



**İSTANBUL AYDIN ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ**

Yıl 8 Sayı 1 -Haziran 2022
Volume 8 Issue 1-June 2022

Genel DOI: 10.17932/IAU.HFD.2015.018
Cilt 8 Sayı 1 DOI: 10.17932/IAU.HFD.2015.018/2022.801

İSTANBUL AYDIN ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

ISSN : 2149-5890 / E-ISSN 2757-5209

Sahibi

Doç. Dr. Mustafa AYDIN

Yazı İşleri Müdürü

Zeynep AKYAR

Editör/Editor

Dr. Öğr. Üyesi Buse AKSARAY ERKMAN

Editör Yardımcıları/Associate Editor

Arş. Gör. Cansu BAŞARAN

Arş. Gör. Merve ERDOĞAN

Akademik Çalışmalar Koordinasyon Ofisi

İdari Koordinatör/Administrative Coordinator

Süheyla AĞAN

Türkçe Redaksiyon/Turkish Proofreading

Süheyla AĞAN

İngilizce Redaksiyon/English Proofreading

Neslihan İSKENDER

Grafik Tasarım/Graphic Desing

Deniz Selen KAĞITCI

Dil/Language

Türkçe

Yayın Periyodu/Publication Period

Yılda iki sayı: Haziran & Aralık

Yıl 8 Sayı 1 - Haziran 2022

Volume 8 Issue 1 - June 2022

Yazışma Adresi/Correspondence Address

Beşyol Mahallesi, İnönü Caddesi, No: 38, Sefaköy, 34295

Küçükçekmece/İstanbul

Tel: 0212 444 1 428 - 23410

Fax: 0212 425 57 97

Web: www.aydin.edu.tr

E-mail: hukukdergi@aydin.edu.tr

Baskı/Printed by

Levent Baskı Merkezi - Sertifika No: 35983

Adres: Emniyetevler Mahallesi Yeniçeri Sokak No:6/A

4. Levent / İstanbul, Türkiye

Tel: 0212 270 80 70

E-mail: info@leventbaskimerkezi.com

Yayın Kurulu

Prof. Dr. Yadiğar İZMİRLİ, İstanbul Aydın Üniversitesi

Prof. Dr. Vahit DOĞAN, İstanbul Aydın Üniversitesi

Prof. Dr. Cumhur ŞAHİN, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi

Prof. Dr. Kadir ARICI, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi

Prof. Dr. Murat DOĞAN, Erciyes Üniversitesi

Bilimsel Danışma Kurulu

Prof. Dr. Ali Kemal YILDIZ, Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ayhan DÖNER, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ayşe Füsün ARSAVA, Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ebru CEYLAN, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Cemil KAYA, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Emre ESEN, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Enver BOZKURT, Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ertan DEMİRKAPI, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Eyyup Günay İSBİR, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Haluk Hadi SÜMER, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Haluk Nami NOMER, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Havva KARAGÖZ, MEF Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hüseyin BAĞCI, Orta Doğu Teknik Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. İsmail KAYAR, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. İsmail Yılmaz ASLAN, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mehmet Tevfik GÜLSOY, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Muhammed Fatih UŞAN, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi

- Prof. Dr. Murat ATALI**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Murat TOPUZ, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Murat Volkan DÜLGER, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Musa AYGÜL, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Oğuz Sadık AYDOS, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Olgun DEĞİRMENCİ, TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ömer Adil ATASOY, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK, FSM Vakıf Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Şahin AKINCI, İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ufuk AYDIN, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Vecdi AKYÜZ, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Zehra Gönül BALKIR, Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Zehreddin ASLAN, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Abdurrahman SAVAŞ, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Armağan Ebru BOZKURT YÜKSEL, Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi
Doç. Dr. Cavid ABDULLAHZADE, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Ekrem KURT, MEF Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Hakkı Hakan ERKİNER, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Mehmet AKÇAAL, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Neslihan GÖKTÜRK, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Pakize Ezgi AKBULUT, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Süheyla BALKAR BOZKURT, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Umur YENİOCAK, İstanbul Altınbaş Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Aslı TOPUKÇU, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Aslıhan ÖZTEZEL, Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Ayşen ÇİLENTİ KONURALP, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Burçak TATLI, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Cüneyt PEKMEZ, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Derya KESKİNCİ, Ondokuz Mayıs Üniversitesi Adalet Meslek Yüksek Okulu
Dr. Öğr. Üyesi Ender DEMİR, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Evrim KERMAN, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Gizem PERÇİN, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Hakan GÜNDÜZ, Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi İlhan YİĞİT, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Kemale Leyla BİNGÖL, İstanbul Aydın Üniversitesi Adalet Meslek Yüksek Okulu
Dr. Öğr. Üyesi Muhammed DEMİREL, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Mustafa Cahit GÜNEL, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Mehtap İpek İŞLETEN, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Seda ERGÜNEŞ EMRAĞ, İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Şaban Cankat TAŞKIN, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Tuğba SEMERCİ VURALOĞLU, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi

İçindekiler

Araştırma Makalesi

Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin OMT Kararı ve Ultra-Vires Yetki İtirazı

OMT Decision of the Federal German Constitutional Court and Ultra-Vires Authority Objection

Prof. Dr. Ayşe Füsün ARSAVA1

Anonim Şirketlerde Fiili Organın Temsil Yetkisinin Varlığı Sorunu

İsviçre Federal Mahkemesi'nin 9 Ekim 2019 Tarihli Kararı Çerçevesinde Bir Değerlendirme (BGE 146 III 37)

The Problem of The Existence of Power to Represent The De Facto Organ of The Joint-Stock Companies

An Evaluation In The Framework of The Swiss Federal Court Decision of October 9, 2019 (BGE 146 III 37)

Prof. Dr. Murat Yusuf AKIN, Arş. Gör. Özge KURU17

Soybağının Reddi Davasında Hak Düşürücü Sürenin Haklı Sebep Uzaması

Extension of the Peremptory Time Limit for Justified Reason in the Denial of Paternity Lawsuit

Dr. Öğr. Üyesi Tülay AYDIN ÜNVER43

Yardımcı Kişilerin Sözleşmeyi İhlal Etmeye Veya Ticari Bilgileri İfşa Etmeye Yönlendirilmesi

Inducement of Employees to Terminate The Contract or Disclose Trade Secrets

Av. Tarık Can ERCAN.....77

Konferans Bildirisi

Kişisel İlişki Kurma Hakkı Ve Pandemi Döneminde Hakkın Kullanılmasına Yönelik Problemler

The Right To Establish A Personal Relations And Problems Regarding The Use of The Right During The Pandemic Period

Dr. Öğr. Üyesi Meltem ERTUĞRUL95

Doi Listeleri - DOI Numbers

Genel DOI: 10.17932/IAU.HFD.2015.018

Cilt 8 Sayı 1 DOI: 10.17932/IAU.HFD.2015.018/2022.801

Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin OMT Kararı ve Ultra-Vires Yetki İtirazı

OMT Decision of the Federal German Constitutional Court and Ultra-Vires Authority Objection

Prof. Dr. Ayşe Füsün ARSAVA

10.17932/IAU.HFD.2015.018/hfd_v08i1001

Anonim Şirketlerde Fiili Organın Temsil Yetkisinin Varlığı Sorunu

İsviçre Federal Mahkemesi'nin 9 Ekim 2019 Tarihli Kararı Çerçevesinde Bir Değerlendirme (BGE 146 III 37)

The Problem of The Existence of Power to Represent The De Facto Organ of The Joint-Stock Companies

An Evaluation In The Framework of The Swiss Federal Court Decision of October 9, 2019 (BGE 146 III 37)

Prof. Dr. Murat Yusuf AKIN, Arş. Gör. Özge KURU

10.17932/IAU.HFD.2015.018/hfd_v08i1002

Soybağının Reddi Davasında Hak Düşürücü Sürenin Haklı Sebep Uzmanı

Extension of the Peremptory Time Limit for Justified Reason in the Denial of Paternity Lawsuit

Dr. Öğr. Üyesi Tülay AYDIN ÜNVER

10.17932/IAU.HFD.2015.018/hfd_v08i1003

Yardımcı Kişilerin Sözleşmeyi İhlal Etmeye Veya Ticari Bilgileri İfşa Etmeye Yönlendirilmesi

Inducement of Employees to Terminate The Contract or Disclose Trade Secrets

Av. Tank Can ERCAN

10.17932/IAU.HFD.2015.018/hfd_v08i1004

Kişisel İlişki Kurma Hakkı Ve Pandemi Döneminde Hakkın Kullanılmasına Yönelik Problemler

The Right To Establish A Personal Relations And Problems Regarding The Use of The Right During The Pandemic Period

Dr. Öğr. Üyesi Meltem ERTUĞRUL

10.17932/IAU.HFD.2015.018/hfd_v08i1005

Editörden

İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, on dördüncü sayısı ile akademisyenlerin ve hukuk uygulamacılarının, hukuki görüşlerini bildirdikleri değerli eserlerini yayınlamaya devam etmektedir.

Derginin bu sayısında; Prof. Dr. Ayşe Füsün Arsava'nın "Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin OMT Kararı ve Ultra-Vires Yetki İtirazı" başlıklı araştırma makalesi, Prof. Dr. Murat Yusuf Akın ve Arş. Gör. Özge Kuru'nun "Anonim Şirketlerde Fiili Organın Temsil Yetkisinin Varlığı Sorunu İsviçre Federal Mahkemesi'nin 9 Ekim 2019 Tarihli Kararı Çerçevesinde Bir Değerlendirme (BGE 146 III 37)" başlıklı araştırma makalesi, Dr. Öğr. Üyesi Tülay Aydın Ünver'in "Soybağının Reddi Davasında Hak Düşürücü Sürenin Haklı Sebeple Uzaması" başlıklı araştırma makalesi, Av. Tarık Can Ercan'ın "Yardımcı Kişilerin Sözleşmeyi İhlal Etmeye veya Ticari Bilgileri İfşa Etmeye Yönlendirilmesi" başlıklı araştırma makalesi, Dr. Öğr. Üyesi Meltem Ertuğrul'un "Kişisel İlişki Kurma Hakkı ve Pandemi Döneminde Hakkın Kullanılmasına Yönelik Problemler" başlıklı konferans bildirisi bulunmaktadır.

Derginin bilim dünyasına kazandırılmasında katkısı olan kıymetli yazarlara teşekkür ederim.

Editör

Dr. Öğr. Üyesi Buse AKSARAY ERKMAN

FEDERAL ALMAN ANAYASA MAHKEMESİ'NİN OMT KARARI VE ULTRA-VIRES YETKİ İTİRAZI*

Prof. Dr. A. Füsun ARSAVA**

Öz

Federal Alman Anayasa Mahkemesi İkinci Senatosunun 14.01.2014 tarihli OMT (Outright Monetary Transactions) ön karar başvuru kararı Alman Anayasa Mahkemesinin AB Divanı'na ilk başvuru örneğini oluşturması ve diğer taraftan AB organ tasarrufu olarak OMT programını ultra-vires kategorize eden ilk örnek olması nedeni ile önem taşımaktadır. Federal Alman Anayasa Mahkemesi İkinci Senatosu Alman anayasa organlarının entegrasyon sorumluluğundan ve onların ultra-vires durumlarda GG 38.madde, 1.fıkra, 1.cümleden doğan dava ehliyetinden hareket ederek verdiği bu kararda Avrupa egemenliğine demokratik meşruiyet sağlama sorumluluğunun anayasa organlarına ait olduğunu ilan etmiştir. Makalede AB tarafından kullanılan egemenlik haklarının demokratik meşruiyeti ihlâl etmesi durumunda anayasal organların demokratik meşruiyeti yeniden sağlama sorumlulukları ve bu bağlamda kullanılması söz konusu olan yöntemler OMT kararı örneğinde tartışılmakta ve değerlendirilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Egemenlik devri, Demokratik meşruiyet, Entegrasyon sorumluluğu, Seçmen hakları, Anayasal kimlik.

OMT Decision of the Federal German Constitutional Court and Ultra-Vires Authority Objection

Abstract

The OMT (Outright Monetary Transactions) preliminary ruling of the second senate of the Federal Constitutional Court of Germany, dated 14.01.2014, is important because it is the first example of the Federal Constitutional Court of Germany to apply to the EU Court of Justice, and on the other hand, it is the first example to categorize the OMT program as ultra-vires act of EU's organ. In this decision, the second senate of the

* Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 16.05.2022 - Kabul Edildiği Tarih: 30.06.2022

** Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Uluslararası Kamu Hukuku Anabilim Dalı, mahmutarsava@hotmail.com, ORCID: 0000-0003-2275-7664.

DOI: 10.17932/LAU.HFD.2015.018/hfd_v08i1001

Federal Constitutional Court, based on the responsibility for the integration of the German constitutional organs and their capacity to act in case of ultra-vires issues emanating from article 38, paragraph 1 and sentence 1 of the GG (German Constitution), has declared that the responsibility for providing democratic legitimacy to European sovereignty rests with the constitutional bodies. In the article, the responsibilities of constitutional bodies to restore democratic legitimacy in case the sovereign rights used by the EU violate the democratic legitimacy and the methods used in this context are discussed and evaluated in the example of the OMT decision.

Keywords: *Sovereignty transfer, Democratic legitimacy, integration responsibility, Voter rights, Constitutional identity.*

Giriş

Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin 14.01.2014 tarihli OMT ön karar başvuru kararı (bkz.: https://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs2014_2_BvR_27813.html) birçok bakımdan tarihi bir karar olarak nitelendirilmektedir. Karar her şeyden önce Alman Anayasa Mahkemesi'nin AB Divanı'na ilk başvuru örneğini oluşturduğu gibi, diğer taraftan da Avrupa Merkez Bankası'na gerekli durumlarda Euro krizi içinde olan üye devletlerin tahvillerini ikincil piyasadan sınırsız şekilde satın alma yetkisi veren OMT programının AB organı tasarrufu olarak ultra-vires kategorize edildiği ilk örneğini oluşturmaktadır.¹ Ön karar başvuru kararının OMT programının gerçekten ultra-vires tasarruf teşkil edip etmediğinden ayrı olarak, anayasa hukuku muvacehesinde konuyu yetki denetimi olarak ele alması itibariyle de büyük önemi bulunmaktadır. Federal Alman Anayasa Mahkemesi İkinci Senatosu dikkat çekici şekilde Alman anayasa organlarının entegrasyon sorumluluğundan ve onların ultra-vires durumlarda GG 38.madde (*Seçimler*), 1.fıkra, 1.cümleden doğan subjektif dava ehliyetinden hareket ederek şimdiye dek olan içtihadına devam etmiştir. Avrupa entegrasyonu çerçevesinde gerek Alman anayasa organlarına düşen mükellefiyetler, gerekse onların vatandaşlar tarafından dava edilebilirliği şimdiye dek Federal Alman Anayasa Mahkemesi içtihatlarının birçok kez konusu olmuştur.

Federal Alman Anayasa Mahkemesi Lizbon kararı ile Avrupa egemenliği ve Federal Meclis arasında kurduğu bağlantı üzerinden Avrupa egemenliğine demokratik meşruiyet sağlama sorumluluğunun anayasa organlarına ait olduğunu ilan etmiştir.² Bu sorumluluktan bir taraftan Federal Meclisin bilgi edinme ve AB seviyesinde alınan kararlara katılım hakkı, diğer

¹ HERMANN, Christoph, Die Bewältigung der Euro-Staatsschuldenkrise an den Grenzen des deutschen und europäischen Währungsverfassungsrechts, EuZW 2012, s.805, 809 vd.

² KOTTMANN, Matthias/ WOHLFAHRT, Christian, Der gespaltene Wächter? –Demokratie, Verfassungsidentität und Integrationsverantwortung im Lissabon-Urteil, ZaöVR 2010, s. 443, 454 vd.

tarafından da demokratik temel prensiplerin korunmasına matuf olarak uygun ulusal önlemler alma yükümlülüğü doğmaktadır.³ Avrupa entegrasyonu bağlamında AB tarafından kullanılan egemenlik haklarının demokratik meşruiyeti ihlâl eden bir durum yaratması halinde entegrasyon sorumluluğu demokratik meşruiyeti yeniden sağlama ve istisnai durumlarda hatta AB'nin entegrasyon sürecinden imtina etme yükümlülüğü doğurmaktadır.⁴

Federal Alman Anayasa Mahkemesi söz konusu bu objektif hukuk yükümlülüklerinin dava konusu olması bağlamında GG 38.madde, 1.fıkra, 1.cümleyi esas almaktadır. Federal Alman Anayasa Mahkemesi anayasanın 38.maddesinin vatandaşlara Federal Meclisin seçilmesine ve dolayısı ile devlet yetkilerinin meşruiyet kazanmasına imkân veren demokratik içeriğinden vatandaşlar lehine sübjektif bir hak istihraç etmektedir.⁵ Mahkeme bununla beraber kararlarında birçok kez GG 38.madde, 1.fıkra, 1.cümle hükmünün Federal Meclisin çoğunluk kararlarının denetimi bakımından genel bir sübjektif hak vermediğini vurgulamıştır.⁶ Mahkemenin şimdiye dek söz konusu olan içtihatlarında GG 38.madde, 1.fıkra, 1.cümlesinden doğan sübjektif hak AB'ne yetki devri ve Uluslararası Hukuka göre şekillendirilen AVRO'yu kurtarma prosesi çerçevesinde gündeme getirilmiştir. GG'in 38.maddesi demokratik meşruiyetin temininde ağırlığı olan yetkilerin kullanılması ve kararların alınması (özellikle bütçe politikasının belirlenmesi) sorumluluğunu merkezi siyasi kararların başka türlü alınmasının mümkün olmaması nedeniyle Federal Meclise bırakmıştır. Bu tablo anayasa mahkemesinin bunun ötesinde GG 38.madde, 1.cümle hükmünden seçme hakkı olan bireyler ve Avrupa egemenliğinin meşruiyeti arasında kurduğu bağ üzerinden bireyler lehine AB'ne sınırsız yetki devrini engellemeye matuf bir sübjektif hak istihraç ettiğini ortaya koymaktadır.⁷

Anayasa mahkemesi OMT ön karar başvuru kararında GG'in 23.madde (*Avrupa Birliği – Temel Hakların Korunması – Talilik İlkesi*), 1.fıkra, 3.cümlesi ile bağlantılı olarak 79.madde, 3.fıkra muvacehesinde anayasal kimliğin ihlâli ve Birlik organlarının nitelikli yetki aşımı (ultra-vires) durumlarında denetim yetkisinin kullanılmasını entegrasyon sorumluluğunun icabı olarak değerlendirmiştir.⁸ Anayasa mahkemesinin OMT'ye ilişkin ön karar başvurusuna kadar anayasa hukuku literatüründe entegrasyon sorumluluğu teorik karakterli olarak değerlendirilmiştir. Ultra-vires tasarruflara ilişkin bir örnek teşkil eden Mangold kararında anayasa mahkemesi entegrasyon sorumluluğuna değinmemiştir. Anayasa

³ BVerfGE 123, 267, 356.

⁴ BVerfGE 123, 267, 364 vd.

⁵ BVerfGE 89, 155, 171 vd.

⁶ BVerfGE 129, 124, 168; BVerfGE, NWwZ, 2013, 858 859.

⁷ BVerfGE 123, 267, 331 vd.

⁸ BVerfGE 123, 267, 353 vd.

mahkemesi ilk kez Honeywell kararında,⁹ GG'in 12.madde (*Meslek özgürlüğü*), 1.fikrasına istinat eden anayasa şikâyeti davası) ultra-vires yetki kullanımı iddiasının kabul edilmesi için yetki ihlâlinin açık ve söz konusu AB tasarrufunun üye devletler ve Birlik arasındaki yetki dağılımında temel prensip olan sınırlı, münferit yetki prensibini ve hukuk devleti prensibini önemli ölçüde ihlâl etmesi gerektiğine vurgu yapmıştır.¹⁰ Honeywell kararı ancak ihlâlin açıklığı ve yetki ihlâlinin kabul edilmesi için hangi hususların gerekli olduğunu önemli ölçüde belirsiz bırakmıştır.¹¹ Bu bağlamda kararda ayrıca sadece anayasal kimliğe dâhil yahut üye devletlerdeki demokratik prosesle bağlantılı alanların değil, bunların yanı sıra anayasa mahkemesi tarafından önemli kabul edilen ihlâllerin de ultra-vires denetime esas kabul edildiği görülmektedir.

Anayasa mahkemesi her ne kadar OMT-ön karar başvuru kararına kadar AB organlarının tasarruflarını ultra-vires olarak kategorize etmemiş ise de, mahkeme yargıçlarının artan bir şekilde o dönemde ultra vires tasarruflarla ilgilendiği gözlenmiştir. Federal Alman Anayasa Mahkemesi örneğin Antiterrordatei kararında Åkerberg Fransson davasında,¹² AB Divanı'nın AB temel haklarının uygulanma alanını kapsamlı olarak belirlemesini Divan'ın yetki aşımında bulunduğu iddiası ile ağır şekilde eleştirmiştir.¹³ OMT ön karar başvuru kararı Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda özetlenen şimdiye dek takip ettiği içtihadı uygundur. Ancak karar kimi diğer özelliklere sahiptir. İkinci Senato tarafından kararda öncelikle temel hakların himayesinde söz konusu edilen önleyici teminatlar açıklığa kavuşturulmuştur. Bunun arkasından Federal Meclisin ve Federal Hükümetin açık ve yapısal olarak önemli addedilen yetki aşımı durumlarında doğan mükellefiyetleri ve GG 38.madde, 1.fikra, 1.cümleinin (sübjektif) maddi hukuk içeriği ele alınmıştır.

I - Temel Hakların Önleyici Olarak Temin Edilmesi

Avrupa Merkez Bankası OMT-programını ilan etmekle beraber dava tarihine dek uygulamamıştır. Etkin bir hukuki tasarrufun bulunmaması durumunda bir anayasa şikâyeti davasının açılmaması nedeniyle¹⁴ AB'nin Çalışma Usulleri Hakkındaki Anlaşma'nın 267.madde, 1.fikra, b-bendi muvacehesinde bu bağlamda bir ön karar başvurusunun da caiz olmaması gerekmektedir¹⁵ Anayasa mahkemesi ancak hukuken etkin bir tasarrufun mevcut olmamasına rağmen önleyici hak teminatı yaklaşımı ile anayasa

⁹ BVerfGE 126, 286.

¹⁰ BVerfGE 126, 286, 304.

¹¹ PÖTTERS Stephan/TRAUT,Johannes, Die ultra-vires Kontrolle des BVerfG nach "Honeywell" – Neues zum Kooperationsverhältnis von BVerfG und EuGH? EuR 2011, s.580 vd.)

¹² EuGH, 26.02.2013, Rs. C-617/10 (Åkerberg Fransson), EuZW 2013, 302.

¹³ RABE, Hans-Jürgen, Grundrechtsbindung der Mitgliedstaaten, NJW 2013, s.1407, 1408)

¹⁴ GG 93.madde, 1.fikra, Nr.49 ve BVerfGG §90, 1.fikra.

¹⁵ PERNICE, Ingolf, Karlsruhe wagt den Schritt nach Luxemburg, Verfassungsblog, 10.02.2014.

şikâyetinin caiz olduğunu ve tahvil alımlarını öngören OMT-programına karşı anayasa şikâyeti davasının açılmasını kabul etmiştir. OMT-programının öngördüğü tahvil alımları kararda vurgulandığı üzere her ne kadar henüz yapılmamış ise de, bunun kısa bir süre içinde gerçekleşebileceği varsayılmıştır. Bu durum düzeltilmesi mümkün olmayan sonuçlar doğurma potansiyeline sahiptir. Bu ise Federal Meclis'in bütçe politikasında taşıdığı genel sorumluluğun tehlikeye girmesine yol açabilir.

Ön karar başvurularının soyut ve hipotetik hukuki soruların cevaplandırılmasına hizmet etmemesi nedeniyle AB Adalet Divanı'nın bu tür ön karar başvurularını reddetmesi mümkündür. Divanın uygulamada bu bağlamda yapılan ön karar başvurularına nasıl bir tepki vereceği kesin olarak bilinmemektedir. İlk Derece Mahkemesi 17.12.2013 tarihli kararıyla OMT-programına karşı açılan iptal davasını reddetmiştir.¹⁶ İlk Derece Mahkemesi söz konusu red kararını OMT kararının hukuki etkinliğinin eksikliğine istinaden değil, bu çerçevede yetkisinin olmamasına istinat ettirmiştir. İlk Derece mahkemesi davada OMT kararının etkinliği konusunu açıkça ele almamıştır. İlk Derece Mahkemesi kararında davacının etkin korunma hakkının açılan davanın kabul edilmesine bağlı olmadığını, zira derdest dava esnasında tüm ulusal mahkemelerin AB Divanına ön karar başvuru olanağının bulunduğunu, davacının haklarının teminine ilişkin etkin hukuki önlemler alma yetkisinin öncelikle ulusal mahkemelere ait olduğunu vurgulamıştır.

II - AB Organlarının Açık ve Strüktürel Önemli Yetki Aşımalarında Anayasal Organların Mükellefiyetleri

OMT davasında önceki prosedürlerde olduğu gibi anayasal organların ve AB organlarının sadece tasarrufları değil, ihmalleri de dava konusu olarak kabul edilmiştir.¹⁷ Kimi anayasa şikâyetçileri doğrudan Avrupa Merkez Bankası programına karşı başvuru yaparken, kimileri de Federal Merkez Bankasının OMT programında öngörülen tahvil alımlarına olası katılımını anayasa şikâyeti konusu yapmıştır. Bunun yanı sıra kimi şikâyetçiler Avrupa Merkez Bankası'nın yetki aşımına karşı Federal Meclisin ve Federal Hükümetin hareketsiz kalmasını anayasa şikâyeti konusu yapmıştır. Bununla beraber şikâyet konusu hareketsizlikler arasında da farklılıklar bulunmaktadır. Kimi şikâyetçiler AB'nin Çalışma Usulleri Hakkındaki Anlaşma'nın 263.maddesine göre AB Divanı nezdinde iptal davasının açılmamasını (hareketsizliği) dava konusu yaparken, diğerleri OMT kararının ortadan kaldırılması için etkin önlemler alma yükümlülüğünün yerine getirilmemesini dava konusu yapmıştır. Bu çerçevede devlet

¹⁶ EuGH, 10.12.2013, Rs. T-492/12 (von Storch/EZB)

¹⁷ RADTKE, Holger, Goldene Brücken nach Luxemburg: Die Neuermessung des Rechtsschutzes im nationalen Europaverfassungsrechts, Juwiss-Blog, 10.02.2014.

organlarının OMT programına karşı ne ölçüde aktif olarak önlem alma mükellefiyetinin bulunduğu açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

A. Federal Alman Anayasa Mahkemesi ikinci senatosunun çoğunluk kararı

Anayasa Mahkemesi İkinci Senatosu Federal Meclisin ve Federal Hükümetin ultra-vires AB tasarruflarına karşı önlem alma yükümlülüğünü kabul etmiştir. Bu yükümlülüğün dayanağı olarak entegrasyon sorumluluğu esas alınmıştır. Entegrasyon sorumluluğunun yerine getirilmesi bağlamında ağırlıklı olarak GG 23.madde, 1.fıkra, 2.cümlede öngörülen kanunilik çekincesine istinat edilmiştir. Federal Meclis ve Federal Hükümet AB tasarruflarının oluşumuna sadece katkı yapmakla ve AB tasarruflarını iç hukukta düzenlemekle mükellef olmayıp, gerektiği takdirde entegrasyon programına riyeti sağlamamakla da mükelleftir. İkinci Senato'ya göre bu mükellefiyet sadece AB organlarının açık ve strüktürel önemli yetki aşimleri durumlarında söz konusudur.

Tasarrufta bulunma mükellefiyetinin içeriği prensip olarak belirsizdir. Federal organların her ikisine de prensip olarak yükümlülüğün yerine getirilmesinde hukuki ve siyasi araçları seçme olanağı bırakılmıştır. Bu çerçevede anayasa mahkemesi tarafından vurgulanan iki husus önemlidir. Bunlardan birincisi AB organlarının yetkileri içinde kalmaları, ikincisi ise AB organlarının yetkilerini kullanırken erişilecek amaç çerçevesinde kalmalarıdır. Yetki aşımına karşı Federal Meclis ve Federal Hükümet için öngörülen önlem alma yükümlülüğü önemli eleştirilere neden olmuştur. Yargıç Lübbe-Wolff karşı oyunda AB organlarının yetki aşımı durumlarında Federal Meclis ve Federal Hükümetin ne şekilde reaksiyon göstereceği bağlamında muayyen bir davranışta bulunma yükümlülüğünün öngörülmesinin mantıklı olmayacağıın altını çizmiştir.¹⁸ Bu tür kurallar ne anayasa metninde, ne de içtihatlarda yer almaktadır. İkinci Senato, anayasal kimlik itirazları yanı sıra başka ultra-vires itirazları da caiz gördüğü kararında Federal Meclis ve Federal Hükümetin aktif tasarruf mükellefiyetini kabul etmiştir. Yargıç Gerhard'tın görüşüne göre yetki ihlâlinin olup olmadığı ve bu ihlâllerin hangi ağırlığa sahip olduğu anayasal organların siyasi takdirine bağlıdır.¹⁹ Objektif bir yetki aşımının hukuki kriterlere tâbi olarak tespit edilmesi mümkündür. Yargıç Lübbe-Wolff'a göre de OMT ön karar başvuru kararında bu bağlamdaki tasarruf mükellefiyetinin türü, kapsamı yeterli ölçüde belirlenmemiştir. Düşünülebilecek reaksiyonlar sembolik bir bildirimden, parasal birlikten çıkmaya kadar uzanabilir. Tasarrufta bulunma yükümlülüğünün içeriğinin belirlenmesi anayasa mahkemesi kararının icrası icabı önem taşımaktadır. Federal Meclisin, Federal Hükümetin ve diğer anayasa organlarının

¹⁸ BVerfG, 14.1.2014, bknz.: OMT-ön karar başvuru kararı..

¹⁹ SCHALAST, Christoph, Der OMT-Vorlagebeschluss des Bundesverfassungsgerichts: Ein Trojanisches Pferd?, Betriebs Berater 9/2014, s.449-512

pozitif tasarruf yükümlülüğünün anayasa hukukunda düzenlendiği örnekler bulunmaktadır. Temel haklar ve temel hak benzeri haklar alanında GG şekillendirme, koruma yahut yerine getirme yükümlülüğü olarak durumun özelliğine göre farklı kapsamda tasarrufta bulunma yükümlülüğü kabul etmektedir.²⁰ Bu mükellefiyetler –yazılı yahut yazısız olsun- doğal olarak GG 1.madde (*İnsanın onur ve haysiyetinin korunması*), 3.fıkra ve 20.madde, 3.fıkra, 1.cümle üzerinden yasama organı olarak Federal Meclisi de bağlamaktadır. Anayasa hukukunun diğer düzenlemelerinde de tasarrufta bulunma yükümlülüğü kabul edilmiştir.²¹ Örneğin devletin amaçlarına ilişkin hükümler yasama organına da aktif tasarrufta bulunma yükümlülüğü getirmektedir. Diğer tasarruf yükümlülükleri açık bir şekilde örneğin GG 33.madde (*Yurttaşlık haklarında eşitlik; memurların durumu*), 5.fıkra, 110.madde, 2.fıkra, 1.cümle yahut 131.madde, 1.cümlesinde öngörülmekte yahut içtihat yoluyla kabul edilmektedir. Avrupa entegrasyonu bağlamında tasarrufta bulunma yükümlülüğü anayasanın verdiği bir görev olarak GG 23.madde, 1.fıkra, 1.cümlede açıkça karşımıza çıkmaktadır.²²

Bu düzenlemeler ancak ultra-vires tasarruflar için tasarrufta bulunma yükümlülüğü getirmemektedir. Tasarrufta bulunma yükümlülüğüne ilişkin olarak Lübbe-Wolff GG metnindeki cılız düzenlemeye işaret etmektedir. AB'nin dayanağı olmayan, demokratik meşruiyeti olmayan yetkiler kullanması durumunda GG'in 23.madde, 1.fıkra, 2.cümlesi ve 3.cümlesi Alman anayasa organlarının aktif müdahalesini öngörmemektedir. GG'in diğer hükümlerinden de Alman anayasa organlarının AB organlarının demokratik meşruiyeti olmayan tasarruflarına karşı her koşulda reaksiyon göstermeleri gerektiği sonucu çıkmamaktadır. Bununla beraber diğer taraftan anayasanın lâfzı anayasa organlarının tasarrufta bulunma yükümlülüğüne aykırı düşmemektedir. Federal Alman Anayasa Mahkemesinin anayasa metninin cılız dayanağına rağmen Federal Meclisin tekrar tekrar tasarruf yükümlülüğünü kabul etmesi GG'in lâfzından hareket edenlerin tezlerini zayıflatmaktadır.²³ Anayasa mahkemesinin entegrasyon sorumluluğuna ilişkin içtihadı gelecekte yeterli ölçüde demokratik meşruiyetin gözlenmediği AB tasarrufları bakımından anayasal organlar için açıkça tasarruf yükümlülüğü öngörmektedir. Senato tarafından öngörülen mükellefiyet AB organlarının nitelikli yetki aşımı durumlarında demokratik meşruiyetin yeniden tesisini hedeflemektedir. Mahkemenin içtihadı bu şekilde GG 23.madde, 1.fıkra, 2.cümle ve 3.cümlede egemenlik devri

²⁰ PAPIER, Hans-Jürgen, Art.14, bkzn.: MAUNZ, Theodor/ DÜRIG, Günter (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 69.Ergänzungslieferung, 2013, C.H.BeckVerlag München.

²¹ ISENSEE, Josef, §191, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, Rn.272 vd., bkzn.: Josef Isensee/Paul Kirchhof(Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts IX, 3.Aufl. 2011, C.F.Müller Verlag, Heidelberg.

²² CLASSEN, Claus Dieter, Art.23, Rn.7, bkzn.: Hermann von Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Bd.2, 6.Aufl. 2010, Verlag Franz Vahlen, München.

²³ BVerfGE 77, 170, 214 vd.

bağlamında öngörülen demokratik meşruiyet amacını geliştirmektedir.²⁴ Tasarruflarda bulunma yükümlülüğünün kabul edilmediği durumlarda Federal Meclis siyasi takdir hakkına istinaden yeterli ölçüde demokratik meşruiyeti olmayan tasarruflara hoşgörü gösterme olanağına sahiptir. Anayasa organlarının bilinçli olarak tasarruflarda bulunmaması demokratik bir karar olarak yorumlanabilir. Şüphesiz böyle bir karar yetki devrine ilişkin anayasa düzenlemesine ters düşebilir. Ultra-vires yetki kullanımı bağlamında Federal Meclis ve Federal Hükümetin tasarruflarda bulunmaması de iure olmasa da, fiilen münferit bir duruma ilişkin olarak AB'ne yetki devrine yol açabilir. Ancak GG 23.madde, 1.fıkra, 3.cümlesinde öngörülen yetki devri prosedürü dışında bir prosedür ile anayasa organları tarafından yetki devri caiz değildir.²⁵ GG'nin 23.madde, 1.fıkra, 3.cümlesi, GG 79.madde (*Anayasanın değiştirilmesi*), 2.fıkrası ile bağlantılı olarak AB'ye yetki devri için Federal Meclisin ve Eyalet Meclisinin 2/3 çoğunluğu ile kabul edilen bir yetki devri kanununa ihtiyaç vardır. Böyle bir durumda anayasal organların tasarruflarda bulunma yükümlülüğünün reddi ve siyasi takdir hakkının kabul edilmesi sadece anayasada öngörülen şekli prosedürün değil, aynı zamanda anayasanın öngördüğü demokratik çoğunluğun devre dışı bırakılmasına yol açar. Entegrasyon sorumluluğundan doğan tasarruf mükellefiyeti bu tür bir sonucu önlemeye matuftur. Bununla beraber Federal Meclisin ne zaman tasarruf yükümlülüğünü yerine getireceğine ilişkin bir kural bulunmamaktadır. Nitelikli ultra-vires tasarruflar bağlamında uzun süre beklenilmesi anayasa hukuku muvacehesinde de iure AB ve Federal Almanya arasındaki yetki taksiminde bir değişikliğe yol açmasa da problemlere yol açabilir. Anayasa organları gecikmeli olarak AB organlarının somut olarak devlet tahvillerini satın almasından sonra da yetkisizliği iddia edebilir. Ancak böyle durumda hukuken ve siyaseten somut önlemlerin alınması kolay değildir.²⁶ Bunun ötesinde gecikmeli olarak ulusal anayasa organlarının tasarruflarda bulunması sadakat içinde işbirliği prensibi ışığında ve AB'nin varlığı bakımından daha ağır sonuçlar doğurabilir. Buna karşılık tasarruflarda bulunma yükümlülüğünün siyasi koşullara bağlı olarak iç hukukta düzenleme yahut değişiklik yapılması için öngörülen sürede yerine getirilmesi daha uygundur.

Anayasal organların müdahale mükellefiyeti demokratik meşruiyetin dayanağı olan seçmen haklarının temin edilmesine matuftur. Seçmenlerin hakları AB'nin yetkilerini nitelikli şekilde aştığı durumlarda etkilendiği gibi, AB'nin yetkilerini AB anlaşmalarında öngörüldüğünden farklı şekillerde kullanılması durumlarında da etkilenmektedir. Anayasa mahkemesinin ultra-vires denetim yetkisine nazaran Federal Meclisin ve

²⁴ Krş. BVerfGE 89, 155, 184 ve 187.md.

²⁵ Krş.: BVerfGE 119,331,364 vd.

²⁶ AB'nin Çalışma Usulleri Hakkındaki Anlaşma'nın 263.md., 6.fik. öngörülen dava süresinin geçmesi durumunda olduğu gibi.

Federal Hükümetin prensip olarak hukuken ve siyaseten daha geniş bir reaksiyon olanağı bulunmaktadır. Anayasal organların kural olarak daha hızlı ve esnek tutum alma ve somut ultra-vires tasarruflara ilişkin değişik önlemler alma imkânı vardır. Doğrudan demokratik meşruiyete sahip olan Federal Meclis, Federal Alman Anayasa Mahkemesi ile karşılaştırıldığında yetki ihlallerinde reaksiyon göstermek bakımından daha uygun bir platform olarak görülmektedir.

B. Tasarruf mükellefiyetinin içeriği

Anayasa Mahkemesi Senatosu verdiği kararda yetki aşımına müdahale kapsamında belirlediği (yetki aşımının açık ve strüktürel önem taşıması) unsurlara bir açıklık getirmemiştir. Senato Honeywell davasından itibaren bir ikilem içinde bulunmaktadır. Anayasa Mahkemesi kararında bir taraftan yetki aşımının açıklığı vurgusu yaparken, diğer taraftan AB tasarrufunun geçerlilik tereddüdü yaratmasından söz etmektedir.²⁷ Bu yaklaşım Birlik Hukuku'na uygunluğu tartışmalı olan OMT kararı nedeni ile yapılan ön karar başvurusunda da vurgulanan yetki ihlâlinin hem “açık”, hem de geçerlilik tereddüdü yaratması ihtimalinin bir arada olmasının mümkün olmaması nedeni ile eleştiri konusu olmuştur. Senato OMT kararının gerekçesinde Federal Meclis aleyhine yetkilerin strüktürel değişikliğe yol açacak şekilde önemli ölçüde AB'ne kaydırıldığından hareket etmiştir. Senato kararında ulusal organların müdahalede bulunma mükellefiyetinin içeriği ve kapsamı organların yetkileri içinde tasarrufta bulunması prensibi ışığında yetki aşımının sona erdirilmesini temin edecek önlemler alınması olarak tarif edilmiştir. Yetki aşımı durumlarında bir organın yetkilerini daha kapsamlı kullanması söz konusudur. Federal Meclisin ve Federal Hükümetin açık ve strüktürel öneme sahip yetki aşımına karşı hukuken kendileri için mümkün araçları kullanarak reaksiyon göstermesi gerekmektedir. Müdahale araçlarını seçme olanağı anayasal organlara somut duruma göre takdir alanı bırakmaktadır. Sınırları belirlenen hukuki mükellefiyet bununla beraber hukuk tekniği bakımından problem yaratmamaktadır. Çerçeve yükümlülüklerin belirlenmesi, yükümlü olanların zorunlu olarak uyması gereken çerçeve içinde araç seçme bakımından belirli bir takdir alanına sahip olmalarını mümkün kılmaktadır. Bu tür yükümlülüklerin yükümlülerin takdirine bırakılan alanlarda belirlenen çerçeveye uygun olarak yerine getirilmesi gerekmektedir. Bu bağlamdaki yükümlülüğün içeriğinin belirsizliğine rağmen yerine getirilip getirilmediğinin anayasa mahkemesi ve uzman mahkemeler tarafından yargısal denetimi rasyonel görülmemektedir. Senato'ya göre yetki aşımına karşı kabul edilen müdahale mükellefiyetinin entegrasyon sorumluluğuna ilişkin çerçeve yükümlülüklerle strüktürel benzerlik göstermesi nedeniyle benzer şekilde ele alınması gerekmektedir.

²⁷ KARPENSTEIN, Ulrich, Art.267, Rn.25 vd., bknz.: Eberhard Grabitz/Meinhard Hilf/Martin Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, 52.EL 2014, C.H.Beck Verlag, München.

C. Anayasa mahkemesinin geri durması

Yetki aşımının açık ve strüktürel olarak önem taşıması kriterlerine bağlı olarak değerlendirilen müdahale mükellefiyetinin Federal Alman Anayasa Mahkemesi ve Federal Meclis ilişkisi bağlamında da değerlendirilmesi gerekmektedir. GG'in 23.madde, 1.fıkra, 2.cümle ve 3.cümlesinde öngörülen yetki devri prosedüründe yetki devrinin anayasa hukuku muvacehesinde sınırları belirlenmiştir. Öngörülen bu düzenleme ışığında Senato tarafından kabul edilen müdahale yükümlülüğü Federal Meclisin takdir alanında bir değişikliğe yol açmamaktadır; bu nedenle Federal Meclisin demokratik meşruiyeti temin etme mükellefiyetinin ölçü dışı sınırlanmasına yol açan durumlarda anayasa mahkemesinin Federal Meclis lehine geri durması uygun görülmektedir. Federal Meclis yetki aşımını onaylama yanısı ise müdahale yükümlülüğü sadece demokratik bir tartışma açılarak ve şekli bir karar alınarak yerine getirilebilir. Buna karşılık Federal Meclis yetki aşımını kabul etme iradesine sahip değilse müdahale mükellefiyeti ona müdahale araçlarının seçiminde kapsamlı takdir alanı bırakmaktadır. Senato tarafından kabul edilen müdahale mükellefiyeti bağlamında Lübbecke-Wolff'un "political questions" doktrini ile yaptığı karşılaştırma tatmin edici sonuç vermemiştir.²⁸ Political Questions doktrini, siyasi karakteri nedeniyle kimi sorunları baştan itibaren anayasa mahkemesi denetiminden çıkarmakta ve onlar için yargısal denetimi kabul etmemektedir. Political Questions yapılan en önemli itiraz siyasi ve hukuki sorunların hiçbir şekilde mutlak olarak birbirinden ayrı mütalâa edilmesinin mümkün olmamasından, anayasa hukukunda ortaya çıkan bir sorunun pekâlâ siyasi bir tabiatı olabilmesinden ileri gelmektedir. Bu nedenle söz konusu doktrin ulusal ve uluslararası hukukta tereddüde yol açmıştır. Political Questions doktrini muvacehesinde hepsi yahut hiçbiri mantığı ile yetki aşımının siyasi sorun olarak kategorize edilerek yetki aşımlarına karşı her türlü yargısal denetimi baştan reddetmek mümkün değildir. Senato tarafından kabul edilen "çerçeve yükümlülük" buna karşılık yaklaşım olarak belirlenen sınırlarda anayasal yargı denetimini mümkün kılmaktadır.

III - Sübjektif Hakkın Kullanılması

Senato, Federal Meclis ve Federal Hükümetin müdahale mükellefiyetinin anayasa şikâyeti davası ile kullanabileceğine işaret etmektedir. Senato bu hukuki sonuca GG 38.maddenin maddi içeriğinden hareket ederek varmaktadır. Senato Maastricht kararından itibaren GG 38.md., 1.fik., 1.cümleyle istinaden halkın siyasi sorunları bağımsız olarak karara bağlamak üzere demokratik bir hak olarak kendi hükümetini ve özellikle meclisini belirleme hakkını vurgulamaktadır. Mahkemenin devam eden açıklamalarına göre AB organlarının açık ve strüktürel öneme sahip yetki

²⁸ ABD menşilli political questions doktrini için bkzn.: HERMANN, Christoph, Luxemburg, Wir haben ein Problem, EuZW 2014, Heft 5, s.161, 163.

aşımaları sadece parlamentonun düzenleme yetkileri bakımından değil, 38.maddede yer alan seçim hukuku teminatları bakımından sonuçlar doğurma potansiyeline sahiptir. Egemenlik haklarının GG 23.madde, 1.fıkra, 2. ve 3.cümlede, 79.madde, 2.fıkra esas alınarak öngörülen prosedür çerçevesinde AB'ne devri bağlamında seçmenler demokratik etki olanaklarını korumaya matuf olarak GG'in 38.madde, 1.fıkra, 1.cümlesine istinat eden (*GG 38.madde Federal Meclis milletvekillerin genel, doğrudan, eşit ve gizli oyla seçilmesini öngörmektedir*) subjektif bir hakka sahiptir. AB seviyesinde kullanılan yetkilerin demokratik meşruiyetini sağlayan ve AB'ne devredilen egemenlik haklarının sınırlarını belirleyen bu düzenlemeler AB organlarının ve birimlerinin tek taraflı yetki aşımalarını önlemeye matuftur. Seçmenlerin bu nedenle Federal Meclisten ve Federal Hükümetten yetki aşımı sorunu ile iştigal etmesini, AB ve üye devletler arasındaki yetki düzenlemesinin yeniden tesisini ve alınacak önlemlere ilişkin karar vermesini isteme hakkı bulunmaktadır.²⁹

Anayasa mahkemesinin şimdiye dek geçerli olan içtihadı söz konusu kararda GG 23.madde 1.fıkra, 2.ve 3.cümlede öngörülen egemenlik haklarının devri prosedürü bağlamında vatandaşların sahip oldukları subjektif hak vurgulanarak geliştirilmiştir. Senatoya göre GG 23.madde, 1.fıkra, 2.ve 3.cümlede öngörülen egemenlik devrine ilişkin düzenleme vatandaşların demokratik hakkının dikkate alınmasını gerektirmektedir. Yetki aşımı durumlarında AB organları tarafından demokratik karar alma süreci işletilmemektedir. Bireyler lehine öngörülen subjektif hak AB egemenliğinin demokratik meşruiyetinin yeniden tesisi hedefini gütmektedir. Bireyler bu bağlamdaki haklarını Federal Birliğe, Federal Meclise ve Federal Hükümete yöneltme imkânına sahiptir. Federal Birlik yetki aşımı durumlarında vatandaşların önlem alınmasını talep edebileceği garantör rolündedir.

OMT kararına göre bireylerin haklarını kullanması üç kritere bağlıdır. İlk olarak bireyler sahip oldukları subjektif haklarını Federal Meclisin ve Federal Hükümetin tasarrufla bulunma mükellefiyeti bağlamında kabul edildiği gibi sadece yetki aşımının açık ve strüktürel olarak önem taşıması durumunda kullanılabilir. Senato açıklık ve strüktürel olarak önem taşıma kriterlerini yukarıda özetlenen kararın sadece ilgili bölümünde değil, kararın genel yaklaşımında ortaya koymuştur. İkinci olarak, AB tasarrufunun halkın demokratik olarak kendi kendini yönetmesini, önemli siyasi kararların bağımsız olarak alınmasını sürekli şekilde engellemesi gerekmektedir.³⁰ Üçüncü olarak, subjektif hak muayyen bir önlemin alınması için değil, genel olarak yetki aşımı konusu ile aktif şekilde iştigal edilmesi ve yetki

²⁹ Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin OMT davasına ilişkin önkarar başvurusu için bkz.. 14.01.2014, A2: 2 BvR 2728/13.

³⁰ BVerfG, Rn.33.

düzeninin yeniden inşasına matuf pozitif bir karar alınması için kullanılabilir. Subjektif hak için kabul edilen bu üçüncü sınırlama Federal Meclis ve Federal Hükümete bırakılan araç seçme özgürlüğü ile prensip olarak büyük ölçüde aynıdır. Vatandaşlar buna göre etkin şekilde tasarrufta bulunmayı talep edebilmekle beraber kural olarak spesifik bir önlem alınmasını talep edemez. Federal Meclisin ve Federal Hükümetin AB'nin Çalışma Usulleri Hakkındaki Anlaşmanın 263.madde hükmüne göre iptal davası açmasına ilişkin talepler tasarrufta bulunma talebinin ötesine geçmesi, diğer bir ifade ile somut bir önlemin alınmasına matuf olması nedeniyle dayanaksız görülmektedir.

Kararda anayasal organların tasarrufta bulunma mükellefiyetinin subjektif hakka istinat ettirilmesi eleştiri konusu olmuştur. Yargıç Gerhard'tın görüşüne göre, subjektif hakkın genişletilmesinin anayasa mahkemesinin yetkilerinin diğer anayasa organları aleyhine kapsam kazanmasına yol açması nedeniyle, bunun özel bir gerekçeye istinat ettirilmesi gerekmektedir. Alman anayasa organlarının yetki aşımına karşı önlem alma yükümlülüğü entegrasyon sorumluluğu bağlamında kamuya karşı olan bir yükümlülüktür.³¹ Bireyler parlamento içinde ve dışında demokratik irade teşkili ve seçimler üzerinden Federal Meclisin ve Hükümetin tasarrufta bulunmasını etkileyebilir. Bununla beraber onlara bu bağlamda GG'de bir dava açma hakkı tanınmamıştır.³²

Davacı sayısının potansiyel büyüklüğü GG 38.madde, 1.fıkra, 1.cümlede yer alan teminatla doğru orantılıdır. GG 38.madde, 1.fıkra, 1.cümle hak sahiplerine (*seçmenlere*) diğer temel haklar ve temel hak benzeri haklar için olduğundan ne fazla ne eksik bir dava olanağı vermektedir. Yetki ihlâli teşkil eden AB tasarrufunun Federal Meclisin tasarruflarını etkileme potansiyeline sahip olduğu durumlarda kamuoyu oluşumu yahut demokratik seçimler üzerinden parlamentodaki çoğunluğun değişmesi vatandaş için kısa vadede bir açılım getirmemektedir. Federal Alman Anayasa Mahkemesi OMT ön karar başvurusunda demokratik olarak kendini belirleme hakkının sürekli olarak sınırlanmasından söz ederken bu kaygıyı ifade etmiştir.³³ Sürekli olarak kendini belirleme yetkisinin erozyonuna yol açan ultra-vires AB tasarruflarının kapsamı açık değildir. Hiç de nadir olmayan şekilde ultra-vires tasarruflar aynı zamanda anayasal kimlik ihlâline yol açmaktadır. Bununla beraber Senato şimdiye dek kurucu anlaşmaların kapsamlı taahhütlerini anayasal kimliğin ihlâli olarak görmemiştir. Ultra-vires yetki denetimine esas olan ölçülerin sekonder hukuk tasarruflarına karşı yöneltilen anayasal kimlik ihlâli iddiaları bağlamında kullanılması, bu iddiaların kimi durumlarda dayanıksız kalmasına yol açma potansiyeline sahiptir.³⁴ GG'in

³¹ BVerfG, OMT önkarar başvuru kararı, Rn.13.

³² BVerfG, OMT önkarar başvuru kararı, Rn.8 vd ve Rn.22.

³³ BVerfGE125,124,168.

³⁴ bkzn.: BVerfGE 132,195,239, Rn.105; BVerfG, 18.3.2014, A2: 2 BvR 1390/12 (ESM-Hauptsacheurteil), Rn.174.

38.madde, 1.fıkra, 1.cümlesine istinat eden ultra-vires yetki iddialarının Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin geçmiş kararları muvacehesinde aslında bir anayasal kimlik denetimi olarak değerlendirilmesi mümkündür. Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin Lizbon kararında vurguladığı “tasarrufun yeterli bir meşruiyet dayanağının” bulunması kriterinin nitelikli bir ultra-vires AB tasarrufu bağlamında gerçekleşmediği tartışma götürmez bir durumdur. Bu tespit Senato'nun GG'in 23.madde, 1.fıkra, 3.cümlesi muvacehesinde oluşturduğu görüşünün dayanağını oluşturmuştur.³⁵ Anayasa Mahkemesi Maastricht kararından itibaren Federal Meclisin karar yetkisinin ultra-vires tasarruftan etkilenmesi bağlamında bireylerin sübjektif hakkını tanımaktadır. Bu hak strüktürel olarak seçmen hakkının demokratik içeriğini ihlâl eden egemenlik devirlerine karşı bireylere koruma sağlamaktadır.³⁶ Ulusal yetkilere AB organları tarafından yapılan ultra-vires müdahalelere karşı Federal Birliğe yöneltilen tasarrufta bulunma (müdahale etme) talebi, Federal Birliğin GG 38.madde, 1.fıkradan istihraç edilen bireylerin demokratik seçim hakkını temin etme yükümlülüğüne istinat etmektedir. OMT ön karar başvurusu anayasa mahkemesinin Maastricht, Lizbon ve Honeywell kararlarında vurguladığı ultra-vires AB tasarruflarının iç hukukta uygulanmaması yaklaşımında bir değişiklik olmadığını kanıtlamaktadır.

Anayasal organların ultra-vires tasarruflara karşı hareketsiz kalmaları halinde bireylerin yaptıkları itiraz anayasa mahkemesi tarafından demokratik seçim hakkının kullanılması olarak değerlendirilmektedir. Ulusal mahkemelerin ultra-vires AB tasarruflarına karşı demokratik seçim hakkının korunmasında yetersiz kalmaları halinde bireylerin bu tasarruflara karşı Federal Birliğe başvuru dışında başka bir başvuru olanağı kalmamaktadır.³⁷ Bireylerin bu bağlamda devlet kurumlarının yardımına ihtiyacı bulunmaktadır. Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin ultra-vires tasarrufların ulusal alanda uygulanmamasına karar verebilmesine karşılık, Federal Meclisin ultra-vires tasarruflara Senato'nun kabul ettiği tasarruf yükümlüğü (müdahale yükümlülüğü) muvacehesinde yurttaşların demokratik seçim hakkını temin eden başka önlemler alarak da müdahale olanağı bulunmaktadır.

Bireylerin sübjektif haklarını GG 38.madde, 1.fıkra, 1.cümlesine göre maddede zikredilen koşullara bağlı olarak kullanılabilmesi, bu hakkın sadece muayyen bir şekilde kullanılamayacağını göstermektedir. Bunun ötesinde bütün genel ve münferit durumlar için öngörülen tasarruf yükümlülüğü sınırlamaları doğal olarak söz konusu sübjektif hak kullanımı için de geçerlidir. OMT ön karar başvurusunda sübjektif hak

³⁵ BVerfGE 129,124,169.

³⁶ BVerfGE 129,124,170.

³⁷ DIETLEIN, Johannes, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, 2.Aufl. 2005, Duncker&Humboldt, Berlin, s.133 vd.

kullanımı ve anayasa mahkemesi tarafından yapılan ultra-vires denetim ilişkisi cevaplandırılmamıştır. Senato OMT ön karar başvurusunda ultra-vires denetim ve tasarruf yükümlülüğü koşulları bağlamında Honeywell kriterlerini esas almıştır. Federal Meclisin ve Federal Hükümetin müdahale yükümlülüğünü kullanması Honeywell kriterleri ışığında yasa ve yürütme organı seviyesinde Birlik tasarrufunun ultra-vires denetiminin gerçekleştiği anlamını taşımaktadır. GG'in 38.madde, 1.fıkra, 1.cümlesi muvacehesinde gerçekleştirilen ve prensip olarak tüm anayasal organların aynı ölçüde bağlayan müdahale yükümlülüğü bağlamında açık ve strüktürel önem taşıyan yetki ihlalleri durumunda subjektif hakka istinaden Federal Meclise ve Federal Hükümete yahut doğrudan anayasa mahkemesine başvuru yapma olanağı bulunmaktadır. Siyaseti şekillendirme fonksiyonu olan anayasal organlar olarak yetki aşımına karşı öncelikle Federal Meclise ve Hükümete müdahale olanağının verilmesi, anayasa mahkemesine buna karşılık subsidier yetki verilmesi bu bağlamda yetki çatışmasını önleyen bir formül olarak görülmektedir. Böyle bir durumda anayasa mahkemesinin ultra-vires denetimi, Federal Meclis ve Federal Hükümetin davacının müdahale talebini yeterli şekilde karşılamaması koşulu ile mümkün olacaktır. Bu yaklaşım ancak OMT ön karar başvurusunda dile getirilmediği gibi, anayasa mahkemesinin ultra-vires saptamanın münhasıran anayasa mahkemesinin yetkisine ait olduğunu ortaya koyan Lizbon kararına da uygun düşmemektedir. Lizbon kararında Federal Meclisin ve Federal Hükümetin tasarrufta bulunma (müdahale etme) mükellefiyeti dikkate alınmaksızın ultra-vires saptamanın anayasa mahkemesine ait olduğu kabul edilmiştir. Yurttaşların Federal Meclise ve Federal Hükümete karşı subjektif haklarını uygulamada nasıl kullanılacağı sorusu açıklığa kavuşturulmamış bir husustur. Bu hakkın teorik bir hak olmaktan öteye, ultra-vires AB tasarruflarına müdahaleyi temin eden bir fonksiyona sahip olması yurttaşların bu hakkı en geniş kapsamda kullanmaları durumunda mümkün olabilir.

Sonuç

Mevcut içtihadın OMT ön karar başvurusu ile gösterdiği gelişmenin yeterli ölçüde inceleme konusu yapılmaması belirsizliklerin devamına yol açmaktadır. Federal Meclisin ve Federal Hükümetin AB organlarının açık ve strüktürel önemli yetki aşımına müdahale mükellefiyeti mevcut içtihadın da benimsediği üzere AB seviyesinde kullanılan egemenlik yetkilerinin demokratik meşruiyetini temine matuftur. Federal Meclis ve Federal Hükümet siyaseti şekillendiren organlar olarak Federal Alman Anayasa Mahkemesi'ne nazaran daha esnek tasarrufta bulunma olanağına sahiptir. Bu durum müdahale mükellefiyeti çerçevesinde Federal Meclisin ve Hükümetin siyasi koşulları ve Avrupa entegrasyonunu tehdit eden hususları dikkate alarak somut durumu değerlendirmesini gerekli kılmaktadır. Müdahalede bulunma mükellefiyeti bağlamında Senato tarafından bireylere

tanınan sübjektif hak ultra-vires AB tasarruflarına karşı Federal Meclisin anayasal kimliğin korunmasına ilişkin yetkilerini kullanmasına imkân vermektedir. Ultra-vires AB tasarruflarının iç hukukta uygulanmasına karşı yapılan itirazlar bağlamında anayasa mahkemesine ve Federal Meclise veya Hükümete yapılacak başvuru prosedürünün geciktirilmeden açıklığa kavuşturulması önem taşımaktadır. Bu çerçevede anayasa hukukuna istinat eden gelişmeler önemli olmakla beraber, AB Divanı'nın ultra-vires yetki itirazlarına ilişkin ön karar başvurularına göstereceği reaksiyonun öneminin göz ardı edilmemesi gerekmektedir.

Kısaltmalar

Aufl.	Auflage (<i>bası</i>)
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
EuGH	Europäischer Gerichtshof (<i>Avrupa Adalet Divanı</i>)
EuR	Europarecht (<i>Avrupa Hukuku Dergisi</i>)
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
GG	Grundgesetz (<i>Alman Anayasası</i>)
Hrsg.	Editör
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OMT	Outright Monetary Transactions (<i>AVRO alanı üyelerinin devlet tahvillerini satın alması</i>)
Rn	<i>Randnummer</i>
Rs	Rechtssache (<i>dava</i>)

Kaynakça

[1] CLASSEN, Claus Dieter: Art.23, Rn.7, bkz.: Hermann von Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Bd.2, 6.Aufl. 2010, Verlag Franz Vahlen, München.

[2] DIETLEIN, Johannes: Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, 2.Aufl. 2005, Duncker&Humboldt, Berlin, s.133 vd.

[3] HERMANN, Christoph: Die Bewältigung der Euro-Staatsschuldenkrise an den Grenzen des deutschen und europäischen Währungsverfassungsrechts, *EuZW* 2012, s.805, 809 vd.

[4] HERMANN, Christoph: Luxemburg, Wir haben ein Problem, *EuZW* 2014, Heft 5, s.161,163.

[5] ISENSEE, Josef, §191, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, Rn.272 vd., bkz.: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts IX, 3.Aufl. 2011, C.F.Müller Verlag, Heidelberg.

[6] KARPENSTEIN, Ulrich: Art.267, Rn.25 vd.bknz.: Eberhard Grabitz/Meinhard Hilf/Martin Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, 52.EL 2014, C.H.Beck Verlag, München.

[7] KOTTMANN, Matthias/WOHLFAHRT, Christian: Der gespaltene Wächter? –Demokratie, Verfassungsidentität und Integrationsverantwortung im Lissabon-Urteil, ZaöVR 2010, s.443, 454 vd.

[8] PAPIER, Hans-Jürgen: Art.14, bknz.: Theodor Maunz/Günter Dürig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 69.Ergänzungslieferung, 2013, C.H.BeckVerlag München. PERNICE, Ingolf: Karlsruhe wagt den Schritt nach Luxemburg, Verfassungsblog, 10.02.2014.

[9] PERNICE, Ingolf: Karlsruhe wagt den Schritt nach Luxemburg, Verfassungsblog, 10.02.2014.

[10] PÖTTERS, Stephan/TRAUT, Johannes: Die ultra-vires Kontrolle des BVerfG nach “Honeywell” – Neues zum Kooperationsverhältnis von BVerfG und EuGH? EuR 2011, s.580 vd.

[11] RABE, Hans-Jürgen Grundrechtsbindung der Mitgliedstaaten, NJW 2013, s.1407, 1408.

[12] RADTKE, Holger: Goldene Brücken nach Luxemburg: Die Neuvermessung des Rechtsschutzes im nationalen Europaverfassungsrechts, Juwiss-Blog, 10.02.2014.

[13] SCHALAST, Christoph: Der OMT-Vorlagebeschluss des Bundesverfassungsgerichts: Ein Trojanisches Pferd?, Betriebs Berater 9/2014, s.449-512.

ANONİM ŞİRKETLERDE FİİLİ ORGANIN TEMSİL YETKİSİNİN VARLIĞI SORUNU

İSVİÇRE FEDERAL MAHKEMESİ'NİN 9 EKİM 2019 TARİHLİ KARARI ÇERÇEVESİNDE BİR DEĞERLENDİRME (BGE 146 III 37)*

Prof. Dr. Murat Yusuf AKIN**

Arş. Gör. Özge KURU***

Öz

Tüzel kişiler iradelerini organları aracılığıyla açıklarlar (TMK m. 50/1). Tüzel kişiliğe sahip olan anonim şirketlerin temsili konusunda özellikle sorumluluk hukukunda ortaya çıkan “*fiili organ*”ların tıpkı kanuni organlar gibi anonim şirketleri temsile yetkili olup olmadığının tespiti konumuz bakımından önem arz etmektedir. Zira bu kişilerin salt “*fiili organ*” kavramına bağlı olarak anonim şirketi temsile yetkili olduğunun kabulü halinde, bu kişiler tarafından gerçekleştirilen hukuki işlemler anonim şirketi bağlar. Ancak bu kişilerin “*fiili organ*” sıfatına bağlı olarak temsil yetkisinin bulunmadığının belirlenmesi halinde ise, “*fiili organ*”lar tarafından gerçekleştirilen hukuki işlemlerde “*yetkisiz temsil*” hükümlerinin uygulanması söz konusu olacaktır.

Konumuzun başlığını oluşturan İsviçre Federal Mahkemesi kararında ise, “*fiili organ*”ların anonim şirketi temsil yetkisi bulunmadığı, ancak anonim şirketlere genel hükümlere göre temsilci atanabilmesi mümkün olduğundan, bu kimselerin genel temsilci olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceğinin tespiti gerektiği belirtilmiştir.

*Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 15.06.2022 - Kabul Edildiği Tarih: 30.06.2022

**Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, makin@marmara.edu.tr; ORCID: 0000-0002-0194-9571.

***İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Doktora Öğrencisi, ozgekuru@aydin.edu.tr; ORCID: 0000-0003-2144-4164. DOI: 10.17932/IAU.HFD.2015.018/hfd_v08i1002

Biz de makalemizde öncelikli olarak bu kararı, ardından anonim şirketlerin temsili konusundaki kanuni düzenlemeleri ve fiili organ kavramı ile fiili organın temsil yetkisinin bulunup bulunmadığını ve son olarak da Türk hukuku kapsamında “*gizemli imzacı*”nın temsilci olup olmadığını öğretti ve yargı kararları kapsamında inceledik.

Anahtar Kelimeler: *Fiili organ, Anonim Şirketlerde Temsil Yetkisi, Temsilci.*

The Problem of The Existence of Power to Represent The De Facto Organ of The Joint-Stock Companies

An Evaluation In The Framework of The Swiss Federal Court Decision of October 9, 2019 (BGE 146 III 37)

Abstract

Legal persons express their will through their organs (TCC 50). Regarding the representation of joint-stock companies with legal personality, our subject needs to determine whether the “de facto organs”, which appear in the liability law, are authorized to represent joint-stock companies, just like legal organs. In case it is accepted that these persons are authorized to represent the joint-stock company based on the concept of “de facto organ”, the legal transactions realized by these persons are binding for the joint-stock company. However, in case it is determined that depending on the title of “de facto organ” these persons do not have the authority to represent the company then, the application of the provisions of “unauthorized representative” shall apply.

In the decision of the Swiss Federal Court, which is mentioned in the title of our topic, it is stated that “de facto organs” do not have the authority to represent the joint-stock company, but since it is possible to assign a representative to joint-stock companies by the general provisions, it is necessary to determine whether these persons can be qualified as general representatives.

In our article, we first examined this decision, then the legal regulations regarding the representation of joint-stock companies, the concept of the de facto body organs, whether the de facto organ has the authority to represent, and finally, whether the “mysterious signer” is a representative within the scope of Turkish law as per the doctrine and judicial decisions.

Keywords: *de facto Organ, Power to Represent in Joint-stock Companies, Representative.*

I. İSVİÇRE FEDERAL MAHKEMESİ'NİN 9 EKİM 2019 TARİHLİ VE 4A_455/2018 SAYILI KARARI¹

A. Karara Konu Olay ve İlk Derece Mahkemesinin Değerlendirmesi

Somut olayda, İsviçre’de mukim (A) anonim şirketi ve BVI’de² mukim (B) şirketi³ uluslararası ham madde ticaretinde faaliyet göstermektedirler. İhtilaf konusu süreçte (A) anonim şirketinin şirketi münferiden temsile yetkili tek yönetim kurulu üyesi (O)’dur. (B) şirketinin tek müdürü ise (L)’dir. (A) anonim şirketi, (B) şirketi ile 15, 16 ve 17 Kasım 2010 tarihlerinde birkaç milyon ABD doları değerinde tonlarca kömür satışı ve (rafine edilmiş olarak) geri alımı için Rusça ve İngilizce olarak üç sözleşme imzalamıştır. Bu sözleşmeler (A) ve (B) şirketlerinin kanuni organları tarafından müzakere edilmemiş ve imzalanmamıştır. İlgili sözleşmelerde (A) anonim şirketi tüm süreç boyunca şirket kaşesi altında isimleri oluşturulamayan üç küçük daire ile büyük bir şeritten oluşan figüratif imzalı bir kişi (gizemli imzacı) tarafından temsil edilmiştir⁴. Bu resim şeklindeki imzanın (A) anonim şirketini münferiden temsile yetkili yönetim kurulu üyesi (O)’ya ait olmadığı dava sırasında tespit edilmiştir⁵. (B) şirketinde ise, işlemi şirketin ticari yetkilisi (M) yapmıştır. (M) şirkette çalışan birine sözleşmeleri kendisinin adına uydurma bir imzayla imzalaması talimatını vermiştir. Taraflar üç sözleşmenin de varlığına itiraz etmemişlerdir. Devam eden süreçte taraflar sözleşmenin ifası sırasında çıkan sorunları çözmek için ilk üç sözleşmeye atıfta bulunarak, 28 Mayıs 2012’de yeni bir mutabakat imzalamışlardır⁶. (A) anonim şirketi için bu mutabakatı şirket kaşesi altında yine gizemli imzacı imzalamış ve yanına (O) tarafından diye belirtmiştir⁷. (B) şirketi adına mutabakatı imzalayan ise müdür (L)’dir. Bu anlaşmanın konusu, 2.064.464 ABD Doları tutarındaki borcun (A) anonim şirketi tarafından ikrarıdır⁸. Mutabakatın uygulanmasına ilişkin diğer yazışmalar da gizemli imzacı tarafından yapılmıştır⁹. 2012 yazı ve sonbaharında (O), 2012

¹ BGE 146 III 37 vd. Karar için ayrıca bkz. Bernet, Sandro/von der Crone, Hans Caspar: Rechtsgeschäftliche Vertretung der Aktiengesellschaft, RSDA, 2020, s. 84 vd.; Schmidt Patrick/Burckhardt Christoph: Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, Urteil 4A_455/2018 vom 9. Oktober 2019 (zur Publikation vorgesehen), A. AG gegen B. Inc., Vertretung der AG (Art. 718 und 32 ff. OR), faktische Organschaft, AJP/PJA 2020, s. 126 vd.; Altınok Ormancı, Pınar: Tüzel Kişilerde Fiili Organ Kavramı ve Fiili Organın Hukuka Aykırı Fiilleri İle Hukuki İşlemlerinin Doğurduğu Sonuçlar, İstanbul Hukuk Mecmuası, 79/4, s. 1277-1278.

² British Virgin Islands, genelde “off-shore” diye tabir edilen şirketlerin mukim olduğu Karaip Denizinde bir adadır.

³ Kararda “B Inc.” olarak geçmekle birlikte, bu şirketin temsil organı için kullanılan tanım Almanca “Geschäftsführer” olup, bu limited şirketlerdeki müdürün karşılığıdır. Bu sebeple B’nin unvanında yer alan “Incorporation - Inc.” ifadesi AŞ anlamına da gelmekle birlikte, kararda B şirketinin temsilcisi olarak (A şirketinin aksine) “yönetim kurulu üyesi”nden değil; “müdür”den bahsedildiği için, mezkûr şirket limited şirket olduğu düşünülmektedir.

⁴ BGE 146 III 37, s. 38; Schmidt/Burckhardt, s. 126-127; Bernet/von der Crone, s. 84.

⁵ BGE 146 III 37, s. 39; Schmidt/Burckhardt, s. 127.

⁶ BGE 146 III 37, s. 39; Schmidt/Burckhardt, s. 127; Bernet/von der Crone, s. 84.

⁷ BGE 146 III 37, s. 39; Bernet/von der Crone, s. 84.

⁸ BGE 146 III 37, s. 39; Schmidt/Burckhardt, s. 127; Bernet/von der Crone, s. 84.

⁹ BGE 146 III 37, s. 40; Bernet/von der Crone, s. 84.

yılındaki mutabakatın yanı sıra 2010 yılında imzalanan ilk sözleşmelerden birisine de atıfla (B) şirketine bazı ödemeler yollamıştır¹⁰. (B) şirketi, ikrar edilen tutardan (O) tarafından gönderilen kısmının¹¹ düşülmesinden kalan bakiyenin tahsili amacıyla (A) anonim şirketine Cenevre Bidayet Mahkemesi'nde 10 Mart 2014'de dava açmıştır¹². (A) anonim şirketi 28 Mayıs 2012 tarihli borç ikrarını içeren mutabakatın geçersiz olduğunu savunmuş, ilk derece mahkemesi ise, 16 Ağustos 2017'de (B) şirketinin açtığı davayı kabul ederek, (A) anonim şirketinin bakiye borcu faiziyle ödemesine karar vermiştir¹³.

B. Kanton Mahkemesinin Değerlendirmesi

Kanton Mahkemesi, davalının gizemli imzacının temsil yetkisi konusundaki iddiasını İsvMK m. 55'e (TMK m. 50) dayanarak incelemiştir¹⁴. En başta organ kavramının kapsamını anlatmış, ardından şekli organlara (örneğin; anonim şirketin yönetim kurulu üyeleri) ek olarak şirket yönetimini fiilen üstlenen kişilerin de (örneğin; şirket yönetimine müdahale eden tek pay sahibi) İsvMK m. 55 kapsamında organ sayılacağını belirtmiştir¹⁵. Mahkeme içtihat ve öğretiyi gerekçe göstererek, organlara özgü kararları fiilen alan veya fiilen yönetimle ilgilenen ve böylece şirket iradesinin oluşumunda belirleyici olan kişilerin de (fiili organ gibi) temsil yetkisine sahip organlar grubuna dahil edilmesi gerektiği sonucuna varmıştır¹⁶. Daha sonra Kanton Mahkemesi, gizemli imzacının davalı (A) anonim şirketinin fiili organı olarak nitelendirileceğini açıklamıştır¹⁷. Zira geçerliliği her iki tarafça tartışmasız olan orijinal sözleşmeler ve 28 Mayıs 2012 tarihli mutabakat (A) anonim şirketi adına sadece gizemli imzacı tarafından imzalanmıştır¹⁸. Bu kişi birkaç yıldır davalının tek imza yetkilisi olarak hareket ettiğinden, yetkisi kalıcı hale gelmiştir¹⁹. Kararda gizemli imzacı tarafından imzalanan Kasım 2010 tarihli üç sözleşme ve 28 Mayıs 2012 tarihli mutabakatta yer alan yüksek meblağlar ile gizemli imzacının bu sözleşmelerdeki yetki alanı ve karar verme yetkisinin kapsamı vurgulanmıştır.²⁰ Keza, İsvBK m. 722 ve İsvMK m. 55/2 gereği, organların hukuki işlem ve (haksız fiil dahil olmak üzere) bütün fiillerinden tüzel kişiliğin sorumlu olduğu, ilgili düzenlemelerin fiili organlar bakımından da uygulanacağı ifade edilmiştir.

¹⁰ BGE 146 III 37, s. 39; Schmidt/Burckhardt, s. 127.

¹¹ Daha öncesinde 50.000, 75.000 ve 75.000 ABD doları olmak üzere üç ödeme gerçekleştirilmiştir (BGE 146 III 37, s. 40).

¹² BGE 146 III 37, s. 39; Schmidt/Burckhardt, s. 127; Bernet/von der Crone, s. 84.

¹³ BGE 146 III 37, s. 40; Schmidt/Burckhardt, s. 127; Bernet/von der Crone, s. 84.

¹⁴ BGE 146 III 37, s. 40; Bernet/von der Crone, s. 85.

¹⁵ BGE 146 III 37, s. 40; Bernet/von der Crone, s. 85.

¹⁶ BGE 146 III 37, s. 40; Bernet/von der Crone, s. 85.

¹⁷ BGE 146 III 37, s. 40; Bernet/von der Crone, s. 85.

¹⁸ BGE 146 III 37, s. 40; Bernet/von der Crone, s. 85.

¹⁹ BGE 146 III 37, s. 40; Bernet/von der Crone, s. 85.

²⁰ BGE 146 III 37, s. 40; Bernet/von der Crone, s. 85.

Özetle gizemli imzacının davalının fiili organı olarak hareket ettiğini ve davalının tartışmalı olmayan Kasım 2010 tarihli sözleşmeler hakkındaki eylemleriyle yasal olarak bağlı olduğunu belirtmiştir²¹. Nihai olarak, (A) anonim şirketinin Cenevre Kantonu İstinaf Mahkemesi'ne başvurusu, bu mahkemece mutabakatın akdi esnasında resimli imzanın sahibi gizemli kişinin (A) anonim şirketinin fiili organı olduğu gerekçesiyle 01 Haziran 2018'de reddedilerek ilk derece mahkemesi kararı onanmıştır²². Kanton Mahkemesi, ilk derece mahkemesinin kararını farklı gerekçeyle onamış ve İsvBK m. 32 vd. (TBK m. 40 vd.) uyarınca temsil yetkisine dayalı bir incelemeden baştan vazgeçilebileceğine karar vermiştir²³. (A) anonim şirketinin el yazısıyla imzanın olmaması sebebiyle mutabakatın şekil şartına aykırılığına (İsvBK m. 14 / TBK m. 15) ilişkin talebi mahkemece cevaplandırılmamıştır²⁴.

C. Federal Mahkemenin Değerlendirmesi

İsviçre Federal Mahkemesi fiili organların tüzel kişiliğe sahip anonim şirketleri temsil edip edemeyeceği sorusunu incelemeden önce kimlerin anonim şirketi üçüncü kişilere karşı sözleşmeyle bağlayabileceğini belirtmiştir²⁵. Buna göre anonim şirket İsvBK m. 718 (TTK m. 370) uyarınca organları tarafından temsil edilir. Yüksek Mahkeme, İsvBK m. 718 bağlamında “*temsil*” kavramının anonim şirkete atfedilebilen ve organları tarafından yürütülen hukuki işlemler olduğuna açıklık getirmiştir²⁶. Bu kişiler de öncelikli olarak yönetim kurulu üyeleri, ikinci olarak da yönetim kurulu üyesi veya müdür olan murahhaslardır. Organsal temsile ek olarak İsvBK m. 721 (TTK m. 368) gereği ticari temsilci veya ticari vekiller ile İsvBK 32 vd. uyarınca özel hukuk anlamındaki temsilcileri tarafından temsil edilebilir²⁷.

Federal Mahkemeye göre gizemli imzacı ise, anonim şirkette ne İsvBK m. 718 anlamında bir organ olarak ne de ticari temsilci veya ticari vekil olarak hareket etmiştir²⁸. Daha sonra, kanton mahkemesinin sorumluluk hukukuyla ilgili içtihatlarına dayanarak fiili organın anonim şirketi yasal olarak temsil edebileceği yönündeki görüşünün yanlış olduğunu belirtmiştir²⁹. Kararda, anonim şirketi temsile yetkili kişiler arasında fiili organların olmadığını belirten Federal Mahkeme, şirket organlarının haksız fiillerinin şirkete

²¹ BGE 146 III 37, s. 40; Bernet/von der Crone, s. 85.

²² BGE 146 III 37, s. 40; Schmidt/Burckhardt, s. 127; Bernet/von der Crone, s. 84; Altınok Ormancı, s. 1277.

²³ BGE 146 III 37, s. 40; Bernet/von der Crone, s. 85.

²⁴ BGE 146 III 37, s. 40; Schmidt/Burckhardt, s. 127.

²⁵ BGE 146 III 37, s. 41; Schmidt/Burckhardt, s. 127; Bernet/von der Crone, s. 85.

²⁶ BGE 146 III 37, s. 42; Schmidt/Burckhardt, s. 127.

²⁷ BGE 146 III 37, s. 42; Schmidt/Burckhardt, s. 127.

²⁸ BGE 146 III 37, s. 42-43; Schmidt/Burckhardt, s. 127; Bernet/von der Crone, s. 85-86; Altınok Ormancı, s. 1277.

²⁹ BGE 146 III 37, s. 43-44; Bernet/von der Crone, s. 86.

istinat edilmesine ilişkin İsvBK m. 722 (TTK m. 371/5) ve İsvMK m. 55/2'nin şirketin kanuni temsiline uygulanamayacağı, bunların şirketin sorumluluğu sorunuyla ilgili olduğunu kabul etmiştir³⁰. Zira kanuni temsil (İsvBK m. 718), haksız fiillerden sorumluluk (İsvBK m. 722) ve yönetimle görevli kişilerin sorumluluğu (İsvBK m. 754/ TTK m. 553) arasında net bir ayırım yapılması önem arz eder³¹. Organların eylemlerin hukuki işlemlerle ilgili olarak istinat edilmesi iç ilişkideki sınırlandırmalar konusunda üçüncü kişinin iyi niyetine (İsvBK m. 718a-2 / TTK m. 371/3), organların haksız fiillerinin istinat edilmesi ise organ işlevi çerçevesinde yetkilerin kullanılmasına dayanır³². Mahkemeye göre sözleşmeyle bağlı olmak ve sözleşmeden sorumlu olmak farklı iki olgudur³³. Fiili organın hukuki işlemleriyle anonim şirketi temsil edebileceğinin kabulü, kanunu değiştirmek anlamına gelir³⁴. Yönetim kurulu üyesi, bağımsızlığı nedeniyle üçüncü bir tarafın eylemlerine boyun eğmemelidir³⁵. Federal Mahkemeye göre seçilmeyen ve ticaret siciline tescil edilmeyen bir kişi, şirketi temsile resmen yetkili kılınmış bir yönetim kurulu üyesi ile aynı yetki ve haklara sahip olamaz³⁶. Yönetime müdahale eden tek veya çoğunluk hissedar dahi şirkete sözleşmesel anlamda bir yükümlülük getiremez³⁷. Bununla beraber İsvBK m. 722 uyarınca fiili organın haksız fiilleri şirkete istinat edilebilir³⁸. Gizemli imzacı sadece fiili organ sıfatı gerekçesiyle davalı (A) anonim şirketini sözleşmeyle bağlama yetkisine sahip değildir³⁹.

Federal Mahkeme, geriye özel hukuktaki temsil olasılığının kaldığını, İsvBK m. 32 anlamında temsil yetkisinin mevcut olup olmadığının tetkik edilmesi gerektiğini, bu incelemeyle temsilciye herhangi bir yetki verilmediği sonucu çıkarılırsa da, üçüncü kişinin (İsvBK m. 33/3 / TBK m. 41/2) yetkinin varlığını temsil edilenin dış ilişkideki davranışlarından çıkarıp çıkaramadığının tespitini veya bu olmadığında İsvBK m. 38/1 (TBK m. 46) anlamında işleme icazet verilip verilmediğinin tetkik edilmesi gerektiğini belirterek, davayı ilk derece mahkemesine iade etmiştir⁴⁰.

II. TÜRK HUKUKUNDA ANONİM ŞİRKETİN TEMSİLİ KONUSUNDAKİ KANUNİ DÜZENLEMELER

³⁰ BGE 146 III 37, s. 43; Schmidt/Burckhardt, s. 127; Bernet/von der Crone, s. 86.

³¹ BGE 146 III 37, s. 44; Bernet/von der Crone, s. 86.

³² BGE 146 III 37, s. 44; Bernet/von der Crone, s. 86.

³³ BGE 146 III 37, s. 44; Schmidt/Burckhardt, s. 129; Bernet/von der Crone, s. 86; Altınok Ormancı, s. 1278.

³⁴ BGE 146 III 37, s. 44; Schmidt/Burckhardt, s. 129; Bernet/von der Crone, s. 86; Altınok Ormancı, s. 1278.

³⁵ BGE 146 III 37, s. 44; Schmidt/Burckhardt, s. 127.

³⁶ BGE 146 III 37, s. 44; Schmidt/Burckhardt, s. 127; Schmidt/Burckhardt, s. 130.

³⁷ BGE 146 III 37, s. 45; Schmidt/Burckhardt, s. 127-128.

³⁸ BGE 146 III 37, s. 45; Schmidt/Burckhardt, s. 128.

³⁹ BGE 146 III 37, s. 45; Bernet/von der Crone, s. 86.

⁴⁰ BGE 146 III 37, s. 45-46; Schmidt/Burckhardt, s. 128; Bernet/von der Crone, s. 86; Altınok Ormancı, s. 1278.

TMK m. 48 uyarınca tüzel kişiler, insana has niteliğe bağlı olanlar dışında bütün hak ve borçlara ehildirler. Bu kişiler kuruluş belgelerinde ve kanunda belirtilen gerekli organlara sahip olmakla fiil ehliyetini kazanırlar (TMK m. 49) ve iradelerini, organları aracılığıyla açıklarlar (TMK m. 50/1). Bu bakımdan tüzel kişiliğe sahip olan anonim şirketlerin de kanuni temsil organı yönetim kurulu olarak karşımıza çıkmaktadır (TTK m. 365, 370/1). Esas sözleşmede aksi öngörülmediği takdirde veya yönetim kurulu tek kişiden oluşmuyorsa çift imza kullanmak suretiyle herhangi iki yönetim kurulu üyesi şirketin temsilinde yetkilidir (TTK m. 370/1)⁴¹.

TTK m. 370/2 uyarınca⁴² yönetim kurulu temsil yetkisini içlerinden bir veya daha fazla üyeye (murahhas üye/aza) ya da üçüncü kişilere (murahhas müdür) devredebilir. Bu durumda en az bir yönetim kurulu üyesinin temsil yetkisini muhafaza etmesi şarttır. Dolayısıyla TTK m. 370/1'den farklı olarak şirketi temsile yetkili diğer kişiler, murahhas üye ve murahhas müdürlerdir. Yönetim kurulu üyelerinin ve TTK m. 370/2'ye göre yönetim kurulunun temsil yetkisini devrettiği murahhasların temsil yetkisinin kapsam ve sınırları TTK m. 371'de yer almaktadır.

Anonim şirketin temsili konusunda yetkili olabilecek kişilerden bir diğeri ise yönetim kurulu tarafından atanan ticari temsilci ve ticari vekillerdir. TTK m. 368'de⁴³ şirkete yönetim kurulu tarafından ticari temsilci veya ticari vekil atanabileceği belirtilmiştir. Bu kişilerin temsil yetkisinin kapsam ve sınırları konusunda ise TBK'daki ticari temsilci ve ticari vekillere ilişkin hükümler uygulanır. Ticari temsilciler ticaret siciline tescil edilirken (TBK m. 549), TTK m. 368'e göre atanan ticari vekillerin ticaret siciline tescili mümkün değildir.

TTK m. 371/7'de⁴⁴ de yönetim kurulunun temsile yetkili olmayan yönetim kurulu üyelerini ya da şirkete hizmet akdiyle bağlı olanları sınırlı yetkiye sahip ticari vekil veya diğer tacir yardımcılarını atayabileceği ifade edilmiştir. Bu durumda ilgili ticari vekillerin temsil yetkisinin kapsamı iç yönergede düzenlenir ve bu kişiler ticaret siciline tescil ve ilan edilir (TTK m. 371/7).

Son olarak ifade edilmek gerekir ki, anonim şirketlere TBK m. 40 vd. hükümlerince genel temsilci atanmasına da bir engel bulunmamaktadır⁴⁵.

⁴¹ İsvBK m. 718/1 uyarınca aksi esas sözleşme veya iç yönergede düzenlenmiş olmadıkça, yönetim kurulu üyeleri şirketi müferiden temsile yetkilidir.

⁴² Hüküm İsvBK m. 718/2-3'ten aynen alınmıştır.

⁴³ Hüküm İsvBK m. 721'den aynen alınmıştır.

⁴⁴ Hükümün İsvBK'da herhangi bir karşılığı bulunmayıp, TTK'ya 10 Eylül 2014 tarihinde 6552 sayılı "İş Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması ile Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılmasına Dair Kanun" ile eklenmiştir.

⁴⁵ 6762 Sayılı eTTK döneminde Domaniç, borçlar hukukundaki temsil hükümlerinin yanı sıra, bu hükümlerle

Böylece üçüncü kişilere şirket adına hukuki işlem yapma ve sözleşme akdetme yetkisi verilebilir. Bu temsilcilerin temsil yetkisinin kapsamı kanun ile düzenlenmemiş, temsil olunanın (yani anonim şirketin) iradesine bırakılmıştır (TBK m. 41). Keza ticari temsilci ve TTK m. 371/7'ye göre atanan temsilcilerin aksine, bu kişiler ticaret siciline tescil ve ilan edilemezler.

III. FİİLİ ORGANIN TEMSİL YETKİSİNİN BULUNUP BULUNMADIĞI SORUNU

A. Fiili Organ Kavramı

1. Genel Olarak

Fiili organ kavramı⁴⁶ yüksek mahkeme kararları⁴⁷ ve öğretide⁴⁸ kanuna uygun olarak seçilmemesine veya atanmamasına ya da esas sözleşmede organ olarak yer almamasına rağmen anonim şirket iradesinin oluşumunda etkisi bulunan gerçek veya tüzel kişiler olarak ifade edilmiştir. İlgili kavrama ne TTK'da ne de İsvBK'da açıkça yer verilmiştir. Ancak bu kavram özellikle anonim şirketlerde sorumluluk hukuku kapsamında uygulama ve öğretiyyle birlikte geliştirilmiş olup, TTK m. 553'ün gerekçesinde de

halledilemeyen yetkisiz temsil hallerine vekaletsiz iş görme hükümlerinin de uygulanabileceğini belirtmiştir (Domaniç, Hayri: Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması, TTK Şerhi, C. II, Dizgi-Baskı/Yaylacık Matbaası, İstanbul, 1988, s. 524).

⁴⁶ Bu kavram yerine Türk öğretisinde “olgu organ” terimi için bkz. Poroy, Reha/ Tekinalp, Ünal/ Çamoğlu, Ersin: Ortaklıklar Hukuku I, Güncellenmiş ve Yeniden Yazılmış 14. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019, N. 589 ve 600a; Helvacı, Mehmet: Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukukî Sorumluluğu, 2. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2001, s. 9 vd. Poroy/Tekinalp/Tekinalp de, eTTK dönemindeki “ortaklıklar hukukunda organların sorumluluğu”nu incelediği bir makalede, sorumluluk çerçevesinin belirlenirken “ortaklık organı” teriminin yetersiz kaldığını belirterek “fonksiyonel organ” ibaresini kullanmayı tercih etmiştir (Poroy, Reha/ Tekinalp, Ünal/Tekinalp, Gülören: Ortaklıklar Hukukunda Organların Sorumluluğu Anonim, Limited, Sermayesi Paylara Bölünmüş Komandit Ortaklıklar İle Kooperatiflerde, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 45, S. 1-4, 1981, s. 348-349). Akdağ Güney ise, “fonksiyonel organ” kavramının hem şekli hem de fiili organ kavramını kapsayan bir üst kavram olduğu görüşündedir (Akdağ Güney, Necla: Anonim Şirket Yönetim Kurulu, Genişletilip Güncelleştirilmiş 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016, s. 356, dn. 943). “Fiili yönetim kurulu üyesi” terimi ve öğretideki diğer terimler için bkz. Korkut, Ömer: Anonim Şirketlerde Fiili Yönetim Kurulu Üyeliği, [https://omerkorkut.com.tr/wp-content/uploads/ANONIM-SIRKETLERDE-FIILI-YONETIM-KURULU-UYELIGI.30-eylul.pdf (Çevrimiçi: 12.03.2022)], s. 2-3.

⁴⁷ BGE 128 III 29, s. 30.

⁴⁸ Bu konuda bkz. Tekinalp, Ünal: Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, Değişiklikler ve İkincil Düzenlemelerle Güncelleştirilmiş 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020, N. 11-12. Kanuni organ niteliği bulunmamasına rağmen şirket yönetiminde veya temsilinde doğrudan veya dolaylı biçimde fiili olarak söz sahibi olan ve iradesinin oluşumunu etkileyen kişi ya da kuruluşlar tanımı için bkz. Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), N. 600a. Benzer bir tanım için ayrıca bkz. Palta, Nihan: Türk Ve İsviçre Anonim Şirketler Hukukunda Organ Kavramı, Akdeniz Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 12, S. 1, Haziran 2022, s. 372-373. Fiili organlar, - bu amaçla etkin bir şekilde atanmadan - yönetim organlarına veya fiili yönetim organlarına ayrılmış kararlar olarak bir tüzel kişinin iradesinin oluşumuna ve ifade edilmesine etkili, tekrar tekrar ve kararlı bir şekilde katılan gerçek veya tüzel kişilerdir [Jung, Peter: Faktische Organe im Zivilprozess – Substance over Form?, Das Zivilrecht und seine Durchsetzung Festschrift für Professor Thomas Sutter-Somm, (Hrsg.: Fankhauser, Roland/ Widmer Lüchinger, Corinne/Klingler, Rafael/ Seiler Benedikt), 2016, s. 264].

“fiili organ” ifadesine yer verilmiştir. Zira TTK m. 553’de “kurucular, yönetim kurulu üyeleri, yöneticiler ve tasfiye memurları”nın kanundan, esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerinin ihlali sonucunda şirkete, pay sahiplerine ve şirket alacaklılarına kusurlarıyla verdikleri zarardan sorumlu olacakları düzenlenmiştir. Hüküm mehz İsvBK m. 754’den bazı ifadelerle ayrıldığından,⁴⁹ TTK m. 553’ün gerekçesinde bu fark şu şekilde açıklanmıştır: “Hükümümüzde, “kurucular, yönetim kurulu üyeleri, yöneticiler ve tasfiye memurları” denilerek açıkça görevli kişiler ifade edilmiştir. Kaynakta ise, “yönetim kurulu üyeleri ile yönetim ve tasfiye ile uğraşan kişiler” ifadesine yer verilmiştir. Geniş anlama sahip “uğraşan” sözcüğü ile görevli olmadığı halde yönetime ve tasfiyeye karışan, talimat veren, yönetimi ve tasfiyeyi yönlendiren, bir bakıma arkadan yöneten büyük pay sahipleri başta olmak üzere, gizli yöneticiler ve tasfiye memurları (öğretideki deyimle, “fiili organ”lar) kastedilmiştir. Bu geniş kapsamlı ibarenin hukukumuzda aktarılması halinde (banka hukukundaki deneyim ve birikim gözönüne alınınca) ibarenin amacı ve İsviçre’deki anlayışı aşan bir anlam ve boyut kazanacağından endişe edilmiştir. Böyle ucu açık bir ibareyi hükme koymak yerine mevcut “yöneticiler” sözcüğünün yorumlanmasının öğretiyeye ve yargı kararlarına bırakılmasının, bu yolla daha dinamik bir anlayışın hukukumuzda egemen olabileceği düşünülmüştür.”

Gerekçedeki ifadeye uygun olarak öğretilde “yönetici” kavramına, şartları varsa fiili organların da dahil olabileceği ve dolayısıyla somut olayın şartları haklı gösteriyorsa sorumluluklarının mevzu bahis olacağı ileri sürülmüştür⁵⁰. Benzer şekilde temsile ya da yönetime yetkili olanların, görevlerini yaptıkları sırada işledikleri haksız fiillerden sorumlu olacağını düzenleyen TTK m. 371/5’in kanuni organlar gibi fiili organlara karşı da uygulanabileceği, ancak fiili organ ile şirket arasında bir sözleşme ilişkisi bulunmadığından, bu kişilere açılacak sorumluluk davasının “haksız fiil” temeline dayanacağı ifade edilmiştir⁵¹. Bununla beraber Yargıtay içtihatlarında fiili organ kavramına pek sık rastlanmadığı belirtilmelidir⁵². Öğretilde bazı yazarlar, Yargıtay HGK’nın T. 11.06.2003 ve E. 4-359, K. 406 sayılı kararındaki “...Mademki, organ tüzel kişinin (varsayılan) iradesinin oluşmasına ve açıklanmasına yol açmaktadır, şu halde kanun veya kuruluş belgeleri dolayısıyla belirli konularda karar verebilme ve icra edebilme yetkisini haiz olan kişiler de organ sayılabilir” açıklamasını fiili organ

⁴⁹ Kanunda “fiili organ” teriminin kullanılmamasına rağmen İsvBK m. 754’te “yönetim emanet edilen kişiler” ibaresinin bilinçli olarak ifade edildiği ve böylelikle en azından sorumluluk hukukunda bu duruma yasal figür (Rechtsfigür) tanıdığı konusunda bkz. Jung, s. 264.

⁵⁰ Tekinalp, N. 16-57 ve 16-58. Yazar, TTK m. 553’te sayılan kişilerin “numerus clausus” olmadığını, “yöneticiler” terimi dolayısıyla fiili organların da hüküm kapsamına dahil olduğunu belirtmiştir (Tekinalp, N. 16-57). Çamoğlu da, sorumluluk davasının yasal yöneticiler gibi fiili organlara karşı da açılacağını ileri sürmüştür [Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), N. 589]. “Yönetici” ifadesinin, sorumlu organın geniş anlamda yorumlanmasına olanak sağladığı yönünde ayrıca bkz. Palta, s. 363-364.

⁵¹ Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), N. 600a.

⁵² Bu konuda ayrıca bkz. Altınok Ormancı, s. 1269 vd.

kavramının kabulü olarak yorumlamıştır⁵³. Bununla birlikte ulaşabildiğimiz Yargıtay kararları arasında “*fiili organ*” kavramının geçtiği tek yer 23. HD’nin T. 24.01.2014 ve E. 2013/7191, K. 2014/420 sayılı kararıdır⁵⁴. Söz konusu kararda davacı vekili tarafından müvekkili olduğu özel bir bankanın başka bir devlet bankasına aktif ve pasifleriyle devredilmesinin davalıların eylem ve işlemlerinden doğan zarardan kaynaklandığı ileri sürülerek, davalıların iflasına karar verilmesi talep edilmiştir. Yargıtay yaptığı incelemede “*fiili organ*” kavramına yer vermemiş, ancak ilk derece mahkemesinin kararında geçen bu ifadeyi mahkemenin görüşü olarak aynen aktarmıştır. Buna göre ilk derece mahkemesi kararında⁵⁵ “... bir kimsenin anonim şirketlere özgü sorumluluk hükümlerine (TTK md 336) tabi olabilmesi için organ vasfına sahip olması gerektiği, yasa, ana sözleşme veya iç yönetmelikte organ olarak anılmış olma zorunluluğu, organ vasfını haiz olmanın bir şartı olmadığı, anonim şirketlerde bir kimsenin organ vasfını haiz olup olmadığı değerlendirilirken, onun şirketin iradesinin oluşumuna katılıp katılmadığına ve bu esnada tüzel kişinin önemli görev alanlarında bağımsız karar alma yetkisi bulunup bulunmadığına bakılması gerektiği, bu bağlamda organ vasfı ana sözleşme ve yasadan veya fiiliyattaki organizasyon yapısından ileri gelebileceği, dolayısıyla organ vasfı yalnızca formel anlamda bunların organ olup olmadığına bakılarak değil, maddi anlamda bir organ vazifesi üstlenip üstlenmedikleri yani fiiliyatta bu kimselerin şirketin amaçlarından doğan veya bu amaca yönelik bir işlevi

⁵³ Üçışık, Güzin/ Çelik, Aydın: Anonim Ortaklıklar Hukuku, C. I, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 42; Palta da, Yargıtay’ın bir kararında (Y. 11. HD T. 12.02.2012, E. 2010/5559, K. 2012/5966) “resmi kayıtlarda görünmeyen kimselerin şirketi fiilen yönettiklerinin tespiti halinde bunların da somut olayla ilgili olarak haksız eylem hükümleri uyarınca sorumlu olup olmadıklarının tartışılması gerektiği” ifadesini şekli organlar haricinde fiili organların varlığının kabulü olarak belirtmiştir (Palta, s. 377).

⁵⁴ Karararama.yargitay.gov.tr (Çevrimiçi 02.03.2022). Bu karar için ayrıca bkz. Altınok Ormancı, s. 1269-1270. Bununla birlikte davalı veya davacı dilekçelerinde “fiili organ” kavramına yer verilerek ilgili kişilerin sorumluluğuna gidilmesi yönünde talepler mevcuttur. Bu taleplerle ilgili olarak ilk derece mahkemeleri veya BAM ya da Yargıtay’ın “fiili organ” kavramını kullanarak herhangi bir değerlendirmede bulunmadığı, sadece kararlarında davalı veya davacı dilekçelerinin özetleri kısmında söz konusu kavramın geçtiği söylenebilir. Bu konuda bkz. Adana BAM 9. HD T. 02.11.2021; E. 2019/984, K. 2021/1231(yayımlanmamış karar); İstanbul BAM 14. HD T. 24.09.2020, E. 2019/425, K. 2020/963 (emsal.uyap.gov.tr çevrimiçi 01.04.2022); İstanbul BAM 22. HD T. 18.01.2021, E. 2021/1403, K. 2022/61 (Yayımlanmamış karar). Ayrıca İstanbul 2. Asliye Ticaret Mahkemesi’nin görevsizlik verdiği bir kararın karşı oy’unda da bu kavramla ilgili olarak “... Davalıların dava dışı limited şirkette kanuni temsilci sıfatı taşımadıkları ve dava dışı şirkette hizmet akdiyle çalıştıkları tartışmasız olmakla birlikte, TTK madde 553 kapsamında sorumluluk davası açılacakların somut olayın özelliğine göre Yargıtay 11. HD. tarafından geniş yorumlandığı, kanuni organ dışında, kanuni organ tarafından devredilen temsil yetkileri kapsamında fiili organ niteliği taşıyan kişilere (ortak olma şartı bulunmayan murahhas müdür, icracı müdür, genel müdür, finans müdürü vb ünvanlarla görev yapanlara) karşı da TTK md. 553’e dayalı sorumluluk davası açılabilir, TTK md. 135’te düzenlenen “yönetici”, “müdür” kavramlarının tanımlarının kanunun hangi maddeleri açısından uygulanacağını aynı maddede “134 ila 194 üncü maddelerin uygulanmasında” şeklinde sayıldığı, sayılan maddelerin içinde TTK 553. maddenin yer almadığı, bu nedenle 135.maddedeki tanım sınırlandırmasından yola çıkılarak mahkememizin görevsiz olduğunun kabulünün somut olayda mümkün olmadığı...” yönünde beyanlar mevcuttur [İstanbul 2. Asliye Ticaret Mahkemesi, T. 25.06.2020, E. 2018/729; K. 2020/2021 (emsal.uyap.gov.tr çevrimiçi 01.05.2022)].

⁵⁵ Bakırköy 4. Asliye Ticaret Mahkemesi’nin 30.03.2016 T. ve 2014/303 E., 2016/306 K. sayılı kararı [karararama.yargitay.gov.tr (Çevrimiçi 02.03.2022)]. Bu karar için ayrıca bkz. Altınok Ormancı, s. 1269-1270; Palta, s. 377.

yerine getirip getirmedikleri dikkate alınarak değerlendirilmesi gerektiği, sorumluların kapsamı belirlenirken sadece şekli kıstaslara uyan kimselerin organ olarak değerlendirilmesi sorunun çözümü için yeterli bulunmadığı, şeklen bu kıstaslara uymayan ancak, fiili anlamda bir organın vazifelerini gören kimselerin de söz konusu sorumluluk hükümlerine tabi tutulmaları gerektiği, sorumluluğun şekli organlarla sınırlandırılması, bu nevi fiili organların sorumluluk hükümlerinden muaf tutulması anlamına geleceği, bu nedenle gerek içtihatlarda gerekse doktrinde fonksiyonel organ kavramından hareketle iradenin teşekkülüne ya da açıklanmasına iştirak eden veya idare ve temsil görevine katılan kimseler de “organ” olarak nitelendirileceği, böylelikle tüzel kişinin resmen organ sıfatını kazanmış organlarının dışında bulunan, fakat gerek konum, gerek yetkileri nedeni ile ortaklık iradesinin oluşması ve veya dışarıya yansıtılması hususunda etkin olan bütün şahıslar organ olarak nitelendirilebileceği, fiili organların sorumluluk hükümlerine dahil edilmesiyle sadece üçüncü kişilerin korunmasının sağlanmış olmayıp aynı zamanda tüzel kişinin iradesinin oluşmasında etkili oldukları halde resmen organ olarak görünmeyen fiili yöneticiler de sorumluluk zincirine dahil edilmiş olacakları, anonim şirketin organlarının faaliyetleri nedeniyle sorumluluğu değerlendirilirken formel anlamda bunların organ olup olmadığına bakılmaksızın, maddi anlamda bir organ vazifesi üstlenip üstlenmedikleri yani fiiliyatta bu kimselerin şirketin amaçlarından doğan veya bu amaca yönelik bir işlevi yerine getirip getirmedikleri dikkate alınması gerektiğinin banka yöneticileri açısından da geçerli olduğu, yöneticinin sorumlu tutulabilmesi için şekli olarak organ olup olmadığından ziyade fiiliyatta bankanın iradesinin oluşumuna ne derecede etkili olduğuna bakılması gerektiği, sorumluların çerçevesi salt taşıdıkları unvana göre belirlenecek olursa örneğin bankanın günlük işlerini çevirmekle görevli icra organı müdürler gerçekte tüzel kişinin iradesinin oluşumunda etkili olup olmadıklarına bakılmaksızın sorumlu tutulabilecekleri, oysa bu müdürler kendilerine geçerli bir delegasyonla yönetim kurulunun idare ve temsil görevlerinin bir kısmı devredilmediği sürece yönetim ve denetim organlarında alınan kararları icra ettikleri; dolayısıyla sorumluluklarının da kararları alan ve uygulayan kimseler ile aynı olmaması gerektiği ...” belirtilmiştir.

Doktrindeki görüşler çerçevesinde fiili organ çeşitli şekilde meydana gelebilir. Örneğin, şirketler topluluğunda hakim ortağın, yönetim kurulu toplantısına katılmak ve talimatlar vermek suretiyle alınan kararları etkilemesi durumunda bu kişi fiili organ sıfatını haizdir⁵⁶. Ayrıca gizli yönetici olarak yönetim kuruluna katılan kişilerin alınan kararları

⁵⁶ Bu konuda bkz. Helvacı, s. 8. Benzer şekilde Tekinalp de, tek kişilik anonim şirketlerde, şirketin kendi yönetim kurulu tarafından değil de, tam hakimiyet sebebiyle hakim anonim şirketin yönetim kurulu veya murahhas üyeleri ya da diğer yürütme yetkisini haiz kişilerce yönetildikleri veya bu kişilerin kararlarda etkili olması durumunda hakim ortaklığın bizzat ve/veya onun organlarının da yavru şirketin fiili organları olarak kabul edilebileceğini belirtmiştir (Tekinalp, N. 11-18).

etkilemesi durumunda bu kişiler de fiili organ olarak kabul edilmektedir⁵⁷. Keza yürütme organının resmi olarak atanmış, ancak geçersiz veya geçerli bir şekilde itiraz edilmiş veya geçerli olarak kabul edilmemiş bir seçim nedeniyle etkisiz bir şekilde atanan üyeleri, başlangıçta fiili organlar olarak kabul edilebilirler⁵⁸.

Fiili organın gerçek veya tüzel kişi olması mümkündür⁵⁹. Bu nedenle, grubun ana şirketi, grup şirketlerinin yönetimi üzerinde uygun bir etki yapıyorsa, bağlı şirketlerin fiili organı olarak kabul edilebilir⁶⁰.

Öğretide inançlı yönetim kurulu üyelerinin de fiili organ kavramının bir alt türü olduğu belirtilmiştir⁶¹. Zira bu kişiler görevlerini başkasının talimatıyla yerine getirmektedir. İnançlı üyeyi yönetim kuruluna seçtiren, ona verdiği talimatlarla şirket yönetiminde belirleyici olan menfaat sahipleri çoğu kez fiili organ konumundadır⁶². Aradaki inanç ilişkisi, şirketler topluluğunda bağlı şirketlerin yönetim kurulu üyelerinde olduğu gibi açık bir şekilde ya da yönetim kurulu üyesi olmayan hatta pay sahibi sıfatı dahi bulunmayan bir kişiden sözleşme veya taahhütname bağlamında ya da böyle bir belge olmaksızın talimatla olması gibi örtülü bir şekilde meydana gelebilir⁶³.

2. Fiili Organ Kavramının Tespitinde Kullanılan Kriterler

Fiili organın tespitinde kullanılan kriterler bakımından öğretide farklı görüşler ileri sürülmüştür⁶⁴. Bunlardan biri, fiili organın tüzel kişinin iradesini oluşturan organizasyona dahil olup olmadığının belirlenmesidir⁶⁵. Bu kapsamda şirket yönetimindeki etkinin önemli ölçüde ve üst düzeyde olması gerekmektedir⁶⁶. Şirkette ast ve bağımlı bir pozisyon, üst yönetimin kararları hazırlansa ve temelleri alınsa bile organ statüsüne yol açmaz⁶⁷. İlgili

⁵⁷ Helvacı, s. 8.

⁵⁸ Jung, s. 264. Yönetim kurulu üyeliği iptal edilen bir kişinin üyeliğe devam etmesi için aynı yönde bkz. Tekinalp, N. 11-12.

⁵⁹ Tekinalp, N. 11-13 ve 11-14; Palta, s. 373; Binder, Andreas/Roberto, Vito: Personengesellschaften und Aktiengesellschaft – Vergütungsverordnung Art. 530-771 OR – VegüV, Hrsg.: Roberto, Vito/ Trüeb, Hans Rudolf, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2016, Art. 754 OR, N. 3; Dalla Torre, Luca: Präjudizienbuch OR Die Rechtsprechung des Bundesgerichts (1875-2015), Hrsg.: Gauch, Peter/Aeppli, Viktor/Stöckli, Hubert, Neunte, nachgeführte und erweiterte Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2016, Art. 754 OR, N. 2.

⁶⁰ Binder/Roberto, Art. 754 OR, N. 3; Dalla Torre, Art. 754 OR, N. 2.

⁶¹ Tekinalp, N. 11-16.

⁶² Korkut, s. 4.

⁶³ Tekinalp, N. 11-16.

⁶⁴ Bu kriterler hakkında inceleme için ayrıca bkz. Korkut, s. 6-9; Altınok Ormancı, s. 1272-1274; Palta, s. 374-377.

⁶⁵ Akdağ Güney, Yönetim Kurulu, s. 360. Altınok Ormancı da, “dışarıdan” yani organ işlevini üstlenmeden hareket eden üçüncü kişilerin, tüzel kişinin aldığı kararları fiilen etkileme imkânına sahip olsalar dahi fiili organ olarak değerlendirilemeyeceğini, bunun için tüzel kişinin yönetimine karışarak bir organ olarak hareket etmesi gerektiğini belirtmiştir (Altınok Ormancı, s. 1273).

⁶⁶ Korkut, s. 6-7; Altınok Ormancı, s.1273; Binder/Roberto, Art. 754 OR, N. 4.

⁶⁷ Binder/Roberto, Art. 754 OR, N. 4. Yardımcı kişilerin fiili organ olarak kabul edilemeyeceği yönünde bkz. Jung, s. 265.

kişi, bağımsız ve kendi sorumluluğunda hareket etmeli ve görev ihlalinden kaynaklanan zararı önleyebilmelidir⁶⁸. Bağlı konumda bulunan kişiler ancak istisnai olarak fiili organ olarak kabul edilebilirler⁶⁹. Örneğin, şirket çalışanlarının hiyerarşik konumları gereği yönetime müdahalesi söz konusu olamayacağından fiili organ olarak kabul edilemezler⁷⁰. Sadece verilen bir kararda danışmanlık yapılması, fiili organ sıfatının kazanılması için yeterli değildir⁷¹. Örneğin büyük bir anonim şirkette kararın alınması aşamasında yönetim kuruluna ticari, teknik ya da hukuki alt yapının hazırlanması konusunda danışmanlık hizmeti veren kişiler, kararın oluşumunda bizzat etkili olmadıkça fiili organ olarak kabul edilmezler⁷². Bu açıdan şirketin idare ve temsilinde yetkili organlar, baskı uygulayan kimsenin etkisinde kalmadan karar alabiliyorsa fiili organ durumundan bahsedilemez⁷³.

Fiili organ sıfatını haiz bir kişinin, bu sıfatının kabulü için yönetim kurulu toplantılarına bizzat katılması gerekmez⁷⁴. İlgili kişi yönetim kurulu toplantılarına katılmadan anonim şirketi yönetiyorsa yine fiili organ olarak nitelendirilebilir⁷⁵. Bu açıdan fiili organın etkisinin verdiği talimatlar çerçevesinde ortaya çıkabilmesi de mümkündür⁷⁶. Örneğin, tek kişilik anonim şirketlerde kanuni veya ihtiyari organ sıfatını haiz olmasa dahi, tek pay sahibinin yönetim kurulu toplantılarına katılması hatta yönlendirici ikazlarda bulunması halinde de bu kişinin fiili organ olduğunun kabulü gerekmektedir⁷⁷.

Öğretide bazı yazarlar tarafından bir kişinin fiili organ olarak kabul edilebilmesi için, uzun süreli ve düzenli olarak şirket iradesinin oluşumuna etkili olması şartı aranmamış, bir kere dahi olsa şirket iradesinin oluşumuna

⁶⁸ Binder/Roberto, Art. 754 OR, N. 4; Dalla Torre, Art. 754 OR, N. 2; Altınok Ormancı da bu kişilerin bağımsız ve kendi sorumlulukları altında karar alabilmesi gerektiğini belirtmiştir (Altınok Ormancı, s. 1273).

⁶⁹ Binder/Roberto, Art. 754 OR, N. 4.

⁷⁰ Korkut, s. 7.

⁷¹ Akdağ Güney, Yönetim Kurulu, s. 357; Akdağ Güney, Necla: Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, Genişletilip Güncelleştirilmiş 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, s. 148; Korkut, s. 6-7, Binder/Roberto, Art. 754 OR, N. 4.

⁷² Akdağ Güney, Yönetim Kurulu, s. 357; Akdağ Güney, Sorumluluk, s. 148. Yazar, bu kişilerin ilgili durumda yönetim kurulu üyelerine özgü sorumluluk hükümlerine tabi tutulamayacağı, yükümlülüklerin ihlali durumunda sorumluluklarının şirketle arasındaki sözleşme ilişkisine istinaden belirleneceği görüşündedir (Akdağ Güney, Yönetim Kurulu, s. 357; Akdağ Güney, Sorumluluk, s. 148). İsviçre Federal Mahkemesi de bir kararında (BGE 117 II 570) yönetim kurulu toplantısında sadece istişari oy kullanan veya toplantıya misafir olarak katılan davalının fiili organ olmadığını belirtmiştir (Korkut, s. 6 naklen).

⁷³ Akdağ Güney, Yönetim Kurulu, s. 360-361.

⁷⁴ Korkut, s. 8. Tekinalp, tek pay sahibinin yönetim kurulu toplantılarına katılmadan anonim şirketi yönetmesi halinde fiili organ olduğunu ifade etmiştir (Tekinalp, N. 11-18). Akdağ Güney, bir kişinin fiili organ olarak sorumlu tutulabilmesi için karar mevkiinde bulunan kimsenin doğrudan veya dolaylı olarak etkileyip etkilemediğinin öneminin bulunmadığını belirtmiştir (Akdağ Güney, Yönetim Kurulu, s. 361).

⁷⁵ Tekinalp, N. 11-12.

⁷⁶ Korkut, s. 8.

⁷⁷ Tekinalp, N. 11-18. Yazar'a göre, tek pay sahibi, kanuni ve ihtiyari organ olmasa dahi, zarara sebebiyet verebilecek ya da önleyebilecek bir konumdaysa fiili organdır (Tekinalp, N. 11-18).

katılan kişilerin o iradenin uygulanmasından doğan sorumluluğu üstlenmesi gerektiği ileri sürülmüştür⁷⁸. Bu görüşe göre, örneğin hakim ortağın bir kereye mahsus fakat şirket için hayati bir konuda karar vermesi halinde, kendisinin uzun süreli ve düzenli olarak şirketin iradesinde bir görevi bulunmaması nedeniyle sorumluluktan kurtarılmasının yolunu açmak doğru değildir⁷⁹. Bu kişilerin efektif biçimde etkili oldukları alanla sınırlı olarak anonim şirketlere özgü sorumluluk hükümlerine tabi olması gerekir⁸⁰. Aksi görüşteki bazı yazarlar ise, fiili organ olarak kabul edilebilmek için, yönetime yalnızca bir kez veya çok nadiren müdahale etmenin yeterli olmadığını belirtmişlerdir⁸¹. Bu görüşe göre, özellikle yönetim kararları veya önemli işlemlerin sonuçlandırılması gibi yönetim organının üyelerine verilen önemli görevlere müdahale etmeyi de içermelidir⁸². Yine fiili organ kavramının kabulü için süreklilik şartının aranması gerektiği görüşünde olan diğer bir görüşe göre, karşı tarafta kişinin bir organ gibi görevlerini yerine getirdiği yönündeki inanç, ancak organa özgü yetkilerin sürekli bir biçimde kullanılmasıyla doğabilir⁸³.

Öğretide yönetim kurulunun devredilemez görev ve yetkilerinin kullanımının da fiili organ konumunun tespitinde bir kriter olarak kullanılabilmesi ileri sürülmüştür⁸⁴. Bu görüşe göre, yönetim kurulu üyelerinin ilgili görevleri bizzat yerine getirmesi gerekeğinden, bu konuda talimat alınması da talimat veren kişinin fiili organ olduğu anlamına gelebilir⁸⁵. Bununla birlikte öğretide bir kişinin organ vasfını haiz olup olmadığının tespiti bakımından imza yetkisinin bulunması veya bulunmamasının yeterli bir kriter olmadığı haklı olarak belirtilmiştir⁸⁶. Zira imza yetkisi olmamasına rağmen iç veya dış ilişkide organın fonksiyonlarını yerine getiren kişiler bulunabilir⁸⁷. Benzer şekilde şube müdürleri imza yetkisini haiz olmasına rağmen asıl idare ve karar organı olarak nitelendirilemezler⁸⁸.

B. Fiili Organın Temsil Yetkisi Konusunda Öğreti Ve Uygulamadaki

⁷⁸ Akdağ Güney, Yönetim Kurulu, s. 361; Akdağ Güney, Sorumluluk, s. 150. Korkut da, fiili organın tespitinde düzenlilik ve süreklilik şartını aranmaması gerektiğini, zira bu durumun sorumluluğa ilişkin hükmün alanını sınırlayacağını ve hakkaniyete uygun düşmeyeceğini belirtmiştir (Korkut, s. 9).

⁷⁹ Akdağ Güney, Yönetim Kurulu, s. 361; Akdağ Güney, Sorumluluk, s. 150; Korkut, s. 9.

⁸⁰ Akdağ Güney, Yönetim Kurulu, s. 361; Akdağ Güney, Sorumluluk, s. 150.

⁸¹ Jung, s. 264.

⁸² Jung, s. 264.

⁸³ Altınok Ormancı, s. 1272. Yazar'a göre, süreklilik olmadığı takdirde bu kişi fiili organ olarak nitelendirilemeyeceği de, bu kişinin hukuka aykırı davranışları nedeniyle verdikleri zararlardan dolayı kişisel sorumlulukları söz konusu olur (Altınok Ormancı, s. 1272).

⁸⁴ Korkut, s. 7.

⁸⁵ Korkut, s. 7.

⁸⁶ Akdağ Güney, Yönetim Kurulu, s. 359; Akdağ Güney, Sorumluluk, s. 148. Yazar'a göre, imza yetkisine sahip olmak, tek başına şirketin amaçlarından doğan ya da bu amaca yönelik bir işlevin yerine getirildiği anlamına gelmez (Akdağ Güney, Sorumluluk, s. 148).

⁸⁷ Akdağ Güney, Yönetim Kurulu, s. 359; Akdağ Güney, Sorumluluk, s. 148.

⁸⁸ Akdağ Güney, Yönetim Kurulu, s. 359; Akdağ Güney, Sorumluluk, s. 148.

Durum

İsviçre Federal Mahkemesi'nin fiili organın temsil yetkisinin bulunmadığı konusundaki kararı İsviçre öğretisinde olumlu karşılanmıştır⁸⁹. Bu görüşteki yazarlardan *von der Crone*, organların, işlevlerine ve organizasyonel konumlarına göre, anonim şirketlerde bağımsız kararlar alabilen, yönetimi sağlayan ve dolayısıyla şirketin karar verme sürecinde belirleyici bir etkiye sahip olan kişiler olduğunu, bununla birlikte İsvBK'da organlar için tek tip ve genel olarak bağlayıcı bir terimin bulunmadığını, bu sebeple kanuni temsil (İsvBK m. 718), haksız fiillerden cezai sorumluluk (İsvBK m. 722) ve yönetimle görevli kişilerin sorumluluğu (İsvBK m. 754) arasında net bir ayırım yapılması gerektiğini ve İsviçre Federal Mahkemesinin yukarıdaki kararında fiili organın temsil organı konumuna sahip olmadığını haklı olarak kabul ettiğini belirtmiştir⁹⁰. Benzer şekilde *Jung* da, fiili organın temsil yetkisinin reddedilmesini doğru bulduğunu, aksi durumda şirketler hukuku bağlamında organizasyonel düzenlemelerin ihlalinin söz konusu olacağı görüşündedir⁹¹. Zira fiili ve kanuni organların eşit olarak kabul edilmesi, hem tüzel kişiyi hem de potansiyel organ üyelerini ilgilendiren kurumsal düzenlemelerin ve ticaret sicilinin açıklanmasına ilişkin düzenlemelerin dikkate alınmamasını da teşvik edecektir⁹². Bununla birlikte *Yazar* 'a göre, istisnai olarak fiili organ tüzel kişiyi temsil edebilir⁹³. Örneğin bir kişi yanlışlıkla ticaret siciline temsil organının üyesi olarak veya ticari temsilci olarak girilmişse durum böyledir⁹⁴. *Bernet/von der Crone* da, temsil hukuku anlamında organların, sadece şirketler hukukuna göre şirketi temsile yetkili olan kişiler olduğunu, sorumluluk hukuku ile ilgili olan fiili organın, temsil hukuku açısından “*organ olmayan*” olarak nitelendirilmesi gerektiğini ileri sürmüştür⁹⁵.

İsviçre Federal Mahkemesi daha eski (2002) tarihli bir kararında⁹⁶ ise, fiili organların şirketi dışarıya karşı temsil edebileceğini, anonim şirketlerde fiili organların eylemlerinin usulüne uygun bir şekilde seçilen bir organın eylemleriyle denk sayılmasına izin verilmesi gerektiğini belirtmiştir. Söz konusu karara göre, fiili organların temsil yetkisi, seçilmiş bir organ gibi tüzel kişinin iradesinin oluşumuna dahil olmaları ve dışarıdan bu şekilde

⁸⁹ Von der Crone, Hans Caspar: Aktienrecht, 2. vollständig überarbeitete Auflage auf der Grundlage des revidierten Aktienrechts vom 19. Juni 2020, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2020, N. 1479-1480; Schmidt/Burckhardt, s. 129-130; Bernet/von der Crone, s. 87.

⁹⁰ Von der Crone, N. 1479.

⁹¹ Jung, s. 268.

⁹² Jung, s. 267.

⁹³ Jung, s. 268. Benzer şekilde Yazar genel temsil hükümlerinin fiili organlar için de geçerli olabileceğini belirtmiştir (Jung, s. 267)

⁹⁴ Jung, s. 268.

⁹⁵ Bernet/von der Crone, s. 88.

⁹⁶ BGer 4C.307/2001.

görünmelerinden kaynaklanmaktadır⁹⁷. Buradaki belirleyici faktör, tüzel kişinin kendisi adına üçüncü kişinin hareket etmesine izin vermesi veya seçilmemiş organın, seçilen organ tarafından karar alma sürecine önemli ölçüde dahil olmasıdır⁹⁸.

Fiili organın temsil yetkisinin bulunup bulunmadığı hususu Türk öğretisinde çokça tartışılan bir konu olmadığı gibi, bu konuda verilmiş herhangi bir mahkeme kararı da –tespit edebildiğimiz kadarıyla- bulunmamaktadır. *Tekinalp*, yönetim kurulu üyelerinden birinin seçiminin iptal edilmesine rağmen bu kişinin üyeliğe devam etmesini fiili organlık konumunun doğmasına sebep olan bir durum olduğunu ifade etmiştir⁹⁹. *Yazar*'a göre bu durumda söz konusu kişinin yönetim kurulu üyeliği seçiminin iptali hakkında müspet vukufu bulunan üçüncü kişilerle yapılan işlemler anonim şirketi bağlamaz¹⁰⁰. *Pulaşlı*, İsviçre Federal Mahkemesi'nin “*kanun veya esas sözleşme ya da fiili bir organizasyon nedeniyle şirketin iradesinin oluşmasına katılan ve hukuki veya fiili karar alma yeteneğiyle donatılmış olan tüm kişiler; tüzel kişinin organı olarak kabul edilirler*” beyanı gerekçesiyle fiili organların yasal olmayan yönetim faaliyet alanı çerçevesinde pasif temsil yetkisini (ihbar, ihbar veya tebligatları alma gibi) haiz olduğunu ileri sürmüştür¹⁰¹. TMK m. 50'ye ilişkin yorumların iki tür organın varlığına işaret ettiğini belirten *Akdağ Güney* ise, bunlardan ilkinin kanun ya da esas sözleşmeye göre belirlenen şekli (*formel*) organların, diğerinin ise kanunda veya esas sözleşmede organ olarak nitelendirilmemekle beraber, iradenin teşekkülüne veya açıklanmasına iştirak eden ya da idare veya temsil görevine katılan fiili (*faktische*) organlar olduğunu; dolayısıyla anonim şirketlerde sorumluluk hukukunda geniş anlamda fonksiyonel organ kavramından hareket edilmesi gerektiğini, şekli organ dışındaki kişi ya da kişilerin fiili organ olarak nitelendirilmesinin sonucunun hem bu kişilerin hukuka aykırı fiillerinden tüzel kişinin sorumlu tutulmasının hem de bu kimseler tarafından yapılan hukuki işlemlerin tüzel kişiyi bağlamasının sağlanması olduğunu belirtmiştir¹⁰². Fiili organın temsil yetkisini ve yukarıdaki İsviçre Federal Mahkemesi kararını makalesinde derinlemesine inceleyen *Altınok Ormancı* da, kanuna veya tüzel kişinin kuruluş belgesine göre (şeklen) organ olmamakla beraber, fiili organ olarak tüzel kişi adına hareket eden kişilerin yaptıkları hukuki işlemlerin tüzel kişiyi bağlamasının kabul edilemeyeceği,

⁹⁷ BGer 4C.307/2001. Karara göre bu durum, görünüş temsiline ilişkin hükümlerin uygulamasına benzer şekilde, tüzel kişiliğin birinin organ olarak hareket etmesine izin vermesi durumunda, üçüncü kişilerin de ilgili kişinin organ olduğunu kabul edebileceklerine dair güven ilkesinden kaynaklanmaktadır.

⁹⁸ BGer 4C.307/2001.

⁹⁹ Tekinalp, N. 11-12.

¹⁰⁰ Tekinalp, N. 11-12.

¹⁰¹ Pulaşlı, Hasan: Şirketler Hukuku Şerhi, C. II, Tamamen Yenilenmiş ve Genişletilmiş 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, § 36, N. 193f. Ayrıca bkz. Pulaşlı, Hasan: Anonim Şirketlerde Temsil Şekli, Özel Temsil Halleri ve Temsil Yetkisinin Murahhaslara Devredilmesi, BATİDER, C. 36, S. 2, Haziran 2020, s. 31.

¹⁰² Akdağ Güney, Yönetim Kurulu, s. 352-354; Akdağ Güney, Sorumluluk, s. 144-145. Benzer bir değerlendirme için bkz. Palta, s. 373.

fiili organın tüzel kişiyi temsil yetkisi bulunmaması gerekçesiyle, burada TBK m. 46'da düzenlenen bir yetkisiz temsilin söz konusu olabileceği, TMK m. 50/2 çerçevesinde, “organın hukuki işlemlerinin tüzel kişiyi borç altına sokması” kuralı bakımından organ kavramının dar yorumlanması gerektiği, bu sıfatını taşıyan ve temsil yetkisini haiz kişilerin tüzel kişi adına işlem yapabileceği görüşündedir¹⁰³.

C. Fiili Organın Temsil Yetkisinin Bulunup Bulunmadığı Konusundaki Görüşümüz

İsviçre Federal Mahkemesi'nin güncel görüşü Türk hukuku açısından da kabul edilmelidir. Gerçekten de fiili organ kavramı öncelikle sorumluluk hukukuyla ilgili olarak geliştirilmiştir. Bu alanda, üçüncü kişilerin veya şirketin hile ve suiistimal yoluyla zarar görmemesi için kanuni organ konumunda olmayan kişilerin fiili eylemlerinin şirkete izafe edilmesi amaçlanmıştır¹⁰⁴. Örneğin anonim şirket, TTK m. 371/5 uyarınca fiili organın haksız fiilinden sorumlu tutulabilir. Benzer şekilde, fiili organın görev ihlali TTK m. 556 vd. hükümlerince şirketler hukuku bakımından sorumluluğuna ve dolayısıyla kişisel sorumluluğa tabidir. Bununla birlikte anonim şirketlerde temsil yetkisinin bulunup bulunmadığı hususu “*fiili organ*” sıfatından bağımsızdır. Aynı zamanda “*fiili organ*” olduğu kabul edilen bir kişinin, yaptığı işlemler de şirketi bağlayabilir. Bir kişi yönetim kurulu üyesi olarak seçilmemiş/atanmamış olmasına rağmen, ticaret sicilinde bu kişinin yönetim kurulu üyesi olduğu yönünde bir kayıt mevcut ve bu kişi geçerli bir seçim kararı olmamasına rağmen şirketi temsilen işlem yapıyorsa, üçüncü kişilerin bu kişinin yönetim kurulu üyesi ve dolayısıyla şirketi temsile yetkili olduğuna dair güvenlerinin korunması gerekir. Ancak bu durumda şirketin ilgili kişinin yaptığı işlemle bağlı olmasının sebebi, “*fiili organ*” sıfatından kaynaklanmamakta, ticaret sicilinde bu şekilde tescil edilmesine bağlı olarak iyi niyetli üçüncü kişilerin hukuki görüşe güveninin korunması gereğidir. Bu durum TTK m. 373/2'de de açıkça ifade edilmiştir. Hükme göre, “*Temsil yetkisinin ticaret sicilinde tescilinden sonra, ilgili kişilerin seçimine veya atanmalarına ilişkin herhangi bir hukuki sakatlık, şirket tarafından üçüncü kişilere, ancak sakatlığın bunlar tarafından bilindiğinin ispat edilmesi şartıyla ileri sürülebilir*”. Nitekim TTK m. 371/7 uyarınca atanan sınırlı yetkili ticari vekiller de ticaret siciline tescil edilebildiğinden, yönetim kurulu kararı alınmaksızın ticaret siciline tescil edilen bir kişi de “*fiili organ*” sıfatını haiz olmamasına rağmen, bu kişinin yaptığı işlemler şirketi bağlayabilir.

IV. İSVİÇRE FEDERAL MAHKEMESİ KARARINA KONU “GİZEMLİ İMZACI”NIN TEMSİLCİ SIFATININ TÜRK HUKUKU

¹⁰³ Altınok Ormancı, s. 1281.

¹⁰⁴ İsviçre öğretisinde bu yönde bkz. Bernet/von der Crone, s. 87.

BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Genel Olarak

Federal Mahkeme kararında “gizemli imzacı”nın yönetim kurulu üyesi veya murahhas üye ya da müdür olmadığı tespit edilmiştir. Yine bu kişinin ticari temsilci ya da ticari vekil sıfatını haiz olmadığı ortaya konmuştur. Bu açıdan Türk hukuku kapsamında “gizemli imzacı”nın anonim şirketleri kanunen temsile yetkili olan TTK m. 370/1 uyarınca yönetim kurulu üyesi, TTK m. 370/2 uyarınca yönetim kurulunun temsil yetkisini devrettiği murahhaslar ve yine TTK m. 368’e göre atanan ticari temsilci veya ticari vekil sıfatını haiz olmadığı ortadadır. İsviçre hukukunda bulunmayan TTK m. 371/7 uyarınca atanan sınırlı yetkili tacir yardımcıları bakımından bir değerlendirme yapılmasınaysa gerek yoktur. Zira bu kişiler de aslında ticari vekil sıfatını haiz olup, TTK m. 368’e göre atanan (genel yetkili) ticari vekillerden farkı yetkilerinin iç yönergeyle sınırlandırılabilmesi ve bu kişilerin ticaret siciline tescil ve ilan edilebilmesidir. Bu kapsamda Federal Mahkeme’nin görüşü çerçevesinde “gizemli imzacı”nın temsil yetkisi konusunda anonim şirketleri temsile yetkili olabilecek kişiler arasında kalan tek seçenek TBK m. 40 vd. hükümlerinin uygulanması olasılığıdır. Federal Mahkeme kararında, her ne kadar ilk olarak İsvBK m. 32 (TBK m. 40) uyarınca temsil yetkisinin mevcut olup olmadığının tetkik edilmesi gerektiği belirtilmişse de, kararda “gizemli imzacı”ya (A) anonim şirketi tarafından herhangi bir yetki verildiği yönünde bir emare bulunmamaktadır. Dolayısıyla tarafımızca bu kişinin TBK m. 40 vd. hükümlerince atanan bir temsilci olduğu düşünülmemektedir¹⁰⁵. Bununla birlikte İsviçre Federal Mahkemesi kararının devamında temsilciye herhangi bir yetki verilmediği sonucu çıkarılırsa da, üçüncü kişinin (İsvBK m. 33/3 / TBK m. 41/2) yetkinin varlığını temsil edilenin dış ilişkideki davranışlarından çıkarıp çıkaramadığının tespit edilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Bu kapsamda aşağıda ilk olarak TBK m. 41/2 uyarınca (A) anonim şirketinin “gizemli imzacı”nın yetkili olduğu konusunda (B) şirketi nezdinde bir güven uyandırıp uyandırmadığı konusu öğretilde bu hükmün yorumlanması bakımından genel bilgiler verilmek suretiyle incelenecektir. Ardından da, İsviçre Federal Mahkemesi kararında belirtilen son seçenek olan “yetkisiz temsil hükümleri” kapsamında (İsvBK m. 38/1 / TBK m. 46) işleme şirket tarafından icazet verilip verilmediği hususu değerlendirilecektir.

B. TBK m. 41/2 Hükümünün Uygulanması Bakımından

1. Genel Bilgiler

Öğretilde temsil yetkisi ile ilgili olarak iç ve dış temsil yetkisi ayrımı yapıldığı

¹⁰⁵ Ancak belirtmemiz gerekir ki, “gizemli imzacı” tarafından mutabakat imzalanırken şekilli imzanın yanında “O tarafından” yazılması, şirketi münferiden yetkili yönetim kurulu üyesi (O)’nun bu kişiye temsil yetkisi verdiği konusunda bir şüpheye sebep olmaktadır.

görülmektedir. Bu kapsamda iç temsil yetkisi, temsil olunan tarafından temsil yetkisinin varlığının temsilciye bildirilmesidir¹⁰⁶. Dış temsil yetkisinde ise, temsil olunan bir kişiyi temsilci olarak yetkilendirdiğini ona (temsilciye) değil, onunla işlem yapacak olan üçüncü kişiye bildirmektedir¹⁰⁷. Dış temsil yetkisinin temsil olunan tarafından üçüncü kişilere bildirilmesiyle, bu kimselere güven verilmiş olduğundan, güven sonucunda bildirilen temsil yetkisinin varlığı konusunda üçüncü kişilerin iyi niyetlerinin korunması gerekmektedir¹⁰⁸. Bununla beraber dış temsil yetkisi, yani yetkinin üçüncü kişilere bildirilmesi, ilgili temsilcinin mevcut olmayan temsil yetkisini geçerli hale getirmez¹⁰⁹. Zira temsil yetkisi, üçüncü kişilere yapılan beyanın aksine, temsilciye yapılan beyanla (iç temsil yetkisiyle) verilir¹¹⁰. Dolayısıyla temsil yetkisinin verildiği konusunda bilgilendirilen üçüncü kişilerin iyi niyetli olması halinde, temsil sanki gerçek bir (iç temsilde) yetki varmış gibi hüküm ve sonuçlarını doğurur¹¹¹.

TBK m. 41/2 uyarınca, “*Temsil yetkisi üçüncü kişilere bildirilmişse temsil yetkisinin içeriği ve derecesi, bu bildirimde göre belirlenir*”. Her ne kadar hükümde var olan temsil yetkisinin kapsamının üçüncü kişilere bildirilmesi düzenlenmişse de, hükmün temsil edilenin temsilciye hiçbir yetki vermediği, ancak iyi niyetli üçüncü kişiye yetki verdiğini bildirdiği hallere de kıyasen uygulanabileceği (tartışmalı olmakla birlikte) öğretide belirtilmektedir¹¹². Bu halde, iyi niyetli üçüncü kişinin, (temsile ilişkin) yetkinin varlığına dair güveninin korunması ve iyi niyetin yetki eksikliğini gidermesi söz konusudur¹¹³.

Dış temsil yetkisinin, açık irade beyanı veya temsil olunanın fiili

¹⁰⁶ Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 25. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 490; Kocayusufpaşaoğlu, Necip/ Hatemi, Hüseyin/ Serozan, Rona/ Arpacı, Abdülkadir: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. 1, Yenilenmiş Genişletilmiş Tamamlanmış Dördüncü Basıdan Yedinci Tıpkı Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017, § 46, N. 9; Tercier, Pierre/ Pichonnaz, Pascal/ Develioğlu, Murat: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, § 9, N. 409; İnceoğlu, Mehmet Murat: Borçlar Hukukunda Doğrudan Temsil, Oniki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul, 2009, s. 102 ve 105.

¹⁰⁷ Kocayusufpaşaoğlu (Hatemi/ Serozan/ Arpacı), § 46, N. 9; Eren, s. 492; İnceoğlu, s. 102 ve 112,

¹⁰⁸ Eren, s. 492.

¹⁰⁹ Eren, s. 492.

¹¹⁰ Kocayusufpaşaoğlu (Hatemi/ Serozan/ Arpacı), § 46, N. 10; Eren, s. 492.

¹¹¹ Nomer, Haluk Nami: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş Genişletilmiş Onsekizinci Bası, Beta Yayınları, 2021, s. 153; Eren, s. 493; Tercier/ Pichonnaz/ Develioğlu, § 9, N. 446. Kocayusufpaşaoğlu da, bir beyanla bir kişiyi temsilci olarak yetkilendirmenin mümkün olmadığını, bu beyanın üçüncü kişilerin iyi niyetinin korunmasını sağlayan bir güven olgusu yaratmaktan ileriye gitmediğini belirtmektedir [Kocayusufpaşaoğlu (Hatemi/ Serozan/ Arpacı), § 46, N. 18].

¹¹² Eren, s. 493; Kocayusufpaşaoğlu (Hatemi/ Serozan/ Arpacı), § 46, N. 12. Bu konuda ayrıca bkz. İnceoğlu, s. 113; Tercier/ Pichonnaz/ Develioğlu, § 9, N. 444.

¹¹³ Eren, s. 493.

davranışlarıyla¹¹⁴ ortaya çıkabilmesi mümkündür¹¹⁵. Temsil olunan açık bir irade beyanında bulunmamakla birlikte, onun bu şekilde bir hukuki görünüşüne yol açan bazı fiili davranışları yine hükmün uygulanmasına yol açabilir¹¹⁶. Öğretide temsil olunanın fiili davranışlarıyla üçüncü kişide bir güven oluşturmaya ilişkin olarak katlanma temsili (*Duldungsvollmacht*) ve görünüş temsili (*Anscheinsvollmacht*) olmak üzere, iki durumdan bahsedilmektedir¹¹⁷. Katlanma temsiline, üçüncü kişiler temsil olunanın davranışından, gerçekte olmasa bile başka bir kişiye temsil yetkisi verdiği sonucunu çıkarmaktadır¹¹⁸. Temsil olunan sözde temsilcinin kendisinin temsilcisiymiş gibi davrandığını ve üçüncü kişilerin buna dayanarak bir temsil yetkisinin bulunduğu sonucuna varabileceklerini bilmektedir¹¹⁹. Bu sebeple temsil olunan verdiği izlenim ve yarattığı görünüş için, duruma katlanmak zorundadır¹²⁰. Görünüş temsili ise, temsil olunan bir kişinin kendi adına işlem yaptığını bilmemekle beraber, gerekli özeni göstermiş olsaydı bu durumu bilebileceği ve engelleyebileceği durumlarda ortaya çıkmaktadır¹²¹. Bu durumda temsil olunan üçüncü kişilerde ihmal suretiyle yarattığı hukuki görünüşün sonuçlarına katlanması gerekmektedir¹²².

2. Hükmün “Gizemli İmzacı”ya Uygulanabilirliği

İsviçre Federal Mahkemesi’nin kararına konu somut olayda Kasım 2010’da imzalanan üç sözleşmede de (A) anonim şirketini “gizemli imzacı” temsil etmiş ve taraflar ilgili sözleşmelerin geçerliliği konusunda herhangi bir itirazda bulunmamışlardır. Hatta öyle ki, sözleşmenin ifası sırasında çıkan sorunların çözülmesi amacıyla karara konu “mutabakat” imzalanmış, ilgili mutabakatta da (A) anonim şirketini yine “gizemli imzacı” temsil etmeye devam etmiştir. Somut olayda, dış temsil yetkisi bakımından yapılan ayırmada ortaya çıkan “görünüş temsili”nin söz konusu olmadığını, ancak “katlanma temsili” ihtimalinin değerlendirilebileceğini düşünmekteyiz. Zira yukarıda da ayrıntılı olarak açıkladığımız üzere “görünüş temsili”nde

¹¹⁴ Söz konusu fiili davranışların “irade emareleri” kavramıyla açıklandığı, bundan da asıl amacının irade açıklamasında bulunmamakla birlikte, irade çıkarımında bulunulmasına yol açmaya müsait hal ve davranışların anlaşıldığı konusunda bkz. İnceoğlu, s. 117.

¹¹⁵ Kocayusufpaşaoğlu (Hatemi/ Serozan/ Arpacı), § 46, N. 14-15; İnceoğlu, s. 115-117. Temsil olunanın temsil yetkisi verdiği dair üçüncü kişiye bir bildirim, hatta bu doğrultuda bir beyan arzusunda bulunmadığı bazı durumlarda dahi, o kişiyi ihmal veya sessiz kalma suretiyle yarattığı dış görüntüye dayalı olarak güven nazariyesi çerçevesinde, temsil yetkisi varmış gibi sorumlu tutmanın mümkün olabileceği görüşü için bkz. Nomer, s. 154.

¹¹⁶ Kocayusufpaşaoğlu (Hatemi/ Serozan/ Arpacı), § 46, N. 15.

¹¹⁷ İnceoğlu, s. 118; Tercier/ Pichonnaz/ Develioğlu, § 9, N. 448-449; Eren, s. 493; Kocayusufpaşaoğlu (Hatemi/ Serozan/ Arpacı), § 46, N. 15-16.

¹¹⁸ Eren, s. 493; Kocayusufpaşaoğlu (Hatemi/ Serozan/ Arpacı), § 46, N. 15.

¹¹⁹ Kocayusufpaşaoğlu (Hatemi/ Serozan/ Arpacı), § 46, N. 15.

¹²⁰ Kocayusufpaşaoğlu (Hatemi/ Serozan/ Arpacı), § 46, N. 15; Eren, s. 493; Tercier/ Pichonnaz/ Develioğlu, § 9, N. 449.

¹²¹ Kocayusufpaşaoğlu (Hatemi/ Serozan/ Arpacı), § 46, N. 16; Eren, s. 493; İnceoğlu, s. 123.

¹²² Kocayusufpaşaoğlu (Hatemi/ Serozan/ Arpacı), § 46, N. 16; Eren, s. 493; İnceoğlu, s. 123.

temsil olunan sözde temsilcinin kendi temsilcisiymiş gibi davrandığını bilmediği, ancak gerekli özeni göstermiş olsaydı bu durumu bilebileceği ve engelleyebileceği durumlarda ortaya çıkmaktadır; ancak somut olayda şirketin fiili davranışlarıyla üçüncü kişilerin “gizemli imzacı”nın temsil yetkisi bulunduğu sonucunu çıkartabileceğini bildiği ve bunu önleme imkanının bulunduğu yönünde bazı emareler olduğu düşünülmektedir. Bu kapsamda ilk olarak “gizemli imzacı” mutabakatı şirket kaşesi altında imzalamıştır. Öğretide temsil olunana ait damgaların veya antetli kağıtların sözde temsilciye temsil olunan tarafından verilmiş olması, katlanma temsilinin ortaya çıkabileceği bir hal olarak gösterilmektedir¹²³. Nitekim Yargıtay da eski tarihli bir kararında¹²⁴ “...Burada önemli olan, temsilci sıfatıyla iş yapan Tayfun’un üçüncü şahıslar nezdinde davalıya ait iş yerinde davalı kaşesi ve basılı evraklarını kullanmak suretiyle iş yapmış olması nedeniyle temsilci olarak kabul edilip edilmemesi meselesidir. Tayfun’un davalıya ait iş yerinde yine davalıya ait matbu evrak ve kaşeyi kullanarak iş yaptığı, bu nedenle iyi niyetli üçüncü şahıslar nezdinde temsilci olarak kabul edilmesinin gerekliliği ortadadır. Kaldı ki davalı şirket de şirket kaşesinin iradesi dışında elinden çıka[ra]k adı geçen kişi tarafından kullanıldığını savunup ispat etmemiştir. O halde sözleşme davalıyı bağlar...” şeklinde hüküm vermiştir. Benzer şekilde 2010 tarihli üç sözleşmeye ek olarak, davaya konu mutabakat ve bu mutabakatın imzalanmasından sonraki yazışmalar da gene “gizemli imzacı” tarafından yapılmıştır. Kararda da davadan önce şirket tarafından bu konuda herhangi bir itirazda bulunulduğu yönünde bir beyan yer almamaktadır. Yargıtay yine eski tarihli bir kararında¹²⁵ aynı konuyla ilgili olarak birden çok işlemin aynı kişi tarafından yürütülmesini ve ardından sözleşmenin karşı tarafında bu kişinin temsile yetkili olduğu konusunda kanaat uyandırdıktan sonra, bu eylemli duruma aykırı olarak aynı kişinin sonraki bir işleminin şirketi bağlamayacağı yolundaki savunmasını çelişkili davranış olarak nitelendirmiş, bu hareketin TMK m. 2 vd. dürüstlük ve ticari işlerdeki güven ve istikrar kuralı ile bağdaşmadığını belirtmiştir. Dolayısıyla TBK m. 42/2 ile ilgili olarak öğretideki görüşler çerçevesinde, “gizemli imzacının” yetkisiz olduğu varsayımında, (A) anonim şirketinin (B) şirketine “gizemli imzacı”nın kendi temsilcisiymiş gibi davranmasına müsaade ettiği ve (B) şirketi nezdinde ortaya çıkan hukuki görünüşe katlanması gerektiği kanaatindeyiz.

C. TBK m. 46 vd. Hükümlerinin Uygulanması Bakımından

¹²³ Bu konuda bkz. İnceoğlu, s. 120.

¹²⁴ Y. 13. HD T. 13.12.1999, E. 9126, K. 9465 (İnceoğlu, s. 120 dn. 87’den naklen).

¹²⁵ “...adı geçen Genel Müdür bu yetkisine dayanarak tek başına şirketi temsilen 18.2.1987 tarihli sözleşmeyi imzalamıştır. Bu sözleşmeden sonra bütün işlemleri aynı kişi kendi imzası ile yürütmüş ve bu yöne hiçbir itiraz vaki olmamıştır. Bütün bu eylemli durum karşısında davacı şirketin, adı geçen Genel Müdürün tek başına temsile yetkili olduğu konusunda sözleşmenin diğer tarafı olan İdarede kanaat uyandırdıktan sonra bu eylemli duruma aykırı olarak daha sonra aynı kişinin birden çok dilekçe ile vaki feragatinin şirketi bağlamayacağı yolundaki savunması çelişki davranış olup M.K.nun 2. maddesindeki dürüstlük ve ticari işlerdeki güven ve istikrar kuralı ile bağdaşmaz.” Y. 15. HD T. 05.04.1994, E. 409, K. 2051 (İnceoğlu, s. 119, dn. 80’den naklen).

1. Genel Bilgiler

Başkası adına işlem yapan temsilcinin, üçüncü kişiyle yapılan sözleşmenin kurulduğu anda geçerli bir temsil yetkisine sahip olması kural olarak zorunludur¹²⁶. Bununla birlikte yetkisiz temsili düzenleyen TBK m. 46/1 uyarınca “*Bir kimse yetkisi olmadığı hâlde temsilci olarak bir hukuki işlem yaparsa, bu işlem ancak onadığı takdirde temsil olunanı bağlar.*” Yetkisiz temsilcinin üçüncü kişiyle yaptığı işlemde bu işlemin geçerli olması için bulunması zorunlu olan “*yetki*” unsuru eksiktir¹²⁷. Bu sebeple sözleşme kurulmuş olmasına rağmen “*askıda hükümsüz*”dür¹²⁸. Fakat temsil olunan sözleşmeye icazet vererek, işlemi baştan itibaren geçerli hale getirebilir¹²⁹. İcazet ile hukuki işlemdeki eksiklik tamamlanır ve bu işlem temsil olunanın hukuk alanında hüküm ve sonuçlarını doğurur¹³⁰. İcazetin verilmesi kural olarak şekle tabi olmadığından, bunun açıkça veya zımni davranışlarla verilmesi mümkündür¹³¹. Yetkisiz temsilcinin işlemine icazet verilmediği takdirde ise, işlem kesin hükümsüz hale gelir¹³².

2. Hükümün “Gizemli İmzacı”ya Uygulanabilirliği

Anonim şirketin tüzel kişiliği haiz olması sebebiyle, yetkisiz temsilcinin yaptığı işleme icazet verebilecek kişiler, şirketi temsile yetkili olan kimselerdir. Bu kapsamda somut olayda (A) anonim şirketini münferiden temsile yetkili yönetim kurulu üyesi (O)’nun icazet verebilmesi mümkündür. Davaya konu mutabakata (O) tarafından icazet verildiği yönünde bir beyan mevcut değilse de, icazetin şekle bağlı olmadığı, bir diğer ifadeyle açık bir şekilde yapılması gerekmediği olgusu göz ardı edilmemelidir. Zira somut olayda 2012 yazı ve sonbaharında (O)’nun, 2012 yılındaki mutabakatın yanı sıra 2010 yılında ilk imzalanan sözleşmelerden birisine de atıfla (B) şirketine bazı ödemeler yolladığı belirtilmiştir. Bu sebeple (O) tarafından ödemedede bulunulması suretiyle icazet verildiği düşünülebilir. Nitekim Yargıtay da vermiş olduğu kararlarda somut olayın şartlarına göre şirket, yetkisiz temsilci tarafından yapılan işleme uzun bir süre ses çıkarmıyor¹³³

¹²⁶ Kocayusufpaşaoğlu (Hatemi/ Serozan/ Arpacı), § 49, N. 1.

¹²⁷ Kocayusufpaşaoğlu (Hatemi/ Serozan/ Arpacı), § 49, N. 3.

¹²⁸ İnceoğlu, s. 358; Kocayusufpaşaoğlu (Hatemi/ Serozan/ Arpacı), § 49, N. 3; Eren, s. 512; Nomer, s. 162.

¹²⁹ Bu konuda bkz. Kocayusufpaşaoğlu (Hatemi/ Serozan/ Arpacı), § 49, N. 4 vd.; İnceoğlu, s. 358 ve 419; Eren, s. 513; Nomer, s. 162.

¹³⁰ Eren, s. 514.

¹³¹ Nomer, s. 163; İnceoğlu, s. 395.

¹³² Eren, s. 516.

¹³³ “Yetkisiz temsilde temsil edilenin, yetkisiz temsilcinin kendi adına imza atmasına ses çıkarmayarak, yetkisiz temsil imzasının sonuçlarını yüklenildiği durumlarda sorumluluğu vardır. Davalı banka, davacı şirketin temsil yetkisi bulunmayan Selahattin’in şirket adına keşide ettiği çekleri ödediğini ileri sürdüğüne göre, davacı şirketin, Selahattin’in yetkisiz temsiline tahammül gösterip göstermediğinin araştırılması gerekir.” Y. 19. HD T 30.11.1993, E. 9367, K. 8158 (İnceoğlu, s. 120, dn. 83’ten naklen).

ve hatta ilgili işlemin gereklerini yerine getiriyorsa¹³⁴, bu işlemin şirket tarafından zımnen onaylandığını belirtmiştir.

V. SONUÇ VE DEĞERLENDİRMEMİZ

Fiili organlar, ister organlara ayrılmış konularda karar almak isterse yönetimle ilgilenmek olsun, fiili davranışlarıyla şirketin iradesinin oluşumu üzerinde belirleyici bir etkiye sahip olan kişilerdir¹³⁵. İsviçre Federal Mahkemesi'nin güncel görüşü Türk hukuku açısından da kabul edilmelidir. Gerçekten de fiili organ kavramı öncelikle sorumluluk hukukuyla ilgili olarak geliştirilmiştir. Bu alanda, üçüncü kişilerin veya şirketin hile ve suiistimal yoluyla zarar görmemesi için kanuni organ konumunda olmayan kişilerin fiili eylemlerinin şirkete izafe edilmesi amaçlanmıştır¹³⁶. Örneğin anonim şirket, TTK m. 371/5 uyarınca fiili organın haksız fiilinden sorumlu tutulabilir. Benzer şekilde, fiili organın görev ihlali TTK m. 556 vd. hükümlerince şirketler hukuku bakımından sorumluluğuna ve dolayısıyla kişisel sorumluluğa tabidir. Anonim şirketlerde şirket adına işlem yapabilecek kişiler, temsil yetkisi devredilmediği takdirde yönetim kurulu üyeleri (TTK m. 365/1, TTK m. 370/1); TTK m. 370/2 uyarınca yönetim kurulunun temsil yetkisini devrettiği murahhaslar; TTK m. 368'e göre atanan ticari temsilci ve ticari vekiller ile TTK m. 371/7 uyarınca atanan sınırlı yetkili ticari vekillerdir. Anonim şirketlerde temsil yetkisinin bulunup bulunmadığı hususu "*fiili organ*" sıfatından bağımsızdır. Bir kişi yönetim kurulu üyesi olarak seçilmemiş/atanmamış olmasına rağmen, ticaret sicilinde bu kişinin yönetim kurulu üyesi olduğu yönünde bir kayıt mevcut ve bu kişi geçerli bir seçim kararı olmamasına rağmen şirketi temsilen işlem yapıyorsa, üçüncü kişilerin bu kişinin yönetim kurulu üyesi ve dolayısıyla şirketi temsile yetkili olduğuna dair güvenlerinin korunması gerekir. Ancak bu durumda şirketin ilgili kişinin yaptığı işlemle bağlı olması, "*fiili organ*" sıfatından kaynaklanmamakta, ticaret sicilinde bu şekilde tescil edilmesine bağlı olarak iyi niyetli üçüncü kişilerin hukuki görüşe güveninin korunması gereğidir¹³⁷.

Anonim şirketlere TBK m. 40 vd. hükümleri çerçevesinde temsilci atanabilmesine de bir engel yoktur. Bu kişiler TBK m. 40 vd. hükümlerince yetkilendirildikleri için "*fiili organ*" olarak kabul edilemezler. Fakat "*fiili organ*" olduğu düşünülen bir kişinin gerçekleştirdiği işlemin kapsamına

¹³⁴ "Her ne kadar anonim ortaklık adına teklif mektubu yazarlar ortaklığın yetkili temsilcileri değilse de daha sonra davalının kabul mektubu davacı ortaklıkça kabul edilerek peşinat gönderilmek ve şartnameye göre imal edilen kutular teslim alınmak ve ayrıca yollanan faturaya itiraz edilmemek suretiyle taraflar arasında bir sözleşme doğmuştur" Y. Ticaret Dairesi, T. 14.12.1972, E. 72/4747, K. 72/5391 (BATİDER, C. VII, S. 1, s. 171; Domaniç, s. 531'den naklen).

¹³⁵ Tanım için bkz. Schmidt/Burckhardt, s. 129.

¹³⁶ İsviçre öğretisinde bu yönde bkz. Bernet/von der Crone, s. 87.

¹³⁷ Bu konuda "dış görünüşte organ izlenimini veren organ" kavramı ile bunun ticaret sicilinin olumlu ve olumsuz etkileri bakımından incelenmesi hakkında bkz. Palta, s. 378 vd.

göre bu kişinin TBK m. 40'a göre atanan temsilci sıfatını taşıyıp taşımadığı ayrıca değerlendirilmelidir. Kaldı ki, öğretide de ifade edildiği üzere TBK m. 41/2'nin kıyasen uygulanması suretiyle, şirket tarafından kişiye başta herhangi bir temsil yetkisi verilmeksizin, temsil yetkisinin bulunduğu dair bildirim ve/veya fiili davranışlar sebebiyle, üçüncü kişinin temsil yetkisinin bulunduğu konusundaki güveninin korunması durumu ortaya çıkabilir. Bu durumda da şirket yetkisiz temsilci tarafından yapılan işlemle bağlı olur. Benzer şekilde TBK m. 46 vd. hükümlerince düzenlenen "yetkisiz temsil" hükümleri çerçevesinde de yetkisiz temsilci tarafından yapılan işlemin şirket tarafından açıkça veya zımnen onaylanabilmesi mümkündür.

Kaynakça

[1] AKDAĞ GÜNEY, Necla: Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, Genişletilip Güncelleştirilmiş 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010 (Akdağ Güney, Sorumluluk).

[2] AKDAĞ GÜNEY, Necla: Anonim Şirket Yönetim Kurulu, Genişletilip Güncelleştirilmiş 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016 (Akdağ Güney, Yönetim Kurulu).

[3] ALTINOK ORMANCI, Pınar: Tüzel Kişilerde Fiili Organ Kavramı ve Fiili Organın Hukuka Aykırı Fiilleri ile Hukuki İşlemlerinin Doğurduğu Sonuçlar, İstanbul Hukuk Mecmuası, 79/4, s. 1261-1283.

[4] BERNET, Sandro/VON DER CRONE, Hans Caspar: Rechtsgeschäftliche Vertretung der Aktiengesellschaft, RSDA, 2020, s. 84-95.

[5] BINDER, Andreas/ ROBERTO, Vito: Personengesellschaften und Aktiengesellschaft – Vergütungsverordnung Art. 530-771 OR – VegüV, Hrsg.: Roberto, Vito/ Trüeb, Hans Rudolf, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2016.

[6] DALLA TORRE, Luca: Präjudizienbuch OR Die Rechtsprechung des Bundesgerichts (1875-2015), Hrsg.: Gauch, Peter/Aeppli, Viktor/Stöckli, Hubert, Neunte, nachgeführte und erweiterte Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2016.

[7] DOMANIÇ, Hayri: Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması, TTK Şerhi, C. II, Dizgi-Baskı/Yaylacık Matbaası, İstanbul, 1988.

[8] EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 25. Baskı, Yetkin

Yayınları, Ankara, 2020.

[9] HELVACI, Mehmet: Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukukî Sorumluluğu, 2. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2001.

[10] İNCEOĞLU, Mehmet Murat: Borçlar Hukukunda Doğrudan Temsil, Oniki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul, 2009.

[11] JUNG, Peter: Faktische Organe im Zivilprozess – Substance over Form?, Das Zivilrecht und seine Durchsetzung Festschrift für Professor Thomas Sutter-Somm, (Hrsg.: Fankhauser, Roland/ Widmer Lüchinger, Corinne/Klingler, Rafael/Seiler Benedikt), 2016, s. 263-274.

[12] KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip/ HATEMİ, Hüseyin/ EROZAN, Rona/ ARPACI, Abdülkadir: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. 1, Yenilenmiş Genişletilmiş Tamamlanmış Dördüncü Basıdan Yedinci Tıpkı Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017.

[13] KORKUT, Ömer: Anonim Şirketlerde Fiili Yönetim Kurulu Üyeliği, s. 1-17 [<https://omerkorkut.com.tr/wp-content/uploads/ANONIM-SIRKETLERDE-FIILI-YONETIM-KURULU-UYELIGI.30-eylul.pdf>] (Çevrimiçi: 12.03.2022)].

[14] NOMER, Haluk Nami: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş Genişletilmiş Onsekizinci Bası, Beta Yayınları, 2021.

[15] PALTA, Nihan: Türk Ve İsviçre Anonim Şirketler Hukukunda Organ Kavramı, Akdeniz Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 12, S. 1, Haziran 2022, s.357-391.

[16] POROY, Reha/TEKİNALP, Ünal/ÇAMOĞLU, Ersin: Ortaklıklar Hukuku I, Güncellenmiş ve Yeniden Yazılmış 14. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019.

[17] POROY, Reha/TEKİNALP, Ünal/TEKİNALP, Gülören: Ortaklıklar Hukukunda Organların Sorumluluğu Anonim, Limited, Sermayesi Paylara Bölünmüş Komandit Ortaklıklar ile Kooperatiflerde, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 45, S. 1-4, 1981, s. 347-398.

[18] PULAŞLI, Hasan: Anonim Şirketlerde Temsil Şekli, Özel Temsil Halleri ve Temsil Yetkisinin Murahhaslara Devredilmesi, BATİDER, C. 36, S. 2, Haziran 2020, s. 5-39 (Pulaşlı, Temsil).

[19] PULAŞLI, Hasan: Şirketler Hukuku Şerhi, C. II, Tamamen Yenilenmiş ve Genişletilmiş 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022 (Pulaşlı, Şerh).

[20] SCHMIDT, Patrick/BURCKHARDT, Christoph: Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, Urteil 4A_455/2018 vom 9. Oktober 2019 (zur Publikation vorgesehen), A. AG gegen B. Inc., Vertretung der AG (Art. 718 und 32 ff. OR), faktische Organshaft, AJP/PJA 2020, s. 126-130.

[21] TEKİNALP, Ünal: Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, Değişiklikler ve İkincil Düzenlemelerle Güncelleştirilmiş 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020.

[22] TERCIER, Pierre/ PICHONNAZ, Pascal/ DEVELİOĞLU, Murat: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.

[23] ÜÇİŞİK, Güzin/ ÇELİK, Aydın: Anonim Ortaklıklar Hukuku, C. I, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.

[24] VON DER CRONE, Hans Caspar: Aktienrecht, 2. vollständig überarbeitete Auflage auf der Grundlage des revidierten Aktienrechts vom 19. Juni 2020, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2020.

SOYBAĞININ REDDİ DAVASINDA HAK DÜŞÜRÜCÜ SÜRENİN HAKLI SEBEPLE UZAMASI*

Dr. Öğr. Üyesi Tülay AYDIN ÜNVER**

Öz

Babalık karineleri uyarınca koca ve çocuk arasında kurulmuş olan soybağının, kural olarak koca ve çocuk tarafından, bazı şartların gerçekleşmesi halinde de kanun hükmünde belirtilen kişiler tarafından reddedilmesi mümkündür. Koca açısından hak düşürücü süre çocuğun doğumunu ve baba olmadığını ya da ananın gebe kaldığı sırada bir başka erkek ile cinsel ilişkide bulunduğunu öğrendiği tarihten başlayarak bir yıldır. Çocuk açısından hak düşürücü süre ise ergin olduğu tarihten başlayarak bir yıldır. Hak düşürücü süre geçtikten sonra soybağının reddi davasının reddedilmesi gerekirken, bu sürenin haklı sebeple uzaması mümkündür. Zira gecikmenin haklı nedene dayanması halinde bir yıllık sürenin bu sebebin ortadan kalktığı tarihten itibaren işlemeye başlayacağı kabul edilmiştir. Bu çalışmada soybağının reddi davasında hak düşürücü sürenin uzamasını sağlayan haklı sebeplerin neler olduğu, hangi hallerde haklı sebep kavramına başvurulamayacağı ve haklı sebep halinde uzama süresinin ne olması gerektiği öğretideki görüşler ve Yargıtay kararları ışığında değerlendirilmiştir.

Anahtar kelimeler: Soybağı, soybağının reddi, hak düşürücü süre, haklı sebep, nüfus kaydının düzeltilmesi.

Extension of the Peremptory Time Limit for Justified Reason in the Denial of Paternity Lawsuit

Abstract

The paternity established between the husband and the child in accordance with the presumptions of paternity can be denied by the husband and the child as a rule. Additionally, the paternity can be denied by the other

* Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 02.03.2021 - Kabul Edildiği Tarih: 10.12.2021

** İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, tulaydin@istanbul.edu.tr, ORCID: 0000-0002-9670-3055

DOI: 10.17932/IAU.HFD.2015.018/hfd_v08i1003

people determined by law if certain conditions are met. For the husband, the peremptory time limit is one year. It starts from learning of the child's birth and the fact that he is not the father or that another man had sexual intercourse with the mother around the date of the conception. The peremptory time limit for the child is one year starting from attaining the age of majority. The lawsuit for denial of paternity should be rejected, if the peremptory time limit has passed. On the other hand, this period may be extended for justified reason because, if the delay is based on a justified reason, it is accepted that the one-year period will start to run from the date this reason disappears. In this study, the justified reasons in the denial of paternity lawsuit have been scrutinised in the light of the views in doctrine and the Supreme Court decisions. Additionally, the cases in which the concept of justified reason cannot be applied and what the extension period in the presence of justified reason have been evaluated in this study.

Keywords: *Paternity, denial of paternity, peremptory time limit, justified reason, rectification of register.*

Giriş

Çocuk ile ana ve babası arasında soybağının kurulması TMK m.282'de düzenlenmiştir. Söz konusu hüküm dikkate alındığında çocuk ile ana ve babası arasındaki soybağının ya kan bağına bulunması ya da evlat edinme ilişkisi yoluyla kurulabileceği anlaşılmaktadır.

Çocuk ile anası arasında kan bağına dayanan soybağı doğumla kurulur (TMK m.282 I)¹. “Çocuğu doğuran kadın anadır (*mater semper certa est*)”

¹ Tıptaki gelişmeler uyarınca, günümüzde ana ile soybağı ilişkisinin doğumla kurulacağına ilişkin TMK m.282 I hükmünün mutlak bir hüküm olarak kabul edilmesi tartışılmaktadır. Özellikle taşıyıcı annelik veya ikame annelik uygulamaları nedeniyle çocuğu doğuran kadın ile çocuğun genlerini taşıdığı kadın farklı olabilmektedir. Bu hallerde hangi anneye hukuken üstünlük tanınması gerektiği öğretilerde tartışmalıdır. Öğretilerdeki görüşler ve tartışmalar için bkz. SEROZAN, Rona: Çocuk Hukuku, İstanbul 2005, s. 165 vd.; ACABEY, Mehmet Beşir: Soybağı-Kurulması, Genel Olarak Sonuçları, Özellikle Evlilik Dışı Doğan Çocukların Mirasçılığı, İzmir 2002, s. 200 vd.; NOMER, Hâluk Nami: “Sunî Döllenme Dolayısıyla Ortaya Çıkabilecek Nesep Problemleri”, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 562 vd.; BAYGIN, Cem: Soybağı Hukuku, İstanbul 2010, s. 16 vd.; aynı yazar, “Kan Bağına Dayanan Soybağı”, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, 2002, C: VI, S: 1-4, s. 257-258; ŞİPKA, Şükran / GENÇ ARIDEMİR, Arzu: “4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'na Göre Soybağının Kurulması ve Hükümleri”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2003/1, İstanbul, s. 151-153; ÖZDEMİR, Hayrunnisa/RUHİ, Ahmet Cemal: Çocuk Hukuku ve Çocuk Hakları, İstanbul 2016, s. 796 vd.; AKBIYIK, Cem: “Anayasa Mahkemesinin Soybağı Hukuku Alanındaki Kararlarının Toplu Bir Değerlendirilmesi”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2012/1, s. 206-207; BAYSAL, Başak: “Çocuğun Kökenini Öğrenme Hakkı”, Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, Cilt I, İstanbul 2010, s. 516 vd.; AYDIN ÜNVER, Tülay/DURSUN KARAAHMETOĞLU, Şeyda: “Ana ile Kurulan Soybağının Reddi”, Toplumsal Cinsiyet ve Hukuk, Cilt 1, Ed. Zeynep Özlem Üskül Engin, İstanbul 2019, s. 322 vd.; TURGUT, Cemile: Yapay Döllenme, Taşıyıcı Annelik ve Soybağına İlişkin Hukuki Sorunlar, İstanbul 2016, s. 115 vd.; YAKUPPUR, Sendi: “İleri Teknoloji Kullanılarak Gerçekleştirilen Taşıyıcı Annelik”, Toplumsal Cinsiyet ve Hukuk, Cilt 1, Ed. Zeynep Özlem Üskül Engin, İstanbul 2019, s. 286 vd.; İsviçre Hukukunda bkz. TUOR, Peter/SCHNYDER, Bernhard/SCHMID, Jörg/ JUNGO, Alexandra: Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 14. Auflage,

karinesi uyarınca doğum olayı ile birlikte, çocuk ile ana arasındaki soybağı ilişkisi kanun gereği, kendiliğinden kurulur². Çocuğu doğuran kadının evli olup olmaması ise çocuk ile anası arasında soybağının kurulmasına etkili değildir³. Nüfus kayıtlarında çocuğun annesi olarak çocuğu doğuran kadından başka bir kadının kaydedilmiş olması halinde ise bu kaydın gerçek olmadığı süreye bağlı olmadan her zaman ileri sürülerek, yanlış kaydın düzeltilmesi ve çocuğun kendisini doğuran kadınla soybağının kurulması mümkündür⁴. Çocuk ile baba arasında kan bağına dayanan soybağı ise TMK m.282 II’de ifade edildiği üzere, ana ile evlilik, babanın çocuğu tanınması veya babalık davası sonucunda⁵ verilen hâkim hükmü ile kurulur⁶.

Çocuk ile baba arasında soybağının ana ve babanın evlenmesi yoluyla kurulmasına ilişkin olarak TMK m. 285’te bazı karineler kabul edilmiştir. Söz konusu hükme göre evlilik devam ederken doğan çocuğun babası

Schulthess, 2015, §39 N9 ve aynı yerde dn.18’de anılan eserler. Farklı ülke hukuklarında ana ile çocuk arasında soybağının kurulmasına ilişkin düzenlemeler hakkında bkz. BÜCHLER, Andrea: “Das Abstammungsrecht in rechtsvergleichender Sicht”, FamPra.ch 2005, S: 437, s. 448 vd.

² KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Aile Hukuku, Gözden Geçirilmiş-Güncelleştirilmiş 6. Bası, Ankara 2022, s. 405; AKINTÜRK, Turgut / ATEŞ, Derya:Türk Medeni Hukuku, İkinci Cilt, Aile Hukuku, 23. Baskı, İstanbul 2021, s. 327. Dolayısıyla çocuk ve annesi arasında soybağı ilişkisinin kurulması annenin iradesinden bağımsız olup yasal düzenleme uyarınca çocuğun annesi tarafından yasal olarak tanınması ne gerekli ne de geçerlidir. Bkz. HAUSHEER, Heinz/GEISER Thomas/ AEBI-MÜLLER, Regina E.: Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bern, Stämpfli Verlag AG, 2010, N 16.09.

³ ÖZTAN, Bilge: Aile Hukuku, 6. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2015, s. 868; DURAL, Mustafa /ÖĞÜZ, Tufan/ GÜMÜŞ, Mustafa Alper: Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku, İstanbul 2021, N 1338; BAYGIN, Soybağı, s. 14; aynı yazar, Kan Bağı, s. 256; ÖZDEMİR/RUHİ, s. 757; TUOR/SCHNYDER/JUNGO, §39 N 8.

⁴ TEKİNAY, Selâhattin Sulhi: Türk Aile Hukuku, Yedinci Baskı, İstanbul 1990, s. 414; KILIÇOĞLU, s. 405; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, N 1339; çocuğun annesi dışında başka bir kadının nüfus siciline kaydedilmesinin sonuçları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ÖKTEM ÇEVİK, Seda: “Çocuğun Anne ve/veya Babası Haricindeki Kişilerin Nüfus Siciline Kaydedilmesinden Doğan Sorunların Değerlendirilmesi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Yıl: 2016, C: 22, S: 3 (Özel Sayı, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, II. Cilt), s. 2114 vd., 2121 vd.; TURAN BAŞARA, Gamze: “Ana ile Evlilik Dışında Doğan Çocuk Arasındaki İlişkiyi Düzenleyen Türk Medeni Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi 2017 (131), s. 229 vd.; ayrıca bkz. Yarg. HGK, 30.9.2015, E: 2014/226, K: 2015/2029 (Lexpera); Yarg. HGK, 13.4.2016, E: 2014/717, K: 2016/503 (Lexpera): “...Herhangi bir sebeple çocuğun kendisini doğuran kadının dışında bir başka kadının nüfus kütüğüne yazılmış olması, çocuk ile kadın arasında soybağı kurulduğu anlamına gelmeyecektir. Ancak, söz konusu yanlış kaydın düzeltilmesi, soybağı davaları ile değil açılacak kayıt düzeltme davası sonucunda gerçekleşecek (TMK m.39) ve bu dava her türlü delil ile ispat edilebilecektir...”; aynı yönde bkz. Yarg. HGK, 9.3.2021, E: 2020/8-269, K: 2021/228 (Kazancı İçtihat Bankası).

Öğretide, çocuğun nüfustaki kaydının düzeltilmesinin, talep olmadığı sürece baba kaydının da düzeltilmesine yol açmaması gerektiği, örneğin imam nikâhı ya da evlilik dışı ilişkiden olan çocuğunu resmi nikâhlı eşi üzerine kaydettiren babanın bu davranışının tanıma niteliğinde sayılması gerektiği ve bu halde çocuğun anası olarak gözükken kişinin gerçek annesi olmadığının sabit olması durumunda hak düşürücü süreler içerisinde tanımanın iptali davasının açılabilmesi kabul edilmektedir. Bu yönde bkz. HATEMİ, Hüseyin: Aile Hukuku, 9. Bası, İstanbul 2021, N 632.

⁵ Kanun hükmünde çocuk ve babası arasında soybağı ilişkisinin kurulması yolları açısından annenin kimliği esas alınmıştır. Bu nedenle baba ile soybağı ilişkisi yasal olarak baba anne belirlendikten sonra kurulur ya da tespit edilir. Bkz. HAUSHEER/GEISER/ AEBI-MÜLLER, N 16.16.

⁶ Ülkemizde zaman zaman çıkarılan özel kanunlarla evlilik dışında doğmuş olan çocuklar ile babaları arasında soybağının idari yolla kurulması da söz konusu olmuştur. Ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZTAN, s. 905 vd.; AKINTÜRK/ ATEŞ, s. 329.

kocadır⁷. Çocuğun evliliğin sona ermesinden sonra doğması ihtimalinde ise babanın koca olduğunun kabul edilebilmesi için, çocuğun evliliğin sona ermesinden⁸ başlayarak üç yüz gün içinde doğması gereklidir⁹. Söz konusu hükümde kabul edilen bu karinelere bir kesin karine niteliğinde olmayıp aksi ispat edilebilen adi karine niteliğindedir¹⁰. Bu itibarla evlilik devam ederken ya da evliliğin sona ermesinden itibaren üç yüz gün içinde doğan çocuğun kocadan olmadığını iddia eden kimse, soybağının reddi davası açarak bu karinelerin aksini ispat edebilir (TMK m.286).

Çocuk ile baba arasında TMK m.282 II’de belirtilen yollara göre kan bağına dayanan soybağının kurulmasından sonra, Türk Medeni Kanunu’nun ilgili hükümlerinde belirli kişilere soybağının kurulmasına itiraz imkânı tanınmıştır ve bu itiraz için hak düşürücü süreler kabul edilmiştir¹¹. Bozucu yenilik doğuran bir hak olan ve dava yoluyla kullanılabilen¹² soybağının reddi ile, babalık karinesinin çürütülmesi ve baba ile çocuk arasındaki soybağı ilişkisinin ortadan kaldırılması amaçlanmaktadır. Soybağının reddi davasını düzenleyen TMK m.286’da dava hakkı koca ve çocuk açısından ayrı ayrı belirtilmiştir¹³.

⁷ Bu hükmün temelinde “baba evliliğin işaret ettiği kişidir (pater est, quem nuptiae demonstrant)” ilkesinin uygulanması söz konusudur. Bkz. TUOR/SCHNYDER/JUNGO, §40 N4.

⁸ İsv.MK m.255 II’de ise kocanın ölümü halinde, çocuğun kocanın ölümünden itibaren üç yüz gün içinde doğması ya da doğum daha geç gerçekleşmişse kocanın ölümünden önce döllenmiş olduğunun ispatlanması halinde kocanın baba olarak kabul edileceği düzenlenmiştir. Çocuğun boşanmadan ya da evliliğin iptalinden sonra doğması halinde ise babalık karinesi uygulanmaz. Bkz. TUOR/SCHNYDER/JUNGO, §40 N5; SCHWENZER, Ingeborg/COTTIER, Michelle: Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB, 5. Auflage, Basel, 2014, Art. 255, N 5 Türk hukukunda ise TMK m.285’de bu yönde bir ayrım yapılmayarak evliliğin boşanmayla ya da iptalle sona ermesinden itibaren üç yüz gün içinde doğan çocuk açısından bu karinenin uygulanmasının inandırıcı olmadığı yönündeki eleştiri için bkz. SEROZAN, Rona: “Yeni Medeni Kanun’un Çocuklara (Soybağı Hukukuna ve Çocuk Haklarına) İlişkin Düzenlemesi”, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp’e Armağan, Cilt II, İstanbul, Beta, 2003, s. 505; aynı yazar, “Soybağı Hukuku Üzerine Çeşitlemeler”, Prof. Dr. Bilge Öztan’a Armağan, Ankara 2008, s. 762; özellikle boşanma açısından aynı görüşte bkz. BAYGIN, Soybağı, s. 23.

⁹ Babalık karinesine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZTAN, s. 872 vd.; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, N 1342 vd.; SEROZAN, Çocuk Hukuku, s. 170 vd.; AKINTÜRK/ATEŞ, s. 329 vd.; ACABEY, s. 106 vd.; BAYGIN, Soybağı, s. 20 vd.

¹⁰ TUOR/SCHNYDER/JUNGO, §40 N7, dn.4; SEROZAN, Çocuk Hukuku, s. 176; ÖZTAN, s. 878; AKINTÜRK/ATEŞ, s. 328, 335; ACABEY, s. 117; BAYGIN, Kan Bağı, s. 260; ÖZDEMİR/RUHİ, s. 760; DEMİRBAŞ, Feride: “Baba ile Çocuk Arasındaki Soybağına İlişkin Davalarda Davacı Olabilecek Kişiler”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: XXII, S: 3, 2018, s. 5.

¹¹ Bu konudaki yargı kararı için bkz. Yarg. HGK, 4.7.2018, E: 2017/18-1922, K: 2018/1305 (Kazancı İçtihat Bankası): “...soybağı davaları TMK’da sayma usulü ile belirlenmiştir. Bu davalar dışında soybağı davası açabilmek imkânı bulunmamaktadır...4721 Sayılı TMK’nın söz konusu düzenlemeleri dikkate alındığında, soybağı davalarının ilelebet açılabilmesini kabul etmemiş, belirli bir süre geçtikten sonra soybağı ile itirazları bir daha açılmamak üzere kapatılmasını yeğlemiştir. Onun için bu tür davalara hak düşürücü süreler getirilmiştir...”;

aynı yönde bkz. Yarg. HGK, 9.3.2021, E: 2020/8-269, K: 2021/228 (Kazancı İçtihat Bankası).

¹² SAYMEN, Ferit H./ELBİR, Halid K.: Türk Medeni Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku, 2. Baskı, İstanbul 1960, s. 304; ÖZTAN, s. 878; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, N 1355; HATEMİ, N 662; ACABEY, s. 117; BAYGIN, Soybağı, 26.

¹³ Eski Medeni Kanun’da 242. maddede ise çocuğa soybağının reddi davası açma hakkı tanınmamıştı. Bununla birlikte, öğretilerde, çocuğun menfaatinin gerektirdiği hallerde, çocuğa da soybağını red hakkının tanınması gerektiği kabul edilmekteydi. Bu yönde bkz. TEKİNAY, Aile, s. 418-419; FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin/ ÖZAKMAN, H. Cumhur/ SARIAL, M. Enis: Aile Hukuku, Yeniden gözden geçirilmiş, genişletilmiş 3. Baskı, İstanbul 1986, s.

Kocanın ve çocuğun soybağının reddi davası açma hakkı birbirinden bağımsızdır¹⁴.

Bu çalışmada, baba ve çocuk arasında kan bağına dayanan soybağı ilişkisinin kurulması halinde, soybağının reddi davası açısından kanunda düzenlenen hak düşürücü süreler, bu sürelerin hangi sebeplerle ve hangi süre için uzayacağı incelenmiştir.

I. Hak Düşürücü Süreler

Dava hakkına sahip koca ve çocuk açısından soybağının reddi davasına ilişkin hak düşürücü süreler TMK m.289'da düzenlenmiştir¹⁵. TMK m.291'de ise diğer ilgililerin hangi ihtimallerde soybağının reddi davası açabilecekleri ve bu davayı açabilecekleri süreye ilişkin düzenleme yer almaktadır.

TMK m.289'a göre, koca¹⁶, soybağının reddi davasını bir yıl içinde açmalıdır. Bir yıllık hak düşürücü süre, kocanın doğumu ve baba olmadığını ya da ananın gebe kaldığı sırada başka bir erkekle cinsel ilişkide bulunduğunu öğrendiği tarihten itibaren işlemeye başlayacaktır¹⁷. Bu süre içinde dava

437-438, 444. TMK m.286'da ise çocuğa İsv.MK m.256 I/b.2'deki koşuldan (çocuğun ergin olmadığı dönemde açılacak dava açısından eşlerin ortak yaşamının sona ermiş olması) bağımsız olarak soybağı ret hakkının tanınmasının olumlu bir yenilik olduğu ve böylece çocuğun soyunu tanıma, sonradan genetik babasına bağlanma şansına kavuşturulduğu yönündeki görüş için bkz. SEROZAN, Çocuk Hakları, s. 504.

¹⁴ SCHWENZER/COTTIER, Art. 256, N 4; ÖZTAN, s. 882; AKYÜZ, Emine: Çocuk Hukuku, Güncelleştirilmiş 6. Baskı, Ankara 2018, s. 148; ÖZDEMİR/RUHİ, s. 760, 763.

¹⁵ Soybağının reddi davasında farklı ülkelerdeki düzenlemeler konusunda karşılaştırma için bkz. BÜCHLER, s. 466.

¹⁶ Her ne kadar hükümde "koca"nın dava hakkından bahsediliyor olsa da davacının dava açtığı sırada çocuğun anası ile evli olması gerekli değildir; bu ifadenin kullanılması, çocuğun evlilik içinde doğmuş olduğunu belirtmek içindir. Bkz. ÖZ, Turgut: "Soybağı Reddi Davasında İspat ve Süreler", Medeni Hukuk Alanındaki Güncel Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumları, Cilt II: Aile Hukuku, Ed. Baki İlkay Engin, İstanbul 2019, s. 325.

¹⁷ Yargıtay kararlarında davacı kocanın soybağı reddedilmek istenen çocuğun kendisinden olmadığını tıbbi bir rapor ile öğrendiği tarihten itibaren bir yıllık süre içerisinde dava açmaması halinde dava hakkının düşeceği kabul edilmektedir. Bu yönde bkz. Yarg. 18. HD, 12.01.2015, E: 2014/20854, K: 2015/30 (Lexpera): "...Dosyadaki bilgi ve belgelerden; davacı ile davalı... 'ın 17.12.1989 tarihinde evlendikleri, 21.05.1995 tarihinde ... 'nin doğduğu, tarafların 12.10.1999 tarihinde boşandıkları, boşanma davası sırasında alınan 19.11.1997 tarihli Adli Tıp raporunda DNA karşılaştırması sonucu küçük ... 'nin babasının ... 'in olmadığını belirtildiği, bu duruma göre davalı... 'ın başka erkekle ilişkisi olduğunun davacı tarafından en geç boşanma kararı ile öğrenildiği, boşanma kararının ise 12.10.1999 tarihinde kesinleştiği, davacının ... isimli çocuğun kendisinden olmadığını öğrendiği tarihin ... yılı olduğu anlaşılmaktadır. Kanunda öngörülen süre hak düşürücü süre olup, hâkim tarafından re'sen dikkate alınması gerekir. Davacı, gecikmeyi haklı kılan bir sebebin varlığını iddia ve ispat etmiş de değildir. Öyleyse yukarıda açıklanan yasal düzenleme dikkate alındığında hak düşürücü sürenin geçmiş olması nedeniyle davanın reddine karar verilmesi gerekirken yerinde olmayan gerekçe ile davanın kabulüne karar verilmesi doğru görülmemiştir..."; aynı yönde bkz. Yarg. 18. HD, 10.3.2014, E: 2013/17653, K: 2014/4247 (Kazancı İçtihat Bankası): "...davacı, boşandığı eşi davalıdan olan 20.10.1991 doğumlu Tolga ile 01.01.1995 doğumlu Özem 'in kendisinden olmadığını iddia ederek soybağının reddini istemiştir. Dosyadaki bilgi ve belgelerden davanın şüphe üzerine 08.12.2005 tarihinde Ankara Üniversitesi Tıp Fakültesi'nden çocukların biyolojik babasının kendisi olmadığına dair rapor aldığı, bu davayı ise 09.03.2009 tarihinde açtığı, boşanma davasında da 26.08.2004 tarihinde davacının, davalıyı başka erkekle uygunsuz şekilde yakaladığını belirttiği, bu tarih itibarıyla de yasada öngörülen hak düşürücü sürenin geçmiş olduğu anlaşılmaktadır. Davacı gecikmeyi haklı

açılmadığı takdirde ise dava hakkının sona ermesi gerekirken, kanunda gecikmenin haklı sebebe dayanması halinde dava açma süresinin uzayacağı kabul edilmiştir¹⁸.

Kocanın dava hakkı açısından TMK m.289 I'de bir yıllık hak düşürücü sürenin işlemeye başlaması için öğrenme olgusu esas alınmıştır¹⁹. Ancak sadece çocuğun doğumunun öğrenilmesi bu anlamda öğrenmenin gerçekleşmiş olarak kabul edilmesi için yeterli değildir, ayrıca baba olmadığının ya da ananın gebe kaldığı sırada başka bir erkekle cinsel ilişkide bulunduğu öğrenilmiş olması gereklidir²⁰. Bununla birlikte, kadının gebe kaldığı sırada başka biri ile cinsel ilişkide bulunduğu öğrenilmesi sürenin işlemeye başlaması için yeterli olup ayrıca kadının kiminle birlikte olduğunun öğrenilmesi de gerekli değildir²¹. Diğer yandan, sürenin işlemeye başlaması için somut delillere dayanmayan şüphe, endişe ya da söylenti yeterli değildir²². Nitekim Yargıtay kararlarında da kocanın çocuğun kendisinden olmadığı yönündeki şüphesinin öğrenme açısından yeterli olmadığı kabul edilmektedir²³.

kılan bir sebep de iddia ve ispat edememiştir. Öyleyse yukarıda açıklanan yasal düzenleme dikkate alındığında hak düşürücü sürenin geçmiş olması nedeniyle davanın reddine karar verilmesi gerekirken, yerinde olmayan gerekçe ile davanın kabulüne karar verilmesi doğru görülmüştür...”.

¹⁸ Soybağının reddi davası süresinde açılmış olmasına rağmen, usul eksikliği sebebiyle dava reddedilirse ve bu sırada dava açma süresi sona ererse, gecikmeyi haklı kılan sebepler bulunmasa dahi, TBK m.158'e kıyasen davacının 60 günlük ek süre içinde davasını yeniden açabileceği öğretide kabul edilmektedir. Bu yönde bkz. SEROZAN, Çocuk Hukuku, s. 195; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, N 1403.

¹⁹ Bu yöndeki yargı kararları için bkz. Yarg. 2. HD, 12.10.2009, E: 2008/13514, K: 2009/17075 (Lexpera): “... Soybağının reddi istenen davalı Sevgi 22.07.1983 doğumludur. Davacı, Sevgi'nin kendi çocuğu olmadığını, diğer çocuğu Emel'in ölümünden sonra öğrendiğini iddia etmiş ve bu husus dosyadaki delillerle kanıtlanmıştır. Emel 12.09.2006 tarihinde ölmüştür. Dava ise 18.07.2007 tarihinde açılmıştır. Buna göre dava, öğrenme tarihinden itibaren bir yıllık süre içinde açılmış olup, süresindedir...”; Yarg. 2. HD, 27.9.2010, 13850/15304 (Kazancı İçtihat Bankası): “...Davacı, davalı A. ile 12.4.2001 tarihinde evlenmiş, 30.1.2002 tarihinde boşanmıştır. Soybağının reddi istenilen küçük F. 23.5.2001 tarihinde doğmuş ve 25.5.2001 tarihinde davacının kızı olarak nüfusuna kaydedilmiştir. Davacı, 14.11.2001 tarihli boşanma dava dilekçesinde; çocuğun başka erkekten doğduğu halde kendi nüfusuna kaydettirildiğini belirterek, kendisinden olmayan çocuğun velayetinin anneye verilmesini istemiştir. Görüldüğü gibi davacı; soybağının reddini istediği 23.5.2001 doğumlu F.'nin doğumunu ve kendisinin baba olmadığını en geç boşanma davasını açtığı 14.11.2001 tarihinde öğrenmiştir. Temyize konu dava ise yasada öngörülen süreler geçtikten sonra 27.4.2009 tarihinde açılmıştır. Davacı tarafından bu bir yıllık süre içinde dava açmakta gecikmeyi haklı kılan herhangi bir nedenin varlığı da ortaya konmamıştır... Davanın süresinde açılmaması nedeniyle reddi gerekirken; yazılı şekilde karar verilmesi isabetli olmamıştır...”

²⁰ ÖZTAN, s. 886-887; bu yöndeki yargı kararı için bkz. Yarg. 8. HD, 02.11.2017, 2970/14482 (Lexpera): “... TMKnun 289. maddesinde belirtilen dava açma hakkı, murisin çocuğun varlığını öğrenmesi değil çocuğun kendisinden olmadığını öğrendiği veya ananın gebe kaldığı sırada başka bir erkek ile cinsel ilişkide bulunduğunu öğrendiği tarihten başlayarak bir yıl sonra düşer...”

²¹ SCHWENZER/COTTIER, Art. 256c, N 3; aynı yönde bkz. BGE 119 II 111.

²² ÖZTAN, s. 888; AKBIYIK, s. 216; ACABEY, s. 152-153: Yazar, çocuğun kendisinden olmadığını ispat etmek zorunda olan kocadan basit bir şüpheye dayanarak dava açmasının beklenemeyeceğini ifade etmektedir.; ÖZ, s. 325; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, N 16.42; TUOR/SCHNYDER/JUNGO, §40 N16; REICH, Johannes: CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen-und Familienrecht-Partnerschaftsgesetz, Art. 1-456 ZGB-PartG, 3. Auflage, 2016, Art. 256c, N 2; SCHWENZER/COTTIER, Art. 256c, N 3: Anılan son yazarlar, sürenin işlemeye başlaması için şüphenin yeterli olmadığını kabul etmekle birlikte, şüphe duyan kocanın bazı hallerde daha fazla araştırma yapmasının beklenebileceğini ifade etmektedirler.

²³ Bu yönde bkz. Yarg. 8. HD, 6.5.2019, 2353/4607 (Lexpera): “...eldeki davadan önce davacının, küçük Yiğit

TMK m.289 I'de bir yıllık süre dışında doğumdan itibaren başlayan beş yıllık üst süre de kabul edilmişti; ancak söz konusu hükümde yer alan "...her halde doğumdan başlayarak beş yıl..." ibaresi, Anayasa Mahkemesi'nin 25.6.2009 tarihli ve E: 2008/30, K: 2009/96 sayılı²⁴ kararı ile iptal edilmiştir²⁵. Bazı Yargıtay kararlarında ise Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararından önce beş yıllık üst süre sona ermesine rağmen, soybağının reddi davasının iptal kararından sonra açılmış olması nedeniyle öğrenmeden itibaren bir yıllık hak düşürücü süre dolmadıysa davanın kabulüne karar verildiği görülmektedir²⁶. Söz konusu kararlarda varılan sonuç, Anayasa

Can'ın kendisinden olmadığı yönündeki şüphesinin giderilmesi açısından DNA testi yapılmadığı ve şüphenin bilimsel doğruluğa varacak şekilde bir adım öteye geçmediği yani şüphe olarak varlığını sürdürdüğü, dolayısıyla soybağının reddi davası yönünden hak düşürücü süreyi düzenleyen 289. maddedeki sürenin başlangıcı mahiyetindeki "öğrenme" olgusunun gerçekleşmediği..."; aynı yönde bkz. Yarg. 8. HD, 6.11.2019, E: 2018/163, K: 2019/9931 (Kazancı İtihat Bankası); Yarg. 8. HD, 1.4.2019, E: 2017/8942, K: 2019/3455 (Lexpera); Yarg. 8. HD, 8.3.2018, E: 2017/6910, K: 2018/8527 (Kazancı İtihat Bankası); Yarg. 8. HD, 10.10.2017, 3009/12597 (Lexpera); Yarg. 2. HD, 30.01.2013, 669/2585 (Lexpera): "...Davacı, zina nedeni ile dava açarken, çocukların velayetinin DNA testi sonucuna göre karara bağlanmasını istediğine göre, çocukların kendisinden olmadığını kesin olarak bildiği söylenemez; mevcut şüpheleri üzerine bu talepte bulunulmuştur. 13.05.2008 tarihinde açtığı davada ise koca, çocukların nüfusta kendi hanesinden silinmelerini talep etmekle, onların soybağlarını reddettiğine dair iradesini ortaya koymuştur...hak düşürücü sürenin geçtiğinden bahisle davanın reddi usul ve yasaya aykırı olup..."; krş. Yarg. 18. HD, 05.11.2015, 16478/15900 (Lexpera): "...davacı ile davalı A.T.'nin 23.10.1990 tarihinde evlendikleri, 21.05.1991 tarihinde Tayfun'un doğduğu, tarafların 08.02.1992 tarihinde boşandıkları davacının 10.04.1992 tarihinde soybağının reddi davası açtığı, takip edilmemesi nedeni ile davanın açılmaması sayılmasına karar verildiği, ayrıca dava dilekçesinde boşanma nedenlerinden birinin de müşterek çocuk Tayfun'un davacıdan olmadığı kanaati olduğunun açıklandığı, bu duruma göre davacının Tayfun isimli çocuğun kendisinden olmadığını öğrendiği tarihin en geç 1992 yılı olduğu anlaşılmaktadır... Davacı, gecikmeyi haklı kılan bir sebebin varlığını iddia ve ispat etmiş de değildir. ...hak düşürücü sürenin geçmiş olması nedeniyle davanın reddine karar verilmesi gerekirken yerinde olmayan gerekçe ile davanın kabulüne karar verilmesi doğru görülmemiştir..."

²⁴ RG, 07.10.2009, S: 27369.

²⁵ Anayasa Mahkemesinin söz konusu iptal kararına ilişkin değerlendirmeler için bkz. SEROZAN, Rona: "Anayasa Mahkemesi'nin Yeni Medeni Kanun Kurallarına İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi", Anayasa Mahkemesinin Medeni Hukuka İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumu (21 Mayıs 2012), İstanbul 2013, s. 155-156; ÖĞÜZ, Tufan: "Anayasa Mahkemesinin Türk Medeni Kanununun Soybağına İlişkin İptal Kararlarının Değerlendirilmesi", Anayasa Mahkemesinin Medeni Hukuka İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumu (21 Mayıs 2012), İstanbul, 2013, s. 204-206; aynı yazar, "1926'dan Günümüze Medeni Kanunumuzun Soybağı Düzenlemeleri", Medeni Kanun'un ve Borçlar Kanunu'nun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu, 1926'dan Günümüzde Türk-İsviçre Medeni Hukuku (17-18-19-20 Şubat 2016), I. Cilt, Ankara 2017, s. 331; AKBIYIK, s. 214 vd.; MAKARACI, Aslı: "Soybağının Reddi Davasında Yer Alan Hak Düşürücü Sürenin İptaline İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararının İncelenmesi", Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, S: 69-70, Mayıs-Haziran 2010, s. 273 vd.; DURAL, Mustafa/AYAR, Ahmet: "Anayasa Mahkemesi'nin MK m.289'a İlişkin E: 2008/30, K: 2009/96 Sayılı Kararının İrdelenmesi", Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı: Prof. Dr. Erhan Adal'a Armağan, 2012, s. 61; TOSUN, Yalçın/BAŞ, Ece: "Soybağının Reddi Davasında ve Babalık Davasında Sürelere İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararlarının Değerlendirilmesi", Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 9, S: 123-124, 2014, s. 107-109; AKSOY DURSUN, Sanem: "Soybağı Davalarındaki Hak Düşürücü Sürelere İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararlarının Değerlendirilmesi", İstanbul Hukuk Mecmuası, 76/2, 2018, s. 398-400, 405-406. İsv.MK m.256c/I'de ise kocanın soybağının reddi davası açması açısından bir yıllık süre dışında, doğumdan itibaren başlayan beş yıllık süre mevcuttur.

²⁶ Bu yönde bkz. Yarg. 2. HD, 11.02.2014, 433/2363 (Kazancı İtihat Bankası); Yarg. 2. HD, 15.4.2013, 6628/10518 (Kazancı İtihat Bankası): "...Taraflar 2.5.2003 tarihinde kesinleşen kararla boşanmışlar, küçük Şeyma evliliğin "boşanma" ile sona ermesinden itibaren üç yüz günlük süre içinde (2.7.2003 tarihinde) doğmuş, davacının hanesine 19.1.2004 tarihinde tescil edilmiştir. Dava, bu çocuğun soybağının reddi isteğine ilişkin olup, koca tarafından 3.1.2011 tarihinde açılmış; mahkemece Türk Medeni Kanunu'nun 289. maddesinin (1) fıkrasındaki

Mahkemesi'nin iptal kararlarının geriye yürümeyeceği kuralı (Anayasa m.153 V) dikkate alındığında, iptal kararının yürürlüğünden önce soybağı reddedilmek istenen çocuğun doğumunun üzerinden beş yıl geçmişse kocanın soybağının reddi davasının açma hakkının düştüğü ve söz konusu kararlarda varılan sonucun Anayasa m.153 V hükmündeki düzenlemeye aykırı olduğu gerekçeleriyle öğretide haklı olarak eleştirilmektedir²⁷.

TMK m.289 II'ye göre çocuk ise ergin²⁸ olduğu tarihten itibaren bir yıl içinde soybağının reddi davası açabilecektir²⁹. Çocuk ergin olmadığı sürece soybağının reddi davasını bizzat açması mümkün değildir³⁰, ancak çocuğun

“doğumdan itibaren beş yıllık” hak düşürücü sürenin geçtiği gerekçesiyle istek reddedilmiş, kararı davacı temyiz etmiştir. Türk Medeni Kanunu'nun 289. maddesinin (1.) fıkrasından yer alan “...her halde doğumdan başlayarak beş yıl...” ibaresi Anayasa Mahkemesinin 25.6.2009 tarihli ve 2008/30 esas, 2009/96 karar sayılı kararıyla iptal edilmiş, iptal kararı 7.10.2009 tarihli 27369 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanarak yayımı tarihinde yürürlüğe girmiştir. İptal kararının yürürlüğe girmesiyle soybağının reddi davalarında artık beş yıllık hak düşürücü süre kalmamıştır. Bu durumda davanın 289. maddenin (1.) fıkrasında yer alan “doğumu ve baba olmadığını veya ananın gebe kaldığı sırada başka bir erkekle cinsel ilişkide bulunduğunu öğrendiği tarihten başlayarak bir yıllık süre” içinde açılıp açılmadığını veya aynı maddenin son fıkrası gereğince, haklı bir sebeple gecikmenin iddia ve ispat edilmesi halinde, “bir yıllık sürenin, sebebin ortadan kalktığı tarihten başlayacağına” ilişkin hüküm dikkate alınarak, tarafların delilleri toplanıp davacının dava hakkının düşüp düşmediğinin saptanması; süresi içinde açılmadığının tespit edilmesi halinde şimdiki gibi; süresi içinde açıldığının tespiti halinde de, işin esasının incelenerek sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, bu hukuki durum dikkate alınmadan yazılı gerekçe ile hüküm kurulması doğru bulunmamıştır...”; Yarg. 2. HD, 11.6.2011, 7358/15719 (Kazancı İçtihat Bankası).

²⁷ Bu yönde bkz. ÖZ, s. 328-331; Anayasa Mahkemesinin iptal kararından önce kesinleşmiş kararlar bakımından bu görüşte olmakla birlikte, iptal kararından önce açılmamış davaların Anayasa m. 153 V’ın uygulama alanına girmediğini kabul etmenin yerinde olduğu yönünde krş. ERDEM, Mehmet/ BAŞAK, Aslı Makaracı: Aile Hukuku, Ankara 2022, s. 348, dn. 637

²⁸ Ergin olma kavramı sadece on sekiz yaşın doldurulmasıyla ergin olunması anlamında olmayıp evlenme ile erginlik ya da mahkeme kararıyla ergin kılınma da bu kavramın kapsamına dahildir. Bkz. ÖZTAN, s. 882-883.

²⁹ Söz konusu düzenlemede çocuk için ergin olmasından itibaren işlemeye başlayan bir yıllık hak düşürücü sürenin kabul edilmiş olması öğretide eleştirilmiştir. Bu görüşe göre, kocaya tanınan dava hakkı açısından sürenin işlemeye başlaması için kocanın baba olmadığını öğrenmesi ya da ananın gebe kaldığı sırada başka bir erkekle cinsel ilişkide bulunduğunu öğrenmesi hallerine yer verilmiştir. Oysaki çocuk ergin olmasına rağmen, evlenme açısından hak düşürücü sürelerin işlemeye başlamasını sağlayacak sebepleri öğrenememiş olabilir. Bu nedenle kocanın genetik baba olmadığını öğrendikten sonra soybağının red hakkında olduğu gibi, çocuğun da babasına soybağı ile bağlı olmadığını öğrendikten sonra bu hakka sahip olması gerekir. Bu yönde bkz. ÖZTAN, s. 889; KILIÇOĞLU, s. 420. Kanaatimce çocuğun, erginlikten itibaren bir yıllık hak düşürücü geçtikten sonra genetik babasının bir başkası olduğunu öğrenmesi “haklı sebep” kavramı altında değerlendirilip çocuğa soybağının red hakkı tanınabilir. Nitekim çocuğun erginlikten sonra soybağının red hakkının bir yıl ile sınırlandırılmasının çocuk aleyhine öngörülmesi bir hüküm olduğunu ifade eden Öztan da, haklı sebebin varlığı halinde davanın açılmasına engel olan sebebin ortadan kalkmasından sonra bir yıllık sürenin bu halde de kıyasen uygulanması gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. ÖZTAN, s. 889.

³⁰ İsv.MK m.256/I b.2’deki düzenlemeden farklı olarak Türk Medeni Kanunu’nda çocuğun dava hakkı herhangi bir koşul öngörülmeden kabul edilmiştir. Oysa İsv.MK m.256/I b.2 hükmüne göre ergin olmayan çocuğun soybağının reddi davası açabilmesi için eşlerin ortak yaşamlarının sona ermiş olması gereklidir. Bilgi için bkz. HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, N 16.32; SCHWENZER/COTTIER, Art. 256, N 3; TUOR/SCHNYDER/JUNGO, §40 N9; REICH, Art. 256, N 3.

Ebeveynlerin evli olması halinde çocuğun kökenini bilme hakkını ihlal ettiği, somut olayın şartlarını dikkate almaksızın genetik babayı çocuğundan dışladığı ve evlilik dışında doğan çocuklara karşı ayırım gözettiği gerekçeleriyle, İsviçre Hukukunda baba ile soybağının kurulması ve özellikle soybağına itiraza ilişkin hükümlerin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin yanı sıra Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinin hükümleriyle açıkça çeliştiğinin kabul edildiği yönünde bkz. SCHWENZER, Ingeborg/KELLER, Tomie: “Recent Developments in

ergin olmasından önce kendisine atanacak kayyımın çocuk adına soybağının reddi davası açması mümkün olacaktır³¹.

Diğer ilgililerin dava hakkını düzenleyen TMK m.291'e göre, ergin olmayan çocuğa atanacak kayyım, atama kararının kendisine tebliğ edilmesinden itibaren bir yıl içinde soybağının reddi davasını açabilecektir³². Çocuğun ergin olmasından önce kendisine atanan kayyımın soybağının reddi davasını açmamış olması, çocuğun ergin olduktan sonra bir yıl içinde dava hakkını kullanmasına engel değildir³³. Buna karşılık, çocuğa atanan kayyım, süresi içinde soybağının reddi davasını açmışsa ve davayı kaybetmişse, çocuğun ergin olduktan sonra artık bu davayı açamayacağı kabul edilmektedir³⁴.

Koca, çocuk ve kayyım dışında TMK m.291'de sayılan kişilere³⁵ de soybağının reddi davası açma hakkı tanınmıştır³⁶. Kocanın dava açmadan

Swiss Family Law", Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni (MHB), 2015, C: 35, S. 1, s. 17. 31Bu halde çocuğa atanacak kayyım TMK m.459 kapsamında temsil kayyımıdır. Soybağının reddi davasında davacı çocuk ve davalı konumundaki anne ve kocası arasında bir menfaat çatışması söz konusu olduğundan, anne ve babanın yasal temsilci sıfatıyla çocuğu temsil etmelerinin isabetli olmadığı kabul edilmektedir. Bu yönde bkz. DURAL/ÖGÜZ/GÜMÜŞ, N 1382, dn. 58. Soybağının reddi davasının çocuğa velayeten anne tarafından açıldığı hallerde de çocuğa kayyım tayin ettirilerek, davanın kayyımına yöneltilmesi gerektiği yönünde bkz. Yarg. 8. HD, 18.5.2017, 1316/7298 (Kazancı İçtihat Bankası). Benzer şekilde, davanın ana ve çocuğa karşı açılması halinde yasal temsilci annenin ve çocuğun menfaati çatıştığından çocuğa kayyım tayin edilmesi gerektiği yönünde bkz. Yarg. 2. HD, 18.3.2009, E: 2007/19148, K: 2009/4972 (Kazancı İçtihat Bankası).

Yargıtay kararlarında çocuğun ayırt etme gücüne sahip olup olmadığından bağımsız şekilde davanın açılması için çocuğa kayyım atanması gerektiği kabul edilmekle birlikte (bu yönde bkz. Yarg. 2. HD, 17.11.2005, 13310/15851), öğretide çocuğun ayırt etme gücüne sahip olup olmadığı ve ileri ölçüde fikri olgunluğa erişip erişmediğine bakılarak kendisine kayyım atanmasının daha isabetli olacağı ifade edilmektedir. Bu yönde bkz. ÖZTAN, s. 883. Soybağının reddi davası kişiye sıkı sıkıya bağlı hak olduğundan bizzat çocuk tarafından kullanılması gerektiği, çocuğa atanacak kayyım tarafından davanın açılması hükmünün dar yorumlanması ve sadece annenin çocuk yararına olarak soybağının reddi davası açılması için kayyım atanmasını talep etmesi halinde kayyımın durumu incelemesi ve gerekli görürse davayı açması için kayyım tayin edilmesi, anne dışında bir başkasının talebi ile çocuğa kayyım tayin edilmemesi gerektiği yönünde krş. HATEMİ, N 667.

³² Bu hükümde yer alan "... her halde doğumdan itibaren başlayarak beş yıl..." ibaresi Anayasa Mahkemesi'nin 10.10.2013 tarihli ve 62/115 sayılı kararı ile (RG. 10.12.2013, S: 28847) iptal edilmiştir. Bu kararın değerlendirilmesi için bkz. AKSOY DURSUN, Hak Düşürücü Süre, s. 400-401. İptal kararının yürürlüğünden önce beş yıllık hak düşürücü süre geçmesine rağmen soybağının reddi davasının kayyım tarafından iptal kararından sonra açılması halinde davanın reddedilmesi gerektiği yönünde bkz. ÖZ, s. 331-332.

³³ SEROZAN, Çocuk Hukuku, s. 194; KILIÇOĞLU, s. 420; ACABEY, s. 149; AKSOY DURSUN, Hak Düşürücü Süre, s. 400; ERDEM/MAKARACI BAŞAK, s. 349-350.

³⁴ SEROZAN, Çocuk Hukuku, s. 194; aynı yazar, Soybağı, s. 762; KILIÇOĞLU, s. 420.

³⁵ Sadece soybağının reddi davasında değil, soybağının sonradan evlenmeyle kurulmasına itiraz ve tanınmanın iptali davaları açısından da davalıların kapsamını genişletmenin eleştirisi için bkz. SEROZAN, Çocuk Hakları, s. 508-509; aynı yazar, Soybağı, s. 766.

³⁶ TMK m.291 I kapsamında dava hakkına sahip olan diğer ilgililer ile açıklama ve değerlendirmeler için bkz. GÜMÜŞ, Mustafa Alper: "Koca, Çocuk ve Ergin Olmayan Çocuğa Atanan Kayyım Dışındaki 'Diğer İlgililer' [Kocanın Ana ve Babası ile Altsoyunun, Baba Olduğunu İddia Eden Kişinin, Annenin (!)] Soybağının Reddi Davasını Açma Hakkı (TMK m.291/1, III)", Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan, İstanbul 2013, s.570 vd.

Söz konusu hükümde anneye ise soybağının reddi davası açma hakkı tanınmıştır. Anneye dava hakkının tanınmaması görüşü için bkz. SAYMEN/ELBİR, s. 310; HATEMİ, N 666; İsviçre Hukukunda bkz. HAUSHEER/GEISER/ AEBI-MÜLLER, N 16.35; TUOR/SCHNYDER/JUNGO, §40 N10; BGE 108 II 347; sadakatsiz davranan kadına kendi haksız davranışından yararlanamayacağı gerekçesiyle dava hakkının tanınmaması gerektiği

ölmesi halinde dava hakkı sona erecek olup soybağının reddi davasını açma hakkı mirasçılara intikal etmez³⁷. Ancak bu halde TMK m.291’de belirtilen şartlar uyarınca diğer ilgililerin kendi adlarına dava açma imkânı doğar. Bu hükme göre kocanın altsoyu, anası, babası ya da baba olduğunu iddia eden kişi de soybağının reddi davası açabilecektir.

TMK m.291’de soybağının reddi davasını açabilecek olan diğer ilgililer sınırlı sayıda sayılmıştır, bu itibarla sayılan bu kişiler dışındaki kimselerin soybağının reddi davasını açmaları mümkün değildir. Aynı zamanda diğer ilgililerin soybağının reddi olduğunu iddia eden kişi³⁸ de soybağının reddi

yönündeki yargı kararları için bkz. Yarg. 8. HD, 6.7.2017, 6402/10032 (Lexpera), Yarg. 2. HD, 03.12.2012, E: 2011/13777, K: 2012/28861 (Lexpera); Yarg. 2. HD, 12.6.2008, E: 2007/10000, K: 2008/8665 (Lexpera); aksi görüş için bkz. ÖZTAN, s. 884-885: Yazar, anaya dava hakkı verilmemekle ananın cezalandırılmasının çocuğun yararından üstün tutulduğunu ve bu durumun da kabul edilemeyeceğini ifade etmektedir. Kadının boşandıktan sonra çocuğun gerçek babası ile evlenmesi halinde dahi soybağının reddini dava edememesinin isabetli olmadığı yönünde bkz. ÖZDAMAR, Demet: Türk Hukukunda Özellikle Türk Medeni Kanunu Hükümleri Karşısında Kadının Hukuki Durumu, Ankara 2002, s. 393. Aynı şekilde, miras açısından bir çıkarı söz konusu olmayacağı için, kocasından boşanan ve çocuğun genetik babasıyla evlenen anaya dava hakkının tanınabileceği yönünde bkz. BAYGIN, Soybağı, s. 36; aynı yazar, Kan Bağı, s. 263. Örtülü bir kanun boşluğu bulunduğu gerekçesiyle, kocanın dava açmasının imkansız olduğu hallerde anaya bir tali hak olarak soybağının reddi davası açma hakkının tanınması gerektiği yönünde bkz. GÜMÜŞ, s. 574; DEMİRBAŞ, s. 14, 32. Eşitlik açısından bile anneye dava hakkının tanınmasında de lege ferenda şüphe olmadığı yönündeki görüş için bkz. SCHWENZER/COTTIER, Art. 256, N 6. Anaya dava hakkı tanınmasının gerekçeleri konusunda bkz. TEKİNAY, Selâhattin Sulhi: “Anaya Kocanın Nesebini Red Hakkı Tanınmalı mıdır?” Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, Y: 11, S: 14, 1977, s. 3-5; TEKİNAY, Aile, s. 417. Anaya soybağının ret hakkının tanınması açısından lehte ve aleyhte gerekçeler için bkz. SEROZAN, Çocuk Hukuku, s. 190-191.

Alman Hukukunda ise BGB §1600 I 3’te anneye soybağının reddi davası açma imkânı tanınmıştır.

³⁷ SEROZAN, Çocuk Hukuku, s. 188; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, N 1380; AKYÜZ, s. 147.

³⁸ 743 sayılı mülga Türk Kanunu Medenisi’nden farklı olarak, yürürlükteki Türk Medeni Kanunu’nda çocuğun babası olduğunu iddia eden kişiye soybağının reddi davası açma hakkının tanınması öğretide eleştirilmektedir. Bu yönde bkz. DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, N 1385, dn.59; ACABEY, s. 142; ÖĞÜZ, Tufan: “Türk Medeni Kanunu’nun Soybağına İlişkin Hükümleri Hakkında Değerlendirme”, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, Cilt II, İstanbul 2010, s. 1419; evlilik birliğinin devamı sırasında kocanın ayırt etme gücünü kaybetmesi halinde genetik babaya dava açma hakkı tanınmasının aile birliğinin mahremiyetine zarar vereceği yönünde bkz. ÖZTAN, s. 882; baba olduğunu iddia eden kişiye dava hakkı tanınmasını eleştirerek, baba olduğunu iddia eden kişinin çocuğun menfaatine ve arzusuna aykırı olarak özellikle maddi çıkar elde etmek için dava hakkını kullanması halinde bu hakkın TMK 2 II uyarınca hakkın kötüye kullanılması yoluyla engellenebilmesi yönündeki görüş için bkz. ÖZ, s. 339; baba olduğunu iddia eden kişiye dava hakkı verilmesinin sakıncalı olduğunu belirterek, baba olduğunu iddia eden kişinin dava hakkının dar yorumlanması gerektiği yönündeki görüş için bkz. HATEMİ, N 669 vd.; baba olduğunu iddia eden kişiye dava hakkı tanınmasının aileyi sarsıcı etkisi nedeniyle isabetli olmayacağını ifade eden öğretilerdeki görüşe rağmen kendisine dava hakkı tanınmasının, gerçek babanın çocuğa bağlanma hakkına ve genetik kökene bağlılık ilkesine ağırlık verildiğini gösterdiği yönünde krş. ÖZDEMİR/RUHİ, s. 764; evliliğin sona ermesinden itibaren üç yüz gün içinde doğan çocuklar açısından ve karinelerin çıktığı istisnai hallerde baba olduğunu iddia eden kişiye dava hakkı tanınması gerektiği yönündeki görüş için bkz. BAYGIN, Soybağı, s. 35; baba olduğunu iddia eden kişiye dava açma hakkının ikincil nitelikte olmaması, bazı hallerde birincil olarak da dava açma hakkı verilmesi gerektiği yönünde krş. DEMİRBAŞ, s. 12-13; ana ve kocası arasındaki evliliğin ölüm dışı bir sebeple sona erdiği ya da annenin doğal baba ile evlendiği veya babalık karinelerinin çıktığı hallerde, biyolojik babaya dava açma hakkının birincil bir hak olarak tanınmasının gerekli olduğu yönünde krş. GÜMÜŞ, s. 572-573.

Eski Medeni Kanun döneminde de baba olduğunu iddia eden kişinin (evlilik dışı gerçek babanın) soybağının reddi davası açma hakkı olmadığı kabul edilmekteydi. Bu yönde bkz. KÖPRÜLÜ, Bülent/KANETİ, Selim: Aile Hukuku, Gözden Geçirilmiş 2. Bası, İstanbul 1989, s. 216; TEKİNAY, Aile, s. 420-421: Ancak yazar, her iki

davası açabilecektir³⁹. TMK m.291’de soybağının reddi davasını açabilecek olan diğer ilgililer sınırlı sayıda sayılmıştır, bu itibarla sayılan bu kişiler dışındaki kimselerin soybağının reddi davasını açmaları mümkün değildir⁴⁰. Aynı zamanda diğer ilgililerin soybağının reddi davasını açma hakları talî (ikincil) niteliktedir⁴¹. Bir başka ifadeyle, diğer ilgililerin dava açabilmeleri imkânı ancak kanunda öngörülen sebeplerden biriyle kocanın dava açma imkânını kaybettiği hallerde söz konusu olabilir. Bu sebepler de kocanın ölümü, gaipliğine karar verilmesi ya da sürekli olarak ayırt etme gücünü kaybetmesidir⁴². Koca, bu sebeplerden biri nedeniyle dava açma imkânını kaybetmediği sürece diğer ilgililerin soybağının reddi davasını açması mümkün değildir⁴³. Diğer yandan, koca dava hakkını kaybetmişse,örneğin çocuğun kendisinden olmadığını öğrenmesine rağmen bir yıllık hak düşürücü süre içinde dava açmamış ise TMK m.291’de belirtilen şartların gerçekleşmesi diğer ilgililerin dava açma hakkına sahip olacakları sonucunu doğurmaz⁴⁴. Esasen TMK m.291 I’de de hükümde sayılan durumların dava açma süresinin geçmesinden önce gerçekleşmesi halinde diğer ilgililerin dava açabilecekleri açıkça ifade edilmiştir. TMK m.291’de belirtilen

koca lehine birden sahip nesep karinesinin söz konusu olduğu istisnai hallerde her iki kocaya da birbirlerinin nesebini reddetme hakkının tanınması gerektiğini ifade ettiği gibi, çocuğun gerçek babasının ileride ana ile evlenmesi halinde ana ile birlikte gerçek babaya dava hakkı tanınmanın yararlı olacağı kanaatindedir. Gerçek babaya soybağının reddini isteme hakkı tanınmasının, devam eden yuvanın yıkılmasına yol açacağı, annenin kocasından boşanıp gerçek baba ile evlenmesi halinde dahi gerçek babaya soybağının red hakkının verilmemesinin çocuğun menfaatine olabileceği yönündeki görüş için bkz. FEYZİOĞLU/ÖZAKMAN/SARIAL, s. 439. İsv.MK²⁵⁶ kapsamında üçüncü kişilerin, özellikle genetik babanın soybağının reddi davası açma hakkının olmadığı, bununla birlikte bir ebeveyn-çocuk ilişkisi yoksa ya da böyle bir ilişki artık mevcut değilse, somut olayda de lege ferenda genetik babanın dava açma hakkına izin verilmesinin düşünülmeye gerektiği; ancak durumun böyle olmadığı ve çocuğun da hukuki durumunda bir değişiklik istemediği hallerde genetik babaya dava hakkı tanınmaması gerektiği yönünde krş. SCHWENZER/COTTIER, Art. 256, N 7; aksi yönde krş. BGE 108 II 347. Alman Hukukunda ise BGB §1600 I 2’de baba olduğunu iddia eden erkeğe de soybağının reddi davası açma imkânı tanınmıştır.

³⁹ İsviçre Hukukunda ise kocanın dava açma süresi sona ermeden önce ölmesi ya da ayırt etme gücünü kaybetmesi halinde dava açma hakkı sadece kocanın anasına ve babasına tanınmıştır (ZGB Art. 258 I). Mirasçılarının dava hakkı bulunmayıp belirtilen halde kocanın anasının ve babasının dava hakkı ise mirasçı sıfatına sahip olup olmamalarına bakılmaksızın kabul edilmiştir. Bkz. TUOR/SCHNYDER/JUNGO, §40 N8, dn.5.

⁴⁰ KILIÇOĞLU, s. 423.

⁴¹ SAYMEN/ELBİR, s. 307; ÖZTAN, s. 881; AKINTÜRK/ATEŞ, s. 340; ACABEY, s. 139; BAYGIN, Soybağı, s. 32; AKYÜZ, s. 149; ÖZDEMİR/RUHI, s. 763; GÜMÜŞ, s. 568-569. İsviçre Hukukunda kocanın dava açma süresi sona ermeden önce ölmesi ya da ayırt etme gücünü kaybetmesi halinde onun anasına ve babasına tanınan dava hakkı yönünden bu yönde bkz. SCHWENZER/COTTIER, Art. 258, N 1.

⁴² Ayrıntılı bilgi için bkz. GÜMÜŞ, s. 574-577.

⁴³ KILIÇOĞLU, s. 423.

⁴⁴ TEKİNAY, Aile, s. 417; SEROZAN, Çocuk Hukuku, s. 189; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, N 1385; AKINTÜRK/ATEŞ, s. 340; ACABEY, s. 139-140; kocanın ana ve babasının dava hakkını düzenleyen ZGB Art. 258 açısından aynı yöndeki görüş için bkz. SCHWENZER/COTTIER, Art. 258, N 2. Benzer şekilde, kocanın çocuğu benimsemiş olması halinde kocanın ana babası ve altsoyunun da dava haklarının dürüstlük kuralına aykırılık nedeniyle sona ereceği öğretilde ifade edilmektedir. Bu yönde bkz. DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, N 1397, dn. 74.

Koca açısından TMK m.289 I’de belirtilen koşulların gerçekleşmiş olup olmadığı, dolayısıyla hak düşürücü sürenin işlemeye başlamış olup olmadığı değerlendirilmeden, koca açısından bir yıllık hak düşürücü sürenin geçmesi nedeniyle kocanın altsoyunun açtığı soybağının reddi davasının dinlenemeyeceği yönünde bkz. Yarg. 2. HD, 23.11.2006, 7989/16249 (Kazancı İhtihat Bankası).

İlgililerin dava açma hakları birbirinden bağımsız olup birinin açmış olduğu soybağının reddi davasının kaybedilmiş olması ise diğerlerinin dava hakkını etkilemeyecektir⁴⁵.

Diğer ilgililerin soybağının reddi davasını açmaları açısından TMK m.291’de bir yıllık hak düşürücü süre kabul edilmiştir. Bu sürenin işlemeye başlaması hükümde belirtilen sebepler açısından farklı tarihlerde gerçekleşecektir. Söz konusu hükme göre kocanın ölümü ya da ayırt etme gücünü kaybetmesi halinde bir yıllık süre diğer ilgililerin doğumu ve kocanın ölümünü ya da ayırt etme gücünü kaybettiğini öğrendikleri tarihten itibaren işlemeye başlayacaktır. Koca hakkında gaiplik kararının verilmesi halinde ise yine söz konusu hükümde sürenin ilgililer tarafından koca hakkında gaiplik kararı alındığını öğrenmelerinden itibaren başlayacağı ifade edilmektedir⁴⁶.

Kocanın açacağı soybağının reddi davasına ilişkin hükümler kıyas yoluyla diğer ilgililerin açacağı soybağının reddi davasında da uygulama alanı bulacağından (TMK m.291 III), diğer ilgililerin de gecikmenin haklı bir sebebe dayanması⁴⁷ halinde haklı sebep teşkil eden durumun ortadan kalkmasından itibaren bir yıllık süre içerisinde (TMK m.289 III) davayı açmaları mümkündür⁴⁸.

II. Hak Düşürücü Sürelerin Uzamasında Haklı Sebep Oluşturabilecek Durumlar

⁴⁵ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, N 1387; ACABEY, s. 140; BAYGIN, Soybağı, s. 34; GÜMÜŞ, s. 570.

⁴⁶ Bu düzenlemenin ortaya çıkardığı olumsuzluklar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. GÜMÜŞ, s. 575-576.

⁴⁷ Öğretide ilgililerin dava haklarının sakıncalı görülmesi nedeniyle hak düşürücü sürenin uzamasını sağlayan haklı nedenin varlığını kabulde özel bir çekingenlik gösterilmesinin yerinde olduğu ifade edilmektedir. Bu yönde bkz. SEROZAN, Çocuk Hukuku, s. 193.

⁴⁸ Krş. HATEMİ, N 683: Yazar, kocanın çocuğun kendisinden olmadığını öğrenmeden öldüğü ihtimalde ilgililerin soybağının reddi davasını örneğin on yıl geçmiş olsa da bir yıl içinde açıp açamayacakları, TMK m.289/son hükmünün uygulanıp uygulanamayacağı sorusunu yönelttikten sonra bu sorun için kanunda açık bir hükme yer verilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Benzer şekilde Öz de diğer ilgililerin kocanın baba olmadığını bir yıllık dava süresi dolduktan sonra öğrenebilmişlerse bu halde dava açmalarının TMK m.291 III hükmünün yorumuna bağlı olduğu, TMK m.291 III hükmünün yaptığı yollamanın TMK m.289 III hükmünü de kapsadığı kabul edilirse diğer ilgililerin bir yıllık süreyi çocuğun babasının koca olmadığını geç öğrendikleri için kaçırımları halinde bu geç öğrenme haklı sebep kabul edilerek dava açabilecekleri, ancak TMK m.291 III hükmünün yaptığı yollamanın TMK m.289 III hükmünü kapsamadığı ve sadece babalık karinelerine ilişkin hükümleri kastettiği kabul edilirse diğer ilgililerin haklı sebebe dayanarak dava açamayacaklarını belirttiğinden sonra, bu hususta henüz görüş belirtmediğini ifade etmiştir. Bkz. ÖZ, s. 338-339. Kanaatimce, TMK m.291 III hükmünde farklı yönde bir yorum yapmayı gerektirecek bir ifade bulunmadığından, söz konusu hüküm atfıyla TMK m.289 III hükmünün diğer ilgililerin açacağı soybağının reddi davası açısından da uygulama alanı bulması gerekir, bu hususta kanunda açık bir hükme yer verilmesine gerek bulunmamaktadır. Nitekim İsviçre Hukukunda da TMK m.291’in karşılığını teşkil eden ZGB Art. 258’de kocanın ana ve babasının açacağı davada kocanın açacağı davadaki hükümlerin kıyasen uygulanacağı ifade edilmiş ve öğretide de kıyasen uygulanacak hükümlerin hem babalık karinelerinin dahil olduğu hükümlerin (ZGB Art. 256, 256a, 256b) hem de hak düşürücü sürelerle ilişkin hükmün (ZGB Art. 256c/TMK m.291) olduğu belirtilmiştir. Bkz. SCHWENZER/COTTIER, Art. 258, N 3. Türk Hukukunda da aynı yönde bkz. ERDEM/MAKARACI BAŞAK, s. 350.

1. Haklı Sebep Kavramı ve Örnekleri

Soybağının reddi davasının açılabilmesi için hak düşürücü süreler geçtikten sonra dava hakkının sona ermesi gerekirken, kanunda, gecikmenin haklı sebebe dayanması halinde dava açma süresinin uzayacağı kabul edilmiştir. TMK m.289 III hükmünün İsviçre Medeni Kanunu'ndaki karşılığını teşkil eden ZGB Art. 256c hükmünde ise, gecikmenin haklı sebeplere dayanması yerine, gecikmenin önemli sebeplerle mazur görülmesi (...mit wichtigen Gründen entschuldigt wird) aranmıştır. Öğretide, TMK m.289 III'de yer alan haklı sebep kavramının bu şekilde anlaşılması gerektiği ifade edilmektedir⁴⁹. Türk ve İsviçre Hukuklarında öğretide haklı sebep ve mazur görülebilir sebep kavramlarına ise hemen aynı örneklerin verilmiş olduğu görülmektedir.

Haklı sebep, davacının kusuru⁵⁰ olmamasına rağmen onu zamanında dava açmaktan alıkoyan ve davanın gecikmesinde kabul edilebilecek sebeptir⁵¹. Soybağının reddi davasında hangi durumların haklı sebep teşkil edeceğini hâkim takdir edecektir⁵². Hâkim, hak düşürücü sürenin uzaması sonucunu doğuran haklı sebepleri somut olayın şartlarına göre değerlendirecektir⁵³. İsviçre Federal Mahkemesi vermiş olduğu bir kararda kocanın babalığından şüphe etmek için hiçbir nedeni olmadığında önemli sebeplerin mevcut olacağını, kanundaki düzenleme uyarınca dava açma süresi önemli ölçüde uzatılmış olduğundan, “önemli sebep” kavramının dar yorumlanması gerektiğini kabul etmiştir⁵⁴.

Öğretide soybağının reddi davasında dava süresinin uzamasını sağlayan haklı sebeplerin kalp krizi ya da by-pass operasyonu gibi ağır sağlık problemleri, geçici olarak ayırt etme gücünden yoksunluk, kişinin hürriyetinden yoksun bırakılması veya iletişim araçlarının mevcut olmaması şeklinde objektif engellerden kaynaklanabileceği gibi, kocanın evliliğin devam edeceği beklentisi ya da psikolojik nedenlerle dava açma kararı verememe şeklinde subjektif engellerden de kaynaklanabileceği kabul edilmektedir⁵⁵.

⁴⁹ ANTALYA, Gökhan: “Soybağının Reddine İlişkin Dava Sürelerinin Haklı Sebep Uzmanı”, Legal Hukuk Dergisi, C: 3, S: 27, 2005, s. 1011.

⁵⁰ Söz konusu kusurun dava açmak mümkün olduğu halde, sürenin bilerek ve ihmal yüzünden geçirilmesi anlamında olduğu yönünde bkz. TEKİNAY, Aile, s. 429, dn. 15.

⁵¹ KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 217; TEKİNAY, Aile, s. 429; FEYZİOĞLU/ÖZAKMAN/SARIAL, s. 441; BAYGIN, Kan Bağı, s. 264; AKYÜZ, s. 150.

⁵² Soybağının reddi davasına ilişkin TMK m.289 hükmünün gerekçesinde de haklı sebebin neler olabileceğinin fıkra da belirtilmediği, herhangi bir olayın haklı sebep oluşturup oluşturmadığını belirleme konusunda hâkime takdir yetkisi verildiği ifade edilmiştir. (Çevrimiçi, 20.5.2022, https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss723_Madde_Gerekceleri_2.pdf)

⁵³ KILIÇOĞLU, s. 420; GENÇCAN, Ömer Uğur: “Soybağının Reddi Davalarında Dava Süresi”, Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, S: 114, 2002, s. 22; gecikmenin haklı sebebe dayanıp dayanmadığı hususunda tanık deliline başvurulabileceğine ilişkin bkz. Yarg. 2. HD, 13.12.2010, 8060/20946 (Lexpera).

⁵⁴ BGE 132 III 1.

⁵⁵ TUOR/SCHNYDER/JUNGO, §40 N19; SCHWENZER/COTTIER, Art. 256c, N 6; REICH, Art. 256c, N 4.

Haklı sebeplere örnek olarak öğretide ve yargı kararlarında şu haller gösterilmektedir⁵⁶: Kocanın çocuğun doğumunu ve baba olmadığını ya da ananın gebe kaldığı sırada başka bir erkekle cinsel ilişkide bulunduğunu öğrenmesinden sonra geçici olarak ayırt etme gücünü kaybetmesi⁵⁷, kocanın ana babasının veya altsoyunun kocanın ölümünü ya da sürekli olarak ayırt etme gücünü kaybettiğini öğrenmesinden sonra geçici olarak ayırt etme gücünü kaybetmesi, davacının kandırılıp oyalanması, davacının fiilen dava açmasını engelleyecek olgular. Davacının fiilen dava açmasını engelleyecek durumlara ise şunlar örnek olarak verilebilir: ağır hastalık, hastanede tedavi zorunluluğu olan bir hastalık, cezaevinde bulunma, askerlik hizmeti, yurt dışında bulunma, olumsuz kış koşulları nedeniyle ulaşımın kesilmesi, uzun bir yolculuğa çıkmış olma, savaş veya bulaşıcı bir hastalık nedeniyle bir yerde mahsur kalma, geçirdiği bir trafik kazası nedeniyle komada olması, çocuğun annesinin kocasını planlı şekilde aldatması.

Yukarıda belirtilen bu sebeplerin hak düşürücü sürenin haklı sebeple uzamasını sağlayan bir sebep olup olmadığı hâkim tarafından somut olaya göre belirlenir. Buna göre örneğin davacı kocanın cezaevinde bulunmasına rağmen vekâletname vermesine engel bir durum yoksa sırf cezaevinde bulunmanın haklı bir neden teşkil etmeyeceği, ancak yabancı bir ülkede çıkan bir ayaklanma neticesinde gözaltına alınması ve hapisyanede bulunduğu sırada dışarıyla iletişimin olanaksız olduğu bir ihtimalde bu durumun bir haklı neden olarak kabul edilebileceği öğretide ifade edilmektedir⁵⁸.

Kocanın çocuğun kendisinden olmadığı kanısını verecek bir sebep görmemesi nedeniyle davayı zamanında açamaması halinde de haklı sebebin bulunduğu kabul edilmektedir⁵⁹. Buna örnek olarak görülebilecek İsviçre Federal Mahkeme'sinin bir kararına⁶⁰ konu olayda, davacı koca, ikiz çocuklarının doğumundan yaklaşık dokuz yıl sonra, çocukların

⁵⁶ Örnekler için bkz. TEKİNAY, Aile, s. 429; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, N 1401 ve dn. 77; ÖZTAN, s. 887-888; KILIÇOĞLU, s. 420; BAYGIN, Soybağı, s. 40-41; GENÇCAN, s. 22.

⁵⁷ Bu ihtimalde diğer ilgililerin dava hakkı söz konusu olmayıp bu durum TMK m.289 III anlamında bir haklı sebep teşkil eder ve ileride ayırt etme gücünü kazanan koca, soybağının reddi davasını kendisi açabilecektir. Bu yöndeki görüş için bkz. DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, N 1385. Kocanın geçici olarak ayırt etme gücünü kaybetmesi ihtimalinde ana ve babasının ZGB Art. 258 I uyarınca dava hakkının olmadığı ve bu durumun koca için ZGB Art. 256c III hükmü uyarınca haklı sebeple sürenin uzamasının gerekçesini teşkil edebileceği yönündeki görüş için bkz. SCHWENZER/COTTIER, Art 258, N 2.

⁵⁸ GENÇCAN, s. 22.

⁵⁹ TEKİNAY, Aile, s. 429. Eski Medeni Kanun m.242'de soybağının reddi davası açmak için koca açısından çocuğun doğumunu öğrenmesinden itibaren bir aylık hak düşürücü süre söz konusuydu. Yargıtay kararlarında ise, kocanın babalığı konusunda şüphe duymaması bir haklı sebep olarak kabul edilmişti. Yargıtay bir kararında, evlenmeden itibaren 8 ay 14 gün içinde doğan çocuğun nesebinden şüphe edilmemesi gerektiği, bu tür bir doğumun olağan olduğu, bu nedenle hak düşürücü sürenin başlangıcının doğum tarihi olarak kabulünün isabetsiz olduğu ifade edilerek, tarafların boşanmasından sonra davalı annenin, çocuğun kendisinden olmadığını davacı babaya bildirmesi nedeniyle hak düşürücü sürenin bildirimden itibaren işlemeye başlaması gerektiğini kabul etmiştir. Bu yönde bkz. Yarg. 2. HD, 05.04.1983, 2855/2938 (Lexpera)

⁶⁰ BGE 91 II 153. Kararın çevirisi için bkz. AYBAY, Aydın: İstanbul Barosu Dergisi, 1966, C: XL, S: 1-2-3-, s. 87-91.

doğumundan önce geçirmiş olduğu ameliyat nedeniyle dölleme gücünü yitirdiğini öğrenmiştir. Davacı koca çocuklarının babası olmadığını, cezaevinden şartlı salıverildikten sonra başvurduğu cerrahi kliniğinden aldığı rapor ile öğrenmiştir. Federal Mahkeme, davacı kocanın soybağının reddi davasını açmakta gecikmesinin haklı sebebinin bulunduğunu ve çocukların kendisinden olmadığını öğrendikten sonra birkaç gün içinde davayı açan kocanın, soybağını reddedebileceğini kabul etmiştir. Nitekim öğretide de hak düşürücü süreyi uzatabilecek haklı sebep örnekleri arasında davacı kocanın çocuğu olmasını olanaksız kılan nedenleri geç öğrenmesi ya da kadının gebe kaldığı sırada başka bir erkekle cinsel ilişkide bulunduğunu sonradan öğrenmesi gösterilmektedir⁶¹. Kanaatimce, babalığı olanaksız kılan nedenlerin geç öğrenilmesi, bu kapsamda örneğin çocuk yapabilme kabiliyetinin olmadığını öğrenilmesi halinde haklı sebep kavramına başvurulması, her halde çocuğun doğumundan itibaren işlemeye başlayan bir üst sürenin söz konusu olması halinde kabul edilebilirken, TMK m.289’da soybağının reddi davası açısından öngörülen üst süre yukarıda da belirtildiği üzere Anayasa Mahkemesi’nin kararı ile iptal edilmiş olduğundan ve bir yıllık hak düşürücü süre yönünden de öğrenme olgusu esas alındığından, haklı sebep kavramına başvurmaya gerek bulunmamaktadır. Zira Türk Medeni Kanunu m. 289 I’e göre kocanın açacağı soybağının reddi davası açısından hak düşürücü süre, kocanın doğumu ve baba olmadığını veya ananın gebe kaldığı sırada başka bir erkek ile cinsel ilişkide bulunduğunu öğrendiği tarihten itibaren işlemeye başlayacağına göre, zaten hak düşürücü sürenin işlemeye başlaması için öğrenme olgusu esas alınmaktadır. Nitekim Yargıtay’ın vermiş olduğu bir kararda öğrenme olgusu esas alınarak, haklı sebep kavramına başvurulmadan davanın hak düşürücü süre içerisinde açıldığı ifade edilmiştir⁶²:

“...Davacı ile davalı... arasındaki evliliğin 12.09.2007 tarihinde boşanma ile sona erdiği, davalı küçüklerin nüfusa 25.08.2008 tarihinde, 01.03.2005 ve 01.02.2007 doğum tarihleri ile tescil edildikleri, bu durumda küçüklerin evlilik birliği içerisinde doğmuş olmaları nedeniyle nüfusta davacının çocuğu olarak göründükleri anlaşılmaktadır.

...davacının davalı küçüklerin babası olduğunu dava açıldığı tarihten 3 ay önce öğrendiğine, davacının daha önceki bir tarihte bu durumu bildiğine ilişkin dosya içerisinde bir bilgi veya belge bulunmadığına ve davacının öğrenmeden itibaren 30.04.2014 tarihinde ve TMK 291. maddedeki 1 yıllık hak düşürücü süre içerisinde temyize konu davayı açtığına göre, mahkemece işin esasına girilerek tarafların sunacağı

⁶¹ Bu yöndeki görüş için bkz. SEROZAN, Çocuk Hukuku, s. 194; ÖZTAN, s. 888.

⁶² Yarg. 18. HD., 20.6.2016, E: 2015/12364, K: 2016/9880 (Lexpera).

tüm delillerin toplanarak oluşacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken...”

Aynı yönde bir başka kararında da Yargıtay, çocuğun doğumundan 42 yıl sonra dava açılmış olmasına rağmen, kocanın, çocuğun kendisinden olmadığını öğrendiği tarihten itibaren bir yıllık süre içinde açtığı soybağının reddi davasının hak düşürücü süre geçtiği gerekçesi ile reddini doğru bulmamıştır⁶³.

“...Davacı ile davalı...’nin evliliklerinden 01.01.1972 tarihinde davalı ...’nin olduğu, muhtar bildirim ile 06.01.1972 tarihinde tescil edildiği anlaşılmaktadır. Davacı, davalı ...’in kızı olmadığı hususunu 22.09.2014 tarihinde gelen imzasız mektup ve yine aynı gün cep telefonunun kimliğini bilmediği kişi tarafından aranarak söylenmesi sonucu öğrendiğini ileri sürerek dava açmıştır. Davalı, cevap dilekçesi ve duruşma sırasındaki beyanlarında, doğumdan 42 yıl sonra açılan davada hak düşürücü nedenle davanın reddini talep etmiş, ancak bu konuda delil bildirmemiştir... davanın bir yıllık hak düşürücü süre içinde açılmadığını davalı kanıtlamalıdır... davanın hak düşürücü süre geçtiği gerekçesi ile reddi doğru görülmemiştir...”

Buna karşılık, Yargıtay’ın bir başka kararına⁶⁴ konu olayda kadının zinasına dayalı boşanma kararının kesinleştiği tarihten yaklaşık 31 yıl sonra soybağının reddi davası açılmış, davacı bu durumu dava açmadan kısa süre önce dedikoduların artması sonucu öğrendiğini iddia etmiş, mahkemece de soybağının reddi kararının hukuka uygun olduğu ifade edilmiştir. Ancak karşı oy yazılarında da belirtildiği üzere, davacı koca, eşinin üçüncü bir kişiyle ilişki kurduğunu davalı kadının zinasına dayalı olarak açılan boşanma davası sırasında öğrendiğine göre, gecikmenin haklı sebebe dayandığı ispatlanmadığı sürece, aradan 31 yıl geçtikten sonra soybağının reddi davasının açılması mümkün olmamalıdır⁶⁵.

Yargıtay kararlarında aldatmanın da haklı sebep kapsamında değerlendirildiği görülmektedir⁶⁶. Esasen eski Medeni Kanun’da (EMK m.246 I/II) eğer

⁶³ Yarg. 8. HD, 08.11.2017, 953/14899 (Lexpera).

⁶⁴ Yarg. 2. HD, 5.7.2011, 10902/11543 (Kazancı İçtihat Bankası).

⁶⁵ Söz konusu kararın isabetsiz olduğu görüşünde ayrıca bkz. ÖZ, s. 327.

⁶⁶ Bu yönde bkz. Yarg. 2. HD, 11.3.2004, 1988/3092 (Kazancı İçtihat Bankası): “...Ali’nin davacıdan olmadığı Adli Tıp Kurumunun raporu ile sabittir. Anne (davalı) bu durumu 16 sene dokuz ay gizlemiştir. Nitekim 16.6.1998 günlü dilekçesinde ve aynı günlü duruşmada davacının baba olmadığını kabul etmiştir. Koca (iğfal edilmiştir) kandırılmıştır. 743 Sayılı Medeni Kanun’un 246. maddesindeki iğfal (kandırma) hali, yeni Medeni Kanun’un 289. maddesindeki haklı sebep içersine gireceği sonucuna ulaşılmıştır...””; aynı yönde bkz. Yarg. 2. HD, 31.3.2003,

koca, çocuğun babası olduğu konusunda aldatılmışsa ve bu nedenle çocuğu benimsemişse veya süresi içinde dava açamamışsa, aldatılmayı öğrendiği tarihten itibaren bir ay içinde kocanın soybağını reddedebileceği kabul edilmişti. Yeni düzenlemede ise bu hükme yer verilmemiştir. Bununla birlikte, davacının çocuğun babası olduğu konusunda aldatılması halinde kanaatimce haklı sebep kavramına başvurulmasına ihtiyaç yoktur⁶⁷. Zira TMK m.289 I'e göre kocanın açacağı soybağının reddi davası açısından hak düşürücü süre kocanın doğumu ve baba olmadığını ya da ananın gebe kaldığı sırada başka bir erkekle cinsel ilişkide bulunduğunu öğrendiği tarihten itibaren işlemeye başlayacağından ve dolayısıyla sürenin başlangıcı açısından öğrenme olgusu esas alındığından, kocanın çocuğun anası ya da üçüncü kişiler tarafından aldatılması halinde hak düşürücü süre bu durumun öğrenilmesinden itibaren işlemeye başlayacaktır⁶⁸. Buna karşılık, kocanın ya da çocuğun korkutulması nedeniyle süresi içinde soybağının reddi davasını açamaması bir haklı sebep olarak kabul edilebilir⁶⁹.

Bazı Yargıtay kararlarında çocuğun kocadan olmadığı bilindiği halde, nüfusa evlilik içi çocuk olarak, ancak geç tescil ettirilmesi halinin de haklı sebeple uzamanın söz konusu olacağı bir hal olarak kabul edildiği anlaşılmaktadır⁷⁰:

“...Davacı ile davalının 10.06.2002 tarihinde evlendikleri, 12.01.2005 kesinleşme tarihli boşanma kararı ile boşandıkları boşanma sebebinin davalının başka erkeklerle cinsel birlikteliği sebebi ile hamile kalması olduğu, soybağının reddi talep edilen çocuğun anne beyanı ile 31.08.2012

2855/4470 (Kazancı İçtihat Bankası); Yarg. 2. HD, 17.4.2003, 4410/5601 (Kazancı İçtihat Bankası).

Karısı ile ilk cinsel birlikteliklerinden 219 gün sonra ve evliliklerinden 163 gün sonra dünyaya gelen çocuğun soybağını reddetmek için yasal süreyi kaçıran kocanın, doğumdan sonra bunun bir erken doğum olduğu yönünde davalı karısı tarafından hileli bir şekilde ikna edilmiş olması ve çocuğun doğum sırasında olgunluk derecesine ilişkin hastane raporundan sonra gerçeği öğrenmiş olması halinde dava açma süresindeki gecikmenin önemli nedenlerle mazur görüleceği yönünde eski tarihli bir İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz. BGE 83 II 171, 175.

⁶⁷ Nitekim öğretilde Tekinay da hak düşürücü süreyi uzatan ya da engelleyen sebepler başlığı altında aldatmayı haklı sebep kavramından ayrı bir başlık altında incelemiştir. Bkz. TEKİNAY, Aile, s. 428-429.

⁶⁸ Öğretilde Baygın da eski MK m.246'da yer alan aldatma söz konusu ise hak düşürücü sürenin aldatmanın öğrenilmesinden itibaren başlayacağına ilişkin hükmün TMK'ya alınmadığını, eski MK'da hak düşürücü süre kocanın doğumu öğrendiği tarihten itibaren başlarken, TMK'da sürenin kocanın doğumu ve baba olmadığını veya ananın gebe kaldığı sırada başka bir erkekle cinsel ilişkide bulunduğunu öğrendikten sonra başlayacağını, aldatılan koca da baba olmadığını öğrenememiş olacağından hak düşürücü sürenin de işlemeye başlamayacağını ifade etmektedir. Bkz. BAYGIN, Soybağı, s. 41.

⁶⁹ ÖZ, s. 335.

⁷⁰ Soybağının reddi davası babalık karinesi uyarınca çocuk ve babası arasında soybağının kurulmuş olduğu hallerde söz konusu olup babalık karinesinden faydalanma söz konusu olmaksızın çocuğun kocanın nüfusuna kaydedilmiş olduğu hallerde, diğer ifadeyle çocuğun evlilik içinde ya da evliliğin sona ermesinden itibaren üç yüz gün içinde nüfusa kaydedilmediği durumda açılacak dava soybağının reddi davası değil, TMK m.39 uyarınca yanlış kayıtlı düzeltilmesine yönelik kayıt düzeltme davasıdır. Kayıt düzeltme davası ise soybağının reddi davasından farklı olarak her zaman açılabilir gibi, soybağının reddi davasını açabilecek olanlar dışındaki kişiler tarafından da açılabilir. Bkz. TEKİNAY, Aile, s. 414; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, N 1357; ÖZDEMİR/RUHİ, s. 760; ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. ÖKTEM ÇEVİK, s. 2117 vd.

tarihinde 29.02.2004 doğumlu olarak nüfusa tescil edildiği, doğum tarihi itibari ile çocuğun evlilik birlikteliği içinde doğmuş olduğu, eldeki davanın tescil tarihinden itibaren bir yıl geçmeden 09.10.2012 tarihinde açıldığı anlaşılmıştır.

Soybağının reddi talep edilen çocuk boşanma kararının kesinleşmesinden sonra annenin başvurusu üzerine nüfusa tescil edilmiştir. Davacı baba bu çocuğun kendi nüfusuna kaydedildiğini öğrenince işbu davayı açmıştır. Dolayısı ile davacı babanın davayı açmada gecikmesinin sebebi çocuğun anne tarafından nüfusa geç tescil ettirilmesi olup çocuğun anne tarafından geç tescil ettirilmesi 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 289/son maddesi kapsamında haklı sebebin varlığı için yeterlidir... Aksi düşüncenin kabulü kocanın kendi nüfusuna tescil edilmeyen çocuğu reddetmesi gibi bir sonucu doğuracaktır ki bu durumda hayatın olağan akışına ters düşecektir. Buna göre, davacı haklı sebebe dayalı olarak çocuğun kendi nüfusuna tescili tarihinden itibaren bir yıllık hak düşürücü sürede davasını açtığının kabulü ile işin esasının incelenmesi yerine davanın hak düşürücü sürenin geçtiği gerekçesi ile reddine karar verilmesi doğru görülmüştür...⁷¹”

“...Davacı ile çocukların annesi Bağdagül 1.9.1980 tarihinde evlenmiş, uzun bir süre fiilen ayrı yaşamdan sonra 1.11.1995 tarihinde boşanmışlardır. Soybağının reddi istenen çocuklar boşanma davası sırasında ibraz edilen nüfus kayıtlarında yer almamaktadır. Çocuklardan U.U. 1.11.1989, D. 1.11.1990 doğumlu olup boşanma kararının kesinleşmesinden ve annenin ölümünden uzunca bir süre sonra 31.10.2006 tarihinde nüfusa tescil edilmişlerdir. Koca bu çocukların kendisinin nüfusa kaydedildiğini nüfus müdürlüğünün tebliği üzerine öğrenmiş ve 22.11.2006 tarihinde bu davayı açmıştır. Öğrenmeden itibaren bir yıllık süre içinde davayı açabilecektir. Açıklanan bu hususlar dikkate alındığında davacı kocanın dava açması için gecikmeyi haklı kılan sebeplerin varlığı ve davanın süresi içinde açıldığının kabulünde zorunluluk vardır...⁷²”

Yukarıda belirtilen her iki kararda da sorunun soybağının reddi olarak ele alındığı ve buna göre çocukların nüfusa sonradan tescil edilmeleri halinde kocanın geç dava açmasının bir haklı sebep olarak değerlendirildiği

⁷¹ Yarg. 18. HD, 11.12.2014, 10280/18065 (Lexpera).

⁷² Yarg. 2. HD, 6.6.2011, E: 2010/7345, K: 2011/9938 (Lexpera).

anlaşılmaktadır. Söz konusu kararlardaki hukuki sorun, çocuğun ancak babalık karinesi kapsamında nüfusa tescil edilmiş olması halinde soybağının reddi davası olarak değerlendirilebilir ki bu ihtimalde de kanaatimce haklı sebep kavramına başvurulmasına gerek bulunmamaktadır. Zira daha önce de belirtildiği üzere, TMK m.289 I'de kocanın açacağı soybağının reddi davasındaki bir yıllık hak düşürücü sürenin başlangıcı olarak, kocanın doğumu ve baba olmadığını ya da ananın gebe kaldığı sırada başka bir erkekle cinsel ilişkide bulunduğunu öğrenmesi esas alınmıştır. Dolayısıyla yukarıda anılan Yargıtay kararlarında da koca, nüfusa geç tescil edilen çocukların varlığını ancak yapılan tescille birlikte öğrenmişse, bir yıllık hak düşürücü süre de bu öğrenme tarihinden itibaren işlemeye başlayacak olup dava hakkının kabul edilebilmesi için haklı sebep kavramına gerek olmamalıdır⁷³. Ayrıca dikkat edilmelidir ki koca, söz konusu tescili, tescil işleminin gerçekleştirilmesinden çok sonra öğrenmişse bu halde yine de öğrenme anından itibaren hak düşürücü sürenin işlemeye başladığının kabulü gerekir; yukarıda belirtilen ilk kararda ifade edildiği üzere hak düşürücü sürenin her halde tescil tarihinden itibaren işletilmesi de doğru değildir. Buna karşılık, çocuğun babalık karinesi kapsamında nüfusa tescil edilmemiş olduğu ihtimallerde ise sorunun soybağının reddi olarak değil, nüfus kaydının düzeltilmesi olarak değerlendirilmesi gereklidir. Bilindiği üzere, babalık karinesinden faydalanma söz konusu olmaksızın çocuğun kocanın nüfusuna kaydedilmiş olduğu hallerde, örneğin evliliğin sona ermesinden itibaren üç yüz gün geçtikten sonra doğan çocuğun sanki üç yüz günlük süre içinde doğmuş gibi nüfusa kaydedtirilmesi halinde soybağının reddi davasına açılmasına gerek olmayıp bir süre şartına tabi olmayan yanlış nüfus kaydının düzeltilmesi amacına yönelik kayıt düzeltme davası açılacaktır⁷⁴. Zira ülkemizde aralarında dini nikâh bulunan kadın ve bir başka kadınla evli olan erkeğin müşterek çocuklarının, erkeğin resmi

⁷³ Öğrenmeyi esas alan kararlar için bkz. Yarg. 18. HD, 20.6.2016, E: 2015/12364, K: 2016/9880 (Lexpera); aynı yönde bkz. Yarg. HD, 4.4.2019, E: 2017/9042, K: 2019/3693 (Kazancı İçtihat Bankası): "...Davacı ... ile davalı ... 13.2.1997 tarihinde evlenmiş, 25.01.2005 tarihinde boşanmışlardır. Soybağının reddi istenen A. 12.12.2003 doğumlu olup, anne ve babasının boşanmasından sonra 14.05.2008 tarihinde anne beyanı üzerine nüfusa tescil edilmiştir. Davacı, boşanmadan 4-5 yıl önce ayrı yaşamaya başladıklarını, eşinin bir çocuğu olduğunu duymadığını, boşanma sırasında da sözedilmediğini, ancak kızı için gerekli bir evrak nedeni ile Nüfus Müdürlüğüne gittiğinde A.'in nüfusuna kaydedilmiş olduğunu öğrendiğini bildirmiş, 23.02.2016 tarihli celsede de tarihini hatırlamadığını, geçen yıl Nüfus Müdürlüğüne gittiğini, durumu öğrenince de avukata giderek bu davanın açıldığını bildirmişti. Dava 25.05.2015 tarihinde açılmıştır. Davacının yukarıdaki açıklamasına göre dava öğrenmeden itibaren 1 yıl içinde açılmıştır. Bunun aksini gösteren bir kanıt dosyada bulunmamaktadır..."

⁷⁴ ACABEY, s. 118-119; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, N 1357; BAYGIN, Soybağı, s. 27; ÖZ, s. 335; ÖKTEM ÇEVİK, s. 2117; PAKSOY, Gülnihal: "Soybağının Reddi", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2011 (97), s. 355; Yarg. HGK, 4.7.2018, 18-1922/1305, (Kazancı İçtihat Bankası); bu yöndeki yargı kararları için bkz. Yarg. HGK, 13.4.2016, 18-717/503 (Kazancı İçtihat Bankası); Yarg. 18. HD, 04.12.2014, 18862/17581 (Lexpera); Yarg. HGK, 30.01.2008, 2-36/47 (Lexpera): "...Somut olayda olduğu gibi, nesebin düzeltilmesinin babanın başvuru olmadan sahte belgelerle yapıldığının ileri sürülmesi durumunda, ancak bir "nüfus kaydının düzeltilmesi davasından" söz edilebileceği kuşkusuzdur Davacının nüfus kütüğündeki kayıt ve tescile esas dayanak belgenin gerçeğe uygun olmadığına ilişkin iddiası ve davalının aksi yöndeki savunmasının, hak düşürücü süreye bağlı olmaksızın, her türlü delille ispatlanması mümkündür..."

nikahlı eşinin çocuğu olarak gösterilerek nüfus siciline tescil edilmesi ya da çeşitli sebeplerle kardeş çocuğunun kendi evliliklerinden gibi nüfus siciline kaydedilmesi veya eşlerin kendilerinden olmayan bir çocuğu evlat edinme işlemini gerçekleştirmeden sanki kendi çocuklarıymış gibi nüfus siciline kaydettirmeleri durumlarına rastlanmaktadır. Dolayısıyla çocuğun nüfusa geç tescil edilmiş olduğu hallerde, babalık karinesinden faydalanılmaksızın tescil edilmesi söz konusu ise açılacak dava herhangi bir süreye tabi olmayan ve soybağının reddi davasından farklı olan nüfus kaydının düzeltilmesi davası olacaktır⁷⁵.

Kocanın sırf evliliğin sürdürüleceği umuduyla bir başka erkekten olma çocuğa katlanıp soybağını reddetmemiş olması da öğretide bir haklı sebep olarak kabul edilmektedir⁷⁶. Ancak bu halde soybağının ret hakkının

⁷⁵ Sicil kaydının düzeltilmesi davasının bir süreye bağlı olmadan açılabilmesinin eleştirisi ve sicil kaydının düzeltilmesi davalarında bir süre sınırı kabul edilmesi gerektiği yönünde krş. AKBIYIK, s. 205.

Nüfus kaydının düzeltilmesi davaları açısından bir süre sınırının kabul edilmemesi halinde dahi bu davanın açılması TMK m.2 uyarınca hakkın kötüye kullanılması niteliğinde ise davanın dinlenilmemesi gerekir. Nüfus kayıtlarının düzeltilmesi her ne kadar kamu düzeni ile ilgili olsa da TMK m.2'de düzenlenen dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı hakkaniyet, kamu düzeni ve kişilik hakları gibi hukukun genel ilkelerindedir. Özellikle bir başkasına ait çocuğu kendi çocukları imiş gibi nüfus kütüğüne kaydettirmiş olan karı-kocanın sonradan nüfus kaydının düzeltilmesi davası açmaları dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eder ve bu nedenle bu ihtimalde açılan dava TMK m.2 II uyarınca hakkın kötüye kullanılması yasağına dayanılarak reddedilmelidir. Zira bu halde çelişkili davranışta bulunma yasağına aykırılık söz konusu olduğu gibi, nüfus kaydının düzeltilmesi davası açılması sonucu elde edilecek menfaatle, özellikle uzun yıllar sonra açılan davalarda çocuğun uğrayacağı zarar arasında aşırı bir nispiyetlik söz konusu olabilir. Aksi yöndeki bir karar için bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 9.3.2021, E: 2020/8-269, K: 2021/228 (Kazancı İçtihat Bankası) sayılı kararı. Söz konusu karara konu olayda davacı, müteveffa eşinin, önceki eşi ile evliliği sırasında kendilerinden olmayan çocuğu kendi çocukları imiş gibi nüfus kütüğüne tescil ettirdiklerini iddia ederek nüfus kaydının düzeltilmesi açmıştır. Diğer yandan davacı da çocuğun öz teyzesidir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ise kanaatimce isabetsiz olarak, çocuğun müteveffa eşine ait olmadığını bilmesine rağmen 45 yıl sonra dava açan davacının bu davasının TMK m.2 uyarınca engellenemeyeceği görüşünü çoğunlukla kabul etmiştir: "...davacı ...'in teyzesi olan davacının davalının bu şekilde nüfusa kaydedildiğini bilmesine rağmen 45 yıl sonra eldeki davayı açtığı, TMK'nın 2. maddesinde, hakların dürüstlük kuralına uygun kullanılması gerektiği ifade edildikten sonra hakların açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeninin korumayacağını belirttiği, bir hakkın dürüstlük kuralına aykırı olarak kullanılması suretiyle başkasına bir zarar verilmesi hakkın kötüye kullanımını oluşturacağı, bu itibarla davacının 45 yıl sonra nüfus kaydının doğru olmadığı iddiasıyla eldeki davayı açmasının hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olduğu ve hukuken korunmaması gerektiği, direnme kararının açıklanan bu değişik gerekçe ile onanması gerektiği görüşü ileri sürülmüş ise de; bu görüşler yukarıda açıklanan nedenlerle Kurul çoğunluğunca benimsenmemiştir...". Benzer yönde bir başka Yargıtay kararında da gerçek durumu bildiği halde nüfus kaydının düzeltilmesi davasının açılmamasının TMK m.2 uyarınca hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olmadığı kabul edilmiştir. Bkz. Yarg. 8. HD, 20.02.2018, E: 2017/9284, K: 2018/2518 (Kazancı İçtihat Bankası): "...Davacı eldeki davayı açarak öncelikle gerçeği yansıtmayan nüfus kayıtlarının düzeltilmesini sağlayacak ve muris ...'in mirasından alacağı pay miktarının artmasını sağlayacaktır. Dolayısı ile davacının dava açmakta hukuki yararı ve menfaati mevcuttur. Hakkın kötüye kullanılmasında kıstas başkasına zarar vermek kastı değil, hakkın dürüstlük kurallarına aykırı olarak kullanılması sonucunda başkasının zarar görmüş olmasıdır. Nüfus kaydının hatalı olduğunu bilmek ve uzun süre dava açmayıp daha sonra dava açmak dürüstlük kuralına aykırılık oluşturmayacaktır. Öte yandan gerçeğe aykırı beyana dayalı olarak oluşturulan nüfus kaydının düzeltilmesi davası, mahiyeti gereği kamu düzeni ile de yakından ilgili bulunması sebebiyle, hâkimin istemle bağlı kalmayarak kendiliğinden de yapacağı araştırma ile elde edeceği sonuçlara göre hiçbir kuşku ve duraksamaya yer bırakmaksızın doğru sicil oluşturmak zorunluluğu bulunduğundan, böyle bir kaydın düzeltilmesi için dava açılması hakkın kötüye kullanılması kapsamında değerlendirilemez..."

⁷⁶ SEROZAN, Çocuk Hukuku, s. 194, SCHWENZER/COTTIER, Art. 256c, N 6; REICH, Art 256c, N 4.

sürenin kaçırılması dışında etkisizleşmesi sonucunu doğuran bir çelişkili davranışın varlığı tartışılabilir. Zira çocuğun başka bir erkekten olduğunu bile bile hamile bir kadınla evlenmenin de yerine göre soybağının ret hakkını etkisizleştirebilecek bir çelişkili bir davranış kaynağı olduğu kabul edildiğine göre⁷⁷, menfaatler durumunun aynı olduğu bu ihtimalde de soybağının reddi davası açma hakkının çelişkili davranış nedeniyle etkisizleştiği sonucuna varmak kanaatimce daha isabetli olacaktır.

Çocuk açısından soybağının reddi davasının ergin olduğu tarihten itibaren bir yıllık hak düşürücü süre içinde açılması gerekli ise de çocuğun kocanın gerçek babası olmadığını geç öğrendiği hallerde de gecikmenin haklı sebebe dayandığı gerekçesiyle soybağının reddi davasını açması mümkün olabilecektir⁷⁸.

Soybağının reddi davasında hak düşürücü süreler geçmişse ve davacı tarafından gecikmede haklı sebebin varlığı da ileri sürülüp ispat edilmemişse mahkeme tarafından davanın reddedilmesi gerekirken, Yargıtay kararlarında hâkimin davayı reddetmeden önce haklı sebebin bulunup bulunmadığını sorması ve buna ilişkin delillere göre karar vermesi gerektiği kabul edilmektedir:

“...Gecikme haklı bir nedene dayanyorsa soybağının reddi ile ilgili bir yıllık süre bu sebebin ortadan kalktığı tarihten başlar (TMK 289/son). Taraflardan gecikmenin haklı bir nedene dayanıp dayanmadığı konusundaki delilleri sorulup, gösterdikleri takdirde toplanıp sonucu uyarınca karar verilmesi gerekirken; ...yazılı şekilde karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir...”⁷⁹

2. Haklı sebebin söz konusu olmayacağı haller

Eski Medeni Kanun m.246 I’de “*Koca, sarahaten veya delaleten çocuğu tanıdıktan yahut bu bapta muayyen müddet geçtikten sonra, ret davası edemez.*” hükmü yer almaktaydı. Söz konusu hükümde yer alan tanıma

⁷⁷ Bu yönde bkz. SEROZAN, Çocuk Hukuku, s. 195.

⁷⁸ Bu yöndeki bir karar için bkz. Yarg. 18. HD, 4.6.2012, 6203/6816 (Lexpera): “...Davacı, K1’un babası olmadığını davadan kısa bir süre önce öğrendiğini ileri sürerek dava açtığına göre; gecikmeyi haklı kılan bir sebep bulunup bulunmadığı konusunda ispat yükü davacıya ait olup davacı dava dilekçesinde tanık deliline de dayanmış ancak mahkemeye tanıkların isim ve adresleri ile hangi konuda dinletilmek istendiği davadan sorulup açıklattırılmamıştır. Buna göre, davacının dava açmak konusunda haklı sebebe dayandığı iddiası yönünden taraf delillerinin toplanıp 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun 289. maddesi şartlarının gerçekleşmesi halinde işin esası yönünden inceleme yapılarak sonucu uyarınca karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ile hak düşürücü süreden davanın reddi doğru görülmemiştir...”

⁷⁹ Yarg. 2. HD, 11.6.2012, E: 2011/7358, K: 2012/15719 (Kazancı İçtihat Bankası); aynı yönde bkz. Yarg. 2. HD, 14.5.2012, 8139/12883 (Kazancı İçtihat Bankası); Yarg. 2. HD, 13.12.2010, 8060/20946 (Kazancı İçtihat Bankası); Yarg. 8. HD, 4.4.2019, E: 2018/57, K: 2019/3694 (Kazancı İçtihat Bankası).

ibaresi çocuk ve babası arasında soybağı ilişkisini kuran teknik anlamıyla “tanıma”yı değil, koca tarafından çocuğun açık ya da örtülü olarak benimsenmesi olarak anlaşılmaktaydı⁸⁰. Bu itibarla öğretide de soybağının reddi davası açısından kocanın çocuğun doğumunu öğrendikten sonra çocuğu benimsemesi, örneğin çocuğu kendi çocuğu olarak nüfusa kaydettirmesi, çocuğun doğumundan sonra anası ile birlikte yaşamaya devam etmesi gibi hallerde dava hakkının düşeceği kabul edilmekteydi⁸¹. Yürürlükteki Türk Medeni Kanunu’nda ise söz konusu hükme yer verilmemiştir. O halde kocanın çocuğu benimsemiş olduğu hallerde soybağının reddi davası hakkının düşmeyeceği sonucuna mı varılmalıdır? Öğretide bu hususta farklı görüşlerin savunulduğu görülmektedir. Kocanın çocuğu benimsemiş olmasının soybağının reddi davası açma hakkını ortadan kaldırmayacağı öğretide bir görüşü savunan yazarlarca kabul edilmekle birlikte⁸², kanaatimce çocuğu açık ya da örtülü biçimde benimseyen kocanın soybağının reddi davası açmasının TMK m.2 kapsamında dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edeceğini kabul etmek daha isabetli olacaktır⁸³.

Kocanın çocuğun kendisinden olmadığını bilmesine rağmen, aile onurunu korumak için soybağının reddi davası açmaması, ancak durum aleni hale geldikten sonra dava açması ya da karısının gebe kaldığı dönemde başka bir erkekle cinsel ilişkide bulunduğunu bilmesine rağmen, karısının bu durumu itiraf etmesinden önce ya da zina sebebiyle boşanma davası sonuçlanmadan önce soybağının reddi davası açmaması hallerinde ise bir haklı sebebin bulunmadığı ve bu nedenle dava süresinin uzamasının söz konusu olmayacağı öğretide ifade edilmektedir⁸⁴.

Benzer şekilde, bir başka erkeğin spermiyle heterolog yapay döllemeye olurunun vermenin⁸⁵ de sonradan soybağını ret hakkını etkisizleştirebileceği, zira bu ihtimalde hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırılığın

⁸⁰ SAYMEN/ELBİR, s. 313; FEYZİOĞLU/ÖZAKMAN/SARIAL, s. 440.

⁸¹ KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 217; TEKİNAY, Aile, s. 427; GENÇCAN, s. 20.

⁸² AKINTÜRK/ATEŞ, s. 343: Yazarlar eski MK’da yer alan hükmün TMK’da düzenlenmediği ve soybağının reddi davası açılmasını önleyici bir hüküm bulunmadığından, çocuğun benimsenmiş olmasının kocanın soybağının reddi davası açmasına engel olmayacağını ifade etmektedirler.; ayrıca bkz. GENÇCAN, s. 25; ÖZ, s. 326; PAKSOY, s. 367.

⁸³ Bu yönde bkz. SEROZAN, Çocuk Hukuku, s. 195; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, N 1397; dolaylı olarak aynı yönde bkz. ÖZTAN, s. 889.

⁸⁴ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, N 1402; BAYGIN, Soybağı, s. 41; zina davası açısından bu yönde bkz. GENÇCAN, s. 22. Bu hallerde esasen davanın açılmasının davacının kusurundan kaynaklanmaması şartının gerçekleşmemiş olduğu yönünde bkz. ACABEY, s. 152.

⁸⁵ Esasen Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Yönetmeliği (RG. 30.9.2014/29135) uyarınca heterolog yapay dölleme mümkün değildir. Zira Yönetmelik’in 4/ğ maddesinde üremeye yardımcı tedavinin; anne adayının yumurtası ile kocanın sperminin çeşitli yöntemlerle döllemeye daha elverişli hale getirilerek, gerektiğinde vücut dışında döllemesini sağlayıp, gametlerin veya embriyonun anne adayına transferini kapsayan ve modern tıpta bir tıbbi tedavi yöntemi olarak kabul edilen uygulamaları ifade ettiği belirtilmiştir. Bununla birlikte uygulamada bu düzenlemeye aykırı şekilde, kadının kocasından başka bir erkeğin spermi ile yapay dölleme yoluyla hamile kalması söz konusu olabilir.

(TMK m.2 II) söz konusu olduğu kabul edilmektedir⁸⁶. Nitekim İsv. MK m.256/3 hükmünde kocanın, döllemenin üçüncü bir kişi tarafından gerçekleştirilmesine rıza göstermesi halinde soybağının reddini dava edemeyeceği açıkça düzenlenmiştir⁸⁷. Keza Alman Medeni Kanunu (BGB) §1600(4)'de de üçüncü bir kişi tarafından sperm bağı yoluyla yapay döllemeye olurlu veren erkeğin, soybağının red hakkının bulunmadığı ifade edilmiştir. Buna karşılık, evli çiftlerin homolog yapay dölleme için başvurularına ve heterolog dölleme için rıza göstermemiş olmalarına rağmen, heterolog dölleme gerçekleştirildiyse bu ihtimalde kocanın soybağının reddi davası açması mümkün olacaktır⁸⁸. Diğer yandan, heterolog yapay döllemeye rıza gösterilmesi halinde soybağının red hakkı sadece koca açısından söz konusu değildir. Genetik kökenini öğrenmesi ve genetik babasına bağlanması açısından ise belirtilen ihtimalde çocuğa soybağının red hakkının tanınması gereklidir⁸⁹.

Davacının yasal düzenlemeler hakkında bilgi eksikliğinin bulunması da haklı sebeple hak düşürücü sürenin uzamasına imkân vermez⁹⁰.

⁸⁶ SEROZAN, Çocuk Hukuku, 183-184, s. 195; AKINTÜRK/ATEŞ, s. 345; ACABEY, s. 195; BAYGIN, Kan Bağı, 261; ŞIPKA/GENÇ ARIDEMİR, s. 156; EROL, Yasemin: Yapay Dölleme Yöntemleri ve Taşiyıcı Annelik, Ankara 2012, s. 166; BAYSAL, s. 520, dn. 94; üçüncü kişinin sperm ile yapay döllemenin gerçekleştirilmesi halinde soybağının red hakkının üçüncü kişinin sperminden kocanın rızası alınmadan kullanılmış olması şartıyla söz konusu olabileceğini belirterek aynı yönde bkz. ÖZTAN, s. 877; heterolog yapay döllemeye rıza veren kocanın soybağının reddi davası açmasının dürüstlük kuralına aykırılık teşkil ettiği yönündeki görüş için bkz. KILIÇOĞLU, s. 415; aynı yönde bkz. ÖZDEMİR, Hayrunnisa: “Yapay Dölleme ve Soybağı”, Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan, İstanbul 2013, s. 895; ERDEM/MAKARACI BAŞAK, s. 340; NOMER, s. 584-586; gerekçesini belirtmemekle birlikte babaya soybağının reddi davası açma hakkı tanınmaması gerektiği yönündeki görüş için bkz. OKTAY ÖZDEMİR, Saibe/TEK, Gülen Sinem: “Türk Hukukunda Tıp Bilimindeki Gelişmelerin Soybağına Etkileri”, Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan, İstanbul, 2013, s. 916; farklı gerekçelerle aynı yönde bkz. TURGUT, s. 46; krş. KIRKBEŞOĞLU, Nagehan: Soybağı Alanında Biyoetik ve Hukuk Sorunları, İstanbul 2006, s. 66; Yazar, başka bir erkeğe ait spermle döllemeye izin vermiş olan kocanın, çocuk ergin oluncaya kadar ona nafaka ödemekle yükümlü olması, ancak bu rızanın kişilik işlemi olan soybağının ret davası açma hakkını ortadan kaldırmaması gerektiğini ifade etmektedir.

Homolog döllemede sperm kokteylinin söz konusu olması ve sperm kokteylinin içinde kocanın sperminden bulunması halinde, sperm kokteylinde başkalarına ait sperm kullanılmasına izin veren kocanın yine de çocuğun soybağının reddedebileceği, zira kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olan soybağının red hakkından önceden feragatin geçerli olmayacağı yönünde krş. ÖZDEMİR, s. 885.

⁸⁷ Bu hüküm, hakkın kötüye kullanılmasına ilişkin genel yasağın (İsv.MK 2 II/TMK m.2 II) bir uygulamasıdır. Bkz. SCHWENZER/COTTIER, Art. 256, N 12.

⁸⁸ SEROZAN, Çocuk Hukuku, s. 183; OKTAY ÖZDEMİR/TEK, s. 917; ÖZDEMİR, s. 895; heterolog yapay döllemenin kocanın izni olmadan gerçekleştirilmesi halinde dürüstlük kuralına başvurulmasının daha zor olduğu yönündeki görüş için bkz. ERDEM/MAKARACI BAŞAK, s. 340; bu halde kocanın soybağının reddedemeyeceği, yapay dölleme yoluna rıza gösteren kocanın, arzu edilmeyen sonuçlara da katlanmak durumunda olduğu yönünde krş. NOMER, s. 590.

⁸⁹ BAYGIN, Kan Bağı, s. 262; OKTAY ÖZDEMİR/TEK, s. 917; TOSUN/BAŞ, s. 105; Benzer şekilde, kocanın çocuğu benimsemiş olmasının çocuğun dava hakkını kaldırmayacağı yönündeki görüş için bkz. ÖZTAN, s. 889; SEROZAN, Çocuk Hukuku, s. 185, 189; Yazar, bu ihtimalde dava hakkının sadece çocuğa tanınacağını, çocuğun altsoyunun ise dava hakkı olmadığını ifade etmektedir. İsv.MK m.256 III hükmünde de döllemenin üçüncü bir kişi tarafından gerçekleştirilmesine rıza gösteren kocanın dava hakkı olmadığını belirttikten sonra, hükmün ikinci cümlesinde çocuğun dava hakkının bulunduğu belirtilmiştir. Bkz. SCHWENZER/COTTIER, Art. 256, N 14.

⁹⁰ SCHWENZER/COTTIER, Art. 256c, N 6; TUOR/SCHNYDER/JUNGO, §40 N19; Yazarlar, hukuki bilgi eksikliğinin haklı sebep olarak kabul edilmesinin, babalığın tanınmasında süre sınırı belirlenmesi, diğer ifadeyle hukuk güvenliğinin sağlanması amacına aykırı olacağını belirtmektedirler.

Haklı sebebin söz konusu olmayacağı bir başka hal de şudur: Koca ya da çocuk, kendisine vaat edilen maddi çıkar beklentisi ile soybağının reddi davası açmayıp bu beklentisinin gerçekleşmeyeceğini anladığında davayı açmışsa bu durum da haklı sebep kapsamında değerlendirilmemektedir⁹¹.

Haklı sebep söz konusu olmamasına rağmen, Yargıtay kararlarında karışıklığa sebebiyet verilmiş bir diğer durum da şudur: TMK m.289'da kocanın açacağı soybağının reddi davası açısından dava süresinin doğumun ve baba olmadığının veya ananın gebe kaldığı sırada başka bir erkek ile cinsel ilişkide bulunduğu öğrenilmesi ile başlayacağı kabul edildiğinden, çocuğun soybağından şüphe duyulmadığı ya da kocanın çocuk yapma yeteneğine sahip olmadığının sonradan ortaya çıkması durumlarında zaten dava açma süresi henüz işlemeye başlamamıştır. Bu nedenle belirtilen hallerde, sürenin haklı sebep uzaması da söz konusu olmayacaktır⁹². Koca için hak düşürücü sürenin işlemeye başlaması baba olmadığını öğrenme anı ile başlayacaktır, o halde baba olmadığını geç öğrenme koca için sürenin uzamasını sağlayan bir haklı sebep değildir, zira bu halde öğrenme olgusu henüz gerçekleşmediğinden süre işlemeye başlamamıştır. Dolayısıyla aşağıda yer alan kararda ifade edildiğinin aksine, davacı kocanın gecikmesine dayanak olarak gösterdiği haklı sebebi ispat etmesi gerekmeyip kendisinin çocuğu olamayacağını sonradan tıbbi belge ile öğrenmiş olduğunu ispat etmesi yeterlidir:

“...davacı Türk Medeni Kanunu'nun 289/son maddesi uyarınca bu davayı açmakta gecikmesinin haklı sebebe dayandığını, kendisinin çocuğu olamayacağını tıbbi belge ile öğrenmesi üzerine bu davayı açtığını beyan etmesine göre, mahkemeye davacının bu iddiasını kanıtlayacak delillerini sunması için kendisine önel verilmeden taraf teşkili de sağlanmadan eksik hasım ve eksik araştırma ile davanın reddi usul ve yasaya aykırıdır...”⁹³

Çocuğun, annesinin kocasının babası olmadığını geç öğrenmesi ise bir haklı sebep teşkil edebilir⁹⁴. Nitekim yargı kararlarında da çocuğun açacağı dava açısından bu hususun bir haklı sebep teşkil edeceği kabul edilmektedir:

“...Davacı 13.2.1960 doğumlu olup, F.B.ile eşi A.B.'nin evlilikleri içinde dünyaya gelmiş, 20.2.1960 tarihinde nüfusa tescil edilmiştir... Davacı, babasının F. B. olmadığını, 2009 yılı yaz aylarında kardeşiyle miras meselesinden dolayı aralarında çıkan tartışma sırasında öğrendiğini, öncesinde

⁹¹ ÖZ, s. 335.

⁹² DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, N 1401, dn.77.

⁹³ Yarg. 2. HD, 27.12.2012, E: 2011/21450, K: 2012/31827 (Kazancı İçtihat Bankası).

⁹⁴ Baba olmadığını geç öğrenmenin kocanın açacağı davada haklı sebep teşkil etmeyeceği, normal sürenin öğrenmeden itibaren başlayacağı, ancak çocuk açısından kocanın, babası olmadığını geç öğrenmesinin bir haklı sebep teşkil edeceği yönündeki görüş için bkz. ÖZ, s. 333.

bu konuda kendisine ne anasının ne de babasının herhangi bir şey söylemediğini, çocukluğu hariç yaşamının büyük bir dönemini köyü dışında inşaatlarda işçilik yaparak sürdürdüğünü için durumu ilk defa kardeşinin söylemesiyle öğrendiğini ileri sürmüştür. Davalılardan M.davacının bu iddiasının doğrulamış, diğer davalılar da aksi yönde bir beyanda bulunmamışlardır. Bu durumun davacıdan uzun yıllar “gizlenmiş” olması, davacı bakımından gecikmeyi haklı kılan bir sebep oluşturur. Bu bakımdan 11.11.2009 tarihinde açılan davada hak düşürücü sürenin geçmediği kabul edilmiştir...”⁹⁵

Yukarıda da ifade edildiği gibi, Yargıtay kararlarında ve öğretide davacı kocanın çocuğun kendisinden olmadığı yönünde sadece şüphe duymasının hak düşürücü sürenin işlemeye başlaması için yeterli olmadığı kabul edilmektedir. Ancak bazı Yargıtay kararlarında davacının şüphe duymasının “bilme” kabul edilerek hak düşürücü sürenin başlatılmasının doğru olmadığı ifade edilmekle birlikte, aynı zamanda davacının gecikmesinin haklı bir nedene dayandığının kabulü gerektiğinden de bahsedilmektedir ki esasen bu halde hak düşürücü süre henüz işlemeye başlamadığı için gecikmenin haklı sebebe dayanıp dayanmadığının da tartışılması isabetli değildir:

“Dosyanın içeriğine, tarafların beyanı, tanıkların ifadeleri, davacı kocanın, doğumu ve baba olmadığını veya ananın gebe kaldığı sırada başka bir erkek ile cinsel ilişkide bulunduğunu öğrendiği tarihten itibaren 1 yıllık hak düşürücü süreyi geçirdiğinin kanutlanamamasına, davacının şüphe duygusunun bilme kabul edilerek 1 yıllık hak düşürücü sürenin başlatılmasının doğru olmadığı, bu açıklamaya göre davacının gecikmesinin haklı bir nedene dayandığının kabulü gerekir...”⁹⁶

III. Haklı Sebebin Bulunması Halinde Uzama Süresi

Soybağının reddi davasında dava açma süresi olan bir yıllık hak düşürücü süre geçmiş olmasına rağmen, gecikmenin haklı bir sebebe dayanması halinde bir yıllık sürenin⁹⁷ bu sebebin ortadan kalkmasından itibaren işlemeye

⁹⁵ Yarg. 2. HD, 24.12.2012, E: 2011/22344, K: 2012/31297 (Kazancı İçtihat Bankası); aynı yönde bkz. Yarg. 2. HD, 10.9.2012, E: 2011/11202, K: 2012/20613 (Kazancı İçtihat Bankası).

⁹⁶ Yarg. 8. HD, 23.3.2017, 1229/4257 (Kazancı İçtihat Bankası).

⁹⁷ TMK m.289 I'de yer alan “...her halde doğumdan başlayarak beş yıl...” ibaresi Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmeden önce, gecikmenin haklı sebebe dayanması halinde sadece bir yıllık nispi sürenin değil, beş yıllık

başlayacağı kabul edilmiştir (TMK m.289 III). Öğretide ise gecikmenin haklı sebebe dayanması halinde davanın açılacağı sürenin bir yıl olarak düzenlenmiş olması eleştirilmektedir. Hak düşürücü sürenin haklı sebep nedeniyle kaçırılması halinde dava açma imkânının doğmasından itibaren uygun bir süre içerisinde dava açılmasının kabul edilmesinin daha isabetli bir düzenleme olacağı ifade edildiği gibi⁹⁸, davanın açılacağı sürenin tanınmanın iptali, babalık davası ve sonradan evlenmeyle kurulan soybağının reddi davasında olduğu gibi bir ay olması gerektiği de ileri sürülmektedir⁹⁹. Gecikmenin haklı sebebe dayanması durumunda soybağının reddi davası açısından bir yıllık sürenin bu sebebin ortadan kalktığı tarihte işlemeye başlaması da öğretide eleştirilmektedir. Zira haklı sebep söz konusu ise, davacının İsviçre Hukukunda olduğu gibi hal ve şartlara göre mümkün olan en kısa sürede dava açması zorunlu olmayıp haklı sebebin ortadan kalkmasından sonra bir yıl dolana kadar dava açılabilir, meğerki bu durum hakkın kötüye kullanılması teşkil etsin¹⁰⁰.

Öğretide eleştirilen bir başka husus ise gecikmenin haklı sebebe dayanması halinde, soybağının reddi davası ve diğer davalar açısından tanınan ek sürenin farklı olmasıdır. Zira tanınmanın iptali ve sonradan evlenme yoluyla soybağının kurulmasına itiraz davalarında ise gecikmenin haklı sebebe dayanması halinde dava açmak için sebebin ortadan kalkmasından itibaren bir aylık ek süre tanınmıştır (TMK m.294 III, 300 IV). Soybağının reddi davasında bir yıllık ek süre verilirken, diğer soybağı davalarında bir aylık ek süre öngörülmesinin tutarsız olduğu¹⁰¹ ve hükümler arasındaki uyumu bozduğu, bu farklılığın yaratılmasının gerekçesinin anlaşılmadığı öğretide ifade edilmektedir¹⁰². Bu uyumsuzluğun kanun boşluğunun doldurulması yoluyla giderilmesi gerektiği¹⁰³ ve soybağının reddi davasında da davacıya tanınacak ek sürenin bir ay olarak düzenlenmesi suretiyle giderilmesi gerektiği öğretide savunulmaktadır¹⁰⁴.

mutlak sürenin de uzadığının kabul edilmesi gerektiği, aynı hakla ilgili olarak dava süresinin biri için istisna öngördüğü, diğeri için istisna öngörmediğinin kabul edilmesinin kanun koyucunun iradesinin çelişkili olacağı sonucunu doğuracağı ve bunun da kabul edilemeyeceği, bu konuda kanunda bir boşluk bulunduğundan, hükümün yorumundan istisnanın beş yıllık süreyi de kapsadığının anlaşılması gerektiği öğretide çoğunluk görüşü tarafından kabul edilmekteydi. Bu yönde bkz. ANTALYA, s. 1011-1012; ACABEY, s. 151-152; SEROZAN, Soybağı, s. 762; bu yöndeki yargı kararları için bkz. Yarg. HGK, 22.12.2004, 2-554/742 (Kazancı İçtihat Bankası); krş. MAKARACI, s. 283. İsviçre Hukukunda ise soybağının reddi davası açısından beş yıllık üst süre halen mevcut olup haklı sebep halinde uzamanın beş yıllık süre açısından da uygulanacağı kabul edilmektedir. Bu yönde bkz. TUOR/SCHNYDER/JUNGO, §40 N20; SCHWENZER/COTTIER, Art. 256c, N 6; REICH, Art. 256c, N 4; BÜCHLER, s. 467.

⁹⁸ Bu yöndeki görüş için bkz. HATEMİ, N 681.

⁹⁹ Bu yöndeki görüş için bkz. BAYGIN, Soybağı, s. 41.

¹⁰⁰ ACABEY, s. 152.

¹⁰¹ BAYGIN, Soybağı, s. 41, 83; SEROZAN, Çocuk Hukuku, s. 194, 203, 210, 218; AKBIYIK, s. 215.

¹⁰² SEROZAN, Anayasa Mahkemesi, s. 159: Yazar, soybağının reddi davasında bir yıl olan bu ek sürenin babalık davasında bir aya indirilmiş olmasının bilinçli bir hukuk politikası tercihinin ürünü olmayacağını, aksine dikkatsizlik ürünü olabileceğini ifade etmektedir.

¹⁰³ SEROZAN, Çocuk Hukuku, s. 194; aynı yazar, Soybağı, s. 762.

¹⁰⁴ BAYGIN, Soybağı, s. 41; SEROZAN, Çocuk Hukuku, s. 194; ŞIPKA/GENÇ ARIDEMİR, s. 166.

Yukarıda da belirtildiği üzere, eski Medeni Kanun'da (EMK m.246) da çocuğun babası olduğu konusunda aldatılan ve bu nedenle çocuğu benimseyen veya süresi içinde dava açamayan kocanın aldatılmayı öğrendiği tarihten itibaren bir ay içinde soybağını reddedebileceği kabul edilmişti. Eski düzenlemede dava açma süresi geçmiş olmasına rağmen dava açılmasını mümkün kılan bir diğer durum da haklı bir nedenle davanın süresinde açılmamış olmasıydı. Haklı bir neden sebebiyle dava açılmadığı durumlarda, haklı nedenin ortadan kalkmasından sonra gecikmeksizin dava açılması gerektiği öğretide çoğunluk görüşü tarafından kabul ediliyordu¹⁰⁵. Aldatılmadan farklı olarak kanun hükmünde davacıya bir aylık süre tanınmamıştı.

İsviçre Medeni Kanunu'nda da gecikmenin önemli sebeplerle mazur görülebildiği hallerde, sürenin sona ermesinden sonra da soybağının reddine imkan verilmiştir (İsv.MK 256c III), ancak söz konusu hükümde bir yıllık ek süre öngörülmediği gibi hangi süre içinde dava açılabileceğine ilişkin bir düzenleme de getirilmemiştir. Öğretide ise önemli sebeplerle sürenin kaçırılmasının mazur görülebildiği hallerde yeni bir süre verilmesinin söz konusu olmadığı ve davanın somut olayın koşullarına göre mümkün olan en kısa süre içerisinde açılması gerektiği kabul edilmektedir¹⁰⁶. Buna göre söz konusu önemli sebebin ortadan kalkmasından sonra hal ve şartlara göre mümkün olan en kısa sürede davanın açılıp açılmadığını hâkim belirleyecek ve makul sürede açılmamışsa davayı reddedecektir.

Kanaatimce Türk Hukuku açısından da gecikmenin haklı sebebe dayanması halinde soybağı reddi davası ve diğer soybağı davalarında farklı sürelerin kabul edilmesi isabetli değildir. Çocuk ve babası arasında mevcut soybağının sona erdirmeye yönelik tanınmanın iptali ve sonradan evlenmeyle kurulan soybağına itiraz davaları ve soybağının reddi davası arasında menfaatler durumunun aynı olduğu düşünüldüğünde, bu davalar açısından haklı sebeple süresinde dava açılmaması halinde farklı sürelerin kabul edilmiş olmasının haklı bir gerekçesi bulunmamaktadır. Diğer yandan, çocuk ve babası arasında soybağının kurmaya yönelik babalık davası açısından gecikmeyi

¹⁰⁵ KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 218; FEYZİOĞLU/ÖZAKMAN/SARIAL, s. 442; ÖZSUNAY, Ergun: "MK. 296'daki Bir Yıllık Dava Süresinin Geçirilmesine Rağmen Babalık Davasının İstisnaen Açılabileceği Durumlar", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Yıl: 1963, Cilt: 29, S: 1-2, s. 229; GENÇCAN, s. 23: Yazar, derhal kavramına da açıklık getirerek, örneğin şehir merkezinde yaşayan ve mahkemeye ulaşması veya bir avukata vekalet vermesi her an mümkün olan bir kocanın, haklı neden ortadan kalktıktan on gün sonra dava açması halinde davasının reddedilmesi gerektiğini ifade etmektedir.; krş. TEKİNAY, Aile, s. 431: Yazar, haklı sebebin dava süresinin işlemesine engel olduğu ve bu nedenle hak düşürücü sürenin haklı sebep ortadan kalkar kalkmaz işlemeye başlaması gerektiği, söz konusu çoğunluk görüşü kabul edildiği takdirde haklı sebep ortadan kalkar kalkmaz davacının derhal dava açmış sayılması için ne kadar süre içerisinde harekete geçmesi gerektiğinin belirsiz olduğunu ve bu nedenle haklı sebep ortadan kalkmaz hak düşürücü sürenin işlemeye başlayacağını kabul etmekteydi.

¹⁰⁶ TUOR/SCHNYDER/JUNGO, §40 N 20.

haklı kılan sebebin varlığı halinde, bu sebebin ortadan kalkmasından başlayarak bir aylık süre tanınmışken (TMK m.300 III), çocuk ve mevcut babası arasındaki soybağının ortadan kaldırılacak soybağının reddi davasında haklı sebeple hak düşürücü sürenin kaçırılması durumunda sürenin bir yıl olarak kabul edilmiş olması da isabetli değildir. Zira babalık davasında çocuk genetik babasına bağlanırken, mevcut olan soybağının ortadan kaldırılmasını amaçlayan soybağının reddi davasında ise çocuğun soybağı boşaltılıp çocuk babasız konuma gelmektedir¹⁰⁷.

Sonuç olarak, Türk Hukuku açısından da İsviçre Hukukunda olduğu gibi gecikmeyi haklı kılan sebep varsa bu sebep ortadan kalktıktan sonra hal ve şartlara göre mümkün olan en kısa süre içerisinde dava açılması gerektiğinin kabul edilmesi ve kanunda bu yönde değişiklik yapılması daha isabetli olacaktır¹⁰⁸. Bu süreyi elbette somut olayın şartlarına göre hâkim belirleyecektir. Buna karşılık, mutlaka bir süre belirlenecek ise, haklı bir sebeple süresi içerisinde dava açılmadığı hallerde, bu sebebin ortadan kalktığı andan itibaren işleyecek olan sürenin, menfaatler durumunun aynı olduğu soybağı davalarında yeknesak bir süre olarak belirlenmesi gereklidir¹⁰⁹.

Sonuç

Çocuk ile babası arasında soybağının ortadan kaldırılması sonucunu doğuran soybağının reddi davası açma hakkı kural olarak koca ve çocuğa aittir. Kanunda belirtilen bazı şartların gerçekleşmesi halinde kapsamı sınırlı olan ilgililere de dava açma imkânı tanınmıştır. Kocanın açacağı dava, çocuğun doğumunu ve baba olmadığını ya da ananın gebe kaldığı sırada başka bir erkekle cinsel ilişkide bulunduğunu öğrendiği tarihten itibaren işlemeye başlayan bir yıllık hak düşürücü süreye tabidir. Çocuk ise ergin olduğu tarihten itibaren bir yıllık hak düşürücü süre içinde davayı açmalıdır. Dava açma süresinin geçmesinden önce kocanın ölmesi veya gaipliğine karar verilmesi ya da sürekli olarak ayırt etme gücünü kaybetmesi hâllerinde ise kanunda sayılan ilgililer, doğumu ve kocanın ölümünü, sürekli olarak ayırt etme gücünü kaybettiğini veya hakkında gaiplik kararı alındığını öğrenmelerinden başlayarak bir yıl içinde soybağının reddi davasını açabilirler.

¹⁰⁷ SEROZAN, Anayasa Mahkemesi, s. 157.

¹⁰⁸ Soybağının reddi davası açısından gecikmenin haklı sebebe dayanması halinde sebebin ortadan kalkmasından sonra kısa süre içinde dava açmayıp bir yıllık sürenin sonuna kadar beklenilmesinin isabetli olmadığı yönündeki görüş için bkz. BAYGIN, Soybağı, s. 42; ACABEY, s. 152.

¹⁰⁹ Haklı sebeple hak düşürücü sürenin kaçırılması halinde soybağının reddi davası ile tanınmanın iptali ve babalık davalarında kanunda farklı süre öngörülmesi olmasının tutarsız düzenlemeler olduğu, bu tür tutarsız düzenlemelerin gerçek olmayan boşluk kavramının kapsamında kabul edildiği, ancak günümüzde gerçek olmayan boşluk ve örtülü boşluk arasında artık bir ayırım gözetilmediği konusundaki görüş için bkz. SEROZAN, Rona: Medeni Hukuk, Genel Bölüm/Kişiler Hukuku, İstanbul 2018, I §5 N 49.

Soybağının reddi davasının açılabilceği hak düşürücü süreler geçtikten sonra gecikmenin haklı sebebe dayanması halinde dava açma süresinin uzaması söz konusu olur. Soybağının reddi davasında dava süresinin uzamasını sağlayan haklı sebepler objektif engellerden kaynaklanabileceği gibi, sübjektif engellerden de kaynaklanabilir; hâkim, hak düşürücü sürenin uzaması sonucunu doğuran haklı sebepleri her somut olayın şartlarına göre değerlendirilir.

Gecikmenin haklı sebebe dayanması halinde, soybağının reddi davası ve diğer soybağı davaları açısından tanınan ek süre ise farklı olup soybağının sona erdirmeye yönelik olan soybağı davaları arasında menfaatler durumunun aynı olduğu düşünöldüğünde, haklı sebeple süresinde dava açılmaması halinde farklı sürelerin kabul edilmiş olmasının haklı bir gerekçesi bulunmamaktadır. Bu nedenle Türk Hukuku açısından İsviçre Hukukunda olduğu gibi gecikmeyi haklı kılan sebep varsa bu sebebin ortadan kalkmasından itibaren hal ve şartlara göre mümkün olan en kısa süre içerisinde soybağının reddi davasının açılması gerektiğinin kabul edilmesi daha isabetlidir. Diğer yandan, mutlaka bir süre belirlenecek ise, haklı bir sebeple süresi içerisinde dava açılmadığı hallerde, bu sebebin ortadan kalktığı andan itibaren işleyecek olan sürenin, menfaatler durumunun aynı olduğu soybağı davalarında yeknesak bir süre olarak belirlenmesi gereklidir.

Kaynakça

[1] ACABEY, Mehmet Beşir: Soybağı-Kurulması, Genel Olarak Sonuçları, Özellikle Evlilik Dışı Doğan Çocukların Mirasçılığı-, İzmir 2002.

[2] AKBİYİK, Cem: “Anayasa Mahkemesinin Soybağı Hukuku Alanındaki Kararlarının Toplu Bir Değerlendirilmesi”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2012/1, s. 203-224.

[3] AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ, Derya; Türk Medenî Hukuku, İkinci Cilt, Aile Hukuku, 23. Baskı, İstanbul 2021.

[4] AKSOY DURSUN, Sanem: “Soybağı Davalarındaki Hak Düşürücü Sürelere İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararlarının Değerlendirilmesi”, İstanbul Hukuk Mecmuası, 76/2, 2018, s. 393-416. (Hak Düşürücü Süre)

[5] AKYÜZ, Emine: Çocuk Hukuku, Güncelleştirilmiş 6. Baskı, Ankara 2018.

[6] ANTALYA, Gökhan: “Soybağının Reddine İlişkin Dava Sürelerinin

Haklı Sebep Uzası”, Legal Hukuk Dergisi, C: 3, S: 27, 2005, s. 1009-1013.

[7] AYDIN ÜNVER, Tülay/DURSUN KARAAHMETOĞLU, Şeyda. “Ana ile Kurulan Soybağının Reddi”, Toplumsal Cinsiyet ve Hukuk, Cilt 1, Ed. Zeynep Özlem Üskül Engin, İstanbul 2019, s. 299-332.

[8] BAYGIN, Cem: Soybağı Hukuku, İstanbul 2010. (Soybağı)

[9] BAYGIN, Cem: “Kan Bağına Dayanan Soybağı”, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, 2002, C: VI, S: 1-4, s. 255-284. (Kan Bağı)

[10] BAYSAL, Başak: “Çocuğun Kökenini Öğrenme Hakkı”, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, Cilt I, İstanbul 2010, s. 493-533.

[11] BÜCHLER, Andrea: “Das Abstammungsrecht in rechtsvergleichender Sicht”, FamPra.ch 2005, S: 437, s.437-470.

[12] DEMİRBAŞ, Feride: “Baba ile Çocuk Arasındaki Soybağına İlişkin Davalarda Davacı Olabilecek Kişiler”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: XXII, S: 3, 2018, s. 3-36.

[13] DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan/GÜMÜŞ, Mustafa Alper: Türk Özel Hukuku Cilt III, Aile Hukuku, İstanbul 2021.

[14] DURAL, Mustafa/AYAR, Ahmet: “Anayasa Mahkemesi’nin MK m.289’a İlişkin E: 2008/30, K: 2009/96 Sayılı Kararının İrdelenmesi”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı: Prof. Dr. Erhan Adal’a Armağan, 2012, s. 57-62.

[15] ERDEM Mehmet/MAKARACI BAŞAK, Aslı: Aile Hukuku, Ankara 2022.

[16] EROL, Yasemin: Yapay Dölllenme Yöntemleri ve Taşıyıcı Annelik, Ankara 2012.

[17] FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin/ÖZAKMAN, H. Cumhur/SARIAL, M. Enis: Aile Hukuku, Yeniden gözden geçirilmiş, genişletilmiş 3. Baskı, İstanbul 1986.

[18] GENÇCAN, Ömer Uğur: “Soybağının Reddi Davalarında Dava

Süresi”, Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, S: 114, 2002, s. 19-27.

[19] GÜMÜŞ, Mustafa Alper: “Koca, Çocuk ve Ergin Olmayan Çocuğa Atanan Kayyım Dışındaki ‘Diğer İlgililer’ [Kocanın Ana ve Babası ile Altsoyunun, Baba Olduğunu İddia Eden Kişinin, Annenin (!)] Soybağının Reddi Davasını Açma Hakkı (TMK m.291/1, III)”, Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan, İstanbul 2013, s. 568-578.

[20] HATEMİ, Hüseyin: Aile Hukuku, 9. Bası, İstanbul 2021.

[21] HAUSHEER, Heinz/GEISER, Thomas/AEBI-MÜLLER, Regina E.: Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bern, Stämpfli Verlag AG, 2010.

[22] KILIÇOĞLU, Ahmet M.; Aile Hukuku, Gözden Geçirilmiş-Güncelleştirilmiş 6. Bası, Ankara 2022.

[23] KIRKBEŞOĞLU, Nagehan: Soybağı Alanında Biyoetik ve Hukuk Sorunları, İstanbul 2006.

[24] KÖPRÜLÜ, Bülent/KANETİ, Selim: Aile Hukuku, Gözden Geçirilmiş 2. Bası, İstanbul 1989.

[25] MAKARACI, Aslı: “Soybağının Reddi Davasında Yer Alan Hak Düşürücü Sürenin İptaline İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararının İncelenmesi”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, S: 69-70, Mayıs Haziran 2010, s. 267-284.

[26] NOMER, Hâluk Nami: “Sunî Dölllenme Dolayısıyla Ortaya Çıkabilecek Nesep Problemleri”, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 545-594.

[27] OKTAY ÖZDEMİR, Saibe/TEK, Gülen Sinem: “Türk Hukukunda Tıp Bilimindeki Gelişmelerin Soybağına Etkileri”, Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan, İstanbul 2013, s. 909-931.

[28] ÖĞÜZ, Tufan: “Türk Medeni Kanunu’nun Soybağına İlişkin Hükümleri Hakkında Değerlendirme”, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, Cilt II, İstanbul 2010, s. 1415-1424.

[29] ÖĞÜZ, Tufan: “Anayasa Mahkemesinin Türk Medeni Kanunu’nun Soybağına İlişkin İptal Kararlarının Değerlendirilmesi”, Anayasa Mahkemesinin Medeni Hukuka İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi

Sempozyumu (21 Mayıs 2012), İstanbul, 2013, s. 201-210.

[30] ÖĞÜZ, Tufan: “1926’dan Günümüze Medeni Kanunumuzun Soybağı Düzenlemeleri”, Medeni Kanun’un ve Borçlar Kanunu’nun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu, 1926’dan Günümüzde Türk-İsviçre Medeni Hukuku (17-18-19-20 Şubat 2016), I. Cild, Ankara 2017, s.329-332.

[31] ÖKTEM ÇEVİK, Seda: “Çocuğun Anne ve/veya Babası Haricindeki Kişilerin Nüfus Siciline Kaydedilmesinden Doğan Sorunların Değerlendirilmesi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Yıl: 2016, C: 22, S: 3 (Özel Sayı, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, II. Cilt), s. 2105-2130.

[32] ÖZ, Turgut: “Soybağı Reddi Davasında İspat ve Süreler”, Medeni Hukuk Alanındaki Güncel Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumları, Cilt II: Aile Hukuku, Ed. Baki İlkay Engin, İstanbul 2019, s. 319-345.

[33] ÖZDAMAR, Demet: Türk Hukukunda Özellikle Türk Medenî Kanunu Hükümleri Karşısında Kadının Hukukî Durumu, Ankara 2002.

[34] ÖZDEMİR, Hayrunnisa/RUHİ, Ahmet Cemal: Çocuk Hukuku ve Çocuk Hakları, İstanbul 2016.

[35] ÖZDEMİR, Hayrunnisa: “Yapay Döllenme ve Soybağı”, Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan, İstanbul 2013, s. 875-908.

[36] ÖZSUNAY, Ergun: “MK. 296’daki Bir Yıllık Dava Süresinin Geçirilmesine Rağmen Babalık Davasının İstisnaen Açılabileceği Durumlar”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Yıl: 1963, Cilt: 29, S: 1-2, s. 218-239.

[37] ÖZTAN, Bilge: Aile Hukuku, 6. Bası, Ankara 2015.

[38] PAKSOY, Gülnihal: “Soybağının Reddi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2011 (97), s. 353-376.

[39] REICH, Johannes: CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen-und Familienrecht- Patnerschaftsgesetz, Art. 1-456 ZGB-PartG, 3. Auflage, 2016.

[40] SAYMEN, Ferit H./ELBİR Halid K.: Türk Medenî Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku, İkinci Baskı, İstanbul 1960.

[41] SCHWENZER, Ingeborg/COTTIER, Michelle: Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB, 5. Auflage, Basel 2014.

[42] SCHWENZER, Ingeborg/KELLER, Tomie: “Recent Developments in Swiss Family Law”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni (MHB), 2015, C: 35, S. 1, s. 1-28.

[43] SEROZAN, Rona; Çocuk Hukuku, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2005. (Çocuk Hukuku)

[44] SEROZAN, Rona: Medeni Hukuk, Genel Bölüm/Kişiler Hukuku, İstanbul 2018.

[45] SEROZAN, Rona: “Yeni Medeni Kanun’un Çocuklara (Soybağı Hukukuna ve Çocuk Haklarına) İlişkin Düzenlemesi”, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp’e Armağan, Cilt II, İstanbul 2003, s. 499-516. (Çocuk Hakları)

[46] SEROZAN, Rona: Soybağı Hukuku Üzerine Çeşitlemeler, Prof. Dr. Bilge Öztan’a Armağan, Ankara 2008, s. 759-777. (Soybağı)

[47] SEROZAN, Rona: “Anayasa Mahkemesi’nin Yeni Medeni Kanun Kurallarına İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi”, Anayasa Mahkemesinin Medeni Hukuka İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumu (21 Mayıs 2012), İstanbul 2013, s. 137-165. (Anayasa Mahkemesi)

[48] ŞIPKA, Şükran/GENÇ ARIDEMİR, Arzu: “4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu’na Göre Soybağının Kurulması ve Hükümleri”; Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2003/1, İstanbul, s. 149-185.

[49] TEKİNAY, Selâhattin Sulhi: Türk Aile Hukuku, Yedinci Baskı, İstanbul 1990. (Aile)

[50] TEKİNAY, Selâhattin Sulhi: “Anaya Kocanın Nesebini Red Hakkı Tanınmalı mıdır?” Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, Y: 11, S: 14, 1977, s. 1-5.

[51] TOSUN, Yalçın/BAŞ, Ece: “Soybağının Reddi Davasında ve Babalık Davasında Sürelere İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararlarının Değerlendirilmesi”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 9, S: 123-124, 2014, s. 99-117.

[52] TUOR, Peter/SCHNYDER, Bernhard/SCHMID, Jörg/JUNGO,

Alexandra: Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 14. Auflage, 2015.

[53] TURAN BAŞARA, Gamze: “Ana ile Evlilik Dışında Doğan Çocuk Arasındaki İlişkiyi Düzenleyen Türk Medeni Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi 2017 (131), s. 211-238.

[54] TURGUT, Cemile: Yapay Döllenme, Taşyıcı Annelik ve Soybağına İlişkin Hukuki Sorunlar, İstanbul 2016.

[55] YAKUPPUR, Sendi: “İleri Teknoloji Kullanılarak Gerçekleştirilen Taşyıcı Annelik”, Toplumsal Cinsiyet ve Hukuk, Cilt 1, Ed. Zeynep Özlem Üskül Engin, İstanbul 2019, s. 273-297.

[56] www.kazanci.com.tr

[57] www.lexpera.com.tr

YARDIMCI KİŞİLERİN SÖZLEŞMEYİ İHLAL ETMEYE VEYA TİCARİ BİLGİLERİ İFŞA ETMEYE YÖNLENDİRİLMESİ*

Av. Tarık Can ERCAN**

Öz

İşletmeler ürünlerini veya hizmetlerini sunarak kar elde etmek, rekabet oyununda öne geçmek isterler. Bunun için en kritik unsurlardan biri çalışanları bir diğeri ise üretim bilgileri ve ticari sırlarıdır. Tecrübeli, yetenekli, donanımlı çalışanlar üretilen ürünlerin, sunulan hizmetin kalitesini artırır ve rakiplerinin önüne geçirir. Üretim bilgileri ve ticari sırlar ise üretilen ürün veya sunulan hizmetlerin benzerlerinden ayrılmasını ve rakiplerinden ayrılmasını sağlar. İşletmeyi rekabet yarışında farklılaştırıp, öne taşıyan bu kavramlar özellikleri nedeniyle rakiplerinin de dikkatini çeker. Çalışanların işletmeye zarar verecek şekilde hareket etmesi, sır niteliğindeki bilgileri afişe etmesi işletmenin rekabetteki gücünü zayıflatır. Bu önemleri sebebiyle sayılan hususlar kanun koyucu tarafından özel olarak, açık ve kesin bir şekilde düzenlenerek korunmak istenmiştir. Biz de çalışmamızda çalışanların sözleşmeye aykırı davranmaya, ticari sırları ele geçirip afişe etmeye yönlendirmesini önlemeye yönelik TTK md. 55/1-b,2 ve b,3 düzenlemelerini inceleyeceğiz.

Anahtar sözcükler: Haksız rekabet, yardımcıları sözleşmeye aykırı davranmaya yönelme, yardımcıları üretim bilgileri veya ticari sırları ele geçirmeye veya ifşa etmeye yönelme.

Inducement of Employees to Terminate The Contract or Disclose Trade Secrets

Abstract

Businesses want to make a profit by offering their products or services and to get ahead in the competition game. One of the most critical elements for this is its employees, and the other is production informations and trade secrets. Experienced, talented, well-equipped employees increase the quality of products and services and put them ahead of their competitors.

* Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 30.03.2022 - Kabul Edildiği Tarih: 30.06.2022

** İstanbul Barosu, tarikkanercan@hotmail.com, ORCID: 0000-0003-0487-0233
DOI: 10.17932/IAU.HFD.2015.018/hfd_v08i1004

Production informations and trade secrets, on the other hand, ensure that products or services are differentiated from their competitors. These which differentiate the business in the competition race and bring it forward, attract the attention of its competitors due to their characteristics. The fact that the employees act in a way that harms the enterprise and that they reveal confidential information weakens the competitive power of the enterprise. Due to their importance, the issues listed were specifically, clearly and precisely regulated by the legislator and wanted to be protected. In our study, we will examine the TTK art. 55/1-b,2 and b,3 regulations.

Keywords: *Unfair competition, directing employees to breach the contract, directing employees to seize or disclose production information or trade secrets.*

Giriş

İncelememize konu olan hükümlerin ortak paydası, yöneltmenin hedefinde işçilerin, vekillerin veya diğer yardımcı kişilerin yer almasıdır. Bu nedenle çalışmamızda öncelikle “işçi, vekil veya diğer yardımcıları” kavramlarını inceleyeceğiz. Devamında hükümleri ayrı ayrı ele alıp, unsurlarından ve özel durumlarından bahsedeceğiz.

I. ÜÇÜNCÜ KİŞİLERİN İŞÇİSİ, VEKİLİ VEYA BAŞKACA ÇALIŞANLARI

İncelememize konu olan her iki hükümde de yöneltmenin hedefindeki sözleşme tarafları açıkça isimlendirilmiş; işçi, vekil veya diğer yardımcıları olarak gösterilmiştir. İlgili başlıklarda ayrıntılı olarak inceleyeceğimiz üzere, sözleşmeyi ihlal eden veya ticari sırları ele geçirip, ifşa eden kişilerin kanunda zikredilen kişiler olması gerekmektedir. Yöneltilenlerin böyle bir bağının olmaması halinde bu hükümler uygulama alanı bulamaz, ancak genel hükümlere göre değerlendirme yapılabilir.

1. İşçi

İşçi kelime anlamı olarak “başkasının yararına bedenini, kafa gücünü veya el becerisini kullanarak ücretle çalışan kimse¹” olarak ifade edilebilir. Hukuki anlamda ele alındığında ise iş sözleşmesi temelinde, işverene bağımlı olarak faaliyet gösteren çalışanlar olarak, kısaca açıklamak mümkündür. İşçi kavramı tanımsal olarak ve hukuki durum itibarıyla farklı düzenlemelerle ele alınmaktadır. 4857 sayılı İşK işçi kavramını “bir iş sözleşmesine dayanarak

¹ www.tdk.gov.tr

çalışan gerçek kişiye işçi..., işçi ile işveren arasında kurulan ilişkiye iş ilişkisi denir” ifadesiyle tanımlanmaktadır. Madde metni incelendiğinde işçi- işveren ilişkisinin ve iş sözleşmesinin hukuki statünün belirlenmesi için temel alındığı görülmektedir.

TBK m.393/1’de “Hizmet sözleşmesi, işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle iş görmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir.” hükmüne yer verilmiştir. Hizmet sözleşmesini açıklayan bu hükümle işçi kavramı tam olarak tanımlanmasa da işçi- işveren ilişkisinde belirleyici noktanın “bağımlılık” unsuru olduğu vurgulanmaktadır.

Bu iki hüküm ışığında işçi kavramı, işverenle aralarında iş sözleşmesi temelinde bağımlılık ilişkisi bulunan, bu bağımlılık çerçevesinde süreklilik içinde iş gören ve karşılığında ücret ödemesi alan kişiler olarak tanımlanabilir. İşçi işletme içerisinde gördüğü işler ve bulunduğu pozisyon sebebiyle, aykırı fiilleriyle işletmeyi zarara uğratabilecek, ticari sırları ele geçirip ifşa edebilecek bir konumdadır. Fakat önemle belirtilmelidir ki, işçilerin yükümlülüklerini bizzat yerine getirmeleri gerekliliği sebebiyle, sadece gerçek kişiler işçi olabilir. Tüzel kişilerin işçi olarak çalışmaları mümkün değildir².

2. Vekil

Vekil işletme ile arasındaki bağ vekalet sözleşmesine dayanan, belirli bir iş görme borcu altında olan kişilerdir. Vekalet sözleşmesi de bir iş görme sözleşmesi olup, özünde güven ilişkisi bulunmaktadır. Vekil, işletmeyle işçi düzeyinde bir bağlılık içerisinde değildir. Ancak işletmeyle ilgili önemli bilgilere kolaylıkla erişebilecek, aykırı eylemleri ile işletmeyi zarara uğratabilecek bir pozisyondadır. Örneğin; işletmeye kayıtlı olan taşınır ve taşınmazların satımının veya alımının gerçekleştirilmesi için vekâlet verilen kişi, vekil olarak işletmeye ilişkin yapılan tüm alım ve satımlar hakkında bilgi sahibi olur.

Bu önemli konumları sebebiyle kanun koyucu, “vekil” ifadesini özel ve açık bir şekilde zikretme gereği duymuştur.

3. Diğer Yardımcı Kişiler

Kanun koyucu sadece işçi ve vekilleri saymakla yetinmemiş, bu kapsamlarda yer almasa bile başkaca çalışanların da yöneltmeye hedef olabileceğini düşünerek oldukça geniş kapsamlı bile düzenleme getirmiştir.

² AKTAY, Nizamettin / ARICI, Kadir / KAPLAN SENYEN, Tuncay. İş Hukuku, 2. B., Ankara, Seçkin Yayınları, 2007, s. 63.

Diğer yardımcı kişiler kavramıyla ilgili olarak incelenmesi gereken ilk husus TBK.116'da düzenlenen yardımcı kişilerdir. Buna karşılık borçlar hukuku doktrininde, bir borcun ifasında borçluya yardım eden yahut borcun ifasının tamamen kendisine bırakıldığı yardımcı şahısların, borçluya bir sözleşme ile bağlı bulunmalarının şart olmadığı ifade edilmektedir³. Burada akla, geçerli bir iş görme sözleşmesinin yokluğu halinde bent-b, 2 ve 3. hükümlerinin uygulanıp uygulanamayacağı sorusu gelmektedir. Zira bent b-2'nin ifadesinde açıkça "...sözleşmeye aykırı davranmaya yöneltmek..." ifadesi yer almaktadır. Öğretide TBK md. 116 uyarınca yardımcı kişi sayılan ama işverenle arasında sözleşme ilişkisi bulunmayan yardımcı kişilerin bent b-3 kapsamında değerlendirilemeyeceği kabul edilmektedir⁴.

Teknik anlamda işçi sayılmayan ama işyerinde işçi benzeri bir pozisyona sahip olan kişiler, işçi sınıfına dahil edilemeseler bile iş görme sözleşmesi ile bağlı olan yardımcı kişilerdir. Dolayısıyla bunların benzer eylemleri de bent b-2 kapsamında değerlendirilebilir. Aynı şekilde stajyerler de yukarıda bahsedilen sınıflara dahil değildirler. Ancak bir hizmet sözleşmesi ile işyerine bağlıdırlar ve buldukları konum itibariyle ticari sırları elde edebilecek veya işletmeye başka türlü zararlar verebilecek durumdadırlar. Örneğin bir stajyer avukatın dava, dilekçe veya başkaca süreleri kaçırmaya yönlendirilmesi sebebiyle bağlı olduğu avukatın ve büronun zarara uğramasında olduğu gibi.

Bir işletmenin ortakları da her ne kadar tam anlamıyla "çalışan" olarak değerlendirilemese de yine bent b-2 kapsamına dahil edilebilir. Zira ortaklar da ortaklık sözleşmesi sebebiyle bir bağlantı içerisindedir. Şöyle ki TTK md. 55/1-b,2 hükmünün me hazı olan İsvHRK.4/b'nin yerini alan ve 2006 yılında yürürlüğe giren İsvHRK.4a düzenlemesinde ortakların da yolsuzluk fiilini işleyebilecekleri açıkça belirtilmiştir⁵. Kaldı ki bent b-2 ve3 hükümlerinde yer alan "işçi, vekil ve diğer yardımcıları" ifadesi genişletici bir şekilde yorumlandığında, ortakların da işletme sırlarını ifşa etmesi veya işletmeye zarar verecek eylemlerde bulunması ihtimalleri de özel koruma altına alınmış olur. Örneğin, bir adi ortaklıkta, yönetici olmayan ortağa, oybirliği gereken bir konuda olumsuz oy vermesi için haksız menfaat temin edilmesi ve bu surette ortaklığın o kararı alamamasından dolayı çıkar sağlanması.

³ OĞUZMAN, M. Kemal / ÖZ, Turgut: Türk Borçlar Hukuku Cilt. I. İstanbul, Vedat Kitabevi, 2015, s. 295

⁴ GÜRZUMAR, Osman Berat: Franchise Sözleşmeleri ve Bu Sözleşmelerin Temelini Oluşturan Sistem"lerin Hukukten Korunması, 1.Bası, İstanbul, Beta Yayıncılık, 1995, s. 85

⁵ SARIKAYA, Sinan: Haksız Rekabet Hukukunda Sözleşmeyi İhlale veya Sona Erdirmeye Yönelme, 2. Baskı. İstanbul, Seçkin Yayıncılık, 2021, s. 94

II. ÜÇÜNCÜ KİŞİLERİN YARDIMCILARINA MENFAAT SAĞLANMASI SURETİYLE SÖZLEŞMEYİ İHLAL ETMELERİNİN TEŞVİK EDİLMESİ

Bir işletmenin üretimde bulunurken veya hizmetlerini sunarken piyasada yer edinip kar elde etmesini sağlayan en kilit unsurlardan biri “çalışanlarıdır”. Çalışanlar söz konusu ürün veya hizmete dair gerekli teknik bilgiye, bu bilginin işlenmesi için gerekli tecrübeye hatta kimi zaman işletmenin müşteri portföyüne de sahiptirler⁶.

İşte bu önemleri sebebiyle çalışanlar, rakip işletmelerin de dikkatini çeker. Rakip işletmeler çalışanlara çeşitli yararlar sağlayıp yönlendirerek işletmeyi zarara uğratma girişimlerinde bulunabilirler. Böylesine eylemler rekabetin haklı sınırlarını aşır, rekabet oyununun bozulmasına yol açacak niteliktedir. Bu nedenle haksız çıkar sağlayarak menfaat elde edilmesi, hukuk alanında farklı düzenlemelerle karşımıza çıkar. Biz de çalışmamızda rekabet hukukundaki görünümü olan TTK md. 55/1-b,2 hükmünü inceleyeceğiz: *“Üçüncü kişilerin işçilerine, vekillerine ve diğer yardımcı kişilerine, hakketmedikleri ve onları işlerinin ifasında yükümlülüklerine aykırı davranmaya yöneltebilecek yararlar sağlayarak veya önererek, kendisine veya başkalarına çıkar sağlamaya çalışmak”*

Kanun koyucu bu hükmü “sözleşmeye aykırı davranmaya teşvik etme” başlığı altında düzenlemiştir. Burada da üçüncü kişinin işçilerine, vekillerine veya başkaca çalışanlarına çeşitli menfaatler sağlanarak, işletmeyle aralarındaki akdi ihlal edecek şekilde davranmaları amaçlanmaktadır.

Böylesine bir hükmün uygulamada geniş bir yer bulacağı düşünülse de gerek mehz ülke İsviçre hukukunda gerekse Türk hukukunda oldukça dar bir alanda kendisini göstermektedir. Buna gerekçe olarak, çoğu zaman haksız çıkar sağlamanın fark edilmemesi yahut fark edilse bile işveren ya da müvekkilin, işçi veya vekillerinin etik problemleri olduğunu, rüşvet aldığını bunu dava konusu yaparak kamuya duyurmak istememesi gösterilmektedir⁷.

Hüküm, eski Ticaret Kanunumuzdaki md. 57/VI düzenlemesinin, dili modernleştirilmiş bir tekrarı niteliğindedir⁸. Fakat bu düzenlemeyle ilgili asıl dikkat çeken nokta, kanunlaştığı tarihte yürürlükte olan İsv HRK. 4/a hükmünü değil, önceki düzenleme olan İsv HRK. 4/b’yi esas almasıdır. İki

⁶ SARIKAYA, s.112.

⁷ SARIKAYA, s.117’den naklen GUYET, Jacques.: “Die weiteren Spezialklauseln (Art.4-8 UWG)”, Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Lauterkeitsrecht, C.V/1 içinde. Basel, Frankfurt am Main: Helbing Lichtenhahn Verlag, s.197-239 SIWR V/1, s.206; Sarıkaya, s.117’den naklen PEDRAZZİNİ, Mario M., PEDRAZZİNİ, Federico A.: Unlauterer Wettbewerb UWG, Bern 2002., s.35.

⁸ TTK Gereği, m.55/1-b.

düzenleme arasında paralel noktalar bulunsa da İsv HRK. 4/a can alıcı bir yenilik getirmektedir.

İsvHRK.4a

I. a. Özel sektördeki kişilerin işçi, ortak, vekil veya diğer yardımcılarına, mesleki veya ticari faaliyetlerine ilişkin bir fiili, yükümlülüklerine aykırı veya takdir yetkisine ilişkin olarak, yapmaları ya da yapmamaları için haksız çıkarlar sağlayan veya sağlamayı teklif ya da vaat eden;

b. Mesleki veya ticari faaliyetlerine ilişkin bir fiili, yükümlülüklerine aykırı veya takdir yetkisine ilişkin olarak, yapması ya da yapmaması için; kendisinin veya üçüncü bir kişinin yararına olarak; haksız çıkar teklif eden, bu hususta sözleşen veya teklifi kabul eden özel sektördeki kişilerin işçileri, ortakları vekilleri ve diğer yardımcı kişileri haksız rekabette bulunmuş olur.

Görüldüğü üzere İsvHRK. 4/a hükmü sadece haksız menfaat sağlama eylemini (aktif yolsuzluk) değil, haksız menfaat elde etmeyi de (pasif yolsuzluk) haksız rekabet sayacak şekilde düzenlemiştir. Türk hukukundaki düzenleme bu hükmü değil mülga maddeyi esas aldığı için, bizim hukukumuzda pasif yolsuzluk özel bir haksız rekabet hali olarak görünmez. Fakat pasif yolsuzluğun özel olarak düzenlenmemesi böyle bir eylemin haksız rekabet teşkil etmeyeceği anlamına gelmez. TTK md. 54 genel hüküm olarak bu halde de uygulama alanı bulur.

HAKSIZ REKABET HALİNİN UNSURLARI

Madde metni incelendiği zaman haksız rekabet halinin söz konusu olabilmesi için gerekli koşullar kendisini gösterir. Madde bu bakımdan açık ve kesin bir şekilde düzenlenmiştir.

A. Üçüncü Kişinin İşçisi, Vekili veya Diğer Yardımcı Şahısları

Üçüncü kişinin işçisi, vekili veya diğer yardımcı kişileri ifadesinin kapsamına kimlerin, hangi şekilde yukarıda ayrıntılı olarak incelenmişti. İlgili başlık altında aktardığımız görüşlerimiz burada da aynen geçerlidir.

B. Sözleşmenin Varlığı ve İhlal Edilmesi

TTK md. 55/1-b,2'nin uygulama alanı bulabilmesi için çalışanın haksız menfaat elde etmesi ve işletmeyle arasındaki sözleşmeye aykırı davranmış olması gerekmektedir. Sözleşmeyi ihlal niteliğindeki bu eylemler neticesinde işveren, vekil veya başkaca kişiler zarara uğramalı, hiç olmazsa zarara uğrama tehlikesi söz konusu olmalıdır.

Burada esasen haksız rekabet failinin tarafı olmadığı, fakat müdahalede bulunduğu bir sözleşme ilişkisi söz konusudur⁹. Bahsi geçen sözleşme çalışan ve işletme arasındaki “iş ilişkisini” kuracak nitelikte bir akittir. Vekalet, hizmet vb. sözleşmeler örnek olarak gösterilebilir.

Doktrinde yardımcı kişilerin sadakat yükümlülüğünü altında olup olmamasının md. 55/1-b,2 bakımından önemi tartışılmaktadır. Asıl mesele eylemlerin aynı zamanda sadakat yükümlülüğünü ihlal edip etmediğidir. Bir görüş hükmün uygulanabilmesi için kişinin sadakat yükümü altında olmasını ve eylemin bunu ihlal edecek nitelikte olmasını arar.¹⁰ Bu görüş maddenin uygulanmasında ana kriteri sadakat yükümlülüğünün bulunup bulunmaması olarak kabul eder¹¹.

Aksi görüşteki yazarlar ise sadakat yükümünün aranmayacağını, bunun zaten kanunda da bir koşul olarak yer almadığını savunmaktadır. Kaldı ki somut olay madde hükmüne uygun bir kurguyu içermesine rağmen, sadakat yükümünün bulunmaması ve ihlal edilmemiş olması da mümkündür. Bu görüşü desteklemek için “temizlik görevlisi” örneği verilmektedir. Bir işletmede çalışan temizlik görevlisinin normalde işletme sahibi ile güvene dayalı bir ilişkisi bulunmaz. Ancak söz konusu görevli temizlik nedeniyle erişebilir olduğu bir bölgeye girip dışarıya bilgi sızdırırsa, görevini ihlal ettiği için TTK.55/I-b,2 uygulanabilir. Bunun sebebi sadakat yükümüne aykırı davranması değil¹², hükümde bahsedilen koşulların gerçekleşmesidir.

Hangi görüş benimsenirse benimsensin, hükmün konusu aslında sadakat yükümlülüğünü de büyük ölçüde kapsar. Nitekim hizmet, vekalet gibi iş ilişkilerine temel teşkil eden sözleşmeler içeriğinde zaten sadakat yükümlülüğünü de barındırır. Dolayısıyla temel sözleşmenin ihlal edilmesi çoğunlukla sadakat yükümlülüğünün de ihlal edilmesini beraberinde getirecektir.

C. Hak Edilmemiş ve Yükümlülükler Aykırı Davranmaya Yöneltebilecek Yarar Sağlamak veya Önermek

a. Yükümlülüğe Aykırı Davranmaya Yönelme

İşçi, vekil veya diğer yardımcı kişilerin temel sözleşmeye aykırı davranmaya yöneltilmesi aslında hükmün çekirdek unsurlarından biridir. Zira haksız rekabet teşkil eden eylem haksız menfaat sağlayarak sözleşmeye aykırı davranmaya teşvik etmektedir. Bu eylemdeki haksızlık, menfaat sağlayan

⁹ NOMER ERTAN, Füsün: Haksız Rekabet Hukuku. İstanbul, On iki Levha Yayıncılık, 2016, s. 290.

¹⁰ SARIKAYA, s. 95'ten naklen Pedrazzini/Pedrazzini, s.36

¹¹ NOMER ERTAN, s.293

¹² SARIKAYA, s.95

veya bunu öneren kişinin, teklifinin objektif olarak değerlendirilmesi sonucu değil, karar alma merciindeki kişiye kendi lehine karar aldırarak veya en azından kararı etkilemek için bir fayda sağlamasından dolayı rekabette avantajlı konuma gelmesidir¹³.

Yargıtay bir kararında, davacının Jeep araçlara binilirken kullanılan metal basamaklar ve bu araçları darbelerden koruyucu metal borular ürettiğini, bunun için teknik, model ve kalıplar geliştirdiğini ve yanında çalıştırdığı davalı işçilere öğrettiğini, söz konusu işçilerin davacı işyerinde yokken boruları davacının aletleri ile işleyerek, karşı işyerinin sahibi davalının yönlendirmesi ile onunla işbirliğine girip, müşterilere satıp, bedellerini bizzat tahsil ettiklerini saptayan ve olayda eTTK.57/VI'nın (ve eTTK.57/VII'nin) ihlal edildiğini tespit eden yerel mahkeme kararını onamıştır. Kararı ilginç kılan özellik ise, eTTK.57/VI'nın ihlal edildiğinin belirtilmesine karşılık, davanın, davacının işçileri için kabul edilip, onlara, görevlerinin ifasında yükümlülüklerine aykırı davranmaya itecek haksız çıkar sağlamış, olması gereken, karşı işyerinde bulunan davalı için husumet yokluğundan reddedilmesidir. Karar bu noktada kendi içinde ve eTTK.57/VI'nın getirdiği kurallarla çelişmektedir. Zira hüküm, kendisine haksız menfaat sağlanan işçinin pasif davranışını değil bu menfaati sağlayan kişinin aktif davranışını haksız rekabet saymaktadır. Bir başka deyişle, hak etmedikleri çıkarları kabul ederek sözleşmelerine aykırı davranan işçiler değil; onlara bu çıkarları sağlayan veya vaat eden kişilerin eylemi haksız rekabet sayılmaktadır. Kararda ise tam tersine, davacının işçileri için dava kabul edilmişken, diğer davalı için reddedilmiştir.

b. Hak Edilmeyen Yararlar

Yararın hakkedilmemesi ile kastedilenin ne olduğuna dair farklı görüşler bulunmaktadır. Tartışmalar “hak edilmemenin” nasıl belirleneceği üzerinde yoğunlaşmaktadır. Ağırlıklı görüş kanunlar, teamüller, örf-adet kuralları gibi hukukun temel kaynakları dahilinde, geniş bir yorum yapılması gerektiği yönündedir.¹⁴

Fakat bir kısım yazarlara göre haklılık olgusunun tespitinde toplumsal bakış açılarını ve örf-adet hukukunu dikkate almak hatalıdır. Bu görüşteki yazarlara göre esas olan toplum algısından ziyade, sağlanan yararın sözleşmeyi ihlal için yönlendirmeye elverişliliğidir¹⁵.

¹³ SARIKAYA, s.93'ten naklen Troller, K.: Manuel du Droit Suisse des Biens Immatériels, Droit des Brevets- Droit des Marques-Droit des Dessins et Modèles-Droit de l'Informatique- Droit d'Auteur-Droit de la Concurrence Déloyale, 1996, s. 970.

¹⁴ PEDRAZZİNİ/PEDRAZZİNİ, N.8.27.; SARIKAYA, s. 95.

¹⁵ SARIKAYA, s. 95'ten naklen Baudenbacher, C., Glöckner, J.: Lauterkeitsrecht Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Basel 2001. , s. 46.; Sarıkaya, s. 95.

Kanaatimce de “toplum algısı” bölgeye, döneme göre değişiklik gösteren, kesinliği bulunmayan bir kriterdir. Konumdan, sosyo-ekonomik farklılıklardan, zaman ve başkaca değişkenlerden kolayca etkilenen, kaygan bir zemin olması sebebiyle objektif bir değerlendirme yapılma olanağı zayıftır.

Fakat elde edilen menfaati haklı kılacak herhangi bir sebebin varlığı halinde md. 55/1-b,2'nin uygulanması mümkün olmayacaktır. Örneğin, yöneltinin, kendisinden zaten kişisel olarak alacaklı olan işçiye, borcunu ancak birtakım ticari sırları kendisi ile paylaşırsa ödeyeceğini söylemesi hükmün kapsamına girmez¹⁶. Fakat şartları mevcutsa TTK md. 54 veya başkaca hükümler uygulama alanı bulabilir.

c. Yükümlülükler Aykırı Davranmaya Yöneltebilecek Yararlar

Sağlanan yararların hak edilmeyen yararlar olması kadar, hedefteki çalışanın aklını çecek, onu istenen doğrultuda hareket etmeye sevk edecek güçte olması gereklidir. Bu durum bent b-2'de yer alan “...onları işlerinin ifasında yükümlülüklerine aykırı davranmaya yöneltebilecek yararlar...” ifadesinden de açıkça anlaşılmaktadır. Yani yöneltme eyleminin yöneltilenin iradesini baskılayıcı güçte ve onu sözleşmeyi ihlale yöneltmeye elverişli olması aranacaktır¹⁷.

Fakat kanunun bu ifadesi, sadece iş tanımında yer alan görevlerin ifasında yükümlülükler aykırılık olarak, katı bir şekilde değerlendirilmemelidir. Doğrudan çalışanın iş tanımında olmasa bile, sözleşmeyi ihlal eden herhangi bir eylemin varlığı gerekli ve yeterlidir. Burada daha önce değerlendirdiğimiz sadakat yükümlülüğü gündeme gelecektir. Çalışan kendi görevlerine aykırı hareket etmiş olmasa bile, böylesine bir eylem sadakat yükümlülüğüne aykırılık teşkil edecektir. Yukarıda da açıkladığımız üzere, sadakat yükümlülüğü de sözleşme ilişkisinden doğan bir borçtur ve ihlali sözleşmeye aykırılık halidir.

Örneğin, işletme muhasebecisinin çok önemli bir teslimat öncesi, içerideki malzemenin bozulması için soğuk hava deposunun elektrikliğini kesmeye yöneltilmesi de hükmün kapsamındadır¹⁸. Bu davranış, doğrudan muhasebecinin görevini ihlal etmesi sayılmasa da sadakat yükümüne aykırı olduğundan temel sözleşmenin ihlali niteliğindedir.

Önerilen veya sağlanan yararlar çoğunlukla finansal menfaatler olsa da her zaman parasal yararlar olması gerekmez. Doğrudan parasal olmasa

¹⁶ SARIKAYA, s.96

¹⁷ SARIKAYA, s. 100

¹⁸ SARIKAYA, s. 100

bile malvarlığına herhangi bir olumlu katkı bu anlamda yarar olarak kabul edilmelidir. Örneğin bir mal varlıksal değer sağlanması, konser davetiyesi, şirket payı veya anonim şirket temettü kuponunun sağlanması¹⁹, daha iyi iş veya mevki temini gibi mesleki yararlar; ailesi ve yakınlarına çeşitli yararlar sağlanması, çocukların işe alınması veya onlara burs temini, var olan hukuki duruma göz yumma, siyasi veya ideolojik destek gibi ailevi veya kişisel yararlar sağlanması sayılabilir²⁰.

Vaud Kanton Mahkemesinin “Vuitton” kararına konu olan olayda, sanık, şikâyetçinin markasını taşıyan malları, Fransa’daki satıcının bir çalışanına, dürüstlük kurallarına aykırılık teşkil edecek şekilde komisyon vermek suretiyle elde etmiş ve Japonya’ya paralel ihracatta bulunmuştur. Mahkeme burada sanığın eyleminin eİsvHRK.13/e kapsamında cezayı gerektirdiğini (yani eİsvHRK.1/II-e’nin ihlal edildiğini) tespit etmesine karşılık haksız yararın İsviçre sınırları dışında sağlanmasından dolayı ve ceza hukukuna dair diğer teknik sebeplerle cezalandırılabilir olmadığını karar altına almıştır. Böylece mahkeme, işçinin, elde ettiği haksız menfaat sonucu paralel ithalata imkân sağlamasını, işverenine karşı olan borçlarını ihlal ettiği gerekçesiyle hükmün kapsamında görmüştür²¹.

d. Yararın Bizzat Kendisine Sağlanıp Sağlanmaması Gerekliliği Sorunu

Önerilen veya sağlanan haksız yararın, md. 55/1-b,2 anlamında haksız rekabet teşkil edebilmesi için, bizzat çalışana sağlanmasının zorunlu olup olmadığı doktrinde tartışma konusudur.

Bir görüş değerlendirmesini madde lafzına sıkı bir şekilde bağlı kalarak ortaya koyar. Buna göre madde metninde geçen “...*Üçüncü kişilerin işçilerine, vekillerine ve diğer yardımcı kişilerine, hakketmedikleri ve onları işlerinin ifasında yükümlülüklerine aykırı davranmaya yöneltebilecek yararlar sağlayarak...*” ifadesi ile yararın bizzat çalışana sağlanması gerekliği açıkça ortaya konmuştur.

Karşıt görüş ise madde metninde böyle bir ifade yer olsa da bunun katı ve kesin bir şekilde ele alınmaması gerektiğini savunmaktadır. Buna göre çalışan, doğrudan kendi malvarlığına etki etmese bile üçüncü bir kişiye yapılacak bir kazandırmadan da dolaylı olarak yarar sağlayabilir. Çalışanların iş ortağı gibi ekonomik veya aile üyeleri, akrabaları gibi kişisel ilişkileri sebebiyle üçüncü kişiye sağlanan yararlardan dolaylı

¹⁹ NOMER ERTAN, s. 296.

²⁰ KARAHAN, Sami: Ticari İşletme Hukuku. 25.Baskı. Konya: Mimoza Yayınları, 2013, s. 232.

²¹ Tribunal d’Accusation du Tribunal Cantonal de Vaud, 8.10., s.163; SARIKAYA, s. 101.

olarak faydalanması mümkündür²². Kaldı ki dolaylı yoldan etki edecek bir menfaatin de yönlendirme kabiliyeti oldukça yüksek olabilir.

Tüm bu gerekçeler ışığında, başkasına sağlanan yararlardan çalışanın da dolaylı olarak faydalandığı ihtimallerde de bent b-2'nin uygulama alanı bulacağı kabul edilebilir.

e. Yararın Önerilmesinin Yeterli Olması

Madde metnine bakıldığı zaman "...yarar sağlanması veya önerilmesi..." ifadesinin yer aldığı görülmektedir. Kanun koyucu, haksız rekabetin bu özel görünümü için yararın sağlanmasını şart koşmamıştır. Haksız yarar sağlama vaadinde bulunmak da bu anlamda haksız rekabet teşkil eder.

Zira henüz somut bir yarar sağlanmış olmasa bile bunun önerilmesi de kafa karıştırmaya ve bu etkiyle yönlendirmeye elverişlidir. Çalışan böylesi bir teklifle zihninin bulanması, kendisine teklif edilen yararı kabul etmeyi istemesi ve bunun etkisi ile yükümlülüklerini ihlal etmesi son derece olasıdır²³.

Ancak dikkat edilmelidir ki bu yönlendirme neticesinde çalışanın yükümlülüklerine aykırı davranmış olması da şart değildir. Hatta böyle bir teklifi reddetmiş dahi olabilir. Hükümde haksız rekabet teşkil eden eylem, çalışana haksız menfaat sağlanması veya önerilmesidir. Yoksa çalışanın eylemi değildir. Aynı nedenle yardımcı şahsın menfaat talep etmesi de bu hüküm kapsamında sayılmaz²⁴ meğerki bu teklif doğrultusunda bir yarar sağlanmış olsun.

D. Kendisine veya Başkalarına Çıkar Sağlamaya Çalışmak

Yöneltenin böyle bir eylemde bulunmasının temel motivasyonu, işletmenin zarara uğrayarak rekabet yarışında geri plana düşmesidir. Böylelikle kendisine veya başka bir kişiye yarar sağlamış olacaktır. Sağlanan çıkar aktif bir eylemle, yani çalışanın aktif bir davranışta bulunmasıyla doğrudan sağlanabilir. Bir sözleşmenin, sağlanan haksız menfaat ile üçüncü kişinin çalışana ayartılmış olmasaydı, yöneltenle değil de başka bir rakiple yapılacağı durumlarda, bu sözleşmenin yöneltenle yapılması veya kendisine haksız menfaat sağlanan işçi sayesinde yapılan sözleşme ile bu menfaati işçiye sağlayan kişiden, olması gerekenden yüksek fiyatla alım yapılması ya da yıpranmış ürünlerin teslim alınması²⁵ örnek verilebilir. Yöneltenin sağladığı

²² SARIKAYA, s. 102.

²³ SARIKAYA, s. 103.

²⁴ NOMER ERTAN, s. 296.

²⁵ eİsvHRK Gerekeçe, s.688; SARIKAYA, s. 104.

çıkarak, dolaylı olarak da elde edilebilir. Bir teklifin işverene iletilmemesi, gec iletilmesi veya başkalarına paslanması; acil bir hesaplamanın yanlış yapılması²⁶; işçilerin greve gitmesinin veya işi yavaşlatmalarının ya da makine ve bilgisayarları yahut ürünlerin kalitesini bozmalarının sağlanması; ürünlerin içerisine daha sonra dışarıdan tespit edilmesini temin maksadıyla sağlığa zararlı maddeler atılması bu ihtimale örnek olarak gösterilebilir²⁷.

Öğretide ağırlıklı görüş haksız rekabet faili ve lehine yarar sağlanan arasında, böylesine bir eylemde bulunulmasına zemin hazırlayacak bir ilişkinin olması gerektiği yönündedir. Gerçekten de bir başkasının lehine böyle bir eylemde bulunmanın alt yapısında çoğu zaman böyle bir ilişki bulunur. Fakat böyle bir ilginin bulunması her zaman gerekli değildir, zaten madde metninde de böyle bir koşul yer almamaktadır. Bir kimse hiçbir bağlantısının bulunmadığı bir kimsenin yararı için de böyle bir girişimde bulunabilir. Bu ihtimalde de rekabet ortamı sağlanan haksız yarar neticesinde bozulacak, bent b-2 uygulama alanı bulacaktır.

III. ÜÇÜNCÜ KİŞİLERİN YARDIMCILARINI ÜRETİM VEYA İŞ SIRLARINI İFŞA VEYA ELE GEÇİRMeye YÖNELTMEK

Bir işletmenin rekabet ortamında öne geçmesinin anahtarlarından biri, hiç şüphesiz ticari bilgiler ve sırlardır. Bunlar sayesinde işletmenin ürün ve hizmetleri, rakip firmaların ürün ve hizmetlerinden ayrılır ve yarışta öne çıkar.

Ticari bilgi ve sırlar, sahip oldukları bu önemden dolayı rakip firmaların iştahını kabartır. Bu bilgileri ele geçirip uygulamak veya açıklayıp sır özelliğini kaybetmesini sağlamak, rakibi yarış dışı bırakır. Bu nedenle ticari casusluk ve benzeri uygulamalara da sıklıkla konu olurlar.

Bu denli önem teşkil eden bir husus kanun koyucu tarafından da çeşitli düzenlemelerle korunmaya çalışılmıştır. Üretim bilgileri ve ticari sırlar kapsamına girdikleri ölçüde fikri mülkiyet hukuku çerçevesinde korunur. Türk Borçlar Kanunda kendisine yer bulduğu gibi²⁸, bu korumanın sözleşmesel olarak kararlaştırılması da mümkündür.

Üretim veya iş sırlarını açıklamaya veya ele geçirmeye yöneltmek, rekabet hukuku kapsamında Türk Ticaret Kanunu'nda da özel olarak düzenlenmiştir. Üretim veya iş sırlarının korunması aslında haksız rekabet hukukunun

²⁶ SARIKAYA, s. 104'ten naklen DAVID, L., JACOBS, R.: Schweizerisches Wettbewerbsrecht, Bern 2005, s. 345; SARIKAYA, s. 104.

²⁷ SARIKAYA, s. 104.

²⁸ TBK md. 396/4: İşçi, iş gördüğü sırada öğrendiği, özellikle üretim ve iş sırları gibi bilgileri, hizmet ilişkisinin devamı süresince kendi yararına kullanamaz veya başkalarına açıklayamaz. İşverenin haklı menfaatinin korunması için gerekli olduğu ölçüde işçi, hizmet ilişkisinin sona ermesinden sonra da sır saklamakla yükümlüdür.

konusuna doğrudan girmemektedir. Bağlantının kurulduğu nokta, üretim veya iş sırlarının hukuka aykırı bir şekilde ele geçirilerek rekabette avantaj sağlanmasıdır²⁹. Buna ilişkin düzenleme Türk Ticaret Kanunu'nda, 55/1-b hükmü ile yer almaktadır: “İşçileri, vekilleri veya diğer yardımcı kişileri, işverenlerinin veya müvekkillerinin üretim ve iş sırlarını ifşa etmeye veya ele geçirmeye yöneltmek...”

TTK md. 55/1-b,3 hükmü, madde gerekçesinde de belirtildiği üzere³⁰, mülga TK 57/IV maddesinin tekrarı niteliğindedir. Ancak iki maddenin lafzında uygulama kapsamını oldukça değiştiren bir farklılık bulunmaktadır. Şöyle ki: eTTK.57/VII “...iğfal suretiyle...imalat veya ticaret sırlarını ifşa ettirmek veya ele geçirmek” fiilini merkeze koyarken, TTK md. 55/1-b,3, İsvHRK.4/c'nin paralelinde “...üretim ve iş sırlarını ifşa etmeye veya ele geçirmeye yöneltmek” fiilini haksız rekabet saymaktadır.

Önceki düzenlemede yer alan “...iğfalde bulunulması suretiyle...” ifadesiyle çalışanın kandırılması, aldatılması hali ifade edilmektedir. Oysaki md. 55/1-b,3 hükmünde çalışanların üretim veya iş sırlarını ele geçirmeye veya ifşaya yöneltilmesi gerekli ve yeterlidir.

Şimdi madde metni ışığında bu haksız rekabet halinin unsurlarını tespit edip, inceleyelim.

HAKSIZ REKABET HALİNİN UNSURLARI

A. Üçüncü Kişinin İşçisi, Vekili veya Diğer Yardımcı Şahıslar

İşçi, vekil ve diğer yardımcı şahıslar ile kimlerin kastedildiği çalışmamızın en başında ayrıntılı bir şekilde açıklanmıştı. Yukarıda yapılan açıklamalar bu başlık için de aynen geçerlidir.

B. Çalışma İlişkinine Dair Bir Sözleşmenin Var Olması

Hükümün uygulama alanı bulabilmesi için işletme ve çalışan arasında geçerli bir sözleşme ilişkisi var olmalıdır. İşletme ve çalışan arasındaki bu ilişkinin niteliği, sözleşmenin borçluları sayılmak suretiyle belirlenmiştir. Buna göre hüküm yöneltilen kişinin işçi, vekil, diğer yardımcı kişiler olması halinde uygulanabilecektir³¹.

²⁹ NOMER ERTAN, s. 298.

³⁰ TTK Gerekçesi, m.55/1-b,3.: “Üçüncü kişilerin rakibin işçilerini, vekillerini veya diğer yardımcı kişilerini üretim ve iş sırlarını ifşaya veya ele geçirmeye yöneltmesi eski hukukumuzda da düzenlenmişti. Yeni hüküm bir anlamda 6762 sayılı Kanunun 57 nci maddesinin (7) numaralı bendinin tekrarıdır.”

³¹ SARIKAYA, s.112.

Yönelme anında geçerli bir sözleşmenin varlığından bahsedilemiyorsa, maddenin uygulanması da mümkün olmayacaktır. Kaldı ki iş ilişkisi sona eren çalışanın bu ilişki dahilinde edindiği kazanımlardan yararlanması kısıtlanamaz, meğerki aksi yönde bir sözleşme mevcut olsun.

Daha önce de belirttiğimiz gibi yöneltmenin süjesi işçi, vekil ve başkaca çalışanlardır. Böylesine bir ilişki dahilinde olmayan kişilerin teşvik edilmesi hüküm kapsamına girmez. Yukarıda da bahsettiğimiz gibi, yardımcıların bu yönde teşvik edilmesi sanayi casusluğunun bir görünümüdür. Ancak bu eylem bir çalışan vasıtasıyla değil de içeriye sızdırılan başka bir kişi tarafından (örneğin gerçekten de bir casus gönderilmesi ve bu şekilde bilgilerin ele geçirilmesi) gerçekleşirse haksız rekabete ilişkin bu özel düzenleme gündeme gelmez. TTK md. 54'te düzenlenen genel hal ise her zaman uygulanabilir durumdadır.

C. Üretim ve İş Sırrı Kavramları

Sır kavramı olarak, bir amaca ulaşmak için kullanılan, başvuru özel ve gizli yöntem olarak tanımlanmaktadır³². Fakat madde metninde de belirtildiği üzere her türlü sır değil, üretim ve iş sırrarı incelememize konu olacaktır. Bu nedenle kamuya veya az bir çabayla ulaşılması mümkün bilgiler ile kişisel sırlar madde kapsamında değerlendirilemeyecektir.

Üretim ve iş sırrarı kavramları kanunda tanımlanmamıştır. Ancak üretim sırrı ile kastedilen bir ürünün üretilmesi için gerekli olan teknik bilgilerdir. İş sırrı ise işletme bakımından önem taşıyan her türlü bilgi olarak tanımlanır³³.

Üretim ve iş sırrarına pırlanta kesim makinesinin orijinal mekanizması gibi özel üretim yöntemleri, müşteri adres telefon bilgileri, ileri tarihte yapılması planlanan projeler, ürün dizayn bilgileri, dağıtım ağı bilgileri, bir içeceğin kimyasal formülü, köftelerin pişirilme ısıları örnek olarak verilebilir³⁴.

D. İfşa veya Ele Geçirmeye Yönelmek

a. Yönelme

TTK md. 55/1-b,3 hükmünde "...üretim ve iş sırrarını ifşa etmeye veya ele geçirmeye yönelmek..." ifadesi yer almaktadır. Her ne kadar madde metninde "üretim ve iş sırrarı" dense de "üretim veya iş sırrarı" olarak değerlendirmek daha doğru olacaktır. Zira kanun metni katı bir şekilde değerlendirilirse haksız rekabet halinin söz konusu olabilmesi için hem

³² TDK, sozluk.org.tr

³³ NOMER ERTAN, s. 299.

³⁴ NOMER ERTAN, s. 300.

üretim sırlarının hem de iş sırlarının elde edilmesi gerekir.

Aynı şekilde yönlendirmede bulunulmadan sırların elde edilmesi bent-b, 3 kapsamına girmez. Örneğin böyle bir teklifin bizzat işçi, vekil veya diğer yardımcı kişilerden gelmesi halinde madde metninde belirtilen yönlendirme gerçekleşmediği için hüküm uygulanamaz³⁵. Ancak md. 54'te yer alan genel düzenlemeye her zaman başvurulabilir.

Haksız rekabet halinin söz konusu olabilmesi için çalışanın üretim bilgilerini veya ticari sırları ifşa etmeye ve ele geçirmeye yönlendirilmesi gerekmektedir. Bu yönlendirmenin belirli bir yoğunluğa ulaşması, çalışanın aklını çecek güçte olmasa gerekmektedir. Örneğin sadece imada bulunmak böylesine bir etkiye sahip değildir.

Kanun koyucu yönlendirmenin şekline ve yöntemine ilişkin bir açıklamada bulunmamıştır. Bir önceki bentte olduğu gibi maddi bir yarar sağlanması yoluyla teşvikte bulunulabileceği gibi, maddi çıkar içermeyen yöntemlere de başvurulabilir. Örneğin siyasi, ideolojik bağlantılar veya akrabalık ilişkilerinin getirdiği hatır ilişkileri gibi³⁶.

Hükmün uygulanması için gereken çekirdek eylem daha önce de bahsettiğimiz gibi, çalışanların işletme sırlarını ele işe etmeye veya ele geçirmeye yönlendirilmesidir. Yani kilit nokta bu amaçla yönlendirmede bulunulmasıdır, haksız rekabet teşkil eden esas husus budur. Söz konusu sırların elde edilip edilmemesi, elde edilse dahi yöneltenle veya başka kişilerle paylaşılıp paylaşılmaması önem taşımaz.

b. İfşa Etme ve Ele Geçirme

Haksız rekabet hali maddede, çalışanların ticari bilgileri ifşa etmeye ve ele geçirmeye yöneltilmesi olarak ifade edilmiştir. Ticari bilgilerin ifşası veya elde edilmesi eylemleri mutlaka işçiler, vekiller veya başka yardımcıları tarafından gerçekleştirilmelidir. İşletmeyle böyle bir bağı olmayan herhangi bir kimsenin eylemi bent b-3 kapsamında değerlendirilmez.

Bu noktada ifşa etmek ve ele geçirmek ifadeleriyle nelerin kastedildiği incelenmelidir. İfşa işçinin, vekilin veya diğer yardımcı kişilerin kendilerine tevdi edilmiş veya görevleri gereği ulaşabilir oldukları sır niteliğindeki bilgileri, bu bilgilere erişme yetkisi olmayan üçüncü kişilere aktarmasıdır³⁷. İfşa kural olarak iş ilişkisi devam ediyorken söz konusu olabilir. Çünkü esasında işçi, vekil veya diğer çalışanlar çalışma süresi boyunca elde ettikleri kazanımları, bilgileri ve değerleri daha sonra kullanmakta serbesttirler.

³⁵ POROY, Reha / YASAMAN, Hamdi: Ticari İşletme Hukuku. Ankara, Vedat Kitapçılık, 2019, N. 63.

³⁶ KARAHAN, s. 233.

³⁷ eİsvHRK Gerekeçe m. I/II-f, s.689; Sarıkaya, s. 127.

Zaten aksi bir düşünce tecrübeli, nitelikli iş gücünden yararlanılmasını da engelleyecektir.

Ancak bazı koşulların varlığı halinde haksız ifşa, iş ilişkisi sona erdikten sonra da gerçekleşebilir. Şöyle ki,

- Yönelme eylemi temel sözleşme ilişkisi devam ederken söz konusu olmuşsa
- İşletme ve çalışan arasında, sır saklama yükümlülüğünün sözleşme sona erse dahi devam edeceğine yönelik bir kayıt veya sözleşme kararlaştırılmışsa,
- Veya sırların ve bilgilerin paylaşılmasının dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edeceği özel şartlardan bahsedebiliyorsak, temel ilişki sona erdikten sonra gerçekleşen ifşa hadiseleri de TTK md. 55/1-b,3 kapsamında değerlendirilebilir. Bu özel şartlar sırrın o işletme için taşıdığı önem, işçinin kişiliği ve eğitimi, işletmedeki iş tanımı, aldığı ücret gibi kriterlere bakılarak belirlenir³⁸.

Ele geçirmede ise ifşadan farklı olarak, çalışanın erişiminde olmayan, görevi sebebiyle bilmesinin gerekli olmadığı bilgiler söz konusudur. İşçi, vekil veya diğer yardımcıları konum avantajlarını kullanarak bu bilgilere erişim sağlamaktadır.

Bilginin kime aktarıldığının hükmün uygulanması bakımından bir önemi yoktur. Yönlendirenin kendisiyle paylaşılabilmesi gibi, başka kişilerle de paylaşılması da bent b-3 anlamında haksız rekabet teşkil eder. Örneğin, şirketin birleşme işlemlerini yürüten avukatın, bu süreçle ilgili bilgileri yöneltenin oğluna iletmesi bu bağlamda değerlendirilebilir³⁹. Mühim olan ticari bilgilerin haksız olarak elde edilmesiyle rekabet ortamının bozulmasıdır.

Sonuç

İşletmeler ürün ve hizmetlerini öne çıkarmak, daha fazla kar elde edebilmek için birbirleri ile rekabet halindedir. Rekabet, kurallara ve etik değerlere uygun olduğu sürece pek çok bakımdan oldukça faydalıdır. Rakipler daha yüksek satış rakamları yakalayabilmek için sunulan ürün ve hizmetlerde yüksek kaliteye ulaşılırken, fiyatlarda da olabildiğince dengeli bir politika izlenmek durumunda kalır. Yani tekel durumundaki firmaların sahip

³⁸ SARIKAYA, s. 127'den naklen MARTİN-ACHARD, Edmond: La Loi Fédérale contre la Concurrence Déloyale du 19 Decembre 1986(LCD). 1.Baskı. Lozan Payot, 1988, s.76; SARIKAYA, s. 127.

³⁹ SARIKAYA, s. 127.

olduğu serbesti, rekabetin yoğun olduğu alanlarda bulunmaz. Bu önemleri sebebiyle kanun koyucu rekabet ortamının bozulmasını önlemeye yönelik düzenlemeler getirmiştir. Biz de bu düzenlemelerden TTK md. 55/1-b,2 ve 3 hükümlerini inceledik. Çalışmamıza bu hükümlerin ortak noktası olan “işçi, vekil ve diğer çalışanlar” kavramını irdeleyerek başladık. Daha sonra işçi, vekil ve diğer çalışanlara haksız menfaatler sağlayarak, sözleşmeyi ihlal edecek nitelikte davranmaya teşvik edilmeleri halini araştırdık. Bu haksız rekabet halinin koşullarını ve hangi durumlarda söz konusu olacağını değerlendirdikten sonra başkasının işçi, vekil ve diğer yardımcısını ticari sırları ifşa etmeye veya ele geçirmeye yöneltme halini tartıştık. Haksız rekabetin bu iki özel düzenlemesi, uygulanabilmeleri için spesifik koşulları bulunan hükümlerdir. Somut olay, madde metninde geçen hususları taşııyorsa söz konusu hükümler alan bulamaz. Ancak genel hükümlere göre değerlendirme yapmak her zaman mümkündür.

Kaynakça

[1] AKTAY, Nizamettin / ARICI, Kadir / KAPLAN SENYEN, Tuncay. :İş Hukuku, 2. B., Ankara, Seçkin Yayınları, 2007, s. 63.

[2] DAVID, L., JACOBS, R.: Schweizerisches Wettbewerbsrecht, Bern 2005, s. 345

[3] GUYET, Jacques.: “Die weiteren Spezialklauseln (Art.4-8 UWG)”, Roland von Büren ve Lucas David (Ed.). Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Lauterkeitsrecht, C.V/1 içinde. Basel, Frankfurt am Main: Helbing Lichtenhahn Verlag, s.197-239 (naklen).

[4] GÜRZUMAR, Osman Berat: Franchise Sözleşmeleri ve Bu Sözleşmelerin Temelini Oluşturan Sistemlerin Hukuken Korunması, 1.Bası, İstanbul, Beta Yayıncılık, 1995.

[5] KARAHAN, Sami: Ticari İşletme Hukuku. 25.Baskı. Konya: Mimoza Yayınları, 2013.

[6] KAYASOYLU, Damla: Üretim ve İş sırlarının Haksız Rekabete Karşı Korunması. Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2020.

[7] KUŞOĞLU, Dilay: İşletme Çalışanlarının TTK m. 55/1-c Kapsamında Müşteri Çevresine İlişkin Haksız Rekabet Fiilleri ve Hukuki Sonuçları Yüksek Lisans Tezi. Bursa Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2017.

[8] MARTİN-ACHARD, Edmond: La Loi Fédérale contre la Concurrence Déloyale du 19 Decembre 1986(LCD). 1.Baskı. Lozan Payot, 1988. (naklen)

[9] NOMER ERTAN, Füsün: Haksız Rekabet Hukuku. İstanbul, On iki Levha Yayıncılık, 2016.

[10] OĞUZMAN, M. Kemal / ÖZ, Turgut: Türk Borçlar Hukuku Cilt. I. İstanbul, Vedat Kitabevi, 2015.

[11] ORUÇ, Murat: Haksız Rekabette Maddi Tazminat Davası. İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2009.

[12] PEDRAZZİNİ, Mario M.: ‘La bonne foi en droit de la concurrence’, in: Abus de Droit et Bonne Foi, Enseignement de 3^{eme} Cycle de Droit 1992, Publié sous la direction du Pierre Widmer et Bertil Cottier, Fribourg 1994, s. 181-190. (naklen)

[13] PEDRAZZİNİ, Mario M., PEDRAZZİNİ, Federico A.: Unlauterer Wettbewerb UWG, Bern 2002., s.35. (naklen)

[14] POROY, Reha / YASAMAN, Hamdi: Ticari İşletme Hukuku. Ankara, Vedat Kitapçılık, 2019.

[15] SARIKAYA, Sinan: Haksız Rekabet Hukukunda Sözleşmeyi İhlale veya Sona Erdirmeye Yönelme. 2. Baskı. İstanbul, Seçkin Yayıncılık, 2021.

[16] TAŞKIN, Alper: Türk ve Avrupa Birliği Hukuku ile Uygulama Örnekleri Çerçevesinde Haksız Rekabet Suçları Doktora Tezi. Sivas Cumhuriyet Üniversitesi, 2020.

[17] YASAMAN, Hamdi: Haksız Rekabet ve Rekabet Yasağı. Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2021.

[18] Türk Dil Kurumu İnternet Sözlüğü, www.tdk.gov.tr

KİŞİSEL İLİŞKİ KURMA HAKKI VE PANDEMİ DÖNEMİNDE HAKKIN KULLANILMASINA YÖNELİK PROBLEMLER*

Dr. Öğr. Üyesi Meltem ERTUĞRUL**

Öz

Tüm dünyada etkisini sürdüren Covid-19 pandemisi, toplum hayatında çeşitli değişikliklere yol açtı. Hastalık oldukça bulaşıcı özellik taşıdığından, hastalığın kontrol altına alınabilmesi için insanların birbirleriyle görüşmeleri, temas etmeleri hem kişilerin kendi insiyatifleriyle hem de bazı yasal düzenlemelerle sınırlandırıldı. Bu sınırlamalardan en çok etkilenen haklardan birisi de, çocukla kişisel ilişki kurma hakkı oldu.

Kişisel ilişki kurma hakkı, hem ulusal hem de uluslararası mevzuatlarda koruma altına alınmış bir hak türüdür. Bu hak ile çocuğun sağlığı ve kamu sağlığının korunması menfaatleri çatıştığı zaman hangi menfaate üstünlük tanınması gerektiği, pandemi döneminde hakkın kullanımının ne şekilde belirleneceği bu döneminin getirdiği problemlerden biridir.

Salgın hastalıklarda yaşanan olağanüstü durumlar sebebiyle, çocukla yüz yüze görüşerek kişisel ilişki kuramayan hak sahibi kişilerin, yeni olgulara göre kişisel ilişki kurma hakkını kullanılabilmesi için hâkimden düzenleme isteme hakkı bulunur. Bu kapsamda ülkemizde uzaktan iletişim araçlarının kullanılarak kişisel ilişkinin kurulması kararlarının verildiği görülmektedir. Bu yöntemin geçici nitelikte olması gerekliliği dikkate de alınarak, hastalığın seyrine göre başka ne tür kararlar verilebileceği incelenmelidir.

Anahtar Kelimeler: *Çocukla Kişisel İlişki, Kişisel İlişki Kurma Hakkı, Velayet Hakkı, Çocukla Görüşme, Pandemi Önlemleri.*

* Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 24.01.2022 - Kabul Edildiği Tarih: 14.02.2022

Bu çalışma, 18-19 Kasım 2021 tarihli, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi II. Aile Hukuku Sempozyumu'nda (Çevrimiçi) bildiri olarak sunulan tebliğin tam metnidir.

** İzmir Bakırçay Üniversitesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, meltem.ertugrul@bakircay.edu.tr; ORCID: 0000-0001-7265-5119

DOI: 10.17932/IAU.HFD.2015.018/hfd_v08i1005

The Right To Establish A Personal Relations And Problems Regarding The Use of The Right During The Pandemic Period

Abstract

The Covid-19 Pandemic, which continues its impact all over the world, has led to various changes in social life. Since the disease is highly contagious, people's meeting and contact with each other was limited both on their own initiative and by some legal regulations in order to control the disease. One of the rights most affected by these restrictions was the right to establish a personal relationship with the child.

The right to establish personal relations is a type of right that is protected in both national and international legislation. When this right and the interests of the protection of the child's health and public health conflict, which benefit should be given priority, and how the use of the right will be determined during the pandemic period is one of the problems brought by the disease period.

Due to the extraordinary circumstances experienced in epidemics, the right holders who cannot establish a personal relationship with the child face-to-face have the right to request a regulation from the judge in order to exercise their right to establish personal relations according to new facts. In this context, it is seen that the judge's decisions to establish a personal relationship by using distance communication tools are made in our country. Considering the necessity of this method to be temporary, it should be examined what other decisions can be made according to the course of the disease.

Keywords: *Personal Relationship with Child, Right to Establish Personal Relationship, Right of Custody, Interview with Child, Pandemic Process.*

Giriş

Çocuğa, velayet hakkına sahip olmayan veya çocuk kendisine bırakılmayan ebeveynlere yahut hak sahibi diğer kişilere, çocukla belirli gün ve saatlerde görüşme, birbirlerinden haberdar olma ve yaşamlarına dahil olma yetkisini sağlayan hak, kişisel ilişki kurma hakkı olarak ifade edilir. Bu hakka, ana baba, çocuk ve olağanüstü durumlarda üçüncü kişiler sahiptir.

Çocuğun kişisel ilişki kuracağı kişi ile kişisel ilişki kuracağı zamanlar ve ilişkinin şekli, velayet kendisine bırakılan ana baba ile diğer ebeveynin/kişinin anlaşmasına göre veya mahkemenin belirleyeceği gün ve saatlere göre belirlenebilir. Covid 19 virüsü sebebiyle yaşanan pandemi sürecinde, çocuk ile kişisel ilişki kuracağı kişinin birbiriyle görüşmesi zorlaşmıştır. Bu hallerde kişisel ilişki kurma hakkının korunması için ne tür hukuki

çözümlerin bulunduğu incelenmesi gerekmektedir.

Çalışma kapsamında öncelikle kişisel ilişki kurma hakkının niteliği, hakka sahip olanlar, hakkın ne şekilde kurulduğu açıklandıktan sonra, pandemi döneminde hakkın kullanımına yönelik problemlerin ne olduğu ve bu konudaki çözümler incelenmeye çalışılmıştır.

I. Kişisel İlişki Kurma Hakkı

A. Genel Olarak

Kişisel ilişki kurma hakkı, ana veya babanın yahut hak sahibi diğer kişilerin çocukla, çocuğun da ana ve babasıyla belirli gün ve saatlerde görüşmesini, kişisel ilişki kuracağı kişiden haberdar olmasını, onun yaşamına dahil olmasını sağlayan bir haktır¹. Kişisel ilişki kurulması farklı yöntemlerle gerçekleştirilebilir. Yüz yüze görüşme, telefonla konuşma, online yöntemlerle görüşme, mektuplaşma, çocuğun birlikte yaşadığı kişinin, kişisel ilişki kurma hakkını kullanan kişiye çocukla ilgili bilgi vermesi gibi farklı şekillerde ve düzenli biçimde devam eden bir ilişki kurulması sağlanmaya çalışılmaktadır². Bu hakla çocuk ile hak sahibi diğer kişi arasındaki ilişkinin korunması ve sürdürülmesi amaçlanmaktadır³.

Anayasa'nın 20/1. maddesine göre; “Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz.”⁴. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin özel hayatın ve aile hayatının korunması başlıklı 8. maddesine göre; “Her şahıs hususi ve ailevi hayatına, meskenine ve muhaberatına hürmet edilmesi hakkına maliktir.”

Kişisel ilişki kurma hakkı önceki medeni kanunumuzda düzenlenirken ana ve babanın hakkı perspektifinde düşünülmüş⁵ ve buna göre hükümler getirilmiştir. Bu hakkın tanınma sebebi ana baba ile çocuk arasında sadece hukuki bir ilişki değil, aynı zamanda duygusal bir ilişkinin bulunması ve bu ilişkinin sürdürülebilmesi gerekliliğidir. Bu hak sayesinde çocuktan ayrı

¹ USTA: s. 76; SERDAR: s. 740; BAYGIN: s. 105; ALKAN: s. 7; YÜKSEL: s. 1541.

² SEROZAN: s. 241; AKYÜZ: s. 200; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ: s. 354; SERDAR: s. 740; BAYGIN: s. 106; AKKANAT/ÇELİK: s. 364; YÜKSEL: s. 1541; DEMİR: s. 180; KARACA: s. 98.

³ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ: s. 354; ERLÜLE (Ziyaret Hakkı): s. 261; ALKAN: s. 7; YILMAZ: s. 105; DEMİR: s. 175; KARACA: s. 98.

⁴ Ana babanın çocukla kişisel ilişki kurma hakkı ile çocuğun ana babasıyla kişisel ilişki kurmasına ilişkin hakkın kurulmasında, kullanılmasında, sınırlandırılması ya da sona erdirilmesinde devletin de göstermesi gereken pozitif yükümlülükleri bulunmaktadır. Bu kapsamda devletin; “kişisel ilişki kurulurken mevcut koşulların tüm boyutlarıyla belirlenmesi yükümlülüğü”, “kişisel ilişki kurma hakkının değişen koşullara göre uyarlanması yükümlülüğü”, “kişisel ilişki kurma hakkının kullanılmasına yönelik uygun koşulların sağlanması ve tarafları zorlayıcı adımların atılması yükümlülüğü”, “kişisel ilişki kurma hakkının kısıtlanmasını veya sona ermesini sağlama yükümlülüğü” bulunur. (ALKAN: s. 10-17).

⁵ Medeni Kanun'da kişisel ilişki kurma hakkını sadece ana babaya özgüleyen bir yaklaşımda düzenlenmiş olması konusundaki haklı eleştiri için bkz. TÜRKMEN: s. 1129.

yaşayan ebeveynin çocuğun gelişmesi, yetişmesine katkı sağlaması, aralarındaki hısımlık ilişkisinin sürdürülmesi, birbirlerine yabancılaşmalarının önlenmesi ve duygusal bağlarının devam ederek aralarındaki sevgi gereksiniminin karşılanması mümkün olmaktadır⁶. Daha sonra hakka sahip olan kişi çevresinin genişletilmesi ihtiyacı sebebiyle, ana baba dışındaki üçüncü kişilerin de bu hakka sahip olabilmesi düşüncesi kabul edilmiştir. Anayasa, Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi, Çocuklarla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Avrupa Sözleşmesi düzenlemeleri gereği bu hakka aynı zamanda çocuk da sahiptir. Hakka sahip olan kişiler ve bu kişilerin haklarını dayandırdıkları hukuki düzenlemeler aşağıda incelenmektedir.

Katıldığımız görüşe göre, kişisel ilişki kurulmasını isteme hakkı soybağı ilişkisine veya velayet hakkına bağlı değildir. Bu hak kişisel ilişki kurulmasını isteme hakkına sahip olanların kişilik hakkı niteliğindedir⁷. Bu nedenle hak devredilemez, mirasçılara geçemez ve önceden bu haktan feragat edilemez⁸.

Ana baba açısından kişisel ilişki kurma hakkının, velayet hakkında olduğu gibi yüküm-hak niteliğinde olduğu kabul edilmektedir⁹. Bu hakkın “yüküm” olarak görülmesinin temellerinden birini, bu hakkın kurulması ve kullanılması bakımından ana baba ve çocuk arasında karşılıklı şekilde sosyal ve psikolojik dayanışma içinde birbirlerine saygı ve anlayış gösterme yükümlülüklerinin bulunması oluşturur¹⁰.

Çocukla görüşüp ilişki kurma velayet hakkı içerisinde zaten mevcut olan bir yetkidir. Kişisel ilişki kurma hakkı velayet hakkına sahip olmayan veya çocuk kendisine bırakılmamış ebeveynler ile hâkim tarafından hak sahibi olarak kabul edilen diğer kişilere tanınmış bir hak niteliğindedir. Bu hak velayet hakkından ayrı ve bağımsız şekilde mevcuttur.

B. Velayet Hakkı ve Bu Hakkın Kişisel İlişki Kurma Hakkından Farkı

Velayet, küçükler ve bazı hallerde de kısıtlı erginlerin şahısları ve malvarlıklarının korunması ve temsil edilmeleri için ana babalarına ve evlat edinene yüklenen yükümlülükler ve bu yükümlülüklerin yerine getirilmesi

⁶ SERDAR: s. 740; BAYGIN: s. 105; YÜKSEL: s. 1541.

⁷ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ: s. 354; AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN: s. 396; ERLÜLE (Kişisel İlişki): s. 219; GENÇCAN (Türk Medeni Kanunu): s. 2368; TÜRKMEN: s. 1132; BAYGIN: s. 105. Kişisel ilişki kurma hakkının soybağının sonucu olduğu yönünde bkz. AKKANAT/ÇELİK: s. 365.

⁸ SEROZAN: s. 241; AKYÜZ: s. 200; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ: s. 354; AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN: s. 396; TÜRKMEN: s.1132; BAYGIN: s. 105; YILMAZ: s. 107; YÜKSEL: s. 1542.

⁹ ERLÜLE (Kişisel İlişki): s. 219; TÜRKMEN: s. 1130; YILMAZ: s. 105; DEMİR: s. 174.

¹⁰ ERLÜLE (Kişisel İlişki): s. 219.

için tanınan yetki ve haklardır¹¹. Çocuk ile velisi arasındaki velayet ilişkisi, çocuğun doğumu ile kanunen kendiliğinden kurulmaktadır¹². Medeni Kanun'un 335/I. maddesine göre; “*Ergin olmayan çocuk, ana ve babasının velâyeti altındadır. Yasal sebep olmadıkça velâyet ana ve babadan alınamaz.*”

Evlilik içinde doğan çocuklar ana ve babanın birlikte velayeti altında olmakla birlikte, ana babanın ortak hayatına son vermesi, ayrılık halinin gerçekleşmesi veya boşanmaları halinde velayet hakkı hâkim kararıyla ana veya babadan birine bırakılabileceği gibi çocuğa vasi de atanabilir. Velayet hakkına sahip olmayan ebeveyn ile çocuk arasındaki ilişki çocukla kişisel ilişki kurulması hakkı çerçevesinde gerçekleşecektir.

Ana ve babanın çocuk üzerindeki velayet hakkı ve bundan doğan egemenlik yetkisi, herkese karşı ileri sürülebilen mutlak bir haktır¹³. Bu hak çocuğun doğumuyla kendiliğinden doğar ve yasal sebep olmadıkça ana ve babadan alınmaz. Ana babanın bu hakkı devretmesi, feragat etmesi, hakkın mirasçılara geçmesi gibi durumlar da mümkün değildir¹⁴.

Velayet hakkının kapsamına çocukla kişisel ilişki kurma dışında, çocuğa öz ad konulması, çocuğun yerleşim yerinin belirlenmesi, çocuğun eğitimi, çocuğun temsil edilmesi, çocuk mallarının yönetilmesi gibi hak ve yetkiler de girmektedir¹⁵. Velayet hakkına sahip olan ebeveynler zaten bu hak kapsamında çocukla kişisel ilişki kurabilmektedir. Kişisel ilişki kurma hakkı ise, kural olarak velayet hakkına sahip olmayan kişilere tanınan bir haktır.

C. Kişisel İlişki Kurma Hakkına Sahip Olanlar

1. Ana -Baba

Anayasa'nın 20/1. maddesine göre; “*Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz.*” Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin özel hayatın ve aile hayatının korunması başlıklı 8. maddesine göre; “*Her şahıs hususi ve ailevi hayatına, meskenine ve muhaberatına hürmet edilmesi hakkına*

¹¹ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ: s. 361; AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN: s. 406; USTA: s. 20-21.

¹² Evlilik içinde doğan çocuklar kural olarak ana ve babanın velayeti altındadır. Ana ve baba evli değilse velâyet anaya aittir. (TMK. m. 337/I). Ancak ananın küçük, kısıtlı olması, ölmesi veya ondan doğumdan önce velayetin alınması kararının verilmesi halinde hâkimin çocuğa vasi ataması veya babasıyla arasında soybağı ilişkisi kurulmuş ise babasına velayetin verilmesi mümkündür. Evlilik dışında doğan çocuk ile baba arasında soybağı ilişkisi tanıma veya babalık davası sonucunda kurulmuş olabilir. (DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ: s. 361-362; USTA: s. 26).

¹³ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ: s. 362; AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN: s. 410; USTA: s. 23.

¹⁴ USTA: s. 21, 22.

¹⁵ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ: s. 365 vd.; AKKANAT/ÇELİK: s. 366.

maliktir.” Medeni Kanun’un 323. maddesine göre; “Ana ve babadan her biri, velâyeti altında bulunmayan veya kendisine bırakılmayan çocuk ile uygun kişisel ilişki kurulmasını isteme hakkına sahiptir.”

“Ana ve babadan her biri, diğerinin çocuk ile kişisel ilişkisini zedelemekten, çocuğun eğitilmesi ve yetiştirilmesini engellemekten kaçınmakla yükümlüdür. Kişisel ilişki sebebiyle çocuğun huzuru tehlikeye girer veya ana ve baba bu haklarını birinci fıkrada öngörülen yükümlülüklerine aykırı olarak kullanırlar veya çocuk ile ciddî olarak ilgilenmezler ya da diğer önemli sebepler varsa, kişisel ilişki kurma hakkı reddedilebilir veya kendilerinden alınabilir.” (TMK. m. 324).

Kanun’un 323. madde hükmüne göre çocukla kişisel ilişki kurma hakkına, velayet hakkına sahip olmayan veya velayet hakkına sahip olsa da TMK’nun 346 ve 347. maddesindeki sebeplerle çocuğun korunması için çocuğun ana babadan alındığı hallerde çocuk kendisine bırakılmayan ana baba sahiptir. Ana babanın velayet hakkına sahip olmaması, hâkim tarafından velayetin ana babanın birinden alınarak diğerine tanınması, her ikisinden alınarak çocuğa vasi atanması veya evlatlık verilen çocuğun velayetinin evlat edinene geçmesi hallerinden kaynaklanabilir¹⁶.

2. Çocuk

Kişisel ilişki kurma hakkı aynı zamanda çocuk lehine de mevcut bir haktır. 2010 yılında Anayasa’ya eklenen fıkra ile, her çocuğun korunma ve bakımdan yararlanma, yüksek yararına açıkça aykırı olmadıkça, ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. Tarafı olduğumuz Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi’nin 9. maddesinin 3. fıkrasına göre; “Taraflar Devletler, ana–babasından veya bunlardan birinden ayrılmasına karar verilen çocuğun, kendi yüksek yararına aykırı olmadıkça, ana babanın ikisiyle de düzenli bir biçimde kişisel ilişki kurma ve doğrudan görüşme hakkına saygı gösterirler.” Bu kapsamda BM Çocuk Hakları Sözleşmesinde çocuk, hakkın konusu değil, öznesi olarak kabul edilmektedir¹⁷. Sözleşmenin 10/2. maddesinde de ana babası ayrı devletlerde oturan çocukların, olağanüstü durumlar hariç hem ana hem de babası ile düzenli biçimde kişisel ilişki kurma ve doğrudan görüşme hakkına sahip olduğu belirtilmiştir.

Çocuklarla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Avrupa Sözleşmesi’nin 4/1. maddesinde bir çocuk ile ana ve babasının birbirleriyle düzenli şekilde kişisel ilişkiyi elde etmek ve sürdürmek hakkına sahip olduğu belirtildikten

¹⁶ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ: s. 353-354; SERDAR: s. 744; GENÇCAN (SOYBAĞI): s. 663; GRASSINGER: s. 193; BAYGIN: s. 107, 108; YILMAZ: s. 108; YÜKSEL: s. 1541.

¹⁷ TÜRKMEN: s. 1131.

sonra; 5/1. maddesinde de çocukla, ana ve babası dışındaki aile bağları bulunan şahıslar arasında çocuğun yüksek yararı kıstasına göre kişisel ilişki kurulabileceği düzenlenmiştir. Hatta taraf devletlerin hükmün kapsamını birinci fıkrada belirtilen kimselerden başkalarını da kapsayacak şekilde genişletmeleri mümkündür. Ancak beşinci maddede yer alan hüküm, tavsiye niteliğinde olup zorunlu olarak ve doğrudan uygulanma olanağına sahip değildir¹⁸. Şu an için mevzuatımızda çocuğun ana baba dışındaki üçüncü kişilerle kişisel ilişki kurulmasını isteme hakkı bulunmamaktadır. Bu konuda doktrinde bizim de katıldığımız görüşe göre, burada bilinçsiz bir kanun boşluğu olduğu kabul edilmeli ve Medeni Kanun'un 325. maddesinin de gözetilerek olağanüstü durumların bulunması halinde çocuğun da üçüncü kişilerle kişisel ilişki kurulmasını isteyebileceğine karar verilemelidir¹⁹. Bu doğrultuda örneğin, babasıyla henüz soybağı ilişkisi kurulmamış olan çocuk, biyolojik babası ile kişisel ilişki kurulmasını isteyebilir. Tabi burada çocuğun soybağı ilişkisini kurmadan önce böyle bir kişiyle kişisel ilişki kurmasının çocuğun menfaatine uygun düşüp düşmeyeceği tartışılabilir. Bu menfaatin bulunması için öncelikle biyolojik ebeveyn ile çocuk arasındaki ilişkinin kanıtlanması, bu çerçevede de soybağı ilişkisinin kurulması aranabilir.

Ayırt etme gücü bulunmayan çocuklar için yasal temsilci veya kayyım tarafından hakkın kullanılması mümkündür. Ancak yasal temsilci kendi adına bu hakkı kullanamaz²⁰.

Çocuk ana babasıyla kişisel ilişki kurulmasını isteme hakkına sahip olmakla birlikte, kendisiyle ilişki kurmak istemeyen ebeveynlerini icra vasıtasıyla buna zorlayamamaktadır²¹. Alman hukukunda ise, BGB'nin 1684. paragrafı çocuğun kişisel ilişki kurulmasını isteme hakkını dava yoluyla ileri sürebilmesini ve sonrasında bu hükmü icra yoluyla yerine getirebilmesine de imkân tanımaktadır²². Ana babanın veya üçüncü kişilerin çocukla kişisel ilişki kurmak için dava açma, cebri icraya başvurma gibi imkanları bulunmasına rağmen, çocuk için böyle bir düzenleme yapılmaması, kanunlarımızda bu hakkın ana baba ve üçüncü kişiye tahsis edilecek şekilde dizayn edilmesinden kaynaklanmaktadır. Oysaki yukarıda belirttiğimiz üzere Medeni Kanun, kişisel ilişki kurma hakkını ana baba ve üçüncü kişilerin hakkı anlayışıyla düzenleme yapsa da bu hakka çocuk da sahiptir. Bununla birlikte ana babanın çocukla kişisel ilişki kurmayı istememesi halinde, zorla kişisel ilişki kurulması konusunda hüküm verilmesinin çocuğun üstün yararına uygun olup olmadığı konusu

¹⁸ TÜRKMEN: s. 1132, dn.19.

¹⁹ TÜRKMEN: s. 1148.

²⁰ TÜRKMEN: s. 1132.

²¹ TÜRKMEN: s. 1133.

²² TÜRKMEN: s. 1135.

doktrinde tartışmalıdır²³.

Çocuğun sadece ana babasıyla kişisel ilişki kurması yönünde talep hakkı yoktur, aynı zamanda çocuğun kişisel ilişki kurulmasını reddetme veya mevcut ilişkiyi sona erdirme hakkı da mevcuttur²⁴.

Ayırt etme gücü bulunan çocuk bu hakkını kullanma konusunda tek başına karar vermeye yetkilidir. Ayırt etme gücü bulunmayan çocukların adına yasal temsilci veya kayyım tarafından hakkın kullanılmasının sağlanması mümkündür²⁵.

3. Üçüncü Kişiler

Medeni Kanun'un 325. maddesine göre; *“Olağanüstü hâller mevcutsa, çocuğun menfaatine uygun düştüğü ölçüde çocuk ile kişisel ilişki kurulmasını isteme hakkı diğer kişilere, özellikle hısımlarına da tanınabilir. Ana ve baba için öngörülen sınırlamalar üçüncü kişiler için kıyas yoluyla uygulanır.”*

Bu konuda önce büyük anne ve büyük babanın torunlarıyla kişisel ilişki kurabileceğine yönelik 1959 yılında YİBK²⁶ kabul edilmiştir. Daha sonra yürürlüğe giren Türk Medeni Kanun'un 325. maddesinde, olağanüstü durumların bulunması halinde, ana baba dışındaki üçüncü kişilerin çocuğun menfaatine uygun düştüğü ölçüde çocukla kişisel ilişki kurulmasını isteyebileceği düzenlenmiştir²⁷. Bu kapsamda sadece büyük anne ve büyük baba değil, çocuğun menfaatine uygun düştüğü ölçüde süt anne, üvey anne-baba gibi diğer kişilerin de olağanüstü durumların bulunması ve çocuğun menfaatinin gerektirmesi halinde çocukla kişisel ilişki kurması mümkündür²⁸.

Kişisel ilişki hakkına sahip olunabilmesi için, çocukla ana baba arasında soybağı ilişkisinin kurulmuş olması şart değildir²⁹. Nitekim çocuk ile soybağı ilişkisi bulunan ana ve babası arasında kişisel ilişki kurulabileceği

²³ Görüşler için bkz. TÜRKMEN: s. 1140-1142.

²⁴ ERLÜLE (Kişisel İlişki): s. 230; ERLÜLE (Ziyaret Hakkı): s. 271; TÜRKMEN: s. 1132; BAYGIN: s. 113.

²⁵ TÜRKMEN: s. 1132-1133.

²⁶ YİBK., 18.11.1959 T., 12/29 (Sinerji İçtihat Bankası).

²⁷ *“davacı ile torunları arasında, çocuğun eğitim durumunu aksatmayacak, bedeni ve fikri gelişimini olumsuz etkilemeyecek ve davalı annenin velayet görevini gereği gibi yerine getirmesine engel olmayacak şekilde davacı babaanne ve çocuk arasında uygun süreli kişisel ilişki düzenlemesi yapılması gerekirken, yazılı gerekçeyle isteğin reddi doğru görülmemiş, hükmün bozulmasına karar vermek gerekmiştir.”* (2. HD., 30.9.2021 T., 7491/6748 (Sinerji İçtihat Bankası).

²⁸ AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN: s. 398; BAYGIN: s. 110; GENÇCAN (Soybağı): s. 664.

²⁹ TÜRKMEN: s. 1143; KARACA: s. 107. Her ne kadar ana ile soybağı çocuğun doğumuyla kurulduğu için, biyolojik anne ile çocuk arasında zaten soybağı ilişkisinin bulunduğu düşünülecek olsa da (hukukumuzda yasaklanmış olmakla birlikte) taşıyıcı anne tarafından dünyaya getirilen çocuklarda soybağı ilişkisi biyolojik anne ile değil, taşıyıcı anne ile kurulmaktadır. Böyle durumlarda biyolojik anne ile soybağı ilişkisi kurulamamış olabilir.

gibi, çocuk ile arasında soybağı ilişkisi bulunmayan üçüncü kişiler arasında (bu kapsamda soybağı ilişkisi kurulmamış olan biyolojik ebeveyni ile) da kişisel ilişki kurulabilir³⁰. Bununla birlikte üçüncü kişi kapsamında değerlendirilebilecek olan ana ve baba ile çocuk arasında soybağı ilişkisinin bulunmaması halinde, bu kişilerle çocuk arasında kişisel ilişki kurulmasının çocuğun menfaatine uygun olduğunun ispatı güç olabilir³¹.

D. Kişisel İlişki Kurma Hakkının Kurulması

Velayet hakkı kendisine ait olmayan veya çocuk kendisine bırakılmayan tarafın çocukla kişisel ilişki kurabilmesi için ya velayet hakkı sahibi olan ebeveynin buna izin vermesi ya da hâkim kararı alınması gerekir. Çocuk ile kişisel ilişkiye yönelik bir düzenleme yapılmıyaya kadar, velâyet hakkına sahip veya çocuk kendisine bırakılmış kişinin rızası dışında kişisel ilişki kurulamaz (TMK. m. 326/3).

Kişisel ilişki hakkının kullanılabilmesi için evli olan ana baba arasındaki evliliğin sona ermiş olması şartı bulunmaz. Kişisel ilişkinin kurulmasını istemek için önemli olan husus, çocuk ile ilişki kuracak kişinin fiilen aynı evde yaşamıyor olmasıdır³². TMK'nun eşlerin birlikte yaşamaya ara vermesini düzenleyen 197. maddesinde, eşlerin ergin olmayan çocukları varsa hâkimin, ana ve baba ile çocuklar arasındaki ilişkileri düzenleyen hükümlere göre gereken önlemleri alacağı düzenlenmiştir. Hâkim tarafından çocukla kişisel ilişki kurulmasına yönelik karar verilmeye kadar eşler kendileri anlaşarak çocukla kişisel ilişki kurulmasına yönelik belirleme yapabilirler³³.

Türk Medeni Kanunu'nun 182/1-2. maddesine göre; “*Mahkeme boşanma veya ayrılığa karar verirken, olanak bulundukça ana ve babayı dinledikten ve çocuk vesayet altında ise vasinin ve vesayet makamının düşüncesini aldıktan sonra, ana ve babanın haklarını ve çocuk ile olan kişisel ilişkilerini düzenler.*” Evlilik dışında doğan çocuklar bakımından çocukla kişisel ilişki kurulması, eşlerin açtığı boşanma veya ayrılık davasında karara bağlanamayacağından bu durumlarda Medeni Kanun'un 323.ve 325. maddelerine göre çocukla kişisel ilişki kurulması istenmelidir.

Kişisel ilişki kurma hakkını kullanabilmesi için, bu hakkın kullanılmasının çocuğun üstün yararına uygun olması gerekmektedir³⁴. Bu yarar, analık

³⁰ ERLÜLE (Kişisel İlişki): s. 242-243; TÜRKMEN: s. 1143; YILMAZ: s. 110; KARACA: s. 107.

³¹ TÜRKMEN: s. 1145.2. HD.'nin 9.7.2003 T., 8405/10484 Sayılı kararında da soybağı belirlenmeden kişisel ilişki kurulamayacağına hükmedilmiştir (GENÇCAN (Türk Medeni Kanunu): s. 2369).

³² TÜRKMEN: s. 1143.

³³ SERDAR: s. 758.

³⁴ SEROZAN: s. 241; AKYÜZ: s. 201; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ: s. 354; GRASSINGER: s. 194; ERLÜLE (Kişisel İlişki): s. 223-224; TÜRKMEN: s. 1134; BAYGIN: s. 110; AKKANAT/ÇELİK: s. 366; ALKAN: s. 8;

babalık duygusunun tatmin edilmesinden önceliklidir³⁵. Çocuğun üstün yararı her somut olayda değişkenlik gösterebilmektedir. Hâkim somut olayda çocukla kişisel ilişki kurulurken çocuğun fiziksel, ruhsal, sosyal gelişimine, eğitim, sağlık ve ahlaki açıdan gelişimine, birden fazla kardeş varsa bunlar arasındaki ilişkilerin sürdürülmesine dikkat ederek, çocuğun menfaatine göre bu hakkın kullanımını sağlamalıdır³⁶. Somut olayın özelliğine göre, çocuğun ana babadan alınarak bir aile yanına veya kuruma yerleştirilmesinin gerektiği hallerde yahut velayetin ana babadan alınmasına neden olan sebeplerin bulunması durumunda, çocukla kişisel ilişki kurmada üstün bir yararın olmadığı kabul edilebilir. Ancak bu hallerin gerçekleşmesi her durumda çocuğun üstün yararının bulunmadığı sonucunu doğurmaz³⁷.

Hâkim, çocukla kişisel ilişki kurmadan önce, kendisini ifade edebilen çocuğu pedagog gibi uzmanlardan yardım alarak, usulüne uygun şekilde dinlemelidir³⁸. Hâkim karar verirken çocuğun isteklerini dinler, ancak bunlarla bağlı değildir³⁹. Hâkim kişisel ilişki kurulmasına yönelik belirleme yaparken çocuğun yararını ön planda tutarak, çocuğun yaşı, sağlık durumu, eğitimi, kişisel ilişki kurulacak kişi ile arasındaki manevi ilişkileri, hak sahibinin yaşadığı yeri ile işi, boş zamanları ve çocuğun birlikte yaşadığı kişinin durumu gibi hususları göz önünde bulundurmalıdır⁴⁰.

Hâkim çocukla ziyaret hakkının kapsam, süre ve yöntemini belirlerken, ziyaretin çocukla kişisel ilişkinin sürdürülmesi amacını gerçekleştirmeye elverişli nitelikte olmasına dikkat etmelidir. Çocukla buluşma, görüşme süresi ve yeri tarafların görüşüp hasret giderme ihtiyaçlarına, çocuğun ve kişisel ilişki kuracak kişinin durum ve şartlarına uygun şekilde belirlenmelidir. Bunun dışında ziyaret hakkının kullanılmasında tartışmaya yol açmayacak şekilde ayrıntılı düzenleme yapılmalıdır⁴¹.

Anayasa Mahkemesi, yapılan bir bireysel başvuru kararında, çocuğuyla kişisel ilişki kurmak isteyen babanın iş ve mesai saatlerine göre müsait olduğu günler yerine çalıştığı günlerde çocukla kişisel ilişki kurulmasına yönelik düzenleme yapılmasının, aile hayatına saygı hakkı bağlamında

Bulut, s. 47; YILMAZ: s. 111; YÜKSEL: s. 1549, DEMİR: s. 182.

³⁵ SEROZAN: s. 241; AKYÜZ: s. 202; BAYGIN: s. 111; BULUT: s. 47; YILMAZ: s. 111; DEMİR: s. 184; KARACA: s. 97.

³⁶ AKYÜZ: s. 201, 203; SERDAR: s. 748; TÜRKMEN: s. 1136; ERLÜLE (Ziyaret Hakkı): s. 267; BAYGIN: s. 112-113; AKKANAT/ÇELİK: s. 366; YILMAZ: s. 111-112, YÜKSEL: s. 1549-1550; KARACA: s. 98-99, 100.

³⁷ TÜRKMEN: s. 1136.

³⁸ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ: s. 354; BAYGIN: s. 113; KARACA: s. 99.

³⁹ SERDAR: s. 750.

⁴⁰ AKYÜZ: s. 202; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ: s. 354; GRASSINGER: s. 194; ERLÜLE (Kişisel İlişki): s. 224, 229-230; ERLÜLE (Ziyaret Hakkı): s. 272; SERDAR: s. 760, YILMAZ: s. 119.

⁴¹ AKYÜZ: s. 201; GRASSINGER: s. 194; ERLÜLE (Kişisel İlişki): s. 230-231; SERDAR: s. 762; ERLÜLE (Ziyaret Hakkı): s. 273; BAYGIN: s. 113-114; DEMİR: s. 185-186; KARACA: s. 103.

ilgili ve yeterli olmadığı, çocukla kurulması öngörülen kişisel ilişkinin uygulanabilir ve etkili olmasını temin edecek şekilde hareket etme yükümlülüğü açısından etkisiz kaldığı, sonuç olarak başvurucunun çocuğu ile kişisel ilişki kurma hakkının yerine getirilmesinde kamusal makamlarca gereken çabanın gösterilmemiş olduğu gerekçesiyle başvurucunun aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir (AYM. 7.5.2015 T., 2013/9047 E. R.G. T. 25/6/2015, S.29397).

Mahkeme velayet konusunda karar verinceye kadar, çocuğun iki ebeveyninden de alınarak Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı'na bağlı bir kurumda koruma altına alınmasına da karar verebilir. Somut bir olayda, Bakanlığa bağlı yurttan kalmasına karar verilen bir çocuğun, pandemi sürecinde kalabalıkta kalmasının olumsuz olacağı gerekçesiyle çocuğun yurttan alınmasına mahkeme onay vermiştir. Söz konusu olayda babanın velayetin geçici olarak kendisine verilmesine yönelik başvurusu *“Dünya çapında virüs salgını sebebiyle okulların tatil edilmesi ve yetkili makamlarca yapılan açıklamalar doğrultusunda toplu yerlerde mümkün oldukça bulunulmaması uyarıları birlikte dikkate alındığında çocuğun yüksek yararı ve salgın hastalık dikkate alınarak çocuğun müşterek kurumdan alınarak dava süresi boyunca baba Mehmet B. 'ye verilmesine yapılan inceleme sonucunda karar verildi.”* gerekçesiyle kabul edilmiştir⁴².

Kanun, ana ve babadan her birini, diğerinin çocuk ile kişisel ilişkisini zedelemekten, çocuğun eğitilmesi ve yetiştirilmesini engellemekten kaçınmakla yükümlü kılmiştir. Ancak kişisel ilişki sebebiyle çocuğun huzuru tehlikeye girerse veya ana ve baba bu haklarını birinci fıkrada öngörülen yükümlülüklerine aykırı olarak kullanırsa veya çocuk ile ciddi olarak ilgilenmezler ya da diğer önemli sebepler varsa, kişisel ilişki kurma hakkı reddedilebilir veya kendilerinden alınabilir (TMK. m. 324/I-II). Yakın zamanda Kanun'a eklenen 3. fıkraya göre velayet kendisine bırakılan ana veya babanın, kişisel ilişki düzenlemesinin gereklerini yerine getirmemesi halinin çocuğun menfaatine aykırı olmamak kaydıyla velayetin değiştirilmesine yol açabileceği belirtilmiştir. Bu husus kişisel ilişki kurulmasına dair kararda taraflara ihtar edilir. (TMK. m. 324/III).

Velayet hakkına sahip olan ebeveynin, çocuğuyla kişisel ilişki kurmak isteyen ebeveynin görüşme hakkını haklı sebep olmaksızın tek başına vereceği bir karar ile kısıtlaması veya ortadan kaldırması velayet hakkını kötüye kullanması sonucunu doğuracaktır. Ancak, hasta olan veya teşhis olmasa da hasatlık belirtileri taşıyan veya hasta kişilerle maskesiz şekilde doğrudan temas halinde olan ebeveynle çocuğun görüşmesinin belirli bir süre ertelenmesi haklı sebebe dayanabilir.

Fakat hastalık taşımayan ebeveynin sırf hastalık riski taşıması gerekçesiyle

⁴² <https://www.sozcu.com.tr/2020/gundem/velayet-davasinda-corona-virusu-karari-5679838/>, ET. 28.9.2020.

kişisel ilişki kurma imkânı engellenemez⁴³. 30.11.2021 tarihinde Çocuk Koruma Kanunu'na eklenen düzenlemelerden önce, haklı sebep olmaksızın kişisel ilişki kurulmasına engel olan ebeveynin engel çıkarması halinde icra memurluğu görevlilerince uzman eşliğinde çocuğun alınması mümkündür. İİK'nun mülga olan 25/a bendine göre; “Çocukla şahsi münasebetlerin düzenlenmesine dair ilam hükmünün yerine getirilmesi talebi üzerine icra memuru, küçüğün ilam hükümleri dairesinde lehine hüküm verilen tarafla şahsi münasebette bulunmasına mâni olunmamasını; aksi halde ilam hükmünün zorla yerine getirileceğini borçluya 24'üncü maddede yazılı şekilde bir icra emri ile tebliğ eder. Bu emirde ilam hükmüne aykırı hareketin 341 inci maddedeki cezayı müstelzim olduğu da yazılır. Borçlu bu emri tutmazsa ilam hükmü zorla yerine getirilir. Borçlu alacaklının şikâyeti üzerine ayrıca 341 inci maddeye göre cezalandırılır.”

Bu hükme göre çocuk teslimi için yine mülga olan İİK. m. 25/b bendinde, çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilâmların icrası gerçekleştirilirken, icra müdürü ile birlikte Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu tarafından görevlendirilen sosyal çalışmacı, pedagoğ, psikoloğ veya çocuk gelişimcisi gibi bir uzmanın, bunların bulunmadığı yerlerde bir eğitimcinin işlemler sırasında hazır bulunması gerektiği düzenlenmişti⁴⁴. Mülga olan İİK. m. 341'e göre çocuk teslimi hakkındaki ilâmın veya ara kararının gereğini yerine getirmeyen veya yerine getirilmesini engelleyen kişinin, lehine hüküm verilmiş kimsenin şikâyeti üzerine, altı aya kadar tazyik hapsine karar verilmesi ancak hapsin tatbikine başlandıktan sonra ilâmın veya ara kararının gereği yerine getirmesi halinde, kişinin tahliye edileceği düzenlenmişti.

Çocuk Koruma Kanunu'na eklenen düzenlemelere göre artık çocuk teslimi veya çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair aile mahkemeleri tarafından verilen ilam veya tedbir kararları, çocuğun üstün yararı esas alınarak, Adalet Bakanlığınca kurulan adli destek ve mağdur hizmetleri müdürlüklerince yerine getirilecektir (ÇKK. m. 41/A-1). İlam ve tedbir kararları müdürlük tarafından görevlendirilen psikoloğ, pedagoğ, sosyal çalışmacı, çocuk gelişimci ve rehber öğretmen gibi uzmanlar, uzmanın bulunmadığı yerlerde ise öğretmen marifetiyle yerine getirilecektir. (ÇKK. m. 41/A- 5)⁴⁵. Çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilam veya

⁴³ AKKANAT/ÇELİK: s. 373.

⁴⁴ Çocukla kişisel ilişki kurulması için icra yoluna başvurulması halinde yapılan tüm masraf ve giderlerin, çocukla kişisel ilişki kurmak isteyen kişiye bırakılması, diğer ebeveyne bu giderlerin yüklenmemesi doktrinde eleştirilmekteydi. Bkz. ERDOĞAN/KIRŞEHİRLİ: s. 265. Çocuk Koruma Kanunu'na eklenen düzenlemeyle, çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilam veya tedbir kararlarının yerine getirilmesine ilişkin yapılacak işlemlerin, 2/7/1964 tarihli ve 492 sayılı Harçlar Kanunu ile diğer kanunlar uyarınca alınması gereken tüm harçlardan istisna olduğu ve bu iş ve işlemlerin yürütülmesi için yapılacak tüm masrafların, avukatlık ücreti hariç, Adalet Bakanlığı bütçesinden karşılanacağı düzenlenmiştir (ÇKK. m. 41/H-1).

⁴⁵ Çocuk Koruma Kanunu'nun çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilam veya tedbir kararlarının yerine getirilmesi başlıklı 41/C maddesine göre: “

(1) Çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilam veya tedbir kararları, yükümlüsü tarafından rızasıyla yerine getirilmediği

takdirde hak sahibi, ilam veya tedbir kararının yerine getirilmesi için müdürlüğe başvurabilir.

(2) Talebi alan müdürlük, her türlü iletişim vasıtasını kullanarak yükümlüyle irtibata geçer; ilam veya tedbir kararında belirtilen gün ve saatte hak sahibine teslim edilmek üzere çocuğun müdürlük tarafından belirlenen yere getirilmesini derhâl bildirir; bu bildirim yapıldığını veya yükümlüyle irtibat kurulamadığını tutanağa bağlar.

(3) Yükümlüyle irtibat kurulamaz veya yükümlü çocuğu getirmeyeceğini beyan ederse yahut belirlenen yere getirmese müdürlük, derhâl yükümlüye, çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair bir teslim emri gönderir. Emir, 7201 sayılı Kanun hükümlerine göre yükümlüye tebliğ edilir. Bu emirde aşağıdaki hususlar yer alır:

a) İlam veya tedbir kararında belirtilen gün ve saatte, gün ve saatin belirtilmemesi hâlinde müdürlük tarafından belirlenen gün ve saatte çocuğu emirde belirtilen yere getirmek zorunda olduğu.

b) Çocuğu emirde belirtilen yere getirmesine engel teşkil edecek derecede haklı bir mazereti varsa teslim gününden önce müdürlüğe bildirimde bulunarak çocuğun müdürlükçe alınmasını talep etmesi gerektiği.

c) İlam veya tedbir kararı kapsamında emrin tebliğinden sonraki dönemde de (a) ve (b) bentlerindeki yükümlülüğünün devam edeceği, bunun için yeniden emir çıkarılmayacağı.

d) Emrin gereğinin yerine getirilmemesi hâlinde disiplin hapsiyle cezalandırılacağı.

e) Yerleşim yeri veya iletişim bilgilerinin değişmesi hâlinde yeni adres veya iletişim bilgilerinin müdürlüğe derhâl bildirilmesi gerektiği.

f) Müdürlükçe yapılan iş ve işlemlere karşı, öğrenme veya tebliğ tarihinden itibaren bir hafta içinde, işlemi yapan müdürlüğün bulunduğu yer aile mahkemesine şikâyetle bulunulabileceği.

(4) Müdürlüğün belirlediği yere getirilen çocuk hak sahibine teslim edilir. Hak sahibine; ilam veya tedbir kararında belirtilen sürenin bitiminde çocuğu, belirlenen yere getirmek zorunda olduğu, çocuğu getirmez veya kendisinden kaynaklanmayan makul sebepler hariç olmak üzere geç getirirse disiplin hapsiyle cezalandırılacağı, hakkında suç duyurusunda bulunulacağı hususu tutanağa bağlanarak tebliğ edilir. Çocuk, belirlenen yere getirilmezse hak sahibi hakkında müdürlük tarafından suç duyurusunda bulunulur ve müteakip süreç hakkında yükümlü bilgilendirilir.

(5) Kişisel ilişki kurulmasından sonra hak sahibi tarafından teslim yerine getirilen çocuğun yükümlüye veya yükümlünün belirlediği kişiye teslimi mümkün olmazsa çocuk hak sahibinde bırakılır. Bu da mümkün olmazsa müdürlüğün talebi üzerine, aile ve sosyal hizmetler il müdürlüğü tarafından çocuğun geçici olarak barınmasına yönelik tedbirler alınır.

(6) Yükümlü haklı mazereti nedeniyle çocuğun müdürlükçe alınmasını talep ederse, gerektiğinde hak sahibi de hazır bulundurulmak suretiyle çocuk, müdürlük tarafından yükümlüden alınarak hak sahibine teslim edilir.

(7) Hak sahibi, emrin yükümlüye tebliğinden sonraki dönemde, teslim saatinden en az kırk sekiz saat önce çocuğu teslim almaya geleceğini müdürlüğe yazılı olarak, elektronik ortamda veya başvuru aşamasında beyan ettiği iletişim kanalıyla bildirmek zorundadır. Hak sahibinin bildirimde bulunmadığı veya geleceğini bildirmediği hâllerde bu husus ve çocuğu emirde belirtilen yere getirme zorunluluğu bulunmadığı yükümlüye bildirilir. Tüm bu işlemler tutanak altına alınır.

(8) Çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair işlemlerin çocuğun üstün yararını koruyacak şekilde yerine getirilebilmesi amacıyla müdürlüğün önerisi üzerine aile mahkemesince, çocuk, hak sahibi veya yükümlü hakkında danışmanlık tedbiri uygulanmasına karar verilebilir. Yükümlünün teslim emrine aykırı ilk hareketinde müdürlük yükümlü hakkında danışmanlık tedbiri uygulanmasını aile mahkemesinden talep eder.

(9) İlam veya tedbir kararını rızasıyla yerine getirdiğini iddia eden yükümlü, ikinci fıkra uyarınca yapılan bildirim veya bu bildirim yapılamamışa üçüncü fıkra uyarınca gönderilen teslim emrinin haksız olduğunu süresi içinde şikâyet yoluyla ileri sürebilir.

(10) Çocuğun yerleşim yerinin değişmesi hâlinde dosya resen ilgili yer müdürlüğüne gönderilir ve ilgili müdürlük işlemlere kaldığı yerden devam eder. Bu müdürlük, dosyadaki teslim emri kapsamında sadece teslimin gerçekleştirileceği yeni yeri yükümlüye tebliğ eder. Teslim yeri değişikliği hak sahibine her türlü iletişim vasıtasıyla bildirilir.

(11) Hak sahibi veya teslim yükümlüsü hakkında, 8/3/2012 tarihli ve 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun uyarınca gizlilik kararı ya da başka bir tedbire karar verilmesi hâlinde, teslim işlemleri bu kararlar dikkate alınarak yerine getirilir.

(12) Hak sahibi, teslim emrinin yükümlüye tebliğinden sonraki dönemde, teslim saatinden en az kırk sekiz saat önce çocuğu teslim almaya geleceğini müdürlüğe bildirdiği hâlde haklı bir mazeret olmaksızın art arda iki kez veya bir yılda üç kez gelmezse müdürlük tarafından dosyanın işlemiden kaldırılmasına ve teslim emrinin hükümsüz hâle gelmesine karar verilir. Bu karar hak sahibi ve yükümlüye tebliğ edilir.

(13) Teslim emrinin tebliğinden sonraki dönemde yükümlü en az bir yıl boyunca emrin gereğini usulüne uygun bir şekilde yerine getirir ve müteakip dönemde de kişisel ilişki kurulmasına dair mahkeme kararına uygun olarak hareket edeceğini taahhüt ederse müdürlük, ilgili uzmanın kanaatini de alarak dosyanın işlemiden kaldırılmasına ve teslim emrinin hükümsüz hâle gelmesine karar verebilir. Bu karar hak sahibi ve yükümlüye tebliğ edilir. Yükümlü bu

tedbir kararlarının yerine getirilmesine ilişkin teslim emrine aykırı hareket edenler ile emrin gereğinin yerine getirilmesini engelleyenler, bir ay içinde yapılacak şikâyet üzerine, üç günden on güne kadar disiplin hapsiyle cezalandırılır. Kişisel ilişki kurulması için kendisine çocuk teslim edilen hak sahibi, ilam veya tedbir kararında belirtilen sürenin bitiminde çocuğu belirlenen yere getirmese, bir ay içinde yapılacak şikâyet üzerine, fiil suç teşkil etse dahi, üç aya kadar disiplin hapsi ile cezalandırılır (ÇKK. M. 41/F- 2,3).

Boşanma ve evlilik birliğinin korunmasına yönelik davalar içerisinde kişisel ilişki kurulması istenmiş ise bu davaların görüldüğü yer mahkemesi yetkilidir. Ayrıca kişisel ilişki kurulmasıyla ilgili bütün düzenlemelerde çocuğun oturduğu yer mahkemesi de yetkili kılınmıştır (TMK. m. 326). Ancak çocukla kişisel ilişki kurulmasına yönelik ilam ve tedbir kararını yerine getirmeyenler hakkında şikâyete bakacak görevli ve yetkili mahkeme, işlemi yapan müdürlüğün bulunduğu yer aile mahkemesidir (ÇKK. m. 41/F-4).

Kişisel ilişki kurulmasını isteme hakkı hak düşürücü süreye bağlı olmadan kullanılabilir ise de çocuğun 18 yaşını doldurmasıyla bu hak sona erer⁴⁶.

II. Pandemi Döneminde Kişisel İlişki Kurma Hakkının Kullanılması

1. Genel Olarak

Kişisel ilişki kurulması farklı yöntemlerle gerçekleştirilebilir. Yüz yüze görüşme, telefonla konuşma, online yöntemlerle görüşme, mektuplaşma, çocuğun birlikte yaşadığı kişinin kişisel ilişki kurma hakkını kullanan kişiye çocukla ilgili bilgi vermesi gibi farklı şekillerde ilgililer çocukla kişisel ilişki kurabilmektedir. Ancak bu yöntemler arasında en etkili olanı ve en çok tercih edileni ziyaret hakkının kullanılmasıdır⁴⁷.

Kişisel ilişki kurma yöntemlerinden ziyaret hakkı, tarafların yüz yüze görüşüp bir araya gelerek birlikte zaman geçirmesidir⁴⁸. Covid-19 virüsünün yol açtığı pandemi süreci çocukla yüz yüze görüşerek kişisel ilişki kurulmasını büyük ölçüde zorlaştırmıştır. Devlet tarafından yasaklar getirilmese dahi, hastalığın bulaşmasının önlenmesi için toplumun bir kesimi yüz yüze görüşmekten, birbirlerine temas etmekten kaçınmaktadırlar. Ancak bu kaçınma hak sahibi kişileri, çocukla görüşme, sarılma, birlikte yatılı kalma gibi çocukla hasret giderilebilmesini sağlayabilecek pek çok

taahhüdünü yerine getirmezse hak sahibinin talebiyle yükümlüye doğrudan teslim emri tebliğ edilir.”

⁴⁶ TÜRKMEN: s. 1133.

⁴⁷ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ: s. 355; ERLÜLE (Kişisel İlişki): s. 228; ERLÜLE (Ziyaret Hakkı): s. 263-264.

⁴⁸ ERLÜLE (Kişisel İlişki): s. 228; ERLÜLE (Ziyaret Hakkı): s. 2613; BAYGIN: s. 105; AKKANAT/ÇELİK: s. 366.

davranıştan mahrum bırakmaktadır.

Özellikle sorunlu boşanma süreci yaşayan çiftlerin çocuk üzerinden birbirini cezalandırmaya çalışmasıyla sıklıkla karşılaşılmaktadır. Çocuğun birlikte yaşadığı ebeveyn, diğer ebeveyn ile çocuğun görüşmesini pandemi koşullarını da fırsat bilerek zorlaştırabilmektedir. Bu durum çocuk ile kişisel ilişki kurmak istenilen ebeveyn arasında yabancılaşmaya yol açmaktadır⁴⁹. Ebeveynle yabancılaşmanın, velayet davasının sürdüğü, geçici velayetin ebeveynlerden birine bırakıldığı hallerde kesin velayetin kaybedilmesi gibi sakıncaya yol açması da mümkündür. Zira velayet davası sürerken ayırt etme gücü bulunan çocuklarla uzmanlar görüşerek sosyal inceleme raporu düzenlemektedir. Bu raporun velayetin hangi ebeveyne verileceği konusunda hâkimin kullanacağı takdir yetkisine etkisi büyüktür. Pandemi koşullarında birlikte yaşamadığı ebeveyni ile kişisel ilişkiyi uygun şekilde kuramayan ve ebeveyni ile yabancılaşan çocukların pedagoğ görüşmesinde diğer ebeveynle kalmak istedikleri şeklinde irade açıklamaları yüksek olasılıklıdır.

Pandemi döneminde ilgili kişilerin kişisel ilişki kurma hakkı ile çocuğun üstün yararı gereği çocuğun sağlığının riske atılmaması ilkeleri karşı karşıya gelmektedir. Hastalığın kontrol altına alınması için alınan önlemler de kişisel ilişki hakkının kullanılmasına olumsuz etkide bulunabilmektedir. Bu durumda pandemi döneminde kişisel ilişkinin hangi yöntemlerle sürdürülebileceği incelenmelidir.

2. Covid-19 Pandemisi Sebebiyle Alınmış Olan ve Kişisel İlişki Kurma Hakkını Etkileyen Önlemler

Çocukla kişisel ilişki kurulması konusunda velayet kendisine bırakılan anne baba ile diğer taraf anlaşmasına göre veya mahkemenin belirleyeceği gün ve saatlere göre kişisel ilişki kurulacak zamanlar belirlenebilir. Tarafların anlaşmaması halinde mahkemeler genellikle her ayın tek ya da çift numaralı hafta sonları ile çocuğun yaz ve kış okul tatilleri ile

⁴⁹ ERDOĞAN/KİRŞEHİRLİ: s. 265; ALKAN: s. 24. Ebeveynle yabancılaşma çocuğun ebeveyni ile görüşmeyi istememesine de yol açmaktadır. Ebeveynler arasındaki çıkar çatışmasının çocuğun iradesini etkilemesine yönelik bir kararda "uzman raporunda boşanmadan sonra ebeveynlerin aralarındaki çatışmayı sonlandıramadığı, tarafların çocuğu bu süreçte koruyamadığı, çocuğun tarafların birbiriyle olan ilişkisini yönlendirdiği, çocuğun, bu durumu fayda-çıkara ilişkisi olarak kullandığı, bu durumun çocuk-ebeveyn ilişkisini olumsuz etkilediği, çocuğun baba yanında kalmaya yönelik direncinin kırılabilmesi için psikolojik destek görmesi ve anne tarafından çocuğun baba ve ailesini tanınmasına fırsat verilmesi gerektiği belirtilirken, gerekli olması halinde bir psikoloğ ya da pedagoğ refakatinde görüşme tesis edilmesinin uygun olacağı belirtilmektedir. İdrak çağında olan çocuğun baba ile yatılı görüşmeme talebi kabul edildiğine göre kurulacak kişisel ilişkide en azından babanın babalık duygularının da dikkate alınması gerektiği açıktır. Dosyada baba ile yalnız kalmasını gerektirir herhangi bir olumsuz durumda görülmediğine göre mahkemece çocukla saatlik olarak kurulan kişisel ilişkinin refakatçi eşliğinde kurulması doğru değil ise de bu yanlışlığın giderilmesi yeniden yargılama yapılmasını gerektirmediğinden ilk derece mahkemesi hükmününün bu yönden düzeltilerek onanmasına karar vermek gerekmiştir." denilmiştir. (2. HD., 28.9.2021 T., 5153/6563 (Sinerji İctihat Bankası).

bayramlarda kişisel ilişki kurulmasına yönelik belirleme yapmaktadırlar. Ancak dünya çapında yaşanan Covid-19 pandemisinde, hastalığın bulaşması riskinin önlenmesi için hem kişilerin birbiriyle görüşmelerinin sınırlandırılması tavsiye edilmiş, hem de devlet tarafından çeşitli yasaklar getirilmişti. Salgın hastalığın ülkemizde ilk görüldüğü dönemde, çeşitli iller arasında seyahat yasağı ile hafta sonları ve tatil günleri sokağa çıkma yasağı önlemleri alınmıştı. Bu önlemler hak sahibi kişilerin çocukla kişisel ilişki kurabileceği zaman dilimlerinde sokağa çıkma veya seyahati yasaklamaktaydı. Hastalığın bulaşmasını önlemek için haklı olarak getirilen bu yasaklar, dolaylı olarak hak sahibi kişilerin çocukla yüz yüze görüşerek kişisel ilişki kurmasını zorlaştırmıştı. Bu yasakların mevcut salgın hastalıkta veya yeni bir virüs sebebiyle yeni bir salgın hastalık sebebiyle tekrar getirilmesi mümkündür. Bu durumda çocukla kişisel ilişki kurulmasına yönelik problemler tekrar baş gösterebilecektir.

İcra ve İflas Kanunu'nun mülga olan 25/a maddesine göre velâyet hakkına sahip olan veya çocuk kendisine verilmiş kişi, hak sahibinin çocukla kişisel ilişki kurma hakkını kullanmasına izin vermezse, hâkimin kişisel ilişkiyi öngören ilâmını icraya koyarak takip talebinde bulunması kural olarak mümkündür. Ancak Covid-19 pandemisinin kontrol altına alınması için alınan önlemlerden biri olan 21.03.2020 tarihli 2279 no'lu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ve 24.03.2020 tarihli Adalet Bakanlığı Genelgesinde icra ve iflas takip işlemlerinin durdurulması kararı verilmişti. Bu nedenle İİK'nun 25/a maddesi hükmü bir süre uygulanamadı.

Covid-19 salgını sürecinde alınmak zorunda kalınan ve kişisel ilişki kurma hakkını etkileyen diğer yasaklamalara göz attığımızda, İçişleri Bakanlığı'nın 28.3.2020 tarihli 6009 sayılı Genelgesiyle havayollarıyla seyahatler sınırlandırılmıştı. Daha sonra, 3.4.2020 tarihli Genelgeyle; Büyükşehir statüsündeki 30 il ile Zonguldak ili için kara, hava ve deniz yolu ile yapılacak tüm giriş/çıkışların bazı istisnalar dışında geçici olarak durdurulmasına karar verilmişti. Aynı Genelgede 01.01.2000 tarihinden sonra doğmuş olanların sokağa çıkmaları tüm il ve ilçelerde geçici olarak yasaklanmıştı.

Bu sınırlamalar sebebiyle çocuğundan farklı bir şehirde ikamet eden ebeveynler ile aynı şehirde olsa bile çocuğunu sokağa çıkaramayan, hatta kendisi de kişisel ilişki kurabileceği günlerde sokağa çıkamayan ebeveynler, çocuklarıyla görüşerek kişisel ilişki kurma haklarını fiilen kullanamadılar. Fakat Ramazan Bayramı'na denk gelen 23-26 Mayıs 2020 tarihleri arasında ülke çapında ilan edilen sokağa çıkma yasağında ise, kişisel ilişki kurma hakkının zedelenmesinin önlenmesi için yasaktan istisna tutulan kişiler arasında mahkeme kararını ibraz eden ve çocuğuyla kişisel ilişki kurmak isteyen ebeveynler de belirtilerek düzenleme yapıldı. İleride yaşanabilecek bir salgın hastalık durumunda sokağa çıkma yasağı

önlemlerinin söz konusu olması halinde, yine bu şekilde kişisel ilişki kurma hakkını kullanan kişilerin istisna kapsamında tutulacağı düşünülebilir.

3. Pandemi Döneminde Kişisel İlişki Kurma Hakkının Kullanılması

Salgın hastalığın yaşandığı dönemlerde, çocukla hak sahibi olan diğer kişinin kişisel ilişki kurması konusunda, çocuğun velayet hakkına sahip olan velinin (vasi atanmışsa vasinin) rızasıyla, ilgili kişiler düzenlemeler yapabilir⁵⁰. Ancak bu konuda bir anlaşmanın olmaması halinde, mahkemeye başvurup kişisel ilişkinin yeniden düzenlenmesi için karar alınması gerekir. Medeni Kanun, ana veya babanın başkasıyla evlenmesi, başka bir yere gitmesi veya ölmesi gibi yeni olguların zorunlu kılması hâlinde hâkimin, re'sen veya ana ve babadan birinin istemi üzerine gerekli önlemleri alacağını düzenlemiştir (TMK. m. 183). Bu hüküm kapsamında salgın hastalık sürecinde yaşanan olağanüstü durumlar sebebiyle çocukla yüz yüze görüşerek kişisel ilişki kuramayan ebeveyn veya kişisel ilişki kurma hakkı sahibi diğer kişilerin, yeni olgulara göre kişisel ilişki kurma hakkını kullanabilmesi için hâkimden düzenleme isteme hakkı bulunur⁵¹.

Hukumumuzda basına yansıyan bazı mahkeme kararlarında pandemi süresince çocuğuyla kişisel ilişki kuramayan babaların görüntülü görüşme talepleri kabul edilmiştir^{52 53}. Ancak ne kadar süre devam edeceği belli olmayan bir salgında, kişisel ilişkinin sadece uzaktan iletişim yollarıyla kurulabilmesinin kabulü, hakkın özünü ve amacını zedeleyecektir. Elbette ki uzaktan iletişim araçlarının kullanılması hastalığın seyrine göre en azından hak sahibi kişi ile çocuk arasındaki ilişkinin sürdürülebilirliğini sağlamak için elzem olsa da kişisel ilişkinin yıllarca bu şekilde sürdürülmesi hakkın özünü oluşturan menfaati korumayacaktır. Nitekim 9.4.2020 tarihli Alman mahkeme kararında⁵⁴, çocuğun ve kişisel ilişki kurmak isteyen babanın hastalık bakımından riski düşük grupta yer alması ve yüz yüze kişisel ilişki kurma yönteminin ilgililer arasındaki bağın zayıflamaması için en etkili yöntem olması sebebiyle yüz yüze görüşerek kişisel ilişki kurulmasının çocuğun menfaatine daha uygun olduğuna karar verilmiştir. 20.5.2020 tarihli Braunschweig İstinaf Mahkemesi kararında⁵⁵ da kişisel

⁵⁰ AKKANAT/ÇELİK: s. 367.

⁵¹ AKKANAT/ÇELİK: s. 367.

⁵² İlgili mahkeme kararında, pandemi sürecinde çocuğuyla haftada iki gün görüşme hakkını kullanamayan babanın, çocuğuyla online görüşme istemiyle mahkemeye yaptığı başvuru kabul edilmiştir. Mahkeme üç yaşındaki çocuk ile babasının haftada iki gün ve belirli bir saatte cep telefonu uygulaması üzerinden görüntülü görüştürülmesine karar vermiştir. <https://www.haberturk.com/emsal-karar-koronavirus-salgininda-velayet-tartismasina-son-nokta-haber-2652400>, ET. 15.11.2021.

⁵³ İlgili mahkeme kararında, kızı ile arasında verilen ilişki kararını pandemi nedeniyle icra müdürlüğü aracılığı ile gerçekleştiremeyen babanın, kızı ile haftada 2 defa olmak üzere 30'ar dakikalık görüntülü konuşma kararı verilmiştir. <https://www.aa.com.tr/tr/turkiye/koronavirus-nedeniyle-kizini-goremeyen-babaya-mahkemedengoruntulu-gorusme-izni/1816948>, ET.15.11.2021.

⁵⁴ Frankfurt Asliye Hukuk Mahkemesi kararı için bkz. AKKANAT/ÇELİK: s. 370-371.

⁵⁵ Karar için bkz. AKKANAT/ÇELİK: s. 371.

ilişki kurma hakkının çok önemli ve zaruri bir durum olduğu ve sağlık otoriteleri tarafından belirtilen zaruri ve önemli durumlarda fiziksel iletişim kurulabileceğine yönelik tavsiyesi kapsamına gireceği belirtilmiştir. Alman doktrini de mahkeme kararlarına paralel şekilde, çocuğun ya da kişisel ilişki kurmak isteyen kişinin hastalık taşımadığı hallerde, sadece soyut hastalık riskinin bulunması sebebiyle kişisel ilişki kurma hakkının engellenmeyeceğini benimsemektedir⁵⁶.

Ülkemizde basına yansıyan bir yerel mahkeme kararında, hastalık belirtileri taşımasına rağmen test yaptırmadan maskesiz şekilde kızıyla ziyaret hakkını kullanarak kişisel ilişki kuran anneye mahkeme, “*bir ay boyunca çocuğuna yaklaşmama*” tedbiri koymuştur⁵⁷. Bu karar “*kişisel ilişki kurma hakkını kullanmak isteyenler PCR testi yaptırmak zorunda mıdır?*” tartışmaları da beraberinde getirmiştir. Bu konuda OLG Nürnberg mahkemesinin 12.4.2021 tarihli kararında⁵⁸ ebeveynin hastalık semptomları taşıması veya hasta kişilerle doğrudan temas etmiş olmaması halinde ebeveynden test istenemeyeceğine karar verilmiştir. Kanaatimizce de hastalık belirtileri taşımayan veya hasta kişilerle doğrudan temaslı olmayan kişilerin, çocukla ziyaret hakkı şeklinde kişisel ilişki kurulabilmesi için PCR testi yaptırmayı zorunluluğu getirilemez. Ancak hasta olduğu yönünde emareler bulunan veya temaslı kişilerin çocukla yüz yüze görüşmek için böyle bir test yaptırılmasının istenmesi, aksi halde temas etmeden, maske kullanılarak ilişki kurulmasına karar verilmesi çocuğun üstün yararına uygun olabilir. Çocuk ile hak sahibi kişilerin birbirine uzak şehirlerde veya ülkelerde olması durumunda hem görüntülü görüşme hem de çocuğun okul durumuna göre yarıyıl ve yaz tatilinde, kişisel ilişki kuracağı kişiyle uzun süreli yatılı olarak kalarak zaman geçirmesi kararı verilmesi de mümkün olabilir⁵⁹. Ancak yaşı küçük olan ve anne ilgi ve şefkatine muhtaç olan çocukların, anneden ayrı şekilde yatılı olarak babayla kişisel ilişki kurması çocuğun menfaatine aykırı olabilir⁶⁰. Yargıtay da böyle durumlarda babayla yatılı kalınarak kişisel ilişki kurulması taleplerini reddetmektedir⁶¹.

Sonuç

Kişisel ilişki kurma hakkı, çocuk ile ilgili kişilerin görüşerek, konuşarak, yazışarak veya herhangi bir şekilde iletişim kurarak birbirlerinin yaşamına dahil olmasını sağlayan ve aralarındaki iletişimin ve sevgi bağının devam

⁵⁶ Görüşler için bkz. AKKANAT/ÇELİK: s. 372.

⁵⁷ <https://www.hurriyet.com.tr/gundem/velayet-hakki-icin-emsallik-dava-pcr-testi-ve-asi-karti-donemi-41946278>, E.T. 3.12.2021.

⁵⁸ <https://www.gesetze-bayern.de/Content/Document/Y-300-Z-BECKRS-B-2021-N-10361?hl=true>, E.T. 3.12.2021.

⁵⁹ 2. HD., 13.1.2005 T., 2004/15146 E., 2005/418 K. (BULUT: s. 63); 2. HD. 3.07.2012 T., 2012/494 E., 2012/18523 K (Sinerji İçtihat Bankası); ERLÜLE (Ziyaret Hakkı): s. 277; YILMAZ: s. 123; KARACA: s. 102.

⁶⁰ ERLÜLE (Ziyaret Hakkı): s. 275; BAYGIN: s. 111.

⁶¹ Bkz. ERLÜLE (Ziyaret Hakkı): s. 275, dn. 66, 67.

etmesini sağlayan bir haktır.

Kişisel ilişki kurma hakkına velayet hakkına sahip olmayan veya velayet hakkına sahip olsa da Türk Medeni Kanunu'nun 346 ve 347. maddesindeki sebeplerle çocuğun korunması için çocuğun ana babadan alındığı hallerde çocuk kendisine bırakılmayan ana baba sahiptir. Medeni Kanun olağanüstü hallerde çocuğun menfaatine de uygun düşüyor ise, ana baba dışındaki üçüncü kişilerin de çocukla kişisel ilişki kurulmasını isteyebileceği de düzenlenmiştir. Bunun dışında Anayasa'ya ve tarafı olduğumuz Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'ne göre çocuk da ana ve babasıyla kişisel ilişki kurulmasını isteyebilir.

Kişisel ilişki kurma hakkını kullanabilmesi için, bu hakkın kullanılmasının çocuğun üstün yararına uygun olması gerekmektedir. Bu yarar her somut olayda değişkenlik gösterebilmektedir. Hâkim somut olayda çocukla kişisel ilişki kurulurken çocuğun fiziksel, ruhsal, sosyal gelişimine, eğitim, sağlık ve ahlaki açıdan gelişimine, birden fazla kardeş varsa bunlar arasındaki ilişkilerin sürdürülmesine dikkat ederek, çocuğun menfaatine göre bu hakkın kullanımını sağlamalıdır. Kişisel ilişki kurulması farklı yöntemlerle gerçekleştirilebilir. Ancak en çok tercih edileni ve önerileni yüz yüze görüşme şeklinde ziyaret hakkının kullanılmasıdır. Bununla birlikte Covid-19 virüsünün yol açtığı pandemi süreci çocukla yüz yüze görüşerek kişisel ilişki kurulmasını büyük ölçüde zorlaştırmıştır.

Salgın hastalığın yaşandığı dönemlerde, çocukla hak sahibi olan diğer kişinin kişisel ilişki kurması konusunda, çocuğun velayet hakkına sahip olan velinin (vasi atanmışsa vasinin) rızasıyla, ilgili kişiler düzenlemeler yapabilir. Ancak bu konuda bir anlaşmanın olmaması halinde, salgın hastalık sürecinde yaşanan olağanüstü durumlar sebebiyle çocukla yüz yüze görüşerek kişisel ilişki kuramayan ebeveyn veya kişisel ilişki kurma hakkı sahibi diğer kişilerin, yeni olgulara göre kişisel ilişki kurma hakkını kullanabilmesi için hâkimden düzenleme isteme hakkı bulunur. Hukukumuzda basına yansıyan bazı mahkeme kararlarında pandemi süresince çocuğuyla kişisel ilişki kuramayan babaların görüntülü görüşme taleplerinin kabul edildiği görülmüştür. Bu şekilde uzaktan iletişim araçlarının kullanılarak kişisel ilişkinin kurulması geçici süre için uygun olabilir. Ancak kişisel ilişkinin yıllarca sadece uzaktan şekilde yürütülmesi hakkın özüne zarar verecektir. Salgının sürecine göre gerekli önlemlerin alınarak ve çocuğun üstün menfaati gözetilerek, çocukla yüz yüze görüşmeye imkân tanınması, çocuğun okul durumuna göre yarıyıl ve yaz tatilinde, kişisel ilişki kuracağı kişiyle uzun süreli yatılı olarak kalarak zaman geçirmesi gibi kararların verilmesi hakkın korunması için uygun olabilir.

Kaynakça

- [1] AKINTÜRK Turgut/ATEŞ KARAMAN, Derya: *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku*, İkinci Cilt, 23. Bası, İstanbul, 2021.
- [2] AKYÜZ, Emine: *Çocuk Hukuku Çocukların Hakları ve Korunması*, 2. Baskı, Ankara 2012.
- [3] ALKAN, Fatih: “Boşanma Sonrası Ortaya Çıkan Önemli Bir Sorun: Çocukla Kişisel İlişki Kurma (Kurabilme) Hakkı Ve Devletin Pozitif Yükümlülükleri”, https://www.tihek.gov.tr/upload/file_editor/2019/07/1563525442.pdf, E.T. 18.11.2021.
- [4] AKKANAT, Halil/ ÇELİK, Burak: “Covid-19 Salgını Etkisinde Boşanmış Aile Bireyleri ile Ayrı Evlerde Yaşayan Çocukların Kişisel İlişki Kurma Hakkı”, *Covid-19 Salgınının Hukukî Boyutu Hukukun Tüm Alanlarında Değerlendirmeler*, 2. Baskı, İstanbul, 2021 s. 361-375.
- [5] BAYGIN, Cem: *Soybağı Hukuku*, İstanbul 2010.
- [6] BULUT, Harun: *Aile Hukukunda Velayet (Çocukla Kişisel İlişki Kurulması) ve Nafaka Davaları*, İstanbul 2007.
- [7] DEMİR, Remzi: “Türk Medeni Kanunu’na Göre Çocukla Kişisel İlişki Kurulması”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 25, Sa. 42, Y. 2020, s. 169-195.
- [8] DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan/GÜMÜŞ, Mustafa Alper: *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku*, İstanbul 2021.
- [9] ERDOĞAN, Erkut/KİRŞEHİRLİ, Tugay: “Pandemi Süresince ve Öncesinde Velayet Suiistimali, Çocuk İcrası ve Ebeveyne Yabancılaşma Sendromu”, *TİHEK Akademik Dergi*, Y.4 C. 4, Sa. 7, Temmuz 2021, s. 257-271.
- [10] ERLÜLE, Fulya: “Çocuk ile Kişisel İlişki Kurulması”, *MÜHF Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2010, C. 16, Sa. 3-4, s. 217-248 (Kişisel İlişki).
- [11] ERLÜLE, Fulya: “Yargıtay Kararları Çerçevesinde Velayetin Kullanılması Kendisine Bırakılmayan Tarafın Çocuğu Ziyaret Hakkı”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.9 Sa.2 Y. 2018, s. 259-284 (Ziyaret Hakkı).

[12] GENÇCAN, Ömer Uğur: *743 ve 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'na Göre Soybağının Kurulması, Reddi-Düzeltilmesi İtiraz Davaları ve Soybağının Hükümleri (Soybağı)*, Ankara 2002.

[13] GENÇCAN, Ömer Uğur: *4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu Bilimsel Açıklama-İçtihatlar-İlgili Mevzuat 2 Madde 185-530 (Türk Medeni Kanunu)*, 2. Baskı, Ankara 2007.

[14] GRASSINGER, Gülçin Elçin: *Türk Medeni Kanunu'nda Yer Alan Velayet Hükümleri Kapsamında Küçüğün Kişi Varlığının Korunması İçin Alınacak Tedbirler (MK md. 346, md. 347, md. 348)*, İstanbul 2009.

[15] KARACA, Hilal: *Velayetin Kapsamı ve Hükümleri*, Ankara 2015.

[16] SERDAR, İlknur: “Kişisel İlişki Kurma Hakkı”, *Prof. Dr. Ünal Narmanlıoğlu'na Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 9, Özel Sayı: 2007, İzmir 2007, s. 739-781.

[17] SEROZAN, Rona: *Çocuk Hukuku*, İkinci Bası, İstanbul 2005.

[18] USTA, Sevgi: *Çocuk Hakları ve Velayet*, İstanbul 2012.

[19] TÜRKMEN, Ahmet: “Çocuğun Kişisel İlişki Kurma Hakkı”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 26, Sa. 2, Aralık 2020, ISSN: 2529-0142, s. 1126-1156.

[20] YILMAZ, Canan: “Yargıtay Kararları Işığında Çocukla Kişisel İlişki Kurulması”, *MHB*, Y. 35, Sa.1, 2015, s. 103-141.

[21] YÜKSEL, Sera Reyhani: “Üçüncü Kişilerin Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasını İsteme Hakkı”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 25, Sa. 2, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı, 2019, s. 1539-1556.

Yazar Kılavuzu

Aşağıda belirtilen yayın ilkeleri ve yazım kurallarına uygun olarak hazırlanmış yazılar, “makale sunum formu” ile birlikte e-posta yoluyla aşağıdaki adreslere gönderilebilir.

Çevirisi yapılmış makalelerin değerlendirmeye alınabilmesi için özgün metinlerin ve makale sahibinden (asıl yazar veya hak sahibi yayınevi) alınan izin yazılarının da gönderilmesi zorunludur.

Ön inceleme ve hakem değerlendirmesi doğrultusunda geliştirilmek ve/veya düzeltilmek üzere yazarlarına geri gönderilen yazılar, gerekli düzeltmeler yapılarak en geç bir ay içinde tekrar dergiye ulaştırılır.

Yapılan ön incelemede işbu yazım kurallarına uygun olmadığı tespit edilen makaleler, düzeltilmesi için yazarına iade edilir ve yayım programına alınmaz.

Yayın İlkeleri

1. İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, hakemli bir dergi olup, yılda iki sayı olarak Haziran ve Aralık aylarında yayımlanır.
2. Dergiye gönderilen makaleler başka bir yerde yayımlanmış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır; makalenin dergimize gönderilmiş olması, yazarın bu konudaki taahhüdü anlamına gelir.
3. Makaleler, Microsoft Word programında hazırlanmış olmalıdır. Ana metin, 1,5 satır aralığı ve Times New Roman karakterinde 12 punto, dipnotlar tek satır aralığı ve Times New Roman karakterinde 9 punto olarak hazırlanmış olmalı, CD veya elektronik posta ile editöre gönderilmelidir.
4. İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nin yazı dili Türkçedir. Makaleler Türkçe yazılmış olsalar da, her makalede en az 100, en çok 200 kelimededen oluşan Türkçe ve İngilizce öz ile her iki dilde yazı başlığı ve beşer anahtar kelimenin makalenin başına eklenerek gönderilmesi gereklidir.
5. Yazarlar unvanlarını, çalıştığı kuruluş bilgilerini, haberleşme adreslerini, telefon numaralarını ve elektronik posta adreslerini açık ve doğru bir şekilde bildirmelidirler.
6. Yazarların, dergiye gönderdikleri yazılarının denetimini yapmış oldukları ve bu haliyle basıma hazır olarak verdikleri kabul edilir. Yayın kurulu tarafından yapılan ön incelemede, bilimsellik (alan yönünden denetim) ölçütlerine ve dergi yazım kurallarına uyulmadığı ve olağanın üzerinde yazım yanlışlarının tespit edildiği yazılar geri çevrilir. Yayın kurulu, yabancı dil özeti ve eser metninde gerekli görülen imla

düzeltilmelerini yapabilir.

7. Yayın kurulunca ilk değerlendirmesi yapılan yazılar, kör hakemlik sistemi uyarınca yazar adları metinden çıkarılır, 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 makalenin yayımlanmasına, editör görüşüne göre karar verilir. Yayımlanmayan makaleler, yazarına geri gönderilmez. Yazara durum hakkında bilgi verilir.

8. Dergide, hakem denetiminden geçen çalışmalar dışında, kitap incelemesi, mevzuat değerlendirmesi ve bilgilendirici notlara, yargı kararı tahliline de yer verilebilir. Bu nitelikteki yazılar yayın kurulunca kabul edilebilir veya geri çevrilebilir.

9. Makaleler yayımlanmak üzere kabul edildiği takdirde, elektronik ortamda tam metin olarak yayımlamak da dâhil olmak üzere tüm yayım hakları İstanbul Aydın Üniversitesi’ne aittir. Yazarlar telif haklarını Üniversiteye devretmiş sayılır, ayrıca telif ücreti ödenmez.

10. Dergide yayımlanan yazıda ileri sürülen görüşler yazara aittir. Bu konuda Üniversite herhangi bir sorumluluk kabul etmemektedir.

11. Makalenin sonunda, makalede kullanılan kaynakların yazar soyadına göre alfabetik sıraya dizildiği kaynakçaya yer verilmelidir. Yararlanılan kaynaklara ilişkin metin içindeki atıflar, her bir sayfa sonunda dipnot olarak gösterilmelidir.

Yazım Kuralları

I. Ana Başlık

İçerikle uyumlu, onu en iyi ifade eden bir başlık olmalı ve koyu harflerle, sözcüklerin ilk harfi büyük olacak biçimde yazılmalıdır.

II. Yazar ad(lar)ı ve adres(ler)i

Yazar(lar)ın ad(lar)ı ve soyad(lar)ı koyu, adresler ise normal ve eğik karakterde harflerle yazılmalı; yazar(lar)ın varsa görev yaptığı kurum(lar), haberleşme ve e-posta adres(ler)i ilk sayfada dipnot olarak belirtilmelidir.

III. Özet

Makalenin başında, konuyu kısa ve öz biçimde ifade eden ve en az 100, en fazla 150 sözcükten oluşan Türkçe “özet” ve İngilizce “abstract” bulunmalıdır. Özet içinde, yararlanılan kaynaklara, şekil ve çizelge numaralarına değinilmemeli; dipnot kullanılmamalıdır. Türkçe ve İngilizce özetleri altında bir satır boşluk bırakılarak, en az 3, en çok 5 sözcükten oluşan anahtar sözcüklere (keywords) yer verilmelidir. Yazılan İngilizce özetin (abstract) üzerinde yazının İngilizce başlığı da verilmelidir.

IV. Ana Metin

A4 sayfa boyutunda, MS Word programı, Times New Roman yazı karakteri ile 12 punto ve 1,5 satır aralığıyla yazılmalıdır. Sayfa kenarlarında üst 3 cm., alt 3 cm., sol 3 cm., sağ 3 cm. boşluk bırakılmalı ve sayfalar numaralandırılmalıdır. Yazılar Türkçe ve İngilizce özet, şekil ve tablo yazıları da dahil 6.000 (altıbin) sözcüğü geçmemelidir.

V. Bölüm Başlıkları

Yazıda, sistematik bir bilgi akışı sağlamak üzere ara ve alt başlıklar kullanılabilir. Yazıdaki tüm ara (normal) ve alt başlıklar (yatık) 12 punto ile sözcüklerin yalnız ilk harfleri büyük, koyu karakterde yazılmalı; alt başlıkların sonunda iki nokta üst üste konulmamalı ve bir satır sonra devam edilmelidir.

VI. Kaynakça

Yazının sonunda, yazarların soyadına göre alfabetik sırayla yazılmalıdır.

Örnek

Kitaplar kaynakçada aşağıdaki şekilde yer almalıdır:

Yazarın Soyadı, Adı, Kitabın Adı, Baskı, Yer-Yıl. Örneğin: GÜVEN, Kudret: General Principles of Turkish Law, B.2, Ankara, 2007. Yazarın eserine ilk atıf açık olarak, daha sonraki atıf usulü: GÜVEN: s.135. Aynı yazarın birden fazla kitabına atıf usulü: GÜVEN (Enerji): s.80 ve GÜVEN (Kişilik Hakları): s.65

Makaleler kaynakça listesinde aşağıdaki şekilde yer almalıdır:

Yazarın Soyadı, Adı, Makalenin Başlığı, Derginin İsmi, Cilt Numarası, Sayı Numarası, İlk ve Son Sayfa Numaraları. Örneğin: GÜVEN, Kudret: Türk, İsviçre ve Alman Hukukunda Boşanma Sebepleri ve Esasları Hakkında Karşılaştırmalı Bir İnceleme, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1(2): 35-56. Yazarın eserine ilk atıf açık olarak, daha sonraki atıflarda řu şekilde yapılmalıdır: GÜVEN: s.55.

İnternette alınarak dokümanlar kaynakçada aşağıdaki şekilde yer almalıdır:

GÜVEN, Kudret: Cinsel Kimlik Üzerinde Hak Kavramı ve Korunması: Transseksüellik ve İnterseksüellik, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.1 Sa.1, s.133-176, (<http://hukuk.baskent.edu.tr/dergi/arsiv/sayi-1/3.kudretguven.pdf>, Erişim tarihi: 10 şubat 2016), Yazarın eserine ilk atıf açık olarak, daha sonraki atıflarda řu şekilde yapılmalıdır. GÜVEN: s.135.

İLETİşİM BİLGİLERİ

İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı
Beşyol Mah. İnönü Cad. No:38 Sefaköy-Küçükçekmece/İstanbul

PK:34295

Tel: 444 1 428 / Dahili: 23410

Faks: 0212 425 57 59

E-Posta: hukukdergi@aydin.edu.tr

Author's Guide

Author's may send their articles which are prepared in accordance with the below stated publishing and editorial principles, together with the "article presentation form" via e-mail to the provided addresses.

Providing the permissions of the authors (the main author or the rightful publishing house) is obligatory for the translated texts and articles as well. The articles which are sent to their authors for further improvement and/or proofreading following the preliminary reviews and referee evaluations, must be edited accordingly and delivered back to the journal in one month at the latest.

On the other hand, the articles which are found to be conflicting with this guideline, will be returned to their authors for further proofreading and will not be issued.

Publishing Principles

1. Hukuk Fakültesi is a peer-reviewed journal which is prepared and printed by Istanbul Aydin University, the Faculty of Law twice a year

(June and December).

2. The journal only accepts articles, reviews of judgement and translations, which are not published or accepted to be published previously. Articles which are created from the reports that are not published but presented in a scientific gathering can be accepted provided that the case is clearly stated in the footnote.

3. The manuscripts that are to be published in the June issue of the journal must be delivered till the 1st of April and till the 1st of October for the December issue. The manuscripts received after these dates will be evaluated for the next issue of the journal.

4. The preliminary evaluation of the manuscripts to be published are done by the Editorial Board. Those manuscripts that are evaluated by the Editorial Board and found to conform with publishing principles of the journal are sent to two different referees. Referees decide whether to publish, revise or reject the manuscripts and in each case the authors are informed.

5. In case the referee demands a revision in his report, the author is expected to change the text only within the limits given by the referee. The manuscripts that are expected to be revised must be completed and resend to the Editorial Board within 30 days. Manuscripts that are sent within the specified period will be queued to be published in the next issue. The referees who demanded the changes may also evaluate manuscript revision.

6. In case referee decides to reject the manuscript in his report, a second referee review is conducted. The manuscripts that are not returned from referee reviews within the specified period are evaluated for the next issue

of the journal unless the authors demand otherwise.

7. Editorial Board reserves the right to publish manuscripts which have positive referee reports, in the upcoming issues of the journal depending on the intensity of the related issue.

8. The manuscripts must be delivered to Istanbul Aydin University, Law Faculty Deanship prepared as a CD in addition to three other hard copies in A4 paper size, on the two of which the name of the author is not specified. The authors are expected to specify their titles, the institutions they work in, their open address, contact number and e-mail addresses.

9. A copy of the journal will be sent to the authors free of charge.

Editorial Principles

I. Main Title

Written in bold letters, the main title must be congruent with the text content expressing the treated subject in the best way. The main title must not exceed 10-12 words of which initials must be capitalized.

II. Author's Name(s) and Address(es)

The name(s) and surname(s) of the authors must be typed in bold whereas the addresses must be typed in italic letters. If there are any, the title(s) and the workplace(s) of the authors as well as their contact information must be indicated on the first page with a footnote.

III. Abstract

The article must include an abstract in both English and Turkish (özet) languages, which briefly and clearly summarizes the subject of the text and consists of at least 100 and at most 150 words. The abstract must not refer to the cited sources, figures and graphic numbers used in the text or contain footnotes. Authors must provide keywords consisting of at least 3

and at most 5 words leaving an empty line under the English and Turkish abstracts. The Turkish abstract must also have its title in Turkish.

IV. Main Text

The text must be written with Times New Roman font-type, 12-point font size leaving 1,5 space between lines and 3 cm margins on top, bottom and both sides of an A4-sized MS Word page. The pages must be numbered.

The text must not exceed 6000 (six thousand) words including its Turkish and English abstracts, figures and table contents.

V. Sub-titles

The section and sub-titles may be preferred for delivering the information in an orderly way. All the section (regular) and sub (italics) titles must be written in 12- point size, bold characters, capitalizing only the initial letters of each word in the title. Sub-titles must not be followed by a colon (:) and the text must begin after an empty line.

VI. Bibliography

The bibliography must be given at the end of the text in an alphabetical order.

CONTACT INFORMATION:

Istanbul Aydın University, Faculty of Law

Beşyol Mah. İnönü Cad. Nu:38 Sefaköy-Küçükçekmece/İstanbul

Postal Code: 34295

Tel: 444 1 428 / 23410

Fax: 0212 425 57 59

E-mail: hukukdergi@aydin.edu.tr

