırımlar mevcuttur. İki farklı kanunda çevre kirliliğine ilişkin kabahatlerin bulunması durumunda ne gibi özellikli durumların ortaya çıkacağına da değinmek isabetli gözükmektedir. Bu gibi durumlarda, KK’nın genel kanun olma niteliği göz önünde bulundurulmalıdır. Nitekim KK’nın idari yaptırım kararlarına karşı kanun yollarına ilişkin hükümleri, -ÇK da dahil olmak üzere- diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde uygulanmalı (KK 3/1-a); ancak KK’nın diğer genel hükümleri idari para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımını gerektiren bütün filler hakkında uygulanmalıdır (KK 3/1-b). Bu bakımdan, KK’nın genel hükümlerinde yer alan maddi ve usule ilişkin hükümler, örneğin ÇK’da yer alan ve hakkında idari para cezası öngörülen çevre kirliliğine ilişkin kabahatler meydana geldiğinde uygulama alanı bulacaktır. Bununla birlikte, ÇK’da idari para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımları dışında bir idari yaptırım öngörülmüşse, bu durumda KK genel kanun olarak uygulama alanı bulamayacaktır⁹.

Genel hatlarıyla çevreyi kirletme kabahatinin ele alınacağı çalışmada, öğretilerdeki görüşlerden, mevzuat hükümlerinden, yargı kararlarından yararlanılacak olup, öncelikle çevreyi kirletme kabahatinin çevreyle ilişkisini somutlaştırabilmek adına çevreyle ilgili temel kavramlar üzerinde durulması ve ardından çevreyi kirletme kabahatine ilişkin değerlendirmeler yapılması planlanmaktadır.

I. ÇEVREYE İLİŞKİN TEMEL KAVRAMLAR

A. Çevre

Fransızca’da “çevre” teriminin kökenleri 12. yüzyıldan itibaren kullanılan ve sözcüğün fiil hali olan “*environner (çevrelemek, kuşatmak)*” sözcüğüne kadar uzanmaktadır. İngilizce’de “*environment*” sözcüğü olarak kullanılan çevre terimi, bugünkü anlamıyla 1960’ların başından itibaren kullanılmaya başlanmıştır. Diğer dillerde çevreyi açıklamak üzere aynı dönemlerde yeni sözcükler ortaya çıkmıştır. Örneğin, Almanca’da “*umwelt*”, Hollandaca’da

⁹ SÖZÜER / DURSUN, s. 216; KANGAL, (2019), s. 97.

“milieu”, İspanyolca’da “medio ambiente”, Arapça’da “al biah”, Rusça’da “okruzhauchhaia”, Japonca’da “kankyo”¹⁰. Çevre sözcüğü, *Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük*’te birçok anlamda yer almaktadır. Bu anlamlardan biri, “Bir şeyin yakını, dolayı, etraf, periferi” iken; diğeri, “Kişinin içinde bulunduğu toplumu oluşturan ortam”dır¹¹.

Kimi zaman çevre kavramı, moda olan bir fikir, zengin ülkelere özgü bir lüks, bir efsane, hippilerin ve altmış sekiz kuşağının fikirlerinden çıkan bir tartışma konusu, çiçekler ve minik kuşlar, büyümenin sınırları üzerine ekonomist ve düşünürlerin alarm çığı, doğal kaynakların tükenişinin duyurulması, kirlilik karşıtı ürün ve malların sergilendiği yeni bir piyasa olarak da görülebilmektedir¹².

Çevre kavramı, birçok dilde yeni bir terim olduğu için bu kavramın günlük dildeki kullanımı çok eskilere dayanmamaktadır. Kavramın günlük dildeki kullanımının yaygınlık kazanması 20. yüzyılın ikinci yarısına denk gelmektedir. Zira bu tarihlerde çevre sorunları toplumların gündemine gelmeye başlamıştır¹³.

Kavram, oldukça geniş bir içeriğe sahiptir. Bundan dolayı, kavram üzerinde anlaşmaya varılabilen belirli bir tanım bulunmamaktadır¹⁴. Çevre kavramını tanımlamadaki güçlükler kavramın belli başlı alt ayrımlara bölünmesine sebep olduğundan, bu kavram niteliksel ve mekansal açılardan incelenebilir¹⁵. Bu bağlamda, teknik bilimlerde çevreye ilişkin “fiziksel çevre” ile “insan çevresi”¹⁶ ayrımı mevcutken; sosyal bilimlerde bu ayrım önemini

¹⁰ ALICA, (2011), s. 21.

¹¹ www.tdk.gov.tr, erişim: 21.03.2020.

¹² ÖĞÜTÇÜ, s. 4.

¹³ GÜNEŞ, s. 2.

¹⁴ ÖĞÜTÇÜ, s. 4.

¹⁵ YOKUŞ SEVÜK, s. 1.

¹⁶ Fiziksel çevre, “İnsanın yaşadığı, varlığını ve diğer canlı ve cansız türlerle ilişkilerini sürdürdüğü ortam” olarak tanımlanabilirken; insan çevresi / toplumsal çevre, “İnsanoğlunun belli bir dönemde bulunduğu fiziksel çevrede oluşturduğu toplumsal, siyasal ve ekonomik ilişkilerin tümü” olarak tanımlanabilir. Bkz. GÜNEŞ, s. 3.

kaybetmiş ve “doğal çevre” ile “yapay çevre”¹⁷ ayrımı ağırlık kazanmıştır¹⁸.

Bununla birlikte, ÇK m. 2’de çevre kavramı oldukça geniş bir şekilde ele alınmaktadır. Öğretide ise, çevre kavramı dar veya geniş anlamda ele alınmaktadır. Bu bağlamda, geniş anlamda çevreyi esas alan bilim insanı Albert Einstein, “*Ben olmayan her şey çevredir*” sözüyle bu duruma vurgu yapmıştır¹⁹.

Çevrenin kapsamının olabildiğince geniş tutulması ilk bakışta olumlu gibi gözükse de, böylesine kapsamlı ve soyut bir çevre tanımının çevrenin korunmasına ilişkin ödevlerin gerçekleştirilmesini zorlaştıracığı düşünülebilir. Bu sebeple, çevre kavramının kapsamı, çevrenin korunması ödevinin gerçekleştirilmesini etkisiz hale getirmeyecek boyutta algılanmalıdır. Bu bakımdan, çevrenin korunmasında dar kapsamlı çevre tanımı esas alınır, çevre yalnızca doğal çevreyi kapsayacaktır²⁰.

Geniş ve dar kapsamlı çevre kavramları arasında orta yolu bulmak için çevreyi, canlı varlıklar ve insan etkinlikleri üzerinde dolaylı veya doğrudan etkiler yapabilecek fiziksel, kimyasal, biyolojik ve toplumsal bileşenlerin tümü olarak tanımlamak mümkündür²¹.

B. Çevre Kirliliği

Çevre kirliliği, “*Çevreyi, insan ve diğer canlıların gelişim ve sağlığını bozucu hale getiren her türlü faaliyet ve etkileşim*” olarak tanımlanabilir²². ÇK m. 2’ye göre ise, çevre kirliliği, “*Çevrede meydana gelen ve canlıların sağlığını, çevresel değerleri ve ekolojik dengeyi bozabilecek her türlü olumsuz etki*”dir.

Ayrıca, öğretideki bir ayrıma göre, çevre kirliliğinin türleri, “*olumlu (aktif) çevre kirliliği*”, “*olumsuz (pasif) çevre kirliliği*”, “*manevi çevre*

¹⁷ Doğal çevre, “*Yerkürede insanın oluşumuna katkı yapmadığı, doğal gelişim ve değişimlerle oluşmuş yaşam ortamları*” olarak tanımlanabilirken; yapay çevre, “*İnsanoğlunun bilgi ve kültür birikimine dayalı olarak çeşitli kaynakları kullanarak oluşturduğu ve tamamen insan ürünü olan yaşam ortamları*” olarak tanımlanabilir. Bkz. GÜNEŞ, s. 3.

¹⁸ YILMAZ TURGUT, s. 2-3; ÖĞÜTÇÜ, s. 18-22.

¹⁹ Çevre tanımının geniş anlamda yapıldığı çeşitli tanımlar için bkz. GÜNEŞ, s. 3; ERTAŞ, s. 21-22; KELEŞ / HAMAMCI / ÇOBAN, s. 33.

²⁰ GÜNEŞ, s. 4.

²¹ KELEŞ / ERTAN, s. 14; Çevre kavramı hakkında ayrıntılı tanımlamalar için bkz. MEMİŞ, (2015), s. 6-8.

²² ERTAŞ, s. 102.

kirliliği” olarak üç grupta toplanabilir²³. Olumlu (aktif) çevre kirliliği, kişilerin faaliyet alanlarında fiziki olarak oluşan ve çevreye zarar veren ısı, buğu, toz gibi maddelerin oluşturduğu kirlilik türüdür. Olumsuz (pasif) çevre kirliliğinin ise, tanımı zordur. Nitekim bu kirlilik türünde, kişilerin faaliyet alanlarında oluşan ve çevreye zarar veren maddelerin oluşumu söz konusu değildir. Bu kirlilik türünde, faaliyetlerin kendisi doğal yapıyı bozmaktadır. Örneğin, bir arsa üzerine yapılan yüksek binanın diğer binaların güneş ışığını, hava akımını kesmesi ve televizyon dalgalarını engellemesi. Manevi çevre kirliliği ise, bir faaliyetin, çevrede yaşayan insanların ve diğer canlıların ruh sağlığını ve psikolojilerini olumsuz şekilde etkilemesidir. Örneğin, nükleer santralin veya bir baz istasyonunun çevrede yaşayanlar üzerinde yarattığı korku gibi²⁴.

Öte yandan, çevre kirliliğinin geçmişten bu yana uzanan klasik türleri olarak hava kirliliği²⁵, su kirliliği²⁶ ve toprak kirliliği²⁷ sayılabilir. Bu bağlamda, ÇK’da söz konusu kirlilik türlerini içeren çevre kirliliğine ilişkin kabahatlerin bulunduğu dile getirilmelidir. Nitekim ÇK m. 20’ye göre, “*Egzoz gazı emisyon ölçümü yaptırmayan motorlu taşıt sahiplerine*”, “*Hava kirliliği yönünden kurulması ve işletilmesi izne tâbi olmayan tesislerin işletilmesi sırasında yönetmelikle belirlenen standartlara aykırı emisyonu neden olanlara*” verilen idari para cezasının hava kirliliğinden; “*Ülkenin egemenlik alanındaki denizlere ve yargılama yetkisine tâbi olan deniz yetki alanlarına, içme ve kullanma suyu sağlama amacına yönelik olmayan sulara atık boşaltanlara*” verilen idari para cezasının su kirliliğinden kaynaklandığı söylenebilir.

Bununla birlikte, çalışmamızın konusunu oluşturan ve KK m. 41’de düzenlenen çevreyi kirletme kabahatinin de, dolaylı olarak hava kirliliği ve su kirliliğiyle, doğrudan ise toprak kirliliğiyle ilgili olduğu belirtilebilir.

²³ Öğretideki çevreye yönelik müdahalelerin “*maddi (olumlu) müdahaleler*”, “*olumsuz müdahaleler*” ve “*manevi (psşik) müdahaleler*” şeklindeki ayrımı için bkz. ÇORTOĞLU, s. 105-174; ULUSAŖ, s. 161-172.

²⁴ ERTAŞ, s. 104.

²⁵ Hava kirliliği hakkında detaylı bilgi için bkz. ŖEN, (1994), s. 16; BOZKURT, s. 19-21; KELEŞ / HAMAMCI / ÇOBAN, s. 113-116; YAVUZ, s. 27.

²⁶ Su kirliliği hakkında detaylı bilgi için bkz. BOZKURT, s. 33-34; YAVUZ, s. 29-30; KELEŞ / HAMAMCI / ÇOBAN, s. 125-127.

²⁷ Toprak kirliliği hakkında detaylı bilgi için bkz. YILMAZ TURGUT, s. 4; ÖĞÜTÇÜ, s. 69; KELEŞ / HAMAMCI / ÇOBAN, s. 134-136; YAVUZ, s. 30-31; BOZKURT, s. 48-50.

II. ÇEVREYİ KİRLETME KABAHATİNE İLİŞKİN DEĞERLENDİRME

A. Genel Olarak

Arapça kökenli olan “kabahat” sözcüğü, Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük’te “*Uygunsuz hareket, çirkin, yakışsız davranış, suç, kusur, töhmet*” ve “*Hafif hapis, para cezası veya meslek ve sanattan alıkonulma ile cezalandırılan suç*” olarak tanımlanmaktadır²⁸. KK m. 2’ye göre ise, kabahat, “*kanunun, karşılığında idarî yaptırım uygulanmasını öngördüğü haksızlık*”tır. “Haksızlık” kavramına ilişkin bir açıklamaya Kabahatler Kanunu Tasarısı’nın genel gerekçesinde rastlanmaktadır: “*Haksızlık oluşturan bir fiilin suç veya kabahat olarak tanımlanmasında, izlenen suç politikası etkili olmaktadır. Ancak, bir fiilin suç veya kabahat olarak tanımlanmasında, bunun esasen haksızlık ifade etmesi gerektiği hususu göz önünde bulundurulmalıdır. Esas itibarıyla haksızlık ifade etmeyen, hukuka aykırı olmayan bir fiil hiçbir surette suç veya kabahat olarak tanımlanamaz. ...*”²⁹. Bu gerekçeden yola çıkılarak ve kabahatlerin genel özellikleri göz önünde bulundurulurken, kabahati, işlenmesi durumunda karşılığında idari yaptırımların söz konusu olduğu ve bu idari yaptırımların idari para cezası ve idari tedbirler olarak vücut bulduğu bir haksızlık olarak tanımlamak mümkündür. İdari tedbirler, mülkiyetin kamuya geçirilmesi ve ilgili kanunlarda yer alan diğer tedbirlerdir (KK 16/2).

Kabahatler karşılığında uygulanacak olan idari yaptırımlar, KK’nın “Genel Hükümler” başlıklı birinci kısmında yer alan üçüncü bölümünde “İdari Yaptırımlar” şeklinde düzenlenmektedir. KK’nın ikinci kısmında yer alan “Çeşitli Kabahatler” başlığı altında düzenlenen çevre ihlaline ilişkin kabahatler genel olarak “Gürültü (m. 36)”, “Çevreyi kirletme (m. 41)” ve “Afiş asma (m. 42)” olmak üzere üçe ayrılmaktadır. Ancak, çalışmamızın konusunu “Çevreyi kirletme (m. 41)” kabahati oluşturmaktadır. Belirtilmelidir ki, çevreyi kirletme kabahatinin ortaya çıkması durumunda uygulanacak olan idari yaptırım türü idari tedbirlerin uygulanması değil, çeşitli miktarlarda değişen idari para cezalarının verilmesidir.

B. Korunan Hukuki Değer

Kabahatler hukukunda da tıpkı ceza hukukunda olduğu gibi hukuki değerlerin korunduğu görülmektedir. Genel olarak kabahatlerde korunan

²⁸ www.tdk.gov.tr, erişim: 21.03.2020.

²⁹ www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss840m.htm, erişim: 21.03.2020.

hukuki değer, bireylerin özgürlükçü bir toplumda gelişimini sağlayan ve hukuk düzeni tarafından korunan soyut, ideal değerlerdir. Ancak, kabahatler aracılığıyla korunan hukuki değerler bireye ait olsa da, çoğu durumda kabahatlerde korunan hukuki değer devlet ve toplum olmaktadır. Zira kabahatler hukukunun esas amacı kamu düzeninin sağlanmasıdır³⁰. Nitekim KK 1/1'e göre, kabahatleri düzenleyen KK'nın amacı, toplum düzeninin, genel ahlakın, genel sağlığın, çevrenin ve ekonomik düzenin korunmasıdır.

Bununla birlikte, çevreyi kirletme kabahatiyle korunan hukuki değer, bireylerin “sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkı” olduğu söylenebilir (Anayasa 56/1). Çevreyi kirletme kabahati vasıtasıyla korunan hukuki değeri güvence altına alan kişilerin ise, devlet ile vatandaşlar olduğu belirtilmelidir. Zira “çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek devletin ve vatandaşların ödevidir” (Anayasa 56/2).

C. Maddi Unsurlar

1. Konu

Kabahatin konusu, tıpkı suçta olduğu gibi üzerinde tipik hareketin gerçekleştirildiği kişi veya şey olarak açıklanabilir³¹. Bu bakımdan, KK m. 41 incelendiğinde, çevreyi kirletme kabahatinin konusunun “çevre” olduğu görülmektedir. ÇK m. 2'ye göre, çevre, “Canlıların yaşamları boyunca ilişkilerini sürdürdükleri ve karşılıklı olarak etkileşim içinde buldukları biyolojik, fiziksel, sosyal, ekonomik ve kültürel ortam”dır. Bu yönüyle çevreyi kirletme kabahatinin konusunu, birçok bileşeni içinde barındıran çevrenin oluşturduğu söylenebilir.

2. Fail ve Mağdur

a. Fail

Kabahatler bakımından fail, kabahat oluşturan icrai veya ihmali hareketi veya neticeyi gerçekleştiren kişiyi ifade etmektedir³². KK'da kullanılan “kişi” ifadesi, kabahatlerde failin yalnızca gerçek kişi olabileceğine işaret etmektedir. Tüzel kişiler hareket yeteneğine sahip olmadıklarından, tipe uygun bir hareketi gerçekleştirerek fail olmaları söz konusu değildir³³. Bu bağlamda,

³⁰ KANGAL, (2011), s. 104.

³¹ KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 107.

³² ÖZEN, s. 82.

³³ KANGAL, (2011), s. 106.

KK'nın 43/A maddesinde “Tüzel kişilerin sorumluluğu” kabul edilmekle birlikte, bu sorumluluğun tüzel kişilerin faaliyetleri çerçevesinde görev üstlenen kişilere ait olduğu ileri sürülmektedir. Böylelikle kabahatten doğan sorumluluğun tüzel kişilere değil, gerçek kişilere yüklenmesi gerekmektedir³⁴. Bununla birlikte, çevreyi kirlenme kabahatinin ortaya çıktığı KK 41/2 ile KK 41/4'teki durumlarda, tüzel kişiler aleyhine de idari para cezası verilebildiği görülmektedir.

KK m. 41 kapsamında çevreyi kirlenme kabahatinin failini somut olarak belirlemek gerekirse, maddede sayılan şu kişiler çevreyi kirlenme kabahatinin faili olabilmektedir: “Evsel atık ve artıkları, bunların toplanmasına veya depolanmasına özgü yerler dışına atan kişi (KK 41/1)”, “Fiilin yemek pişirme ve servis yerlerinde işlenmesi halinde işletme sahibi gerçek veya tüzel kişi (KK 41/2)”, “Hayvan kesimine tahsis edilen yerler dışında hayvan kesen veya kesilen hayvan atıklarını sokağa veya kamuya ait sair bir alana bırakan kişi (KK 41/3)”, “İnşaat atık ve artıklarını bunların toplanmasına veya depolanmasına özgü yerler dışına atan kişi (KK 41/4)”, “Kullanılamaz hale gelen veya ihtiyaç fazlası ev eşyasını bunların toplanmasına ilişkin olarak belirlenen günün dışında sokağa veya kamuya ait sair bir yere bırakan kişi (KK 41/5)”, “Kullanılamaz hale gelen motorlu kara veya deniz nakil araçlarını ya da bunların mütemmim cüzlerini sokağa veya kamuya ait sair bir yere bırakan kişi (KK 41/6)”.

Belirtilmesi gereken başka bir husus ise KK m. 14'tür. Kabahatlere iştiraki düzenleyen ve ileride daha detaylı incelenecek olan bu hükme bakıldığında, suçlarda olduğu gibi “fail” ve “suç / kabahat ortakları (şerikler)” şeklinde bir ayrıma gidilmediği görülmektedir. Bu sebeple, kabahatlerin işlenişine iştirak eden herkesin fail olarak sorumlu tutulduğu görülmektedir.

b. Mağdur

Kabahatlerin mağduru, kural olarak toplumda yaşayan veya belirli bir düzenin bozulmasından etkilenen herkeştir³⁵. Zira kural olarak kabahatin konusu bireye ait olmaktan çok, topluma aittir³⁶. Bu açıdan, çevreyi kirlenme kabahatinin mağdurunun da kural olarak bir kişi olmaktan ziyade, tüm toplum olduğu ve toplumun içinde yaşadığı çevre olduğu söylenebilir.

³⁴ KANGAL, (2011), s. 106.

³⁵ AKBULUT, s. 294; MAHMUTOĞLU, s. 41; ÖZEN, s. 84.

³⁶ KANGAL, (2011), s. 108.

3. Fiil, Netice ve Nedensellik Bağı

a. Fiil

Kabahatler icrai veya ihmali hareketle (davranışla, fiille)³⁷ işlenebilirler. İhmali hareketle işlenmiş kabahatin varlığı için kişi açısından belli bir icrai harekette bulunma yükümlülüğünün varlığı gerekir (KK m. 7). Bu yükümlülük altında bulunmayan kişi ihmali hareketle kabahat işleyemez. Ayrıca, tabiat olayları, hayvanlardan kaynaklanan olaylar, tüzel kişilerin faaliyetleri, sırf düşünce aşamasında kalan fikirler, refleks hareketleri, sara nöbeti veya uyku sırasında yapılan vücut hareketleri hukuki anlamda hareket olarak görülemezler³⁸.

Bu bağlamda, çevreyi kirletme kabahatinin fiilini “çevreyi kirletme” oluşturmaktadır. Bu fiil, “evsel atık³⁹ ve artıkları⁴⁰, bunların toplanmasına veya depolanmasına özgü yerler dışına atmak”, “bireysel atık ve artıkları atmak”, “hayvan kesimine tahsis edilen yerler dışında hayvan kesmek veya kesilen hayvan atıklarını sokağa veya kamuya ait sair bir alana bırakmak”, “inşaat atık

³⁷ Hareket, insan bedeninden “yapmak” veya “yapmamak” biçiminde ortaya çıkan, dış dünyada bir önemi bulunan, iradi olan, en azından iradeyle dizginlenebilen maddi bir işittir. Bkz. ÖZTÜRK / ERDEM, s. 167; Ceza hukukunda çoğu zaman “fiil”, “hareket” ve “davranış” kelimeleri birbirinin yerine kullanılmaktadır. Kabahatler hukukunda da benzer bir yaklaşımın olduğu görülmektedir. Bkz. ÖZEN, s. 73; Kabahatlerin temelini, insanlar tarafından gerçekleştirilen hareket (davranış, fiil) oluşturur. Hareket, failin kişiliğinin dışavurumunu ifade eden, insan iradesiyle egemen olunabilen ve yönlendirilebilen davranışlardır. Bkz. KANGAL, (2011), s. 88; Hareket kavramı hakkında detaylı bilgi için bkz. ÖZBEK / KANBUR / DOĞAN / BACAĞIZ / TEPE, s. 222-223; ARTUK / GÖKÇEN / YENİDÜNYA, s. 212-213.

³⁸ KANGAL, (2011), s. 88.

³⁹ ÇK m. 2’ye göre, atık, “Herhangi bir faaliyet sonucunda oluşan, çevreye atılan veya bırakılan her türlü maddeyi” ifade etmektedir.

⁴⁰ Atık kavramının ÇK m. 2’de tanımı yapılmışken, artık kavramına ilişkin bir tanıma ÇK’da rastlamak mümkün değildir. Atık kavramı ile artık kavramı birbirine karıştırılmamalıdır. Ertaş’a göre, artık, bir sanayi faaliyeti sonunda yararlanılması mümkün olmayan ve çevreye bırakılan maddelerdir. Yazara göre, çevreye bırakılan maddeler şayet çevreye zarar veriyorsa bu durumda artık maddeler atık madde niteliğine dönüşür (ERTAŞ, s. 109). Artık kavramı, Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük’teki anlamlarından birine göre ise, “Bir şeyin harcandıktan veya kullanıldıktan sonra artan bölümü”dür (www.tdk.gov.tr, erişim: 24.03.2020). Önemle belirtilmelidir ki, artık kavramı (uluslararası) çevre terminolojisinde kullanılan bir kavram değildir. ÇK’nın 1983 tarihli ilk metninde sık kullanılan artık kavramı, 2006 yılında ÇK’da yapılan değişiklikler sonucunda neredeyse ÇK’dan çıkarılmıştır (yalnızca ÇK’nın geçici 2. maddesinde artık kavramı kullanılmaktadır). Artık kavramı, hukuki açıdan yeterince belirgin bir anlama sahip olmadığından ve atık kavramından farklı bir içeriğe sahip olduğundan, bu kavramın atık kavramıyla birlikte anılması öğretilerde eleştirilmektedir. Bu eleştiriler için bkz. ALICA, (2008), s. 62.

ve artıklarını bunların toplanmasına veya depolanmasına özgü yerler dışına atmak”, “kullanılamaz hale gelen veya ihtiyaç fazlası ev eşyasını bunların toplanmasına ilişkin olarak belirlenen günün dışında sokağa veya kamuya ait sair bir yere bırakmak”, “kullanılamaz hale gelen motorlu kara veya deniz nakil araçlarını ya da bunların mütemmim cüzlerini sokağa veya kamuya ait sair bir yere bırakmak” şeklinde farklı biçimlerde ortaya çıkmaktadır.

Buna ek olarak, ÇK’da, Atık Yağların Yönetimi Yönetmeliği’nde⁴¹, Bitkisel Atık Yağların Kontrolü Yönetmeliği’nde⁴², Atık Pil ve Akümülatörlerin Kontrolü Yönetmeliği’nde⁴³, Gemilerden Atık Alınması ve Atıkların Kontrolü Yönetmeliği’nde⁴⁴, Su Kirliliği Kontrolü Yönetmeliği’nde⁴⁵, Tıbbi Atıkların Kontrolü Yönetmeliği’nde⁴⁶ de yukarıda bahsedilen atık türlerine ilişkin çevre kirliliği kabahatlerine yer verildiği vurgulanmalıdır. Söz konusu mevzuat düzenlemeleri de aynı hukuki değer, yani devletin - toplumun korunmasına ve sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına hizmet etmektedir.

b. Netice ve Nedensellik Bağı

Netice, hareketin dış dünyada meydana getirdiği değişiklik olarak tanımlanabilir⁴⁷. Netice, kabahatlerin kanuni tanımlarında belirtildiği sürece söz konusu olmaktadır. Böylelikle her kabahatte netice aranmamalı, KK’da öngörülen durumlarda neticenin meydana gelip gelmediğine bakılmalıdır⁴⁸.

Kabahatlerin, “sırf hareket kabahatleri” ve “neticeli kabahatler” şeklinde ayrılması mümkündür. Neticeli kabahatlerde, hareketten zaman ve mekan bakımından ayrılabilen ve zarar ya da tehlike etkisi doğuran bir neticenin varlığına ihtiyaç bulunmaktadır⁴⁹. Örneğin, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu⁵⁰

⁴¹ R.G., T. 21.12.2019, S. 30985.

⁴² R.G., T. 06.06.2015, S. 29378.

⁴³ R.G., T. 31.08.2004, S. 25569.

⁴⁴ R.G., T. 26.12.2004, S. 25682.

⁴⁵ R.G., T. 31.12.2004, S. 25687.

⁴⁶ R.G., T. 25.01.2017, S. 29959.

⁴⁷ Netice kavramı hakkında detaylı bilgi için bkz. ÖZTÜRK / ERDEM, s. 180-181; ÖZBEK / KANBUR / DOĞAN / BACAŞIZ / TEPE, s. 237-242; ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜN-YA, s. 246-248.

⁴⁸ KANGAL, (2011), s. 101.

⁴⁹ AKBULUT, s. 233-235.

⁵⁰ R.G., T. 10-11-12/01/1961, S. 10703-10704-10705.

m. 344'te düzenlenen vergi ziyayı kabahatinin oluşabilmesi için vergi kaybının bulunması gerekir⁵¹.

Ancak, sırf hareket kabahatlerinde hareketin yapılması ile tipikliğin meydana gelmesi eş zamanlıdır. Yani hareket yapılır yapılmaz objektif tipiklik oluşmakta ve hareketten zaman veya mekan olarak ayrılabilen bir neticenin meydana gelmesi aranmamaktadır. Kabahatlerin büyük çoğunluğu da sırf hareket kabahatleri şeklindedir⁵².

Nitekim çevreyi kirletme kabahati de sırf hareket kabahati olarak görülebilir. Zira KK m. 41'de yer alan hareketlerin yapılmasıyla birlikte tipiklik meydana gelir. Örneğin, kullanılamaz hale gelen motorlu kara veya deniz nakil araçlarını ya da bunların mütemmim cüzlerini sokağa veya kamuya ait sair bir yere bırakan kişinin bu hareketiyle eş zamanlı olarak çevreyi kirletme kabahati (tipiklik) meydana gelmekte ve kabahat oluşmaktadır. Bu durumda, kullanılamaz hale gelen motorlu kara veya deniz nakil araçlarının ya da bunların mütemmim cüzlerinin sokağa veya kamuya ait sair bir yere bırakılmasının gerçekten çevreyi kirlettiğinin araştırmasının yapılmasına ihtiyaç kalmamaktadır. Zira çevreyi kirletme kabahati bir sırf hareket kabahatidir ve fiil ile netice arasında nedensellik bağının belirlenmesi gerekliliği bulunmamaktadır.

Tam da bu noktada sırf hareket kabahatleri ile neticeli kabahatler arasındaki ayrımın öneminin nedensellik bağından⁵³ kaynaklandığı söylenmelidir. Zira nedensellik bağı, hareket ile netice arasındaki nedensellik ilişkisinin tespit edilmesine yönelik olduğundan, yalnızca neticeli kabahatlerde söz konusu olabilir. Zira sırf hareket kabahatlerinde nedensellik bağının tespit edilmesine ihtiyaç yoktur. Sırf hareket kabahatlerinde, hareketin yapılmasıyla birlikte tipiklik de meydana gelmektedir⁵⁴.

⁵¹ TAŞDELEN, s. 117-118; BAŞARAN YAVAŞLAR, s. 289.

⁵² KANGAL, (2011), s. 102.

⁵³ Nedensellik bağı hakkında detaylı bilgi için bkz. ÖZTÜRK / ERDEM, s. 186-188; ÖZBEK / KANBUR / DOĞAN / BACAKSIZ / TEPE, s. 242 vd.; ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, s. 249 vd.

⁵⁴ KANGAL, (2011), s. 102.

D. Manevi Unsur

Kabahatler, kanunda açıkça hüküm bulunmayan hallerde hem kasten⁵⁵ hem de taksirle⁵⁶ işlenebilir (KK m. 9). Buna göre, kanun, bir kabahat bakımından sadece kasten hareket edilmesini açıkça öngörmediği takdirde, ilgili kabahatin taksirle işlenmesi de mümkündür⁵⁷.

Bununla birlikte, mevzuatımızda sadece kasten işlenebilen kabahatler de vardır. Örneğin, 5199 sayılı Hayvanları Koruma Kanunu'nun⁵⁸ 14/a hükmüne göre, “Hayvanlara **kasıtlı olarak kötü davranmak, acımasız ve zalimce işlem yapmak, dövmek, aç ve susuz bırakmak, aşırı soğuğa ve sıcağa maruz bırakmak, bakımlarını ihmal etmek, fiziksel ve psikolojik acı çektirmek**” fiilleri sonucu oluşan kabahat ancak kasten işlenebilir.

Öte yandan, kabahatlerden dolayı idari yaptırım kararı verilebilmesi için failin en azından taksirle hareket etmiş olması gerekmektedir (KK m. 9). Yani kabahatler açısından objektif sorumluluk esasını benimsenmemiştir. Nitekim bu husus, hataya ilişkin olarak KK m. 10'da vurgulanmıştır⁵⁹.

KK'nın birinci kısmında yer alan “Genel Hükümler” başlığı altında düzenlenen 9. madde esas alındığında, çevreyi kirletme kabahatinin hem kasten hem de taksirle işlenebileceği söylenebilir. Zira KK'da, çevreyi kirletme kabahatinin yalnızca kasten işlenebileceği yönünde bir hüküm bulunmamaktadır. Buna ek olarak, çevreyi kirletme kabahatinden dolayı idari para cezası verilebilmesi için failin en azından taksirle hareket etmiş olması gerekmektedir.

E. Hukuka Aykırılık Unsuru

Hukuka aykırılık, kasten veya taksirle gerçekleştirilen bir fiilin hukuk düzeninin bütünüyle çatışması ve çelişki içerisinde bulunmasıdır. Hukuka

⁵⁵ Kast kavramı hakkında detaylı bilgi için bkz. ÖZTÜRK / ERDEM, s. 246 vd.; ÖZBEK / KANBUR / DOĞAN / BACAĞSIZ / TEPE, s. 263 vd.; ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, s. 290 vd.

⁵⁶ Taksir kavramı hakkında detaylı bilgi için bkz. ÖZTÜRK / ERDEM, s. 257-263; ÖZBEK / KANBUR / DOĞAN / BACAĞSIZ / TEPE, s. 285; ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, s. 318-322.

⁵⁷ ÖZEN, s. 90; KANGAL, (2011), s. 110; Oysa 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu'nun 45/2 hükmüne göre, bir kabahatin işlenmesi bakımından failin kasten yahut taksirle hareket ettiğinin araştırılmasına gerek yoktu. Bu bakımdan, 19. yüzyıl ceza hukuku anlayışının bir ürünü olan bu düzenleme doğru bir düzenleme değildi. Bkz. ÖZGENÇ, s. 294.

⁵⁸ R.G., T. 01.07.2004, S. 25509.

⁵⁹ ÖZTÜRK, s. 132-133.

aykırılıktan bahsedebilmek için yalnızca kanunun değil, hukuk düzeninin bütününe bir fiili tasvip etmemesi gerekmektedir⁶⁰. Bununla birlikte, her hukuka aykırı fiil kabahat teşkil etmediği için hangi hukuka aykırı fiilin kabahat teşkil ettiğinin kanunla tanımlanması gerekir. Zira bu, “kanunilik ilkesi”nin⁶¹ bir gereğidir. Buna göre, kişiler hangi fiillerinin kabahat teşkil ettiğini önceden öğrenebilme ve ona göre davranabilme güvencesi ile olanağına kavuşmaktadırlar. Bir fiilin KK’da kabahat olarak tanımlanması aynı zamanda o fiilin hukuka aykırılığına da karine oluşturmaktadır. Ancak, bu karine, işlenen fiil bakımından bir hukuka uygunluk nedeninin bulunmasıyla çürütülmektedir⁶².

KK m. 12’ye göre, “*Bu Kanunda aksine hüküm bulunmayan hallerde, Türk Ceza Kanununun hukuka uygunluk nedenleri ile kusurluluğu ortadan kaldıran nedenlere ilişkin hükümleri, kabahatler bakımından da uygulanır*”. KK’nın bu hükmü gereğince, TCK’da yer alan hukuka uygunluk nedenlerinin çevreyi kirlenme kabahati açısından da uygulanacağı söylenebilir.

Öte yandan, KK m. 10’a göre, “*Türk Ceza Kanununun hata hallerine ilişkin hükümleri, ancak kasten işlenen kabahatler bakımından uygulanır*”. Bu hükmün yalnızca kasten işlenen kabahatleri ele alması isabetsiz olarak değerlendirilebilir. Zira TCK’nın hataya ilişkin hükümleri, örneğin, çevreyi kirlenme kabahatinin taksirle işlenmesi halinde de uygulanabilmelidir.

F. Kabahatin Özel Görünüş Şekilleri

1. Teşebbüs

Kabahat içeren bir normda belirtilen bütün maddi unsurları bünyesinde barındıran bir fiil, tamamlanmış bir kabahati ifade eder. Failin elinde olmayan nedenlerle bir kabahatin icra hareketleri tamamlanamamışsa ya da icra hareketleri tamamlanmakla birlikte netice gerçekleşmemişse, kabahatin

⁶⁰ Tüm hukuk düzeni tarafından hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilen bir durum bulunmadıkça, tipikliğin ihlal edilmesi halinde hukuka aykırılık da gerçekleşir. Bkz. ÖZEN, s. 95.

⁶¹ Kanunilik ilkesi, devletin cezalandırma yetkisinin sınırını oluşturmaktadır. Bkz. ÖZTÜRK / ERDEM, s. 43; Kanunilik ilkesine göre, bir davranış ne kadar zararlı, ahlaksız, vicdanı rencide edici olursa olsun, fiilin işlenmesinden önce cezalandırılacağı konusunda açık bir pozitif hüküm yoksa, fiil cezalandırılmaz. Bkz. TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 305; Kanunilik ilkesi, suç ve cezaların yalnızca kanunla konulması ve usulüne uygun olarak ilan edilerek herkes tarafından öğrenilmesinin temin edilmesini ifade etmektedir. Bkz. ÖZTÜRK / ERDEM / ÖZBEK, s. 42; ŞEN, (2009), s. 36; Kanunilik ilkesi hakkında eleştiriler için bkz. ÖZBEK / KANBUR / DOĞAN / BACAĞSIZ / TEPE, s. 77-78.

⁶² KANGAL, (2011), s. 120.

teşebbüs⁶³ aşamasında kaldığından söz edilir⁶⁴.

KK m. 13'e göre, "Kabahate teşebbüs cezalandırılmaz. Ancak, teşebbüsün de cezalandırılabilmesine dair ilgili kanunda hüküm bulunan haller saklıdır. Bu durumda, Türk Ceza Kanununun suça teşebbüse⁶⁵ ve gönüllü vazgeçmeye⁶⁶ ilişkin hükümleri, kabahatler bakımından da uygulanır". Bu bağlamda, KK m. 41'de düzenlenen çevreyi kirletme kabahatine teşebbüsün cezalandırılmayacağı söylenmelidir. Zira KK'da (m. 13'ün aksine) çevreyi kirletme kabahatine teşebbüsün cezalandırılabilmesine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır.

Çevreyi kirletme kabahatine teşebbüsün mümkün olmadığı kabul edilirse, bu durumda gönüllü vazgeçme hükümlerinin de uygulama alanı bulamayacağı söylenmelidir. Ancak, KK'nın 41/8 hükmünde, çevreyi kirletme dolayısıyla meydana gelen kirliliğin kişi tarafından derhal giderilmesi halinde idari para cezasına karar verilmeyebileceği düzenlenmektedir. Bu hükmün ilk bakışta bir gönüllü vazgeçme hükmü olarak değerlendirilmesi düşünülebilir de, kanaatimizce bu hüküm çevreyi kirletme kabahati tamamlandıktan sonra gündeme geldiğinden, gönüllü vazgeçme niteliğinde bir hüküm değildir. Buna ek olarak, çevreyi kirletme kabahatinin bir sırf hareket kabahati olması ve çevreyi kirletme hareketinin yapılması ile tipikliğin meydana gelmesinin eş zamanlı olması göz önünde bulundurulduğunda, tamamlanmış bir kabahate teşebbüs ve / veya gönüllü vazgeçme hükümlerinin uygulanması düşünülemez. Bu sebeple, KK'nın 41/8 hükmü, olsa olsa bir etkin pişmanlık hükmünü anımsatabilir. Burada çevreyi kirletme kabahati tamamlandıktan sonra idari yaptırımlardan olan idari para cezasının verilip verilmeyeceği söz konusu olmakta ve bu konuda takdir yetkisi belediye zabıta görevlilerine bırakılmaktadır.

⁶³ Teşebbüs hakkında detaylı bilgi için bkz. ÖZTÜRK / ERDEM, s. 287 vd.; ÖZBEK / KANBUR / DOĞAN / BACAKSIZ / TEPE, s. 481 vd.; ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, s. 552 vd.

⁶⁴ KANGAL, (2011), s. 151.

⁶⁵ Kabahatler bakımından da uygulama alanı bulan TCK'nın 35/1 hükmüne göre, suça teşebbüs, kişinin işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamamasıdır. TCK 35/2'de ise, teşebbüsün ceza indirimine tabi olduğu hükmüne bağlanmıştır.

⁶⁶ TCK m. 36'ya göre, "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"; Gönüllü vazgeçme hakkında detaylı bilgi için bkz. ÖZBEK / KANBUR / DOĞAN / BACAKSIZ / TEPE, s. 501-504.

2. İştirak

Kabahat içeren normun tanımında belirtilen tipiklik unsurları yalnızca bir kişi tarafından yerine getirildiği takdirde tek failden söz edilebilir. Bu durumda, idari para cezası uygulanmasının koşulları bu kişinin hareketi esas alınarak değerlendirilmelidir⁶⁷. Ancak, KK 14/1'e göre, "*Kabahatin işlenişine birden fazla kişinin iştirak etmesi halinde bu kişilerin her biri hakkında, fail olarak idari para cezası verilir*". Böylelikle kanun koyucu, en az iki kişinin hareketiyle işlenen kabahatler açısından iştirak⁶⁸ hükmünü kabul etmiş ve hareketi gerçekleştiren kişilerin hepsini "*fail*" olarak kabul etmiştir. Kabahatlere iştirak eden her bir kişinin fail gibi sorumlu olması, kanun koyucunun "teklik ilkesi"ni benimsediğini göstermektedir⁶⁹. Ancak, kanun koyucunun bu tasarrufu eleştiriye açıktır. Zira suçlarda olduğu gibi kabahatler bakımından da "fail" ve "suç / kabahat ortakları" ayrımının yapılması gerekirken, bunun yapılmaması hakkaniyetsiz uygulamalara yol açabilecektir.

Diğer kabahatlerde olduğu gibi çevreyi kirletme kabahatinde de, kabahatin işlenmesine birden fazla kişinin iştirak etmesi halinde bu kişilerin hepsi fail olarak idari para cezasıyla karşılaşacaklardır. Örneğin, hayvan kesimi için tahsis edilen yerler dışında A'nın bir yer tahsis ettiğini, B'nin kesilecek hayvanı oraya getirdiğini, C'nin hayvanı kestiğini ve D'nin de kesilen hayvan atıklarını sokağa veya kamuya ait bir sair alana bıraktığını varsayarsak, bu durumda A, B, C ve D'nin her birinin çevreyi kirletme kabahatine uygulanan idari para cezasıyla, fail olarak karşılaşacakları söylenebilir. Oysa bu kişiler arasında, fiillerinin ağırlığına, oluşturduğu haksızlığın yoğunluğuna göre "fail" ve "kabahat ortakları" şeklinde bir ayrıma gidilmesi cezalandırma açısından hakkaniyete daha uygun bir uygulama olacaktır.

3. İçtima

KK'da birçok müessese düzenlenirken, hüküm bulunmayan hallerde çoğunlukla TCK'ya atıf yapılarak sorunun halledilmesi benimsenmiştir. Ancak, içtima⁷⁰ müessesesinde TCK'ya herhangi bir atıf yapılmamakta ve KK m. 15'te yer alan "*İçtima*" düzenlemesi kendine has bir düzenleme

⁶⁷ KANGAL, (2011), s. 155.

⁶⁸ İştirak hakkında detaylı bilgi için bkz. ÖZTÜRK / ERDEM, s. 323 vd.; ÖZBEK / KANBUR / DOĞAN / BACAĞSIZ / TEPE, s. 543 vd.; ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, s. 590 vd.

⁶⁹ AKBULUT, s. 415; ÖZEN, s. 228.

⁷⁰ İçtima hakkında detaylı bilgi için bkz. ÖZTÜRK / ERDEM, s. 311 vd.; ÖZBEK / KANBUR / DOĞAN / BACAĞSIZ / TEPE, s. 579 vd.; ARTUK / GÖKCEN / YENİDÜNYA, s. 635 vd.

olarak uygulanmaktadır⁷¹. Bu bakımdan, örneğin, KK 15/2’de yer alan “*Aynı kabahatin birden fazla işlenmesi halinde her bir kabahatle ilgili olarak ayrı ayrı idarî para cezası verilir. Kesintisiz fiille işlenebilen kabahatlerde, bu nedenle idarî yaptırım kararı verilinceye kadar fiil tek sayılır*” şeklindeki düzenlemeyi kabahatlere özgü yorumlamak gerekir. Zira kabahatlerde, suçlarda olduğu gibi TCK m. 43’te düzenlenen “*Zincirleme suç*” hükümlerinin uygulama alanı bulması söz konusu değildir. Ancak, KK 15/2’de düzenlenen hüküm, “*Zincirleme kabahat*” şeklinde isimlendirilebilir.

Diğer yandan, içtima müessesesinin çevreyi kirletme kabahati bakımından da uygulama alanı bulabileceği söylenebilir. Bu bakımdan, özellikle KK 15/3 üzerinde durulmalıdır. Bu hükme göre, “*Bir fiil hem kabahat hem de suç olarak tanımlanmış ise, sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanabilir. Ancak, suçtan dolayı yaptırım uygulanamayan hallerde kabahat dolayısıyla yaptırım uygulanır*”.

Bu önemi sebebiyle KK 15/3’le ilgili öğretide çeşitli görüşler mevcuttur. Nitekim öğretideki bir görüşe göre, aynı fiil için iki ceza uygulanmaz kuralı, aynı fiil için hem adli hem de idari para cezasının uygulanmasına engel oluşturmaz. Bu görüşe göre, bir fiilin hem suç hem de idari para cezasını gerektiren bir haksızlık oluşturması halinde, suç karşılığında adli; idari para cezası gerektiren haksızlık karşılığında idari para cezası uygulanmalıdır. Zira idari yaptırımlara, adli yaptırımlara ilişkin sonuçlar bağlanamaz⁷². Bir başka görüşe göre, KK 15/3’le, suç ile kabahat arasında “*non bis in idem ilkesi*” kabul edilmiştir⁷³. Bir başka görüşe göre ise, bir fiil hem suç hem de kabahat oluşturuyorsa, ortaya çıkan içtima şekli içtimadır⁷⁴.

Öğretideki görüşler böyle olmakla birlikte, çevreyi kirletme kabahati açısından aynı fiil nedeniyle faile yalnızca bir yaptırım uygulanmasının kabul edilmesinin doğru olduğu kanaatindeyiz. Bu bağlamda, örneğin, bir kişinin tek bir fiiliyle hem TCK m. 181’de düzenlenen çevrenin kasten kirletilmesi suçuna sebebiyet vermesi hem de KK m. 41’de düzenlenen çevreyi kirletme kabahatine sebebiyet vermesi durumunda, bu kişiye yalnızca suçtan dolayı yaptırım uygulanmalı; kabahatten dolayı yaptırım uygulanmamalıdır. Ancak, çevrenin kasten kirletilmesi suçundan dolayı ceza verilememesi halinde, fail çevreyi kirletme kabahatinden sorumlu tutulmalıdır.

⁷¹ ÖZEN, s. 121.

⁷² DONAY, s. 427.

⁷³ EKİCİ, s. 71-72; YALÇIN, s. 83.

⁷⁴ AKBULUT, s. 271.

G. Yaptırım

Suç fiili karşılığında uygulanan ceza yaptırımları, hapis ve adli para cezasıyken; kabahat sonucunda uygulanan idari yaptırımlar kişilerin malvarlığına yönelik olup, idari para cezaları ve idari tedbirlerden oluşmaktadır. Bu bağlamda, KK'nın 41. maddesinde düzenlenen çevreyi kirletme kabahati sonucunda da bir idari yaptırım olan idari para cezası uygulanmaktadır.

Çevreyi kirletme kabahati sonucu öngörülen idari para cezaları, KK m. 41'deki ilk altı fıkrada düzenlenmektedir. Buna göre, çevreyi kirletme kabahati sonucunda uygulanacak çeşitli miktarlardaki idari para cezaları;

1- *“Evsel atık ve artıkları, bunların toplanmasına veya depolanmasına özgü yerler dışına atan kişi ile bireysel atık ve artıkların atılması halinde yirmi Türk Lirası idarî para cezası (KK 41/1)”*,

2- *“Fiilin yemek pişirme ve servis yerlerinde işlenmesi halinde işletme sahibi gerçek veya tüzel kişiye, beşyüz Türk Lirasından beşbin Türk Lirasına kadar idarî para cezası (KK 41/2)”*,

3- *“Hayvan kesimine tahsis edilen yerler dışında hayvan kesen veya kesilen hayvan atıklarını sokağa veya kamuya ait sair bir alana bırakan kişiye, elli Türk Lirası idarî para cezası (KK 41/3)”*,

4- *“İnşaat atık ve artıklarını bunların toplanmasına veya depolanmasına özgü yerler dışına atan kişiye, yüz Türk Lirasından üçbin Türk Lirasına kadar idarî para cezası (KK 41/4)”*,

5- *“Kullanılamaz hale gelen veya ihtiyaç fazlası ev eşyasını bunların toplanmasına ilişkin olarak belirlenen günün dışında sokağa veya kamuya ait sair bir yere bırakan kişiye elli Türk Lirası idarî para cezası (KK 41/5)”*,

6- *“Kullanılamaz hale gelen motorlu kara veya deniz nakil araçlarını ya da bunların mütemmim cüzlerini sokağa veya kamuya ait sair bir yere bırakan kişiye ikiyüzelli Türk Lirası idarî para cezası (KK 41/6)”* verilecek şekilde normatif olarak düzenlenmektedir.

Belirtilmelidir ki, KK'da düzenlenen idari para cezaları üçe ayrılmaktadır. KK'nın *“İdari para cezası”* başlıklı 17. maddesine göre, idari para cezası,

maktu⁷⁵ veya nispi⁷⁶ olabilir yahut kanunda alt ve üst sınırları gösterilmek suretiyle belirlenebilir.

Kabahatlere uygulanan idari para cezaları, kimi zaman maktu olarak düzenlendiğinden, alt ve üst sınırları belirlenmemektedir. Böyle düzenlemelerle, aynı fiiller hakkında alt ve üst sınırlar arasında takdir edilecek farklı meblağların ortaya çıkaracağı sorun, kanun koyucu tarafından engellenmek istenmektedir⁷⁷. Nitekim KK 41/1, 41/3, 41/5 ile 41/6'da çevreyi kirletme kabahati sonucu uygulanan idari para cezalarında durum böyledir. Yani bu fıkralarda düzenlenen fiilleri gerçekleştirenler hakkında sabit miktarlara sahip olan maktu idari para cezalarının uygulanması gerekecektir.

KK 41/2 ile 41/4'te düzenlenen durumlarda ise, uygulanacak idari para cezalarının alt ve üst sınırları gösterilmek suretiyle belirlenmiştir. Bu sebeple, bu hükümlerdeki idari para cezaları uygulanmadan önce alt ve üst sınırlar arasında uygulanacak miktar cezayı uygulayacak makam tarafından belirlenmelidir. Bu miktarın belirlenmesini belediye zabıta görevlileri gerçekleştirecektir (KK 41/7). Belediye zabıta görevlileri, miktarı belirlerken kabahatin haksızlık içeriği ile failin kusuru⁷⁸ ve ekonomik durumunu birlikte göz önünde bulundurmalıdırlar (KK 17/2).

İdari para cezasına hükmedilebilmesi için kanunda açıkça düzenleme bulunması ve idari para cezası uygulama yetkisinin ilgili idareye⁷⁹ açıkça tanınmış olması gerekmektedir⁸⁰. Nitekim belediye tüzel kişiliği (idare) içinde yer alan ve belediye teşkilatına bağlı olarak çalışan belediye zabıta

⁷⁵ Maktu idari para cezası, kabahat karşılığında öngörülen ve miktarı değişmeyen idari para cezasıdır. Yani kabahat için kanunda belirtilen idari para cezasının miktarı sabittir. Bkz. KANGAL, (2019), s. 267; GÜÇLÜ, s. 100.

⁷⁶ Nispi idari para cezası, miktarı önceden kanun tarafından belirtilmeyip, failin kabahati gerçekleştirmekle elde ettiği yarar ya da yol açtığı zararla orantılı olarak miktarı değişebilen idari para cezasıdır. Bkz. KANGAL, (2019), s. 279; GÜÇLÜ, s. 103.

⁷⁷ ULUSOY, s. 148.

⁷⁸ Kusurluluk, failin hukuka uygun hareket edebilme imkanına sahip olduğu halde, hukuka aykırı bir davranışı seçmiş ve gerçekleştirmiş olması nedeniyle kınanabilmesi ve neticenin ona subjektif olarak yüklenebilmesidir. Bkz. ÖZBEK / KANBUR / DOĞAN / BACAĞIZ / TEPE, s. 369; Kusurluluğun içinde yer alan kusur kavramı, failin özgür iradesiyle haksızlığı seçmesidir. Bkz. OZANSU, s. 32.

⁷⁹ Adli para cezası, bir suç karşılığında ceza mahkemeleri tarafından karara bağlanırken; idari para cezası bir kabahat karşılığında kural olarak idari makamlar tarafından karara bağlanmaktadır. Bkz. GÜÇLÜ, s. 98.

⁸⁰ OĞURLU, s. 91; Adli para cezasıyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZGENÇ, s. 761 vd.

görevlilerinin, çevreyi kirletme kabahati sonucunda idari para cezası uygulayabilme yetkisi açıkça KK'da düzenlenmektedir. Bu durum aynı zamanda “kanunilik ilkesi”nin de bir yansımasıdır. Kanunilik ilkesi normatif düzeyde TCK'nın “Suçta ve cezada kanunilik ilkesi” başlıklı 2. maddesinde⁸¹, Anayasa'nın “Suç ve cezalara ilişkin esaslar” başlıklı 38. maddesinin ilk üç fıkrasında⁸² ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin “Kanunsuz ceza olmaz” başlıklı 7. maddesinin 1. fıkrasında⁸³ açıkça düzenlenmektedir.

Öte yandan, KK m. 41'deki fiiller sonucunda meydana gelen kirliliğin kişi tarafından derhal giderilmesi halinde idari para cezasına karar verilmeyebilir (KK 41/8). Bu hükümde, belediye zabıta görevlilerinin takdir yetkilerini kullanacakları görülmektedir. Bununla birlikte, KK m. 41'deki hükümler, özel kanunlardaki hükümler saklı kalmak üzere belediye sınırları içinde uygulanır (KK 41/9, 41/10).

H. Yargı Yolu

Çevreyi kirletme kabahati sonucunda belediye zabıta görevlilerinin verdiği idari para cezaları⁸⁴ kimi zaman hakkaniyete aykırı olarak verilmiş yahut yanlış takdir edilmiş olabilir. Böyle bir hukuka aykırı idari para cezasıyla karşılaşan kişiler, bu cezaya karşı yargısal yollara başvurma ve cezayı yargısal denetime taşıma hakkına sahiptirler. Yargısal yollara başvuru hakkı, temel hak ve özgürlüklerden olup, Anayasa'da güvence altına alınmıştır. Nitekim Anayasa'nın 36/1 hükmüne göre, “Herkes, meşru vasıta ve yollardan

⁸¹ “(1) Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. Kanunda yazılı cezalardan ve güvenlik tedbirlerinden başka bir ceza ve güvenlik tedbirine hükümlenemez. (2) İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamaz. (3) Kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz. Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz”.

⁸² “(1) Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez. (2) Suç ve ceza zamanaşımı ile ceza mahkûmiyetinin sonuçları konusunda da yukarıdaki fıkra uygulanır. (3) Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur”.

⁸³ “Hiç kimse, işlendiği zaman ulusal veya uluslararası hukuka göre suç oluşturmayan bir eylem veya ihmalden dolayı suçlu bulunamaz. Aynı biçimde, suçun işlendiği sırada uygulanabilir olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez”.

⁸⁴ İdari para cezası, birel işlem olarak değerlendirilmelidir. Zira idari para cezalarından ortaya çıkan hukuki durum öznel ve kişiseldir. İdari para cezasının miktarı, yetkili ve görevli idari merci tarafından her olayın somut özelliklerine göre, kişilerin subjektif durumları göz önünde bulundurularak hesaplanarak ayrı ayrı tespit edilir ve tespit edilen, uygulanan idari para cezası bir kez uygulanmakla sona erer. Bkz. ÖZAY, (1996), s. 343; ÖZAY, (2017), s. 441.

faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir”.

Anayasa'nın 125/1 hükmüne göre, “İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır. ...”. Bu hükümden, belediyenin kamu tüzel kişiliği içinde yer alan belediye zabıta görevlilerinin⁸⁵ birel (bireysel) idari işlem (idari karar)⁸⁶ niteliğinde verdiği idari para cezalarına karşı yargı yoluna başvurunun açık olduğu anlaşılmaktadır. Lakin, bu yargı yolunun idari yargı yolu mu yoksa adli yargı yolu mu olduğunun tespit edilmesi önemlidir.

Belediye teşkilatında yer alan belediye zabıta görevlilerinin, kamu gücünü kullanarak, kamu yararı amacıyla, tek taraflı olarak tesis ettiği işlemlerin her halde idari yargının denetim alanına gireceği düşüncesi isabetli gözükmemektedir. Çünkü KK'nın “Genel kanun niteliği” başlıklı 3. maddesine göre,

“Bu Kanunun;

a) İdarî yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümleri, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde,

b) Diğer genel hükümleri, idarî para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımını gerektiren bütün fiiller hakkında uygulanır”.

Yani KK'nın idari yaptırım kararlarına karşı yargısal korunmaya ilişkin hükümleri, diğer kanunlarda aksine bir hüküm bulunmadığı sürece uygulama alanı bulacaktır. Başka bir ifadeyle, KK dışındaki kanunlarda idari

⁸⁵ 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 51/hükmüne göre, “Belediye zabıtası, beldede esenlik, huzur, sağlık ve düzenin sağlanmasıyla görevli olup bu amaçla, belediye meclisi tarafından alınan ve belediye zabıtası tarafından yerine getirilmesi gereken emir ve yasaklarla bunlara uymayanlar hakkında mevzuatta öngörülen ceza ve diğer yaptırımları uygular”.

⁸⁶ Birel (bireysel) idari işlemler (idari kararlar), belli kişi ve durumlara ilişkin olan işlemlerdir. Birel idari işlemler aracılığıyla, belli kişiler için hukuki durumlar yaratılır, değiştirilir veya kaldırılır. Bu sebeple, birel idari işlemler, idari kararlar olarak da isimlendirilirler. İdari fonksiyonun yerine getirilmesi için yapılan işlemlerin büyük bir kısmı idari kararlar şeklinde olurlar. Örneğin, atama, kamulaştırma, ruhsat verme, vergi tarh ve tahakkuk işlemleri. Bununla birlikte, idari kararlar, tek yanlılık, icraîlik, hukuka uygunluk karinesinden yararlanma ve yargısal denetime tabi olma gibi özelliklere sahiptirler. Bkz. GÜNDAY, s. 123; Birel idari işlemler, belirli bir kişinin ya da kişilerin veya nesnelere hukuki durumunu değiştiren, onları bir hukuki duruma sokan veya bir hukuki durumdan çıkaran işlemlerdir. Bkz. YILDIRIM / YASİN / KAMAN / ÖZDEMİR / ÜSTÜN / OKAY TEKİNSOY, s. 338; Ayrıca bkz. AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, s. 340-341; SANCAKDAR / US / KASAPOĞLU TURHAN / ÖNÜT, s. 363; GÖZLER / KAPLAN, s. 248-250; ATAY, s. 441-445; MEMİŞ, (2017), s. 241; ÇAĞLAYAN, (2018), s. 198-199.

yaptırım kararlarına karşı idari yargı yoluna gidileceğine ilişkin bir hüküm varsa, bu durumda adli yargı yoluna gidilemeyecektir. Böyle bir özel hüküm bulunmadığı takdirde KK uyarınca adli yargı yoluna gidilecektir⁸⁷.

Bu bağlamda, çevreyi kirletme kabahatini işleyen gerçek veya tüzel kişiler aleyhine verilen idari para cezalarına karşı gidilecek yargı yolunun belirlenmesinde diğer kanunlarda bu konuyu düzenleyen herhangi bir düzenleme olmadığı için genel kanun niteliğinde olan KK'ya bakılmalıdır. Bu gözle KK incelendiğinde, bir idari yaptırım olan idari para cezasına karşı gidilecek yargı yolunun “adli yargı” olduğu sonucuna varılmaktadır. Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 2014 yılında verdiği bir kararda da, “*Davacıya ait işyerinde şikayet üzerine yapılan incelemede, canlı müzik izni almadan canlı müzik yapıldığının belirlendiğinden bahisle, 1608 sayılı Kanun'un 1. maddesi uyarınca verilen idari para cezası ile işyerinin 2 hafta süre ile faaliyetten men edilmesine ilişkin Belediye Encümen Kararının iptali istemiyle açılan davanın Kabahatler Kanunu uyarınca adli yargı yerinde görülmesi gerekir. Kabahatler Kanunu'nun 3. maddesinde belirtildiği üzere, idari yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümler, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde uygulanır*” denilmek suretiyle adli yargı yoluna işaret edilmiştir⁸⁸.

Ancak, idari yaptırım kararının verildiği işlem kapsamında aynı kişiyle ilgili olarak idari yargının görev alanına giren kararların da verilmiş olması halinde, idari yaptırım kararına ilişkin hukuka aykırılık iddiaları bu işlemin iptali talebiyle birlikte ilgili idari yargı merciinde görülecektir (KK 27/8). Bu bakımdan, belediye zabıta görevlileri tarafından bir kişi hakkında hem idari para cezası verilmiş hem de idari yargının görev alanına giren bir idari işlem yapılmışsa, bu durumda idari para cezasının hukuka aykırılığı iddiası, işlemin iptali talebiyle birlikte idari yargıda görülecektir.

⁸⁷ KANGAL, (2019), s. 443.

⁸⁸ UYM. HB., T. 01.04.2014, E. 2014/456, K. 2014/487 (www.kararlar.uyusmazlik.gov.tr, erişim: 21.03.2020). Aynı yönde başka kararlar için bkz. UYM. HB., T. 21.11.2005, E. 2005/76, K. 2005/102 (www.kararlar.uyusmazlik.gov.tr, erişim: 21.03.2020); UYM. HB., T. 21.11.2005, E. 2005/77, K. 2005/103 (www.kararlar.uyusmazlik.gov.tr, erişim: 21.03.2020); UYM. HB., T. 02.07.2007, E. 2007/202, K. 2007/148 (www.kararlar.uyusmazlik.gov.tr, erişim: 21.03.2020); UYM. HB., T. 22.12.2008, E. 2008/149, K. 2008/367 (www.kararlar.uyusmazlik.gov.tr, erişim: 21.03.2020); UYM. HB., T. 22.12.2008, E. 2008/281, K. 2008/393 (www.kararlar.uyusmazlik.gov.tr, erişim: 21.03.2020); UYM. HB., T. 27.01.2014, E. 2014/81, K. 2014/68 (www.kararlar.uyusmazlik.gov.tr, erişim: 21.03.2020).

I. Görevli ve Yetkili Mahkeme

İdari para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin idari yaptırım kararına karşı sulh ceza mahkemesine (hakimliğine)⁸⁹ başvurulabilir (KK 27/1)⁹⁰. Bu durumda, belediye zabıta görevlilerinin çevreyi kirletme kabahatinden kaynaklanan idari para cezalarına karşı, cezanın muhatabı olan gerçek veya tüzel kişi yahut bu kişilerin kanuni temsilcisi veya avukatı sulh ceza hakimliğine vereceği bir dilekçeyle başvuru yapılabilir (KK 27/3)⁹¹. Bu başvuruda, aleyhlerine hükmedilen cezanın kaldırılması talep edilmelidir.

Sulh ceza hakimliklerinin idari para cezalarını denetlemekle görevli olması Anayasa Mahkemesi nezdinde de kabul görmektedir. Zira sulh ceza

⁸⁹ 6545 sayılı Türk Ceza Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 84. maddesiyle, 5230 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'a eklenen geçici 6. maddeyle "sulh ceza mahkemeleri" yürürlükten kaldırılmış ve sulh ceza mahkemelerinin yerine "sulh ceza hakimlikleri" kurulmuştur. 6545 sayılı Kanun'un 83. maddesiyle, 5320 sayılı Kanun'a eklenen ek 1. maddeye göre, "*Kanunlarda sulh ceza mahkemesi veya sulh ceza hâkimine yapılan atıflardan, idari yaptırım kararlarına karşı yapılan başvurulara, ... ve kanunlarda sulh ceza mahkemesince veya hâkimince verilmesi öngörülen karar veya işlemlere ilişkin olanlar sulh ceza hâkimine ... yapılmış sayılır*". Bkz. R.G., T. 28.06.2014, S. 29044. Bu bağlamda, KK'da yer alan "*sulh ceza mahkemesi*" deyiminden "sulh ceza hakimliği" anlaşılmalıdır. Nitekim çalışmamızda da, KK'nın hükümlerine yer verilirken "sulh ceza mahkemesi" ibareleri "sulh ceza hakimliği" olarak aktarılmıştır.

⁹⁰ Belediye zabıta görevlileri tarafından verilen idari para cezasına karşı, gerçek veya tüzel kişi tarafından sulh ceza hakimliğine başvurulması durumunda, belediye zabıta görevlisinin kararının kesinleşmesinin engellenmesi söz konusu olmaz ve karar kesinleşir. Ancak, sulh ceza hakimliği kararın yerine getirilmesini durdurabilir (KK 27/2). Öğretideki çeşitli görüşlere göre, KK 27/2'deki düzenleme, sadece mücbir bir sebebin varlığından ötürü yapılan başvuruyu sınırlı olarak değerlendirilmeli, genel anlamda uygulamayı durduran bir düzenleme olarak görülmemelidir. Bkz. ÇAĞLAYAN, (2006), s. 115-116; KANGAL, (2019), s. 466.

⁹¹ Çevreyi kirletme kabahatinden kaynaklanan idari para cezalarına ilişkin karara karşı, kararın gerçek veya tüzel kişiye tebliği veya tefhimi tarihinden itibaren en geç 15 gün içinde, sulh ceza hakimliğine başvurulabilir. Bu süre içinde başvurunun yapılmamış olması halinde idari yaptırım kararı kesinleşir (KK 27/1). Kesinleşen bu idari para cezasına karşı sulh ceza hakimliğine başvuru imkanı kalmamaktadır. Ancak, mücbir sebebin varlığı dolayısıyla 15 günlük sürenin geçirilmiş olması halinde, bu sebebin ortadan kalktığı tarihten itibaren en geç 7 gün içinde idari para cezası kararına karşı sulh ceza hakimliğine başvuruda bulunulabilir. Bu durumda, başvuru dilekçesinde başvurunun süresinde yapılmasını engelleyen mücbir sebep(ler) dayanaklarıyla gösterilir (KK 27/4). Bununla birlikte, belediye tarafından gerçek veya tüzel kişiye gönderilen tebligat usulüne uygun değilse, bu durumda 7201 sayılı Tebligat Kanunu'na göre, sulh ceza hakimliğine başvuru süresi muhatabın tebligatı öğrendiği tarihten itibaren başlayacaktır. Ayrıca, Yargıtay'a göre, gerçek veya tüzel kişiye gönderilen tebligatta muhataba 15 gün yerine yanlış bir başvuru süresi bildirilmiş ve bildirilen bu süre 15 günden uzunsa, bu durumda gerçek veya tüzel kişinin sulh ceza hakimliğine yaptığı başvurunun kabul edilmesi gerekir. Bkz. Yrg. 11. CD., T. 13.07.2006, E. 2006/4188, K. 2006/6668 (www.kazanci.com, erişim: 21.03.2020).

hakimliklerinin bu konularda görevli olmasının Anayasa'ya aykırılığı iddiası Anayasa Mahkemesi tarafından kabul görmemiştir. Bu bağlamda, Anayasa Mahkemesi'nin, ilgili mahkemelerce bakılmakta olan davalar devam ederken itiraz yoluyla, KK'nın *"Bu Kanunun genel hükümleri diğer kanunlardaki kabahatler hakkında da uygulanır"* hükmünü içeren 3. maddesinin Anayasa'ya aykırılığı iddiası ve iptali talebiyle önüne gelen uyuşmazlıkta verdiği 01.03.2006 tarihli kararına göre⁹², basit nitelikte görülen suçlar hakkında idari yaptırımlara yer verilmesi ve daha ağır suçlar için verilen idari para cezalarına karşı yapılacak başvurularda kanunun idare hukukundan ziyade ceza hukukunu ilgilendirmesi sebebiyle adli yargının ve dolayısıyla sulh ceza hakimliklerinin görevli olması doğaldır; ancak idare hukuku esaslarına göre tesis edilen bir idari işlemin, sadece para cezası yaptırımını içermesine bakılarak denetiminin idari yargı alanından çıkarılarak adli yargıya bırakılması olanaklı değildir. Yüksek Mahkeme, *"Bu kuralın ... 5326 sayılı Kanun'un idari yargının görev alanını da kapsadığı anlaşılmaktadır. Ancak, Yasa'nın 19. maddesiyle bu kapsamın daraltılarak, diğer kanunlarda kabahat karşılığında öngörülen belirli bir süre için; bir meslek ve sanatın yerine getirilmemesi, işyerinin kapatılması, ruhsat veya ehliyetin geri alınması, kara, deniz veya hava nakil aracının trafikten veya seyrüseferden alıkonulması gibi yaptırımlara ilişkin hükümler, ilgili kanunlarda bu Kanun hükümlerine uygun değişiklik yapılınca kadar saklı tutulmaktadır. ... Bu durumda, itiraz konusu kuralla diğer yasalardaki kabahatlere yollama yapılarak, yalnızca yaptırımın türünden hareketle ve idari yargının denetimine tabi tutulması gereken alanlar gözetilmeden, bunları da kapsayacak biçimde başvuru yolu, itiraz, bunlara ilişkin usûl ve esasların değiştirilmesi, Anayasa'nın 125. ve 155. maddelerine aykırıdır, Kural'ın iptali gerekir. ..."* şeklinde ibarelere yer verdiği kararında KK'nın itiraz konusu 3. maddesini iptal etmiş ve yeni düzenleme yapması için yasama organına süre tanımak amacıyla iptal kararının Resmi Gazete'de yayımlanmasından başlayarak altı ay sonra yürürlüğe girmesini uygun bulmuştur⁹³. Yüksek Mahkeme, gerek söz konusu kararında gerekse 2006

⁹² AYM., T. 01.03.2006, E. 2005/108, K. 2006/35. Bkz. R.G., T. 22.07.2006, S. 26236.

⁹³ Kanun koyucu, KK'nın 3. maddesinin Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesinden sonra ortaya çıkan hukuksal boşluğu doldurmak ve kamu yararının olumsuz bir şekilde etkilenmesini engellemek amacıyla yeni bir düzenleme ihdas etmiştir. Buna göre, KK'nın 3. maddesinin mevcut hali şu şekildedir:

"(1) Bu Kanunun;

a) İdarî yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümleri, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde,

b) *Diğer genel hükümleri, idarî para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımını*

yılında verdiği diğer kararlarında⁹⁴, KK'nın 3. maddesinin iptal gerekçesi doğrultusunda, cezai karakteri ağır basan fiillere yönelik verilen idari para cezası ve / veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımlarına karşı yapılan başvurunun sulh ceza hakimlikleri tarafından incelenmesini Anayasa'ya aykırı görmemiştir. Yine de görülmektedir ki, Anayasa Mahkemesi, idari yargının görev alanını gözeten bir karar vermiş, adli yargının görev alanını -kabahatler bakımından- daraltmıştır.

Kabahatlerin yargısal denetimini yapan sulh ceza hakimliklerine başvuru yolu harca tabi olmadığından (KK 31/1), bu durum -idare tarafından kabahatlerden dolayı idari para cezalarına sıklıkla başvurulması ve kişilerin maddi durumlarında bir kayıp yaşamaksızın uyuşmazlıkta taraf olarak yer alabilmeleri gibi nedenlerle- hak arama özgürlüğü bakımından isabetli olarak görülebilir. Bununla birlikte, Anayasa Mahkemesi'nin söz konusu kararları göz önünde bulundurulduğunda, kural olarak kabahatlerin yargısal denetiminde sulh ceza hakimliklerinin görevli olması konusunda bazı hususlara dikkat çekilebilir. Uygulamada sulh ceza hakimlikleri, daha ziyade soruşturma evresinde görev yapan, uyuşmazlığın esasına yönelik bir yargılama faaliyeti gerçekleştirilmeyen yargı mercileridir. Durum böyleyken, kamu gücü kullanılarak idare hukuku ilkelerine göre verilen idari para cezalarına karşı yargısal yola başvurulduğunda, bir hüküm vermeden önce uyuşmazlığın esasına girilmesi, aleyhine idari işlem niteliğinde idari para cezası verilen kişiye hakim huzurunda savunma hakkı tanınması gerektiği ve idari para cezalarının teknik anlamda birer ceza olmadığı, göreve aykırı hareket eden kişilere görevlerini hatırlatma amacıyla tesis edilen bir idari işlem olduğu söylenebilir. Bu özellikler göz önüne alındığında, kabahatler dolayısıyla yargısal denetimin sulh ceza hakimliklerinde yapılması konusu dikkate değerdir. Bu bakımdan, öğretide, sulh ceza hakimliklerine kabahatlerin yargısal denetimi gibi ek görevler verilmesinin kuruluş amaçlarıyla bağdaşmadığı, bundan dolayı başvuru yolunda görevli merciin asliye ceza mahkemeleri olması gerektiği dile getirilmektedir⁹⁵. Bu görüşe bir alternatif olarak, ÇK'da yer alan kabahatlerde

gerektiren bütün fiiller hakkında uygulanır”.

⁹⁴ AYM., T. 09.03.2006, E. 2006/34, K. 2006/37. Bkz. R.G., T. 06.10.2006, S. 26311; AYM., T. 06.04.2006, E. 2006/54, K. 2006/47. Bkz. R.G., T. 06.10.2006, S. 26311; AYM., T. 12.04.2006, E. 2006/58, K. 2006/50. Bkz. R.G., T. 01.09.2006, S. 26276.

⁹⁵ KANGAL, (2019), s. 461; Kabahatlerin yargısal denetiminde görevli merciin sulh ceza hakimlikleri olması, Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu'nun (Venedik Komisyonu) 13 Mart 2017 tarihli ve 852/2016 görüş numaralı Sulh Ceza Hakimliklerinin Görev, Yetki ve İşleyişleri Hakkında Görüş'te eleştirilmiştir. Bkz. www.venice.coe.int/webforms/

olduğu gibi, örneğin çevreyi kirletme kabahatinin meydana gelmesi ve bundan kaynaklı idari para cezası verilmesi durumunda, görevli yargısal merciin -harca tabi olmaksızın- idare mahkemeleri olarak belirlenmesi -idari yargının iş yoğunluğu gözetilerek- bir seçenek olarak düşünülebilir.

Öte yandan, belediye zabıta görevlileri tarafından verilen idari para cezalarına karşı hangi yerdeki sulh ceza hakimliğinin yetkili olduğu konusu da, hak kaybına uğranmaması adına önem arz etmektedir. Bu bağlamda, yetkili mahkemenin, kamu tüzel kişiliğine sahip olan ve belediye zabıta görevlilerinin bağlı olduğu belediyenin bulunduğu yerdeki sulh ceza hakimliği olduğu söylenebilir.

Bazı durumlarda, yetki konusunda birden fazla sulh ceza hakimliği arasında yetki uyuşmazlığı ortaya çıkabilmektedir. Yani idari para cezalarına karşı başvuru bakımından, birden fazla sulh ceza hakimliği kendini yetkili saymış veya sulh ceza hakimliklerinden hiçbiri kendini yetkili görmemiş olabilir. Bu durumda, sulh ceza hakimlikleri arasında yer yönünden yetki uyuşmazlığı çıktığı kabul edilir ve bu uyuşmazlığı ortak yüksek görevli mahkeme çözer. Böyle bir durumda, sulh ceza hakimlikleri aynı ağır ceza mahkemesinin yargı çevresi içinde bulunuyorsa yetki uyuşmazlığını bu ağır ceza mahkemesi çözüme kavuşturacaktır⁹⁶. Şayet sulh ceza hakimlikleri farklı ağır ceza mahkemelerinin yargı çevresi içinde bulunuyorsa 5235 sayılı Kanun'un⁹⁷ 37/2 hükmüne göre, yetki uyuşmazlığı ilgili bölge adliye mahkemesi tarafından çözüme kavuşturulacaktır.

Diğer yandan, idari para cezasının kaldırılmasına ilişkin başvurunun yapıldığı sulh ceza hakimliğinde görevli hakimın davaya bakamamasına ve hakimın reddine ilişkin uygulanacak hükümler bakımından KK'da herhangi bir düzenleme bulunmadığından, böylesi durumlarda 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun⁹⁸ ilgili hükümlerinin kıyasen uygulanacağı söylenebilir⁹⁹.

İ. (Son) Karar

Sulh ceza hakimliği, ilgilileri dinleyip bütün delilleri ortaya koyduktan sonra yürüttüğü yargılama sürecinin sonuna geldiğinde, aleyhine idari para

documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2017)004-tur, erişim: 25.03.2020.

⁹⁶ KANGAL, (2019), s. 462.

⁹⁷ R.G., T. 07.10.2004, S. 25606.

⁹⁸ R.G., T. 17.12.2004, S. 25673.

⁹⁹ KANGAL, (2019), s. 462.

cezası verilen ve hazır bulunan tarafa son sözünü sorar. Son söz hakkı, aleyhine idari para cezası verilen tarafın kanuni temsilcisi veya avukatı tarafından da kullanılabilir. Sulh ceza hakimliği, son kararını hazır bulunan tarafların huzurunda açıklar (KK 28/7).

Sulh ceza hakimliğinin başvurunun incelenmesi sonucunda hükmedebileceği son kararlar üç türdür:

1) Sulh ceza hakimliği, belediye zabıta görevlilerinin verdiği idari para cezasını hukuka uygun görmesi durumunda “*başvurunun reddine*” (KK 28/8-a),

2) Sulh ceza hakimliği, belediye zabıta görevlilerinin verdiği idari para cezasını hukuka aykırı görmesi durumunda “*idari yaptırım kararının kaldırılmasına*” (KK 28/8-b),

3) KK 41/2 ile 41/4’te olduğu gibi idari para cezasının alt ve üst sınırının kanunda gösterildiği kabahatlere ilişkin verilmiş olan idari para cezasına karşı başvuruda bulunulmuşsa, sulh ceza hakimliği, “*idari para cezasının miktarında değişiklik yaparak başvurunun kabulüne*” karar verebilir. Bu durumda, sulh ceza hakimliğine, belediye zabıta görevlilerinin yerine geçerek miktarın belirlenmesiyle sınırlı da olsa karar alma imkanı tanınmıştır. Öğretide, bu yöntemi, idari işlemlerin hukuka uygunluğunun yargısal denetimine hakim olan ilkelerle bağdaştırmanın mümkün olmadığı dile getirilmektedir¹⁰⁰.

J. Kanun Yolu

İdari para cezalarına karşı gidilebilecek kanun yolu, başvuru yolu incelemesinde sulh ceza hakimliklerinin verdiği son kararlardan sonra ve bu kararlara karşı gidilebilecek bir yoldur. Anayasa 40/2’ye göre, “*Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır*”. Bu bakımdan, belediye zabıta görevlilerinin idari para cezalarıyla ilgili verdiği kararlarda, aleyhine idari para cezası verilen kişinin bu cezaya karşı gidebileceği kanun yollarını ve mercileri göstermesi anayasal bir zorunluluktur.

Sulh ceza hakimliğinin verdiği son karara karşı, Ceza Muhakemesi Kanunu’na göre itiraz edilebilir (KK m. 29). Bu itiraz, Ceza Muhakemesi Kanunu’nda düzenlenen olağan kanun yollarından olan itiraz kanun yolu¹⁰¹

¹⁰⁰ OTACI / KESKİN, s. 108; KANGAL, (2019), s. 483.

¹⁰¹ Sulh ceza hakimliği kararlarına yapılan itirazların itiraz kanun yolunda incelenmesi, o yerde birden fazla sulh ceza hakimliğinin bulunması halinde, numara olarak kendisini izleyen ha-

olarak görülmeli ve kararın tebliği¹⁰² tarihten itibaren en geç 7 gün içinde yapılmalıdır.

Ayrıca, sulh ceza hakimliğinin üç bin Türk Lirası dahil idari para cezalarına ilişkin kararları kesin olduğundan (KK 28/10), belediye zabıta görevlileri tarafından uygulanan idari para cezası bu miktarın altındaysa çevreyi kirletme kabahatiyle ilgili başvuru üzerine verilen kararlar kesindir.

İtiraza ilişkin karar, dosya üzerinden inceleme yapılmak suretiyle verilir (KK 29/2). İtiraz kanun yolu denetimi yapan sulh ceza hakimliği, her bir itirazla ilgili olarak “*itirazın kabulüne*” veya “*itirazın reddine*” karar verir (KK 29/3). İtiraz kanun yolu denetimi yapan sulh ceza hakimliğinin verdiği karar taraflara (belediye ile gerçek veya tüzel kişiye) tebliğ edilir. Avukatla temsil edilme halinde ayrıca taraflara tebligat yapılmaz (KK 29/4). Bu durumda, avukata yapılan tebligat yeterlidir.

İtiraz kanun yoluna başvuran gerçek veya tüzel kişi, bu konuda karar verilinceye kadar başvurusundan vazgeçebilir. Vazgeçme halinde bir daha aynı konuda başvuruda bulunulamaz (KK 30/1). Belediye adına itiraz kanun yoluna başvurulması durumunda, itiraz kanun yolu denetimi yapan sulh ceza hakimliği tarafından karar verilinceye kadar belediye kanun yolu başvurusunu kabul ederek, idari para cezası kararını geri alabilir (KK 30/2).

Hatırlanacağı üzere, idari para cezası kararına karşı başvuru yolu harca tabi değildir. Ancak, itiraz kanun yoluna başvuru dolayısıyla oluşan bütün masraflar ve vekalet ücreti, başvurusu veya savunması reddedilen tarafça ödenir (KK m. 31).

Diğer yandan, olağan kanun yollarından olan itiraz kanun yolu incelemesi üzerine karar verilir kesinleştikten sonra, kesinleşen bu kararların olağanüstü

kimliğe; son numaralı hakimlik için bir numaralı hakimliğe; ağır ceza mahkemesinin bulunmadığı yerlerde tek sulh ceza hakimliği varsa, yargı çevresinde görev yaptığı ağır ceza mahkemesinin bulunduğu yerdeki sulh ceza hakimliğine; ağır ceza mahkemesinin bulunduğu yerlerde tek sulh ceza hakimliği varsa, en yakın ağır ceza mahkemesinin bulunduğu yerdeki sulh ceza hakimliğine aittir (Ceza Muhakemesi Kanunu 268/3-a); İtiraz kanun yoluyla ilgili detaylı bilgi için bkz. ÖZTÜRK / TEZCAN / ERDEM / SİRMA GEZER / SAYGILAR KIRIT / ALAN AKCAN / ÖZAYDIN / ERDEN TÜTÜNCÜ / ALTINOK VILLEMIN / TOK, s. 684-689; YENİSEY / NUHOĞLU, s. 836 vd.; TOROSLU / FEYZİOĞLU, s. 385-392; ŞAHİN / GÖKTÜRK, s. 261-264; ÖZBEK / DOĞAN / BACAĞSIZ / TEPE, s. 487-490.

¹⁰² Kararların tebliği yahut tefhimi kavramları oldukça önemlidir. Zira yapılmış, ancak bu yollardan biriyle ilgisine bildirilmemiş bir işlem hiç yapılmamış gibi muamele görür. Bu sebeple, hukuki sonuç doğurmaz. Bkz. YURTCAN, s. 276-277.

kanun yolu incelemesine tabi olup olmadığı da belirlenmelidir. Bu konuda, Yargıtay Ceza Genel Kurulu, sulh ceza hakimliği tarafından KK uyarınca, kanun yollarında verilen kararlara karşı “*kanun yararına bozma*” olağanüstü kanun yoluna gidilemeyeceğini kabul etmektedir¹⁰³. Öğretide de benzer görüşler mevcuttur¹⁰⁴.

SONUÇ

Genel olarak kabahatleri, özel olarak ise çevreyi kirletme kabahatini işleyenlere uygulanan idari para cezalarıyla ilgili düzenlemeler içeren KK’nın bazı alanlarda eksiklikleri olduğu söylenebilir.

Bu bağlamda, KK m. 10’daki “*Hata*” başlıklı düzenlemenin yalnızca kasten işlenen kabahatlere uygulanabilmesi kanımızca KK’nın bir eksikliğidir. Bu durumda, örneğin, çevreyi kirletme kabahatinin taksirle işlenmesi halinde TCK’nın hata hallerine ilişkin hükümleri uygulama alanı bulmayacaktır. Zira bu maddede, taksirle işlenen kabahatlerin göz ardı edildiği görülmektedir. Kanun koyucunun bu eksikliği gidermesi gerektiği söylenebilir.

Öte yandan, KK m. 14’teki “*İştirak*” başlıklı düzenleme gereğince, kabahatin birden fazla kişi tarafından işlenmesi durumunda, kabahate iştirak eden bu kişilerin hepsinin “fail” olarak idari para cezasıyla cezalandırılması hakkaniyete uygun düşmemektedir. Bu hükümde, kabahate iştirak eden kişiler açısından “fail” ve “kabahat ortakları (şerikleri)” şeklinde bir ayırım bulunmamaktadır. Kanun koyucu tarafından bu hükmün yeniden ele alınarak, “fail” ve “kabahat ortakları (şerikleri)” şeklinde bir ayrıma gidilmesi olumlu görülmektedir.

Ayrıca, KK m. 15’teki “*İçtima*” başlıklı düzenleme gözetilerek ÇK m. 20’de düzenlenen çevreyi kirletmeye ilişkin kabahatlere değinmek de isabetli olacaktır. Bu bağlamda, örneğin, bir motorlu taşıt sahibinin egzoz gazı emisyon ölçümü yaptırmaması ve aynı zamanda bu kişinin taşıtın imalatında bulunan egzoz gazı emisyon kontrol sistemi olan katalitik konvertör / katalizör / dizel partikül filtresi olmadan taşıtını kullanması halinde, bir fiille birden fazla kabahatin işlendiği durum ortaya çıkabilecektir. Ortaya çıkan her iki kabahat karşılığında öngörülen idari para cezası ayrı ayrı 1.895 TL’dir (ÇK m. 20). Ancak, söz konusu motorlu araç sahibi yalnızca bir kez 1.895

¹⁰³ Yrg. CGK., T. 23.03.2010, E. 2010/7-33, K. 2010/58 (www.kazanci.com, erişim: 21.03.2020).

¹⁰⁴ ŞAHİN, s. 13; ŞEN, (2010), s. 14-17.

TL idari para cezası ödemekle sorumlu tutulacaktır. Şayet her iki kabahatin sonucunda verilecek idari para cezası miktarları farklı olsaydı, bu durumda motorlu araç sahibi bunlardan en ağır olanıyla karşı karşıya kalacaktı (KK 15/1-1. cümle). Bunun dışında, KK 15/1-2. cümle de önem taşımaktadır. Bu bakımdan, örneğin, katı atık bırakan veya evsel atıksu deşarjı yapan diğer deniz araçlarından dolayı -deniz araçlarının hacimleri dikkate alınarak- çeşitli miktarlarda idari para cezası verilir. Verilen idari para cezasının derhal ve defaten ödenmemesi veya bu hususta yeterli teminat gösterilmemesi halinde, gemiler ve götürülebilen diğer deniz vasıtaları en yakın liman yetkilisine teslim edilerek seyrüseferden ve faaliyetten men edilir (ÇK m. 20). Bu ihtimalde kişi, bir fiiliyle hem idari para cezası yaptırımına hem de faaliyetten men idari yaptırımına muhatap olacağından, bu yaptırımların her birinin ayrı ayrı uygulanmasına karar verilmelidir (KK 15/1-2. cümle).

Bununla birlikte, KK 15/2'ye de değinmek gerekmektedir. Örneğin, umuma açık yerlerde her ne şekilde olursa olsun çevreyi kirletenlere 351 TL idari para cezası verilir (ÇK m. 20). Bu kabahatin aynı kişi tarafından birden fazla işlenmesi halinde, her bir fiille ilgili olarak ayrı ayrı idari para cezası verilecektir. Söz konusu kabahatin tekrar işlenmesi halinde idari para cezası artırılarak verilecektir. Yani umuma açık yerlerde her ne şekilde olursa olsun çevreyi kirletme fiilinin işlenmesinden itibaren üç yıl içinde birinci tekrarda bir kat (351 + 351= 702 TL), ikinci tekrarda iki kat (351 + 702= 1.053 TL) ve müteakip tekrarda da iki kat artırılarak verilmelidir (ÇK m. 23, KK 15/2).

Bir diğer husus da, bir fiilin hem kabahat hem de suç niteliğine sahip olması durumunda nasıl bir yaptırım uygulanacağıdır. Bunun cevabı ise, KK 15/3'te mevcuttur. Örneğin, ülkenin egemenlik alanındaki denizlere ve yargılama yetkisine tabi olan deniz yetki alanlarına, içme ve kullanma suyu sağlama amacına yönelik olmayan sulara atık boşaltma kabahatini işleyenlere 88.499 TL idari para cezası verilir (ÇK m. 20). Aynı fiilin TCK m. 181'de düzenlenen çevrenin kasten kirletilmesi suçuna da sebebiyet vermesi halinde, bu kişiye yalnızca çevrenin kasten kirletilmesi suçundan dolayı yaptırım uygulanmalı; kabahatten dolayı yaptırım uygulanmamalıdır. Ancak, çevrenin kasten kirletilmesi suçundan dolayı ceza verilememesi halinde, fail ülkenin egemenlik alanındaki denizlere ve yargılama yetkisine tabi olan deniz yetki alanlarına, içme ve kullanma suyu sağlama amacına yönelik olmayan sulara atık boşaltma kabahatinden sorumlu tutulmalıdır (KK 15/3).

Diğer taraftan, KK'da düzenlenen idari yaptırımlardan olan idari para cezalarının, cezayı veren taraf ve cezanın muhatabı olan taraf olarak iki tarafı

vardır. Cezayı verme görevi ve yetkisi, kanunilik ilkesi uyarınca, kanun koyucu tarafından belediye tüzel kişiliği (idare) içinde yer alan belediye zabıta görevlilerine tanınmıştır. Belediye zabıta görevlilerinin bu görevi ve yetkisi, kamu tüzel kişiliğine sahip olan, kamu gücü ayrıcalıklarını kullanan ve tek taraflı işlemler yapabilen belediyenin teşkilatı içinde yer almasından kaynaklanmaktadır. Bu bağlamda, belediye zabıta görevlilerinin “*toplum düzenini, genel ahlâkı, genel sağlığı, çevreyi ve ekonomik düzeni korumak amacıyla*” idari para cezalarını uygulamalarının gerekli ve önemli olduğu belirtilmelidir.

Ancak, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde ve Anayasa’da güvence altına alınan hak arama özgürlüğünün gereği olarak, belediye zabıta görevlilerinin verdiği idari para cezalarının yargısal denetimi ve bu denetimin etkin kullanımının devlet tarafından sağlanması da bir o kadar önem taşımaktadır. Zira isabetsiz bir şekilde aleyhine idari para cezasına hükmedildiğini düşünen gerçek veya tüzel kişiler, bu cezayı başvuru yolunda görevli ve yetkili sulh ceza hakimliği nezdinde ve sonrasında da itiraz kanun yolunda görevli ve yetkili sulh ceza hakimliği nezdinde denetime tabi tutabilme imkanını ve güvencesini kullanabileceklerdir.

Böylelikle hem genel olarak tüm yargısal denetim yollarında hem de kabahatlerden kaynaklanan idari para cezalarının yargısal denetimi sürecinde kişiler, kendi koyduğu kurallara kendisinin de uyması gereken ve kendini denetleyen bir hukuk devletinde nefes alıp verdikleri hissiyatı ile hak kaybına uğramayacakları inancını taşıyacaklardır.

KAYNAKÇA

AKBULUT, Berrin: **Türk Ceza Kanunu ile Kabahatler Kanunu Genel Hükümlerinin Yaptırım Hükümleri Dışında Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010.

AKYILMAZ, Bahtiyar / SEZGİNER, Murat / KAYA, Cemil: **Türk İdare Hukuku**, Yenilenmiş 10. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2019.

ALICA, Süheyla: “Türkiye’de Çevre Suçları”, **Uğur Alacakaptan’a Armağan**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, C. 1, İstanbul, 2008, s. 59-88.

- ALICA, Süheyla: **Kent - Çevre - Hukuk**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2011.
- ARTUK, Mehmet Emin / GÖKCEN, Ahmet / YENİDÜNYA, A. Caner: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Yenilenmiş Gözden Geçirilmiş 8. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.
- ATAY, Ender Ethem: **İdare Hukuku**, 3. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2012.
- BAŞARAN YAVAŞLAR, Funda: “Vergi Usul Kanunu’nda Yer Alan Vergisel Kabahat ve Yaptırımlar”, **İstanbul Kültür Üniversitesi Tarafından Düzenlenen İdari Ceza Hukuku Sempozyumu** (Editörler: İlhan Ulusan / Funda Başaran Yavaşlar), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009, s. 285-297.
- BOZKURT, Yavuz: **Avrupa Birliği’ne Uyum Sürecinde Türkiye’de Çevre Politikalarının Dönüşümü Çevre Sorunları ve Politikaları**, Güncellenmiş 4. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2016.
- ÇAĞLAYAN, Ramazan: **İdare Hukuku Dersleri Temel Bilgiler**, Yeni Sisteme Göre Güncellenmiş 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.
- ÇAĞLAYAN, Ramazan: **İdari Yaptırımlar Hukuku (Kabahatler Kanunu Yorumu)**, Asil Yayıncılık, Ankara, 2006.
- ÇÖRTOĞLU, Sahir: **Komşuluk Hukukunda Taşınmaz Mülkiyetinin Kullanılmasının Çevreye Etki ve Sonuçları (MK 661)**, Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayınları, Ankara, 1982.
- DEMİRBAŞ, Timur: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Güncellenmiş 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013.
- DONAY, Süheyl: “İdarenin Ceza Verme Yetkisi Konusunda Anayasa Mahkemesinin Bir Kararı Üzerine Düşünceler”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 37, S. 1-4, 1971, s. 411-427.
- EKİCİ, Mustafa: **Anlatımlı - Gerekçeli Kabahatler Kanunu ile İdari Suç ve Cezalar**, Adalet Yayınevi, İstanbul, 2005.
- ERTAŞ, Şeref: **Çevre Hukuku ve Hayvan Hakları Hukuku**, 2. Baskı, İleri Yayınları, İzmir, 2012.
- GÖZLER, Kemal / KAPLAN, Gürsel: **İdare Hukuku Dersleri**, Güncellenmiş 20. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2018.

- GÜÇLÜ, Yaşar: **İdari Para Cezaları ve Diğer İdari Yaptırımlar**, Güncellenmiş 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.
- GÜNDAY, Metin: **İdare Hukuku**, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 10. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2011.
- GÜNEŞ, Ahmet M.: **Çevre Hukuku**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015.
- KANGAL, Zeynel T.: **Kabahatler Hukuku**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011.
- KANGAL Zeynel T.: **Kabahatler Hukuku**, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.
- KELEŞ, Ruşen / ERTAN, Birol: **Çevre Hukukuna Giriş**, İmge Kitabevi, Ankara, 2002.
- KELEŞ, Ruşen / HAMAMCI, Can / ÇOBAN, Aykut: **Çevre Politikası**, Güncellenmiş 8. Baskı, İmge Kitabevi, Ankara, 2015.
- KOCA, Mahmut / ÜZÜLMEZ, İlhan: **Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler**, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012.
- MAHMUTOĞLU, Fatih Selami: “Suç - Kabahat Ayrımı - İdari Ceza Hukukunun Temelleri”, **İstanbul Kültür Üniversitesi Tarafından Düzenlenen İdari Ceza Hukuku Sempozyumu** (Editörler: İlhan Ulusan / Funda Başaran Yavaşlar), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009, s. 27-42.
- MEMİŞ, Emin: **Çevre ve Çevre İdare Hukuku (Teorik ve Pratik)**, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2015.
- MEMİŞ, Emin: **Genel İdare Hukuku**, Güncellenmiş 2. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017.
- OĞURLU, Yücel: **İdari Yaptırımlar Karşısında Yargısal Korunma**, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 2. Baskı, Ankara, 2001.
- OTACI, Cengiz/KESKİN, İbrahim: **Türk Kabahatler Hukuku**, Genişletilmiş 2. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010.
- OZANSÜ, Mehmet Cemil: **Ceza Hukukunda Kasttan Doğan Sübjektif Sorumluluk**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007.
- ÖĞÜTÇÜ, Muhlis: **Çevre Kolluk İşlemleri**, Doktora Tezi, Dokuz Eylül

Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2000.

ÖZAY, İl Han: **Günışığında Yönetim**, Alfa Yayınları, İstanbul, 1996.

ÖZAY, İl Han: **Günışığında Yönetim**, 3. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017.

ÖZBEK, Veli Özer / DOĞAN, Koray / BACAKSIZ, Pınar / TEPE, İlker: **Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Bilgiler**, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.

ÖZBEK, Veli Özer / KANBUR, Mehmet Nihat / DOĞAN, Koray / BACAKSIZ, Pınar / TEPE, İlker: **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014.

ÖZEN, Mustafa: **İdari Ceza Hukuku**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.

ÖZGENÇ, İzzet: **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 11. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015.

ÖZTÜRK, Bahri / ERDEM, Mustafa Ruhan / ÖZBEK, Veli Özer: **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku**, 5. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2001.

ÖZTÜRK, Bahri / ERDEM, Mustafa Ruhan: **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, Güncellenmiş 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2011.

ÖZTÜRK, Bahri: “Kabahatler Kanunu’nun Genel Esasları”, **İstanbul Kültür Üniversitesi Tarafından Düzenlenen İdari Ceza Hukuku Sempozyumu** (Editörler: İlhan Uluslan / Funda Başaran Yavaşlar), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009, s. 123-139.

ÖZTÜRK, Bahri / TEZCAN, Durmuş / ERDEM, Mustafa Ruhan / SIRMA GEZER, Özge / SAYGILAR KIRIT, Yasemin F. / ALAN AKCAN, Esra / ÖZAYDIN, Özdem / ERDEN TÜTÜNCÜ, Efser / ALTINOK VILLEMIN, Derya / TOK, Mehmet Can: **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku** (Editör: Bahri Öztürk), Güncellenmiş 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.

SANCAKDAR, Oğuz / US, Eser / KASAPOĞLU TURHAN, Mine / ÖNÜT, Lale Burcu: **İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı**, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015.

- SÖZÜER, Adem / DURSUN, Selman: “TCK, CMK ve Kabahatler Kanunu’ndaki Son Değişiklikler Ne Getiriyor?”, **Hukuki Perspektifler Dergisi**, S. 9, 2006, s. 203-218.
- ŞAHİN, Cumhuriyet / GÖKTÜRK, Neslihan: **Ceza Muhakemesi Hukuku II**, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.
- ŞAHİN, Cumhuriyet: “Kabahatler Kanununun Uygulanmasına İlişkin Hukuki Değerlendirmeler (I)”, **Fasikül Hukuk Dergisi**, C. 2, S. 4, 2010, s. 10-13.
- ŞEN, Ersan: **Çevre Ceza Hukuku (Ceza Hukuku Açısından Sağlıklı ve Düzenli Bir Çevrede Yaşama Hakkı)**, Kazancı Yayınevi, İstanbul, 1994.
- ŞEN, Ersan: “Kabahatler Kanunu’nun Ceza Muhakemesi Kanunu Hükümleri ile İlişkisi”, **Ceza Hukuku Dergisi**, C. 5, S. 12, 2010, s. 11-17.
- ŞEN, Ersan: **Uluslararası Ceza Mahkemesi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009.
- TAŞDELEN, Aziz: **Vergi Usul Kanunu Yönünden Vergi Kabahatleri**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010.
- TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/ÖNOK, R. Murat: **Uluslararası Ceza Hukuku**, Güncellenmiş 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- TOROSLU, Nevzat / FEYZİOĞLU, Metin: **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 18. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2018.
- ULUSAN, İlhan: **Medeni Hukukta Fedakarlığın Denkleştirilmesi İlkesi ve Uygulama Alanı**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1977.
- ULUSOY, Ali D.: **İdari Yaptırımlar**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013.
- ÜNVER, Yener / NUHOĞLU, Ayşe: **Federal Almanya Çevre Ceza Hukuku**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 1999.
- YALÇIN, İsmail: **Tüm Yönleriyle Kabahatler Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007.
- YAVUZ, Hakan: **Çevre Sorunları ve Maliye Politikası**, Savaş Yayınevi,

Ankara, 2017.

YENİSEY, Feridun / NUHOĞLU, Ayşe: **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Güncellenmiş 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.

YILDIRIM, Turan / YASİN, Melikşah / KAMAN, Nur / ÖZDEMİR, H. Eyüp / ÜSTÜN, Gül / OKAY TEKİNSOY, Özge: **İdare Hukuku** (Editör: Turan Yıldırım), Güncelleştirilmiş 7. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.

YILMAZ TURGUT, Nükhet: **Çevre Politikası ve Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2012.

YOKUŞ SEVÜK, Handan: **Çevre Hukuku ve Doğal Çevrenin Korunması**, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.

YURTCAN, Erdener: **Yargıtay Kararları Işığında Kabahatler Kanunu ve Yorumu**, 3. Bası, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2018.

